

Derleme Makale/Review Article

“Common Law” Hukukunun Geliřimi

Fikriye Erkul*

(ORCID: 0000-0002-6070-120X)

Makale Gönderim Tarihi

18.05.2023

Makale Kabul Tarihi

29.05.2023

Atıf Bilgisi/Reference Information

Chicago: Erkul, F., ““Common Law” Hukukunun Geliřimi”, *Vakanüvis-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, 8/2 (Eylül 2023): 2087-2105.

APA: Erkul, F. (2023). “Common Law” Hukukunun Geliřimi. *Vakanüvis-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, 8 (2), 2087-2105.

z

“Common Law” kavramı genel anlamı ile Türk hukuk geleneğinin temelini oluşturan “rfi hukuka” tekabül eder. Çalışmamızda kıta Avrupası’nda gelişen hukuk sistemlerinin kökenleri, dayandıkları hukuki gelenekler konu edinilmiştir. Kıta Avrupası’nda görülen “common law” in Roma hukuk sisteminden belirgin Şekilde farklılık gösterdiği görülmüştür. Çalışmamızda common law çerçevesinde Avrupa ve Osmanlı-Türk hukuk sistemlerinin mukayesesi de hedeflenmiş, bunlar arasında belirgin benzerlikler olduğu tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Common Law, Roma Hukuku, rf, Norman, Germen

Development Common Law Course

Abstract

The concept of "common law" generally corresponds to "customary law" which forms the basis of Turkish legal tradition. In our study, the origins of the legal systems developed in continental Europe and the legal traditions on

* Doktora ğrencisi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstits, Tarih Anabilim Dalı, Türkiye, fikriyeboy@hitit.edu.tr.

Ph.D. Candidate, Sakarya University, Institute of Social Sciences, Main Discipline of History, Turkey.

which they are based are discussed. It has been observed that the "common law" in continental Europe differs significantly from the Roman legal system. Our study also aims to compare the European and Ottoman-Turkish legal systems within the framework of the common law, and it has been determined that there are significant similarities between them.

Keywords: Common Law, Roman Law, Custom, Norman, Germanic

Common Law Hukukunun Ortaya Çıkışı

MÖ 6000 yıllarında başlatılan İngiltere tarihinde, İngiltere'ye MÖ 1000 yıllarında Avrupa kıtasından Keltler gelir. MS 43 yılında Roma'nın eyaleti durumuna gelen İngiltere'ye bu kez yine Avrupa kıtasından gelen bir başka topluluk Germen kabileri, Angıl ve Saksonlar göç eder. Britanya, Roma'nın dünya imparatorluğu haline dönüştüğü (MÖ 27 MS 192) süreçte, Roma hakimiyetini tanır. Roma İmparatoru Ceaser'ın MÖ 55-54 tarihlerindeki İngiltere'nin güneyine yönelik başarısız seferlerinden sonra imparator Claudius döneminde MS 43 yılında güney İngiltere Roma hakimiyetine geçer¹. MS 79'da Roma ilerleyişi İskoçya'ya kadar uzanır. Buradaki yerli halk Roma kuvvetleri tarafından itaat altına alınır².

Britanya'nın Roma tarafından ele geçirilmesi Roma İmparatorluğu açısından kıta Avrupa'sında meydana gelen savaşlardan farklı bir özellik gösterir. Yaklaşık 40 yıl süren mücadelelerden sonra adanın önemli bölümü Roma hakimiyetini kabul eder. Bu durum Roma'nın 409 tarihindeki dağılına kadar sürer. Britanya adalarının yerli halkı Britonların, Roma ile mücadelelerinde başarısız yapan unsur yerli toplulukların birlik olmaktan yoksun olmalarıdır. Bununla birlikte İngiltere'de yol ağı, şehir mimarisi gibi alanlarda Roma etkisi görülür ancak tam anlamı ile bir Romalılaştırma yaşanmaz³. İngiliz hukuk sistemi de Roma hukukundan farklı bir usul ile gelişir.

¹ Jeremy Black, *İngiltere Tarihi*, Çeviren: Aytaç Yıldız, Doğubatı Yay.,2. Basım, Ankara, 2020, s.51-55.

² Oktay Akşit, *Roma İmparatorluk Tarihi*, c.I, İÜEFY, İstanbul, 1976, s.144.

³ Edward Gibbon, *Roma İmparatorluğu'nun Gerileyiş ve Çöküş Tarihi*, c.I, Çeviren: Asın Baltacıgil, İndie Yay., İstanbul, 2019, s.29,30.

İngiltere de 5. Yüzyıl henüz tam anlamı ile aydınlatılamazken 6. Yüzyıl Hristiyanlığın yaygınlaşmaya başladığı dönemdir. 6.ve 7. yüzyıllarda ortaya çıkan krallıklar üç büyük krallık etrafında toplanır. 7. yüzyıldan itibaren önemli merkezlerde kiliseler inşa edilir. Hristiyanlığın giderek yaygınlaşması ve kurumsallaşması okuma-yazma oranını artırdığı gibi özellikle din adamlarının mülkiyetini korumak amacı ile üretilen yazılı hukukun da ortaya çıkmasını sağlar. Britanya adalarında kilisenin kurumsallaşması adalar arası ilişkilerde köprü görevi görür⁴. Yazılı hukuk bölge sakinlerine yürürlükte olan haklarının ne olduğunu belirtir 8. yüzyıl başlarında Anglo-Sakson hukuku yer alır. Günümüze ulaşan en eski İngiliz hukuku Kral Alfred (10.yy ilk yarısı) zamanında geliştirilir⁵. 8. yüzyılda tarıma dayanan feodal beyler ortaya çıkarken 10 .yüzyıla gelindiğinde burg/burh (tahkim edilmiş kasaba) ile birlikte kentsel ağlar oluşur⁶.

İngiltere 9.ve 10. Yüzyıllarda Viking akınlarına maruz kalır. 9. Yüzyıl sonlarında İngiltere kralı Alfred, 10 yüzyıl ilk yarısında ise kral Edward Vikinglere karşı mücadelesinde başarılı olur. Ancak bir süre sonra artan kuzeyli istilacılar İngiltere topraklarında oturma izni alır. Bu istilacılara kendi hukuk sistemlerine sahip olmayı kapsayan ayrıcalıklar tanınır. 1000 yılına gelindiğinde İngiltere merkezi idareye sahip, kendi parasını basan ve aynı zamanda yasal bir sistemi olan gelişmiş krallık konumuna yükselir⁷. Edward döneminde yaklaşık 300 yıl sürecek yıllıklar, zabıtlar tutulmaya başlar⁸.

Edward döneminden itibaren common law mahkemelerinde kiliseye mensupları ya da asker kökenli devlet adamları yerine barodan gelen hakimler görev almaya başlar. Baroda ortaçağın lonca mantığı ile hakim ve avukatlar teşkilatlanmış bir sınıf olarak ortaya çıkar. Halk sınıfının ilk alimleri olan bu sınıf İngiliz toplumunun gelişmesine ciddi katkı sağlar⁹.

⁴ Jeremy, Black, *İngiltere Tarihi*, s.67-68.

⁵ G.D.G. Hall (Editör), *The Theatise on the Laws nad Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Edited.:, Clanredon Press, Oxford,2002,s.xiii.

⁶Jeremy Black, *İngiltere Tarihi*, s.77.

⁷ Jeremy Black, *İngiltere Tarihi*, s.83,87.

⁸Edward King-Joseph Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”,Çeviren: İlhan Lütem, *Ankara Üniv. Hukuk Fak. Dergisi*, 16 (1), 1956, s.190-191.

⁹ E. King-S. Hawley, “ İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, s. 201.

Edward I dönemi İngiliz hukukunun en önemli periyodlarından birini oluşturur. Bu dönemde yeni hukuk kuralları üretilmez. Ancak belli tip yasal unsurlar açık ve net olmaya başlar. “İngiliz Jüstinyen” olarak da adlandırılan Edward döneminde bazıları Fransızca bazıları da Latince hazırlanan ve yayınlanan dökümanlar mahkemelerde uygulanır¹⁰.

İngiltere’ye X. Yüzyıldan itibaren kuzeyden Viking akınları başlar. 1066 tarihinden itibaren Avrupa kıtasından gelen Normanlar İngiltere kralını yenerek İngiltere’ye hakim olur¹¹. Bu durum İngiltere tarihi için dönüm noktalarından birini teşkil eder. Kroniklerde 1066 yılında İngiliz semalarında olağanüstü olayların işaretçisi olduğu düşünülen kuyruklu yıldız görüldüğü kaydedilir. Normandiya dükü William Anglo-Sakson kral Harold’a (kendisi Hektor’a benzetilmiştir) karşı galip gelir¹². Bunun sonucunda ülke Norman kökenli aristokratlara paylaştırılınca bir tür feodalite rejimi ortaya çıkar. Kilise ve psikoposlar lordlar gibi yükümlülükler karşılığında toprak sahibi olur¹³. Lordların ve kilisenin kendi mahkemeleri yargı mekanizmaları vardır. Ancak lord mahkemesi kararlarından memnun olmayan özgür kişilerin en üst mahkeme olan kraliyet mahkemesine (curia legis) başvurma hakkı saklıdır. Bu hak yeni hukuk sisteminin, common law, şekillenmesinin önemli etkenleri arasındadır. Common law hukukunun ortaya çıkaran temel etkenlerden bir diğeri Henry II döneminde kraliyet mahkemesinin kararlarını ülke genelinde hakim kılma, dolayısıyla merkezîyetçiliği güçlendirme çabasıdır. Bu dönemde planlandığı gibi merkezi yapı güçlendirilir. Henry II dönemi aynı zamanda common law hukukunun ilk derli toplu kaleme alındığı dönemdir. Dönemin önde gelen hukukçularından Glanvill’in orijinali Latince kaleme alınan eserinden anlaşıldığı kadarıyla kraliyet mahkemelerinden lord mahkemelerine kıyasla daha kısa sürede üstelik gerekli tahkikat yapılarak sonuç almak mümkündür. Eserde mahkemeye

¹⁰ Michael Prestwitch, *Edward I*, Yale Univesity Press, New Heaven and London, 1997, s.268.

¹¹ Günümüzde Normandiya denilen Fransa’nın kuzeyine 9.yüzyılda yerleşip burada Franklarla karışarak bölgeye adını veren Normanlar (kuzeyli adamlar) aslında Viking kökenli topluluklardandır. Normanlar, Roma idari sistemi ve eski gelenekler üzerine kurulmuş düklük olarak ortaya çıkar. İslam Kavas, *Norman Hanedanının Kuruluşu ve Normanlarda Veraset*, İKSAD Publishing House, Ankara 2022, s.17-19.

¹² Matthew Bennett (General Editör), *The Battle of Hastings*, The Boydell Press, Reprinted 1998-1999, p. 14.

¹³ Azmi Özcan, “İngiltere”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, c.22, İstanbul 2000,s.297.

çağrılan kişinin zamanında gelmesi eğer hastalık gibi sebeplerle gelemiyorsa mahkeme görevlilerinin (4 şövalye) gidip durumu yerinde tespit etmesi gibi mahkeme süreci ve bu süreçte nasıl bir yol izleneceği gibi meseleler açıklığa kavuşturulur¹⁴. Toprak meseleleri eserde önemli yer tutar. Kraliyet mahkemelerinin özelliği ise gezici mahkeme olmasıdır. Periyodik aralıklarla çeşitli bölgelere gider.

İngiliz tarihinde dönüm noktası olarak gösterilen Henry II döneminde İngiliz antik hukuku toplanır, düzenlenir ve yazıya geçirilir. Bu durum common law’ın başlangıcı kabul edilir. Bu süreçte kralın yasal reformları güç kazanırken yerel baron mahkemeleri baltalanır¹⁵.

İngiliz tarihinde baskın bir karakter olan Henry II dönemi, Kral Edward’dan sonra İngiliz hukuk tarihi açısından ayrı bir öneme sahiptir. Bunun sebebi Henry II, common law hukukunun kurucusu kabul edilmesidir¹⁶. Henry II dönemi (1154-1189) feodal yapıdaki değişimler, aynî ödeme yerine nakdî ödemenin yaygınlaşması, gibi çeşitli sebeplerle hukuki anlaşmazlıkların arttığı bir dönemdir. Henry II’nin, Cantenbury başpiskoposu Thomas Becket ile yaşadığı anlaşmazlık, Becket’in öldürülmesi ile sonuçlanır. Becket din adamlarının din adamı olmayanlar tarafından yargılanmasını eleştirir. Papalık mahkemesine başvurma özgürlüğünü savunur. Bu özgürlük ise kilise yaşamında belirleyici unsura dönüşme ihtimali taşır. Bu sebeple kraliyete bağlı mahkemeler Becket’e karşı çıkar. Bu dönem belli bir standart kazanmayı başaran common law hukukunun güçlendiği dönemdir. İngiliz hukuku, common law, İngiltere’nin homojen bir devlet olarak güçlenmesini sağlar. Genel hukukun yükselmesi, tahtın kralın şahsiyetinden ayrı bir anlam kazanması kral etrafında birleşen topluluk duygusunu kuvvetlendirir¹⁷ Bu dönemde yazılı olmayan hukukun hukuk olamayacağı düşüncesi ile hukuk kurallarını kayda geçirdiğini kaydeden önemli devlet görevlerine yükselen ve aynı zamanda dönemin önde gelen hukukçusu olan Glanvill

¹⁴ G.D.G. Hall, *The Theatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, p.8-11.

¹⁵ Marc Morris, *The Norman Conquest*, Pegasus Books, New York London, 2013, by open Road İnterpreted Media, s. 385-386.

¹⁶ John D. Hosler, *Henry II, “A Medieval Soldier at War 1147-1189”*, vol. 44, Ed.: K. De Vires-L. College, Brill -Leiden Boston 2007, p.226.Van Caengenem, Henry II hakkında farklı görüşlere yer verir. Bakınız: *The Birth of English Common Law*,s.x.

¹⁷Jeremy Black, *İngiltere Tarihi*, s. 122-130.

eserini kaleme alır. Glanville'nin eserinin tam tarihi net olmamakla birlikte 1189'dan önce yazıldığı tahmin edilir¹⁸. Eser common law hukukun ilk yazılı eseri kabul edildiğinden önem gösterir.

Common law hukuku özgür arazi sahibinin ekonomik durumu ile ilgilidir. Henry II döneminde yapılan düzenlemelerle özgür ve özgür olmayanlar arasında keskin bir sınır çizilir¹⁹. Common law hukukunun erken evrelerinde ortaya çıkışının temel dinamiği toprağın tasarrufu ile ilgilidir. Özgür köylülerin topraklarına el konulması, geçim kaynaklarından mahrum bırakılması gibi durumlarda bu insanlar çeşitli mahkemelere müracaat edebilir. Ancak başvuru yargı mercilerinden biri olan yerel yargılama veya lord mahkemesi yeterince güvenilir değildir. Buna alternatif olarak özgür bireylerin başvuru hakkına sahip olduğu kraliyet mahkemeleri daha güven vericidir. Kraliyet fermanları doğrultusunda bu mahkemelerde hızlı bir şekilde bir haksızlık yapılmış ise bu durum giderilir²⁰.

Common law hukukunun özünü yüzyıllarca feodal arazi meselesi oluşturur²¹. Feodal düzenin hakim olduğu, toprağı ekip biçmenin, tarımsal üretimdeki sürekliliğin önem arz ettiği çağlarda bu durum şaşırtıcı değildir.

Kraliyet mahkemesine yansıyan davalarda esas mesele toprak sahiplerinin kaybettiğini iddia ettikleri topraklarını ne şekilde elde etmiş olduklarıdır. Bunlar, topraklarını kandırmaca ve ya zor kullanarak haksız bir şekilde elde etmiş de olabilir. Bu durumun aydınlatılabilmesi için getirilen yeni yöntem, şerif(yerel idaresi), kraliyet mahkemesi üyeleri ve yerel jüriden oluşan komisyonun bu durumu araştırmasıdır. Burada güdülen amaç haksızlığa uğrayan şahsı, suçluya karşı koruma düşüncesidir. Ancak bu gibi durumlarda karar verilirken belirleyici unsur ne olacaktır? Bu yöntem esas olarak lordların özgür kişilerin toprağına

¹⁸ Hall, *The Theatise on the Laws nad Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill* s.2-3.

¹⁹ Robert Barlett, *England Under the Norman and Angevin 1075-1225*, Calendoren Press, Oxford, 2000, s.208-321.

²⁰ Hall, *The Theatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, s..5-6 vd.

²¹ R. C. Van Caengenem, *The Birth of English Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge Digital Printing,2004, s. viii.

usulsüz bir şekilde el koymalarını engelleme amacını taşır. Böyle durumlarda amaç standart bir hüküm vermek, sistemli ve kişiselleştirilmemiş genel bir prosedür ile keyfi uygulamalarının önüne geçmek, bütünlüğü korumaktır. Sonuç olarak toprağı işleyen özgür kiracı yargılama olmaksızın mülksüzleştirilmekten korunur²². Kraliyet, lord ve toprağı işleyen özgür kiracı arasındaki davalarda sıklıkla kiracıyı destekler. Krallık hukuki yaptırımlarda baskın bir rol oynar²³. İngiltere’de kraliyet mahkemesi oldukça güçlü olduğundan ve derebeyinin adaletsizliği de bilindiğinden zaman içinde kraliyet hukuku tercih edilen hukuk olarak tüm ülkeye egemen hale gelir Böylelikle İngiltere merkezi bir hukuk sistemine Almanya ve Fransa gibi ülkelere daha önce kavuşur²⁴.

İngiltere’de ortaçağ hukuk ve hukuk kurumlarına önemli katkı sağladığı kaydedilen Glanvill’den yaklaşık iki nesil sonra yaşamını sürdüren ünlü hukukçu Bracton’un eserinde ise kralın taç giyme töreni, kralın adalet ile ilgili ödevleri, ve ortaçağların favori meselelerinden olan irfan konusu önemli yer tutar. Eser aynı zamanda İngiltere’de yükselen bölgesel özerklik doktrinini en erken tanıdığıdır²⁵.

Osmanlı mahkemesinde de zaman zaman başvuru yemin mekanizması daha farklı bir uygulama şekli olarak burada da (oath-helpers) karşımıza çıkar²⁶. Glanvill’in eserinde lord ile toprağını işleyen kiracı arasındaki hukuki statü detaylı şekilde yer alır. Hangi cezaları kimin vereceği konusu da eserin ilk sayfalarında belirtilmiştir. Buna göre ölüm ve uzuv kesme gibi ağır cezaları kral verirken hırsızlık suçu yerel yöneticiye aittir²⁷. Lorda hizmet eden kiracının ölmesi durumunda geride kalan karısı ve çocukları için nasıl bir yasal süreç izleneceği, miras

²² Van Caengenem, *The Birth of English Common Law*, p.x. Özellikle Kuzey ve Kuzey doğu İngiltere’de küçük üretici durumundaki köylü senyör mahkemelerinde yargılanmalarına rağmen özgür statüde idi. İstedığında toprağını satabilir ve senyöründen ayrılabilirdi. Köylünün bu statüsünü Bloch, Viking istilasının sonucu elde edildiğini belirtir. Marc Bloch, *Feodal Toplum*, Çeviren: M.Ali Kılıçbay, Savaş Yay., Ankara,1983, s.74.

²³ Barbara, Harvey (Editör), *The Twelfth and Thirteenth Centuries 1066-c.1280*, Oxford Univ. Press, 2001,s. 84.

²⁴ E. King-S. Hawley, “İngiliz (Common Law)unun Gelişmesi”, s.186-187.

²⁵ Fritz Schulz, “Bracton on Kingship”, *The English Historical Review*, May, 1945, Vol. 60, No. 237,May, 1945, s.151.

²⁶ Hall,*The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England*,p.7.

²⁷ Hall, *a.g.e.*,s.3-4.

ve gelirler konusu yine eserde yer alan meseleler arasındadır²⁸. Aynı çağlarda yer alan farklı kültürlere ait hukuk eserlerine baktığımızda karşılaştığımız benzer içerikler bize o çağların sosyo-iktisadi ve siyasi özelliklerini yansıtır²⁹.

Avrupa kıtasından farklı bir hukuk sistemi olarak İngiltere’de tarihsel süreçte gelişen common law hukuku hakimlerin verdikleri mahkeme kararlarının ötesinde örf adet hukukunu da kapsayan ve tüm ülkeye hakim olan (İskoçya dışında) bu hukuk sistemi sadece İngiltere’de değil commonwealth topluluklarını da farklı varyasyonlar halinde uygular. Bu hukuk sisteminde hakimlerin verdikleri kararlar değişmez nitelikte değildir. Günün koşulları doğrultusunda bu hukuk sistemi evrilir.

Common Law ve Hukukun Üstünlüğü İlkesi

Law kelimesi köken itibari ile Britanya adalarındaki kuzeyli akınlarına işaret eder İskandinav kökenli “lag” sözcüğünün eski İngilizcede “lagu” şeklindeki kullanımından türeyen “law” kelimesi İngiliz dilinde adalet terimi olarak karşımıza çıkar³⁰. Common sözcüğü ise müşterek, ortak, yaygın gibi anlamlara gelir. Common law şeklinde birlikte kullanımı sözlükte örf ve adete dayanan hukuk anlamındadır³¹. Ancak hukuk terimi olarak kullandığımızda örf, adet ve hakimlerin aldıkları mahkeme kararlarından daha fazlasını ifade eder. Hakimlerin yorumu ile sürekli gelişen common law toplumda gelişen yeni koşullara uyarlanır. Bu bakımdan bir milletin gelişim seyrini temsil ettiği ileri sürülebilir³².

Common law teriminin esin kaynağı Avrupa kıtası hukuk terimi “ius commune”dir³³. Common law, bir anlamda geçmişte yargıçlar

²⁸ Hall, *a. g. e.*, s.103-105.

²⁹ Common law hukukunun ortaya çıkışından çok daha sonra (yaklaşık 300 yıl) yazılı hale getirmeye başlanan Osmanlı kanunlarından ilki olan Fatih Kanunnamesi de “atam dedem kanunu” ibaresi ile geleneğe, örf ve adete atıfla başlar. Buradan yola çıkarak örf yada geleneği ortaçağlarda hukuk sistemlerinin oluşmasında temel dayanak olduğunu belirtebiliriz.

³⁰ Marc Bloch, *Feodal Toplum*, s.72.

³¹ Redhouse *Yeni El Sözlüğü*, Redhouse Yay., İstanbul 1997, s.76.

³² Fredrick Davis, “Common Law”, Ankara Ün. Hukuk Fak. Dergisi, 15 (1), 1958, s.70.

³³ Kadir Gürten, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukukuna Karşılaştırmalı Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (1), 2016, s.187. Latince ius sözcüğü, hak, hukuk, adalet gibi anlamlara gelir. Commun sözcüğü ortak müşterek, genel gibi anlamlar taşır..

tarafından verilen kararlardan oluşan ve sonraki kuşaklara aktarılan hukuki ilkeler külliyatlarıdır³⁴. Common law bir ülkenin yerel teamül ve kanunlarının bir bölgeden ziyade ülkenin tamamında geçerli olduğu hukuk sistemidir³⁵.

Common law hukukunun kökeni ile ilgili olarak, Anglo-Norman hukuku olarak başladığı bu konuda yer alan görüşler arasındadır. Buna göre Normandiya'nın kaybindan sonra İngilizler, Fransız monarşisi tarafından aşama aşama absorbe edilir. Sonuç olarak Anglo-Norman kökenli, common law hukuku, feodal Fransız dünyasının bir parçasına dönüşür³⁶. İngiltere 10. ve 11. yüzyıllarda birleşip bütünleşir. Bu süreçte politik kurumların temelleri atılır. Norman krallar kendi feodal, mali kurumlarını tesis eder. Normanlar farklı ırkları kendi yönetimleri altında nasıl bir arada tutacakları konusunda farklı coğrafyalarda yaptıkları fetihler sayesinde tecrübelidir³⁷.

Common law hukukunun kökeni hakkında başka bir görüş Normanlardan çok daha önce Germen asıllı kabilelerin (Angil ve Saksonlar) adaya getirdiği hukuk anlayışına dayandığıdır. Germen asıllı kabilelerde sadece halkın krala karşı değil kralın da halkına karşı ödevleri vardır ve kralın üstünde örf adet hukuku yer alır. 1066'da başlayan Norman İstilasası bu anlayışı değiştirmemiştir³⁸.

Britanya'nın Germen ya da Norman kökenli hangisine dayandırılırsa dayandırılırsın, kendine has hukuk düzeni tesis etmesini pek çok nedeni vardır. Bunlardan en önde geleni İngiliz krallarının birleştirici rolü sonucu milli kurumların erken dönemlerden itibaren tesis edilmesidir. Avrupa kıtasında Roma hukukunun kilise vasıtası ile etkili hale gelmesi 12. Yüzyılda gerçekleşir. 1180 tarihlerinde common law hukuku İngiltere'de zaten tesis edilmiş olduğundan İngiltere, Roma hukukunun

Ada A. Ebcim, *Latince-Türkçe Sözlük*. Dolayısıyla her iki kavram birbirine çok benzer anlam içerir.

³⁴ Davis, “Common Law”, s. 77,78.

³⁵ Common Law'ın alternatif tanımları için bakınız: Edward King-Joseph Hawley, “İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi”, Çeviren: İlhan Lütem, *Ankara Üniv. Hukuk Fak. Dergisi*, 16 (1), 1956, s.180.

³⁶ R. C. Van Caengenem, *The Birth of English Common Law*, s.viii.

³⁷ R. C. Van Caengenem, *The Birth of English Common Law*, s. 91-93.

³⁸ Ersan İlal, “Magna Carta”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34 (1-4), 1967, s.212.

tesiri altına girmez. Common law hukukunun en önemli isimlerinden biri olan Bracton, common law hukukunu kendi teknikleri ile kayda geçirir³⁹. Daha önce de belirtildiği gibi eserinde geleneksel hukuka atıf önemli bir yer tutar. Gelenek, Bracton'a göre bölgesel olarak onaylanmış pratiklerdir⁴⁰.

Yaklaşık 4 asır sonra Fransız düşünür Montesquieu eserinde doğaya en uygun hükümet şeklinin hangi millet söz konusu ise o milletin kendine has yapısına en uygun hükümet şekli olarak ifade ederken kanunların dayanağına atıfta bulunur⁴¹. Aslında geleneğin toplumlar üzerinde çağları aşan bir yaptırım gücü vardır. Bu durum doğal olarak hukuk sistemlerinde kendini gösterir.

Kıta Avrupası ve İngiltere⁴² arasında Roma dönemine kadar giden ortak bağ ve Avrupa Kıtasından İngiltere'ye göç ya da istilalar olmasına rağmen neden İngiltere'de kıta Avrupa hukuku (continental hukuk) değil de common Law hukuku gelişmiştir? Bu direncin sebebi farklı şekillerde yorumlanır. Bazılarına göre İngiltere'nin coğrafi durumu, kendine has kültürü ve Roma hakimiyet döneminin özellikleri bu duruma etki eden önemli faktörlerdendir. Bununla birlikte Roma İmparatorluğunun ilk devirleri İngiltere üzerinde son devirlere kıyasla daha büyük etki göstermiştir. Roma'nın ilk dönemlerindeki hukuk felsefesi son

³⁹ Fritz Schulz, "Bracton on Kingship", Bracton'un kendini hukuk konusunda öncü değil derleyici ve bütünleştirici olarak gördüğünü kaydeder.s.153.

⁴⁰ Henry Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae: On the Law and Customs of England*, G.E. Woodbine and Samuel E. Thorne, 4 Vol., Oxford, 1968 1977,c.II,s.19.<http://Amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/unframed/English/V2/19.htm>,s.22.

⁴¹ Montesquieu, *Kanunların Ruhü Üzerine*, Çev. Fehmi Baldaş, Hiperlink Yay., İstanbul, s.48-49.

⁴² İngiltere içinde İskoç hukuku farklı bir durum arz eder. Bunda etnik farklılıklar, buna bağlı olarak bağımsızlık mücadelesi sırasında gelişen nefret söylemleri etkili olur. Sir Fredrick Pollock-F.William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Volume I, Liberty Fund, Indianapolis 2010, s.237.İskoçya'da common law hukuku yerine common law hukukunun tesiri ile birlikte karma hukuk sistemi yer alır. 1292 yılında İngilizler İskoçları yenip egemenliği altına alsın da birkaç yıl sonra İngiliz güdümünden çıkan İskoçlar, İngiltere'ye karşı Fransa'ya yakınlaşırlar. Bu sebeple İskoç hukukunda kıta Avrupa hukuk tesiri başlar. İskoçlar 18. Yy başında İngiltere ile birleşirken kendi hukuk sistemini koruyacağını karara bağlarlar. Ersin Özücü, "Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi", *İÜ Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, no. 18, İstanbul, 1990, s.73.

devirlerinden farklıdır. Bu dönemde Roma’da yazılı hukuk bulunmaz. İndex denen hukuk kurallarını ezberleyen hukukçular yer alır. Kıta Avrupa hukukunun temel felsefesi ise Bizans dönemi etkisi altındadır. Avrupa hukuk sistemi Bizans İmparatoru Jüstinyen (6. yy) dönemine uzanırken common law çok daha eskiye MÖ tarihlere gider⁴³. Bu bakımdan İngiltere’nin evrensel Roma hukukuna direnç göstermesini İngiltere’nin Roma döneminden önce kendi hukuk sistemini modernizasyona başlamış olmasından ileri geldiği şeklinde yorumlamak mümkündür⁴⁴. Roma işgali İngiliz hukuku üzerinde belirgin tesir bırakamamıştır⁴⁵. Bununla birlikte common law tümüyle Roma hukukuna kayıtsız da değildir. Kilise vasıtası ile bugün medeni hukuk kapsamına giren aile hukuku, vasiyet meselesi ve bunun dışında deniz hukuku ile ilgili konularda Roma hukuku common law hukukuna tesir eder⁴⁶. Comon law ve Roma hukuku arasındaki önemli farklardan biri common law hukukunda hakim in idari müdahaleden uzak ve bağımsız olmasıdır⁴⁷.

Common law hukukunun amacı kralın çıkarlarını korumaktır⁴⁸. Kral adaleti tesis ettiği takdirde hakimiyetini pekiştirmiş olacaktır. Adalet ise tanrıdan gelir. Kanun ise bir emirdir. Kralı kral yapan kanundur⁴⁹.

Bir karşılaştırma yaparsak, Osmanlı Devleti’nde gördüğümüz sultan için kullanılan “zıllullahi fi’l arz” (tanrının yeryüzündeki gölgesi) gibi

⁴³ Fredrick Davis, “Common Law”, s.70-71.

⁴⁴ .Van Caengenem, *The Birth of English Common Law*, s.ix.

⁴⁵Romalıların Aksine 9. Yüzyılda adaya gelen Vikignler, Danimarkalı ve Norveçler, İngiltere’nin büyük bölümünü işgal ederek halk ve kanunlar üzerinde kendi izlerini bırakır. 11. Yüzyıl ikinci yarısında ise Britanya’da Norman istilası başlar. E. King-S. Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, s.182-183.

⁴⁶ E. King-S. Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, s.185. Özellikle deniz hukuku konusunda deniz aşırı faaliyetlerde gelişmiş olan İskandinav kökenli topluluklar ya da Normanların değil de Roma hukukun etkisini göstermesi düşündürücüdür. Osmanlı Devleti’nde kanunameler örfi hukuk metinleri olarak ortaya çıkarken medeni hukukta dinin referanslar dikkate alınmıştır. Medeni hukukta farklı toplum ve din mensuplarının gelenek yerine dini referans alması nasıl açıklanabilir? Bu çalışma sırasında farkına vardığımız bu durumun üzerinde esas meseleden sapmamak adına şimdilik durulmamıştır.

⁴⁷ E. King-S. Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, s.219.

⁴⁸ E. King-S. Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, s209.

⁴⁹ Henry,Bracton , *De legibus et consuetudinibus Angliae: On the Law and Customs of England*, s. 19-37.

benzeri ifadelere Bracton'un eserinde rastlanır. Bracton, kral için "vicarius popae" (Papanın vekili) ifadesinin yerine "Vicarius Dei" (Tanrının vekili), ya da "vicarius dei terris", (tanrının yeryüzündeki vekili) ifadelerini kullanır⁵⁰. Buna göre kral adil olmak zorundadır. Aksi halde "tanrının vekilliği" görevi elinden gider. Krallığı düşer, tiran olur. Artık o, tanrının vekili de değildir. Tanrı eninde sonunda tiranı cezalandıracaktır⁵¹.

Ortaçağlarda din temelli krallıklar yer aldığından tanrının vekili ya da Hristiyan dünya için papanın vekili gibi benzeri tabirlerin kullanımı şaşırtıcı değildir. Ancak İngiltere'de kral için tercih edilen papanın vekili yerine tanrının vekili ifadesi İngiltere'de Roma kilisesi ve hukukuna bakış açısından ipucu niteliğindedir. Papanın ortaçağ Avrupa'sında krallar üzerinde hakim olan otoritesi İngiltere'de aradan çıkarılmış doğrudan tanrıya atıfta bulunulmuştur.

İngiltere'de üstün olan kral değil hukuktur. 1215 yılında İngiltere kralı John tarafından ilan edilen Magna Carta (daha sonra bu ferman farklı tarihlerde farklı krallar tarafından tekrar tekrar teyit edilir) kralın özgür kişilerin hak ve hürriyetlerine bağlı kalacağını belirtmesi açısından önem arz eder. Böylelikle İngiltere'de çok erken tarihlerde hukukun üstünlüğü ilkesi benimsenmiş olur⁵². Common law hukuku, hukukun üstünlüğü ilkesini benimserken devlet idarecilere değil hukuka dayanır⁵³. Bracton'un eserinde İngiliz kralı üstün otoritesine rağmen eğer bir mahkemede kral davacı olarak bulunursa kendisine herhangi bir ayrıcalık tanınmaz⁵⁴.

Sonuç

Common law hukuk sistemi Germen ya da Norman hangi toplulukların etkisi altında gelişmiş olursa olsun Britanya adalarında, Avrupa kıtasından farklı bir hukuk sistemi olarak ortaya çıkar. Common law hukukun en erken yazılı örneklerinden anladığımız kadarı ile bu hukuk sisteminin ortaya çıkmasında pek çok etki ile birlikte temel etken

⁵⁰ Fritz Schultz, "Bracton on Kingship", *The English Historical Review*, s. 148.

⁵¹ Fritz Schulz, "Bracton on Kingship", s.153.

⁵² Ersan İlal, "Magna Carta", s.210-211.

⁵³ E. King-S. Hawley, "İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi", s.219.

⁵⁴ Fritz Schulz, "Bracton on Kingship", s.149.

geleneksel hukuk ya da örfdür. Common law hukukunda örfün kralın üstünde tutularak kralın da buna tabi olması gerektiği anlayışı hukukun üstünlüğü prensibinin İngiltere’de pek çok Avrupa ülkesinde önce gelişmesini sağlamıştır. Kralı kral yapan kanun olduğundan. kral kanunu uyguladığı ve adaleti tesis ettiği sürece meşrudur. İngiltere’de bu bakımdan hukuk idari yapıya tabi olmadan gelişim göstermiştir.

Avrupa kıtasında Roma hukuku etkisini gösterirken İngiltere, Roma hukukundan bağımsız olarak veya kısmen etkilenecek (medeni hukuk, veraset ,denizcilik gibi konularda) kendine has hukuk sistemini ortaya çıkarır. Roma hukuku ve İngiliz hukukunun benzer özelliklerinden biri ise her ikisinin evrensel boyuta ulaşmış olmalarıdır. Bu evrenselliğin temel faktörlerinden biri olarak kendi çağlarında hakim olan geleneksel hukuku derleyerek yazılı hale dönüştürüp gerekli koşullara uyarlama becerisi gösterilebilir.

Kaynakça

- Akşit,Oktay,*Roma İmparatorluk Tarihi*, c.I, İÜEFY, İstanbul 1976.
- Barlett, Robert, *England Under the Norman and Angevin 1075-1225*, Calendoren Press, Oxford 2000.
- Bennett, Matthew (General Editör), *The Battle of Hastings*, The Boydell Press, Reprinted 1998-1999.
- Black,Jeremy, *İngiltere Tarihi*, Çeviren: Aytaç Yıldız, Doğubatı Yay.,2. Basım, Ankara 2020.
- Bloch,Marc, *Feodal Toplum*, Çeviren: M.Ali Kılıçbay, Savaş Yay., Ankara 1983.
- Bracton, Henry, *De legibus et consuetudinibus Angliae: On the Law and Customs of England*, G.E. Woodbine and Samuel E. Thorne, 4 Vol., Oxford 1968-1977,c.II,p.19.,<http://Amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/unframed/English/v2/19.htm>.
- Davis, Fredrick, “Common Law”, Ankara Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, 15 (1), 1958, s.67-78.
- Gibbon, Edward, *Roma İmparatorluğu’nun Gerileyiş ve Çöküş Tarihi*, c.I, Çeviren: Asın Baltacıgil, İndie Yay., İstanbul 2019.
- Ebcim,Ada.,*LatinceTürkçeSözlük*,http://akademia.edu/37664584/Latince_Türkçe_Sözlük_PDF.

Gürten, Kadir, "Roma Hukuku ve İngiliz Hukukuna Karşılaştırmalı Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (1), 2016, s.183-198.

Hall, G.D.G.(Editör), *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, Clanredon Press, Oxford 2002.

Harvey, Barbara (editör), *The Twelfth and Thirteenth Centuries 1066-c.1280*, Edited By:, Oxford Üniv. Press, 2001.

Hosler, John D, "A Medieval Soldier at War 1147-1189", *Henry II*, vol. 44, Ed.: K. DeVries-L. College, Brill, Leiden Boston 2007.

İlal, Ersan, "Magna Carta", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34 (1-4), s.210-242.

Kavas, İslam, *Norman Hanedanının Kuruluşu ve Normanlarda Veraset*, İKSAD Publishing House, Ankara 2022.

King, Edward -Joseph Hawley, "İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi", Çeviren: İlhan Lütem, *Ankara Üniv. Hukuk Fak. Dergisi*, c.16 (1), 1956, s.68-125.

Morris, Marc, *The Norman Conquest*, Pegasus Books, New York London, 2013.

Örücü, Ersin, "Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi", *İÜ Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, no. 18, İstanbul 1990, s.71-81.

Özcan, Azmi, "İngiltere", *TDV İslam Ansiklopedisi*, c.22, İstanbul 2000, s. 296-299.

Pollock, - Sir Fredrick-F. William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Volume I, Liberty Fund, İndianapolis 2010.

Prestwich, Michael, *Edward I*, Yale Univesity Press, New Heaven and London 1997.

Redhouse Yeni El Sözlüğü, Redhouse Yay., İstanbul 1997.

Schulz, Fritz, "Bracton on Kingship", *The English Historical Review*, May, 1945, Vol. 60, No. 237, May, 1945, s.136-176.

Van Caengenem, R. C., *The Birth of English Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge Digital Printing 2004.

Extended Abstract

The word "law" originally refers to the northern raids in the British Isles. The word "law", which derives from the Scandinavian word "lag" in Old English as "lagu", appears in the English language as the term for justice. The word common means widespread. Its use together as common law means law based on custom in the dictionary. However, when we use it as a legal term, it means more than custom and court decisions taken by judges. With the interpretation of judges, the ever-evolving common law is adapted to new conditions in society. In this respect, it can be argued that it represents the course of development of a nation.

The inspiration for the common law term is the European continental law term “ius commune”. Common law, in a sense, is a corpus of legal principles that are made up of decisions made by judges in the past and passed on to future generations. Common law is a legal system in which the local customs and laws of a country apply to the whole country rather than a region.

Despite the common bond between Continental Europe and England going back to the Roman provisions and immigration or invasions from the European Continent to England, why did common law develop in England, not continental European law (continental law)? The purpose of this restriction is interpreted in different ways. According to some, the geographical situation of England, its unique culture and the characteristics of the Roman domination period are important factors affecting this situation. However, the first periods of the Roman Empire had a greater impact on England than the last periods. It passes through the last periods of the legal life of the early Roman period. In this period, there is no written law in Roman. There are lawyers who memorize the index tried law. Continental Europe's basic education is the influence of the Byzantine period. While the European legal system is the tradition of the Byzantine Emperor Justinian (6th century), the customary law goes back to much earlier BC. It is possible that the expansion of England at this time was due to its resistance to the Roman period, as England began to modernize its legal system before the Roman period. Roman occupation cannot have a significant impact on English law. However, it is not indifferent to the use of Romani in terms of common law. It accepts Roman law as customary law in relation to family law, testament issue and apart from that, maritime law, which is covered by civil through the intermediary of the Church. One of the important differences between customary and Roman law is that while customary law develops, the judge is free from administrative intervention and is independent.

Viking raids began to England from the north in the X. Century. Starting from 1066, the Normans from the European continent defeated the king of England and dominated England. This situation constitutes one of the turning points in the history of England. In the chronicles, it is recorded that in 1066 a comet, which is thought to be a sign of extraordinary events, was seen in the English skies. William, Duke of Normandy, defeats the Anglo-Saxon king Harold (who is likened to Hector). As a result, a kind of feudal regime emerged when the country was divided among Norman-origin aristocrats. The church and bishops own land in exchange for obligations like lords. Lords and the church have their own courts and jurisdictions. However, free persons who are dissatisfied with the decisions of the lord's court reserve the right to apply to the highest court, the royal court (curia legis). This right is among the important factors in shaping the new legal system, the common law. Another of the main factors that brought about the common law was the effort to make the decisions of the royal court dominant throughout the country and thus to strengthen the centralization during the reign of Henry II. In this period, the central structure is strengthened as planned. The period of Henry II is also the period when common law was first drafted. As it is understood from the work of Glanvill, one of the leading lawyers of the period, which was written in Latin, it is possible to get results in a shorter time from the royal courts compared to the lord courts, moreover, by making the necessary investigation. In the work, issues such as the court process and the way to be followed in this process, such as the arrival of the person summoned to the court on time, if he cannot come to the court due to reasons such as illness, the court officials (4 knights) go and determine the situation on the spot. Land issues have an important place in the work. The characteristic of the royal courts is that they are mobile courts. It travels to various regions at periodic intervals.

The reign of Henry II, which is a dominant character in English history, has a special importance in terms of English legal history after King Edward. The period of Henry II (1154-1189) was a period in which legal disputes increased due to various reasons such as changes in the feudal structure, the spread of cash payments instead of in-kind payments. Henry II's disagreement with the archbishop of Cantenbury, Thomas Becket, results in Becket's murder. Becket criticizes the judgment of clergy by laymen. It defends the freedom of appeal to the papal court. This freedom, on the other hand, has the possibility of turning into a determining factor in church life. For this reason, the royal courts oppose Becket. This period is the period when common law, which succeeded in gaining a certain standard, was strengthened. English law, common law, strengthens England as a homogeneous state. The rise of general law and the fact that the throne gains a different meaning from the personality of the king

strengthens the sense of community united around the king. Glanvill, who rose to important state positions and was also the leading lawyer of the period, wrote his work, stating that unwritten law could not be law, and that he recorded the rules of law. The exact date of Glanville's work is not clear, but it is estimated to have been written before 1189. The work is important because it is considered the first written work of common law.

The main issue in the cases brought before the royal court is how the landlords acquired the lands they claimed to have lost. They may also have acquired their land unjustly by deception or force. The new method introduced to shed light on this situation is to investigate this situation by the commission consisting of the sheriff (local administration), members of the royal court and the local jury. The aim pursued here is the idea of protecting the wronged person against the criminal. But what will be the determining factor when making a decision in such cases? This method is mainly intended to prevent lords from illegally appropriating the land of free people. In such cases, the aim is to give a standard judgment, to prevent arbitrary practices with a systematic and non-personalized general procedure, and to preserve integrity. As a result, the free tenant cultivating the land is protected from dispossession without trial. The Crown often supports the tenant in litigation between the lord and the free tenant who cultivates the land. The Kingdom plays a dominant role in law enforcement. Since the royal court in England is quite powerful and the injustice of the overlord is also known, the royal law becomes dominant over the whole country as the preferred law.

In the work of the famous lawyer Bracton, who lived about two generations after Glanvill, who was noted to have made significant contributions to medieval law and legal institutions in England, the king's coronation ceremony, the king's duties related to justice, and the subject of wisdom, one of the favorite issues of the Middle Ages, have an important place. The work is also the earliest witness to the emerging regional autonomy doctrine in England.

The oath mechanism, which is also used from time to time in the Ottoman court, appears here as a different form of application (oath-helpers). In Glanvil's work, the legal status between the lord and the tenant who cultivates his land is detailed. The subject of who will give which punishments is also stated on the first pages of the work. Accordingly, while the king gives heavy penalties such as death and amputation, the crime of theft belongs to the local administrator. In the event of the death of the tenant serving the lord, what kind of legal process will be followed for his wife and children, inheritance and income are among the issues in the work. When we look at the legal works of

different cultures in the same era, the similar contents we encounter reflect the socio-economic and political characteristics of those eras.

Regarding the origin of common law, it is among the views on this issue that it started as Anglo-Norman law. Accordingly, after the loss of Normandy, the British were gradually absorbed by the French monarchy. As a result, common law, of Anglo-Norman origin, becomes part of the feudal French world. England was united and integrated in the 10th and 11th centuries. In this process, the foundations of political institutions are laid. Norman kings establish their own feudal, financial institutions. The Normans are experienced in how to keep the different races together under their rule, thanks to their conquests in different geographies.

Another view about the origin of common law is that it is based on the understanding of law brought to the island by the Germanic tribes (Angle and Saxons) long before the Normans. In tribes of Germanic origin, not only the people have duties to the king, but also the king to his people, and the customary law is above the king. The Norman Invasion that started in 1066 did not change this understanding.

There are many reasons for Britain to establish its own legal order, whichever is based on Germanic or Norman origin. The most prominent of these is the establishment of national institutions from the early periods as a result of the unifying role of the English kings. In the European continent, Roman law became effective through the church in the 12th century. Since common law was already established in England around 1180, England did not come under the influence of Roman law. Bracton, one of the most important names of common law, records common law with his own techniques. As mentioned before, the reference to traditional law has an important place in his work. Tradition, according to Bracton, is regionally sanctioned practice.

Since there were religion-based kingdoms in the Middle Ages, it is not surprising that similar terms were used, such as the deputy of god or, for the Christian world, the viceroy of the pope. However, the expression of the deputy of god instead of the deputy of the pope, which is preferred for the king in England, is a clue from the perspective of the Roman church and law in England. The authority of the pope over kings in medieval Europe was eliminated in England, and a direct reference to God was made.

In England, it is the law, not the king, that prevails. The Magna Carta, proclaimed by the King of England John in 1215 (later, this edict was repeatedly confirmed by different kings on different dates) is important in terms of stating that the king will abide by the rights and freedoms of the free people. Thus, the

rule of law principle was adopted very early in England. Common law , while adopting the rule of law, relies on the law, not the state administrators. In Bracton's work, despite the supreme authority of the English king, if the king is present as the plaintiff in a court, he is not granted any privileges.