

BİNGÖL ÜNİVERSİTESİ
İLAHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ
مجلة كلية الإلهيات في جامعة بينكول
BINGOL UNIVERSITY
JOURNAL OF THEOLOGY FACULTY



ISSN: 2687-5128

Sayı: 17 | Yıl: 2021/1

Bu dergi **TRDİZİN** tarafından taranmaktadır.

Bu Dergi 16. sayıdan itibaren **ERIHPLUS** tarafından taranmaktadır.

Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (BÜİFD), yılda iki kez (Haziran/Aralık) aylarında **online** yayımlanan ulusal ve uluslararası alan indeksli hakemli bir dergidir.

BÜİFD dergisinde yayımlanan yazıların bilimsel ve hukukî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yayımlanan yazıların bütün yayın hakları yayıncı kuruluşa ait olup, izinsiz kısmen veya tamamen basılamaz, çoğaltılamaz ve elektronik ortama aktarılamaz.

Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

BİNGÖL ÜNİVERSİTESİ İLAHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ	BİNGÖL UNIVERSITY JOURNAL OF THEOLOGY FACULTY
Sayı: 17, Yıl: 2021/1	Issue: 17, Year: 2021/1
e-ISSN: 2687-5128	
Sahibi / Owner (Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Adına) (On Behalf of Bingol University Theology Faculty) Prof. Dr. Mustafa AGÂH	Yayın Kurulu / Editorial Board Prof. Dr. Mustafa AGÂH Prof. Dr. Orhan BAŞARAN Doç. Dr. Abdulnasır SÛT Doç. Dr. İbrahim ÖZDEMİR Doç. Dr. Üyesi Nebi BUTASIM Dr. Öğr. Üyesi Abdullah BEDEVA Dr. Öğr. Üyesi Bedrettin BASUĞUY Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sami BAGA Dr. Öğr. Üyesi Süleyman TAŞKIN Dr. Öğr. Üyesi Sahip AKTAŞ Arş. Gör. Mehmet ÖZTÜRK
Baş Editör/Editor In Chief Doç.Dr. Nebi BUTASIM	
Editörler/Editors Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Sami BAGA Dr. Öğr. Üyesi Bedrettin BASUĞUY Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin ESVED Dr. Öğr. Üyesi Sahip AKTAŞ	
Dil Editörü/Language Editor (İngilizce/English) Arş. Gör. Mehmet ÇAVDAR	Danışma Kurulu /Advisory Board Prof. Dr. İbrahim ÇAPAK (Bingöl Üniversitesi) Prof. Dr. Abdurrahman ACAR (Dicle Üniversitesi) Prof. Dr. Abdurrahman ATEŞ (İnönü Üniversitesi) Prof. Dr. Adnan DEMİRCAN (İstanbul Üniversitesi) Prof. Dr. Bilal AYBAKAN (İbn Haldun Üniversitesi) Prof. Dr. Cafer Sadık YARAN (On Dokuz Mayıs Üniversitesi) Prof. Dr. Cemalettin ERDEMCİ (Siirt Üniversitesi) Prof. Dr. Erkan YAR (Fırat Üniversitesi) Prof. Dr. Eyyüp TANRIVERDİ (Dicle Üniversitesi) Prof. Dr. Fethi Ahmet POLAT (Muş Alparslan Üniversitesi) Prof. Dr. Fuat AYDIN (Sakarya Üniversitesi) Prof. Dr. Gıyasettin ARSLAN (Fırat Üniversitesi) Prof. Dr. Hakan OLGUN (İstanbul Üniversitesi) Prof. Dr. Halit ÇALIŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi) Prof. Dr. Hayati AYDIN (Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi) Prof. Dr. Hüseyin HANSU (İstanbul Üniversitesi) Prof. Dr. İbrahim YILMAZ (Atatürk Üniversitesi) Prof. Dr. İlyas ÇELEBİ (İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi)
Dil Editörü/Language Editor (Arapça/Arabic) Dr. Öğr. Üyesi Abdullah BEDEVA	
Alan Editörleri/Field Editors Dr. Fatmatüzzehra YAŞAR Arş. Gör. Mehmet ÖZTÜRK Arş. Gör. Sadi YILMAZ Arş. Gör. Garip ÇAĞLAR Arş. Gör. Erkan BAYSAL Arş. Gör. Özkan ŞİMŞEK Arş. Gör. Necmettin KARTAL	
Yazı İşleri Müdürü / Editor in Chief Doç. Dr. Nebi BUTASIM	

<p>Kapak ve Sayfa Tasarımı R@nin Dijital Tasarım</p> <p>Yazışma Adresi / <i>Corresponding Adress</i> Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi 12000 Merkez/BİNGÖL Tel: +90 (426) 2160005 -Fax: +90 (426) 2160035</p> <p>Elektronik posta / <i>e-mail</i> bingolilahiyatdergisi@hotmail.com</p>	<p>Prof. Dr. Mehmet ERDEM (Fırat Üniversitesi) Prof. Dr. M. Halil ÇİÇEK (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi) Prof. Dr. M. Mahfuz SÖYLEMEZ (İstanbul Üniversitesi) Prof. Dr. Mehmet KUBAT (İnönü Üniversitesi) Prof. Dr. Metin YİĞİT (Dicle Üniversitesi) Prof. Dr. Muhammed ÇELİK (Dicle Üniversitesi) Prof. Dr. Musa Kazım YILMAZ (Harran Üniversitesi) Prof. Dr. Musa YILDIZ (Gazi Üniversitesi) Prof. Dr. Mustafa AĞIRMAN (Atatürk Üniversitesi) Prof. Dr. Necmettin GÖKKIR (İstanbul Üniversitesi) Prof. Dr. Nurettin CEVİZ (Gazi Üniversitesi) Prof. Dr. Osman GÜRBÜZ (Atatürk Üniversitesi) Prof. Dr. Osman TÜREK (Kilis 7 Aralık Üniversitesi) Prof. Dr. Ousama EKHTİYAR (Bingöl Üniversitesi) Prof. Dr. Ömer Mahir ALPER (İstanbul Üniversitesi) Prof. Dr. Ömer PAKIŞ (Hakkâri Üniversitesi) Prof. Dr. Reşat ÖNGÖREN (İstanbul Üniversitesi) Prof. Dr. Sahip BEROJE (Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi) Prof. Dr. Mehmet KATAR (Ankara Üniversitesi) Prof. Dr. Şaban Ali DÜZGÜN (Ankara Üniversitesi) Prof. Dr. Şamil DAĞCI (Ankara Üniversitesi) Prof. Dr. Şehmus DEMİR (Gaziantep Üniversitesi) Prof. Dr. Şuayip ÖZDEMİR (Amasya Üniversitesi) Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ (İstanbul Aydın Üniversitesi) Prof. Dr. Yusuf Ziya KESKİN (Harran Üniversitesi)</p>
--	--

Sayı Hakemleri/Referee Board of This Issue

Prof. Dr. Abdullah ÜNALAN (Siirt Üniversitesi), Prof. Dr. Ahmet KAYACIK (Erciyes Üniversitesi), Prof. Dr. Eyyüp TANRIVERDİ (Dicle Üniversitesi), Prof. Dr. Hüseyin HANSU (İstanbul Üniversitesi), Prof. Dr. Murat ŞİMŞEK (Karabük Üniversitesi), Prof. Dr. Nazim HASIRCI (Gaziantep Üniversitesi), Prof. Dr. Necdet TOSUN (Marmara Üniversitesi), Prof. Dr. Osman ŞAHİN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi), Prof. Dr. Ousama EIKHTIAR (Bingöl Üniversitesi), Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi), Prof. Dr. Recep ÇİĞDEM (Harran Üniversitesi), Prof. Dr. Sabri TÜRKMEN (İnönü Üniversitesi), Prof. Dr. Süleyman GÖKBULUT (Dokuz Eylül Üniversitesi), Doç. Dr. Ali Aslan TOPÇUOĞLU (Trabzon Üniversitesi), Doç. Dr. Adnan ALGÜL (Gaziantep Üniversitesi), Doç. Dr. Adnan ARSLAN (Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi), Doç. Dr. Enes ERDİM (Fırat Üniversitesi), Doç. Dr. İbrahim YILMAZ (Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Lokman BEDİR (Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi), Doç. Dr. Menderes GÜRKAN (Erciyes Üniversitesi), Doç. Dr. Muhammed Tayyip KILIÇ (Dicle Üniversitesi), Doç. Dr. Mustafa ÖNCÜ (Mersin Üniversitesi), Doç. Dr. Naim DÖNER (Bingöl Üniversitesi), Doç. Dr. Şükran FAZLIOĞLU (Marmara Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman HENDEK (Sakarya Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Derviş MÜEZZİN (Ondokuz Mayıs Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Aslam JANKIR (Mardin Artuklu Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ŞENTEPE LOKMANOĞLU (Sakarya Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Cemil LİV (Karatekin Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÖZKET (Kırklareli Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi İslam DEMİRCİ (Giresun Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Mehmet ŞANVER (Bursa Uludağ Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Mesut SANDIKÇI (Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Cevat ACAR (Mardin Artuklu Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Zeki UYANIK (Mersin Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Muhammad Nur Yusuf (İnönü Üniversitesi), Doç. Dr. Mustafa GÜNERİGÖK (Sakarya Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Nurdoğan TÜRK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Osman BAYDER (Erciyes Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Seyyid SANCAK (Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Sema ÖZDEMİR (Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Ramazan KORKUT (Bingöl Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Teceli KARASU (Muş Alparslan Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Tuncay KARATEKE (Fırat Üniversitesi), Doç. Dr. Turgay GÜNDÜZ (Bursa Uludağ Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Zeynep SAĞIR (Fırat Üniversitesi), Dr. Öğr. Üyesi Üzeyir KÖSE (Kilis 7 Aralık Üniversitesi), Dr. Abdullah YILDIRIM (İstanbul Medeniyet Üniversitesi), Dr. Adem ERYİĞİT (Iğdır Üniversitesi),

İÇİNDEKİLER

İslam Hukukunun Roma Hukukundan Etkilendiği Tezini Eleştiren Batılı Bir Hukukçu: S.V. Fitzgerald.....	1
Zerdüşîlik Ve İşrakîlik'te Tanrısal Karizma: Hurra.....	21
Es-Sumeysir'in İnziva Şiirlerinin Üslupsal Uygulamaları.....	34
Klasik Dönem Fıkıh Usûlü Literatüründe Edebü'l-Fetvanın Yeri.....	54
Mu'tezile Ekolünü Belâgata Sevk Eden Muhtemel Faktörler	72
Modern Dönem Sünnî Ve Şîî Kaynaklarda Hz. İsa'nın Nüzûlü Tartışması -İbn Âşûr Ve Tabâtabâi Örneği-	93
Kur'an-ı Kerim'deki Harf-i Cerlerin Anlamı Ve Anadili Arapça Olmayanlara Öğretimi	109
Medeni Hukukla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Evlenmenin Geçici Engelleri	125
Molla Muhammed Saîd Ve "Risâletü Fethi'r-Rahmân Fi'r-Reddi 'Ala Munkirî't-Talâki's-Selâs Ve Talaki's-Sekrân" İsimli Risalesinin Tahkik Ve Değerlendirmesi	140
Şâfiî Mezhebinde Fetvâ Usûlü Ve Mezhep İçi Görüşler Hiyerarşisi (Muhammed El-Kürdî'nin <i>El-Fevâidü'l-Medeniyye</i> Adlı Eseri Bağlamında).....	159
Esmâ-İ Sitte'nin İ'râbı Üzerine Bazı Değerlendirmeler.....	175
Öğrencilerin Dijital Ortamlar Üzerinden Yapılan Din Kültürü Ve Ahlak Bilgisi Derslerine Yönelik Tutumları (Sivas Zara İlçesi Örneği)	187
İletişim Ve Mantık Arasındaki İlişki.....	205
Osmanlı Hukûk-I Âile Kararnâmesi'nde Hanefî Mezhebinin Görüşü Dışında Kanunlaştırılan Fikhî Görüşlerin Analizi	214
Telâzüm Delilinin Fıkıh Metodolojisindeki Yeri.....	233
Hanefî Mezhebine Göre İbadetler Ve Muâmelât Örnekleminde Taayyün Kavramı	252
Aile Danışmanlığında Maneviyat Boyutunun Önemi.....	263

EDİTÖRDEN / EDITORIAL

Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 2021 Haziran 17. sayısı, bilim dünyasına yeni bir katkı sunmanın kıvancını duyarak yayınlandı.

Bilimsel çalışmaların tüm olumsuz koşullara rağmen devam etmesi ve tüm dergilerde olduğu gibi dergimize yoğun bir şekilde makale gönderilmesi son iki sayıdır yaşadığımız en zor süreçler arasında yerini almıştır. Çok sayıda makale teveccühüne mazhar olmak aynı zamanda çalışmaların değerlendirme süreçlerini sürdürmek ve gelen çalışmalar içinde alan editörleri ve hakem değerlendirmeleri ile yayınlanabilecek olanları seçmek editör kurulunu oldukça zorlamıştır.

Her türlü zorluğa rağmen editör kurulunun bu süreçte güçlendirilmesi ve alan çeşitliliği göz önüne alınarak yeni çalışma partnerlerini dergiye kazandırmak için yoğun çaba sarfedilmiş ve bu büyük oranda başarılmıştır.

Dergimizin bir sonraki hedefi uluslararası alanda bilinirliğini arttırmak, ulusal ve uluslararası hakem ve danışman kurullarını çeşitlendirmektir. Bu amaç doğrultusunda dünyanın çeşitli ülkelerinde, saygın üniversitelerde alan ile ilgili editör, hakem ve danışman çeşitliliğini arttırmaya yönelik çalışmalar başlatılmıştır.

Amaçlarımız doğrultusunda, bilim dünyasına nitelikli yazıların devamının getirilmesi için, fakültemiz bünyesinde bulunan çalışma partnerleri, farklı üniversitelerden yeni ekip üyeleri ile güçlendirilerek akademik camiada ses getirecek nitelikte bir dergi ile hayatına devam etmesidir.

Son dönemlerde pandemi nedeniyle farklı boyutlarda yazılara menşe olan akademik dergiler içinde dergimizde yer almış ve önceki sayıda başlayan online eğitim/davranış/bilimsel çalışmalar şeklinde üretilen akademik makaleler dergimizde yerini almıştır.

Dergimiz klasik ve modern eğitim ve İslami ilimler arasında bir köprü olarak alanın tüm bilim dallarına yönelik pozitif yaklaşımını sürdürmektedir.

Son dönemde özellikle pandemi nedeniyle bilim insanlarının yoğun makale yazımına şahit olmaktayız. Bu da pozitif getirileri olan bir davranışın yanında negatif yönleri de olan bir durumdur. Çok sayıda gelen makaleler arasında en iyisini seçmek editör kurulu ve doğal seyri açısından hakem süreçlerinin en iyi şekilde yönetilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle dergimiz hakem süreçlerini geliştirmek için, gelen makalelerin alanına göre, özenle seçilen alan editörleri ve hakemlerle çalışmaya azami gayret göstermektedir. Son sayıda daha önce nicel olarak az sayıda kullandığımız ön değerlendirme aşamasında doğrudan alan editörünün görüşünün alınmasıdır. Doğal olarak alan ile ilgili alan editörünün değerlendirmesi hem makalenin niteliğini hem de değerlendirme süreçlerinin daha sağlıklı yürümesini sağlamıştır.

Akademik bir derginin tüm alanlarının en iyi şekilde doldurulması ve bilim dünyasına nitelikli veriler sunulması elbetteki tüm süreçlerde yer alan geniş bir ekip çalışmasının sonucudur. Bu sayıda özverili çalışmalarıyla derginin son halini almasında emeği olan editör kurulu üyelerine, hakemlerimize, değerlendirme ve yönetim kurullarına teşekkür ederim.

Doç. Dr. Nebi BUTASIM

İslam Hukukunun Roma Hukukundan Etkilendiği Tezini Eleştiren Batılı Bir Hukukçu: S.V. Fitzgerald

A Western Jurist Criticizing the Thesis that Islamic Law was Transplanted from Roman Law:
S.V. Fitzgerald

Savaş KOCABAŞ

Prof. Dr., Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü,
İslam Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Sivas Cumhuriyet University, Faculty of Theology, Department of Basic Islamic
Sciences, Department of Islamic Law

Sivas/TURKEY

savaskocabas@cumhuriyet.edu.tr

Orcid: 0000-0002-7975-4109

Doi: 10.34085/buifd.808052

Öz

İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği ve ondan iktibas edildiği teze karşı çıkan bazı batılı şarkiyatçılar ve hukukçular vardır. Bunlardan biri İngiliz hukukçu S. V. Fitzgerald'dır. Fitzgerald 1951 yılında yayımlanan ve 1963 yılında Türkçe'ye, 1973 yılında da Arapça'ya tercüme edilen uzun makalesinde bu teze şiddetle karşı çıkmış ve eleştirmiştir. Önemli bilgiler ve derin analizler içeren makalesinde İslam hukukundan övgüyle bahsetmiş ve orijinalliğine vurgu yapan ifadeler kullanmıştır. Ona göre bu tez sahiplerinin izlemiş oldukları metod gayri ilmi, vermiş oldukları tarihi verilerin doğruluğu şüphelidir. İki hukuk arasındaki benzerlik iddiası çoğu zaman sun'î, hayâlî ve yanıltıcıdır. Fitzgerald bu görüşün önde gelen sorumlularını Prof. G. Sheldon Amos, Sava Paşa ve Goldziher olarak görür. Ona göre hiçbir İslam hukuk kitabında Roma hukukuna tek bir atfın bulunmaması, Roma hukukunun Arapça'ya tercüme teşebbüsünün tarihen ispat edilememesi, Roma hukukunun hiçbir teriminin İslam hukukuna geçmemesi bu tezi çürüten kanıtlardandır. Ayrıca İslam hukuku ile Roma hukuku arasında köklü farklılıklar bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler. İslam Hukuku, Roma Hukuku, Batılı Hukukçular, Hukuk Sistemleri Arasındaki Benzerlik, İslam Hukukunun Orijinalliği.

Abstract

There are some western orientalis and jurists against the thesis that Islamic law is influenced Roman law and tooked from him. One of the them is the British jurist S. V. Fitzgerald. In his view, the methods of the thesis holders are unscientific and the historical data are doubtful. The claim of similarity between the two laws is often artificial, imaginary and misleading. Fitzgerald strongly opposed and criticized this thesis in her long article published in 1951 and later translated into Turkish in 1963 and Arabic in 1973. In her article, which contains important information and deep analysis, she praised Islamic law and used expressions emphasizing its originality. According to Fitzgerald, the main persons responsible for this thesis is Professor Dr. Sheldon Amos, Sava Pasha and Goldziher. Some of the proofs that refute this thesis are: There is no single reference to Roman law in any Islamic law book. The attempt to translate Roman law into Arabic has not been proven historically. None of the terms of Roman law have been transferred to Islamic law. In addition, there are radical differences between Islamic Law and Roman law.

Keywords: Islamic Law, Roman Law, Western Jurists, Similarity between Laws, Originality of Islamic jurisprudence.

Giriş

İlk kez XIX. yüzyılın ikinci yarısında ortaya atılan İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği, hatta ondan iktibas edildiğine dair tez Müslüman ilim adamları tarafından reddedilip İslam hukukunun orijinal olup varlığını hiçbir hukuk sistemine borçlu olmadığı delilleriyle ortaya konulmuştur.¹ Bu teoriye az da olsa bazı batılı şarkiyatçılar ile batılı hukukçular da karşı çıkmış, kaleme aldıkları bazı çalışmalarla bunu reddetmişlerdir.²

Bu çalışmalar meseleye büyük bir açıklık getirip önemli oranda aydınlatmış olsa da konu hâlâ kapanmamış gibi gözükmektedir. Zira son yıllarda dahi batıda bu tezi aynı şekilde destekleyen veya farklı açılımlar getirerek aynı sonuca varan daha başka tezler ortaya koyanlar olmuştur.³ Bu İslam dünyasına da sıçramış, Türkiye’de bu tezleri belli derecede destekleyen, hatta onlarla tamamen örtüşen çalışmalar kaleme alınmıştır.

İslam dünyasında bu teoriye reddiye niteliğinde yazılanlar büyük oranda onu çürütecek kuvvette olsa da batılıların yazmış oldukları da önemli bir düşünce ürünü olması ve konuya yapacağı katkı nedeniyle önem arz etmektedir. Söz konusu şarkiyatçıların ve hukukçuların çalışmalarından konu üzerine ciddi derecede eğildikleri, bir hayli kafa yordukları

¹ Reddedenlere örnek olarak bk. Ahmet Emin, *Fecrü'l-İslam*, (Kahire: Müessesetü Hindavi, 2011), 267-269; Hamidullah, “Roma Kanunu İle İslam Kanunu Arasındaki Münasebetler”, çev: Nafiz Danişman, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, IV/3-4 (Ankara, 1955), 75-78; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, (İstanbul: İz yayıncılık, 2014), 50-53; Ebû Talib, *Beḡne’ş-Şeriatil-İslamiyye ve’l-Kanuni’r-Rumani*, (Kahire: Mektebetü’n-Nehdatil-Mısriyye); Muhammed Yusuf Musa, *el-Medhal li dirasetil-fikhi’l-islami*, 84-103 (Muhammed Yusuf Musa, *el-Medhal li dirasetil-fikhi’l-islami*, (Kahire: Dâru’l-kitab el-arabi, 2009); Abdülkerim Zeydan, *el-Medhal lidiraseti’ş-Şeria el-İslamiyye*, (İskenderiyye: Daru Umer b. Hattab, 2001), 73-89.

Az sayıdaki destekleyenlere örnek olarak bk. Edlira Llukaçai, *Kur’an’a Rağmen Kadın* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı, 2018), 215 vd.

Tamamen iktibas fikrini reddetmekle birlikte kısmi bir etkilenmenin olduğunu veya olabileceğini söyleyenlere örnek olarak bk. Köprülü, M. Fuad. “Fıkıh”, *M.E.B. İslam Ansiklopedisi*. 4/608-621. (İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1964); İrem Kurt, *İslam ve Roma Hukukunda Genel Hukuk Prensiplerinin Mukayesesi*, (İstanbul: Marmara İlahiyat Fakültesi, SBE, Yüksek Lisans tezi, 2017).

Ayrıca bkz. Savaş Kocabaş, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan Etkilendiği Tezinin Tarihi Süreci”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 36.sayı (Konya 2020), 281-309.

² Makalemizde ele alınanlar dışında İtalyan oryantalist Prof. C.A. Nallino, Fransız oryantalist C. H. Bousquet, Sava Paşa ve Rene David’i de zikredebiliriz. Bk. “İslam Hukukunun Roma Hukukundan Etkilendiği Teorisine Karşı Olan Oryantalistler” isimli makalemiz (yayım aşamasındadır); Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, (Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları,1956), 12 vd; Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, 36 (David Rene, *Çağdaş Hukuk Sistemleri*, s.418, 424’ten naklen).

C.A. Nallino, “Roma Hukukunun İslam hukukuna Tesiri Oldu mu?”, *İslam Fıkhı ve Roma Hukuku*, çev. ve neşr: Kemal Kuşçu (İstanbul: Yağmur yayınları, 1964), 53; G.H.Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esranı”, *İslam Fıkhı ve Roma Hukuku*, çev. ve neşr: Kemal Kuşçu, (İstanbul, Yağmur Yayınları, 1964), 33.

³ Bunlardan biri Alman oryantalist Jokisch Benjamin’dır. Benjamin “Islamic Imperial Law; Harun Al-Rashid Codicifation Project” isimli kapsamlı kitabında Harun Reşid’in Ebu Yusuf’u kadılkudat tayin etmesinin, onun büyük Abbasi İmparatorluğu’nu sağlam temellere oturtma çabasının bir parçası olduğunu, Ebu Yusuf’un Muhammed b. Hasen eş-Şeybani, Şafi ve Ahmed b. Hanbel’i bu amaç için organize ettiğini, hepsinde Roma hukukunun etkisinin bulunduğunu, örneğin Muhammed b. Hasen eş-Şeybani’nin el-Asl kitabını tamamen o dönemde Arapça’ya tercüme edildiğini iddia ettiği Roma hukukundan istifade ederek kaleme aldığını, hem tercüme faaliyetlerine hem Ebu Yusuf’un yetişmesine, hem de bu hukuk projesine meşhur Bermeki ailesinin destek verdiğini iddia etmiştir. Bu tezi hemen hemen aynı biçimde Edlira Llukaçai İncekara “*Kur’an’a Göre Kadın ve Evlilik*” isimli yüksek lisans tezinde iddia etmiştir. Tez daha sonra kitap olarak da basılmıştır.

Bk. Jokisch, Benjamin, *Islamic Imperial Law. Harun Al-Rashid Codicifation Project*. (Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2007); Edlira Llukaçai İncekara, *Kur’an’a Göre Kadın ve Evlilik*, (İstanbul, İstanbul Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Yüksek Lisans tezi, 2011), 52-59; Edlira Llukaçai, *Kur’an’a Rağmen Kadın* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı, 2018), 215 vd.

anlaşılmaktadır. Bu makalede İngiliz hukukçu Fitzgerald'ın konu hakkındaki eleştiri makalesi ele alınacaktır. Fitzgerald'ın çalışmasının önem ve değeri en az Müslümanlarınki kadar kuvvetli, seviyeli ve derin olmasının yanında kendi dinini savunma şüphesi bulunmaması sebebiyle Müslümanların çalışmalarından daha objektif, en azından böyle bir şüpheden uzak olmasından kaynaklanmaktadır.

S.V. Fitzgerald'ın Türkiye'de yayımlanan makalesinin orijinalinin -tercümeden anlaşıldığı kadarıyla- ağır ve zor, tercüme ve neşir tarihlerinin nispeten eski olması sebebiyle bu çalışmalar Türkçedeki yayımlanmış haliyle günümüz insanının anlamakta zorlanacağı niteliktedir. Ayrıca makalenin tek başlık halinde olup alt başlıklarının bulunmaması konuyu karmaşık hale getirmekte, başı, ortası ve sonu arasında bir bağ kurulmasını, dolayısıyla ihata edilmesini ve kavranmasını güçleştirmektedir. İşte bu çalışmada konular belli başlıklar altında tasnif edilerek sunulacak, metindeki ifadeler sadeleştirilerek verilecek, bazı yorum ve değerlendirilmelerde bulunulacak, hatta gerektiğinde eleştiri getirilecektir. Böylece insanların bu değerli araştırmaman farkına varıp daha çok istifade etmeleri hedeflenmektedir. Metinde hiçbir değişiklik yapılmadan veya çok basit sadeleştirmeye birlikte yapılan iktibaslar tırnak içinde gösterilecek, ifadede değişikliğe gidilen kısımlar ise tırnak içine alınmayacak, her ikisinde makale ve sayfası kaynak olarak gösterilecektir. Fitzgerald'ın ifadelerinde Türkçe tercüme esas alınacak, gerektiğinde Arapça baskısına da başvurulacaktır.

I. Fitzgerald ve Makalesi

Londra'daki "Doğu ve Afrika Araştırmaları Enstitüsü"nde İslam hukuku hocası olan Fitzgerald, 1951 yılında "Law Quarterly Review (Mevsimlik (3 aylık) Hukuk Dergisi" isimli dergide yayımlanan "The Alleged Dept of Islamic to the Roman Law" (İslam Hukukunun Roma Hukukuna Borçlu Olduğu İddiası) isimli uzun bir makale almıştır (81-102). Makalesinde İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği veya iktibas edildiği, varlığını ona borçlu olduğu iddiasını eleştirmiştir. Konu üzerinde bir hayli çalıştığı ve kafa yorduğu makalenin sonundaki şu ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır: "Gelecekteki bir yazımda Roma hukukunun doğrudan doğruya etkisinin izlenebildiği alanlar ile ve keza, iki sistem arasındaki sırf tesadüfi mahiyette benzerliklerin açıklanması ile ilgili olarak tecrübeye dayanan bazı görüşler öne sürmeyi ümit etmekteyim."⁴ Ancak Arapça baskısındaki mütercimim ifade ettiğine göre bahsettiği makaleler yayımlanmamıştır.⁵

Makale Türkçe'ye Dr. Bilge Umar tarafından çevrilmiş ve 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda (29/4) "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası" adıyla yayımlanmıştır (s. 1128-1154). Arapça'ya da tercüme edilen makale 1973 yılında yayımlanan "Hel li'l-kanuni'r-rumi te'sirun ale'l-fikhi'l-islâm" isimli bir kısmı tercüme, bir kısmı telif olan derleme kitaptaki makalelerin beşincisi olup adı "ed-Deynu'l-mez'ûm li'l-Kanuni'r-Rumanî ala'l-Kanuni'l-İslami" (İslam hukukunun Roma Hukukuna Borçlu Olduğu İddiası) şeklindedir.⁶

II.Fitzgerald'ın Teze Yönelik Genel Nitelemesi

⁴ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 29/4 (1963), 1154.

⁵ Arapça çevirisindeki çevirmenin ifadesine göre Fitzgerald 48. ve 50. sayılarda makalenin gerisini yayınlayacağını ifade etmiştir. Çevirmen Selim Avva: "Fakat bildiğimiz kadarıyla makalenin gerisi yayımlanmamıştır." demiştir. Bk. "ed-Deynu'l-mez'ûm li'l-Kanuni'r-Rumanî ala'l-Kanuni'l-İslami" (Mütercimim girişteki açıklama kısmı), *Hel li'l-kanuni'r-rumi te'sirun ale'l-fikhi'l-islâm*, 115.

⁶ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 116-166.

Fitzgerald, iki hukuk arasındaki benzerlik iddiasının çoğu zaman “sun’î”, hatta bir haylisinin “hayali” olduğunu, sonuç itibariyle bu benzeşmelerin “yanıltıcı” olduğunu ifade etmiştir. Ona göre “pek ünlü bazı müelliflerin” dahi yaptıkları şey yanıltıcı, sun’î ve çoğu hayali olan bu benzerliklerin listesini verip sonra bu benzeşmelerden “sonrakinin öncekinden ıktibas ettiği” sonucunu iddia etmekten ibarettir.

Konuya sadece hukukta değil, dil tarihinde de otoriter olanların katkı sunabileceğini, onların yapacaklarının da “yapıya bir tuğla koymaktan” ibaret olacağını, “daha doğrusu” bunun “kötü işçiliğin izlerini silmek için kazmasını sallamak”tan ibaret olacağını söylemiştir.⁷ Dolayısıyla Fitzgerald’a göre durum özetle şundan ibarettir: “iki hukuk arasındaki yanıltıcı benzeşmeden yola çıkan bazıları İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği gibi bir sonuç çıkarmış ve bunu kötü bir işçilikle ortaya koymuşlardır”. Ona göre izlenen metod “gayri ilmi”, tarihi verilerin de “doğruluğu şüpheli”dir. Üstelik objektiflik de yoktur; çünkü bu kimseler konuya peşin fikirli yaklaşmaktadırlar.

Bu konudaki aşırı ifadeler şunları örnek vermiştir: “İslam hukuku Arap kılığına bürünmüş Justinianus’un Roma hukukundan başka bir şey değildir”, “Araplar Roma hukukuna birkaç hatadan başka bir şey ilave etmemişlerdir” Ona göre meseleyi güvenilir bir mesnede bağlamanın yolu “molozları söküp atmaktır”⁸ Yani, ona göre mesele tamamen asılsız gerekçe ve olaylara dayandırılmıştır ve bunların asılsız veya anlatıldığından farklı olduğu ortaya konulduğunda hakikat ortaya çıkacaktır. Nitekim ileriki sayfalarda görüleceği gibi, mesela İslami fetihlerin gerçekleştiği dönemde veya biraz öncesinde hâlâ Roma hukuk eğitiminin yapıldığı iddiasına mesnet olarak gösterilen bazı ferdi olayların aslını ortaya koyması meselenin aydınlanması için yeterli olmuştur.

III.Fitzgerald’a Göre Bu Tezin Asıl Sorumluları

Fitzgerald bu görüşün önde gelen sorumlularını Prof. G. Sheldon Amos, Sava Paşa ve Goldziher olarak gösterir.⁹

Ona göre Amos aldığı ödüllere ve kendi sahasında yetkinliğine rağmen tarihe “cahili olduğu” bu konudaki yazdıklarındaki hatalarıyla geçecektir. Örneğin, Romalıların “quod principi placuit legis habet vigorem” (İmparator güçlüdür) prensibinin eşini bulmak gayreti onu halife emirnamelerini İslam hukukunun temel kaynağı olarak göstermeye kadar

⁷ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1128, 1129.

⁸ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1129.

⁹ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1129.

Sava Paşanın bu teze karşı tutumu hususunda farklı görüşler vardır. Çoğunluk onun bu teze karşı olduğu görüşündedir. Sava Paşanın İslam Hukuku Etüdüleri kitabındaki şu ifadeleri bunu desteklemektedir: “Bunun içindir ki umumiyetle cari bulunan, İslam hukuku Roma hukukunun cüz’î tadil görmüş kopyası olduğu yolundaki fikre biz de iştirak ediyorduk” “Hadiseleri müdekkik bir şekilde tetkik etmek, bu görüşün doğru olmadığı yolunda bir kanaat husulüne kafidir”. “Bu iki hukukun da menabiinin (kaynaklarının) yekdiğerinden (birbirinden) farklı bulunduğu şüpheden azadedir. İslam kanununun tek bir maddesi, tek bir hükmü mevcut değildir ki İslam hukuk abidesinin bu iki temel taşından birisine istinad etmiş (dayanmış) bulunmasın.” Ancak Sava Paşa aynı zamanda, bu tezin açıkça yanlış olduğunu belirtmekle birlikte ıktibas tezini savunanların da mazur görülmesi gerektiğini, çünkü bunu doğuran birçok sebebin olduğunu ifade etmiştir. Sava Paşanın bu tezi desteklediği görüşü ise Fitzgerald’a aittir. Onun yukarıda naklettiği ifadeleri bu İslam Hukuku Etüdüleri kitabında bulamadım. Sava Paşanın ayrıca 1896’da yayımlanan *Le Droit Musulman Explique Explique* ile 1902’de yayımlanan *Le Tribunal Musulman* isimli kitapları vardır. Biz, meselenin aydınlatılması müstakil bir araştırmaya ihtiyaç duyduğunu ifade ederek, burada konuyu başlığı gereği Fitzgerald’ın görüşü doğrultusunda ele alacağız.

Bk. Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, (Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları,1956), 10, 12; Ferhat Koca, “Osmanlılar Döneminde Gayr-i Müslim Bir İslam Hukukçusu”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 6. sayı (Konya 2005), 95.

götürmüştür. Oysa İslam'da "Allah hukukun yegâne kaynağıdır" ve en itibar edilen ilk dönem halifelerinin sözleri dahi halife olmalarından değil, Peygamber'in düşünce tarzını bilmeleri varsayılan en yakın arkadaşları olmalarından kaynaklanıyordu.¹⁰

Fitzgerald'a göre Sava Paşa'nın akli "bilimsel ve derin-ince düşünen bir akıl" değildi.¹¹ Yazdıklarında "Müslüman vatandaşlarını, İslam hukukunun batı tesirlerini kabulden hiçbir zaman çekinmemiş olduğuna inandırmak" gibi bir siyasi amaç güdüyordu. Hatta bu yolda bir tarihi veya hukuki gerçeği eğip bükebiliyor, kendisini de buna doğru imiş gibi inandırabiliyordu.

Fitzgerald'a göre Goldziher hukukta Arapça alanındaki kadar yetkin değildi. Ortaya attıktan sonra bilim muhitlerinde yayılan gerekçeleri de bizzat kendisinin önem vermediği gerekçeler idi. Üstelik bu fikir, onun birçok eserlerindeki "İslam medeniyetinin esas itibarıyla Arap karakterini taşıdığı" düşüncesiyle de çelişmektedir. Tüm bunlardan onun bu düşünceden döndüğü anlaşılmaktadır.¹²

Ancak Goldziher'in İslam medeniyetinin esas itibarıyla Arap karakterini taşıdığı düşüncesinde olduğu net bir şekilde iddia edilemez. Zira Tahsin Güngör'e göre Goldziher İslam'ın Yahudilik, Hıristiyanlık ve belli oranda İran'dan etkilendiği görüşündedir. Hatta Goldziher'e göre İslamiyetin oluşumu birkaç asırda şekillenmiştir.¹³ Sadece, İslam'ın oluşumunun birkaç asır sürdüğü iddiası bile İslam'da Arap karakteri bulunduğu iddiasıyla çelişir. Çünkü bu süre zarfında İslam'a İranlılar ile Türkler gibi Arap olmayanların girmesiyle Araplar'la diğer milletler içiçe geçmiş olması sebebiyle Müslümanlara onların da adetleri girmiş olması, bu arada gittikçe Arap karakterinin zayıflamış olması gerekir.

IV. Tezin Gerekçeleri ve Fitzgerald'ın Bunlara Cevapları

A. Sheldon Amos'un Roma Hukukunun İslam Geldiğinde Yaşamaya Devam Ettiği İddiası

Fitzgerald, bu tezi ortaya atanların kullandıkları bir gerekçedeki tarihi hataya dikkat çekmiştir. O da Sheldon Amos'un "Beyrut ve İskenderiye'deki Roma hukuku mekteplerinin İslamlar tarafından Suriye ve Mısır'ın zaptını müteakip bir yüzyıldan fazla süre yaşamağa devam ettikleri" iddiasıdır. Fitzgerald buna getirilen tarihi olayların aslının farklı olduğunu ve bunların yanlış anlaşıldığını delilleriyle ortaya koymuştur.¹⁴

Tarihi verilere göre Beyrut Hukuk Mektebi MS. 551 depremi yüzünden dağılmıştır. Profesörleri ve öğrencileri Sidon şehrine (günümüzde Lübnan'ın kıyı kenti Sayda'ya) geçmiş ve burada 10 yıl kalmışlar, sonra M.S. 560 yılında Beyrut'a yeni yapılan binalarına gelecekleri sırada binaları yangından kül olmuş, böylece hukuk mektebi tarihe karışmış, bir daha adı duyulmamıştır.¹⁵ Tarihi verilere göre M.S. 600 yılında Beyrut tamamen harabeliktir. Müslümanlar tarafından 635 yılında fethedildiğinde de başka bir ihtimal yoktur. Her halükârda

¹⁰ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1129.

¹¹ Türkçe tercümesinde Fransızca aslı parantez içinde "accuracy, précision" şeklinde verilen ifade Türkçe tercümesi "gayri ilmi ve kesinliğe yabancı" şeklinde, Arapça tercümesinde ise لم يكن علميا ودقيقاً şeklinde verilmiştir.

¹² Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1130.

¹³ Bkz. Tahsin Görgün, "Goldziher, "Ignaz", DİA, XIV, 105, (İstanbul: 1996),

¹⁴ Bu iddiaya göre Agathias isimli birisi Justinaus'un Özel Hukuk Kanununu hazırlattıktan ve yürürlüğe koyduktan çeyrek yüzyıl sonra İskenderiye'de hukuk öğrenimi görmüştür. Oysa Niebuhr onun bahsettiği öğrenimin hukuk eğitimi öncesi hazırlık mahiyetinde bir serbest öğrenim olduğunu, hukuk eğitimi için ise o dönemde bu eğitimin tek verildiği yer olan Bizans'a, yani İstanbul'a gittiğini söyler. (Fitzgerald, 1136).

Aynı şahıs İstanbul'da aralarında İskenderiye'li Rufimus'un bulunduğu bir grup öğrenciden bahsetmektedir (Fitzgerald, 1137). Bütün bunlar, "İskenderiye'de hukuk eğitimi vardysa İskenderiye'li iki öğrencinin hukuk öğrenimi için İstanbul'a neden gitmiş olsunlar ki?" sorusunu sordurmaktadır.

¹⁵ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1137.

Beyrut Müslümanların eline, orada son hukuk dersinin verildiği M.S. 560 yılından 75 yıl sonra, “profesörlerinin en sonuncusunun ölüp orada verilmiş son dersin tamamen unutulmuş olmasından çok sonrasında” geçmiştir. Bu 75 yıl içinde hukuk eğitimin yapıldığı yegâne yer Bizans’tı.¹⁶

Bu hukuk mekteplerinin yaşamakta devam ettikleri iddiasını bir “efsane” olarak nitelendiren Fitzgerald’a göre, buna dayanak olarak gösterilen hususlardan biri tarihçi Von Kremer’in iki İslam fakihî Evzai ile Şafii’nin Suriye’de doğmuş olmaları dolayısıyla “hiç şüphesiz, örf ve adet hukuku şeklinde yaşamakta devam eden Roma-Bizans hukuk kaidelerinin bir çoğuna ünsiyetleri vardı” sözüdür. Onun “örf ve adet hukuku” ifadesi bazıları tarafından “Bizans içtihadları”na çevrilmiş, hatta “Şafii Beyrut’ta hukuk tahsil etmiştir” diyen dahi olmuştur.¹⁷

Fitzgerald Evzai hakkında özetle şu açıklamaları yapar: Her ne kadar Evzai Beyrut’ta yaşamış olsa da hakkındaki bilgiler çelişkilidir ve kesin olan onun mezhebinin çok geçmeden zeval bulduğu ve ardında fazla iz bırakmadığı, dolayısıyla İslam hukukunun oluşumunda çok etkili olmadığıdır. Fitzgerald Evzai’nin bazı görüşlerini Taberi tarihinde ve Ebû Yusuf’un ona reddiye kitaplarında incelediğini söylemiş ve şöyle demiştir: “Bunlarda bir Roma hukuku etkisinin izini gösteren hiçbir şey yoktur.”¹⁸ İslami kaynaklara göre bugün Lübnan topraklarında yer alan Ba’lebek’te doğmuş, Şam, Hicaz, Irak ve diğer İslam beldelerinde ilim tahsil etmiş ve geç yaşında Beyrut’a yerleşmiştir. Dolayısıyla diğer alimler gibi onun hayatı da ilimleri tahsil edip öğretmekle geçmiştir ve onun Roma hukukundan bir şeyler öğrenmiş olabileceği hiçbir ortam ispat edilemez.¹⁹

Fitzgerald İmam Şafî hakkında da onun tarihte sabit olan, Gazze’de doğduğu Mekke’de bedevi kabilesinde büyüdüğü ve eğitimini Beyrut’ta değil Medine’de aldığı bilgilerini verir²⁰ ki bunlar İmam Şafî’nin hayatında bilinen şeyler olup aksi ispata muhtaçtır.²¹

B. Savaş Paşa’nın Müftü-Kadı İlişkinin Roma’dakine Benzetmesi

Fitzgerald Sava Paşa’nın İslam dünyasındaki müftü-kadı ilişkisini Roma’daki gibi tasvir etmesini şiddetle eleştirir. Sava Paşa’ya göre İslam hukukunun doğuş safhasındaki etkilenmesinin yanı sıra nihai oluşumu, yani resmi İslam hukukunun (İslam Corpus Juris’inin) teşekkülü “Suriye’de hukuk ilmini öğrenmiş ve orada “preator”unkine (müfti, hukukçu, adalet bakanı) benzer görevler ifa etmiş bulunan alimlerin eseridir... Muaviye’nin saltanatı zamanında Suriye’de adli sistem fetihten önce mevcut olana pek benzer tarzda baki kaldı”. Çünkü müfti/alim fetvasını verir, hükmü söyler; hâkim de onu esas alarak hükmünü verir. “Fatihler Suriye’de Roma hukukunun örneklerini uygulandı”²² Hatta “Şam’da Arap istilasından bir yüzyıl sonraya kadar Roma adli sistemi olduğu gibi devam etmiştir”²³

Fitzgerald Sava Paşanın buradaki ifadelerine biraz alaycı ve nispeten sert bir üslupla cevap verir: “Bu demektir ki, Sava Paşa, hiç şüphesiz pek takdire değer olan reform teşebbüslerine dayanak temin etmek için kendisini, formula usulünün zeval bulduğu bilinen tarihten dört yüzyıl daha baki kaldığına inandırmakla yetinmemiş, aynı zamanda İslam hukukunun temelini atanların Suriye’de ve hatta Muaviye’nin sarayında hukuk öğrettiklerine ve çalışıklarına da

¹⁶ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1137, 1138.

¹⁷ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1138.

¹⁸ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1138.

¹⁹ Evzâî hakkında bkz. Ögüt, Salim. “Evzâî”, DİA. XI (İstanbul: TDV Yayınları, 1995). 11/546.

²⁰ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1138.

²¹ İmam Şafii’nin hayatı hakkında bk. Bilal Aybakan, “Şafî Mezhebi”, DİA, (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 38/233-247.

²² Fitzgerald, “ed-Deynu’l-mez’ûm li’l-Kanuni’r-Rumanî ala’l-Kanuni’l-İslamî”, 138.

²³ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1139.

inanmıştır". Oysa ikinci Ömer dışında tüm Emevi hanedanlarına karşı fakihler hep pasif bir mukavemet göstermişler ve tarih boyunca da yöneticiler ile fakihler arasındaki bu zıtlık devam etmiştir ki bu zıtlık konumuz hakkında hayati bir önem taşımaktadır. Kaldı ki Emevi ve Abbasi döneminin Evzai dışındaki hiçbir fakihinin Suriye'yle Emevi sarayıyla alakası yoktur; dört mezhebin imamları ile yakın talebeleri Kufe, Medine, Bağdat ve Kahire'de yaşamışlardır.²⁴

Fitzgerald'a göre "gerçekten ümera ile fukaha arasındaki bütün İslam tarihi boyunca devam eden zıddiyet bu devirde (yani Emevi'nin ilk döneminde) başlamıştır; bu durum aşağıda görüleceği gibi bizim meselemiz için hayati önem taşımaktadır." "A.S. Tritton'un söylediği gibi İslam hukuku, gelişmesine saray ve hükümetin uzağında başlamıştır". "Bu, bütün bilgiler tarafından teslim edilmektedir."²⁵

Fitzgerald'a göre Sava Paşa İslam'da müftü ile hâkim/kadı arasında Roma'daki *praetor* (hukukçu, hukuk hocası) ile *judex* (yargıç) arasındaki ilişkiye benzer bir ilişki var gibi tasavvur etmesi büyük bir hatadır. Çünkü, "ilk devirlerin müftüleri sadece hukuk alimi idiler"; ne onlar *formula* (*preteur*'un özel yargıca gönderdiği hukuk kuralları) verir, ne de kadılar onların *formula*'larına uyarlardı, bilakis kadılar "bütün İslam tarihi boyunca daima bağımsız bir kaza (yargı) mercii olarak görevde bulunmuşlardır".

C. İslam Felsefesi Gibi Fıkı da Arap Olmayanların Kurduğu İddiası

Fitzgerald bu konuda getirilen bir gerekçenin de İbn Haldun'un "İslam felsefesinin kurucularının çoğunun Arap asıllı olmadığı" ifadesinden yola çıkarak bunu hukukçular için de geçerli saymak olduğunu söylemiştir. Oysa, ona göre İslam hukuku söz konusu olduğunda durum farklıdır. Evet, Zeyd b. Sabit azatlı idi, Ebû Hanife ve Evzai azatlıların torunları idiler. Fakat fakihlerin çoğu Medine ve Kufe'den idi. Medine saf Arap, Kufelilerin çoğu arap olmayan ecdattan gelme kabul edilirdi. Fakat her iki şehir de Arap şehri idi ve Roma etkisi söz konusu olmayacak kadar da Roma sınırından uzakta idi.²⁶ Üstelik Hz. Ali dönemi ile mezheplerin çıktığı dönem arasındaki dönemde -Fitzgerald'ın ifadesiyle "karanlık dönem"- Medine ve Kufe'de çok sayıda fakihten (örneğin "yedi Medine fakih")²⁷ bahsedilir ki bu da İslam hukukunun teşekkül ettiği dönem olarak bilinen dönemden önce de saf Arap fıkıh alimlerinin varlığını göstermektedir.²⁸

Fitzgerald'ın mezhepler oluşmadan önce de fakihlerin bulunduğu ifadesi doğru, fakat "karanlık dönem" ifadesi de o dönemdeki fakihlerin yedi ile sınırlı olduğu iddiası da problemlidir. Çünkü İslam tarihine ve İslam hukuk tarihine bakıldığında hukuk tarihinin sahabeyle birlikte başlatıldığı, hatta hiçbir mezhebin birden doğmayıp her birinin sahabe döneminden mezhep imamları dönemine kadar kesintisiz devam ettiği rahatlıkla görülebilir. Hz. Ali'nin hilafet dönemini kabaca fakihlerin tabii dönem kabul edersek, bu dönemden mezhep imamların çıkışına kadarki yüzyıl civarındaki zaman zarfında yaşayan yüzlerce fakih vardır. Mesela İbn Kayyim'in *İlamu'l-Muvakkâin* kitabında bu dönemde beş şehirdeki en önemli fakihlerin isimlerini sıraladığı listedeki isimlerin sayıları şu şekildedir: Medine'de İmam Malik'e kadar fukaha-i seb'a dışında 15, Mekke'de İmam Şafii'ye kadar 15, Basra'da 40, Kufe'de

²⁴ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1139.

²⁵ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1139.

²⁶ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1140.

²⁷ Yedi Medine fakih: İbn Müseyyeb, Urve b. Zübeyr, Kasım b. Muhammed, Harice b. Zeyd, Ebu Bekir b. Abdurrahman b. Haris b. Haşim, Süleyman b. Yesar, Ubeydullah b. Abdullah b. Utbe b. Mes'ud'dur. Bk. Menna' el-Kattan, *Tarihu't-Teşri el-İslami*, (Kahire: Mektebetü Vehbe, 2001), 294.

²⁸ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1140.

İmam Ebû Hanife dönemine kadar 47, Şam'da İmam Evzai'ye kadar 16 fakih (bunlara mezhep imamlarının akranları veya onlardan yaşıca biraz daha büyük olanlar dahil değildir).²⁹

Esasen İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiğini söyleyenler de İslam dünyasındaki bu kalabalık alim ve fakih topluluğunu ve bunların hummalı ilmi faaliyetini ya bilmemekte veya göz ardı etmekte, böylece mezheplerin bir anda ortaya çıktığı gibi bir resim çizmektedirler.

D. O dönemde İslam Hukukuna Etki Etmiş Olabilecek Hukuklar Dört İle Sınırlı Olup Roma İhtimalinin de Zayıf Olması

Fitzgerald İslam hukukunun olsa olsa etkilenmiş olabileceği hukuklar arasında o dönemde yaşamakta olan Yahudi ve Hristiyan hukuklarını göstermiş, Roma hukukunun etkisinin de belki Hristiyanlara Roma'dan kalma bazı kurallar şeklinde olabileceğini söylemiştir. Zira Roma topraklarına uzak da olsa Kufe gibi şehirler "Musevi hukukunun hâlâ pek parlak surette yaşamakta devam ettiği Sur'a yakın ve Talmud ekollerinin erişebileceği yerdedi"ler. Hristiyanlar ise Suriye ve Mısır'daydılar. Müslümanlar fethettikleri beldelerde her iki dinden halka kendi mahkemelerinde yargılanma hakkı vermişlerdi. Bu mahkemelere de bu camiaların dini önderleri başkanlık ediyordu. Dolayısıyla Hristiyanlar bilerek veya bilmeyerek Roma hukukunun ana prensiplerini takibe devam etmiş olabilirler. Yani, dolayısıyla belki Müslüman hukukçular Roma hukukuyla bu Hristiyanlar aracılığıyla tanışmış olabilirler. Romalıların belki bu şekilde etkilerinden bahsedilebilir. "Fakat bu, Roma mahkemelerinin iyi eğitim görmüş meslekten yetişme personeli ile birlikte baki kaldığı iddiasının taalluk ettiğinden çok farklı bir vakiadır."³⁰ Zira mahkemelere personeliyle birlikte müsamaha edilmesi asla mümkün değildir. Çünkü "Araplar için, İslam dinine boyun eğmemiş bir yabancı devlete tabi olan ve kudretini ondan alan mahkemelerin bekasına müsamaha etmenin imkânı olmadığı aşikardır."³¹ "Kaldı ki, Allah'ın iradesine dayanan hukuk ile imparatorun keyfine dayanan hukuk arasındaki kaynak ayrılığı böyle bir şeye imkân vermez."³² Bu yüzden Mısır ve Kudüs andlaşmalarında Rumların, yani Bizanslı memurların yabancı sayıldıklarını görmekteyiz. Kudüs andlaşmasında onların buldukları yerleri terk edecekleri belirtilmekte, her iki andlaşmada "buldukları yerde kalmayı tercih ederlerse alelade şahıslar statüsünde bulunacakları söylenmektedir."³³

Buradaki Fitzgerald'ın ihtimal olarak bahsettiği "İslam hukukunun Yahudi ve Hristiyanların hukukundan etkilenmesi" ile bazı Oryantalistlerin İslam hukukunun bunlardan etkilendiği iddiası arasında fark vardır. Zira diğerlerinin bizzat o dinlerden ve hukuklarından etkilenme iddiası iken Fitzgerald'ın bahsettiği Roma hukukundan bunlar yoluyla etkilenmedir. Ayrıca Fitzgerald bunu bir iddia olarak değil, Roma hukukundan etkilenme iddiasını çürütürken olabilecek tüm ihtimalleri elemek amacıyla zikrederken diğerleri bir teori olarak zikretmişlerdir.

E. Ignaz Goldziher'in Gerekçelerine Cevapları

Fitzgerald, Ignaz Goldziher'in yazılarından³⁴ onun bu tezi tamamen desteklemediği veya vazgeçtiği kanaati edindiğini, fakat onun kanaati olarak zikredildiğinden dolayı onu

²⁹ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Alemîn*, (Dammam: Dâru İbn Cevziyye, 1423/2002), 2/38-22.

³⁰ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1141.

³¹ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1141.

³² Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1141.

³³ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1141,1142.

³⁴ Fitzgerald (1142, 1843), Ignaz Goldziher'in kanaati olarak zikredilenlerin, onun eserlerindeki genel fikre uymadığını söyler. Ona göre eserlerindeki seyri şöyledir: 1884'deki bir Macar dergisindeki makalesinde iki hukuk arasındaki benzerlikleri sıralamış ve bunun iktibas sonucu olarak meydana çıkmış bulunmaları gerektiğini söylemiştir. 1899'daki bir makalesinde bu benzerlikleri sıralamış, fakat bunların iktibas delili olduğuna dair bir şey söylememiştir.

destekleyici olarak zikredilen gerekçeleri formüle edip teker teker cevap vereceğini söylemiştir. O görüş ve dayanaklar şunlardır:

1. “İslam içtihat hukuku hicri 2. yüzyılda doğmuştur.”

Bunu destekler mahiyette Sheldon Amos da Peygamber ve arkadaşlarının mükemmel bir hukuk sistemi kurmağa yetecek zamana, yapabilecek fikri kabiliyete sahip ve ehliyeti haiz olmadıklarını söylemiştir.³⁵

Fitzgerald buna şöyle cevap vermiştir: İslam miras hukuku Peygamberin vefatından sonraki 30 yılda içinde Zeyd b. Sabit, Ebû Musa el-Eş'ari, İbn Mesud, Ömer ve Ali tarafından kurulmuş olduğu açıkça ve ittifakla kabul edilmektedir ve inkâr için de bir sebep yoktur. Ayrıca Mekke ve Medine halkı Peygamber (s.a.v) öncesinde yüzyıllarca şehirlerde topluca yaşamaya alışkındı. Fitzgerald'a göre yöneticiler ile hukukçular arasındaki ayrım İslam'ın doğuşundan hemen sonra başlamıştır. Mesela Ömer (r.a.)'ın Ebû Musa el-Eş'ari'ye gönderdiği ve bize şifahen gelen “bu talimat bu ilk çağlarda bir İslam hakiminin rehber edineceği beklenen ve gerçekten İslam içtihat hukukunun teessüsünde (kurulmasında) esas tutulmuş olan metodları açıkça ortaya koyar.” “Her ne kadar İslam içtihat hukukunun eserleri, bize gelen ilk müellif ve hocaları, yani dört büyük sünnî mezhebin imamları ikinci hicri yüzyılda yaşamış iseler de bunlardan önce muazzam mikyasta (ölçüde) içtihat hukuku çalışmalarının yapılmış bulunduğu muhakkaktır. Bu müellifler bazen teferruat bakımından birbirlerinden pek ayrılırlar. Fakat hukukun ana yapısı hepsinde aynıdır. Ana yapı kuruluncaya kadar teferruat üzerinde çekişme olamaz.” Bu ana temeller ise Suriye, Mısır, Bağdat'ta değil, Medine ve Kufe'de atılmıştır.³⁶

Ancak Fitzgerald burada sözlerinin arasına İslam hukukunun Yahudi hukukundan alınmış olabileceğini ima eden bir-iki cümle koymuştur. Hz. Ömer'in Eş'ari'ye göndermiş olduğu hukuk talimatı hakkında onun Yahudilikten esinlenmiş olabileceğini ima etmiştir: “bu talimat Roma hukukundan değil Yahudi hukukundan mühlhem bulunmaktadır: Margoliotuh'un dediği gibi, bu talimatı veren kimsenin yanı başında bir Yahudi hukukçusunun bulunduğu hissi insanda uyanmaktadır.”³⁷

Aynı tavır İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği tezine karşı çıkan Fransız oryantalist Bousquet'ta da görülür.³⁸ Fakat Fitzgerald burada mesele üzerinde fazla durmamış, üzerine fikir bina etmemiş, sonuç itibariyle İslam hukukunun hiçbir hukuktan etkilenmediğini açıkça ifade etmiştir. Esasen bu tavrı, kafasına takılan ve çözemediği bir hususla ilgili noktaya temas ederken aklından geçen düşüncüyü izhar edip ardından tekrar cevap aramak olarak da görülebilir.

Yahudilerin fıkıh kaynağı diyebileceğimiz Talmud ile fıkıh kitapları arasında büyük benzerlikler bulunabilir. Bu, Bousquet'un Talmud'dan getirdiği bazı örnek metinlerde açıkça

Muhammedanische Studien'de (1889-1890) bunlara hiç temas etmemiş, Vorlesungen kitabında (1910) sadece fıkıh-prudentia benzerliğine değinmiş, daha sonra bu konuyu tamamen terk etmiştir.

Ancak Tahsin Görgür, belli bir tarih belirtmeden Goldziher'in İslam medeniyetinin esas itibariyle Yahudilik, Hıristiyanlık ve belli oranda İran etkisinden de bahsetmiştir. Hatta ona göre İslamiyetin oluşumu birkaç asırda şekillenmiştir. Tahsin Görgün, “Goldziher, “Ignaz”, *DİA*, XIV, (İstanbul: 1996), 105.

³⁵ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1143.

³⁶ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1143, 1144.

³⁷ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1143.

³⁸ Esasen Bousquet da bunu önce bir ihtimal olarak zikredip, ardından bu ihtimali çürüten ve zayıflatan hususları zikrederek bunun zayıf bir ihtimal olduğu sonucuna varmıştır.

Bu teoriyi destekleyen ifadeleri için bk. Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 24-25, 42-44. Bu ihtimali ve teoriyi çürüten ifadeleri için bk. “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 47-49.

görülmektedir. Fakat, bırakın fıkıh kitapları arasındaki benzerliği, iki dinin kutsal metinleri olan Tevrat ile Kur'an arasında dahi benzerlikten, iki dinde bulunan namaz, oruç gibi ortak ibadetlerden bahsetmek zaten mümkündür ve İslam bunu asla reddetmez. Hatta, daha önceki ümmetlerde de bulunduğunu açıkça ifade eder,³⁹ önceki peygamberlerin ifadelerine yer verir.⁴⁰ Aynı şekilde İslam, geldiğinde Araplar'ın hâlâ yerine getirmekte oldukları hac esnasında yapılan birçok ibadeti (nüsükü) de ortadan kaldırmamış, müşriklere benzer görüntüler verilmesinden çekinmemiştir. İslam'ın bunda hiçbir tereddüt veya çekincesi yoktur. Çünkü Kur'an ve Sünnetle ortaya konulan hak din, benzeyeni ve benzemeyeni ile baştan sonra Allah tarafından, O'nun dilediği şekilde konulmuştur ve hiçbir şeyden istifade edilmiş veya kopyalanmış değildir. Aynı şekilde bu kaynaklardan beslenen fakihlerin de fıkıh kitaplarında (aslına uygun kaldığı hususu bir tarafa, ellerindeki) Tevrat ve Hz. Musa'nın sünnetini esas alıp ayrıntılı konulara cevap vermeye çalışan Talmud'un da fıkıh kitaplarına benzemesi normaldir. Bu benzerlikten iktibas sonucu çıkarmak mümkün değildir.

2. "Fıkıh" kelimesi Latince'deki "akla uygunluk" anlamına gelen "prudentia"nın tercümesidir.

Fitzgerald'a göre evvela burada yanlış anlaşılma vardır; çünkü Goldziher'in söylediği kelime "ratiocination", yani "akli melekelerin kullanılması"dır. Evet, fıkıhla aynı anlama gelebilecek kelime "prudentia" değil, budur.⁴¹ Bu ise her dil ve ekolden hukukçunun aklına gelebilecek ve onu ifade eden bir kelime türetebileceği bir anlamdır. Sebebi aklın ve aklın kullanılmasının "insan ruhunun her yer ve devirde aynı kalan vasfı" olmasıdır. Gerçekten de bütün hukuk sistemleri ister istemez aklın kullanılmasına dayanır ve bunun farkına varmayan hukukçu düşünülemez. Bu kelime bu anlamda başka hukuklarda da örneğin Hint hukukunda da vardır. Buna dayanarak Hintlerin bu kelimeyi Roma'dan iktibas ettiklerini söylemek aynı derecede mümkün, fakat aynı derecede abestir. Fakat "halen teslim edilmektedir ki Arapların Latince'den doğrudan doğruya iktibasta bulunmuş olmaları ihtimali yoktur"⁴².

3. "Yazılı hukuk ile yazılı olmayan hukuk ikiliği Roma hukukundan gelmektedir."⁴³

Roma hukukunda yazılı hukuk (leges scriptae) "şeklî muteberliğini teşri' iktidarına sahip bir fert veya bir topluluğun kesin teşriî tasarrufundan alan hukuk", yazılı olmayan hukuk ise (leges none scriptae) "muteberliğini sırf başlangıcı belirsiz bir örften alan hukuk" anlamında kullanılır.⁴⁴ Oysa İslam hukukunda buna en yakın taksim nas ve kıyas şeklindeki taksimdir. İslam hukukunda nas "emrine uyulması gereken metin", kıyas ise "bilginlerin metinden mantık yoluyla çıkardıkları tümdengelim kuralları"dır.⁴⁵ İki taksim arasındaki tek ortak yön ise birinin

³⁹ "Ey iman edenler! Oruç sizden önce gelip geçmiş ümmetlere farz kılındığı gibi size de farz kılındı." Bakara 2/183.

⁴⁰ "(Beşikteki İsa devamla şöyle dedi:) "Nerede olursam olayım, O beni mübarek kıldı, yaşadığım sürece bana namazı ve zekâti emretti." Meryem 19/31.

⁴¹ "Ratiocinatio"; usa vurma, akıl yürütme; tasım, kıyas.

"prudenti\ a -ae": d. basiret, sağgörü, ihtiyat; teenni; bilgi.

Bk. file:///C:/Users/dell/Desktop/LATINCE_TURKCE_SOZLUK.pdf Erişim: 04.01.2021.

⁴² Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1144.

⁴³ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1145.

Goldziher bu ayrımın Yahudi hukukuna da İslam'dan 50 yıl kadar önce Roma hukukundan geçtiğini iddia etmiştir. Fitzgerald ise (1146, 1147) bu ayrımın çok daha önce, Hz. İsa zamanında da bulunduğunu, o dönemde ise Roma hakimiyetine karşı duydukları nefretin, Yahudilerin bunu onlardan almasına engel olacak kadar kuvvetli olduğunu söyleyerek cevap vermiştir.

⁴⁴ cript\ um -i cns. yazı, kitap, yapıt; yasa, kanun. Jus: kanun.

Nön: değil, olmayan.

Bk. file:///C:/Users/dell/Desktop/LATINCE_TURKCE_SOZLUK.pdf Erişim: 04.01.2021.

⁴⁵ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1145.

sırf metin itibariyle, diğerinin sırf ruhu itibariyle değer ifade etmesidir. Bu, Roma'dan iktibas edilmiş olması imkânsız İngiliz ve Hint hukuklarında da böyledir. Üstelik İslam'daki yazılı olmayan icma gibi bazı hukuk kaynakları dolaylı olarak metin sayılır ki bunun Roma hukukunda hiçbir benzerliği yoktur.⁴⁶

Doğrusu, yazılı-yazılı olmayan şeklindeki ikili taksim İslam gibi dini metni olan her dinde olması gayet doğal bir durumdur. İlahi metin olarak Kur'an'ın yanında bir de onun açıklayıcısı mahiyetindeki Sünnet'in bulunması ve bunların doğal olarak (bizzat tedvini zaman alsa da) metin/yazılı kabul edilmesi, sonra bunların dışındaki icthadların yazılı olmayan sayılması... tüm bunlar tamamen doğal, aklın gerektirdiği şeylerdir. Buradan, üstelik Fitzgerald'ın da açıkladığı gibi aralarında büyük farklar bulunmasına rağmen, iki hukuk arasında benzerlik çıkarmak, kötü niyet yoksa, en azından bilimsellikten son derece uzak bir tavidir.

4. “İslam fakihleri nüfuz sahibi fakihlerin içtihatlarına müstesna değer attettiler. Bu, Roma hukuk düşüncesinin tümdengeline (istidlal) büyük önem atfetmesine benzemektedir. Hatta re’y (görüş) kelimesi “opinio prudentum’un birebir tercümesidir.”

Fitzgerald buna özetle şöyle cevap vermiştir: Şahsi kanaatleri ve içtihatları hukuk kaynağı sayılan son Roma hukukçusu Herennius Modestinus (görevi: MS. 226-244) İslâmiyetten dört yüzyıl önce yaşamıştır. Bilinen son hukukçu olan ve İslam'da üç yüzyıl önce yaşayan Hermogenianus ise sadece bir derleyici idi.⁴⁷ İslam geldiğinde ise bunlar asırlarca önce yaşayıp tarihte kalmış kimselerdi. Bir millet, eriştiği çağda diğerinin sahip olduğu medeniyeti iktibas edebilir; fakat bir milletin diğer milletin çoktan geçmiş çağlarındaki yavaş ve uzun süreli gelişimini iktibas etmeye kalkıştığı tarihte görülmüş şey değildir.⁴⁸

Kaldı ki, “re’y: görüş” ifadesi İslam'da başlangıçta olumlu kullanılan bir kelime değildi. Bilakis bu ifade başlangıçta Hanefi karşıtlarının bir tarizi, itham kokan isimlendirmesi idi. Öyle ki alimler “kendi şahsi kanaatleri ile hukuk yarattıklarını itiraf etmeye çekiniyorlardı.”⁴⁹

Doğrusu, içtihatla bulunacak, fetva verecek alim için re'ye, kıyasa, akli istidlale önem atfetmekten daha doğal bir şey olamaz. Çünkü icthad ya mevcut nassı açıklamak ve ondan hüküm çıkarmak veya nasta bulunmayan husustaki Allah'ın muhtemel hükmünü bulmaya çalışmak değil midir? Dolayısıyla her ikisinde de müçtehidin bilgisini ve aklını kullanması yok mudur? Re'y kelimesinin kullanılması da gayet doğaldır; çünkü icthad bir akli ameliyedir ve bunu ifade etmek için kullanılacak kelimeler de sınırlıdır. Bunlardan re'yin kullanılıyor olması, bu ihtimallerden birinin gerçekleşmesinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla bu hususların tamamı bir din veya hukuk için gayet doğal iken hiçbir mesnede dayanmaksızın iktibas iddiasında bulunmanın bilimsel izahı asla olamaz; bu keyfi ve taraflı bir iddia olmaktan öteye gidemez.

5. “Arapçada maslahat veya ıstıslah diye bilinen esas, Romalıların “utilitas publica” esasının aynısıdır.”

⁴⁶ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1146.

⁴⁷ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1147.

⁴⁸ Fitzgerald'a göre İslam'ın ilk iki yüzyılında, İslâm fakihlerinin taklit edebilecekleri ve belki de taklit ettikleri prudentes (hukukçular) vardı; fakat bunlar Roma'lı değil, Sura ve Pumbaditha'daki Bâbilli yahudiler, Talmud gaonimleri idi. Daha önce işaret ettiğimiz gibi Fitzgerald, İslam hukukunun Roma hukukundan etkilenmediğini şiddetle savunsa da Yahudi hukukundan etkilenmiş olabileceğine ihtimal vermekte, en azından bu etkilenmeyi Roma hukukundan etkilenme ihtimalinden daha kuvvetli bir ihtimal görmektedir.

Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1148.

⁴⁹ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1148.

Fitzgerald buna şöyle cevap vermiştir: “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.”⁵⁰

Fitzgerald daha sonra şöyle demiştir: “Anlaşıyor ki yukarıdaki delillere dayanarak Goldziher’in çıkarmaya kalktığı sonuç, İslam fakihlerinin Roma hukuk tarihinin geçmiş bir devrindeki tefekkür mekanizmasını iktibas ederek kendi sistemlerini bunun üzerine inşa etmiş olmalarıdır. Böyle bir iktibasın hiçbir delili yoktur ve gerçekten bu düşünce bütünü ile abestir.”

Fitzgerald ardından, “iktibasta bulunmaları çok daha muhtemel iki çeşit iki kaynak vardı ve bunların ikisiyle temas halinde idiler.” demiştir. Fitzgerald, kastını Yahudi hukuk bilginleri ile *Justinianus* tarafından sürgün edilmiş olup Sasani imparatorluğunda sığıntı olarak bulunan Atinalı Yunan filozoflar olarak açıklamıştır. Fitzgerald daha sonra yukarıdaki iki ihtimale bir üçüncüsünü, Sasani imparatorluğunun hukuk sistemini eklemiştir.⁵¹ Fakat bu ifadelerini böyle düşündüğü şeklinde değil, “ihtimallere bakıldığında bu iki hukuktan iktibas ihtimali Roma hukukundan daha büyüktür” şeklinde anlamak gerekir. Zira makalesi boyunca 3-4 yerde böylesi ihtimallere kısaca işaret etmiş, fakat pek kuvvetli görmediğinden üzerinde durmadığı gibi, konuyu ve makaleyi İslam hukukunun bu hukuk ve dinler de dahil hiçbirinden iktibas edilmeyip orijinal olduğunu ifade eden sözleriyle bitirmiştir. Fitzgerald’ın burada anlattıklarından çıkan sonuç İslam hukukunun etkilenmiş olabileceği dinler ve hukuklar sıralamasında Roma hukukunun en sonda yer aldığıdır.

V. Tezin Geçersiz Olduğunun Gerekçeleri

Fitzgerald’ın, tez sahiplerinin iddia ve gerekçelerine vermiş olduğu cevapların her biri dolaylı olarak tezin geçersizliğine dair delil ve gerekçelerdir. Bununla birlikte Fitzgerald’ın bu iddianın geçersizliğine yönelik söylediği bazı doğrudan gerekçeler vardır. İşte bu bölümde bunları ele alacağız.

A. Roma Döneminin Zayıf ve Karanlık Dönem Olup Etki Gücünün Bulunmaması

Roma hukukunun yürürlüğe girdiği dönemi uzun uzadıya anlatan Fitzgerald’a göre dünya tarihinin en sefil devrelerinden biri Justinianus’un Corpus Juris’inin yürürlüğe girmesinden (MS. 529-534) Peygamber (s.a.v)’in vefatına kadar geçen bir asırdır (632). Her ne kadar bu çağ, dönemin iki süper devleti için hukukta zirve yaptığı bir çağ gibi gözükse de (Roma’da Justinianus, Pers’te adil Anuşirvan) ezici vergiler, hizip dövüşmeleri, iki devlet arasındaki savaşlar ve bunlarla yıkılan şehir ve tahrip olan topraklar, bu devletlere komşu devlet ve milletlerin bitmek bilmeyen saldırıları, salgın hastalıklar, depremler devletleri ve halklarını yorgun ve bitap düşürmüştü. İşte bir avuç Arap dünyayı fethetmek için karşı karşıya kaldığı, iki süper güç değil, bu yaralı-zayıf iki imparatorluk idi. Dolayısıyla her iki devlet de hukukta tesir bırakacak bir durumda değillerdi.⁵²

Ancak dönemin iki büyük devletinin bu denli zayıf ve güçsüz olduğu iddiası pek isabetli gözükmemektedir. Özellikle Araplar’a kıyasla maddeten ve askeri bakımdan çok güçlü devletler oldukları kesindi. Tükenmişlikleri adalet ve maneviyatta idi. Müslümanlara hukukta tesir bırakacak durumda olmamalarının nedeni ise başka idi. Esas sebep Roma hukuku laik ve beşeri iken kendilerine Kur’an ve Sünneti dayanak kabul eden Müslümanların ona tenezzül etmelerinin mümkün olmamasıydı. Ayrıca davasını güttükleri şey onlar için, bütün ideolojilere ve dinlere meydan okuyan ve yanlışları düzeltmek için geldiğini ilan eden ilahi bir dindi.

⁵⁰ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1148.

⁵¹ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1149.

⁵² Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1131-1133.

Dolayısıyla başkalarını taklid etmeleri düşünülemezdi. İslam devleti yerine başka bir devlet olsaydı Roma'dan iktibas ve istifade etmesine bir engel yoktu.

B. Roma hukukunun örf hukukla rekabet içinde olup tam anlamda ve güçlü bir şekilde uygulanamaması

Fitzgerald'a göre Roma hukuku birileri tarafından örnek ve esas alınacak konumda değildi. Çünkü Batı Roma'da Corpus Juris'in hiçbir zaman yürürlüğe konulmadığı çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Orada Roma hukuku devam ettiği sürece uygulanan hukuk Corpus Juris⁵³ değil Codex Theodosianus'a (MS. 438) dayalı bir hukuk idi.⁵⁴ Bu hukuk ise Justinianus'un zaferlerine rağmen Romalıları tâbi (başkalarına uyan, uydusu) bir kavim haline getirmiş, devleti idare eden barbarların örflerine mağlup olmuş, hatta Romalı kelimesi tâbi insanı anlatır olmuştu. Bu koşullarda ise Roma'nın ne Müdevvene'de ne o dönemdeki başka bir hukuk kitabında etkili olması mümkündür.⁵⁵

Doğu Roma'da ise Corpus Iuris Civilis, her ne kadar Bizans mahkemelerinde ve memurlar tarafından uygulansa ve Bizans'ta öğrenim görmüş hukukçular tarafından işlenmiş olsa da papiruslardan öğrendiğimize göre, onun yanında bir de varlığını hâlâ sürdüren ve Roma hukukuyla isteksiz bağlılığı bulunan, hatta onunla rekabet halinde olan örf hukuku vardı. Hatta Justinianus'un Suriye-Roma Mecellesi girişiminin bu tür "piç içtihatları"⁵⁶ temizleyerek Roma hukukunu değiştirmesine engel olmak girişimi olduğu söylenebilir. Demek ki İslam hukukçuları kendi hukuklarını kurarken faydalandıkları (faydalanabilecekleri var olan) yegâne mahalli malzeme Roma hukuku kırıntıları değildi.⁵⁷

Justinianus'un Roma hukukunun o dönemde uygulanmadığının bir delili de asıl revaçta olanın adıyla anılan son derece iptidai ve "pek zavallı özet kitabın" bulunmasıydı. Bu kitapçık Suriye ve Arabistan dillerine çevrilmiş ve Suriye kiliselerinde bir hukuk el kitabı olarak yürürlük kazanmıştı. Bununla İslam hukuku arasındaki tek benzerlik ise miras malının sadece üçte birinden vasiyet edebileceği kuralının bulunması ve bunun da vesikanın aslına "interpolatio" (ilave, ta'lik) yoluyla eklenmesiydi. Dolayısıyla Justinianus'un adını Suriyeliler dahi duymamıştı. Arap efendilerinin duyma ihtimali elbette daha zayıftı.⁵⁸

Justinianus'un saltanatından sonra ise Roma hukuku yabancı dilde yazılmış, dili eyaletlerde anlaşılmayan, devletin uzaktaki temsilcisi sıfatıyla bulunan memurlarca uygulanan "yabancı bir hukuk"tu. Bizans'ta ancak uzun öğrenimden sonra anlaşılabilen bir sırdı. Bunun sebebi ise üç şeydi: 1) Latince'nin müşterek dil olmaktan çıkması, 2) Justinianus'un İstanbul ve Beyrut

⁵³ Corpus Iuris Civilis Hakkında Bk. Haluk Emiroğlu, "Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51/3 (Ağustos 2002): 85-96. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/285/2600.pdf>. Erişim: 18.09.2020.

⁵⁴ Roma hukuk tarihinin safhaları kaynaklarda başlıca beş dönem olarak zikredilir: Eski Hukuk dönemi (M.Ö. 753-150), Klasik öncesi Hukuk Dönemi (M.Ö. 150-27), Klasik Hukuk Dönemi (M.Ö. 27-M.S. 250), Postklasik Dönem (M.S. 250-527) ve Justinianus Dönemi (M.Ö. 527-565). Sonraki döneme Justinianus döneminin büyük etkisi bulursa da Hıristiyanlık ve Helenizm'in etkisiyle Doğu Roma eyaletlerinin hukuku olarak varlığını sürdüren ve kısmen Hıristiyan hukukuna evrilen Justinianus sonrası bu dönem Roma değil "Bizans hukuku" adını almıştır.

Bk. İrem Kurt, *İslam ve Roma Hukukunda Genel Hukuk Prensiplerinin Mukayesesi*, İstanbul: Marmara İlahiyat Fakültesi, SBE, Yüksek Lisans tezi, (2017), 14.

⁵⁵ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1133.

⁵⁶ Tercümedeki ifade aynen böyledir. Kasıt, merkezi hukuk sisteminden uzakta her bölge hukukçularının kendi yörelerinde uygulamak üzere türettikleri kanunlar olmalı.

⁵⁷ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1134.

⁵⁸ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1134, 1135.

dışındaki hukuk mekteplerini ezmesi, 3) Beyrut mektebinin daha sonra M.S. 551 yılındaki depremle tahrip olup 560 yılındaki depremle de tamamen yıkılıp yok olması.⁵⁹

Fitzgerald'ın Suriye-Roma Mecellesi ile kastettiği muhtemelen Codex Theodosianus'tur. Ancak Fitzgerald İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiğine dair tezin Justinianus'un kanunlarıyla sınırlı tutmuş olması problemlidir. Çünkü tez sahiplerinin böyle bir sınırlandırması bulunmamaktadır; ifadeleri "roma hukuku" şeklinde geneldir. Fakat genel anlamda alınsa dahi somut olarak düşünüldüğünde hâkim olan Fitzgerald'ın da söylediği Codex Theodosianus idi. Fakat bunun da İslam hukukundan böylesine farklı olduğu iddiası da araştırmaya muhtaçtır. Çünkü örneğin Yusuf Ziya Kavakçı'nın yapmış olduğu bir araştırma aralarındaki benzerliğin bir-iki ile sınırlı olmadığını göstermektedir.⁶⁰ Fakat, bu kadar benzerlik dahi, ileride başka konuda ifade edileceği gibi, iktibasa delil teşkil etmeye yeterli değildir.

C. Siyasi ve Psikolojik Engel

Fitzgerald iktibas ve etkilenmenin önündeki, belki de kimsenin dikkat çekmediği önemli bir engele işaret eder ki o da siyasi ortamın doğurduğu siyasal, psikolojik ve sosyolojik engeldir. Çünkü İslam dünyası ile Bizans arasında iki yüz yıl boyunca çekişme ve savaş vardı. Dolayısıyla bu derece kavgalı olunan bir ülkeden kültürel olarak etkilenme ve ondan iktibasta bulunma ihtimali çok zayıftır. İfadesi aynen şöyledir: "Ta iki yüzyıl sonrasına, aradaki siyasi münasebetlerin doğrudan doğruya bir iktibas ihtimalinin düşünülmesine dahi imkan vermeyecek mahiyette olduğu..."⁶¹

D. Roma Hukukunun Arapça'ya Tercüme Edilmemiş Olması

Fitzgerald'ın söz konusu teze karşı verdiği en güçlü cevaplardan biri belki de Roma hukukunun dili ve tercümesi konusudur. Ona göre Roma hukukunun birçok bölümü ya Latince ve Yunanca veya sadece Latince yazılmıştı. Yunancaya yapılan çeviri hem gayri resmi nitelikteydi hem de hukuk öğrencisinin okula başlarken birinci yılında aydınlanmasını sağlamak amacıyla yapılmıştı.⁶² Özellikle de "İslam hukukunun esaslarının artık teessüs etmiş bulunduğu (esaslarının ortaya konulduğu) bir zamana (yani mezheplerin teşekkül ettiği hicri 2. asra) kadar, ana hukuku herkes tarafından anlaşılacak dile (Arapça'ya) çevirme teşebbüsü vaki olmamıştır."⁶³

Nallino'nun da ifade ettiği gibi son araştırmalar Roma hukukunun Arapça'ya tercüme edilmediğini ispat etmiş olup aksini gösteren hiçbir dayanak yoktur. Dolayısıyla bu tarihi gerçeğe rağmen bu tezi savunanların tek dayanakları farazi hükümleri ve tahayyülleridir.⁶⁴ Fakat bunun geçersiz olduğu açıktır. Somut delillere ve tarihi gerçeklere dayanması gereken böylesi önemli bir iddianın bir de aksi ispat edildiği halde ısrarla savunulmasının kötü kasıttan başka hiçbir izahı olamaz. Dolayısıyla da farazi ve hayali iddiadan ve safsatadan öteye gidemez.

E. İslam Hukukuna ve Arapçaya Bu hukukun Dilinden Kelimelerin Geçmemesi

⁵⁹ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1135.

⁶⁰ Bk. Yusuf Ziya Kavakçı, "İslam Hukuku ve Roma Hukuku", *İslam Medeniyeti Dergisi*, (Ocak 1969), 15-19; Yusuf Ziya Kavakçı, *Suriye-Roma Kodu ve İslam Hukuku*, (Ankara: Atatürk Üniversitesi yayınları, 1975).

⁶¹ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1135,1136.

⁶² "Justinianus'un Novella'ları ya iki dilde ya da hatta Latince değil, sadece Yunanca yazılmışlardı. Fakat Corpus Juris'in eski kısımları yani Institutiones, Codex ve Digesta latince idiler; yapılmış olan yegâne tercüme görünüşe bakılırsa sadece hukuk öğrencilerinin birinci öğrenim yılında aydınlanmalarını sağlamak amacını güdüyordu." Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1135.

⁶³ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1135.

⁶⁴ Bk. Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 65.

Ona göre “meselenin can damarı buradadır”. Çünkü “Bir millet, bir müessese veya düşünce diğerinden iktibas ettiğinde, bu müessese veya düşüncenin adının da alındığı çoğu zaman görülür.”⁶⁵ Mesela Roma hukukundaki birçok kelime onların Yunanlardan iktibas edildiğini apaçık ortaya koyar. “Talmud hukuku da İbranileştirilmiş Yunanca veya Latince kelimelerle doludur”. Fitzgerald iddialıdır; ona göre Arapça’da sınırlı da olsa başka dilden alınma kelimeler vardır, fakat hukukla ilgili alınan tek kelime vardır ki o da kanundur: “kanun terimi hariç, Latince veya Yunanca’dan alınmış bir tek kelime yoktur.”⁶⁶ Kanun kelimesi de “hukuk” anlamından çok “idari nizamlar”, bazen de “örf” anlamında alınmış, en azından Kanuni dönemine kadar “hukuk” anlamında kullanılmamıştır.⁶⁷ Emevilerin idari ve askeri alanda Roma’dan etkilendiği söylenebilir, hatta ondan iktibas edilen kelimeler de bulunmaktadır. Fakat hukukta böyle bir şey asla yoktur. Zaten Emeviler’in ardından Abbasiler’in merkez edindiği Bağdat Bizans’tan ve etkisinden daha uzaktır.⁶⁸

F. İslam Hukukunda Roma Hukukunun Referans Gösterilmemesi

Fitzgerald’a göre İslam hukukunun Roma hukukundan etkilenmediğinin önemli bir gerekçesi İslam hukuku eserlerinde Roma hukukunun hiçbir şekilde referans gösterilmemesidir. Fitzgerald özetle şunları ifade eder: Hiçbir İslam hukuk kitabında herhangi bir Roma hukuk otoritesine bir tek atıf yoktur. Oysa İslam hukuku kadar olmasa da İslam felsefesi de müstakil olma iddiasındadır, fakat İslam felsefesinde Eflatun ve Aristoteles’ten bir ilham alındığında bu husus açıkça belirtilir. Dolayısıyla böyle bir durum olsaydı İslam hukuk kitaplarında onun izlerine zayıf da olsa mutlaka rastlardık.⁶⁹

Bu noktada belki İslam hukukçularının istifade etseler de bunu gizlemiş olabilecekleri, çünkü açıktan referans göstermelerinin zor olduğu, zira bunun onların dini inançlarını ve dine mensubiyetlerini sorgulatacak derecede bir tepkiye yol açacağını bildikleri söylenebilir. Fakat Fitzgerald’ın söylediği referans göstermeyi illaki olumlu yönde anlamamak gerekir. Yani, “mesela Roma hukukunda şöyledir, oysa bu hatalıdır” şeklinde tenkit şeklinde de olsa Roma hukukuna hiçbir şekilde atıf veya işaret yoktur. Burada ortaya konulmak istenen İslam hukukçularının Roma hukukuyla hiçbir ilgi ve alakalarının bulunmadığı, dolayısıyla ona ait hemen hiçbir şeyden haberdar olmadıklarıdır ki bu da ondan iktibas ve etkilenme olmadığını ispat için yeterlidir.

Fitzgerald’a göre en azından, kaynaklarının Roma gibi başka kaynaklar olduğu da Roma hukukundan aldıkları halde bunu hileyle gizledikleri de iddia edilemez. Çünkü hukukun temelini atanlar ve ilk hadis derleyicileri “dini vazife saydıkları Allah’ın hukukunu tespitte dürüst kişilerdi” ve bu dürüstlükleri bu uğurda uydurma yoluna sapsularına engeldi. Ancak bu durum, dolaylı veya farkında olunmadan gerçekleşen iktibas ihtimalini bertaraf etmez. “Fakat şurası muhakkaktır ki corpus juris’den doğrudan doğruya bir iktibas vâki olmamıştır.”⁷⁰

Fitzgerald’ın, en azından ilk fakihleri ve hadis derleyicilerini “dürüst” olarak nitelemesi hayli ilginç olup bu alimlere, amellerine ve niyetlerine yönelik şüpheli yaklaşan veya kötü düşünen Müslüman ilim adamlarına dahi ders olacak niteliktedir.

G. İki Hukukun Tescil ve Şifahilikte Birbirlerinden Farklı Olmaları

⁶⁵ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1149.

⁶⁶ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1150.

⁶⁷ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1150,1151.

⁶⁸ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1149,1150.

⁶⁹ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1135.

⁷⁰ Fitzgerald, “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”, 1153.

Roma'da yazı uygulamada önemli bir yer teşkil eder. İslam hukukunda ise aslolan şifahi beyan ve bilgidir. Evlenme, boşanma vs. de tescil yoktur. Yazılı belge ve tescili Osmanlılar'da İstanbul'un fethinden sonra arazi tescillerinde, Mısır, Kuzey Afrika ve Hindistan'da geç dönemlerde, bazı hususlarda ve de kişinin isteğine bağlı olarak yapılmaya başlandı.⁷¹ Kanun kelimesini Romalılardan almaları "Arap fatihlerin Roma idari siteminde yazılı metinlerin taşıdığı değerden haberdar olduklarını gösterir." Romalılardan bunu alacak kadar onlardan haberdar olan Arapların yazı ve tescili de almış olmaları gerekirdi. Bizans'ta, Yahudilerde ve Mısırlılarda yazı ve tescil ileri derece olduğu halde, İslam hukukunda bunların hiçbirinin bulunmaması iktibas veya etkilenme iddiasını tamamen yalanlar.⁷²

H. İki Hukukun Amaç ve Mahiyette Birbirlerinden Farklı Olmaları

Fitzgerald üç delilden sonra bir paragrafta parantez içinde gösterdiğimiz başlıkla ifade edilebilecek bir hususa değinerek şöyle demiştir: "Şeriat gerek mahiyeti gerek amacı bakımından Roma hukukuna nispetle ta kökünden farklıdır." Roma hukuku daima hukukçuların yarattığı hukuktur, şeriat ise tamamen ilahi kaynaklıdır. Öyle ki, "İslam hukukçuları hatta Roma hukukuna vakıf olsalardı bile buna ilgi duymayacaklardı." "Bunun gibi şeriat da ister istemez Roma hukukçuları için hiç ilgi çekici olmayacak pek çok şeyle uğraşır ve Roma hukukçularına tamamen yabancı telakkiler İslam hukukuna hâkim bulunur".⁷³ Esasen Fıkıh kitaplarının konuların üçte birine yakınının namaz, oruç, zekat, hac ve kurban gibi ibadet konularını, nezir, avlanma, kerahet gibi dini yönü bulunan konuları içermesi; hukukun diğer alanlarında da doğal olarak bunlardaki algı ve bakış açısının belli ölçüde etkisinin bulunması, bunları birbirine önemli oranda farklı kılmaya yeterli olmalı.

I. İki Hukukun Genel Telakkiler Bakımından Birbirlerinden Farklı Oluşları

Şu ifadeler, adeta bir Müslümanın kaleminden gelen ifadelerdir: "Gerçekte bu iki sistem, hukukun gerçek kaynağı konusundaki temel telakkiler bakımından bağdaşamaz surette birbirine aykırıdır. İslam hukuku yegâne kanun koyucu olan Allah'ın kanunudur."⁷⁴ İslam'ın Kur'an ve sünnet gibi İslam âlimini ve hukukçusunu bağlayan dini kaynakları, meşruiyetini bu kaynaklardan alan icma, kıyas, istihsan, örf ve maslahat gibi zengin bir dini-hukuki kaynak ve ilkeleri bulunan zengin bir hukuk sistemi varken, Müslümanların, tamamen seküler olan Roma hukuk sisteminden alması düşünülemez. Bu, onların dinlerine ihanetleri anlamına gelir.

Sonuç ve Değerlendirme

Makalede değinilen noktalar üzerinden özetle şunları söyleyebiliriz.

İlk kez XIX. yüzyılda ortaya atılan İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği ve ondan iktibas edildiği tezine yönelik eleştirilerin özellikle 1940-1950'li yıllarda bir hayli yoğunlaştığı göze çarpmaktadır. Örneğin ele almakta olduğumuz Fitzgerald'ın makalesi 1951 yılında yayımlanmış, o dönemde batıda yayımlanan başka makalelerle birlikte Türkçe ve Arapça'ya tercüme edilmiştir. Batılılar tarafından kaleme alınan bu eleştirilerin en az İslam dünyasındakiler kadar kuvvetli ve ikna edici olduğu göze çarpmaktadır.

İngiliz hukukçu Fitzgerald'ın bu uzun makalesi önemli bilgiler ve derin analizler içermektedir. İslam dinine mensup olmamasına rağmen İslam hukuku hakkında övgü dolu ve orijinalliğine vurgu yapan ifadeleri, subjektif olma şüphesinden uzak olduğundan ayrı bir değer taşımaktadır.

⁷¹ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1152.

⁷² Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1151, 1152.

⁷³ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1154.

⁷⁴ Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", 1153.

Fitzgerald bu tezi tamamen reddetmiş, sadece bir yerde, “farkında olunmadan ve kısmi bir etkilenme”den zayıf bir ihtimal olarak bahsetmiştir.

Fitzgerald’a göre iki hukuk arasındaki benzerlik iddiası çoğu zaman sun’î ve yanıltıcıdır. Yapılan şey bu tür sınırlı benzerliklerin listesini verip buradan acemi bir şekilde iktibas sonucu çıkarmaktır. İzlenen metod gayri ilmi, tarihi verilerin çoğunun doğruluğu şüphelidir. Teori sahipleri de peşin fikirli olup hakikati eğip bükmekten çekinmemişlerdir. Teori sahipleri İslam hukukunun adeta Roma hukukunun kopyası olup tamamen ondan iktibas edildiği gibi aşırı ifadeler kullanacak, dolayısıyla İslam hukukunu hiç sayacak kadar ileri gitmişlerdir.

Fitzgerald’a göre bu tezin önde gelen sorumluları Prof. G. Sheldon Amos, Sava Paşa ve Goldziher’dir.

Her ne kadar Fitzgerald Sava Paşa’nın bu tezi savunduğunu delilleriyle ortaya koysa da yine bizzat Sava Paşa’ya ait başka ifadeler bunun aksini göstermektedir. Tezi kabul etmediğine yönelik ifadelerinden onun, önceleri iktibas görüşünde iken sonra bundan döndüğü kanaati oluşturmaktadır.

Teori sahipleri İslam hukukunun mezheplerle birlikte, bir anda teşekkül ettiğini iddia etmişlerdir. Oysa dört mezhebin teşekkülünden önce muazzam ölçüde içtihat hukuku çalışmalarının yapıldığı kesindir. Henüz Sahabe döneminde hukuka dair birçok gelişme kaydedilmişti. Mesela ilk 30 yıl içinde Miras hukuku tamamlanmıştı. Hz. Ömer’in Ebu Musa el-Eş’ari’ye gönderdiği mektup İslam hukukunun kurulmasında esas olan ölçüleri ortaya koyuyordu. Tüm bunlar Roma’dan ele geçirilen Suriye ve Mısır gibi topraklarda değil, Medine ve Kufe gibi oradan uzak yerlerde gerçekleşiyordu.

İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiğine karşı çıkan bazı batılılar buna karşın Yahudi hukukundan alındığı veya etkilendiği tezini savunmuşlardır. Fitzgerald da bundan sadece bir ihtimal olarak bahsetmiştir. Talmud ile fıkıh kitapları arasında yapılan bazı karşılaştırmalarda aralarında bazı benzerliklere rastlanabilir. Fakat aynı durum kaynaklarının aynı yani ilâhî olmasından dolayı Kur’an ile –tahrif edilmiş haliyle dahi - Tevrat arasındaki benzerlik gibi bir durumdur. İslam diğer dinlerden tamamen farklı olma çabasında değildir; dolayısıyla üslup ve içerikte benzer olmaları gayet doğaldır. Fakat bu benzerlik doğal olup, iktibas sonucu oluşmuş değildir. Tevrat ve Hz. Musa’nın sünnetini esas alıp ayrıntılı konulara cevap vermeye çalışan Talmud’un da fıkıh kitaplarına benzemesi normaldir.

Teori sahipleri tarafından İslam hukuku ile Roma hukukunun her birinde bazı ortak manaları ifade eden kendi dillerinden bazı kelimelerin bulunması ve kullanılması delil olarak gösterilmiştir.

Bunlardan biri Roma hukukunda ve Latince “fıkıh” anlamına gelen bazı kelimelerin bulunmasıdır. Oysa bu durum fitridir hem içtihadın hem akılla hüküm koymanın derin anlayış ve akli kullanmayı gerektirmesi sebebiyle, her ikisinde bu anlamı ifade edilen kelimelerin bulunması normaldir. Nitekim diğer hukuk sistemlerinde de aynı kelimeler vardır. Bir iktibastan ve etkilenmeden bahsedebilmek için Arapça’ya Latince’den çok sayıda doğrudan nakledilmiş kelimelerin bulunması gerekir ki bu vaki değildir.

Re’y kelimesinin Latince ve Roma hukukunda karşılığının bulunmasında da aynı durum söz konusudur.

İslam’daki Maslahat ve Istislah terim ve kavramlarına karşılık Latince ve Roma hukukunda da “utilitas publica”nın bulunduğu iddia edilmiş ve teze gerekçe olarak gösterilmiştir. Oysa bu terim Roma hukukunda bulunmamaktadır, ilk kez Orta Çağ skolatikleri arasında çıkmıştır.

Roma hukukundaki yazılı-yazılı olmayan taksimi ile İslam hukukundaki yazılı-yazılı olmayan taksimi de bir başka gerekçeleridir. Oysa bunlar da farklıdır. Çünkü bu taksim Roma hukukunda “teşri yetkisi olan şahıs veya kurum tarafından konulan” ile “başlangıcı belirsiz örf”e işaret ederken İslam’da nas ile kıyasa tekabül eder. Kaldı ki, İngiliz ve Hint hukuklarında da benzer taksimin bulunması bunun tabii bir durum olduğunu ve bundan iktibas sonucunun çıkarılamayacağını gösterir.

Bir milletin diğerinden, bir hukukun başka bir hukuktan etkilenmesi veya faydalanması için ya aynı dönemde karşılaşmış olmaları veya sonra gelen hukukun öncekinin kaynaklarını incelemiş olması halinde mümkündür. Roma için bahsedilen re’y ehli sayılabilecek kimseler İslam’dan 3-4 asır önce yaşamışlardır ve Roma hukuku eserlerinin Arapça’ya tercüme edildiğine dair de bir kanıt yoktur.

Fitzgerald’a göre İslam hukukunun etkilenme ihtimali bulunan hukuklar arasında Yahudi hukuk bilginlerinin, Justinianus tarafından sürgün edilmiş olup Sasani imparatorluğunda sığıntı olarak bulunan Atinalı Yunan filozofların ve Sasani imparatorluğunun hukuk sisteminden etkilenme ihtimali diğerlerinden daha yüksektir. Fakat onun bunları ispata çalışmaması, üzerinde durmaması ve İslam hukukunun orijinalliğini açıkça ifade eden cümleler kullanması bu ihtimalleri salt ihtimal olarak zikrettiğini göstermektedir.

Fitzgerald’a göre iktibas tezine karşı en kuvvetli gerekçe dil gerekçesidir. Buna göre, iktibas olsaydı, Roma hukukunda çok sayıda Latince kelime bulunduğu gibi Arapça’da veya en azından İslam hukukunda da çok sayıda Latince ve Yunanca hukuk terimlerinin bulunması gerekirdi. Çünkü bir millet, bir müessese veya düşünce diğerinden iktibas ettiğinde, bu müessese veya düşüncenin adının da alındığı çoğu zaman görülür. İslam hukukuna Latince ve Yunanca’dan geçen tek kelime ise kanundur. Belki Emevilerin idari ve siyasi alanda Roma’dan etkilendiği söylenebilir, ama hukukta asla. Daha sonraki Abbasiler’in merkezi Bağdat ise Bizans ve etkisinden daha da uzaktır.

Diğer delil tescil delilidir. İslam hukukunda aslolan şifahi beyan ve bilgi iken Bizanslılarda yazı ve tescildir. Bizans’ta, hatta Yahudilerde ve Mısırlılarda yazı ve tescil ileri derece olduğu halde o dönemde İslam hukukunda bunların hiçbirinin bulunmaması iktibas veya etkilenme iddiasını tamamen yalanlamaktadır.

Bir diğer delil de atıf delilidir. İslam hukukunda hiçbir fakihin Roma hukukuna atıf yapmaması istifade ve iktibasın olmadığını göstermektedir.

Ayrıca İslam hukuku dini karakterlidir, tamamen ilahi kaynaklıdır; onda kanun koyucu Allah’tır. Roma hukuku ise laik karakterli olup tamamen insanlar, yani hukukçular tarafından oluşturulmuştur.

İslam hukukunun dini yönü sebebiyle o dürüst ilk dönem fıkıhçıların ve hadisçilerin dinlerine ihanet ederek yabancı hukuklardan iktibas etmeleri, etmişlerse bunu hileyle gizlemeleri düşünülemez.

Tüm bunlar İslam hukukunun Roma hukukundan iktibas edildiği hatta etkilendiği iddiasını çürütmektedir.

Kaynakça

Aybakan, Bilal. “Şâfiî Mezhebi”, *DİA*. (İstanbul: TDV Yayınları, 2010). 38/233-247.

Bousquet, C.H. “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, *İslam Fıkıhı ve Roma Hukuku*, çev. ve neşr: Kemal Kuşçu. İstanbul, Yağmur Yayınları, 1964. 23-52.

Bousquet, C.H. “Sırru tekevuni-l’fıkhi ve aslu mesadirih”, *Hel li’l-kanuni’r-rumi te’sirun ale’l-fıkhi’l-islâmî*. Kahire: Dâru’l-buhus el-ilmîyye, 1973. 45-85.

- Ebû Talib, *Beyne's-Şeriatî'l-İslamiyye ve'l-Kanuni'r-Rumani*. Kahire: Mektebetü'n-Nehdati'l-Mısriyye.
- El-Kattan, Menna' b. Halil. *Tarihu't-Teşri el-İslami*. Kahire: Mektebetü Vehbe, 5. basım, 2001.
- Emin, Ahmet. *Fecrü'l-İslam*. Kahire: Müessesetü Hindavi, 2011.
- Emiroğlu, Haluk. "Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Cıvıls Ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51/3 (Ağustos 2002): 85-96. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000560
- Fitzgerald, S.V. "ed-Deynu'l-mez'ûm li'l-Kanuni'r-Rumanî ala'l-Kanuni'l-İslami", *Hel li'l-kanuni'r-rumi te'sirun ale'l-fikhi'l-islâm*", çev: Muhammed Selim el-Avva. Kahire: Dâru'l-buhus el-ilmîyye, 1973: 116-166.
- Fitzgerald, S.V. "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 29/4 (1963): 1128- 1154.
- Güngör, Tahsin. "Goldziher, Ignaz", *DİA*, XIV, (İstanbul: 1996): 14/ 105-111.
- Hamidullah, Muhammed, "Roma Kanunu İle İslam Kanunu Arasındaki Münasebetler", çev: Nafiz Danışman, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* IV/3-4 (1955): 75-78.
- Heyet. *Hel li'l-kanuni'r-rumi te'sirun ale'l-fikhi'l-islâmî* (5 makalenin derlemesi). Kahire: Dâru'l-buhus el-ilmîyye, 1973.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemseddin Muhammed b. Ebû Bekir b. Eyyub. *İ'lâmü'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Alemîn*. Dammam: Dâru İbn Cevziyye, 1423/2002.
- Jokisch, Benjamin. *İslamic Imperial Law*. Harun Al-Rashid Codicifation Project. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 2007.
- Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz yayıncılık, 2014.
- Kavakçı, Yusuf Ziya. "İslam Hukuku ve Roma Hukuku". *İslam Medeniyeti Dergisi* (Ocak 1969), 15-19.
- Kavakçı, Yusuf Ziya. *Suriye-Roma Kodu ve İslam Hukuku*. Ankara: Atatürk Üniversitesi yayınları, 1975.
- Kızıl, Fatma. "Goldziher'den Schacht'a Oryantalist Literatürde Hadis ve Sünnet: Bir Okulun Yaşayan Geleneği". *Hadis Tetkikleri Dergisi* 7/2 (December: 2010), 45-62.
- Koca, Ferhat. "Osmanlılar Döneminde Gayr-i Müslim Bir İslam Hukukçusu", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 6. Sayı (Konya 2005).
- Kocabaş, Savaş. "İslam Hukukunun Roma Hukukundan Etkilendiği Tezinin Tarihi Süreci", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 36.sayı (Konya 2020), 281-309.
- Köprülü, M. Fuad. "Fıkıh", *M.E.B. İslam Ansiklopedisi* (4/608-621). İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1964.
- Köprülü, M. Fuad. *İslam ve Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul, Ötüken yayınları, 1983.
- Kurt, İrem. *İslam ve Roma Hukukunda Genel Hukuk Prensiplerinin Mukayesesi*. İstanbul: Marmara İlahiyat Fakültesi, SBE, Yüksek Lisans tezi, 2017.
- Llukaçai İncekara, Edlira. *Kur'an'a Göre Kadın ve Evlilik* (İstanbul, İstanbul Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Yüksek Lisans tezi, 2011).
- Musa, Muhammed Yusuf. *el-Medhal li diraseti'l-fikhi'l-islami*. Kahire: Dâru'l-kitabi'l-arabi, 2009.
- Nallino, C.A. "Roma Hukukunun İslam hukukuna Tesiri Oldu mu?", *İslam Fıkhi ve Roma Hukuku*, çev. ve neşr: Kemal Kuşçu. İstanbul: Yağmur yayınları, 1964. 53-67.
- Öğüt, Salim. "Evzâî", *DİA*. XI (İstanbul: TDV Yayınları, 1995). 11/546-548.

- Paşa, Sava. *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*. 2 cilt. Ankara: DİB yayınları, 1956.
- Yaman, Ahmet - Çalış, Halit. *İslam Hukukuna Giriş*. İstanbul: İFAV yayınları, 3. basım, 2012.
- Zeydan, Abdulkerim Zeydan. *el-Medhal lidiraseti's-Şeria el-İslamiyye*. İskenderiyye: Daru Umer b. Hattab, 2001.