

## MAKALE ÇEVİRİSİ

### İNGİLİZ MAHKEMELERİNDE İSLAM HUKUKUNUN UYGULANMASI<sup>1</sup>

Yargıç David Pearl

Prof. Dr. Haluk SONGUR\*

1995'te Noel Coulson<sup>2</sup> (Ç.N) anısına benden konferans vermem talep edilmesi benim için büyük bir onurdur. Noel ile ilk defa 30 yıl önce Cambridge Üniversitesine her cumartesi, bugünlerde çok popüler olan “Muhammedan Law (Muhammed Hukuku-İslam Hukuku) üzerine seminerler vermek ve hukuk bitirme sınavları için geldiğinde görüşmüştüm. Bu seminerlere araştırma görevlisi olarak katıldım. O zaman ilk defa ondan dinlediklerim ve öğrendiklerim vasıtasıyla hayatımı vermiş olduğu alan hakkında bilgi sahibi oldum.

---

<sup>1</sup> Tercümesini sunduğumuz çalışma, Londra Üniversitesi, The School of Oriental and African Studies (SOAS), Center of Islamic and Middle Eastern Studies (CIMEL) tarafından, meşhur müsteşriklerden olan Noel Coulson anısına 1995'te düzenlenen konferanslardan Yargıç David Pearl tarafından sunulan “The Application of Islamic Law in English Courts” adlı makaledir. Makalenin içerisindeki dipnotları olduğu belirten tarafımızdan yapılan açıklama ve ilaveler çevirmenin notu (Ç.N.) şeklinde belirtilmiştir.

Bu tercüme farklı bir versiyonu bir giriş ve tercümeden müteşkil olarak daha önce SOBE dergisinde yayınlanmıştır. (Songur Haluk, “İslam Hukukunun Modern Dönem Mahkemelerindeki Yeri ve “İngiliz Mahkemelerinde İslam Hukukunun Uygulanması” Adlı Makalenin Çevirisi”, SOBE, Sosyal Bilimler Evi, yıl:4, sayı:4-5, s. 67-77.)

\* SDÜ Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, hasongur@hotmail.com.

<sup>2</sup> (Ç.N.) İslam Hukuku ve Tarihi alanında Joseph Schacht'den sonra en önemli oryantalistlerdendir. 18 Ağustos 1928'de İngiltere Lancashire Blackrod'da doğan Noel James Coulson, askerliğini Kıbrıs ve Süveyş bölgesinde istihbarat subayı olarak yaptı. Coulson, askerliğe müteakiben Oxford Üniversitesine gitti. Burada meşhur müsteşriklerden Joseph Schacht'nin tavsiyesi üzerine Fas Kütüphanelerinde bulunan Fıkıhla ilgili el yazmaları hakkında yüksek lisans ve doktora yaptı. Londra Üniversitesi SOAS'e (School of Oriental and African Studies) davet edildi ve burada İslam Hukuku dersleri verdi. 30 Ağustos 1986'da 58 yaşında öldü. Geniş bilgi için bakınız: Ferhat Koca, “İslam Hukukçusu ve Hukuku Tarihçisi Noel Coulson: Hayatı, Eserleri, Görüşleri”, İslam Hukuku Araştırmaları dergisi Sayı:4, 2004, s. 75-85

Benim bu akşamki konum Noel'in hayat boyu ilgilendiği bir konu olan, İngiliz mahkemeleri nezdinde (bağlamında) İslam Hukukunu nasıl anlatılabileceği ve uygulama alanı bulabileceği meselesidir. Noel, İslam Hukukunun, 20. yüzyılın ikinci yarısındaki İngiliz toplumuyla pratik (uygulamalı) bir alakaya sahip olduğu gerçeğini fark etmiştir. Çalışmaları ve mahkeme oturumları vasıtasıyla İslam hukuk prensiplerinin anlaşılması ve hangi durumlarda uygulanmasının gerekli olduğu noktalarında çok önemli bir rol oynamıştır.

Son dönemlerde Yargı Çalışmaları Heyeti, Etnik Azınlıklar Danışma Komisyonu, yargıçlara yönelik olarak Birleşik Krallıkta yaşamakta olan etnik azınlıkların örf ve adetlerinin anlaşılmasına yardımcı olacak bir eğitim programına girişti. Bu hususta kayda değer oranda basılı materyal vardır ve bütün hâkimlere yönelik düzenlenmiş olan yatılı devam eden program tam da merkezi konumdadır. Dolayısıyla artık hâkimlerin gördükleri davaları esnasında ortaya çıkan pek çok durumu daha çok anlayıp farkında olmaları beklenebilir. Son günlerde bir bölge yargıç hâkimi tarafından basına şöyle yazılmıştır: "...bir dava ileri araştırma gerektiren etnik unsur içerdiğinde hâkimin bu durumu tanınması çok önemlidir ve şayet gerekli olursa uygun bir bilirkişi temin edilmelidir. Doğru mülahazalar sunabilmesi ve davayı doğru bağlamında değerlendirilebilmesi için, bu tür durumları hâkimin dikkatine sunmak avukatların açık bir vazifesidir."<sup>3</sup>

Bilirkişilere intikal eden esas sorumluluk, Profesör Coulson'ın yeminli ifadeleri ve İslam Hukuku ve örf hakkındaki şifahi şهادetleri hem zamanında daha da önemlisi bugün mahkemeler için önlerine gelen davaları daha iyi kavramaları noktasında büyük bir öneme sahiptir. Kaçınılmaz bir şekilde İngiltere ve Galler (Skotland dâhil) mahkeme ve heyetleri yıllar boyu bizim adamızda yaşayan Müslümanların dâhil olduğu çok ilginç ve karmaşık meselelerle karşı karşıya kaldılar. Evlilik ve boşanmanın geçerliliğine, çocukların vesayeti ve bakımına dair meseleler

<sup>3</sup> May [1995] Fam Law 260. Bakınız Bölge Hâkimi Judge Stephen Gerlis, "Racial Awareness for Judges". ("Yargıçlara için Irk Farkındalığı"), Mayıs, 1995, Fam Law, 260

bunların en önemlileridir. Bu meseleler son yıllarda Sosyal Güvenlik, Emeklilik Yasası ve özellikle de Göç Yasasıyla alakalı olarak düzenli bir şekilde artış gösterdi. Aynı derecede önemli olmak üzere Müslüman toplulukla ilgili olarak aşağıdaki meseleler de son yıllarda mahkemeleri işgal etmiş durumdadır: anlaşmalı evlilikler, mehir ve uygulanması ve Müslüman evlilik anlaşmasının diğer yönleri, evlilik kayıt düzenlemeleri, ebeveyn nafakası, Müslüman boşama formlarının tanınması ve Müslüman mirasçılarının miras hakları. Öncelikle Müslüman dünya ile olan ilişkilerin artmasıyla birlikte artık bu ülkede az da olsa kayda değer bir Müslüman nüfusu yaşamaya nedeniyle, bunun dışındaki meseleler ticaret hukukuyla ilgili ortaya çıkar.

Profesor Coulson'ın etkisini gösteren en erken örnek Alhaji Muhammed-Knott davasıdır.<sup>4</sup> Bu davada Kuzey Nijerya'da 13 yaşındaki bir kızla İslami usule göre evlenen Kuzey Nijeryalı - Kuzey Nijerya yasalarına göre poligami yasaldır- koca vardır. Bunlar (eşler) kısa bir süre sonra İngiltere'ye gelir ve karı-koca hayatı sürerler. Konu bir şikâyet üzerine yargıcın önüne gelir ve -o zaman yürürlükte olan Genç ve Çocuklar yasası madde 62-, onları çocuk koruma kuralları içerisine sokar. Bu madde mahkemeye, kızın (eşin) bakım, korunma ve kontrol ihtiyacı içerisinde bulunduğunu ilan etmesini sağladı ve ayrıca kız 1963 Çocuk ve Gençler yasası madde 62 uyarınca ahlaki bir tehlikeye de maruz kalmıştır.

Profesör Coulson, Nijerya Müslümanların uyduğu evlilik hukuku ve örfü hakkında mahkemeye deliller sundu. Bu deliller mahkemede çürütülemedi. Deliller onlar tarafında şu şekilde özetlenmiştir: "Özetle evlilik, gelin ve damadın aileleri veya velileri arasındaki basit bir akitle yürürlük kazanmıştır. Damat mehir ödemek durumundadır. Her zaman olmasa da bazen evlilik akdinin imzalanmasından sonra dini bir tören ve düğün ziyafeti verilir. Bundan sonra gelinin ailesi tarafından göstermelik şekli olarak damada teslim edilme töreni vardır. Kızların evliliği için asgari bir yaş sınırı yoktur ancak buluş çağına (ergenlik

---

<sup>4</sup> [1969] 1 QB 1.

dönemine) ulaştığına dair kesin deliller olmadıkça gelinle aynı evde veya onunla karı koca yaşamak yasal (meşru) değildir. Neticede İslam Hukukuna göre kız çocuğunun 9 yaşından önce ergenliğe ulaşamayacağı öngörülmüştür. O da 15 yaşında balığ olmuştur. Müslüman hukuku poligamiye müsaade eder ve bir erkek dörde kadar evlenebilir.<sup>5</sup> Boşama karşılıklı rıza ile veya herhangi bir sebeple ve kocanın talebi üzerine her zaman gerçekleşebilir.”<sup>6</sup>

Evlilik, İngiliz yasalarına göre ister geçerli kabul edilsin isterse edilmesin bu davada hâkimler, kızın ahlaki bir tehlikeye maruz durumda bulunduğu, aralarındaki evliliğe rağmen bu adam ve kadının birlikteliklerinin devamı “herhangi normal bir İngiliz erkek veya kadına” göre çirkin (aykırı) bir durum olduğu görüşündedirler. Bu şartlar altında şikâyet daha sonra *fit-person order*<sup>7</sup> (normal kişi) koruma yasası olarak bilinen durumu ispatladı ve ortaya koydu. Ayrıca onlara kızı yerel otoritenin bakımına bırakılmasını sağlamıştır. Bu karar temyiz edildi ve Bölge Mahkemesi şuna karar verdi: Öncelikle Profesör Coulsun’un sunduğu çürütülemeyen delilin etkisiyle bu evlilik İngiliz yasalarına göre geçerli olarak tanınmıştır. Ardından Bölge mahkemesi, yerel mahkemenin kararını tersine çevirdi.

Lord Parker CJ şöyle dedi: kızın ve adamın geldiği ortamın yaşam biçiminin farkında olan “normal bir İngiliz erkek veya kadın, kaçınılmaz bir şekilde (şüphesiz) onların birlikteliğini evliliklerine rağmen çirkin bir durum olarak nitelendiremez.

---

<sup>5</sup> Burada Coulson İslam Hukukuna dair aktardıklarını elbette fıkıh külliyatında bulmak mümkündür. Ancak fıkıh külliyatını bundan ibaret saymak doğru olmaz. Çünkü ilk İslam Aile Kanunu olan 1917 tarihli Osmanlı Aile Hukuk-i Kararnamesi getirdiği pek çok yeniliklerden biri de kız çocuklarının evliliğini asgari yaş sınırlaması konulmasının yanı sıra, poligamiyi de dolaylı olarak sınırlamasıdır. (Ç.N.)  
<sup>6</sup> [1969] 1 QB 1 at pp 6, 7.

<sup>7</sup> 1989 Çocuk Yasası madde 31 uyarınca, vesayet ve gözetim düzenlemeleri hususunda yerel otoritenin yetkilerini inceleyiniz. Mahkeme çocuğun zarar gördüğü veya büyük bir zarar göreceği hususunda ikna edilmelidir. Mer'i İngiliz Hukukunu genel bir incelemesi için bakınız: A. Bainham with S. Cretney 'Children. The Modern Law (Jordan, 1993).

Davanın dili 30 yıl geçmiş olduğu için biraz karmaşık olmasına rağmen dava hala mahkemelerdeki önemli meselelerde İslam hukukuyla ilgili uzman şahadetinin önemini hatırlatıcı olmayı sürdürmektedir.

Dava aynı zamanda daha sonraları hukuk basın çevrelerinde tartışma konusu olduğu içinde ilginçtir.<sup>8</sup> Şimdi St Anne College Oxford rektörü olan Ruth Deech, New Law Journal'da (Yeni Hukuk Dergisi) Mahkeme reisinin kararını eleştiren bir makale yazmıştır. O şunu söyler: "Kız hiç İngilizce bilmemektedir ve muhtemelen kocasından zührevi bir hastalık kapar ve neticede çocuk sahibi olur. Eğer küçük gelinler hakkındaki istatistiklerin bir anlamı varsa önümüzde yıkılmaya mahkûm bir evlilik görülmektedir ve kadının ileride eğitimsiz, terkedilmiş, hayatını kazanamayan, çocuklarına bakamayan, devlete yük olan bir halde tasavvur edebiliriz."<sup>9</sup> Diğer bir grup Bayan Deech'in görüşünün aksini savunmuş.

Bayan Deech tarafından dile getirilen duygu ve düşünceler 1980 Göçmen Yasası tadilatında yankı buldu. Şöyle ki; artık 16 yaşından küçük kişilerin eşler olarak Birleşik Krallığa girişi yasaklandı. 1986 yılında meydana gelen iki olay yasa değişikliğiyle sonuçlandı. Bu olayların ilkinde 12 yaşında İranlı bir gelin, diğerinde de 13 yaşında Ummanlı bir gelin vardır.

Muhammed ile Knott davasındaki evlilik İngiliz yasalarına göre meşru kabul edildi. Tabii durum her zaman böyle olmayacaktır. Örneğin Pakistan'da ziyaretçi pozisyonunda geçici olarak bulunan bir Pakistanlı erkek, Pakistanlı topluluktan İngiliz bir kızla Müslüman geleneklerine göre evlenir ve ardından Pakistan'a döner. Oradan İngiltere'ye ikamet için giriş başvurusu yapar. Bu evlilik 1949 Aile Hukuku Kanunu şartlarını taşımadığı için bu ülkede geçerli değildir. Bununla beraber taraflar kendilerini evli sayabilirler. Bir kişi İngiliz sponsor üzerinden evliliğe dayalı ikamet

<sup>8</sup> Bazı yorumlar Poulton'un "İngiliz Hukuku ve EtnikAzınlık Örfleri" adlı eserinde işaret edilmiştir. (1986) s: 21.

<sup>9</sup> (6) Ruth Deech, "Immigrants and Family Law" 123 New Law Journal 110 at 111

için bu ülkeye girişin çok zor olduğunu görecektir. Birleşik Krallık evlilik ve nişana dayalı yapılan ikamet başvurularında pek çok diğer gerekliliklerin yanında evliliğin amacının bu ülkeye girişi kolaylaştırmak olmadığını tespit etmek zorundadır.<sup>10</sup> Devlet Bakanlığı, daimi ikamet için başvuranların, beş yıl veya daha fazla evli olmaları veya çocuk doğması halinde başvurularını kabul etmek için ekstra kanuni imtiyazı işleme koyar.<sup>11</sup> Tarafların 5 yıl evli kalması veya çocuklarının olması hali, evliliğin amacının ülkeye girişi kolaylaştırmak olmadığını bir delili olarak kabul edilir. Ancak bu “imtiyaz” nişanlılar için geçerli değildir.

Bu ülkede 1949 Aile Hukuku gereklerini yerine getirmeksizin Müslüman töreniyle evlenenler, ilk ikamet başvurusunun kendisi tarafından değerlendirildiği giriş kontrol memuru tarafından kesinlikle nişanlılar olarak tanımlanacaklardır. Muhtemelen Pakistan’daki baskın sosyal şartlar başka türlü bir nikâh töreni yapmalarına da müsaade etmemektedir.

Uzman şahadetinin (bilirkişi raporunun) ne kadar önemli olduğunu gösteren İngiliz davalardan bir örnek de şudur. R ile Devlet Bakanlığında iç işler uzmanı olan çalışan Musarrat Yasmeen<sup>12</sup> arasındaki davadır. Bu davada yargıç (daha sonra da olduğu gibi) (Woolf J) Dr Doreen Hinchcliffe tarafından sunulan raporu dinlemiştir. Nitekim yargıç Woolf J, bu rapora dayanarak Pakistan’da bir Müslüman evliliğinin tescili için gerekli şartlar üzerinden bu olay hakkında karar verebilmiştir. Burada yargıç, Abdulla ile Khaton<sup>13</sup> arasındaki davada Abdulla J. tarafından uygulanan Dr. Hinchcliffe tarafından kendisine örnek olarak sunulan yaklaşımı uygulamıştır. Yargıç Woolf J şunu söyledi: “Önüme gelen malzemeleri göz önünde bulundurduğumda bu davaya uygun yaklaşımın, bilgili yargıcın ilgili davada işaret ettiği yaklaşım olarak görünüyor, ki orada durum şudur: Pakistan mahkemeleri

---

<sup>10</sup> (7) HC 395 Paragraf: 281

<sup>11</sup> (8) 210 HC Resmi Rapor (6. seri) sütun:523-524 (30 Haziran 1992)

<sup>12</sup> (9) Rapor edilememiş, 11 Ocak 1982 (QBD)

<sup>13</sup> (10) (1967) PLD Dacca 47

evlilik belgesinin olmamasını, sadece geçerli bir evlilik olmadığı hissini uyandıran bir şüphe olarak olarak görülür daha fazla değil.”<sup>14</sup>

Bu sırada Dr. Hinchliffe, öte yandan R. Se (küçük)<sup>15</sup> davasında da bilirkişi raporuyla söz sahibi oldu. Bu çetin velayet davası Temyiz Mahkemesine kadar geldi. Temyiz, iki çocuk annesi bir Pakistanlı tarafından, biri 7 yaşında kız diğeri 3 yaşında erkek çocuğunun birkaç hafta önce İngiltere’ye getirilmelerinden hemen sonra Pakistan’daki babalarının yanına derhal döndürülmelerine dair bir Yüksek Mahkeme kararı hakkındadır. Konsey, (Yüksek) mahkeme tarafından, İngiltere mahkemelerinde uygulanan kararları veren aynı hukuk sisteminin geçerli olmadığı bir bölgeye derhal geri gönderilme kararının verilemeyeceğini belirtti.

Pakistan 1890 Vesayet ve Koruma Yasası madde 17 şöyle der: “Küçüğün fiziki bakımının sözkonusu olduğu bir nizada durumuna göre çocuğun saadeti için daha iyi olacağı hallerde çocuk bağlı olduğu hukuk tarafından yönlendirilecektir.” Bu yasa nedeniyle konsey çocukları anneye verdi. Burada çocuğun saadeti Müslüman hukuka atıfla belirlendi. Ki bu hukuk bu davaya has olarak çocukların büyütülmesi süreci sıkı bir şekilde anneye bağladı ve anne ekstra bir evlilik durumuna girmiştir.

Temyiz Mahkemesi, Konseyin bu ayırma kararını reddederek kararında direndi. Balcombe LJ. Şunu söyledi: Bunlar Pakistanlı çocuklar ve bunların yurtları Pakistan. Nolan N. J. Pakistan ile İngiliz hukuku arasındaki farkı göstermek için yeminli beyanı ve Muhammad Basher ile Ghulam Fatima<sup>16</sup> arasındaki davayı örnek gösterir. Burada Pakistan Mahkemelerinin çocuğun saadetine etkilemesini dikkate aldıklarını fakat bunun Müslüman bakış açısıyla yaptıklarını belirtir. Nolan NJ. bu yaklaşımı ne garip ne de reddedilmesi gereken bir durum olarak görür. Nolan NJ.

---

<sup>14</sup> (11) Müslüman Aile Hukuku Yasası 1961, s 5

<sup>15</sup> (12) (1993) 1 FLR 297

<sup>16</sup> (13) (1953) PLD Lahore 73.

Mahkemenin, “Vatanları Pakistan olan Müslüman ailelerin Müslüman çocukları için Pakistan hukuku kuralları İngiliz standartlarına göre uygundur” görüşünü destekledi.

Çocuklarla ilgili bu davalarda mahkemelerin bir karar vermesi çok zordur. R.Se. (küçük) davasında Temyiz Mahkemesinin kararından sonra gelen yorumların çoğu eleştireldi. Bunlardan daha problematik olan durum ise Müslüman boşamasıdır. Bu mesele pek çok dava vesilesiyle mahkemeleri işgal etmiş durumda. Bu davaların çoğunda mahkemeye tek veya iki taraf da uzman raporu sunmaktadır.<sup>17</sup> Öte yandan Göçmen Temyiz Komisyonu ve Göçmen Temyiz mahkemelerinin önündeki pek çok durumda hukuki yardımın olmadığı hatta hiç uzman raporunun olmadığı durumlar vardır.

Mahkeme ve Mahkeme Heyetlerini en çok meşgul eden husus Pakistan ve Bangladeş hukuku bağlamındaki talakın (boşama) geçerliliği sorunudur. Bu iki ülke –Hindistan ve Pakistan Keşmir buna dâhil- 1961’de yaptıkları bir kanunla talak için belirli kurallar tespit ettiler. En önemli şart, talakın ilan bildirisinin Birleşik KONSEY olarak bilinen Yerel İdari Mahkemelerine bildirimini yapılmasıdır.<sup>18</sup> Önemle not etmek gerekir ki şu anda Pakistan’da bu kanunun çerçevesini daraltmak niyetinde olan bazı davalar vardır.<sup>19</sup> Eğer bu durum gelecekte Pakistan Hukukunun esasını oluşturursa, bu kanuna göre gerekli boşama için şartların artık bir ehemmiyeti kalmaz.

Bununla birlikte günümüzde İngiliz mahkemeleri, Pakistan ve Bangladeş hukuk sistemlerindeki resmi boşama ve klasik boşama (Hindistan’da olduğu gibi onlar genellikle bunu sadece talak olarak isimlendiriler) şeklinde ortaya çıkan boşama şekilleri arasındaki farkı dikkate almaktadır. Bu fark önemlidir; çünkü 1986 tarihli Aile Hukuku Kanununun ikinci kısmı, yargısal ya da diğer işlemler vasıtasıyla

<sup>17</sup> (14) En önemli dava, Quazi ile Quazi arasındaki davadır.

<sup>18</sup> (15) Müslüman Kişi Hukuku Metni” üzerine bir şerh yazdım. (İkinci baskı, Croom Helm, 1987)

<sup>19</sup>(16) Özellikle Bakınız: Muhammad Sarwar ile Devlet davası (1988) PLD FSC 42



gerçekleştirilen talak (boşamanın bu şekli Pakistan ve Bangladeş'te uygulanan resmi boşamayla ilgili düzenlemeleri içerir) ile bu işlemlerden farklı yollarla gerçekleştirilen talak (Hindistan ve Pakistan'ın Kaşmir eyaletindeki sözlü beyan yoluyla yapılan boşama şekli, bunun örneğidir) arasındaki farkı –ki bu fark ictihad hukuku yoluyla belirlenmiştir- dikkate almaktadır.<sup>20</sup> İlk boşama şekli/resmi boşama söz konusu olduğunda, bu boşama, iki şartın varlığına bağlı olarak İngiliz hukukunda da hukuken geçerli kabul edilir. Bu şartlardan ilki, sözü edilen boşama şeklinin, alındığı ülke hukukunda da geçerli olmasıdır. İkincisi ise, boşamanın yapıldığı tarihte her iki tarafın, ya yerel hukuka ya da İngiliz hukukuna uygun olarak, ülkede/İngiltere'de yerleşik, mukim olarak yaşıyor olmaları ya da ilgili yabancı ülkenin vatandaşı olmalarıdır.<sup>21</sup> Buna karşılık, yanlış oluşmuş kamu politikası nedeniyle, resmi olmayan klasik boşama şeklinin İngiltere'de kabulü, ancak şu halde olabilir. Bu boşama şeklinin alındığı ülke hukukunda geçerli kabul ediliyor olması ve ilgili tarihte tarafların söz konusu ülkede mukim olmaları koşullarına bağlanmıştır (veya taraflardan birinin o ülkede mukim olması, diğer tarafın da klasik talakın kabul edildiği bir ülkede mukim olması durumlarda da uygulama aynıdır). Dahası, İngiltere'de klasik boşamanın geçerli sayılmasını sınırlayan önemli bir koşul vardır. Öyle ki, tanıma, ancak taraflardan birinin, (boşama) beyanından önceki yıl boyunca İngiltere'de yerleşik olarak yaşıyor olması durumunu hariç kabul edilmeyecektir.<sup>22</sup>

Bütün bunlar, yeteri kadar karışık değilmiş gibi, açıklanması gereken başka sorunlar da vardır. Göçmen gruplardan oluşan bir toplumda, insanlar kendi ilişkilerini bir ülke içinde düzenleyemezler. Eğer bütün bu kurallar, Pakistan boşama hukuku içerisinde yer alıyorsa, yani boşama tebliğinde yer alıyorsa, birlik konseyi başkanına boşama beyanı tebliğ edilir ve büyük bir ihtimalle bunun bir kopyası da Pakistan'da bulunan kadına gönderilir. O zaman bu boşama denizaşırı boşama olur

---

<sup>20</sup> (17) Özellikle Bakınız: Chaudhary ile Chaudhary davası (1985) Fam 19 Ca.

<sup>21</sup> Aile Hukuku 1986, 46(1)(a)(b); 46(5)

<sup>22</sup> Aile Hukuku 1986, 46(2), 46(2)

ve 1986 tarihli Aile Hukuku Kanunundaki bağlama kuralları çerçevesinde bu ülkede geçerli kabul edilir. Buna karşın, bütün bu prosedürler İngiltere’de vuku bulmuşsa; şu halde boşama 1986 tarihli Aile Hukuku Kanununun 44. maddesi vasıtasıyla tanınma elde edemez. Fakat Pakistan kökenli bir adam, İngiltere’de boşama beyanında bulunduğu zaman boşama beyanının bir nüshasını Pakistan’daki kadına gönderse ve bir nüsha da hanımının yaşadığı yerdeki birlik konseyi başkanına gönderdiğinde ve kendisi Birleşik Krallık dışına hiç çıkmadığında durum nasıl olacaktır? Bu tarz mahkeme yoluyla olmayan milletler üstü boşamalar, önceki yasalar tarafından kabul edilmiyordu.<sup>23</sup> Akademik gözlemciler iddia etmektedir ki, yeni yasa, yani 1986 tarihli Aile Hukuku kanunu, önceki yasayı (case law-içtihat hukuku) ilga etmiştir.<sup>24</sup> Onların temelde iki argümanları vardır; ilki, 1986 tarihli aile hukuku kanununun 44(1) ve 46(1) maddelerinin yorumu. Ne olursa olsun onların argümanlarının sağlamlığının literal/lafzî yorum açısından haklılığını teslim ediyorum. Bu sorun, en azından şimdilik çözümlenmiş durumdadır. Bunun ilk örneği davada bir Yahudi’nin (Berkovits Grinberg (A-G müdahil) de dahil olduğu milletlerüstü Wall J.’nin kararıdır.<sup>25</sup> Hâkim, kararını 17. sayfadaki şu sözlerle sonlandırdı: “Aslında politik mülahazaların, mahkemelerin değil parlamentonun bir meselesi olduğu sonucuna vardım. Eğer örneğin burada boşamalar arasında arasında bir fark varsa bu fark, ortaya çıkan bütün politik sorunların bütün toplum tarafından tartışılmasından sonra, parlamentonun belirlemesi gereken bir farktır. Dolayısıyla, çok-ırklılık ve çok-etnik yapılılığın büyük bir hızla arttığı toplumda milletler üstü boşamanın geçersiz kabul edilip edilmemesine ilişkin sorun, bir parlamento sorunudur ve benim hukuk yorumumu etkilememelidir.”<sup>26</sup> Söylemek zorundayım ki, ben daima şu fikirdeyim: 1986 tarihli Aile Hukuku Kanunu, önceki durumu değiştirmemiştir. Ve Wall J., tamamıyla doğrudur. Ben bunu şu sebeplere dayanarak söylüyorum. Birincisi kamu

<sup>23</sup> (20) Yabancı boşamalar ve yasal fesihlerin tanınması Kanunu 1971. Bakınız: İçişleri ve Devlet Sekreterliği Uzmanı Ghulam Fatima (1986) AC 527

<sup>24</sup> (21) b Özellikle bakınız: M.P. Pilkington 1998 Cilt: 37 ICLQ 131.

<sup>25</sup> (22) (1995) 2 All ER 681 (Fam d)

<sup>26</sup> (23) (1995) 2 All ER 681 696’da

çıkartı argümandır. İngiltere’de elde edilmiş hukuk dışı boşamaların tanınması hususunda yasamada açık bir yasaklama vardır. Bu durum ile kısmen bu ülkede yer alan ve kısmen de yabancı ülkede yer alan bir prosedürden ortaya çıkan kanun dışı boşama arasında ne tür bir fark vardır? İkinci olarak, yasa -milletlerüstü boşamanın değişikliği hakkındaki yasa tasarlanmaktaydı- hakkındaki Hansard raporunda da bir ima dahi yoktur. Gerçekte bu zıtlık, hukuk komisyonu tarafından geliştirilen mahkeme-dışı denizaşırı boşamalar için oldukça liberal rejimin kabulünün parlamento tarafından onaylanmaması sebebiyledir. Parlamento mahkeme dışı boşamalar hakkında yeni ve daha sıkı şartlar belirlemiştir. Bu sebeple bu durum, Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanarak parlemontaya sunulmuş kanun tasarısı değişikliğinin tek amacı bu tür boşamaların tanınmasını daraltmak olunca, İngiltere’de ilan edilen prosedüre uygun olan, aynı anda yeni ve daha az liberal olan 1986 Aile Hukuku’na göre tanınabilmesi için Pakistan’da başkana bildirim yapılmış boşama bakımından saçmalığın manifestosu olacaktır

Şunu eklemek gerekir ki Prof. Coulson, Müslümanların talak boşamalarının tanınması hakkında mahkemeler ve yasama meclisi aracılığıyla liberalliği zorladı. Sonunda O, Times dergisinde bu konu hakkında bir makale yazdı ve bu 24 Mayıs 1983 tarihinde basıldı. Keşke parlamento onun bu akıllıca fikrini dinlemiş olsaydı.

Bütün bunlar beni gitmek istediğim ana soruna götürdü. Her zaman söylediğim gibi, bütün bu konular, İngiliz mahkemelerinin bu sorunda İslam hukukuna özgü delilleri dinlemesini, talakın geleneksel şeklinin ana unsurlarını ya da onun Pakistan gibi ülkelerdeki gelişimini veya İslam hukukunun diğer bazı yönlerini dikkate almasını gerektirir. Bu tarz bilgilerin elde edilebilmesi için İngiliz mahkemelerine uyarlanan bu metot, yeminli kişilerin ifadeleri ve yemin için sunulan deliller, yabancı hukukun bilgisine sahip olan kişiler tarafından sorgulanacak dava konusu içindir. Öte yandan uzman gözlemciler tarafından sunulan delillerin çatışması halinde hâkim, delilleri incelemek ve yabancı hukuktaki durumun ne olduğunu araştırmak zorundadır. Hâkim kendi bilgi kaynaklarını kullanmakta

serbest değildir. Ya da en azından, bu tarz materyallerden haberdar ise, bunları tarafların ilgili konuda fikir beyan etmelerine olanak sağlamak amacıyla onların ilgisine sunmalıdır. Dahası, yabancı hukukla ilgili sorunlar taktiksel geri adım değişiklikleri ve taraflardan herhangi birinin işlemine dair diğer manevralara ilişkindir.<sup>27</sup>

Elbette, uzmanlar sadece tıbbî konular ve kamu hukuku, çocuklarla ilgili konularda değil diğer durumlarda da mahkemede hazır bulunacaklardır.<sup>28</sup> Uzman kişiler bu alanlarda mahkemeye karşı sorumludurlar. National Justice Compania Naviera SA ile Prudential Assuranca Co.Ltd.<sup>29</sup> arasındaki davada, mahkeme yabancı hukuk uzmanlarının da içinde bulunduğu uzmanlarla ilgili bir dizi kuralı listelemiştir. Bu kurallar şunlardır:

1. Hukuk davasının gerekliliklerine ve şekli formuna bağlı olma zorunluluğu olmayan, yani bu gereklilik ve zorunluluklardan bağımsız olan uzman kişinin ortaya koyduğu bağımsız delilin mahkemeye sunulması.
2. Bilirkişilerin, dava konusuyla ilgili görüşlerini objektif ve önyargısız olarak sunmaları yoluyla bağımsız bir yardımın temin edilmesi;
3. Bir sonuca bağlanmış fikirlerden çıkarılan gerçeklerin dikkate alınmasını göz ardı etmeyerek, gerçeklerin ve bir fikri temel alan varsayımların tespit edilmesi;
4. Bilirkişinin uzmanlık alanı dışında özel bir sorun veya bir konu ortaya çıktığında, bu sorun veya konunun belirtilmesi;

---

<sup>27</sup> (24) Bakınız: Viswalingham ile Viswalingham (1979) 1 FLR 15 (CA)

<sup>28</sup> (25) Bakınız: Re R (Uzman Raporu) (1991) FLR 291; Bakınız: (Çocuk suistiimali: Uzman Raporu) (1995) 1 FLR 182.

<sup>29</sup> (26) (1993) 2 Lloyd's Rep 68 (QB)

5. Yeterli verinin olmaması sebebiyle bir fikir edinilememesi durumunda, bunun şartlara bağlı bir görüşten başka bir şey olmadığına işaret edilmesi.

Bu faktörler önemlidir; fakat onlar İngiliz davalama usulündeki temel noktayı yok etmez. Bilirkişi/uzman, davanın taraflarından biri ya da her ikisi tarafından, uyuşmazlık/dava konusuyla ilgili kullanılabilir ve bu uygulama, dolaylı yönden de olsa, fikirlerin mahkemeye sunulmasında zorunlu olarak bir renklilik ortaya çıkaracaktır. Diğer yargı daireleri de farklı bir yaklaşımı benimser. Örneğin, Almanya'da raporlar, uluslar arası hukuk ve özel uluslar arası hukuk araştırmaları yapan Max-Planck Enstitüsünden sağlanan bilgiler ışığında, mahkemenin başlangıcında doğrudan araştırılır. Bu raporlar taraflardan bağımsızdır ve uygulanan yabancı hukuktaki belirli karara mahkemenin ulaşmasını sağlamak amacıyla sunulur. Bu raporlar tarafsızdır ve uzmanların sunduğu bu raporlardan hangisinin seçileceği ve uygulanacağı konusunda takdir yetkisi mahkemenin inisiyatifindedir.<sup>30</sup> Woolf raporunda<sup>31</sup> son derece yaygın bir görüşü temsil eden güçlü bir argüman vardır ki, İngiliz uygulaması, onun geleneksel yaklaşımından ve Avrupa modeline uyarlanmasından kaçınılmalıdır. Kamu avukatlarının dâhil olduğu bazı durumlarda bu durum ortaya çıkar. Eğer ilgili birim yabancı hukuk konusunda uzman bir kimseyi araştırırsa, dava taraflarının özel ilgilerini dikkate almaksızın, bunu mahkemeye sunacaktır. Belki de bu sebeple, öneri için prosedürde temel bir atlamaya gerek olmadan mahkeme, böyle bir tavsiyeye ihtiyaç duyulduğunda, belli şartlarda, yabancı hukuk alanında uzman kimselerin araştırılmasını destekleyecektir. Bu, ya uyuşmazlık için yeterli bilginin olmaması sebebiyle ya da tarafların yabancı hukuka ilişkin sundukları bilgilerin test edilmesi amacıyla ve aynı zamanda tarafların yetersiz veya çelişkili bilgi sunmaları sebebiyle olur. Woolf raporunun önerileri; (i) uzmanların delillerinden elde edilen verilerin değerlendirilmesi bütünüyle mahkemelerin kontrolünde olmalı, (ii) mahkemeye delil sunmak için

<sup>30</sup> Bakınız: Almanya'daki Ticari İşlemler, (Matthew Bender ve Cı Inc, 1992) 5.09. da

<sup>31</sup> (28) "Adalet Giriş", dosya 23

görevlendirilen uzmanların atanmasında yetki, tarafların muvafakat gösterip göstermemelerine bakılmaksızın, ilgili mahkemeye ait olmalıdır. Ben bu görüşü kabul ediyorum.

Profesör Coulson kendi delilini bağımsız bir biçimde ortaya koydu ve tarafların karşılıklı durumlarının etkisi altında kalmadı. Profesör Coulson'un çalışması, bizi, İslam hukukunun temel ilkelerinin nasıl olduğu, onun uygulamalarının İngiliz mahkemelerinde nasıl anlaşılacağı ve uygunluğu durumunda İngiliz mahkemelerinde nasıl uygulandığı konularına bakmaya zorladı. Biz ona çok şey borçluyuz ve (bu sebeple) onun anısına düzenlenen bu konferanslar son derece uygun ve yerindedir. Bu yıl düzenlenen bu konferans, onun anısına katkıda bulunması bakımından onun için mükemmel bir ayrıcalıktır.