

ROMA HUKUKU VE İNGİLİZ HUKUKU (*)

Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz

I.

Üniversitelerde hukuk fakülteleriyle diğer fakülteler arasında açık bir ayrılık vardır. Edebiyat, fen, tıp, keza iktisat fakültesinin doktrinleri geniş ölçüde cihanşümül meriyet iddia ettiği ve haiz bulunduğu halde, hukuk nazariyatının meriyet sahası daha ziyade tedris edilen hukukun cari bulunduğu memlekete münhasırdır. Bu itibarla diğer fakülteler muhtelif memleketlerde aynı gayeler etrafında çalıştıkları, aynı ilmi geliştirdikleri halde, muhtelif memleketlerde hukuk fakültelerinin nazariyat ve tedrisatı —hem de önceki çağlara nazaran bugün daha fazla— birbirinden ehemmiyetli derecede ayrılmaktadır. Bu vaziyet dikkate alınırca, hukuk fakültelerinin ilmi seviyesi bakımından, cihanşümül meriyet iddia edebilen hukuk sahalarının müstesna bir ehemmiyet arzettiği kolayca anlaşılır. Hukuk ilminin, beynelmilel bir mahiyet ifade eden bu sahaları arasında, ihtirama lâyık Roma hukuku ilmi, bünyevî olgunluğu ve yüzyıllardan beri çeşitli ülkelerin hukuk kültüründe oynadığı rol gereği başta gelenler içinde yer almaktadır.

Yeni Türkiye kültür âleminin büyük kısmında görülen vaziyete uygun olarak Roma hukukunu hukuk tahsilinin temellerinden biri haline getirirken, Roma hukukunun bugünkü hukukların bir çoğunun ve böylece Türkiye hukukunun da —bilhassa hususî hukuk sahasında— müşterek temeli olduğunu ve bu bakımdan Roma hukukunun muhtelif devletlerin hukuk kültüründe, milletleri birbirine bağlayan müstesna bir unsur olduğunu nazarı itibara almıştır. Bologna'daki hukuk mektebi, Ortaçağ'ın sonlarında bu bakımdan görülen gelişmenin hareket mebdaini teşkil etmiştir. Orada Roma hukuku, Justinus'un kendisine aşağı yukarı 1400 yıl önce şu anda bulunduğumuz

(*) Umumi Üniversite Konferansları meyanında 9. I. 1945 tarihinde verilmiş olan bir konferanstır.

yerde vermiş olduğu şekil içinde yeni bir ilmin ve araştırmaların mevzuu olarak yükselmişti; bu yeni ilmin şöhreti Garp dünyasının her tarafına yayıldı ve bütün ülkelerden talebeleri kendine doğru çekti. Bologna'dan ve bilâhara diğer üniversitelerden Roma hukuku iktibas (Rezeption) neticesi hukukî hayata hulûl etti ve gitgide daha ziyade cari hukuk haline geldi; daha sonra muasır devletler 19. ve 20. asırda yeni kanunnameler yaratınca, bunların muhtevaları ve mefhumları hususunda geniş ölçüde Roma hukukundan ve onun doktrininden ilham aldılar. Roma *cihan imperatorluğu* (Weltreich) çoktan battı; fakat Roma hukuku, pek fazla tahavvüle uğradığı, hattâ bazan tanınmıyacak şekle geldiği halde, *cihan hukuku* (Weltrecht) olarak bugün el'ân caridir (1).

Bununla beraber Ortaçağ'ın sonlarında Batı dünyasının hukukî hayatını kaplıyan romanist akının hudutları vardı. Vakıa bu akın Atlantik sahillerinde durmadı ve —vaktiyle Roma lejyonlarının yaptığı gibi— İngiltere'ye geçti. Hattâ orada İngiliz üniversitelerinin tedrisatına da girdi ve gerek nazariyat gerek tatbikat üzerinde müesir oldu. Fakat bu akın, yabancı tesir ve nüfuz karşısında başgösteren şuurlu bir mukavemetle çatışınca pek çabuk kuvvetini kaybetti. 13. asır ortasında Merton parlamentosu müşahhas bir hâdise vesilesiyle bu mukavemetin sembolik ifadesini şöyle bulmuştur: «İngiltere'nin kanunlarını değiştirmek istemiyoruz» («nolumus Angliae leges mutare»). Bu mukavemetin en canlı bir tezahürü olmak üzere, Roma hukuku tedrisattan çıkarılmıştır. İngiliz tatbikatçıları loncalarda, bugüne kadar heybet ve azametlerini muhafaza eden Inns of Court'larında teşkilâtlandılar, burada kendi hukuk mekteplerini kurdular ve tedrisatta Roma hukukuna yer vermediler. Milletlerin hukukî hayatında hukuk mekteplerinin icra ettiği fevkalâde tesir hususunda bir delile şayet ihtiyaç varsa, bir yandan, milletlerinin hukukî hayatını romanize eden, Berri Avrupa Üniversitelerinin hukuk fakülteleri ve öbür yandan, İngiliz hukukçu loncalarının, İngiltere hukukunun romanize edilmesine mâni olan hukuk mektepleri bunun en canlı delilidir. İngilterede Roma hukukunun iktibas edilmemesinde, İngiliz hukukunun mahkemelerin içtihadında kendi temelleri üzerinde gelişmesinde, Roma hukukunda ve onun doktrininde müşterek bir temele sahip bulunan hukuk nizamlarından tamamiyle farklı olarak İngiliz

(1) Metinde işaret edilen bu cihet, «Roma Hukuku Dersleri» adlı kitabımın birinci cildinde (2. basım 1945, tt. Dr. Türkân Rado), §§ 2-3, tafsilen izah edilmiştir. Aşağıda tafsilat için sık sık bu kitaba atıf yapılacaktır.

hukukunda bambaşka mefhumlarla düşünülmesinde ve apayrı bir hukuk dilinin konuşulmasında bilhassa bu loncaların hukuk mektepleri âmîl olmuşlardır. Berrî Avrupa tipine dahil muhtelif hususî hukuklarda fazla zahmet çekmeksizin yolunu tayin edebilen, romanist tahsil görmüş bir hukukçu, İngiliz hukukunda öyle bir eşya hukukuna, bir miras hukukuna, bir haksız fiiller hukukuna, hattâ akitler hukukuna rastlar ki, bunların esrarına hulûl etmek, aşılması imkânsız sayılacak derecede büyük güçlüklerin yenilmesine bağlıdır. Mafih, Londra mahkemelerinin dar çevresi içinde meydana gelmiş olan hukuk da keza bir dünya hukuku haline gelmiş, İngiltere'nin kolonizasyonları ve fütuhâtı neticesinde muhtelif kıtaların birbirinden çok uzak ülkelerine girmiştir. Bu hukuk Şimalî Amerika'ya da girdi ve Birleşik Devletlerin hukukunda temeli teşkil etti. İngiliz hukukçuları tarafından müteaddit defalar haklı olarak şu iddia ortaya konmuştur: Bugünkü kültür âlemine iki büyük hukuk sistemi hâkimdir. Bunlardan biri *Roma hukuku*, *Civil Law*'dur diğeri ise *İngiliz hukuku*, *Common Law*'dur (2).

Böylece, Roma hukukiyle İngiliz hukuku mukayese edilirken, her defasında önce mefhumlarda ve esaslarda, hattâ bütün hukukî zihniyette mevcut derin *farklar* göze çarpmaktadır (3). Halbuki daha

(2) İngilterede Roma Hukukunun iktibasına karşı gösterilen mukavemet ve bu sebeple İngiliz hukukiyle Berrî Avrupa hukukları arasında esasta vücutte gelen ayrılık için «İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk» adlı konferansındaki izahlarımı (Hukuk İlmîni Yayma Kurumu, konferanslar serisi No. 22, Ankara 1937, tt. Prof. Hıfzı Veldet), s. 8 d., keza «Das englische Recht und seine Quellen» adlı etüdümü (Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. II: Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen, Mannheim 1931), s. 5 d., karşılaştırınız. Bu iki yazıya da aşağıda sık sık atıf yapacağım. İngiliz hukukiyle Roma hukuku arasındaki tezat hususunda en son zamana ait olmak üzere şu eser de dikkate alınmalıdır: *Winfield-Stratford, The foundations of British Patriotism* (London 1939); bu eseri ancak Wilhelm Röpke'nin, zengin fikirler ihtiva eden bir raporundan (Neue Züricher Zeitung 1942. XII. 10) biliyorum; bu yazıdan anlaşıldığına göre, kitaba kuvvetli bir romanist aleyhtarlığı hâkimdir ve buradan İsviçre'de canlı münakaşalar doğmuştur.

Common Law'un mahiyeti hususunda «İngiliz Hukuk Sistemi» adı altında neşredilen, Clive Parry'nin Türkçe konferanslarına da (İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 215, Hukuk Fakültesi No. 51, tt. Vakur Versan, İstanbul 1945), bilhassa s. 18 d., bak.

(3) Bu ayrılıklar hususunda tafsilât bakımından krş.: W. W. *Buckland* ve A. D. *McNair*, *Roman Law and Common Law, a comparison in outline* (Cambridge 1936); mukayeseli hukuk metoduna göre yazılmış olan bu yeni eser temel hükmündedir.

yakından bakılırsa, buna rağmen derin *müşabehetlerin* de bulunduğu görülmektedir; fakat bu benzerlikler hukuk tekniği bakımından değil, daha ziyade hukuk sosyolojisi ve hukuk siyaseti cephesinden, hukukun inkişafı tarzında, hukuku yaratan kuvvetlerin dinamizminde ve —hukukî şekillerdeki bütün ayrılıklara rağmen— bazı hukukî fikirlerde de müşahede edilebilir. İşte bu muvazilikler bugünkü konferansın mevzuunu teşkil ediyorlar. Bu gibi benzerlikler, Roma hukukunu da biraz tanıyan İngiliz hukuk âlimlerinin dikkatini uzun zaman önce celbetmişti. Ancak Berrî Avrupada İngiliz hukukuna karşı duyulan alâka arttığı ve onun hakkındaki bilgi yayıldığı zamandanberi bu benzerlikler daha keskin hatlarla belirebilmiştir (4).

İngiltere ile Roma arasında hukukî hayat bakımından da yakın benzerliklerin bulunması, fazla hayret uyandıramaz, zira bu iki milletin mukayesesi akla çok yakın gelmektedir. Pek çok defalar İngilizler ve Romalılar, Roma İmparatorluğu (*Imperium Romanum*) ve Britanya İmparatorluğu (*British Empire*) birbiriyle mukayese edilmiş ve müşabehetleri hiss olunmuştur. Hiç şüphe yok ki, bu iki millet eski ve yeni dünyanın en büyük siyasî kuvvetini tecessüm ettiriyorlar. Her iki millette amelî fiil (Tat: iş, aksiyon) seciyesi hâkimdir. Her ikisinde, muhafazakâr bir zihniyetle geleneğe sıkı surette bağlı kalmak arzusu ve zamanın ihtiyaçlarına göre değişmek ve ayak uydurmak kabiliyeti imtizaç etmektedir. Her ikisinde hâkimiyet ve iktidara olan kuvvetli temayül, zafere kadar dayanmak hususundaki sarsılmaz irade görülmektedir; Kane ve Dönkerk'in felâket ve mağlûbiyet günlerinde bu irade en yüksek seviyeye ulaşmıştı. Her ikisine, bir cihan imparatorluğu kurmak, buna hâkim olmak ve bu imparatorluk dahilinde çeşitli milletleri medenileştirmek, kendine benzetmek ve yaklaştırmak nasip olmuştur. Roma tarihinin zirvelerinden birinde Romalı şair Vergil, Aeneis adlı millî destanda (VI 851-853) Romalıların tarih önündeki vazifesini şu mâruf mısralarla ifade etmiştir:

«Tu regere imperio populos, Romane, memento,
Hae tibi erunt artes, pacisque imponere morem,
Parcere subiectis et debellare superbos.»

(4) Bu benzerlikleri ilk defa ihatalı bir görüşle ve tafsilen muhtelif etüdlerde izah eden Lord James Bryce olmuştur: *Studies in History and Jurisprudence*, iki cilt (Oxford 1901), bilh. cilt II, Essay 14, 15, 16. Bu hususta kıymetli izahlar ihtiva eden bir eser de şudur: E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (München 1913), bilh. s. 197-239. En son olarak da F. Pringsheim, *The inner relationship between English and Roman Law*, *Cambridge Law Journal* V (1935) s. 347 d.

«Ey Romalı! İmperatorluğunda milletlere hükmetmek vazifeni müdrik ol. Sulhun inzibatını tahmil, mağlûpları vikaye ve küstahları tedip san'atına vâkıf ol!»

Muhakkak ki, İngiltere'nin dünyadaki tarihi vazifesini bir çok İngilizler buna benzer tarzda hissetmişlerdir ve hissetmektedirler. Milletler arasında böyle bir yakınlık mevcut olunca, bu tabiatıyla onların hukukî hayatında da tecelli etmek gerekiyor.

Bununla beraber muhtelif tarihî âlemler arasındaki müşabehetler daima ancak takribîdir ve bunlar kat'î olarak ne tahkik, ne de ifade edilebilirler. Buna rağmen bu neviden mukayeseler ilmi bakımdan isabet ve ehemmiyet arzederler; başka hallerde olduğu gibi, burada da bu mukayese sayesinde gerek Roma hukukunun ve gerek İngiliz hukukunun anlaşılması kolaylaştırılıyor ve her iki tarafta bazı noktalar daha aydınlık gösterilebiliyor. Diğer taraftan böyle bir mukayesenin ehemmiyetli cihetlerini bir saatlik zamanın çerçevesine sığdırarak aşağı yukarı ihata edilebilir şekle getirmenin zorluğu beni biraz ürkütüyor. Hem bu hususta dinleyicilerde fazla malûmatın mevcudiyetini peşinen kabul edemeyeceğimi sanıyorum. Aldanmıyorsam, dinleyenlerin ekseriyetini teşkil eden hukukçu arkadaşlar iki zümreye ayrılırlar: Bir kısmı Roma hukukunu *henüz bilmezler*, çünkü Roma hukuku imtihanını *henüz geçirmemişlerdir*. Diğer zümre ise Roma hukukunu *artık bilmez*, çünkü imtihanı geride bırakmıştır.

II.

Gerek Roma ve gerek İngiliz hukuku tarihinde en çok göze çarpan cihet, yüzyılların gelişmesinde bozulmayan devamlılıktır. Bütün büyük değişiklikler tedricî intikallerle vukubulmuştur. Milâttan sonra VI. asırda Justinianus, tam bin yıl önceki Oniki Levha Kanununu (5) zikreder ve İngiltere'de 19. asırda Ortaçağ'a ait mahkeme kararlarına atıf yapılır. Kanun koyma faaliyetinin gerek Roma'da ve gerek İngiltere'de nispeten tâli bir rol oynaması, gelişmedeki bu devamlılıkla ilgilidir. Roma Cumhuriyet devrinin başında site hukukunun muhafazakâr bir zihniyetle Oniki Levhada tespit edilmiş olmasından sarfınazar, Roma'nın hukuk tarihi zarfında ancak münferit

(5) Bu hususta krş.: F. Pringsheim, Die archaistische Tendenz Justinians, Studi in onore di P. Bonfante I (1929) s. 551 dd., bilh. s. 566 dd.; A. Berger, Vi sono nei Digesti citazioni interpolate della legge delle dodici tavole?, Studi in onore di S. Riccobono I (1936) s. 585 dd.

noktalarda kanunlar vazedilmiştir (6). Aynı suretle İngiliz hukuku da, kül olarak, teşrii yoldan tanzim edilmemiş ve dünyanın ekseri hukuklarından farklı olarak bugüne kadar tedvin olunmamış (kodifiye edilmemiş) halde kalmıştır (7). Münferit hukuk sahalarına ait olarak, bilhassa 19. ve 20. asırda az veya çok şümüllü kanunlar vücade getirildiyse de, meselâ gayrimenkul mülkiyetine mütedair 1925 tarihli Law of Property Acts gibi, bunlar bu münferit sahanın yeniden tanzimini değil de, daha ziyade tedrici inkişaf neticesi meydana gelmiş olan ve cari bulunanın tespitini istihdaf ediyorlar (8). Muasır kodifikasyonların ekseri devletlerde husule getirdikleri, eski hukukla yeni hukuk arasındaki sert ayrılık İngiliz hukukunda yoktur (9). Maruf bir İngiliz hukuk âlimi olan A. V. Dicey isabetle der ki: «İngiliz hukuku hakikatte yapılmış veya yaratılmış olmaktan ziyade büyüyüp yetişmiştir» («English Law had in fact grown rather than been made») (10). Aynı iddia Roma hukuku için varittir. Savigny, Nur Çağının Rasyonalizm'inden doğmuş olan kodifikasyon hareketine karşı Fransız İhtilâlinden ve Napolyon harplerinden sonra romantik - muhafazakâr bir zihniyetle sesini yükselttiği zaman, Roma hukukunun bu şekilde kendi bünyesi içinden geliştiğini hissetmiş ve bunu örnek olarak ortaya koymuştur (11).

İmdi bu organik gelişme ve yetişmeyi temin eden yaratıcı kuvvet acaba ne idi? Herhangi bir İngiliz hukuk kitabını açtığımız zaman, dip notlarında sayısız atıflar bulursunuz ki, bunlar işin içyüzünü bilmiyenlerin katiiyen anlıyamıyacağı kısaltmalar şeklinde gösterilmiştir. Bunlar, «Reports» adını alan büyük karar külliyatlarındaki mahkeme kararlarına işaret ederler (12). Eğer Roma hukukuna

(6) Krş.: Roma Hukuku Dersleri I §§ 10, 11 ve 13.

(7) Krş.: İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk (1937), s. 10 d.

(8) Bu hususta Krş.: «Das englische Recht und seine Quellen» adlı etüdüm («Zivilgesetze der Gegenwart» II s. 40 dd.); C. K. Allen, Law in the making (1927), VI. fasıl (3. genişletilen basım 1939).

(9) İngiliz hukukunu ve onun tarihini iyi bilen Fransız bilgini Henri Lévy-Ullmann, «Le système juridique de l'Angleterre» cilt I (Paris 1928), s. 38-te, İngiliz hukukunda (Fransız hukukundan farklı olarak) bir «ancien droit» yoktur demekle aradaki münasebeti isabetle tavsif etmektedir.

(10) A. V. Dicey, Lectures on the relation between Law and Public Opinion in England during the nineteenth century (London 1914), s. 135.

(11) F. K. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), s. 8 d.

(12) Bu hususta krş.: «Das englische Recht und seine Quellen» (Zivilgesetze der Gegenwart», cilt II, s. 14 d.), burada reports hususunda s. 28 d. ve reportların mutat kısaltmaları için s. 79 dd.

ait bir kitap açarsanız, onda da vâkıf olmıyanların hiç bir mâna veremeyecekleri atıflara tesadüf edersiniz; bunlar, Justinianus'un vücude getirdiği corpus iuris'in (müdevvenatın) milâttan sonra ilk iki buçuk asır içinde yaşamış olan romalı hukukçuların yazılarına ait fragman'lardan (yâni tamam olmıyan parçalardan) mürekkep Digesta adlı kısmından yapılan nakil veya istişhatlardır (citation). İngiltere'de birinci derecede hâkimler, Roma'da en ziyade hukuk bilginleri (jurisprudentes) hukuku yaratmışlardır. 13. asrın sonlarına doğru ana hatlarıyla hazır bir halde bulunan Common Law'u İngiliz hâkimleri meydana getirmişlerdir. Roma'da Cumhuriyet çağında hukukçular ius civile'ye şekil ve kalıbını verdiler ve sonra bilhassa Principat çağında, dünyayı fethe namzet olan hukuku inşa ettiler. *Hukukçular hukuku* (Juristenrecht) dediğimiz ve bir yandan *kanunlar hukukuna* (Gesetzesrecht), öbür yandan, halkın örf ve âdet hukuku mânasına gelmek üzere *halk hukukuna* (Volksrecht) nazaran ayrı tuttuğumuz sahada iki büyük misali Roma hukuku ve İngiliz hukuku teşkil ediyorlar (13). Bu neviden hukukçular hukuku için yegâne misaller Roma hukuku ve İngiliz hukuku değildir. Böyle bir hukukun başka bir mümessili İslâm hukukudur; İslâm hukuku salâhiyetim dışında kaldığından, onu tetkikatıma ithal etmiyorum. Mamafih Roma hukuku ile İngiliz hukukunun yanında bu hukuk da keza cihan hukuku ölçüsünde rolü olan bir hukuk sistemidir (14).

Bir hukukçular zümresi veya sınıfı (Juristenstand), yâni hukuku bilen ve onu tatbikte, tedriste, bulmakta herhangi bir suretle faal bulunanlar zümresi, gelişmenin muayyen bir kademesinde her tarafta meydana gelmektedir (15). Bununla beraber böyle bir hukukçular zümresinin fonksiyonları ve yaratıcı kuvvetleri çok farklı olabilir. Roma'nın ve İngiltere'nin hukukçular sınıfı çeşitli ayrılıkların yanında birçok benzerlikler de arz etmektedir. Her ikisi —dâhiyane Alman içtimaiyatçısı Max Weber'in bir tâbirine göre— «eş-

(13) Krş. Georg Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843); O. v. Gierke, *Deutsches Privatrecht I* (1895) § 21; C. K. Allen, *Law in the making* (1. basım), s. 69 dd.

(14) İslâm hukukunun, Roma hukukuna ve İngiliz hukukuna nisbetle oynadığı bu role Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal senelerce evvel İngiliz hukuku hakkındaki konferansında isabetli bir şekilde işaret etmişti (İstanbul Üniversite Konferansları 1936/7).

(15) Bunun için şu eserdeki önemli izahları krş.: R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, cilt II kısım 2 § 37.

raf ve muteberan» sınıflarıdır (Stände von «Honoratioren»), buraya dahil olanlar en büyük itibarı görürler ve içtimai hayatta en yüksek mevkilere namzettirler (16). Her ikisi, son derece muhafazakâr temayüllü ve eski gelenekli sınıflardır. Roma'da bu gelenek, hemen hemen tarihten önceki çağa, patrisiyenlerin rahipler meclisine (patrizisches Pontifikalkollegium) kadar irca edilebilir; bu rahipler hukuk bilgisini asırlarca müddetle esrarlı bir ilim olarak ellerinde tuttular, ancak ondan sonra sınırlar kalktı ve hukukçular sınıfına herkes girebildi (17). İngiltere'de bu gelenek, demin adı geçmiş olan, yüzlerce yıllık maziye sahip eski hukukçu loncalarında (Inns of Court) tecessüm etmektedir; hepsi Londra'nın «hukuk mahallesinde» («legal quarter») bulunan bu loncalar eski avluları, harikulâde küçük kiliseleri, galerileri ve kütüphaneleriyle —ki bunların bir kısmı 1940 bombardımanlarında harap olmuştur— Londra'yı ziyaret eden dikkatli bir müşahit üzerinde derin izler bırakmış olmak gerekir ve bunlar müşahhas olarak görülüp yaşanmadan İngiliz hukuki hayatının psikolojisi hiç bir suretle kavranamaz (18).

Gerek Roma ve gerek İngiliz hukukçular sınıfı —ikincisi birincisinden de fazla— evvelâ tatbikatçılar sınıfıdır; bu hukukçular —ezcümle seviyesi yüksek olan İtalyan ve Alman hukuk profesörleri sınıfından farklı olarak— evvelâ tedrisat ve nazariyata değil, ve fakat tatbikata müteveccih bulunmaktadır. Mamafih bu baptaki fonksiyonları ayrı nevidendir. İngiltere'de hukukçular mahkemelerdeki *kararlariyle*, kaziyei muhkeme kespeden hükümleriyle büyük hizmetlerini ifa etmişlerdir. Roma'da ise klâsik çağın hukukçuları hâkim mevkiinde bulunmuyorlardı, esasen hüküm vermek mütehasıs hukukçuların değil, yeminli hususi hâkimlerin işi idi. Romalı hukukçuların amelî faaliyeti bilhassa halkın istişare suallerine verdikleri *cevaplar*da (*responsum*) tecelli ediyordu. Binaenaleyh gerek Roma'da ve gerek İngilterede münferit mesele veya hâdise ön plânda yer alıyordu; netekim bütün çağlarda hakiki hukukçu is-

(16) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Grundriss der Sozialökonomie III Abt. 1922) s. 170 d., 455 d.

(17) P. Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik I* (1888) s. 15 dd.; keza «Roma Hukuku Dersleri» I § 12.

(18) Krş. «İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk» adlı konferansım (1937) s. 18 d. Son derece dikkate şayan bir tezahür olan İngiliz hukukçu loncaları hususunda şu mufassal monografilere bak.: Sir D. Plunket Barton, Ch. Benham, F. Watt, *The Story of our Inns of Court*; H. H. L. Bellot, *The Temple* (London 1922) ve *Gray's Inn and Lincoln's Inn* (London 1925).

tidadı birinci derecede bu münferit meselenin ihata ve hallinde kendini göstermiştir. Esasen Romalıların, muazzam bir tesir ve nüfuz icra etmiş olan edebî faaliyetinde de nazari veya sistematik terkip (sentez) değil, tamamiyle kazuistik istikamet (buna «hâdisecilik» diyebiliriz), hâdiseler veya meselenin tahlili hâkimdi. İngiliz hukuku daha ziyade «*case law*» yani «*hâdiseler hukuku*»dur: bu hukuk, münferit hâdiselerde hâkimlerin verdikleri kararlara dayanır. Başka bir anlamda da olsa, Roma hukuku dahi *case-law*'dur, hâdiseler hukukudur: Hâdiselerin hukukçular tarafından tetkik ve mütalâası. Amerika'da hukuk fakültelerinin (Law-schools) tedrisatında esas ittihaz edilen meseleler külliyatına («*case-book*») benzetilerek Justinianus'un *Digesta*'larına, Roma hukukçular hukukunun bu heybetli âbidesine, «meseleler külliyatı» veya «mesele kitabı» denmesi haksız değildir: Filhakika *Digesta*'lar, eşine tesadüf edilemeyecek azametli bir «*case-book*», bir mesele kitabı, bir hâdiseler külliyatıdır; bunda, Roma'da asırlar içinde meydana gelmiş olan hukuk hikmeti renkli bir karışıklık içinde toplanmıştır.

Gerek Roma'da ve gerek İngiltere'de hukukçular sınıfının hukuku yaratmada en yüksek seviyeye çıkabilmesi, bu sınıf dahilinde yapılan ıstıfaya (Selektion), müstesna ve mükemmel şahsiyetlerin tercih edilmesine müstenittir. İngiliz hukukunun büyük kısmını meydana getirmiş olan İngiliz hâkimler sınıfı, Berrî Avrupa'nın ekseri devletlerindeki vaziyetten farklı olarak, her bir hukukçunun dahil olabileceği bir memur sınıfı değildir ve bugün dahi değildir. Bilâkis sayısı mahdut olan İngiliz hâkimleri heyeti hukukçular sınıfının en çok itibar ve muvaffakiyet kazanmış olan şahsiyetlerinden mürekkeptir; filhakika «Bar»ların (baroların) âzâsı sıfatıyla «Barrister» (avukat) olarak uzun yıllar mahkeme önünde iddia ve müdafaada bulunan ve bu arada en fazla temayüz eden, yâni hayat, hukuk ve adli faaliyet bakımından haiz buldukları bilgi ve tecrübe sayesinde yüksek başarı temin eden şahsiyetler arasından seçilenler: bol maaşlı, müstesna bir itibar gören hâkimin sandalyasına geçebilirler. Yurddaşların ihtilâflarını hâkim sıfatıyla halle memur olanlar derecesinde hiç bir kimse İngiltere'de yüksek takdir ve itibara mazhar değildir (19). Buna mukabil Roma'da Augustus'tan itibaren hukukçular sınıfının en güzide şahsiyetlerine «*ius publice*

(19) İngiliz hâkimler sınıfı ve mahkemeler teşkilâtı hususunda krs. C. Parry, İngiliz Hukuk Sistemi (1945) s. 43 d. ve İngiliz Hukuk Bülteni I (1945) s. 2 dd.

respondendi» («umumî cevap verme hakkı») bahşolundu; bu gibi kimseler kendilerine vaki sualler üzerine âdeta imperator namına («ex auctoritate principis») cevap vermek (responsum) vaziyetinde idiler. Böyle bir imtiyaz kazanan hukukçuların faaliyeti sayesinde hukukçular hukuku müstesna bir kudret iktisap etti (20). Şu halde İngiltere'de hâkimliğe tayin edilmek, Roma'da cevap hakkı tevcih olunmak müşabih tezahürler teşkil ediyorlar.

Hukukçulardan sadır olan karar veya cevapların böyle bir itibar kazanması, hakikî bir hukuk kaynağı olabilmesi, her iki tarafta başka tarzda gerçekleşen ıstıfa ile kabil-i izahtır. İngiltere'de, keza Amerika'da, her bir mahkeme kararı bağlayıcı bir emsalin (precedent) kuvvetini haizdir, bu kararda tecelli eden prensip herhangi mümasil bir hâdisede de tatbik edilmek *gerekir*. Bu prensibe «binding force of precedents» (mahkeme kararlarının bağlayıcı kuvveti) denir ve anglo-Amerikan hâdiseler hukukunun (case-law) temeli olan bu esas onu bütün diğer devletlerin mahkeme içtihatlarından ayırır. Bu prensip sayesinde her yeni hüküm, hukukun daimî hareket halinde bulunan küllî cisminde yeni bir hücre ilâve eder. Bu suretle İngiliz mahkemelerinin içtihadı kelimenin hakikî mânasında hukukun kendi bünyesi içinden devamlı olarak tekâmülünü temin etmektedir (21). Bu neviden her bir karar, her bir «bağlayıcı emsal» (precedent) İngiliz hukuk dilinde çok kullanılan bir tâbirle «otorite» («authority») ismiyle de tavsif edilir: Bu kelime, Lâtince'nin çok mânalı ve mühim olan «auctoritas» kelimesinden gelmektedir. Mahkeme kararı «itibarlı» haizdir ve bu sâyede bizzat bir «otorite», bir «authority» olur. Netekim Romalılar da hukuk kaynakları arasında «hukuk âlimlerinin otoritesi» ni (auctoritas prudentium) zikrederler (22). Bunun ifade

(20) *Ius publice respondendi* hususunda bak. «Roma Hukuku Dersleri» I § 17 II. Tafsilât bakımından esaslı meseleler çok ihtilâfî ve şüphelidir. Müessesesinin tarihine ait olarak en son zamanda *De Visscher*, *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, 4. seri 15 (1936) s. 615 dd. ve *H. Siber*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung* 61 (1941) s. 397 dd.

(21) İngiliz Case Law'unun mahiyeti, dip notu 2-de adı geçen yazılarımda daha yakından incelenmiştir. İngiliz hukuk kaynakları doktrininin bu temel problemi için İngiltere'de ve Amerika'da ihata edilemeyecek kadar zengin bir literatür vardır. Bu arada bilhassa «Jurisprudence» (umumî hukuk doktrini) hakkındaki kitaplara, ve tercihan şu esere müracaat edilmelidir: *Sir Fr. Pollock*, *First Book of Jurisprudence* ve *J. Salmond*, *Jurisprudence*. Bundan başka *C. K. Allen*, *Law in the making*; *A. L. Goodhart*, *Essays in Jurisprudence and the Common Law* (1931), bilhassa ilk üç etüd.

(22) «Auctoritas» çok cepheli bir lâtince kelimedir ve bunun hususî

ettiği mâna şudur: Şayet imtiyazlı hukukçuların kanaatleri tevafuk ederse, o takdirde «müttefikân kabul ettikleri, kanun kuvvetini ihraz eder» («id quod ita sentiant legis vicem obtinat», Gai. Inst. § 7). Bu noktada İslâm hukukundaki «icma» ile, yâni fâkihlerin müttehit kanaati ile, müşabehet vardır.

İmdi İngiltere'de mahkeme kararları bu kadar büyük bir kuvveti haiz bulunduğundan, İngiliz hukuku, «case-law» (hâdiseler hukuku) olduğu ölçüde, hakikî ve lafzî mânasında «hâkimin yarattığı hukuk» tur («judge-made law») ve hâkimler hakikî «hukuk yaratıcıları»dır («law-makers»). Roma'nın imtiyazlı hukukçuları ise erken bir çağda aynı tarzda vasıflandırılmaktadır: «Kendilerine hukuk yaratmak kudreti bahşedilmiş olanlar» («quibus permissum est iura condere») (Gai. Inst. I § 7) (23) ve daha sonra da Romalı hukukçulara daima «iuris conditores» denmektedir ki, bu tâbir İngilizcedeki «law-maker» e (hukuk yaratıcısına) tekabül etmektedir. Demek oluyor ki, her iki tarafta hukukçular hukuk yaratıyorlar; bu fikir, hafif ölçüde de olsa, İsviçre - Türk Medenî Kanununun mâruf birinci maddesinde in'ikâs etmektedir.

III.

Ortaçağ'da İngiliz Common Law mahkemelerinin içtihatlarında ve Roma'nın Cümhuriyet çağında ius civile hukukçularının tatbikatında görüldüğü gibi, muhafazakâr bir geleneğe bu derece bağlı olan bir hukukî gelişme, donma haline gelmek ve hayatın kuvvetli, hattâ bazan da fırtınalı cereyan eden gelişmesine ayak uyduramamak tehlikesine mâruzdur. Her iki tarafta bu hal görülmektedir. Yardıma gelen teşriî kuvvet olmamış, bilâkis her iki tarafta başka bir yaratıcı

hukukta ve âmme hukukunda ifade ettiği mâna bakımından, son zamanlara ait müteaddit ilmî etüdler vardır, ezcümle R. Heinze, Hermes 60, s. 348 dd. (bundan başka bu değerli filologun «Vom Geist des Römertums» başlığını taşıyan makaleleri külliyyatında da (1938), s. 1 dd., tafsilât vardır; Fr. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts (1934) s. 112 dd. ve orada bilh. s. 125-te «auctoritas», hukukçuların otoritesi hususundaki izahlar (bu önemli kitap M. Wolff'un tercümesiyle İngilizce olarak da çıkmıştır). Yüzyıllar boyunca, Cicero'dan (Topica 5, 28) Papinianus'a (D. 1, 1, 7) kadar hukuk kaynakları sırasında «auctoritas prudentium», «hukukçular otoritesi» zikrediliyor.

(23) Gai. Inst. I, 7-de geçen ve metinde zikredilen parçanın Gaius'tan sonra yapılan bir tâdile dayandığı hakkında müteaddit vesilelerle izhar edilen yeni tahminlere rağmen (bilh. F. Wieacker, Freiburg'un «Romanistische Studien» külliyyatında (1935) «Studien zur Hadrianischen Justizpolitik») bu parçayı sahih ve dolayısıyla klâsik hukukun noktânazarı sayıyorum.

kaynak donmuş olan gelenek karşısında yeni kuvvetler inkişaf ettirmek kabiliyetini göstermiştir: Roma'da pretor, İngiltere'de chancellor (şansölye mânasına). Roma'da *ius civile*, *halk hukuku* (Volksrecht) karşısında *pretorun makam hukuku* (prätorisches Amtsrecht, *ius honorarium*) adını alan hukuk vücade gelmiş, İngiltere'de *Common Law* veya *Law'un* karşısında, Şansölyenin (Chancery) içtihatlarında meydana gelen ve yalnız orada tatbik edilen «*Equity*» teessüs etmiştir ki, bunu *nısfet hukuku* (Billigkeitsrecht) tarzında ifade etmekteyiz (24).

Bu bakımdan bütün derin ayrılıklara rağmen gerek tarihi gelişmenin cereyan sureti ve gerek neticesi itibariyle göze çarpan benzerlikler vardır. Mahiyetleri çok farklı idiyse de, Praetor ve Chancellor yüksek memurlardı. Praetor, halk tarafından bir yıl için seçilen ve tam kudrete, hukukî himayenin bütün vasıtalarıyla mücehhez imperium'a sahip magistrat'lardan biri idi. Bir dava açılmak istenince, usulî muamele praetor önünde («*in iure*») başlardı; praetor âdetâ davaların (actiones) efendisi idi ve bunları, hukukî himayenin diğer vasıtalarında olduğu gibi, bahş veya reddedebiliyordu. Bununla beraber davayı kaideten praetor değil, fakat yeminli bir hususî hâkim, bir «*iudex*» hallederdi. (Bu muameleye «*in iudicio*» veya «*apud iudicem*» denirdi) (25). Böylece praetor hâkim sıfatıyla ve hüküm yolıyla

(24) Equity hakkında daha yakından fikir edinmek istenirse, «Zivilgesetze der Gegenwart» adlı eserde (cilt II, s. 101-162, Mannheim 1931) «Equity» başlıklı etüdüme, keza «İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk» adlı konferansına (Ankara 1937, s. 15 d.) bakılabilir. En son olarak: C. Parry, İngiliz Hukuk Sistemi (1945) s. 33 dd. Tarihi sebeplere binaen İngiliz Hukukunun hususî bir sahası olan Equity bugün dahi hususî etüdlerde incelenmektedir. Bu hususta şu eserlere işaret olunabilir: E. H. T. Snell (2. basım 1939), A. M. Wilshere (2. basım 1929), Story (3. basım 1920), I. A. Strahan (6. basım 1939), W. Ashburner (2. basım 1933), H. G. Hanbury (3. basım 1934); giriş olarak bilhassa elverişli olan, müellifinin ancak ölümünden sonra neşredilen, büyük hukuk tarihçisi F. W. Maitland'ın üstadane dersleri (2. basım 1936) ve Equity'ye mütedair, temel hükmündeki kararlar külliyatı (leading cases): F. T. White ve O. D. Tudor (9. basım 1928). Roma'daki Praetor hukuku (*ius honorarium*) hususunda Türk okuyucusu Roma Hukuku Dersleri I kitabımdan (2. basım 1945) faydalanabilir (§ 14), bundan başka Roma hukukuna ve onun tarihine ait bütün ders kitaplarına da başvurulabilir. Bu iki tezahür arasındaki benzerliğe ötedenberi sık sık işaret edilmektedir: Bu baptaki daha eski literatüre ait atıflar için bak.: «Equity» adlı makalem, a.g.e., s. 113 not 31.

(25) Bu bakımdan Roma hukukuyla İngiliz hukuku arasında mevcut benzerlik için Londra'lı Romanist H. F. Jolowicz'in Bolonya Kongresinde vermiş olduğu konferansı krş.: Procedure in iure and apud iudicem — a suggestion

le değil, fakat yıllık beyannameleriyle (edictum) —ki bunlar kanun olmayıp, hukukî himaye vasıtalarını ne suretle kullanacağı ve bu baptaki tatbikatının nasıl olacağı hakkındaki ilânlardı— makam hukukunu (ius honorarium) yaratmıştır. Ortaçağda İngiltere'de de davalar, âmiri şansölye (Chancellor) olan kiralık kitabet kalemi (chancery) vasıtasıyla ikame edilirdi; bu kalem, müddeaaaleyhin mahkemeye celbine yarıyan formulerleri (Writs-brevia) ihzar ve istimâl ederdi (26). Bu faaliyet bidayette bir kaza faaliyeti değildi, nasıl ki praetor'un actioyu tanıması da aslında bir kaza faaliyeti değildi; bu ikisi arasında gene müşabehet de vardır. Zamanla şansölye kendi mahkemesinde (Court of Chancery'de), Common Law mahkemelerinden tamamıyla ayrı olarak ve tedricen onlarla tezat haline gelerek hakikî bir kaza faaliyeti geliştirdi ve Praetor'dan farklı olarak, hükümleriyle «equity» (nısfet) esaslarını ortaya koymağa başladı.

Bununla beraber esasında ne praetor ne de chancellor mer'î hukuka, ius civile'ye veya common law'a karşı cephe almış kuvvetler değildi. Her ikisi de mer'î hukuka bağlı idi; «equity» nin bir umumî kaidesi şöyle idi: «Nısfet hukuku (equity) law'a uyar» («Equity follows the law») (27). Praetor'un makam hukuku için de Romalı hukukçu şöyle diyordu: «bu (hukuk), ius civile'nin canlı sesidir» (viva vox iuris civilis, D., 1, 1, 8) (28). Mamafih bu hal, gerek praetor'un ve gerek chancellor'un ihtiyaç hâsıl olunca ius civile ile veya common law ile tezat haline gelmesine mâni teşkil etmiyordu. Digesta'nın başında yer almış olan, Papinianus'un praetor makam hukukuna mütedair mâruf tarifinde şöyle denilmektedir: «Bu hukuk, praetor'ların âmmenin menfaatine hizmet gayesiyle, kısmen ius civile'ye yardım etmek, kısmen onu tamamlamak, kısmen ise onu ıslah etmek üzere vücade getirdikleri hukuktur» (ius quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam). Aynı iddia İngiliz nısfet hukuku (equity) için varittir (29). İngiltere'nin en büyük equity hâkimlerinden olan ve 18. asrın ortasında hemen hemen 20 yıl müddetle Lord Chancellor

(Atti del Congresso internazionale di Diritto Romano 1933, Bologna Vol. II s. 57 dd.).

(26) Bu hususta krş. F. W. Maitland, Equity, fasıl I-II.

(27) Bu hususta krş.: «Equity» adlı etüdümde (s. 113 d.) müstenedat.

(28) Krş. B. Frese, Viva vox iuris civilis, Savigny-Zeitschrift 43 (1922), s. 466 d.

(29) Bu yolda W. W. Buckland ve A. McNair, Roman Law and Common Law (1936), s. 4 d.

mevkiinde bulunan Lord Hardwicke hükümlerinden birinde şöyle der: «Ben daima, equity'nin law'a uyacağı, onu takip edeceği hakkındaki kaideye riayete meyyalimdir; *beansart ki, hakkaniyet bunu caiz gösterebilir*» («I always incline to adhere, as near as justice will admit, to the rule *aequitas sequitur legem*») (30). Bu hâkim başka bir kararında da şöyle der: «Zaruret ve vicdanın emrettiği yerlerde nispet mahkemeleri common law'u ihlâl ederler» (Courts of equity break in upon the common law where necessity and conscience require it) (31). Hukuk ve hak diye mer'î bulunan esaslardan ihtiyaç halinde inhiraf etmek temayülünü gerek praetor'da ve gerek chancellor'da görüyoruz; bu suretle her iki tarafta yeni hukuk prensiplerinden müteşekkil bir blok vücade geldi. Fakat gerek Roma'da ve gerek İngiltere'de bu değişiklik inkılâp şeklinde değil, fakat örnek olabilecek tedricî bir tekâmülle, hâdiseden hâdiseye, ağır ağır, adım adım, yokiyarak ve deneyerek gerçekleştirildi. Bilhassa Roma'daki praetor beyannamesi bu bakımdan böyle bir hukukî gelişmenin erişilemeyecek örneğidir: Bu beyanname her yıl yenilendiğinden daima hareket halindeydi, daima yeniyi deneyebiliyor, uygun olmıyanı atıyor, faydalı görüleni alıko-yuyor ve geliştiriyordu; Mommsen'in dediği gibi, «bu beyanname hiç şüphesiz Roma Cümhuriyetinin en mükemmel mahsullerinden biriy-di» (32). Bu gelişmenin neticesinde gerek Roma'da ve gerek İngiltere'de, diğer bütün hukuk nizamlarında bilinmiyen ve anlamakta zorluk çekilen bir «hukukta ikilik» meydana geldi, iki hukuk çevresi yanyana ve hattâ birbirine zıt olarak yer aldılar: Halk hukuku ve makam hukuku (*ius civile* ve *ius honorarium*) Roma'da, common law ve equity İngiltere'de.

Bu iki hukuk çevresinden yalnız daha eski olanı Roma'da ve İngiltere'de kelimenin tam mânâsında yeknasak bir hukuk sistemidir: Praetor hukuku ve equity buna ancak bir takım ekleme ve tamamlamalardan mürekkep bir manzume kattılar (33). Bu katılan unsur-

(30) Garth v. Sir John Hind Cotton kararında (1750) 1 Ves. Sen. 524, 546 böyledir; Dick. 183 (a); *White and Tudor, Leading Cases II* 914.

(31) Wortley v. Birkhead kararı (1754) 2 Ves. Sen. 571, 573.

(32) Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht II*, cilt, 1. kısım (3. basım 1887), s. 222.

(33) Bu noktaî nazar İngiliz hukuku bakımından F. W. Maitland tarafından Equity hakkındaki konferanslarında isabetle belirtilmiştir: «Equity was not a self-sufficient system, at every point it presupposed the existence of common law. Common law was a self-sufficient system». «Equity is a collection of appendixes between which there is no very close connexion» (Equity, I. basım, s. 19). O zamandanberi bu hususta H. G. Hanbury, *The field of*

lar teker teker tetkik edilirse, birçok ayrılıkların yanında şaşırtıcı benzerlikler de görülür. Praetor hukuku ve nısfet hukuku, eskimiş, donmuş, hayatiyetini kaybetmiş olanın karşısında daha serbest, daha elâstiki daha âdil, daha *munsif* hukuk fikirlerini ortaya koydular. İngiliz şansölye hukukuna «equity» deniyor ve bu tâbir her iki hukuk manzumesinin müşterek mahrecini ifade ediyor. Zirâ «equity», Lâtincede «aequitas» tâbirinin İngilizceleştirilmiş şeklidir ve her ikisini «nısfet» tâbirıyla ifade etmekteyiz (34). İmdi «aequitas» Roma hukukunda da büyük hâkim esaslardan, ana kaidelerden biridir; muasır romanist ilimde bu «aequitas» in fonksiyonları hususunda münferit noktalar bakımından ne kadar münakaşa edilirse edilsin, praetor dahi sert, donuk bir şekilcilik (formalisme) muvacehesinde bu nısfet mefkûresine meriyet temin etmektedir (35). Hem ne Roma'da ne de

modern Equity, Law Quarterly Review 45 (1929) s. 199 dd. (müellifin küliyat cildinde basılmıştır: Essays in Equity, 1934, s. 23 dd.). Equity ile common Law arasındaki münasebet bakımından ortaya konulan noktainazar ius honorarium ile ius civile arasındaki münasebet itibarıyla de kıymetlidir: ius honorarium dahi —ius civileye zıt olarak— yeknesak bir hukuk sistemi olmayıp, sırf, ius civileye yapılan çeşitli ilâvelerden mürekkep bir manzume idi; ius civile ise yeknesak, kendi bünyesine dayanan bir bütündü (krş. «Equity» adlı etüdüm, a.g.e., s. 113 not 31).

(34) Buna ait Yunanca kelime «epieikeia» dır ve İngiliz müelliflerinin 16. asırda bir müddet «Epiky» den bahsetmiş olmaları dikkate şayandır (Fr. Pollock, The transformation of Equity, «Essays in legal history» de intişar etmiştir, çıkaran P. Vinogradoff, Oxford 1913, s. 286).

(35) Roma'daki aequitas hususunda umumî olarak Th. Kipp, «aequitas» başlıklı makale, Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie des klassischen Altertums, keza Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 4. basım (1919) s. 7 dd. Yeni münakaşa daha ziyade şu meseleye ait bulunmaktadır: aequitas'in bahis mevzuu edilmesi ne dereceye kadar klâsik hukuk tefekkürüne veya bizans hukuk tefekkürüne dayanır. Bu bakımdan bilhassa Fr. Pringsheim müteaddit makalelerinde metinlerimizin daha sonra geniş ölçüde interpolatio'ya uğradığını kabul etmektedir: Ius aequum und ius strictum, Savigny-Zeitschrift 42 (1921) s. 643 dd.; Aequitas und bona fides, Conferenze per il XIV centenario delle Pandette (Milano 1931), s. 183 dd.; Bonum et aequum, Savigny-Zeitschrift 52 (1932), s. 78 dd.; Römische aequitas der christlichen Kaiser, Acta congressus iuridici internationalis Romae (Roma 1935), Vol. I, s. 119 dd. Bu doktrinler karşısında, kısmen haklı olarak, bilhassa İtalyan romanisti S. Riccobono muarız cephe almıştır; bu müellife göre aequitas idesi çok daha geniş ölçüde klâsiklere bile izafe edilmelidir; kendisinin bu fikirlerine bilhassa Mélanges Cornil'de (1926), II. cilt s. 253 dd., 284 dd., 289 dd., ve daha başka makalelerde rastlanılır. Bu istikamet üzerinde Alman filologu J. Stroux'un Summum ius summa iniuria adlı küçük, fakat tesirli yazısı önemli idi; bu yazı Riccobono tarafından kaleme alınmış olan bir mukaddeme ile İtalyanca ola-

İngiltere'de, daha sonra Bizans'ın nisfet idesinde görülen ve bütün çağlarda mecalsiz ve bilgisiz hukukçulara ve mahkeme içtihatlarına has olan silik, hatları belirsiz bir nisfet bahis mevzuu değildir; huku-ki vüruh ve sarahat eksikliğini örtmek isteyenler, bir kolaylık elde etmiş olmak için, hissi ve mutantan bir takım nisfet ve hakkaniyet ibareleri kullanırlar; halbuki Roma'da ve İngiltere'de nisfet idealini daha ileri derecede gerçekleştiren sağlam hukuk prensipleri vücade getirilmişti (36).

İptidaen ruhanî tesirlerden mülhem olan, İngiliz şansölye mahkemesi içtihatlarında hâkim miyasa ve ana fikir, «vicdan» («Conscience») idesidir: Müddeaaaleyh, «vicdanlı bir adama» («conscientious man») yaraşacak tarzda hareket etmeğe mecbur tutuluyor (37). İngiliz nisfet hukukunun en esaslı ve orijinal, merkezî mahsulü olan bu ideye, İngiltere'nin bütün iktisadî, içtimai ve harsî hayatına nüfuz etmiş olan «Trust» (bir nevi yedi eminlik) müessesesi dayanır; bu müessesenin esasına göre bir kimse yediemin (Trustee) olarak bir başkası adına mülkiyeti idare edecektir. Filhakika bunun için ne Roma hukukunda ne de Berri Avrupa hukuklarında, bazı eski ve bilhassa en son zamanlara ait yeni temas noktalarına rağmen hiç bir mümaselet veya müşabehet yoktur ve romanist ilimde yetişmiş olan Berri Avrupa hukukçusuna bu İngiliz Trust müessesesini hakikaten kavramak fevkalâde zor gelmektedir (38).

rak da intişar etmiştir (Palermo hukuk seminerinin salnamesinde çıkmıştır, Cortona 1929); Stroux'un yazısında, «nisfet» in cumhuriyet çağı hitabetinde oynadığı büyük rol ispat edilmiştir.

(36) Umumî olarak nisfet hususunda M. Rümelin, Die Billigkeit im Recht (1921); W. Gramsch, Die Billigkeit im Recht (Stuttgart 1938). Bu bakımdan İsviçre M.K. ve Türk M.K. mad. 4 için bak.: A. Egger, Kommentar zum ZGB I, (1930), s. 58 dd. (yeni tercümesi hazırlanmaktadır).

(37) Bu hususta müstenedatiyle birlikte «Equity» adlı etüdüm, s. 115 dd.

(38) Maitland'in anlattığına göre (Equity s. 23), hiç şüphesiz bütün çağların en büyük hukuk âlimlerinden biri olan Otto von Gierke kendisine «Sizin Trust müessesenizi anlamıyorum» («I can't understand your trust») demiştir. Anglo-Amerikan hukuk âleminde trust en ziyade merkezî ehemmiyeti haiz ve çok cepheli olan hukuk müessesesidir: Equity hakkındaki toplu eserlerden başka bilhassa şu hususî eserlere bak.: T. Lewin, Practical Treatise on Law of trust, 14. basım (1939); Sir A. Underhull, Law relating to Trusts and Trustees, 9. basım (1939-1943). Berri Avrupa'da bu mevzu hakkında şu monografiler bilgi verirler: H. M. Roth, Der Trust (Marburg 1928); P. Lepaulle, Traité théorique et pratique des Trusts (Paris 1923); R. Franceschelli, Il «Trust» nel diritto Inglese (Padova 1935).

İmdi İngiliz nısfetinde *vicdan* (conscience) idesinin hâkim bulunmasına mukabil praetor'un yarattığı hukuka *sadakat* («fides») ve bilhassa «*bona fides*» (*hüsnüniyet*, *bonne foi*, *Treu und Glauben*), daha kat'i ve yerleşmiş olan, fakat hiç de cazip olmıyan bir Türkçe ibareye göre âfâkî hüsnüniyet hâkimdi. Böylelikle praetor tatbikatında hüsnüniyet davaları (*actiones bonae fidei*) meydana geldi; bunlar, bütün hususî hukukumuzda hâkim bulunan, Medenî Kanunun ikinci maddesinin birinci fıkrâ hükmü için tarihi kökleri teşkil ederler (39). Bu hüsnüniyet davaları sayesinde borçlu, hüsnüniyet gereğince (*ex bonae fide*) yapılması ve verilmesi lâzımgelen, yâni düriüst bir insana, bir aile babasına (*bonus paterfamilias*) (İngilizlerin «vicdanlı adam» mefhumuna Roma'da bu mefhum teka'bül ediyor) yaraşan her şeyi yapmak ve vermekle mükellef tutuluyordu. Bu umumî kaidi hayatın mütenevvi münasebetlerine tatbikte klâsik devrin hukukçuları en devamlı eserlerini yarattılar.

Gerek praetor hukuku ve gerek nısfet hukuku, harici şeklin sertliğini gidermek, hukukî hayatı şekilsizleştirmek temayülünü gösteriyorlar. Maruf nısfet kaidelerinden birine göre «nısfet şekilden ziyade niyete bakar» («equity looks to the intent rather than to the form») (40); aynı esas lâfzen praetor hakkında da söylenebilir. Ezcümle praetor, şekilsiz anlaşmaların ilzam edici sayılmasını temin ediyor. Devir ve ferağ için *ius civile*'ye göre bulunması gereken şekle riayet edilmediği zaman da bir şeyin müktesibini himaye ediyor: Bu suretle mülkiyette bir ikilik hasıl oluyor, *quirit*'ler mülkiyeti (*ex iure quiritium*) ve praetor mülkiyeti veya *bonitar* mülkiyet (*in bonis habere*) karşılaşıyor (41). İmdi buna çok müşabih olarak İngiliz hukuku da *Law* hakları (*legal rights*) ile *Equity* hakları (*equitable rights* veya *interests*) arasında fark gözetiyor (42).

Tarafların hakikî iradesini muteber kılmak temayülü gerek praetor hukukunda ve gerek nısfet hukukunda görülüyor. Bir hukukî muamelenin akti hile (*dolus*) veya ikrah (*metus*) ile temin edildiği hallerde himayenin bahşedilmesi praetor hukukunun esaslı ibdalarındandır ve bu himaye Borçlar Kanunumuzun 28.-30. maddelerinde bu-

(39) *Bonae fidei iudicia*'nın menşe itibariyle praetor'a irca edileceğine en yeni olarak W. Kunkel işaret etmektedir: *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, *Festschrift für Koschaker II* (1939), s. 1 dd.

(40) Krş. «equity» adlı etüdüm s. 129 dd.

(41) Tafsilât için Roma Hukuku Dersleri I (2. basım 1945) § 14, 4.

(42) «Equity» adlı etüdüm s. 124 dd., 154 dd.

gün dahi yaşamaktadır (43). Hile (fraud), tehdit (duress) ve keza hata (mistake) sebebiyle himayeyi nispet her ne kadar yaratmadıysa da, ehemmiyetli nispette kuvvetlendirmiştir (44).

Common Law'a göre zarar ve ziyandan dolayı yalnız nakdi tazminat dava edilebilir ve netekim klâsik Roma usul hukukunda da müddeaaaleyh zarurî olarak bir para meblâğını ödemeğe mahkûm edilir: Bunlar her ikisi her zaman tatmin etmeyen esaslardır, çünkü bunlar sayesinde müddej bir tazminat temin etmiş olur, fakat birçok hallerde hakikî mânasında tatmin edilmiş olmaz. Buna mukabil İngiliz nisfeti, borçluyu aynen ifaya mecbur eden (specific performance) bir hukukî himaye tedbirini yarattı (45) ve praetor «actiones arbitrariae» hallerinde (meselâ bir istihkak davasında), hükümden önce müddeaaaleyhe aynen ifa (restitutio in natura) emrinin verilmesini tensip etti (46). Equity, vukuu tehlikesi melhuz olan hakkın ihlâlinden önce dahi men-i müdahale emirleri (injunctions) isdar etmekle korur ve bu emirler çok defa, Roma'da başka müesseseler meyanında zilyetliğin de himayesini mümkün kılan interdictum'larla temin edilen praetor himaye tedbirlerine benzetilmiştir (47).

Her mukayesede aksaklıklar vardır ve dikkatle bakılacak olursa münferit bakımlardan bu mukayeselerde de aksamalar görülebilir. Bununla beraber şaşırtıcı teferruatın içinden yapılan kısa atıflardan anlıyabilmişsinizdir ki, itiraz götürmez şekilde istikameti aynı olan temayüller bahis mevzuudur.

Ius civile ve ius honorarium, Common Law ve Equity'nin yanyana, hattâ birbirine karşı çalışan iki hukuk çevresi olduğuna işaret etmiştik. Bu iki hukuk çevresi arasında bir ihtilâf zuhur edince, 1873 tarihli İngiliz Judicature Act'daki bir esasa göre «nispet kaideleri takaddüm ederler» («The rules of equity shall prevail»); aynı prensip, gerekli tadilâtla, praetor hukukunda da caridir (48). Bu iki hukuk çevresinin yanyana ve birbirine karşı çalışması, gelişmenin esas itibariyle vukubulduğu asırlarda İngiltere'ye nazaran Roma'da çok daha âhenkli cereyan ediyordu. Zirâ Roma'da her ikisi, medenî hu-

(43) Tafsîlât için Roma Hukuku Dersleri I § 34.

(44) Tafsîlât için «Equity» adlı etüdüm s. 136 d.

(45) Krş. «Equity» adlı etüdüm s. 142 ve İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk s. 17.

(46) Actiones arbitrariae için krş. Roma Hukuku Dersleri I, § 39 II.

(47) Krş. «Equity» adlı etüdüm s. 143 d.

(48) İngiliz Equity'sinin tefevvuku hususunda adı geçen Almanca etüdümde tafsîlât vardır, s. 151 dd.

kuka göre kazâ faaliyet dahi, praetorda *bir elde* toplanmıştı; burada ihtilâf daha ziyade manevi idi, prensip bakımından mevcuttu, fakat haricen tezahür etmiyordu. Halbuki İngiltere'de Common Law'dan mütevellit hukuki himaye ile Equity'den mütevellit hukuki himaye birbirinden tefrik edilmişti, ayrı organlar tarafından bahşediliyordu. Nisfet esasları yalnız Şansölye Mahkemesinde tatbik ediliyordu, Common Law Mahkemeleri onları hiç nazarı itibara almıyorlardı. Bu sebeple Common Law Mahkemeleriyle Equity Mahkemeleri arasında hakiki ihtilâflar tahaddüs edebiliyordu. Bir Common Law Mahkemesinin kararına karşı Şansölye Mahkemesinden yardım istenebiliyordu ve bu mahkeme de, şayet hükmün infazı vicdanın emirlerine aykırı düşüyorsa, bir infaz yasağı (infaza karşı bir injunction) isdar edebiliyordu; hattâ mahkeme, bu yasağa uymamakta taannüt etmek isteyen müddeiyi tevkif ederek, lehinde sadır olmuş ve kaziyei mahkeme kespemiş olan hükmü istimalden zorla menedebiliyordu —bu hal muteber İngiliz hukukçuları tarafından açıkça «skandale yaklaşır bir vaziyet» (something approaching a scandal) şeklinde tavsif edilmektedir.

Bu neviden fena vaziyetler nihayet mahkemeler teşkilâtında 1873 tarihli Judicature Act ile büyük bir ıslahat yapılmasını gerektirdi: Common Law'a göre kazâ faaliyet ile Equity'ye göre kazâ faaliyet tek bir mahkemede, Londra'daki Yüksek Adalet Divanında (High Court of Justice) birleştirildi. Mamafih bu tevhit yalnız mahkemelelerin kaza faaliyetlerini kaynaştırdı, yoksa iki maddî hukuk çevresine tesir etmedi; bunlar ötedenberi olduğu gibi, istiklâl ve hususiyetlerini muhafaza ettiler. Bir İngiliz müellifi bu vaziyeti şu sözlerle canlı olarak ifade etmiştir: «İki nehir birleşti ve şimdi aynı yatakta akıyor, fakat suları karışmadı» (the two streams have met and now run in the same channal, but their waters do not mix) (49). Bugün dahi İngiliz tatbikatçıları arasında yalnız Common Law'da veya sırf Equity'de ihtisas yapmış olanlar vardır. Kadim Roma'da dahi, bilhassa pretorun yıllık beyannamesi kaldırıldıktan sonra, ius civile ile pretor hukuku birleştirilmiştir ve bugünkü romanist ilim de keza bu bakımdan bir «birleşme veya kaynaşma» dan bahsetmektedir (50). Buna rağmen orada da ayrılık tamamiyle bertaraf edilmemiş ve iki hukuk

(49) Judicature Act ile yapılan büyük reform hususunda bak.: «Equity» adlı etüdüm s. 146 dd.; burada mufassal atıflar da vardır.

(50) Krs. S. Riccobono, La Fusione del Jus Civile e del Jus Praetorium in unico ordinamento, Archiv für Rechts - und Wirtschaftsphilosophie 16 (1923) s. 503 dd. (E. Zitelmann'a Armağan).

çevresinin istiklâli şuurda ve ilmi literatürde canlı kalmıştır. Tarihi sebeplere dayanan hukuk ikiliğinin, müstenit bulunduğu şartların kalkmasından sonra da feda edilmemesi, gerek Roma'daki ve gerek İngiltere'deki muhafazakârlık için son derecede calib-i dikkattir.

IV.

İzahlar uzadı ve bu geniş mevzu hakkında söylenebilecek sair bir çok noktalar hususunda bazı atıf ve işaretlerle iktifa edeceğim.

Dikkate şayan bir muvazilik dava formülleri (actiones) sahasında mevcuttur. Roma hukuku imtihanını geçirmiş olanlarda, bu imtihanda bilinmek gereken çeşitli davalar (actio'lar) hakkında, pek de hoşnut olmıyarak, hatıralar kalmış olacaktır: istihkak davası (rei vindicatio), Publiciana davası (actio Publiciana), alım-satımda alıcının davası (actio empti), hırsıza karşı dava (actio furti) v.s.. Bunlar Roma hukuku için hakikaten müstesna bir ehemmiyeti haizdi. Daha eski hukukta bir çok dava formülleri vardı ki, bunlar pretorun beyanamesinde bir araya getirilmişti; her davada en mühim mesele şu idi: Dermeyan edilmek istenen talep için bir formül mevcut mudur ve hangi formül kabil-i tatbiktir (51)? Eski İngiliz hukukunda buna benzer formüller vardı. Bunlar daha sonra kaybolmuştur, fakat Maitland'ın «Common Law'da Dava Şekilleri» («Forms of Action at Common Law») adlı konferanslarında dediği gibi, «Biz dava şekillerini gömdük, fakat onlar mezarlarından bile bize hâkim oluyorlar» («The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves») (52). Roma'da dahi yeminli hususi hâkimin idare ettiği klâsik hususi dava yokolup Son İmperatorluk çağında bunların yerine memur hâkimler kaim olunca, eski dava formülleri kayboldu. Justinianus'un corpus iuris civilis'inde hiç bir yerde «formula» kelimesine rastlanılmaz, her tarafta interpolatio yoluyla bu kelime çıkarılmış ve yerine başka şeyler konmuştur. Bununla beraber gerek Justinianus hukuku ve gerek daha sonraki Roma hukuku için de Maitland'ın sözü varittir: «Eski dava formülleri gömülmüştür, fakat onlar hâlâ mezarlarından hüküm sürüyorlar.»

Roma hukukiyle İngiliz hukukunun tedricen sistematize edilmesi tarzı bakımından da düşünmeğe teşvik eden muvazilikler vardır.

(51) Tafsilat için Roma Hukuku Dersleri I §§ 26 ve 39.

(52) Bütün bu mevzu için metinde adı geçen yazıyı krş.: F. W. Maitland, Forms of action at Common Law, 1. basımında Equity hakkındaki konferanslarla beraber (Cambridge 1913), yeni basımında ise müstakillen intişar etmiştir (çıkararı: A. H. Chaytor ve W. J. Whittaker, 1936).

Daha önce verilen izahlardan da anlaşılabilir ki, Roma hukuku ve İngiliz hukuku gibi, hâdiseciliğin (kazuistik) hâkim bulunduğu hukuk nizamları hiç te sistemli ve ihatalı değildi. Halbuki bilhassa hukukun tedrisinde vüzuha ve ihata kolaylığına ihtiyaç vardır. Gerek Roma ve gerek İngiliz hukuk âleminde, böyle bir ihatalı sistemi benzer tarzda yaratan ve mümasil tesirler icra eden, pedagojik kabiliyetli şahsiyetler ortaya çıkmıştır. Roma için bu bakımdan M. s. ikinci asırda yaşamış olan Gaius'u zikredebiliriz; mes'ut bir tesadüf neticesi Gaius'un «Institutiones» adlı eseri bugün elimizdedir. Müellifin şahsiyeti bir çok esrarla örtülüdür. Kendisinin, çağının «muteberanından» olmadığı, imperator adına resmen cevap vermek imtiyazını haiz bulunmadığı, çağdaş bulunduğu büyük klâsikler derecesinde derin fikirli olmadığı muhakkaktır. Bununla beraber Gaius, örnek olacak kadar sade, açık ve ihatası kolay bir ders kitabı yaratmıştır; bu kitap daha sonra büyük bir şöhret kazanmış, Roma hukuku bilgisini bilhassa şarkta yaymağa hizmet etmiş ve bugüne kadar medeni hukuk ders kitaplarının tertip ve tasnifi üzerinde müessir olmuştur (53). İngilterede William Blackstone buna benzer bir rolü bihakkın ifa etmiştir. Blackstone önceleri tatbikatta avukat (Barrister) olarak pek muvaffakiyet kazanmamış, fakat Oxford Üniversitesinde ilk defa İngiliz hukuku hakkında verdiği konferanslarla müstesna bir muvaffakiyet temin etmiştir. Bu konferansları neticesinde «Commentaries on the Law of England» adlı dört ciltlik el kitabını neşretmiştir (1765-1768). Blackstone'de dahi ameli kudret ve tefekkür derinliği, pedagoğ ve muharrir olarak arzettiği yüksek san'ata muadil değildi. Bununla beraber, Blackstone'da tecelli eden muhafazakâr imana karşı mücadele eden büyük muarız, müfrit Bentham bile itiraf etmek zorunda kaldı ki, «o ilk defa olarak hukuk ilmine hem âlimin hem de centilmenin lisanını konuşmayı öğretti («first of all institutional writers taught jurisprudence to speak the language of the scholar and the gentleman»); filhakika gerek hukukçunun ve gerek münevverin diliyle konuşulması bir çok memleketlerin hukukçularında noksan kalmaktadır. Blackstone'un eseri İngiltere'de ve Amerikada sayısız defalar tab olundu ve, vaktiyle Gaius'ta görüldüğü gibi, İngiliz hukukunu yaydı, hattâ İngiliz hukuku hakkındaki bilginin yayılması imkânını ancak o temin etti (54).

(53) Krş. B. Kübler, «Gaius» adlı makale, Pauly-Wissowa's Realenzyklopädie des klassischen Altertums ve Roma Hukuku Dersleri I § 6 III ve § 17 III.

(54) Blackstone hususunda krş.: L. H. Dunoyer, Blackstone et Pothier

Roma hukuk malzemesinin Eskiçağın sonlarına doğru Şarkın mekteplerinde, bilhassa Beyrut'ta ve şehrimizde, hiç şüphesiz Yunan ilminin tesiri altında, ne suretle ilmi bakımdan sistematize edilmeğe devam edilerek Justinianus'un terkibine müncer olduğunu, ve bilhassa Ortaçağın sonlarına doğru ve Yeniçağda Garp üniversitelerinde skolastiğin tesiri altında ve nihayet Nur Çağının Tabii hukuk doktrininde en büyük muvaffakiyetle sistemleştirmenin terakki ettiği gösterilebilir. İngiliz hukuk âleminde, İngiltere'de ve Amerika'da, bu kabilden deruni ve bünyevî sistemleşme vetiresi tam gelişme halindedir. Hiç şüphe yok ki, orada da yabancı tesirler ve örnekler rol oynamaktadır: Âdeta gayrı ihtiyarı olarak orada da Berri Avrupa'nın, sistemleşme bakımından mukayese kabul etmiyecek derecede daha ileri olan hukuk ilimlerinden ve kodifikasyonlarından, Pothier'nin ve Savigny'nin eserlerinden, Fransız Code civil'inden ve Alman Medeni Kanunundan intişar eden tembihler müessir olmaktadır; bu tesirler belki bir gün İngiltere ve Amerika'da, tamamiyle başka mahiyette de olsa, hukukun tedvinine (kodifikasyonuna) müncer olacaklardır (55).

İşte, bayanlar, baylar, konferansımın başında İngiltere'de ve Roma'da hukukun gelişmesindeki muvazilik, hukuk yaratan kuvvetlerin dinamizmindeki benzerlik şeklinde tavsif ettiğim hâdiselerden birkaç çizgiyi belirtmiş oldum. Hukuki fikirler ve hukuki temayüller bakımından muvazilikleri ortaya koymak bu problemin başka bir cephesini teşkil eder; filhakika bunları da geniş ölçüde ispat etmek mümkündür; yalnız, daha önce dediğim gibi, bu hususta hukuk tekniği itibariyle şekil ve kalıp vermede ayrılıklar ehemmiyetlidir. Fakat bu seferlik sözlerimi bitirmekliğim gerekiyor. Yalnız bir umumî mülâhaza serdetmekliğime müsaade buyurunuz:

Roma hukukuna ve İngiliz hukukuna ayrı bir cazibe ve müstesna bir kuvvet bahşeden, bunların tarihi seciyeleridir, bunların bin bir bakımdan yüzlerce yıllık millet tarihine saldıkları derin köklerdir. Her ikisi, geçen asrın başında Tarihî Hukuk Mektebinin tebşir ve müdafaa ettiği hukuki inkişaf nev'ini tecessüm ettiriyorlar; o sırada, bu mektebin başı olan Savigny kanun koymağa ve kanunlaştırmağa karşı savaş açmıştı. O zamandanberi dünya devletleri, Anglo-Amerikan âlemi hariç kalmak üzere, ekseriya pek fırtınalı hamlelerle başka bir yol tuttular ve tarih içinde gelişmiş olan hukuklarını, teşrii

(Paris 1927); Earl of Birkenhead, Fourteen English Judges (1926) s. 197 dd.; L. Warden, Life of Blackstone (1938).

(55) Bu inkişaf seyrini «Das englische Recht und seine Quellen» adlı etüdümde (s. 5 dd.) izaha çalıştım.

yoldan yepyeni bir tanzime ulaşmak suretiyle, geniş ölçüde terkettiler. Hiç şüphe yok ki, bu sâyede günün ihtiyaçları çok daha iyi temin edildi, fakat hukuk da deruni zarurettten neş'et eden itibarından çok kaybetti; ancak tarihi kökler böyle bir itibarı bahsedebilir. Devam edeceğinde şüphe olmıyan bu gelişmenin ortasında biz üniversiteler ve hukuk ilmi mümessilleri, hukukun ve hukuk ilminin mahz bir pozitivizme tenezzül etmemesini ve bu istikamette körlenmemesini temin vazifesini müdrik olmalıyız. Savigny zamanında Tarihi Mektep ve Tabii Hukuk birbiriyle mücadele ediyorlardı. Her iki yol da takip etmekliğimiz gereken hedefe ulaştırır. Fakat ancak tarihî kökler şuurumuzda canlı kaldığı —ki bunda Roma hukuku ve İngiliz hukuku bize çok yardımda bulunabilirler— ve aynı zamanda hukuk idesinin ebedî temellerini yükseklerde tuttuğumuz takdirde, hukuk fakültelerimizin tedrisatı, her günün bize verdiği ve ertesi günün yenisiyle tebdil ettiği kanunlar hakkındaki bilgiden daha fazlasını ifade edebilir.

Andreas B. Schwarz

Tercüme eden: *Dr. Bülent Davran*