

İslam Hukuku ve İngiliz Hukuku Mukayesesi Üzerine -Hukuk Tarihi Bakımından Bir Deneme-

*Haluk SONGUR**

Giriş

İnsan doğası gereği sosyal bir varlıktır. Bunun anlamı insanın tek başına değil, grup ve topluluklar halinde yaşamasıdır. İnsanlık tarihinin başından itibaren insanların grup ve topluluklar içinde yaşadığı düşünülürse, genel anlamda normlar, özel anlamda hukuk, “insanlık tarihi kadar eskidir” savı doğrulanır. İnsanların bir arada yaşaması doğal olarak birbirlerinin haklarına riayet etmelerini, kendi hak ve sorumluluklarının farkında olmalarını gerektirir. Böylece bu beşeri ilişkileri düzenleyen bir normlar bütünü meydana gelir. Bu kurallar manzumesi bazen ahlaktan, bazen örf-adetten bazen de din kurallarından kaynaklanabilir. Bu normlar veya diğer başka normlar, üst iradenin cebri yaptırımına sahip olduğunda hukuk olarak nitelenirler.

Tarih boyunca birçok hukuk geleneği ortaya çıkmış, bunlardan bir kısmı günümüze kadar varlığını sürdürmüş, bir kısmı da hukuk tarihi araştırmalarının konusu olarak kalmıştır. Elbette değişik bakış açılarıyla pek çok hukuk sistemi tasnifi yapılabilir. Fakat hukuk fakültelerinde genel olarak ele alınan ve halen etkili olduğu düşünülen dört hukuk sistemi bulunmaktadır. Bunlar Roma-Cermen Hukuk Sistemi, İslam Hukuk Sistemi, Sosyalist Hukuk Sistemi, *Common Law* (Amerikan ve İngiliz Hukuk Sistemi) Hukuku Sistemleridir.¹ Kavram kargaşasını engellemek amacıyla *Common Law* teriminin bir ülkenin kullandığı müşterek hukuk anlamında olmakla birlikte, kullanıldığı değişik anlamları şöyle sıralayabiliriz.

1. En yaygın anlamda *Common Law* terimi, herhangi bir ülkenin mahalli tatbikinde olan teamül ve kanunların zıddı olmak üzere, ülkenin bütününe müşterek hukuk olarak kullanılır.
2. Umumi ve adi tatbiki haiz herhangi hukuki her hususi veya mahalli hukuk veya imtiyazlardan tefrik için kullanılır.
3. Aynı zamanda otoriteleri bakımından yasama organının herhangi bir sarih ve müspet beyanına tabi olmayan şahısların ve malların idare ve emniyeti-ne tatbik edilen prensipler, teamül ve hareket kaideleri olarak tarif edilir.
4. Bazen Roma Hukuku ve medeni hukuk sistemleri gibi sair büyük sistemlerle zıt olarak İngiltere veya Amerika Birleşik Devletleri'nde cari olan hukuk sistemi veya içtihat ilmi şeklinde de ifade edilmektedir.

* Doç. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

¹ Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, 1992, s. 84-85; Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş**, 1993, s. 12-14.

5. Bu terim bazen de teknik bakımdan hukuk mahkemeleri denilen mahkemeler tarafından (Nesafet-*equity*, ekiti) veya (*Canon Law*- Kanonik hukuk) kaidelerine zıt olarak tatbik edilen kaideler bütününe denir.

Hukuk sistemleri farklı açılardan veya özelliklerine göre değişik tasniflere tabi tutulmuşlardır. Bir başka yaklaşım da hukuk sistemlerini üç familya halinde ele alır.² Birinci familya *civil law* Germen Hukuk geleneği veya *Romanist* Hukuk familyasıdır. Bugün Kıta-Avrupası hukukları olarak bilinen bu sistem genellikle hukuka soyut ve kavramsal yaklaşıma eğilimindedir. İkinci familya *Common Law* familyasıdır. Bunlar arasında Amerikan, İngiliz ve İslam hukuk sistemleri sayılabilir. Sosyo-legal özelliklere sahip common law geleneği de hukuka tipik bir şekilde daha somut ve davada mahkeme temelli pragmatik çözümler bulma eğilimindedir. Üçüncü familya da *reciprocity-based legal systems* olarak ifade edilen mütekabiliyet esasına dayalı hukuk sistemleridir.

Mukayeseli Hukuk Araştırmaları

Mukayeseli (veya karşılaştırmalı) hukuk alanı ülkemizde diğer hukuk alanları kadar detaylı çalışılmış bir alan değildir. Burada farklı hukuk sistemleri ve bu hukuk sistemlerinin oluşturduğu kurumların mukayesesi yapılmaktadır. Hukuk sistemlerinin birbirlerinden etkileşimleri, paylaşımları ve aktarımları konu edinilmektedir. Ülkemizde genellikle ayrı bir ders olarak da okutulan Roma Hukuku mukayeseli çalışmalara çokça konu edilmiştir. Fakat Türk Hukuk Tarihi açısından da oldukça önemli olan İslam Hukuku, Anglo-Saxon Hukuku ve özellikle İngiliz Hukuku karşılaştırmalı teorileri ve uygulamaları yeterince incelenmemiştir. Her ne kadar ülkemizde bu bağlamda çalışmalara rastlanamasa da Anglo-Saxon Hukuku'nun uygulandığı ABD ve İngiltere'de iki hukuk sistemini karşılaştıran çok sayıda hukuki araştırma ve çalışma bulunmaktadır. Hatta sadece karşılaştırmalı hukuk konularına yer veren *The American Journal of Comparative Law* dergisi önemli bir hukuk dergisidir. Bu çalışmayla birlikte karşılaştırmalı hukuk alanında ülkemizde yapılmamış bir çalışma yapılmış olacak ve böylece mukayeseli hukuk sahasında yeni bir araştırma alanı açılmış olacaktır. İleride bu alanda yapılacak çalışmalara da yol gösterici olacaktır. Hukuk tarihimizdeki etkisi bakımından, ve hâlâ kısmi olarak bazı ülkelerde uygulanması ve incelenmesi sebebiyle İslam Hukuku teorileri ile Avrupa Birliği içindeki hukuksal tartışmalardaki etkin konumuyla İngiliz Hukuku (*Common Law*) arasındaki teori ve uygulama alanlarındaki oldukça ilginç benzerlikler hatta etkileşimler, meselenin karşılaştırmalı çalışmalara konu edilmesi zarureti ortaya koymaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere Batı dünyasından yapılan karşılaştırmalar kapsamlı bir hukuk sistemi karşılaştırmasından daha çok hukuk sisteminin kurumlarının karşılaştırılması yönündeki çalışmalardır. Bu tür çalışmaların bazıları şunlardır.

Buradan hareketle iki hukuk sistemini genel anlamda kısımları, kaynakları, delilleri yasalaştırma süreçleri ve temel kavramlar bakımından bir karşılaştırmaya tabi tutmayı hedeflemekteyiz. Bu kapsamlı karşılaştırmayı yapmak için öncelikli

² Lawrence Rosen, "The Justice of Islam, Comparative Perspective on Islamic Law and Society", New York, **Oxford University Press**, 2002, s. 44, 48, 54, 58.

olarak İngiliz Hukuk sisteminin tarihsel oluşum süreci incelenerek gelişim süreçleri tespit edilmeye çalışılacaktır. İngiltere, Kara Avrupa'sında XVIII. yüzyılda sonra girilen "kanunlaştırma" faaliyetlerinin dışında kalmış ve İngiliz Hukuku *case law* (örnek olay hukuku) niteliğini korumuştur. İslam Hukuku da bu bakımdan ilk bakışta *case law* benzer bir nitelik göstermektedir. Bunun mukayesesi yapılarak iki sistemin benzen ve ayrılan yönleri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Roma Hukuku geleneğinden gelen ülkelerde, hukukun yaratıcısı yasa koyucu iken İngiliz Hukuku'nda yargıçlardır. Bu durumun, ilk bakışta İslam Hukuku'ndaki müçtehitlerin içtihatlarının benzer bir durum arz ettiği görülmektedir. Bu benzerliğin mukayesesi yapıldığında karşımıza çıkan durum şöyledir: İngiliz Hukuku'nda yargıçlar geleneklere dayalı olarak hukuk yaratmakla kalmamış, bu geleneklerin sertliğini de *equity law* (hakkaniyet hukuku) dayanarak gidermişlerdir. Yine buna benzer bir durumda İslam Hukuku'nda, hukuksal formalizmin (*kıyas*) sertliği *istihsan* (müçtehidin zihnindeki bir gerekçe nedeniyle yerleşik kuraldan ayrılması) deliliyle aşılmıştır. Bu iki kurumun İngiliz ve İslam hukukları bakımından karşılaşması üzerine bir çalışma yapılmıştır.³

İslam Hukuku ve İngiliz Hukuku'nun tarihsel gelişimi ve özellikleri hakkında kısa bir giriş denemesi yapmak zaruridir.

İslam Hukuku

İslam Hukuku, klasik tabiriyle fıkıh, çok genel anlamda Ebu Hanife'ye atfedilen şekliyle, "insanın leh ve aleyhinde olanların bilmesi" olarak tanımlanmıştır. İslam Hukuku tabirinin fıkıh tabirini karşılayıp karşılamadığı tartışmaları bir tarafa, biz bu metinde İslam Hukuku tabirini kullanacağız. Fıkıh ya da İslam Hukuku bir manada İslam medeniyetinin, mikro ve makro düzeyde, sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki problemleri çözme aracıdır.⁴ İslam Hukukunun kaynakları Kur'an, sünnet, icma' ve kıyastır. Bunların dışında, maslahat (kamu yararı), istihsan, örf, geçmiş ümmetlerin hukuku vb. tali kaynaklar da vardır. Tarihi süreç olarak, Peygamber devri (fıkıhın doğuşu), Sahabe devri (fıkıhın gelişme çağı), Abbasiler devri (fıkıhın olgunluk çağı) sayılabilir. Türkler Müslüman olduktan sonra Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar İslam Hukuku'nu uygulamışlardır. Bunun dışında fıkıh usulü ise yorum bilim olarak tanımlanabilir. İslam Hukuku'nda insanın davranışları, *farz*, *vacip*, *mübah*, *haram* gibi bazı kategorik ayırımlara tabi tutulur. İşte bu hükümlere ulaşmak amacıyla müçtehidin kullandığı kurallardır. Fıkıh Usulü: "Müçtehidin şer'i-ameli hükümleri tafsili delillerden çıkarabilmesine yarayan kuralların bütününe denir."⁵ Son olarak Recep Şentürk tarafından tespit edilen ve İslam Hukuku'nu diğer hukuk sistemlerinden ayıran ve onu belirleyen temel özelliklerin bazılarını sıralayarak bu bahsi noktalayalım.⁶

³ John Makdasi, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", *The American Journal of Comparative Law*, C. XXXIII, s. 63-92.

⁴ Recep Şentürk, "Açık Bir Medeniyet: Bir Fıkıh Medeniyeti Olarak İslam", *Ay Vakti Medeniyet Özel Sayısı*, 2007, s. 31.

⁵ Dönmez, 1996, s. 28.

⁶ Şentürk, a.g.m., s. 39-40.

1. İslam Hukuku çok değerli bir mantıkla işler. İslam Hukuku'nda, *farz*, *vacip*, *sünnet*, *müstehap*, *mendup*, *tenzihen mekruh*, *tahrimen mekruh*, *haram* değerleri vardır. Batı hukuku ise “yasak” ya da “serbest” veya “yasal” ya da “yasal olmayan” şeklinde iki değerle işler. İslam Hukuku insan davranışlarına bu dokuz değerden birini verirken Batı hukuku iki değerden birini verir. Burada İslam Hukuku'nun bu yapısal özelliğinin fıkıhı Aristo mantığı ve Batı hukuku mantığından ayırdığını önemle belirtmemiz gerekir. Fukaha Aristo mantığından istifade etmiştir, fakat bu durum hiçbir zaman fukahayı bu çok değerli mantığı bırakıp iki değerli mantığı kullanmaya götürmemiştir.
2. İslam Hukuku'nda normatif hakikat tek değerlidir. Çoğulcu normatif hakikat anlayışı sonucu farklı içtihatlar ve mezhepler doğmuştur. “İçtihat içtihadı nakzetmez” prensibiyle bütün içtihatların eşitliği garanti altına alınmıştır.
3. İslam Hukuku çoğulcu bir hukuk sistemi üretir. Bundan dolayı Müslümanlar arasında birçok fıkıh mezhebine, Müslüman olmayanlar arasında birçok dine veya millete hukuklarını üretme ve uygulama konusunda müsaade edilir.
4. İslam Hukuku değişime ve çeşitliliğe açıktır. Sosyal değişim (*ezmanın tağayyuru*) ile hukukun değişimi (*ahkâmın tağayyuru*) arasında bir bağlantı kurulmuştur. Aynı şekilde örfe özel bir önem verilerek farklı toplumların kültürleri ile hukuk arasında kuvvetli bir ilişki tesis edilmiştir. Böylece fıkıh bir yandan tarihi değişime, öbür yandan coğrafi çeşitliliğe açık bir tavır sergilemiştir.
5. İslam Hukuku, hukuksal formalizmi aşmanın yolunu da açar. Hukuk mübadele ve mukabele üzerine kurulmuştur. Bu yaklaşım İslam Hukuku'nun temelini oluşturur.
6. İslam Hukuku sistemi başka hukuk sistemlerine açıktır. Bunun en güzel örneği, İslam Hukuku'nun kaynaklarından biri olarak da sayılabilecek “*şeru kablena şerun lena ma lem yuhaliş şerane*” şeklinde tabir edilen, geçmiş hukuk sistemlerinin kaynak olarak kabul edilmesi kuralıdır.

İşte bu saydığımız özellikleri sebebiyledir ki fıkıh açık bir hukuk sistemi olarak adlandırılabilir. Fıkıh bu özelliğiyle asırlar boyunca farklı coğrafyalarda hayatiyetini sürdürmüş ve sosyal farklılıkların çatışmaya dönüşmesini önlemiştir.

İngiliz Hukuku

Romalılar İngiltere'de üç veya dört yüzyıl boyunca kuvvet bulundurmış iseler de sakinlerin hukuku veya örf ve adet üzerinde belirli bir iz bırakmamışlardır. Roma, İngiltere'deki kuvvetlerini geri çektikten sonra muhtemelen MS. 400 civarlarında ada, Angles, Saxon ve Juteslerin istilasına uğradı. Bunlar Cermen kanun ve teamüllerine sahip Cermen halkları idi. Bu hareket takriben 200 yıl devam etti, ancak İngiltere'ye St. Augustine'nın vardığı yıl olan 597'de bu yeni ahali İngiltere'de onikiye yakın krallık tesis etmiş bulunuyordu.⁷

⁷ King, ts., s. 182.

St. Augustine'nin meydana çıkışı ile nispi bir aydınlanma devrinin başlamasıyla birlikte, Hıristiyanlık'ın yayılması ve muhtelif ahali ve krallıklar arasında kısmi bir birlik başlar. Anglo-Saxon devresi diye adlandırılan bu çağ 600 ile 1100 yıllarına uzanır.

15. yüzyılda kurulan Yüksek Mahkemenin ardından 16. yüzyılda *Equity* (hakkaniyet) hukukunun temelleri atıldı. Bununla birlikte ülkede bir *Common Law* mahkemeleri, bir de bu mahkemelerin sertliğini denetleyecek yumuşatacak ve çözüme kavuşturamadığı hallerde başvurulacak bir mahkeme olarak *Equity* mahkemeleri varlık sahnesine çıktı. Bu iki farklı mahkeme, 1873-1875 yıllarında birleştirildi. Böylece İngiliz Hukuku için *Common Law*, *Equity Law* kavramlarının yanı sıra, son dönemlerde bazı yasaların yazılı hale getirilmesiyle *statute law* kavramı da ortaya çıkmıştır. Günümüzde İngiltere, Amerika ve bunların etkisindeki pek çok ülkede bu hukuk sistemi uygulanmaktadır.

İngiliz *Common Law*'ın temel özelliklerini Edward King'e göre şöyle sıralayabiliriz.⁸

1. *Common Law*'a kanunlarda rastlanmaz. Her ne kadar son dönemlerde *statute law* adı altında bazı yasalar yazılı hale getirilmişse de genel özellik *Common Law*'ın yazılı olmamasıdır. Temel kaynak, geçmiş içtihatlar ve mahkeme kararlarıdır. Yargıcın etkin bir konumu vardır.
2. *Common Law* statik değildir.
3. *Common Law* cari olduğu topluluğun kamu efkarını temsil eder.
4. *Common Law* tarafların münasebetlerine ve bağlananların iradesinden müstakillen vecibelerin yaratılmasında büyük ehemmiyet arzeder.
5. Hukukun üstünlüğü esastır.
6. Emsal doktrini -bir mahkeme kararının *ratio decidendesinin* bu mahkemeyi ve ast mahkemeleri bağlayacağı dair umumi prensip- İngiltere'de oldukça sıkı Amerika'da nispeten gevşek uygulanan bir doktrindir.
7. *Common Law*'ın en temel hususiyetlerinden biri de jüri sistemidir.
8. *Common Law*'ın belki yegâne olmamakla beraber bariz bir hususiyeti de *Great Writ's* denilen büyük fermanlara ve emirnamelere müracaat edilebilmesidir.

Common Law'ın hususiyetleri belki daha artırabilir ancak bu kadar ile iktifa edip bir karşılaştırma girişimine geçelim.

İslam Hukuku'nun Sicilya Üzerinden İngiliz Hukuku'na Etkisi

İslam Hukuku'nun İngiliz Hukuku üzerindeki etkisine geçmeden önce, çok ilginç ve ilginç olduğu kadar eski tarihli bir Müslüman etkisinden bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla önce İngiltere krallığının İslam'la ilk ilgisinden ve bağlantısından; ardından 12. yüzyılda İslam Hukuku'nun Maliki ekolü üzerinden İngiliz Hukuku'na tesirlerinden bahsedilecektir.

⁸ King, ts., s. 216-221.

Pek çoğumuz Britanyadaki Müslümanların geçmişinin çok eskilere götürülemeyeceğini düşünürüz. Belki bu olay Britanya üzerinde görülen ilk Müslüman etkidir. Mercia ve İngiltere kralı olan Kral Offa 8. yüzyıl sonlarında hüküm sürmüş bir Anglo-Saxon kralıydı. Kral Offa'nın bizim açımızdan önemi ise 774 (h.157) Abbasi Halifesi Mansur'un bastırıldığı altın dinarın aynısından bastırmasıdır. Bir farkla ki Kral Offa'nın bastırıldığı dinarların bir yüzünde *Lâ ilahe illallah vahdetun Lâ şerike lek* (Allah'tan başka ilah yoktur, O tektir, ortağı da yoktur) yazarken diğer yüzünde *Offa Rex* (Kral Offa) yazmaktaydı. Abbasi halifelerinin bastırıldığı dinardan tek farkı bir tarafında *Offa Rex* yazmasıydı. Mercia ve İngiltere kralının neden böyle bir para bastırıldığı konusunda şu yorumlar yapılmıştır. Bazıları kralın Müslüman olduğunu ileri sürse de daha muhtemel olan bu paraların ticaret veya hac için Arap ülkelerine gidenler için bastırıldığı yorumudur.⁹ İlk İslam parasının hicri 74 tarihinde darp edildiği düşünülürse ne kadar erken tarihli olduğu fark edilecektir

İngilizlerin İslam ile olan bağlarının çok daha eskileri dayandığı bu örnek üzerinden tespit edilmiş oldu. Şimdi de hukuki bakımdan İslam Hukuku'nun, İngiliz Hukuku üzerine tesirleri ve bunun tarihsel plantasyonunun nasıl mümkün olabileceği üzerinde durulacaktır. Belki de bu hususa şu soruyla başlanabilir: Avrupa içerisinde Roma Hukuku kaynaklı Kara-Avrupası Hukuk sisteminden bağımsız bir şekilde kendi *Common Law* sistemini üreten İngiltere nasıl olup da Roma etkisi dışında kalabilmiştir?

Modernleşme bir Avrupa projesi ise, geniş kapsamlı bir sürecin parçası olarak kendi yöntemi içerisinde bunu ilk başaran *common law*'dır.¹⁰

XI. yüzyılda gezgin yargıçlar tarafından geliştiren ve XII. yüzyılda Kral II. Henry tarafından meydana getirilen İngiliz Hukuk sisteminin hangi hukuk sistemlerinden etkilendiği hususu günümüze kadar da belirsiz kalmıştır. Daha çok Roma Hukuku'ndan etkilendiği ifade edilse de gösterdiği büyük orandaki farklılıklar bu iddiayı zayıflatmaktadır. Son zamanlarda bazı yazarlar¹¹ İngiliz Hukuku'nun İslam Hukuku'ndan etkilendiği iddiasını doktiner bakımdan ve kurumlar düzeyinde incelenmesi zarureti olduğunu ifade ederler..

Özellikle XII. yüzyılda Sicilya Adası'nda etkin olan İslam Hukuku'nun Normanların işgali sonucu adaya taşındığı hususu da incelenmelidir. Bu bağlamda özellikle daha önce İngiliz Hukuku'nda bulunmayan jüri sisteminin uygulanmaya başlanması, alacak davası ve istihkak davalarının İngiliz Hukuku'na girmesi ve bunların nereden geldiğine dair yapılan araştırmalar sonucu İslam Hukuku'nun, İngiliz Hukuku'na bir tesiri olduğu görülecektir.

⁹ Salim T.S Al-Hassani, **1001 Inventions Muslim Heritage In Our World**, 2. bs. Manchester, Foundation for Science Technology and Civilization, 2007, s. 150-151; Sophia –Ray Gilliat, **Muslims in Britain An Introduction**, Cambridge University Press, 2010, 6-79.

¹⁰ Glenn, H. Patrick, **Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law**, 2. bs., New York, Oxford University Press, 2004, s. 226.

¹¹ John A. Makdisi, "The Islamic Origins of The Common Law", **North Carolina Law Review**, C: LXXVII, s. 1635-1739. Bu çalışmanın tanıtımı tarafımızdan yapılmıştır. Bkz. Haluk Songur, "John A. Makdisi, The Islamic Origins of The Common Law", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, 2008, S. 11, s. 449-452.

Belki de İslam Hukuku ile *Common Law*'ın mukayesesine Edward Levi'nin hukuki muhakeme-kıyası (*law reasoning*) karakterize etmesinden başlayabiliriz. Levi, Amerikan *Common Law*'ından "hareketli kategorize konseptler" hukuk sistemi olarak bahseder. Bu sistemde her mahkeme, şimdiki ve geçmiş zamandaki olayları, önceki kategorileri şimdiki zamandaki örneklere geçiş yapmak veya genişletmek yoluyla yeniden gruplama kabiliyetine sahiptir. Yani bu, mühim bir ayrılış ihtimalinin var olduğu noktada, zaptedilmiş bir süreklilik duygusu vermek için, geçmiş kategoriler grubunun süresinin bir çeşit bağlantısıyla birlikteliğidir. Bu hukuk sistemine uygun, bir tür kıyas yöntemidir. Bir yorumcu bunu "mevcut durumun kutsanması" olarak tespit eder.¹²

Mukayese edecek olursak İslam Hukuku da "hareketli sınıflama sistemi" sistemi ortaya koyar. Fakat kavramlar ve kurumlarda bir devamlılık arayan ve böylece kültürel değişimlerin dışında kalmaksızın onları yakalamaya ve yorumlamaya çalışan *Common Law* hukuk sisteminin aksine, İslam Hukuku, kendi kurumsal yapısıyla onları etkiliyor gözükmezsiniz, kültürel formları doğrudan yakalamaya çalışır. Bunu bir örnekle izah edelim. Anglo-Amerikan Hukuku olayların değerlendirilmesinde son derece iyi sayılabilecek detaylı teknikler geliştirmiştir. Bilimsel tekniklerin kullanımı bu kültürel vurgunun en son göstergelerinden sadece biridir. Bunun aksine İslam Hukuku kişiyi değerlendirme tekniklerinin detaylılığıyla guru duyar. Anglo-American Hukuku, bunları onlardan önce bilen jüri marifetiyle örnek bir biçimde çalışan, fakat sonraları daha ziyade anonim bir şekilde devlete karşı korunmuş temel haklar şeklini alan, siyasi tarihin dolaylı olarak kontrolü ile olan bağlantılara vurgu yapar. Yine bu hukuk sistemi, kendi şartlarının oluşturucusu olan kişiler üzerine de kültürel vurgu yapar, moral değerlerin göstergesi olarak içerden (empati) olma üzerine ve herhangi bir kişinin özünün açığa çıkmasının bir aracı olarak ihtimaliyet, tabii değişim ve zaman kavramlarına da dini vurguda bulunur. Bu zikredilen kavramların her biri "hakikat en iyi şekilde olayların meydana gelişinin hesaba alınması yoluyla elde edilebilir" düşüncesine dayanır. Rosen daha sonra Güney Afrika Müslümanlarının kültürel tarihindeki uygulamalarından bahseder. Bu Müslümanların hukuk uygulamasında, hakikatin ortaya çıkması noktasında sadece olayın ne olduğunun değil, aynı zamanda tarafların kimler olduğuna da vurgulandığını belirtir. Bu durumun hukuki bir olayın karara bağlanması ile o hukuk sisteminin temel amacı arasında bağ ya da ilişki ile ilgili olduğu vurgulanır. Dolayısıyla hukuki karar verme sürecinde hakikatin tespiti noktasında kişinin veya olayın üzerine öncelikli vurgu belki de iki hukuk sistemi arasındaki temel ayırım olarak görünmektedir.¹³

Yukarıdaki açıklama ve örneklerden hareketle Kıta Avrupa Hukuku karşısında Amerikan, İngiliz Hukukunun yanısıra *Common Law* grubu içinde kategorize edilen İslam Hukuku ile *American Common Law*'ı arasında bir karşılaştırma yapılabilir.¹⁴

¹² Rosen, a.g.e., s. 39-40.

¹³ A.e., s. 41-42.

¹⁴ A.e., s.52.

Amerikan *Common Law*'ı ile İslam Hukukunun karşılaştırmasını bir tablo halinde şu şekilde sunabiliriz:

Common Law	İslam Hukuku
Hareketli sınıflandırıcı kavramlar vasıtasıyla <i>olayların</i> tespiti	Hareketli sınıflandırıcı kavramlar vasıtasıyla <i>kişilerin</i> tespiti
Analojik muhakeme öncelenir	Analojik akıl yürütme (<i>kıyâs</i>) hukukun kaynaklarından (fıkıh usulü) biridir.
Ahlak, analojik muhakeme yoluyla uygulamaya sokulabilir.	Ahlaki normlar, Kur'an tarafından sarıh bir şekilde sınırlandırılmadığı sürece, muteber kaynaklardan sayılabilir.
Davalar ve nizalar farklı sınırlara sahiptir.	"İlginin sınırı" şartlıdır. Olaylar her zaman zorunlu olarak çatışmayla sona ermez.
Benzer olaylar benzer şekilde karara bağlanmalıdır.	Hiçbir iki insan veya olay, benzer (aynı) değildir. Dolayısıyla benzer (aynı) iki dava yoktur.
Adalet eşitlik (<i>equality</i>) demektir.	Adalet denklik (<i>equivalence</i>) demektir.
Amaç, hak ve sorumlulukların tesis edilmesidir.	Amaç, insanların kendi aralarında müzakere edilebilir caiz ilişkilere döndürülmesidir.
Örf, Common Law'ın bir parçası olarak mahkeme tarafından kabul edilebilir.	Yöresel örf, Kur'ana aykırı olmadığı sürece İslam Hukukunda kabul edilir.
Sonraki yargıçlar, önceki davaların ne söylediğinin sınırlarına karar verir.	Saygın yargıçlar tarafından karara bağlanmış geçmiş davalar ışık tutar. Fakat her bir tikel davaya uygun bir zemin oluşturmaz..
Yargıçlar önceki mahkemenin yazılı hukuk tesisleriyle (kararı) bağlıdırlar.	Yargıçlar şimdi temyiz sistemiyle bağlıdırlar. Öte yandan klasik İslam Hukukunda hiçbir yargıç nihai otorite olarak konuşamaz.
Hukukta eğilim genellikle açık değildir ya da kapalı biçimde meşrulaştırılır. Dolayısıyla bu açıklık politikası mahkemeler tarafından yapılan bir şey olarak ortaya çıkmaz.	Yargıçlar, hukuku değiştirdiklerini teslim etmeksizin, kanunların ve Kur'an'ın düzenleme yapmadığı, tekil örneklerde kamu yararını (<i>maslaha</i>) ve alimlerin racih görüşlerine (<i>istihsan</i>) bakabilirler.

Daha sonraki kararlara rehberlik etmek üzere, mufassal külli kaideler oluşturmaya ihtiyaç yoktur.	Sonraki kararlar, kendilerinin tespiti için sürecin kaide kabul edildiği, kanuna ya da bireysel bağlama (<i>context</i>) dayanır.
Yargıçlar davranış bilimcileri değildirler.	Yargıçlar, mubah çerçeve içinde ilişkilerin kendisiyle düzenlenebildiği, kuralları belirleyen yerel standartlar göstergesi olabilirler.

Tabloda gördüğümüz üzere bu iki hukuk sistemi aynı familyadandırlar ve onlar aynı taksonomik kategoridedirler. Her ikisi de süreci şekilden çok vurgular, sosyo-kültürel kategorileri kullanırlar, gelecek davaların kararlarının gücü ve alanı hakkındaki belirsizliğin derecesine göre yargıcın yetkilerini sınırlarlar. Otokratik ve keyfi olmaktan tamamen uzak olarak (kadı gözden geçirmeksizin ve külli kaideler olmaksızın her bir dava için ağaç altında adalet dağıtan kişi değildir). İslami *Common Law*, yöresel kişilerin algılaması ve yerel bilgi kaynakları üzerinde vurgusuyla sınırlandırılmıştır; örtünün arkasında kişisel olarak istediklerini yapabilecek kişiler olmadan çok uzak olarak, Amerikan *Common Law*'ı kabul edilebilir argümantasyon stiliyle sınırlandırılmıştır. Devletin güçlü kollarının baskın olduğu ya da mevcut replik sosyal ilişkiler üzerine yoğunlaşan hukuk sistemlerinin aksine, bu iki hukuk sistemi, süreç içerisinde külli kaideler ve yöresel şartlar arasında sürekli hareket halinde olan gücün dağıtımı ve sınırlandırılması üzerine yoğunlaşır.

Sonuç

Netice olarak bu çalışmada, Avrupa Birliği'nin önemli ülkelerinden biri olarak, hukuk sistemi bakımından diğer üye ülkelerden farklılık arz eden *Common Law* geleneğinden Anlo-Amerikan ve İngiliz Hukuk sistemi ile İslam Hukuk sisteminin genel anlamda yapısal ve kurumsal bir karşılaştırma denemesi yapılmıştır. Bu çalışma neticesinde XII. yüzyıldan itibaren II. Henry ile kurumsallaşan İngiliz *Common Law*'ının hangi hukuk sisteminden etkilendiği noktasında yeni ve farklı bir yaklaşım getirilmiş, ortaya konan çalışmalar bilim dünyasına tanıtılmış olmaktadır. Ayrıca İngiltere'nin İslam Hukuk sisteminden karşılaşmasından neredeyse 3 asır önce İslam ile ve dolayısıyla İslam Hukuku ile karşılaşmış olduğunu tespit etmiş bulunuyoruz. Bu ilk karşılaşma ile 3 asır sonrası İslam Hukuku'ndan plantasyon arasında bir bağ ve etkinin olup olmadığı ise bizim çalışmamızın sınırları dışına taşar. Belki bu çalışma böyle bir konunun ayrıca değerlendirilmesine yol açmış olur.

Sicilya adasında hâkim olan İslam medeniyetinin bir hukuk tatbikatı olarak fikhın Norman istilasıyla birlikte alınıp İngiltere'ye götürülmesi, İslam Hukuku'nun İngiliz Hukuku'na tesiri noktasında en önemli milattır. İleriki çalışmalarda aktarıldığı ileri sürülen jüri sistemi, alacak davası, istihkak davası gibi kurumlar belki tek başına birer inceleme konusu yapılarak daha sağlıklı sonuçlara ulaşılabilir. Umarım bu çalışma, uzun vadede hukuk fakültelerin ilgili bölümlerinde veya bağımsız çalışma kurumlarında daha ileri ve derin çalışmalara bir ışık tutabilir.