

ROMA HUKUKU'NUN İSLÂM HUKUKU ÜZERİNE TESİRİ KONUSUNDA ŞARKİYATÇILARIN GÖRÜŞLERİ

Y. Doç. Dr. Şükrü Selim Has¹

Abstract

The Views of Orientalists on The Influence of Roman Law on Islamic Law

A debate that has long preoccupied the minds of Muslim and non-Muslim scholars regarding Islamic law pertains its origins and development vis-a-vis Roman Law that had been the laws of the lands Islam prevailed. The scholars in the West hastily and wishfully argued that Islamic law developed under the influence of Roman law. This article focuses on the early aspect of this debate and gives a general overview of the pro and against arguments.

Key words: Roman law, Islamic law, Orientalists

Giriş

Bir dînin insanlar tarafından kabul görmesinde, benimsenmesinde ve hayatiyetini devam ettirmesindeki en önemli etkenlerden birisi, şüphesiz insanlar için ortaya koyduğu kanun ve kurallar, başka bir deyişle hukuk sistemidir. Öncelikli olarak bu dünyada yani yaşanan hayatta, bu sistem insanlara ne sağlamıştır, onların hayatlarında hangi kolaylıkları getirmiştir, hangi problemleri çözmüştür, kısacası hukuk sistemi insanların hayatlarını problemsiz, rahat, müreffeh ve huzurlu bir şekilde geçirmelerini sağlamış mıdır? İkinci olarak da –inanırlar açısından- ahirette insanların mutluluğunu, ebedî saadeti temin edecek nitelikte midir? İslâm dîni diğer hukuk sistemlerinden temelde ayrılan, kendisine has özellikleri olan bir hukuk sistemi ortaya koymuş ve bu sistemin vahye dayalı bir sistem olduğunu iddia etmiştir.

¹ Erciyes Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

Bu sistem müslümanlar tarafından kabul edilip savunulurken baştan beri muarızları ve tenkitçileri de olagelmıştır. İlk başlarda müsteşrikler tarafından İslâm ve İslâm hukukuna yöneltilecek tenkitler bilimsel olmaktan uzak, kulaktan dolma bilgilere dayanan, bu günün bilimsel ölçüleri ile gülünç denilebilecek tenkitler olmasına rağmen son yüzyıllarda özellikle Batıda şarkiyatçılık dediğimiz ilim dalının gelişmesi neticesinde daha ciddî –en azından o izlenimi veren- çalışmalar ortaya çıkmıştır. Bu araştırmacıların bir kısmı İslâm ve müslümanlarla ilgili çalışmalarını mümkün olduğu kadar objektif kriterler ölçüsünde yürütürken, bazılarında bu objektifliği görmek bir yana İslâmiyet ve müslümanlara karşı bir önyargı hatta kindarlık görmekteyiz. Bu ikinci grubun yıpratmak için seçtikleri hedef temelde Kur'an, Hz. Muhammed, Sünnet ve İslâm hukukudur.

Gerek otantiklik, gerek muhteva, gerek evrensellik ve insanların çeşitli ihtiyaçlarına cevap verme açısından Kur'an, İncil ve Tevrat'ı aynı kefeye koyarak mukayese etmek imkansızdır. Zaten mevcut halleriyle ne Tevrat'ın ne de İncil(ler)in direkt olarak vahiy mahsulü olduklarını söylemek mümkün olmadığı gibi Yahûdîlerin ve Hıristiyanların da böyle bir iddiaları yoktur. O halde Kur'an muarızlarının yapacakları tek şey de Kur'an'ın vahiy mahsulü olmadığını iddia ederek onun ilahî vasfına gölge düşürmek ve özellikle de Kur'an'a ilgi duyabilecek batılı insanların zihinlerini bulandırmak olacaktır. Bu bağlamda ileri sürdükleri iddialardan en önemlisi Kur'an'ın Yahûdî ve Hıristiyan kaynaklardan iktibas edildiği ve Hz. Muhammed'in sadece bir intihaleci olduğudur.

Yine benzer şekilde Hz. Muhammed'in bir yalancı, sahtekar olduğunu, çocukluğundan beri taşıdığı ezilmişlik duygusuyla içinde yaşadığı toplumdan öç almak için peygamberlik iddiasıyla siyasi otoriteyi ele geçirdiğini, kendi şahsî çıkarları için zaten kendi uydurduğu Kur'an'a ayetler koyduğunu, "Allah ve Rasulüne itaat edin" gibi ayetlerle kendisini Allah'ın otoritesi-ne ortak ettiğini ileri sürerek hem Hz. Muhammed'in peygamberliğine hem de Kur'an'ın otantikliğine dil uzatmışlardır.² Bununla da yetinmeyen şarkiyatçılar ve müslümanların içindeki bazı sözde araştırmacılar, Sünnet ve Hadis konularını ele alarak İslâm ve onun ortaya koyduğu hukukun Kur'an'dan sonra ikinci temel esası olan Sünneti yıpratmaya, zayıflatmaya yönelik iddialarda bulunmuşlar ve müslüman hadis bilginlerinin "sahih" diye kabul ettikleri hadisler hakkında bile yıkıcı, yıpratıcı görüşler ileri sürmüşlerdir.³

² Bu konuda fazla malumat ve örnekler için bkz. Edward Sell, *The Faith of Islam*, London, 1896; D.S. Margoliouth, *The Early Development of Mohammedanism*, London, 1914; Clinton Bennett, *Victorian Images of Islam*, London, 1992; Gustave E. Von Grunebaum, *Medieval Islam*, Chicago, 1971; Muhammad Muslehuddin, *Philosoph of Islamic Law and the Orientalists*, Lahore, tarihsiz.

³ Bu iddialar ve bunlara verilen cevaplar için bkz. Mustafa Sibaî, *Es-Sünnetu ve Mekânetühâ fı't-Teşrî'ül-İslâmî*, Beyrut, 1985; a.g.m. *Oryantalizm ve Oryantalistler*, (çev.

İlim ve araştırma adına yapılan bu saldırılar sadece Kur'an, Hz. Muhammed ve hadislerle sınırlı kalmamış, İslâm hukuku da bu iftiralarından nasibini almıştır. Şarkiyatçıların İslâm hukuku ile ilgili olarak ileri sürdükleri en önemli tez ise bunun orijinal bir hukuk sistemi olmadığı, aksine Yahûdî hukukundan, Roma hukukundan ve cahiliye hukukundan bir derleme olduğudur. Bu makalede temel konu olarak ikinci madde yani İslâm hukukunun kısmen Roma hukukundan iktibas edildiği ve bu hukukun tesirinde kaldığı iddiaları ele alınıp değerlendirilecektir.

Roma hukuku – İslâm hukuku:

Yukarıda özet şekilde verildiği üzere şarkiyatçıların temel hedeflerini oluşturan Kur'an, Hz. Muhammed, Sünnet konuları aslında birbirine çok sıkı şekilde bağlı konulardır. Zaten bunlardan birisine olan güvenin zedelenmesi veya ortadan kalkması, tabii olarak diğerlerini de etkileyecektir. Bunlardan birisi hakkında yaratılabilecek bir şüphe aynı zamanda İslâma ve onun getirdiği tüm sistemlere düşecek bir gölge olacaktır. Şüphesiz bu sistemlerin içerisinde en önemlilerinden birisi de hukuk sistemidir. İslâm hukukuna yöneltilen eleştirilerin bir kısmını Kur'an ve Sünnete yöneltilen eleştiriler oluşturur. Zira, bu ikisi, İslâm hukukunun iki temel kaynağıdır. Başka bir ifadeyle şöyle diyebiliriz; Kur'an ve Sünnete düşürülen her türlü şüphe, bunlara yapılan her türlü saldırı İslâm hukukunu da eşit şekilde etkiler. Bu iki kaynaktan sonra gelen üçüncü kaynak iema, dördüncüsü ise kıyastır. Birçok şarkiyatçı eserlerinde kıyasın Yahûdî hukukundan, özellikle de Babil Yahûdîliğinden alındığını iddia ederler. Üçüncü kaynak icmâ'in ise Roma hukukundan alındığı iddia edilir ki, burada onun üzerinde duracağız.

Sadece icmâ'in değil, İslâm hukukunun pek çok kurallarının Roma hukukundan çıktığını ilk defa dile getiren Dominico Gatteschi olmuştur.⁴ Mısır Enstitüsü azası olan Gatteschi, İskenderiye Muhtelif İstinaf Mahkemesinde avukatlık yapmıştır. Mısır ve Osmanlı Devletine taalluk eden hukuki ve adli meselelere büyük alaka duyan bu zat, bu konular üzerine kıymetli sayılabilecek eserler yazmıştır. Arapça ve Türkçe bilmeyen Gatteschi, *Manuale di diritto pubblico e privato otomano* (İskenderiye, 1865) isimli eseri yazıp bu eserde Justinyen ve İslâm hukukunun benzer taraflarından hareket ederek

Müteba Uğur) İstanbul, 1993; Mustafa el-A'zamî, *İslâm Fıkhu ve Sünnet*, (çev. Mustafa Ertürk) İstanbul, 1996.

⁴ Bu görüş "yanılmıyorsam" diye temkinli bir ifade kullanan C.C.Nallino'ya aittir. Nallino'nun "Considerazioni sui rapporti fra diritto romano e diritto musulmano" başlıklı makalesi M.Hamidullah tarafından Fransızcaya çevrilmiş, bu da K.Kuşçu tarafından Türkçeye aktarılmıştır. Bu makaleyi, M.Hamidullah'ın "İslâm hukûku Üzerine Roma hukûkunun Tesiri" isimli makalesini ve G.H.Bousquet'nin "Fıkhu Muamma'sı ve Kaynakların Esrarı" isimli makalesini ihtiva eden kitapçık *İslâm Fıkhu ve Roma hukûku* başlığı altında basılmıştır. (İstanbul,1964).

Roma (normlarının) ahkâmının, Hz. Peygambere atfolunan uydurma hadisler şeklinde İslâmiyete girişinin kolaylaştırılmış olduğunu farzeder.⁵ Kesin delillerden yoksun, sadece bir faraziye olan bu görüş daha sonraki şarkiyatçılar tarafından değişik şekillerde dile getirilmiştir. Burada belki zikredilmesi gereken önemli bir husus da şudur. İslâm ve müslümanlar hakkında önyargılı hareket eden şarkiyatçılar ve diğer yazarlar, ileri sürdükleri çürük iddialarda “alleged”, “may be”, “may thus be seen as”, “presumably” gibi temkinli ifadeler kullanmalarına rağmen ileri sürdükleri görüşler sanki kesinlik belirtiyor gibi revaç görmüştür.⁶

Gattesehi'nin ardından Henry Hughes (1880) de “İslâm hukuku aslında pek az tadile uğramış Roma hukukudur” ifadesini kullanarak benzer iddiaları ileri sürmüştür.⁷ Tunus Devletinin kuruluşunda Tunus Medeni Kanunu ve Ticaret Kanununu hazırlamak için davet edilen Fransız hukukçusu Santillana 1897 senesinde hazırladığı “Tunus Medeni ve Ticaret hukuku” projesinin hususi hukuka dair olan kanunun bir babını mukayeseli hukuka tahsis etmiş, İslâm hukukunun Roma hukukundan ne derecede faydalandığını ispata çalışmıştır.⁸ Ahmet Emîn, Santillana ve buna ilave olarak Goldziher'in görüşlerini detaylı kaynak göstermeksizin şöyle nakleder:

Goldziher ve Santillana gibi bazı müsteşrikler bu asırda İslâm fikhının Roma kanunları tesiri altında kaldığına kanidirler. Onlara göre Roma kanunları İslâm fikhı için bir kaynak teşkil etmiş, bazı hükümlerini ondan almıştır. İslâmlar tarafından fethedildiğinde Şam, Kayseriyye (Lübnanda) ve Beyrutta Romalıların hukuk mektepleri vardı. Oradaki mahkemeler Roma nizam ve kanunlarına göre hükmederdi. İslâmlar tarafından fethedildikten sonra bu mahkemeler bir müddet faaliyetlerini devam ettirdiler. Medeniyette ilerlememiş bir millet medeniyetli memleketleri fethettikten sonra ne yapacaklarını ve nasıl ve ne ile hükmedeceklerini düşüneceklerdir. Bu bilgiler işte bu fikirdedirler. Onlara göre müslümanlar bu hususta Roma kanunlarından istifade etmişlerdir. İslâm fikhının bazı kısımları ile Roma kanununun bazı parçalarının mukayesesinin bu iddialarını teyit ettiğini ve İslâm fikhında harfi harfine Roma kanunundan alınan parçalar bulunduğunu söylerler.⁹

⁵ Bkz. Nallino, a.g.makale, s.53, 54.

⁶ Sırasıyla , iddia edilir ki, belki, belki öyle görünebilir, ihtimal ki anlamlarına gelebilecek bu kullanımların örnekleri için bkz. P.Crone ve M.Cook, *Haçarism*, Cambridge,1977, s.9, 98, Joseph Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford,1975, s.100; a.g.m. *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964, s.20,21,22.

⁷ Bkz. Nallino, s.54

⁸ Bkz. S.V.Fitzgerald, “İslâm hukûkunun Roma Hukûkundan İktibasta Bulunduğu İddiası” (çev.B.Umar), *İÜHFİM*, XXIX/4 (1964), s.1128-1154.

⁹ bkz. Ahmet Emîn, *Fecrü'l-İslâm*, Kahire,1975, s.246 ve Türkçe tercümesi (A.Serdaroğlu, Ankara, 1976), s.354.

Ahmet Emîn daha sonra bu şarkiyatçıların kendi tezlerini kuvvetlendirmek için verdikleri iki örneği nakleder. Bunlardan birisi "İddiacı beyyine getirir, inkar eden ise yemîn eder" kuralı diğeri ise fıkıh ve fakih tabirleridir ki bunlar Roma hukukundaki fehim, idrak, ve hikmet manalarına delâlet eden jurist deyiminden alınmıştır. Bu malumattan sonra Ahmet Emîn, bu delilleri ikna edici olarak kabul etmediğini, iki kanunun içine aldığı bazı maddelerin birbirine benzemesinin, benzeyen bu maddeleri birbirilerinden aldıklarını kati bir şekilde göstermediğini belirtir. "İddiacı beyyine getirir, inkar eden yemîn eder" kaidesi gibi kaidelerin hem ilahi kökenli, hem de insanlar tarafından vaz edilen kanunlarda bulunmasının tabii olduğunu, zira kanun koymada adalete riayetin esas olduğunu ilave eden Ahmed Emîn, fıkıh kelimesinin kullanımının Arapların Romalılarla karışmasından önce de mevcut olduğunu ortaya koyar ve Kur'an-ı Kerim' e (9:122) atıfta bulunur.¹⁰

Goldziher'in iddialarını desteklemek için ileri sürdüğü görüşlerden birisi de fıkıh teriminin Roma hukukundaki *prudencia* kelimesinin tereümesi olduğu, çünkü bunların her ikisinin de "akla uygunluk" anlamına geldiğidir. Bu konuda Fitzgerald, fıkıh kelimesinin "akla uygunluk" olarak tereümesinin yanlışlığına işaret eder ve Goldziher'in kastettiğinin *ratiocination* yani akli melekenin kullanılması olduğunu, ilk Arap müelliflerinden bazısında fıkıhın yani akli melekenin kullanılmasının ilme, başka bir deyişle tecrübe ve sezgi sonunda elde edilen bilgiye zıt olarak kullanılan bir kavram adı olduğunu belirtir.¹¹ Yukarıda Ahmed Emîn'in de kısmen temas ettiği gibi bu kullanımlar, müslümanların Roma hukuku ile temasından çok önce idi. Dolayısıyla Goldziher'in bu iddiası temelsiz gözükmektedir. Kaldı ki, İslâm hukukunun kuruluş ve gelişme dönemlerindeki hukukçular şayet Roma hukukundan etkilenselerdi, Ahmed Emîn'in de işaret ettiği gibi, Roma hukukunun kaidelerine tenkit, teyit ve iktibas yönlerinden mutlaka temas ederlerdi. Bu görüş cidden çok önemlidir. Zira o kadar hukuk kuralının Roma hukukundan alınıp da bunun kamufle edilmesi mümkün değildir.

Goldziher'i takiben onun öğrencilerinden olan ve şarkiyatçıların içinde özellikle de İslâm hukuku alanında ciddi çalışmalarıyla tanınan Joseph Schacht kesin olmayan bir üslup kullanmakla birlikte Roma hukukunun İslâm hukuku üzerinde etkisi olduğu iddiasını şöyle dile getirir:

¹⁰ a .g.m. s.247. Tereüme, s.355. Atıfta bulunulan Tevbe Suresi,122. ayetin meali şöyledir: "Müminlerin hepsinin toptan sefere çıkmaları doğru değildir. Onların her kesiminden bir grup dinde geniş bilgi elde etmek ve kavimleri döndüklerinde onları ikaz etmek için geride kalmalıdır. Umulur ki sakınırlar." Ahmet Emîn burada Santillana ve Goldziher'in görüşlerine karşı çıkıyor gözükmesine rağmen Mustafa Sibaî onu "oryantalistlerin fikirlerini kaynağını göstermeden nasıl aşırarak kendisine mal etmekle" suçlar (bkz. *Oryantalizm*, s.27) ve Ahmet Emîn'in *Fecrü'l-İslâm* daki (s.207-234) Hadisle ilgili görüşlerini teker teker tenkit eder (bkz. *Es-Sünnetü...*s.236 vd.).

¹¹ Bkz. Fitzgerald, a.g.makale, s. 1144.

(Mevcut) hukukî müesseselerin ve uygulamaların muhafaza edilmesi ve yeni hukuki kavram ve kaidelerin kabulü birlikte yürütülmüştür. Bu, akıl yürütme metotları ve hatta hukuk ilminin temel fikirleri için de geçerlidir. Mesela, Roma hukukundaki *opinio prudentium* kavramı, İslâm hukukunun eski ekolleri tarafından formüle edilen, oldukça düzenli bir kavram olan 'alimlerin icma'na' örnek teşkil etmiş gözükmektedir. 'Beş hüküm' (el-ahkâm el-hamse) sınıflandırması da daha sonraki bir zamanda olsa bile Stoacı felsefeden alınmıştır.¹²

Schacht iddialarının devamında hukukî kaidelerin nasıl aktarıldığı konusunda da bir fikir yürüterek, hukuk kavram ve kaidelerinin İslâmiyeti kabul eden avukat, hatip gibi kültürlü, Arap olmayan kişiler tarafından yeni dinlerine yani İslâmiyete taşındığını ileri sürüp şöyle devam eder:

Aslında bu kavram ve kaideler, sadece hukukçuların değil, tüm tahsilli insanların aşına olabilecekleri genel şeylerdi. Buna bağlı olarak İslâm hukuku ve Roma hukuku arasındaki mevcut paralellikler, Justinyen kanunlarından ziyade, klasik Roma (ve geç Bizans) hukukunda bulunan doktrinleri ilgilendiriyordu. Bu tek başına bir olay değildi. Keza Talmud ve Rabbaniler hukuku da kendisine halk arasında yaygın bulunan Hellenistik retorik yoluyla girmiş Roma hukukunun kavram ve kaidelerini ihtiva eder. Yine aynı, görülebildiği kadar Irak'ta Talmud hukukuyla temasta bulunan İran Sasani hukuku için de geçerlidir. Yine Irak'ta yüzyılın sonunda İslâm medeniyetinin kapılarının hukukî kavram ve kaidelerin potansiyel taşıyıcıları Arap olmayan tahsilli mühtedilere sonuna kadar açılmasıyla İslâm hukuk ilmi ortaya çıkacaktı. Dînî hukuktaki ilk müslüman mütehasısların bilinçli olarak hiçbir yabancı hukuk prensibini benimseyip kabullenmeleri ise söz konusu değildir."¹³

Schacht'ın yukarıda ileri sürdüğü fikirlerin altı çizilebilecek iki önemli noktası vardır. Birisi, "seems to have provided" (sağlanmış görünmektedir) ibaresiyle ifade ettiği kesinlik belirtmeyen fikir, ikincisi ise müslüman alimler bu kavram ve kaideleri bilinçli olarak benimseyip kabullenmemişlerdir ama yine de bunlar kültürlü mühtediler vasıtasıyla İslâm hukukuna geçmiştir fikri. Burada açıkça şu ortaya konuyor: Birtakım kültürlü Arap olmayan mühtediler beraberlerinde birçok hukuki kavram ve kaideleri İslâm toplumuna getirecekler, bu kaideler bir yolunu bulup İslâm hukukuna girecekler, müslüman fakihler de bunları farkedemeyip "bilinçsiz olarak" kabullenecekler. Böyle bir akıl yürütmenin hem geçmişteki "bilinçsiz" fakihlerin hem de günümüzdeki İslâm hukukçularının akıl ve düşünme kabiliyetlerine bir hakaret olduğunu söylemek sanırım pek aşırılık sayılmaz.

Ahmet Hasan, Schacht'ın görüşleriyle ilgili olarak şöyle der:

¹² bkz. Schacht, *Introduction*, s.20.

¹³ a.g.e. s. 20,21.

Onun tezi hukuki görüşlerin Hz. Peygambere ve ilk otoritelere geriye yansıtılması (back projection) fikri üzerine kurulmuştur. O, kıyasın yahûdîlikten, alimlerin icmâ'nın da Roma hukukundan alındığını ileri sürer. Bu sonuçlar Schacht'ın ilk dönem hukuk materyalleri üzerinde yaptığı incelemelerin neticesinde ulaştığı sonuçlardır.¹⁴

Schacht'ın görüşlerini bu şekilde özetleyen Ahmed Hasan şöyle bir değerlendirme ile devam eder:

İlk dönem hukuk materyallerini çok yakından inceleyen birisi, delillere istinaden birçok önemli noktada klasik teoriden ve duruş noktasından farklı düşünmek zorunda kalacağı gibi Schacht tarafından ileri sürülen birçok tezle de fikren ayrı düşmeye zorlanacaktır.¹⁵

Eserinin daha ileriki bölümlerinde biraz daha detaya giren yazar Roma hukuku ve icmâ' konusunda çok net bir tavır ortaya koyarak şöyle der:

Schacht, alimlerin icmâ'nın imparator Severus (m.s. 193-211) tarafından yürürlüğe konulan *opinio prudentum*'a (hakim kişilerin görüşleri) tekabül ettiğini ileri sürer. Schacht, Golziher'in bunu, Roma hukukunun İslâm hukukuna tesiri şeklinde değerlendirdiğini nakleder. Bu görüş bizce kabul edilemez. İslâm hukukundaki alimlerin icmâ'ı ile Roma hukukundaki *opinio prudentum* arasında hiçbir ilişki olmadığı aksine birçok yönden farklı olduğu burada belirtilmelidir.¹⁶

Schacht'ın yukarıda zikredilen *opinio prudentum*'un icmâ'a temel olduğu şeklindeki görüşleri şüphesiz hocası Goldziher'in görüşlerinden kaynaklanmaktadır. Ahmet Hasan bu görüşlerin tenkidinin devamında İslâm'da ne toplum ne de bilinen herhangi bir otoritenin alimlere Roma'da hakim kişilere tanınan hakkın gibi benzeri hak tanımadığını vurgular. Başka bir deyişle İslâm'da hiyerarşinin olmadığı ortaya konulmuştur. Her ne kadar ulema kendileri için icmâ' hakkı talep etseler de bu talep müslümanların içinden dini derinden anlayacak bir grubun bulunmasını tavsiye eden Kur'an ayetine (9:122) dayanmaktadır. Ahmed Hasan konu ile ilgili olarak şöyle devam eder:

İkinci olarak hukuku yorumlama kabiliyetine sahip her müslüman, hukuku yeniden düşünme ve yorumlama hakkına sahiptir. Bunun yanında birisi, şayet onların İslâm'ın öğretileri ile uyum içinde olmadığını düşünürse alimlerin aldığı kararlara karşı çıkılabilir. Hukukun yorumlanması ve alimlerin icmâ'nın tenkit edilmesi gibi bu çeşit özgürlükler Roma hukukunda bulunmaz. İcma fikrini biraz daha açıklığa kavuşturmamız için, içtihat ve icmâ'ın devam eden bir sürecin birbirine bağlı iki aracı olduğunu belirtmek

¹⁴ bkz. Ahmed Hasan, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, Islamabad, 1970, s.XV.

¹⁵ a.g.e., s.XVI.

¹⁶ a.g.e., s. 156.

lazımdır. İctihat faaliyeti esnasında olur ki, bir şahsın belli bir meseledeki görüşü çok cazip olduğundan toplumun geneli tarafından kabul görmüştür ve nihayetinde de evrensel bir uygulamaya ulaşmıştır. Fakat, şayet ileride şartlar değişimi gerektirirse, farklı görüşler için imkan vardır ve icma neticesinde ulaşılan uygulamanın yeniden yorumlanması mümkündür. Bundan dolayı İslâm'da icma devam eden bir süreç ve sürekli olan bir faaliyettir ve değişen şartlarla da değişir. Her halükarda İslâm'da görüşleri *opinio prudentium* kabul edilebilecek bir kurum ne şimdi vardır ne de var olagelmıştır, çünkü açıkçası İslâm böyle bir kurumu kurmamıştır.¹⁷

Goldziher ve Schacht'ın görüşlerinin birbirine benzer olmalarına rağmen kullandıkları terminolojinin farklı olması dikkat çekicidir. Goldziher, "re'yin halk arasındaki kullanımı, *opinio prudentium*'ün Arapçaya tercümesinden başka bir şey değil şeklinde görünmektedir" diyerek *opinio prudentium*' un karşılığını rey olarak vermiştir. Burada yine Goldziher'in "appears to be" (görünmektedir) ifadesi yazarın bilgisinin kesinlik ifade etmediğini, ileri sürdüğü tezden emîn olmadığını göstermektedir. Goldziher'in kullandığı *opinio prudentium* deyimini günümüz şarkiyatçılarından P. Crone ve M. Cook tarafından "görünüşte kendi icat ettiği bir deyim olarak" nitelendirilmiştir (Bkz *Hagarism*, s. 151). Schacht ise yukarıda zikredildiği şekliyle aynı kavramı icmâ' karşılığında kullanmaktadır (Origins, s. 83). Başka bir şarkiyatçı V. Grunebaum ise "alimlerin icmâ'ı Roma hukukundaki *consensus prudentium* gibi işlev görür diyerek daha değişik bir görüş ileri sürmüştür (Bkz *Medieval Islam*, s. 149).

İcma' konusuyla birlikte zikredilen bazı genel kaide, yine şarkiyatçıların eserlerinde, İslâm hukukuna Roma hukukundan geçen kaidelere örnek olarak verilir. Sayıları çok az olmalarına rağmen, sanki kapsamlı bir iktibasın birkaç örneği gibi sunulurlar. Öyle görünüyor ki, bu konu da Goldziher, Von Kremer'den, Schacht da Goldziher'den etkilenmişlerdir. Daha sonra gelen şarkiyatçıların büyük bir kısmı bu görüşlerde Schacht'ı takip etmişlerdir. Bu kaidelerden biri İslâm hukukundaki "*el-beyyine ale'l-müddei ve'l-yemîn ale'l-müddeâ aleyh*" yani "beyyine getirmek iddia sahibine, yemîn de davalı üzerinedir" prensibidir ki, bu Mecelle'ye (Madde 67) "Beyyine müddei için ve yemîn münkir üzerinedir" şeklinde geçmiştir. Bu kaidenin Roma hukukundaki *afirmanti incumbit onus probandi* prensibinden alındığını iddia eden Goldziher konuyla ilgili olarak şöyle der: "hukukî kaideler sık olarak Roma hukukundan alınmıştır, böylece Roma hukuku kazara da olsa dünya fetheden gücünü, onların istekli kabullenmeleriyle müslümanları da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Kremer'in doğu Hıristiyanlığının dogmatik tezlerinin ve hukukî doktrin ve metotlarının müslümanların entellektüel hayatına girmelerinin sebebi olarak ispat ettiği aynı sosyal temas ve bağlantı noktaları aynı zamanda Bizans hukuki doktrin ve metotların sızmasını da

¹⁷ a.g.e., s. 159,160.

açıklar. Fethedilen ülkelerin kilise hukukçularından öğrenilen bu tip hukukî doktrinler ve kaidelerin iktibas sıklıkla vurgulanmıştır. Genel hukukî prensipler sıkça iktibas edilmişlerdir. Sadece hukukî prosedürün üstün prensibi *afirmanti incumbit onus probendi* yani temel olarak yemîn davalı üzerinedir prensibini hatırlamamız, çeşitli varsayım metotlarından en azından muhtemelen müslüman hukukçuların bu kaynaklardan direkt olarak aldığını gösterir. Fakat daha kesin gerçek, hukukî kaynaklara ve hukukî istidlal metotlarına yaklaşım tarzları da bu yabancı kaynaktan alınmıştır.”¹⁸ Goldziher'in burada , Roma hukukundan alındığını iddia ettiği “delil getirmek iddia sahibine, yemîn de davalı üzerinedir” prensibinin İslâm hukukundaki kaynağı Hz.Peygamber'in Hadîs-i Şerifidir. Bu Hadîsin de, Roma hukukunun yürürlükte olduğu ülkelerin fethinden çok önce varit olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla bu prensibin Roma hukukundan alınması mümkün değildir.¹⁹ O zaman tek ihtimal kalmaktadır, o da bunu Hz. Peygamberin bizzat kendisinin Roma hukukçularından öğrenip daha sonra da müslümanlara aktarmasıdır. Bu işe Hz. Peygamberin hayatını göz önünde bulundurduğumuzda imkansız görülmektedir. Yine Goldziher, İslâm hukukundaki “nass”, yani emrine uyulması gereken metin kavramını Roma hukukundaki “yazılı hukuk” karşılığında, nass'ın zıddı kabul edileni ise “kıyas” olarak değerlendirerek bu yazılı hukuk ve yazılı olmayan hukuk ikiliğinin Roma hukukundan geldiğini iddia etmektedir. Halbuki İslâm hukukunda nass kavramı sadece Kur'an için değil, aynı zamanda ilk yüz elli yılda yazılı halde bulunmayan Hadîsler ve bütün hukukçuların, ümmetin üzerinde ittifak ettikleri kaide anlamına kullanılan İemâ' için de kullanılmaktadır. Roma hukukundaki yazılı hukuk ile yazılı olmayan hukuk arasındaki ayırım şekli muteberliğini İmparator emri ile almaktadır.²⁰

Gatteschi, Goldziher, Schacht gibi şarkiyatçıların savunduğu klasik diyebileceğimiz İslâm hukukunun bir kısım kural ve prensiplerinin direkt olarak Roma hukukundan iktibas edildiği görüşü son devir bazı şarkiyatçılar tarafından kabul görmemiş ve şüphe ile karşılanmıştır. Ancak bu kabul görmeyişin arkasında başka bir iddia yatmaktadır ki, o da İslâm hukukuna geçen bu kural ve prensiplerin Roma hukukundan ziyade Yahûdî hukukundan geçmiş olabileceğidir. Bu konuda Hagarism²¹ isimli eserlerinde P. Crone ve M. Cook şöyle derler:

¹⁸ bkz. İgnaz Goldziher, *Muslim Studies* (çev.C.R.Barber ve S.M.Stern) yayıma hazırlayan S.M.Stern, London, 1971, II, 79.

¹⁹ bkz. Subhi Mahmassani, *Falsafat al-Tashrî fi al-Islam* (İngilizce çev. Farhat J Ziadeh) Leiden, 1961, s.138.

²⁰ bkz.Ali Şafak, *İslâm Hukûkunun Tedevinî*, Erzurum,1977,s. 130.

²¹ Bu eser hem İslâm dünyasında hem de Batı'daki entellektüeller arasında büyük tepki uyandırmıştır.Mesela R.B.Sergeant *Journal of Royal Asiatic Society* de “ *Hagarism* üslup olarak sadece son derece anti-İslâm değil aynı zamanda da anti-Araptır.Eserdeki yüzeysel kuruntular o derece saçma ve komik ki ilk bakışta bunun bir 'şaka' bir ' dalga geçme ' mi

İslâm hukuku ile Roma hukukunun ilişkisi konusunda iki noktayı ilave etmek yararlı olacaktır. Birincisi, metotla ilgili bir çekince. Roma ve İslâm hukukundaki müşterek unsurların Yahûdî hukukunda da karşımıza çıktıkları bir sır değildir. (...) Böyle durumları Roma hukukunun İslâm hukukuna direkt tesiri olarak değerlendirme eğilimi, bir şekilde keyfi bir tasarruftur. Tarihi olarak, şüphesiz temel Roma hukukunun İslâm hukukuna asimile edilme sürecinde Yahûdîlerin ve Nasturilerin rolleri birbirine benzerdir. İkinci nokta ise İslâm ve Yahûdî fıkıhlarının birbiri ile alakası konusunda bizim görüşlerimizi desteklemektedir. Roma hukuku ile İslâm hukukundaki kavramlar arasında mutlaka paralellikler vardır ama İslâmi nosyonlar Yahûdîlerinkine daha yakındır. Bundan dolayı Romalıların 'yazılmamış hukuku' epistemolojik değil literal bir kategoridir ve içeriği de örf ve adete çok yakındır. Yahûdî ve müslümanlara göre fakihlerin geleneği asıl itibarıyla sözlü olandır ve neticede ortaya çıkan onu yazıya geçirme ile ilgili şüphe ve endişelerin Roma hukukunda bir karşılığı yoktur. Aynı şekilde Alimlerin İcma'na Roma hukukundaki en yakın paralel fakihlerin kendi görüşlerini değil, imparatora ait hüküm prosedürlerinin dayatmasını temsil eder."²²

Yine Schacht'ın (Origins,s.99) görüşlerini ele alarak onun İcma' konusundaki fikirleri hakkında Crone ve Cook:

Schacht'ın İslâmdaki Alimlerin İcma'ı kavramını daha mukayese götürür Yahûdî kavramlardan ziyade Roma hukukundaki *opinio prudentium* dan çıkarmasının doğruluğu ortada değildir. (...) Daha dîni yönlerde İslâm hukukunun temeline Yahûdî hukukunun şüphesiz tesirleri olmuştur.²³

diyerek hem İcma'nın kaynağının Yahûdî hukuku olmasının daha yakın bir ihtimal olduğunu ifade ediyorlar hem de diğer yönlerde de bu tesirin var olduğunu ileri sürüyorlar.

Crone ve Cook'un ileri sürdükleri görüşlerin benzerini kendilerinden çok önce başka bir şarkiyatçı da iddia etmişti. D.S.Margoliouth, İslâm hukukunun Roma hukukundan çok Yahûdî hukukundan etkilendiği konusunda ilk olarak müslüman fakihlerin Yahûdîlerden sadece sözlü hukuka dair fikir edinmediklerini, daha fazla şeyler aldıklarını ileri sürüp bir iki konuda Arap fıkıhının terminolojisinin *Mişnah*'nin dilinden kaynaklandığının takip edilebileceğini söyler. Yazar daha sonra:

olduğu akla geliyor." derken Norman Daniel, *Journal of Semitic Studies* de "Yazarların İslâm tarihçileri olduklarını ileri sürdükleri göz önünde bulundurulmakla beraber ne yazık ki İslâm hakkındaki çağdaş araştırmalardan haberleri yoktur. İslâma dair erken dönem kaynaklarına kara çalıcı, zedeleyici yaklaşımları Hadîs'in Batı'daki tenkidinin çok sathi bir şekilde taranmasının yol açtığı asılsız bir güvenle tanımlanabilir." diyerek Crone ve Cook'un kaynak kullandırmaları ve metotlarını sert bir şekilde eleştirmiştir.

²² P.Crone ve M.Cook, *Hagarism*, s.151.

²³ bkz...a.g.e. s.180.

Bununla birlikte İslâmî araştırmaların özelliği dışarıdan çok az şey almaları ve kendi bağımsız çizgilerinde gelişmeleridir. Medine'nin İslâm fıkhu-nun ana yurdu olması gerçeği bizzat onun Yahûdî dışı kaynaklardan iktibasının çok az olduğunu gösterir, çünkü Medine sadece Araplardan ve Yahûdîlerden oluşmuştu ve sakinlerinin eğitim ve kültür seviyesi kesinlikle Mekke'lilerinkinden daha düşük seviyedeydi."²⁴

diyerek varlığını iddia ettiği Yahûdî tesirine bir alt yapı hazırlamak istemektedir. Margoliouth şöyle devam eder:

Roma hukukunun bu gelişmemiş şehre nüfuz ettiğine dair hiç bir delil yoktur. Medinelilere herhangi bir hukuki görüş sorulduğu zaman onlar hafızalarına, akıllarına ve yerel kabiliyetlere güveniyorlardı. İslâmî kabul eden Yahûdîler kendi hukuklarının tanzim edildiğine dair bir delil olmamasına rağmen amelî fıkıh konusunda diğer vatandaşlara nispeten daha donanımlı bir konumda idiler. Elleri atında kullanabilecekleri ve bir çok meselede uygulanabilecek tecrübeye ve düşünce verilerine sahiptiler. Genel fıkıh metodolojisi, Kutsal Kitaptaki çatışan pasajların te'lifi için gereken prensipler, beklenmedik neticeler için akıl yürütme İslâmın doğuşundan çok asırlar önce Yahûdîler tarafından inceden inceye ele alınmıştı."²⁵

Burada yazarın görüşleri, ikna edici delillere dayanmaktan ziyade bir varsayım hatta bir temenni üzerine bina edilmiş intibanı vermektedir. Kültürlü, hukuk metodolojisi bilen, bir çok dînî ve hukukî konuda inceden inceye bilgi sahibi olan Yahûdîler İslâmiyeti kabul edecekler ve İslâmiyetten bir şeyler almak yerine kendileri İslâmiyete katkıda bulunacaklar. Bu akıl yürütme okuyucuyu tatmin etmekten çok sayısız soruyu da beraberinde getirmektedir.

Son devrin İslâm hukuku alanındaki en ciddi araştırmacılarından birisi olan Coulson, Roma hukukunun İslâm hukuku üzerindeki etkisi üzerinde fazla durmaz. Erken dönem Medine fakihlerinin en belirgin özelliklerinin muhafazakar bir şekilde geleneğe bağlılık olduğunu ifade eden Coulson, Kûfe'li fakihlerin, geçmişte kökleri ve bağları olmayan yeni kurulmuş bir toplumda araştırma ve fikir yürütmede daha serbest hareket edebildiklerini ve Kûfe ekolünün hem coğrafi hem de zihni olarak yabancı hukuk sistemlerinin tesirine daha açık olduğunu belirtip bunu bir örnekle destekler. O örnek ise Ebu Hanife'nin , vesayet altındaki bir şahsın yirmi beş yaşına gelikten sonra vasisinin kontrolünde olmadan kendi malında tasarruf edebileceği görüşüdür. Coulson bu yaş sınırının Roma hukukunda da mal üzerinde-

²⁴ bkz. D.S.Margilouth, *The Early Development of Mohammedanism*, London, 1914, s.73,74.

²⁵ a.g.e., s.74

ki vesayet (curatio) konusunda da aynı olduğunu söyleyerek Ebu Hanife'nin Roma hukukundan etkilendiğini ima eder.²⁶

Yukarıda zikredilen şarkiyatçılardan bir çoğunun görüşleri en basit ifadeyle temelsiz, mübalağalı, sübjektif, ön yargılı gibi birtakım nitelendirmeleri hak ederlerken, Roma hukuku ve İslâm hukuku ilişkisinde daha ılımlı ifadeler kullanan araştırmacılar da olmuştur. Mesela, H.A.R. Gibb;

Roma hukukuna gelince, onun bazı kuralları ve muhtevası İslâm hukukuna sızmışsa da, İslâm hukukunun üzerinde bina edildiği prensiplerin ve (hatta şöyle de diyebiliriz) onun uygulanmasının bütün esprisinin Roma hukukçularınıninkilerle hiç bir alakası yoktu. Gerçekten ilk başından beri İslâm hukukunun metotları ve formülasyonu, pozitif emirlerle, teorik münakaşaların ilginç bir karışımını sergiler.²⁷

diyerek Roma hukukunun iddia edilen tesirini asgariye indirlemiştir.

Konumuzla ilgili olarak zikredilmesi gereken bir yazar daha vardır ki o da Sava Paşa'dır.²⁸ *Etude de la théorie de Droit Musulman*²⁹ isimli eseriyle Batı dünyasında da çok tanınan Sava Paşa'nın ehemmiyeti kendisinin Hıristiyan olmasına rağmen Osmanlı devletinde önemli görevler ifa etmesinden, fikren ve itikaden Batılılara yakın olmasıyla birlikte müslüman bir toplumda yaşadığı için müslümanları ve İslâmı daha yakından tanımasından kaynaklanmaktadır. Sava Paşa ve eseri hakkında eski Şeyhülislâmlardan Mustafa Sabri şöyle der:

Sultan Abdülhamid-i sani devri ricalinden ve rum milletinden Sava Paşa; 'hukukçu geçinen bazı asrilerin öteden beri ağızlarında geveledikleri gibi, ben de İslâm fıkhnın muemelata dair kısmının Roma hukukundan alındığını zan ederdim. Fakat sonra İslâm fıkhnın kaynakları üzerine uzun müddet yaptığım ilmi tahkikat ve derin tetkikat neticesinde gördüm ki, bu muazzam fıkhnın Roma hukukundan intikal ettiği hakkındaki mütalaa çok zayıf bir esasa dayanmakta ve hakikat olmaktan ziyade hayal bulunmaktadır. İliç şüphesiz her hukukun muhtelif kaynakları vardır, fakat gördüm ki İmparator Jüstinyanos'un Roma hukuku tedrisi için Beyrut'ta tesis ettiği mektep, sırf akla dayanan bir tesis olup onu Hıristiyanlık boyasına boyamaktan ibaret kalmıştır. Halbuki İmamı A'zam'ın fıkhnı ise, Allah'ın Kitabı ile Peygamberin Sünnetine dayanmaktadır. Bu sebeple İslâm hukukunda şuna

²⁶ bkz. N.J.Coulson, *The History of Islamic Law*, Edinburgh, 1964, s. 50.

²⁷ bkz. H.A.R. Gibb, *Mohammedanism*, New York, 1962, s. 89.

²⁸ Sava Paşa'nın doğum tarihi bilinmemektedir. Yanya'lı doktor Sava Efendinin oğludur. Rumeli Beylerbeyi payesiyle Girit İsfakya'da mutasarrıflık, (1870-75), Mekteb-i Sultanî (Galatasaray Lisesi) müdürlüğü (1875-78) yapıp 1878'de Paşa olmuş, Nafia nazırlığı, Hariciye vekilliği ve Girit Valiliği yapmıştır. Daha sonra Paris'ye yerleşen Sava Paşa'nın 1901'de vefat ettiği sanılmaktadır.

²⁹ İki cilt halindeki bu eser Baha Arıkan tarafından *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında bir Etüd* başlığı altında 1955 yılında Türkçe'ye çevrilmiş ve basılmıştır.

buna istinat etmiş gayr-i muteber bir tek hüküm, asla görülemez.' demektedir.³⁰

Daha sonra Emir Şekip Aslan'ın da Sava Paşa'nın eserini öven sözlerini nakleden Şeyhülislâm :

Sava Paşa'nın ve Şekip Aslan'ın ilmi kıymeti haiz şahadetleri, İslâm hukukundan bihaber yaşayanlara, yalan yanlış yazanlara kat'i bir darbedir. Binaenaleyh İslâm hukukunun Roma hukukundan intihal olmayıp bunun yalnız Allahın Kitabına ve Peygamberin Sünnetine istinat ettiğini ispat eden, hıristiyan Sava Paşa'nın eserini takdir ve kendisini taziz ederiz³¹

diyerek duygularını belirtmiştir.

Yukarıdaki bu malumata zıt olarak Sava Paşa'yı , Sheldon Amos³² ve Goldziherle birlikte aynı kefeye koyarak Batıdaki " İslâm hukuku Arap kılığına bürünmüş Iustiniaus'un Roma hukukundan başka şey değildir" ve Araplar Roma hukukuna birkaç hatadan başka bir şey ilave etmemişlerdir" gibi fikirlerin yerleşmesinden sorumlu tutan Fitzgerald sert bir şekilde tenkit eder. Fitzgerald, Sava Paşa'nın, Şam'da Arap istilasından bir asır sonraya kadar Roma adlî düzeninin devam ettiğini söylediğini ifade ederek ondan şu nakilde bulunur:

Herkesçe bilinir ki, Roma hukukunun doğuş safhasında olan İslâm hukukuna yapmış görüldüğü etki bir yana, bu hukukun daha sonraki ve nihai gelişmesi, yani İslâm corpus jüris'inin teşekkülü, Suriyede hukuk ilmini öğrenmiş ve orada Preator'unkine benzer görevler ifa etmiş alimlerin eseridir...Muaviye'nin saltanatı zamanında Suriyede adlî sistem fetihten önce mevcut olana pek benzer tarzda baki kaldı. Preator'unkilere benzer görevler ifa eden müftî formula'ları verir; preator'un formula'sından istikamet alan ve buna uygun hüküm vermek durumunda bulunan hakim formula'nın muhtevasına uygun tarzda, vâkıaları inceler ve preator'un orada belirttiği tavsiye üzerine hükmünü bina ederdi.³³

Fitzgerald'ın hatalı bulduğu önemli hususlardan biri kendi ifadesiyle müftî'nin preator'a ve kadı'nın iudex'e eşit görülmüş olmasıdır. Halbuki metinde Sava Paşa "eşit" ifadesini kullanmamakta "benzer görevler ifa eden" demektedir. İki kavram arasında büyük anlam farkı vardır ve Sava Paşa'ya yöneltilen tenkit aşırı görünmektedir.

³⁰ Şeyhülislâm Mustafa Sabri'nin *Mevkûfu'l- Akl-i ve'l- İlm-i ve'l-Âlim* isimli eserinden nakleden Baha Arıkan, a.g.e. s.VIII, IX.

³¹ a.g.e., s. IX.

³² Sheldon Amos (1835-1886) İngiliz hukûkçu. Beyrut ve İskenderiyedeki Roma hukûku mekteplerinin, müslümanlar tarafından Suriye ve Mısır'ın fethini müteakip bir yüzyıldan daha fazla bir süre yaşamaya devam ettiklerini ve bu yolla da İslâm hukûkunun Roma hukûkundan etkilendiğini ilk ileri sürenlerden birisidir.

³³ bkz. Fitzgerald, a.g.makale s.1129,1139.

Fitzgerald, Mahmassani, Hamidullah gibi, Roma hukukunun İslâm hukuku üzerinde tesiri olmadığını savunanlar karşıt görüş sahiplerinin iddialarını detaylı şekilde çürütmeye çalışmışlardır. Bunların önemli olanlarını birkaç madde halinde şöyle özetleyebiliriz:³⁴

Birincisi, Hz. Muhammed Roma hukukunu bilmiyordu. Yetiştığı çevrede Roma hukuku ve geleneklerinin hiçbir izi ve tesiri yoktu. Kendisi iki defa Mekke dışına çıkmıştır ve Romalılarla teması olmamıştır. Zaten ümmî olduğu için de yazılı kaynaklardan öğrenme imkanı da yoktu.

İkincisi, bütün İslâm hukuk ekolleri Irak ve Hicaz gibi Bizansa ait olmamış bölgelerde ortaya çıkmıştır. Eski Bizans topraklarından Beyrut'a yerleşen tek hukukçu Evzâi'dir, o da hayatının sonuna doğru oraya yerleşmiştir. Zaten takipçisi bulunmayan mezhebinin de Roma hukukundan etkilendiğine dair hiçbir delil yoktur. İmam Şafii de hayatının sonlarına doğru Mısır'a gitmişti ama o vakte kadar hukuki görüşleri şekillenmiş ve kemale ermişti. Doğuda hukuk öğreten Beyrut mektebi m.s. 551 yılında zelzeleden tahrip olmuş, 560 yılında yanmış ve bir daha da adı duyulmamıştı. Müslümanlar Beyrut'u aldıklarında bu mektep ortada yoktu ve Arapların Bizans topraklarına hücumundan önceki 75 yıllık süre içinde Roma hukukunun öğretildiği tek yer eski İstanbul idi.

Üçüncüsü, Roma hukukunun cahiliye dönemi Arapları veya Talmud vasiyasıyla da İslâm hukukuna geçmesi söz konusu değildir. Zira bu insanların Romalılarla ilişkisi çok azdı, yabancı dil bilenlerin sayısı yine azdı. Şayet Talmud'dan bir şeyler alınsaydı o zaman bu kitapta mevcut bulunan İslâma aykırı bazı fikirlerin de sızması gerekirdi, durum böyle değildir.

Dördüncüsü, bazı evrensel kaideler, akla dayanan bir takım kurallar değişik hukuklarda bulunabilir, bu mutlaka birbirinden aldıkları sonucunu doğurmaz. Kaldı ki Roma ve İslâm hukukları arasında temel ayrılıklar vardır. Mesela, Evlat edinme İslâm hukukunda kabul edilmez, ama Roma hukukunda vardır. Havale, borcun başkasına transferi İslâm hukukunda vardır, diğerrinde yoktur. İslâmiyetteki şul'a hakkının ve vakıf müessesesinin Roma hukukunda karşılıkları yoktur. Mehir konusunda yine İslâm ve Roma hukukları temelde farklıdır. Roma hukukunda mehir erkeğe verilirken, İslâm hukukunda kadına verilir. Benzer misaller çok sayıda verilebilir.

Beşincisi, müslüman fakihler Roma hukuku üzerine araştırma yapmaktan geri durmuşlardır, sebebi ise İslâm hukukunun ilahi kökenli olduğuna, bunu temelde Kur'ana dayandığına olan sağlam inançlarıdır. Bundan dolayı müslümanlardan kaynaklanmayan her şeyi reddettiler. Şayet müslümanlar Roma hukukundan faydalansalardı onlardan "sözleşmeler ve borçlar" teorisini de alırlardı. Zira bu Roma hukukunun en büyük başarıla-

³⁴ Daha detaylı bilgi için Fitzgerald'ın ve Hamidullah'ın sözü geçen makalelerine müracaat edilebilir.

rından biri sayılır ve böylelikle de İslâm hukuku bu genel teoriden mahrum olmazdı.

Sonuç

Roma hukukunun İslâm hukuku üzerindeki tesiri konusunda lehte ve aleyhteki münakaşaları ve delilleri ciddi olarak gözden geçirdiğimizde şu sonuçları ortaya koymanız mümkün olabilir.

Her şeyden önce şarkiyatçılar önemsiz ve sıra dışı sayılabilecek birtakım olay ve olguları çok abartılı bir şekilde genelleştirerek vermişler, asıl ve özden ziyade teferruat üzerinde durmuşlardır. Birisinin ortaya attığı bir iddia diğerleri tarafından çoğu zaman tahkik edilmeden kabul görüp savunulmuştur. Konuyla ilgili olarak sundukları delillerin büyük bir kısmı tarihi gerçeklerle ters düşmektedir. Şarkiyatçıların kendi eserlerinde bile konuyla ilgili deyimlerde ve kavramlarda görüş ayrılığı ve farklı kullanımlar mevcuttur. Şarkiyatçılar çoğu kez kesinlik ifade etmeyen, tereddüt ve ihtimal ve zan ifade eden bir üslup kullanmışlardır. Yine şarkiyatçıların büyük bir kısmı genel olarak İslâma ve İslâm hukukuna çok önyargılı hatta hasımane bir tavırla yaklaşmışlar bu arada da ilmi objektiflikten uzaklaşmışlardır. İslâm hukukunun Roma hukukuna dayandığı, ondan birçok prensibi aldığı, aşırıldığı gibi iddiaların arkasında İslâm ve İslâm hukukunu yıpratmak, hem müslüman olmayanların İslâmiyete ilgilerinin önünü kesmek hem de müslümanların kendi din ve hukuk sistemlerine olan güvenini sarsmak gayesi bulunmaktadır. İslâm ve Roma hukuku arasındaki benzerlikler temel esaslarda olmadığı gibi, iddia edildiği derecede bir intihali ispat edecek nitelikte de değildir. Daha önceki yüzyıllarda şarkiyatçılar okurlarını yönlendirmede ve etkilemede daha çok başarı şansına sahiptiler. Çünkü okurlarının kendilerinin direkt olarak başka yollardan bilgi edinme yolları çok azdı. Halbuki günümüzde iletişim ve bilgi aktarma imkanlarının gelişmesi neticesinde insanlar çok değişik kaynaklara ulaşım vasıtasız bilgi edinebilmektedir. Ama, bunlara rağmen hala günümüzde şarkiyatçıların görüşlerini mutlak doğru gibi algılayıp bunlara inanan ve bu da yetmiyormuş gibi bunları başkalarına aktaran kişilerin varolması meselenin biraz da ilmi platformdan ideolojik platforma kaydığını zaman zaman da bu münakaşaların gündeme geleceğini gösterir.