

İSLAM HUKUKUNUN İNGİLİZ COMMON LAW ÜZERİNDEKİ ETKİSİ TARTIŞMALARI - I

The Debates on the Influence of Islamic Law on English Common Law - I

Prof. Dr. Şahban YILDIRIMER*

Öz: İslam hukuku ile common law arasında kimi alanlardaki benzeşim, bu hukuk sistemlerinin karşılıklı etkileşimini akla getiriyordu. Yapılan bilimsel çalışmalar bu etkileşimin karşılıklı olmaktan daha ziyade tek taraflı olduğunu destekler mahiyette idi. Bu alandaki ilk kıvılcımın "trust" kurumunun kökeni araştırılırken ortaya çıktığını ifade etmek mümkündür. Akademik çalışmalar etki alanlarını genişlettikçe bu etkinin kısmi değil genel olduğuna dair kanaatleri doğruluyordu. Ancak genel bir etkiden bahsedebilmek için çok daha fazla veriye ihtiyaç vardı. Aksi takdirde bu iddia, akademik anlamda temelsiz bir iddia olarak bilimsellik düzeyine ulaşmamış olacak ve bir temenniden hatta vehimden ibaret kalacaktı.

Konu ikinci kuşak araştırmacıların da ilgi alanı içinde olmayı sürdürdü. Baba Makdisi'nin araştırmalarına oğul Makdisi yenileriyle katkı sağladı. Araştırma verileri kısmi etkiden genel ve tümel bir etkiye işaret ediyordu. Nihayet J. Makdisi, kendisinden önceki tüm akademik ve bilimsel araştırmaları da arkasına alarak en güçlü ifadeyle şu iddiayı dillendirdi: Common law sistemini etkilemesi mümkün ve muhtemel tüm hukuk sistemleri, bu hukuk anlayışı ile doku farklılığına sahiptir.

İslam hukukunun İngiliz Common law hukuk anlayışını hem kurumsal hem de kuramsal olarak etkilediği hatta onu şekillendirdiği yönündeki tez üzerinde araştırmalar yapan St. Thomas Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Gonzalez, Makdisi'nin görüşlerini son derece kıskırtıcı ve bir o kadar da ikna edici bulduğunu ifade eder. Makdisi'nin bu etkileşim için makul bir güzergâh çizebilmiş olmasının tezin en güçlü yanı olarak zikreder. Bu iddia ilkten duyanların kolaylıkla kabul edebilecekleri bir husus olmadığını kabul etmekteyiz.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, İngiliz Hukuku, Ortak Hukuk, Vakıf, Sicilya.

Abstract: The similarities between Islamic law and common law in certain areas suggest the possibility of mutual interaction between these legal systems. However, scientific studies indicate that this interaction is more one-sided than reciprocal. It can be said that the first spark in this area emerged while researching the origins of the "trust" institution. As academic studies expanded their scope, they confirmed the belief that this influence was not partial but general. However, much more data was needed to speak of a general influence. Otherwise, this claim would remain unscientific and be considered a mere wishful thought or even a delusion.

The subject continued to interest second-generation researchers. The younger Makdisi contributed new findings to the research of the elder Makdisi. The research data indicated a shift from partial to general and universal influence. Finally, J. Makdisi, building on all previous academic and scientific research, boldly asserted that all legal systems that could possibly influence the common law system have structural differences with this legal understanding.

Professor Dr. Gonzalez, a faculty member at St. Thomas University School of Law, who conducts research on the thesis that Islamic law influenced and even shaped English common law both institutionally and theoretically, found Makdisi's views extremely provocative yet convincing. He noted that Makdisi's ability to outline a plausible path for this interaction was the strongest aspect of the thesis. We acknowledge that this claim is not something that those hearing it for the first time can easily accept.

Keywords: Islamic Law, English Law, Common Law, Trust, Sicily.Law, Trust, Sicily.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, sahan.yildirimer@asbu.edu.tr

ORCID: 0000-0002-7204-5609

Makale Geliş Tarihi: 09.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 11.09.2024

GİRİŞ

İngiliz hukuk tarihi, inceleme kolaylığı sağlaması açısından dört döneme ayrılabilir. Birinci dönem, 1066 yılındaki Norman istilasının öncesidir. Bu dönemde yürürlükte olan yerel teamüllere dayalı hukuk, Anglosakson hukuku olarak anılmaktadır. Bu itibarla, kimi kaynaklarda Anglo-Amerikan hukuk çevresi olarak gruplandırılabilir hukuk sistemlerini ifade etmek üzere kullanılan Anglosakson hukuk sistemleri ifadesinin son derece isabetsiz olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Zira 1066 öncesi Anglosakson hukukunun günümüz Anglo Amerikan hukuk sistemleri ile olan bağlantısı yok denecek kadar zayıftır. İkinci dönem, 1066 yılındaki Norman istilası ile 1485 yılları arasını kapsamaktadır. Krallık mahkemelerinin içtihatları vasıtasıyla ortaya çıkan common law, güçlenen merkezi güce paralel olarak bu dönemde doğmuş ve gelişmiştir. Common law'ın içtihat hukuku, hâkim(ler) hukuku veya örf ve adet hukuku olarak nitelendirilmesi¹ İslam hukukunun içtihadı dayalı gelişimi arasında temel benzerlik noktalarından birisidir. Common law için hâkim(lerin) hukuku ile İslam hukukundaki kadı hukuku “kadijustiz” nitelemesinin örtüşmesi önemli bir benzerliği ifade eder. Hâkimlerin içtihadı dayalı hukuk usul ve ilkelerine bağlı kalarak ortaya koydukları kararlar için “kadı-adaleti” (qadi-justice) yorumu yapılmıştır.² Dar anlamda common law tedvin edilmemiş bir hukuktur. Başka bir ifadeyle common law bir kanunlaştırma hareketi sonucunda neticesi değil yargıçların örf ve adet kurallarına bakarak oluşturdukları bir hukuktur. Yani içtihadî hukuk niteliğindedir. Her yargıç davayı sonuçlandırırken kendinden önceki görülmüş benzer davaların kararlarıyla kendisini bağlı hisseder.³ Üçüncü dönem Tudor hanedanının tahta çıktığı 1485 ile 1832 arasını kapsamaktadır. Bu döneme, Krallık mahkemelerinin geliştirdiği common law'un yanında onu tamamlayıcı olarak ortaya çıkan equity law damgasını vurmuştur. Son dönem ise, çeşitli hukuk reformlarının gerçekleşmeye başladığı 1832'den günümüze kadar uzanan dönemdir. Bu dönemde hukuk sistemine ilişkin kapsamlı reformlar yapılarak İngiliz hukuk sistemi günümüzdeki görünümüne kavuşturulmuştur. Ayrıca kanunların ağırlığı artmaya başlamış ve böylelikle parlamento ile hükümetin hukuk üzerindeki etkisi artmıştır. Modern İngiliz hukuku, asli olarak bu dönemi konu almaktadır.⁴

İslam hukuku ile common law'ı karşılaştırmalı olarak inceleyen hukukçular kavram ağı olarak genellikle şu beş ifadeyi kullanırlar: İslam hukuku (Islamic law) ya da dini hukuk (religious law), ortak hukuk (common law), Roma hukuku (Civil law), kilise hukuku (canon law) ve yasal hukuk (statutory law). Roma hukuku yerine medeni hukuk ifadesinin sık kullanımına rastlandığı gibi kıta Avrupa hukukunu ifade etmek için ise

¹ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasal Derinlik, Yetkin Yayınları Ankara, 2012, s. 107.

² David S. Powers, Hukuk Toplum ve Kültür, Çev. İsmail Eriş, Klasik Yayınları, (Birinci Basım) İstanbul 2014, s. 16, 39, 43.

³ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 175.

⁴ Işıl Yelkenci, “Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış”, C.28, S.2, Aralık 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 1181.

(continental law) ifadesi kullanılmaktadır. Ayrıca zaman zaman common law hukukunun Amerika uygulama örnekleri için de (Anglo-American law) ifadesinin kullanımına rastlanmaktadır.⁵

Common law üzerinde İslam hukukunun etkisinin olabileceğine dair uzun süreden beri iddialar dillendirilmekteydi. Bu konuda genel ve kapsamlı bir etkiden bahseden ve bunu geniş bir yelpazede temellendiren İslam hukuku ve karşılaştırmalı hukuk uzmanı John A. Makdisi olmuştur.⁶ Bu alandaki iddiasını, “The Islamic Origins of the Common Law” başlıklı makalesinde temellendirmiştir.⁷ Yine aynı müellifin iddialarını sürdürdüğü bir diğer çalışması da “Legal Logic and Equity in Islamic Law” başlıklı makalesidir.⁸

Bu alanda yapılmış tüm çalışmaları sıralamak yerine alanda literatürü etkilemiş önemli gördüğümüz bir kaç tanesini zikretmekle iktifa edelim. J. Makdisi’den önce bu alanda İslamî yayımlarda karşılaştırma çerçevesi spesifik alanlarla sınırlı idi. Örneğin, İslam medeniyetindeki vakıf (waqf) kurumunun İngiliz kültüründeki “trust”ın kaynağı olduğu yönündeki karşılaştırmalı çalışmalara çokça rastlanmaktadır. Bu alandaki önemli bir çalışma Henry Cattan’ın 1955 yılında yayımlanmış “*The Law of Waqf*” başlıklı makalesidir. Müellife göre, “İngiliz sistemindeki “trust”ın İslami vakıf/waqf kurumuna çok benzemektedir ve muhtemelen İslami vakıf kurumu buna kaynaklık etmiştir.”⁹ Yine vakıf kurumu üzerinden bir etkileşimden bahseden bir diğer çalışma ise, Monica M. Gaudiosi’nin “The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England” başlıklı makalesidir. Müellif bu makalesinde Oxford dâhil birçok eğitim kurumu varlığını İslam’ın bu kurumuna (waqf) borçlu olduğunu iddia eder.¹⁰ Yine aynı konudaki Suleiman’ın “The Islamic Trust Waqf”¹¹ başlıklı makalesi

⁵ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Nosirjon Juraev (Author), 2010, Sources of law in Civil, Common and Islamic Legal Systems, Munich, GRIN Verlag, <https://www.grin.com/document>. Paul Vinogradoff, Ortaçağ Avrupası’nda Roma Hukuku, Yayına Hazırlayan: Mehmet Tevfik Özcan, Göçebe Yayınları, İstanbul 1997, s. 82 vd.

⁶ Baba George Makdisi ile oğul John A. Makdisi’yi ayırmak için George yerine (G.), John yerine (J.) harflerini kullandık.

⁷ John A. Makdisi, “The Islamic Origins of the Common Law”, 77, North Carolina Law Review, 1635-1739, 1999. Müellifin bu makalesi bir kitabın hacmi kadar geniştir.

⁸ J. Makdisi, “Legal Logic and Equity in Islamic Law”, 33, American Journal of Comparative Law, 63-92, 1985.

⁹ Henry Cattan, “The Law of Waqf”, Vol. 1, Washington 1955, Herbert Law in the Middle East, at 212-218.

¹⁰ Monica M. Gaudiosi “The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College”, University of Pennsylvania Law Review, Vol:136/1231.

https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3909&context=pen_n_law_review.

¹¹ Haitam Suleiman “The Islamic Trust Waqf: a Stagnant or Reviving Legal Institution”, Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law | Vol. 4/32, (2016).

ile Richard Potz'un "Islam and Islamic Law in European Legal History" başlıklı makalesini zikretmek gerekir. Common law ile İslam hukukunun kimi kurumların benzerliğini dikkate değer bulan Potz, Makdisi'nin tezine katkı sadedinde trust kurumunun İslami vakıf müessesesi üzerinden modellenmiş olabileceğine işaret ederek bu alanın disiplinler arası alanda araştırmalara konu olma potansiyeli taşıdığını iddia eder.¹²

Burada George Makdisi'nin konumuz açısından iki önemli eserini zikretmemiz gerekir. Müellif klasik dönem İslam eğitim tarihi, özelde de İslam eğitim kurumları ile ilgili *The Rise of Colleges ve The Rise of Humanism* isimli iki eser ortaya koymuştur. Bu eserlerde İslam medeniyetinde ortaya çıkıp daha sonra Batı'ya aktarıldığını söylediği iki ayrı düşünce hareketini, iki ayrı eğitim sürecini ve kurumlarını incelemektedir. Her iki eserde aynı yaklaşımı benimseyerek, bu hareketleri üreten kuvvetler, onların fikri ürünleri, eğitimin hedefleri ve metodu, yazılan eserler ve bilginin aktarımı gibi hususları çeşitli yönleriyle inceler. Her iki hareketin de ortak bir kaynaktan, yani Kur'an-ı Kerim'den kaynaklandığını, ancak onları etkileyen harici kuvvetlerin de bulunduğunu söyler. Ona göre her iki hareket de İslam âleminin doğusundan başlayarak batısına doğru yayılmış, ayrıca Hıristiyan Batı da bunları iktibas ederek kendi çevresine uyarlamıştır. G. Makdisi'nin *The Rise of Colleges* adlı çalışması sadece İslam eğitim tarihi açısından değil, Batı eğitim tarihi açısından da çok önemlidir. Bu eserinde özellikle İslam hukukçuları olarak fakih ve müftülerin yetiştirilmesi için kurulmuş olan mescit ve medreselerin programlarının Batı'daki yükseköğretim sisteminin tüm özelliklerini taşıdığını ve bu kurumlardan tevarüs ettiği iddia eder.¹³

J. A. Makdisi kendisinden önce bu alanda çalışan babası George Makdisi'nin yol göstericiliğine işaret eder. Ancak kendinden önceki kalem erbabının bu alandaki çalışmaları yetersiz bulurken asıl eksik bulunduğu hususun bu bilim insanlarının güçlü bir şekilde "İslam hukuku common law'u tümüyle etkilemiş ve onu şekillendirmiştir" diyemedikleri için onları bu yönüyle cesaretsiz bulunduğunu ifade eder. Örneğin, babası George Makdisi'nin; "İslam ve Batı hukuk eğitiminde, başta skolastik yöntem, öğretim lisansı ve İngiltere'de Mahkeme Hanları ve İslam medreseleri olarak bilinen hukuk okulları da dâhil olmak üzere birçok paralel kurum ortaya çıkmıştır." ifadelerinin kısmi etkileşime işaret ettiğine vurgu yapar. J. Makdisi tüm bu örnekleri verirken şu çarpıcı ifadeyi de kullanmaktan geri durmaz; "*ancak bu bilginlerin hiçbiri bir bütün olarak common law'un İslam'ın bir ürünü olduğunu ileri süremiştir.*"¹⁴ Ayrıca İslam hukukunun diğer hukuk kültürleri ile birlikte common law'ı şekillendirdikleri başka bir ifadeyle common law'ın çoklu bir etkiye bu arada İslam hukukunun etkisine de kısmi olarak maruz kalmış olabileceği tezine de katılmaz. Common law'un eklektik

¹² Richard Potz, "Islam and Islamic Law in European Legal History" s. 40.

<https://www.semanticscholar.org/paper/Islam-and-Islamic-Law-in-European-Legal-History-and-Potz/f0db82b7ea5c2777a9800a22ae0cd402aa39ddfb>.

¹³ George Makdisi, *İslâm'ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitim, Çev. Hasan Tuncay Başoğlu, Elma Basım, İstanbul 2007, s. 4-8.*

¹⁴ Makdisi, J., "The Islamic Origins of the Common Law", 77 North Carolina Law Review, 1999, s. 1640.

bir yapıda olmadığını da ifade ederken bu konudaki temel argümanı ise şudur: *Common law sistemini etkilemesi mümkün ve muhtemel olan tüm hukuk sistemleri bu hukuk anlayışı ile doku farklılığına sahiptir. Bu nedenle sadece bir tek hukuk sisteminin etkisinden bahsedilebilir. O da İslam hukukudur.*¹⁵ İngiliz common law hukuku, ortaçağ Avrupa'sında hem Roma hukuku hem de kilise hukukundan büyük ölçüde bağımsız kalan tek hukuk sistemiydi. İngiliz hukukunun yasal kurumlarının konfigürasyonu ve işlevi, Avrupa hukuk sistemleri arasında benzersizdir. Birçok açıdan İngiliz hukukunun kökenleri oldukça esrarengiz olmaya devam ediyor.¹⁶

I- TARİHİ ARKAPLAN

Batı ile İslam arasındaki ilişki, uzun bir süre, sürekli dini ve siyasi sürtüşmelerle karakterize edildi. Bununla birlikte, sürekli karşılıklı düşmanlıkların varlığı, yalnızca yakın ticari ilişkilerin değil, aynı zamanda fikir transferlerinin de bulunduğu barışçıl dönemlerin olmadığı anlamına gelmemelidir.¹⁷ İslam hukuku ile common law sisteminin etkileşim iddiasının bilimsel zeminini inceleyen hukukçu ve tarihçiler öncelikle etkileşim zemini olarak uygun bir coğrafi yapının olmasının gerektiğine işaret ederler. Başka bir ifadeyle kültürler arası etkileşimi mümkün kılan coğrafi zemininin olması gerektiğine ifade ederler. Ardından da bu etkileşime izin veren yani müsamaha/tolerans gösterecek bir anlayışın olması gerektiğine vurgu yaparlar. Bu iki şarta cevap veren araştırmacılar etkileşim zemini olarak Sicilya'yı ve II. Henry'nin kraliyeti ise bu etkileşimin gerçekleştiği dönem olarak kabul ederler. Bu dönemin böyle bir etkileşime zemin hazırlayacak liberal bir anlayışa sahip olduğu ile ilgili birkaç örnek vererek bu dönemin idari ve siyasi aklının nasıl işlediği ortaya koymak gerekir. İslam hukukunun common law'ı etkilemiş olduğu yönündeki tezi analiz eden hukukçular bu her iki soruya öncelikle cevap aramışlardır. Bu dönemde kimi kurumların nasıl ortaya çıktığına dair sürekli bir gizemden bahsedilir. Yani dönemin İngiliz hukuk kültüründe olmayan kimi kurumların nasıl ortaya çıktığına dair araştırmalara somut sonuçlara ulaşamamıştır. Common law'ın kökenleri gizemle örtülüyor. Yedi asırdan önce Kral II. Henry'nin hükümdarlığı sırasında İngiltere o güne kadar en belirgin kurumlarından bazılarının nasıl ortaya çıktığını bilmiyoruz.

Tarihçiler, common law'ın birçok farklı etkinin ürünü olduğunu öne sürdüler. Bu konuda muhtemel ikili, Roma ve kanon hukuku idi. Ancak common law'ı etkilemesi muhtemel bu hukuk sistemleri ile common law arasında ciddi doku farklılığı vardı ve bu durum farklı etki alanlara yönelimi zorunlu kılıyordu. Çünkü common law kurumları yapısal ve işlevsel olarak Batı hukuk sistemleri arasında benzersiz ve Roma hukuk fikrinden kesinlikle farklı bir model idi. İngiliz hukuk tarihinde ilk kez bu kültür ortamından

¹⁵ Makdisi, J., "The Islamic Origins of the Common Law", s. 1638.

¹⁶ Sami Mehmeti, 'Possible Influences of Islamic Law on Some Institutions of English Common Law', s. 47.

<https://www.researchgate.net/publication/362304429>

¹⁷ Mehmeti, s. 48.

neşet etmesi imkânsız kimi kurumsal yapılar ortaya çıkmıştır. Bu kurumları besleyecek hukuk düşüncesi de bu kültürün dokusu içinde iz düşümlerini bulmak daha da imkânsızdı. Nitekim İngiliz hukuk tarihçileri, kendi hukuk kurumlarının köklerinin “son derece müphem” olduğuna işaret ederler ve onların İngiltere’deki gelişiminin izlerini takip teşebbüsünde “Kıta Avrupası’yla yapılacak mukayeselerin herhangi bir rehberlik sunmadığını” söylerler. Hukuk mesleğinin İslam’ın klasik tarihi gelişimine aşına olan bir İslamiyatçı, İngiliz hukuk tarihçilerinin çok sayıdaki âlimane yazılarını ilk okuduğunda, İslam klasik çağının hukuk mesleği ile onun Ortaçağ İngilteresi’ndeki muadili arasında bulunan benzerliklerden çarpılmadan edemez.¹⁸

Etkileşimden bahseden bilim insanları, common law’ın teşekkül dönemi olarak II. Henry dönemine işaret ederler. II. Henry döneminin idari ve siyasi yapısı tüm bu iddianın tarihsel zemini olarak görülmektedir. Bu dönemdeki liberal anlayış farklı kültür ve medeniyetlerden kuramsal ve kurumsal yapıları almakta katı bir tutum içinde olmamayı gerektirir. Ayrıca farklı kültürlerle ilişkin değerler ile birlikte yaşamayı bir zenginlik olarak görece kadar toleranslı olmayı da gerektirir. Bu dönemin önemli bir ismi şüphesiz Thomas Brown’dur. II. Henry’nin kişisel isteği üzerine İngiltere’ye gelen ve ölümüne kadar orada yaşayan Brown, önemli bürokratik görevler üstlenmişti. Kral II. Henry’nin kişisel ve resmi güvenini kazandı. Thomas Brown rolüne değinen John A. Makdisi şunları söyledi: “*Kendisine güç ve zenginlik getirecek yeni idari aygıtları büyük bir takdirle karşılayan Kral 2. Henry için Thomas Brown paha biçilmez bir bilgi kaynağı olmalıydı. Avrupa’nın en güçlü ve zengin hükümeti olan II. Roger’ın Sicilya’sının iç işleyişini anlamak için kapıyı aralayabilirdi. Thomas Brown’ın en iyi bildiği hükümet alanı, Sicilya kralı için toprakları geri alan İslami Sicilya bürosuydu. Henry’nin Roger’ın idari hünerinin sırrının İslam kökenli olduğunu keşfetmesi ne büyük bir sürpriz olmuş olmalı.*” Thomas Brown’ın Sicilya deneyimi sayesinde II. Henry, arazinin geri alınmasına ilişkin İslami usul (istihqaq) ve adli usulde (lafif) delil oluşturmak için kullanılan İslami jüri hakkında doğrudan bilgi edinmek için eşsiz bir fırsata sahipti. Thomas Brown’ın İngiltere’ye dönüşünden sekiz yıl sonra, the assize of novel disseisin yaratıldı ve modern haliyle İngiliz jürisi ortaya çıktı. John Makdisi’ye göre, *Kral II. Henry "ortak hukukun –common law- yaratılmasıyla dünyada devrim yaratan nakil fırsatını doğru zamanda yakalamak için doğru kişiydi"*.¹⁹

Sicilya Norman Krallığı, idarî ve medeni hukuk uygulamalarını bir monarşiden beklenmeyecek kadar geniş özgürlükler ve tolerans içeren bir anlayış içerisinde kurumsallaştırmaya çalışmıştı. Normanlar, Sicilya’yı ele geçirmeye başladıkları andan itibaren çok erken dönemde bu politikayı takip etmişlerdir. II. Roger’dan sonra bu toleranslarda azalma olsa da genel itibariyle istisnasız bütün Norman Kralları bu politikaya sadık kalmışlardı. Normanlar döneminde Sicilya halkının din, dil ve vicdan özgürlüğü

¹⁸ George Makdisi, İslâm’ın Klasik Çağında ve Hıristiyan Batı’da Beşerî Bilimler, Çev. Hasan Tuncay Başoğlu, Elma Basım, İstanbul 2009, s. 372.

¹⁹ Makdisi’den naklen Mehmeti, s. 50-51.

sağlanmış, her toplumun hukukî sorunlarını çözmeleri için kendilerine özgü yargı kurumlarının varlığına izin verilmiştir.²⁰

II. Henry on ikinci yüzyılda common law ı oluştururken üç alanda belirgin bir şekilde yerel hukuk kültüründen uzaklaşacak şekilde yeni bir yapı oluşturuyordu. Tüm bunlar common law ın oluştuğu kültür ortamında bilinmeyen hususlar idi. Mevcut hukuk kültürünün ürünü değilse bu kuramsal ve kurumsal yapıların kaynağı ne idi? Cevap bu üç kurumun İslami muadillerinin karakteristik kimliğinde yatmaktadır. Bu kabul beraberinde yeni bir soruyu gündeme getirmektedir. Bu etkileşim hangi coğrafyada ve nasıl gerçekleşmiştir? Konuyu ayrıntılı inceleyen araştırmacılara göre bu etkileşimin zemini Sicilya'dır. Bu iddiayı en güçlü şekilde dillendiren Makdisi, öncelikle Sicilya'nın coğrafi ve kültürel olarak bu fonksiyonu icra etme potansiyelini ortaya koyar. Ardından İslam hukuk ekollerinden Maliki mezhebinin Kuzey Afrika ve Sicilya'daki uygulamalarının Sicilya'daki Normon hukuku üzerinden İngiliz hukuk sistemine etkilerinin izleri sürer. Sosyal, politik ve coğrafi bağlantıları ortaya koyarak, bu kurumların İslam'dan geçişinin mümkün olduğunu kanıtlar. Gerçekte Müslüman toplumlar, hukukun üstünlüğü kavramını Batı toplumlarından yüzyıllar önce temel almışlardı. İslam dünyasının daha ileri hukuk kurumlarıyla ilişki kuran Batılıların bunları kendi toplumlarına aktarmaları şaşırtıcı gelmemelidir. Ayrıca daha yeni bir hukuk sistemi ile daha eskisi arasında bir karşılaştırma yapıldığında, onu yeni sistemin eskisinden ödünç alması veya kabul etmesi açısından tanımlama olasılığı artar. Genellikle eski sistemin destekçileri, kendi sistemleri ile yeni hukuk sistemi arasında var olan herhangi bir benzerlik üzerinde kendi sistemlerinin bir etkisini görmeye eğilimlidirler.²¹

II- ETKİLEŞİM ZEMİNİ

İslam medeniyetinin farklı medeniyetlerle etkileşim zemini olarak dört merkeze işaret edilir. Bir tanesi Endülüs, diğeri Sicilya, üçüncüsü Bizans ve nihayet Haçlı Seferleri'nin hedefi olan Bilâduşşam bölgesi. George Makdisi Sicilya'da özellikle XII. yüzyılda II. Frederik dönemindeki saray teşkilatından ve oradaki etkileşimden bahsediyor. Oradaki bürokratların giyim kuşama ve yaşam tarzına varıncaya kadar İslam âlemindeki örnekleri taklit ettiğine dair örnekler veriyor. Makdisi, Haçlı Seferleri'ne ve Bilâduşşam'daki etkileşime özellikle medrese örneğinde değiniyor. Çünkü college türü müesseseler Avrupa'da Haçlı Seferleri'nin akabinde ortaya çıkmış; üniversite bunun akabinde gelişiyor. Bir de dördüncü bir alan olan Bizans'tan ise pek bahsedilmemektedir. İslamî literatürün, gerek felsefî, gerek dinî, gerek edebî literatürün Sicilya ve Endülüs üzerinden veya Haçlı Seferleri dolayısıyla Batı'ya aktarıldığını biliyoruz. Öte yandan Arapça eserlerin belli bir dönemden sonra, IV./X. asırdan itibaren Rumcaya tercüme

²⁰ Seyhun Şahin, Normonlar Döneminde Sicilya Adası, (11-12. Yüzyıllar), "Basılmamış Doktora Tezi", Elazığ, 2012, s. 172.

²¹ Mehmeti, s. 48.

edilmesi ve Bizans üzerindeki etkisi diye bir şey var ancak pek de araştırmalara konu edilmemiştir.

Sicilya dokuzuncu asırda İfrîkiye’de Ağlebi devletini kuran Müslüman Araplarca (212/827) fethedilmiştir. Adanın tamamı bir anda ele geçirilememiş, adadaki her şehir tek tek fethedilmiştir. Ada Norman istilasına kadar önce Ağlebilerin hâkimiyetinde olmuş ardından Fâtîmî Devleti’nin yönetimi altında kalmış son olarak da Fâtîmîler adına adayı yöneten Kelbilerin idaresinde kalmıştır. Yaklaşık iki buçuk asır fiilen İslam beldesi olarak kalmış olan bu adanın yönetimi Müslümanların elinden çıktıktan sonra da İslam kültür ve medeniyetinin yüksek kurumları varlığını sürdürmüş ve bu yapılar üzerinden farklı kültür ve medeniyetler üzerindeki etkisini asırlarca sürdürmüştür.

Müslümanların adayı ele geçirmelerinden sonra İslam inancında var olan toleranslı anlayışının gereği olarak diğer din mensuplarına müsamaha gösterilmiştir. Müslümanlar yönetim erkini ellerinde tutarken diğer kültür ve medeniyetlere karşı hoşgörülü davranmış farklı halkların bir arada birlikte barış içinde yaşayabilmenin olağanüstü bir örneğini ortaya koymuşlardır. Bu anlayış adeta adanın yaşam felsefesine dönüşmüş, Müslümanlar adanın hâkimiyetini kaybedince onlara da aynı tolerans ve hoşgörü ile muamele edilmiştir. Sicilya adası gerek İslam hâkimiyeti döneminde gerek ondan sonraki dönemlerde istikrarlı bir yönetim içinde kalabilmiş olmasını bu hoşgörülü anlayışa borçludur.

Müslümanların adayı ele geçirmelerinin ardından diğer İslam beldelerinde olduğu gibi Palermo şehrinin merkezine büyük cami yapmışlar, caminin etrafına da alış veriş için çarşılar inşa etmişlerdir. Palermo, stratejik konumu ve bir liman şehri olması nedeniyle diğer şehirlere nispetle çok daha kalabalık bir nüfusa sahip olmuştur. Cami/mescitler tüm İslâm şehirlerinde olduğu gibi Sicilya’da kültürel hayatın en önemli merkezi olmuştur. Mescitler özellikle çocuklar için en üst düzey eğitim kurumları olarak fonksiyon icra etmiştir. Buralar sadece ibadet mahalli olarak kullanılmamış, meşhur âlimler ve fakihler bu mekânlarda din bilimlerinde ders halkaları oluşturup her yaştan öğrencilere üst düzey eğitim vermişlerdir. Sicilya’nın Palermo şehrinde her mahallede her köşede bir mescit olduğu (yaklaşık 300) rivayet edilir.²² Watanabe’nin ifadesiyle; *İngiliz hukuk kurumları ile İslam hukuk kurumları arasındaki dikkat çekici benzerlikler dışında önemli bir husus da common law’ın ortaya çıktığı, II. Henry döneminde İslam coğrafyasının bir parçası olmayan Normonların denetimindeki Sicilya’nın bu etkileşim bölgesi olmasıdır. İfrîkiya ve Sicilya, dokuzuncu yüzyıldan on ikinci yüzyıla kadar İslam İmparatorluğu’nun bir parçasıydı. Normanlar Sicilya’yı zapt ettiğinde, önemli ölçüde, İslami kurumları ve Müslüman kültürünü kendilerinininkiyle değiştirmeye çalışmadılar, daha çok entegre ettiler. Norman yönetimi özellikle bürokrasi ve finans alanında entegrede bulundular. Hıristiyanlığa geçiş, krallık içindeki siyasi konumlar için bir ön koşul değildi. Bundan dolayıdır ki, birçok Müslüman lider, Sicilya’nın Normanlar tarafından ele geçirilmesinden sonra bile önceki görevlerinde kalmaya devam ettiler. Müslümanlar kendi dinlerini*

²² Mehmet Demiralay, Ağlebiler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat, “Basılmamış Yüksek Lisans Tezi”, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 62.

yaşayabildiler ve kendi kanunlarına tabi oldular. Sicilya Müslümanlarının örf ve medeni ihtilaflarla ilgili kararlarda Şeriat kanununu kullanmaya devam ettiğine dair kanıtlar da vardır.²³ Hatta Müslümanlar ile gayrimüslimler arasındaki durumlarda bile, Kur'an üzerine yemin etmeye ve İslam hukukunun kullanımına saygı gösteriliyordu.²⁴

II. Roger'ın yönetimi altında, Sicilya, doğu ve batılı bilim adamlarının bir araya geldiği ve fikir, tartışma ve metin alışverişinde bulunduğu bir takas odası haline geldi.²⁵ II. Roger ve II. Frederick'in yaşayışlarına bakılırsa, onların bir Hristiyan'dan ziyade kendi zamanlarındaki Müslümanlara benzedikleri görülür. Onların bu tutumu dini çevreleri o kadar rahatsız etmiş olmalı ki, her ikisi için; "Sicilya'nın vaftiz edilmiş iki sultanı" nitelemesi yapılmıştı.²⁶ Sicilya'da İslam kültürünün Hristiyanları cezbedişinin en güzel örnekleri, bilhassa II. Roger ve II. Frederick devirlerinin saray hayatında sergilenmişti. Bu iki kral Müslümanlar gibi giyiniyor ve onların hayat tarzlarını birçok bakımdan taklit ediyordu. Arap şii sarayda büyük rağbet görüyordu. Krallar memur ve müşavirlerini Müslümanlar arasından seçiyor, Suriye ve Bağdat'tan gelen ulemaya son derece hürmet ediyor ve onları koruyorlardı. Bilhassa II. Frederick, sarayında ilmi ve felsefi sohbetleri teşvik ediyordu. "Müslümanların üstün kültürü bu suretle, İspanya ve Sicilya'da yürütülen ticari münasebetler ve Müslümanların buradaki siyasi varlıkları sayesinde, Avrupa'nın ortasına doğru yavaş yavaş yol almaya başladı. Avrupa Bizans İmparatorluğu ile devamlı ilişki içinde bulunmasına rağmen Müslümanlardan, Bizanslılardan aldığından daha fazlasını aldı."²⁷

Beytül-hikme adı verilen bilim merkezinde üretilen ilmi birikim önce İslam coğrafyasına yayılmış ardından da Endülüs'e ve Sicilya'ya geçerek Avrupa'ya ulaşmıştır. Sicilya'daki ilmi çalışmalar adayı istila eden Normanlarca daha da ilerletilmiş Özellikle II. Frederick zamanında Arapçadan Latinceye yapılan çevirilerle zirveye taşınmıştır. Bu etkinin içselleştirilmesi ardından var olan bu birikimlere ilaveler yapılmasıyla oluşan eklektik yapı asırlarca varlığını sürdürmüştür. Bu durumu tasvir eden tarihçilere göre, İslam kültür ve medeniyeti Sicilya'da fiilen 250 yıl, etkileri bakımından ise 500 yıl varlığını sürdürmüştür.²⁸ Bu birikimle Sicilya,

²³ Lisa Watanabe, "The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe", the Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012, s. 72-73.

²⁴ Alex Metcalfe, "The Muslims of Sicily under Christian Rule" <https://www.researchgate.net/publication/236145055>. s. 296.

²⁵ Mohammed Abattouy, "The Arabic-Latin Intercultural Transmission of Scientific Knowledge in Pre-Modern Europe: Historical Context and Case Studies", The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012, s. 172.

²⁶ Montgomery Watt, İslâm'ın Avrupa'ya Tesiri, Çev. Hulûsi Yavuz, Coşkun Ofset, İstanbul 1986, s. 14.

²⁷ Watt, s. 37, 57.

²⁸ Demiralay, Ağlebiler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat, s. 193.

Endülüs'ten sonra İslâm medeniyetinin Avrupa'ya taşındığı ikinci coğrafya olacaktır. Müslümanların bu bölgeye gelişi ile İslam medeniyetinin tüm birikimler Sicilya üzerinden Avrupa'nın güney bölgelerine, oradan da Avrupa'ya yayılmıştır.²⁹

Kültürlerarası etkileşimde tercümelerin rolüne işaret eden Mohammed Abattouy, Sicilya'nın önemini vurgular. *İtalya çeviri faaliyetinde İspanya'dan çok daha az önemliyken Arapçadan Latinceye, bilgi birikimindeki rolü önemsiz değildi. Güney İtalya ve Sicilya, hem Afrika Konstantin'in on birinci yüzyılda Salerno'ya tercüme hem de özellikle on ikinci ve on üçüncü yüzyıllarda Yunanca eserlerin doğrudan Latince tercüme için önemliydi. İtalya'da her zaman Yunanca konuşan topluluklar vardı ve Bizans İmparatorluğu ile güçlü bağlar mevcuttu. İtalya anakarasına yakınlığı nedeniyle Sicilya, Arap bilim ve teknolojisinin Avrupa'ya aktarılmasında önemli bir rol oynadı. Arap (827-1091) ve Norman (1091-1194) dönemlerinde ada, Arap-İslam medeniyeti ile Avrupa arasında bir köprü idi. Arapların diğer dinlere hoşgörü geleneği, Sicilya'daki Norman kralları tarafından sürdürüldü. Ada üzerindeki İslam kültürünün etkisi o kadar derinleşti ki sanat ve estetikte kalıcı izler bıraktı. Sicilya'daki Arap varlığı, Norman Sicilya'yı karakterize eden sanatsal faaliyetin uyarıcısı oldu. Normanlar altında inşa edilen hemen hemen tüm anıtlar, katedraller, saraylar ve kaleler bir Arap tarzındaydı. Anıtlar ve kalıntılar hala bazı İtalyan şehirlerinde mimari üzerindeki Arap etkisini göstermektedir.*³⁰ Örneğin, II. Roger tarafından başkent Palermo'da inşa ettirilen büyük kilise (Capella) binasının tavanları, Fâtımî tesiri altında kalınarak yapılmış resimler, desenler ve Kûfî yazılarla süslenip bezenmişlerdi. Bu yapıda ve Sicilya'daki diğer abidelerin yapımında Müslüman sanatkarlar kullanılmışlardı. Bu gün Vatikan'daki Hristiyan Müzesi (Museo Cristiano) ve diğer müzeleri süsleyen mücevher kutuları ve piskopos asâları da dâhil, birçok fildişi eşya, bu döneme ait Sicilya-İslam sanatkarlığını en güzel bir biçimde göstermektedir.³¹

III- ETKİLEŞİM DÖNEMİ

Bu günkü İngiliz milleti Breton, Anglosakson ve Norman unsurlarının karışma ve kaynaşmasından meydana gelmiş bir millettir. İngiliz hukuk sistemi de Anglosakson ve Norman hukukunun etkileşiminden doğmuş bir hukuk sistemidir.³² Bu hukuk sisteminin başta Amerika olmak üzere İrlanda, Kanada, Avustralya ve Yeni Zelanda'da uygulanması, İngiliz hukukçular tarafından bu hukukun meziyetlerini ispat için önemli bir delil olarak ifade edilmiştir.³³

²⁹ Demiralay, Ağlebiler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat, s. 30.

³⁰ Abattouy, s. 171-172.

³¹ Philip K. Hitti, Siyâsi ve Kültürel İslam Tarihi, Çev. Salih Tuğ, Özal Matbaası, İstanbul, 1980, C. III, s. 969.

³² Sadri Maksudi Arsal, "İngiliz Âmme Hukukunun İnkişafı Safhaları", C.VI, S.1, (İ. Ü. H. F. M.) Kenan Basımevi, İstanbul 1940, s. 15.

³³ Bay Clive Parry, "İngiliz Hukuk Sistemi", Çev. Fazıl H. Sur, C.I, S.3, (A.Ü.H.F.D.) Maarif Matbaası, Ankara 1944, s. 444.

Normanlar Sicilya adasına hâkim olunca Müslümanlara hoşgörülü yaklaşip onlardan her konuda faydalanmışlardır. I. Roger'ın Bizans'a karşı yaptığı savaşta Müslüman askerler de vardır. II. Roger'ın muhafız birliğinin okçuları Müslüman askerlerden oluşmaktaydı. Tecrübeli devlet adamlarını istihdam edip devlet işlerinde danışmanlıktan, teknik işlere kadar her alanda yararlanmışlardır. Yönetim usulleri, divanı, askeri usulleri uygulamaya devam etmişlerdir. II. Roger hukuk ilmine özel ilgi göstermiş onun hukuk kodu başlangıçta şunu belirtir: “*Hükümdarlığımıza tâbi olan insanların çok çeşitli olması sebebiyle, bunlar arasında şimdiye kadar var olan örf, adet ve kanunlar, onlarda görülenler buradaki fermanlarımıza açıkça aykırı olmadıkça, nesih edilmemiştir.*”³⁴ Bu ifadeler dönemine göre oldukça ileri bir toleransı gösterir. Ayrıca çok hukukluluk kültürünün varlığının da bir göstergesidir. Normanlar, İslâm kültür ve medeniyetini silmek yerine onu korumuş ve ondan yararlanmışlardır. Sicilya Adası'nın İslâm, Bizans ve Latin kültürlerinden oluşan zengin mirasını devralan Normanlar, yeni bir kültür sentezini oluşturmayı başardılar. Normanlar döneminde oluşan bu sentez kültür, Rönesans öncesi Avrupa'nın kültürel değerlerinin oluşumuna önemli ölçüde katkıda bulundu. Ayrıca Normanlar egemenliğindeki Sicilya'da birçok farklı kültür ve inanca sahip toplulukların barış ve uzlaşma içindeki yaşamları, yalnız kendi dönemleri için değil günümüz modern dünyasına dahi örnek teşkil edecek bir düzeydeydi. Tüm bunlar, Sicilya'yı Endülüs'ten üstün kılan önemli noktalarlardı.³⁵ Normanlar idari bürokraside adadaki Müslümanlara görev vermişlerdir. Özellikle Roger'ın idari sistemi Arap idari sistemidir. Doktoru Arap bir Müslümandır. Kâtipleri birçok dil bilmektedir. Devlet kayıtlarını Arapça, Yunanca ve Latince tutmuşlardır. Onlarda idari işleyiş ve mali çalışmalara dair çok sayıda defter ve günlük kayıt tutmuşlardır.³⁶ Normanlar, İslam kültür ve medeniyetine ait kurumsal yapıları adeta kendi birikimleri gibi sahip çıktılar. Bu konuda o kadar doğal davrandılar ki Fâtımî halifesinin lakabı olan ve paraların üzerine yazılan *e'l-Mutezbillah* lakabını kendi adına bastırıldığı sikkelerin üzerine yazdırmış, bu yazıları asli şekli olan Arapça Küfî tarzda yazdırmıştır.³⁷ En dikkat çekici olan ise bastırdıkları paraların üzerinde *Lâ İlâhe İllallâh Muhammed Rasûlullâh* yazısının oluşudur.³⁸ Dahası, birçok Müslüman vali, Sicilya'nın Normanlar tarafından fethinden sonra bile önceki görevlerinden alınmadı. Norman hükümeti, yönetimin mevcut unsurlarını, özellikle bürokrasi ve finans alanında entegre etti. İdari görevlileri çoğunlukla Müslümandı. Hıristiyan olmak, krallık içinde siyasi mevkiler elde etmek için bir gereklilik değildi.³⁹

İtalya'da mali kurumlardaki önemli bir yenilik 11.yüzyılda icat edilen (*collegantia commenda*)'dır. Bu, yatırımcının tüccarın yolculuğunu finanse

³⁴ Mehmeti, s. 49.

³⁵ Şahin, s. 3, 210.

³⁶ Demiralay, Mehmet, “IX. ve XIII. Yüzyılları Arası Sicilya Adasında İslam Kültür ve Medeniyetinin İzleri”, s. 235, 238.

³⁷ Makdisi, J., *The Islamic Origins of the Common Law*, s. 1721.

³⁸ Demiralay, “IX. ve XIII. Yüzyılları Arası Sicilya Adasında İslam Kültür ve Medeniyetinin İzleri”, s. 236.

³⁹ Mehmeti, s. 49.

ettiği sözleşmeli bir anlaşmaydı. Bu tür anlaşmalar, hem “ticari işgücü” ile sermayeyi bir araya getirmesi, hem de ekonomik gelişme için gerekli olan tasarrufun sağlanması açısından sermaye piyasasını harekete geçirmesiyle uluslararası ticareti olumlu yönde etkilemişlerdir. İşin aslına bakılacak olursa, *commenda* ilk kez Ortadoğu’da icat edilmiştir. Kökleri İslamiyet öncesi döneme dayanmakla birlikte erken İslam tacirleri tarafından oldukça geliştirilmiştir. Abraham Udovitch’in belirttiği gibi “Avrupa’nın çok daha sonra *commenda* olarak tanıdığı, ekonomik ve hukuki anlamda türünün ilk örneği olan ticari anlaşma, ilk kez İslam dünyasında (*qirâd*, *muqârada*, *mudârabâ*) şeklinde ortaya çıkmıştır. Kendisi de önceleri bir *commenda* taciri olan Hz Muhammed (sav) için bu yeni bir buluş sayılmazdı. Arap ticaret sistemine ait olan bu sistemi onlarla işbirliği yapan İtalyanların kullanmaya başlaması hiç de şaşırtıcı değildir. 8. yüzyıldan itibaren *qirâd*, sadece ticaret için değil, kredilendirme ve üretimde de kullanılmıştı.⁴⁰

İngiliz hukuk tarihinin hiçbir döneminde şu üç hususun izlerine rastlanmamıştır.

1. Sözleşme hukukunda mülkiyetin borç temelli devredilmesine izin verilmesi hususu İngiliz hukuk tarihinde benzerine rastlanmış bir durum değildir.

2. Jüri huzurunda yargılanma talebi ya da böyle bir hakkın varlığına tarihte rastlanmamıştır.⁴¹

3. Bir kimsenin başka bir şahsın mülkiyet ya da zilyedliğinde bulunan bir mal üzerinde mülkiyet iddiasını “istihkak”⁴² zemininde ispat etmesi ve hâkimin de buna göre hüküm vermesi.

Bunlardan ilki o güne kadar bu kültür ortamında borcun ya da mülkiyetin aynı ya da nakdi olarak el değiştirmekle gerçekleştiği halde common law da nasıl oldu da bu transfer sözlü olarak bir taahhüde dayalı olarak gerçekleşebildi. İngiliz hukuk kültüründe daha önce var olmayan bu anlayış ve uygulamanın kaynağı elbette araştırmaya değerdi. *Zira sözleşme hukukunda mülkiyetin borç temelli devredilmesine izin verilmesi hususu İngiliz hukuk tarihinde benzerine rastlanmış bir durum değildir.* Bu İslam hukukundaki “aqd” denilen sözleşmeye dayalı anlayışın bir yansımasıdır. Çünkü Batı dünyasının hiçbir hukuk sisteminde bu sözleşme şekline emsal teşkil edecek bir yapıya rastlamak mümkün değildir. Ayrıca dış bir etki olmaksızın bu

⁴⁰ John M. Hobson, *Batı Medeniyetinin Doğulu Kökenleri*, (Çev. Esra Ermert), YKY, İstanbul 2015, s. 129.

⁴¹ Jüri huzurunda yargılanmanın tarihine ilişkin yapılan araştırmalara göre, “Anglo-Sakson çağında bu tip bir jüri kurumunun izine rastlanmaz. Zira Ethelbert döneminden (M.S. 568-616) Norman Fethi’ne dek uzanan döneme ilişkin, elimizdeki Anglo-Sakson yasalarının yekûnunda ve o döneme dair kroniklerde farklı değnilere sıklıkla rastlansa da, bu tip bir jüri kurumuyla ilgili bir ima yoktur. İngiliz yeminli tahkikat sistemiyle ilgili olarak kendini en düşük zorlukla sunan ve en yüklü argümanlarla destekleyen teorinin, [sistemin] Normandiya’dan alındığını ileri süren teori olduğu söylenebilir”. J. E. R. Stephens “İngiltere’de Jürili Mahkemenin Ortaya Çıkışı”, Çev. Muzaffer Dülger, C.75, Y.2017, İstanbul Hukuk Mecmuası, ss. 837-848.

⁴² Hamza Aktan, “İstihkak”, DİA, C. XXIII, s. 336-337.

fikrin, on ikinci yüzyıl İngiltere'sinde, emsali olmadan aniden ortaya çıkması akla da yatkın değildir. Oyleyse, bu batı-dışı hukuk sisteminin özelliklerini analiz etmek ve borç eylemi yoluyla İngiliz common law sözleşme hukukunu etkileyip etkilemediğini değerlendirmek için kaçınılmaz olarak İslam hukukuna dönmemiz gerekir.⁴³

Malların mülkiyeti üzerindeki hakların anlaşma sırasında geçtiğine (malların fiziksel transferinden önce bile) dair düşünce on ikinci yüzyılda Batı hukuk sistemleri tarafından bilinmezken İslam'da biliniyordu. İslam sözleşme hukuku (aqd) konusunda tanınmış bir bilgin olan Chafik Chehata, şunu ifade eder: bu dönemde İslam hukukunda, ister taşınır olsun ister istenmez olsun satış sözleşmesi imzalanır imzalanmaz satış nesnesinin mülkü karşı tarafa geçerdi. Böylece İslam hukukundaki sözleşmeden doğan yükümlülüğün kaynağı, İngiliz hukuk fikrinde quid pro quo⁴⁴ kavramını öngörüyordu. Quid pro quo anlamı "Bir şey için bir şey." İdi. Satış sözleşmesi yapıldığında, satıcı alıcıya "bir şey" verdi, bu da satıcıda karşılık gelen alıcıdan bir şey elde etme hakkı yarattı. İngiliz hukuk sisteminde daha önce kurumsal olarak var olmayan böyle bir yapı ve anlayış İslam'da vardı ve İngiliz hukuk sistemi borç ilişkisine dair bu kurumsal yapı ve ona dair kuramsal anlayışı İslam'a borçlu olduğunu kabul etmek hiç de yadırganmamalıdır.⁴⁵ Gonzalez bu iddialardan "mülkiyetin teslimattan önce sözleşmeye binaen transferi" konusundaki farkın son derece önemli olduğunu işaret eder. Bu farkın hiç de anlamsız olmadığına vurgu yapar.⁴⁶

İngiliz hukuk tarihçileri jüri sisteminin kurumsal yapısının kaynağının tespitinden daha önemli olan hususun böyle bir hakkın felsefi zeminin tespiti olduğunu vurgulamışlardır. Konu şu soru etrafında düğümlenmiştir: Jüri müessesesinden *daha önemlisi, herkesin jüri tarafından yargılanma hakkı olduğu fikrini nereden aldı?* Çünkü hukuk felsefesi açısından böyle bir hakkın kaynağını düşünsel olarak var olan hukuk kültüründe izlerini bulmak mümkün değildir. İngiliz yargılama hukukuna ilişkin son derece ilkel yöntemlerin uygulandığı bir dönemde nasıl oldu da son derece hukuki olan

⁴³ Makdisi, J., "The Islamic Origins of the Common Law", s. 1650.

⁴⁴ İngilizceden çevrilmiştir-Quid pro quo, bir transferin değerine bağlı olduğu mal veya hizmet alışverişinde bulunmak için İngilizce'de kullanılan Latince bir cümledir; "bir iyilik için bir iyilik".

⁴⁵ Makdisi, J., "The Islamic Origins of the Common Law", s. 1658.

⁴⁶ Marc-Tizoc González, John Makdisi on the Intercultural Origins of the Common Law, Intercultural Human Rights Law Review, Forthcoming (Vol. 14) UNM School of Law Research Paper No. 2019-13 s. 172. (Mülkiyetin kabzdan önce nakli konusu İslam hukuk ekollerinden Maliki mezhebince kabul edilmiş bir görüştür. Müellif İngiliz hukuk sistemi için son derece önemli bir fark olduğuna vurgu yaparken ne denli haklı olduğuna ilişkin şu anekdotu sunmak isterim. Bilindiği gibi Mecelle hazırlanırken Hanefi ekolünün görüşleri esas alınmış; meşru olmasına rağmen diğer hukuk ekollerinin görüşlerinden istifade edilmemişti. Maliki ekolünde mevcut olan "mülkiyetin kabzdan önce transferine izin verilmesi" görüşünden istifade edilmemesi Mecelle için bir eleştiri zemini oluşturmuştu. Maliki ekolüne ait bu görüşün Mecelleye alınmaması büyük bir eksiklik olduğu zira bu görüşün o dönemde dünya ticaret hukuk sistemi açısından son derece ileri olduğu ifade edilmişti.)

jüri sisteminin uygulanmasına rastlandı Çünkü bu dönemde ordeal denilen ve kişinin suçlu ya da masum oluşunu tespit etmek için uygulanan son derece ilkel ve acımasız bir yöntem vardı. Kişi ateş ya da suya maruz bırakılır suçsuz ise bu işkenceden kurtulur. Tabii ki bu konuda metafizik bir desteğin duruma müdahil olduğu düşünülürdü. Ayrıca yargılamada jüri sistemi common law dan önce ne Roma hukukunda ne de kıta Avrupa'sında bilinen bir durum değildi. Bu uygulama ve anlayışın kökeni araştırıldığında katıksız olarak Sicilya etkileşim alanı üzerinde Maliki hukuk ekolündeki benzer kurumsal ve kuramsal yapı ile ilişkilendirmek hiç de zor değildir. Daha önce zikrettiğimiz etkileşim zemini Sicilya olarak karşımıza çıkıyor aynı şekilde etkileşim dönemi olarak II. Henry'nin iktidarda olduğu dönem işaret edilmektedir.⁴⁷

İslam hukuk kurumları ile dönemin Avrupası'nın hukuk uygulamaları arasındaki durumu Boisard şu şekilde betimlemektedir: *Bütün bunların ötesinde, İslâm hukukunun yüksek ahlâkî standardı Orta Çağ Avrupası'nı hayran bırakıyor ve daha saf bir hukukî düşüncenin gelişmesini teşvik ediyordu. İşin bu yönü, adli yönetimle de örnekendirildiği gibi Müslümanların etkisinin en çok arz eden unsuruydu. Haçlı seferlerine kadar Batı'da tanrısal yargılama usullerini de içeren hukukî prosedür, kaynar su ya da düello, kişinin kızgın demirle dağlanması veya kızgın yağla yakılması gibi acılı tecrübelerden meydana gelmekteydi ki, şayet sağ kalmayı başarabilirse suçlu olmadığı ilan edilirdi. Bunun tam tersine iki anlayış arasında nasıl bir fark olduğunu göstermek için VII. yüzyılda Hz Ömer tarafından kadı/hâkimlere verilen talimatı zikretmek yeterli olacaktır: Yalnızca delillere göre karar ver; zayıflara nazik davran ki, kendilerini serbestçe ve korkmadan savunabilsinler. Tarafları uzlaştırmaya çalışarak onlara eşit davran. İslam'ın başlangıcından itibaren zanlı, suçlu olduğu ispat edilinceye kadar masum kabul edilmiştir. Muhakkak ki, IX. Louis'in kraliyet müfettişlerini atamak, şahitliği delil olabilmesi prensibini ihdas etmek ve kişinin kraldan af dilemek için müracaatına izin vermek suretiyle Fransız hukuk kurumunu meydana getiren bir kral olması tesadüf değildi. Onun sunduğu yasama Avrupa'da hukuk tarihi açısından bir dönüm noktası olmuştur. Hatırlananlar da kifayet etmektedir ki bu konuda ortaya çıkan popüler betimleme bir yanlışlığı sonucu değildi. Zira IX. Louis, zamanın filozof ilahiyatçılarından yararlanmış, St. Thamos Aquinas'tan istifade etmiştir. Ancak İslam'ın tesiri daha doğrudandı. Kral önemli hukuk reformlarını Filistin'den dönüşünde gerçekleştirdiği için böyle bir varsayımda bulunabiliyoruz.*⁴⁸

J. A. Makdisi İslam hukuk ekollerinden Maliki mezhebinde ihdas edilmiş "lafif" tanıklık sisteminin İngiliz jüri sistemini doğurduğunu iddia etmişti. Avrupa hukuk kültürü içinde jüri sistemine kaynaklık etmesi muhtemel tüm verileri değerlendirdikten sonra güçlü bir vurgu ile bu kurumun (lafif) İngiliz jüri sistemine kaynaklık etmiş olabileceği yönündeki kanaatini ortaya koymuştur. Makdisi'nin tüm bu iddialarını değerlendiren Gonzalez, Makdisi'nin iddialarını inceledikten sonra şu kanaatini izhar

⁴⁷ Sir Frederic Pollock and Frederic William Maitland, *The History English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge at the University Press, 1898, Volume I, s. 143.

⁴⁸ Marcel A. Boisard, "Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm'ın Muhtemel Tesiri Üzerine", Çev. Şemsettin Ulusal, Y.4, S.2, güz 2004, marife, s. 258.

etmiştir: “İslami lafif ve İngiliz jürisinin özelliklerini karşılaştırmasının sonunda, kendimi ikincisinin önemli ölçüde birincisinden türedigiğine ikna oldum”⁴⁹

İngiliz hukuk tarihinde kendisi ile iftihar edilen bir ilke de "assize of novel disseisin" dır. İngiltere'de jüri kurumu, "özgürlüklerimizin paladyumu" olarak büyük değer görmektedir.⁵⁰ Bu ilkenin dayandığı anlayışın köklerine ne Normanlarda ne de Anglosakson yasalarında rastlanmazken acaba bunun kökeni nedir? sorusu gizemini sürekli korudu. Makdisi, “bu ilkenin kökeni bir sır olarak kaldı” derken bu konudaki kanaatini Milson’un “assize of novel disseisin, ilkesi common law tarihinin en büyük gizemini oluşturmaktadır” ifadesi ile pekiştirmektedir. Gerçi bu gün bile hala bu ilkenin II. Henry tarafından yaratıldığına dair iddia varlığını korumaktadır. Ancak bu varsayımsal kabulün ötesinde onun (asseize) kökeni hakkında neredeyse hiçbir şey üzerinde ittifak edilememiştir. Ayrıca tüm çabalara rağmen hiç kimse bu ilkenin köklerini ne Roma hukukunda ne de Canon law’da bulabildi. İslam hukukundaki “istihkak” ile İngiliz hukuk sistemindeki “gasp edilen malın geri alınması” ilkesi karşılaştırıldığında her iki hukuk sisteminde de taraflardan birinin diğeri için bir kanıtı olmadığı zaman bu ilkesel yaklaşım devreye girmektedir.

SONUÇ YERİNE

İngiliz hukuk tarihini araştıran akademisyenler kurumsal ve kuramsal olarak bu hukuk anlayışı/sistemi ile doku farklılığına sahip alanlar tespit etti. Bu alanlardaki etkileşimin yakın çevre ile irtibatını araştırdıklarında ontolojik farklılığın devam ettiğini gördüler. Araştırma alanları derinleştikçe farklı kültürlerin etkisi akla geldi. Ancak bu etkileşim için uygun bir coğrafi zemin ve bu etkileşimi mümkün kılacak toleranslı bir ortamın olması gerekirdi. Bu etkileşim zeminini olarak Sicilya, etkileşim dönemi olarak da Henry ve Roger dönemleri bu imkânı barındırıyordu. İslam hukukundan mülhem kurumsal yapıların varlığı, benzer kavram ağlarının kullanılması ve düşünsel olarak etkinin mümkün olduğu birçok alan tespit edildi. Kuzey Afrika’da hâkim olan İslam hukuk ekollerinden Maliki ekolünün etkisi kolaylıkla fark edilecektir. Kurumsal olarak Bağdat merkezli olmak üzere birçok medeniyet merkezinden mülhem kurumsal etkileşimler görülmektedir. Avrupa hukukundan tamamen farklı bir hukuk sistemi ile XXI. yüzyıla giren ve bu hukukla ekonomik, sosyal ve siyasal olarak dünyanın belli başlı birkaç ülkesinden biri olmayı başaran İngiltere devletinin bu başarısını öz güvenine bağlamak abartı olmayacaktır. Tümüyle gelenek, örf ve adetlere dayalı bir hukukla bu başarıyı yakalamış, bu konuda herhangi bir tereddüt de yaşamamıştır.

İslam hukukunun içtihadı dayalı gelişimi ile İngiliz hukuk sisteminde hâkimlerin örf ve adetlere dayalı içtihatları önemli benzerlik alanlarını oluşturmuştur. Gerek İngiliz common law sistemindeki yargı kararları gerekse İslam hukukundaki içtihat faaliyeti belli bir sistem içinde işlerken her zaman aynı mantık örgüsü içinde işlemez. Hâkimler ya da müçtehitler

⁴⁹ González, s. 178.

⁵⁰ Mehmeti, (Eric Gerald Stanley’den naklen) s. 55.

hukuk içinde kalarak rutin dışında hareket edebilirler. Gerekçeler ortaya konulduğunda bunun bir hukuk mantığı içinde kurgulandığı kolaylıkla fark edilir. Bilindiği gibi İngiliz hukuk sisteminde hâkimler kendilerinden önceki hâkimlerin verdikleri yargı kararlarına benzer davalarda kendilerini bağımlı hissederler. Hâkimlerin hukuktaki bu merkezi rolleri İngiliz hukuku için hâkim(ler) hukuku olarak nitelendirilirken İslam hukuku için de benzer bir ifadeyle kadı hukuku tanımlanması yapılmıştır.

KAYNAKÇA

Abattouy Mohammed, "The Arabic-Latin Intercultural Transmission of Scientific Knowledge in Pre-Modern Europe: Historical Context and Case Studies", *The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan, 2012.

Aktan H, "İstihkak", *DİA*, c. XXIII.

Arsal Sadri Maksudi, "İngiliz Âmme Hukukunun İnkişafı Safhaları", C. VI, S: 1, (İ. Ü. H. F. M.) Kenan Basımevi, İstanbul 1940.

Boisard Marcel A., "Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm'ın Muhtemel Tesiri Üzerine", *Çev. Şemsettin Ulusal*, marife, Y. 4, S. 2, güz 2004.

Cattan Henry, "The Law of Waqf", *Herbert Law in the Middle East*, Vol. 1, Washington 1955.

Demiralay M, "IX. ve XIII. Yüzyılları Arası Sicilya Adasında İslam Kültür ve Medeniyetinin İzleri".

Demiralay M, *Ağlebiler Devrinde Sosyal ve Kültürel Hayat*, "Basılmamış Yüksek Lisans Tezi", Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Fendoğlu H T, *Anayasal Derinlik*, Yetkin Yayınları Ankara 2012.

Fendoğlu H T, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Gaudiosi Monica M., "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol:136/1231. https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3909&context=penn_law_review.

González Marc-Tizoc, *John Makdisi on the Intercultural Origins of the Common Law*, *Intercultural Human Rights Law Review*, Forthcoming (Vol. 14) UNM School of Law Research Paper No. 2019-13.

Hitti Philip K, *Siyâsî ve Kültürel İslam Tarihi*, *Çev. Salih Tuğ*, Özal Matbaası, İstanbul 1980.

Hobson John M, *Batı Medeniyetinin Doğulu Kökenleri*, *Çev. Esra Ermert*, YKY, İstanbul 2015.

Juraev Nosirjon, "Sources of law in Civil, Common and Islamic Legal Systems", 2010, Munich, GRIN Verlag, <https://www.grin.com/document>.

Makdisi George, *İslâm'ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitim*, *Çev. Hasan Tuncay Başoğlu*, Elma Basım, İstanbul 2007.

Makdisi G, *İslâm'ın Klasik Çağında ve Hıristiyan Batı'da Beşerî Bilimler*, *Çev. Hasan Tuncay Başoğlu*, Elma Basım, İstanbul 2009.

Makdisi John A, "The Islamic Origins of the Common Law", *77, North Carolina Law Review*, 1635-1739, 1999.

J. Makdisi, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", *33, American Journal of Comparative Law*, 63-92, 1985.

Mehmeti S, 'Possible Influences of Islamic Law on Some Institutions of English Common Law'. <https://www.researchgate.net/publication/362304429>

Metcalf Alex, "The Muslims of Sicily under Christian Rule" <https://www.researchgate.net/publication/236145055>.

Parry Bay Clive, "İngiliz Hukuk Sistemi", (Çev. Fazıl H. Sur), (A.Ü.H.F.D.) C. I. S. 3, Maarif Matbaası, Ankara 1944.

Pollock, Sir Frederic and Maitland, Frederic William, *The History English Law Before the Time of Edward I*, Cambridge at the University Press, 1898, Volume I.

Potz Richard, "Islam and Islamic Law in European Legal History". <https://www.semanticscholar.org/paper/Islam-and-Islamic-Law-in-European-Legal-History-and-Potz/f0db82b7ea5c2777a9800a22ae0cd402aa39ddfb>.

Power David S, Hukuk Toplum ve Kùltür, Çev. İsmail Eriş, Klasik Yayınları, (Birinci Basım) İstanbul 2014.

Stephens J E R, "İngiltere'de Jürili Mahkemenin Ortaya Çıkışı", (Çev. Muzaffer Dülger) İstanbul Hukuk Mecmuası, Yıl 2017, C. 75.

Suleiman Haitam, "The Islamic Trust Waqf: a Stagnant or Reviving Legal Institution", Electronic Journal of Islamic and Middle Eastern Law | Vol. 4/32, (2016).

Şahin S, Normonlar Döneminde Sicilya Adası, (11-12. Yüzyıllar), "Basılmamış Doktora Tezi", Elazığ, 2012.

Vinogradoff Paul, Ortaçağ Avrupası'nda Roma Hukuku, Yayına Hazırlayan: Mehmet Tevfik Özcan, Göçebe Yayınları, İstanbul 1997.

Watanabe Lisa, "The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe", the Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West, (Ed. Nayef R. F. Al-Rodhan), 2012.

Watt Montgomery, İslâm'ın Avrupa'ya Tesiri, Çev. Hulûsi Yavuz, Coşkun Ofset, İstanbul 1986.

Yelkenci I, "Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış", C. 28, S. 2, Aralık 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.