

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ EDEBİYAT FAKÜLTESİ YAYINLARI

PUBLICATIONS OF THE FACULTY OF LETTERS, İSTANBUL UNIVERSITY

17 AGUSTUS 1988

İSLÂM TETKİKLERİ ENSTİTÜSÜ DERGİSİ

REVIEW OF THE İNSTITUTE OF İSLAMİC STUDİES

ÜÇ AYDA BİR ÇIKAR—QUARTERLY

Müdür — Editor

PROF. DR. ZEKİ VELİDİ TOGAN

CİLD — VOL. I.
CÜZ — PARTS 1-4
1953

İbrahim Horoz Basımevi
İSTANBUL
1954

İslâm Hukûkunun Doğum Ânı ¹⁾

Prof. S. D. GOİTEİN

(Jerusalem Üniversitesinde "Şark Tedkikleri Enstitüsü,, Başkanı)

İslâm dininin hususiyeti, sistemi içinde hukukî mefhumlara verilen ehemmiyetde mündemiçtir: Şeriat, yani kudsi hukuk bu dinin hakikî cevherini; fıkıh, kudsi hukuk ilmi ise, kelimenin gerçek mânasında bu dinî hukukun ilmini teşkil eder²⁾. Çeşitli emirlere harfiyen riayet lüzumu İslâmiyetin en bariz pratik cephesini meydana getirir; herhangi bir hükûmetin müsaadesine hacet kalmaksızın hukuku tefsir ve tatbik eden, geliştiren din âlimlerinin serbest faaliyeti ise İslâmiyetin en tipik tarafıdır; hattâ fıkıhın mahz hukukî kısımları bile ibadet telâkki edilen bir tettebbu mevzuu teşkil eder.

Bütün bu vasıflar İslâm dini üzerinde tedkikte bulunanlarca o kadar iyi bilinir ki, adetâ tabîî bir şeymiş gibi gözükür ve menşelerine dair hiç bir izaha ihtiyaç göstermezler. Hakikatte ise, menşe ve ilk teşekkülleri tamam olarak bilinmekten çok uzaktır ve belki de kısmen hiç bir zaman bilinemeyeceklerdir. Şüphesiz kadim İslâmiyet ile Yahudilik arasında, yukarda zikredilen bütün hususlar bakımından bariz bir benzerlik mevcuttur; maamafih bu benzerliklerden bir çoğunun, iktibasdan ziyade muvazi tekâmüllerden ileri geldiği anlaşıldığından, iki din arasındaki müşâbehet, problemleri halledecek yerde onları ihdas ediyor.

Son bir kaç sene zarfında, İslâm hukûkunun menşei ve bidayetteki inkişafı meselesi üzerinde bir hayli münâkaşa yapıldı. 1950 senesinin Ağustosunda Londrada inikad eden Üçüncü Beynelmilel Mukayeseli Hukuk Kongresinde Oxford Üniversitesinden Profesör *Schacht*, bu problemi, bilhassa Roma Hukuku ile İslâm Hukuku arasındaki muvaziliği belirten «Eski İslâm hukukunda yabancı unsurlar» («Foreign Elements in Ancient Islamic» in *Journal of Comparative Legislation*, 1950) başlıklı bir etüdde inceledi. Kısa bir zaman sonra Londrada Prof. S. Vesey Fitzgerald, *Law Quarterly Journal*'da (Ocak 1951, s. 81-102), «İslâm hukukunun Roma hukukuna gûyâ borçlu oluşu (The Alleged Debt of Islamic to Roman Law)», başlığını taşıyan bir makale neşretti. Mücerret bu başlık, yazarın, İslâm hukukunun Roma hukuk ilminin tesiri altında kalmadığı yolundaki kanaatini gösteriyor. Bu sebeple, Cezayirde Prof. *Bousquet*'nin «İslâm hukuk ilminin tekevvününü kuşatan esrar» dan bahsetmesi bizi şaşırtmıyor. ³⁾

Bu tebliğde fıkıhın yani İslâm hukukçularının içtihatları ilminin değil, fakat bizzat İslâm hukukunun, şeriatın hukukî kısımlarının menşei incelenecektir. Herkesin bildiği gibi şeriat, akitler ve miras kaideleri gibi sırf hukukî meseleler ile namaz ve oruç gibi dinî vazifeler arasında bir fark gözetmez; hepsi kudsi hu-

1) XXII. Müsteşrikler Kongresi IV. sekiyonunda (19. IX de) okunmuş olup ingilizce aslından Dr. Bülend Davran tarafından tercüme edilmiştir.

2) Krş. Bergstraesser-Schacht, *Grünzüge des Islamischen Rechts* s. 1.

3) «Le mystère de la formation et des origines du fiqh» (*Revue Algérienne de Législation et Jurisprudence* Algérie, 1947, p. 66-80).

kukun bir parçasıdır. Kur'anın muayyen bazı âyetlerini titiz bir tefsire tabi tutmak suretiyle, işbu etüd şeriatın bu hususî karakterinin İslamiyetin kurucusunun eseri olup olmadığı ve eğer onun eseriye, icraatının hangi ânında bu yönde bir temayülün belirlediği sualini cevaplandırmağa çalışacaktır.

Kur'anın nisbeten mahdut ölçüde hukukî malzeme ihtiva ettiği ve bu cüz'î miktarın da tamamen sistemsiz ve gelişigüzel olduğu sık sık tebarüz ettirilmiş, veya geçenlerde çıkan bir makalede dendiği gibi, "Muhammedin şumüllü bir hukukî sistem ortaya koymak gibi, asla altından kalkamayacağı bir teşebbüse girişmediği aşikârdır. o bunun yerine mevcut örf ve âdet hukukunda ufak tefek tâdiller yapmakla iktifa etti,"¹⁾.

İslâm Hukûku ile uğraşan muâsır âlimlerin bir kısmı, Count Ostrorog'un "The Angora Reform," (s. 19) adlı kitabına müsteniden, Kur'anın ihtiva ettiği 6236 âyetin ancak 500 tanesinin - ki on ikide birden daha azdır - hukukî bir ehemmiyeti haiz sayılabileceğini tekrarlamakla iktifa etmişlerdir. Maamafih bu iddia tavihe muhtaçtır. Kur'andaki bir âyetin ortalama uzunluğu (Mısır tab'ında) bir ilâ üç satır arasında değişmektedir; diğer taraftan hukukî meselelere temas eden âyetler umumiyetle üç ilâ altı satırdan ibaret olup bazıları daha da uzundur; meselâ: İkinci sûre'nin 282 inci âyeti on beş satırdan fazladır. Bu suretle sırf hesap bakımından, hukukî hususlar Kur'anda yukarıda arzedilen tahmindekinden çok daha geniş bir yer işgal etmektedir. Göz önünde tutulması gereken çok ehemmiyetli bir nokta daha var. Malûm olduğu veçhile, Kur'an tekrarlar ile doludur; aynı şey âdeta tekrar tekrar ve ekseriya aynı kelimelemlerle söylenir; fakat hukukî hususlarda tekrarlar nâdirdir, rastlanan tekrarlar ise ekseriya teşriî bir yenilik ifade ederler. İslâm ulemâsına nazaran ve Gazzâlî'nin *Cavâhir al-Qur'an*'da dediği gibi, kelimenin dar mânâsında İslâmın mukaddes kitabında hiç bir tekrar yoktur; ama herhalde Kur'anın muhteviyatı sadece ana mevzuu içine alacak şekilde, va'az, münâkaşalar, hikâyeler, Peygamberin hayatına atıflar ve teşriî diye beş başlık altında toplanırsa, şu hayret verici neticeye varılır: Kur'an dünya edebiyatında «Kanun» diye mâruf Tevratın daha az hukukî malzeme ihtiva etmemektedir.

Muhammedin kanun koyuculuğu hakkında hâkim olan noktayı nazara göre Muhammed Mekkedeyken yalnız vâiz ve peygamber olarak faaliyette bulunmuş, Medinede ise mütemadiyen gelişen bir topluluğun icapları kendisini zaman zaman kazaî kararlar ittihazına mecbur etmiştir. Bu telâkkî, Muhammedin samimiyetle ve büyük bir hararetle kıyâmet gününün ve bilinen maddî dünyanın sona ereceğinin, mukadder olduğuna inanmasından ileri gelir; beşerî olan her şey yakın bir istikbalde zeval bulacağına göre, etraflı bir hukukî sistem vaz' etmeğe ne lüzum vardı? Kur'anda en eski kısımların bile hukukî esaslar ihtiva ettiği doğrudur, meselâ Muhammed gerçek müminlere vaad ve taahhütlerini yerine getirmelerini, şahâdetlerinden dönmemelerini (70, 32-33), tartı ve ölçüde âdil olmalarını (83, 1-3) emreder ve daha bidayetden itibaren murâbahacılığa yani faize karşı cephe alır (30, 39). Maamafih bunlar şekli birer teşriî eser olmaktan ziyade dinî ve ahlâkî mahiyette emirlerdir. Diğer taraftan Muhammed'in ortaya koyduğu dinin ve şahsiyetinin en ehliyetli modern müfessirlerinden biri olan Tor Andrae, Mekke'de iken bile Peygamberin, dinî topluluğu içtimaî ve hattâ

¹⁾ J. N. D. Anderson, *The Muslim World*, 1950, s. 245.

siyasî bir *ümme*t telâkki ettiğini göstermiştir¹⁾. Muhammedin Medineye vardık-tan pek az sonra müslim ve gayrimüslim, tekmil ahaliyi siyasî bir bütün, bir *ümme*t şeklinde teşkilâtlandırabilmesi vakiasını muhakkak ki bu telâkki izyah eder²⁾. Muhammedin tercüme-i halini yazan İbn İshâq, *ümme*'in kuruluşunda esas olan tüzüğü, eserinde nakletmiştir ve bildiğime göre en tenkide meyyal kimseler bile bu vesikanın sıhhatinden şüphe etmemektedir. 47 madde ihtiva eden vesikanın gayet hukukî ve hattâ şekilci bir zekâyâ delâlet etmesi, zengin bir tâcirler şehrinin çocuğu tarafından ortaya konduğu düşünülürse, şaşırıcı bir şey değil. Aynı şey, Wellhausen (*Skizzen* IV, 1889), Jacob Sperber (*Die Sendschreiben Muhammeds*) ve Haydarabad'lı Muhammed Hamidullah'ın etüdlerinde incelenen, Muhammed tarafından Arap aşiretleri ile yapılmış bir çok muâhede için de vâridir. Buna mukabil az evvel zikredilen fiiller ile aynı zama-na düşen bir çok Medine sûresinin hiç denecek kadar cüz'î hukukî malzeme ihtiva ettiği teslim edilmelidir. Diğer taraftan gerek hadîs, siyret ve tefsir'den elde edilen, gerekse dahilî delillerden çıkarılan malûmata nazaran bu devre zarfında da bir çok hukukî meselenin Muhammede arz edildiği ve onun tara-fından karara bağlandığı âşikârdır. Zira eski musevî telakkisinde olduğu gibi Arapların da anladığı mânada hukuk, teşkilâtlanmış bir topluluk içindeki ikti-dar tarafından verilen ve tatbik edilen değişmez bir emir olmayıp bir hüküm-dar ve teşriî heyet tarafından yaratılmasına da lüzum yoktur; hukuk, daima mevcut olan ve hakîm bir insan tarafından neşredilecek bir hakikattir; İslâmi-yetten önce Arabistanda hâkime «al-ḥakam» denirdi, bu ibranice «ḥākḥām», yani hakîm, ilâhî ilhama nail olmuş insan demektir. Arap aşiret âdetlerine mü-teallik zengin literatür bir çok hallerde hâkimlerin aşiret reisi veya nüfuzlu kimseler değil, ekseriya uzak bir mıntakada kâin, ilham ve tecrübe sahibi ha-kîm kimseler olduğunu gösteriyor. Buna şu şayanı hayret vâkiayı da ilâve ede-bilirim: Yemendeki Yahudilerin dil ve hayatı üzerinde yaptığım uzun tedkikler esnasında, ücra yerlerde, kabile mensubini tarafından aralarındaki ufak ihtilâf-ların halli için musevî «âqil», e, yani mahallî topluluğun başkanına müracaat edildiği hadiselerle rastladım. Medinede en yüksek ruhanî iktidar Muhammedin elindeydi ve Arap telâkkilerine göre Muhammedin yalnız Müslümanlar arasında değil, aşağıda göreceğimiz gibi, Kur'anın ifadesine bakılırsa kendilerine hukukî meselelerde yol gösterecek rabbânîün ve aḥbâr, ibranice rabbânîn ve ḥaverîm, haham ve âlimleri olmasına rağmen, museviler dahil olmak üzere gayrimümin-ler arasında da hahamlık etmesi pek tabiiydi.

Öyleyse Medine devresinin bidayetine ait bir çok sûrelerde neden bu kadar az kazaî karara rastlıyoruz? Kanaatimce bu suale verilecek cevap ancak şu olabilir: Muhammed tamamen hukukî meselelerin dahi dinî bakımdan ehemmi-yetsiz olmayıp bilâkis vahy-ı ilâhinin ayrılmaz bir kısmı olduğu ve bütün din-lerin kaynağı olan ilâhî kitaba dahil bulunduğunu nisbeten geç idrâk etmiştir. Zannedersem Peygamberin hâyatında bir dönüm noktası teşkil eden bu tekâmülün tam tafsilâtını Kur'anın 5 inci Mâide sûresinde 42-61 inci âyetleri içine alan uzun bir bölümde buluyoruz. İşte bu etüdün geri kalan kısmını sözü geçen tekâmüle hasredeceğiz.

¹⁾ Tor Andrae, *Muhammed*, bölüm 6.

²⁾ Krş. Frants Buhl, *Leben Mohammeds*, 210-11 ve R. Leszynsky, *Die Juden in Arabien* s. 51-53.

42 ve 43 üncü âyetlerde Muhammed, ellerinde ilâhî bir kanun bulunduğu halde Medine Yahudilerinin bir hâkim olarak kendisine müracaat etmeleri karşısında duyduğu hayreti belirtiyor. Allah Muhammede şöyle der: (42) «Şayet bunlar sana gelecek olurlarsa aralarında hükmet, yahut onlardan yüz çevir; (43) Allahın hükmünü muhtevi Tevrat onların nezdinde bulunduğu halde onlar nasıl olur da senin hükmüne müracaat ederler; (44) İçinde aydınlık ve hidayet olan Tevrâtı biz gönderdik; kendilerini Allâh'a teslim eden Peygamberler, Yahudilere âid dâvalarda onunla hükmederlerdi. Onların zâhidleri ve âlimleri de öylece hareket ederlerdi. (45) Tevratı emrettik ki: cana can, göze göz vs. (bu kısım Tevratın meşhur bendinin hemen hemen aynıdır); (46) Bunların içinden Meryem oğlu İsayı, ellerindeki Tevrâtı tasdik edici olarak gönderdik, ona hidayet ve aydınlık bulunan İncili verdik; (47) İncilin sâlikleri Allâhın onlara gönderdiği (hükümlerle) hükmetsinler. Kim ki Allahın vahyettiği ile hükmetmezse Allâha karşı gelmiş olur. (48) Sana (ya Muhammed) Kur'anı ondan evvelki kitapları tasdik ederek onun üzerinde nigeşban olmak üzere kitabı hakk ile gönderdik. Artık onların arasında Allâhın gönderdiği (kitap mucibince) hükmet. Onların hava ve hevesine uyararak sana gelen haktan dönme. Her biriniz için bir kanun verdik ve bir yol açtık» «şîr'atan va minhâcan,, (şeria kelimesi şîr'a kökünden müştaktır; şîr'a ibranicedeki *halâkhâ* gibi gidilecek yol demektir). 49 uncu âyette yine ilâhî hukuka göre hükmedilmesi yolunda bir ikâz vardır ve bütün bu kısım su sözlerle sona erer: (50) «Acaba onlar câhiliyet zamanındaki ahkâmı mı istiyorlar? Fakat yakinen inanan insanlar için Allâhtan daha iyi, daha doğru hâkim bulunabilir mi?».

Bu satırların mutazammın olduğu mânâ âşikârdır. Medine Yahudi cemaatinin bâzı üyeleri Muhammedin mahkemesine müracaat, fakat sonradan onun verdiği hükmü kabulden imtina etmişlerdi. Bu bölümün sonundan, başta sekizinci fasıl olmak üzere Kur'anın diğer âyetlerinden ve Hadisde nakledilen çeşitli hikâyelerden anlaşılacağı üzere Müslümanlar arasında da kendilerinde "temayüller,, "ahvâ,, bulunan yani Muhammedin kararları karşısında tenkidî cephe alan kimseler mevcuttu. O zamana değin Muhammed kazaî faaliyetini peygamberlik vazifesine dahil saymamıştı. Bu artık değişecekti. Bundan böyle "hukm al-câhiliyya,, dan, cehâlet zamanına âid hüküm verme yollarından, vazgeçmek lâzım geliyordu. Artık hukukî meselelerin halli, aynen Allâh hakkındaki inançlar veya ba's ba'd al-mavt yahut Muhammedin resûllüğü gibi, bir kimsenin dini alâkadar eden meseleler haline geliyordu. Yukardaki âyetleri takibeden diğer bir âyetde (51), hakikî müminlere, evvelce sık sık yapıldığı gibi kendilerine Yahudi veya Hristiyanlardan velî (avliyâ) seçmemeleri yolunda emir verilmesinin sebebi budur. Zira her topluluk ayrı bir varlık sayılmak lâzım geliyordu. Din, o ana kadar bîtaraf bir saha olan hukuk dahil, hayatın her safhasını ihâta edecek tarzda küllî bir mahiyet kazanmıştır. Muhammed bu durumu esfle karşıyor: «Allah dilediyse hepinizi tek millet yapardı» (5, 48) fakat şimdilik Allâhın arzusu budur.

Bu âyetlerin ne zaman nâzil olduklarını bilmek tabii son derece faydalı olurdu. Bermûtat Kur'anın muhtelif kısımlarının nâzil olduğu zamanı -asbab an-nuzul- araştıran müslüman şârihler ve sair müellifler, bu noktada ayrılıyorlar. Bazıları beşinci surenin tamamını, Muhammede atfedilen sözlerin sonuncusu sayarlar ve meselâ kronolojik bir şekilde tertiplenmiş yeni fransızca tercüme-

sinde Prof. Blachère de bu fikre iltihak etmektedir (vol. III, s. 1110, 1951). Maamafih mezkûr müellif, beşinci sûrenin oldukça muhtelif zamanlara âid olduğunu söylüyor. Hayli yayılmış, kabul edilegelen diğer bir noktainazar, elimizdeki parçayı iki Yahudi kabilesi arasındaki bir asâlet yarışına bağlıyor ve bu suretle parçanın çok eski olduğunu kabul ediyor. Şahsî kanaatim, Yahudi haham ve âlimlerine devamlı olarak atıf yapıldığı göz önünde tutulursa, ancak Medinede henüz epeyce bir miktar Yahudinin bulunduğu bir zamanın, yani Hicretin beşinci yılının sonuna tekaddüm eden devrenin münâsîp bir tarih olduğudur. Nitekim Hristiyan, Yahudi ve Müslümanların tamamen ayrı dinî topluluklar teşkili Muhammedin icraatının daha mütakâmil bir devresine isâbet eder. Binaenaleyh bu parça için en münâsîp tarih, Muhammedin ölümünden beş yıl evveli, Hicretin beşinci yılıdır. Zuhri, Vâqidî ve Tabarî gibi ilerigelen müslüman müellifler de, tabîî başka sebeplere binaen, aynı fikirdedirler¹⁾.

Zikredilen ayetlerin, İslâm hukukunun doğum anını ifade ettiğini söylemek pek de mübalâğa sayılmaz. Yukarda gösterildiği veçhile Kur'an, umumiyetle zannedildiğinden daha çok, hukûkî malzeme ihtiva eder. Fakat hâizî ehemmiyet olan nokta bu değildir. Mühim olan Prof. H. A. R. Gibb'in Home-library tarafından çıkarılan yeni kitabında gösterdiği gibi, herşeyi, zâhiren hukukla alakası yokmuş gibi görünen meseleleri dahi, hakikî peygamberi vasıtasıyla Allah'tan sâdir olmuş sayan telakkidir. Bu telakkînin ilk defa Muhammedin Medinede geçirdiği on senenin ortalarına doğru, biraz evvel incelenen kısımda vâzih bir şekilde kavranıldığını ve ifade edildiğini sanıyoruz.

İmdi bu şeriat tanziminin Muhammedin peygamberlik hayatında gerçekten tamamen yeni bir hareket mebdeî olup olmadığı meselesine geliyoruz. Burada tarihçi ve ilâhiyatçı yarı yolda karşılaşacaklardır. Kabul edilegelen müslüman itikadınca Kur'an, Allah gibi, ezeldir. tarihçi muayyen bir tarihte Kur'anda ifâdesini bulan fikirlerin, Muhammedin bidayetteki vaazlarında mevcut olduğunu müşahade edebilir. Bu vaziyet Kur'anın ilk fasıllarında görülmektedir. Şeriat mefhumu için böyle olduğu muhakkaktır; bu mefhum Muhammedin dinî ümmet'i içtimâî, hattâ siyasî bir varlık olarak kavrayışında, peygamberleri kanun vâzı sayan ilk görüşlerinde ve 17 inci sûrenin 23-38 ve 6ncı sûrenin 151 ve 125 inci âyetlerindeki, esas içtimâî vazifelerin tedvinine matuf ilk teşebbüslerinde mevcuttur. Sa'ali bî Kitâb al-'arâ'is'inde bu içtimâî vazifeieri İncildeki evamiri aşerenin nushayı sânişi saymaktadır²⁾. Maamafih İslâmiyetin, yukarda tetkik edilen 5 inci sûrede ifadesini bulanlar nevinden, umumî ve şâmil vazifeler emreden bir din olarak kavranması ile bu ilk hareket mebdeî arasında pek uzun bir mesâfe vardır.

Elde edilen neticeler Joseph Schacht'ın bu sahada yeni bir çığır açan "The Origins of Muhammedan Jurisprudence," adlı yeni kitabındaki buluşlardan inhıraf eder görünüyor. Schacht, Hicretin ilk asrında, hukukun, dinin hudutları dışında kaldığı ve ancak ikinci asır esnasında, yerinde bir tâbirle, İslâm içtihat Hukuku (Jurisprudence) doğduğu zaman, dinin çerçevesi içine alındığı noktayı nazarı kabule mütemâyildir. Fakat bu iki görüş arasında esasa müteallik bir tenâküz yoktur. Goldziher'in İslâm Tetkikleri (Muhammedanische Studien) kitabının "Din ve Muruwva," başlıklı birinci faslında gösterdiği gibi, bir insanın

¹⁾ Krş. Noeldeke, *Geschichte des Qorans*, vol. I., s. 231, not 1.

²⁾ Hirschfeld, *New Researches* 81; Grimme, *Muhammed*, II, 115-118.

hakikî fazîletini ifâde etmek üzere İslâmın “Dîn anlayışının putperest «Muruwva» telâkkîsinin yerine kaim olması bir kaç batın sürdü, yâni pek yavaş inkişaf etti. Aynı şekilde, Peygamberin reddetmesi üzerine, “hukm al-Câhiliyya,,nın yâni takdire veya müesses mahallî teâmüle dayanan hükümlerin derhal ve tamamen ortadan kalkmaması ve dinî esaslar üzerinde kurulan bir hukukî sistemin onun yerine geçmesi de ancak tedricen tahakkuk etti. Elbette bu da pek tabiidir. Maa-fahih 5 inci sûredeki uzun kısmın tahlilinden bizzat Muhammedin, hukuku, vahy-ı ilâhînin bir kısmı olarak derpiş ettiği açıkça anlaşılmaktadır.