

İSLÂM HUKUKUNUN ROMA HUKUKUNDAN İKTİBASTA BULUNDUĞU İDDİASI

Prof. Dr. S. V. FITZGERALD
Çeviren: Asis. Dr. Bilge UMAR

I. GİRİŞ

Sir William MacNaghten'in zamanından¹ beri, hattâ *Sir William Jones* zamanından² beri denebilir, bugüne kadar, Roma ve İslâm Hukuku arasındaki yanıtıcı benzeyiş arada sırada dikkati çekmiştir; özellikle öğrencilere İslâm Hukukunu öğretmek durumunda bulunan bir İngiliz hukukçusunun, bu sistemin İngiliz hukuk kavramlarından çok Roma hukuk kavramlarına başvurularak ne kadar daha kesinlikle izah ve tasvir edilebildiğinin farkına varmaması mümkün değildir. Fakat şimdiye kadar hiç kimse mes'elenin etraflı bir incelemesini yapmamıştır; gerçekten, bunun yapılması birden çok bilim adamının araştırmasını gerektirirdi, çünkü bulunması gereken şey sadece hukuk disiplinlerinin ve hukuk tarihinin etraflı bir öğrenimini görmüş olmak değil, aynı zamanda diller hakkında fevkalâde geniş bir bilgidir. İlmin birçok dallarında olduğu gibi burada da tek bir bilim adamının yapmayı umabileceği şey olsa olsa yapıya bir tuğla koymaktan, daha doğrusu şimdiye kadar yapılmış kötü işçiliğin izlerini silmek için kazmasını sallamaktan ibarettir. Bunu yapmakla mes'ele çözülmüş olmayacaktır. *Von Kremer*³ ve *Santilana*⁴, pek nâfiz görüşler öne sürmüş bulunmakla beraber mes'eleyi sistemli bir tarzda incelemiş değillerdir; genel olarak denebilir ki hattâ pek ünlü bâzı müelliflerin dahi yapmış oldukları, bazan gerçekten mevcut fakat çoğu zaman sun'î ve hattâ

1) Principles and Precedents of M. L. (Kalkûta 1817).

2) Essay on Bailments, 1781.

3) Kulturgeschichte des Orients unter den Chalifen, Viyana 1875 - 1877. *Khuda Baksh* tarafından İngilizceye tercümesi: Kalkûta 1920.

4) Avant Propos d'un Projet de Code de Droit Musulman Tunisien (1897) ve daha sonraki eserleri.

bir haylisi hayâli bâzı benzeyişlerin bir listesini vermekten ve sonra da bu benzerliklerin, sonraki sistemin önceki sistemden bâzı iktibaslarda bulunduğunun delili olduğunu ileri sürmekten başka şey olmamıştır. Mes'eleyi incelemek için kullanılan bu gayri ilmi metod, doğruluğu şüpheli tarihî bilgi ile, ne idüğü belirsiz otoritelerle, peşin fikirlerle malûl bulunmaktadır. Sonuç olarak, «İslâm Hukuku arap kılığına bürünmüş Iustinianus'un Roma Hukukundan başka şey değildir», yahut, pek ileri giden bir müellifin söylemeğe cür'et ettiği gibi, «Araplar Roma Hukukuna birkaç hatâdan başka birşey ilâve etmemişlerdir» gibi beyanlarla karşı karşıya bulunuyoruz. İncelememizi emin bir mesnede dayandırmanın ilk şartı, yeni temellerin atılmasına imkân vermek için, molozları söküp atmaktır.

Genel olarak kabul edilen görüşün önde gelen sorumluları Profesör *G. Sheldon Amos*, *Savvas Paşa* ve büyük arabiyatçı *Goldziher'*dir. Bunlardan Profesör *Sheldon Amos* (1835 - 1886; D. N. B.'ye Ek I, s. 44 e bkz.) belki de neslinin en mümtaz ingiliz vatandaşı idi ve *Swiney* hukuk armağanını kazanmıştı. Kaderin bir cilvesi olarak, otoritesi olduğu alanda ilmin med'di onun seviyesini çok aşmış ve onu sadece, araştırma yaptığı ve bu araştırmayı yaparken hemen hemen tamamiyle câhili olduğu bir sahadaki başarısızlığı ile hatırlanmağa mahkûm etmiştir. Bu başarısız araştırma onun Roman Civil Law adlı eserinin ikinci baskısının 406 ilâ 415 inci sayfelerindedir. Bunun hayali mahiyeti birçok örnekler içinden bir tekiyle ortaya konabilir. Romalıların *Quod principi placuit legis habet vigorem*^{4 a} prensibinin eşini bulmak gayreti onu halife emirnamelelerini islâm hukukunun temel kaynağı olarak göstermeğe kadar götürmüştür. Bu beyan sadece, Osmanlı Hukuku diye anılması mutad olan İslâm Hukukunun sonraki gelişme safhasına hasredilse idi bu kısmen, fakat sadece kısmen, doğru olurdu. Allahı hukukun yegâne kaynağı sayan ve herhangi bir beşerî teşriî otoriteyi kesinlikle reddeden bir sistem için bu, gerçeğe tamamen aykırıdır. İlk dört halifeden nakledilen kararların nüfuzu halifenin makamından değil, fakat bu kararları veren kimselerin; peygamberin düşünce tarzını bildikleri beklenen ve binaenaleyh elden düşme de olsa onun ilâhî rehberliğini aksettiren en yakın arkadaşları olması vâkıasından ileri geliyordu. Peygamberin öteki arkadaşlarınının zaptedilmiş kararları da aynı nüfuza sahip idiler.

4 a) Hükümdarın istediği şey kanun demektir (Ç. N.).

Savvas Paşa Osmanlı İmparatorluğunun mümtaz bir hristiyan memuru idi; görünüşe bakılırsa, onun bir paşa olması dolayısıyla, İslâm Hukuku ve Küçük Asya tarihi konularında bir otorite olduğu zannedilmektedir. Onun bu konuların tamamen câhili olması beklemez; onun, kendi zamanındaki Osmanlı idare sistemi üzerinde yazdıkları, bazan bunlara gösterildiğinden daha fazla saygıya lâyıktır bile denebilir. Rakat onun akli, gayrî ilmî ve kesinliğe (accuracy, précision) yabancı bir akıldır; yazarken siyasî amaçları, bilhassa -kendi deyimiyle- «batı hukukunu islâmlaştırmayı» (islamisier le Droit occidentale), ve bunu yapabilmek için de müslüman vatandaşlarını, İslâm Hukukunun batı tesirlerini kabulden hiçbir zaman çekinmemiş olduğuna inandırmayı gözönünde tutardı^{4 b}. Bu yüzden, eğer herhangi bir tarih veya hukuk gerçeği biraz eğilip bükmekle onun tezini doğruluyor idiyse, bu eğip bükmenin gerçeğin tâ kendisi olduğuna hiç şüphesiz dürüstlikle, kendi kendini inandırmıyordu.

Ignaz Goldziher (1850 - 1921) arabiyat ilmi alanında en büyük isimlerden biridir. Fakat onun Roma Hukuku ilmindeki seviyesi aynı görünmüyor; üstelik, bu mes'eledede onun kaleminden çıkmış olup da sonradan pek yayılan bazı gerekçeler (arguments) bizzat onun pek önem vermediği gerekçeler idi; hattâ bunlar, bir bölümünü teşkil ettikleri makalenin, *Goldziher*'in birçok diğer eserleri gibi İslâm medeniyetinin esas itibariyle arap karakterini ortaya koyan bir makalenin ana fikrine aykırı bulunmaktadırlar; görünüşe bakılırsa bunlar bizzat *Goldziher* tarafından daha sonraki ve çok işlenmiş eserlerinde terkedilmişlerdir. Bu söylenen müelliflerin her birinin öne sürdüğü gerekçeler aşağıda ele alınacaktır.

Halen, şimdiye kadar yapılmış yanıtlara esas itibariyle sâdik kalmakla yetinen müellifler arasında şunlar sayılabilir: Michigan Law Review, cilt 6, s. 44 - 52, 197 - 214, 371 - 396 daki yazılarla *Ion* (*Ion*'un bazı orijinal pasajları varsa da bunlarda dahi vâkıaları kendi görüşlerine uydurmak için eğip bükme temayülünü gösteriyor); Roman Law in the Modern World, 3. baskı, s. 139 ve 178 - 181 ile *Sherman*; Muslim Law of Marriage, 1926 tarihli tez, s. XLVI ve sonrakiler ile *Bay Ullah*; Muslim Law, 1937, s. 105 ilâ 108 ile *Saksena*. Hattâ *Macdonald* (Muslim Theology, s. 85) ve *Tyabji* (Mu-

4 b) Anlaşıldığına göre *Savvas Paşa* islâm hukukunu batı hukuk kalıpları içinde tahlil ve izah edip işlemek amacını gütmektedir; «batı hukukunu islâmlaştırmak» sözüyle kastedilen bu olmalıdır (Ç. N.).

ammedan Law, 3. baskı, s. 827), bütün dünyaca değerleri teslim edilen iki müellif, bu bulaşıcı hastalığın etkisinden tamamen âzade değildir.

II. TARİHÇE

Iustinianus'un *Corpus Iuris*'inin yürürlüğe girmesi (MS. 529 - 534) ile Peygamber *Muhammed*'in ölümü (MS. 632) arasında geçen yüzyıl, insanlık tarihinin en sefil devrelerinden biridir; bu devrin kötülüklerini, medeniyetin mahvolmanın eşiğine geldiğini iki kere görmüş olan ve daha da büyük bir felâketin tehlikesi içinde bulunan bizler; *Amos*, *Savvas Paşa* ve *Goldziher*'in yazılarını kaleme aldıkları sükûnet çağlarında yaşamış bulunan babalarımızdan daha iyi anlayabiliyoruz. Söylenen devrenin, ihtişâmı dillere destan olmuş iki saltanatla, Roma İmparatorluğunda *Iustinianus*'un ve Pers İmparatorluğunda âdil *Anuşirvan*'ın saltanatları ile başladığı gerçektir. *Iustinianus*'un adı aklımıza sadece *Corpus iuris*'i değil, Aya Sofya'yı, *Belisarius*'un, *Narses*'in ve *Hadım Janın* zaferlerini de akla getirir. Fakat bütün bunların kapkara bir tarafı da vardı ve gelecekteki felâketin tohumları daha o zamanda mevcuttu. Batıdaki zaferler sadece, töton sürülerinin istilâ etmiş oldukları güzel toprakların efendisi olmakta devam ettikleri gerçeğini geçici olarak maskeleyen sözde bir ittifakın yapılmasına yaradı; aynı zamanda bu zaferler, imparatorluk hazinesinin müşküllerine ve doğu illerinin sırtındaki ezici vergi yüküne yenilerini ekledi. *Iustinianus*'un *Novella*'larından birçoğu, gayet yaygın hale gelmiş borçluluk durumunun tazyik edici mahiyetine tanıklık eder. Arenalardaki mantıksız hizip döğüşmeleri, bir dereceye kadar olsun, âmme işlerinin iyi yürütülmediğinin -maamafih yorumlanması pek basit olmayan- belirtilerinden biri idi. Bu döğüşmeler İstanbul'un avam tabakasına inhisar etmiyordu. Bu döğüşmeler imparatorluğun bütün şehirlerini hattâ bizzat Kutsal Şehir Kudüs'ü dahi telvis etmekte idiler; muhasım hizipler husumetlerini dinî ihtilâfa bağlıyorlardı; dinî düşmanlık bu dereceye tenezzül etmiş idi. Bizzat *Iustinianus* dar kafalılığa mütemayil bir kimseydi; ortodoks kilisesinin klâsik dinî telâkilerden ayrılan mezheplere ve diğer dinlere karşı takındığı tavır, İran'da bazı devrelerde olduğu gibi zalimane işkenceler tatbik edilmesi⁵ suretiyle lekelenmemiş olmakla beraber, genel olarak daha

5) İran'da kaide müsamaha olup zulüm ancak arada sırada başgösteren bir salgın idi, maamafih bu salgın başgösterdiği zamanlar pek korkunç oluyordu.

müsamahasızdı ve azınlıkların kalbinde Devlete karşı sadakat duygusunun doğumuna yol açacak yönde değildi. Bundan başka, tarih Atina mektebinin son bakiyeleri için nasıl bir not vermiş olursa olsun, vâkıa şu idi ki *Iustinianus*'un bir düzeltme teşebbüsüne girişmeksizin bunları ortadan kaldırmış olması, *Iustinianus* saltanatı zamanındaki kültür standardı hakkında müsbet bir emâre değildir. Bunlar sonradan *Hüsrev*'in hizmetine girdiler; işte İslâm, *Eflâtun* ve *Aristo* hakkında ilk bilgilerini İran'daki bu sürgünlerden aldı.

Iustinianus devrinin inhitatı ve *Iustinianus*'un ölümü üzerine, ihtişam devresi söndü ve onun saltanatının menfî sonuçları daha belirli bir tarzda ortaya çıktı. İran tarihi de *Anuşirvan*'ın ölümünden sonra böyle bir elem yoluna girdi. İki imparatorluk da ülkelelerinin dışındaki barbar sürülerinin -Roma sınırlarında avar'lar, hazar'lar, bulgarlar; İran sınırlarında da moğollar- bitmek tükenmek bilmeyen saldırılarına karşı sürekli, masraflı ve yorucu savunma faaliyetine girişmek zorunda kaldı; keza her iki imparatorluk da dahilde tiran'lık ve süregiden iç savaşlar yüzünden zayıfladı. Bütün bunlara rağmen ikisi de karşılıklı kıskançlıklarından vazgeçemediler. Aralarındaki mücadele yüzyıllar boyunca kâh alevlendi, kâh için için yandı durdu; fakat bu devrede düşmanlık âdeta birbirinin kanna susamak derecesinde idi. Sadece birkaç yıl için sözde bir barış oldu; güya «Ebedî dostluk ve ittifak» denen MS. 531 barışı yedi yıl sürdü, MS. 561 yılının daha iddiasızca «Elli yıllık barış» diye adlandırılan barışı da aynı derecede kısa ömürlü olmuştu. Üstelik bu savaşlar sadece orduların çarpışmasından ibaret kalmıyorlardı; bunlar topyekûn savaşlardı. Antakya (MS. 540 ve 611 de), Caesarea (MS. 612 de), Şam (MS. 614 de), Kudüs (MS. 614 de) ve İskenderiye (MS. 615 de) İranlılar tarafından mahvedilen şehirler arasında idiler; keza şehir dışındaki arazi de tahrib ediliyordu; buna karşılık Romalılar da fırsat buldukları zaman aynı tarzda hareket ediyorlardı. O zamanın tahrip vasıtaları hiç şüphesiz bugünkünden çok daha az güçlü idiler; fakat «yeniden imar» vastaları için de durum böyle idi. Tahrib edilen bir şehrin eski durumunu bulması yıllar alıyordu. Doğrudan doğruya insan vahşetinin eseri olan felâketlere bir de, ingiliz hukukunda acayip bir sinik'lik (cynicism) ve tevekkül duygusu ile «Allahın işi» denen felâketler eklenmişti: salgın hastalık, açlık -savaşın olağan yoldaşları-, yangınlar ve birkaç büyük zelzele.

Her iki imparatorluğun da durumu kötü olmakla beraber, Roma'nın durumunun diğerine nisbetle daha beter olduğunu düşün-

mek için sebepler vardır. Birkaç yıllık barış devresi sırasında Roma, İran'a haraç ödemmişti ve ancak *Heraclius*'un üstün askerî dehası sayesinde bütün Küçük Asya'nın, Suriye ve Mısırın İran hükümlerine altına girmesine pek zorlukla engel olunabilmişti.

İşte bu yüzden, bir avuç körü körüne inanmış arap zeki ve usta serdarların emri altında dünyayı fethe kalkıştığında, karşı karşıya geldikleri Roma ve İran'ın kudreti değil, hemen hemen ölüm derecesinde yaralı, zayıf iki imparatorluk idi. Roma'nın malî idare mekanizması halâ işlemekte idi ama ne dereceye kadar doğru dürüst işlediğini kestirmek zordur; refah ancak pek küçük bir zengin azınlığına mahsus kalmıştı. *Sheldon Amos*'un yaptığı gibi arapların Suriye şehirlerindeki zengin ve müreffeh hayatı benimsediklerini söylemek pek mübalâğalıdır. Arap fetihlerinin şimşek hızını kısmen izah eden bir sebep, alelâde bir insan için artık Roma imparatorluğunun uğruna döğüşmeye değmez durumda olduğu idi⁶.

Hiç şüphe yok ki medeniyetin umumî çöküntüsünde bile insanların bir çeşit hukuk teşkilâtına ihtiyaçları vardır ve insanlar bile rek yahut bilmeyerek alışageldikleri örfelere sadık kalırlar. Bu yüzden *von Kremer*'in «Örf hukuku şekline bürünerek varlığını sürdüren Roma - Bizans kaideleri»nden; yahut *Santilana*'nın, bu çeşit kaidelerin «Şarkta satıhta yüzmekte devam eden (benzetmeye dikkat ediniz) diğer medeniyet unsurlarının yanısıra» varlıklarını sürdürmelerinden söz etmesi, akla aykırı değildir. Fakat böyle yüzücü enkazın yeni bir hukuk binası haline getirilmesi, çetrefil ve mükemmelleştirilmiş *Iustinianus* hukukundan iktibasta bulunmakla ilgisi olmayan birşeydir.

Corpus iuris'in Batı Roma İmparatorluğunda hiçbir zaman yürürlüğe girmediği çoğunluk tarafından teslim edilmektedir. Bu imparatorlukta Roma Hukukuna riayet edilmeğe devam bulunduğu müddetçe, bu, *Codex Theodosianus*'a dayanan bir hukuk idi; bu hukuk sonradan *Iustinianus*'un zaferlerine rağmen Romalıları bir tâbi kavim haline getirmiş ve kendileri idare eden sınıfı teşkil etmekte olan barbarların örflerine mağlûp oldu, hattâ Romalı kelimesi tâbi insanı anlatır oldu. İslâm Hukukunun ana prensiplerinin büyük Medine'li fâkih *Mâlik*'in öğrencileri tarafından MS. VIII. yüzyılda Batı'ya tanıtılmadan önce Medinede işlenmiş buldukları şüpheli olsa idi bile, bir Batı Roma Hukukunun İslâm Hukukunun temeline mües-

6) Diğer bir sebep de Suriye ve Mısır'daki Roma ordusu askerlerinin arap, yani istilâcılarının soydaşı olmalarıdır.

sir bulunması pek zor olurdu. Doğu Roma İmparatorluğunda vaziyet başka idi; *Iustinianus* tarafından yürürlüğe konan hukukun Bizans mahkemeleri ve memurları tarafından tatbik edilmekte ve Bizansta öğrenim görmüş hukukçular tarafından işlenmekte olduğundan şüphe etmek için sebep yoktur. Bununla beraber papirus'lardan öğrendiğimize göre Roma Hukuk sistemi ile pek isteksiz bir bağlılık veya belki de rekabet halinde olarak, ihmal edilemeyecek miktarda örf hukuku da varlığını devam ettiriyordu. *Iustinianus*'un «piç içtihatlar»ı yok etmek için giriştiği çabayı, mahallî örflerin etkisi ile Roma hukuk sisteminin değişikliğe uğramasına engel olmak teşebbüsü saymak yerindedir. Bu nokta, İslâm hukukçularının kendi yeni sistemlerini kurarken faydalandıkları yegâne mahallî malzemenin Roma hukuku kısıntıları olmadığını göstermesi bir yana, bu incelememiz için önem taşımamaktadır.

Suriye'deki Suriye - Roma Mecellesi diye adlandırılan kanun, *Corpus iuris*'in yaşamakta devam ettiği tezi aleyhine daha da açık bir delildir. Bu vesika' mense' itibariyle bir öğrenci el kitabıdır, iptidaî bir «Roma Hukuku Özeti»dir. Bunda yalnız *ius civile* vardır, *ius honorarium* bulunmamaktadır ve bu vesikanın aslı imparator *Zenon* zamanında (MS. 480) Yunanca ve belki de Lâtince olarak yazılmıştır. Bugünün İngiliz hukukçularının yalnız Birkenhead teşriî hareketinden önce değil, hattâ adalet ve nesafet esasına dayanan hukuk ile yazılı kanunlara dayanan hukukun kaynaştırılmasından dahi önce yazılmış bir özet - metinler kitabına dayanarak hukuku uygulamaları tasavvur olunabilir mi? Buna rağmen gerçekte, *Iustinianus* hukukundan sonra Suriye - Roma Kanunu denen kitabı kullanmağa çalışan hukukçuların yapmağa kalktığı tıpatıp böyle birşeydi. İşte bu pek zavallı özet - kitap Suriye ve Arabistan dillerine çevrilmiş ve Suriye kiliselerinde bir hukuk el kitabı olarak yürürlük kazanmıştır. *Nallino*'nun⁸ MS. IX. yüzyıl Suriyelilerinin bir

7) Bu vesikadaki hukukla İslâm hukuku arasındaki tek benzerlik, İslâm hukukunda yürüyen «bir kimsenin vasiyetname ile terekesinin ancak üçte biri üzerinde tasarruf edebileceği» kaidesinin bu vesikanın aslına interpolatio yolu ile eklenmiş olmasıdır.

8) *Scritti juridici byzantini*, s. 158 - 159; *Studi P. Bonfante*, cilt I, Pavia 1929 daki *Sul Libro siro - romano*, s. 183. *Nallino*'nun Suriye - Roma Kanunu hakkındaki görüşü burada kabul edilmiştir. Fakat hattâ *Mitteis*'in görüşünü veya herhangi bir başka görüşü kabul etsek dahi Suriye - Roma Kanunu bir yandan *corpus iuris*'in işlenmiş içtihat hukukundan ve bir yandan da ilk devirler İslâm hukukçularının keskin diyalektik mantığından ayıran uçurum muazzamdır.

kanun koyucu olarak *Iustinianus* adını dahi duymamış buldukları yolundaki beyanının doğru olduğu apaçıktır; halbuki eğer bunlar duymamış idi iseler, onların arap efendilerinin duymuş olabilmesi ihtimali var mıdır? Hiçbir islâm hukuk kitabı yoktur ki içinde herhangi bir Roma hukuk otoritesine bir tek atıf bulunsun⁹.

Besbelli olan gerçek şudur ki *Iustinianus* saltanatından sonraki devirlerde Roma Hukuku, son tâdilleri bir yana, artık yabancı dilde yazılmış olan, dili eyaletlerde anlaşılmayan, ve makamlarını bir zamanlar sahip olmuş olabilecekleri herhangi bir «mahallî halkı temsil etmek» vasfından dolayı değil, uzak ülkelerdeki hemen hemen yabancı bir imparatorluk otoritesinin temsilcisi sıfatıyla işgal etmekte bulunan memurlarca uygulanan bir yabancı hukuku idi. O artık ancak bizzat Bizans'ta uzun bir öğrenim devresinden sonra anlaşılabilen bir sır'dı. Bu durum üç sebepten ileri geliyordu:

- a) Lâtincenin müşterek dil olmaktan çıkması,
- b) *Iustinianus*'un İstanbul ve Beyrut mektebi dışındaki bütün hukuk mekteplerini ezmesi,
- c) Beyrut'un MS. 551 deki zelzele yüzünden tahribi ve oradaki hukuk mektebinin MS. 560 yılında kesin olarak yok olması.

Bunlardan birincisini ele alalım: şimdi çoğunlukça teslim edilmektedir ki *Iustinianus*'un saltanatı, müşterek dil olmaktan esasen çıkmış bulunan lâtincenin resmî dil olmaktan dahi çıkışını tesbit eden inhiraf çağıdır. *Iustinianus*'un Novella'ları ya iki dilde ya da hattâ lâtincesiz, yalnız yunanca yazılmışlardı. Fakat corpus iuris'in eski kısımları yâni Institutiones, Codex ve Digesta lâtince idiler; yapılmış olan yegâne tercüme (*Theophilus*'un Institutiones'den yaptığı serbest tercüme, onun işgal ettiği makam sebebiyle, yarı resmî bir mahiyet taşıyordu), görünüşe bakılırsa sadece, hukuk öğrencilerinin birinci öğrenim yılında aydınlanmalarını sağlamak amacını güdüyordu. Tâ iki yüzyıl sonrasına¹⁰, aradaki siyasî münasebetlerin doğrudan doğruya bir iktibas ihtimalinin düşünülmesine dahi imkân vermeyecek mahiyette olduğu ve esasen İslâm Hukukunun esaslarının artık teessüs etmiş bulunduğu bir zamana kadar, ana

9) Belki islâm hukuku kadar olmamakla beraber islâm felsefesi de kendi kendine yetmek iddiasındadır, maamafih buna rağmen *Eflâtun* ve *Aristoteles*'den ilham alındığında bu husus açıkça belirtiliyor.

10) *Ecloga* (MS 740); *Procheiron* (MS 800 ile 850 arasında); *Basilica* (*Procheiron*'dan sonra). *Mâlik* MS 795 de ve *Ebu Hanife* MS 767 de ölmüşlerdir.

hukuku herkes tarafından anlaşılacak dile çevirme teşebbüsü vâki olmamıştır.

«Omnem» Constitutio'su ile *Iustinianus*, İstanbul ve Beyrutunkiler dışında bütün hukuk mekteplerini kapattı. Bunu, Roma Hukukunun saflığını ve birliğini sağlamak için yapmıştı, fakat aynı zamanda yeni fikirlerin kabul edilmesini de yasak etti; böyle bir merkezileştirme denilebilir ki, tıpkı daha önceki bir tarihte Roma lejyonlarının Britanya'dan geri çekilmesi gibi zaaf işaretidir. Her ne hâl ise, şurasında şüphe yoktur ki hukuk mektepleri gerçekten kapatılmışlardı. Hukukun ve mahkemelerin, imparatorun iradesine tâbi olmaları vâkiası karşısında, hukukçuların imparator tarafından kabul edilmeyen bir tavsifi iltizam etmelerinde mâna olamazdı. Buna rağmen Profesör *Sheldon Amos*, Beyrut ve İskenderiyedeki Roma Hukuku mekteplerinin islâmlar tarafından Suriye ve Mısır'ın zaptını müteakip bir yüzyıldan fazla süre yaşamağa devam ettiklerini iddia ediyor.

Beyrut mektebinden aşağıda bahsedeceğimiz. İskenderiye mektebine gelince, onun bu iddiası için verdiği tek referans, *Agathias*'ın «Omnem» Constitutio'sundan bir çeyrek yüzyıl sonra İskenderiye'de hukuk öğrenimi yaptığıdır. O, tanınmış bir Fransız yazarı olan *de Montreuil*'ün¹¹ düştüğü bir yanlış anlayışı elden düşme kullanarak bu sonuca varmıştır. *Agathias* MS. 554 zelzelesinden bahsediyor. Onun sözlerinin gerçek anlamı, *Niebuhr*'un¹² doğru olarak farkettiği gibi, şudur: «Hukuk öğreniminden önce, hazırlık mahiyetinde bir serbest öğrenim». *Agathias*, o yıl kendisinin -Sidon'daki Beyrut mektebi kalıntısı dışında- yegâne meslek mektebinin bulunduğu, Roma Hukuku öğreniminin yapılabileceği ve hukuk tatbikatı için gerekli sıfatın elde edilebileceği Bizans'a gitmek üzere İskenderiye'den ayrıldığını söylüyor; gerçekten o, hukuk öğrenimine Bizans'ta başlamış ve orada devam etmiştir.

11) *De Montreuil*, MS 1600 de yapılmış olan *Scaliger* tercümesini esas tutmuştur.

12) *Niebuhr*'un *Corpus Scriptorum Hist. Byz.*, cilt 3 (Bonn 1828) de yayınladığı *Agathias* metni. Bu daha sonra fakat epigramlar eksik olmak üzere *Migne* tarafından *Patrologia Graeca*, cilt 88, Paris 1864'de yayınlanmıştır. Pro ton nomon kelimelerinin kendi başına hiçbir anlamı yoktur; bunlar «hukuk tatbikatına girmeden önce» anlamına gelemezler. Buraya bir kelime eklenmek gerekir ve bu kelime de ancak, daha önce geçmiş bulunan paideias kelimesi olabilir. Akla gelen diğer okuyuş tarzı, pros ton nomon dahi, aynı şekilde, *Scaliger* ve *de Montreuil*'ün metinden çıkardıkları anlamı ifade edemez.

Bu konuda onun Epigram'larından kesin deliller çıkarılabilir. Bunlardan birinde (Anth. Gr., I, 35) kendisi ile İskenderiyeli *Rufinus*'un dahil bulunduğu, hukuk öğrenimlerinin dördüncü yılını henüz tamamlamış hukuk öğrencilerinden bir grup adına yapılmış bir adanın sözü geçer; bu adak Boğaziçinde şimdi İstinye Koyu denen yerde bulunan Baş Melek Hazreti Mikail'in¹³ ikonasına adanmıştır. Öğreniminin beşinci yılında Haliç'in kuzey kıyısındaki şehir dışı bölgede sessizlik içinde ve sıkı bir hukuk çalışması yapabilmek için hayhuylu başkenti terketti. Kendisinin hukuk aşkını pek ciddiye almadığı aşikâr olan arkadaşı *Paulus Silentarius* ile aralarında mektuplaşma oldu. Bunlar Anth. Gr., V, 292 ve 293 de görülmektedir. *Agathias*'ın diğer epigramlarını, meselâ hukuk öğrenimini beraber yaptıkları bir arkadaşı için yazdığı şiiri (Anth. Gr., VII, 574) ve arkadaşı Birinci Konsül *Theodore*'a hitab eden şiirini bu devreye ait saymak, şiirlerde geçen yer târiflerinin pek kesin bir delil teşkil etmemesine rağmen, mümkündür.

Beyrut Hukuk Mektebi¹⁴ MS. 551 zelzelesi yüzünden dağıldı; profesörleri ve öğrencileri Sidon'a geçtiler ve burada on yıl kadar kaldılar. MS. 560 da yeniden Beyrut'a dönmek üzere bulunurlarken başlarına yeni bir felâket geldi ve yeni yapılmış binaları yangın yüzünden mahvoldu; Profesör *Collinet*'nin belirttiği üzere bu tarihten itibaren artık Beyrut hukuk mektebinin adı hiç duyulmadı ve MS. 600 yılında Beyrut halâ bir harabeler yığını halinde idi. Ardarda gelen yılların bu felâketleri gözönünde tutuldukta, MS. 635 de, hukuk mektebinin metrûk kalmasından 75 yıl sonrasına ve profesörlerinin en sonuncusunun ölüp orada verilmiş son dersin tamamen unutulmuş olmasından çok sonrasına rastlayan bir tarihte islâm-

13) Bizler (hıristiyanlar - Ç. N.) Apocalypse'e bakarak Hazreti Mikail'i sadece meleklerin başı sayarız. aHlbuki musevî dinine göre o aynı zamanda büyük şefaatçi, İsrail'in şefaatçisidir; bunu anlatan ibrance terim, sanegor, yunanca sunigoroş'tan bozmadır; hattâ dinî metinlerde Mikail, hukuku Allah-tan *Musa*'ya nakleden hukuk öğreticisi olarak gösterilmektedir (tıpkı islâm düşüncesine göre Kur'anın vahyinde Cebraîl'in aracılık etmesi gibi). Başmeleğin bu cephesi de hıristiyanlığa geçmiştir; bunun delilini Hazreti Yuda'nın Mektubunun 9. uncu cümlesinde buluyoruz; bu durum genç hukukçunun (*Agathias*'ın - Ç. N.) epigramlarından en sağı üç tanesinin ona hitab etmesini izah eder. Bu üç epigramdan biri metinde söz konusu edilmiştir; ikinci epigram Başmeleği *Theodore*'a Efes magistra'lığı alâmeti verirken tasvir etmekte (Anth. Gr. I, 36) ve biri de Bizans'ın bir semti olan Plati'deki ikonaya hitab etmektedir.

14) *Collinet*, Histoire de l'Ecole de Droit de Beyrouit, Paris 1925, s. 54-58.

ların eline geçen Beyrut'un bir harabelikten başka birşey olması ihtimalinin bulunmadığı açıktır. Arap istilâsına tekaddüm eden üç çeyrek yüzyıl boyunca imparatorluk içinde hukuk öğreniminin yapıldığı yegâne yer, Bizans idi.

Bu hukuk mekteplerinin yaşamakta devam ettikleri efsanesinin diğer yegâne dayanağı, *von Kremer*'in kaleminden çıkıvermiş bir sözdür: efsanelerin nasıl teşekkül ettiğini inceleyenler için bu efsanenin nasıl geliştiği üzerinde durmak ilgi çekici olsa gerektir. Bu büyük tarihçi, *Kulturgeschichte des Orients* adlı eserinde (*Khuda Baksh* tarafından İngilizceye çevirisi, Kalküta 1920, s. 447), ilk devirlerin iki islâm fâkîhî *Avzaî* ve *Şafiî*'nin Suriyede doğmuş olmaları dolayısıyla «hiç şüphesiz, örf ve âdet hukuku şeklinde yaşamakta devam eden Roma - Bizans hukuk kaidelerinin bir çoğuna ünsiyetleri vardı» demektedir. Bu sözlere dayanan müellifler «şüphesiz»i «kabul edilmektedir ki» ye, «örf ve âdet hukuku»nu «Bizans içtihatları»na çevirdiler ve hattâ müellifin biri, kesin olarak, «Bildiğimiz üzere *Şafiî* Beyrut'da hukuk tahsil etmiştir» diyecek kadar ileri gitti. Bir hintli kölenin oğlu olan *Avzaî* Suriyede ve özellikle Beyrut'da yaşamıştır; onun hakkında bilgimiz fazla değildir ve anlatılanlar birbirine uymuyor¹⁵. Muhakkak olan, onun ekolünün az sonra zeval bulduğudur ve onun düşünce tarzının hiçbir izine, eğer böyle bir iz kalmışsa, rastlanmamıştır. *Şafiî* İslâm Hukukunda en büyük isimlerden biridir; o, ana tarafından Peygamberin füruundan ve baba tarafından da Peygamberin civar hısımlarından idi; kendisi Filistindeki Gazze'de doğmuş olmakla beraber daha çok küçükken Mekke'ye götürülmüş ve henüz bir çocuk iken orada bir Bedevî kabilesinin yanına, en saf arapçayı öğrensin diye verilmiştir¹⁶; bundan sonra da hukuk öğrenimini Beyrut'da değil, Medine'de yapmıştır.

15) Bilgili meslekdaşım Dr. Şeyh *Abdül Kadir*'in yardımı ile, *Taberinin* Tarihinde *Avzaî*'den bahseden bütün pasajları ve bununla *Ebu Hanife* arasında harp ganimetlerine müteallik olarak mevcut ihtilâf hakkında *Ebu Yusuf*'un verdiği söylenen bilgileri kontrol etmiş bulunuyorum. Bunlarda bir Roma hukuku etkisinin izini gösteren hiçbir şey yoktur. Bundan başka *Taberî*'ye ait olup mezhepler arasındaki hukuk kaideleri ile ilgili ihtilâflardan bahseden ve *Avzaî*'nin görüşlerini bol bol nakleden eseri, ve belki de, El Kayrevan'daki caminin kitaplığında bulunduğu söylenen ve bizzat *Avzaî*'ye aidiyetinden bahsedilen bir hukuk kitabını da incelemek gereklidir.

16) Arapların bu geleneği ile ortaçağ İrlanda'sındaki fosterage (vesayet diye çevrilebilir - Ç.N.) müessesesini karşılaştırınız.

Fakat, deniyor ki, «Şam'da arap istilâsından bir yüzyıl sonra-ya kadar Roma adli sistemi olduğu gibi devam etmiştir». Bunu söyleyen müellif *Savvas Paşa*'dır. Onun sözleri aynen şöyledir (Etu-de de la théorie de Droit Musulman, 2. baskı, 1902, s. 21):

«Herkesçe bilinir ki, Roma hukukunun doğuş safhasında olan İslâm Hukukuna yapmış görüldüğü etki bir yana, bu hukukun daha sonraki ve nihai gelişmesi, yâni islâm corpus iuris'inin teşekkülü, Suriyede hukuk ilmini öğrenmiş ve orada Preator'unkine benzer görevler ifa etmiş bulunan âlimlerin eseridir... *Muaviye*'nin saltanatı zamanında Suriyede adli sistem fetihden önce mevcut olana pek benzer tarzda bâki kaldı. Preator'unkilere benzer görevler ifa eden müftü formula'ları verir; preator'un formula'sından istikamet alan ve buna uygun hüküm vermek durumunda bulunan hâkim formula'nın muhtevasına uygun tarzda, vâkıaları inceler ve preator'un orada belirttiği tavsiye üzerine hükmünü bina ederdi.

Roma imparatorluğunda formula'ya dayanan usulün *Diocletianus*'tan beri yavaş yavaş yerini «nizam harici usul» (Extra ordinem cognitio) denen usüle terketmeğe başladığını ve başkentini Bizans'a naklinden sonra tamamen terkedildiğini bilmiyor değilim. Buna rağmen vâkıa odur ki fâtipler Suriyede formula usulünü tamamen yürürlükte bulmuşlardı».

Bu demektir ki *Savvas Paşa*, hiç şüphesiz pek takdire değer olan reform teşebbüslerine dayanak temin etmek için kendisini, formula usulünün, zeval bulduğu bilinen tarihten dört yüzyıl daha bâki kaldığına inandırmakla yetinmemiş, aynı zamanda, İslâm Hukukunun temelini atanların Suriyede ve hattâ *Muaviye*'nin sarayında hukuk öğrettiklerine ve çalıştıklarına da inanmıştır; halbuki bu fâkihlar, bir tek *II. Ömer* hariç olmak üzere bütün *Umeyye* hânedânına ve bu arada *Muaviye*'ye karşı aşağı yukarı devamlı bir pasif mukavemet göstermekte idiler¹⁷. Gerçekten ümera ile fukaha arasındaki bütün islâm tarihi boyunca devam eden zıddiyet bu devirde başlamıştır; bu durum, aşağıda görüleceği gibi bizim mes'elemiz için hayati önem taşımaktadır. Bir tek *Avzai* hariç olmak üzere Emevîler veya Abbasîler devrinin hiçbir ünlü büyük fâkîhı Suriye-

17) *Ebu Musa*, kendisi için şeref teşkil etmeyecek şartlar altında *Muaviye*'nin hizmetini kabul etmişti. *Tritton*'ın (The Caliphs and Their Non - Muslim Subjects, s. 2 de) söylediği gibi, «İslâm hukuku, gelişmesine Saray ve Hükümetin uzağında başlamıştır». Bu, bütün bilginler tarafından teslim edilmektedir.

de yaşamış yahut çalışmış değildir; ilk devirlerde bunlar Medine ve Kûfe'de bulunurlardı, sonradan *Ebu Hanife* ve arkadaşları ile *Hanbel oğlu Ahmet* vesilesiyle gördüğümüz gibi Bağdat, *Şafii* vesilesiyle gördüğümüz üzere Bağdat ve Kahire, bunların buldukları yerlerdi.

Fakat belki de bütün bunlardaki en kötü yanlışlık müftü'nün preator'a ve kadı'nın da iudex'e eşit görülmüş olmasıdır. *Savvas Paşa* bunları söylerken kendi yaşadığı devirde İstanbul'da bulunan Şeyhülislâm veya Mısır'daki Müftü-i Âzam gibi (bunun görevi için bkz. *Lane*, *Modern Egyptians*, fasıl 4) büyük memurları gözönünde tutmuş olabilir; maamafih hattâ böyle yapmış idiyse bile yine de preator'la mukayese pek mübalâğalıdır. Halbuki ilk devirlerin müftüleri sadece hukuk âlimi idiler; bunlar responsa verirler ama formula tanzim etmezlerdi; kadı'lar ise bütün islâm tarihi boyunca daima bağımsız bir kaza mercii olarak görevde bulunmuşlardır.

Bazan -kendisi 14. yüzyılda yaşamış bir ispanyol olan^{17a}- *İbni Haldun*'un, islâm felsefesinin kurucularından çoğunun arap asıllı olmadıkları yolunda, büyük *Tarih*'inin Mukaddime'sindeki beyanı üzerinde durulur. İslâm hukukunun ilk kurucuları söz konusu olduğunda bu beyan tafsile pek ziyade muhtaçtır. Şüphesiz Kur'anın yazılı metnini hazırlayan *Zaid bin Thabit* bir azatlı idi, *Ebu Hanife* ve *Avzaî* de azatlıların fûruu idiler; fakat *Zâid*'in durumundan da anlaşılacağı üzere bu, onların arap asıllı olmadıklarına delâlet etmez. İslâm Hukuku Medine ve Kûfe arap şehirlerinde kurulmuştu; Hülefayı Râşidin'in sonuncusu ile hukuk ekollerinin teessüsü arasında geçen sürenin karanlık tarihçesinde yedi Medine'li ve yedi Kûfe'li büyük fakıhtan bahsedilir¹⁸. Bunlardan Medine'li olanlar genellikle saf kan arap sayılır. Kûfelilerin çoğunluğu ise arap olmayan ecdattan gelme telâkki edilir. Fakat bu şehirlerin ikisi de arap şehirleri idi ve ikisi de, bilhassa Kûfe, herhangi bir Roma etkisi ihtimalinin söz konusu olamayacağı kadar sınırdan uzakta kâin bulunuyorlardı. Buna karşılık Kûfe, İran sınırından pek uzakta de-

17 a) *İbni Haldun* MS 1334 yılı 19 Martında Tunus'da doğmuştur; babası *Muhammed Vabili* İspanyanın İşbiliye şehrinden idi, fakat aile daha *İbni Haldun*'un büyük babası *Muhammed bin Hasan* zamanında İspanya'dan Tunus'a göç etmişti (*İbni Haldun*, Mukaddime, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Şark - İslâm Klâsikleri Serisi No. 25, İstanbul 1954, c. I, s. I ve II de eseri türkçeye çeviren *Zakir Kadiri Ugan*'ın önsözü) Ç. N.

18) Yedi sayısı pek lâfzen yorumlanmamalıdır. Her mektepte bundan çok daha fazla sayıda bilgin ve öğretmen olmak gerekir.

gildi ve musevi hukukunun halâ pek parlak surette yaşamakta devam ettiği Sura ile Pumbaditha'nın Talmud ekollerinin etkisinin erişebileceği bir yerde idi. Şurasının doğru olduğu muhakkaktır ki ilk islâm fâtiplerin hristiyan ve yahudi tebaalarına gösterdikleri müsamaha, bunların mahkemelerine de şâimildi; fakat ortodoks olan veya nevzuhur mezheplere mensup olan hristiyanlar ile yahudiler bu bakımdan aynı durumda idiler ve böylece müsamaha gösterilen mahkemeler, câmianın dinî önderlerinin başkanlık ettikleri²⁰ dinî mahkemeler¹⁹ idiler.

Muhtemeldir ki hristiyan mahkemeleri Roma Hukukunun ana prensiplerini, onları anlayabildikleri nisbette, bilerek veya bilmeyerek takipte devam etmişlerdir. Fakat bu, Roma mahkemelerinin iyi eğitim görmüş meslekten yetişme personeli ile birlikte bâki kaldığı iddiasının taallük ettiğinden çok farklı bir vâkıdır. Araplar için, islâm dinine boyun eğmemiş bir yabancı devlete tâbi olan ve kudretini ondan alan mahkemelerin bekasına müsamaha etmenin imkânı olmadığı aşikârdır; kaldı ki Allahın iradesine dayanan hukuk ile imparatorun keyfine dayanan hukuk arasındaki kaynak ayrılığı böyle bir şeye imkân vermez. İşte bu yüzden gerek Mısır andlaşmasında gerek Kudüs andlaşmasında²¹ rum'ların yâni Bizanslı memur-

19) Bu tip dinî camia mahkemelerinin hattâ arap istilâsından önce teşekkül etmeğe başlamış olmaları mümkündür. Batı Roma İmparatorluğunda, ölüm derecesinde yaralanmış hükümet, iktidarı kiliseye kaptırdı. Şüphesiz Doğu Roma kilisesinin manevî iktidarı bu derecede dünyevleşmedi, fakat altıncı yüzyıl ve yedinci yüzyıl başı devrelerinin felâketleri ve kargaşahkları içinde insanların ona bel bağlamaları tabii idi; anlaşıldığına göre Kudüs Patriği bu şehrin teslim olmasında önde gelen bir rol oynamıştı.

20) Bunu İngilterede Beth Din'in uzun yıllar ifa ettiği kaza fonksiyonu ile mukayese etmek belki de mümkündür: Devlet'in gözünde bu sadece bir hakem kurulu idi, dindar yahudiler ise bunu dinî müeyyidelere dayanan bir mahkeme saymakta idiler.

21) *Taberî* (*De Goeje*'nin Mısır baskısı, s. 2588; Kudüs baskısı I. takım, cilt 5, s. 2405 - 2406). Bunların ve diğer andlaşmaların metinleri muhtelif kaynaklarda birbirinden farklı gösterilmektedir; bu sebeple ve daha başka sebeplerle bazı bilginler bunların doğruluğundan şüphe etmektedirler. Maamafih burada söz konusu ettiğimiz hükümlerin lâfzen ifade edilme tarzı üzerinde değilse bile muhtevaları bakımından çoğunluk mutabık bulunuyor. *Taberî*'de ve «Ömer'in Senedi» denen vesikanın muhtelif şekillerinde (bakınız: *Tritton*, adı geçen eser, fasıl 1) bu andlaşmalar hakkında verilen bilgilerin birbirine aykırılığı pek bârızdır ve fakat bu metinlerin hepsi, öz bakımından *Taberî*'nin eserinin doğruluğunu göstermektedir. Bazı Romalı memurlar araplar tarafından istilâ edilmiş yerlerde kaldılar ve bunların bir kısmı arapların hizmetine girdiler; görünüşe bakılırsa bunlar her bulanık suda balık tutan takımından maceracılar-

ların yabancı sayıldıklarını görmekteyiz. Kudüs andlaması bunların buldukları yerleri terkedecekleri hakkında bir hüküm ihtiva etmekte ve her iki andlaşma, bunlar buldukları yerlerde kalmayı tercih ederlerse alelâde şahıslar statüsünde bulunacaklarını söylemektedir.

Fakat gerek *Sheldon Amos*'dan gerek *Savvas Paşa*'dan çok daha büyük bir bilginin, yâni *Ignaz Goldziher*'in adı da buna benzer bir vesileyle rahatça zikredilmektedir. *Goldziher*'e karşı âdil olmak için hemen belirtmek gerekir ki *Goldziher*'in kanaati olarak zikredilenler, onun eserlerindeki genel fikre uymayan, ve adı geçen müellifin İslâm Hukukunun gelişmesi konusundaki magnum opus'u (büyük eseri -Ç. N.) olan 1910 da yayınlanmış *Vorlesungen*'de (*Arin* tarafından fransızca tercümesi: *La loi et le dogme d'Islam*, 1920) bulunmamalarına bakılınca onun tarafından daha olgun bir inceleme yapıldığında terkedildikleri anlaşılan fikirlerdir.

Goldziher 1884 de aydınlara hitab eden bir macar dergisinde²² «A Muhammedan jogtudomány eredetéről» başlığı altında bir makale yayınlamıştı²³; anlaşıldığına göre sonradan Amerika'da çıkan *The Historians' History of the World* adlı derlemede (1907) «İslâm Hukukunun Prensipleri» başlığı ile tercüme edilerek yayınlanan makale budur. Bu makalede *Goldziher* bazı görüşler öne sürer ve Roma Hukuku ile İslâm Hukuku arasında bazı benzerlikler sayarak, bu benzerliklerin bir doğrudan doğruya iktibas sonucu olarak meydana

di, fakat bunlar arasında herhangi bir hukukçunun bulunduğunu gösteren delil yoktur, bakınız *Tritton*, adı geçen eser, s. 19. «Senet»in bütün değişik suretleri, o zaman halâ aktüel olan siyasi mes'elelere taallük eder ve *Tritton*'in dediği gibi, «bu metinler sanki hukuk mekteplerinde andlaşma taslakları kalem alınmasına model olmak üzere hazırlanmışa benzerler». *Taberi*'nin andlaşmalar hakkında verdiği bilgi kısadır ve pratik önemi olan hususlarla ilgilidir; bizim söz konusu ettiğimiz hükümler, andlaşmaların yürürlüğe girmesinden hemen sonra artık pratik önemlerini kaybetmişlerdir; bu sebep dolayısıyla kaynaklarda bu hükümlerin herhangi bir amaçla gerçeğe aykırı, tahrif edilmiş olarak nakledilmeleri için sebep kalmamış olmalıdır.

22) Ve aynı tarihli başka bir dergide de bunun bir özeti yayınlanmıştır.

23) Ben makalenin aslını görmek imkânını bulamadım ve *Geuthner*'in *Goldziher*'in eserleri hakkında yazdığı eserde bulunan özete dayanmak zorunda kaldım; burada (daha sonraki *Historians' History of the World* adlı eserde çıkan - Ç. N.) tercümenin yapılmış olabileceği başka bir eser gösterilmiyor. (Bu yüzden yazar, *Historians' History of the World*'de, tercüme olduğu bildirilerek yayınlanan makalenin daha önce macarca yayınlanmış makalenin tercümesi olduğunu kabul etmekte haklı bulunduğunu söylemek istiyor; anlaşıldığına göre kendisi *Goldziher*'in fikirlerini, makalenin ingilizce tercümesinden incelemiştir - Ç. N.).

na çıkmış bulunmaları gerektiğini söyler. Bir islâm ansiklopedisi için yazdığı komprime makalede -bu makale böyle bir ansiklopedinin yayınlanması dileği ile 1899 da yayınlanmış, onun ölümünden sonra düşüncesi gerçekleşip bu ansiklopedi çıkınca sözü edilen makale de ansiklopediye alınmıştı. bu benzerlikleri sayar, fakat bu defa bunların iktibas delili olduklarına dair birşey söylemez. Onun Muhammedanische Studien adlı eserinde (1889 - 1890) bunlar yer almazlar. Vorlesungen'de (1910) ise, daha önce belirtmiş olduğumuz üzere, fikh ile prudentia arasındaki benzerlikten bahseden kısa bir pasaj bir yana, bunları tamamen terketmiştir.

Maamafih *Goldziher*'in büyük adı öne sürüldüğü için bu görüşleri formüle edip cevaplarını vermek zarurî olmaktadır:

1. «İslâm içtihat hukuku hicrî ikinci yüzyılda doğmuştur.»

İslâm miras hukukunun esaslarının Hülefayı Râşidin devrinde yâni Peygamberin ölümünden sonraki otuz yıl içinde, hepsi de Peygamberin arkadaşları olan *Zaid bin Thabit*, *Ebu Musa*, *İbn-i Mes'ud*, halife *I. Ömer* ve halife *Ali* tarafından kurulmuş olduğu açıkça ve ittifakla kabul edilmektedir; bundan şüpheye düşmek için de bir sebep yoktur.

Bu yüzden, *Sheldon Amos*'un «Peygamberin arkadaşları mükemmel bir hukuk sistemi kurmağa yetecek zamana sahip olmadıkları gibi bunu yapabilecek fikrî kaabiliyete de sahip değillerdi ve bunun gerektirdiği ehliyeti hâiz adamları dahi yoktu» tarzındaki beyanı, sadece düştüğü yanlışlık derecesi ile temayüz eden bir beyandır. Mekke ve Medine arapları Peygamberden önceki yüzyıllar boyunca şehirlerde topluca yaşamağa ve şehir hayatının icaplarına alışkındılar. Fukaha ile ümera arasındaki ayrılık islâmliğin doğusundan hemen sonra başlar. *Ömer*'in kadı'ya (*Ebu Musa*'ya) talimatı²⁴ bize kadar ancak şifahen nakledilmiş ise de bunların doğruluğu kabul edilmektedir; bu talimat Roma Hukukundan değil, yahudi hukukundan mülhem bulunmaktadır; *Margoliouth*'un dediği gibi, bu talimatı veren kimsenin yanbaşında bir yahudi hukukçusunun bulunduğu hissi insanda uyanmaktadır. Bu talimat bu ilk çağlarda bir

24) J. R. A. S., 1910, s. 307 (*Margoliouth* tarafından tercüme ile birlikte). *Margoliouth* bu vesıkanın doğruluğundan şüpheli görünüyor. Fakat J. R. A. S. makalesinde kayd-ı ihtirazi ile müsbet fikir ifade etmektedir; bu makalenin yazarına da, yıllar sonra, müsbet fikrini çok daha kuvvetle belirtmiştir.

islâm hâkiminin rehber edineceği beklenen ve gerçekten islâm içti-hat hukukunun teessüsünde esas tutulmuş olan metodları açık-ça ortaya koyar. Her nekadâr islâm içtihat hukukunun, eser-leri bize gelen ilk müellif ve hocaları, yâni dört büyük Sunnî mezhe-binin imamları ikinci hicrî yüzyılda yaşamış iseler de bunlardan ön-ce muazzam mikyasta içtihat hukuku çalışmalarının yapılmış bu-lunduğu muhakkaktır. Bu müellifler bazan teferruat bakımından birbirinden pek ayrılırlar. Fakat hukukun ana yapısı hepsinde ay-nıdır. Ana yapı kuruluncaya kadar teferruat üzerinde çekişme ola-maz; bu ana temeller ise Suriyede yahut Mısırda veya *Sheldon Amos*'un düştüğü aşikâr surette görülen zannın aksine, Bağdat'da değil, daha önce söylemiş olduğumuz gibi, Medine ve Kûfe'de tesis edilmişlerdi.

2. «Fıkh kelimesinin *p r u d e n t i a*'nın tercümesi olduğunu ve her ikisinin de akla uygunluk anlamına geldiğini görme-mek mümkün değildir.»

Sonradan fıkh üzerine ansiklopediye yazılan yazının gösterdi-ği gibi, fıkh kelimesinin akla uygunluk olarak tercüme edilmesi yan-lıştır. *Goldziher*'in kasedettiği, *ratiocination* yâni aklî melekenin kul-lanılması idi. İlk arap müelliflerinden bazısında fıkh, yâni aklî me-lekenin kullanılması, ilm'e yâni tecrübe veya sezgi sonunda edini-len bilgiye karşıt olarak kullanılan bir kavram adıdır. *Wensinck*'in kullandığı «nüfuzu nazar» deyimi ilk devirler arapçasına ve lâtin-ceye daha uygundur, fakat bu da gösterir ki terimlerdeki benzerlik iktibastan değil, *Santillana*'nın adı geçen eserinde haklı olarak söy-lediği gibi «insan ruhunun her yer ve devirde aynı kalan vasfı»ndan ileri gelmektedir.

Gerçekten bütün hukuk sistemleri ister istemez aklın kullanıl-masına dayanır: mesleğinin, mantık melekesinin kullanılmasını ge-rektirdiğinin farkında olmayan bir hukukçu düşünülebilir mi? Hint felsefe ekollerinin metodlarının Hint hukukunun gelişimi üzerinde etkili olduklarını gösteren sanskritçe *nyaya* (mantık) ve *mimansa* (tefsir) kelimelerinin Roma'dan bir iktibasa delâlet ettiklerini söy-lemek de aynı derecede mümkün, fakat aynı derecede abestir.

Halen teslim edilmektedir ki arapların lâtineden doğrudan doğruya iktibasta bulunmuş olmaları ihtimali yoktur; hukuk ilmi kavramını yunancada anlatan kelime ise *fronimos* değil, *nomikos*

veya sholastikos'dur²⁵. *Goldziher*'in buna karşılık olarak gösterdiği ibranice kelimenin aynı anlamı taşıdığını söylemek zordur²⁶, fakat hattâ bu böyle olsa bile musevî hukukçular insan aklının kullanılmasını Roma'dan iktibas etmiş değillerdir.

3. «Yazılı hukuk ile yazılı olmayan hukuk ikiliği Roma Hukukundan gelmektedir».

Nâs yâni emrine uyulması gereken metin kelimesi burada yazılı hukukun karşılığı olarak alınmaktadır; nâs'ın zıddı olarak kabul edilen ise, makalede açıkça söylenmiş olmamakla beraber, kıyas'tır.

Iustinianus tarafından (Institutiones 1, 2, 3) belirtilen ius scriptum (yazılı hukuk -Ç. N.) ile ius non scriptum (yazılı olmayan hukuk -Ç. N.) arasındaki tefrik, şekli muteberliğini teşri' iktidarına sahip bir fert veya bir topluluğun kesin teşriî tasarrufundan alan hukuk ile muteberliğini sırf başlangıcı belirsiz bir örften alan hukuk arasındaki ayırmadır. Halbuki nâs ile kıyas arasındaki ayırım, esas hukuk ile bilginlerin bundan mantık yoluyla çıkardıkları tündengelim kuralları arasındaki ayırmadır. Bu iki karşıtlık arasında, metni itibariyle değer ifade eden hukuk ile metin itibariyle değil fakat sırf ruhu itibariyle değer ifade eden hukuk arasında yapılmış ayırmadan başka hiçbir ortak taraf yoktur. Bu, Romadan iktibasta bulunmaları söz konusu dahi olmayan diğer sistemlerde de görülen tabii bir gelişmedir: meselâ ingilizlerdeki common law ile statute arasındaki ayırım, yahut hint hukukundaki sruti ile smriti arasındaki yahut smriti ile nibandha arasındaki ayırım böyledir.

25) *Digesta* I. 3. 2 de, *Demosthenes*'den contra *Aristogeitonem* bir pasaj naklediliyor; bu, ilk bakışta, islâm hukukî düşüncesine benzerlik arz etmektedir. *Demosthenes* bir kanundan eirima men kai doron theon (*Digesta*'nın hristiyan derleyicileri son kelimeyi theoi şeklinde değiştirmişlerdir) dogma de anthropon fronimon diye bahsediyor. Fakat benzerlik sadece sathidir: dogma kelimesi *Demosthenes*'de, hristiyanlık devrinde olduğu gibi onu fıkıh kelimesinin karşılığı saymayı yerinde gösterecek anlamı henüz kazanmış değildir; buradaki fronimon kelimesi teknik bir terim olmayıp anthropon'u tavsif etmektedir; nihayet, yunanlıların eirima kai doron düşüncesi ile arapların emr-i ilahiye dayanan hukuk düşüncesi arasında muazzam fark vardır.

26) Bilgili meslekdaşım Bay *J. Wartski*'den öğrendiğime göre hakham kelimesi mâna itibariyle, nüfuzu nazar sahibî adam demek olan prudens'den ziyade bilgili adam demek olan yunanca sholastikos'a daha yakındır. Hattâ *Tevratın Yaratılış (Genesis)* kitabında (Rabba 64) bulunan bir *Midraş'a* göre, *Hadrianus* zamanındaki Romalı memurlar büyük bir yahudî hukukçusundan Torah sholastikos'u diye bahsetmekte idiler.

Roma hukukundaki *responsa prudentium Iustinianus* tarafından -anlaşıldığına göre bunlara *lex citationum* ile yazılı hukuk değeri verilmiş olduğu için ve bütün *Digesta*'nın bir yazılı metin olması sebebiyle- *ius scriptum* arasında sayılmaktaydı. Öyle görülüyor ki Roma hukukunun daha önceki bir gelişme devresinde bunlar yazılı olmayan hukuktan sayılmakta idiler²⁷. Eğer bu böyle ise, söz konusu ayırım, -hiç değilse ilk teşekkül safhasından çok sonraları- ulemanın eserlerini nâs saymayan islâm hukukundaki durumla daha çok intibak hâlinde sayılabilir. Fakat islâm hukukunda *Iustinianus*'un tasnifindeki *lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, magistratum edicta*'ya herhangi bir tarzda tekabül eden hiç birşey yoktur. Ne de Roma hukukunda islâm sisteminin dayanağı olan *emr-i ilâhî* iddiasına benzer birşey vardır. Islâm hukukunun bağlayıcı kaideleri sadece Kur'an metninde bulunanlardan ibaret değildir (Şurası da hatırlanmalıdır ki bizzat Kur'an dahi nüfuzunu yazılı olmaktan değil, vahiy suretiyle gönderilmiş bulunmaktan alır). Islâmiyetin ilk bir buçuk yüzyılı içinde henüz yazılı halde bulunmayan hadisler, bütün fukahânın veya ümmetin üzerinde ittifak ettiği kaide anlamına gelen *icma*'ı ümmet de bunlar arasındadır. *Iulianus*, D. 1, 3, 32 de «*Quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*» diye sorar. Fakat eğer bir gelenek halkın iradesinin, anlamı üzerinde tereddüt edilemeyecek kadar açık ifadesi sayılmağa yetecek surette kuvvetli ise bu, islâm hukukunda bir *icma*'ı ümmet ve *binaenaleyh nâs* sayılır. *Vox populi vox Dei*^{27 a} hiçbir zaman Roma hukukunun kabul ettiği bir kaide olmamakla beraber, bu anlamda, islâm hukukunun bir kaidesi olmuştur; islâm hukuku bir hadis'e dayanarak, bütün islâm ümmetinin ittifakını bir ilâhî yol gösteriş tezahürü sayar. Başka türlü bir gelenek, sonraki *Malikî hukuku*²⁸ hariç, asla bir hukuk kaidesi değildir, maamafih bunun hukuka nazaran ikinci derecede bir değeri olabilir.

Goldziher bir makalesinde, yazılı hukuk ile yazılı olmayan hukuk arasındaki ayırımın *musevî hukukuna*, islâmlığın doğuşundan aşağı yukarı elli yıl önce Roma hukukundan geçtiğini söylemektedir. Halbuki gerçekte bu ayırım yahudi hukukunda, daha *İsa Efendimiz* zamanında vardı ki o zamanlar yeni olan Roma hâkimiyetine karşı duyulan nefret Roma hukukunun etkisine engel olacak kadar

27) *Pomponius* (*Digesta* I, 2, 2, 12).

27 a) Halkın sesi Hak'kın (Allahın) sesidir (Ç. N.).

28) Bakınız: *Fitzgerald*, *İslâm Hukuku*, s. 14.

kuvvetliydi²⁹. *Goldziher*'in anlatmak istediği anlaşılan gelişme daha sonraya ait olup, din dogma'sında, yazılı olmayan hukukun *Musa*'ya Horeb Dağında nâzil olan Torah'ın bir parçası telâkki edilmesi tarzında vâki olan değişikliktir. Fakat bu düşünce Roma'ya tamamen yabancı bulunmaktadır.

4. «Tıpkı Roma hukuk düşüncesinin *o p i n i o p r u d e n t u m 'a* hukukî tündengelimde (istidlâlde) büyük önem izafe etmesi gibi, islâm fakihları da nüfuz sahibi fakihların içtihatlarına mümtaz değer izafe ettiler; esasen arapçadaki *r e y* terimi, lâfinedeki terimin (*o p i n i o p r u d e n t u m 'un* -Ç.N.) tam bir tercümesidir».

Burada pek kötü bir tarihî hata vardır. *Iustinianus*'un, mutad bencilliği ile, «tam conditor quam interpres legum solus imperator»^{29 a} kaidesini sanki bunu ilk bulan kendisi imiş gibi vazettiği doğrudur. Fakat bu kaide gerçekte tâ *Diocletianus* zamanına kadar uzanan eski bir kaide idi ve daha o zaman önde gelen hukukçuların hukukun gelişmesi üzerindeki nüfuzları, imparator mâbeyninde ve imparator adına kullanılmaktaydı. Hattâ altın çağda bile *Papinianus* böyle bir makam isgal etmekteydi; quibus permissum est iura condere'lerden olan yâni kanaatleri hukuk kaynağı sayılan son Roma hukukçusu *Modestinus* (görevi: MS. 226 - 244) islâmiyetten dört yüzyıl önce yaşamıştır³⁰. Şimdi; bir millet, kendi eriştiği çağ-

29) Matta İncili XV, 2 (Bu kısım şöyledir: «O sırada Yeruşalem'den Ferisiler ile yazıcılar İsa'ya gelip, niçin şakirdlerin atalarının geleneklerine uymuyorlar?... diye sorunca...» - Ç. N.) ve Markos İncili VII, 5 (deminkinin aynıdır - Ç. N.) ve 13: «Böylece öğrettiğiniz geleneklerle Allah'ın Buyruklarını çığnıyor.... sunuz». Karşılaştırınız: Mishna Hagigah I, 3 deki «Mevcut kurallar sanki havada yüzer gibidir ve onları destekleyen dayanak yoktur; mevcut kurallar... bir kılın ucuna asılı dağlar gibidir, çünkü Kutsal Kitap metni sınırlı fakat kurallar pek çoktur; mevcut kaideler... (gerçekte - Ç. N.)... onları destekleyen dayanağa sahiptirler ve bunlar hukukun özüdürler». Aynı yerde Aboth 3, 14: «Gelenekler, hukuku kuşatan bir çit gibidir». Gerçek şudur ki halka yayılmış olan hukukla bilgin kişilerin inhisarında olan nazariyat arasındaki ayırım (bu, şimdi söyleyeceğimiz yerdeki ayırımın başka bir şekle bürünmüşünden ibarettir) Esdras AV, II, Vulg. IV, 45 - 46 daki kadar eskidir; buradaki bir pasajda üstelik bilginlerin nazariyatı için aynı derecede önemlilik ve emredicilik iddiası, başka bir şekil altında olmakla beraber, öne sürülmektedir.

29 a) Codex I, xiv, 12, 5.

30) Bilinen son hukukçu *Hermogenianus*'tur; bu, islâmdan üç yüzyıl önce yaşamış olup sadece bir derleyici idi.

da diğèrinin sahip olduğu medeniyeti iktibas edebilir; fakat bir milletin diğèr milletin çoktan geçmiş çağlarındaki yavaş ve uzun süreli gelişimini iktibas etmeye kalkıştığı tarihte görülmüş şey değildir. İslâmın ilk iki yüzyılında, islâm fâkihlarının taklit edebilecekleri ve belki de taklit ettikleri prudentes vardı; fakat bunlar Romalı değil, Sura ve Pumbaditha'daki Bâbilli yahudiler, Talmud gaonim'leri idi. Bu muhtemel yakınlığa daha önce işaret etmiştik. Üstelik Roma hukuk âlimlerindeki «imparatorun iradesine tâbiiyet» esası ile yahudi hukuk âlimleri mücadele etmişlerdir ve bunlardan biri, mensup olduğu imparatorun adı ile tanınan *Sapor'*dur. Kaldı ki, ehl ül rey terimi başlangıçta *Ebu Hanife* mezhebi mensupları hakkında muarızlarının bir târizi olarak kullanılmış görünüyor; bundan da anlaşılıyor ki bütün dünya hukukçuları gibi islâm hukukçuları da, hattâ gerçekten yaptıkları şey bu olsa bile, kendi şahsî kanaatleri ile hukuk yarattıklarını itiraf etmeğe çekiniyorlardı. Bunun delili, *Mâlik*'in kıyas yoluna başvurduğu her zaman tarizlere uğradığından şikâyet ettiği ve daha eski bir hukukçunun da «Kıyas domuz gibidir: ancak yiyecek başka şey yoksa onu yiyebilirsiniz» demiş olduğu tarzındaki geleneksel söylentide bulunmaktadır.

5. «Arapçada maslaha veya istislah diye bilinen esas, Romalıların utilitas publica esasıdır».

Utilitas publica Roma hukukunun gelişmesinde hiçbir zaman benimsenmiş bir esas olmamıştır; bunun bir esas, fakat pek farklı bir hukukî esas olarak ilk görünüşü orta çağ skolastikleri arasında vâki olmuştur. Halbuki bu, yahudî hukukunda hâkim bir kaide idi; Meselâ Mishna, Gittin 4 ve 5, 4 e bakınız; burada «umumun menfaati için tedbir olarak» sözleri en aşağı on iki defa geçer; islâm hukukunun ilk büyük gelişmelerinin vâki olduğu Medine şehri ise yahudi etkisinin ulaşabileceği fakat Roma etkisinin pek uzağında kalan bir mesafede idi.

Goldziher, buna benzer tarzda, islâm hukukunun icma' ül a'imma yâni bilginlerin ittifakı nazariyesini hristiyan kilisesinin aynı tarzdaki esasına benzetiyor. Bu benzerliğin kabul edilmesi Roma hukukundan iktibasta bulunulduğu sonucuna varılmasını zarurî kılmaz, çünkü bilginlerin ittifakı, belki asla -ve hiç olmazsa *Diocletianus*'un zamanından itibaren muhakkak surette- Roma hukukunun şekli bir kaynağı olmamıştır. Halbuki bu, yahudi hukukunun mutad bir kaynağı idi, çünkü Talmud'da «bizim hahamlarımızın hepsi şu kanaattedir ki...» ibaresine pek sık rastlanır.

Anlaşıyor ki yukarıdaki delillere dayanarak *Goldziher*'in çıkarmaya kalktığı sonuç, islâm fâkihlarının Roma hukuk tarihinin geçmiş bir devrindeki tefekkür mekanizmasını iktibas ederek kendi sistemlerini bunun üzerine inşa ettileridir. Böyle bir iktibasın hiçbir delili yoktur ve gerçekten bu düşünce, bütünü ile, abestir. Eğer kendi önemli seviyedeki diyalektik maharetlerinin dışında bir kaynaktan, isabeti üzerinde düşünmeksizin iktibasta bulunmak gerekli olsa idi, daha önce söylediğimiz üzere, iktibasta bulunmaları çok daha muhtemel bu çeşit iki kaynak vardı ve bunların ikisiyle de temas halinde idiler; bunlardan yâni yahudi hukuk bilginlerinden ve *Iustinianus* tarafından sürgün edilmiş olup Sasanî imparatorluğunda sığıntı olarak bulunan Atina'lı yunan filozoflarından daha önce bahsetmiştik. İkincilerin etkisine bir örnek olarak, fasid kelimesinin «öz (essence)» ve «tesadüf, kaza (accident)» terimleriyle açıklanmasının *Aristoteles* mantığını hatırlattığına işaret edelim; maamafih bunun tazammun ettiği düşünce tamamen islâmlara hastır. Islâm içtihat hukukunun, bizzat *Goldziher* tarafından başka bir münasebetle -geleneksel riayet münasebetiyle- temas etmiş olduğu, fakat hakkında çok az şey bilinen diğer muhtemel bir iktibas kaynağı da Sasanî imparatorluğunun hukuk sistemidir.

Bizzat *Goldziher*, yukarıda esasları belirtilen muhakeme tarzına hiçbir zaman fazla önem atfetmemiştir; gerçekten bu muhakeme tarzı onun aynı makalesinin diğer kısımlarındaki, *Muhammedanische Studien* (1889 - 1890) adlı eserindeki ve kendisinin, bütün islâm sistemi içinde arap muhafazakârlığının oynamış olduğu rol üzerinde bilhassa durmak suretiyle islâm'ın menşei konusunda en değerli emeğinin geçmiş olduğu *Vorlesungen* (1910) adlı eserindeki açık tutumu ile bağdaşamamaktadır.

III. GENEL MÛLÂHAZALAR

Islâm hukukunun Roma hukukundan doğrudan doğruya iktibasta bulunmamış olduğu, şimdi ele alacağımız genel mülâhazalar ile de apaçık anlaşılmaktadır.

a) Lisan delili. Bir millet, bir müessese veya düşünceyi diğerinden iktibas ettikte, bu müessese veya düşüncenin adının da alındığı çoğu zaman görülür. Meselâ Roma hukukundaki *hypotheca*, *cheirographa*, *syngraphae*, *emphyteusis* gibi kelimeler yunan'dan iktibası derhal ortaya koyarlar. Bunun gibi Talmud hukuku da ib-

ranileştirilmiş yunanca veya lâtince kelimelerle doludur³¹. Şüphesiz arapça diğer dillere nisbetle fazla kelime iktibasında bulunmuş bir dil değildir .Fakat arapça bile bazı kelime iktibaslarında bulunmuştur³². İşte mes'elenin can damarı buradadır. Bu şehri imparatorluklarının başkenti olarak imar etmek ve güzelleştirmek için o kadar uğraşan Şam'daki Emevî halifelerinin gerek idarî gerek askerî alanda Roma düşüncelerini muhafaza veya ihya ettiklerini düşünmek için sebep vardır: bunların kullandıkları -bazıları yeni iktibas edilmiş, bazıları Kur'anda dahi bulunan- bazı iktibas edilmiş kelimeler bu görüşü doğruluyor. Fakat Medine ve Kûfe'deki islâm hukuku kurucuları, islâmın doğru yol diye gösterdiği yolu takip ettiklerinden pek ciddi şüphe bulunan bu emirlerden dehşet içinde yüz çevirmişlerdi. Emevî halifelerinin bir şeyi tasvib etmiş olmaları vâkıasının, o şeyin fâkihlar tarafından kabul edilemez hâle gelmesi için yettiğini söylemek mübalâğalı sayılamaz. Halifeler ve çevrelerindeki kişiler hukukla hiç mi hiç ilgili değillerdi. Tâbi topluluklar kendi işlerini kendi aralarında çözmekte serbest bırakılmışlardı ve bütün imparatorluk için iki tane hâkim, meselâ arap askerî hiyerarşisi içindeki anlaşmazlıklar gibi başka yollarla halledilemeyecek ihtilâfları çözmek üzere yeter görülüyordu. Bunun sonucu olarak, bütün islâm hukuku terimleri içinde, sadece -hukukun karşılığı olmaksızın ziyade idarî nizamlar (veya bazan örf) anlamına gelen- kanun terimi hariç, lâtince veya yunancadan alınmış bir tek kelime yoktur³³. Emevîlerden sonraki Abbasî hanedanının gösterişe önem ve-

31) Meselâ fernî, paraferna, sinigoros, sinedrion, antihrisis ve bunun gibi pek çoğu.

32) Meselâ bakınız: *Jeffery, The Foreign Vocabulary of the Qoran*, Baroda 1938. *Jeffery*'nin bulduğu istikâkler bazan şüpheli görünebilir, fakat burada bizi ilgilendiren yegâne husus «sici» kelimesinin ancak pek çok zaman sonraları hukukî bir terim hâline gelmiş olduğudur. Emevîlerce iktibas edilmiş kelimeler arasında berid (yunancası beridos, lâtincesi veredus); şurta yâni halifenin muhafızı (lâtince cohortem); kardus yâni tabur (muhtemelen ingilizcedeki squadron ile aynı kökten belki de quadratus'dan gelmektedir) kelimelerinin gösterilmesi doğru görünüyor. Roma terimlerinin askerî terim olarak yaşamakta devam etmesi tabiidir (Hint ordusunda ingiliz terimlerinin kullanılmasıyla karşılaştırınız); fakat, aynı zamanda bir çeşit icra memuru ve zabita âmiri durumunda bulunan sahib us şurta sadece şeriatin bir adli memurundan ibaret durumda değildi. Onun görevleri, İncilde sözü edilen Romalı yüzbaşılarkiler gibi sırf kanunun tatbiki mâhiyetinde değildi ve idarî görevleri de vardı.

33) Bakınız: *FitzGerald, İslâm Hukuku*, s. 12. Osmanlı sultanları tarafından kanun'a verilen muazzam önem başka bir mes'eledir. Maamafih hattâ

ren zahirî asla- bağılılığı (orthodoxy) hem başkentin -Bizans medeniyeti hortlaklarının erişemeyeceği uzaklıktaki- Bağdad'a nakledilmesinde ve hem de, fukaha ile ümera yâni hukukçular ile yüksek idarî memurlar arasındaki -islâm tarihinde nâdir görülen- emniyetsiz yakınlaşma vakıalarında örneğini bulmaktadır. Hiç değilse Kanunî Süleyman zamanına kadar kanun hukuk demek değildi ve bunun fonksiyonu hukuka nazaran ikinci derecede idi.

b) Osmanlılardan önceki islâm hukukunda yazı, hemen hemen hiç önem taşımaz. Her hukukî muamele, hattâ hâkimin tayini bile -şifahî muamele yapması apaçık imkânsız olan sağır dilsizlerin söz konusu olduğu haller şüphesiz hariç- daima şifahî olarak yapılmalı idi; söylenen istisnâî faraziyyede dahi hukukçular şifahî beyanın yerine geçecek bir davranış, meselâ tasvip makamında bir baş sallaması bulmağa çalışıyorlardı.

İlk arap hukukçularının yazılı metinleri dayanılır saymamaları; arapların islâmiyetten evvel okur yazar bir kavim olduklarını, bizzat Kur'anın (Bakare Sûresi 282 nci ve 283 üncü Âyetler) akitlerin delilini sağlamak üzere yazılı şekle uyulmasını tavsiye etmekte bulunduğunu, ve Kur'anı yazılı metin haline getirmek tarzındaki tedbirin alınmasında hiç geç kalınmadığını gözönünde tutarsak, çok daha şayanı dikkat görünen bir vâkıadır. Gerçekten, yukarıda sözü edilen lisan delili (kanun kelimesinin lâtince den alınmış olması -Ç. N.) arap fâtiplerin Roma idarî sisteminde yazılı metinlerin taşıdığı değerden haberdar olduklarını gösterir; buna rağmen şer'î hukukun kurucuları yazılı metinlere önem vermediler. Hukuk, yazılı bir metnin hukuk kaynağı olabilmesi imkânını tanımadığı gibi hattâ yazılı metinlerin isbat değeri dahi şifahî delilin isbat değeri

Osmanlılar devrinde bile Sultan'ın, Şeyhülislâm tarafından kutsal hukuka uygunluğu tevsik edilmedikçe bir kanun çıkaramıyacağı kaldesi teorik olarak halâ yürürlükteydi. Arapça vâris kelimesinin lâtince heres'den ve deyn kelimesinin de yunanca daneion'dan müştak olabileceği öne sürülmüştür. Bu iddiaları savunmak yersizdir, çünkü her iki arapça kelime, lâtince veya yunanca etkisinin söz konusu olamayacağı kadar eski zamanlara ait Tevrat ibranicedeki kelimelere irca edilebilmektedir. Kaldı ki, bu arapça kelimelerin anlamı, bunların karşılığı olduğu iddia edilen lâtince veya yunanca kelimelerden pek farklıdır. Romalıların heres kelimesi ile arapçadaki vâris kelimesi arasında, her ikisinin de bugünkü avrupa dillerine heir, heritier, erede diye çevrilmelerinden başka benzerlik yoktur. Yunancadaki daneion para karz'dır; buna karşılık deyn, hareket hâlinde bulunan herhangi bir şeydir; bu kelime ilk anlamı gerek arapça gerek ibranicede «hüküm» anlamını ifade eden bir kökten gelir.

rinden aşağı idi. Yazılı metin sadece, şifahî olarak cereyan etmiş karşılıklı muamelenin teferruatını gösteren bir delil sayılıyordu, fakat bu şifahî muamelenin cereyan ettiği evvelemirde başka delillerle isbat edilmeliydi. Üstelik, yazının kendine ait olduğunun ikrarı kavramı -pek tabii olarak daha sonraki hukuk gelişiminde ortaya çıkmakla beraber- hiç değilse islâm hukuk sisteminin ilk yüzyıllarındaki şeriat hukukçularına tamamen yabancı idi.

Bu telâkki tarzı ile yazılı irade beyanı kavramı -meselâ Romalılarda yedi şahidin huzuru ile yapılan vasiyetnâme veya yahudilerdeki «boşanma senedi»- arasındaki zıddiyet, doğrudan doğruya bir iktibas düşüncesi ile bağdaşamaz. Şeriat'ın Mısır örf hukukuna da aynı derecede uzak olduğuna Papirüs'ler delil teşkil etmektedir; bu hukukta arazi ferağ veya kiralamalarının, evlenmelerin ve diğer hukukî muamelelerin birçok şahidin hazır bulunduğu merasimle ve yazılı şekle uyularak yapıldığı anlaşılmaktadır. Şüphe yok ki Osmanlı imparatorluğunda İstanbulun zaptından sonra hiç değilse arazi ferağları bakımından, farklı bir görüş galebe çaldı; Türkiyede olduğu gibi Mısırdaki, Kuzey Afrikada ve Hindistanda gayrimenkullerin sicilinin tutulması, evlenme ve boşanmaların ihtiyarî fakat herkes tarafından yaptırılan resmî tescili mutad hale geldi. Fakat bunlar hukukun aslına yabancı idiler. Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan yerlerde muhakkak ki Bizans hukuku ile bir yakınlık ortaya çıkmıştır; fakat buna benzer gelişmeler her yerde vâki oldu. Bu gelişmeler mahkemelerin tatbikatı sonucunda doğmuşlardır³⁴.

c) Üçüncü bir mülâhaza, ki Roma hukukundan doğrudan doğruya ve şuurlu bir iktibas fikriyle zıttır, bütün islâm hukuk li-

34) *FitzGerald*, *İslâm Hukuku* s. 30. *Schacht*'a göre tescil sistemi Roma hukukundan beri varlığını devam ettirmişti. Fakat hattâ bu böyle olsa bile tescil, şeriatin icabı değildir; bu, nihayet, mevcut olan fakat kazüist şeriatçıların bilmemezlikten geldikleri birşeydi; kaldı ki, islâmdaki kayıt sistemlerinin gelişmesinin herkesçe kabul edilen izah tarzına tercihan böyle bir bâki kalma durumunu kabul etmek için delil yok gibidir ve bu bakımdan, bu görüşe karşı saygımız olmakla beraber bunu kabul etmeyi gerekli görmüyoruz. Böyle bir bâki kalma durumunun delili yoktur ve en çok kullanılan iki tescil sistemi, yâni kadî tarafından verilen yazı üzerine yapılan tescil ve bunlara yardımcı görevi olan udul denen memurlar tarafından tutulan kayıtlar, hiç de Roma aslından geldiklerine dâir bir işaret göstermemektedirler. (*Schacht*'ın *Origins of Muhammadan Jurisprudence* başlıklı son eseri bu makalenin basılması sırasında henüz yayınlanmamıştır. Burada yaptığımız atıf, bu sebep dolayısıyla, ister istemez, eksikli olup onun göndermek lûtfunda bulunduğu iki özet'in matbaa tashih provalarına dayanmaktadır).

teratüründe böyle bir dayanaktan hiç bahsedilmemiş olmasıdır. Gerçekte bu iki sistem, hukukun gerçek kaynağı konusundaki temel telâkkileri bakımından bağdaşamaz surette birbirine aykırıdır. İslâm hukuku yegâne kanun koyucu olan Allah'ın hukukudur; hiçbir beşerî Emîr'in kanun koyucu yetkisi yoktur ve âmmenin iradesi ancak kâfi derecede ittifaka dayanıyor ise Allahın sesini temsil eder mahiyette sayılmaktadır. Bu yüzden denebilir ki islâm hukukçuları, hattâ bunun farkında olsalar bile Roma hukukundan vâki olmuş bir iktibası teslim etmeği güç bulmuşlardır (binaenaleyh, işte bu yüzden islâm hukuk literatüründe Roma hukukuna atıf yoktur denebilir -Ç. N.). Peşin fikir gütmeyen şurasını teslim edelim ki popüler görüşün (İslâm hukukunun Roma hukukundan iktibasta bulunduğu görüşünün -Ç. N.) temsilcileri kendi iddialarını isbat edebilmiş değillerdir. Sırf böyle bir iktibasın vâki olduğunun itiraf edilmemiş olması vâkiasına bakılarak iktibasın vâki olduğu sabit sayılamaz. İşte bu yüzden *Sir Roland Wilson* (Digest of A - M Law, 5. baskı, s. 24) arap müelliflerinin, malzemelerini istihraç ettikleri kaynaklar konusundaki «dindarlık sebebiyle vâki olan sükût hilebazlığı»ndan söz ederken mes'eleyi sadece ortaya koymuştur (fakat vâkıyı izah edebilmiş değildir -Ç. N.). Böyle bir hilebazlık bulunmadığı gibi islâm hukukunun bilinen kaynaklarının tıpatıp islâm hukukçuları tarafından beyan edilen kaynaklardan başkaları olduğunu farzetmek için de sebep yoktur.

Şeriat hukukunun kurucuları ve hadislerin ilk derleyicileri, bazan pek safdilâne olsa dahi³⁵⁾, dinî vazife saydıkları Allahın hukukunu tesbit işinde dürüst kişilerdi. Vazifelerinin dinî mahiyeti konusundaki kanaatleri onların uydurmacılık yoluna sapmalarına engeldi. Şüphesiz bu, dolayısıyla ve farkına varılmaksızın iktibasta bulunmuş olması ihtimalini bertaraf etmez. Hadisler bu bakımdan, belli hukukçuların görüşlerini veya mevcut örfleri peygamberin hakikî veya hayalî tasvibine dayandırma gayretleridir. Bunların temelini teşkil eden örflerin ne dereceye kadar Romalı aslından olduklarını daha sonraki bir tarihte incelemeyi ümit ediyoruz; fakat şurası muhakkaktır ki corpus iuris'den doğrudan doğruya bir iktibas vâki olmamıştır.

35) *Buharî* böyle bir kimse idi; bir soru listesinin cevaplarını bulmak için bütün islâm dünyasını dolaşmış ve az yahut çok zaman içinde istediği bütün cevapları azmi sayesinde elde etmişti. Maamafih nakledilen bir takım hadislerin uydurma olduğu herkesin ittifakı ile kabul edilmektedir.

Daha önce söylediğimiz üzere Şeriat gerek mahiyeti gerek amacı bakımından Roma hukukuna nisbetle tâ kökünden farklıdır. Roma hukuku, hattâ en mücerret ve akademik vasfı ile dahi, daima hukukçuların yarattığı hukuktur (yâni beşerîdir ve insanlar içindir - Ç. N.): *hominum causa omne ius constitutum*. İslâm hukuku ise başlangıçta münferit insanın Allahla münasebetlerini düzenleyen kazüist bir sistem idi. Bunun içine oruç, namaz, hac vesaire gibi birçok şey dâhil idi; hattâ satış ve rehin gibi dünyevî işleri düzenlerken dahi bu hukuk çoğu zaman mes'elenin münhasıran fertleri ilgilendiren cephesini dinî bir kiske ile örter³⁶. Bunun sonucu şudur ki, mümtaz bilginler tarafından söylenmiş olduğu üzere, şeriat bir hukuk sistemi olarak pek muhtemeldir ki hiçbir zaman bütünü ile uygulanmadı, buna karşılık kaza fonksiyonu üzerinde pek kuvvetli bir etkiye sahip olmaktan da hemen hemen hiç geri kalmadı; ayrıca bizim incelememizle ilgili olarak şu sonuç çıkıyor ki kazüist şeriat hukukçuları hattâ Roma hukukuna vâkıf olsalardı bile buna ilgi duymayacaklardı; İslâm hukukundan bahsedilirken kastedilen ise daima şeriat'dir. Bunun gibi (Roma hukukunun İslâm hukukçuları için ilgi çekici olmaması gibi -Ç. N.) şeriat de ister istemez Roma hukukçuları için hiç ilgi çekici olmayacak pek çok şeyle uğraşır ve Roma hukukçularına tamamen yabancı telâkiler islâm hukukuna hâkim bulunur.

Gelecekteki bir yazımda Roma hukukunun doğrudan doğruya etkisinin izlenebildiği alanlar ile ve keza, iki sistem arasındaki sırf tesadüfî mahiyette benzerliklerin açıklanması ile ilgili olarak tecrübeye dayanan bazı görüşler öne sürmeyi ümit etmekteyim.

Çeviren : *Asis. Dr. Bilge UMAR*

Bu yazı, «The Alleged Debt of Islamic to Roman Law» başlığı ile yayınlanmış olduğu *The Law Quarterly Review* dergisinin 1951 yılına ait 67 nci cildinin 81 ilâ 102 nci sayfelerinden tercüme edilmiştir.

36) Bu hususta ifratın bir örneği için *Rahim*'in *Muslim Jurisprudence* adlı eserinin 162-163 üncü sayfelerinde başkasının arazisine zorla girmek sebebiyle verilecek tazminat konusunda Hanefî mezhebi esaslarına uygun surette verilen gerekçelere bakınız. (Burada söylendiğine göre -Ç. N.) arazisine tecavüz edilen ve şimdi dâvacı olan kimsenin lüzumundan fazla tazminat elde etmesinden bu masum dâvacının adaltsiz bir tecavüze katlanması daha yerindedir, çünkü böyle lüzumundan fazla tazminat ödenmesine hüküm vermek Allahı, tecavüzde bulunan kimseye karşı yapılacak bir adaletsizliğe âlet etmek olur! Aynı eserde öz ile tesadüf hakkında söylenenler, tatbiki hukuktan aynı derecede uzaktırlar.