

İSLAM HUKUKUNUN ROMA HUKUKUNDAN ETKİLENDİĞİ TEZİ KARŞITI İKİ ORYANTALİST

TWO ORIENTALISTS AGAINST THE THESIS THAT ISLAMIC LAW IS INFLUENCED
BY ROMAN LAW

SAVAŞ KOCABAŞ

PROF. DR. SİVAS CUMHURİYET ÜNİVERSİTESİ İLAHİYAT FAKÜLTESİ İSLAM HUKUKU ANABİLİM
DALI

ASSOC. PROF. DR. SİVAS CUMHURİYET UNIVERSITY, FACULTY OF THEOLOGY, ISLAMIC LAW
LECTURER.

SİVAS, TURKEY

savaskocabas@cumhuriyet.edu.tr

<http://orcid.org/0000-0002-7975-4109>

<http://dx.doi.org/10.46353/k7auifd.998871>

Makale Bilgisi / Article Information

Makale Türü / Article Types
Araştırma Makalesi / Research Article

Geliş Tarihi / Received
22 Eylül / September 2021

Kabul Tarihi / Accepted
27 Aralık / December 2021

Yayın Tarihi / Published
Aralık / December 2021

Yayın Sezonu / Pub Date Season
Aralık / December

Atıf / Cite as
Kocabaş, Savaş, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan Etkilendiği Tezi Karşiti İki Oryantalist [Two Orientalists Against The Thesis That Islamic Law is Influenced By Roman Law]". Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi - Journal of the Faculty of Theology 8/2 (Aralık/December 2021): 485-516.

İntihal / Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi. / This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

Published by Kilis 7 Aralık Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi - Kilis 7 Aralık University, Faculty of Theology, Kilis, 79000 Turkey.

ilahiyatdersisi@kilis.edu.tr



İSLAM HUKUKUNUN ROMA HUKUKUNDAN ETKİLENDİĞİ TEZİ KARŞITI İKİ ORYANTALİST

Öz

İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiğini iddia eden teori ilk olarak XIX. yüzyılın ortalarında Oryantalistler tarafından ortaya atılmıştır. Fakat bazı oryantalistler ve batılı hukukçular bu teze karşı çıkmıştır. Onlardan biri 1933 de Roma hukuku konulu uluslar arası bir konferansta “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?” başlıklı bir sunum yapan İtalyan şarkiyatçı Prof. C.A. Nallino’dur. Ona göre İslam hukukunun yoktan ve kısa sürede teşekkülü akla iktibas şüphelerini getirirse de aslında bu başarı dinin bilimi destekleyici ve cesaretlendirici bir bakış açısına sahip olması ve âlimlerin üstün çabalarından gelmektedir. Müslümanlar Roma topraklarını ele geçirdikleri dönemde o topraklarda Roma hukuku eğitimi veren kurumların olmaması ve halkın da bunlardan bihaber olması sebebiyle Müslümanlar bu hukukla tanışmış olamazlar. Bu İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği iddiasını çürüten en önemli kanıtlardan biridir. Nallino’nun görüşüne göre İslam hukukunun Roma hukukundan türediğini ispat etmeye çalışan insanların göz ardı ettikleri üç husus vardır: a) İslam hukuku ile Roma hukuku arasında var olan bazı benzerlikler İslam’ın sadece bazı fıkıh ekolleriyle sınırlıdır. b) Aralarındaki bazı benzerliklere karşın çok sayıda temel farklılıklar da vardır, ama tez sahipleri bunları göz ardı etmiştir. Oysa, her ikisinin göz önünde bulundurulması, oranlarının ortaya konulması sağlıklı karar verebilmek için zorunludur. c) Hukuk ve hukukun kaynakları hakkında klasik Avrupa dünyası ile İslam dünyası arasında derin görüş farkı vardır. Helenistik dünyada derinden derine kök salmış fikir ve müesseselerin bir türlü İslam hukukunda kabul görmeyişini işte bu anlayış tarzındaki farklılık açıklamaktadır. Nallino’ya göre İslam hukukunun Roma hukukuna bağımlılığını veya derin Roma’nın ona etkisini iddia edenlerin bunu az-çok açıkça ispat etmeleri gerekir. Oysa onların bütün dayanakları aksi ispat edilmiş faraziyelerdir. Mesela Roma hukuk kitaplarının Arapçaya tercüme edildiğini farz ederler; oysa olaylar bunu tamamen yalanlamaktadır. Beyrut ve İskenderiye “hukuk ekollerinin geleneklerinin” devam ettiğini farz ederler; ama buralardaki hukuk eğitim kurumları Arap fetihlerinden önceki asırlarda kapanmıştı. İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği tezi ne karşı çıkan oryantalistlerden diğeri Fransız oryantalist C.H.Bousquet’tir. 1947’de yayımlanan “Le Mystere de la formation et des origines du Fiqh” (Fıkıh’ın oluşumu ve kaynakları meselesi çözülmemiş bir sırdır) isimli makalesinde Bousquet, İslam hukukunun kısa sürede doğup müthiş bir hızla gelişmesinin sırrını çözmeye çalışmıştır. İslam hukukunun ilk asırlarda neredeyse tekamüle erdiğini ifade etmiş, ilk dönem fıkıh kitaplarındaki “meselelerin ayrıntılı çözümüne” hayranlığını dile getirmiştir. İslam hukukunun dışardan etkilenmediğine birbirlerinden çok farklı gibi gözüken, hatta birbirleriyle kavgalı olan Ehl-i sünnet, Şia ve Hariciler arasındaki fıkhi ihtilafların sınırlı olmasını delil getirmiştir. Bousquet İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği tezini de reddetmiştir. Çünkü onun görüşüne göre iki hukuk birbirinden hem madde hem ruh yönünden çok farklıdır. Çünkü fıkıhın temelini oluşturan evlilik, talak, kölelik, cihad, veraset gibi konularda aralarında hiçbir benzerlik yoktur. Roma hukukunun seküler, İslam hukukunun ise tamamen dini olması ise ruhen tamamen farklı olduklarının göstergesidir. Bousquet’un görüşüne göre iki hukuk arasındaki benzerliklere verilen örnekler son derece sınırlıdır ve bu benzerlikler on kat fazla olsa dahi İslam hukukunun diğerinden etkilendiğini veya iktibas edildiğini ispata yetmez. Çünkü benzerliğin kaynağı başka şeyler, mesela tesadüf olabilir. Çünkü insan aklının seçeceği çözüm şekillerinin sayısı sınırlıdır ve iki hukukun bazı konularda tesadüfen kesişmiş olması mümkündür. Bousquet İslam hukukunun oluşumunda etkili olma ihtimali en güçlü hukuk olarak Talmud’u

görmüş ve bunun ispat için bir hayli uğraşmıştır. Ancak sonunda, aralarında sıkı bir yakınlık tesis etmek istemesine rağmen hayal kırıklığına uğradığını ve başarısız kaldığını itiraf etmiştir. Bousquet son olarak şunları belirtmiştir: İslam hukuku özü ve mahiyeti itibari ile Müslümanların eseri, İslam'ın hemen hemen müstakil bir buluşudur. İslam Hukuku ve onun dehası Roma hukukuna bir şey borçlu değildir.

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

TWO ORIENTALISTS AGAINST THE THESIS THAT ISLAMIC LAW IS INFLUENCED BY ROMAN LAW

Abstract

The theory claiming that Islamic law was affected by Roman law, was first put forward in the mid-19th century by the Orientalists, but some of the orientalist and western lawyers opposed the thesis. One of them was the Italian orientalist Prof. C.A. Nallino who made a presentation titled "Is Roman Law Affected by Islamic Law?", at the International Conference on Roman Law in 1933. According to him, even if the formation of Islamic law from nothing in a short time raises some doubts, actually this success comes from the scholars' great effort and this region's having a supportive and encouraging approach on science. On the other hand, when Muslims captured Roman territory, Roman law did not have any educational institutions, and the Roman people were unaware of it so, the Muslims couldn't know the law. This is one of most important the evidences, refuting the claim of Islamic law is affected by Roman's. In Nalino's view, there were three aspects that are ignored by people trying to prove that Islamic law is derived from Roman law: a) Some of the similarities between Islamic law and Roman law are limited only to some schools of Islamic jurisprudence. b) Despite some similarities, there are many basic differences between them, but the authors of the thesis ignored them. However, it is essential that both are taken into consideration and their pedigree revealed in order to make a sound decision. c) There is a significant differences of opinion between the classical European world and the Islamic world, on law and its sources. The differences on perspectives explains the disapproval of ideas and institutions, deeply rooted in the Hellenistic world, into Islamic law. In Nalino's point of view, those who claim the dependence of Islamic law on Roman law or a profound Roman influence on it, must prove that one way or another. However, all of their justifications are hypotheses that have been proven otherwise. For example, they assume that Roman law books were translated into Arabic. Whereas, events completely refute this. Again, they assume that the Beirut and Alexandria law schools traditions are continuing. But institutions of legal education there were closed in the centuries before the Arab conquests. The other orientalist who opposed the thesis that Islamic law was influenced by Roman law is the French orientalist C.H.Bousquet.). in his article, "Le Mystere de la formation et des origines du Fiqh" (The issue of the formation and sources of Fiqh is an unsolved mystery), published in 1947, he tried to solve the mystery of the birth of Islamic law in a short time and its rapid development. He stated that Islamic law had developed roughly in the first centuries, and he expressed admiration for the „detailed resolutions of issues“ in early fiqh books. Bousquet proved that Islamic law was not influenced from outside, and the legal disputes, between Sunnis, Shiites, and Kharijites, who seem to be very different from each other and even fight with each other, are limited. Bousquet also rejected the hypothesis that Islamic law was influenced by Roman law. Because, in his opinion, the two laws differ greatly from each other in substance and spirit. So, there is no similarity on the matters bases of

jurisprudence, such as marriage, divorce, slavery, jihad and inheritance. The fact that Roman law is secular and Islamic law is purely religious indicates that they are completely different in spirit. In Bousquet's view, the examples given of similarities between the two laws are very limited, and even if these similarities are ten times greater, it is not sufficient to prove that Islamic law was influenced by or borrowed from the other. Because the source of the similarity may be any thing,, eg coincidence. Because the number of solutions chosen by the human mind is limited and the two laws may have common points on some issues by chance. Bousquet thought that, the Talmud law was the most likely to be influential on shaping Islamic law, and worked hard to prove it. However, in the end, he admitted that he was disappointed and failed, despite his desire to establish a close relationship between them. Finally, Bousquet mentioned the following: Islamic law, in its essence and nature, is the work of Muslims, and it is almost an independent invention of Islam. Islamic law and its genius owe nothing to Roman law.

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

GİRİŞ

İlk defa 19. yüzyılın ikinci yarısında ortaya atılan İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği, hatta ondan iktibas edildiği tezine çoğu Müslüman ilim adamları gibi¹ bazı batılı hukukçular ve şarkiyatçılar da karşı çıkmış ve bunu reddeden çalışmalar kaleme almışlardır.²

Her ne kadar yapılan çalışmalarla mesele büyük oranda aydınlanmış olsa da son yıllarda batıda ve oradan etkilenecek Türkiye'de bu teoriyi tamamen veya kısmen destekleyen bazı makale ve tezlerin kaleme alınması, konu üzerinde tekrar durulmasının gerekli hale geldiğini düşündürmektedir.

Teze karşı çıkan oryantalistlerin araştırmaları incelendiğinde konu

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

Az sayıdaki destekleyenlere örnek olarak bk. Edlira Llukaçai, *Kur'anâ Rağmen Kadın* (İstanbul: Süleymaniye vakfı, 2018), 215 vd.

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

² Makalemizde ele alınan iki isim dışında İngiliz hukukçu S.V. Fitzgerald, Sava Paşa ve Rene David'i de zikredebiliriz. Bk. S.V. Fitzgerald, "İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası", *Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 29/4 (1963): 1128- 1154; Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, (Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları,1956), 12 vd; Yaman-Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, s.36 (David Rene, *Çağdaş Hukuk Sistemleri*, s.418, 424'ten naklen).

üzerinde bir hayli kafa yormuş oldukları, verdikleri cevapların da en az Müslümanlarınkı kadar kuvvetli, dakik ve derin olduğu görülmektedir. Müslüman olmamalarından dolayı kendi dinlerini savunma şüphesi bulunmadığından oryantalistlerin objektif olma ihtimalleri yüksek olduğundan bu çalışmalar daha bir önem ve değere sahiptir.

Sözkonusu batılılardan biri İtalyan şarkiyatçı C.A. Nallino, diğeri Fransız şarkiyatçı C.H. Bousquet'tir. Her ne kadar iki şarkiyatçının çalışmaları daha önce Türkçe'ye tercüme edilmiş olsa da tercüme ve neşir tarihlerinin nispeten eski olması sebebiyle Türkçedeki yayınlanmış haliyle günümüz insanının anlamakta zorlanacağından, ayrıca kitabın da baskısının bulunmamasından dolayı okuyucunun istifade imkanı azdır. Ayrıca bu çalışmalar irdelenmesi gereken bazı problemleri ifadeler de içermektedir.

İşte bu makalede, iki oryantalistin büyük bir fikir ve emek mahsulü olan konuyla ilgili iki çalışması ele alınacaktır. Bunlardan daha çok istifade edilebilmesi için içerdiği fikirler daha net ve daha kolay anlaşılır biçimde ortaya konularak daha çok istifade edilmesine çalışılacaktır. Genelde asla sadık kalmakla beraber, gerek görüldüğünde manayı bozmadan sadeleştirme yoluna da gidilecektir. Gerek görüldüğünde yazarları destekleyici, görüşlerini açıcı veya problemleri görülen ifade ve düşüncelerini eleştirici yorumlar yapılacaktır.

Makalelerin asıllarına ulaşılamadığından Türkçe ve Arapça tercümelerine başvurulmuştur. Türkçe tercümelerindeki ifadeler esas alınmakla birlikte Arapça tercümelerinden de yararlanılacaktır.³

1. C.A.NALLİNO

İtalyan şarkiyatçı Prof. C.A. Nallino 1933 yılında Roma'da gerçekleştirilen uluslararası Roma hukuku kongresinde İslam hukukunun Roma hukukundan etkilenmesi konusunda "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?" isimli bir sunum yapmıştır. Sunum, ölümünden sonra kızı tarafından 1942 yılında Roma'da yazarın diğer makaleleriyle birlikte "Raccolta di Scritti editi e inediti" (Yayınlanmış ve Yayınlanmamış Yazıların Derlenmesi) isimli kitabında (85-94. sayfalar) yayınlanmıştır. Muhammed Hamidullah tarafından Fransızca'ya tercüme edilen makale Fransızca'dan Türkçe ve Arapça'ya tercüme edilmiş olup çalışmamızda Türkçe tercümesi esas alınmıştır.⁴

³ Heyet, *Hel li'l-kanuni'r-rumi te'sirun ale'l-fikhi'l-islâmi (Derleme)*. Kahire: Dâru'l-buhus el-ilmîyye, 1973.

⁴ Makaleyi Muhammed Hamidullah, yazarın kızı Maria Nallino'nun izniyle Fransızca'ya çevirmiş, Maria tercümeyi gözden geçirmiş ve basılmasına onay vermiştir. Makalenin, bu araştırmada ele alınacak bazı makalelerin de bulunduğu bazı makalelerle birlikte Türkçe ve Arapça'ya tercüme

Nallino makalesinde İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği veya ondan iktibas edildiği tezine net bir şekilde karşı çıkmıştır. Ona göre bu iddiayı sürdürenlerde ehliyet problemi vardır; bunlar “ya şarkiyatla ilgili bulunmayan hukukçular” veya “İslam hukukuna dair çok az şey bilen kimseler” idiler. Bu kimseler iddialarını bazen açıktan açığa yapıyor, bazense direkt olmasa da gayet mümkün bir ihtimalmiş gibi, hissettirmeden dillendiriyorlardı.⁵

Nallino’ya göre böylesine girift ve büyük iddia son derece basit bir şekilde ele alındı. Bazıları konuya salt ihtimal olarak ve genel ifadelerle değindi. Bazıları çok cüz’î noktalar üzerinden böyle bir iddiada bulundu. Hatta kimileri birbirine benzeyen bazı paralel hükümleri bir araya getirmekle yetindi. Oysa, derin etki bıraksa da bunların iddiayı ispatlayacak potansiyeli bulunmuyordu.⁶

Nallino, iddia sahiplerinin tamamen ihmal veya göz ardı ettikleri ve kendisinin problem olarak gördüğü hususları sekiz maddede sıralamıştır:

1. Ona göre İslam hukuku ile Roma hukuku arasında böyle bir bağ kuranların İslam hukukundan ne kastettikleri dahi net değildir. Çünkü batıda fıkıh “insanın kendisiyle, Allah’la, çevresiyle ilişkilerini düzenleyen şeriat sisteminin bir kısmı” diye tarif edilir. Ama fıkıh bir bakıma hukuktan çok daha geniş, ama özellikle batılı bakış açısıyla bir yönüyle de ondan daha

edilmiş baskıları bulunmaktadır. Türkçe 1964 yılında İstanbul’da Yağmur yayınları tarafından basılan derleme kitapta sırayla Muhammed Hamidullah, Bousquet ve Nallino’ya ait olmak üzere toplam üç makale bulunmaktadır. Kitapta her bir makalenin girişinde makale hakkında bazı bilgiler verilse de kitabın derlemesinin kime ait olduğuna dair bilgi verilmemiştir. Muhtemelen derleme de Muhammed Hamidullah’a aittir ve tamamı Fransızca’dan çevrilmiştir. Türkiye’de basılan kitap “İslam Fıkhı ve Roma hukuku” adını, Nallino’nun makalesi ise “Roma Hukukunun İslam hukukuna Tesiri Oldu mu?” adını taşımaktadır.

Nallino’nun makalesini Arapça’ya da ilk kez Dr. Salahaddin el-Müncid tarafından kazandırmış ve 1955 yılında yayınladığı “el-Münteka min dirasati’l-müştəşrikin” (Oryantalistlerin Araştırmalarından Seçkiler) isimli derleme-tercüme kitabında “نظرات في علاقات الفقه الإسلامي بالقانون الروماني” (İslam Hukukunun Roma hukukuyla ilişkisine dair bakış açıları) adında bir bölüm olarak (43-55. sayfalar) koymuştur. Makaleyi bir yıl sonra 1956 yılında el-Müslimun dergisi yayınlamıştır. Makale daha sonra 1973 yılında Muhammed Hamidullah, Bousquet, Fitzgerald ve Muhammed Devalibi’ye ait dört makaleyle birlikte toplam beş makaleden oluşan ve “هل للقانون الرومي تأثير على الفقه الإسلامي” (Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Var mıdır?) isimli derleme kitabın ilk bölümü olarak basılmıştır. Kahire’de Dâru’l-buhus el-ilmiyye tarafından Makalenin adı burada da el-Müncid’in kitabındaki gibidir (nazarat...). Kitabın mukaddimesinden derlemesiyle Muhammed Hamidullah’ın yaptığı anlaşılmaktadır. Zira Mukaddimedede Muhammed Hamidullah derlemede yardımcı olan Salahaddin el-Müncid ve başka Arap isimlere teşekkürlerini sunmuştur (s.6). Muhtemelen Kemal Kuşçu’nun tercümesini yaptığı kitap Fransızca 1964 yılından önceki Muhammed Hamidullah dışında sadece iki makalenin bulunduğu ve kendisi tarafından yapılan bir derlemedir. Arapça baskıda ise derleme genişletilerek makale sayısını beşe çıkarmıştır. Yayıncının teşekkür cümlelerinde (s.5) Muhammed Hamidullah’ın tercümeyi gözden geçirdiği ve daha başka notlar eklediği ifade edilmektedir.

Bk. C.A. Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, *İslam Fıkhı ve Roma Hukuku*, çev. ve neşr: Kemal Kuşçu (İstanbul: Yağmur yayınları, 1964), 53-67; Salahaddin el-Müncid, *el-Münteka min dirasati’l-müştəşrikin*, (Beyrut: Dâru’l-kitab el-cedid, 1955), 43-57; Heyet, *Hel li’l-kanuni’r-rumi teşirin ale’l-fikhi’l-islâmi*, (Kahire: Dâru’l-buhus el-ilmiyye, 1973), 67.

⁵ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 54.

⁶ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 54.

dardır. Mesela bir yönüyle, ibadetle ilgili gibi gözüken haraç sistemi, aile hukuku, miras hukuku vs. ile yemin ve nezir gibi bir batılı için dini mera-sim kabul edilen konular dahi fıkhnın kapsamındadır ve bu anlamda fıkıh, hukuktan ve İslam hukukundan daha geniş bir kavramdır. Ancak örneğin batıdaki başka bir bakış açısına göre, devlet yönetimiyle ilgili konuları ele alan ve amme menfaatini düzenleyen Siyaset-i Şer'iyye fıkhnın dışındadır.⁷ Bunların yanında bir de (üçüncü bir görüş olarak) hem Siyaset-i Şer'iyye'yi, hatta hem de "Akdeniz kıyısı Müslüman memleketlerinde vakfın ve iktâ'⁸ büyük çapta gelişmesiyle ilgili olarak "uzun vadeli akitler" gibi yalnız çok sonraki devirlerde meşru görülerek fıkha ilave edilmiş olanları" da ekleyerek fıkhnın kapsamını oldukça geniş tutan batılı bilim adamları da vardır.⁹

Başka (dördüncü) bir anlayışa göre de Müslümanlar tarafından ele geçirilen ülkelerdeki bölge Müslümanları tarafından uygulanan cari hukuk da, "İslam'la hiçbir vecihle irtibatı olmayan sadece mahalli teamül olduğu halde" İslam hukuku kapsamındadır.

İki hukuk arasındaki söz konusu iddia savunulurken İslam hukuku ifadesi ile bu mânâlardan hangisinin kastedildiği net olmadığı gibi, iki hukuk arasındaki benzerliğin "mevzu hükümler" hususunda mı veya "hukuk ilmi olarak mı" veyahut "hukuk kitaplarındaki malzemenin tasnifine göre mi" olduğu da net değildir.¹⁰

Burada üzerinde durulması gereken bir husus İslam fıkhnında bir hayli yer tutan ibadetler bahsidir. İbadet alanında onlarca, yüzlerce ayet ve hadis bulunmaktadır. Ciltler dolusu tefsir ve hadis kitaplarında ibadete dair bu nasların açıklaması yapılmış, onlardan çıkarılan hükümler zikredilmiştir. Fıkıh kitaplarında da onbinlerce, yüzbinlerce mesele ele alınarak hükümü belirtilmiştir. Bütün bunların güçlü bir içtihat ve fıkıh melesesini gerektirdiği açıktır. Müslümanlar Roma hukukuna muhtaç olacak kadar içtihat ve fıkıh mantığından yoksun olsalardı neredeyse fıkıh kitaplarının/konularının beşte veya dörtte, hatta belki de üçte birini tuttuğu söylenebilecek bu meseleleri nasıl gündeme getirebildiler, bunlara çözümü nasıl buldular, tüm bunlar için gerekli fıkhi melekeyi nasıl kazandılar diye sormak gerekir. Bin an için Müslümanların ibadet dışındaki hukukun tamamını Roma hukukundan birebir aldıklarını varsaysak dahi, bir hayli farklı bir alan olan ibadetler alanındaki bu kadar içtihadın ortaya konması güçlü bir

⁷ Nallino, "Roma Hukukununun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 55.

⁸ Sözlükte "kesmek, ayırmak" anlamındaki kat' kökünden türetilen iktâ' kelimesi, terim olarak, devlet başkanı veya onun adına yetki kullanan merciin tasarrufundaki arazi ve taşınmaz malların mülkiyet, işletme veya faydalanma hakkını uygun gördüğü kişilere tahsis etmesi anlamına gelir. Mustafa Demirci, "İktâ", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV yayınları, 2000), 22/43.

⁹ Nallino, "Roma Hukukununun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 56.

¹⁰ Nallino, "Roma Hukukununun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 56, 57.

içtihat ve fıkıh melekesini gerektireceği açıktır. Böyle bir melekeye sahip fıkıhçılar varken ve fikhin diğer alanlarında binlerce hükme esas teşkil edecek yüzlerce âyet ve hadis de bulunmakta iken, müçtehit ve fıkıhçıların ibadet dışındaki alanlarda da aynı derecede bir başarı ortaya koymalarından daha doğal ne olabilir? Müslümanların hukuku mutlaka başkalarından almış olacıklarını varsaymak ne kadar tutarlıdır?

2.Nallino'ya göre İslam öncesi Araplardaki hukukun incelenmesi gerekirken, bu ihmal edilmiştir. Çünkü batıda birçok kimse aile, miras, ceza ve adalet hukuku haricinde İslam hukukunu, Peygamber'den sonraki devirlerde Arap olmayan milletlerin hızla itaat altına alınması ve onların Müslüman olmaları sonucu "ecnebi hukuku ile doldurulmuş boş bir meydan"a benzetmektedir.¹¹

Oysa İslam'dan önce Araplarda gelişmiş bir hukukun varlığı şüphe götürmez bir hakikattir. Nitekim 1927 yılında neşredilen takriben MS. 280 yılına ait bir kitabede ikaleye (yapılan satımı karşılıklı rızayla bozma) dair emirname yer almaktadır. İslam'ın doğuşu sırasında, 6. yüzyıla doğru, Hicaz'ın göçebe olmayıp ticaretle uğraşan halkında, asırlardan beri mülkiyet hukukunun gelişmemiş olmasına imkan yoktur.¹²

Ona göre bu noktada Suriye ve Filistin'deki bu etkilenmenin ve sızmanın Roma yoluyla olduğu akla gelebilir ve Roma'nın etkisinden bahsedilebilir. Fakat bunun Arapların Müslüman olup Arap yarımadası dışındaki toprakları ele geçirmesinden itibaren değil de İslam'dan evvelki Arap hukuku yolu ile girmiş olması da mümkündür. Sonuçta bu varsayım olarak kalmakta, hatta bazı tarihi bilgilerle de çelişmektedir. Örneğin Theodoret MS. 5. asırda "Roma hukuku tatbik edilmeyen Roma'ya tabi milletler" in varlığından bahsederken bunlar arasında "muhtelif Arap kabileleri"ni de saymıştır.¹³

Nallino'ya göre hadisleri bir tarafa bırakıp Arap şiir ve edebiyatından yola çıkarak mülkiyet hukukunu ortaya koymak da imkansız gibidir. Her ne kadar oryantalistler hadislere şüpheli yaklaşımlar da ahkâm hadislerinin hem sayısı binlerce olmayıp sınırlıdır, hem de diğer konulardaki hadisler-dekinin aksine, aralarında büyük çelişkiler yoktur. Esasen istemeleri halinde kendilerinin fiki görüşlerini destekleyecek hadisleri uydurma fırsatları vardı. Fakat bunların sayısının az olmasından böyle bir şeyin olmadığını görebiliyoruz. Fakihler arasındaki ihtilaflar da daha çok ortak metinleri yorumlama hususundadır.¹⁴

¹¹ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 57.

¹² Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 57.

¹³ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 58.

¹⁴ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 59.

Nallino, olaya bir bütün olarak baktığında ise İslam hukukunun Araplar'da dağınık halde bulunan hukuka dair hususların hadis yoluyla ihya edilmesi ve yapılandırılmasından ibaret olabileceğine dair iyimser/olumlu baktığını ifade etmektedir.¹⁵ Bu durumda, Nallino'ya göre İslam hukukunu Araplarda oluşmuş hukuk kültürünün Hz. Peygamber (s.a.v) tarafından diriltilmesi ve geliştirilmesi olarak görmek mümkündür.

İslam'a Allah'tan gelen din olarak inanmayan biri olarak Nallino'nun meseleye böyle bakması gayet doğaldır. Bu görüş ise tabii olarak İslam hukukunun orijinalliğine halel getirmektedir. Oysa İslam'a Allah'tan gelen bir din olarak inanan kimse açısından aynı resim şu şekilde açıklanabilir: Vahiy geldiğinde onun ilk muhatapları olan Hicaz toplumunda gerek Arapların adetinden, gerek İbrahim'den (a.s.) kalma dini ve hukuki bir takım anlayış ve kurallar vardı ve İslam bunları hepten reddetme yoluna gitmemiştir. Geldiği toplumun örf ve adetlerini göz önünde bulunduran, ama sonuçta en iyisini ve doğrusunu ortaya koymayı hedef edinen bir din olarak gelmiş ve sonuçta mevcut adetlere karşı tavrından doğal olarak üç türlü tavır şekli ortaya çıkmıştır: kimisini olduğu gibi veya ıslah ederek kabul etmiş, kimisini ilga etmiş, yani ortadan kaldırmış, kimisinde de eksikleri gidermiştir.¹⁶

Nallino salt Arap şiipleri ve bazı adetlerle bir hukukun teşekkül edemeyeceğinin elbette farkındadır. Dolayısıyla esas teşekkülün onları ihya edici olarak nitelendirdiği sünnetle olduğunu da itiraf etmiştir. Tüm bunları da İslam gibi güçlü bir irade ve sistem olmaksızın gerçekleşemeyeceği ve Arap geleneğinden hiçbir şeyi onaylamasa dahi bu hukukun müntesipleince kayıtsız şartsız kabul edileceği açıktır. Bu ise İslam hukukunun Arap adeti şaibesinden de uzak olup tamamıyla orijinal olduğunu itirafı zorunlu yapmaktadır.

3.Nallino burada, bir önceki maddede ifade ettiği "İslam'dan önce gelişmiş bir Arap hukukunun varlığına" delil olarak "İslam hukukunun büyük bir kısmının ta hicretin birinci asrında teşekkül etmesi"ni göstermiştir. Zira ona göre böyle olmasaydı "hiçbir şey –müt'a/muvakkat evlilik hariç- sünni mezheplerle gayrı sünni mezheplerin (şii ve harici) hukuk sistemleri arasındaki farkın, dört sünni mezhebin¹⁷ kendi arasındaki farktan daha büyük olmaması sebebinin izah edemezdi".¹⁸

Görüldüğü gibi Nallino farklı inanç mezheplerinin fıkhıta benzerliklerini İslam hukukunun teşekkülünün İslam öncesi Arap hukukuna dayandığı düşüncesine dayanak yapmaktadır. Oysa Araplardaki İslam öncesi hukuk

¹⁵ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 59.

¹⁶ Bk. Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, (Konya: Hikmetevi yayınları, 2014), 76-83.

¹⁷ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 59.

¹⁸ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 59, 60.

ile sonrası arasında her yönden kıyaslanamayacak kadar büyük farklar vardır. Hatta, İslam öncesine sistematik hukuk diyebilmek bir hayli güçtür. Dolayısıyla bunu açıklayan tek husus hepsinin de büyük önem verdiği ve birbirine yakın derecede başvurduğu kaynağın aynı olmasıdır ki o da Kur'an ve tedvin edilmemiş haliyle de olsa sünnettir. Arap hukuku, İslam hukuku gibi geniş bir hukuka kaynak olamayacak kadar zayıf, İslam tarafından itibar görmeyecek kadar İslam nazarında önemsiz ve geçersizdir. Ayrıca farklı inanç mezheplerine mensup fakihlerin ona itibar ve itimat hususunda Kur'an ve sünnetine itimatlarına yakın bir görüş birliğinin olmasını gerekli kılar. Oysa asırlar boyunca Kur'an ve sünnetin hüccet oluşu bütün mezhepler tarafından dillendirilirken bunların hiçbirinde Arap hukukuna (örf dışında) hukuki değer atfedilmemiştir. Öyle olsaydı kaynaklık derecesi mezhepten mezhebe, âlimden âlime farklılık arz edecek, bu da mezhepler arasında uçurum derecesinde farklılıklara yol açacaktı. Oysa kendisinin de ifade ettiği gibi aralarında inanılmaz bir yakınlık vardır.

4. Nallino'ya göre teorik olarak Müslümanların İran'ı fethettikten sonra Sasani hukukunun onlarda etki ettiğini düşünmek mantıklıdır. Nitekim, Müslümanların çok geçmeden divan gibi, daha sonra seftece/siftece (bugünkü adıyla "banka mübadelesi mektubu") gibi bazı teknik tabirler aldıklarını biliyoruz. Sulu ziraat yapan bir ülke olarak Sasaniler'de var olan sular rejimi de komşuları olan Araplarca malumdu. İki sünni ekolün (Hanefi, Hanbeli) imamaları buralarda yaşadıklarına göre onların sistemlerinden haberdar olmaları mümkündür. Şii âlimler de burada yetiştiler. Nallino'ya göre Sasanilerin bu şekilde tesirinden teorik olarak bahsedilebilse de, bu da aynı şekilde ispatlanmış bir şey değildir. Ayrıca, başka bir ihtimal ve teori olarak, Roma-Elenestik hukukun Sasani hukukuna etki etmiş olması ihtimalinden de bahsedilebilir, fakat bu da aynı şekilde sadece tahmin olup ispatı güçtür.¹⁹

Nallino'nun varsayım ile ispatlanmış bilgi arasında ayırım yapması, bu teoriyi ortaya atanlarca göz ardı edilen, son derece önemli bir bilimsel tavır ve anlayış olup adalet ve insaf da bunu gerektirir. Çünkü gerek pozitif bilimlerde gerekse sosyal bilimlerde bir konuda onlarca veya yüzlerce teori bulunabilir. Fakat ispatlanmadıkça, gerekçe ve dayanağı bulunmadıkça hepsi tahmin ve zan olarak kalmaya devam edecek, çöpe atılmaya aday olacaktır. Teori ancak ispatlandığında kesin bilgi ifade eder. Yazar, bu ilmi duruşu bir sonraki maddede de göstermiştir. Dolayısıyla bu itibarla İslam hukukunun gerek Sasani hukukundan, gerek Roma hukukundan etkilenmiş olması

¹⁹ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 61.

mantıksal olarak ve vakiada mümkünse de delillerle desteklenmedikçe bunların hepsi de geçersizdir, salt birer iddia olarak kalmaya mahkumdur.

5. Nallino'ya göre iki hukuk arasında benzerlikler çok, hatta bazen bir hayli dikkat çekicidir. Fakat "temel unsurlar" ve tarihi vesikalarla desteklenmedikçe, bu benzerliğin ne kadar aldatıcı olduğunu hatırlatmaya dahi gerek yoktur.

Ona göre İslam hukukunun Roma hukukundan türediğini ispat etmeye çalışanların göz ardı ettikleri üç husus vardır:

a) Roma hukukuyla bazı benzerliklerin İslam'ın sadece bazı mezhepleriyle sınırlı olduğu, diğerlerinde ise hükmün farklı olduğu görülür. Oysa Dareste ve Kohler gibi Arapça bilmeyenler söz konusu hükümleri İslam hukukunun tipik bir unsuruymuş gibi gösterirler.²⁰

b) Mevcut benzerlikler yanında farklılıklar da vardır, ama bunlar iddia sahiplerince göz ardı edilmiştir. Oysa bunlar benzerlikler hakkında hüküm vermemiz için mihenk olacak niteliktedir.²¹

c) Hukuk ve hukukun kaynakları hakkında klasik Avrupa dünyası ile İslam dünyası arasındaki derin görüş farkı göz ardı edilen diğer bir husustur. Helenistik dünyada derinden derine kök salmış fikir ve müesseselerin bir türlü İslam hukukuna girmeye muvaffak olamamasını işte bu anlayış tarzındaki farklılık açıklamaktadır.²² Örneğin, ona göre alım satımın tarifinde aralarında hiçbir benzerlik yoktur.²³ Avrupa'da yaygın olan ipotek müessesesi, vakıf ve ikta İslam dünyasına ya hiç girememiş veya çok geç girmiştir.²⁴

Ancak Nallino'nun bu müesseseler hakkındaki iddiası ilginç ve problemlidir. Oysa örneğin vakıf müessesinin temelleri, Medine'de Hz. Osman'ın Rûme kuyusunu alıp Müslümanların faydasına tahsis etmesi gibi uygulamalarla Hz. Peygamber (s.a.v) döneminde atılmış, Peygamber (s.a.v.) sonrasında her dönemde fakihler tarafından çeşitli yönleri ve türleriyle ele alınmış, çok geçmeden kuruluş, işleyiş ve hükümleri etrafında ayrıntılı bir hukuk doktrini meydana gelmiştir. İlk asırlardan itibaren uygulanan bu müessese bütün İslam ülkelerinin sosyal, ekonomik ve kültürel hayatında da son derece etkili olmuştur.²⁵

²⁰ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 62.

²¹ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 62.

²² Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 62.

²³ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 62.

Roma hukukunda "satım" akdi "şey'e ait bir akittir" diye tarif edilirken İslam hukukunda Nisa süresi 33 âyetteki "karşılıklı rıza ile yapılan ticaret" ifadesinden dolayı rıza merkeze oturtularak "Tarafların rızasıyla olan bir akittir" şeklinde tarif edilir. Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?" 62, 63.

²⁴ Nallino, "Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?", 63.

²⁵ Bk. Hacı Mehmet Günay, "Vakıf" (Fıkıh'ta) *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul:

İktâ müessesesi de İslam'da hep var olan bir müessesedir. İktâ “Kamu otoritesinin, tasarrufundaki arazi ve taşınmaz malların mülkiyet, işletme veya faydalanma hakkını kişilere tahsis etmesi” diye tarif edilir. Peygamber (s.a.v.) zaman zaman çok sayıda kişiye ya da kabileye değişik nedenlerle birçok toprağı iktâ olarak vermiştir. İslâm'ın yayılmasını hızlandırmak, fetihleri teşvik etmek amacıyla ele geçirilen toprakları fethedenler arasında dağıtma iktâ türlerinden biridir. Kabileler arasındaki sınırların korunması ve ihtilafların çözümlenmesi, Müellefe-i Kulûb olarak isimlendirilen ve İslamiyet'e kalplerinin ısındırılması istenilen kişilere yönelik olarak iktâlar da Peygamber zamanından itibaren verilmiştir. İhya-ı mevat bir başka iktâ türüdür. “Ölü arazilerin onları ihya edip kullanıma uygun hâle getirenlere tahsis edilmesi” anlamına gelen ihya-ı mevat asır Hz. Peygamber'in (s.a.v.) “*Kim bir ölü toprağı ihya ederse onundur*”²⁶ hadisiyle meşruiyet kazanmış ve İslam tarihinde daima uygulanagelmiştir. İşte Nallino'nun, farklı çeşitleriyle Peygamber'den (s.a.v.) itibaren uygulanan, hadis, fıkıh vb. İslami kaynaklarda yer alan iktâ İslam hukukuna nispet etmediğı gibi İslam dünyasına “ya hiç girmediğini ya çok geç girdiğini” iddia etmesi doğrusu ilginç ve şaşırtıcıdır.²⁷

6. Nallino'ya göre birçok kimse “İslam hukukunun Roma hukukuna ilim olarak bağılılığını” da iddia etmiştir. “Birçok âlim Roma hukuk eserlerinin, hatta Roma mahkemeleri kararlarının (Pandekte) Arapçaya tercüme edilmiş olabileceğini, “İslam hukukçularının bunları tetkik ederek onlardan ahkam ve nizam çıkarabildiklerini tahayyül etmişlerdir.”²⁸

Nallino'nun buna cevabı nettir: “Bugün tarihi mânâsızlığı kesin bir şekilde ispatlanmış böyle bir iddia artık münakaşa edilemez. Aynı şekilde en son yapılan araştırmaların olumsuz sonuçları (1932), doğu dilleri edebiyatında (İbrânî, Süryânî, Kıptî, Arap, Habeş dillerinde) yapılan araştırmalar, Roma imparatorluk müessesesinin yeniden canlanmasına faydalı unsurları tekrar bulmak için vefat etmiş Binfante tarafından yapılan araştırmalar da böyledir.”²⁹

Ayrıca benzerlikten böyle bir sonuca ulaşan kimseler “her şeyden önce

TDV yayınları, 2012), 475 vd. ; Bahaeddin Yediöldüz, “Vakıf” (Tarihte), *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV yayınları, 2012); 479 vd. Mehmet Fuad Köprülü 1942 yılında “Vakıflar Dergisi”nde yayımlanan “*Vakıf müessesesinin hukuki mahiyeti ve tarihi tekamülü*” isimli makalesinde de (II: 7) söz konusu iddiaya cevap vermiştir. Bk. M. Fuad Köprülü, *İslam ve Türk Hukuk Tarihi*, (İstanbul, Ötüken yayınları, 1983), 257.

²⁶ Buhârî, Müzâraa, 15.

²⁷ Beşir Gözübenli, “İktâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV yayınları, 2000), 22/49 ; Hamza Aktan, “İhya”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000) 22 / 7; Mehmet Ali Kapar, “Hz. Muhammed Döneminde İktâ Uygulamaları”, *Tarihin Peşinde (Dergisi)* 22 (2019), 283.

²⁸ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 63.

²⁹ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 63.

hususî fasıllarda hususî ahkâmın tasnifindeki kuvvetli benzerliklerin, medenileşmiş milletlerin hukukları ne olursa olsun, kaçınılmaz ve zarurî bir şey olduğunu düşünmediler.” Ona göre şayet Müslüman hukukçular Roma hukukunu görmüş ve incelemiş olsalardı köle ve gayri menkul ile ilgili hiçbir Avrupalı hukukçunun aklına gelemeyecek taksimlere tabî tutamaz; ribâyı alım-satımla ilişkilendirmezdi.³⁰

Ayrıca İslam hukukunun konularının tertip ve tanziminin müstakîl olduğunu gösteren deliller vardır. “Öyle bir tertip ve tanzim ki kanaatime göre mücerred hukukî nazariyelerden çok İslam’ın hukukî-içtimai müesseselerinin gelişmelerinin tarihi sebeplerine bağlıdır.”³¹

7. Nallino’nun ifadesine göre Roma hukukunun İslam hukukuna derin tesirine dair ileri sürülen delillerden biri de hicrî 2. asrın başından itibaren, daha o tarihlerde hukukî tetkiklerin ve hukukî yazıların (literatürün) İslam’da kısa bir süre içinde çok büyük bir patlama yapmış olmasıdır. Onlara göre bunun mutlaka “Roma hukuku literatürü tarafından sağlanmış bir örneği” olmalıydı; başka türlü izahı olamazdı.

Oysa, ona göre bu hukuk ürününün ortaya çıkması Müslümanların hukuka olan heveslerinden değildi. Mesela benzer bir durumda yakın şark Hristiyanlarının ortaya koydukları hukuk, normalin altındadır. Bilakis Müslümanlar fıkıhı/hukuku din ile alakası olmayan basit bir disiplin değil, tefsir, hadis ve kelâm gibi dinî ilimlerin bir parçası olarak algılıyorlardı. “Fıkıhın çok süratli gelişmesi Kur’an tefsirinden, hadislerin toplanmasından ve tefsirinden vesaireden başlayan dinî tetkiklerin büyük gelişmesinin arz ettiği manzaralardan biridir”³²

Doğrusu Kur’an ve Sünnet’in ilim öğrenmeye ve öğretmeye teşviki, Müslümanların bir yandan bu iki kaynağı sonraki nesillere taşıma, bir yandan içerdiği manaları ve hükümleri ortaya çıkarma çabası, İslam’ı yaşamayı kendisine prensip edinmiş genel itibarıyla dindar olan ilk dönem Müslüman nesillerin İslam’ı yaşama çabası ve bunun için de İslam’ın her konudaki

³⁰ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 63, 64.

Mesela İslam hukukunda riba “Ödünç işlemlerinde ve alışverişte karşılığı bulunmayan hakiki veya hükmi fazlalık”tır. Riba Kur’an’da yer alan borç faizi ile sadece sünnetin koyduğu alışveriş faizi olmak üzere iki çeşittir. Alışveriş faizi Araplar’ın daha önce bildedikleri, ilk defa Hz. Peygamber tarafından açıklanan bir faiz çeşididir. Peygamber’in (s.a.v.) altı tür malın birbiriyle mübadelesinde gerçekleşen ribâyı ortaya koyduğu hadisinden fakihler iki tür alışveriş riba türü belirlemişlerdir. Peşin alışverişlerde ortaya çıkan faize “fazlalık faizi” (ribe’l-fadl), vadeli alışverişlerde gerçekleşen faize ise “veresiye faizi” (ribe’n-nesie) adını vermişlerdir. Dolayısıyla faizin alışverişle yakın bir ilişkisi vardır, hatta faiz bahsinin konularının büyük bir kısmını bu oluşturur.

Bk. İsmail Özsoy, “Faiz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV yayınları, 1995), 9 /115. Ayrıca bk. Alaüddin Semerkandi, *Tuhfetu’l-fukaha*, (Beyrut: Dâru’l-Kütüb’l-İlmiyye, 1994), 2/25; İbn Kudame, *el-Muğni*, (Kahire: Mektebetu’l-Kahire, 1967, 4/11.

³¹ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 63, 64.

³² Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 65.

hükümlerini öğrenmeye çalışmaları, ihtiyaç duyduklarında ilim erbabını arayıp onlara sormaları, buna bir bütün ömrünü veren insanların samimi gayretleri gibi etkenler İslam dünyasında bütün dini ilimlerde İslam öncesi Arap dönemiyle asla kıyaslanamayacak ciddi ve hummalı ilmi çalışmalara girişilmesine sebep olmuştur. İslam öncesi Müslüman Araplar ile diğer milletler arasındaki ilmi çabalar arasındaki kıyaslanamaz fark ortadadır ve bunun daha birçok dini, sosyal, psikolojik vs. nedenleri vardır. Bu dönem İslam öncesiyle kıyaslayıp bu dönemde baş döndürücü gelişmeleri başkalarından iktibas gibi son derece basit ve dayanaksız gerekçelerle açıklamak ne derece bilimseldir? Ayrıca fıkıhın hicri ikinci asırda aniden patlak verdiği de tarihi gerçeklerle uyuşmamaktadır. Bu Hz. Peygamber döneminde başlayan ve mezheplerin teşekkül dönemiyle büyük oranda kemale erdiği ve ekol halini aldığı bir süreçtir. Yoksa malum olduğu üzere her bir mezhebin bir veya birden fazla sahabeye dayanan kökü, sonra tâbiîn ve sonraki dönemlerde devam edip imamlar dönemine kadar devam eden dalları, budakları vardır ve bu ağaç elbette en güzel meyvesini mezheplerin ortaya çıktığı dönemde vermiştir. Örneğin, Hanefi mezhebinin sahabe döneminden birinci derecede İbn Mesud'a dayandığı, sonra silsilenin Alkame, İbrahim en-Nehaî, Hammâd ve Ebû Hanife şeklinde devam ettiği kesin bir hakikattir.³³ O yüzden bu süreci göz ardı edip sadece meyve verildiği döneme odaklanmak veya kaynağı dışarıda aramak beyhude, anlamsız, hatta kötü niyet kokan bir çaba gibi gözükmektedir.

8. Nallino'ya göre İslam hukukunun Roma hukukuna bağımlılığını veya derin Roma'nın ona etkisini iddia edenlerin bunu az-çok açıkça ispat etmeleri gerekir. Oysa onların bütün dayanakları aksi ispat edilmiş faraziyelerdir. Mesela Roma hukuk kitaplarının Arapçaya tercüme edildiğini farz ederler; oysa olaylar bunu tamamen yalanlamaktadır. Beyrut ve İskenderiye "hukuk ekollerinin geleneklerinin" devam ettiğini farz ederler; oysa buralardaki hukuk eğitim kurumları Arap fetihlerinden önceki asırlarda kapanmıştı. Bazı tarihî önemli gerçekler de hakikati gözler önüne sermektedir. Mesela onlara şunları sormak gerekir: "Araplar zapt ettiklerinde Filistin'de ve Suriye'de adli teşkilatın durumu ne idi? Hâlâ faaliyette mi idiler? Yoksa adliye işleri adli bilgilerinin çok zayıf olduğu bilinen kilise mensuplarına mı terk edilmişti?" Nitekim Arap tarihinden çıkardığımız sonuca göre hukuk ilmine gerçekten aşına kimseler olan Bizans'ın mülki ve adli hakimlerinin hemen hepsi,

³³ Bkz. Ali Bardakoğlu, "Hanefi Mezhebi", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 1997), 26/21; Ahmet Yaman, "Abdullah b. Mes'ûd'un Hanefi Mezhebinin Oluşumundaki Rolü", *Marife*, 4/2, (2004), 7-26 11; Savaş Kocabaş, *el-Mesailü'lleti ihtelefe fiha eimmetu'l-hanefiyyeti's-selase*, (Beyrut: Dâru'l-kütübü'l-ilmiyye, 2016), 21-27.

“Arap istilası” olur olmaz memleketlerini derhal terk etmişlerdi. Şehirlerin piskoposlar tarafından teslim edilişi de bunun göstergelerindendir.³⁴

Nallino’ya göre tezdeki bir problem de bu faraziyeler ileri sürülürken doğru kabul edilen yanlış kabullere dayanılmasıdır. Bu meyanda mesela, “adaletin tevzii (dağıtımı) Arap istilasının birinci asrı boyunca tertipli ve intizamlı şekilde devam etti.” denilir. Yine, “yeni efendiler gayrı Müslim tebaalarının menfaati için bu idareye ihtimam gösterdiler.” denilir.³⁵ Oysa durum böyle değildir. Zira Kur’an’a göre her din mensubu için kendi dinlerinin kanunu esastı, dolayısıyla prensip olarak onlara müdahale edilmiyordu. O yüzden “tarih bakımından müdafaası imkansız rahip ve haham mahkemelerinin düzenli şekilde işlediği varsayımında”, bunların Roma hukukuna uydukları da varsayılsa bile, Müslümanların onlardan Roma hukukunu öğrenme fırsatı olamazdı. Kaldı ki, ilk asırlarda Arap fatihler daha çok asker ve memur idiler, çiftçi, tüccar değildiler. Dolayısıyla ziraata dair ihtilaflarda taraflar Hıristiyan ise o dönemde oluşmaya başlayan İslam adaleti onunla ilgilenmeyip Hristiyan mahkemesine bırakır, o ilgilenmiyorsa İslam hukukuna göre hüküm verirdi. Sonuçta İslam hukuku dışında bir hukukla ilgisi olmazdı.³⁶

Nallino’nun bahsettiği, teori sahiplerinin “yeni efendiler gayrı Müslim tebaalarının menfaati için bu idareye ihtimam gösterdiler” sözlerinin anlamı şu olmalı: “onları hoşnut etmek için daha önce yönetildikleri hukukla ilgilenerek onları memnun edecek öncekine yakın yeni bir hukuk oluşturmaya çalıştılar.” Oysa bu tamamen bir varsayımdır. Evvela onların halkı hoşnut etme niyet ve maksatlarının, sonra bunu gerçekleştirmek için bir hukuka ihtiyaç hissedip bunun için de en uygununun Roma hukuku olduğuna kâni olduklarının çok sayıda somut olayla ispatlanması gerekir. Hatta, bunun için en uygun hukukun iddia edilen aksine Roma dışında herhangi bir hukuk olduğu iddia edilebilir. Çünkü Nallino’nun da ifade ettiği gibi³⁷ halk Roma dönemindeki yönetimden memnun değildi. Dolayısıyla tam aksine halkın dönemin hukukuna da soğuk bakacağı ve ondan memnun olmayacağı rahatlıkla söylenebilir.

Nallino yeni mühtedilere de değinerek onların getirdiklerinin önemli bir kısmının hukuk alanında olmadığını ifade etmiştir. Kaldı ki ona göre

³⁴ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 65.

Makalenin başlarında geçtiği gibi Fitzgerald bu konuyu uzun uzadıya anlatmış, Roma memurlarının İslam ülkesini terk ettiklerini, dolayısıyla geriye hukukla ilgili olan sadece kilise mensuplarının kaldıklarını ifade etmişti. İlgili sayfalara tekrar bakılabilir.

³⁵ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 66.

³⁶ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 66.

³⁷ Nallino, “Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?”, 66.

o dönemde mühtediler “sadece mevali”³⁸ idiler ve hukukta (öğreniminde, uzmanlaşmada) Araplardan aşağı konumdaydılar. Adli memuriyetlere de yükseltilmemiş idiler. Nallino bunları ifade ettikten sonra makalesini/ yazısını şu cümleyle bitirmiştir: “Bu tarihi şartlar içinde Roma hukukunun –bir kısım idari tertipler hariç – İslam hukukunun teşekkülünde kayda değer bir tesiri olmaması hayret edilecek bir şey değildir.”³⁹

Görüldüğü gibi Nallino sonuç itibariyle İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği veya iktibas edildiği düşüncesine asla katılmamakta, olsa olsa dönemin devletinin, devlet kurumları ve devlet idaresine dair Roma devletinin kalıntısından bir şeyler öğrenmiş, direkt veya dolaylı şekilde onlardan bir şeyler almış olabileceğini, onun dışında da “kayda değer bir tesirin bulunmadığını” düşünmektedir.

2. C.H. BOUSQUET

Fransız müsteşrik C.H.Bousquet’in Cezair Üniversitesi’nde Hukuk ve Medeniyetler hocası iken “*Revue Algerienne, Tunisienne et Marocaine de Legislation et de Jurisprudence*” (Cezair, Tunus ve Fas Mevzuat ve İçtihat İncelemesi) dergisinin Temmuz-Ağustos 1947 sayısında yayınlanan “*Le Mystere de la formation et des origines du Fiqh*” (Fıkıhın oluşumu ve kaynakları meselesi çözülmemiş bir sırdır) isimli makalesi, Hindistan’ın Azamgadh şehrinde çıkan Maarif dergisinde Prof. Muhammed Hamidullah’ın tercüme ve dipnotlarıyla yayınlanmıştır. Makale daha sonra 1950’li yıllarda Türkçe’ye ve Arapça’ya tercüme edilip yayınlanmıştır. Makalenin Türkçe baskısındaki ismi “Fıkıh Muamma ve Kaynaklarının Esrarı”, Arapça baskısındaki ismi ise “Sırru tekevvinil’fikhi ve aslu mesadirihi” şeklindedir.⁴⁰

Bousquet makalesinde İslam hukukunun kısa sürede doğup müthiş bir hızla gelişmesini çözmeye çalışmış, bunun Roma hukukundan iktibas yoluyla olduğu iddiasını ise makul görmeyerek reddetmiştir.

Makalenin başlığı ilginçtir; İslam hukukunun gizemliğini ifade eden “muamma” ve “sır” gibi kelimelerden oluşur. Başlıktan onun, fıkıhın oluşmasını ve kaynağını, çözülmesi imkansız veya zor bir sır ve muamma görmek ve makalesinde bunu çözmeye çalışmakta olduğu anlaşılabilir.

³⁸ Yani, ilimde ve devlet kademelerinde bir noktaya gelmemiş, vasıfsız mevali kastediliyor olmalı.

³⁹ Nallino, “*Roma Hukukunun İslam Hukukuna Tesiri Oldu mu?*”, 66, 67.

⁴⁰ Bk. muhammed 4. dipnotu. Makale Türkçe baskısında ikinci makale olarak, 23-52 sayfaları arasında; Hel lilkanuni’rumi... ismiyle basılan Arapça baskısında da 3. Makale olarak, 45-85 sayfaları arasında yer almaktadır.

Makalenin Arapça tercümesi Behcet Arnavut tarafından yapılmıştır. Mütercim tercüme hususunda Muhammed Hamidullah’tan izin aldığı ve Hamidullah’ın tercümesini gözden geçirdiğini ifade etmektedir. Bousquet, “Sırru tekevvinil’fikhi ve asli mesadirihi”, *Hel li’l-kanuni’-rumi teşirun ale’l-fikhi’l-islâmi*, (Kahire: Dâru’l-buhus el-ilmıyye, 1973), 45. 66,

Gerçekten de makalesinde İslam hukukunun doğuşuna ve hızla gelişmesine olan hayretini ifade etmiş ve makale boyunca bu muammayı çözmeye çalışmıştır.

Makalesinde Bousquet, ana fikir olarak İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği veya ondan iktibas edildiği fikrine şiddetle karşı çıkmış, ancak bir yandan da Yahudi hukukuna benzediği iddiasına yer vermiştir.

Burada bizi ilgilendiren ve çalışmamızın başlığına katkı sunacak olan Roma hukukundan iktibasa itirazında söyledikleridir. Yahudi hukukuyla benzerliği iddiası ve onunla ilgili zikrettiği bazı örnekler ise başka bir araştırmanın konusudur.

Bousquet İslam hukukunun iki asır gibi kısa bir süre içinde oluşumunu hayret verici bulmuş, İslam hukukunun o dönemde neredeyse tekamüle erdiğini,⁴¹ sonraki İslam hukukçularının yaptıklarının ise sadece “tekrar” veya “abesle iştiğal”den ibaret olduğunu söylemiştir.⁴²

Bousquet, Maliki mezhebinin teşekkül döneminde tedvin edilen önemli ve temel kitabı olan el-Müdevvene⁴³ ile İmam Şafii'nin el-Ümm kitabını örnek göstermiş ve “bu eserlerde öyle muhakemeler, öyle izahlar vardır ki o günden bu güne onlara yeni bir şey ilave edilmemiştir... Pek iyi tanıdığım Müdevvene bu kabildendir.” demiştir. Ona göre bu kitaplar, daha sonra yazılan birçok fıkıh kitabının “eşini gösteremeyeceği hakiki bir entelektüel istifade arz eder.”⁴⁴

Bousquet ilk dönem kitaplarındaki “meselelerin ayrıntılı çözümüne” de hayrandır: “Temel mahiyetinde olan bu eserlerin (Müdevvene vs.) müellifleri, çözüm şekillerinin ayrıntısında o kadar ileri gitmişlerdir ki, hakikaten insan kendi kendine klasik teoriye göre, kurucularının öğrencilerinin elinde kalan sınırlı içtihadın neden ibaret olacağını soruyor. Bu mesele muazam eser olan Kitab el-Ümm için de doğrudur.”⁴⁵

Bousquet'un en çok hayret ettiği bir husus da fıkıhın çok kısa bir sürede oluşması ve gelişmesidir. Ona göre Kur'an'dan sonra bir asır içinde insani tefekkürün dikkat çekici bir gayretini temsil eden “Fıkıh denen bu merakları üzerine çeken insan tefekkürünün nasıl hazırlandığı gerçekten merak ko-

⁴¹ “İslam hukukunun en göze çarpan eserlerinin, ya mezheplerinin doğuşuna veya ona yakın tarihlere denk gelmesi ve hicretten iki asır geçmeden Müslümanların, zamanımızda dahi kıymetçe onun önüne geçememiş eserlere sahip olmalarıdır...”

Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 24.

⁴² Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 24, 25.

⁴³ Bousquet kitabı İmam Malik'in eseri olarak zikretmiştir (s.26), ancak kitap İmam Malik'in en önemli öğrencilerinden olan İbn Kasım'ın en önemli öğrencilerinden Sahnun'a aittir. Bk. Ali Hakan Çavuşoğlu, “el-Müdevvenetü'l-Kübra”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (2006: TDV yayınları, İstanbul), 31/470.

⁴⁴ Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 25.

⁴⁵ Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 25, 26.

nusudur. Çünkü Muhammed'in vefat ettiği 632 yılında Araplar aşağı yukarı yeni Müslüman olmuş, fethedecekleri memleketlerin halkına kıyasla dini ve hukuki bakımdan kültür seviyesi çok aşağıda ve birbiriyle uyumu zayıf kabilelerin bir araya gelmesinden başka bir şey değildiler. Peki "bu nasıl ve hangi tesirlerin altında, bilhassa hicretin birinci asrı boyunca oldu? İşte bizim bilmediğimiz budur; işte fikhın kaynaklarının sırrı buradadır. Eğer hiç yoktan böyle bir şey meydana getirilmiş ise bu, İslam düşüncesinin kadr ve itibarı hesabına kaydedilmesi gereken bir şey olur. Halbuki bugünkü bilgilerimize göre –mesele bizatihi ne kadar ihtimal dahilinde olsa da- bunun aksini açıkça ispat etmek bir hayli problemlidir."⁴⁶

Bousquet konuyla ilgili ilginç bir noktaya dikkat çeker: o da birbirlerinden çok farklı gibi gözükken, hatta birbirleriyle kavgalı olan Ehl-i sünnet, Şia ve İbaziler (haricilerin fıkıh ekolü) arasında fıkıhta sadece, Ehl-i sünnet mezheplerinin kendi aralarındaki ihtilaf kadar ihtilaf bulunmasıdır. Fıkıh Peygamber (s.a.v)'in vefatını takiben çeyrek asır içerisinde de oluşmuş olamayacağına göre "nasıl oluyor da, Sünnî, Şîî, Havâric, her üçünün fıkıh eserlerinin sırasında (planında) dahi teferruata varıncaya kadar meselelerin ele alınışı gibi hukuk çözüm şekilleri de birbirinin aynısı oluyor? Bütün bunlar beni hayretlere gark ediyor. Bu, fikhın dahili teşekkülünün anlaşılmaz sırrıdır."⁴⁷

Hatırlanacağı üzere Nallino inançta birbirinden farklı mezhepler arasındaki bu büyük benzerliğe dikkat çekmişti. Fakat Nallino bunu İslam'dan önce Araplar'da bir hukukun olduğuna ve İslam hukukunun da bundan etkilendiğinde delil gösterme sadedinde söylemişti. Bousquet ise kaynağın Roma gibi haricî değil dahilî olduğuna, bunun İslam'ın kendisinden olduğuna delil gösterme amacıyla söylemiştir.

Bousquet, "şimdi kendi kendimize İslam'ın fikir ve madde bakımından hukukî veya hukukî-dinî topluluklardan iktibas yapıp yapmadığını soracağız" dedikten sonra buna şöyle cevap vermiştir: "bunun olsa olsa Medine dışında ve Medine'den daha gelişkin İslam merkezi şehirlerinde yaşayan ve "kendi dinlerinin ve hukukunun verdiği çözüm şekillerine ve düşünüş metodlarına vakıf, belli bir entelektüel seviyeyi haiz mühtedilerden başka kimse tarafından yapılamazdı"⁴⁸

Bousquet'in işaret ettiği Abdullah b. Selam gibi İslam'a giren ve aynı zamanda din adamı olan Yahudiler olmalı. Kaynaklarda Peygamber (s.a.v) döneminde Müslüman olan yahudiler arasında zikredilenlerin en önemli-

⁴⁶ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 26, 27.

⁴⁷ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 28.

⁴⁸ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 30.

leri Abdullah b. Selam, onun Muhammed ve Yusuf isimli oğulları, Seleme isimli kardeşi, Sa'lebe b. Kays, Esed b. Ka'b, Üseyd b. Ka'b, yahudi âlimlerinden Zeyd b. Sa'ne,⁴⁹ yahudilerin önde gelenlerinden Meymun b. Yamin⁵⁰, Beni Kureyza kabilesinden Sa'lebe b. Sa'ye, Esid b. Sa'ye, Esed b. Ubeyd'dir.⁵¹ İslam hukuk tarihinde ise sahabilerden ilim ve fıkıh ehli olanlar çok fetva verenler (müksirun), orta miktarda fetva verenler (mutevessitun) ve az fetva verenler (mukillun) olmak üzere üç kategoride ele alınır. Adı geçen İslam'a girmiş Yahudilerden Abdullah b. Selam dışındakilerin bu taksimlerin hiçbirinde isimleri geçmemektedir. Abdullah b. Selam ise az fetva verenler (mukillun) arasında dahi anılır.⁵² Kaynaklarda sahip olduğu güzel vasıflarla anılıp övülen Abdullah b. Selam, fıkhıta da belli bir mertebede olsaydı mutlaka zikredilirdi. Abdullah b. Selam'ın içinde bulunduğu kategorideki sahabilerin fıkha katkısı diğer fakihlere göre ise son derece azdır. Zira örneğin İbn Kayyim el-Cevziye ilk kategorideki yedi sahabinin her birinin fetvalarının ve fıkhi görüşlerinin büyük bir kitap oluşturacak kadar çok olduğunu ifade ederken, 150'ye yakın üçüncü gruptakilerin toplamından küçük bir kitap oluşabileceğini söylemiştir.⁵³ Bu durumda Abdullah b. Selam'ın fıkha katkısı binde bir kadar dahi olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla yahudi etkisi iddiası hiçbir dayanağı bulunmayan salt bir iddiadan öteye gitmemektedir.

Ayrıca bu sözüden Bousquet'un sahabe dönemi fakihlerini de tanımadığı anlaşılmaktadır. Eğer hepsi de Arap olan ve ilk müçtehidler olarak anılan, yahudilikle, yahudilerle, özelde de mühtedi yahudilerle yakın ilişkisi bulunmayan Hz. Ömer, Hz. Aişe gibi fakih şahsiyetleri araştırıp yakından tanısaydı onlardaki fıkhi melekeyi, derin düşüncüyü, meselelere getirdikleri çözüm şekillerini ve onlardaki büyük "entelektüel birikim"i görecektir ve fıkıhın kaynağı olarak "entelektüel birikimi olan mühtedi yahudiler"i en azından tek seçenek/ihtimal olarak görmeyecek, sonra da bu seçeneği hiçbir dayanağı bulunmadığından ve bunu çürüten birçok nedenden dolayı elemek ve diğer seçeneği seçmek zorunda kalacaktı. Örneğin Abdullah b. Selam gibi bir şahsiyetin veya diğer şahsiyetlerden herhangi birinin örneğin Abdullah b. Mesud gibi bir ilim halkası bulunsa, Hz. Ömer

⁴⁹ İbn Abdilber, *el-İstiâb fî Marîfeti'l-Ashâb*, thk. Ali Muhammed Muavviz- Adil Ahmed Abdülmevcud, (Beyrut: Dâru'l-Cil, 1992), 1/ 265.

⁵⁰ İbnü'l-Esir, *Usdul-Ğâbe fî Marîfeti's-Sahâbe*, (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1988), 4/ 510

⁵¹ Bk. İbnü'l-Esir, *Usdul-Ğâbe fî Marîfeti's-Sahâbe*, 1/ 110; İbn Abdilber, *el-İstiâb fî Marîfeti'l-Ashâb*, 1/179.

Hz. Peygamber döneminde İslam'a giren Yahudiler için bk. Alâ Bekir, *Yehûdun eslemu fi hayâtin-nebiyyi Muhammed*, (Lefkoşa: Merkezi Beyti'l-Mukaddes, 2009).

⁵² İbn Kayyim el-Cevziye, *İ'lâmü'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Alemin*, (Dammam: Dâru İbn Cevziye, 1423/2002), 2/ 18-22.

⁵³ İbn Kayyim el-Cevziye, *İ'lâmü'l-Muvakkîn*, 2/ 19.

gibi bir çok konuda görüş beyanları bulunsa idi Bousquet'a bir nebze hak verebilirdik. Kaldı ki, bu durumda bile bunların fıkha etkisi diğer bütün sahabilerin toplamının fıkha katkı ve etkilerinin yanında çok az bir oran teşkil ederdi ve bu da iddiasını ispata yetmezdi.

Sahabe sonrasındaki etkilenme ihtimaline gelince; İslam hukuk tarihine göz atan İslam hukukunun Peygamber (s.a.v.) döneminde başladığını, sahabe döneminde önemli bir mesafe alınıp asıl temellerin bu dönemde atıldığını görür. Dolayısıyla sahabe sonrası dönemlerde İslam'a giren Yahudiler arasında hukukçuların bulunduğunu varsaysak onların yaptıkları en fazla, zaten başlamış bir ilmi harekete son derece cüz'î bir katkı olabilir. Aksi takdirde İslam hukukunun bilinen meşhur şahsiyetler arasında mutlaka zikredilirlerdi.

Bousquet daha sonra mühtedilerin dini kimliklerine bakarak, etkilenilmesi muhtemel hukuk sistemlerinin Zerdüştlerin hukuki-dini sistemi, Suriye ve Mısır'daki Roma hukuku, Mısır ve Suriye'deki Hristiyan dini hukuk ve Talmud olmak üzere dört hukuk sistemiyle sınırlı olduğunu ifade etmiş ve bunlardan ihtimal dışı olanları teker teker eleyerek sonuca ulaşmaya çalışmıştır.⁵⁴

Bousquet İslam hukukunun Roma hukukundan etkilenmesinin imkansızlığını ayrıca bunların birbirinden olabildiğince uzak olmasına bağlamıştır. Ona göre farklılık hem madde (konu), hem de ruh bakımındandır.

Bousquet madde bakımından farklılığı ortaya koymak için "fıkhın çehresine kendine özgü vasfını veren teoriler" in temeli olan ana başlıkları evlilik, talak, kölelik, cihad, veraset... şeklinde gelişi güzel saydıktan sonra şöyle demiştir: "Fıkhın bu esas müesseseleri ile Roma hukukundaki benzerleri arasında hiçbir münasebet (alaka) yoktur"⁵⁵

İki hukuk arasında ruhen de hiçbir benzerlik bulunmadığını şöyle açıklar: "Romada, bilakis dünyevi kanunlar (hukuk) ile dünya ve ahireti kuşatan dinin kanundan ayrılması çabuk ve kat'i oldu." Bunu "Müslüman hukuk âlimleri asla gerçekleştiremediler ve gerçekleştiremezlerdi de; çünkü bu onların sistemlerinin ruhuna aykırıydı."⁵⁶ Zira fakihlerin ortaya koydukları fıkhıta "hukuk, ahlak, din, muaşeret kaideleri çözülmez şekilde birbirlerine bağlanmışlardır"⁵⁷

Bousquet sözünü şu kesin ifadelerle bitirir: "o halde ruh bakımından

⁵⁴ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 30-32.

⁵⁵ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 33.

⁵⁶ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 34.

⁵⁷ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 33.

Fıkıh, Roma hukukuna bir şey borçlu değildir, gibi bir netice çıkarmak tamamen mümkündür ve esas olan da budur.”⁵⁸

Bousquet’e göre iki hukuk arasındaki benzerliklere verilen örnekler son derece sınırlıdır ve “bulunan bu benzetmeler on defa büyük olsalar da fıkıhın bize verdiği çözüm şekilleri içinde çok önemsiz bir kısmını teşkil ederler.” Ona göre bu benzerlikten iktibas sonucu doğmaz. Çünkü başka ihtimaller de vardır; tesadüf gibi: “Niçin ... tesadüften doğmuş olmasın? Kaldı ki insan aklının seçeceği çözüm şekillerinin sayısı sınırlı olduğundan, hukuk veya ibadetle ilgili sistemlerin de benzer çözüm şekilleri kabul edecek şekilde tesadüfen birleşmiş olmaları da mümkündür.”⁵⁹ Yani, iktibas iddiasında bulunabilmek bir hayli benzerliğin bulunmasını gerektirir.

Buna Santilla’nın zikrettiği benzerliği örnek getirir. Buna göre maliki fakih Halil, kitabında ikrah çeşitlerini “tehdit, şiddet, ölüm, dayak, hapis, bağlanmak, zincire vurulmak, herkesin gözü önünde haysiyet sahibi bir adamın ensesine vurmak, oğul ve torunlarına ölüm tehdidi ve mala zarar verme” şeklinde sıralamıştır. Bunların enseye vurmaktan dışındakileri hepsi Roma hukukunda da vardır.

Bunun tamamen tesadüf olabileceği görüşünde olan Bousquet özetle şunları söylemiştir: İkrahin sınırsız bir tanımı yoktur. Enseye tokat vurmaktan dışındakilerin tamamı herkesin aklına gelebilecek şeylerdir. Enseye tokat vurmaktan ise -Santilla’nın da söylediği gibi- Roma hukukunda yoktur.

Diğer yandan bu ihtimaller zorlamanın çeşitlerinin tespit etmeye çalışan akıl sahibi her hukukçunun –insani boyutu hasebiyle- sosyal çevresinde de vardır. Bu da benzerliğin doğal olabileceğini gösterir.

Bousquet’a göre kopyalama olduğu varsayılabilir bile bundan etkilenme sonucu çıkarılamaz: “Müslüman hukuk âlimlerinin bu misalleri Roma hukukundan kopya ettiklerini farz etsek bile bundan Roma hukukunun fıkıh üzerine tesir ettiği neticesi neden çıkarılsın?”⁶⁰

Çünkü İslam’ın kendine özgü bir hukuk sisteminin varlığı kesindir. Bir hukuk sistemi de başka bir hukuk sisteminden sınırlı sayıda kopyalama yaptığında bu ondan etkilendiği anlamına gelmez. Özellikle de almayı bilinçli yapıyorsa; aralarında seçim yapıp nihayet kendi sistemine uyanları ve uygun gördüklerini alıyorsa. Burada mantıken en fazla cüz’î bir istifadeden söz edilebilir ki bu da ancak somut delillerin bulunması halinde mümkündür. Gerçekten de sadece aralarındaki birkaç benzerlikten yola çıkarak bir hukuk sisteminin bir bütün kuruluşunu diğerine bağlamak, ondan iktibas

⁵⁸ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 35.

⁵⁹ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 35.

⁶⁰ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 36.

edildiğini iddia etmek veya ondan etkilendiğini varsaymak kötü kasıt yoksa, bilimsellikten son derece uzak bir tavidir. Kendine özgü bir mantık ve felsefesi, teori ve kuralları, literatür ve sistemi bulunan, yüzbinlerce konuda hüküm ortaya koyan bir hukuk sisteminin başka bir sistemle 5-10, hatta birkaç on konudaki benzerliğini, ondan etkilenmesi veya bir bütün ondan iktibas edilmesiyle açıklamak ne kadar bilimseldir?

Bousquet'a göre buradaki çabayı da Müslümanların kendi ilmi gayretleri ve kendi emekleri olarak görmek gerekir. Roma'yla, Roma hukukuyla hiçbir irtibatı bulunmayan âlimlerin kendi görüşlerini bu hukuka bağlamanın nasıl bir mantığı olabilir? "Cahiliyet devrinden kalma kaidelerin İslamlaştırılmasında vaki olduğu gibi, İslam hukuk ilminin (kanunların ve kaidelerin bir sistem halinde) tedvinini Müslümanların kendi aralarında bir gayreti saymak varken, o kadar eski bir devirde Roma ilminin izlerinin Medineli müttaki bir şahıs olan Said b. Müseyyib üzerine tesiri tarih noktai nazarından nasıl makul gösterilir?"⁶¹

Bousquetgösterilen bir örneğe daha dikkat çekmiştir ki o da müğaresedir.⁶² Dipnotta bir meslektaşının bu örneğe dikkat çektiğini ifade ettikten sonra şunu eklemiştir: "halbuki iklim ve ziraat durumlarının benzerliğinin, her iki halde de benzer çözüm şekillerine götürmesi mümkündür"⁶³ Yani, hemen her ülkede sulu ve susuz tarım bulunup bunların ekme (ekin gibi) veya dikme (ağaç vs.) şeklinde yapılacağına göre müğaresenin Müslüman hukukçuların da aklına gelmesinden daha doğal bir şey yoktur.

Bousquet'e göre hiçbir buluş sıfırdan yapılmaz; disiplinler arası etkileşim kaçınılmazdır. Fakat, bir hukuka özgün diyebilmemizin ölçüsü "kendine özgün bir yapısının ve karakteristik özelliklerinin" bulunmasıdır. Bousquet'in ifadesi nettir: "Hiç kimse her şeyi kendi aklından yahut hiç yoktan uydu-ramaz; İslam hukuk âlimleri de bu kanunun dışında kalmamışlardır. Lakin eğer iktibaslar olmuş ise şu husus bir hakikattir ve daima hakikat olarak kalacaktır ki onlar (İslam hukukçuları) yapılarını hususi bir maharetle yaptılar ve ona karakteristik veçhe verdiler." Sonra Bousquet makalesindeki belki de konu hakkında en vurgulu ve en net cümlesini kullanır: "Bu bakımdan Roma hukukuna bir şey borçlu değildirler. Fıkıhın dehası ona bir şey borçlu değildir."⁶⁴

Bousquet biri esasta, diğeri teferruattaki iki tür iktibastan bahsetmiş

⁶¹ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 37.

⁶² Sözlükte "fidan dikmek" anlamındaki ğars kökünden türeyen müğarese, fıkıh terimi olarak arazi ve emek sahibinin (âmil) yetişecek ağaçların ortak olması şartıyla boş araziye fidan dikmek üzere yaptıkları akdi ifade eder. Hüseyin Kayapınar, "Müğarese", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2005), 30/373.

⁶³ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 37.

⁶⁴ Bousquet, "Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı", 38.

ve şöyle demiştir: “Birinci tip hiçbir iktibas vaki değildir. İkinci tip bir iktibas muhtemelen vardır; yani teferruat meselelerinde, lakin bu Roma hukukundan tamamıyla farklı bir sisteme ve fıkın ruhuna has kaidelere göre yapılmıştır.” Doğrusu, fıkın temel konularının ilk dönemden itibaren oluştuğu ve en azından ilk fakihlerin Bizanslılardan ele geçirilen topraklardaki hukukçularla ilişkili ve bu topraklardaki hukuk ilmine ilgili olmadıklarından ve ilmi kalıntılarla bağlarının son derece zayıf olduğundan şüphe bulunmadığı düşünülürse, bu ihtimal daha da zayıflamaktadır. Olsa olsa Bizans’a dair tüm halk tarafından bilinen, kulaktan dolma ve yarım yamalak bilgiler almış olabilirler; akademik bilgiler değil. Aksini gösteren hiçbir gösterge olmadığı halde bu türden bir iddia tamamen mesnetsiz iddiadır.⁶⁵

Bousquet mantıken İslam hukukunu etkilemiş olma ihtimali bulunan diğer bir hukuk olarak kilise hukukundan bahsetmiş, ancak aralarında büyük farklar olduğunu ifade etmiştir. Feth edilen eyaletlerde mevcut şekliyle kilise dini kanunların fıkın hazırlanmasında kendisini⁶⁶ hissettirmiş olma ihtimalinin bulunduğunu, ancak bunun incelenmeye muhtaç olduğunu ifade etmiştir.⁶⁷ Ayrıca, aralarında belki yapısal benzerlikten bahsedebileceğini, fakat zannınca bunun fazla olmadığını söylemiştir.

Sonuçta iki hukuk arasında öylesine büyük farklar vardır ki bunlar iki hukuk arasında kıyaslanabilir hususların oldukça az olduğunu ortaya koyar. Ona göre aralarında farklar şunlardır:

1. “Kilise dini hukuku” değişmez bir hukuk değildir, İslam hukuku ise değiştirilemez.⁶⁸

2. Kilise hukuku kilise adamlarına münhasır değildir, başka kaynakları da vardır. Ayrıca papalığın kararları kat’i bir öneme sahiptir. Kilisenin ise, hükümleri bir otorite mahiyetini alacak mahkemeleri vardır. Bir çok kararı kat’idir ve uygulanmak zorundadır. İslam hukukunda ise fakihler Kur’an ve Sünnet dışında bir metne dayanmamışlardır. Ayrıca İslam hukukunda fakih özgürdür ve sivildir. Hiçbir fakihin görüşü tüm fakihlere dikte edilmediği gibi, hiçbir mülkî veya dinî makam da mezhep kurucularının bir hükmünü iptal etmeyi asla düşünmemiştir.⁶⁹

3. “İslam kanunu, prensip itibarıyla, mü’minin ve Müslüman

⁶⁵ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 38.

⁶⁶ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 38.

⁶⁷ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 39.

⁶⁸ Hamidullah, Bousquet’in İslam hukuku hakkındaki cümlesine düştüğü dipnotta “Bu faraziye ispata muhtaçtır” demiş ve Kur’an ve Sünnet’in açık beyanları bulunan hususlarda değişimden ve farklılıktan söz edilemese de, başka hususlarda farklı görüşlerin pekala olduğunu söylemiş, Hanefi fıkıhı ile Şafi fıkıhı arasında ittifak edilen ve ihtilaf edilen örnekler zikretmiştir. Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 39.

⁶⁹ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 40.

topluluğunun tabii ihtiyaçlarının tatmininden, ibadetten başlayarak, evlilik, satış ve vasiyetnameler de dâhil olmak üzere mukaddes cihada ve devlet maliyesine kadar her şeyi içine alır.” “Kilisenin dini hukuku böyle değildir. Devlet karşısında kilise ne kendi mahkemeleri için” bir yargı hakkı tahsisini iddia etti “ne de kendi kaidelerinin, Hıristiyanların veya Hıristiyan topluluğunun hayatına tamamen tatbikini iddia etti”.⁷⁰

Kilisede ahlaki teoloji bir şey, din hukuku başka bir şeydir ve din hukuku rahibin ahlaki teoloji mütehasısı olmaya ihtiyacı yoktur. Oysa İslam’da “ bir müfti hukuk meselesine olduğu kadar ahlak meselesine de cevap verecektir.”⁷¹.

Bousquet iki hukuk arasındaki karşılaştırmasından sonra şöyle demiştir: “Bütün bu sebeplerden dolayı şu neticeye varabiliriz ki, Müslüman ve Katolik düşünce sistemleri birbirlerine asla benzememektedirler. Birbirlerine kıyaslanamayacak neticelere varacak şekilde farklı prensiplere göre tekâmül etmişlerdir. İki sistemin ruhu aynı değildir.”⁷²

Bousquet dördüncü olarak Yahudi fıkını ifade eden Talmud ile İslam hukuku arasında bir karşılaştırma yapmıştır. Konunun başında kilise hukukunun ruhu ile İslam hukukunun ruhu arasında farklılığa dair yapılan açıklamaların Talmud’daki ruh ile İslam hukukundaki ruh arasındaki benzerliği daha iyi anlamaya imkan sağlayacağını ifade etmiş ve her ikisini okuyanların ortak düşünce ve hislerine ilginç örnekler vermiştir.⁷³ Sonra iki hukuk arasındaki “genel” benzerlikleri şöyle sıralamıştır:

1. “Her iki halde de, aynı zamanda dini ve hukuku içine alan ve ilgili topluluk için ideal bir hayat kaidesi sağlayan dini normlardan mürekkep iki sistem söz konusudur.”⁷⁴

2.”Her iki halde esas aynıdır: İlahi bir vahy (ilham). Her iki dinde de vazifeleri ve rolü birbiriyle fazlasıyla kıyaslanabilecek olan yapı, şeriat âlimlerinin gayretiyle yükseldi. Yahudilikte olduğu gibi İslam’da da rahipler yoktur, laik teşrii otoriteler yoktur, temyiz mahkemesi gibi kararları uyulması mecburi yüksek mahkemeler yoktur”⁷⁵

3.Şeriat âlimlerinin halet-i ruhiyeleri daima aynıdır: vicdan ve kalpe

⁷⁰ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 40.

⁷¹ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 41

⁷² Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 41.

⁷³ “Fıkıh eserlerini karıştırmaya alışmış olanlar, Talmud’u ve (bir fıkıh kitabını) açtıkları zaman, bu iki tip eserin birbirine benzeşiminin derhal farkına varırlar ve hayrete düşerler. İlk bakışta insanın “bu aynı şey imiş” diyeceği gelir. Bu intiba yanlış değildir. Benden başka insanlar da bu hissi duymuşlardır. Talmud mütercimi Schwab (T. IX’in mukaddimesi), fransızca tercümesi o sıralarda henüz yayımlanan Minhacu’t-talibin’i okumuş olduğundan, benzerliği hissetti. Büyük Snouck Hurgronje’nin fakihlerden bahsederken onlara “Muhammedi Hahamları” demesi sebepsiz değildir.” Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 42.

⁷⁴ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 42,43.

⁷⁵ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 43.

İlgili mesele ve problemleri naklî ve aklî delillerle çözmeye, ortaya koyma ve netleştirme arzusu. Bu bakımdan İslam âlimi, Talmud'u karıştırdığı zaman kendisini tanıdık bir memlekette bulur. Roma hukukçusunu veya medeni hukukçuyu isyan ettirecek olan şeyin önünde kendisini tamamıyla rahat hisseder.⁷⁶

Bousquet taharet, nikah, insan resmi yasağı gibi konularda iki hukuk arasında karşılaştırma yapan araştırmalara işaret ettikten sonra kendisinin gözlemlediği Talmud'da yer alan ve benzeri İslam hukukunda da bulunan bazı hükümleri zikretmiştir ki bazıları şunlardır: “küçük yaşta oruca alıştırma emir ve tavsiyesi”, “yarı hür yarı köle adam” nitelemesi, kadının bir maddi karşılık veya taviziyle kocasından boşanması anlamına gelen hul'/muhâlea, bulunmuş eşya (lukata), zarara dair hükümler, zar oyunu oynayan veya faizle para veren kimsenin şahitliğinin ve hakimliğinin kabul edilmemesi.⁷⁷

İslam hukuku ile Yahudi hukuku arasındaki tüm bu benzerliklere rağmen Bousquet açısından mesele gerçekten hâlâ muammalığını korumaktadır. Evet, İslam hukukunun diğer hiçbir din ve hukukla olmadığı kadar Talmud'la büyük benzerliği ortadadır ve nettir. Bundan teorik olarak İslam hukukunun ondan ilham aldığı sonucu çıkartılabilir. Ama sonuç itibariyle bu sadece bir teoridir. Ayrıca İslam hukuku ile Roma hukuku arasındaki benzerlik hususunda söylenen tesadüf ve ortak aklın gerektirmesi gibi durumlar burada da gayet geçerli olabilir.

Önce ilkini, yani İslam hukukunun Yahudi hukukundan etkilenmiş ve ilham almış olabileceği düşüncesine dair ifadelerini aktaralım: “İki sistem arasında -şimdiye kadar tetkik ettiğimiz (İslam ile diğer din ve hukuklar arasındaki benzerliğe dair) hallerde mevcut olmayan - derin ve fikri bir benzerliği böylece meydana çıkarmış bulunuyoruz.”⁷⁸

“Diğer sistemlerde kaynağını bulamadığımız bu ruh bakımından fıkhnın, Talmud'dan pek ilham almış olduğu sonucunu çıkarmamak ve bu sonucu reddetmek güç gibi görünüyor.” Ki “bundan başka fıkhnın üzerine Talmud'un maddi iktibaslarla ilgili etkileri açık biçimde ortaya konulmuştur.”⁷⁹

Şimdi de en sonki aksi yönde söylediklerini aktaralım: “Bununla beraber şunu saklamamak lazım ki bu benzerliklerin bilançosu -daha da

⁷⁶ Bousquet dipnotta, Talmud'tan tamamıyla geliş güzel alınmış birkaç misal” diyerek boşanmayla ilgili alıntı yapmıştır. Gerçekten de alıntı ayrıntıları ve anlatım şekliyle fıkhnın kitaplarını andırmaktadır. Bousquet “insan bu satırları okurken kelimesi bir fıkhnın risalesi okuduğunu zanneder” demiş, bütün örnekleri zikrettikten sonra, metnin İslam hukukçularına hitap etmesinin yeterli olduğunu ve benzerlikleri serd etmeye gerek bile olmadığını ifade etmiştir. Bousquet, “*Fıkhnın Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 43.

⁷⁷ Bousquet, “*Fıkhnın Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 44, 45.

⁷⁸ Bousquet, “*Fıkhnın Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 44.

⁷⁹ Bousquet, “*Fıkhnın Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 46.

zenginleştirmek imkanı olduğu farz edilse bile – zayıf kalmaktadır. Heyecan verici keşifler beklenmemelidir; çünkü metinler her iki tarafta da malumdur. Bundan fazla olarak Roma hukuku için serd edilen mülahazalar, bu konuda da söylenebilir: tesadüf ve “durumun objektif aynılığı” (objektif bakışla farklı kimselerin aynı sonuca varacağı özelliğe sahip olma) bu benzerlikleri doğurmuş ve o kadar da iktibas miktarını azaltmağa yardım etmiş olabilir”. Bu, “Fıkıhın Talmud’dan başka bir şey olmadığı” iddiasına verilen negatif, yani reddiye-savunma şeklinde verilen cevaptır.⁸⁰

Ona göre pozitif, yani farkları doğrudan oraya koyan cevap ise şu şekilde verilebilir: İki hukuk birbirinden üç yönden fark vardır: 1) müesseselerin oluşumu, 2) müesseseler, 3) müesseseleri gerektiren sebeplerin tamamen farklı oluşu.⁸¹ Dolayısıyla İslam hukukunun ondan etkilendiği iddia edilemez. Bunları açacak olursak;

1) Müesseselerin Oluşumu. Her iki halde de kanun (şeriat) alimlerinin oynadığı rol esaslı olmuş olsa bile bu teşekkülün teorisi birbirine benzemektedir. Zira Yahudilerde ne usul ilmini ne de hadisin rolünü hatırlatacak bir şey vardır. Fıkıh dört kaynağa dayandığı halde Yahudiler şu iki kaynaktan başkasını bilmiyorlardı: Mukaddes sahifeler ve din adamlarının çalışmaları.

Fıkıhın bir üstünlüğü de harikulade bir hızla oluşmasıdır. Zira Peygamber (s.a.v)’in vefatından hemen hemen bir buçuk, en fazla iki asır içinde oluşmuştur. Talmud ise Süleyman mabedinin yıkımından ancak dört asır sona tamamlanmıştır ve en eski kaynakları mabedin yıkımından birkaç asır öncesine aittir.⁸²

2) Müesseseler. Ona göre fıkhıta Yahudi hukukundan bazı cüz’î iktibaslar yapılmış olduğunu varsaysak bile, “bunlar fıkıha, kendine has çehresini asla veremezler. Bu dikkat çekici özgülüğü belirtmek gerekir...Fıkıhın, bilhassa karakteristik hiçbir müessesesi Talmud’da yoktur. Müslümanlar, bütün müesseselerini bizzat kendileri hazırlamaya mecbur oldular.”⁸³

Bousquet Müslümanların namaz, oruç, nikah, talak gibi fıkhî ve hukukî müesseselerinin Yahudilerce ya hiç bilinmediğini ya da tamamen farklı olduğunu teker teker açıklamış, sonra şöyle demiştir: “Böylece görülüyor ki,

⁸⁰ Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 46.

⁸¹ Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 46; Bousquet, C.H. “Sırru tekevünil’fıkhi ve aslu mesadirih”, *Hel li’l-kanuni’-rumi teşirin ale’l-fıkhi’l-islâmî*, (Kahire: Dâru’l-buhus el-ilmîyye, 1973), 77. Arapça tercümede ikinci madde “el-Müessesat nefsuha: müesseselerin kendisi”; son madde ise “tavşifu mezaya hazih’l-müessesat: bu müesseselerin özellikleri/biçimleri” şeklinde ifade edilmiştir. Bu maddelerin açılımında görüleceği üzere üçüncü maddede Talmud’daki ve fıkıh kitaplarının tertip ve düzeninden bahsedilmektedir. Bu bakımdan Arapça tercümedeki ifade daha doğru gözükmektedir.

⁸² Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 47, 48.

⁸³ Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 47.

müellifler tarafından kaydedilen, meydana çıkarılan iktibaslar yalnız zayıf bir sayıda olmakla kalmıyor, müesseselerin birbirlerine benzemediklerini ispat etmekte bir güçlük çekilmiyor”⁸⁴

3) Müesseselerin şekli. Ona göre el-Müdevvene, el-Ümm, Kitabu'l-harac gibi kitapların düzen ve sıralaması oldukça güzel olsa da genelde fıkıh kitapları dağınıktır. Buna rağmen bu düzensiz kitaplardan biri Talmud ile kıyaslandığında “birincilerinin açıklığından ve (nisbi) intizamından hayrete düşmemek mümkün değildir. Aralarındaki fark mutlaka göze çarpar ve zannederim ki en intizamsız eseri bu bakımdan Talmud'dan yine üstündür.”⁸⁵

Bousquet'a göre Talmud'un konuyu işleyişi de karışıktır; örneğin araya hikayeler sıkıştırılmıştır. Oysa fıkıhta bunun zerresi yoktur.⁸⁶

Bousquet'in iki müessesenin şekilleri arasında yaptığı mukayese ve bundan İslam hukukunun Yahudi hukukundan etkilenmediği sonucunu çıkarması pek isabetli gözükmemektedir. Çünkü benzerlik iddia sahiplerinin buna “Sonra gelenin öncekinden, iktibas eden ve etkilenenin iktibas ettiğinden ve etkilendiğinden daha iyi olması gayet normaldir” diye cevap vermesi mümkündür. Çünkü bütün ilimlerde/ bilimlerde her bir dönemdeki ilim/bilim adamları öncekinden istifade ederken onlardan her yönden daha iyi bir noktaya getirmeselerdi hiçbir ilim ilerleme kaydedilmezdi. İslam geleneğinden örnek verecek olursak İmam Müslim'in *Sahih* isimli hadis eseri bazılarınca İmam Buhârî'nin *es-Sahih*'inden daha üstün görülmüş, özellikle daha tertipli ve düzenli olmasıyla tercih edilmiştir. Fakat bu normal görülmüş ve bazılarınca İmam Müslim'in başarısı da Buhârî'ye nispet edilerek “Buhârî olmasaydı Müslim ne gelir, ne giderdi” denilmiştir.⁸⁷ O yüzden İslam hukuk müessesinin daha iyi noktada olduğu üzerinden böyle değil de dolaylı olarak şu şekilde bir sonuç çıkarılabilir: Yahudiler'in Talmud'undan istifade edip çok kısa bir süre içinde ondan çok daha üstün bir hukuk ortaya koyabilmek için hukukçuların uzun bir Talmud tetkiki yapmış olmalarını, hiçkimseye saklı kalmayacak ve bize mutlaka intikal edecek hummalı bir çalışma ortaya koymalarını gerektirir. Böyle bir durumda resmin tamamını ortaya koymasa da ona ışık tutacak bazı örneklerin bulunması icap eder. Buna dair hiçbir bilgi ve belge bulunmadığına göre bu iddia tamamen geçersizdir.

Bousquet yazısının son kısmında konuyu toparlarken Yahudi huku-

⁸⁴ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrari*”, 48.

⁸⁵ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrari*”, 48, 49.

⁸⁶ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrari*”, 49.

⁸⁷ Bu söz İmam Dârekutnî'ye aittir. Bk. Hatib-i Bağdadi, *Târihu Bağdad*, (Beirut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslami, 2002), 15/120,

kundan iktibas iddiasının doğruluk ihtimaline tekrar değinmiş, bu iddiaya hak vereceği geldiğini söylemiştir. Diğer üç hukuk hakkında şu net ifadeleri kullanmıştır: “Roma, Kilise dini, Zerdüşht hukukunun tesirleri söz konusu olduğu zaman mesele kolaydır ve prensip olarak diyebilirim ki bu doktrin heyeti mecmuaları (bunların hukuk doktrin koleksiyonu) asla mevcut olmasaydı, fıkıh, madde ve muhteva itibariyle bugün ne ise yine o olurdu.”⁸⁸

Yahudi hukuku hakkında ise böyle bir iddiada bulunmanın “çok daha güç” olacağını ve insanı bu noktada tereddütte bırakan noktaların bulunduğunu söyleyen Bousquet bir an insanın, özetle “Medine Yahudilerinin dinlerinden çıktığı ve onların torunlarının⁸⁹ Talmud’dan ilham aldığı inkar edilemez olan İslam hukukunun hazırlanmasında başlıca etken oldular” diyen Lammens’e hak vereceği geldiğini söylemiştir. İki hukuk arasındaki benzerlikleri ve Hıristiyanlığa oranla bunların çok fazla olduğunu görünce bir varsayım olarak İslam hukukunun diğerinden alınmış olduğunu düşündüğünü, neredeyse “İslam evrensel eğilimli bir Museviliktir” diyenlere hak verdiğini belirtmiştir.⁹⁰

Ama ardından, mealen “Fakat mesele açıklanmaya çalışılırken bu başarısız olduğu görüldü ve mesele genel intibalarla sınırlı kaldı.” diyerek buna pek de kanaat getiremediğini ifade etmiştir. Çünkü ona göre hem bunu ispat edecek tarihi belgeler eksik, hem de bizzat yapılan nakiller çok azdır.

Esasen Bousquet’un gönlündeki iki hukuk arasındaki yakınlığı ispat etmektir, fakat bunun imkansızlığı onu da hayal kırıklığına uğratmıştır: “Fıkıh ile Talmud arasında çok daha sıkı bir yakınlık tesis etmek /kurmak isterdim, sükutu hayale uğrayışım, sözlerimin kıymetinin ispatıdır”⁹¹.

Bousquet her iki tarafa hak veren sözler sarf ettikten sonra İslam hukukunun orijinallliğini teyit edici mahiyette şunları söylemiştir: “Bu sebeplerden dolayı kendimi müşkil bir mevkide hissederim ve çoğunlukla kendi kendime sorarım: acaba fıkıh, özü ve mahiyeti itibari ile bir Müslüman malı gibi görmek, onu Kur’andan ve eski Arap müesseselerinden başka İslam’ın hemen müstakil bir buluğu gibi kabul etmek, dışarıdan bir şey almamış yahut aldığı pek cüz’î kalmış, buna mukabil her halde ilk İslam mütefekkirleri

⁸⁸ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 49, 50.

⁸⁹ Muhammed Hamidullah buna cevaben; “İslam’a giren Yahudilerin sınırlı olduğunu ve bunların eserleri fıkıh değil tefsir üzerine olduğunu” söylemiştir. Ayrıca İslam hukukunun sahabe döneminden itibaren nasıl teşekkül ettiği, her nesilde nice fakihlerin yetiştiği, bunların isimleri ve görüşleri tarihte bellidir ve Tarih-i Teşri kitaplarında mevcuttur. Dolayısıyla bu kadar açık tarihi karartıp oradan zanlar türetmek bilimsellikten uzaktır. Fakat, Bousquet’i mazur görmek gerekir; çünkü gerçekten de Müslüman fakihlerin başarıları gerçekten de “inanılmaz”, “akıllara durgunluk veren”, “müthiş” bir hadisedir. Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 49, 50.

⁹⁰ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 51.

⁹¹ Bousquet, “*Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı*”, 51.

tarafından işlenmiş bir ilim saymak doğru olmaz mı? Bu bakımdan fıkıh, İslam'ın bir zübdesi (özü) ve hiç yoktan bulunup ortaya konması da kendi nevine has harikülade bir hadise gibi görünüyor.”⁹²

Elbette sözünü bağladığı makalenin son paragrafı, son cümlesi nihâî düşüncesini ortaya koyması bakımından çok önemlidir: “Bir buçuk asırdan biraz fazla bir zaman içinde Müslümanlar özellikle Kur'an'dan ve İslam'dan evvelki müesseselerden muazzam bir doktrin mecmuası (koleksiyonu) meydana getirdiler. Buna ruh bakımından tek başına Talmud tesir etmiş olabilir, lakin fukahanın çalışmaları kendilerine has bir karakteri haizdir ve her şey nazarı itibara alınınca bana mesailerinin neticesi, Yahudi hahamlarına çok üstün görünüyor. Velhasıl fıkıh İslam'ın hemen hemen müstakil bir buluşu gibi görünüyor”⁹³ Kaldı ki makale boyunca her ne kadar söz konusu iddiayı imkan dahilinde görse, zaman zaman ihtimal ve varsayım derecesinde yer verse de, makale boyunca son cümledeki fikrinin hep ağır bastığı açıkça görülür.

SONUÇ

Makalede değinilen ve açıklananlar ışığında şu sonuçları ifade etmek mümkündür

1. İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği ve ondan iktibas edildiği tamamen temelsiz ve tutarsız olduğundan birçok batılı araştırmacı bunun geçersizliğini ifade etmekten kendini alamamıştır.

2. İki hukukta bazı hususların birbirine benzediği ve İslam hukukunun diğerinden iktibas edildiği farz edilse bile bunların sayısı son derece azdır. Bunun on katı iktibas edilmiş olsa dahi fikhın asıl çehresine ve metoduna etki edecek güçte olmadığından, etkilenme ve varlığını ona borçlu olmakla ifade edilmesi imkânsızdır.

3. İki hukuk arasında benzerlik yanında çok derin farklılıklar da vardır. Benzerlik etkilenme ve iktibasa delil olabilecekse, farklılık da aksi yönde delil olur. Kaldı ki farklılıklar daha çok ve daha temel hususlardadır. Bu konu başlıkları gibi maddi konuda olduğu gibi, birinin seküler diğerinin dini olması sebebiyle mana ve ruh bakımından da böyledir.

4. Roma hukukuna benzerlik kabilinden gösterilen hususlar bazı mezheplerle sınırlıdır. Benzeyen bazı mezhep görüşleri teoriyi destekleyecek nitelikte kabul edilirse benzemeyen diğer mezhep görüşleri de onu çürütücü delillerdir. Zira İslam hukuku tek mezhepten ibaret değildir. Bir mezhep bir konuda Roma hukukundan etkilenmişse aynı konuyu ele alıp başka görüş

⁹² Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 51.

⁹³ Bousquet, “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”, 52.

beyan eden diğer mezheplerin hukuki güçleri nereden kaynaklanmaktadır? Bu durumda tüm mezheplerde var olan bir fıkhi dinamik ve temelden bahsetmek zorunluluktur.

5. Aralarındaki farklılıklara rağmen Ehl-i Sünnet, Şia ve Hariciler gibi çeşitli fırkaların fikhın çoğu konularında ittifak etmiş olmaları bunların kaynağının İslami olduğunun göstergesidir. Dışardan bir etkilene olsaydı aralarında çok daha büyük farklılıklar görmemiz gerekirdi.

6. Benzerlikler birbiriyle hiçbir alakası bulunmayan hukuklar arasında da olabilir ve de vardır. Çünkü aklın seçeceği çözüm şekilleri sınırlıdır ve farklı hukuk sistemlerinin aynı çözümde tevafuken buluşması gayet mümkündür.

7. İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiğinin diğer bazı kanıtları şunlardır: İslam hukuku kaynaklarında Roma hukukunun olumlu veya olumsuz hiçbir şekilde referans gösterilmemesi; Roma hukukunun Arapça'ya tercüme edildiğinin hiçbir şekilde ispat edilememiş olması; Roma hukukundan veya dilinden-kanun dışında- hiçbir kelimenin Arapça'ya veya İslam hukuku literatürüne geçmemiş olması; iki hukuk arasında bir iletişim imkânının asla ispat edilmemiş olması; İslam geldiğinde Roma hukukunun yürürlükte olmadığı gibi Roma halkının dahi bundan bihaber olması.

8. İslam hukukunun oluşum tarihi, sözkonusu teori sahiplerinin iddia ettiklerinden daha öncedir. Çünkü bilindiği gibi İslam Hukuku'nun teşekkülü Peygamber (s.a.v.) döneminde, henüz İslam dünyası Roma topraklarını ele geçirmeden ve onlarla temas kurmadan önce başlamıştır. Dolayısıyla iktibas imkânı yoktur.

9. Sonuç itibariyle İslam hukuku varlığını hiçbir hukuka borçlu olmayıp tamamıyla Müslümanların tefekkür ürünüdür, onların eseridir.

10. İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiği teorisi, üzerinde birçok, özellikle de spesifik araştırmalar yapılmaya değer geniş ve önemli bir konudur.

KAYNAKÇA

- Aktan, Hamza. "İhya". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 22/7-9. İstanbul:TDV Yayınları, 2000).
- Aktan, Hamza. "İhya". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 22: 7 -9. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Bağdadi, Ebû Bekir Ahmed b. Ali el-Hatib. *Târihu Bağdad*. Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslami, 2002.
- Bardakoğlu, Ali. "Hanefî Mezhebi". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 26:21-27. Ankara: TDV Yayınları, 1997.

- Bekir, Alâ. *Yehûdun eslemu fî hayâtî'n-nebiyyi Muhammed*. Lefkoşa: Merkezu Beyti'l-Mukaddes, 24. basım, 2009.
- Bousquet, C.H. “Fıkıh Muamması ve Kaynaklarının Esrarı”. *İslam Fıkıhı ve Roma Hukuku*, terc ve neşr: Kemal Kuşçu. İstanbul: Yağmur Yayınları, 1964. 23-52.
- Bousquet, C.H. “Sırru tekevvinil'fikhi ve aslu mesadirih”, *Hel li'l-kanuni'r-rumi te'sirun ale'l-fikhi'l-islâmî*. Kahire: Dâru'l-buhus el-ilmiyye, 1973. 45-85.
- Çavuşoğlu, Ali Hakan. “el-Müdevvenetü'l-Kübra”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 31/470-473. İstanbul: TDV yayınları, 2006.
- Demirci, Mustafa. “İktâ”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV yayınları, 2000. 22/43.
- Ebû Talib, *Beyneş-Şeriatî'l-İslamiyye ve'l-Kanuni'r-Rumani*. Kahire: Mektebetü'n-Nehdati'l-Mısriyye.
- Emin, Ahmet. *Fecrü'l-İslam*. Kahire: Müessesetü Hindavi , 2011.
- Fitzgerald, S.V. “İslam Hukukunun Roma Hukukundan İktibasta Bulunduğu İddiası”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 29/4 (1963): 1128- 1154.
- Gözübenli, Beşir. “İktâ”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 22/49- 52. İstanbul: TDV yayınları, 2000.
- Günay, Hacı Mehmet. “Vakıf” (Fıkıh'ta), *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV yayınları, 2012. 475-479.
- Hamidullah, Muhammed. “Roma Kanunu İle İslam Kanunu Arasındaki Münasebetler”, çev: Nazife 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-ilmiyye, 1973.
- İbn Abdilberr, Ebû Ömer Yûsuf b. Abdullah (ö. 463/1071). *el-İstîâb fî Ma'rifeti'l-Ashâb*. Beyrut: Dâru'l-Cil, 1992.
- 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.
- İbn Kudame, Ebû Muhammed Muvaffakuddin. *el-Muğni*. Kahire: Mektebetü'l-Kahire. 1968.
- İbnü'l-Esir, Ebül-Hasen İzzüddin Ali b. Muhammed b. Muhammed eş-Şeybânî el-Cezerî. *Usdul-Gâbe fî Ma'rifeti's-Sahâbe*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1989.
- İsmail Özsoy, “Faiz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV yayınları, 1995), 9 /115.
- Kapar, Mehmet Ali. “Hz. Muhammed Döneminde İktâ Uygulamaları”. *Tarihin Peşinde (Dergisi)*. 22 (2019), 283-308.

- Kapar, Mehmet Ali. Tarihın Peşinde, “Hz. Muhammed Döneminde İktâ Uygulamaları”. 22 (2019):283-308.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz yayıncılık, 2014.
- Kayapınar, Hüseyin. “Mügarese”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2005. 30/373-374.
- Kocabaş, Savaş, *el-Mesailü'lleti ihtelefe fiha eimmetu'l-hanefiyyeti's-selase*. Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmıyye, 2016.
- Köprülü, M. Fuad. “Fıkıh”, *M.E.B. İslam Ansiklopedisi*. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1964. 4/608-621.
- Köprülü, M. Fuad. *İslam ve Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul, Ötüken yayınları, 1983.
- Köse, Saffet. *İslam Hukukuna Giriş*. Konya: Hikmetevi yayınları, 2014.
- Kurt, İrem. *İslam ve Roma Hukukunda Genel Hukuk Prensiplerinin Mukayesesi*. İstanbul: Marmara İlahiyat Fakültesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans tezi, 2017.
- Lluakaçai, Edlira. *Kur'an'a Rağmen Kadın*. İstanbul: Süleymaniye vakfı, 2018.
- Musa, Muhammed Yusuf. *el-Medhal li diraseti'l-fıkhı'l-islami*. Kahire: Dâru'l-kitab el-arabi, 2009.
- Müncid, Salahaddin. *el-Münteka min dirasati'l-müsteşrikin*. Beyrut: Dâru'l-kitab el-cedid, 1955.
- Nallino, C.A. “Nazeratun fi alâkâti'l-fıkh el-islami, bi'l-kânûni'r-Rûmânî”, *Hel li'l-kanuni'r-rumi teşirun ale'l-fıkhı'l-islâmî*. Kahire: Dâru'l-buhus el-ilmıyye, 1973. 7-25.
- Nallino, C.A. “Roma Hukukunun İslam hukukuna Tesiri Oldu mu?”, *İslam Fıkhı ve Roma Hukuku*, çev. ve neşr: Kemal Kuşçu. İstanbul: Yağmur yayınları, 1964. 53-67.
- Özsoy, İsmail. “Faiz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 9/110-126. İstanbul: TDV yayınları, 1995.
- Paşa, Sava. *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*. 2 cilt. Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1956.
- Semerikandi, Semerikandi, Alaüddin Muhammed b. Ahmed, *Tuhfetu'l-fukaha*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmıyye, 1994.
- Yaman, Ahmet - Çalış, Halit. *İslam Hukukuna Giriş*. 3.basım, İstanbul: İFAV yayınları, 2012.
- Yaman, Ahmet. “Abdullah b. Mes'üd'un Hanefi Mezhebinin Oluşumundaki Rolü”, *Marife*, 4/2, (2004), 7-26.
- Yediıldız, Bahaeddin. “Vakıf” (Tarihte). *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. İstanbul: TDV yayınları, 2012. 42/479-486.
- Zeydan, Abdulkerim. *el-Medhal lidiraseti's-Şeria el-İslamiyye*. İskenderiyye: Daru Umer b. Hattab, 2001.