

## İSLAM HUKUKUNUN İNGİLİZ COMMON LAW ÜZERİNDEKİ ETKİSİ TARTIŞMALARI III

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. George Makdisi İslami eğitim kurumları, bu arada medrese eğitiminin İngiliz kültürü üzerindeki etkisine dair son derece ciddi araştırmalar yaptı ve bu alana ilişkin iki eser ortaya koydu.

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. Bu nedenle sadece bir tek hukuk sisteminin etkisinden bahsedilebilir, o da İslam hukukudur.

İslam hukukunun İngiliz common law hukuk anlayışını hem kurumsal hem de kuramsal olarak etkilediği hatta onu şekillendirdiği yönündeki tez üzerinde

\* Prof. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Ankara, Türkiye  
| Prof. Dr, Social Sciences University of Ankara, Faculty of Divinity, Ankara, Turkey.

✉ sahan.yildirimer@asbu.edu.tr | ORCID 0000-0002-7204-5609

📄 **Atıf Şekli:** YILDIRIMER Şahban, “İslam Hukukunun İngiliz Common Law Üzerindeki Etkisi Tartışmaları III”, *SÜAMYOD.*, C. 7, S. 2, 2024, s. 63-87.

📄 **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

araştırmalar yapan St. Thomas Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Gonzalez, Makdisi'nin görüşlerini son derece kışkırtıcı ve bir o kadar da ikna edici bulduğunu ifade eder. Makdisi'nin bu etkileşim için makul bir güzergâh çizebilmiş olmasını tezin en güçlü yanı olarak zikreder. Bu iddia ilkten duyanların kolaylıkla kabul edebilecekleri bir husus olmadığını kabul etmekteyiz. Ayrıca bu tez, ideolojik bir yaklaşımı barındırdığı kuşkusuz bir yana bu alandaki araştırmacıların da ifade ettiği gibi iddianın çok kışkırtıcı olduğunun da farkındayız.

### **Anahtar Kelimeler**

İslam Hukuku • İngiliz Hukuku • Ortak Hukuk • Vakıf • Sicilya

## **THE DABATES ON THE INFLUENCE OF ISLAMIC LAW ON ENGLISH COMMON LAW III**

### **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. George Makdisi conducted serious research on the influence of Islamic educational institutions, particularly the madrasa system, on English culture, and produced two works in this field.

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. Therefore, only one legal system can be mentioned as having an influence, and that is Islamic law.

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. Furthermore, aside from the suspicion of an

ideological approach, as expressed by researchers in this field, we are aware that the claim is very provocative.

### Key Words

Islamic Law • English Law • Common Law • Trust • Sicily

## GİRİŞ

İslam hukukunun Common law benzeşimi birçok alanda dış gelişmeler karşısında adeta benzer refleksi göstermiştir. Modernleşme döneminde her iki hukuk sistemi benzer taleplerle karşılaşmış bu alandaki duruşları birebir aynı olmasa da eleştiri zeminleri benzer olmuştur. Örneğin, her iki hukuk sisteminin kazuistik oluşu kanunlaştırma sürecinde “soyut” metoda uygun olmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. “XX. yüzyıla girerken dünyadaki hızlı değişim Common law’da büyük bir krizin yaşanmasına sebep olmuştur. Zira başından beri Common law’un özelliği olan içtihada dayalı kazuistik oluşum metotları, toplumda hızlı ve derinlemesine değişiklik yapmak arzusu ile uyuşmamıştır.”<sup>1</sup> Mecellenin kazuistik yani meseleci bir yapıda olduğu bu durumun ise madde sayılarını arttırdığı iddia edilmiştir. Hatta soru ve sorunlara cevap bulmayı zorlaştırdığı ifade edilmiştir. Nitekim Velidedeoğlu, bu kodu bir yönüyle överken kazuistik yönü nedeniyle de sert bir şekilde eleştirir.<sup>2</sup>

## I. ANAYASA HUKUKU

İngiliz anayasa hukukuna ilişkin yazılı bir kaynağın olmadığına dair genel bir kabul vardır. Bundan dolayı tepede bir anayasanın olduğu bir normlar hiyerarşisinden de bahsedilememektedir. En nihayetinde, İngiliz hukukunun normlar hiyerarşisinin en tepesinde "Anayasa" olarak nitelendirebileceğimiz bir üst norm bulunmamaktadır.<sup>3</sup> Hattı zatında İngiliz hukuk sisteminde “işte anayasa” denilecek bir metin asla olmamıştır. Bundan dolayı Britanya Anayasasının başlangıcı kabul edilebilecek bir tarihten de bahsetmek mümkün değildir. Ancak Anayasa

<sup>1</sup> DAVID, Rene, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, (Çev. KÖTELİ, Argun) Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty) s. 305.

<sup>2</sup> VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukukunun Umumi Esasları*, (Dördüncü Bası) İstanbul Matbaacılık, T.A.O. (y. y.) 1951, s. 65.

<sup>3</sup> GÜLGEÇ, Yahya Berkol *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 294.

hukuku açısından önemli prensipler içeren; Magna Charta, Bill of Rights ve Act of Settlement gibi metinler de vardır. Salt hukuk açısından baktığımızda İngiltere’de bireysel hakların yazılı anayasal güvenceleri yoktur. Başka bir ifadeyle yazılı anayasası olmayan İngiltere’de parlamento egemenliği ilkesinin tarihsel sürecine koşut biçimde gelişen bireysel hakların güvencesi anayasal metinler değil salt hukukla sağlanmak istenmiştir. Gerçekten de “*bireysel hak ve özgürlükleri tek tek sayan bir anayasa metni olmadan da, Magna Charta’larla, Habeas Corpus’larla, Petition of Rights’larla hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabileceği gösterilmiştir*”.<sup>4</sup> Bu durum bazı müellifleri, İngiltere’de tam ve hakiki manasıyla anayasa hukuku denilebilecek bir hukuki sahanın varlığını inkâra sevk etmiştir.<sup>5</sup> İngiltere’de anayasanın olmayışı nedeniyle Parlamento tarafından çıkarılan kanunların anayasaya aykırılığı iddiasıyla başvurulacak yargısal bir kurum da yoktur.<sup>6</sup>

Modern dönemde dünyada hâkim düşünce hukuk sistemlerinin bir anayasaya sahip olması yönünde idi. Osmanlı idari ve hukuki bürokraside bu anlayışı şiddetle savunan liberal düşünceye sahip olanlar olduğu gibi bu düşüncenin gereksizliğini savunan muhafazakârlar da vardı. Bu dönemin önemli bir devlet adamı ve bürokratu olarak Cevdet Paşa muhafazakârlar olarak nitelendirilen grupta yer almış ve anayasadan önce medeni kanununun acil bir ihtiyaç olduğunu savunmuş, tüm çaba ve enerjisini Mecelleyi hazırlamaya sarf etmiştir. Hatta o, ilkesel olarak yazılı bir anayasa fikrini reddeder. Cevdet Paşa’ya göre medeni hukuk bir halkı bir arada tutan en temel normdur. Osmanlı Devleti İslam hukukunu pozitif bir hukuk olarak benimsediğine göre oluşturulacak tüm hukuk normlarının bu dinin asli değerleri ile barışık hatta uygunluk içinde olması gerekir. Dönemsel olarak iç ve dış baskıların farkında olan Ahmet Cevdet Paşa Osmanlı devleti için

<sup>4</sup> **GÖKKILIÇ**, Deniz, “İngiltere’de Hukuk Devleti Anlayışı”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. IV, sayı: 6, s. 61.

<sup>5</sup> **RIDGES**, E. W. “İngiliz Anayasa Hukuku”, (Çev. **ÖZYÖRÜK**, Mukbil), (A.Ü.H.F.D.) c. VIII, s. 3-4, Ankara 1951, s. 186.

<sup>6</sup> **CROZAT**, Charles, “XIX. Asırdan Zamanımıza Değın İngiliz Âmme Hukukunda Egemenlik Kavramı”, (Çev. **TUNAYA**, Tarık Zafer), (İ.Ü.H.F.M.) c. XI, s. 1-2, Kenan Matbaası, İstanbul 1945, s. 67

önceliğin bir anayasa yapma değil bir medeni kanun yapmanın daha öncelikli bir konu olduğunu her fırsatta dillendirdi. Ulus devlet anlayışının cari olduğu bu dönemde şu ifadeyle görüşünde ısrarcı olduğunu görmekteyiz. “İslami bir “ulus”un varlığı açısından asıl önemli olan medeni hukuktur.”<sup>7</sup> Onun bu fikirlerini abartılı bulan Niyazi Berkes’e göre dönemin muhafazakâr aydınları gibi Cevdet Paşa’nın da Şeriatı bir anayasa olarak kabul ettiğini iddia eder. Oysa Cevdet Paşa bu konuyu öncelikler meselesi olarak görür ve anayasa yapmanın öncelikli bir konu olmadığını iddia eder. Dış baskıların temel nedeninin hükümdarın yetkilerini anayasa aracılığı ile sınırlandırmak olduğunu belirtir. Zaten İslam’da devlet başkanının yetki ve sorumluluklarının belirlendiğini, dönemsel değişikliklere açık anayasal metinlere bunun konu olarak alınmasının gereksiz olduğunu ifade eder.<sup>8</sup>

Ahmet Cevdet’e göre şahıslar-arası muamelelere ilişkin medeni kanun, her devlette hukuki nizamın temelini oluşturuyordu. Osmanlı Devleti İslam hukukunu bir devlet doktrini olarak kabul ettiği için İslam hukukunun ahkâmını göz önünde bulundurması tabii olarak karşılanmalıdır.<sup>9</sup> Berkes “Cevdet Paşa, medeni hukuku bir anayasaya dayandırma yerine, anayasa hukukunu medeni hukuka dayandırma anlayışı yüzünden, devletin temel yasasının anayasa olması gerektiği tezine sonuna kadar karşı çıkmıştır”<sup>10</sup> şeklinde tanımladığı Cevdet Paşa’nın tutumunu doğru tanımladığı söylenemez. Cevdet Paşa bu denli yöntemsiz bir teklifte bulunacak basit bir hukukçu değildir. O, Batı’da normlar hiyerarşisinin yukarıdan aşağı yani anayasa ana metin olacak şekilde düzenlendiğini pekâlâ bilmekteydi.

Cevdet Paşa, Tanzimat sürecinde ithali gündeme gelen Fransız medeni kanununun önünü kesmek amacıyla meseleci İslam medeni kanununu mevzuat (statutory) hukuku tarzında tedvinine girişti. 20 Nisan 1869’da hazırlığı başlayan Mecelle, 16 Ağustos 1876’da

<sup>7</sup> **BERKES**, Niyazi, Türkiye’de Çağdaşlaşma, (Yayına hazırlayan: **KUYAŞ**, Ahmet) Y K Y, İstanbul 2002, s. 225

<sup>8</sup> **BERKES**, s. 295. **GENCER**, Bedri, *Hikmet Kavşağında Edmund Burke ile Ahmed Cevdet*, Melisa Matbaacılık, İstanbul 2011, s. 141-142.

<sup>9</sup> **GENCER**, s. 142.

<sup>10</sup> **BERKES**, s. 220.

tamamlanarak yürürlüğe koyuldu. Cevdet Paşa'ya göre Mecelle ile ülkenin asıl anayasası hazırlanmıştı. Anca Mecelle'nin tamamlandığı sırada Kanun-i Esasi projesi gündeme gelmiş ve Belçika Anayasası örnek alınarak hazırlanan anayasa yürürlüğe konulmuştur.<sup>11</sup> Oysa İngiliz hukuk sistemi için söylenen şu ifade çok yerindedir: Bireysel hak ve özgürlükler tek tek anayasal bir metinde zikredilmeksizin de pek ala varlığı sağlanabilecek değerlerdir. Kişi özgürlükleri anayasal metinlerde yer alan ilkelerle ya da Amerikan İnsan Hakları Bildirisi gibi metinlerle sağlanamaz. Bu metinler yazılmadan önce de hak ve özgürlükler vardı. Bireysel hakların yer aldığı yazılı metinlerdeki kurallar, bu hak ve özgürlüklerin kaynağı değil, tersine ideal hukukta aslında var olan hak ve özgürlüklerin saptanabilmiş şeklidir.<sup>12</sup>

## II. ARAZİ HUKUKU

İngiliz hukuk kültürü ve kurumları üzerine araştırma yapan hukukçuların neredeyse tamamı bu hukuk sistemindeki mevcut hukuk kültürünün dışına çıkılarak ihdas edilmiş kurum ve kuramların kaynak ve menşeiini tespiti yerine gerçekleşen son durum üzerinden hareketi önemsemişlerdir. Bu durumun sarıh ifadesini Parry'in şu ifadelerinde görmekteyiz:

*“İngiliz hukukundaki kaidelerin muhtelit (karma) bulunan menşeleri her ne olursa olsun, bu kaidelerin bir kere ortaya çıktıktan sonra geçirdikleri gelişme, tamamen yerli ve orijinal olmuştur. Bu hususi tekâmülün en müfrit misalini, İngiliz arazi hukukunda görmek mümkündür. Siyasi ve iktisadi kuruluşu arazi tasarrufu üzerine dayanan aristokratik teşkilâtli bir cemiyetin itiyatlarının ve ihtiyaçlarının mâkesi olan İngiliz arazi hukuku, menkuller rejiminden daha önce ve ondan oldukça farklı bir şekilde doğmuş ve gelişmiştir.”*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> GENCER, s. 143.

<sup>12</sup> DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1915, s. 123.

<sup>13</sup> PARRY, Bay Clive, “İngiliz Hukuk Sistemi”, (Çev. SUR, Fadıl H.), (A.Ü.H.F.D.) Yıl 1944, Cilt 1, Sayı 3. s. 440.

Parry, arazi hukukundaki bu büyük değişimin sebebini araştırmak yerine mevcut durumun üstün özelliklerini sunmakla yetinmektedir.

İngiliz hukuk sistemi üzerine araştırma yapan hukukçuların bu hukuk sistemindeki arazi kanunu için kullandıkları ifadeler ile İslam/Osmanlı arazi kanunnamesi için kullanılan ifadelerin birebir aynı oluşu ilginç bir durumdur. Nitekim İngiliz arazi hukuku için *yerli malı ve orijinal*<sup>14</sup> ifadeleri kullanılırken Osmanlı arazi kanunnamesi için de *orijinal ve en yerli kanun*<sup>15</sup> nitelmesi yapılmıştır. Bu kavramsal benzeşimin felsefi zemininin irdelenmesi ve devlet doktrini açısından karşılığının araştırılması önem arz etmektedir.

İngiliz hukuk sisteminde arazi hukukunun tümüyle yerli ve orijinal olarak kalma niteliğini sağlayan ve bu konuda aşırı muhafazakâr tutumu besleyen üç sebep zikredilir. Bunlarda ilki; kraldan başka hiçbir kimsenin hakikatte araziye sahip olamayacağı hakkındaki siyasi doktrindir. İkincisi ise; arazi üzerinde mülkiyet değil ancak tasarruf hakkı olabileceği ve bunun teamüllere uygun şekilde intikal edeceği hakkındaki doktrindir. Bunun menşei iktisadi olup o zamanlar servetin ve siyasi iktidarın başlıca kaynağı olan araziye, ilelebet büyük ailelerin ellerinde muhafaza etmek gayesini güdüyordu. Bir diğeri de, tarım toplumundan sanayi toplumuna geçişte iktisadi serbestliğe olan ihtiyaçtan doğan “trust” müessesesi olmuştur. Bu alandaki hukuk kaideleri o kadar karışıktır ki, emlak ve intikal işleriyle uğraşan “conveyancer” denilen bir hukuk mesleği ortaya çıkmıştır. İngiliz hukukçularının, otantik oluşları nedeniyle hukuk kaidelerinin bu karışık halini dahi övünç vesilesi sayacak kadar gelenekleriyle övünecek bir yön bulabilmelerini<sup>16</sup> yetiştirme tarzlarına bağlamak mümkündür.

<sup>14</sup> PARRY, s. 443.

<sup>15</sup> VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, Ayır Basım, s. 180.

<sup>16</sup> PARRY, s. 443. Bu müellife göre “bu kaidelerin karışık oluşu, onların çok eski olmalarından ve hiçbir zaman seri bir inkılâba maruz kalmadan devamlı bir tekâmüle tabi bulunmuş olmalarından ileri gelen, ikinci derecede bir neticesidir.” PARRY, s. 443. Yine aynı müellif bu hukukun otantik yönünü şu ifadeyle yüceltir: “Bizim hukukumuz yaşayan bir tarihtir. Tarih ise bizim hukukumuzun ruhudur. Hukukumuz eskiliğinden dolayı biraz karışık ve mantıksızdır, ancak aynı ölçüde istikrarlı ve elastikidir.” PARRY, s. 457.

1274 tarihli Arazi Kanunnamesi, Osmanlı Devletinde Tanzimat'tan sonra oluşturulmuş olan en orijinal kanundur. Başka bir ifadeyle tümüyle milli ve yerli bir kanun idi. Çünkü bu kanunun herhangi bir Batı ülkesinden etkilendiğine dair hiçbir belirti ya da karine yoktur. Kökleri tamamen milli (şer'i) hukuka gömülüdür. Memleketimizde arazinin nasıl bir tarzı tanzime tâbi kılındığını gösteren bu kanun araziye mütedair eskiden beri mevcut hükümlerden mühim bir kısmını tedvin, bir kısmını tadil ve bir kısmını da fesih ve ilga etmiştir.<sup>17</sup>

Arazi kanunnamesi Türkiye'de kanunlaştırma hareketi bakımından mühim bir eserdir. Esasen eski kanunnamelerde görüldüğü üzere, Osmanlı Devletinde öteden beri arazi hukukunun mükemmel bir halde bulunmasına itina edilmiş ve Kanuni Sultan Süleyman devriyle onu takip eden zamanlarda araziye mütedair mühim hükümler tedvin edildiği gibi arazi üzerindeki hakları tespit ve tescil eden tapu kütüğü müessesesi kurulmuştur. Bu itibarla arazi kanunnamesi asırları dolduran bir milli hukuk tekâmülünün neticesidir. Arazi kanunnamesi Osmanlı İmparatorluğundaki arazinin mühim bir kısmını oldukça sistemli bir şekilde tanzim ve bunlara müteallik hükümleri tedvin etmiştir. *Bu kanunname bir yandan eski arazi hukukumuzu tetkik etmek ve hukuk tarihimizin bu sahasını tamamen aydınlatmak için geriye doğru bir basamak hizmeti görebileceği gibi diğer taraftan da bu günkü medeni kanunumuzun hâkimin takdirine talikan bıraktığı boşlukların mahkeme içtihatları ile doldurulması ve böylece hakiki bir Türk medeni hukuku vücuda getirilmesi için, gelecek inkişaflara bir kaynak teşkil edebileceğinden, bu kanunu Tanzimat'tan sonraki kanunlaştırma hareketinin kıymetli bir semeresi addetmek lazımdır.*<sup>18</sup>

### III. İDARE HUKUKU

İdare hukukunun İngiliz hukuk sisteminde varlığı hukukçular arasında tartışmalı bir konudur. Konuyla ilgili araştırma yapan kimi hukuk tarihçileri, “idarenin olduğu her toplulukta idarenin birtakım kuralları mutlaka vardır.” ilkesine dayanarak İngiliz hukuk sisteminde yazılı olmasa da bu ilkelerin varlığını iddia etmişlerdir. Somut ilkeler üzerinden hareket eden hukukçular ise, “idare hukukundan

<sup>17</sup> VELİDEDEOĞLU, s. 180.

<sup>18</sup> VELİDEDEOĞLU, s. 186-187.



bahsedebilmek için idari yargı ilkelerinden ve bu ilkelerin uygulandığı kurumsal yapıların olması gerektiğini iddia etmişlerdir. İlk grup hukukçular bu somut veri talebi karşısında durumu biraz hafifleterek şu kanaate ulaştıklarını ifade etmişlerdir: “İngiltere’de adalet mahkemelerinin dışında bir takım komite, komisyon gibi özel kuruluşlar veya bizzat devletin bir kısım departmanları, belli kanunlarla mukayyet mevzularda kazaî salâhiyetler elde etmişlerdir. Fakat bu hiçbir zaman İngiltere’de kıta Avrupa’sında bilinen manada idarî yargının tesisi demek olmamıştır.”<sup>19</sup> İngiliz Anayasa Hukuku’na ilişkin temel eserlerinden biri olarak kabul edilen *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* adlı eserinde Dicey, “İngiliz hukuk sistemi için kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yapmanın yersiz olduğunu” ifade eder.<sup>20</sup>

İslam kamu hukukunun gelişim süreci üzerine araştırma yapan hukukçular, kamu hukuku ve onun bir dalı olan idare hukukunun şahıs hukuku kadar gelişemediğini ifade etmişlerdir. Ancak bu hukuk dalına ait genel nitelikteki ilkelerin varlığını da ısrarla vurgulamışlardır. *İslam hukukunda Batı hukukunda olduğu gibi kamu hukuku-şahıs hukuku ayırımına gidilmemesi ve İslam âmme hukukunun tarihi sebeplerle şahıs hukuku kadar gelişememiş olması bunun en önemli sebebi*<sup>21</sup> olarak kabul edilmiştir. Bu konudaki benzerliğe işaret eden hukukçulara göre; *İngiliz hukuk sisteminde de Amme hukuku ile Hususi hukuk ayrımı yoktu. Bu konuda bütün hukuk normlarının bir bütün teşkil ettiği ilkesine dayanıyordu.*<sup>22</sup> Ayrıca hukukun bu dalı batılı ülkelerde yeni bir hukuk olgusudur ve

<sup>19</sup> ZABUNOĞLU, Yahya K., “İngiltere’de İdare Hukuku Anlayışı”, (A.Ü.H.F.D.) c. XVIII, s. 1-4, Ankara 1961, s. 373-411. A.V. Dicey, Laurence Lovell ve İngiltere’nin Lord Chief Justice görevinde bulunmuş olan Lord Hewart gibi hukukçular, İngiltere için idare hukukundan bahsedilemeyeceği konusunda müttefik oldukları halde Zabunoğlu’nun bu makalesinde olağanüstü bir çaba ile İngiltere’de idare hukukunun varlığını ispatlamaya çalışması ve bu müellifin muhataplarını konuyu anlamamakla itham ettiği garip bir durumdur.

<sup>20</sup> DICEY, s. 120.

<sup>21</sup> HATEMİ, Hüseyin, *İslam Hukuku’nda Devlet Yapısı*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1972, s. 37.

<sup>22</sup> ÇAĞIL, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, Kenan Matbaası, İstanbul 1949, s. 164.

endüstriyel, entelektüel ve bilimsel gelişmelerle birlikte batılı ülkelerde hukuk çalışmaları çok hızlı gelişti.<sup>23</sup>

İslam hukukunda kamu hukuku-özel hukuk ayrımının olmadığı gibi İngiliz hukuk sisteminde de kamu hukuku-özel hukuk ayrımına rastlanmaz.<sup>24</sup> Anayasa Hukuku'na ilişkin meşhur eserinde Dicey de bu ayrımın yersizliğini ifade etmişti.<sup>25</sup> İslam hukukunda kamu hukuku-özel hukuk ayrımının olmadığı yönündeki iddia özellikle oryantalistlerce bu hukuka yönelik bir eleştiri zemini olarak kullanılmıştır.<sup>26</sup> İngiliz hukukunda da kamu hukuku-özel hukuk ayrımına rastlanmamaktadır.<sup>27</sup> Bu yönüyle İngiliz hukuku Fransız hukuku ve diğer Roma Germen hukuklarına nazaran farklı görünmektedir. İngiliz hukuk araştırmalarının karşılaştığı en büyük zorluk da onun böyle değişik bir yapıya sahip olmasında yatmaktadır. Gözlemlenen bu fark hukukun bütünlüğüne yöneliktir. İngiliz hukukunda, kamu hukuku-özel hukuk ayrımına yer verilmemiştir. İslam hukuk sisteminde kamu hukukuna rastlanmamış olması büyük bir nakisa gibi sunuldu. Oysa aynı şekilde kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı İngiliz hukukunda geleneksel olarak yapılmamış hatta aksine bunda, sanki devletin ve idarenin hukuka bağlı olmadığı gibi bir inancın saklı olduğu düşünülerek reddedilmiştir. *Anglo-Sakson ve İslamiyet gibi diğer köklü hukuk geleneklerinde kamu hukuku – özel hukuk ayrımın yer almıyor oluşu, söz konusu ayrımın evrensel ve mutlak nitelikte olmadığını göstermektedir.*<sup>28</sup>

<sup>23</sup> RİFAİ, Sulaiman Lebbe, "General Philosophy of Islamic Law (Maqâsid) and the Common Law: Some Similarities and Differences" (February 21, 2021). s. 2. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3789926> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3789926>.

<sup>24</sup> ÇAĞIL, s. 164.

<sup>25</sup> DICEY, s. 120.

<sup>26</sup> Bkz. BEDİR, Murteza, "Oryantalizm ve İslâm Hukuku", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Dergisi, Sayı: 4, 2004*, s. 11-42, KOŞUM, Adnan, "İslâm Kamu Hukuku Alanına İlişkin Klasik Literatürün Azlığı Üzerine Mülâhazalar", *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi Sayı: 18, Yıl: 2008*, s. 123-131.

<sup>27</sup> DAVID, s. 292.

<sup>28</sup> KAYA, Emir - AYDIN Furkan, "Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımının Geçersizliği", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2024, Cilt: 14 Sayı: 1*, s. 86.

Son yıllarda bu alanda yapılan bilimsel çalışma ve yorumlarda kamu hukuku- özel hukuk ayrımının çok da istenen bir durum olmadığı ortaya atılmıştır. Fransız hukuk sisteminden ödünçlemeler yapan kimi hukukçular bu alandaki tüm kazanımları olağanüstü bir skalaya yerleştirdiler. Bu anlayışı barındırmayan hukuk sistemlerini çağdışı olarak gördüler. İdeolojik bir bakış açısı ile konuya yaklaşanların bu anlayışını hukuk felsefesi zemininde ele alan güncel yaklaşımlar bu durumun bir abartıdan ibaret olduğu tespitinde bulundular.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının menşeyini Roma hukukuna bağlayan ya da bu ayrımı Roma hukukuyla ilişkilendiren hukukçular varsa da bu tür iddialar bir yakıştırmadan ibarettir ve nedense bu kanaat ülkemizde pek yaygındır. Oysa Avrupa’da böyle bir ilişkilendirme yoktur. Hukuk sistemleri incelendiğinde Fransa’nın etkisinde kalarak hukuk sistemlerini oluşturan ülkelerde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı hukuk doktrininin temel kabullerinden biri olarak yerleşmiştir.

*Her ne kadar Türkiye’de Roma hukukundan günümüze gelen kadim bir ilke olduğu şeklinde yaygın ve yanlış bir algıya konu olsa da gerçekte kamu hukuku – özel hukuk ayrımı 19. yüzyıl Fransa’sına özgü tarihsel koşullar sonucunda ortaya çıkmış modern bir doktrindir. Fransa’da dahi yoğun eleştirilere hedef olan ayrım, Fransız hukuk sistemi açısından sarsılması çok zor bir kaide statüsündedir. Ancak Fransız sistemi için anlamlı sayılabilecek kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Türk hukukunda sakil bir taklit ve geçersiz bir klişe olduğu hususu tartışmaya açılmıştır.<sup>29</sup>*

Netice olarak kamu hukuku – özel hukuk ayrımı problemler içeren bu ayrımdır, değişen yaşam ve hukuk olguları karşısında büsbütün demode olmuş, hukuk teorisini ve uzmanlığını kısıtlayan bir ayak bağına dönüşmüştür.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> KAYA-AYDIN, “Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımının Geçersizliği”, s. 57.

<sup>30</sup> KAYA Emir - AYDIN, Furkan, “Genel Kamu Hukuku Disiplininin Kritiği,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 14, Sayı 56, Ekim 2023, s. 374.

#### IV. TİCARET HUKUKU

İngiltere’de, ticaret hukuku, XVIII. yüzyılın ikinci yarısına kadar devletler hukuku/milletlerarası hukuk niteliğinde idi. Bu tarihten itibaren ticaret hukuku, Common law içerisine dâhil edildi.<sup>31</sup> İslam ticaret hukukuna ilişkin ilke ve prensipler dönemine göre son derece liberal bir yapıdaydı. Bu durum yabancıların İslam diyarına giriş ve çıkışlarını kolaylaştırırken Müslüman tüccarların da aynı şekilde farklı bölgelere gidiş gelişlerine imkân veriyordu. Yabancı tüccarların korunması İslam’ın doğuşundan itibaren Müslümanlarca hafife alınamayacak bir sorumluluk olarak telakki edilmiştir. Klasik hukuk teorisi oldukça gelişmiş ve İslam hukukundan alınan uygulamalar ticari anlaşmalara derç edilmiştir.<sup>32</sup> İtalya X ve XI. yüzyıldan itibaren entelektüel manada uyanışa geçerken yükselen hayat standardı, Doğu ürünleri için bir talep meydana getirmekteydi. İslam ile Avrupa arasındaki temas İspanya, Salerno ve Sicilya üzerinden olduğu gibi, Venedik, Cenova ve Pisa limanları vasıtasıyla da giderek artmaktaydı. Avrupalı tüccarlar her yıl sonbaharın başlarında ve ilkbaharın ortalarında Doğu Akdeniz memleketlerinde aylarca kalıyorlar, böylece de İslam ahlakı ve gelenekleri ile yüz yüze geliyorlardı. Bütün bu faaliyetler uluslararası ticaret hukukunun oluşmasına yol açmıştır. İslam büyük bir ticaret gücü olarak “denizlerin serbestliği” prensibini benimsemiş idi. XII. yüzyıldan itibaren nehir trafiğinin serbest dolaşımı Orta Çağ Avrupa’sında kural haline gelerek, ticari anlaşmaların sayısını katlamıştır. Yabancıların

<sup>31</sup> DAVID, s. 302.

<sup>32</sup> “Floransa Cumhuriyeti ile Memlûk Sultanı Kaitbay arasında imzalanan 1489 tarihli anlaşmayı burada zikretmek gerekir. Üç yıl süren bir müzakerelerden sonra imzalanan anlaşma, tarafları karşılıklı olarak yükümlülük altına sokan iki taraflı bir hukuk metin olmaktan ziyade, Sultanın Suriye ve Mısır yönetimlerine yönelik talimatı şeklinde görünmektedir. Anlaşma, tüccarların korunması ve haklarının garanti altına alınması bir tarafa, gümrük vergilerini (%14), idari masrafları, tüccarların kendi aralarında temsilcilik kurmalarını, kredi ödeme usullerini ihtiva etmekteydi. Dahası Memlûk toprakları veya denizleri üzerinde Floransalılar ile diğer milletler arasında çıkacak anlaşmazlıklarda sultanın arabuluculuk ihtimalini de içermekteydi. Avrupaî uygulamalardan kaynaklanan bir takım hukuki prensipleri yansıtırsa bile, 8 (6) maddesinde Şer’î hukuka, 18 ve 20. maddelerinde ise, hukuku’ş-şer’iyye’ye yapılan atıflar bu ticaret anlaşmasının İslam hukuku ve gelenekleri ile yakın irtibatını göstermektedir”. (BOISARD, Marcel A. “Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm’ın Muhtemel Tesiri Üzerine”, (Çev. Şemsettin Ulusal), marife, yıl. 4, sayı. 2, güz 2004, s. 249)

şahsiyetine saygı prensibinin etkisi ve diplomatik dokunulmazlığın garanti edilmesi ile ilgili yapılanların, ticaret hürriyeti ile yakından alakası bulunmaktaydı. Diplomatların öncüsü olan Avrupalı ticari temsilciler, İslam topraklarında Haçlı seferleri döneminin sona ermesiyle mükemmel bir sisteme dönüşen Avrupalı konsoloslukların doğuşuna yol açmıştır.<sup>33</sup>

Deniz konsolosluğu deniz hukukunun iki önemli konusuyla ilgiliydi. Bu hukuk, deniz konsoloslarının kanunî yetkilerini ve seçilme prosedürünü belirlemiş ayrıca değişik ülkelere mensup gemi komutanları, tüccarlar ve gemi sahiplerinin gerek haklarını, gerekse birbirleri ile olan ilişkilerinde ve anlaşmazlıklarındaki sorumluluklarını düzenleyen gelenek ve kuralların kanunlaşmış şekli olarak erken dönem uluslararası hukuka büyük katkı sağlamıştır. Yapılacak detaylı bir araştırma “deniz konsolosluğu”nun dış tesire ve Müslüman hâkimiyetine açık bir bölgede ortaya çıkıp gelişmesinin hiç de öyle tesadüfi olmadığını açıkça ortaya koyacaktır. İtalyanlar, Katalanlar ve Fransa’nın güneyinden gelen tüccarlar Doğu Akdeniz’deki İslam topraklarında ilk konsolosluklar kuran kimselerdi. Mısır ve Suriye sahillerine giden Fransız tüccarlarına garanti edilen “savaş zamanında dahi yabancı mülke saygı” kuralını XIII. yüzyıl gibi erken bir dönemde Marsilyalılar da aynen alarak kendi anayasalarında zikretmişlerdir.<sup>34</sup>

Bu alanda bir başka önemli başlık da “borcun nakli” konusudur. *Birçok Fransız ve İtalyan yazar, diğer şeylerin yanı sıra, Roma hukukunda izin verilmeyen, ancak ortaçağ Avrupa’sında, özellikle ticari işlemlerde yaygın olarak uygulanmaya başlanan borcun devri durumundan bahsetmektedir. Ortaçağ Fransız hukukunun “aval”inin İslam hukukunun “havala”ından kaynaklandığı söylenir.<sup>35</sup> Aslında Fransızcadaki aval kelimesi, kuşkusuz İtalyan avallo’sundan bir alıntıdır ve hepimiz İtalyan şehirlerinin Orta Çağ’da Müslüman dünyasıyla*

<sup>33</sup> BOISARD, s. 249.

<sup>34</sup> BOISARD, s. 250.

<sup>35</sup> Avâl, kıymetli evrakin özel bir türü olan kambiyo senetlerine özgü bir kavram olup, Arapça bir kelime olan “hawala” kelimesinin kökünden türemiştir. Bu kelime ise Arapçada kambiyo senedinin teminatı demektir. Bu kelimenin kökeni hakkında geniş bilgi için bakınız: TOROS, İrem, *Teori ve Uygulamada Aval*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 3.

yaptığı ticaretin boyutunu biliyoruz.<sup>36</sup> Badr, İslam hukuk kurumlarının kimi zaman doğrudan kimi zaman da dolaylı yollardan etkileşimi gerçekleştirdiğini ifade etmektedir. Bu tür iddiaların sadece Arap hukukçular tarafından dillendirilmediği, aksine Batılı hukukçuların da bu tür iddiaları teyit eden görüşlerinin olduğunu vurgulamaktadır.

*Muhammed Peygamber (sav) ve etrafındaki birçok kişi tüccar olduğu için İslam ticaret hukuku nispeten gelişmiş bir çevrede ortaya çıkmıştır. Temelde ticaret ve ekonomi dostu bir tutuma sahiptir. Orta çağda henüz az gelişmiş Kuzey Avrupa'ya ticari ilişkiler yoluyla kapsamlı bir kültürel transfer gerçekleşti. Bunu sadece Baltık Denizi'ndeki oryantal sikkelerin çokça bulunması değil hukuki kavram ve kurumların alınması da ispat etmektedir. Örneğin, senet (Arapça "havala" Almandaca "aval" olmuştur) ve yine İslam hukukunun biçimlendirdiği bir toplum yapısında geliştirilmiş olan komandit şirket veya Genel Alman Ticaret Kanunu Taslağı'nda yer alan "sensal" yani ticari işler tellalı (Arapça-Farsça simsar) gibi isimlerde bu görülmektedir. İnsanları gelişmesine izin verildiği ölçüde Doğu'ya özgü pazarların canlılığı bu temel tutuma tanıklık etmektedir.*<sup>37</sup>

İslam hukuk kültürünün başta İngiltere olmak üzere tüm Avrupa ülkelerini az ya da çok etkilediğini kabul eden kimi araştırmacılar kapitalizmin doğuş yeri olan İngiltere olması gerçeğinden hareketle kapitalizmin gelişmesinde İslam hukukunun rolü olabileceğini iddia etmişlerdir. Bu araştırmacılardan Watanabe'nin bir diğer referansı İslam hukukundaki "aqd" kavramıdır. Bilindiği gibi bu kavram sözleşmeyi ifade eder. Müellifimiz bu kavramdan şu sonucu çıkarmaktadır: Kapitalizmin ortaya çıkmasında esas olan, sözleşme hukukunun sağladığı öngörülebilirlikti. Ona göre İslam hukukundaki "aqg" denilen ortaklık kavramı ve bu kavramın içerdiği anlam çeşitliliği, deniz aşırı ticaretin genişlemesi büyük ölçüde bu kavram ile kolaylaştırılmıştır.

<sup>36</sup> **BADR**, Gamal Moursi, "Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems" The American Journal of Comparative Law, Spring, 1978, Vol. 26, No. 2, s. 197.

<sup>37</sup> **ROHE**, Mathias, *İslam Hukuku Bir Giriş*, (Çev, **YİĞİT**, Barış) Repal Dijital Matbaası, İstanbul 2020, s. 29.

Ayrıca İslamî vakıflardan ilhamla oluşturulan “trust” kurumu, “modern Avrupa'nın sosyal ve politik temellerinin oluşmasına yardımcı olan ve yükselmesini sağlayan” önemli kurumlardandır.<sup>38</sup> Bu birkaç veriden hareketle İslam hukuk kurumlarının kapitalizmin gelişmesine katkı sağladığı yönündeki iddialarını abartılı buluyoruz. Hattı zatında kapitalizm ile İslam arasında doku uyumsuzluğu çok belirgindir. Belki denilebilir ki, medeniyetler farklı kültür ve medeniyetlerden aldıkları kurum ve anlayışları tahmin edilmeyecek alanlarda kendi dokularına uygun hale getirilir. Nitekim İslam medeniyeti de Sasani medeniyetinden aldığı kimi kuruları kendi bünyelerine kimi farklılıklarla uyumlu hale getirmiştir.

Nitekim Batı'nın yükselişinde İslami ticaret ve finans'ın etkisini analiz eden John M. Hobson, İslam ticaret hukukuna ilişkin kurumsal yapıların çoğunun İslam öncesi döneme ait olduğunu iddia etmiştir. Ona göre Kur'an bu alanlarda normatif düzenlemeler yapmadan önce gerek bankacılık ve gerekse sarf akdine bağlı olarak döviz bonolarına ilişkin uygulamalar, Sümerler ve Sasanilerde mevcuttu. Ancak bu alanları düzenleyip ileriye taşıyanlar Müslümanlar olmuştur. Uluslararası ticarete İslami bankerler bu günkü anlamda hem bankacılık işlemleri yapıyor, hem de para transferlerinde ve kredilerde komisyonculuk anlaşmaları yapıyorlardı. Bu işlemler uluslararası ticaret için hayati öneme sahipti; zira fonların bir yerden diğerine transferinde bu önemli bir kanaldı. İslami bankacılar, bu alanlarda önemli bir literatür oluşturdular. Örneğin, uzak bir yerdeki 'talep notu' veya senet (suftaja) ve modern bir çekle aynı olan "ödeme emri" (hawala) vb. notlar yayınladılar. Abu-Lughod, havalayı şekil olarak şu şekilde betimler: "Sol üst köşede ödenecek miktar (sayı olarak) ve sol alt köşede tarih ve

<sup>38</sup> 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. AL-RODHAN, Nayef R. F.), 2012, s. 79. (Hukukun üstünlüğü ile kapitalizmin doğuşu ve gelişmesi arasındaki ilişkiye dikkat çeken Watanabe, Batı'da bu değerleri besleyen İslam hukuk kurumlarından özellikle “aqd, “istihqaq” ve “lafif”e işaret eder.)

ardından ödeyenin adı yazılırdı. Bu uygulama Avrupa'da kullanılmadan yüzyıllar öncesinde Sasani kültüründe de da kullanılmaktaydı.<sup>39</sup>

Osmanlı Devletinin Ticaret hukuku ile ilgili dış baskıların bir benzerini İngiltere devletinin de yaşadığı ifade edilebilir. Ancak Osmanlı devletinde acil yasal düzenlemeyi gerektiren kısım kara ticaretine ait iken<sup>40</sup> İngiltere'de bu aciliyet deniz ticaretine ait yasal düzenleme şeklinde görülmüştür. İngiliz hukuk sistemine büyük etkisi olan ve yerli olmayan bir hukuk kolu da deniz ve kara yollarıyla Avrupa'nın ticaretini ellerinde tutan insanlar arasında meydana gelen ve aralarındaki ihtilafları düzenleyen örf ve adetlerin toplamını şeklindeki Law Merchant "Ticaret Hukuku" veya Tüccar Hukuku'dur. Bu hukukun esasını Roma Hukuku oluşturmaktadır. İngiliz tüccarlar ticari ziyarette buldukları ülkelerin yerel mahkemelerinde görecekları keyfi muamelelere karşı kendilerini koruyacak uluslararası nitelikte kurallar içeren kanunlara ihtiyaç duyuyorlardı. Bu durum kısmen iyileştirmelerle XVIII. asrın sonlarına dek sürdü. Nihayet deniz ticareti ile ilgili meseleler common law mahkemeleriyle Amirallik mahkemesi (Court of the Admiralty) arasında paylaşılmıştır. Fakat Amirallik mahkemesi de millî yargı teşkilâtının bir cüz'ünü teşkil ediyordu.<sup>41</sup>

## V. CEZA HUKUKU

Bu başlık altında her iki hukuk sistemine hâkim ceza felsefesine değinmeyeceğiz. Usul hukukuna ilişkin bazı benzerliklere işaret edeceğiz. Ayrıca Osmanlı Devletinin ceza hukuku hazırlama girişimleri ile İngiliz hukuk sisteminin ceza hukuku hazırlama girişimlerinin aynı

<sup>39</sup> HOBSON, John M. "Islamic Commerce and Finance in the Rise of the West" *The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, (Ed. AL-RODHAN, Nayef R. F.), 2012, s. 93.

<sup>40</sup> KENANOĞLU, M. Macit, *Osmanlı Ticaret Hukuku*, Lotus Yayınevi, Ankara 2005, s. 114, 1850 yılında Fransa'dan sadece kara ticaretine ilişkin hükümler alınmış olup deniz ticaretine ilişkin hükümler o tarihte alınmamıştı. Bu alanda ortaya çıkan ihtiyaç üzerine Fransa Ticaret Kanununun ikinci kısmı tercüme edilerek, buna diğer yabancı devletlerin kanunlarından da (özellikle Felemenk kanunlarından) bazı maddeler eklenmek suretiyle 1280 tarihinde deniz ticaretini düzenlemek üzere *Kanunnâme-i Hümayûn-i Ticâret-i Bahriye* yürürlüğe konmuştur.)

<sup>41</sup> JENKS, Edward, "İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler", (Çev. ÖZYÖRÜK, Mukbil), (A.Ü.H.F.D.) c. VII, s. 1-2, (m.y.) 1950, s. 55.



döneme isabet etmesinin önemi üzerinde duracağız. Zira modernleşme döneminde benzer ihtiyaçlar içinde olmaları önemli bir süreci ifade etmektedir.

İngiliz ceza muhakemeleri usul hukuku incelendiğinde İslam hukukuna benzerlikler kolayca fark edilecektir. İngiliz ceza muhakemeleri usul hukuku itham sistemine göre tanzim edilmiştir. Buna göre sanık ve davacı ceza davasında da, hukuk davasında olduğu gibi eşit haklara sahiptir. Yargıç taraflar arasında kendini gösteren anlaşmazlığın hakemliğini yapmaktadır.<sup>42</sup> İngiliz yargıcı önünde açılan ceza davası bu ana prensibe uygun olarak davranmaktadır. Kovuşturma ancak bir itham ile başlayabilecektir. Davanın ispatı da itham eden tarafa aittir. Sanık hükme kadar suçsuz telakki edilecek ve suçsuzluğunu tespit edecek delilleri davanın her safhasında hiçbir güçlüğü maruz kalmadan yargıca takdim hakkına sahiptir.<sup>43</sup> Davanın ispatının itham edene ait oluşu İslam hukuk literatüründe “delil getirme iddia edene ait bir görevdir” (el beyyinetü li'l-müddeî) şeklinde bir ilkeye dönüşmüştür.

Sanık da davacı da davanın tarafları olduğuna göre ne sanık ne de davacı davaya bir ispat vasıtası olarak iştirak edemeyeceklerdir. Başka bir ifadeyle sanık kendi davasının şahidi olamayacaktır.<sup>44</sup> İslam yargılama usulünde; “kişi kendi yakınlarını şahit olarak mahkemeye delil olarak sunamaz” ilkesi yaygınlık kazanmıştır. Bu ilkenin somut ifadesi olarak şu olay çok yayındır: “Hz Ali devlet başkanlığı sırasında yargıç Şureyh’in

<sup>42</sup> İslam hukuk literatüründe yargılama ifadesi olarak “hakeme” ve “kadâ” kavramları kullanılmıştır. Kur’an, Hz. Peygamberin adaletle ilgili faaliyetlerinden bahsettiği zaman “hakeme” fiilini ve bundan türeyen sözleri kullanır. (Nisa suresi, 4/105) Aynı şekilde Kur’an’da Allah ve Resulünün yüce emrini ifade etmek üzere “kadâ” fiili ve ondan türeyen ifadeler kullanılmıştır. Nitekim şu ayette her iki ifade kalıbı birlikte kullanılmıştır. “Hayır, Rabbine ant olsun ki, aralarında çıkan anlaşmazlık hususunda seni hakem kılıp sonra da verdiğin hükümden içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın onu kabullenmedikçe ve boyun eğip teslim olmadıkça iman etmiş olmazlar”. (Nisa suresi, 4/65) Burada birinci fiil Hz. Peygamberin faaliyetlerinin hakemlikle ilgili olan yönünü göstermekte, ikincisi ise, O’nun kararının kesin niteliğini tespit etmektedir. (SCHACHT, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, (Çev. DAĞ, Mehmet-ŞENER, Abdülkadir), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1986, s.21).

<sup>43</sup> GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İngiliz Adî Teşkilâtı”, (A.Ü.S.B.F.D.), Yıl 1955, Cilt 10, Sayı 01, s. 161.

<sup>44</sup> GÖLCÜKLÜ, s. 161.

başkanlık ettiği bir davada davalı taraf olarak mahkemeye çıkar. Hakkılığını kanıtlamak için oğlu Hasan'ı şahit olarak gösterir. Kadı Şureyh "oğlun, babası lehine şahitlik edemeyeceği" ilkesine binaen bu delili ret eder. Hz. Ali oğlu Hasan'ın mümtaz kişiliğini delil göstererek ısrar eder. (Hz. Peygamber Hz. Hasan ve Hz. Hüseyin için "Cennet gençlerinin efendileri" ifadesi") Buna rağmen Yargıç Şureyh bu ilkenin genel geçer olduğunda ısrar eder ve davayı Hz. Ali aleyhine olacak şekilde sonlandırır.<sup>45</sup>

İngiltere'de, bizim anladığımız manada, ceza davasını âmme/kamu adına takip edecek bir iddia makamı, savcılık mevcut değildir. Bu sistemde takip hakkı bilhassa suçtan zarar gören kimseye tanınan bir hak olarak mülhaza edilmektedir.<sup>46</sup> İslam kurumlar tarihi incelendiğinde savcılık kurumunun Batı etkisine maruz kalındığı dönemde ihdas edilmişti. Aslında bu kurumun İslam hukuk tarihinde asli bir ihtiyaç olmadığı ifade edilebilir. Osmanlı uygulamaları incelendiğinde Said Paşa'nın büyük rol sahibi olduğu 1879 kanunlaştırma faaliyeti sürecinde Adliye Nezaretî'nin ve mahkemelerin teşkilat kanunları ile hukuk ve ceza muhakeme usûlü kanunları yapıldı ve savcılık kurumu bu süreçte ihdas edildi.<sup>47</sup> Ayrıca İngiliz sistemi, diğer sistemlere nazaran şahitlikle ispata daha geniş bir yer vermeye meyillidir.<sup>48</sup> İslam hukukunda ispat vasıtasının merkezinde şahitlik olduğu bilinen bir husustur.

İngiltere'nin ceza kanunu yapma girişimleri farklı dönemlere rastlar. Örneğin 1818 yılında parlamentonun isteği ve dönemin kralının onayı ile kurulan bir komisyon bu görevi üstlenir ancak başarılı bir hukuk kodu ortaya çıkarmayı başaramaz. Ardından 1879 yılında yine bir komisyon kurulur ve 550 maddeden oluşan taslak bir metin oluşturulur

<sup>45</sup> İ'VAD, Muhammed, *el-Kadâ fi'l-İslâm*, Mecma'u Buhusi'l- İslâmiyye, Kahire 1975, s. 137-138.

<sup>46</sup> GÖLCÜKLÜ, s. 179.

<sup>47</sup> YÖRÜK, Ali Adem, *Mektebi Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri*, (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 2008, s. 16.

<sup>48</sup> HAMSON, C. J., "İngiliz Hukuk Sisteminde Maznunun Mevkii", (A.Ü.H.F.D.), *Yıl 1952, Cilt 9, Sayı 1*, s. 330.

fakat taslak metin olgunlaşmadan başarısız bir çaba olarak komisyonun görevine son verilir.<sup>49</sup>

Aynı şekilde Osmanlı Devletinde de ceza kanunu yapma girişimleri farklı dönemlere tekabül eder. Kısa sayılacak bir sürede üç ceza kanunu hazırlanır. Bunlar sırasıyla; 1840 tarihli 'Ceza Kanunnâmesi', 1851 Tarihli Ceza Kanunu ve 1858 tarihli 'Ceza Kanunnâme-i Hümayûnu'dur. 1858 Tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayûnu Cevdet Paşa'nın başkanlığında, Muhammed Rüşdü, Ahmed Celal, Şevket, Seyyid Mustafa Hıfzı, Mahmut Paşa, İbrahim Edhem ve Muhammed Beylerden oluşan sekiz kişilik bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. Cevdet Paşa'nın Meclis-i Tanzimat'taki ilk çalışması 1274 tarihli Ceza Kanunnâmesi üzerindedir. Şunu ifade etmek gerekir ki, üye olduğu sırada hazırlama süreci devam eden bu kanunun tamamlanmasında ve özellikle kaleme alınmasında onun çok büyük hizmeti olmuştur. Gerçi bu kanunun İslam hukukuna uygunluğu hususu tartışma konusu olmuştur. Kimi hukukçular 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak oluşturulduğu gerekçesi ile İslam hukukuna aykırılığını iddia edilmiştir. Kimi hukukçular ise kanunun, ilk şeklinden tamamen farklı bir şekil aldığını, dolayısıyla da son şeklinin İslam hukukuna aykırılığının iddia edilemeyeceğini savunmuşlardır. Oysa bu kanun hazırlanırken Batı ülkelerindeki kanunlardan istifade edilmiş, nitekim bu husus komisyon üyesi Cevdet Paşa tarafından da bizzat ifade edilmiştir.

Aslında 1858 tarihli Ceza Kanununun, Fransız Ceza Kanununun aynen tercümesi olduğunu iddia etmek isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Belki birçok alanda bundan istifade edilmiş olabilir ancak bunun birebir tercüme ya da iktibas olduğunu iddia etmek tartışmaya açık bir iddia olarak ortada durmaktadır. Zira hazırlanan kanun taslağı ile nihai metin arasında büyük farklar bulunduğu gerçeğinden hareketle metnin son halinin ne tercüme ne de iktibas olarak nitelendirilemeyecek düzeyde ilk metinden farklılaştığını ifade etmek gerekir. İçerik olarak bu kanun kendinden önceki 1255 ve 1267 tarihli Ceza kanunlarına göre daha kapsamlı bir yapı arz etmektedir. Bu kanunun düalist bir yapıda

<sup>49</sup> MUNDAY, Roderick, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi" (Çev. KANGAL Zeynel T.), (İ.Ü.H.F.M.), Yıl 2003, Cilt 61, Sayı 1-2, s. 460.

olduğunu iddia eden hukukçular; kimi maddelerine bakarak şer'i yönüne, kimi maddelerine bakarak da laik niteliğine işaret ederler. Ancak daha ilk maddesinde "şer-i şerife uygunluğu"na vurgu yapılması, kanunun muhafazakâr bir yaklaşım içinde hazırlanmış olduğunu göstermektedir. Sonuç olarak Osmanlı Devletinde uzun yıllar bir hukuk bürokratu olarak çalışmış ve muhafazakâr çizgisinden hiç ayrılmayan Cevdet Paşa'nın komisyon başkanı oluşu, yasanın şer'i bir çerçevede hazırlanmış olduğunun garantisi olarak görülmüştür.<sup>50</sup>

Yeri gelmişken son olarak iki hukuk sistemine hâkim ceza adaletine de değinmek gerekir. Ceza hukukuna ilişkin detaylı bir karşılaştırma yapmak yerine İslam hukuku ile İngiliz hukuk sistemine hâkim olan ceza adaleti ve ceza felsefesi açısından kısmi bir benzerliğe işaret etmek isterim. İslam hukukunda asl olan cezanın bedeni oluşudur. Cezalar ise; kısası gerektiren suçlara karşılık ölüm cezası, hırsızlık suçları için el kesme şeklinde infaz edilen bedeni bir ceza ve içki içme suçu ve iffete iftira suçu için belirlenmiş kırbaç ile bedeni bir ceza mevcuttur. İngiliz hukuk sisteminde de uzun yıllar hâkim olan anlayış şu şekilde idi. *Cismanî cezalar üç kısımda mütalâa edilebilirler: ölüm cezası<sup>51</sup>, herhangi bir uzvun kopartılması ve dayak<sup>52</sup> cezası. Hapis, bir ceza olmaktan ziyade, emniyet telkin etmeyen şahıslara karşı kullanılan bir tedbir mahiyetindedir.<sup>53</sup> Dayak cezası, kamçı ile infaz edilir. Yirmi bir yaşından küçükler on iki; yirmi bir yaşından büyüklere on sekiz kamçıdan fazla vurulamaz.<sup>54</sup> İngiltere'de hırsızlık ve gasp suçları için 16 yaşından küçüklerde 25 sopaya, yetişkinlerde 150 sopaya*

<sup>50</sup> YILDIRIMER, Şahban, "Ahmed Cevdet Paşa ve Hukukçuluğu", (S.D.Ü.H.F.D.), c.5, s.1, Yıl 2015, s. 128-129.

<sup>51</sup> İhanet ve adam öldürme suçları sabit olduğu takdirde mahkeme ölüm cezası vermeğe mecburdur. Başka bir ifadeyle, ölüm cezası hâkime takdir hakkı tanınmayan kati bir cezadır. (ALACAKAPTAN, Uğur, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara (t.y.) s. 97).

<sup>52</sup> Dayak cezası "Criminal Justice Act 1948" ile ilga edilmiş olmakla beraber yine aynı kanunun 54. m. ne göre hapisanelerde erkekler tarafından işlenen ayaklanma, ayaklanmağa tahrik ve hapisane memurlarına karşı şiddet suçlarında azalarının en az ikisi hâkim olan bir komisyonun Dahiliye Vekâlet'inin tasdikine tabi bir karan ile suçlulara dayak cezası verilmesi kabildir. (ALACAKAPTAN, s. 104).

<sup>53</sup> ALACAKAPTAN, s. 42

<sup>54</sup> ALACAKAPTAN, s. 105.

*kadar kırbaçlama cezası kabul edilmekteydi.*<sup>55</sup> Her iki ceza hukukuna hâkim olan kavram ağına baktığımızda benzerlik görülürken, asıl vurgulanması gereken husus ceza adaleti ya da ceza felsefesi açısından cezanın bedeni oluşuna dikkat çekmek gerekir.

## SONUÇ

Ortaçağ İngiltere'si hukuk tarihçisine bir dizi büyüleyici tuhaflik sunar. İngiliz hukuku, hem medeni hukuktan hem de kilise hukukundan oldukça farklıydı. Bu hukuk yargıçlar tarafından oluşturuldu ve kendine özgü içtihat yöntemini izledi. Bu nedenle kilise hukuku sisteminden oldukça farklı idi. İslam hukukunun Kral II. Henry'nin (h. 1154-89) hükümdarlığı sırasında Norman Sicilya bağlantıları aracılığıyla İngiliz hukukunu etkilediği iddiası giderek daha fazla destek kazanıyor. 12. yüzyılda Norman hükümdarlarına sahip olan tek iki ülke İngiltere ve Sicilya idi ve Normanlar, ortak kurumlarında kendini gösteren keskin bir milliyet duygusuna sahipti. Sicilya'nın Normanlar tarafından fethini, İslam'dan Batı'ya büyük bir fikir nakli süreci izledi. Dokuzuncu yüzyıldan on ikinci yüzyıla kadar Sicilya'yı yöneten Müslümanlar burada muhteşem bir medeniyet kurdular. Aynı şekilde Endülüs'ü medeniyet merkezi yapan asli unsur devlet yönetiminde etkin olan yöneticiler ve devlet bürokratları olmuştur. Sicilya'nın Normanlar tarafından fethinden sonra, İslam kurumlarını ve kültürünü kendi kurumlarıyla ikame etmeye çalışmadılar, aksine onları birleştirdiler. Müslümanlar, dinlerini rahatsız edilmeden yaşamaya ve kendi kanunlarına göre yönetilmeye devam ettiler. Ayrıca, Sicilya'nın Normanlar tarafından fethinden sonra bile birçok Müslüman vali önceki görevlerinden alınmadı. Norman hükümeti, özellikle bürokrasi ve finans alanında, mevcut yönetimin unsurlarını entegre etti.

Bu etkileşim zemininde ve toleranslı ortamda İslam kültür ve medeniyeti ile yakından tanışma imkânı oluştu. Kendi dönemine göre ileri kurumsal ve kuramsal yapılara sahip olan Müslümanlar devlet bürokrasisinde görev alınca tüm birikimlerini sunma fırsatı buldular. Bu etkileşim herhangi bir olumsuzluk oluşturmuyordu. Çünkü dönemim

<sup>55</sup> PASUKANIS, Evgeny B. *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, (Çev. KAHANOĞULLARI, Onur), Sena Ofset, İstanbul 2002, s. 185.

yöneticileri son derece rahat davranıyor fanatik inanç gruplarının eleştirilerine kulak asmiyordu. Hatta bu dönemin kralının bu tutumu kuşku oluşturmuş onun gizli bir Müslüman olduğu ithamları çok dillendirilmiştir. Bu atmosferde İslam kültür ve medeniyetinden etkilenme ve kendi kurumsal yapılarına entegre etme kolaylıkla gerçekleştirildi.

## KAYNAKLAR

- ALACAKAPTAN**, Uğur, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ajans-Türk Matbaası, Ankara (t.y.).
- BADR**, Gamal Moursi “Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems” *The American Journal of Comparative Law*, Spring, 1978, Vol. 26, No. 2.
- BEDİR**, Murteza, “Oryantalizm ve İslâm Hukuku”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Dergisi, Sayı: 4, 2004.
- BERKES**, Niyazi, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, (Yayına hazırlayan: **KUYAŞ** Ahmet) Y K Y, İstanbul 2002.
- BOISARD**, Marcel A., “Batının Kamu ve Uluslararası Hukukuna İslâm’ın Muhtemel Tesiri Üzerine”, (Çev. **ULUSAL**, Şemsettin), marife, yıl. 4, sayı. 2, güz 2004.
- CROZAT**, Charles, “XIX. Asırdan Zamanımıza Değın İngiliz Âmme Hukukunda Egemenlik Kavramı”, (Çev. **TUNAYA**, Tarık Zafer), (İ.Ü.H.F.M.) c. XI, s. 1-2, Kenan Matbaası, İstanbul 1945.
- ÇAĞIL**, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, Kenan Matbaası, İstanbul 1949.
- GENCER**, Bedri, *Hikmet Kavşığında Edmund Burke ile Ahmed Cevdet*, Melisa Matbaacılık, İstanbul 2011.
- DAVID**, Rene, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, (Çev. **KÖTELİ**, Argun) Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty).
- DICEY**, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1915.
- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, “İngiliz Adî Teşkilâtı”, (A.Ü.S.B.F.D.), Yıl 1955, Cilt 10, Sayı 01.
- GÖKKILIÇ**, Deniz, “İngiltere’de Hukuk Devleti Anlayışı”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. IV, sayı: 6.
- GÜLGEÇ**, Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi).

- HATEMİ**, Hüseyin, *İslam Hukuku'nda Devlet Yapısı*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1972.
- HOBSON**, John M., "Islamic Commerce and Finance in the Rise of the West" *The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West*, (Ed. **AL RODHAN**, Nayef R. F., 2012.
- HAMSON**, C. J., "İngiliz Hukuk Sisteminde Maznunun Mevkii", (A.Ü.H.F.D.), Yıl 1952, Cilt 9, Sayı 1.
- İ'VAD**, Muhammed, *el-Kadâ fi'l-İslâm*, Mecma'u Buhusi'l- İslâmiyye, Kahire 1975.
- JENKS**, Edward, "İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler", (Çev. Mukbil Özyörük), (A.Ü.H.F.D.) c. VII, s. 1-2, (m.y.) 1950.
- KAYA**, Emir - **AYDIN**, Furkan "Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımının Geçersizliği", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2024, Cilt: 14 Sayı: 1.
- KAYA**, Emir - **AYDIN**, Furkan "Genel Kamu Hukuku Disiplininin Kritiği," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 14, Sayı 56, Ekim 2023.
- KOŞUM**, Adnan, "İslâm Kamu Hukuku Alanına İlişkin Klasik Literatürün Azlığı Üzerine Mülâhazalar", *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi Sayı: 18, Yıl: 2008*.
- KENANOĞLU**, M. Macit, *Osmanlı Ticaret Hukuku*, Lotus Yayınevi, Ankara 2005.
- MUNDAY**, Roderick, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi" (Çev. **KANGAL**, Zeynel T.), (İ.Ü.H.F.M.), Yıl 2003, Cilt 61, Sayı 1-2.
- PARRY**, Bay Clive, "İngiliz Hukuk Sistemi", (Çev. **SUR**, Fadıl H.), (A.Ü.H.F.D.) Yıl 1944, Cilt 1, Sayı 3.
- PASUNAKIS**, Evgeny B., *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, (Çev. **KARAHANOGULLARI**, Onur), Sena Ofset, İstanbul 2002.
- RIDGES**, E. W., "İngiliz Anayasa Hukuku", (Çev. **ÖZYÖRÜK**, Mukbil), (A.Ü.H.F.D.) c. VIII, s. 3-4, Ankara 1951.
- RİFAİ**, Sulaiman Lebbe "General Philosophy of Islamic Law (Maqâsid) and the Common Law: Some Similarities and Differences"



(February 21, 2021). s. 2. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3789926> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3789926>.

**ROHE**, Mathias, *İslam Hukuku Bir Giriş*, (Çev. **YİĞİT**, Barış) Repal Dijital Matbaası, İstanbul 2020.

**SCHACHT**, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, (Çev. **DAĞ**, Mehmet- **ŞENER**, Abdülkadir.), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1986.

**TOROS**, İrem, *Teori ve Uygulamada Aval*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019.

**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 **AL RODHAN**. Nayef R. F.), 2012.

**VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, Ayrı Basım.

**YILDIRIMER**, Şahban, "Ahmed Cevdet Paşa ve Hukukçuluğu", (S.D.Ü.H.F.D.), c.5, s.1, Yıl 2015.

**YÖRÜK**, Ali Adem, *Mektebi Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri*, (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 2008.

**ZABUNOĞLU**, Yahya K., "İngiltere'de İdare Hukuku Anlayışı", (A.Ü.H.F.D.) c. XVIII, s. 1-4, Ankara 1961.