

Yabancı Etkiler: Avrupa Kanunlarının Benimsenmesi

N. J. COULSON**/ Çev. Ömer MENEKŞE***

19. yüzyıldan itibaren İslam ve Batı medeniyeti arasındaki yakın temas giderek büyümüş ve (buna paralel olarak) hukuki gelişme de, hemen hemen sadece İslam'ın konu olduğu yeni etkilerin şekillendirdiği şartlara bağımlı hâle gelmiştir.

Orta Çağ boyunca Müslüman devletlerin ve toplumların yapısı temelde statik kalmış ve şer'î hukuk (fıkıh), gelişen zamanın ortaya çıkardığı içsel gereksinimleri kendi kendine başarıyla karşılayabileceğini kanıtlamıştır. Ancak şimdi dışarıdan kaynaklanan baskılar, İslam'ı tamamen farklı bir durumla karşı karşıya getirmiştir.

* Orijinal başlığı "Foreign Influences: The Reception of European Laws" olan bu makale; N. J. COULSON'un, *A History of Islamic Law*, 1990, Edinburg, isimli eserinin, "Islamic Law in Modern Times" adlı 149-162. sayfaları arasındaki 3. kısım XI. bölümün çevirisi ile Muhammed Ahmed Sirâc'ın Coulson'un eserinin *Fi Târîhi't-Teşri'il-İslâmî* (Beyrut 1992) adlı dipnot ilaveli Arapça tercümesinin ilgili bölümünün çevirisinden alıntılardan oluşmaktadır. Çeviride tarafımızca yapılan ilaveler *Çeviri* (Çev.) adıyla, Arapça tercüme notları da *Mütercim* olarak kaydedilmiştir.

** COULSON, Noel James (1928-1986), İslam hukuku alanındaki araştırmalarıyla tanınan İngiliz şarkiyatçısı. Hayatı ve eserleri hk. geniş bilgi için bk. Kamil Uslu, Noel J. Coulson'un İslam Hukuku Hakkındaki İddiaları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 1997 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi); Cengiz Kallek, "Coulson, Noel James", DİA., VIII, 71-72; Ferhat Koca, "İslam Hukukçusu ve Hukuk Tarihçisi Noel Coulson: Hayatı, Eserleri ve Görüşleri", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. IV (Konya 2005), s. 75-85.

*** Dr., Diyanet İşleri Başkanlığı Bilgi Yönetimi ve İletişim Daire Başkanı.

Siyasî, sosyal ve ekonomik olarak Batı medeniyeti, İslam geleneğine ve bu geleneği ifade eden İslam hukukuna temelde karşı olan yabancı kavram ve kurumlara dayalıdır. Şeriat'ın temel değişmezliği ve taklid¹ teorisinin egemenliği nedeniyle, şimdilerde kendini batılı standart ve değerlere göre düzenlemek isteyen İslam toplumunda geleneksel hukuk ile toplumun ihtiyaçları arasında uzlaşmaz görünen bir çatışma ortaya çıkmıştır.²

¹ Taklid; bir âlimin görüşünü delilsiz kabul etme veya uygulamayı ifade eder. Bu terim; modern İslam düşüncesine ait pek çok metinde yenileşmenin karşıtı, İslam dünyasının gerilemesi ve kültürel durgunluğun sorumlusu, İslam dünyasındaki cehalet, tefrika ve Batı karşısında mağlubiyetin sebebi olarak gösterilmiş, gelenek, durgunluk ve mezhep taassubunun karşılığı olarak kullanılmıştır. (Bk. Eyyüp Said Kaya, "Taklid", *DİA.*, XXXIX, 464; Taha Jabir Alwani, "Taqlid and the Stagnation of the Muslim Mind", *American Journal of Islamic Social Sciences*, VIII, Herndon, 1991, s.513-524. (Çev.)

² Usulcüler taklidi şöyle tanımlamışlardır: "*Bir kimsenin delilini bilmeden bir başkasının sözünü alması, ona göre amel etmesidir.*" Bk. Abdurrahman b. Cadullah Bennani, (ö.1198/1784), *Hâşiyetü'l-allame el-Bennani ala Şerhi Cem'i'l-cevami*, Kahire ts. ,II, 392.

Yazarın belirttiği bu tanım, her ne kadar bir mezhebi benimsemenin ve belirli bir mezhebin hükümlerine bağlanmanın zorunlu olduğunu düşünen bazı usulcülere göre doğru olsa da taklidin tanımı olarak görülmemektedir. Celal Şemseddin Muhammed bin Ahmed el-Mahalli, *Cemu'l Cevami* şerhinde* bu görüşü şöyle ifade etmiştir:

"*Doğru olan şudur ki içtihat derecesine ulaşmayan ammi*" ve içtihat mertebesine ulaşmayan diğer kişilere, -haddi zatında mercuh olsa da- başkasına nispetle daha isabetli veya denk olduğuna inandığı belirli bir müçtehidin mezhebine bağlanması gerekir. [Bennanî, a.g.e., II,400]."

el-İrakî Zerkeşî, İzzüddin, Nevevî, Karafî, Şaranî ve Şevkanî gibi birçok âlim, bu görüşe karşıdır. Hacvi*** bu görüşlerin bazılarını nakletmiş, bunları desteklemiş ve bir mezhebi benimsemenin gerekliliği sözünden ortaya çıkan mefsetleri açıklamıştır. Bu hususta şu kitabına bakmak gerek: *el-Fikrû's-sami fi tarihi'l-fikhi'l-İslâmî*, IV, 417. (bk. Mütercim)

* Ebu Abdullah Celaleddin Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Ensari Mahalli, (ö.864/1459)'nin Sübki'nin *Cem'ü'l-cevami* adlı eserinin şerhi olan *el-Bedrü't-tali' fi halli Cem'i'l-cevami*' adlı eseri. (Çev.)

Buna göre Müslümanların kendini modern şartlara adapte etme ihtiyacı hissettiği alanlarda, en azından başlangıçta Şeriat'tan vazgeçip Batı'dan mülhem yasaları benimsemekten başka bir alternatif görünmüyordu.³

Modern İslam hukuk uygulamalarının tabiatına yönelik herhangi bir anlayış, öncelikle Avrupa kökenli kanunların çeşitli Müslüman ülkelerde ne ölçüde ve hangi tarzda kabul edildiğinin takdir edilmesini gerektirmektedir.

Batı ve İslam devletleri arasındaki ilişkilerde, doğal olarak özellikle kamu hukuku (anayasa ve ceza hukuku) ve de hukuki ve ticari işlem alanları öne çıkmıştır.

Modern şartlar göz önünde bulundurulduğunda, geleneksel İslam sisteminin yetersizlikleri tam olarak bu noktada belirgin hâle gelmektedir. Geleneksel hukukun, ekonomik kalkınma ve modern ticaret sistemlerine uyarlanmasındaki yetersizliğini ortaya koymak için- medeni borçlar hukuku bir önceki kısımda genel hatlarıyla yeterince tartışılmıştır.⁴

** Başka alanlarda bilgi sahibi olsa bile fıkıh sahasında âlimlerin görüşüne ihtiyaç duyan, mukallid. (Çev.)

*** Muhammed b. el-Hasen b. El-Arabi es-Seâlibi el-Hacvî el- Mâlikî (1874-1956), Faslı devlet adamı ve İslam hukukçusu (Çev.)

³ Bu durum sömürgeci devletleri ve kendi bakış açılarını kılıç zoruyla Müslüman halklara dayatan ajanların sebebi ile fiilen ortaya çıktı. Müslüman fıkıh âlimleri, şer'î kaideler ve ilkeler çerçevesinde yeni şartlarla uyum sağlamaya çalıştılar. Bu durum, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin ortaya çıkmasında belirmiştir. Ancak bu çözümler, Batılı güçlerin hoşuna gitmemiş ve kendi kanunlarını farklı hileli yöntemlerle uygulamışlardır. İşte yazarı, bazen doğrudan bunu kabul etmeye zorlayan şey budur. (Mütercim)

⁴ Nitekim Coulson benzer cümleleri bir makalesinde şöyle belirtir: (Çev.)

“Şeriat hukukunun özel borç ilişkileri nispeten Ortaçağ Arap toplumunun basit ticari aktiviteleri üzerine kurulmuştur. Sermaye yatırımı ile ilgili her türlü faiz biçimini tamamiyle yasaklayan bu sistem, modern ticarî ve ekonomik gelişmeler sisteminin gereksinimini karşılamaktan oldukça uzaktır. Aynı şekilde modern devlette destek bulmayan bir konu da Şeriat'ın ceza hukukudur.” (Bk. N. J. Coulson, “İslam Hukuku”, trc. Sururi Aktaş, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy, I, 1997, s.287.)

Cezai yargının bu geleneksel formu da modernist görüşe göre aynı derecede savunulamazdır. Bu durum sadece hırsızlık için el kesme ve zina için taşlayarak öldürme (recm) gibi olası cezaların insan haklarına aykırı olmasından veya her ne kadar bir kabile toplumu için kabul edilebilir olsa da, idam cezası kavramının,⁵ artık modern temellere göre örgütlenmiş bir devlete uygun olmamasından⁶ değil, fakat daha da öncelikli, modern hükümetin düşüncesinin Şeriat'ın "caydırıcılık" ya da "ta'zir" doktrinleri altında siyasi yöneticiye verdiği mutlak geniş keyfi yetkilere müsamaha göstermemesinden kaynaklanmaktadır.⁷

⁵ Bunu bu şekilde kabul eden kimdir? İngilizler İslamî cezalara bu bakış açısı ile bakarlarken, kendi kanunlarının korkunç cezaları kabul etmesi, nazar-ı dikkat çeken bir paradokstur. Örneğin İngiltere'de yakarak öldürme cezasının uygulama yöntemi ancak M. 1790 yılında kaldırılmıştır. Yine Ortaçağların sonlarında İngiliz hukukunda idam cezasını gerektiren suç sayısı 200'ü bulmuştur. Hatta belirli suçları işlediklerinde çocuklara bile idam cezası vermekten çekinmemişlerdir. İslam, saldırganlara darbe vurmuş olsa da şer'î cezalara insanlık için bir rahmet gözüyle bakar. Yalancıların ve iftiracıların iddialarına rağmen -son olarak- Pakistan'da tekrar hadlerle amel edilmesi, Müslümanların akidelerine olan bağlılıkları ve şer'î hükümlerin tatbik edilmesinin önemini fark etmeleri olarak yorumlanmıştır. (Mütercim)

⁶ Kısas hükmünün şer'î hukukta şu iki hakkı ortaya çıkardığını gördük: Bunlardan biri, mağdurun ve en yakın hak sahiplerinin hakkı, diğeri Allah'ın veya Müslüman toplumun hakkıdır. (Mütercim) (Dolayısıyla kısas gerektiren suçlar; kamu ve şahıs haklarının birlikte ihlal edildiği, ancak şahsi hak ihlalinin ön planda tutulduğu suçlardır. (Çev.) Eğer en yakın hak sahipleri katili affederse, yetkili merci, diğer kişilerin bu suçu işlemesini engelleyecek şekilde katili ta'zir cezası ile cezalandırabilir. Bu, böylelikle yazarın birçok yerde belirttiği gibi medeni bir saldırı değildir. (Mütercim)

⁷ Bu hususta "Veda Hutbesi'nin" vurguladığı Müslümanın Müslümana ırzı, malı ve canını haram kılan şer'î asla bakmak gerekir. Bu gerçek, şer'î nasslarda belirlenmiştir. Şeriatdaki her ceza ve suça ilişkin bir nass vardır. Bunun bir gereği olarak hâkim, bu hususta hiç bir ayrıcalığa sahip değildir. Bununla birlikte -hâkim yetkisinin sıhhatine veya müçtehitlerle istişaresine binaen içtihadı doğrultusunda- farklı durumlarda belirtilen suçları, biraz esnek ve her şartta şer'î maksatları gerçekleştirecek şekilde belirtilen cezaları verme hakkına sahiptir. (Mütercim)

Avrupa hukuku (ceza ve ticaret hukuku) 19. yüzyıl Osmanlı İmparatorluğu'nda kapitülasyonlar sistemi ile bir tutunma zemini buldu. Nitekim Batılı güçler bu yolla, Ortadoğu'da yaşayan vatandaşlarının kendi yasalarına tabi olmasını sağladı. Bu durum özellikle batılı ve Müslüman tüccarlar arasındaki ticari ilişkiler alanında ortaya çıkan “karma davalarda” batı kanunlarıyla artan bir tanışıklığa neden oldu. Dolayısıyla doğal olarak etkililik ve ilerleme arzusunun geleneksel hukukun yerini alması gerekli görüldüğünde, Ortadoğu yetkilileri, kapitülasyon sistemi altında bu hukuka döndüler.

Avrupa hukukunun bir bölgesel sistem olarak resepsiyonu,⁸ aynı zamanda yabancı güçlerin kapitülasyonların feshedilmesini kabul edebileceği anlamına geliyordu ki bu durum, ulusal egemenlik üzerinde belirginleşen vurgusuyla giderek çekilmez bir hâl almıştı.⁹

⁸ “Bir toplumun hukuki mevzuatının bir başka toplum tarafından kendi hukuku olmak üzere alınması, yabancı bir ülke kanunlarının toptan benimsenmesi” (Gül-nihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, TTK Yayınları, Ankara 2010, s. 6.) (Çev.)

⁹ Yazar, Batılı kanunlardan beslenme şartlarını, İslamî kanunların terk edilmesi ve yerini Batılı kanunların almasını tercih etme hususunda İslami hükümetler ve milletlerin önünde bir tür özgürlük varmış gibi göstermeye çalışmıştır. Ancak yazarın belirttiği kapitülasyon sisteminin varlığı bile tek başına Müslümanların asıl kanunlarını korumanın dışında kesinlikle başka bir seçenekleri olmadığını göstermektedir. Tarihî vakia şudur ki, İslam ülkelerinde kapitülasyonun ortaya çıkması, ancak Osmanlı Devleti’nin zayıflama durumuna düşmesi ve Avrupa ülkelerinin onun için hasta adam tabirini kullanmaya başlamasından sonra olmuştur. Dolayısıyla yazarın, yabancı kanunları dayatıp sonra bunları İslam ülkelerinde tatbik eden Batılı güçleri suçlarından temizlemek için burada esas aldığı şeyleri kabul etmek kolay değildir. Şöyle ki, İslam dünyası medeniyet olarak değil askerî olarak hezimete uğramıştır. Reşit Rıza’nın *Şeyh İmam Muhammed Abduh’un Tarihi* adlı kitabında (Muhammed Reşid Rıza, *Tarihü’l-Üstazi’l-İmam eş-Şeyh Muhammed Abduh*, Kahire 1935. (Çev.) ifade ettiği üzere Hidiv İsmail, Rifaa Rafi et-Tahtâvî (ö. 1290/1873) ile yaptığı konuşmasında, Avrupa’nın kendisini Batılı kanunları almaya zorladığını söylemiştir [620/1]. (Mütercim) Bu nedenle kendisinden, ibaresi kolay anlaşılır, sınıflandırması güzel yapılmış, hâkimlerin ve mahkemelere başvuran kişilerin rahat anlayacağı, şer’î ahkâma dayanan bir kitap yazmasını istemiştir. Ancak Tahtâvî, Ezher şeyhlerinin kendisini bu eserden dolayı eleştirmesinden çekin-

Bu düşüncelerin bir sonucu olarak; Osmanlı İmparatorluğu'nda Avrupa hukukunun yaygın şekilde benimsenmesi, 1839-1876 arasındaki dönemde Tanzimat reformları ile gerçekleşmiştir. 1850'de yayımlanan Ticaret Kanunu, kısmen Fransız Ticaret Kanunu'nun doğrudan çevirisiydi ve faiz ödemesi hükümlerini de içeriyordu.

Fransız Ceza Kanunu'nun çevirisi olan 1858 tarihli Ceza Kanunu¹⁰ kapsamında geleneksel had ya da tanımlı şer'i hukuk cezaları, din değiştirmeye (irtidat) karşılık hükmedilen ölüm cezası dışında tümüyle yürürlükten kaldırıldı. Bunu, her ikisi de yine temelde Fransız kanunları olan 1861 tarihli Usûl-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnâmesi ve 1863 tarihli Ticaret-i Bahriyye Kanunnâmesi izledi.¹¹

miş ve Hidiv İsmail'in teklifini reddetmiştir. Zira Ezher uleması, fıkıh kitabı telifinde metin ve hâşiye metodunu benimsemiş, bu metottan ayrılıp kanun tarzında bir eserin telifini doğru bulmamışlardır. Rifaa et-Tahtâvî, Hidiv İsmail'in bu teklifini reddedince Hidiv İsmail, kendisinden Fransa kanunlarını olduğu gibi Arapça'ya tercüme etmesini istemiş, o da bu isteği kabul ederek Fransız Medeni Kanunu'nu, başkanlığını yapmış olduğu bir heyetle birlikte tercüme etmiştir. Her iki dile vukufiyetin yanı sıra teknik terimlere de ciddi bir hâkimiyet gerektiren bu çalışma, iki cilt hâlinde 1866 tarihinde basılmıştır. (Geniş bilgi için bk. Muhammed Hamidullah Ağırakça, *19. Yüzyıl Mısır'ında Kanunlaştırma Hareketleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011. Yayımlanmamış Doktora Tezi, s.121- 127.) (Çev.) Ayrıca Batılıların hukuki, özellikle de ticari mevzuatın kendilerinden alınması yönündeki baskıları için bk. Ayhan Ceylan, "Osmanlı Döneminde Mısır'da Hukuki Modernleşme (XIX. Yüzyıl)", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı 5, 2008 (Bahar), s. 65-86. (Çev.)

¹⁰ 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanan ve 1926 tarihli Ceza Kanunu kabul edilinceye kadar yürürlükte kalan Ceza Kanunnâme-i Hümâyunu ismi de verilen kanun. (Çev.)

¹¹ Yazarın bu kanunlarla ilgili olarak belirlediği hususları doğrulayan hiç bir kanıt yoktur. Sanırsız bu kanunların çıktığı sıradaki tarihi vakiyaya en uygun olanı, bu kanunların, Batılı kanunlardan belirli bazı mefhumları içermesi olup, doğrudan Fransız hukukundan tercüme edilmiş olmamasıdır. Bununla birlikte mesele, kapsamlı bir araştırmaya muhtaçtır. Bu yorumun izin verdiği çerçevede aşağıdaki değerlendirmelere bakmak gerekir: Osmanlı Halifeleri, şer'i hükümlerin tatbiki alanında samimiyet ve hamasetle ifade edilebilecek şekilde büyük çaba sarfetmişler-

dir. Bu hususta selefleri Emeviler veya Abbasiler kadar rol oynamışlardır. Nitekim İstanbul müftüsüne devletin vilayetlerindeki hâkimleri tayin etme ve şer'î hükümlere göre değerlendirmesi için devletin bulunduğu her icraatı takip etme yetkisi vermeleri, onların bu hamasetini göstermektedir. Öyle ki Şeyhülislam Ebüssuûd'un (H. 952-982 / M.1545-1574) yılları arasında bu makamında 30 yıl kalarak yaptığı faaliyetlerinin takip edilmesi de bunu göstermektedir. Zira o, yargı çalışmasına esas oluşturabilmesi için hâkimlere 32 bendi bulan, Hanefi mezhebini içeren görüşlerden biri ile amel edilmesini ve makul bir mazeret bulunmaması durumunda zaman aşımı 15 yıl ile takdir edilen davaları dinlemeyi zorunlu kılan talimatlar çıkarmıştır. Ayrıca Ebüssuûd, devletin idari kanununu tamamen İslamî tarzda şekillendirmeyi başarmış ve kendisine dinin hükümlerine uygun bir şekilde düzenlemek üzere de Avrupa'nın fethedilen bölgelerindeki yaygın arazi kanunlarını incelemesi görevi verilmiştir.

Osmanlılar, -şer'î hükümleri tatbik etme hamasetinin yanı sıra- hukuki faaliyet alanında çok az kanun çıkarma özelliğine sahiptirler. Bu kanun çıkarma faaliyeti, Sultan İkinci Mehmed [H. 855-886 / M. 1520-1560] döneminde başlamıştır. I. Sultan Süleyman [H. 926-968 / M. 1451-1487] döneminde kanunlaştırma birçok yöne ulaşarak gayrimüslimlerin durumu, polis, cezalar, arazi ve savaş dâhil birçok alanı kapsamıştır. Bu kanunlaştırma sonucunda kanunların tatbik edilmesindeki birlik ve koordinasyon durumu, Hilafetin beldelerinin tamamını kapsamıştır. Nitekim "Eskiler, 16. asırda kanunun tatbik edilmesi durumunun, o zaman her yönden Avrupa ülkelerine nazaran Hilafet beldelerinden daha iyi olduğunu" belirtmişlerdir [J. Schacht, *An Introduction To Islamic Law*, s. 92].

Daha sonra Hilafet Devleti'nin gerilemesi, hukukun uygulanmasına yansımış ve devlet, kapitülasyon sistemini kabul etmeye zorlanmıştır. Miladi 19. asrın ilk yarısının sonlarında reform çağrısı yapan akım güçlenmiş ve böylece H. 1267 - M. 1850 yılında yazarın belirttiği Ticaret Kanunu çıkmıştır.

Mecelle'nin mukaddimesinde bu kanunun, o asırlardaki ticari muamelelerin pek fazla genişlemesi sonucu çıktığı geçmektedir. Havale dedikleri kambiyo senedi (süftece), iflas hükümleri vb. birçok muamele, temel kanundan istisna edilmiş ve bu istisnai meseleleri içine alan bir de Ticaret Kanunnamesi denilen özel bir kanun tanzim edilmiş ve bu sadece ticari anlaşmazlıklarda geçerli olmuştur... (Mütercim) Ticaret Kanunu Osmanlı Ticaret Mahkemeleri'nde uygulanan temel kanun olmakla birlikte özellikle rehin, kefalet ve vekalet gibi konularda Medenî Kanun hükümlerine duyulan ihtiyaç nedeniyle sıkıntılar yaşanmıştır.

[*"Fakat bu asırlarda mu'âmelât-ı ticariye pek ziyâde tevessü' eylemiş olduğundan, poliçe ve iflâs gibi pek çok hususlarda kânûn-ı aslîden istisna olunmuş ve bu mesâ'il-i istisnâ'iyeyi hâvî başkaca bir de "Ticâret Kanunnâmesi" tanzîm kılınmıştır ki,*

Bu kanunları uygulamak için yeni bir seküler sistem ya da Nizamiye mahkemeleri kuruldu. Tüm adli yargının (ahval-i şahsiyye davaları hariç) artık bu mahkemelerin yetkisine girmesi nedeniyle temel borçlar hukuku olarak da bilinen Mecelle de 1869 ile 1876 tarihleri arasında derlendi.¹²

husûsât-ı ticâriyede ma'mûlün-bih olup cihât-ı sâ'irede yine kânûn-ı medeniye mürâce'at kılınır. Meselâ, bir mahkeme-i ticarette, ticaret kanunu hükmünce rü'yet olunan bir da'vânın, rehin ve kefâlet ve vekâlet gibi bazı hususât-ı müteferriasında, kanun-i asliye müracaat olunur." Bk. Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, Hikmet Yayınları, İstanbul 1985, s. 7.] (Ayrıca bk. Mehmet Akif Aydın, "Mecellenin Hazırlanışı", *İslam ve Osmanlı Araştırmaları*, İz Yayıncılık, İstanbul 1996, s.63-67; M. Macit Kenanoğlu, *Ticaret Kanunnamesi ve Mecelle Işığında Osmanlı Ticaret Hukuku*, Lotus Yayınevi, İstanbul 2005, s. 121-123. (Çev.)

Bundan da şu iki husus ortaya çıkmaktadır:

Birincisi: Bu kanun, özü ve içeriği bakımından İslami olup, Ticaret Mahkemelerinin çalışmasını kolaylaştırmak için ticaret alanında çokça meydana gelen bazı meseleleri içermektedir. Bu kanunun içermediği diğer ticari meseleler ise bunlar hakkında kaynak olan fıkıh kitaplarında ve devletin kanunlarında derlenmiştir.

İkincisi: Bu kanun, şekli bakımından da İslami olup, İslam ülkeleri, -özellikle Osmanlı Hilafeti, kanun çıkarmak ve yargısal olarak yürürlükte olan hükümleri birleştirmek için ön girişimlerde bulunmuşlardır.

Osmanlı Hilafeti, 19. asır boyunca genel olarak şer'î hükümleri tatbik etmeye devam etmiştir. Mecelle'nin mukaddimesinde belirtildiği gibi şer'î şerife uyan hâkimler başkanlığında yargı çalışmasını belirleyecek Temyiz-i Hukuk Meclisleri yapılmıştır.

Bu dönemde Mecelle'nin deyimi ile "nizamî" adı verilen mahkemeler (Secular Courts) kurulmasına rağmen, genel olarak fikhî hükümlerin sınırı dışına çıkılmamıştır. Şu kadar var ki mülki kanun ve nizamların esas kaynağı, fıkıh ilmiydi. Sistem gereği ele alınan birçok ferî anlaşmazlıklar ve mahkemede bakılan meseleler, fikhî meselelere göre çözülür ve karara bağlanırdı. Fikhî hükümlere bağlı kalınan bu çerçevede, tertip, seçme ve ifade netliğinde yüksek bir seviye tarzında olması bakımından, fikhî ve hukuki bir çalışma sayılan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ortaya çıkmıştır... (Mütercim)

¹² Yazar, Mecelle'yi doğuran sebepleri sıralar ve ilk olarak da klasik Osmanlı mahkemesinin yanısıra kurulan Ticaret Mahkemeleri'ni zikreder ve Nizamiye mahkemelerinin Medeni Kanun'a duydukları ihtiyacı belirtir. (Çev.)

Mecelle'nin Avrupa kaynaklarına bir şey borçlu olmamasına ve tümüyle Hanefi hukukundan türetilmesine rağmen, seküler mahkemelerin buyurucu el kitaplarındaki geleneksel ifade formundan, söz konusu bu yasayı düzgün şekilde ortaya çıkarması beklenemezdi.

Elbette Mecelle'nin kanunlaştırılmasının bir amacı da, zengin hukuk literatürü içerisinde aynı konudaki görüş ve hükümlerin çok geniş bir yelpazede farklılık göstermesi sebebiyle, yasanın eşit olarak uygulanmasını (hukuki birlik ve istikrarı, yeknesaklığı) sağlamaktı.¹³

1875'den itibaren Mısır, Fransız hukukunu benimseme konusunda Osmanlı yetkililerinden de öne geçerek; Ceza, Ticaret ve Deniz Ticaret Kanunlarını adapte edip bunları uygulamak için seküler mahkemeler (nizamî) sistemi kurmaya ilave olarak¹⁴ temelde Fransız yasasını model alan ve şer'î hukuktan yalnızca bir kaç hüküm içeren Medeni Kanunu da yasallaştırdı.¹⁵

¹³ Mecelle'nin deyişiyle, "Alel-husus mezheb-i Hanefi üzere tabâkat-ı mütefâvitede pek çok müçtehidler gelip ihtilafat-ı kesîre vuku bulmuş ve fikh-ı Hanefî, fikh-ı Şafî gibi tenkîh edilemeyüp pek müteşâ'ib ve müteşeddît olmuştur. İşte bunca akvâl-i mütehalife içinde kavî-i sahihî temyiz ile havâdisin ana tatbikinde azîm usret vardır." (Bk. *Mecelle Mazbatası, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, İstanbul 1305, s.8.) (Çev.)

¹⁴ Mısır, bunu kendi isteği ile benimsememiştir. Bilakis benimsemeye sevk edilmiştir. Nitekim yabancı güçlerin, Hidiv İsmail'in "Mısır'ı Avrupa'nın bir parçası hâline getiren" politikasının sürüklediği siyasî ve malî kötü durumu istismar ederek, onun Ocak 1876 yılında Mısır'da karma mahkemeler (Mehakimü'l-Muhtelite) sistemini uygulamasında ortaya çıkan tarihî hakikatlere bakıldığında da, bu durumu görmek mümkündür. Yine bu durum, H. 1301/M. 1883 yılında, yani İngiltere'nin Mısır'ı doğrudan işgal etmesinin ardından çıkan "el-Mecmua el-Ehliyye" adı verilen Mısır Medeni Kanunu'nun hakikatine bakılması ile de görülür. Bu kanun, yabancı imtiyazlar sisteminin dayattığı ve içerisinde birçok hükmünün geçtiği karma grup biçimindeydi. Medeni Mahkemelerin kuruluş tarihi, "el-Mecmua el-Ehliyye'nin" çıktığı yıla dayanırken, bunların kurulması 6 sene gecikmiştir. İşte Mısır'ın bu hususta Hilafet Devleti'nden daha ileri gitmesine neden olan tarihi koşul da budur. (Mütercim) Mısır Yerel Medeni Kanunu; "el-Medenî el-Ehli" olarak da isimlendirilmektedir. Kanun, Fransızca olarak hazırlanmış, daha sonra Arapça'ya tercüme edilmiştir. (Mısır yargı tarihinde bir dönüm noktası olarak kabul

Osmanlı döneminde atılan bu ilk adımların bir sonucu olarak, Avrupa kökenli yasalar, günümüzde çoğu Ortadoğu ülkesinin yasal sistemlerinin hayati ve ayrılmaz bir parçası hâline gelmiştir. Ceza Kanun ve Usulü neredeyse tümüyle Batılaştırılmış, bununla birlikte geçen birkaç on yılda Fransız yasalarından diğer kaynaklara doğru bir kayma da gözlenmiştir.¹⁶

1926 yılında Türkiye, İtalyan yasasını temel alan bir Ceza hukukunu yürürlüğe koydu. 2 yıl sonra gelen Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu ise Almanlardan esinlenmiştir. İtalyan yasası, ayrıca 1937 tarihli Ceza Kanununda Mısır tarafından da doğrudan benimsenmiştir ki mevcut Lübnan Ceza Kanunu üzerinde hâkim bir etkisi vardır ve günümüzde de Libya'da yürürlükte olan Ceza Hukukunda, Fransız yasası ile harmanlanmıştır. Medenî işlemler ve yükümlülükler yasası da içinde bulunduğumuz bu yüzyılda genel olarak tüm Ortadoğu'da giderek Batılılaşmıştır.

Bugün Osmanlı Mecellesi, yalnızca Ürdün'de uygulanmaktadır.¹⁷ Mecelle, Türkiye'de 1927 İsviçre Medeni Kanunu'nun (Code Civil) kabulü ve Lüb-

edilen karma mahkemelerle ilgili geniş bilgi için bk. Hanki, Aziz, *el-Mehâkimü'l-Muhtalata ve'l-Mehâkimü'l-Ehliyye: Mâzihâ-Hâziruhâ- Mustakbeluhâ*, Mısır: Matbaatü'l-Asriyye, 1939; Muhammed Hamidullah Ağırakça, *a.g.e.*, s.121- 127.) (Çev.)

¹⁵ Ortadoğu'daki kanunlaştırma oluşumu için bk. G. Tedesschi', "The Movement for Codification in the Muslim Countries: Its Relationship with Western Legal Systems", *Fifth International Congress of Comporative Law*, Brüksel 1958.

¹⁶ Batılı kaynağının belirlenmesi, kesinlikle işgalci yetkililerin ve avanelerinin aklına gelen bir husus olmamıştır. Bilakis Fransız hukukunun bir İslam ülkesinde, Alman, İtalyan veya İsviçre hukukunun başka bir İslam ülkesinde tatbik edilmek üzere seçilmesi, genel olarak işgal hükümetlerinin görüşüne bağlı olsa da -birçok durumda özel tesadüflerle- ilgili bir meseledir. Örneğin, Türkiye'de İsviçre Medeni Kanunu'nun kabulünde, Adliye Bakanı'nın (Mahmut Esat Bozkurt (Çev.) İsviçre'de hukuk tahsili yapmış olması, bu ülkenin Medenî Kanunu'nun diğer medeni kanunlara tercih edilmesinde etkin olmuştur. Diğer birçok durumu da buna mukayese edebiliriz. (Mütercim)

Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bk. Gülnihal Bozkurt, *a.g.e.*, s. 190-198.(Çev.)

¹⁷ Ürdün'de Osmanlı mevzuatı uzun dönem etkisini sürdürmüştür. Bu etkinin çok cüz'î olmakla birlikte hala sürdüğü de bilinmektedir. Mecelle, bu ülkede 1977 yılı-

nan'da doğrudan Fransız yasasına dayanan 1932 Borçlar ve Sözleşmeler Hukuku'nun benimsenmesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer taraftan Suriye ve Libya, 1949 yılında Mısır'da yürürlüğe giren Medeni Kanunu iktibas ederek yürürlüğe koymuştur.

Bununla birlikte bu son kanun, Avrupa hukukunu ayırt etmeksizin benimseyen önceki uygulamadan kesin bir ayrılmayı temsil etmektedir ve geleneksel İslam ile modern Batı sistemleri arasında bir denge bulma çabasına ilişkin olabilir.

Buradaki yasanın kurucuları, -özellikle de ana tasarımcısı Abdurrezzak es-Senhûrî- yasanın hükümlerinin, mevcut Mısır yasası, diğer çağdaş hukuk sistemlerinden alınan bileşenler ve sonuncusu ama en önemlisi Şeriat'ın kendi ilkelerinin bir karışımı olduğu gerçeğini vurgulamıştır. Bununla birlikte Medeni Kanun'da, - kendi gerçek şartlarına bakılırsa- geleneksel Şeriat hukukundan gelen hükümler daha az yer almaktadır.¹⁸ Kanunun dörtte üçünden fazlası, doğrudan bir önceki 1875 ve 1883 Mısır Kanunları'ndan alınmıştır.¹⁹

na kadar yürürlükte kalmıştır. Mecelle yanında, Osmanlı Ceza Kanunu 1951'e kadar, Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu 1961'e kadar, Arazi Kanunu'nun hükümleri 1953'e kadar, Kara Ticaret Kanunu 1966'ya kadar, Deniz Ticaret Kanunu 1970'e kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 1952'ye kadar Ürdün'de yürürlükte kalmıştır. Bu kanunların bazı maddeleri zaman içerisinde değiştirilmiştir. Bununla birlikte, Ürdün'de kanun uygulayıcıları önlerine gelen uyumsuzluklarda, bu kanun hükümlerini, yürürlük süreleri sonuna kadar uygulamışlardır. (Bk. Ayhan Ceylan, "Hâşimî Ürdün Krallığı Anayasası ve Kanunlarına Göre Yargı Kurumunun Düzenlenişi", *www.e-akademi.org, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, 1, (Çev.)

¹⁸ "Mısır'daki egemen görüş, şeriatın alınan kuralların 'mahdut bir hacimde' bulunduğu ve birçoğunun da eski kanunda mevcut olduğu şeklindedir." (bk. Bk. Enid Hill, "Abdürrezzak Ahmed es-Senhûrî'nin (1895-1971) Eseri ve Hayatında Kuram ve Uygulama", *İslâm Hukuku*, Edt: Aziz el-Azme, Trc: Fethi Gedikli, İstanbul 1992, s. 216, ss. 183-247. (Çev.)

¹⁹ Yazar, hem Mısır diyarındaki -özellikle karma davaların çözüme bağlanması ile alakalı olarak- 1875 yılında çıkan Karma Mahkemeler Kanunu'na hem de 1883 yılında çıkan Mısır Medeni Kanunu'na işaret etmektedir. Şüphesiz Senhûrî'nin gözetiminde çıkarılan 1949 kanunu, az da olsa zihinlerde Karma Mahkemeler olarak

Aynı zamanda kanunu yazanların, kanunun karma yapısına ilişkin ısrarları ve yine yabancı kökenli kuralların, şer’î doktrin ile genel uyumluluk temelinde seçilmesi tezi, yabancı kanunların benimsenmesine karşı yeni ve açık bir tavrı izah eder niteliktedir.

Kanun hükümlerinin bir bütün olarak gerçek kaynaklarından tecrit edilmesine ilişkin bir eğilim bulunmaktaydı ve İslam’ın ilk iki yüzyılında gerçekleştiği gibi burada da yabancı unsurların İslamileştirilmesi²⁰ sürecinin embriyonik başlangıcını görmek çok da tuhaf olmayabilir.²¹

Üstelik Mısır Medenî Kanunu’nun 1. maddesi²² kanun tarafından özellikle düzenlenmeyen hususlarda mahkemelerin “örfî hukuk, İslamî yasa ilkeleri ya

yer eden sevimsiz 1875 tarihli kanundan alıntılanmıştır. Senhûrî (bu kanun ile arzulan hedefi; yürürlükte olan hükümlerin İslamileştirilmesi olarak belirlemiştir. (Mütercim)

Yeni Mısır Medeni Kanunu’nun evvelki kanunlardan alınan ilke ve hükümleri ile Şeriatten ‘yeni alınan’ hükümleri için bk. Enid Hill, a.g.m., s. 218-219. (Çev.)

²⁰ İslamileştirme, bir diğer adıyla İslamizasyon; hukukun veya yasamanın İslamî kurallara göre yapılması faaliyetidir. Sömürge sonrası kurulan yönetimler, bu kavramı halka, âdeta her türlü soruna anında ve kökten çözümler getiren sihirli bir değnek olarak takdim etmişler ve bu manada halkın gereksiz bir beklentiye girmesine sebep olmuşlardır. Çünkü konunun sadece hukuki yönü değil siyasi, sosyal ve ekonomik yönleri de bulunmaktadır. Yeni kurulan bu yönetimlerin halka eşitlik vaat ederken, gelir adaletsizliğini ortadan kaldıracak ekonomik atılımları yapamamaları, hukuki istikrarı vaat ederken kendi içlerinde sürekli askeri darbelerle siyasi istikrarsızlığa neden olmaları, halk nezdinde itibarlarının sarsılmalarına neden olmuştur. Bu da yapılan kanun düzenlemelerinin halk tabakasında meşruiyet kazanmasını engellemiştir. (Bk. Werner F. Menski, “Günümüz Güney Asya Müslüman Hukuku: Bir Tanıtım”, trc. Ahmet Hamdi Furat, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 6/2005, s. 32.) (Çev.)

²¹ J. N. D. Anderson “The Sharia and Civil Law: The Debt Owed by New Civil Codes of Egypt and Syria to the Shari’a”, *Islamic Quarterly* I/1, (1954), s. 29-46.

²² “Kanun, bu ahkâmın lafzen veya mana olarak taalluk ettiği her şeyi tanzim eder. Uygulanabilir kazaî bir hükmün olmaması hâlinde hâkim örfe ve İslam Hukukunun prensiplerine göre karar verir. Bu prensiplerin mevcut olmaması hâlinde tabii hukukun ve ona mümasil kaidelerin yardımına müracaat eder.” (Bk. Enid Hill, a.g.m, s. 216. (Çev.)

da adil yargı ilkelerini” izlemesini salık vermesi şer’î yasaya başvuruda bulunmak için belirgin bir açık kapı sunmaktadır.²³

Şu da bir gerçektir ki, -Şer’î hukuka Ortaçağ metinlerinde sabit ve donuk bir sistem gözüyle bakıldığı sürece- bu tür bir başvurunun herhangi önemli somut bir sonuç vermesi ihtimali yoktur. Ancak -daha sonra göreceğimiz üzere- İslam aile hukukundaki modern gelişmeler, bu düşünceyi büyük ölçüde bertaraf etmiştir. Zira bu gelişmeler ışığında, şer’î hükümlerin medeni kanunun şekillendirici bir vasıtası olarak tanınmasının tümüyle daha derin bir anlam kazanması kuvvetle muhtemeldir.

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, Ortadoğu’daki geleneksel şekli ile tamamen fikhî hükümler ile amel edilmesi, miras kanunları ve vakıf sisteminin yanı sıra aynı şekilde genellikle hibe kanununu kapsayan anlamındaki Ahvâl-i Şahsiye Kanunu ile sınırlı kalmıştır. Yalnızca Arap Yarımadası, genel olarak Avrupa hukukundan etkilenmemiştir.

Nitekim Suudi Arabistan, Yemen, Aden Sömürgesi ile Hadramut ve Basra Körfezi’ne uzanan bazı emirliklerde geleneksel İslamî hukuk, birkaç yüzyesil modifikasyonla birlikte günümüze kadar temel hukuk olarak varlığını sürdürmüş ve tüm hukuki ilişkilere hükmeden temel teşrii/yasama olarak kalma-ya devam etmiştir.

Ortadoğu bölgesinin dışında kalan İslam dünyasının diğer bölgelerinde ise Batılı kanunlar, işgal yönetimi ve sömürgeci güçlerin politikaları ile yakından

²³ J. Norman Anderson, Medeni kanunun şeriata olan borcunu dört grupta kategorileştirir:

Buna göre;

- a) Şeriat, kanunda veya örf ve âdette herhangi bir uygun hükmün bulunmaması hâlinde, kendisinden bir kural veya ilke çıkarabilen bir kaynaktır.
- b) Şeriat, Avrupa kanunlarının ayrıldığı kavramlar arasındaki seçimi etkilemiştir.
- c) Birkaç ilke veya hüküm, ister münhasıran ve esasen veya ister kısmen şeriattan ilk defa olarak alınmıştır.
- d) Tamamen veya kısmen Şeriatten önceki yasamadan devralınan ilkeler ve hükümler vardır. (bk. Anderson a.g.m., s. 31.(Çev.))

ilintili olmuştur.²⁴ Fransız işgalinin 1850’de tamamlanmasından itibaren Müslüman Cezayir topluluğu tam olarak o dönemde Fransa’da tatbik edilen aynı Ceza Hukuku ve Medeni Kanun hükümlerine tabi tutulmuş ve şer’î hukuk ise sadece Medeni Kanun’la ilgili meselelere hasredilmiştir.

Aynı şekilde -her ne kadar genellikle özel hukuk alanında yapılan çalışmalar bizzat gelenekler yoluyla belirlense de- Hollanda, 19. yüzyıldan itibaren kendi kamu ve ceza hukukunu Endonezya’ya taşımıştır.²⁵ Hollandalılar’ın bunun Müslüman toplumlar için uygun bir yasa olduğunu empoze etme çabalarına rağmen bu alanda şer’î hükümler, -daha önce belirttiğimiz gibisınırlı bir tanınmadan fazlasını elde edememiştir.²⁶

Hindistan’daki İngiliz politikası ise, bunun aksine başlangıçta Moğol İmparatorları’nın desteklediği ve kadıların tatbik ettiği geleneksel Hanefi mezhebine dayanan hukuk sisteminin kalmasını amaçlamıştır.²⁷ Ardından 1772 yılında

²⁴ Yazarın, Arap kanunlarının uygulanması ile ilgili olarak Ortadoğu ile diğer bölgelerde yaşananları birbirinden ayırarak, Ortadoğu’nun bunu kendi isteği ile seçtiğine ve diğer bölgelerin ise buna zorlandığına inanarak İngiltere’yi bu bölgede işlediği cürmünde temize çıkaran bir politika takip ettiğini söylersek abartmış olmayız. Kanımca bilimsel bir araştırmanın amacı, aynı oranda sorumluluğa sahip taraflardan birini temize çıkarmak olmamalıdır. Zira Mısır’daki durum, derece ve yöntem dışında Cezayir’deki durumdan farklı değildir. Nitekim yaklaşık 13 asırdır İslam ülkelerinde hukuki olarak tatbik edilen şeriatin bu konumundan uzaklaştırıldığı tarih, bu fenomenin Avrupa’nın işgal orduları ile bağlantılı olduğunu göstermektedir. (Mütercim)

²⁵ Endonezya Medeni Kanunu, aynı şekilde 1974 yılına kadar Hollanda Kanunu’ndan alınmıştır. Endonezya ve Endonezya’daki misyonerlik hareketlerinin istismar ettiği koşullar hakkında az bir bilgiye sahip olan herkes, Endonezya’da birçok farklı gücün bulunduğunu bilir. Buna rağmen Medeni Kanun alanında şer’î hükümlerin uygulanmasını isteyen birçok ses de yükselmiştir. Nitekim Endonezya hükümeti, bu talebe bir ölçüde cevap vermiş ve bazı metinlerinde yerel örflere dayanan hükümler bulunsa da yukarıda belirtilen tarihte evlilik kanununu çıkarmıştır. (Mütercim)

²⁶ Georges-Henri Bousquet, *Du Droit Musulman et de son application effective dans le monde* (Algiers, 1949). s. 77.

²⁷ Yazarın İngiliz politikasının amacının, Hanefi mezhebi hükümlerine dokunmak olduğunu belirttiği o dönemde, İngiltere’nin Hindistan’da güçlü bir nüfuzu

mahkemelerin Warren Hastings²⁸ tarafından tekrar düzenlenmesinden sonra, özellikle İngiliz hukuku, Eyalet (The Presidencies)²⁹ bölgelerinde tatbik edilmeye başlanmıştır. Diğer bölgelerde ise Müslüman hâkimler, İslam ceza hukukunu tatbik ediyorlardı. Aynı şekilde özel hukukla ilgili konularda, mahkemelere atanan yerleşik hukuk sorumluları olan “Mevlevilerin”³⁰ görüşüne başvurulduktan sonra Müslümanlar arasında şer’î hükümler tatbik edilirken, Hindulara ise Hindu kanunları tatbik ediliyordu. Ayrıca İslam’ın ceza yasasından kalan diğer kanunların yerine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile birlikte 1862 yılında - İngiliz Ceza Hukuku’nun dışa ihracı için yazılan- Hint Ceza Kanunu yürürlüğe girdi. Bunun yanı sıra Medeni Kanun, “adalet, insaf ve temiz vicdan” çerçevesinde davaları hükme bağlayan mahkemelerce benimsenen ilkeden ötürü giderek daha fazla İngilizleştirilmiştir.³¹

bulunmamaktaydı. Bilindiği üzere Doğu Hindistan Şirketi (The Presidencies), ticari hedeflerini devam ettirmek için Hint Yarımadası’na M. 16. asrın sonlarında sızmış, gerçek maksatlarını hemen hemen bir asır sonra açığa vurmuş ve Hint Yarımadası’nın bazı bölgelerine ancak bir buçuk asır sonra kısmen hâkim olabilmıştır. (Mütercim)

²⁸ İlk İngiliz sömürge valisi olan Warren Hastings’in kişiliği ve faaliyetleri için bk. Yücel Bulut, “Hindistan’da İngiliz Sömürgeciliği, Oryantalizm ve William Jones”, ss. 71-106; s.89-95. (Çev.)

²⁹ Doğu Hint Adaları’yla ticaret amacıyla kurulan, ancak 18. yüzyılın başlarından 19. yüzyılın ortalarına kadar (1772–1858) Britanya emperyalizminin bir aracı olarak kullanılan İngiliz Anonim Şirketi. (Çev.)

³⁰ İngiliz hâkimiyetindeki Hindistan’ın Müslüman bölgelerinde görev yapan, İslam hukukunun sahih doktrinini yansıtan, özleşme taraftarı, Müftî unvanına sahip Müslüman bilginler. (Shacht, ag.e, s. 95) (Çev.)

³¹ Hukuk alanındaki bu gelişmeler, İngiltere’nin Hint Yarımadası’na hâkim olmayı başarması ve işleri Doğu Hindistan Şirketi’ne bırakmak yerine bizzat Hindistan’ı işgalinden sonra gerçekleşmiştir. Ardından H. 1292/ M. 1875 yılının Mayıs ayında Hindistan’daki Müslümanlar İngilizlere karşı büyük bir isyana kalkışınca, İngiliz hükümeti müdahale etmek zorunda kalmış ve ayaklanmayı bastırması da, daha önce İngiliz nüfuzu altında olmayan diğer bazı İslami bölgeleri istila etmesine yol açmıştır. Bütün bunların ışığında, yazarın belirttiği bu gelişmeleri anlamamız kolay olur. (Mütercim)

İngiliz yargıçlar ve İngiliz hukuku konusunda eğitim alan Hintli yargıçlar, gerek son derece kozmopolit bir toplumda uygulanabilir yasanın eşitliği arzularının gerekse yetkin Arapça metinlerdeki İslami hukuk şartlarını doğru şekilde anlamada karşılaştıkları genel zorlukların sonucunda kaçınılmaz olarak İngiliz kurallarının referansına başvurmuştur. Aslında pratikte “adalet, insaf ve temiz vicdan” İngiliz hukuku ile eşanlamlıdır. Doğal olarak akabinde İngiliz esasına dayalı medeni hukukun önemli bölümlerinin kanunlaştırılması ortaya çıkmıştır. Ayrıca 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren İslam Hukuku, Hindistan alt kıtasında, diğer yerlerde olduğu gibi yalnızca aile hukuku çerçevesinde sınırlı kalmıştır.

Bu sırada Anglo-Mısır egemenliği altındaki Sudan’da da büyük oranda aynı durum gerçekleşmiştir.³² Zira Sudan’ın koşullarına uydurulmak için değiştirilmiş olsa da, 1889 yılında Hindistan Ceza Kanunu’na dayanan bir Ceza Kanunu çıkarıldı. Bu değişikliklerden birisi, kabilevî esaslara dayanan topluluklar arasındaki yanlışlıkla adam öldürme davalarında hüküm verilmesi için İslam’ın diyet sisteminin bu kanunda korunmasıdır.

Diğer taraftan, - iflas, kambiyo senedi ve limited şirketler gibi özel durumlar hariç - Medeni Hukuk kanunlaştırılmamış, ancak Hindistan’da olduğu gibi, “adalet, insaf ve temiz vicdan” esası³³ ile İngilizleştirilmiştir ki bugün Sudan mahkemeleri, İngiliz örf ve âdet hukukuna (common law) bağlı olmasa da onun rehberliğindedir.

³² Şu açık bir husustur ki, yazar, Sudan’da hukuk alanında meydana gelen gelişmelerde İngiltere’nin sorumluluğunu hafifletmek için bu hâkimiyet hususunda Mısır şirketine dikkat çekmek ve İslamî bir unsur ile bu sorumluluğun bir kısmını bu şirkete yüklemek istemiştir. Oysa tarihe baktığımızda Mısır’ın bu tarih öncesinde İngiltere tarafından yönetildiği herkesçe malum olan bir husustur. (Mütercim)

³³ “Hindistan’da bu ibare, İngiliz yargıçlar tarafından İngiliz hukukunun takdimi için bir kılıf olarak kullanılmıştır. Çünkü bu kişiler inanılmaz bir dar fikirlilikle adalet ve benzeri ilkelerin en iyi İngiliz hukuk kurallarında bulunabileceğini varsaymışlardır.

Adalet, nasafet ve vicdan kılıfı altında tamamen İngiliz ‘common law’u benimsemişti...” (bk. Safiye Safvet, “Sudan’da İslami Kanunlar”, *İslâm Hukuku*, Edt: Aziz el-Azme, Trc: Fethi Gedikli, İstanbul 1992. , s. 304, ss. 293-316.) (Çev.)

Nihayetinde, Şeriat mahkemelerinin yargı yetkisi; “evlilik, boşanma, gayri reşitlerin velayeti ya da aile ilişkileri, vakıf, hibe, miras, vasiyet, hacr, mahcur ya da kayıpların velayeti” gibi meselelerle alakalı olarak Müslümanlar arasında çıkan davaları ele alma hakkına sahip olan 1902 yılında çıkarılan Sudan Şeriat Mahkemeleri Kararnamesi’nce sınırlandırılmıştır.³⁴

Yukarıda değindiğimiz bu bölgelerin aksine Fas, Tunus ve Kuzey Nijerya’daki Müslüman yerleşimler, çok yakın zamana kadar geleneksel İslamî hukuk sistemlerini neredeyse hiç bozulmadan korumuştur.³⁵ Bunun nedeni, yalnızca bu toplumların özündeki muhafazakârlık ya da Batı medeniyetiyle nispeten daha yakın zamanda gerçekleşen yakın temasları değil; aynı zamanda Fransa’nın 1881 yılında Tunus’a, 1912 yılında Fas’a ve Büyük Britanya’nın 1912 yılında Kuzey Nijerya’ya uyguladığı sömürgeci yönetiminin benimsediği mandacılık şeklinin, o zamanki mevcut durumun olduğu gibi kalması (statü-konun devam etmesi) eğilimine de dayanmaktadır.

Fas ve Tunus’ta, şer’î mahkemelerin yargı yetkisi, Fransa işgali sırasında aile hukuku meseleleri ile sınırlandırılmışken, pek çok adli yargılama ise Tunus’ta Kaid³⁶ ve Vezir’ler, Fas’ta da Kaid ve Paşa’lar gibi kişilerin yönetimindeki mahkemelerin elindeydi. Elbette bu çifte standart, büyük ölçüde dinî ve seküler mahkemeler arasındaki ayrımı temsil etmekle beraber³⁷ gerçekte Şeriat Mahkemeleri ile Mezalim Mahkemeleri arasındaki geleneksel İslamî

³⁴ J.N.D. Anderson, “The Modernisation of Islamic Law in the Sudan”, *The Sudan Law Journal and Reports* (1960).

³⁵ Geniş bilgi için bk. Yakup Mahmutoglu, *19. ve 20. Yüzyılda Tunus’ta Pozitif Hukukun Gelişmesi*, Y.Lisans Tezi, MÜ., Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü, İstanbul, 1999.(Çev.)

³⁶ Kaid; mutasarrıf, kaymakam ve müdür gibi görevler üstlenen memurlar. (bk. Mehmet Zeki Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, C. I-II, MEB Yay., İstanbul 1971, II, 646; Seydi Vakkas Toprak, “Osmanlı Yönetiminde Kuzey Afrika: Garp Ocakları”, *Türkiyat Mecmuası*, c. 22, İstanbul 2012, ss. 223-237, s. 228. (Çev.)

³⁷ Yazar, burada, -kendi görüşüne göre- yargının yetkisi ile temyiz yetkisi arasındaki ihtilaf hususunda bunun bir ölçüde modern çağdaki şer’î mahkemeler ile beşerî mahkemeler arasındaki farka benzediğine dair iddiasını tekrar etmiştir... (Mütercim)

ayrımdan başka bir şey de değildir. “Seküler” ya da “Mezalim” mahkemelerinin tatbik ettiği kanun, uzun bir dönem temelde İslâmî kalmakla birlikte Fas’ta “amal” (mahkemelerin uygulaması) fenomeni üzerinden gerçekleşen geleneksel fıkıhın bu kendine özgü gelişmeleri de dikkate alınmıştır.

Aslında 1906’da Tunus’ta bir Borçlar ve Sözleşmeler Kanunu yürürlüğe girdi, ancak bu doğrudan İslâmî kaynaklara dayanıyordu ve yalnızca yasanın uygulanmasında eşitlik ve kesinlik sağlamak için tasarlanmıştı.³⁸ Bu ülkelerde yalnızca son birkaç yılda Fransız hukuku doğrudan benimsendi. Örneğin Ceza Hukuku, Fas’ta 1954’te yayımlandı. Bu yasada zina suçu tesadüfen korundu ve maksimum altı ay hapis cezasına bağlandı. Diğer taraftan Tunus’ta Ticaret Kanunu (1960), Medeni ve Ticari Usul Kanunu (1960) ve Deniz Ticaret Kanunu (1962) yakın zamanda yürürlüğe girdi.

Kuzey Nijerya’da sömürgecinin kurulduğu zamanda, örfî hukukun geçerli olduğu arazinin iktâ edilmesi davaları dışında tüm medeni ve ceza davalarında Emirliklere ait Mezalim ve Kadı Mahkemeleri’nce geleneksel Maliki hukuku uygulandı.

Dinî meselelere ve “yerli kanun ve örfün” korunmasına müdahale edilmesini öngören İngiliz politikasının gölgesinde şer’î kanunun egemenliği güçlenmiştir. Ancak mahkemelerin hüküm giymiş suçlulara, Lord Laugard’ın deyimiyle “doğal ve insani adaletle çelişen cezalar” vermelerine izin verilmiştir.³⁹ Gerçekte nadiren tatbik edilmiş olsa da bunun manası, hırsızın elinin

³⁸ J. Schacht, “Problems of Modern Islamic Legislation”, *Studia Islamica*, XII (1960), s. 123.

Yazarın belirttiği vakıda gerçekleşen bu olay, açık bir şekilde Müslüman hâkimlerin -veya genelinin-, ülkelerinin siyasi bağımsızlığa kavuşmasından sonra -beklenilenin aksine-, sömürgecinin Batı kanunlarından iktibas hususunda çizdiği yolu aynen takip ettiklerini göstermektedir. Hatta bunlardan bazıları, bu yolda bizzat sömürgecinin gerçekleştiremedikleri şeyleri gerçekleştirmişlerdir. Nitekim okuyucu, yazarın ulusal (Müslüman!) hükümetlerin sunmuş oldukları tamamen Batılı anlayışlara dayanan kanunlarından verdiği örnekleri incelemesiyle bundan emin olabilir. (Mütercim)

³⁹ Lord Laugard, Nijerya’nın ilk hâkimidir. Bu cezalar, Lord’un bakış açısına göre adalet ve insanlıkla çelişiyor olsa da Lord ve onun gibilerini tanımadan önce bu

kesilmesi ve zina eden kişinin recmedilmesi cezası demektir. Ancak bunların geleneksel uygulama şeklinin, fiziki bir ceza olmaktan daha öte bir tür genel teşhirî ve dinî kefareti temsil etmesine rağmen had cezaları ya da evli olmayıp zina eden, içki içen ve iftira atan kişiye celde/sopa cezasının uygulanması yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Dolayısıyla sopa cezasını uygulayan kişinin, sopayı parmaklarının arasında tutması, taş veya taş benzeri bir şeyi sopayı tuttuğu kolunun altında muhafaza etmesi ve sopayı vururken kolunu dirseğinin seviyesinin üzerine kaldırmaması gerekmektedir.

Kuzey Nijerya'da Müslüman suçluların davalarında Malikî ceza hukukunu uygulayan mahkemelerin yargı yetkisi münhasır değildi. Zira bu alanda, aynı zamanda Nijerya Ceza Hukuku'nun bağlı olduğu İngiliz hukuku gereğince çalışan İngiliz Mahkemeleri de vardı. Şartların çeşitliliği; beşerî ya da İslam hukukunun uygulanıp uygulanmayacağını belirlerdi. – Örneğin, kendi emirliğinde büyük bir suç işlenen Emir'in mahkemesinin, öncelikle yerel mahkemeleri düzenleme kanunu kapsamında, bu gibi suçları ele alma yetkisinin olup olmadığı hususu ve cinayet davalarında suçlu için hangi sistemin uygulanacağı, sanık için ölümle yaşam arasındaki sınırı belirleyebilir.-

Malikî fıkı, muhtemelen öldürmek için yapılan bir davranış sonucu olan ölüm için, öldürme ya da ciddi yaralama kastı olmasa bile, herhangi bir saldırı fiili ile gerçekleşen ölümü, -bizzat ölüme sebebiyet verme ihtimali olsun ya da olmasın- maktulün varislerinin suçlunun ölmesini talep etmeleri üzerine kasten adam öldürme olarak kabul eder. Zira Malikî fıkı, kasıt vasfının ölüm olayının, maktulün katili tahrik etmesi sonucunda meydana gelmesi esasına hamledilmesini kabul etmediğinden, iki sistem arasındaki bu farklılık net bir şekilde ortaya çıkmıştır.

Yerel mahkemenin kasten adam öldürme için uygun olan bir ölüm cezası hükmetmesi, ancak ilgili cürüm ya da ihmalin Ceza Hukuku'nda kasıtsız adam öldürme kapsamına girmesi hâlinde, Üst Mahkemenin, temyiz yoluyla hükme

cezaları 13 asır tatbik etmeyi sürdüren Müslümanların bakış açısına göre böyle değildir. (Mütercim)

müdahale edip etmeyeceği konusunda, 1947'den itibaren bir İçtihat Uyuşmazlığı doğduğundan, iki sistem arasındaki bu farklılık önemli kabul edilmiştir.

Bir yerel mahkemenin, aynı eylem ya da ihmal için, ceza hukuku kapsamında izin verilen maksimum cezayı aşan bir cezaya hükmetmemesi gerektiğini öngören bu yasa, gerçekte 1957'ye kadar yerel hukukta herhangi bir şekilde kabul görmemiştir.⁴⁰

Bununla birlikte, modern Ceza Hukuku'nun benimsenmesine zemin hazırlayan aynı düşünceler, İslam dünyasının hemen hemen her yerinde olduğu gibi Kuzey Nijerya'da da uygulanmış ve bağımsızlık yaklaştıkça reform gerekliliği de kendini daha fazla hissettirmiştir.

Bu doğrultuda, 1959'da yeni bir Ceza Kanunu ve ardından 1960'ta bir Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu yayımlanmıştır. Sudan Ceza Hukuku'nu temel alan ve dolayısıyla 1837 yılında Lord Macaulay⁴¹ tarafından taslağı hazırlanan Hint Ceza Kanunu'na da dayanan yeni kanun, tek bir hususun dışında geleneksel İslam doktrinini muhafaza etmemektedir. Bu tek husus ise, had (ile de tanımlanmış) zina, iftira (kazf) ve içki içme cezalarında Müslüman bir kişinin celde/sopa cezası ile cezalandırılması cevazının yanı sıra, kanunda bu cezalar için belirlenen diğer cezalardır.

Ancak, Sudan Kanunu'nun tersine Nijerya Kanunu, kan parası (diyet) geleneğini geleneksel hâliyle korumamaktadır. Belirli davalarda verilen herhangi bir ceza karşılığında ya da bu cezaya ek olarak, suçlulardan bir tazminat alınabilir; ancak kanun uyarınca cezai sorumluluk kapsamındaki olaylara dayanan bir hükmün varlığı, temel bir ön şarttır ve bu yüzden tamamen kazayla adam öldürme davalarında, kan parası adı altında böyle bir tazminat alınamayacağı açıktır.

⁴⁰ Anderson, "Conflict of Laws in Nothern Nigeria", *Journal of African Law*, I/2, (1957).

⁴¹ İngiliz siyasetçisi ve tarihçi Thomas Babington Macaulay (1800 –1859). (Çev.)

Son olarak kayda değerdir ki bu ceza kanununu uygulama görevi fiilen mevcut olan mahkemelere verilmiş ve bu politika doğal olarak Müslüman yargıçların (Alkalai) eğitim yöntemlerinde önemli bir değişime yol açmıştır.⁴²

Batılı kanunların alınması, birçok İslam ülkesinde bu değişimin bir gereği olarak bazı zorlukları beraberinde getirmiştir. Örneğin Türkiye’de hapisaneler toplu tecrit için inşa edilmiş ve mahkûmlar çalışmakla yükümlü olmamıştır.

Türkiye’nin 1926’da benimsediği İtalyan Ceza Kanunu, hücre hapsi ve ağır hapis cezası hükümlerini içerdiğinden, bu amaçlara uygun yeni hapisaneler inşa edilene kadar tamamen uygulanamaz durumdaydı. Yine Türkiye’de uygulanan geleneksel İslamî hukuk kapsamında, borcunu ödememekte direnen kişiler de hapsedilmekteydi.

Bu gibi müeyyideler, İsviçre yasasına dayanan 1927 tarihli Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığında, sorumlulukları azalan borçlular, varlıklarını alacaklılarından saklamış, öyle ki hükümet, ivedilikle cezai yaptırımlar uygulamak durumunda kalmıştır.⁴³

Diğer ülkelerde Batı hukuku ile İslami hukukun yan yana varlığını sürdürmesi ve birbirleri arasındaki etkileşimleri nedeniyle sorunlar ortaya çıkmıştır. Bunun ilginç örneği ise Kira Tahdidi Yönetmeliği’ndeki bir maddenin yorumu ile alakalı Sudan’da meydana gelen bir davadır ki bir ev sahibi, mülkiyetindeki bir evi kurtarmak adına, “kendisini” kiracı olarak göstermiştir. Bu davada 3 eşi olan ve evini kiraya veren Müslüman bir kimse, şunu savunmuştur:

Birincisi: İngiliz örfi kanununda karı ve koca, aynı görülür. Dolayısıyla bir evin zevce tarafından kullanılması, bizzat kocanın bu evden faydalanması gibidir.

⁴² Gledhill, *The Penal Codes of Northern Nigeria and the Sudan* (Stephens, London 1963), Bölüm 23.

⁴³ Sauser-Hall, *La Réception des droits européens en Turquie*, Extrait du recueil de travaux publiés par la faculté de l’université de Genève (1938), s.31.

İkincisi: Her bir Müslüman zevce (kuma), Şeriat tarafından tesis edilen taraflı muamele hakkının bir parçası olarak müstakil ayrı bir ev hakkına sahiptir.

Üçüncüsü: Müslüman bir koca, eşlerinin her birine eşit şekilde muamele etmekle yükümlüdür.

Buna göre de, adam Yönetmelik uyarınca bu yerlerdeki üç evi geri alma talebinde bulunmuş ve Temyiz Mahkemesi'nden önce de kazanmıştır. (ve bu üç ev kişiye iade edilmiştir.)

Ancak böyle küçük sorunlar, Batı hukukunun çeşitli İslam bölgelerinde başarılı şekilde asimile edildiği ve her ne kadar başlangıçta bunlar üstten zorlamayla gerçekleşmiş olsa da günümüzde Müslüman topluluklarının tabiatı ile yaygın bir uyuma sahip olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.⁴⁴

Gerçekte seküler yasaların uygulanmasına karşı muhalefet dinî hukuk âlimleri tarafından dile getirilse de, bu asla aşılması güç bir engel teşkil edecek kadar güçlü olmamıştır.⁴⁵

⁴⁴ Gerçekte böyle bir uzlaşma yoktur. Zira şer'î hükümlerin tatbik edilmesi, bu kitlelerin ısrarcı taleplerini göstermektedir. Bölge, diğer milletlerin özel karakterini ve felsefesini yansıtan, ithal edilen kanunlarla herhangi bir uzlaşmanın varlığına karşı çıkmıştır.

Yazarın bizzat kendisi, başka münasebetlerde, kanunun toplum gerçeğinden ve koşullarından kaynaklanarak gelişmesi gerektiğini ikrar etmiştir. Böylece yazar, burada yabancı kökenli kanunları, farklı hükümetlerin dayattığını kabul etmektedir. O hâlde yazar kanuna bu bakışı ile, yabancı kanunların Müslüman kitlelerin yapısıyla uzlaşmaya vardığı iddiasını bu şekilde nasıl örtüştürmektedir?! (Mütercim)

⁴⁵ Fıkıh âlimleri, var güçleri ile bu kanunlara olan öfkelerini dile getirmişler, Allah Azze ve Celle'nin hükmüne başvurmanın gerekliliğini açıklamışlar ve mümkün olan her türlü yöntemle bu uğurda mücadele etmişlerdir. Ayrıca tek başlarına buna davet etme şerefine nail olmak yerine, bu durumu kınayan beşeri kanunlarının birçoğu da onlara ortak olmuşlar ve (âlimler) kendilerini şer'î hükümlere geri dönme yoluna feda etmişlerdir. Yine İslamî eğilimlere sahip olan herkes ve onlarla birlikte farklı halk grupları onlara ortak olmuşlardır. Bu yöne olan eğilim, gözden kaçmayacak şekilde gün geçtikçe artmıştır. (Mütercim)

Genel yaklaşım; Şeriat'ın, kendi ilkeleri üzerinde, modern şartların gerektirdiği köklü değişimlere kalkışmak yerine, -şer'i hükümlerin doğru ve korunmuş bir şekilde kalmasını teyit edecek şekilde- hukuk pratiği alanını barışçıl bir şekilde terk etmesinin daha iyi olacağı yönündedir.

Aynı zamanda İslami hukuk geleneği, kamu hukuku ve genel medeni hukuk alanlarında katı şeriat doktrininin tamamlayıcı bir unsur olan Mezalim mahkemeleri aracılığıyla her zaman zaten yöneticinin hakkını kabul etmiştir ve Batı hukukunun benimsenmesi de onun kabul edilen bu gücünün gerekli bir uzantısından başka bir şey görülmemiştir.

Bu bakış açısından bakıldığında yeni Ceza Kanunları'nın, Ortadoğu'da yöneticinin siyasal düzenleme yapma ayrıcalığının ve özellikle "caydırma" (ta'zir) gücünün bir uygulaması olarak lanse edilmesi, belki de, onları haklı göstermeye yönelik tümüyle şekli ve yüzeysel bir çabadan ibaret değildir. .

Diğer taraftan aile hukuku, her zaman Şeriat'ın kalesi konumunda olmuştur. Diğer alanlarda seküler ve Batı hukukunun benimsenmesi, iki sistem arasında keskin bir bölünme yaratmış, bu da Şeriat'ın dinî ve İslami öneminin giderek artmasına ve kendi kontrolünde kalan konularda etkisinin güçlenmesine yol açmıştır.

Şeriat'ın kendi geleneksel konumunu pekiştirmesine yönelik bu eğilime bir önemli örnek de, Şeriat'ı, Hindistan'daki tüm Müslümanların ahvâl-i şahsiyesi (miras, hibe, vakıf dâhil) göz önünde bulundurularak onların temel hukuku olarak değerlendiren ve Şeriat'a ters düşen, ancak belirli topluluklar arasında hâkim olan örfî uygulamaları ortadan kaldırmayı amaçlayan 1937 tarihli Hindistan Şeriat Yasası'dır.

Yine de Batı standartları ve kavramları, aile hukuku alanındaki reformlara ivme kazandırmıştır. Başlangıçta bu durum, Batı Medeni Kanunu ve Ceza Kanunu'nun benimsenmesinde meydana gelen toplumun ihtiyaçları ile sözde mutlak hukuk arasındaki açmazın tekrar ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Esasen 1927 yılında Türkiye, Şeriat'ı tünden terk etmeyi ve İsviçre Aile Hukuku'nu benimsemeyi tek çözüm olarak görmüştür.⁴⁶ Ancak neyse ki İslam hukukunun geleceği için, başka hiçbir Müslüman ülke, bu örnek hareketi izlememiştir.

Dini hukuk yöntemlerinin etkisinin korunmasında çoktandır aranan kararlılığın bulunmasıyla, geleneksel Şeriat doktrini, modern hayatın şartlarına da uyarlanabilir. Sadece Afganistan, çeşitli Arap Yarımadası devletleri, Kuzey Nijerya ve Zenzibar gibi bazı sömürge ülkeleri, günümüze kadar bu atılımda çok az ilerleme kaydetmiş ya da hiç ilerleme kaydedememiştir. Yine de mevcut göstergeler, bu yönde harekete geçmekte geç kalmayacaklarını işaret etmektedir.

Bu yüzden gelecek ilğimiz, genel olarak İslam aile hukukuna ve yakın zamanda Müslüman toplumların çoğunda bu alanda gerçekleşecek evrimin çarpıcı olgusuna yönelik olacaktır.

⁴⁶ “İsviçre Medeni Kanunu'nun kabulü ile Türkiye, İslam Hukuku sisteminden büsbütün çıkararak Roma-Cermen Hukuk sistemi içine girmiştir” (bk. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *İslam Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleriyle İlişkileri*, Fikret Arık'a Armağan içinde, Ankara, 1973, s.589-590.) (Çev.).