

İSLAM HUKUKUNUN İNGİLİZ COMMON LAW ÜZERİNDEKİ ETKİSİ TARTIŞMALARI – II

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

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 yüzyılın ortalarında Henry Cattan bu etkiyi en yüksek perdeden dillendirdi. Aynı alanda çalışmalar ardı ardına devam etti. Monica M. Gaudiosi, kendisinden önceki araştırmacının iddialarını teyit etmekle kalmamış, İngiliz medeniyetinin eşsiz eğitim kurumu Oxford'un kurumsal yapısını İslami vakıf kurumuna borçlu olduğunu iddia etmiştir. 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. 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 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. Bu iddianın 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 kıskırtıcı olduğunun da farkındayız. Bu çalışmamızda kurumsal ve kuramsal olarak iki kültür ve medeniyet arasındaki benzerlikler ve etkileşimler üzerinde duracağız. Bu çalışmanın yeni kuşak hukukçular için bir basamak olmasını temenni ederiz.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, İngiliz hukuku, Ortak hukuk, Mahkeme, jüri

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. In the mid-20th century, Henry Cattan expressed this influence most prominently. Subsequent studies in this area continued in succession. Monica M. Gaudiosi not only confirmed the claims of previous researchers but also argued that the unique educational institution of English civilization, Oxford, owes its institutional structure to the Islamic waqf system. 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. 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. 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. In this study, we will focus on the similarities and interactions between two cultures and civilizations institutionally and theoretically. We hope that this study will be a stepping-stone for the new generation of lawyers.

Key Words: Islamic law, English law, Common law, Court, Jury

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

ORCID: 0000-0002-7204-5609

Makale Geliş Tarihi: 30.12.2024, Makale Kabul Tarihi: 07.03.2025

GİRİŞ

Son yüzyıla girerken batı kaynaklı hukuk anlayışı o denli kabul gördü ki, şekil ve içerik olarak bu anlayışı barındırmayan tüm hukuk anlayışları geri kalmış ya da yetersizmiş gibi bir algıya maruz bırakıldı. İslam hukukuna yönelik bu tür eleştirilerin büyük kısmı oryantalistlerce ortaya atılmıştır. Ancak üzücü olan İslami ilimlerde ihtisas sahibi olduğu kabul edilen diplomalı entelektüeller bu fikirleri kendi coğrafyalarında tekrar etmekten çekinmediler. Örneğin, İslam hukuk sisteminde kamu hukukuna rastlanmamış olması büyük bir nakışa 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. Buna karşılık (kamu hukuku-özel hukuk ayrımı) İngiliz hukukunda öğrenciye ilk öğretilen temel ayrım, Roma Germen ailesi hukuklarında hiç bilinmeyen, Common law ve Equity ayrımıdır.¹ Fendoğlu'nun Anglo-Sakson ülkelerinde idari yargı kurulmamıştır ifadeleri genel durumu özetler.²

İngiltere'de diğer ülkelerin aksine tek bir anayasal metin bulunmamaktadır. Birleşik Krallık, yasalar ve ilkeler bütünüdür. İngiliz Anayasasının büyük bir bölümü kanunlar, mahkeme kararları ve antlaşmalar gibi yazılı ve yazısız kurallar doğrultusunda şekillenmiştir.³ İslam hukukunda kamu hukuku-özel hukuk ayrımının olmadığı yönündeki iddia özellikle oryantalistlerce eleştiri zemini olarak kullanılmıştır.⁴ İngiliz hukukunda da kamu hukuku-özel hukuk ayrımına rastlanmamaktadır.⁵ İngiliz hukuku Fransız hukuku ve diğer Roma Germen hukuklarına nazaran pek 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, ne kamu hukuku-özel hukuk ayrımına, ne de bize çok doğal görünen Medeni hukuk, Ticaret hukuku, İdare hukuku, Sosyal güvenlik hukuku gibi kavramlara rastlanır. Bizdeki bu sınıflamaların yerini İngiliz hukukunda başka sınıflamalar alır. Daha aşağı kavramlar düzeyine indiğimizde ise, ne velayet yetkisi, sahil nesep, tanıma kavramlarına ne de intifa hakkı, tüzel kişilik, hile ya da mücbir sebep kavramlarına rastlamak mümkündür. Bu kavramların yerine İngiliz hukukunda, Trust, Silment, Estoppel, Consideration, Trespass gibi biz hiçbir şey ifade etmeyen kavramlara rastlarız. Tanıdığımız hiçbir kavramı karşılamayan İngiliz hukukunun bu terimlerinin, bir başka iklimde yaşayan bitki isimleri gibi, dilimize çevrilmeleri bile mümkün değildir. Zorlanılarak yapılan bir çevir, kavramların içeriğini saptırmaktadır. Aslında sorun sırf dilde bir karşılık bulma

¹ Rene David, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev: Argun Kötel, Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty) s. 313.

² Hasan Tahsin Fendoğlu, 2001 "Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması", 118 nolu dipnot) <https://www.anayasa.gov.tr/media/4644/fendoglu.pdf>. (Erişim tarihi 10.09.2024)

³ Hasan Tahsin Fendoğlu, "Yasama Dokunulmazlığı ve Yargısal Aktivizm", Yıl 15, Sayı 57, Ocak 2024, TAAD, s. 39.

⁴ Bkz. Murteza Bedir, "Oryantalizm ve İslâm Hukuku", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 4, 2004, s. 11-42, Adnan Koşum, "İslâm Kamu Hukuku Alanına İlişkin Klasik Literaturün Azlığı Üzerine Mülâhazalar", Sayı: 18, Yıl: 2008, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 123-131.

⁵ David, s. 292.

sorunu da değildir bu karşılık bulunduğu bile anlama zorlukları ortadan kalkmamaktadır. Örneğin, İngiliz Equity'si de Fransız hakkaniyetinin aynı değildir.⁶

İslam-Osmanlı hukuk uygulamasındaki örfi hukuk-şer'i hukuk ayrımı Common law-Equity law ikiliği ile önemli bir benzerlik taşımaktadır. İslam hukukunun devlet doktrini olarak uygulandığı Osmanlı devletinde modernleşme sürecinde şer'i hukuk yanında örfi hukukun uygulanması kimi hukuk tarihçilerince hukukun laikleşmesi olarak nitelendirilir. Osmanlı devleti özelinde bu durum “düalist hukuk” ifadesi ile tanımlanmıştır. Benzer ifadeler İngiliz hukuk sistemi için de kullanılmıştır.⁷ Bunun nedeni Common law kuralları yanında Equity hukuk kurallarının uygulamalarda yer alması olmuştur. Her iki hukuk sistemi (Osmanlı hukuk sistemi ile İngiliz hukuk sistemi)'ndeki bu düalist yapı kimi zaman uyum içinde kimi zaman da çatışma içinde varlıklarını sürdürdüler.

I- COMMON LAW EĞİTİM KURUMU “INNS OF COURT” İLE İSLAM HUKUK EĞİTİM KURUMU “MESÇİD-HAN”LARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Hukuk kurumları tarihi üzerine araştırma yapan George Makdisi, İngiliz Common law (örf ve adet hukuku) eğitiminin verildiği Inns of Court ile İslam hukuku yoğunluklu bir eğitimin verildiği medreseler arasındaki benzerliğin kaynağının İngiliz hukuk kültürü dışında aranması gerektiğini iddia eder. İngiliz hukuku, Ortaçağ Avrupası'ndaki tek yerli hukuktan ve hem sivil (Roma) hem de kanon (Kilise) hukukundan farklı olarak işlemekteydi. Ayrıca bu hukuk, sivil ve kanon hukukunun kanunlaştırma sisteminden farklı olarak kendisine has meselecilik hukuk (case-law) metodunu takip etmekteydi. Bu hukukun Inns of Court olarak adlandırılan mektepleri, Hristiyan âleminde, Orta çağdan Modern çağa ulaşan ve türünün tek örneği olan hukuk mektepleri idi. Bu ve diğer özellikler, tüm Avrupa ulusları içinde yalnızca İngiltere'ye aitti. Her ne kadar mevcut kaynaklar iki sistem arasındaki irtibata dair bir delil içermezlerse de İngiliz hukukunun, bu özellikleri yalnızca Müslüman Doğu ile paylaştığı hususunda şüphe yoktur. Zaten İngiliz hukuk tarihçileri de, kendi hukuk mesleklerinin kökenlerinin son derece müphem olduğuna işaret ederler ve onun İngiltere'deki gelişiminin izlerini takip teşebbüsünde Kıta Avrupası'yla yapılacak mukayeselerin kendilerine herhangi bir rehberlik sunmadığını söylerler.⁸ Müellif bu benzerliğin kaynağı olarak İslami hukuk kurumlarını işaret ederken, etkileşim zemini olarak İtalya'yı gösterir. Özellikle Normanların İslami kurum ve kültürün taşıyıcı rolüne vurgu yapar. Ona göre, Normanlar her iki ülkede, hem İtalya hem de İngiltere'de katalizör rolü oynadılar. Bu kurumsal benzerliğin fiziki alanda görünümünü ise şu şekilde tasvir eder: her iki hukuk kültüründe bu kurumlar bir ibadet mekânı ile bir hanın (yurt) birleşiminden oluşmaktadır. Hukuk, Londra'da kiliselerin bitişiğindeki hanlarda, Bağdat'ta ise bitişiğinde han bulunan

⁶ David, s. 308-309.

⁷ David, s. 308-309.

⁸ George Makdisi, “The Guilds of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court”, 34 Clev. St. L. Rev. 3, (1985-1986), s. 3-4.

mescitlerde öğretilmekteydi.⁹ Burada Schwarz'ın şu tespiti dikkat çekicidir. O da; *“bu hukuk eğitim kurumlarında Roma hukukunun ders olarak okutulmamasıdır. İngiliz tatbikatçıları loncalarda, bu güne kadar heybet ve azametlerini muhafaza eden Inns of Court'larında teşkilatlandılar, burada kendi hukuk mekteplerini kurdular ve tedrisatta Roma hukukuna yer vermediler”*. Bu kurumları şöyle tasvir eder: *İngiltere'de hukuk, geleneksel olarak yüzlerce yıllık maziye sahip eski hukukçu loncalarında (Inns of Court) tecessüm etmektedir. Hepsi Londra'nın hukuk mahallesinde (legal quarter) bulunan bu loncalar eski avluları harikulade küçük kiliseleri, galerileri ve kütüphaneleriyle Londra'yı ziyaret eden dikkatli bir müşahit üzerinde derin izler bırakmış olmak gerekir ve bunlar müşahhas olarak görülüp yaşanmadan İngiliz hukukî hayatının psikolojisi hiç bir suretle kavranamaz.*¹⁰

G. Makdisi İslam hukuku yoğunluklu bir eğitimin verildiği mescit-han kompleksini “hukuk college”i olarak nitelendirir ve fiziki yapı olarak şöyle tasvir eder: “mescit-han kompleksi fıkıh tetkikleri için kurulmuştur. Fıkıh öğrencilerini barındırmak üzere mescide bitişik bir hana (yurt) ihtiyaç vardı. Bitişik han, şehir dışından gelen fıkıh öğrencilerine yurt olarak hizmet ederdi. Bu hanlar, öğrencilerin toplanma ve ders çalışma yerleriydi. Genel olarak mescitte yapılamayacak her türlü uygulama ve işin icra edildiği yerlerdi. Medrese hem mescidin hem de hanın fonksiyonlarını tek bir vakıf bünyesinde birleştiren daha ileri bir adımdır.” Londra'da, Kral Stephen ve halefi II. Henry dönemlerinde üç meşhur mektep vardı. Bunların hepsi de tıpkı hanların mescitlerin bitişğinde olması gibi Londra'daki kiliselerin bitişindeydiler. Bunlardan biri, Paternoster Row'daki mektep, St. Paul Kilisesinin bitişindeydi. Diğer ikisi ise, St. George Hanı (Inn), St. Sepulchre Kilisesi'nin ve Thavies Hanı da St. Andrew Kilisesi'nin bitişindeydi.¹¹

İngiltere ve İslam topraklarındaki ilk hukuk okulları sırasıyla kilise hanı ve cami hanıydı. Londra'da hanlar kiliselere, Müslüman dünyasında ise camilere bağlıydı. Kilise hanları ve cami hanları, tüzel kişiliği olmayan loncalar olarak yaratıldı. Inns of Court ayrıca hukukçular topluluğunun temsilcileri olarak özerkliğe sahipti. Camilerde her türlü yükseköğrenim yapıldı. Tartışmalara dayalı öğretim yöntemi de cami hanlarına benziyordu. Hukuk öğrencilerinin camilere konaklama imkânı bulunmadığı için ayrı pansiyonlara ihtiyaç vardı.¹²

Hristiyan Batı'da bir eğitim müessesesi olarak hanın (Inn) kökeni, tarihi olarak iki şehirle –önce Londra, ardından Paris ile- bağlantılıdır. Bu iki şehirdeki hanlar da yine tarihi olarak mukaddes Kudüs şehriyle bağlantılıdır. Bağdat'ta ve Doğu Hilafetinde ortaya çıkan bu han türü, oradan batıya doğru, aralarında Kudüs'ün de bulunduğu diğer büyük şehirlere yayılmıştır. Dolayısıyla, Hristiyan Batı'da “colleg”lerin anavatanı olarak artık Paris'e değil, Londra'ya ve tümüyle başlangıç yeri olan İslam âleminin doğusuna bakmak tarihi vakıya daha uygun görünmektedir.¹³ Inns of Court'un yapısı ve fonksiyonunu tanımlayan batılı

⁹ George, Makdisi, İslâm'ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitimi, Çev: Hasan Tuncay Başoğlu, Klasik Yayınları, İstanbul 2007, s. 305 vd.

¹⁰ Andreas B. Schwarz, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, s. 187.

¹¹ George Makdisi, İslâm'ın Klasik Çağında ve Hristiyan Batı'da Beşerî Bilimler, Çev: Hasan Tuncay Başoğlu, Elma Basım, İstanbul 2009, s. 374.

¹² 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.

¹³ Makdisi, G., İslâm'ın Klasik Çağında ve Hristiyan Batı'da Beşerî Bilimler, s. 376-377.

hukukçular kaynak olarak İslam kültürünü işaret etmeseler de kullandıkları ifadelerin İslami literatürü çağrıştırması ilginç bir tesadüf olarak kabul edilmeyecektir:

“Inns of Court’lar - medreseler - loncalar, yüzyıllar boyunca İngiltere’nin en büyük hukukçu ve hâkimlerini yetiştiren ve işlerinde İngiliz barosunun en mümtaz ananelerinin geliştiği mekteplerdi. Innler (loncalar) elbette bir üniversite veya üniversitenin bir parçası değildi. Menşeleri 1292 tarihli fermanla olup, Kral Mahkemesi hâkimleri bu fermanla, İngiltere’nin muhtelif kontluklarından müsait hukuk talebelerini «mahkemeye devam etmek, mesailine iştirak etmek ve fakat başkaca işle meşgul olmamak» üzere seçmekle görevlendirilmişlerdi. Bu Innler’de talebeler yalnız hukuk değil fakat edebiyat, musiki, dans, aktörlük gibi zamanlarının sosyal ve meslekî hayatına faal olarak iştirak için lüzumlu her şeyi öğrenirlerdi. (Innler) yalnız hukuk mektebi değil fakat İngiliz sosyetesinin kalburüstü zevatının oğulları bakımından mümtaz eğitim merkezleri idi, İngiliz edebiyatının birçok meşhur simaları (Inns of Court)’larda tahsil görmüşlerdi. Zamanla (Inn)’lerin adedi azaldı. Her ne kadar ilk bulundukları mahallerden başkasına taşınmış olmakla beraber bugüne kadar sürüp gelen en geniş ve en meşhur (Inn)ler arasında (Lincolns Inn), (Gray’s Inn), (the Middle Temple) ve (the Inner Temple) vardır. Önemi haiz bir husus hukuk talebelerinin (Common law) terbiyesi ile yetişmiş şahıslar tarafından eğitime tâbi kılınmaları idi. Talebelere mahkeme salonunda (crib) denilen bir hücre ayrılır, talebe buradan muhakeme safahatını görür, dinler, tenkit eder ve not alırdı. Bu şekilde yetişen hukukçuların Roma hukukunun kabulüne itiraz etmelerine ve buna mani olmalarına şaşmamak lâzımdır. Orta çağlarda ve Roma hukukunun Avrupa hukuk sistemi üzerinde en büyük tesirini icra eylediği devirde İngiltere barosuna dâhil olmanın yegâne çaresi (Common law) hâkim ve hukukçularının tesiri altında bulunan (Inns of Court)’lardan geçmek suretiyle mümkündü, işte İngiltere büyük hukukçularını ve hâkimleri bu kaynaktan sağlamıştır.”¹⁴

George Makdisi *The Rise of Colleges*¹⁵ adlı eserinde “skolastik” kavramı, üzerinde dururken skolastiğin zannedildiği şekliyle doğrudan dinin teoloji kısmıyla değil, hukuk kısmıyla yani fıkıhla, fıkıh eğitimiyle, fıkıh düşüncesiyle alakalı bir şey olduğunu ortaya koyuyor. Dahası onu bir yöntem olarak tanımlarken; dogmatik bir düşünce olmanın çok ötesinde tartışma ve münazaraya, karşıt fikirleri öğrenmeye, değerlendirmeye ve onları çürütmeye dayalı bütüncül bir sistem olarak tasvir eder.¹⁶ Makdisi, bu eserinde önce kendisinin “skolastik eğitim metodu” adını verdiği, ama aslında medrese eğitim metodu olan şeyi bize anlatıyor. Ardından bunun batıdaki college sistemiyle ve üniversiteyle olan ilişkisini, daha doğrusu batıdaki sisteme olan etkisini ortaya koymaya çalışıyor. İslam hukuku/fıkıh yoğunluklu bir eğitimin verildiği medreseden mezun olan fakihe verilen doktora yeterlilik belgesi ya da öğretim üyesi belgesi olan “icazet” in aynen college sistemine intikal ettiğini iddia eder. Bu kavramın oradaki ifadesi olan “licentia docenti”, icâzetü’t-tedrîs’in birebir Latince tercümesidir. Makdisi bunun bir başka Yunan ya da Roma geleneğinden gelmiş olamayacağını iddia eder. Çünkü üniversite öncesi dönemde Ortaçağ ve öncesinde bu yetki “magisterium” kavramıyla ifade edilmektedir ve Papa’ya ya

¹⁴ Edward King-Joseph Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, Çev: İlhan LütemC. XVI, sayı:1-4, , A.Ü.H.F.D., s. 201-202.

¹⁵ George Makdisi, *The Rise of Colleges, Institutions of Learning in Islam and the West*, Edinburgh University Press, 1981.

¹⁶ Ali Hakan Çavuşoğlu, “Medreseden Üniversiteye Skolastik Eğitimin Evrimi”, *Medeniyetleri Karşılaştırmak: George Makdisi Örneği*, Kurtiş Matbaacılık, İstanbul 2012, s. 13.

da konsüllere ait bir yetkidir. Yani bir kişiye herhangi bir yerde ders verme, öğretim yapma yetkisinin Papa ya da bu konsüller tarafından verildiğini uzun uzun anlatır ve bunun “magisterium” kavramıyla karşılandığını söyler. Ama college sistemiyle birlikte bir anda bir değişim olmuştur ve yeni bir tabir ortaya çıkmıştır; bu tabir de icâzetü’t-tedrisin tam karşılığıdır. Muhtevası, işleyişi, şemaları birebir aynıdır. Diğer bir kavram da şu an bizim alışık olduğumuz üniversitelerin hemen hemen her yıl yaptığı “açılış dersi” uygulamasıdır. Bu da yine tipik bir benzerliktir. Açılış dersi uygulamasının da medreseden alındığı görüşündedir Makdisi. İlk açılış dersini, ilk medrese olan Bağdat Nizamiye Medresesi’nin atanan ilk müderrisi Ebû İshâk eş-Şîrâzî vermiştir. Önce bunu tarihsel olarak anlatır ve bunun collegeda “inception” kavramıyla karşılandığını ve orada da devam ettiğini ortaya koyar.¹⁷

A-HÂKİMLİK MESLEĞİ

İngiliz olmayan bir hukukçunun İngiliz hukukunu incelemeye cesaret etmesi nadirattan ve hayret verici şeylerden sayılırmış, doğal olarak bu cesareti gösterenlerin sayısı oldukça az olurmuş. Bunun nedeni ise İngiliz hukukçularının bu hukuku yalnız kendilerinin anlayabileceğine olan inançları olduğu ifade edilir.¹⁸ Aslında bu yargı bir yönüyle bu hukukun son derece ihtisas gerektiren bir yapıda olmasından da kaynaklanmaktadır.¹⁹ Zira İngilizler, geleneklerine son derece bağlıdırlar. İngiliz hâkimleri kararlarını hâlâ yüzlerce yıl önce konmuş kanunlara, mahkemelere verilmiş emsal kararlarına istinat ettirdikleri halde, yüksek kabiliyetleri sayesinde bu eski kaideleri zamanın ihtiyacına uygun tatbik edebilmek imkânı bularak, halkın adalet hislerini incitmemekte ve terakkilere mani olmamaktadırlar.²⁰ İngiltere’de son derece güçlü bir “*Hukukçular Sınıfı*”nın oluşu, Roma hukukunun İngiliz hukuk sistemini etkilememesinin en önemli sebebi olarak görülmüştür.²¹ İngiliz hukuk sistemi o kadar muhafazakâr anlayışa sahiptir ki, *bu hukuk kendi kanun vâzının ıslahat gayretinden bile korunmuştur*²² ifadesi bu konudaki abartıyı açıklar niteliktedir. Hâkimlik, her iki hukuk sisteminde (İngiliz hukuk sistemi ve İslam hukuk sistemi) de son derece prestijli bir meslektir. İngiliz hâkimleri avukatlık ederek geniş tecrübe sahibi olduktan sonra göreve atanırlar.

İngiltere’de hâkimlik mesleği parlamento üyeliğinden bile daha şerefli bir mevkidedir. Lord Chief Justice denilen Yüksek Mahkeme reisine çok defa asalet payesi verilir. Baro başkanı, resmi bir kurumun başkanı olmadığı halde hükümetin başlıca hukuk müşaviridir. *Sayısı mahdut olan İngiliz hâkimleri heyeti*

¹⁷ Çavuşoğlu, s. 20.

¹⁸ Andreas B. Schwarz, “İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk” Çev: Hıfzı Veldet, Yıl: III, Sayı: 10, İstanbul 1937, İ.Ü.H.F.M., s. 215.

¹⁹ Hanefi hukuk metodolojisi çerçevesinde içtihadî çıkarımlarda bulunmanın zorluğunu ifade etmek için benzer şu ifade yaygınlaşmıştır. “Hanefi mezhebi üzere bir çıkarımda bulunma yetkinliğine kırk yıldan önce ulaşabilmiş bir fakihin bu başarısını hayretle karşılarım.” Ali Haydar Efendi, Dürer’ül-Hükkâm Şerhu Mecellet’il-Ahkâm, (Diyanet İşleri Başkanlığı) İstanbul 2016, c. I, s. 34.

²⁰ Mustafa Reşit Belgesay, “Adliye Teşkilatının Esasları”, c. IX, s:2-3, İ.Ü.H.F.M., s. 593.

²¹ Orhan Münir Çağıl, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 367.

²² Clive Parry, “İngiliz Hukuk Sistemi”, Çev: Fazıl H. Sur, C. I. S. 3, Maarif Matbaası, Ankara 1944, A.Ü.H.F.D., s. 444.

hukukçular sınıfının en çok itibar ve muvaffakiyet kazanmış olan şahsiyetlerinden mürekkeptir. Filhakika «Barların (baroların) âzâsı sıfatıyla »Barrister» (avukat) olarak uzun yıllar mahkeme önünde iddia ve müdafaada bulunan ve bu arada en fazla temayüz eden yâni hayat, hukuk ve adli faaliyet bakımından haiz bulundukları bilgi ve tecrübe sayesinde yüksek başarı temin eden şahsiyetler arasından seçilenler bol maaşlı müstesna bir itibar gören hâkimin sandalyesine geçebilirler. Yurttaşların ihtilâflarını hâkim sıfatıyla halle memur olanlar derecesinde hiç bir kimse İngiltere’de yüksek takdir ve itibara mazhar değildir.»²³

Fredrick Davis de bu durumu şu şekilde tasvir eder: “hâkimler Common law memleketlerinde büyük bir prestije sahipti, saygı ve sevgiye mazhardılar ayrıca yüksek maaş alırlardı. Common law memleketlerinin pek çoğunda hâkimlik mesleği en ziyade itibara mazhar olan bir meslektir. Bundan dolayıdır ki topluluk içerisinde en ziyade saygıya müstahak kimseler hâkimlik mesleğine umumiyetle avukatlar arasından veya akademik meslek mensuplarından tayin olunurlar. Türkiye’de ve «Civil Law» memleketlerinin çoğunda olduğu gibi devlet marifetiyle hâkim yetiştirme sistemi bilinmez, pratik hayatta bilfiil hukukçu olarak çalışmış veya öğretim mevkiinde bulunmuş kimseler bu mesleğin icap ettirdiği vasıfları en iyi bir şekilde haiz olan kimselerdir”.²⁴

İslam hukuku açısından yargıçlık, devlet bürokrasisinde son derece saygın bir meslek olmanın ötesinde bu görevi ifa etmek bir ibadet olarak kabul edilmiştir. İslam hukukçularından Serahsi’ye göre “*yargı görevi imandan sonra ibadetlerin en faziletlisidir. Ayrıca Hz. Adem’den Hz. Muhammed’e kadar Allah’ın kendisine yargı görevi vermediği hiçbir Peygamber olmamıştır.*”²⁵ İnsanlar arasındaki anlaşmazlıkları adaletle çözmek Peygamberlerin en temel görevlerinden biri olduğu için hâkimlik, nebevî (peygamberliğe ilişkin) bir görevdir.

İslam hukukunun ve idari kurumların oluşum sürecinde önemli bir dönem olan halifeler döneminde hâkimlik son derece prestijli bir görev idi. Bu dönemde birkaç vali hariç en yüksek maaş alan devlet memuru hâkimler idi.²⁶ Osmanlı devletinde de Mahkeme-i şer’iyye hâkimleri mülkiye üstü bir mevkide bulunuyorlardı. Anadolu ve Rumeli’de birer beylerbeyi ve her sancakta birer mîrîliva bulundurulurken mülkiye idaresi askeri idare ile birleşik bir halde yürütülürken, kaza merkezlerinin mülkiye idareleri kadılarına bırakılmıştı. Uzun yıllar mülkiye taksimatında illerle bucaklar arasındaki bölümüne ‘Kaza’ denilmesi eski devirin kalma bir teamüldür. Kadılar, küçük yerlerde hem yargı hem de idari görevleri yerine getirmişler, bundan dolayı da hâkimlerin görev yaptıkları yerlere, ‘kaza’ sıfatı tercih edilerek ‘kaza merkezi’ denilmiştir.²⁷

Kadırlara mülki ve askeri idarelerde verilen bu yüksek yetki ve haysiyetin onların kaza görevlerindeki mevkilerini de gerek halk ve gerekse kendi cephelerinden daima yükseltiyordu. Tanzimat’tan sonra bile bunların vilayet ve

²³ Andreas B. Schwarz, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, Çev: Bülent Davran, Yıl 1945, Cilt II, Sayı 3-4, İ.Ü.H.F.M., s. 188.

²⁴ Fredrick Davis, “Common Law” Yıl 1958, Cilt 15, Sayı 1, A.Ü.H.F.D., s. 75.

²⁵ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî, el-Mebsût, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut 1986, c. XVI, s. 59.

²⁶ Muhammed Hamidullah, İslâm Peygamberi, Çev. M. Sait Mutlu- Salih Tuğ, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1969, c. II, s. 932.

²⁷ Vasfi Şensözen, “Mahkeme-i Şer’iy(y)eler,” C. III, S. 29-30, (m.y.) Ankara 1947, Ankara Barosu Hukuk Dergisi, s. 4-5.

kaza idare meclislerinde tabii üye olduklarını, ihale ve takrir komisyonlarındaki mevkilerini ve aynı zamanda ahkamı şahsiye mahkemesi olmak ve eytam idaresi de kendilerine bağlı bulunmak itibariyle yetimler ve mahcurlar üzerinde bu günkü anlama göre vesayet dairesi mahiyetinde olan velayeti ammelerini, vakıflara ait teftiş ve murakabe yetkilerini göz önüne alacak olursak hâkimlerin Adalet teşkilatı içindeki önemli konumu daha iyi anlaşılacaktır.²⁸ İngiliz hukuk sistemi de İslam hukuk sistemi de tek hâkimlidir.²⁹ Ancak Tanzimat sonrası şer'iyye mahkemelerinin aksine nizamiye mahkemeleri isminde birden fazla hâkimli bir mahkeme türü ihdas edilmiştir.

B-İLK DERECE MAHKEMELERİ

Westminster mahkemelerinde adaletin dağıtılması sırasında karşılaşılan güçlüklerin kaçınılmaz bir sonucu da, çoğu durumda ihtilafa doğru bir çözümün bulunmayışı oluyordu. Böyle durumlarda zarar gören tarafın aklına doğal olarak, adaleti elde etmenin bir diğer yolunun araştırılması gelecekti. Bundan dolayı XIV. yüzyıldan itibaren kraliyet mahkemelerinden adaleti elde edemeyen ya da bu mahkemelerin verdiği kararları doğru bulmayan taraflar, krala başvurarak onun işe karışmasını istemeye başladılar. Başvurular önce şansölyeye yapılıyor, şansölye uygun bulursa, olayı krala sunuyor, kral da konseyinde başvuruları inceliyordu. Bu yol zaman içerisinde kurumsallaşmaya başlayarak kimi zaman Common law'a bile ters düşen kuralları da içerebilecek bir sistem olmaya başladığında ihtilaflar baş gösterdi.³⁰

İngiliz hukuku, on beşinci yüzyıldan itibaren Common law ve Equity law'dan müteşekkil ikili bir hukuk düzeni görünümünü sergilemiştir. Common law, İngiliz hukukunun çekirdeğini oluşturmuş; Equity law ise bu çekirdekteki kuralların hakkaniyete uygun bir şekilde uygulanabilmesi için tamamlayıcı rol üstlenmiştir. Common law, 1066 yılındaki Norman istilasının ardından güçlenmeye başlayan merkezi yönetime paralel olarak faaliyete geçen krallık mahkemeleri Court of King's Bench, Court of Common Pleas ve Exchequer eliyle gelişen hukuktur. O dönemde hâlâ yerel teamüllere dayalı olarak faaliyet göstermekte olan yerel mahkemelerden farklı olarak krallık mahkemeleri, içtihatları vasıtasıyla tüm krallık bakımından "ortak olan hukuku" ortaya koymuştur. Ancak şekilci bir düşünce yapısının hâkim olduğu Common law sisteminin, adaleti sağlamak bakımından tek başına yeterli olmadığı zaman içerisinde anlaşılmıştır. Her şeyden önce, bu yapı tıpkı Roma hukukundaki gibi bir davalar sistemi olarak kurgulanmıştır. Bir kişinin dava hakkının olabilmesi için iddia ve talebinin önceden tanımlanmış olan writ'lerden birinin kapsamına girmesi ve writ'in ilgili merciden belirli bir bedel ödemek suretiyle temin edilmesi gerekmektedir. Diğer yandan ispat kurallarının sertliği ve jüri yargılamasının belirsizlikleri de sistemin işleyişi bakımından bazı sıkıntılar doğurmuştur. Ayrıca zaman ilerleyip içtihat hukukunun ürettiği kurallar belirgin hale geldikçe muhafazakâr bir tutum benimsenmiştir. Hâkimler mevcut kurallara sıkı sıkıya bağlı kalmış ve ferdi davalara ilişkin istisnalar yaratmaktan kaçınmıştır. Common law'un bu açmazları, Court of Chancery eliyle gelişen equity law

²⁸ Şensözen, s. 5.

²⁹ Leon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, Çev. Süheyp Derbil, İstiklâl Matbaacılık, Ankara 1954, s. 94.

³⁰ David, s. 298-299.

vasıtasıyla çözülmüştür. Court of Chancery'nin temel düsturu hakkaniyettir. Böylelikle şekilcilikten uzak, krallık mahkemelerine kıyasla daha ucuz ve hızlı bir hukuki mekanizma devreye sokulmuştur. Bu durum karşısında iki yapı arasında başlayan rekabet, uzun vadede Common law'un gelişimine de ivme kazandırmıştır. İngiliz hukukunun bu ikili yapısı, bu mahkemelerin tümünü Supreme Court of Judicature çatısı altında toplayan Judicature Acts vasıtasıyla en azından görünüşte ortadan kaldırılmıştır. Ancak sistem içerisinde common law ve equity law'un bağımsız karakterlerini korudukları belirtilmektedir.³¹

İngiliz hukuk sisteminde mahkemelerdeki tıkanmışlık başka bir ifadeyle “Common Law”dan halkın hoşnutsuzluğunu ifade edecek kararların çıkma ihtimali üzerine davalar “Equity” de görülmeye başlanmıştır. Böylece “Equity” alanı sürekli “Common Law” aleyhine olacak şekilde genişlemiştir. İki hukuk sistemi Common Law ve Equity XIX. yüzyıla kadar böyle devam etti. Osmanlı Devleti'nde de XIX. yüzyıla kadar tek mahkeme olan şer'i mahkemeler yargı görevini ifa ediyordu. Bu yüzyıldan itibaren şer'i mahkemelerle beraber nizamiye mahkemeleri kurulmuştur.

Batılılaşma/modernleşme döneminde klasik Osmanlı mahkemesi olan şer'iyeye mahkemesi varlığını devam ettirmişse de, görev alanı önemli ölçüde daralmış ve klasik dönemde bu mahkemenin karara bağlamış olduğu hukuki anlaşmazlıkların önemli bir kısmını nizamiye mahkemeleri karara bağlar olmuştur. Şer'iyeye mahkemelerinde tek hâkimli sistem uygulanırken, nizamiye mahkemelerinde toplu hâkimli bir yapı uygulanıyordu.³² Burada şu ifade edilebilir; şer'iyeye mahkemelerinin görev alanı sürekli daralmış, buna mukabil nizamiye mahkemelerinin görev alanı ise sürekli genişlemiştir. Benzer şekilde İngiliz hukuku, XVI. yüzyılda, Şansölyenin equity hukukunun başarısı ve Common law'un giderek etkisini yitirmesi sonucu, Kıta Avrupası hukukları ile birleşmeye başladı. Vatandaşların Common law mahkemelerine başvurmadan vazgeçmeleri ile bu mahkemelerin ortadan kalkmaları tehlikesi baş gösterdi. Aynı olay, 300 yıl önce, Country courts ve Hundred courts'un, Westminster mahkemelerinin parlaklığı ve taraflara sağladığı daha modern bir adalet geleneksel usullerden daha üstün bir muhakeme usulü karşısında sönmelerinde de görülmüştür.³³

C-ÜST YARGIDA DÜALİST YAPI

İngiliz hukuk sisteminde üst yargı üç dereceli bir yapı arz eder. En yüksek derecesi; House of Lord (Lordlar Kamarası) bir alt derecesi; Court of Appeal, en alt derecesi ise; High of Court'tur. Bu durumda House of Lord ve Court of Appeal'in bir kararı, High of Court için emsal durumlarda uyulması zorunlu bir karardır.³⁴ Ancak şu husus son derece önemlidir: “*Lordlar Kamarası, her mesele hakkında yeni bir karar vererek eski kararlarından hiç birisini tatbik etmemeyi kendisi için bir mecburiyet olarak kabul etmiştir.* Bundan dolayı da Lordlar Kamarasından

³¹ Işıl Yelkenci, “Cezalandırıcı Tazminat Kavramına İngiliz Hukuku Odaklı Bir Bakış”, Cilt 28, Sayı 2, Aralık 2022, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 1184-1185

³² M. Akif Aydın, “Türk Hukuk Tarihçiliği”, c. III, sayı: 5, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, s. 17.

³³ David, s. 300.

³⁴ Schwarz, “İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk”, s. 225.

aşağı derecedeki diğer mahkemeler bu âli mahkemenin içtihatları ile mukayyetirler."³⁵ Bu kaideye göre, eğer memleketin en yüksek mahkemesi olan Lordlar Kamarası bir kararında herhangi bir prensip kabul etmişse bu kamaranın kendisi dahi bir daha bundan dönemez ve ileride vereceği bütün hükümlerde bu prensibi tatbikle mükelleftir. Böyle bir prensip yalnız kanun yolu ile değiştirilebilir.³⁶

Bu düâlite ilk derece mahkemelerinde aşılmışsa da Temyiz mahkemesi olan High Court'ta bir problem olarak varlığını devam ettirmiştir. Prensip olarak Temyiz mahkemesi her tür davaya bakmakla görevli ise de uygulamada ayrılık kaçınılmaz olmuştur. Temyiz mahkemesinde "Equity" e ait davalar "Chancery Division" kısmında, "Common Law" a ait davalar ise "King's Bench Division" kısmında tetkik ediliyordu. Bu alanda bir karşılaştırma yapmak adına Osmanlı uygulamalarını şu şekilde tasvir edebiliriz: Batılılaşma/ modernleşme döneminde hem şer'iyye hem de nizamiye mahkemeleri için ayrı ayrı üst mahkemeler kurulmuştur. Şer'iyye mahkemeleri için Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye, nizamiye mahkemeleri için ise Divan-ı Ahkâm-ı Adliye üst mahkeme olarak görev yapmıştır.³⁷ Üst mahkemedeki bu farklılaşma İngiliz hukuk sistemindeki "Equity" e ait davaların "Chancery Division" kısmında, "Common Law" a ait davalar ise "King's Bench Division" kısmında tetkik edilmesine benzemektedir.

D-TEZGÂHTAN YASAMA

İngiliz hukuk sistemi için yargıçlar hukuku nitelemesi yapılır. Bilindiği gibi, Kıta Avrupa'sından farklı olarak Anglo-Sakson hukuk sisteminde, özellikle ABD ve Birleşik Krallık'ta, içtihatlar yani yargı kararları örf ve adet hukuku ile birlikte hukukun asıl kaynağını oluşturur. Bu nedenle, Anglo-Sakson hukuk sistemi içinde yargıçların hukukun oluşumunda yasa koyucuya benzer bir işlevi olduğu kabul edilir. Bu sistemde, yüksek mahkeme kararları ve aynı mahkemenin daha önce benzer bir konuda verdiği kararlar emsal teşkil eder, emsal kararların asıl gerekçesi (temel hukuki dayanağı) bağlayıcı kabul edilir ve yeni emsal kararların oluşumu hukuk yaratma anlamına gelir. Dolayısıyla Anglo-Sakson hukuk sistemi yargıç hukuku olarak da tanımlanır.³⁸

Bu durum genellikle ilk derece mahkemelerin yargı kararlarının ya da bir mahkemenin verdiği karar diğer mahkemeyi ya da yargıcı bağlar şeklinde anlaşılmaktadır. Oysa bu kanı, hukuk mantığı, hukuk tekniği hatta hukuk felsefesi ve yargı kararının epistemolojik değerinin aynı düzeydeki bir mahkeme ya da yargıç için bağlayıcı bir norma dönüştüğünü varsaymak doğru bir tasvir değildir. İster ilk derece mahkemesi olsun ister üst dereceli bir mahkeme olsun herhangi bir yargısal karar verildiğinde bu karar kamuoyuna açık hale gelir. Bu kararın gerekçesi yayımlandıktan sonra özellikle yargı mensuplarının ilgi ve bilgi alanına girmiş olur. Eğer kararın gerekçesi kümülatif hukuki içtihatların ruhuna aykırı

³⁵ Arthur Curti, "İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış", Çev. A. Necdet Azak, Yıl: III, Sayı: 11, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1937, I.Ü.H.F.M., s. 304.

³⁶ Andreas B. Schwarz, Medeni Hukuka Giriş, Çev. Hıfzı Veldet, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1942, s. 89.

³⁷ Aydın, s. 17.

³⁸ F. Ceren Akçabay, Yargının Tartışılmazlığı, Ayrıntıdergi, Ağustos 2020. Anglo-Sakson hukuk sisteminin tarihsel kökenini oluşturan İngiliz hukukunda yargıç yapımı bir anayasanın var olması İngiliz geleneğinde hukuk devletinin yasamanın değil yargının üstünlüğü anlamına gelmesine neden olmuştur.(a.g.e.)

değilse ve kararın dayandığı hukuki dayanağına ve hukuk mantığına herhangi bir itiraz söz konusu değilse bu karar bir yönüyle hukukçuların açık yada örtük (sarih ya da sükûti) onayını almış demektir. Böylece tikel bir karar iken epistemolojik açıdan “zan” ifade eden bu karar diğer hukukçuların açık ya da örtük onayını almış olmasıyla epistemolojik açıdan “zan”dan daha üst bir mertebeye yükselmiş olur ve yasa gibi bir fonksiyon icra etmeye başlar.

Konuyu İslam hukuku bağlamında ifade edecek olursak herhangi bir içtihat ilkten ortaya konulduğunda diğer tüm içtihatlar gibi epistemolojik açıdan “zan” ifade eder. Ancak istisnasız tüm hukukçular bu içtihadı onaylarsa bu içtihat epistemolojik olarak “yakîn” yani kesinlik ifade eder. Gerçi tüm hukukçuların görüşlerini açıkça ortaya koyamama ihtimaline binaen bu durum “sukuti icma” ifadesiyle tanımlanmış ve böylece kimi hukukçular görüş belirtmeyen bu kitlenin onayladığı ya da ret ettiği yönünde kendilerine bir kanaat yüklenemeyeceğini iddia ederler. Böylece böyle bir durumun epistemolojik açıdan “zan”dan üst bir skalada olsa da “yakîn” denilen ve kesin doğru kabul edilen bir düzeye de yükseltilemeyeceği için tartışılmaz doğrular skalasında yer almazlar. İslam hukukunda icma olarak nitelendirilen bu oydaşıma muhalefet, hukuki açıdan olumsuz bir tutum olarak kabul edilmiştir. Eğer icma denilen bu oydaşım sahabeden beri sürüp gelen ve dinin ritüelleri ile ilgili ise o görüşe itiraz dinin asli bir verisine itiraz gibi kabul edilir. Bu konu yeniden tartışmaya dahi açılmaz. Ancak icmanın içeriği dönemsel konularla ilgili ise yeniden tartışılmaya imkân oluşabilir.

Burada ödünçleme bir kavramla durumu tasvir edecek olursak “özneler arasılık” denilen ve alandaki otoritelerin bir konudaki oydaşımı mutlak doğru olarak kabul edilmezse bile ona yakın bir düzeyi ifade edebilir. Bu nedenle İngiliz hukuk sistemindeki “özneler arasılık” niteliğindeki bir yargı kararı “yasa” gibi bir fonksiyon icra edebilir ve bu durum “tezgahtan yasama” olarak nitelendirilmiştir.³⁹ Burada özenle vurgulanması gereken husus yargı kararının dayandığı hukuki zemin yani gerekçeyle bir itirazın olmamasıdır. Bu durum Kant’ın “beğeni yargısı”na benzetilmiştir.

Sonuç olarak emsal doktrininin salt içtihat ile kıyas edenlere göre (stare decisis) İslam’a tamamen yabancıdır.⁴⁰ Bu konuda gözden kaçırılan bir detay söz konusudur. İngiliz hukukunda yargı kararının kendisi değil dayandığı ilkesel yaklaşım diğer yargıçlar açısından bağlayıcıdır. Bu konuyu detaylı olarak ele alan hukukçular şöyle bir tasvir yaparlar. Herhangi bir yargıç verdiği kararı ve gerekçesini açıkladığında diğer hukukçular tarafından izlenmektedir. Bu durumda açık ya da örtük herhangi bir itiraz vaki olmadığı zaman o karar dayandığı hukuki delilden güç alarak diğer yargıçlar için hem bir emsal hem de bağlayıcılık taşıyacaktır. Bu konuda hâkimin kararı bir içtihat olarak kabul edildiğinde bunun diğer hâkimler ya da müçtehitler açısından bağlayıcı olmayacağı yönüyle doğal olarak İslam hukuku ile benzerlik içinde olmadığı

³⁹ Douglas E. Edlin, *Common Law Judging: Subjectivity, Impartiality, and the Making of Law*, University of Michigan Press, 2016, s. 56.

⁴⁰ Herbert Liebesny, “English Common Law and Islamic Law in the Middle East and South Asia: Religious Influences and Secularization” Conference on Comparative Links between Islamic Law and the Common Law: Cross-Cultural Interaction between Islamic Law and Other Legal Systems, Volume 34 Issue 1, s. 20.

<https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstrev/vol34/iss1/5/> (Erişim tarihi: 12.12.2024)

kanaati oluşur. Çünkü İslam hukukunda “içtihat içtihadı nakz etmez” ilkesi herkesçe bilinen bir kuraldır. Peki, İngiliz hukukundaki emsal kararın dayandığı ilkesel zemin ve bu yönetsel yaklaşım diğer hukukçular ve kamuoyu ile paylaşıldıktan sonra herhangi bir açık ya da örtük (sessiz kalınarak zımni onay) desteklendiğinde bireysel bir kararın alandaki uzmanların onayını almış kabul edilmesi ile İslam hukuku arasında bir benzerlik söz konusu mudur? Kanaatimce bu İslam hukukundaki açık ya da örtük (sarih-sükûti) icma’ya benzetilebilir. Common law (örf ve adet hukuku) için, bir yargıç, kararlarında doğal veya nesnel olarak var olan soyut bir adalet veya hakikat kavramı aramaz, ancak belirli bir dava bağlamında hukukun gerektirdiğine dair en iyi hükmünü ifade etmek için elinden gelen çabayı gösterir.⁴¹ Bu manada başlangıçtaki süreç İslam hukukundaki içtihadı benzetilmektedir.

II-İNGİLİZ HUKUK SİSTEMİNDEKİ “JÜRİ TANIKLIĞI”NIN İSLAMİ KÖKENİ OLARAK “LAFİF KURUMU”

İngiltere’de jüri kurumu, “*özgürlüklerimizin paladyumu*” olarak büyük değer görmektedir.⁴² Genel olarak İngiliz hukuk tarihi ve özelde İngiliz hukuk kurumları tarihi üzerine araştırma yapan hukukçular kimi kurumların İngiliz hukuk kültürü ile doku farklılığına işaret etmişlerdir. Bu hukuk kurumlarından bir de “Jüri” sistemidir. İngiliz hukuk kurumları tarihi üzerine araştırma yapan hukukçular diğer alanlarda olduğu gibi yargılama alanında da şu soru ile araştırmalarına giriş yaparlar. İngiliz yargılama hukukuna ilişkin son derece ilkel yöntemlerin uygulandığı bir dönemde nasıl oldu da son derece hukuki olan jüri sisteminin uygulanmasına rastlandı? Jüri sisteminin İngiliz hukuk sisteminde uygulanmasından önce baskın olan ispat yöntemleri son derece ilkel ve acımasızdı. Bilinen yöntemlerden biri zanlının ateşe maruz bırakılması idi. Buna göre zanlı, sıcak demir parçalarını elinde tutarak veya dokuz kırmızı sıcak pulluk üzerinde yürüterek gerçekleştirildi. Bir diğeri ise zanlının suya maruz bırakılması idi. Bu yöntemde ise ilgili kişinin kolu dirseğe kadar kaynar suya daldırılırdı. Eğer kolu zarar görmezse ya da bir önceki yöntemde o kişiye ateş zarar vermezse onun masumiyetine hükmedilirdi. Ordeal yöntemi olarak isimlendirilen bu uygulama kadar yaygın bir kanıtlama yöntemi de düello idi. Sicilya’nın fethinden sonra Normanlar döneminde bu ilkel yöntemler birer birer uygulamadan kaldırıldı. 1215 te Lateran Konseyi kararnamesi ile ordeal ile ispat yasadışı ilan edildi. Netice olarak eğer kişi Avrupa sınırlarının ötesine uzanıp İngiliz hukuk sistemindeki jürinin kökeni konusunu araştırır ve İslam hukukundaki olası kökenlerini analiz ederse, İslami verilerin jürinin temel özelliklerine çok daha yakın olduğunu görecektir. Bu konuyu ayrıntılı olarak inceleyen J. Makdisi, İslam hukuk ekollerinden Maliki mezhebinde kullanılan “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), jüri sistemine kaynaklık etmiş olabileceği yönündeki kanaatini ortaya koymuştur. Makdisi’nin bu alandaki tüm iddialarını değerlendiren Gonzalez, Makdisi’nin bu alandaki görüşlerini inceledikten sonra şu kanaatini izhar etmiştir: “*İslami lafif ve İngiliz jürisinin özelliklerini*

⁴¹ Edlin, s. 60.

⁴² Mehmeti, Sami, ‘Possible Influences of Islamic Law on Some Institutions of English Common Law’. <https://www.researchgate.net/publication/362304429> (Eric Gerald Stanley’dan naklen) s. 55.

karşılaştırmanın sonunda, ikincisinin önemli ölçüde birincisinden türediğine ikna oldum."⁴³ İslam hukukunun İngiliz hukuk sistemi ve kurumları üzerindeki etkilerini ABD-Osmanlı Devleti bağlamında ele alan Fendoğlu, *şühudu'l-hal* ile jüri sisteminin benzerliğine işaret eder.⁴⁴

İslam hukukunun İngiliz hukuk sistemi ve kurumları üzerindeki etkilerini Anglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş bir devlet olarak ABD ile Osmanlı Devleti bağlamında ele alan Fendoğlu son dönemde yazdığı eserlerinde benzerlikleri maddeler halinde ele alır. Özellikle her iki ülkedeki güçlü yürütmeye işaret etmesi önemlidir. Fendoğlu, Osmanlı'da ilmiye ve seyfiye sınıfının etkin rolüne mukabil bu ülkede sermaye sahiplerinin etkin ve yönlendirici rolüne vurgu yapar. Sanıldığı aksine laik kimliğine rağmen ABD kurucu metinlerinde din ve vicdan özgürlüğüne yer vermesi ortak noktalar olarak tespit edilmiştir. Kurucu metinler olarak anayasaların uzun ömürlü oluşu devlet yönetiminde istikrarı sağladığı tespitinde bulunmuştur.⁴⁵ Bu alanda yazdığımız farklı makalelerde Fendoğlu'nun özellikle Anglo-Sakson hukuk sistemi ile İslam hukukundaki içtihadın inşa edici rolü ve örf ve adet hukukunun dinamizm sağlayıcı fonksiyonuna yönelik önemli tespitlerine yer vermiştik.⁴⁶

İngiliz hukuk tarihçileri jüri sisteminin kurumsal yapısının kaynağının tespitinden daha önemli olan hususun, böyle bir hakkın felsefi zemininin tespiti olduğunu vurgulamışlardır. Konu şu soru etrafında düğümlenmiştir: Jüri büessesesinden *daha önemlisi, herkesin jüri tarafından yargılanma hakkı olduğu fikrini nereden aldık?*⁴⁷ Çünkü hukuk felsefesi açısından böyle bir hakkın kaynağının 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 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 düşünülmüştü. 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, onu, 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,

⁴³ 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. 178.

⁴⁴ Fendoğlu, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 585.

⁴⁵ Fendoğlu, age. s. 584-585.

⁴⁶ Şahban Yıldırım, "İslam Hukukunun İngiliz Common Law Üzerindeki Etkisi Tartışmaları-I", 2024/2, Adalet Dergisi, s. 46.

⁴⁷ Jüri huzurunda yargılamanın 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 değinilere 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 Jüri Mahkemenin Ortaya Çıkışı", (Çev. Muzaffer Dülger) İstanbul Hukuk Mecmuası, Yıl 2017, Cilt 75, s. 837-848.

Sicilya olarak karşımıza çıkıyor; aynı şekilde etkileşim dönemi olarak II. Henry'nin iktidarda olduğu dönem işaret edilmektedir.⁴⁸

İslam hukuk kurumları ve bu kurumların dayandığı kuramların başta Common law olmak üzere İngiliz hukuk sistemine birçok alanda kaynaklık ettiği iddiasını temellendiren Makdisi, etkileşim kaynağı olarak Maliki hukuk ekolüne işaret eder. Zira yargılama alanındaki jüri sistemine kaynaklık ettiğini iddia ettiği “lafif” sistemi İslam hukuk ekollerinden sadece Maliki mezhebinde mevcuttur. Tanıklık, çerçevesi Kur’an ile çizilmiş bir anlayıştır. Kur’an, bir konuda tanık getirmek istediğinizde kendi erkeklerinizden iki tanık, iki erkek yoksa o zaman bir erkek ve iki kadının tanıklığının geçerli olabileceğini söyler. Bununla birlikte, tanık olarak nitelendirilebilmek için bu erkeklerin veya kadınların onurlu (adil) olması gerekiyordu. Yeterli sayıda erkek ya da kadın (adil şahitler) olmadığında Maliki hukuk ekolü 11. yüzyılda Fas olarak bilinen Kuzey Afrika bölgesinde ikame bir kanıt biçimi geliştirdi. İstisnai durumda “udul” tanıklarının ispatının mümkün olmadığı yerlerde, lafif tanıkların ispatına izin verilmiştir. Lafif tanıkları, yörenin cemaati olarak kabul edildi ve genellikle bu alanda gereken sayı on iki idi. Burada önemli olan husus “lafif” tanıklık kapsamındaki bu çoğulcu şahitlik sisteminde hâkimin her bir üye/kişi hakkındaki adalet (onurlu olma) nitelemesini araştıramayacağının kabulüdür. Hâkimin herhangi bir tanığı güvenilir olmadığı gerekçesiyle gruptan çıkarma yetkisi yoktu. Burada bir diğer husus bu on iki lafif tanığın hepsinin aynı ifadeleri vermesi zorunlu idi. İslam hukukunda şahitlerin mutlak olarak adalet vasfını taşıması gerektiği ifade edilmesine rağmen istisnai durumda bu şartın yerine şahitliği güçlendirmek için ikincil şartlar çoğaltılarak bunun yerine ikame etmek mümkün olmuştur. Bu ek şartlardan ilki, tanıkların sayısal olarak artırılması, ikincisi de tüm bu tanıkların aynı ifadeyi onaylamalarıdır. Yani Maliki hukuk ekolünde istisnai durumda şahitlerin adalet nitelemesinin yerine getirilmemesi durumunda onun yerine tanık sayısı iki yerine on iki olarak belirlenmiş ve bu tanıkların tümünün aynı ifadeyi vermeleri zorunlu kılınarak genel delil getirme yöntemi yerine bu yöntem ikame edilmiştir.

III-“ASSİZE of NOVEL DİSSEİSİN” İLKESİNİN İSLAM HUKUKUNDAKİ “İSTİHKAK”IN KARŞILAŞTIRILMASI

İngiliz hukuk tarihinde kendisi ile iftihar edilen bir ilke de “assize of novel disseisin” dır. Bu ilkenin dayandığı anlayışın köklerine ne Normanlarda ne de Anglo-Sakson yasalarında rastlanmamaktadır. Tüm çabalara rağmen hiç kimse bu ilkenin köklerini ne Roma hukukunda ne de Canon law’da bulabilirdi. 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 bu ilkenin II. Henry tarafından yaratıldığına dair iddia varlığını korumaktadır. Ancak bu varsayımsal kabulün ötesinde onun (assize) kökeni hakkında neredeyse hiçbir şey üzerinde ittifak edilememiştir. “Assize” kelimesinin etimolojisi kendi başına açık değildir. Kralın yasama oturumuna atıfta bulunarak oturma veya yerleşim eylemini ifade eden eski Fransız kanaatinden türediği düşünülmüyordu. Yine bir başka olası kökeni tespit edildi. John Makdisi, terimin, hükümdarın İslam adına adaleti dağıtmak için idari otoritesini ifade eden siyasa (siyaset)’tan türetilmiş

⁴⁸ 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.

olabileceğini tahmin ediyor. İnsanların arasındaki hareket göz önüne alındığında İngiltere ve Kutsal Topraklar, bazen Sicilya üzerinden, “assize” gibi fikirlerin ve kurumların aktarılması, özellikle o zamanki İslami yönetim kurumlarının daha gelişmiş doğası göz önüne alındığında, muhtemeldir.⁴⁹

On ikinci yüzyılın ortalarında yürürlüğe giren, “the assize of novel disseisin” ilkesi Common law’un biçimlendirilmesinde önemli bir rol oynamıştır. Kurumlar tarihini araştıran bilim insanlarına göre bu ilke İngiltere’de arazi mülkiyetini koruma prosedüründe devrim yaratmıştır. Bu yargı reformu, 1155 ve 1166 yılları arasında yasadışı olarak ele geçirilen toprakları restore etmek için, Kral II. Henry tarafından oluşturulmuş, haklı mülkiyetin sağlanması için hızlı bir çözüm yolu sunarak bununla toprak mülkiyetini korumuştur. Bu ilke, toprak sahiplerinin haklarını teslim etmekte önemli bir fonksiyon icra etmiş ayrıca mülkiyetin miras yoluyla intikalinde önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu konulardaki ihtilafların çözümünde sürenin kısaltılmasını sağlamış ve ihtilaflar konusunda mahkemelere daha kolay erişim sağlamıştır. Kimi hukukçular bu kurumsal yapıya ve ardındaki kuramsal akla olan hayranlığının ifadesi olarak bunu icat etmenin ancak uzun uykusuz geçirilen gecelerin bir ürünü olabileceğini ifade eder. Bu gün bile “assize” fikrinin II. Henry’nin hükümlerliği tarafından yaratıldığı iddia edilmektedir. Ancak bu temel ön kabulün ötesinde onun (assize) kökeni hakkında neredeyse hiçbir şey üzerinde anlaşılmamıştır. Konu ile ilgilenen uzmanlara göre “assize of novel disseisin” Common law tarihinin en büyük gizemini oluşturmaktadır. Çünkü bu (assize of novel disseisin) ne Normandiya’dan ne de Anglo-Sakson yasasından gelmediği açıkça görülmektedir. Dolayısıyla, (assize of novel disseisin)’nin Norman, Anglo-Sakson, kanon veya Roma hukukundan kaynaklandığına dair bir kanıt yoktur. Sahipliği mülkiyet kanıtı olarak koruyarak mülkiyeti koruyan assize aniden ortaya çıkan yeni konseptte neden olan şey nedir? Bu soruyu cevaplamak için batı Avrupa sınırlarının ötesine geçilmelidir. İslam dünyasında, mülkiyetin kanıtı olarak mülkiyeti koruma kavramı, on ikinci yüzyılda, “istihkak” eylemiyle garanti altına alınarak sağlam bir şekilde kurulmuştur. Bir kimsenin başka bir şahsın mülkiyet ya da zilyetliğinde bulunan bir mal üzerinde mülkiyet iddiasını ispat etmesi, hâkimin de buna göre hüküm vermesi olarak tanımlanan “istihkak”⁵⁰ ile arasındaki benzerliklere işaret etmek gerekir. İslam hukukundaki “istihkak” ile İngiliz hukuk sistemindeki “gasp edilen malın geri alınması” ilkesi karşılaştırıldığında her iki hukuk sisteminde de taraflardan birinin diğeri aleyhinde bir kanıt olmadığı zaman bu ilke devreye girmektedir.

İslam hukuk sistemindeki istihkak, gasp üzerine toprağın yeniden hak sahibinde kalması için yapılan bir eylemdi. Buradaki temel sonuç gerçek mülk sahibinin mülkünün iadesine hak kazanmış olduğudur. Buradaki rasyonel kanıt: “önceden sahiplik”ti ve bu da mülkiyetin kanıtıydı. Bu konuda karar verilirken uyulması gereken bir prosedür vardı. Davacı iddiasını temellendirmek için iki tanık bulmak zorunda idi. Taraflar hâkimlik görevini ifa eden “kâdî”nın huzuruna çağılır, özellikle davalının duruşmaya bizzat katılımı sağlanırdı. İslam hukukludaki “istihkak” ilkesinde ve Common law’da benzer prosedür işletilmekteydi. Ayrıca hem “istihkak”ta hem de “assize of novel disseisin”de sanık bir itirafta bulunursa mahkeme itiraf temelinde davayı çözerdi. Dönemi itibariyle son derece ileri bir anlayışı yansıtan bir ilke de şu idi: “Eğer kanuna

⁴⁹ Watanabe, s. 75.

⁵⁰ Hamza Aktan, “İstihkak”, DİA, c. XXIII, s. 336-337.

aykırı ya da kanunun yanlış uygulanması söz konusu ise bir davadaki karar gözden geçirilebilir ve yeniden düzenlenebilir.”⁵¹

İngiliz hukuk tarihinde bir ilk yaşanıyordu. O güne kadar hâkim olan anlayış yerini yeni bir uygulamaya bırakmıştı. Roma hukukundaki “dominium” (hâkimiyet) anlayışından uzaklaşılarak mülkiyet konusunda yeni bir anlayışla hareket ediliyordu. Ancak bu anlayışı gerçekleştirecek bir sistem batı hukuk sistemlerinde yoktu. İşte bu anlayışı gerçekleştirebilecek tek sistem, “the assize of novel disseisin” idi ve bu da İslam hukuku ile İngiliz hukukunun benzersiz özelliklerini paylaşan tek yasal sistemdi. Sonuç olarak şunu ifade etmek hiç de akla aykırı değildir. “İngiltere ‘the assize of novel disseisin’ ilkesinin içeriği ile ifade edilen anlayışı İslam’dan almıştır.”⁵²

Müellif daha ilk cümlesinde bu anlayışın kökenlerine değil gelişim evrelerine odaklanmanın gereğine işaret etmektedir. Ayrıca bu yeni anlayışın öncelikle cari Roma hukukundaki mülkiyet anlayışı “dominium” u sistem dışı bırakmıştır. Bir diğer tespit ise siyasi ve idari aristokratik anlayışa dayalı uygulamaların bertaraf edilmesidir. “Trust” kurumunun bu gelişime ivme kazandırdığı tespiti de önemlidir. Çünkü bu kurumun da İslam kültürü kaynaklı olduğu birçok araştırma ile ortaya konmuştur. Aslında batılı araştırmacılar önceleri bu kurumun kaynağını Germen veya Roma’da araştırmışlarsa da nihayetinde son yıllarda yapılan çalışmalarda İngiltere’deki trust/waqf kurumunun kökeninin İslami vakıf olduğu iddiası kabul görmüştür. *Trust* kurumunun kaynağı olarak Roma hukukundaki “*fideicommissum*” a işaret edenler olmuşsa da Monica Gaudiosi’ye göre; İslam kaynaklı waqf kurumu “trust” a çok daha yakın bir benzerliği barındırmaktadır. Her ikisinde de bağışta bulunan *wâqif/settler*, ayrıca bu kurumun işleyişinden sorumlu bir *mutawalli/trustee* ve bu hayır kurumundan yararlanacak/ *beneficiaries* bir kesim yer almaktadır.⁵³ İslam’ın ilk üç asrında ortaya çıkan waqf, tüzel kişiliği olmayan bir hayır kurumuydu. Bu türden bir bağış, ya dini ya da kamusal nitelikteydi. Vakıf genel olarak hastaneler, medreseler ve camilere bağış yapmak üzere kullanılırdı.

IV-COMMON LAW’DA KAMU POLİTİKASI (PUBLIC POLICY) İLE İSLAM HUKUKUNDAKİ KAMU YARARI (AL-MASLAHA)’NIN KARŞILAŞTIRILMASI

İslam hukukunun Common law’u etkilediği yönündeki tezi savunan araştırmacılar İslam hukukundaki “maslahat” ilkesi ile Common law’daki “public policy” ilkesini, başka bir ifadeyle İslam hukukundaki kamu yararı ile Common law’daki kamu politikası benzerliğini bu iddialarına önemli kanıt olarak sunmuşlardır. Common law’da yasanın belirli yönergelerindeki bir boşluk genellikle kamu politikası kavramına başvurulmasıyla doldurulur. Kamu politikasının kavram çerçevesi toplumun düzeni için nelerin gerekli olduğu, nelerin doğru ve adil olduğu kabulüne dayanır. Bu konudaki çıkarımlar toplumda var olan hukuk kültürünün derinliklerinde yatan üst değerlere dayalı

⁵¹ John A. Makdisi, “The Islamic Origins of the Common Law”,77, North Carolina Law Review,1999, s. 1668.

⁵² Makdisi,J. A. “The Islamic Origins of the Common Law”, s. 1676.

⁵³ Watanabe, s. 72.

olarak yapılır. Bu değerler ise Common law'un dokusunda gömülüdür. İslam hukukunda ise benzer bir yaklaşım "maslaha" kavramıyla ifade edilmiştir.⁵⁴

İslam hukuk metodolojisinde kamu yararı olarak nitelendirilen ve İslam'ın korumayı öncelediği beş temel değer korunmasını esas alan yaklaşım, maslahat delili olarak isimlendirilmiştir. Bu temel değerlerin korunması tüme varım yolu ile tek tek vahyin örnekliğinden hareketle çıkarılmıştır. Ancak İslam hukukçuları bu alanda keyfi tutum ve sübjektif takdire alan açmamak için çok sıkı kısıtlılıklar getirmişlerdir. Bu delilin en çarpıcı örneği muhafazakârlığı ile tanınan Gazali'den gelmiştir. Ona göre Müslüman ordusu savaşta kâfirlerle mücadele ederken düşman kuvvetleri ön safa Müslüman masum tutsakları koyarlarsa bu masum insanları öldürmek caizdir. Ancak bu konuda şu şartı tekrarlar: Bu yapılmadığı zaman tüm İslam ordusu yok olmakla karşı karşıya gelecekse ya da bu yapılmadığı zaman yenilgi kaçınılmaz ise bu durumda ancak buna izin verilebilir. Bu örnek üzerinden şu ilkesel tutum geliştirilmiştir: Maslahat olarak nitelendirilen yaklaşımın tümel olması yani tikel ya da bir grubun menfaatlerini korumak gibi sınırlı bir gerçekleşme alanında olmaması, vehim ya da zanna dayalı bir yapıda olmaması yani kesinlik düzeyi yüksek olması temel şartlardandır.

İslam hukukunda maslahat ilkesi ile Common law'daki public policy, başka bir ifadeyle İslam hukukundaki kamu yararı ile Common law'daki kamu politikası benzeşmesi üzerinden bu iki hukukun etkileşim iddiasını temellendirmeye çalışan Makdisi şu örneği kanıt olarak verir. 1837 yılında Kanada isyanı sırasında İngiliz kuvvetleri isyancılara takviye malzemeleri engellemek vb gerekçelerle "Caoline" isimindeki gemiye saldırır ve içlerinde masumların da olduğu gemi batırılır.⁵⁵ Burada uzun bir gerekçe yazılır ancak

⁵⁴ John Makdisi, "Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law", 2, Indiana International & Comparative Law Review, 1991, s. 203.

⁵⁵ Caroline olayı, "1837'de Kanada'nın İngiltere'ye karşı verdiği bağımsızlık savaşı sırasında çıkmıştır. Savaş sırasında Kanadalılar ihtiyaç hissettikçe yakındaki ABD eyaletlerine sığınıyor ve onlardan yardım alıyordu. ABD Hükümeti tarafsızlık politikası izliyordu. Kanadalılar, Kanada'daki Navy adasından İngiliz gemilerine saldırıyor ve ihtiyaç duydukları silah yardımını Caroline adlı bir Amerikan bandıralı gemi vasıtasıyla temin ediyorlardı. Ancak İngilizler Caroline'i bir Amerikan limanı olan Schlosser'de ele geçirmiş, ders olsun diye de Niagara şelalesinden aşağı atmıştır. Bu olayda bazı ABD vatandaşları yaşamını yitirmiş, bunun üzerine sorumlu görülen bir İngiliz tutuklanmıştır. Olay sonrasında İngiliz Dışişleri Bakanı, İngiltere'nin meşru müdafaa ve kendini koruma hakkına dayanarak bu eylemi gerçekleştirdiğini ifade etmiştir. Bu olayda İngiltere, gemiyi yok ederken meşru müdafaa hakkı çerçevesinde hareket ettiğini ileri sürmüştü. İngiltere'ye göre Caroline korsan bir gemiydi ve ABD kendi sınır hattında kendi yasasını uygulayamadığına göre İngiltere meşru savunma için gerekli önlemleri almıştı. ABD, İngiltere'nin bu görüşünü reddetmiş ve sorun hakemliğe götürülmüştür. Hakemlik kararına göre meşru müdafaa hakkının kullanılması için tehlikenin o an ortaya çıkmış, ani, başa çıkılmaz ve başka hiç bir korunma yoluna başvurmaya imkân bırakmayacak nitelikte olması gerektiği belirtilmiş ve bu olayda İngiltere'nin meşru müdafaa boyutlarını aştığı ortaya çıkmıştır. Amerikan Dışişleri Bakanı Webster, İngiltere'ye verdiği yazılı cevapta olayın meşru müdafaa hakkının kullanımı olarak kabul edilebilmesi için ortaya çıkan tehdidin; meşru müdafaayı gerekli kılması, ani, karşı konulamaz, başka yollarla giderilemez olması ve sorunu müzakere etmek için zaman bırakmaması gerektiğini belirtmiştir. Webster'ın ortaya koyduğu bu formül, daha sonra İngiltere tarafından da kabul edilmiştir. Böylece, bu şartlar devletlerin daha sonraki meşru müdafaa uygulamalarında da aranmaya başlanmıştır." Bu pasaj "Ömer Lütfi Kanburoğlu, Önleyici Harekât Stratejileri ve ABD,

anahtar kavram “necessity”, zorunluluktur.⁵⁶ Yukarıda Gazali’nin örneğindeki durumu zorunluluk olarak tanımlayan Makdisi, bu olaydaki gerekçe örtüşmesinden hareketle Common law’un İslam hukukundaki bu ilkeden etkilenmiş olabileceğini iddia etmiştir. Ancak bu konudaki temel farklılaşmanın da farkındadır. Ona göre Common law’daki “zorunluluk” ilkesinin içeriği ve çerçevesi ile İslam hukukundaki “zaruret” ilkesi ayrıntılarda farklılaşmaktadır. Common law’da zorunluluk biraz yüzeysel iken örneğin Gazali “zorunluluk” doktrinini özenle metinsel bir kaynağa bağlamaya çalışmakta böylece bu ilkeye sınırlamalar getirmektedir.⁵⁷

İlkesel olarak maslahat ya da mekasıd’ın tanım çerçevesinin hukukçu olmayanların özellikle de siyasilerin elinde nasıl da feci sonuçlara sebep olduğu ile ilgili örnekleri tarih içinde görmek mümkündür. Okyanusta açık bir gemide günlerce aç kalan bir grup denizci yolcular arasındaki bir çocuğu öldürüp etini yerler. Bu olaydan yargılananlar da aynı anahtar kavrama, “necessity/zorunluluk” a işaret etseler de mahkeme bu gerekçeyi ret eder ve suçlular cinayetten hüküm giyerler.⁵⁸ ‘Kamu politikası’ hukuk kullanımının ideal olmadığını rasyonel bir hukukun bu tür irrasyonel yöntemleri hukukta kullanımını eleştirenler olmuştur. ⁵⁹ Dikkat çeken eleştiri zemini kamu politikası doktrinin bünyesinde taşıdığı belirsizliktir.⁶⁰

İslam hukukunun “tüm zamanlar ve tüm coğrafyalarda uygulanabilirliği” iddiası şu temel kabule dayanır. Olaylar sınırsız buna mukabil nasırlar sınırlıdır. Yeni ortaya çıkacak olayların hükmünü bu sınırlı nasırlara dayanarak çıkarmak bir zorunluluktur. İslam hukukuna dinamizm kazandıran ve bu hukuka esneklik veren ilkelerin ortaya çıkarılması usul âlimlerinin çalışma alanlarından birini oluşturmuştur. Bu esneklik alanlarından biri de “mekâsıd” kuramı olarak nitelendirilen çerçevedir. İslam hukuk metodolojisi uzmanları bu esnek alanın taşıdığı “takdir” yetkisinin farkındadır. Bu nedenle bu kuramın sınırlarını son derece rasyonel bir zeminde inşa etmişlerdir. Yukarıda “kamu politikası” na yöneltile eleştiriler son derece mantıklıdır. Bu tür muhtemel hukuki sapmalara neden olma ihtimalini görebilen kuramcılar bu konudaki çerçeveyi son derece güzel çizmişlerdir. Bu konudaki emsalsiz eserin ismini ve müellifini ((el-Muvâfakât: Ebu İshak eş- Şâtûbî) vermekle yetinelim.

SONUÇ YERİNE

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 devletin bu başarısını öz

[⁵⁶ Kendini savunma zorunluluğu, müzakere için yeterli zamanın olmayışı, gerekli uyarıların pratik faydasının olmayacağı, gün ağarmasını beklemenin muhtemel riskleri, gemideki masumları ayırmanın zorlukları vb gerekçeler sunulmuşsa da Birleşik Devletler tüm bu gerekçelerin bir “zorunluluk” olduğuna hiçbir zaman inanmadı.](http://www.haberdemeti.com/artikel.php?artikel_id=3335″ den alınmıştır.</p></div><div data-bbox=)

⁵⁷ Makdisi, J., “Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law”, s. 208.

⁵⁸ Makdisi, J., “Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law”, s. 206.

⁵⁹ Percy H. Winfield, “Public Policy in the English Common Law” Harvard Law Review, Vol. 42, No. 1 (Nov., 1928), s. 99.

⁶⁰ Winfield, s. 101.

güvenine bağlamak abartı olmayacaktır. Tümüyle gelenek, örf ve adetlere dayalı bir hukukla bu başarıyı yakalamış, bu konuda herhangi bir tereddüt de yaşamamıştır. Batı medeniyeti karşısında aşağılık kompleksi yaşayan aydınlarımız İslam hukuku ile medeni milletler seviyesine çıkılamayacağı iddialarını ayyuka çıkardılar. Bu konuda farklı düşünen Cevdet Paşa ve arkadaşlarının çabası beyhude bir gayret olarak hafife hatta alaya alındı. Bu söylemler konjonktürün etkisi ve Osmanlı devleti karşısında yaşanan redd-i miras tutumla daha da şiddetli bir tonda hatta hakarete varacak düzeyde dillendirildi. Adalet Bakanı M. E. Bozkurt ve S. Ş. Ansay'ın İslam/Osmanlı hukukuna yönelik rencide edici söylemleri tarihin tozlu raflarında durmaktadır. Buna mukabil beşer mahsulü olan İngiliz Common law'unu Balackstone adeta "ilahi bir vahiy" olarak nitelemektedir. Şu ifadeler ona aittir: Kökü geleneğe dayanan İngiliz hukuk yorumu, İngiliz yaşamının özü idi. Common law ilahi bir vahiy gibiydi: yavaş yavaş ortaya çıkıyordu ve hukuk tarihindeki en küçük ayrıntıya bile huşu ile yaklaşmak gerekiyordu.

Geldiğimiz bu noktada Osmanlı uygulamaları üzerinden İslam hukukuna yöneltilen tenkitlerin hemen birçoğu İngiliz hukuk sisteminde varlığını sürdüren kurumlar olduğu görülecektir. Anayasasız bir devlet tasavvur etmeyenler bunun pekâlâ mümkün olabileceğini görmüş oldular. İngiliz hukuk sisteminde Common law ile Equity arasındaki bunca rekabete rağmen İngiliz hukukçularının hukuki yapılarına yönelik nezaketli yaklaşımları gözden kaçmamaktadır. Aynı nezaket maalesef hukukçu/aydınlarımız tarafından İslam/Osmanlı hukukuna hiçbir zaman gösterilmedi. Beşeri kaynaklı bir hukuk sistemine toz kondurmama çabalarına karşılık bizde ilahi kökenli oluşuyla bunu çoktan hak etmiş bir hukuka saygısızlığı maharet sayan hukukçuların varlığı hukuk kültürümüz adına üzülecek bir durumdur. Osmanlı bakiyesine yönelik redd-i miras tutumunda etkili olsa da aşağılık kompleksinin izleri ne yazık ki bunca süre geçmesine rağmen aşılabilmiş değildir.

KAYNAKÇA

Akçabay F C, Yargının Tartışılmazlığı, Ayrıntıdergi, Ağustos 2020.

Aktan H, “İstihkak”, DİA, c. XXIII.

Haydar Efendi A, Dürer’ül-Hükkâm Şerhu Mecellet’il-Ahkâm, (Diyanet İşleri Başkanlığı) İstanbul 2016.

Aydın M A, “Türk Hukuk Tarihçiliği”, C. III, S. 5, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi,

Bedir M, “Oryantalizm ve İslâm Hukuku”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Dergisi, Sayı: 4, 2004.

Belgesay M R, “Adliye Teşkilatının Esasları”, C. IX, S:2-3, İstanbul 1940, İ.Ü.H.F.M.

Curti A, “İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış”, Çev. A. Necdet Azak, Yıl: III, Sayı: 11, Arkadaş Basımevi, İstanbul 1937, İ.Ü.H.F.M.

Çağıl O M, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.

Çavuşoğlu A H, “Medreseden Üniversiteye Skolastik Eğitimin Evrimi”, Medeniyetleri Karşılaştırmak: George Makdisi Örneği, Kurtiş Matbaacılık, İstanbul 2012, s. 13.

David R, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev. Argun Köteli, Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty).

Davis F, “Common Law” C.15, S.1, İstanbul 1958, A.Ü.H.F.D.

Duguit L, Kamu Hukuku Dersleri, Çev. Süheyp Derbil, İstiklâl Matbaacılık, Ankara 1954.

Edlin D E, Common Law Judging: Subjectivity, Impartiality, and the Making of Law, University of Michigan Press, 2016.

Fendoğlu H T, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Fendoğlu H T, “Yasama Dokunulmazlığı ve Yargısal Aktivizm”, Yıl 15, Sayı 57, Ocak 2024, TAAD.

Fendoğlu H T, 2001 “Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması”, 118 nolu dipnot) <https://www.anayasa.gov.tr/media/4644/fendoglu.pdf>. (Erişim tarihi 10.09.2024)

González M T, 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.

Hamidullah M, İslâm Peygamberi, (Çev. M. Sait Mutlu- Salih Tuğ) Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1969.

Liebesny H, “English Common Law and Islamic Law in the Middle East and South Asia: Religious Influences and Secularization” Conference on Comparative Links between Islamic Law and the Common Law: Cross-Cultural Interaction between Islamic Law and Other Legal Systems, Volume 34 Issue 1, <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstrev/vol34/iss1/5/> (Erişim tarihi: 12.12.2024)

King H. Edward J, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, Çev. İlhan Lüttem, C. XVI, S.1-4, A.Ü.H.F.D.

Koşum A, “İslâm Kamu Hukuku Alanına İlişkin Klasik Literatürün Azlığı Üzerine Mülâhazalar”, S.18, Y.2008, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi.

Makdisi G, “The Guilds of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court”, 34 Clev. St. L. Rev. 3, 1985-1986.

Makdisi G, İslâm’ın Klasik Çağında Din Hukuk Eğitimi, Çev. Hasan Tuncay Başoğlu, Klasik Yayınları, İstanbul 2007.

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

Makdisi G, The Rise of Colleges, Institutions of Learning in Islam and the West, Edinburgh University Press, 1981.

Makdisi J A, “The Islamic Origins of the Common Law”, 77, North Carolina Law Review, 1999.

Makdisi J, “Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law”, 2, Indiana International & Comparative Law Review, 1991.

Parry C, “İngiliz Hukuk Sistemi”, Çev. Fazıl H. Sur, C. I. S. 3, Maarif Matbaası, Ankara 1944, A.Ü.H.F.D.

Winfield P H, “Public Policy in the English Common Law” Harvard Law Review, Vol. 42, No. 1 (Nov., 1928).

Sami M, ‘Possible Influences of Islamic Law on Some Institutions of English Common Law’. <https://www.researchgate.net/publication/362304429>

Schwarz A B, “İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk” Çev. Hıfzı Veldet, C.III, S.10, İstanbul 1937, İ.Ü.H.F.M.

Schwarz A B, Medeni Hukuka Giriş, Çev. Hıfzı Veldet, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1942.

Schwarz A B, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, Çev. Bülent Davran, C.II, S. 3-4, İstanbul 1945, İ.Ü.H.F.M.

Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, el-Mebsût, Dâru’l-Ma’rife, Beyrut 1986.

Stephens J E R, “İngiltere’de Jürili Mahkemenin Ortaya Çıkışı”, Çev. Muzaffer Dülger, C.75, Y.2017, İstanbul Hukuk Mecmuası.

Şensözen V, “Mahkemei Şer’iy(y)eler,” C. III, S. 29-30, (m.y.) Ankara 1947, Ankara Barosu Hukuk Dergisi.

Watanabe L, “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.

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

Yıldırım Ş, “İslam Hukukunun İngiliz Common Law Üzerindeki Etkisi Tartışmaları-I”, 2024/2, Adalet Dergisi.