

Istanbul Üniversitesi  
Mukayeseli Hukuk  
Araştırmaları Dergisi, No. 18  
İstanbul, 1990

## KARŞILAŞTIRMALI HUKUKÇU GÖZÜYLE İSKOÇ HUKUK SİSTEMİ

Prof. Dr. Esin ÖRÜCÜ\*

### Giriş

Büyük Britanya Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı (UK) içerisinde üç hukuk sistemi yer almaktadır: İskoç, İngiliz ve Galler, Kuzey İrlanda. Kuzey İrlanda hukuk sistemi İngiliz modeline çok yakınsa da ve İngiliz hukuk sistemi, hem İngiltere hem Galler için geçerliyse de, İskoç hukuku bunlardan tamamen denecek kadar farklıdır. Britanya içinde, ayrıca Channel Islands (Jersey ve Guernsey) ve Isle of Man'de de farklı hukuk sistemleri var, fakat bunlar Birleşik Krallık tanımı içinde yer almadığından Büyük Britanya'da beş ayrı hukuk sistemi yer almaktadır demek, ki zaman zaman böyle diyen çalışmalara rastlanmaktadır, doğru olmaz. Üç hukuk sistemini içeren bu devlette ise bir federasyon değil, üniter bir sistem sözkonusudur. Tüm bu sistemler içinde İngiliz hukukundan gerçekten farklı olan İskoç hukuk sistemidir. Üniter bir devlette anayasal açıdan çok ilginç bir durum da sayılsa, İskoç sistemi ile İngiliz sisteminin ilişkisi herhangi bir yabancı hukuk sistemi ile olan ilişkiye benzer, aralarında kanunlar ihtilafı kuralları uygulanır. Ayrıca her iki sistemde de yabancı hukuk -yani İngiltere'de İskoç, İskoçya'da İngiliz- hukuk (law) değil, vakıa (fact) sayıldığından, mahkemelerde yargıçlar tarafından doğrudan uygulanmaz, ispatı taraflara düşer.

Karşılaştırmalı hukukçular çeşitli ölçütler kullanarak hukuk sistemlerini hukuk ailelerine ayırırken genellikle Common Law, Kara Avrupası hukuku, sosyalist sistemler, dinsel ve törelere dayalı sistemler ayırımı yaparlar; bu ailelerden hiçbirine tam olarak yerleştiremeyen sistemleri de melez ya da karma sistemler grubuna sokarlar. İşte İskoçya da böyle, Güney Afrika, Seylan, Quebec, Louisiana, St. Lucia gibi sistemlerle beraber, bir grup oluşturmakta. İskoç sisteminin birkaç değişik özelliğine değinmeden önce,

(\*) Prof. Dr. Esin ÖRÜCÜ (Glasgow Üniversitesi'nde öğretim üyesi)



bir karşılaştırmalı hukukçunun yapması gerekeni yapıp, önce belirli ölçütlere göre İskoç hukuk sisteminin gerçekten melez bir sistem olup olmadığını saptayalım. Bu saptamayı yaparken gerek kullanacağımız ölçütler (Zweigert ve Kötz'ün ölçütleri (1), gerek sistemler sınıflandırmasında kullanacağımız aileler, bu araştırmanın bir hukukçu ve hatta bir legalist hukukçu tarafından yapıldığını ortaya koyacaktır. Bunu belirtmemizin nedeni, son yıllarda hukuk sosyolojisi ve antropoloji ile ilgilenenlerin hem bu ölçütleri hem de grupları yetersiz bulup reddetmeleri ve özellikle Asya ve Afrika'da ortaya çıkan sayısız yeni hukuk sistemini incelemeye yetersiz kaldığını ileri sürmeleri. Bu konuyu açıklığa kavuşturduktan sonra Zweigert ve Kötz ölçütlerini ele alalım. Bu yazarlar, bir hukuk sistemi ile karşılaşıldığında, sistemin beş yönden incelenerek yerinin saptanmasını öneriyorlar: Sistemin tarihi gelişmesi, sisteme özgü hukuki düşünce biçimi, sisteme özelliğini veren hukuk müesseseleri, hukukun kaynakları ve sistemin ideolojisi. Bu incelemeyi yapmadan da şu uyarıda bulunuyorlar. Bir kere tüm sınıflamalar özel hukuk gözönünde bulundurulmuş yapılmakta. İkinci nokta, sistemlerin zaman içinde grup değiştirebileceğinin nazara alınması gereği. Örneğin, Türk hukuku, Osmanlı hukuku zamanında İslam hukuku (dinsel) grubunda iken, Tanzimat'tan sonra karma sistemlerden olmuş, cumhuriyetten sonra da Kara Avrupası (Romano-Germanic) grubuna geçmiştir. Diğer bir deyişle, gerek hukuk alanları açısından, gerekse tarihi gelişme ve değişme içinde, sistemler grup değiştirebilirler. Zweigert ve Kötz bu sınıflama için tek ölçüt kullanmanın yetersizliğine de değiniyorlar. Aşağıda İskoç hukuk sistemini bu ölçütlere göre ele alacağız.

I. Bir hukuk sisteminin bulunduğu grubu belirten en önemli faktör tarihi gelişmesidir. Bu faktör açısından bakıldığında İskoç hukuk sisteminin melez bir sistem olduğunu söylemek kolaydır. Onsekizinci yüzyıl başına kadar İskoçya ve İngiltere Britanya adasında iki ayrı krallıktı. Aralarındaki ilişkiler bazan iyi bazense kötüydü. 1292'de İngiliz Kralı I. Edward İskoçlar'ı yenip bütün adayı İngiliz kontrolüne sokmuş, birkaç yıl sonra İskoçlar yeniden bağımsızlıklarını elde etmişler ve İngiltere'ye karşı Fransa ile ikiyüz yıl kadar süren 'Auld Alliance' denen bir andlaşma imzalamışlardır. Böylece İskoçya Kara Avrupa'sına açılmıştır.

Onikinci yüzyıldan ondördüncü yüzyıla kadar İskoçya klasik bir feodal krallıktı. Anglo-Normanlar ve Keltler ile kral arasında feodal bir ilişki vardı. Hukuk sistemi İngiliz sisteminin etkisi altında idi ve esasa ilişkin hükümlerden ziyade usul hukuku kuralları önemliydi. Jüri sisteminin de kabulü ile İngiliz hukukunun daha basit bir biçiminin yürürlükte olduğu söylenebilir. Ondördüncü yüzyıl başlarında İskoç hukukunun orta çağlara ait yargısal üslubunu yansıtan en önemli kaynağı **Regiam Majestatem**'in içeriğinin üçte ikisi eski İngiliz hukukundan, bazı kuralları Keltik hukukundan, geri kalanı da Roma hukuku ve kilise hukukundan alınmıştır.

Ondördüncü yüzyıldan onsekizinci yüzyıla kadarki dönem, milli İskoç sisteminin gelişme dönemidir. Bağımsız savaşları sonucu İskoçya'nın İngiltere ile ilişkisi kesilmiş

(1) Zweigert, K. & Kötz, H., *An Introduction to Comparative Law* 2 nd. ed. (Oxford: Clarendon Press, 1987) 63-75 Ayrıca bkz. Özsunay, E., *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976) 283-322



ve gerek politik, gerek ekonomik ilişkileri ve bu nedenle hukuk açısından da etkilenme kaynağı Fransa ve Hollanda olmuştur (2). Bu dönemde İngiliz hukukundan hiçbir alıntı sözkonusu olmamış, fakat İskoç hukukçuları önceleri İtalya ve Fransa, daha sonra Hollanda ve Almanya'daki hukuk fakültelerinde Roma hukuku öğrenmişlerdir. Bunun sonucu olarak da hukuk sistemi, usul hukuku da dahil olmak üzere Roma ve kilise hukukundan esinlenmiştir. Feodal hukuk, gelenek ve yasal hukuktaki boşlukları, 1532'de kurulan İskoç Temyiz Mahkemesi (Court of Session) Roma hukukundan alıntılarla doldurulmuştur. Bu alıntılar seçerek yapılmıştır, toptan bir alıntı değildir. Zaten İskoç sisteminin önemli bir özelliği, hiçbir devirde alıntılarını toptan yapmayıp perakende ve seçerek yapmasıdır.

1618'de ilk İskoç hukuk yazarı Lord Stair (Temyiz Mahkemesi Başkanı) 'İskoç Hukukunun Müesseseleri' kitabını yazmıştır. Bu eser bugün de İskoç hukuk sisteminin kaynaklarından sayılmakta ve mahkemelerce kullanılmaktadır. Bir Kara Avrupası hukukçusu iç güdüsü ve dedüksiyon metodu ile, bir Roma hukukçusu gibi kaleme alınan bu eser İskoç mahkeme kararlarını da kaynak olarak kullanmıştır. Bunu 1773'de Erskine izlemiştir. Böylece onaltıncı yüzyıldan onsekizci yüzyılın sonuna kadar bariz bir 'Roma hukuku etkisi'nden söz edilebilir. Bu etki, hem pozitif hukuk kuralları, hem sistematik açısından sözkonusudur. 1800'de Bell üçüncü önemli hukuk yazarı olarak ortaya çıktığında, eserinde İngiliz etkisi açıkça görülmeye başlamıştır.

Onsekizinci yüzyıl başlarında 1707'de İskoçya İngiltere ile birleşmiştir (Treaty of Union). Artık İngiltere ve İskoçya değil, Büyük Britanya Birleşik Krallığı'ndan söz edilir olmuştur. Parlamentolar birleşirken, İskoç hukuk sisteminin özelliği ve bu özelliğinin muhafaza edileceği de karara bağlanmıştır (m.18, 19) (3) Ama yine de onsekizinci yüzyılın sonundan itibaren İskoç hukuku giderek Roma hukuku yerine İngiliz hukukundan etkilenmeye başlamıştır. Bunun önemli nedenlerinden biri, hukuk davalarında Lordlar Kamarasının her iki sistem için de nihai Temyiz Mahkemesi olmasıdır. Bugün Roma hukuku ve Kara Avrupası hukuk sistemlerine mahkeme kararlarında çok nadir atıfta bulunulmakta, İngiliz hukukuna ilişkin Lordlar Kamarası kararlarının ise, İskoçya için bağlayıcı olmamakla birlikte, birbirine benzer hukuk ilkeleri sözkonusu olduğunda ikna edici (persuasive) etkisi kabul edilmektedir. Bugün İngiliz hukukunun etkisi, ya parlamentoca çıkarılan yasalar yoluyla, ya da Lordlar Kamarası'nın temyiz kararları yoluyla olmaktadır.

Tarihi gelişme ölçütü İskoç hukuk sistemine uygulandığında sistemin her iki hukuk ailesinin izlerini taşıdığı ortaya çıkar. Bu gelişme ayrıca İskoç hukukuna kozmopolit ve milletlerarası bir görüntü kazandırmıştır. Feodal hukuk, Roma hukuku, tabii hukuk okulunun etkisi ve İngiliz hukukunun birleşimi ile ilginç bir sistem ortaya çıkmıştır.

(2) O devirde Hollanda'da Leiden, Utrecht ve Groningem'de İskoç hukukçularına rastlanmaktaydı. Hatta onaltıncı yüzyılda iki İskoç, E.Henryson, Bourges'da, W.Barclay, Pont-a-Mousson'da özel hukuk profesörü olmuştur. 1600-1800 arası Leiden Üniversitesi'nde 1600 İskoç hukuk öğrencisi kayıtlıydı.

(3) Treaty of Union'un 19. maddesine göre, iki ülke arası kamu hukuku harmonize edilecekti; fakat özel hukukun değişmeyeceği garanti ediliyor, meğer ki değişiklik İskoçlar için açıkça yararlı olsun (only for the evident utility of the subjects within Scotland).



II. İkinci ölçüt, sisteme özgü hukuki düşünce biçiminden anlaşılması gereken, Kara Avrupası grubunun soyut, antiformalist hukuk normları kullandığı, common law'un ise bir mahkeme kararından diğerine giderek gelişmesi sonucu endüksiyona dayanan formalist, somut normlar kullandığıdır.

Bu başlık altında ilk belirtilmesi gereken, İskoç ve İngiliz hukuklarına müşterek olan, hukuk kurallarının yeri meselesidir. Kara Avrupası sistemlerinde yasalarda bulunan bu kuralların mahkeme kararlarında uygulanması sözkonusu iken, İskoç hukukunda, İngiliz hukukunda olduğu gibi, hukuk kuralı mahkeme kararında bulunmakta, dayanak bir yasa da olsa, yasaya verilen anlamdan kural çıkarılmaktadır. Ayrıca İskoç hukuku kodifikasyon geçirmemiştir. Bu nedenle hukuk kaynaklarını 'Common Law' ailesi üyeleri gibi kullanır.

Bu ölçüt altında da İskoç hukuk sisteminin karma bir sistem olduğunu gösteren belirtiler vardır. Örneğin İskoç özel hukuku İngiliz hukukuna nisbetle daha genelleştirilmiş haklara dayanır ve İngiliz hukuku için söylenen "bir hakkın varlığı bir yaptırımın varlığına bağlıdır" ilkesi geçerli değildir. Ayrıca, hukukî tartışmalarda, soyut hukuk ilkelerinden, davalardaki somut hukuk kurallarına inilmektedir. Bu, eski ağırlığını kaybetmiş sayılabilirse de yine de İngiliz hukuk mantığından hâlâ farklıdır. Fakat İskoç hukuku da İngiliz hukukunu izleyerek 'stare decisis' ilkesi (mahkemelerin hem kendi hem de hiyerarşi içinde kendilerinden yukarıdaki mahkeme kararları ile bağlı olmaları) ile bağlı olduğundan Kara Avrupası'nda görülen esneklik burada sözkonusu değildir, hukukta 'kesinlik' ilkesi 'adalet' ilkesinden daha önemlidir. Burada belirtilmesi gereken, İskoç hukukuna özgü ilginç bir gelişmedir. Yüksek Mahkeme'nin (High Court of Justiciary) 'declaratory power' denen yetkisi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin İskoçya'da bu anlamda uygulanmadığını göstermektedir. Genellikle Hume'un yazılarından esinlenen İskoç ceza hukukunda, Yüksek Mahkeme saklı yetkisini kullanarak, açıkça suç olduğu belli fakat daha önce bilinmeyen bir eylemin suç olduğunu beyan edebilir. 1838 **Bernard Greenhauff** davasından beri kullanılmayan bu yetki, 1926'da kullanma hırsızlığı 'furtum usus' suçu ihdas etmede ve 1984'de **Khaliq v. HMA** davasında kullanılmıştır. Bu davada çocuklara zamk satan bir bakkal bu zamkın ısıtılarak buharının koklanması ile oluşan ölüm vakaları arttığına, "kişiye gerçek zarar verme" suçu işlediği iddiası ile cezalandırılmıştır. İngiltere'de benzeri olaylar cezasız kalmıştır, zira orada ceza uygulanabilmesi için bir yasa çıkarılması gerekmektedir. İskoç yargıcı ilkedden analogi yoluyla bir mantıki sonuç çıkartma yetkisine sahiptir.

Burada belirtilmesi gereken bir başka nokta da, 'hukuk' ve 'nasafet' common law'da ayrı ayrı ve ayrı mahkemeler yoluyla gelişirken, İskoç hukukunda, Kara Avrupası gibi, hukuk ve nasafetin beraber geliştiği ve bu nedenle hukukla adaletin birlikte düşünüldüğüdür. Gerek yukarıda sözünü ettiğimiz 'declaratory power', gerek hukuk davalarında Court of Session'ın saklı nasafet yetkisi (Noble office, nobile officium) yolu ile nasafetten doğmuş hukukun genel ilkeleri 'İskoç common law'unun parçası sayılıyor. Bilindiği gibi İngiliz hukukunda ise nasafet (equity) hukukla eş değerli ayrı bir kaynaktır.



Bu ikinci ölçüt açısından da İskoç hukuk sistemi karma bir sistem görünümündedir, ama, common law'ya çok daha yakındır.

III. Sisteme özelliğini veren hukuk müesseseleri ölçütü uygulandığında İskoç hukuku gerçekten karma bir sistem. Önce İskoç ceza hukuku alanını ele alırsak, bu hukuk kolunun tamamen kendine özgü geliştiği, her iki aileden de farklı olduğu görülür. Bu hukuk dalının bir özelliği yazılı hukuka dayanmaması, diğeri de yukarıda değindiğimiz Yüksek Mahkeme'nin 'declaratory power' yetkisi. Ayrıca örneğin İngiliz etkisiyle İskoç sistemine girmiş olan jüri, suça karar verirken, -ki 15 kişilik jürinin çoğunluk kararı yeterlidir bu kararda- ya suçlu ya suçsuz, ya da 'ispatlanamadı' (not proven) diyebilir. Suçlu olduğunda ahlaken şüphe olmadığı halde, ya iki şahit bulunmadığı (corroboration), ya başka bir usuli nedenle hukuken suçu ispatlanmayan bu kişi mahkemeyi terkeder, ama suçsuz gibi temize çıkmış sayılmaz, ne var ki hapse de girmez. İngiliz hukukunda böyle bir olanak sözkonusu olmadığı gibi, suç tesbitinde iki şahit şartı da aranmaz. Bu hukukun İngiliz hukukuna benzeyen yanı yukarıda değindiğimiz gibi ceza davalarının jüri önünde görülmesi ile, tarafların olayları hazırlayıp, şahitleri ve birbirlerini sorguya çekip, yargıcın ise hakem rolünü oynadığı 'adversary system'in kabul edilmiş olmasıdır. Ama İskoç ceza hukukunda sistemin merkezi savcıdır ve savcılar Başsavcı (Lord Advocate) denetimi altında delil toplarlar. İngiltere'de ise bu konuda merkez polistir.

İskoç hukuk sisteminin kendine özgü mahkeme hiyerarşisi içinde ilk derece mahkemeleri Sherriff courts ve hukuk davalarında İstinaf Mahkemesi olan Court of Session vardır. Court of Session'daki yirmi yargıcın onikisi (Lord Ordinary) gelen davalara ilk yargı yeri olarak bakarlar ve Outer House adını alırlar. Diğer sekiz yargıç dörder kişilik iki bölüme ayrılmışlardır bu iki bölüm (Division) Inner House'ı meydana getirirler. Bu bölümler istinaf ve temyiz davalarına bakarlar. Birinci bölüme, Court of Session Başkanı Lord President başkanlık eder. Temyizle davalar House of Lord (Lordlar Kamarası)'a da gidebilir. Bazı başka özel yetkili İskoç mahkemeleri de vardır (4) Ceza mahkemelerine gelince, bu hiyerarşi de Sheriff court'la başlar, daha ağır cezayı gerektiren davalarda Sherriff davayı High Court'a nakledebilir. The High Court of Justiciary (Yüksek Mahkeme) İskoçya'nın nihai ceza mahkemesidir. Bu mahkemenin yargıçları Court of Session yargıçlarıdır, fakat kıyafetlerini değiştirirler ve bu görevlerini yerine getirirken Lord Commissioners of Justiciary adını alırlar. Mahkeme İskoçya'nın çeşitli yörelerine de gider, sadece Edinburgh'da dava bakmaz. Ama temyiz davaları her zaman Edinburgh'da görülür. Bazı hallerde bu mahkemenin Sheriff court'larla yetki alanı çelişir, ama bazı hallerde, vatana hiyanet, adam öldürme, ırza geçme, incest (yakın akrabalarla cinsî münasebet), mahkeme personeline mani olma ve yargıçların görevlerini ihlal etmeleri ile ilgili davalarda münhasır yetkisi vardır. Ceza davalarından Lordlar Kamarasına temyizen gidilmez. sistem İngiliz sisteminden tamamen farklıdır.

Aile hukuku dalında da İskoçya'ya özgü iki müesseseden söz edelim: İngiltere'de kabul edilmeyen bir evlilik dışı evlilik biçimi olan 'cohabitation with habit and repute' ,

(4) The Scottish Land Court, The Lyons Court, The Church courts, The Registration of Voters Appeal Court, the Licencing Court v.s.



evliliğin doğurduğu tüm hukukî sonuçları doğurmakta, evli gibi davranıp evli gibi tanınan çiftler hukuken korunmaktadır. Yine de bu dalda, Batı Avrupa'da bir tek İskoçya'da, 16 yaşı ile 18 yaşı arasındaki evliliklerin gerçekleşmesi için ana babanın rızası aranmaktadır.

İskoç'yadaki toprak ve toprak mülkiyeti sistemi de kendine özgü. 1617'den itibaren Edinburgh'da bir tapu kütüğü ihdas edilmiş (Register of Sasines), buna göre mülkiyet hakkı garantilenemeyeceği halde, mülkiyetin durumu katıyetle anlaşılabilir. Açıklık ve güven getiren bu sistem İngiliz hukukunda yer almaz ve İskoç sisteminin Alman sisteminden de eski olduğu söylenmektedir.

İngiliz etkisinin çok az rastlandığı hukuk dalları arasında mülkiyet, miras ve trust (tröst) sayılabilir. Özellikle Roma hukuku kökenli occupatio, accessio, traditio, specificatio ve res nullius kavramları mülkiyetin geçmesinde önemli bir rol oynar. İskoç hukukunda, İngiliz hukuktan farklı olarak, mülkiyet önemlidir, zilyedlik değil. Örneğin **Lord Advocate v. The University of Aberdeen** davasında (1963) kazılarda ele geçen bir define, hukukun basit bir genel ilkesi olan 'quod nullius est fit domini regis' gereği, Devlete ait sayılmıştır. İngiliz hukukuna göre ise, zilyedliğe mülkiyet hakkı gibi bir sonuç tanındığından, bu dava orada açılsaydı çok daha karmaşık bir hal alırdı ve taraflardan hangisinin (toprak maliki, şeyin zilyedi, lisans sahibi, arazide haksız yere bulunan (trespasser)) baskın hakkı olduğunun kararlaştırılması gerekirdi.

İskoç ortaklık hukuku da Roma hukukunun 'societas' müessesesinin izlerini taşıyor ve, 1890 Ortaklık Yasası ile bu konu kodifiye edilmişse de, İngiliz hukuktan çok farklı hükümler içerir. Örneğin, ortaklığın kişiliği ile ortakların kişiliği İskoç hukukunda birbirinden ayrıdır, İngiliz hukukunda ortaklığın ayrı kişiliği yoktur. Kişilik hukukun ayrı bir özelliği de İskoç hukukunda reşit, pupil ve minor (kızlarda oniki, erkeklerde ondört yaşından sonra) ayırımı olması. Bir minor'ın sınırlı da olsa hukuk ehliyeti kabul edilmektedir. İngiliz hukukunda ise kişi ya reşit ya infant'tır ve infant'ın hiç hukuk ehliyeti yoktur.

Tazminat hukukunda İskoç hukukunda sorumluluk, 'culpa' (kusur)'dan doğuyor. İngiliz hukukunda ise sorumluluk 'negligence' (ihmal)'e dayanır ve tek bir genel ilke sözkonusu olmayıp her haksız fiil tipi için ayrı bir ayırım sözkonusudur; bu nedenle de 'law of torts'dan söz edilir. Ondokuzuncu yüzyılın sonlarından bu yana İskoç hukukunda İngiliz hukukunun etkisi görünmeye başlamıştır. Ancak son zamanlarda İngiliz hukuku da 'tort of negligence' adı altında, İskoç hukukunun 'culpa'sından dar olmakla birlikte, haksız fiilleri gözden geçirip yeni bir hukuk ilkesi ortaya çıkarmıştır. 'Actio legis Aquilioe'den gelişmiş olan 'culpa' doktrini geniş bir sorumluluk temelidir. Halbuki **Dumbeck v. Addie** davasında 1929'da İngiliz doktrini İskoç hukukuna empoze edilerek, Lordlar Kamarası, "malikin kendi mülkiyetinde zarara uğrayana karşı tazminat borcu, zarar görenin mülkte davetli mi, lisanslı mı, yoksa hukuka aykırı olarak mı bulunduğuna göre değişir" demiştir. O tarihe kadar İskoç hukukunda mülkte hukuka aykırı olarak bulunan dahi, eğer malik böyle bir zararın doğacağını görebilecek durumdaysa, tazminat isteyebiliyordu, zira malik genel 'culpa' doktrinine göre sorumluydu.



Sözleşme hukukunda da Roma hukukunun etkisi sözkonusudur. İskoç hukukunda bir sözleşme yalnız 'consensus' (rıza) ile kurulabilir. İngiliz hukukunda ise 'consideration' (ivaz) şartı gerçekleşmelidir. İskoç hukuku Roma hukuku gibi verilen sözü (promise) bağlayıcı saymakta, İngiliz hukuku ise bağlayıcılık için karşılık beklemektedir; diğer bir deyişle İngiliz sözleşmelerinin önemli bir unsuru pazarlık olmaktadır. İskoç hukukunda kabul edilen 'ius Quaesitum tertio'nun da İngiliz hukukunda yeri yoktur. Yalnız 'undue influence' (aşırı etki) gerek 'frustration of Contract' (bir nevi force majeure) doktrinleri İngiliz hukuktan İskoç hukukuna geçmiştir. 'Ius quaesitum tertio' ilkesine göre bir sözleşmeden yararlanacak olan üçüncü kişi sözleşmenin varlığını biliyorsa, uygulanmasını isteme hakkına sahiptir. Halbuki 'common law'da sözleşme sadece taraflar için hak ve borç doğurur. Yine bu hukuk dalında İskoç hukukunda sözleşme 'litteris' ya da 'verbis' olabilir, İngiliz hukukunda ise 'verbis' sözleşme kabul edilmez.

Ticaret ve denizcilik hukukunda ise İngiliz etkisi açıktır ve bu alanda yasalarla bir ünifikasyon söz konusudur. Ayrıca vergi hukuku, gümrük hukuku gibi konularda da çok erken tarihlerde ekonomik bir birlik temin edilmiştir.

IV. Hukukun kaynakları ölçütü, sistemin hangi kaynakları kullandığı, hangi yorum metodlarıyla bu kaynaklara yaklaştığı ve bu kaynakları nasıl kullandığı anlamında ele alınmaktadır. Bu çerçevede içerisinde yasal hukuk, yargı yerlerince yapılmış karar hukuku, teamül hukuku ve bunların arasındaki ilişkilerle, bağlayıcılık sorunu tartışılabilir.

Bu ölçüt İskoç hukukuna uygulandığında, bugün için İngiliz hukukuna benzerliğinin arttığı, fakat tarihsel olarak Roma hukuku ve Kara Avrupa hukuklarının etkisinin de görüldüğü ve bunların yanı sıra sistemin kendin özgü bir görünümü de olduğu söylenebilir. Şöyle ki, İskoç hukuku tarihsel olarak teamül hukuku, ve bu teamülün yargı yerlerinde uygulanmasıyla ortaya çıkan, ve 'common law' denen kararlar toplamından ibaretti. Kararların bağlayıcılığı, 'precedent' ya da 'stare decisis' İngiliz ilkesine göre değil, 'jürisprudence constante' Kara Avrupası ilkesine göre anlaşılıyordu. Yani, kararlar otoritelerini içerdikleri mantıktan kazanıyorlar ve belirli bir konuda belirli bir yaklaşım giderek geliştiğinde bu kararlar bağlayıcı hale geliyordu. Bir konuda bir seri Court of Session kararı örneğin bir teamülün varlığının ispatı idi. 1800'lerden bu yana bu konu İngiliz hukukunun anladığı biçimde ele alınıyor ve mahkeme kararları birinci derecede hukuk kaynağı sayılıyor.

Yasalar da hukukun birinci derecede kaynağı. Bunlar Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından çıkarılıyorlar ve bir kısmı adanın hepsi için geçerli. Diğer bir kısmı da özellikle İskoçya için çıkarılanlar (5). Burada bir sorunla karşılaşyoruz. 1965'ten bu yana İskoç Hukuk Komisyonu kurulmuş ve yeni yasa teklifleri ve yasa tadilleri, hukuk reformu konusunda çok faal, İskoç hukuk ilkelerini göz önünde bulundurarak çalışan bu komisyon tarafından hazırlanıyor. Bu tarihten sonra çıkan ve sadece İskoçya için geçerli

(5) Parlamentodan özel bir ad ile çıkmayan yasalar İngiltere ve Galler için geçerlidir sadece. İskoçya ya da Kuzey İrlanda için çıkarılanların adında bu belirtilir, the Succession (Scotland) Act 1964, ya da the Married Women's Property (Scotland) Act 1881 gibi.



yasalar İskoç hukukunun İngiliz hukuku tarafından yutulmasına engel oluyor (Örneğin 1985 tarihli İskoç İflas Yasası gibi). Ne var ki 1965'ten önce, çoğunluğu her zaman İngiliz olan bir parlamentodan (6) çıkan İskoç yasaları İskoç hukukunun özelliklerini bazen görmezlikten gelmiş, ve bu nedenle de çeşitli İngiliz hukuk ilkeleri İskoç hukukuuna sızmıştır. Örneğin, 1893 tarihli the Sale of Goods Act, İskoç hukukunun, "satış akdinde mülkiyet ancak ödeme yapıldığında ve teslimle geçer", ilkesini bir anda ortadan kaldırarak, yerine, İngiliz hukukunun, "mülkiyetin tarafların kararlaştıracakları zaman ve genellikle sözleşme yapıldığı anda geçeceği" ilkesini koymuştur.

Yasal kaynağın yorumunda kullanılan metodlara gelince, bunlar İngiliz hukuku metodlarıdır; yani Kara Avrupası'nın liberal ve sosyal amaçlı yorum metodları değil, kelimelere olağan anlamları verilerek, literal, dar ve gramatik yorum metodu uygulanır. Yalnız burada belirtilmesi gereken İskoç hukuk geleneğinin, genel ilkelere kalkan argümantasyona açık olduğu ve bunun mahkeme kararları incelenirken belirginleştiğidir. Bu kararlarda, İngiliz kararlarına nisbetle, haklar tartışmaları ya da analogi kullanımı çok daha açıktır.

Burada, hukuk davalarında son temyiz mercii olan Lordlar Kamarası'nın, İngiliz hukuku eğiliminde verdiği kararların etkisinden de söz etmek gerekir. Genelde en az iki İskoç Lord'unun bu davalarda hazır bulunması gerektiği halde, yine de bu her zaman gerçekleşmemektedir. Fakat, her ne kadar Lordlar Kamarası yoluyla bazı İngiliz hukuk ilkeleri İskoç hukukuna sızmışsa da, bunun tersi de sözkonusudur. Örneğin 1925' de *Cantiere San Rocco S.A. v. Clyde Shipbuilding Co.* davasında bir Avusturya şirketi bir İskoç firmasına ısmarladığı deniz motorlarının bedelinin bir miktarını ödedikten sonra, araya giren 1914 savaşı nedeniyle sözleşme şartları yerine getirilemeyince, ödediğini geri almak için harekete geçmiştir. Court of Session, İngiliz kararlarını izleyerek bu talebi reddetmiş, Lordlar Kamarası burada İskoç hukukunun genel ilkesi 'condictio causa data causa non secuta' gereği, davanın kabul edilmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Bu ilke İngiliz hukukunda yoktur.

İskoç hukuk sisteminin kendine özgü başka bir birinci derecede kaynağı da 'institutional writers' denen ve özellikle daha önce de adını verdiğimiz Stair (1681, genel özel hukuk), Erskine (1773, özel hukuk), Bell (ticaret hukuku), Craig (toprak hukuku), Mackenzie ve Hume (ceza hukuku) gibi yazarların, özellikle hukukun genel ilkelerinin kaynağı olarak kullanılmaları. Bu, Roma hukukunun Justinian kodifikasyonundan önceki çağını, ya da Fransız kodifikasyonundan önce Pothier ve Domat'ı anımsatıyor inceleyiciye. İskoç hukuku hiçbir zaman kodifiye edilmemiş fakat bu yazarlar devirlerinin kodifikasyonu sayılmışlardır. Örneğin, 1870'de *Drew v. Drew* davasında Lord Beholm, "herhangi bir hukukî meselede Stair'in fikrinin aksi iddia edilmiyorsa, onun fikrinin İskoç hukuku olduğuna karar veririm", demiştir. Mahkeme kararlarında hâlâ sıklıkla bunlara

(6) İskoçya'nın diğer bazı karma sistemlere (Quebec, Güney Afrika, Louisiana gibi) göre durumu ilginç bu konuda, zira, tabii olduğu parlamento, özellikle nüfus orantısı nedeniyle, İngilizler'den kurulu. Hele şu anda İskoçya'nın oyları sadece İşçi Partisi'ni desteklemiş olduğundan, son on yıldır Muhafazakarların denetiminde olan parlamentoda hiç temsil edilmiyor sayılabilirler. Mahalli otonomi ve devölasyon konuları her zaman tartışılmakta.



atıfta bulunuluyor ve hukuk fakültelerinde (ki bunların sayıları beştir) de öğretiliyorlar. Bu yazarlar 'precedent' gibi uygulanmıyor, yani varlıkları otorite olmalarına yeterli değil, fakat rasyonel güçleri nedeniyle bağlayıcılar. Bu kategori kaynak, Kara Avrupası'nın 'la doctrine'inden güçlü ve kaynaklar hiyerarşisi içinde özel bir yeri var.

Bir zamanlar birinci derecede kaynak olan teamül, bugün ikinci derecede kaynak ve sadece yazılı olmayan hukuk alanına özgün. Daha önce bir kararın mevcut olmadığı bir alanda, delil olarak ispatlanması halinde, eğer belirli ve devamlı bir uygulamayı gösteriyorsa, bağlayıcılığı uzun süredir kabul ediliyorsa ve kabul edilmiş hukukun genel ilkelerinin aksini göstermiyorsa, geçerli olabilir. Yasa ya da sözleşme hükümleri karşısında ise her zaman geçersiz.

V. Son ölçüt ideoloji, yani politik, ekonomik doktrinler ya da dinsel inançlar, Kara Avrupası sistemleri ile Common Law sistemleri arası seçim yapmada uygulanamaz. Zira, bazı karşılaştırmalı hukukçuların da belirttiği gibi, bugün hatta bir 'Batı hukuku sistemleri ailesi'nden dahi söz etmek mümkün. Bu, öncelikle ideoloji ölçütü konusunda geçerli bir gözlem. Anglo-Saxon, Germanik, Romanist ve Nordik ailelerin ideolojileri hemen hemen aynı.

### Sonuç

İlk dört ölçüt uygulandığında, İskoç hukuk sisteminin gerçekten de İngiliz hukuk sisteminden farklı, fakat Kara Avrupası sistemleri grubuna da girmeyen bir sistem olduğu gösterilmiş oluyor. Bu, özellikle özel hukuk ve ceza hukuku alanlarında sözkonusu. Zaten Act of Union, 1707'de bunların değişmeyeceğini güvenceye almış, kamu hukuku konusunda bir ayniyetten söz edilmezse de, Birleşik Krallık üniter devletinde bu alanda büyük bir benzeşmeden söz edilebilir. Yine de, İskoç hukukunun kendine özgü gelişmeleri kabul edilmektedir. Örneğin, kamu hukukunun varlığını ve idare hukuku davaları için özel yeni bir yapıyı kullanılmasını kabul eden İngiliz yasası 1981 tarihli olduğu halde İskoçya'da bu konu ancak 1985 tarihinde yasalaşmış ve de incelendiğinde farklılıklar belirgin.

Ölçütler arasında yer almayan, ama sistemlerin devamını sağlayan hukuk eğitimi-ne de bakıldığında, İskoç sisteminin Kara Avrupası'na daha yakın olduğu görülür. Örneğin dersler, 'case law' (olay) metodu ile değil, tahrir metodu ile verilmekte, fakat mezuniyetten sonra bir ek 'Diploma in Legal Practice' yıl pratik hukuk uygulaması öğrenilerek bir de diploma alınmakta ve avukat olmak isteyenlerin bunu elde etmesi şart koşulmaktadır. Her ne kadar İngiliz hukuk fakülteleri de Amerikan hukuk fakültelerine nisbetle tam bir 'case' metodu uygulaması yapıyor sayılmazlarsa da, geleneksel olarak, İskoç hukuk eğitiminin daha teorik olduğu, hukuk felsefesi, Roma hukuku gibi konulara yer verildiği görülür.

Ayrıca Roma hukuku etkisi ders bölünmesinde de kendini göstermekte, İskoç hukuku adı altında, Roma hukukundan esinlenmiş, miras, mülkiyet ve borçlar hukuku okutulmakta, diğer konular ise çeşitli adlar altında ele alınmaktadır.



Hukuk pratiği ve hukukçuların meslek içi bölünmeleri (solicitor, advocate) İngiliz sistemine (solicitor, barrister) benzemektedir.

İngiliz etkisi 18. yüzyıldan itibaren, özellikle şu dört faktör nedeniyle hız kazanmıştır denebilir: Çoğunluğunu İngilizler'in teşkil ettiği tek parlamento; hukuk davalarında Lordlar Kamarası'nın müşterek Temyiz Mahkemesi olması sonucu İngiliz hukuk ilkelinin İskoç sistemine sızması; kararların bağlayıcılığı ve tek kararın bile izleneceği İngiliz görüşünün İskoç hukukunun parçası haline gelmesi ile sızan İngiliz kararlarının da bağlayıcılık kazanması; İskoç hukukunun kodifiye olmaması sonucu kesin ve yazılı temelden yoksun olan sistemin kendisini korumakta güçlük çekmesi.

Roma hukuku etkisi ise şu nedenlerle giderek azalmıştır: Napoleon savaşları sonucu İskoç hukukçular Kara Avrupası'na geçmemeye başlamışlar; Court of Session'ın bünyesindeki değişikliği takibederek mahkeme kararlarını izleme geleneği gelişmiş; hukuk boşluklarını doldurmak için yeni birlik içinde giderek İngiliz hukukuna dönülmüş; bu arada Lordlar Kamarası hukuk davaları alanında kendisini 1710'da İskoç Temyiz Mahkemesi olarak yetkili görmüş; ekonomik ekonomik gelişme sonucu Roma hukuku yetersiz kalmıştır.

Bugün Avrupa Topluluğu içerisinde İskoç sisteminin farklı olduğu kabul edilmekte, fakat bir yerde, bütün üye devlet sistemleri birbirlerine yaklaştırılmaya çalışıldığından, öncelikle birçok alanda 'Bristih law' denebilecek, tüm adayı ilgilendiren yeni yasama ve uygulamalar sözkonusu olmakta. Ancak bu nedenle ilginç bir gelişme de var İskoçya'da. Bu büyük bütün içerisinde kimliklerini kaybetme kaygısı ve rejyonalizm politikası nedeniyle, İskoç kimliğinin Avrupa bütünü içinde daha iyi korunabileceği fikri yaygınlık kazandıkça, İskoç hukuk sisteminin kendine özgü özelliklerinin giderek daha çok üzerinde durulmakta, yirminci yüzyılda 1960'lara kadar anglizasyon süreci hızlanmışken, son otuz yıldır tekrar sistemin farklılıkları vurgulanarak Kara Avrupası'na olan yakınlığından söz edilmektedir. Bu nedenle de, İskoç hukukunun 'common law' ailesi içinde kaybolmayacağı, fakat karma bir sistem olarak kalacağı söylenebilir. Hatta Profesör Ullmann'ın ima ettiği gibi belki de Avrupa hukuku içinde ideal sistemler böyle karma sistemler olacak. Zweigert'in dediği gibi, Kara Avrupası hukukları ile Common Law arasından giderek gerçekleşen bir yaklaşma (approximation) yaratmaya çalışanlar için İskoç hukuku bu bileşimin özel bir örneği olarak incelenmeye değer.



## KAYNAKLAR

Cooper of Culross, Lord The Scottish Legal Tradition Saltire Society Pamphlet (4th ed., 1977), (rev. M.C. Meston) Glasgow

Gow, N., "Can Scotland's separate legal system survive?" The Law Magazine, 18, 1988

McCall Smith, A., "Scots Law in Comparative Perspective" in Grant (ed.) Independence and Devolution, the Legal Implications for Scotland. (Edinburg: Green and Son, 1976)

Özsunay, E., Karşılaştırmalı Hukuka Giriş (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976)

Walker, D., "Some Characteristics of Scots Law", 18 Modern Law Review 321 (1955)

Wilson, W.A. Introductory Essays on Scots Law (Edinburgh: Green and Son, 1978)

Zweigert, K. & Kötz, H. An Introduction to Comparative Law Vol. I 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1987)