

marife

bilimsel birikim

ORYANTALİZM

Muhammed Hamidullah'ın
Aziz Hatırasına

yıl : 2 sayı : 3 kış 2002

ROMA KANUNU İLE İSLAM KANUNU ARASINDAKİ MÜNÂSEBETLER

Yazan: Muhammed HAMİDULLAH

Çeviren: Nafiz DANIŞMAN

SUNUŞ

İslam hukukunun kaynağı ve özgünlüğü konusu, bilindiği üzere, öteden beri bazı oryantalistler tarafından kuşkuyla karşılanmaktadır. Bu hukuk anlayış ve sisteminin, kendinden önceki köklü hukuk mirasından ve fethedilen bölgelerdeki yerel uygulamalardan hareketle oluştuğunu iddia edenler, en başat kaynak olarak da Roma hukukunu göstermektedirler.

Sözgelimi Ignaz Goldziher (ö.1921), normatif hükümlerinin azlığı sebebiyle Kur'ân'ın, fetihler sonucu gelişen ve çeşitlenen hukukî sorunları çözümede yetersiz kaldığını, bu açığı kapatmak için eski toplumların uygulamalarının Müslümanlar tarafından "hadis" adıyla İslamîleştirildiğini söylemektedir (*el-Akîde ve's-Şerîa fi'l-İslam*, çev. M. Y. Musa ve dğr, Kahire ty., s. 51,57). İslam hukukunun Müslüman olmayan halklardan devşirilmiş birçok unsuru içerdiğini söyleyen Joseph Schacht (ö. 1969), bir adım daha atarak, daha sonra *fıkîhî* olarak devam edecek olan Arabistan'ın kendi mahallî/örfî hukukunun Suriye sınırı dolayısıyla Bizans tesirinde kaldığını; Roma hukukunun birçok ilke, kurum ve kavramının fakihler tarafından içselleştirildiğini öne sürmektedir (*An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1971; s. 2,8-9,13,19-21). Hukuk ilmi, uluslararası ilişkiler ve Roma medenî hukukuna dair çalışmaları bulunan Sheldon Amos ise daha vurgulu bir üslupla şunları söylemektedir: "İhtimal, daha doğrusu zaruret, İslam hukukunun genel ilkelerinin ve alışlagelen kaidelerinin Arap örf ve âdetinden ziyade, Doğu Roma İmparatorluğu'nun hukukundan başka bir şey olmamasını gerektiriyor...Roma hukuku mekteplerinin, kitaplarının, okullarda okumaya başladıkları andan itibaren Roma hukuku ile meşbu olan hâkim ve memurların bulunduğu bir memleketinde (Müslümanların memleketinde) bütün bu, ihtimamla hazırlanmış fikirler ve kaideler sisteminin, Roma hukukunun son safhalarının esas ilkelerine hayret verici bir çeşitlilik ve benzerlikle birdenbire meydana geldiği düşünülecek olursa şu neticeye varmamak mümkün değildir: Bu sistem (Müslüman hukuk sistemi) Doğu Roma İmparatorluğu hukukunun, Arap hakimiyetinin siyasî şartlarına intibak ettirilmiş Roma hukukundan başka bir şey değildi." (*The History and Principles of Civil Law of Rome*, s.406-415'den

naklen Hamidullah, "İslam Fıkıhı ve Roma Hukuku", çev. K. Kuşçu, İslam Hukuku Etütleri, İstanbul 1984 içinde, s. 222)

Merhum âlim Hamidullah'ın vukufu belirttiği üzere, hukuk sistemlerinin de diğ er beşerî kanun ve kurumlar gibi hem kendisinden önce gelenlerin hem de çağdaşlarının etkisinde kalabildikleri doğal bir hadisedir. "Eğer İslam hukuku da Roma hukukunun yahut kendinden evvel gelmiş başka bir hukuk sisteminin şu veya bu şekilde ve herhangi bir derecede tesiri altında kalmış ise bunda şaşılacak bir şey yoktur. Fakat böyle bir tesirin varlığı ve şumûlü uzun ve dikkatli araştırmalar sonunda söylenebilir; o halde bile netice bir ihtimalden başka bir şey olamaz. Zira bir hukuk sistemi, ancak binlerce âminin tesiri altında, asırlar boyunca inkişaf eder ve buna yardım eden ve mühim bir kısmının ilmî iffetlerinde şüphe olmayan hukukçuların, yabancı kaynaklardan kopya edildiğine dair hiçbir vesika bırakmamış olduklarını gördüğümüz zaman, müşkilât artar." ("İslam Fıkıhı ve Roma Hukuku", s. 221)

Bir konferans çözümü olan aşağıdaki metin, işte bu etkilenme meselesini ele almakta, hem kaynak hem de vizyon itibarıyla iki hukuk sistemini ana hatlarıyla karşılaştırmaktadır. İlk defa A.Ü.İ.F. Dergisi'nde (III-IV, 1955, s. 75-78) yayımlanmış olan metni, kısa süre önce dâr-ı bekâya uğurladığımız büyük âlim Muhammed Hamidullah Hocamızın hatırasını bir kere daha yâd etmek için dikkatlerinize sunuyoruz. Ğarîk-ı rahmet olması niyazımızla...

Ahmet Yaman

* * *

Bilgi arayan hakkı arayandır. Bunun için hakkı arayıp peşinde gitmemiz lâzımdır. Zira hak üste çıkar ve üstüne çıkılmaz. Eğer İslâm kanunu Roma kanunundan alınmışsa, bu hal onu kıymetten düşürmez. Böyle olmaması da ona yeni bir kıymet katmaz. O, ne ise odur.

Bu mesele çok dallıdır. Onu bir konferansa sığdırmak mümkün değildir. Dolayısıyla onun ancak bazı taraflarına temas edeceğim. Zira toptan alınamayan şey, toptan bırakılmaz.

Romalılar, insanların muhtelif ahvâl ile ilgili pratik hükümlerine birden "jus" demişler. Lügatte jus, hak demektir. Fransızlar, Almanlar ve İtalyanlar da bu ilme aynı ismi ıtlak etmişler; ve onu, droit, recht, diritto kelimeleriyle tercüme etmişler. Müslüman Araplara gelince, onlar aynı mefhumu "fıkıh" kelimesiyle ifade etmişler. Bu kelime, "marifet" mânâsına gelir. Bugün Türkçe, Arapça ve Farsça kullanılan "hukuk" tabiri, yeni olup, Fransızca'dan tercüme edilmiştir. Fakat eski, Arap ve gayri Arap Müslümanlar onu, bu mânâda kullanmamışlardı.

Roma kanunu müellifleri, meseleleri, kitaplarında üç kısma ayırırlar: Şahıslar, eşya, kazâyâ (actions); fakat İslâm fakihleri kitaplarını ibâdât, muâmelât ve ukûbât esaslarına göre vaz'ederler. Hiçbir fakih, hangi mezhepten olursa olsun, tarihimizin en eski asırlarında dahi Roma kitapları çeşnisinde bir kitap yazmamıştır. Müslümanlar, ruh ile teni birbirlerinden ayırmadılar. Fakat hiçbirisini de ihmal etmediler. Onlar insanın aynı zamanda, ten ve ruhtan teşekkül ettiğini düşündüler. Bir kimse bu iki şeyden yalnız birisiyle uğraşırsa, kendi yaratılışının icaplarını itmam etmemiş olur. O takdirde, o kimsenin ya melâikeden olması lâzım gelir (ki insandan gayri melâike vardır) veya şeytan olması lâzım gelir (ki Allah, şeytan diye başka mahluklar yaratmıştır). Dolayısıyla insanın ahenkli bir inkişafa mazhar olması için, kendinin hem ruhu hem

teni ile meşgul olması lâzımdır. Bu yüzdendir ki fakihler, kendi kitaplarında, muâmelât gibi ibâdâtı da zikredip her ikisiyle ilgili olan emir ve kararları hükümete tevdi ettiler. Halbuki Romalılarda buna benzer bir şey yoktur. Onların "jus" kitapları (ibâdetler ile ilgili) ruhanî işlerden hiç bahsetmez.

İslâm kanununun temeli, Allah'ın meşî'etidir. Roma kanununun temeli, insanın meşî'etidir. Netice itibariyle İslâm kanunu "La ilahe illa'Llâh, Muhammedün Resulu'Llah" kelimesiyle telhis edilebilir. Bunun mânâsı şudur ki: Kanun yapan, idrâkin ötesindeki Allah'tır. O, emrini Resulü'ne nazil kıldı ki bütün insanlara bildirsin. İslâm kanununun kaynakları, Allah'ın kelâmı, Resulü'nün sünneti, icmâ ve kıyastır. Romalılar ise, kendi hükümlerini ya hükümet reisinin emirlerine, veya örf ve âdete bina ederler.

Fakihler, ruhanî ve cismanî meseleleri birbirlerinden ayrı tutmadıkları içindir ki, ibâdât ve muâmelâtta başka anayasa meselelerini ve milletler arası hükümlerini de kendi kitaplarında zikrettiler. Roma kanunu kitaplarında ise böyle bir şey yoktur. Orada bu bahisler tamamıyla ihmal edilmiştir. Fakihlerin nazarında devletler hukuku da, kanunun sâir kısımları gibi, insanların haklarıyla ilgili bulunmaktadır. Şunu söylemeye hacet yoktur ki, (Müslüman) muvahhidlerle putlara ve sanemlere tapan (Romalı) müşrikların ibadetleri birbirlerinden farklıdır.

İki kanun, iki tarafın kitaplarında müşterek olan meselelerdeki iştirak nisbetine göre de ayrılırlar. Evvelâ ukûbât meselesini ele alalım. Fakihler cürümleri iki kısma ayırmışlardır: 1- Hudûd, 2- Mezâlim veya siyaset (yani cürümler). Hudûd, açık deliller (beyyine) ile sabit olan bir takım cürümler olup -çokluk veya azlığa tahammülü olmayan- muayyen ukûbetlerle cezalandırılır. Mezâlimde ise ukûbât, kadînin kanaatine terk edilmiştir. Kendisine, bunları affetmek salâhiyeti dahi tanınmış bulunmaktadır. Hudûd, insan öldürmeyle; hırsızlık, zina ve iftira (kazf) ile; müskirât kullanmak ve dinden çıkmak ile ilgili bulunmaktadır. Zina, iftira ve içki, Romalılar nezdinde yasak edilmemiştir. Gerçi Romalılarda dahi, dinden çıkmanın ukûbeti ölüm idi. Şayet Müslümanlar bunu Romalılardan aldılarsa bence herhangi bir itiraza mahal yoktur. Ama insan öldürme ve hırsızlık, sair milletler indinde dahi, en eski zamanlardan beri yasak edilmişlerdir. Ancak bunların, Müslümanlar ve Romalılar nezdindeki cezaları birbirlerinden çok farklıdır. Romalılarda el kesme yoktur. Öldürme işinde niyet ve taammüd İslâmlarca esaslı bir mesele teşkil eder. Romalılar nezdinde, benim bildiğime göre, öyle bir şey yoktur. Diyet meselesi de bu kabildendir, miras ise Müslümanlarda, maktulün, varislerine ait bir haktır. Romalılarda ise devletin veya ma'şerin bir hakkıdır. Bundan başka İslâmlar arasında, Asrı-Saadet'ten beri tanınmış olan "Maâkıl" Romalılar tarafından bilinmiyordu. (Maâkıl bir nevi içtimaî teminat müessesesidir = assurances sociales) Kabile efradı, aynı sanat veya meslek üyeleri, kendi aralarında, kara günler için para toplarlardı. Her ferd, her sene buraya bir miktar para yatırır; günün birinde bunlardan birine tazminat ödemek terettüp etse, bu tazminatı kendisi ödemeyip, yerine cemaat öder. Yani bu tazminatı, ferdin kabilesi veya mensub olduğu sanat yahut meslek erbabı öderler. Böylece her iki kanunun, öldürme suçu hususunda dahi birbirlerine benzemediklerini görüyoruz. Hudûd ve mezâlim nazariyesi, Romalılarda bulunmadığı gibi, İslâmî ukûbât anlamı da onlarda yoktur.

Muâmelâtta dahi iki kanun arasında benzerlik yoktur. Ezcümle nikâh ve talâkta, İslâm tek bir nikâh çeşidi bilir ki o da iki zevç arasındaki akittir. Romalılardaki nikâh çeşitlerine İslâm, zina nazarıyla bakar. Bundan başka Müslümanlar, nikâhı dört zevceyle tahdid etmişlerdir. Romalılar arasında buna benzer bir şey yoktur, iki kanundaki talâk (boşama) müessesesi de ayırdır.

Müslümanların veraset kanunu ile tereke miktarı dahi Romalılardankinden başkadır. Muhâkemât usulü ve kazâ âdâbı bakımından da iki taraf arasında farklar vardır. Ezcümle Müslümanlarda, iki şahide ihtiyaç ve şahitleri tezkiye teâmülü, Romalılarda yoktur. Romalıların duruşma esnasında kullanmak zorunda buldukları şekli ibare ve sözler (Formulaire) muayyen hareketler, İslâm kazasında mevcut değildir.

Her iki nizam, mâli muâmelelerde dahi farklıdır. Meselâ faiz Romalılarda yasak olmadığı gibi, iki taraf arasındaki ticaret esaslarında dahi farklar görülür. Fakihlere göre satış, iki âkidin rızasına bağlıdır (consensuel); Romalılarda ise âkid, malın kendisi ile alâkadardır ve (reci) dir.

Şüphesiz ki Müslüman Arapların kanunları, İslâmlık'tan önceki örf ve âdetlerine dayanır. Peygamber aleyhisselâm bunlardan bazısını ibkâ etmiş, bazısını değiştirmiştir. Bu mahallî kanunlar meyanında, Sebe ve Ma'in kanunlarını zikredebiliriz ki bu medeniyetler, Roma şehri kurulmadan önce mevcut idiler. İzleri, Peygamberimizin asrına kadar Hımyer adı altında devam etmişti. Peygamberimizin cediti Abdulmuttalip, bir siyasî murahhas heyetinin başında, son Hımyer kralı Seyf bin Ziyazen'in yanına gidip, Habeşleri Yemen'den çıkarmış olduğu için tebrik etti. Bu vaka, Mekke ile Yemen'in arasındaki münasebetlerin yakınlığına delâlet eder.

Müslüman orduları, Bizans idaresindeki toprakları fethederken Sasanîlerin ve daha başka milletlerin de topraklarını fethediyorlardı. Dolayısıyla bu milletlerin kanunlarından müteessir olmayıp, yalnız Roma kanunlarından müteessir olmalarına sebep yoktur. Zikre şayandır ki, Peygamberimizin vefatı üzerinden on beş yıl geçmişti ki, İslâm orduları, bir yandan Avrupa, öbür yandan Çin topraklarına geçmiş, bir yandan Ermîniyye, öbür yandan Hint arazisine ayak basmışlardı. Taberî, hicretin 27. yılı vakalarından bahsederken, Hz. Osman'ın gönderdiği orduların Endelüs'ü fethettiklerini ve orada, imdatların kesilmiş olmasına rağmen Tarık ile Musa bin Nasir'in (Nusayr'ın A. Y.) komutası altındaki İslâm orduları gelinceye kadar, takriben yetmiş sene beklemişlerdi. Müslüman ordularının Maveraünnehr'e, hicretin 26. yılında girmiş olduklarını Çin tarihleri dahi zikretmektedir.

Müslümanların (Hint ve Pakistan) topraklarından Gucarat ile Sind topraklarına Hz. Ömer zamanında girmiş oldukları malumdur. Bu kadar geniş bir alanın içinde nice ileri medeniyetler ve kanun sistemleri vardı. Müslümanların aynı zamanda fethettikleri medeniyet alanlarında, Bizans'tan başka, Hint, Çin, İran ve (Endelüs'te) Got medeniyetleri vardı. Fetihden önce Bizans'ın idaresinde bulunmuş olan arazide İslâmlığı kabul edenlerin sayıca daha çok veya daha önemli oldukları söylenmez.

Yine zikre şayandır ki Müslümanlar, Irak'ı fethettikleri zaman, oranın ziraî mahsulleriyle ilgili kanunlarını değiştirmediler. Mes'ûdî'ye göre Hz. Ömer, buranın kanunlarını oldukları gibi ibkâ etmeyi emretmiş; buna karşılık Suriye ve Mısır kanunlarına aynı suretle muamele etmemiş ve buranın vergi kanunları zâlimâne oldukları için, tebdilini emretmişti.

İslâm kanununun doğuş ve tedvini sırasında Sünnî ve Şîî fakihler, ya Hicaz veya Irak'ta otururlardı. Menşe itibarıyla Suriyeli değillerdi. Yegâne Suriyeli fakih olan İmam Evzâî dahi Zehebî'nin "Tezkiretü'l-Huffâz" kitabına göre, aslen Hintli (yani şimdiki Pakistan ülkesinden) olup, Roma kanununun tesirinden uzak olan bir yerden gelmişti. İmam Mâlik Medineli idi. Ebu Hanîfe, Şâfiî, İbn Hanbel, Zeyd bin Ali ve Cafer Sadık gibi imamların hepsi ya Hicaz veya Irak'tan idiler. İmam Şâfiî, Mısır'a ancak hayatının sonlarında gitmişti. Gerçi Beyrut ve İskenderiye'de Roma kanunu mektepleri vardı; fakat bunlar, İslâm'ın zuhurundan bir asır önce, bilindiği gibi, kapanmışlardı.

Fetihler akabinde Müslümanlar, kanun ve kaza hususlarında her tâfeye tam bir hürriyet verdiler. Hıristiyanlar, hıristiyan hâkimlerinin kendi kanunlarını tatbik ettikleri mahkemelere baş vururlardı. Yahudiler, Mecusîler, başka milletler ve Müslümanlar aynı durumda idiler. Dolayısıyla hiçbirinin kanunu, İslâm kanunu üzerinde müessir olacak durumda değildi. Şunu da zikretmek lâzımdır ki, Müslümanlar, ilk (hicrî) yüzyıl-da toprakla alâkadar olmayıp, idarî ve askerî işlerle iktifa ettiler. Dolayısıyla ziraatle ilgili mahallî kanunlardan müteessir olmadılar.

Müslümanlar, istifade ettikleri kaynakları zikretmeyi unutmadıkları gibi, kendi dinlerine ait olan hususlarda bile yabancı kaynaklardan istifadeyi ihmal etmediler. Bu meyanda ilahiyatla ilgili en eski kitaplara "etholojya yani, teoloji=theologie" ismini vermişlerdi. El'an bu ismi taşıyan yazmalar vardır. Bir müddet sonra "riyazî" isimlerini verdiler. Aynı şeye sonunda "ilahiyat" ismi itlak edildi. Nitekim matematik kitaplarına ilk önce "Mathimatika" daha sonra "Ta'lim" ve en sonra "Riyazî" isimlerini verdiler. Aynı şey mahfuz bulunan eski metafizik "Metafizika" ile felsefe ve coğrafya kitapları hakkında da söylenebilir. Bütün bu misaller, bize Yunanlılardan istifade edilmiş olduğunu gösterir. Halbuki en eski devirlerde yazılmış olan fıkıh kitaplarında bu gibi tesirlere rastlanmıyor. Elimize varan en eski fıkıh kitapları, 120 H. yılında vefat eden İmam Zeyd bin Ali'nin "el-Mecmû fi'l-Fıkh" kitabı olup bunda herhangi bir Lâtince veyahut Yunanca kelimeye rastlanmaz. Gerçi fıkıh kitaplarında divan, haraç, cizye, süftece (yani cheque) ve "deh yâzde, deh duvazde" gibi Farsça mustalah tabirlere rastlanır. Fakat ben şahsen, Suriye ve Mısır'da bile yazılmış olan fıkıh kitaplarında Lâtince veyahut Yunanca kelimelere hiç rastlamadım.