

HUSUSI HUKUK

İNGİLTEREDE MAHKEME KARARLARININ DAYANDIĞI PRENSİPLER VE HÂKİMİN HUKUK YARATMA GÜCÜ

Yazan: Prof Dr. Necmeddin M. BERKİN

Hâkimin hukuk yaratma gücü, kanun metinlerinde davaların çözümüne yarayacak bir hükmün veya örf ve âdet olarak uygulanabilecek bir kuralın bulunmaması halinde kanun koyucu gibi hareket etmesidir. Hâkime, bu yolda hareket edebilmesi için Türk - İsviçre hukuk sistemlerinde tanınan yetkinin olağanüstü bir nitelik taşımaya karşılık Anglosakson memleketlerinde bu yetki kurallaştırılmıştır. Fakat, her iki hukuk sisteminde de hâkimin hukuk yaratma fonksiyonu ve bu faaliyeti meydana getiren hareket tarzı her şeyden evvel hukukun temel prensiplerile ve bunların başında gelen *hak ve nısfet* (Recht und Billigkeit - droit et équité) ölçüsü ile sınırlandırılmış ve ancak bu suretle adaletin yerine getirilebileceğine inanılmıştır. Şu var ki, hak ve nısfetin ne olduğu sâdece nazariyatçıları değil, uygulama mevkiinde olan tatbikatçıları da uzun uzun düşündürmüş ve daima meşgul etmiştir. Hukukun ancak teşriî bir yetkinin kullanılmas ile ortaya çıkabileceğini ve bu itibarla, bu yetkiyi elinde tutan makamın veya organın iradesile her zaman ve tamamen ortadan kaldırılabilceğini ve bugün hukuk sayılan kuralın yarın hukuk olmak vasfını kaybedebileceğini kabul eden bazı hukukçular bile, yürürlükteki hukuku uygulama görevini mihanikî olarak ifa etmekle adaletin tesis olunamayacağını anlamışlar, ve hâkime, hak, adalet ve nısfet sınırlarının tayini suretile bir nevi teşriî yetkinin tanınması lüzumunu teslim etmişlerdir. Gerçekten, her zaman, her yerde ve her memlekette adaletin yerine getirilmesi ancak hak ve nısfet fikirlerinin kökleştirilmes ile mümkün olmuştur. Bunlar, sosyal hayatın dayanağı, medenî yaşantının temi-

natıdır. Hak ve adalet her şeyden evvel bir duygu, ileri, insancıl bir fikir olarak vicdanlarda yerleşmelidir. Bundan yoksun olan toplumlarda özlenen düzen sağlanamaz ve anarşi olur. Bundan da herkese ancak zarar gelir. Böylece, hâkimin hak ve nısfete dayanan hazır kurallar bulamadığı zaman bu esaslara ve vicdanına uyararak karar verebilmesi ve bunun sonucunda hukuk yaratması konusu, dün olduğu gibi, bugün de üzerinde durulan çok önemli bir konu teşkil etmektedir.

3-10 nisan 1974 tarihlerinde Almanyanın Würzburg şehrinde yapılan ve bizim de kıymetli meslekdaşım *Prof. S. Üstündağ* ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden katıldığımız Medeni usul hukuku toplantısında, değişik yargılama konularına eğilinmeden evvel bu mesele bir temel konu olarak ele alınmış ve hâkimin hukuk yaratma gücünü kullanırken hangi sınırlar içinde hareket edebileceği, bu faaliyetinin ne gibi sonuçlar doğurabileceği üzerinde durulmuş, cereyan eden tartışma ve bilimsel çalışmalarda bilhassa kıt'a Avrupası ile hâkimin teşriî rolünün çok büyük olduğu İngiliz hukuku arasında yaklaşımlar yapılmış ve bağlantılar kurularak hâkimin kazai fonksiyonunun hukuk yaratma gücü ile genişletilmesi istenmiştir.

Biz, bundan evvel yayınladığımız bir kaç makalede İngiliz hukuk sisteminin ana hatlarını belirtmeye çalışmıştık (*). Burada da bu konuyu gene İngiliz Hukuku açısından ele almakla yetiniyoruz (**).



İngiliz hukuku, Avrupa hukuk manzumesi içinde kendine has pek çok özelliği olan geniş bir âlemdir. Böyle olduğu halde, diğer Avrupa memleketlerinin hukuku ile arzettiği büyük farklar dolayısıyla buralarda fazla incelenmediği gibi, memleketimizde de bu hususta oldukça az yazı ve eser mevcuttur. Halbuki, bütün genişliğine, karışıklığına ve gösterdiği farklılara rağmen, sâdece İngilterede

(*) Bkz. İst. Üniv. Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Dergisinin 1974 yılı Sayısı; İst. Üniv. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXIX. Sy. 1-4.

(**) Konuya ilişkin en yeni yayınlardan bazıları yazımızın sonuna eklenmiştir. Ayrıca, bu hususta Fakültemiz Mecmuasının bundan evvelki sayısındaki yazımızda gösterilen literatürü tavsiye ederiz.

değil, hukuk sistemlerini İngiltereden iktibas etmiş Anglo-sakson memleketlerinde de adaleti pek güzel temin eden bu sistem hakkında bilgi sahibi olmak her hukukçu için büyük faydalar sağlayabilir.



İngilterede mahkeme kararları daima yazılı kanunlara dayanmadığı ve bunlarda belirli kanun maddeleri zikredilmediği cihetle, herhangi bir mahkeme kararının hukukî âmilini (Ratio Decidendi), yani kararın dayandığı prensipi tespit etmek oldukça güçtür.

Hâkim, kanun koyucu olmadığından, pozitif hükümleri meydana getirmek onun işi değildir; hâkimin ilk vazifesi, taraflar arasındaki nizaı halletmektir. Niza, tamamen belirli bir olaya dayanabilir. Bazı hallerde bu olay evvelce bir jüri tarafından değerlendirilmiştir; bazen de hâkim bu hususta doğrudan doğruya karar verir. Her halde, verilecek hüküm hukukî prensiplerin belirli olaylara uygulanmasını gerektirecektir. Bu sebeble, bir içtihat dergisini okuyanlar evvelâ bir kararda yer alan hukukî hüküm ile bunun uygulandığı olayı birbirinden ayırmalıdır. Bu ise, kolay değildir; zira, hâkimin karar ittihaz etmesi hususunda herhangi bir şekil tayin edilmemiştir; hâkimin olaylardan ve fiillerden edindiği kanaati ve bunlara tatbik edilmesini doğru bulduğu hukukî kaideleri ile bir kararın ne dereceye kadar açıkladığı tereddüd doğurabilir. Karar suretlerinin başına konulan özet (Headnote) ilişik olduğu hukukî hüküm hakkında çok defa bilgi vermekle beraber, bu özet, karar suretinin bir cüz'ü değildir; ancak, mahkeme kararının muhtevası hakkında bunu nakledenin şahsî görüşüdür. Bu itibarla, bir hukukî karara dayanan, fakat tereddüd uyandıran hususlarda — şayet bu tereddüt sonraki bir karar ile ortadan kaldırılmamışsa ve kaldırılmadığı müddetçe — herkes kendi görüşünü muhafaza edebilir.

Karara âmil olan hâkim fikir ile istitrad yolu ile söylenilen şeyleri (Dicta veya Obiter Dicta) birbirinden itina ile ayırmak mecburiyeti vardır. İstitrad yolu ile söylenilen şeyler, bir mahkeme kararına varılmadan yapılan ve taraflar arasındaki çekişmeli meseleye tatbiki zarurî olmayan, fakat hukukun izahı veya aydınlatılması yahut umumî bir tarzda şerhi suretile vuku bulan beyanlardır. Bu gibi «Dicta» lar, sâdır olduğu hâkimin şöhretine göre değişen bir nüfuzu haiz beyanlar olmakla beraber, kendisine uyulmasını mecburî kılan hiç bir kuvvete sahip değildir.

Bazı defa bir hâkim, bir olay hakkında kararını verirken — bu olay, evvelce, bilinen bir tarzda ve fakat daha dar bir çerçevede açıklığa kavuşturulmuşsa — sonuç için lüzumlu olandan daha geniş bir prensipe dayanmak suretile hareket eder. Böyle bir halde, bu prensip, tesiri itibarile bir «Obiter Dictum» a muadildir ve olayın hakikî «Ratio Decidendi» si, yani kararın dayandığı esas prensip olarak kabul edilmez. Fakat, beyan edilen hukukî kaidenin ne dereceye kadar lüzumundan fazla şümüllü olduğunu tayin etmek bittabiî oldukça güç bir meseledir.

Bazen, bir mahkeme kurulu üyelerinin aynı soruç hakkında anlaştıkları ve fakat değişik sebepler dermeyan ettikleri hallerde diğer bir güçlük ortaya çıkar. Bu durumda ortaya çıkan değişik sebeplerden hangisinin doğru olduğunu sonraki bir olay dolayısıyla tayin etmek gene hâkimlere ait bir görevdir.

İngilterede mahkeme kararları teamülî hukukun bir kaynağı olduğu gibi, uyulması mecburî emsal de teşkil eder. Fakat, hâkimlerin hukuk ile ilişkisi hususunda fikir birliği yoktur ve iki ayrı görüşe rastlanmaktadır.

Eski bir teoriye göre, bir mahkeme kararı, esasen evvelce mevcut bir hukukî usulün sonucu etkileyecek şekilde beyanından başka bir şey değildir. Bu görüşe taraftar olanlar, teamülî hukukun bir küll olarak hâkimlerin, hukukçuların ve hattâ halkın hatırında çok eskidenberi mevcut olduğunu ve her mahkeme kararının bu hukukun ancak bir tezahüründen ibaret bulunduğunu söylerler. *Bentham*, *Blackstone*, *Austin* gibi gene bu teori taraftarları, adaleti tesise vasıta telâkki ettikleri yargılama usulünün veya teamülî hukukun kendileri veya başkaları tarafından ihdas edilmediğini, bunun ezeldenberi mevcut olduğunu, hâkimlerce yalnız zaman zaman kullanıldığını söylemişlerdir (bkz. *Hale*, *Teamülî Hukukun Tarihi* «History of the Common Law»).

İkinci bir nazariye ile, hâkimlerin, hakikati halde hukuku ihdas ettiklerini ve hukuku tayin ederken, kanun koyucunun zaman zaman yeni hukuk ihdası suretile yaptığı vazifeye benzer bir vazifeyi ifa ettiklerini savunmuştur (bkz. *Maine*, *Eski Hukuk* «Ancient Law», shf. 35 vd.).

Bu fikirde bulunanlara göre, bir takım fiiller bir mahkemenin kararına arzedildiğinde, hâkim ile avukatlar arasındaki müzakere-

nin cereyan tarzı eski hukukun dışına çıkan veya eskidenberi uygulanan esaslardan başka herhangi bir yeni görüşe yer verilmesini gerektiren hiç bir meselenin mevcut olmadığı veya olamayacağı fikri ile sınırlandırılmamalıdır. Rüyet edilmekte olan davanın konularını teşkil eden meselelere uyan hukukun mutlaka bilinen hukuk olduğu, şayet eski hukukta bu hususta hüküm bulunamazsa, meselelerin çözümüne yarayan eski hukukun meydana çıkarılması için gereken sabrın gösterilerek bu yolda ilmi çaba sarfedilmesine ihtiyaç olduğu ve bundan başka yapılacak bir şeyin olmadığı inancından kurtulmak lâzımdır. Hâkim, bir nizamın çözümüne ilişkin kararını verirken ve bu kararın gerekçelerini belirtirken, farkında olmaksızın veya ayrıca itiraf etmeksizin yeni bir ifade tarzı ile yeni bir fikri savunmuş olabilir; bununla, yeni kararın mevcut eski hukuku doğrudan doğruya tâdil etmeksizin yeni bir hukuk yarattığını teslim etmeliyiz; zira, eski hukukun yeni biçimde tatbikinde eski hukuk elastik bir hal almıştır, bu elastikiyetten faydalanarak nizamı çözen hâkim eski hukukun ortaya koyduğu emsale açık bir ilâve yaparak hakikatte eski hukuku değiştirmiş ve yeni hukuku ihdas etmiştir. Emsalin karşılaştırılmasile ortaya konan yeni hukuk kuralları, mahdut örneklerle sınırlandırılrsa bile, artık eski hukukun aynı değildir.

Bu görüşlerden hiç birisinin kesinlikle doğru olduğu söylene-
mez. Bir taraftan, çıkarılan kanunlarla vuku bulan değişiklikleri nazara almasak bile, teamüli hukukun daima aynı kaldığı doğru değildir. Modern hayatın değişik hukukî meseleleri için beşyüz senelik teamüli hukukta açık birer hal şekli bulunduğunu ciddi olarak hiç kimse tasavvur edemez. Gerçekten, bilindiği gibi, teamüli hukuk bazı meseleleri bugün kabul edilen çözüm yollarından farklı kararlara bağlamıştı. Meselâ, tenfizi lâzım gelen âdi bir mukavelenin (executory contract) o vakit hiç bir kanunî kıymeti yoktu ve bu kıymeti iktisap için geçirdiği safhalar malûmdur. Diğer taraftan, bir hâkimin karar verirken daima teşriî faaliyete benzer bir şey yaptığını söylemek de hakikati halde doğru değildir. Yeni bir karar ile yeni bir misal tespit edilen hallerin çoğunda takip olunan usul, açıkça mevcut ve bilinen prensiplerin yeni hâdiselere tatbikinden ibarettir. Prensiplerin, vazedilen soruya açık bir cevap teşkil etmemesi mümkündür; fakat, bundan, hiç bir cevap teşkil etmediği sonucu çıkarılamaz. İstidlâl yolu ile ve kıyastan çıkarılan sonuç ile mevcut prensiplerden yeni bir prensip elde edilebilir. Bu prensip yenidir, çünkü evvelce hiç bir zaman açıkça beyan edilmemiştir;

fakat, diğer bir kavrama göre yeni değildir, çünkü evvelce bilinen hükümler içinde esasen yer alıyordu. Gene aynı şekilde, bir ilmin sonuçları o ilmin muhteviyatı içinde yer almış olabilir ve eğer ilk defa yapılan yeni bir şey söz konusu ise, evvelce bilinenlere bir ilâve teşkil eder. Bir karar, malûm olan prensiplere dayanarak belirli mantıkî bir usulü takip etmese bile, mevzu kanunların keyfi niteliğini haiz değildir. Bir meselenin hallinde, hâkimler, âmil olabilecek açık ve sarîh emsalin mevcut olmaması halinde, hukukçu müelliflerin mütalealarına, noterlerin tecrübelerine, diğer modern memleketlerin hukukuna, Roma hukukuna, tabii hukuk veya kamu yararı prensiplerine dayanabilirler. Bunların uygulanması, tartışma ve güçlkle karşılaşılabılır, fakat her halde hâkim, tespit edilmiş bir kaidiyi tatbik etmiştir. Demek oluyor ki, hâkim, karar vermek hususunda bir kanun koyucunun yapabileceği gibi serbest değildir, prensiplere uyarak karar vermek mecburiyetindedir. Eğer hâkimin hakikaten bir kanun koyucu gibi hukuk ihdas ettiğini söylersek, karara konu olan fiillerin daha önce hiç bir hukuka tâbi bulunmadığını iddia etmek mecburiyetinde kalırız; bu fiiller vuku bulduğu vakit hukukun kapsamı dışına düşmüş ve ancak bu hususta bir karar ittihaz edildikten sonra hukuk alanına girmiştir. Karardan evvel hiç bir kimse bu hususta hukukun ne olabileceğini bilmediği için böyle bir sonuç çıkarmak, bir parça arazinin satılincaya veya bir muhammin tarafından kıymeti takdir olununcaya kadar kıymetsiz olduğunu söylemek gibidir. Hakikati halde ise, taraflar arazinin fiyatını tespit veya muhammin onun kıymetini takdir ederken esasen mevcut olan bir şeyi bulmaya çalışmışlardır. Kıyas daha ileriyeye de gidebilir: Tespit edilen fiyat veya takdir olunan kıymet hatâli olsa bile, ileride kıymeti tayine yardım edecek yeni bir unsur olacaktır; bunun gibi, belirli bir meselede hâkimin doğru veya yanlış kazaî kararı da ilerisi için hukuku tespit eden veya onun tespitine yarayan bir esas teşkil edecektir (savunulan bu fikirler için Prof. *Gray*'ın *Kanununun Tabiatı ve Kaynağı — Nature and Sources of the Law* — adlı eserine bkz. p. 96 vd.).

Gene bu suretle, muayyen bir mesele hakkında kanuna dayanan bir karar ile bir hukuk kuralı vaz'edilinceye kadar o hususu meydana getiren sebeblere teşmil edilmesi mümkün hiç bir hukukî hükmün mevcut olmadığı görüşü, hakikati halde, bir karar verilinceye kadar belirli hiç bir vakıalar silsilesinin herhangi bir kanuna tâbi bulunmadığı sonucuna götürür; çünkü, her davada kararın verilmiş tarzı ayrı ayrı fiillerin herhangi bir hukukî kalıp içine sokulması

gibi zihni bir faaliyeti gerektirir. Meselâ, bir yanda A'nın hareket tarzının bir teklifin veya icabın kabulü niteliğinde olup olmadığı meselesi, diğer tarafta kararlaştırılmış bir muamelenin kamu yararına uygun olup olmadığı meselesi var. Burada, görünüşte var sayılan, fakat hakikatte mevcut olmayan bir fark vardır. Birinci şıkta, mevcut prensipler o kadar iyi sınırlandırılmıştır ki, vakıalar hukukun özel hükümleri içine âdeta kendiliğinden düşüyor gibi görünmektedir; ikinci şıkta ise, prensip o kadar geniştir ki, bunu uygulamak için hâkim, sarahaten ve açıktan açığa filân veya falan vasıfları bulunan hareket tarzı kamu yararına aykırıdır demek zorunluğundadır ve böyle yaparken kamu yararı telâkkisini sınırlandıran bir hukuk kuralı ortaya koymuş olur. Fakat, gerçekte, birinci şıkta da aynı muamele ifa edilmiştir. Fiil, hakikatte, kendiliğinden hukukun özel hükümleri içine düşmez; bir fiilin kabul niteliğinde olmasını gerektiren vasıfları, hâkim, zihninde tasavvur etmiş olmalıdır; hakikati halde hâkim, bu hâdisedeki gibi bir hareket tarzı kabul niteliğindedir, demektir. Belirli hâdiselerin bir hukukî kalıba sokulması zihni bir faaliyet ve bir teşmil ameliyesidir. Bu suretle, hükme bağlanan her hâdise, uygulanan prensipin bir beyanıdır.

Bazen, sâdece mevcut hukuku açıklayan emsal (declaratory precedents) ile yeni hukuk yaratan emsal arasında bir fark gözetilir. Hakikati halde ise fark, bir derece farkı olup keyfiyet farkı değildir. Eğer bilinen bir hukuk kuralını uygularken karşımızda belirli fiillerle ilişkisi bulunan bir olay varsa, gerçekten bu kurala yapılmış bir ilâveye mâlik oluruz; çünkü, bu halde, söz konusu kuralın bu nevi fiilleri de kapsadığını görürüz; gene bu halde, tabiatte hiç bir zaman tamamile birbirine benzeyen iki fiil silsilesinin bulunduğu söylenemez. Emsallerden hiç biri: sırf açıklayıcı (declaratory) veya sırf orijinal değildir.

Hâkimlerin yalnız teamülî hukuku beyan ettikleri görüşü ile bir kanun koyucunun yaptığı gibi yeni hukuk ihdas ettikleri görüşü arasındaki ayrılık, değişme veya gelişme telâkkisi ile çözümlenmiştir. Bu telâkkide yer alan ana fikre göre, bir şey her şey gibi değişebilir ve buna rağmen aynı şey olarak da kalır.

Her hâdisedeki fiillere uygulanması kabil bir hukuk kaidesinin esasen mevcut olduğu doğrudur; fakat her karar hukukî gelişme yolunda bir merhale teşkil ettiğinden, bir karar verildikten sonra

hukukun tamamile evvelce olduğu gibi kalmadığı da doğrudur (bkz. *Sir Frederick Pollock, First Book of Jurisprudence, p. 226 vd.*).



Olaylar veya kıyas hukuku (Case Law) sistemi İngiltere'ye ve hukuklarını İngiltereden iktibas etmiş olan memleketlere hâstır. Bu hukukun esas prensipi, karara bağlanmış olan hâdiselerin ilerisi için uyulması mecburî bir kuvveti haiz bulunmasıdır. Diğer memleketlerde bu böyle değildir yahut yakın vakitlere kadar böyle değildir. Diğer memleketlerde hâkim, gerek mevzuatın gerekse mevzuata dayanan ve bunu tamamlayan genel prensiplerin yorumunda ve uygulanmasında aynı mahkemenin veya herhangi bir mahkemenin evvelce vermiş olduğu kararlara uymak mecburiyetinde bulunmayıp serbesttir ve yalnız kendi rey ve kanaatine göre karar verebilir.

Olaylar veya kıyas hukuku sisteminin İnkiliz telâkkisine göre faydaları şunlardır :

1) *Sistemin belirli olması.* Karara bağlanmış hâdiselerin ilerisi için uyulması zorunlu bir kuvveti haiz bulunması keyfiyeti, esasta benzerlik arzeden her ileriki hâdisenin aynı yolda bir karara bağlanacağını muhakkak veya hiç değilse muhtemel olarak sağlar. Bu suretle, herkes, bir vakitler hâkimler tarafından tespit edilen hükümlere itimad ederek hareket tarzını ona göre tayin eder.

2) *Sistemin gelişme imkânı vermesi.* Mevzu kanun veya emsal ile hukukî yolların kapandığı her durumda yeni icaplara ve değişen sosyal ihtiyaçlara göre vakit vakit uyulması mecburî kuvveti haiz yeni hukukî hükümler tespit edilir. Her nerede kıyas hukuku mevcut değilse, bir hâdise hakkında karar veren hâkımın faaliyeti ilerisi için hukukî bünyede devamlı bir iz bırakmaz ve bu sebeble, hukukun gelişmesi yönünden hâkımın faaliyeti hebâ olur.

3) *Sistemin fer'î hükümler konusunda bolluk yaratması.* İngiliz hukuku teferruat hususunda herhangi bir hukuk külliyyatından, kıyas hukukuna dayananlar müstesnâ, daha çok zengindir. Meselâ, Alman ve Fransız Medenî Kanunları ikibinbeşyüzden daha az maddeden teşekkül etmektedir.

4) *Sistemin pratik niteliklerinin bulunması.* Hâdiselerin zor-

lamasile tespit edilen hükümler, yalnız nazari düşüncenin değil, hali hazırda meydana çıkan güçlüklerin mahsulü olduğu için, her günkü hayatın ihtiyaçları ile sıkı bağlantısı bulunan pratik hükümlerdir.

Olaylar veya kıyas hukuku sisteminin sakıncalarına gelince :

1) *Sertlik*. Bir hukuk kuralı bir defa yerleşince, hatâlı bile olsa, artık bundan ayrılmak güç veya imkânsızdır. Her ne kadar kıyas hukukunun özelliğinin intibak olduğu söylenirse de, emsalin lüzum ifade eden kuvveti hâkimin reyî üzerinde bir engeldir; emsal olmasaydı, hâkim daha ziyade serbest kalacaktı. Bununla beraber, kıyas hukukunun mevzu hukuktan daha ziyade intibaka müsait olduğu görüşü lehinde söylenecek bazı şeyler vardır.

2) *Mantığa aykırı farklar tehlikesi*. Eğer riyeti mecburî bir hukuk kuralının şiddete sebep olacağı anlaşılırsa, hâkim, mantiken söz konusu kuralın kapsamına girmesi lâzım gelen olaylara aynı kuralı uygulamaktan ekseriya çekinir ve o kuralın tespitinde âmil olan eski olay ile sonuncu olayın birbirine benzemediğini söyleyebilmek için ufak farklar ileri sürer. Vakit vakit, bir örnek, işi çıkmaz bir yola götürür ve bundan elden geldiği kadar korunulmağa çalışılır. Gene, bunun gibi, mantiken birbirile bağdaşması mümkün olmayan hükümler, başka başka olaylar silsilesi boyunca gelişerek nihayet karşılaşırlar ve ihtilâflara sebep olur.

3) *Hacim büyüklüğü ve karışıklık*. Teferruat zenginliği ve hukuk hükümlerinin takriben bin cildi aşan (Law report) adı verilen karar dergilerine dağılmış bulunması, hukuku son derece zor, öğrenilmesi ve uygulanması müşkül bir hale koymaktadır.

İngiliz hukuk sisteminin faydalarının sakıncalarından üstün olduğu hususunda şüphe yoktur. Bununla beraber, sakıncaları da oldukça ciddidir. Bunlara çare bulunması lâzımdır ve bu çare de vakit vakit mevzu hukuk sayesinde bulunmaktadır. Kesin olarak tespit edilen ve şiddete sebep olan hükümler ile şiddetten kaçınmaya çalışırken karışık ve mantığa aykırı bir hale gelen hükümler karşısında şiddeti bertaraf etmek veya sade ve sarîh hükümler tespit etmek için mevzu hukukun müdahalesi gerekmektedir. Gene, aynı şekilde, hukukî hükümlerin teferruat itibarile memnunluk verici bir tarzda geliştiği ve fakat dağınık kararların çokluğunun bunlardan yararlanılmasını güçleştirdiği hallerde mevzu hukuk tedvin işi-

ni ve karar olarak ortaya çıkan hükümlerin kanun şeklinde metodik bir surette toplanmasını başarabilir. Bu suretle, teamüli hukukun bazı büyük kısımları vakit vakit, muhteviyatı esaslı bir değişikliğe uğramaksızın, mevzu hukuk haline getirilmiştir; kararları araştırmak zahmeti bertaraf edilmiş veya azaltılmıştır ve, ayrıca, mesleği hukukçuluk olmayan kimseler için de hukuk bir dereceye kadar kavranması kolay bir hal almıştır.

Bu gibi tedvin misalleri 1882 tarihli Kambiyo Kanunlarında (Bills of Exchange Act), 1893 tarihli Mal satımı kanununda (Sale of Goods Act) ve bir dereceye kadar 1926 da yürürlüğe giren Mülkiyet kanunları silsilesinde (Property Acts) bulunabilir. Maamafih, bu son zikrolunan kanunlarda bu konudaki hukuk ancak kısmen tedvin edilmiştir.

Teamüli hukukun umumiyet itibarile ne dereceye kadar tedvine müsait olduğu üzerinde durulabilecek bir meseledir. Fakat, her halde, yararlı olabilecek bir tedvinde iki şartın gerektiğine işaret edilebilir :

1) Tedvin (Codification), İngiliz olaylar veya kıyas hukuku sisteminin belirli bir vasfı olan teferruat bolluğundan esaslı bir şey kaybetmeksizin vukubulmalıdır; yabancı memleketlerde kabul edilip başarı ile kullanılan kısa ve soyut (abstract) kanunlar yeterli olmaz;

2) Bir kanunun kabulü halen uygulanan riyeti mecburî emsal prensiplerinin yararlarını ortadan kaldırmamalıdır; yani, kanunu yorumlayan adli kararlara bundan böyle de uyulması mecburî olmalı, bu kararlar hukukun gelişmesine yararlı bir vasıta halinde kalmalı ve dağınık hükümleri çerçevesiyerek daima hukukun gelişmesine yaramalıdır.

İngilterede teamüli hukukun kaynakları, esas itibarile, İngiliz mahkeme kararları olmakla beraber, İrlanda, Büyük Britanya camiasına dahil ülkeler ve Birleşik Amerika gibi hukukları İngiliz hukukundan iktibas edilmiş olan memleketlerin mahkeme kararları da İngiliz mahkemeleri için uyulması zorunlu olmayan, fakat önemle nazara alınması gereken ayrı bir kaynak teşkil eder. Bunun yanında, eski müelliflerin bazı eserleri de, meselâ *Littleton*'un onbeşinci asırda tasarruf şartları (Tenures) hakkındaki kitabına dair *Coke* tarafından onyedinci asırda yazılan şerh (Commentary) gibi, ve *Sir Michael Foster*'in onsekizinci asırda yazdığı cinayet fiilleri-

ne tatbik edilebilen teamüli hukuk (Crown Law) (1) isimli kitabı gibi eserler birer otorite kitabı (Books of authority) olarak hemen hemen mahkeme kararlarına eşit derecede uygulanması gerekli bir kuvveti haizdir. Diğer hukuki eserler ise, ancak yazarının şöhretine göre değişen ikna edici (persuasive) bir otoriteye sahiptir.

Ferağ, vasiyet muamelelerini yapmak ve bazı kanuni evrakı tertip etmekle mükellef hukukçular olan noterlerin faaliyeti de yürürlükteki hukukun mahiyeti hakkında bir delil olarak bazen bir kıymet ifade eder.

Diğer bir hukuk kaynağı olarak da, Parlamento tarafından, bazı hallerde, bir kanunla verilen yetkiye müsteniden merkezi ve mahalli idarelerin, hattâ demiryolu işletmelerinin belirli amaçlar için ve tespit edilen sınırlar dahilinde vaz'ettikleri kanun mahiyetindeki nizamnamelerdir; böyle bir yetkinin kullanılması, tesiri itibarile, mevzu hükümlere muadil hukuk kurallarının ihdasına âmil olmaktadır. Zaman zaman Parlamento, hükümet dairelerine böyle bir yetki vermek hususunda pek cömert davranmıştır; hattâ, bazen, bir hükümet dairesine, Parlamentodan çıkan bir kanunu değiştirmek yetkisinin bile verildiği görülmüştür.

Hâkimler ile hukukçulardan kurulu bir komite, Yüksek Divanda (High Court) (2) muhakeme usulleri hakkında hükümler vaz'etmek yetkisini haizdir. Bu hâkimler ve hukukçular yetkilerini kullanırken gerçekten kanun vaz'etmektedirler; emsale riayete mecbur olmadan sâdece uygun gördükleri usulleri ihdas ederler.



İngiliz hukuk sisteminin teamüli hukuktan ve mevzu hukuktan (Statute Law) başka önemli kısmı, hiç şüphesiz, nasafet hukuku (Equity) dur. Nasafet veya hakkaniyet terimleri yahut bunlara tekabül eden başka kelimeler, halk lisanında sanki hukukun tamamı dışında bir şeymiş gibi kullanılır. Belirli bir meselede bir mah-

(1) Burada Crown Law'dan maksad, saltanat hukuku olmayıp, hükümdar adına kaza faaliyetinin icrasidir.

(2) Yüksek mahkemeler arasında (The High Court of Justice) denilen Yüksek Divan, muhtelif kısımları itibarile ilk derece mahkemesi olarak kaza faaliyetinde bulunursa da alt derece mahkemeleri için bir nevi istinaf mahkemesi durumundadır. Bunun üstünde (The Court of Appeal), yani asıl istinaf mahkemesi mevcut olup, onun da fevkinde Lordlar Kamarası vardır.

keme kararından veya bir kararda tespit olunan bir kaideden bahsederken, hukuka uygun ise de, doğruluğa muhalif (unfair) yahut haksız veya nasafete aykırıdır deriz. Bu gibi hallerde, hukuku üstünde gördüğümüz ahlâki bir hükümle değerlendiririz. Böyle hissi bir hüküm hiç bir suretle hukuka tesir etmez; ancak, onun kanunlarla değiştirilmesi hususunda bir sebep olabilir; kanun ile hukukta hiç bir değişiklik yapılmadığı sürece hukukun aynen devam etmesine mâni olmaz ve onun uygulanmasına tesir etmez. Fakat, modern hukukçu, hukuk ve nasafet terimlerini kullanırken nasafet hukuk değildir diye düşünmez; ayrı iki çeşit hukuktan, bir yanda teamüli hukuktan ve diğer yandan nasafet hukukundan bahseder ki, her ikisi de eşit derecede hukuku teşkil eder; zira, nasafet hükümleri de yalnız manen değil, kanunen de uyulması mecburî hükümlerdir ve bunlar da mahkemelerce aynı şekilde uygulanır.

Özetleyecek olursak, İngilterede gerçekte iki türlü sistem değil, belki teamüli hukuk (Common Law) ve nasafet hukuku (Equity) diye adlandırılan birbirinden ayrı iki çeşit hukukun mevcut bulunması keyfiyeti, asırlarca ve yakın zamanlara kadar her biri yalnız bu hukuklardan birini uygulayan ayrı ayrı mahkemelerin bulunmasından ileri gelmiştir (3).

Bu iki nevi hukukun, birbirinden ayrı olmalarına rağmen, müstakil iki sistem gibi nazara alınmaması lâzımdır. Bilâkis, nasafet hukuku hükümleri teamüli hukuk için bir nevi tamamlayıcı niteliktedir; nasafet hukuku teamüli hukukun mevcudiyetini kabul etmekle beraber ona fazla olarak bir şeyler de ilâve eder. Bu suretle, nasafet hukuku teamüli hukuka bir tamamlayıcı ilâvedir (addendum).

Bundan başka, nasafet hukuku hükümleri teamüli hukuk hükümlerile çelişmekle beraber, tesirleri ve tatbiki itibarıyla hâsıl olan sonuç, eğer elde yalnız teamüli hukuk hükümleri olsaydı çıkacak sonucun zıddıdır. Teamüli hukuktan doğan bir sübjektif hukuk, karşı yönde tesir eden nasafet hukukunun mevcudiyeti dolayısıyla, nazari olarak değilse bile, uygulamada hükümsüz kalmaktaydı. Bu

(3) Kanundan doğan hukuk ile nasafet hukuku arasındaki fark, Roma Hukuku gibi diğer sistemlerde de mevcuttur. Fakat, diğer hiç bir sistemde, iki nevi hükümlerin bu kadar kesin olarak ayrıldığı görülmez. Bu kesin ayrılışın sebebi, sözü edilen hükümlerin Romada aynı mahkemelerde geliştirilmiş olmasına mukabil, İngilterede başka başka mahkemelerde uygulanarak gelişmiş olması keyfiyetidir.

suretle, 1873 tarihli Yargılama usulü kanununun (Judicature Act) 25 inci maddesindeki lisani kullanarak teamüli hukuk hükümleri ile nasafet hukuku hükümleri arasında bir çelişme veya çekişmeden bahsedilebilir.

İngilterede 1875 tarihindenberi, teamüli hukuk ve nasafet hukuku hükümleri aynı mahkemede kabul ve uygulanmakla beraber, gene halâ, çoğunlukla çeşitli prensipler altında birbirinden ayrı hukuki zümreler olarak kalmaktadır. Herhangi bir olaylar silsilesine uygun hukuku tayin etmek için daima şu sualleri sormak zorunludur: Teamüli hukukun bu husustaki hükümleri nedir? Teamüli hukuk hükümleri nasafet hukukunun bir olaya uygulanması kabil herhangi bir kuralının mevcudiyeti dolayısıyla ne gibi bir değişikliğe uğramıştır?

Teamüli hukuk gibi nasafet hukuku hükümleri de kazai hukuktur, yani bu hükümleri bulmak için her şeyden evvel nasafet hukukunu kullanmış olan hâkimlerin kararlarını nazara almak gerekmektedir.

İngilteredeki hukuk çeşitlerinin ve hâkimlerin hukuk yaratma alanındaki yetkilerinin ana hatlarını incelerken buradaki mahkemeler teşkilâtını da bilhassa tarihî gelişmesi yönünden belirtmek yerinde olur.

Onüçüncü asırda üç büyük mahkeme teessüs etmiştir: *King's Bench* (4) (Cinayet ve Siyasî Suçlar Mahkemesi), *Court of Common Pleas* (Âdi Hukuk Davaları Mahkemesi), *Court of Exchequer* (Vergiler ve Resimleri Mahkemesi). Bu mahkemelerin her üçü, *Communal Courts of Counties and hundreds* (5) (Kontlukların ve Yüzlerin Nahiye Mahkemeleri, *Lord's Courts* (Lord Mahkemeleri) ve *Ecclesiastical Courts* (Kilise Mahkemeleri) gibi mahkemelerin aksine Kral Mahkemeleri (King's Courts) idi.

Kral Mahkemelerinin her birinin kendisine mahsus faaliyet alanı vardı, fakat zamanla bu mahkemelerden her birinin kazai yetki alanı genişledi ve sonraları aynı meseleler bu mahkemelerden herhangi biri tarafından rüyet edilmeye başladı. Sözü edilen her üç mahkemenin hepsi, esas itibarile, aynı olan hukuku uygulardı.

(4) Vaktile bu mahkemeye krallar başkanlık ettiği için ismi, görüldüğü üzere, Kralın Mahkemesi (King's Bench) idi.

(5) Bilindiği gibi, İngilizce «hundred» yüz adedine denir. Eski İngiliz mülki taksimatında bir kontluk yüz aileyi ihtiva etmek üzere teessüs ettiğinden, Kontluk Mahkemesine bu isim verilmiş ve zamanla nüfusun artmasına rağmen bu isim muhafaza edilmişti.

I. Edward zamanında (Common Law), yani örf ve âdet veya teamül hukuku diye anılan hukuk çeşitli yönlerde genişlemeye elverişli, fakat gene dışına çıkılması mümkün olmayan iyice tayin edilmiş sınırlar ile kesin surette çerçevelenmiş bir hükümler zümresi haline gelmiştir. Bu mahkemeler 1875 tarihine kadar mevcudiyetlerini devam ettirmişler ve *Common Law Courts*, yani (Teamüli Hukuk Mahkemeleri) olarak tanınmışlardır.

Bu mahkemelerin dışında, Şansölye (Chancellor) ve Adliye Nazırı görülür. Şansölye, aslında hâkim değildir ve onun tarafından görev yapan bir mahkeme mevcut değildir. Şansölye, büyük bir hükümet dairesinin başıdır; tekmil daireler için Kralın Devlet kâtibi veya nazırıdır; Kral namına herhangi bir şeyin kaleme alınması gerektiğinde bu iş Şansölye tarafından veya onun memurları delâletile yapılır.

Şansölye, hukuku istediği gibi değiştirmeye mezun olmak şeklinde değilse bile, gene adliyenin idaresile ilgili görülmektedir. Bir davada Kralın mahkemelerinden birinde mürafaa için hazır bulunması gereken bir kimseye gönderilen celbnameler (writs), yani Krallık emirleri Şansölye adına ve onun dairesinden isdar edilirdi. Bu evrakın ekserisi, esasen evvelden hazırlanmış formüllerler şeklindedir ve çıkan olaylara genellikle uyar, harcını ödeyen herkes talepte bulunarak bunları alabilir.

Kendisini bir haksızlığa uğramış addeden kimse nazara alınabilecek bir istihkak iddiasında bulunabilir mi? sorusu buna verilecek cevaba bağlıdır: bu kimsenin iddiasına uygun bir celpname formülü var mıdır? eğer yoksa, Kralın mahkemelerince muteber sayılacak yeni bir formüler tanzim edilebilir mi? Şansölyenin dairesi, celbnameleri evvelce mevcut olan meselelere (in consimili casu) yeter derecede benzer yeni meseleler için 1285 tarihli Westminster Kanunu (Statutes of Westminster II) gereğince yeni celbnameler tanzimi hususunda bir yetkiyi haizdir ve vakit vakit bunların yenileri tanzim edilmiştir. Fakat, bu konuda son söz teamüli hukuk mahkemelerine aittir; zira, onbeşinci asırda, bir celp formülünün uygun olup olmadığını tayin hususunda sözü edilen mahkemelere yetki verilmiştir ve eğer formül uygun görülmezse davacının bunu alması fayda sağlamaz (bkz. *Holdsworth*, *History of English Law*, 3. Ed., p. 514 vd.).

Hâkimler, bir formülün uygun olup olmadığını tayin ederken evvelce yürürlükte bulunan teamüli hukuk prensiplerini nazara alırlar. Bazen, teamüli hukuk mahkemelerince kanunun ve yargıla-

ma usulünün belirli hâdiselere uygulanması sonucunda haksızlığın ve adaletsizliğin husule geldiği vâkidir. Buna karşı, bu halin üzücü olduğu, fakat buna müdahale etmenin daha büyük zararlara sebep olabileceği söylenebilir. Hiç şüphesiz, kanunu elastik bir hale koymak, hususi bir haksızlığı düzeltmekten daha sakıncalı olabilir. Bu konuda eskiden tutulan yol farklıydı. Hukuk ve hissiyatın birtirinden sarîh olarak ayrılmamış olduğu kadar, hukukun heyeti mecmuası ve adaletin yalnız mahkemelerin birinde mevcut olduğunun söylenemeyeceğine işaret ediliyordu. Kilise mahkemelerinin ve çeşitli mahallî mahkemelerin uyguladığı usuller, teamüli hukuk mahkemelerinin usullerinden farklıydı. Bu suretle, Kralın yargı kudretinin kendi mahkemelerine bahşolunan yetkilerle bile tükenmediği düşüncesi hâkimdi. Krala tanınan yargı hakkı, Kralın mahkemelerinde davalarına çare bulamayanlara adeta bir müracaat yolu açıyor ve bunlar hafif bir başarı ümidile Krala ve Şûrasına (Council) bir hak olarak değilse bile, bir lütuf olarak dilekçe ile başvurabiliyorlardı. Bu dilekçeler fiiliyatta, Kralın nazırı ve kâtibi ve Kral Şûrasının (King's Council) en bilgili ve yetkili üyesi olan Şansölyeye havale edilirdi. Zamanla bu dilekçeler doğrudan doğruya Şansölyenin kendisine verilmeye başlandı.

Dilekçe sahibinin bizzat Kraldan hak talebinde bulunması gibi olaganüstü bir yola başvurmasını gerektiren iki durumu misal olarak belirtelim :

1. Dilekçe sahibinin açıkça bir haksızlığa uğraması hali: meselâ, üzerine hücum edilerek dövülmüş veya sahibi bulunduğu mülkten dışarı atılmıştır, fakat bazı sebebler dolayısıyla zararını telâfi edememektedir, çünkü fakirdir, masraf edecek durumda değildir, hasmı ise zengindir, varlıklıdır ve nüfuz sahibidir; jüri heyetleri de rüşvet almış veya korkmaktadır.

2. Manevî bir hakka, fakat teamüli hukuk mahkemelerinin temin edemeyeceği veya etmek istemediği bir hakka dayanan hukukî muameleler, bilhassa intifa hakları (Uses) yahut emaneten tasarruf hakları adı verilen muameleler (Trusts): Bu muameleler ile bir kimse diğer birine kanuna uygun olarak arazi ferâğ eder, fakat aradaki anlaşma gereğince lehine ferâğ yapılan kimse, gayrimenkulü ferâğda bulunanın yararına veya vasiyetnamesinde zikredeceği kimseler lehine idare ile mükelleftir.

Teamüli hukuk «Uses» ve «Trusts» denilen intifa ve emaneten

tasarruf haklarını, ezcümle gayrimenkul tasarrufunun temellükten ayrılmasını tanımaz; araziye ilişkin vasiyetnamelerin hükümsüz olduğuna karar vermiştir. 1540 tarihinde çıkarılan bir kanunla, vasiyetname ile arazi terki kabul edilmişse de, bu «Uses» ve «Trusts», yani intifa ve emaneten tasarruf haklarını tesis etmek âdeti halk arasında câri olmuş ve revaç bulmaktaydı, fakat kanunî bir himayenin bulunmaması hak sahipleri için büyük bir mahrumiyet teşkil ediyordu. Ondördüncü asrın sonuna doğru bazı kimselerin bu intifa haklarından faydalanmak için, hiç değilse manevî bir hakkı haiz olduklarını iddia ederek teamülî hukuka dayanan haklarını ileri süren kanunî mal sahibine karşı kendilerine muavenet edilmesini rica talebile Şansölyeye dilekçeler verdikleri görülmektedir.

O devirde Şansölye mütat olarak ruhanî sınıfa mensup bir kimse, ekseriya bir piskopos (Bishop) ve bu sınıfla manevî veya vicdanî meseleler hakkında iyi bir hâkim sayılırdı. Şansölye, halk arasında Kralın vicdanının muhafızı olarak zikredilirdi. Âciz durumdaki dilekçe sahibine yardım için ne yapabilirdi? Teamülî hukuk mahkemelerinin usullerine doğrudan doğruya müdahale edemezdi; bu mahkemeler tarafından muteber addedilmesi ihtimali kuvvetli olacak yeni bir hukukî formül ileri süremezdi; fakat, şunu yapabilirdi: dilekçeyi (Bill) inceler, eğer meselenin nazara alınması lüzumuna inanırsa, aleyhinde şikâyette bulunulan kimseyi, bir teamülî hukuk mahkemesinin huzurunda değil, fakat kendi huzurunda hazır bulunmaya ve dilekçe muhteviyatına yemin ile cevap vermeye daveti gerektiren bir dava formülü tanzim ederdi. Bu formüle, «Subpoena» denirdi, zira bununla davalı para cezası tehdidi altında Şansölyelik makamında hazır bulunmaya davet edilirdi.

Davalı, Şansölyenin huzuruna geldiği zaman, şikâyetnameye yemin altında cevap vermek mecburiyetindeydi. Bu hareket tarzı, bir davada taraflardan birini hakkını bu suretle ispata hiç bir vakit zorlamayan veya buna o tarihlerde izin bile vermeyen teamülî hukukun yargılama usulünden pek farklıdır; fakat, intifa hakları (Uses) ve emaneten tasarruf hakları (Trusts) gibi beyyine mahiyetinde ibrazı mümkün resmî ve kanunî belgesi olmayan meseleleri incelemek için yegâne uygun usuldür. Bundan başka, Şansölye bütün meseleyi bizzat tedkik eder ve teamülî hukuk davalarında yapılması mecburî olduğu gibi, inceleme için bir jüriye havale etmez; maamafih, daha sonraları, huzuruna getirilen bir hâdisede, jüri tarafından bakılması gereken meseleler ortaya çıktığı vakit, bunları bazen jüriye havale ettiği vâkidir.

Meselâ, Şansölye dilekçe sahibi lehine karar vermiştir, kanunen davalıya ait bulunan gayrimenkulün vicdan ve nasafet gereğince, ve mânen, dilekçe sahibine ait olması lâzım geldiğine kanaat getirmiştir. O halde ne yapmalıdır? teamüli hukuk kuralını bozamaz; teamüli hukuk mahkemesinin usullerine — hiç değilse doğrudan doğruya — müdahale edemez; kanunî mal sahibinin mal sahibi olmadığını söyleyemez; yapabileceği şey, kanunî mal sahibinin teamüli hukuk gereğince haiz olduğu hakkı, vicdan ve nasafet yönünden, kendi lehine kullanamayacağını karar altına almaktır; bu hakkı kimin için emaneten yeddinde tutuyorsa gene onun lehine olarak kullanmak mecburiyetindedir; bunu söylemekle de yetinmez, eğer kanunî mal sahibi nasafetin ve vicdanın emrettiği şekilde hareket etmek istemezse, Şansölye, gerekirse, onu, hakkında hapis cezası vererek cezalandırır; hattâ, kanunî mal sahibinin teamüli hukuk mahkemeleri nezdinde dava ikamesile kanunî haklarını tenfiz ettirmek teşebbüslerine bilvasıta, fakat etkili bir surette müdahale edebilir; teamüli hukuk mahkemelerini bir davayı rüyetten men'edemez; fakat, bir kimseyi dava ikamesinden veya ikame ettiği davaya devam etmekten yahut almış olduğu karardan faydalanmaktan men'edebilir ve o kimse buna uymazsa onu hapse koyabilir. Şansölye bu tür emirleri vermek hususunda aslâ tereddüt etmez; zira, gerçekte ferdin en yüksek şahsî menfaatleri çerçevesi içinde bir şey yapmakta olduğunu söyleyebilir; eğer vicdana aykırı bir iş yaparsa — Şansölyenin kilise ricalinden biri olduğu hatırlanmalıdır — kendi ruhunu alçaltmış olur ve, binaenaleyh, kendisini böyle bir zillete düşürmek istemez.

Bazı hallerde, özel bir lütuf olarak başlayan Şansölyenin bu tarzdaki müdahalesi zamanla âdet haline gelmiş ve halk arasında yayılmıştır; intifa hakları ve emaneten tasarruf hakları herkesin emlâki üzerinde muamele yapması için genellikle başvuru olan bir yol olmuştur; Şansölyenin esasen haiz olduğu önem artmış ve onun makamı bir mahkeme «the Court of Chancery» gibi tanınmaya başlanmıştır. Bundan sonra, önceleri sâdece bazı hallerde manevî hissiyatın tatbiki suretile başlayan umumî nasafet (Equity) prensipi denilen şey, gittikçe daha ziyade belirli kurallara doğru gelişmiştir. Eğer bir Şansölye bir meselede muayyen bir muamelenin vicdana aykırı olduğuna karar verirse, diğer bir meselede de benzer muamelenin vicdana aykırı olduğu kararını vermesi beklenir; başka bir Şansölyenin de o suretle karar ittihaz etmesi pek muhtemeldir. Böylece, ileride devamlı olarak uygulanacağı beklenen veya muhakkak

olarak güvenilebilecek bir takım yeni hükümler meydana çıkmaktadır. Demek oluyor ki, ancak teamüli hukuk mahkemelerinde tenfizi kabil teamül haklarının yanında Şansölyenin mahkemesinde tenfizi mümkün bir takım yeni haklar elde edilebiliyor. Nasafet hukukunun tanıdığı bu haklar, nazariyatta değilse bile fiiliyatta teamül haklarına üstündür; öyle ki, iki türlü mülkiyet hukuku bulunduğu fikri kabul edilebilir. Bir şeyin filan şahsa ait olması ve onun lehine kullanılması lâzım geldiği söylenilmek suretile o şeyin şimdiki halde nasafet veya vicdan yönünden o şahsın malı olduğu söylenmiş olur.

Onyedinci asırda Şansölyenin Mahkemesi (Chancery), bağımsızlığını korumak için teamüli hukuk mahkemelerine karşı mücadele etmek mecburiyetinde kalmıştı. Teamüli hukuka göre davasını kazanan bir kimsenin elde ettiği kararın infazına mâni olmak suretile Şansölyenin teamüli hukuk mahkemelerinin kararlarına — nazari değilse bile fiilî olarak — müdahale etmesinden dolayı bu mahkemeler infial etmekteydiler. Nitekim, *Coke* adındaki Başhâkim (Chief Justice) (6) ile Şansölye *Lord Ellesmere* arasında büyük bir çekişme başlamış ve bu ihtilâf Kral I inci *James* (7) tarafından Şansölyenin lehine halledilmişti.

«Commenwealth» (8), yani Cumhuriyet zamanında, Şansölye

(6) Burada «Justice» kelimesi hâkim anlamındadır. Bu unvan İngilterede yüksek mahkeme üyelerine verilir. «Lord Chief Justice» ise, «Supreme Court» denilen en yüksek divanın «King's Bench» adı verilen birinci kısmının başkanıdır.

(7) I inci James, meşhur ve bedbaht Mary Stuart'ın oğludur. James, valdesinin İskoçyadan 1567 de kaçması ve yakın akrabası olan İngiltere Kraliçesi I inci Elisabeth'in yanına iltica etmesi üzerine bir yaşında iken İskoçya Kralı ilan edilmiştir. Mary Stuart'ı uzun bir süre misafir ettikten sonra 1597 de idam ettiren Kraliçe I inci Elisabeth hiç evlenmemiş ve binaenaleyh zürriyetsiz kalmış olduğundan, İngiltere tahtına en yakın vâris sıfatile James'i vâliht olarak tanımıştı. Kraliçenin 1603 de vefatı üzerine İngiltere Kralı olan James, 1625 tarihine kadar bu makamı işgal etmiş ve yerini ikinci oğlu I inci Charles'a bırakmıştır. İşte, İngilterede Parlamento tarafından mahkûm edilen ve 30 ocak 1649 da idam olunan bedbaht hükümdar budur.

(8) İngiltere Kralı I inci Charles'ın 1649 da idamından sonra teşekkül eden ve Oliver Cromwell'in oğlu ve halefi Richard Cromwell'in 1659 da istifasına kadar devam etmiş olan Cumhuriyet tarzındaki hükümete «Commonwealth» adı verilmiştir. Avustralya Dominyonunu teşkil eden beş hükümetten meydana gelen federasyona 1900 denberi resmen «The Commonwealth of Australia» denilmektedir. Gene sözü geçen kelime, Britan-

Mahkemesinin ıslâhı ve hattâ ilgası için tekliflerde bulunulmuştu. Şansölye Mahkemesinin hukuk dâvalarında haiz olduğu olağanüstü yargı yetkisi, halen ilga edilmiş olan «Star Chamber» in (9), yani Yıldızlı Mahkemenin vaktile cinayet davalarında haiz bulunduğu kaza yetkisi ile karşılaştırılmıştı. Maamafih, bu tekliflerden bir sonuç çıkmadı. Şansölyenin mahkemesini, teamüli hukuk mahkemelerinin kontrolü altına almak için 1688 ihtilâli (10) sırasında yapılan ve yukarıda sözü edilen tekliflere benzer başka teklifler de reddedilmişti. Şansölye mahkemesinin, teamüli hukuk mahkemelerinin çözümleyemediği veya bakmak istemediği davaları rüyet ettiği, bunu yapmadığı takdirde halkın hukukunun lâyikile korunması mümkün olamayacağı aşikârdı. Gerçekten, nasafet hukuku memlekette câri hukukun vazgeçilemeyen bir parçası olmuştu.

Şansölye mahkemesinin işleri gittikçe çoğalmaktaydı. Esasında küçük bir memur olan Evrak dairesi şefi (Master of the Rolls), mahkemenin evrakını muhafaza görevi dolayısıyla XVII nci asrın sonunda nasafete ilişkin davaları istima edebilen bir hâkim durumuna

ya İmparatorluğuna dahil dominyonların heyeti mecmuasını ifade için de kullanılmaktadır.

(9) «Star Chamber» veya eski latince ünvanile «Camera Stellata» XV inci, XVI nci ve XVII nci asırlarda İngiliz hukuk ve cinayet mahkemesine «English Court of Justice» verilen isimdir. Bu mahkemenin menşei pek bilinmemektedir. Westminster'de ilk defa «Chambre des Etoiles» adına III üncü Edward zamanında, yani XIV üncü asırda tesadüf ediliyor. «Yıldızlı Oda» ismi, mahkemenin tavanında nakşedilmiş olan yıldızlardan dolayı verilmiştir. Bir de bu ismin ibrance «Şetar» kelimesinden geldiği rivayet olunur. Buna göre, yahudilerin I inci Edward zamanında, 1290 tarihinde, İngiltereden ihracından evvel onlarla ilgili adli evrak bu odada muhafaza olunmuştur. Gerek teşekkül tarzı gerekse yargı yetkisi müphem olmakla beraber fiiliyatta bu yetkinin sınırı yoktu. Teamüli hukuk dışındaki bütün fiilleri örf ve âdet kanunlarını nazarı itibara almayarak cezalandırmaya memurdu. Bu mahkeme, bilhassa I inci James ve oğlu I inci Charles'in hükümdarlıklarında istibdadın elinde müthiş bir alet halini aldığından, halkın nefretini çekmiş ve nihayet I inci Charles zamanında temmuz 1641 kanunu ile Parlamento tarafından ilga edilmiştir.

(10) Bu ihtilâl şu nedenle çıkmıştı: I inci Charles'in ikinci oğlu ve II nci Charles'in erkek kardeşi ve halefi II nci James 1685 de Kral olunca katolik mezhebini tekrar tanımış ve katoliklere de eşit haklar bahşetmişti. Bundan dolayı 1688 tarihinde bir ihtilâl çıkmış ve James'in damadı ve aynı zamanda valdesi tarafından I inci Charles'in torunu olan Hollanda prensi William of Orange İngiltereye davet edilerek 1689 da III üncü William adile Kral ilân olunmuştur.

gelmişti; ancak, onun kararlarını istinaf için Şansölyeye başvurma yolu açık idi. Nasafet hukukuna müteallik meselelerin ekserisi uzun zamanlar bu ikisi arasında hallolunmuştur. Vakıa, Maliye Nazırının Mahkemesi (Court of Exchequer) de nasafet hukuku yönünden bir kaza yetkisi elde etmişse de, bu Mahkeme 1841 de ilga olunmuştur. Şansöylenin divanının işi pek yüklüydü. Bu yüzden meydana gelen gecikmeler, yargılama usulünün davaları uzatmaya elverişli olan karakteri dolayısıyla ve bazı Şansöyelerin karar vermekten çekinmeleri sebebiyle daha ziyade ağırlaşmaktaydı. Bazen Şansöyelerin bir meseleyi düşünmek ve karar verecek dereceye getirmek için işi on sene derdest tuttuğu ve belki de taraflardan çoğu ölünceye kadar dava konusu gayrimenkul kıymetinin büyük kısmını muhakeme masrafları dolayısıyla kaybedinceye kadar kararını vermediği vâkiydi. Bu sebeple, XIX uncu asrın başlarında Şansölye Yardımcıları (Vice - Chancellors) denilen muavin hâkimler — önceleri bir ve sonraları üç kişi — tayin edilmiş ve Şansöyenin mahkemesinde, 1851 tarihinde, Şansölye muavinleriyle Lordlar Kamarası arasında bir İstinaf Divanı (Court of Appeal in Chancery) tesis olunmuştur. Muamelelerin sürüncemede kalmasına sebep olan eski usuller de 1852 de islâh edilmiş, Şansölye ilk derece hâkimi gibi vazife görmekten yavaş yavaş çekilmeye başlamış ve kendisini Şansöyelik İstinaf Divanına ve Lordlar Kamarasına hasretmiştir.

Nihayet 1875 de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunları (Judicature Acts) ile, teamülî hukuk ve nasafet hukuku mahkemeleri lâğvedildiği gibi, Şansöyenin mahkemesi (Court of Chancery) de kaldırıldı ve teamülî hukuk mahkemesi ile nasafet hukuku mahkemesinin tekmil yetkilerini haiz olan ve örf-âdet kuralları ile nasafet kurallarının her ikisini de tatbik eden yeni bir mahkeme — Yüksek Adalet Divanı (High Court of Justice) — tesis edildi. Ancak, teamülî hukuk hükümlerile nasafet hukuku arasında ihtilâf ve çelişme olması halinde nasafet hukukunun tercihi gerekiyordu.

Bu yeni mahkemenin üç dairesi vardır: Kral Mahkemesi Dairesi (King's Bench Division) (11), Şansölye Mahkemesi Dairesi

(11) «King's Bench», yahut, şimdiki gibi, hükümdar bir kadın ise, «Queen's Bench» adını taşıyan bu mahkemenin ismi İngiltere Parlamentosundan daha eskidir. Kral Büyük Alfred — ki 871 den 901 tarihine kadar bu makamı işgal etmiştir — zamanında bile bu isimde bir mahkeme vardı. Krallar, bu mahkemeye bizzat başkanlık ederlerdi. Halen en yüksek Divanın (Supreme Court) Birinci Kısımına bu isim verilmektedir.

(Chancery Division) ve vasiyet işleri ile boşanma ve amirallik (Probate, Divorce and Admiralty) meselelerine mahsus işlere bakan daireler.

Mesaiyi tanzim amacile, bilhassa teamüli hukuka ilişkin meseleler Kral Mahkemesine (King's Bench), nasafete göre halledilmesi gereken işler ise Şansölye Mahkemesi Dairesine (Chancery Division) havale edilmekle beraber, bu iki kısım birbirinden tamamen ayrı mahkemeler durumunda değildir; aralarında kesin ve sâbit bir ayırım yoktur: bir davacı çok defa davasını ikame etmek istediği kısmı seçmek hususunda serbesttir ve her iki mahkemede de teamüli hukuk ve nasafet hukuku eşitlikle uygulanmaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunlarının (Judicature Acts) teamüli hukuk ile nasafet hukukunu aynı mahkemede birleştirmesile hasıl olan tesiri tartışmadan evvel, nasafet hukukunun teamüli hukuka ilâve ettiği önemli hükümlerin bazılarına veya teamüli hukukun yapamadığı veya yapmadığı işlere işaret etmek yerinde olur.

Evvelâ, mülkiyet hukukunda, emaneten tevfiz (Trust) İngilterede hâlâ mevcuddur. Kanunun müsaade ettiği sınırlar içinde emlâkin bir şahıstan diğerine, yeni bir kocaya, sonradan karısına ve ondan sonra aralarında taksim edilmek üzere çocuklarına intikalini temin eden tesisler yapılmaktadır. Gerçekten, 1926 dan evvel, tam mânasile gayrimenkullerde, yani mülkiyet hakkına serbestçe tasarruf olunan emlâkde (Freeholds) ve hususi hüccet ile tefevvuz edilen emlâkde (Copyholds) (12) tasarrufta bulunulduğu takdirde, emaneten tevfize lüzum yoktu. Teamüli hukuk, sırf mülkiyete dayanılarak tasarruf olunan bir mülkün (Freehold Estate), her biri teamüli hukuka nazaran muteber sayılan irsî hisselerle ayrılmasına müsaade etmekteydi. Fakat, 1925 denberi buna imkân kalmadığı için, herhangi neviden bir mülkte ileriye muallâk aynı haklar tesis edilebilmesi için emaneten tasarruf (Trust) usulünün yegâne yol olduğu söylenebilir. İpotekler için de durum böyledir. 1926 yılına kadar, nasafete dayanan aynı haklar tesis etmeksizin gayri menkul rehni için bir yol bulunamamıştı. 1926 dan evvel ya borçlu ipotekli alacaklıya kanunî mülkiyet hakkını ferâğ ve kendisi için nasafete dayanan bir aynı hak (Equity of Redemption denilen nasafet hu-

(12) «Copyhold», İngilterede eskiden cârî âdetlere göre arazi sahibi lordun umumî vekili tarafından verilen kayıd suretinden başka hiç bir hüccete dayanılarak yapılamayan tasarruftur.

kuku gereğince gayrimenkulü rehinden kurtarmak hakkını) muhafaza eder veya kanunî hakkını kendi uhdesinde tutar ve alacak sahibine senet vermek suretile nasafete dayanan bir hak bahşederdi. İpotegün bu son şekli devam ettiği halde, diğer şekil yerine râhin ve mürtehinin her ikisine de gayrimenkulde kanunî tasarruf hakları veren bir ipotek şekli ihdas olundu.

Şimdi de, nasafetin mukaveleler üzerindeki tesirine geleyim. Kanuna aykırı tesirler kaidesine göre, eğer bir mukavele tazyik altında, yani hayata kast ve yaralama tehdidile akdedilmişse, teamüli hukuk bu akdi kabili fesih addeder; tazyikin daha az belirli ve kesin şeklini — bir kimsenin müzayaka halinde bulunmasından edinilen insafsızca istifadeyi, bir vasî ile eskiden vasîsi olduğu kimse arasındaki veya avukat ile müvekkili arasındaki bazı ilişkilerde icra edilen tesiri — hiç bir suretle nazara almaz. Fakat, nasafet hukuku, böyle özel şartlarla meydana gelen bir tazyiki, akdi kabili fesih addetmek için sebep sayar. Nasafet hukuku, taahhüd altına girmiş olan kimsenin aleyhine mukavelenin tenfizine müsaade etmez; ve eğer mülk tevfiz edilmiş ise, alan kimseye, mülkten yeddine kaldırmış olan şahsın lehine olarak onu ancak muhafaza etmekte olduğu ve iade mecburiyetinde bulunduğu nazarıle bakar. Bunun gibi, hile ve sahtekârlık fiillerinde de nasafet hukuku müdahale etmektedir. Maamafih, teamüli hukuk da her ikisini nazara alır. Bu konularda teamüli hukuk ile nasafet hukuku tamamiyle birbirinden ayrı olmamakla beraber, zarar gören taraf için nasafet hukukuna hâs bir himaye tarzı vardır. Teamüli hukuk, zarar gören tarafın mukaveleden dolayı aleyhine ikame edilen bir davada itirazını kolaylaştırabilir; nasafet hukuku ise, belgenin teslimini ve imhasını veya iptalini emredebilir. Bu himaye tarzı, meselâ hile ile alınan bir çekin iyi niyet sahibi ve asıl hileyi yapan tarafa nispetle daha iyi bir mevkiye bulunan bir hâmilin eline geçmesine mâni olmak için lüzumlu olabilir. Böylece, aynı şekilde, nasafet hukuku, yanlış tanzim olunmuş bir vesikanın tashihini emredebilir; teamüli hukuk ise, olsa olsa böyle bir vesikayı hükümsüz sayar.

Nasafet hukukunun, ayrıca, müddet ve cezai şartlar hakkında da hükümleri vardır. Teamüli hukuk, bir mukavelede yazılı olan müddete ilişkin bir şartı mukavelenin esaslı ve ayrılmaz bir parçası sayar ve eğer tayin edilen müddet içinde taraflardan biri belirli bir muameleyi yapmazsa mukaveledeki bütün haklarını kaybedeceğini kabul eder; nasafet hukukunda ise, böyle bir şart, genellikle, mukavelenin esaslı ve ayrılmaz bir parçası sayılmaz, fakat yalnız

tazminat talebi için bir hak bahşeder. Meselâ, bir sözleşmeye göre, (A) ocak ayının birinde (100) sterlin verecektir; bunu yapmazsa (200) sterlin ödeyecektir; nasafet hukuku, bu halde, (200) sterlini talep etmesine müsaade etmez, fakat bu meblâğın tediyesini (100) sterlin ve faizi için ancak teminat olarak kabul eder. Maamafih, cezaî şartlara ilişkin nasafet hükümleri XVII nci asrın sonunda ve XVIII inci asrın başında çıkarılan kanunlarla teamüli hukuk mahkemelerinin tatbikatına alınmıştır.

Bundan başka, mukavele ile hakların tevfiz ve ihalesine dair hükümler de mevcuttur. Meselâ, (A) nın (B) ye para borcu var. Teamüli hukuk bunu sâdece (A) ile (B) arasında bir ilişki addeder. (B), (A) nın uhdesinde olan alacağını talep etmesi hususunda (C) ile anlaşmıştır. Teamüli hukuk bunu kesinlikle reddeder, (C) bu alacağı talep edemez. (B) nin en çok yapabileceği şey, parayı talep için kendi ismini kullanmak hususunda (C) ye müsaade edebilmesidir. Fakat, nasafet hukuku gereğince alacak başkasına havale edilebilir. Nasafet hukuku, kendi adına talepte bulunmak üzere (C) ye mezuniyet vermeye (B) yi mecbur eder; hattâ nasafet kurallarına göre, (A) aleyhinde kendi adına takipte bulunmak için (C) ye müsaade verebilir. Bu suretle, nasafet hukukuna göre, borçlar ve münaazalı şeyler hakkında istihkak taleplerinin havale edilebileceği kuralı meydana gelmiştir.

Burada, evli kadınlara ilişkin hükümlere de değinelim: Teamüli hukuk, gerek haklar ve gerek vecibeler itibarile kadını kocasına nazaran pek mâdun bir duruma koymaktadır. Bu hukuka göre, kadının elindeki menkul malları kayıdsız ve şartsız kocasının malı sayılır. Kadının alacakları kocası tarafından tahsil edilebilir ve bu halde, tahsil edilen para kocanın olur. Eğer koca bu alacakları tahsil etmez ve kadın kendisinden sonra hayatta kalırsa, alacaklarını talep etmek hakkını muhafaza eder. Vakıa kadının serbest mülkü (Freehold) ve hususi hüccetli arazisi (Copyhold Land) kendisinin malı olarak kalıyordu; fakat, koca, hiç değilse evliliğin devamı sırasında, bunlardan faydalanmak hakkını haizdi.

Karı ve kocadan hiç birisi diğzerinin muvafakati olmaksızın verasete ilişkin bir karar alamazdı. Kira yolu ile tasarruf olunan emlâk (Leaseholds) borçlara pek fazla benzemekteydi. Koca, yaşadığı müddetçe, bu emlâkte kendi yararına keyfî olarak tasarruf hakkını haizdi ve karısı bu müddet içinde hiç bir tasarruf hakkına mâlik değildi; ancak, eğer kocanın ölümünden sonra karısı hayatta kalırsa, icar hakları, evvelce terkedilmemiş olmak kaydiyle tekrar ka-

dına ait olurdu. Bundan başka, hiç bir evli kadın, pek önemsiz bazı istisnâlar dışında, kocasının muvafakati olmaksızın ne bir vasiyet-name yapabilir ve ne de herhangi bir mukavele aktedebilirdi; ancak kocasının mümessili sıfatile veya başka bir şahıs adına istisnâen bu gibi tasarruflarda bulunabilirdi. Gerçekten, serbest bir mülkü yokken kadına mukavele aktettirmek anlamsız olurdu. Fakat, sonraları, XVII nci asrın sonuna doğru, nasafet hukuku evli kadınlar için ayrı bir intifa hakkı (Separate Use) ihdas etmiştir. Evli kadının ayrıca intifa için mülkünü emaneten tevfiz suretile ve kocasının kontrolünden ve borçlarından âri olarak emaneten tasarrufta bulunabilecek birine tevdi caizdi.

Eğer mülk sâdece evli kadına verilmiş olsaydı, teamüli hukuk şu görüşü savunurdu: «Bu ayrı intifa hakkı hiç bir suretle nazara alınamaz. Hilâfına söylenecek her şeye rağmen, eğer bu hak kadınının, kocasının mürakabesi altına girer». Bu sebeble, mal kadına verilmemiş, emaneten mutasarrıfa, yanî «Trustee» denilen emine tevdi edilmiştir. Teamüli hukuk, «Trustee» yi malı kadının yararına idareden men'edemez ve nasafet hukuku da emini bu suretle harekete zorlar. Faraza, emaneten tasarruflar (Trusts) ve emaneten mutasarrıflar (trustees) hakkında hiç bir şey bilmeyen ve fakat ayrı intifa hakkında bir şeyler duymuş olan bir kimse, evli kadına özel intifa için mal — meselâ 1000 sterlin — bırakmıştır. Koca bu mala vaziyet ediyor: Teamüli hukuka göre mal kocanıdır. Fakat, nasafet hukuku aldatılmak istemez. Kanunen 1000 sterlin kocaya aittir ve bunu inkâra mahal yoktur, fakat nasafet hukuku bu malı kadının istifadesine hasretmesi için kocayı zorlar. Gerçekte, vasiyet sahibi «kızının ayrıca intifa için» demekle bir emaneten tasarruf (trust) kastetmemiş midir?

Kocayı, kendi karısı için bir emaneten mutasarrıf (Trustee) haline koymaktan daha kolay bir şey yoktur. Bu suretle, kadının ayrıca intifasına mahsus bulunan bir mal nasafet hukukuna göre kadının «ayrı malı» olur. Nasafet hukuku bu malın sahibi kadına sanki evli değilmiş gibi muamele eder; hayatı müddetince kadını istediği gibi malına tasarruf etmek, onu vasiyet yolu ile başkasına bırakmak hususunda ve hattâ bu mala karşı tenfiz edilebilecek mukaveleler akdinde muhtar bırakır. Buna rağmen, nasafet hukuku, gene de bu konuda daha titiz davranır. Eğer kadın malına bu kadar kolaylıkla tasarruf edebilirse, olabilir ki kocası manevi tazyik suretile malı kendisi veya alacaklıları arasında taksim etmesi için kadını zorlar ve bu suretle akli selim sahibi ve sinni rüşte erişmiş di-

ger hiç bir kimsenin memlekette haiz bulunmadığı bir imtiyaz kadına bahşedilmiş olur. Vasiyet veya tesis (Settlement) bu tasarruf hakkını evvelden kayıdlayabilir. Bu takdirde, evli kadının hiç bir hukukî muamelesi gayrimenkulün resûlmali veya gelecekteki iradı üzerindeki hakkını ihlâl edemez. İşte, evli kadının mallarına ilişkin bu hükümlerin heyeti mecmuası yalnız nasafet hukukunda mevcut olduğu içindir ki, nasafet, bu hükümlere dilediği şekilleri verebilmektedir.

Nihayet, nasafet hukukunun davasını kazanmış bir davacı lehine ne yapabileceği, ona ne gibi hukukî çareler bulabileceği, tazminat hakkını verip vermiyeceği noktaları üzerinde duralım:

Teamüli hukukun yapabileceği yegâne şey, az istisnâlar ile, davacıya nakdî tazminat hakkını vermektir. Eğer bir kimse arazisinden haksız yere çıkarılmışsa, teamüli hukuk, yerini ona iade eder; fakat, bu, her haksızlığa ve her akde riayetsizliğe karşı çarenin, zarar ve ziyanı tazmin olduğu hakkındaki teamüli hukuk kuralının amelî yönden yegâne istisnâsıdır. Sözü edilen bu istisnâdan başka, teamüli hukuk davalıyı para tediyesinden maada hiç bir şeye mahkûm edemez. Bu, tenfizi pek kolay bir hükümdür. Bir kimsenin parayı verip vermediğini söylemek, başka hükümleri ifa edip etmediğini söylemekten daha kolaydır; eğer parayı vermemiş ve malı da varsa, bunları satarak parayı tahsil etmek mümkündür. Fakat, bu şekil, davacı için daima tatmin edici olmaz. Davacının istediği şey, belki de para değildir ve hattâ, para ile tatmin edilmiş olsa bile, haklı ve mâkul bir taviz mikdarının tayini, pek zor olabilir ve bir jüri zararı tespit için en uygun bir kurul teşkil etmiyebilir. Faraza, araziye ilişkin bir akdi infazdan satıcı imtina ediyor. Teamüli hukuka göre, başka yerde de bu kadar iyi bir çok arazi vardır; fakat, alıcının gözü bu arazi parçasındadır ve tazminat — hattâ onun lehine geniş olarak takdir edilse bile, ki daima böyle olamaz — belki de arzu ettiği şey değildir.

Başka bir faraziyede, alıcı malı satın almaktan vazgeçiyor; olabilir ki, satıcı için arazi yerine para almak hayatî önemi haizdir; fakat, cebinden sarfettiği meblâğdan fazlasını almaya nâdiren muvaffak olur; veya, faraza bir kimse yanı başında bir misafirhane veya bir müzik okulu açmamak hususunda komşusuyla anlaşığı halde, buna aykırı olarak böyle bir müessese açmıştır; yahut aydınlığa pencere açmak hususunda hakkınız vardır ve komşunuz pencerele-
rinizden çok kısa bir mesafe dahilinde bina inşasile sizi tehdit etmektedir.

Bütün bu gibi hallerde yapılan zarara karşılık hattâ yüksek tazminat almak suretile dahi ihtimal ki tatmin edilmiş olunmaz ve tazminatın mikdarı da çok defa tatmin edici olmayabilir. Her halde, eğer elde edilebilecek şey yalnız tazminat ise, zengin olanlar başkalarını rahatsız etmek hakkını daima satın alabilirler. İşte, bu gibi hususlarla mücadele içindir ki, nasafet hukuku yapılan taahhüdün ifası (specific performance) ve tehiri icra kararı (injunction) gibi hukukî tedbirler ihdas etmiştir: «Specific performance», bir kimseyi taahhüd etmiş olduğu şeyi hemen yapmaya icbat etmek; paranın ödenmesine karşılık satış vaadinde bulunulan araziyi alıcıya teslim etmek; arazinin iadesine karşı satış parasını geri vermek. «Injunction», yapmamayı vaadettiği veya yapmak hakkını haiz olmadığı şeyden komşuyu men'etmek; misafirhane veya müzik okulu açmaktan komşuyu men'etmek; aydınlığı kapayacak surette bina yapmasına mâni olmak ve hattâ komşuyu dava konusu olan duvarı yıkmaya zorlamak. *Injunction*'ın bu son şekline İngiliz Hukukunda «Mandatory» denilmektedir.



1873 ve 1875 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunları (13), bir teamüli hukuk mahkemesinin ve bir nasafet mahkemesinin bütün yetkilerini haiz tek bir Divan teşkil etmiştir. Bu Divanın Daireleri arasında, tıpkı Yargıtayımızda olduğu gibi, bir vazife ayırımı yapılmamış, işlerin yürütülmesini kolaylaştırmak amacile sâdece bir iş bölümü yapılmıştır.

Kral Mahkemesi Dairesi (King's Bench Division) hiç bir zaman «burada nasafetle ilgili bir mesele vardır, biz bu hususta karar veremeyiz» diyemez; yahut Şansölye Mahkemesi Dairesi (Chancery Division) «bu bir teamüli hukuk davasıdır, bir teamüli hukuk mahkemesine gitmeliydiniz» diyemez. Olsa olsa, bir daireye müracaatta bulunan davacı baka bir daireye gönderilir ve yanlış müracaatı dolayısıyla yapılan masraf varsa bunu ödemekle mükellef tutulabilir; fakat, bu hatası yüzünden hukuku ziyaa uğratılamaz.

(13) Bu kanunların yerine sonradan 1925 tarihli «Supreme Court of Judicature, Consolidation Act», yani (Yüksek Adalet Divanı Tevhidi Ahkâm Kanunu) geçmiştir. Teamüli hukuk ve nasafet hukuku ilişkilerine dair hükümler bu kanununun 36 - 44 üncü maddelerinde yer almaktadır.

Söz konusu kanunlar muamelelerde tekerrürü önlemiştir. Meselâ, bir arazi parçasına ilişkin bir niza hali olduğunu farzedelim: (A) kanunî mal sahibidir; (B) nin nasafete dayanan bir talebi vardır. Eski sisteme göre, (A) hakkını ispat için teamüli hukuk mahkemeleri nezdinde takibatta bulunacaktı; (B) için burada hiç bir müdafaa imkânı yoktu ve diğer şeyler arasında (A) nın davasına devamını durdurmak için bir tehiri icra kararı (Injunction) almak üzere Şansölye Mahkemesine müracaat etmek zorundaydı. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunlarına (Judicature Acts) göre, mahkemenin bir dairesi tarafından diğer bir dairenin muamelelerine karşı tehiri icra kararı alınamaz; fakat, muhakemenin her derecesinde veya safhasında nasafete dayanan bir hak doğrudan doğruya dermeyan olunabilir ve kanunî bir iddiaya karşı bir müdafaa gibi ileri sürülebilir.

Nasafet hukuku, temlik konusunda, temlik edenin (Assignor) borçlusu aleyhinde temellük edenin (Assignee) doğrudan doğruya takibatta bulunmasına müsaade ve fakat, genellikle, temlik edenin de davalı sıfatile davaya dahil olmasını talep etmek suretile fiiliyatta temliki tanımaktaydı. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu eski nasafet temlikini olduğu gibi bırakmakla beraber yeni bir nevi temlik ihdas etmiştir ki, bu da, temlik edenin davaya dahil olmasına hâcet kalmaksızın temellük edenin doğrudan doğruya kendi namına dava ikame etmesine müsait kanunî bir temliktir; ancak, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bu konuda bazı kayıtlar koymuştur: 1) Temlik mutlak olmalıdır; 2) temlik yazılı olmalıdır; 3) borçluya temlik hususunda yazılı ihbarda bulunulması lâzımdır.

Bu kayıtların hiç bir nasafet temliklerinde aranmamakta ise de, borçluyu haberdar etmek keyfiyeti temliklerin geçerliliğini sağlar. Bunun dışında da, temlikin yeni şekli, nasafet haklarına, yani temlik edene karşı borçlunun veya diğer bir şahsın dermeyan edebileceği itiraz ve defilere yer verdiği cihetle, nasafet temlikine benzetilmektedir.

Nasafet hukuku tarafından akdin esaslı ve ayrılmaz parçası sayılmayan müddete ve diğer şartlara ilişkin hükümler hakkında, her halde, nasafet kuralları câri olacaktır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunlarında mevcut genel bir kural gereğince, teamüli hukuk ile nasafet hükümleri arasında bir uyumsuzluk veya çelişme bulunduğu hallerin hepsinde nasafet hükümlerinin öncelikle uygulanması lâzımdır. Bu kuralın kapsamının genişliği, kanunî haklarla nasafet hakları arasındaki farkların hep-

sini ortadan kaldırdığı fikrini uyandırabilir. Bu ise büyük bir hatâ olur. Meselâ, bu hükmün nasafete dayanan tasarruf haklarını ve diğer hakları kanunî haklar haline getirdiği düşünülebilir, halbuki, böyle bir şey vâki değildir. Kanunî tasarruf hakları, değerile ve ihbar vuku bulmaksızın malı satın alan bir kimsenin eline geçerse, nasafet haklarının sukut edeceği prensipi gene yürürlükte kalmaktadır. Meselâ, (A), (B) ye âit bir gayrimenkulü emaneten mutasarrıfı (Trustee) dir, yani (B) nin lehine kullanmaya mecbur olduğu kanunî bir hakkı haizdir; (B) nin buna karşı ancak nasafete dayanan bir hakkı veya gayrimenkulde nasafete dayanan bir tasarruf hakkı vardır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun çıkmasından beri, evvelce olduğu gibi, şayet (A) gayrimenkulün emaneten tasarrufu hususunda hiç bir şey bilmeyen (C) ye mülkü satar ve kanunî mülkiyet hakkını ona ferâğ ederse, (B) nin gayrimenkul üzerindeki hakları sâkit olur; (B) ancak emaneten tasarruf akdinin ihlâlinden dolayı (A) dan tazminat isteyebilir. Bunun gibi, evvelce hiç bir vakit bir nasafet mahkemesinde dava konusu olamadığı için hakkında nasafet içtihatları uygulanmamış olan hâdiselere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bu içtihatları teşmil etmiş gözükmektedir. Bu itibarla, sözü edilen hâdiselerin nasafet hukukuna göre yargı hakkını kullanan bir mahkemeye gelmesinden itibaren nasafet içtihatlarının tatbiki gerektiği düşünülebilir. Fakat, mesele hiç de öyle değildir. Meselâ, akdin kısmen ifasına (part performance) ilişkin bir içtihadı nazarı itibara alalım. Hile Kanunu (Statute of Frauds) bazı akidleri yazılı olmadıkça muteber addetmediğinden, bir teamülî hukuk mahkemesi bu gibi akidleri icra ettiremezdi. Buna mukabil, bir nasafet mahkemesi huzuruna getirilen meselelerin muayyen nevilerinde, bilhassa taahhüdün ifasına (specific performance) zorlamak için karar elde etmek mümkün olan arazi satımına ilişkin akidlerde, nasafet hukuku, akid yazılı olmasa bile, arazinin teslimi ve araziye vaziyet edilmesi suretile akdin kısmen ifa olduğunu nazara alarak onun ifasına zorlama kararının verilmesinin nasafete uygun olduğunu kabul eder. 1879 tarihinde, bir sene içinde ifa edilmediği ve yazılı bir belge mevcut bulunmadığı için hükümsüz olduğuna kanuna dayanılarak karar verilen bir hizmet mukavelesine ilişkin bir mesele çıkmıştı. Hizmetçiye haksız olarak yol verilmişti. Fakat, hizmetçi bir süre çalışmış olduğundan, taahhüd kısmen ifa edilmişti. Bunun için hizmetçi, taahhüdün kısmen ifası hususundaki nasafet içtihadına dayanan bir hakkı haiz olduğunu dermeyan ile dava açmıştı. Davacı, teamülî hukuk hükümleri

ile nasafet hükümleri arasında çelişki bulunması halinde, nasafet hükümlerinin tercihi lâzım geldiğini derpiş eden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa güvenmişti. Maamafih, buna rağmen, dava reddedilmişti. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan evvel hiç bir vakit bir nasafet mahkemesinde rüyet olunmamış meselelere bu kanunla nasafet hükümleri teşmil edilmediğine karar verilmişti; herhangi bir şekilde böyle bir mukaveleden dolayı taahhüdün ifası zımmında zorlama kararı hiç bir zaman verilmediği için, bir nasafet mahkemesinde hizmet mukavelesine ilişkin bir davanın ikamesi mümkün değildi.



Yürürlükteki hukuk ile nasafet hukukunun karışmasından çıkan genel sonuç, esasen mevcut olan hukuku değiştirmek değil, belki ancak yargılama usulünü yenileştirmek ve sâdeleştirmek olmuştur. Mevcud başlıca hukukun (Substantive Law) ne olduğunu meydana çıkarmak için hukukun ve nasafet hukukunun değişik mahkemelerde tatbik edildiği zamanlarda doğru geri gitmek gerekir; bu mahkemelerde aynı mesele hakkında takip edilen birbirinden farklı yargılama kurallarını ve birbirinden ayrı olan bu kuralların sonuçlarını tasavvur etmek mümkündür. Muhtelif teamüli hukuk ve nasafet mahkemelerinin bir arada yargı faaliyetinde bulunduğu zamanlar yavaş yavaş uzaklaştığı nispette, hâkimlerin zihni gayret sarfının gittikçe daha ziyade güçleşeceğine delâlet eden emareler belirmektedir. Fakat, belki de hâlen Yüksek Divan'ın (High Court) birleştirilmiş yargı usulleri ve teamüli hukuk ile nasafet hukukunun bazı kısımlarını tedvin eden mevzu kanunlarla öyle bir takım sonuçlara varılmıştır ki, ayrı ayrı mahkemelerde câri muamelelerin herhangi bir şekilde bağdaştırılması veya yalnız bu mahkemelerde karara bağlanan meselelerle hukukun gelişmesi suretile bu sonuçlar pek güç elde edilebilirdi.

Literatur

- Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl. 1971.
- Zippelius*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 1971.
- U. Falkner - M. Zweifel*, Aspekte der Rechtsentwicklung, Zürich 1972.
- G. Bernardo*, Informationstheorie und Erkenntnislehre Phil. Anthroposophischer Verlag, Dornach 1971.
- H. Jeanne*, Aktuelle Probleme der Freiheit, Bern 1973.
- Dubischar*, Grundbegriffe des Rechts, 1968.
- Baumaann*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1972.
- Klug*, Juristische Logik, 3. Aufl. 1966.
- A. Müller - St. Pfürtnner - B. Schnyder*, Natur und Naturrecht, Freiburg 1972.
- B. Walter*, Aufsätze und Vorträge, Bern 1970.
- G. O. Adolf*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 1968.
- H. Walter*, Supreme Court und Politik in den USA, Bern 1972.
- Fechner*, Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts, 2. Aufl. 1962. Das Fischer Lexikon, Recht, 1971.
- Germann*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1967.
- Radbruch*, Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1965.
- Rehbinder*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1971.
- E. Diener*, Das Ermessen, Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre, Zürich 1920.
- Brütt*, Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin.
- Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, B. I, Freiburg.
- Seuffert*, Ueber richterliches Ermessen, Giessen.
- Cruet*, La vie du droit et l'impuissance des lois, Paris.
- Bülow*, Gesetz und Richteramt, Leipzig.
- v. Laun*, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Wien.
- Orelli*, Das Verhaeltnis von Recht und Billigkeit, Zürich.
- Reichel*, Gesetz und Richterspruch, Zürich.
- Oertmann*, Gesetzeszwang und Richterfreiheit.
- Oertmann*, Freies und unfreies Ermessen, in DJZ XVII, S. 186 ff.
- Rumpf*, Gesetz und Richter, Berlin.
- Somlo*, Die Anwendung des Rechts, in Grünhuts, Zeitschrift 38, S. 55 ff.

Somlo, Masstaebe zur Bewertung des Rechts, in Archiv für Rechts -
und Wirtschaftsphilosophie III, S. 508 ff.

Stahl, Philosophie des Rechts, II Abt. 1, 5. Aufl. Tübingen.

Rümelin, Juristische Begriffsbildung.

Zitelmann, Lücken im Recht, Leipzig.

Ubbelohde, Ueber Recht und Billigkeit, Hamburg.

Stampe, Rechtsfindung und Interessenwaegung, in DJZ, X, S. 713
ff.

Prof. Dr. Necmeddin M. BERKİN