

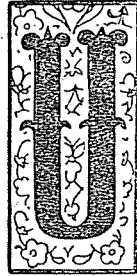
Hukuk

İslâm Hukuku

ve

Roma Hukuku

Avukat Dr. Yusuf
Ziya KAVAKÇI



mumî mülâhazalar: İnsanlar medenî ihtiyaçlarını ancak müsterek yaşamak suretiyle karşılarlar. Tek başına yaşamak ancak roman kahramanı ve hayal âlemi insanlar için bahis konusudur. Cemiyet halinde yaşamının zarurî neticesi olarak insanlar arasındaki münasebetlerde uyulması gerekli bir kısım kaideler ve prensipler ortaya çıkmıştır. İhtiyaçların ve menfaatların karşılanması lüzumu nizam fikrini zarurî kılmış ve nizam da tarihin değişik devirlerine ve dünyanın muhtelif bölgelerine göre değişen hukuk sistemlerini doğurmuştur. (*)

A) Hukuk: Hukuk cemiyet mensupları içinde adalet tevziini hedef edinen müeyyideli kaideler mecmuasıdır. Hukukun arkasında onun müeyyidesini işleten otorite (sulta) mevcuttur ki kaidelere riayet mecburiyeti bu suretle fiilen sağlanır.

B) Hukuk sistemleri: Zaman ve mahal değişkenliği ile mütenasip olarak tarih içinde farklı hukuk sistemleri doğmuştur. Kaynaklarının, esas mefhumlarının ve temel kaidelerinin farklılığı; meselelere getirilen hal çarelerin, usul hükümlerinin ve infaz esaslarının ayrılığı gibi gerek esas ve gerekse şekil hukuku bakımından birbirinden farklılık hukuk sistemlerinin ihtilafı için miyar vazifesi görmüştür. Babil Hukuku, Sümer Hukuku, Roma Hukuku, Cermen Hukuku, Anglo-Sakson Hukuku, Kanonik Hukuku, Talmud Hukuku ve İslâm Hukuku çeşitli hukuk sistemlerini temsil için zikredilebilir.

C) Hukuk sistemlerinin birbirlerine tesirleri tabii ki bahis mevzuudur. Mukayeseli Hukuk araştırmaları bu konuyu işlemiştir ve işlemektedir. Tesir derece ve nisbetini ilmi araştırmalar geniş münakaşalar içinde bize vermektedir. Bu arada bazı hukuk sistemlerinin istiklâh dahi tetkik mevzuu yapılmıştır.

(*) Bu yazı, 2 Ekim 1968 gün saat 20.00'de Ankara İmam-Hatip Okulu Mezunları Cemiyeti Konferans salonunda aynı mevzuda verilmiş konferans notlarının kaleme alınmış şeklidir.

1) **Roma Hukuku:** Roma Hukuku büyük bir hukuktur; Romalıların hukuk dehâlarının mahsulüdür; Fransa, Almanya, Avusturya, İtalya, İngiltere, Yunanistan gibi batı ve orta Avrupa'ya, Anadolu, Suriye, Mısır ve kuzey Afrika'ya içine alan ve Akdenizi haklı bir Roma gölü haline koyan büyük Roma İmparatorluğunun uzun uzun hakimiyetinin eseridir. Bu hukuk İslâm Hukuku'nun yayılma sahasında daha önceden hakimiyet kurmuş ve mer'i olmuş bir hukuktur.

A) **Roma Tarihi:** Roma Hukuku, Roma tarihi içinde ortaya çıkmış ve gelişmesini tamamlamıştır. Romalıların hakimiyetini ifade eden tarihleri asırlar boyu devam etmiştir. Teessüsü milâttan evvel (M.E.) 754 veya 753 yılında Roma şehrinin ef-saneler arasında kurumasıyla başlar ve milâttan sonra Bizans hakimiyetinin sona ermesine kadar devam eder ki hakimiyet müddeti 20 asrı birkaç asır aşar. Bu ci-han tarihinde çok raslanan bir imparatorluk değildir. Hakkı teslim etmek lazımdır.

Roma tarihi bir kaç kısma ayrılır:

- Krallık devri (M.E. 754 veya 753-509),
- Cumhuriyet devri (M.E. 509-27),
- İlk İmparatorluk devri (M.E. 27-284 M.S.),
- Son İmparatorluk devri (M.S. 284-1453).

B) **Romalıların hukuki dehâları:** Romalılar siyasi ve askeri dehâları yanında bariz olarak hukuki dehâ sahibi idiler. En eski devirlerinden itibaren Roma Huku-kunu geliştirmeye çalışmışlar; örfü âdet şeklinde, rahiplerin (pontifex) ve pre-torların - tafsilâtı mevzuumuz dışında kalan - çalışmaları halinde tekâmül eden hukuklarını XII Levha Kanunu ile tesbit etmişlerdir. Hukukçuların hukuki muta-lâalarıyla (responsa) ve içtihatlarıyla fevkalâde zenginleşen bir hukuk, İstanbul ve Beyrut Hukuk Mekteplerinde memleketin her tarafından gelen hukuk talebelerine salâhiyetli hocalar tarafından tedris ve sistematize edilmiştir.

Kendisinden dört yüz yıl kadar önce yaşamış bulunan bir hukukçu olan Gaius'un meydana getirdiği İntitutiones ve benzeri eserleri sahip Justinianus (hakimiyeti M. S. 527-565), Roma Hukukunu ihya için bir plan yapmış ve bu plan icabı 528-534 yılları arasında 6 sene gibi kısa bir müddet zarfında tanzif ettiği ilmi heyetler yo-luyla Corpus Iuris Civilis'i meydana getirmiştir ki bu mecellenin muhtevası şu eser-lerdir:

- İntitutiones (Kanun hüviyetini haiz bir talebe kitabıdır),
- Digesta (Klâsik hukuk eserlerinden alınan parçalar toplamıdır),
- Codex Justinianus (İkinci asırdan itibaren Justinianus'a kadarki imparator kanun ve emir-nâmelerini toplamıdır),
- Justiniani Novellae (Justinianus'un bizzat kendi kanunlarını ihtiva etmek-tedir).

C) XII. asırda Bolonya Üniversitesinde Roma Hukuku yeniden ele alınmaya başlanmış, bahis mevzu hukuk eserleri dünyanın muhtelif yerlerinden gelen tale-belere tedris edilmiştir. Müteakip asırlarda glossatorların (haşiyecilerin) koydukları glossalarla (haşiyeler) son derece zenginleşen bu hukuk, muhitine geniş tesirde bulunmuştur.

D) **İktibas:** Bolonya'da başlayan bu hukuk faaliyeti talebelerle birlikte memle-ketin uzak noktalarına taşınmış ve oralardaki adalet tevzii işinin özünü teşkil et-miştir. Daha sonra mahalli takrir faaliyeti münasebetiyle roma hakimiyetinin mev-cut olduğu bölgelerdeki bütün kanunlaştırma hareketine çok büyük nisbette mü-essir olmuştur ki Almanya, Fransa, Avusturya ve İsviçre bu arada zikredilebilir. Cumhuriyetten bu yana Türkiye, Roma Hukukunun tesir sahasına girmiş bulunmak-tadır. Roma Hukuku bugün dünyanın hiç bir yerinde - küçük bir yer müstesna-doğrudan doğruya mer'i değildir. Onun mer'iyeti bilvasıtaadır.

2) **İslâm Hukuku:** İslâm Hukuku hakikaten dünyanın en büyük hukukların dan biridir, belki de birincisidir. Mensupları onun ilâhiliğine inanmışlardır, vicda-nen ve kalben bağlanmak zorundadırlar. Tamamen dünyevi işlerde dahi sevap bek-lerler. Zahirî müeyyide yanında batını diyebileceğim içten bağlılık müeyyidesi bu hukuka kuvvet atfetmiştir. Arabistan, Suriye, Irak, Anadolu, Mısır, Kuzey Afrika, İran, Afganistan, Hindistan, Pakistan gibi dünyanın üç büyük kıtasına yayılan geniş bir alanda uzun müddet tatbik imkanı bulmuş olan İslâm Hukuku, bugün bile bahis konusu ülkeler hukukuna çok büyük nisbette tesir icra etmektedir ve o memleket hukukları esaslarını İslâm Hukuk mefhumlarından almaktadır. İslâm Hu-kuku Endonezya, Afrika kıtasındaki bir çok devletlerin hukuklarına da tesir et-miş, balkanlar ve hatta müslümanların yaşadığı devirlerde Avrupa'nın bazı büyük bölgelerinde azımsanamıyacak bir müddet tatbikat kazanmıştır. İslâmların hakim

olduğu devirde bugünkü İspanya ve Portekiz de İslâm Hukukunun tatbik muhiti olmuştur. Selçuklular ve Osmanlılar devrinde pek çok inkıfâf eden bu hukuk Türklerle çok şey vermiş, onlardan yine çok şey kazanmış ve türk tarihinin her sahifesi İslâm Hukukunun tesiri altında kalmıştır. Bu objektir bir vakıdır.

A) Teessüsü: İslâm Hukuku menşei vahi'den alır. Başlangıcı Hz. Muhammed'in risâletiyledir. Kur'an ayetleri ve Peygamber sünneti bu hukukun esasını teşkil etmiştir. Sahabe ve tabi'inin devri sade geçmekle beraber İslâm Hukuku bakımından mebd'e olacak vak'alara hal çareleri de vermiştir.

B) Bilhassa Hz. Ömer devri başta olmak üzere İslâm fütuhâtı genişlemeye başlayınca, Suriye, Irak, İran, Mısır, Kuzey Afrika, Doğu Anadolu ve Arabistanın tamamı, hatta kuzey batı Hindistan fethedilince artık müslümanlar daha önce başka dinlere ve hukuk sistemlerine mensup olan milletlerle doğrudan doğruya karşı karşıya gelmişler ve onlara İslâm Hukukunu tatbik için yeni yeni hazırlıklar yapmışlardır. Böylece İslâm Hukuku ilmi ortaya çıkmış ve mezheplerin kuruluşuyla muvazi olarak İslâm Hukuku büyük bir gelişme kaydetmiştir.

C) Filhakika İslâm Hukuku fakihleri bu branşı kurmak için büyük mesai sarfetmişlerdir. İmam-ı A'zam Ebû Hanife (80-150/699-767) Kûfe'de İmam-ı Ebûl Yûsuf (113-182/731-798) ve İmam-ı Muhammed eş-Şeybânî (131-189/749-804) gibi iki dev İslâm hukukçusu yetiştirmiş ve onlara eserlerinde bol bol kullandıkları geniş bir hukuk kültürü vermiştir. Daha önce İmam-ı Mâlik (90-179/704-795) el-Muvatta' adlı değerli eserini yazmıştı. İmam-ı Şâfi'i (150-204/766-804) önce Mâlik'in derslerini Medine'de takibetmiş, sonra Bağdad'da İmam-ı Muhammed'in talebeliğini yapmıştır ki Kitâb'ul-Umm ve er-Risâleh adlı eserleriyle hanefî fakihlerinden aldığı ve İmam-ı A'zam'dan gelen tedrisata istinadla İslâm Hukukunun Metodolojisini teşkil eden Usûl-ı Fık'h'ı kurmuştur. İmam-ı Muhammed'in ve İmam-ı Ebû Yûsuf'un eserleriyle ve tedrisatıyla tamamen tesbit edilmiş ve kayd altına alınmış bulunan Fık'hın Furû'u artık mücerred ve nazari esaslarını Şâfi'inin eserleriyle kazmış olmaktadır. İmam-ı Ahmed b. Hanbel'in (164-241/780-855) faaliyeti teknik bakımından İslâm Hukukuna çok şey katmamıştır kanaatindeyiz. Böylece hicri birinci ve ikinci asırlarda (milâdî 7-8 asırlar) İslâm Hukuku bütün esaslarıyla, nazariyatıyla ve pratik kaideleriyle, ilim olarak tam bir tarzda teessüs ve teşekkül etmiştir. Teşekkül yeri olarak Mekke, Medine, Bağdat ve Kûfe şehirleri ilim merkezi vazifesini görmüştür. Buralarda yetişen fakihler geniş imparatorluk sahasında muhtelif merkezlere kadı olarak tayin edilmiş ve öğrendiklerini oralarda hem öğretmiş ve hem de mahkemelerde tatbik etmiştir ki kararların bir kısmı bazılarınca eser haline getirilmiştir ve bugün elimizdedir.

D) Emevileri takiben Abbâsî İmparatorluğu, Büyük Selçuk İmparatorluğu, Hint-müslüman İmparatorluğu ve nihayet Osmanlı İmparatorluğu zamanında nazari ve tatbiki İslâm Hukuku fevkalâde gelişmiş, binlerce sayfalara varan eserler kazanmış, fetvalarla cemiyete intibakı sağlamış ve ciltler dolusu mahkeme sicilleri bırakmıştır. Bu arada Türklerin müslüman oldukları ilk devreye rastlayan Karahanlılar devri İslâm Hukuk faaliyeti hiç ihmal edilemeyecek bir kıymettedir. İslâm Hukuku müslüman Türklere çok şey borçludur.

3) İslâm Hukuku ile Roma Hukuku arasındaki benzerlikler: İslâm Hukuku ile Roma Hukuku arasında bazı benzerliklerin mevcudiyeti göze çarpar. Her iki hukukun bazı kelimeleri sanki birbirinin tercümesi imiş gibi bir his doğurur. Bu mesele üzerinde yazı yazmış bulunan müellifler genellikle şu kelimeleri ve müesseseleri zikrederler: el-Rıku: Prudentia (anlamak, bilmek) er-Re'yu: Opinio (görüş, hukukçuların görüşleri), Maslahat'ul-Âmmeh veya İstislâh: Salus populi (halkın selâmeti ve iyiliği, âmme menfaati), el-İcmâ': Consensus (anlaşma, aynı görüşte olma, alimlerin bir hususta ittifak etmeleri), el-Âdeh: Usus (âdet, örfü âdet), İllet'uş-Şer': Ratio legis (hikmet-i meşruiyeti, hikmet-i tegri'yesi), el-Fetvâ: Responsa prudenti-

Bu hususta fikirlerini beyan etmiş olan her yazar yukardaki benzerlikleri değişik sebebe bağlamıştır. Fakat müşterek bir görüş varsa bu da bu tip müşabehetin iktibas iddiası için kâfi bir delil olmayacağı ve iki hukuk arasındaki istiklâle hiç gölge düşüremeyeceğidir. Gerçekten bilhassa muasır müellifler bu benzerlikleri, akıl için yolun bir olduğu ve bahis mevzuu mefhumların mümeyyiz mefhumlar değil, fakat bütün insanlık için müşterek mefhumlar bulunduğu görüşlerine istinatla izaha çalışmışlardır. Onlar bu tip benzerliklerin Roma Hukuku ile Anglo-Sakson Hukuku arasında da mevcut olduğunu kaydediler.

4) İslâm Hukuku ve Roma Hukuku arasındaki farklar: Bir evvelki maddede

kısaca arz edilen benzerlikler yanında bu iki hukukun birbirinden çok farklı tarafları mevcuttur. Ezcümle şunlar zikredilebilir:

A) Kaynaklar:

- a) İslâm Hukuku: Kur'an, Sünnet, Kıyas-ı fukaha, İcmâ'
b) Roma Hukuku: XII Levha Kanunu, Corpus Luris Civilis v.s.

B) Menşei:

- a) İslâm Hukuku: İlahî, vahye dayanır.
b) Roma Hukuku: Beşeri, akla dayanır.

C) Laiklik:

a) İslâm Hukuku: Din ve dünya işleri, dünyevî ve uhrevî işler taksimi yoktur.

b) Roma Hukuku: Nihâî şekliyle lâiktir.

D) Kısımları:

- a) İslâm Hukuku: İbâdât, muamelât, münâkehât, ukubât ve feraiz.
b) Roma Hukuku: Şahıslar, mallar, davalar.

E) Metot:

- a) İslâm Hukuku: Daha çok kazuisttir.
b) Roma Hukuku: Az kazuisttir.

F) Din:

- a) İslâm Hukuku: Müslümanlar monoteist (vahdaniyetci) dir.
b) Roma Hukuku: Romalılar politeisttir (çok tanrıcı).

G) Şekilcilik:

- a) İslâm Hukuku: Çok elastik ve az şekilcidir.
b) Roma Hukuku: Çok şekilcidir.

H) İcra ve takip:

- a) İslâm Hukuku: Otorite devlettedir, ferdî takip ve icra yoktur.
b) Roma Hukuku: Ferdî takip ve icra mevcuttur.

I) Aile reisliği:

a) İslâm Hukuku: Disiplin ve terbiye salahiyeti verir.
b) Roma Hukuku: Aile reisi mutlak otorite sahibidir. Aile mensuplarının bütün kazandırıcı muameleleri kendisine racidir. Dilediğini aileden ihraç edebilir ve hürriyetinden mahrum edebilir.

J) Evlât edinme:

- a) İslâm Hukuku: Evlât edinme yoktur.
b) Roma Hukuku: Evlât edinme kabul edilir.

K) Faiz:

- a) İslâm Hukuku: Faizi reddeder.
b) Roma Hukuku: Faizi kabul eder.

L) Doğuş şekli:

- a) İslâm Hukuku: Doğrudan doğruya yazılı olarak doğmuştur.
b) Roma Hukuku: Ancak XII Levha Kanunu ile yazı ile tesbite başlanmıştır.

5) Roma Hukuku İslâm Hukukuna tesir etmemiştir: Zikredilen farklar binlerce fark arasında seçilmiş bir kaç misaldir. İslâm hukuk kurucularının yetiştirdikleri ve tedris faaliyetinde buldukları ilim merkezleri -Mekke, Medine, Kûfe, Bağdad,- Romalıların fiilî hakimiyetinden uzaktı. Felsefî ilimler hilâfına ilk İslâm Hukuku eserlerinde Arapçalaştırılmış hiç bir Lâtin veya Yunan Hukuk istilahına rastlanmadığı gibi Roma Hukukuna ait hiçbir eserin ne tamamının ve ne de bir kısmının arapçaya tercüme edildiği de sabit değildir. Ayrıca İslâm hukukçularının lâtince bildikleri hususunda herhangi bir kayda sahip değiliz. Kurucu devir İslâm Hukuk müellifatında Roma Hukuk eserlerine bir tek atıf dahi mevcut değildir. Romalıların İslâm ülkesine en yakın ve en önemli hukuk mektepleri olan Beyrut Roma Hukuk Mektebi - bir müellifin de beyanı gibi, milâdî altıncı asrın ortalarında harab olmuş ve hocalar Sidon'a taşınmışlardır. Müslümanların bu mektebin tesiri altında kalmaları bahis mevzuu değildir. Schwarz gibi memleketimizde iyi tanınan ve büyük bir Roma hukukçusu olduğu muhakkak olan bir alim İslâm Hukukunun Roma Hukukundan iktibas edilmediğini açıkça zikreder. Muasır müellifler umumiyetle bu görüşü kabul etmekte dirler. İtiraf etmek lâzımdır ki bu konu müslüman müelliflerin değil, garplı müelliflerin tetkik sahası olmuştur. Problem de Garpten gelmez.

BİBLİYOGRAFYA:

AMOS, G. Sheldon, The History and Prenciples of Civil Law of Rome, s. 406-415.

- ANSAY, S. Şakir, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, (üçüncü bası), Ankara 1958, s. 1-2.
- BERKİ, A. Himmet, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, I, Ankara 1955. s. 4-5.
- BERKİ, Şakir, Etudes de Droit, no: 1-4, Ankara 1957-1958, s. 1-9.
- BİLMEN, Ö. N. Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkıhyeye, İstanbul, c. 1, s. 338.
- BOUSQUET, G. H. Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı (terc. Kemal Kuşçu), İslâm Fıkıhı ve Roma Hukuku, İstanbul 1964, s. 23-52.
- BUSSI, Ricercce interno alle realizzioni fra retratto bizantino e musulmano.
- CATTESCHİ, Dominico, Manuale di dritto pubblico e privato ottamano, İskenderiyeye 1865.
- FITZGERALD, S. V. İslâm Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta bulunduğu İddiası (terc. Bilge Umar), İ. Ü. Hukuk Fak. Mec. c. XXIX, sayı: 4 sene: 1964 sayısında ayrı Bası.
- GOLDZİHER, I, İslâm Ansiklopedisinde Fıkıh maddesi ve Le Dogme et La Loi de l'İslâm, Paris 1920.
- HAMİDULLAH-M, İslâm Hukuku Üzerine Roma Hukukunun Tesiri (terc. Kemal Kuşçu), İslâm Fıkıhı ve Roma Hukuku, İstanbul 1964, s. 7-22.
- Hamidullah, M. Roma Kanunu ile İslâm Kanunu arasındaki Münasebetler (terc.: Nafiz Danışman), İlahiyat Fakültesi Dergisi, cilt IV, sayı: III-IV (yıl 1955) s. 75-78
- JONES, Sir William, Essay on Bailments, 1781.
- ION, Michigan Law Review, c. 6, s. 44-52, 197-214, 371-396.
- KÖPRÜLÜ, F. İslâm Ansiklopedisinde Fıkıh maddesi.
- V. KREMER, Kùltür geschichte des Orients unter den Chalifen, Viyana 1875-1877, c. I, s. 532 v.d.
- MACDONALD, Müslim Theology, s. 85.
- MACNAGHTEN, Sir William, Prenciples and Precedents of Muhammadan Law, Calcutta 1817.
- NAALİNO, C. A. Roma Hukukunun İslâm Hukukuna Tesiri oldu mu (terc. Kemal Kuşçu), İslâm Fıkıhı ve Roma Hukuku, İstanbul 1964, s. 53-67.
- NALLİNO, etüdü için bkz. Sebilurresad, sayı: 259, 260, 261, 262, 263.
- DE ROUSSIER, C. R. Rev. Hist. de Droit, 1934, s. 323 v. d.
- SAİT PAŞA, Hatırat, c. I s. 178.
- SAKSENA, Müslim Law, 1937, s. 105-108.
- SANTILLANO, Avant proje de Code Tunisien et des Obligations.
- SAVA PAŞA, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, Ankara 1955, c.I, s. 4-15.
- SCHACHT, J. Introduction to Islamic Law, Oxford 1964, s. 8-9.
- SHERMAN, Roman Law in the Modern World, 3 th ed. s. 139, 178-181.
- SCHMİDT, Die Occupatio im islâmischen Recht, Der İslâm 1910.
- SCHWARZ, A. B. Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1958, s. 21-22.
- SEYYİD ABDULLAH ALİ HUSEYN, el-Mukârenât'ut-Teşri'yyetu beyn'el-Kavânin'il-Vad'iyyet'il-Medeniyyeti ve't-Teşri-İslâmi... Cuz 1-4, Kahire 1947-1949.
- TURNAGİL, Ahmed Reşid, İslâmiyet ve Milletler Hukuku, İ. Ü. Hukuku Fak. Mec c. VIII, sayı: 1-4 v.d.
- TYABJİ, A. Muhammadan Law, 3th ed, s. 827.
- ULLAH, Müslim Law of Marriage, 1926 tarihli tez, s. XLVI v.d.
- WILSON, Sir Roland, Digest of Anglo-Muhammadan Law, 5th ed. 20 v.d.
- YÜSÜF MÜSÂ, Beyn' eş-Şer'i'atı ve'l-Kânün'ir-Rûmânî, Kahire.

Gençliğin kaleminden üç cephesiyle

ÇIKTI

Akif