

T.C  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLAMİ BİLİMLER ANABİLİM DALI  
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**İSLAM HUKUKU VE ROMA HUKUKUNDA GENEL HUKUK  
PRENSİPLERİNİN MUKAYESESİ**

Yüksek Lisans Tezi

İREM KURT

İstanbul, 2017

T.C

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAMİ BİLİMLER ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

**İSLAM HUKUKU VE ROMA HUKUKUNDA GENEL HUKUK  
PRENSİPLERİNİN MUKAYESESİ**

Yüksek Lisans Tezi

İREM KURT

Danışman: PROF. DR. HASAN HACAĞ

İstanbul, 2017





T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ Anabilim Dalı İSLAM HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi İREM KURT'nın İSLAM VE ROMA HUKUKUNDA GENEL HUKUK PRENSİPLERİNİN MUKAYESESİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 17.08.2017 tarih ve 2017-23/15 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 08/09/2017

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Öğretim Üyesi Adı Soyadı	İmzası
1. Tez Danışmanı Prof. Dr. HASAN HACAK	
2. Jüri Üyesi Prof. Dr. ABDULLAH KAHRAMAN	
3. Jüri Üyesi Yrd. Doç. Dr. ABDURRAHMAN SAVAŞ	



## ÖZET

İslam ve Roma hukukunda benzeşen genel hukuk prensipleri bir çok çalışmaya konu olmuştur. Benzerliklerden yola çıkan bir takım Oryantalist çalışmalarda, Roma hukukundaki genel hukuk kuralları İslam hukukundaki kaidelerin kaynağı olarak gösterilerek, İslam hukukunun Roma hukukundan iktibas edildiği teorisi desteklenmeye çalışılmıştır. Elinizdeki bu çalışmada İslam hukukundaki kaideler ile Klasik dönem Roma hukuk prensipleri olan “*regula iuris*”ler ile karşılaştırılmış ve ortaya atılan iktibas teorileri bu açıdan değerlendirilmiştir. Nitekim iki hukuk sistemindeki genel hukuk prensipleri, uygulama, kapsam ve mantık açısından incelendiklerinde, aralarında mühim farklılıklar görülebilmektedir. Roma-Bizans hukukunun mahiyeti ve kaynakları üzerindeki tartışmalara da yer verilen çalışmada, Kuzey Arabistan’da yerel hukuk uygulamasına örnek teşkil eden Suriye Roma Kodu’ndaki veriler de dikkate alınmıştır. Tekil hüküm ve prensipler üzerinden yapılan bir mukayesenin eksik kalacağı dikkate alınarak, *kaide* ve *regula* kavramlarının kaynakları, tarihsel süreci, türleri ve temel iç dinamikleri mukayese edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: **Kaide, Regula, Maxim, Asl, Kıyas, Kanon, Süryanî Roma Hukuk Kitabı, Oryantalizm, Corpus İuris Civilis.**

## ABSTRACT

Certain Oriental scholars, are asserting the origins of islamic legal principles in Roman-Byzantinian law on the basis of some resemblances between some qawaid-i kulliyaa and Roman law principles, namely *regulae iuris*. But these studies allege their debts towards the origins of islamic law solely on literal resemblances, and there are rarely found works comparing the rules in detail. The present thesis "*Comparison of law principles in Islamic and Roman law*", contains detailed examination of some of these resembling legal principles. In order to reveal the local understanding of Roman-Byzantinian law in the North Arabian area, the Syrian Roman Law Book was examined. Since, a comparison between single principles will disregard the development, sources and main dynamics of a law system, this thesis presents also the general concept and historical development of legal principles in both law systems.

**Key words: Qaida, Regula, Maxim, Asl, Qiyas, Kanon, Syrian-Roman Law Book, Orientalism, Corpus Iuris Civils.**

Özet	i
Abstract	ii
Önsöz	iii
İçindekiler	iv
Kısaltmalar	vi
<b>GİRİŞ</b>	<b>1</b>
A.Konu ve Metot	1
B.Kaynaklar	8
<b>BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK ROMA VE DOĞU-ROMA HUKUKU</b>	<b>14</b>
A.Roma Hukuku	15
1.Roma Hukukunun Dönemleri	16
2.Roma Hukukunun Kaynakları	20
3.Roma Hukukunda Dava Usûlü	25
4.Roma Hukukçuları	27
5.İustinianus ve Corpus Iuris Civilis	29
a.Corporis Iuris Civilis'in yapısı ve kaynakları	30
b.Corporis Iuris Civilis'te "De diversis regulis iuris antiquis" bölümü	31
B.Doğu Roma Hukuku	34
1.Doğu Roma Hukukunun Dili	35
2.Doğu Roma Hukukunun Mahiyeti Hakkındaki Tartışmalar	36
3.Süryani-Roma Hukuk Kitabı (SRRB)	38
<b>İKİNCİ BÖLÜM: ROMA HUKUKUNDA VE İSLAM HUKUKUNDA HUKUK PRENSİBİ KAVRAMININ MUKAYESESİ</b>	<b>43</b>
A.İslam Hukukunda Hukuk Kuralı	44
1.El- Asl ve el- Kıyas	45
2.Kaide kavramı	49
3.Kanun kavramı	51

4.Dâbit kavramı .....	56
B.Roma Hukukunda Hukuk Kuralı.....	57
1.“Regula” Kavramı.....	57
2.Normatif “Regula iuris” ve “Sententia” kavramı.....	59
3.Kazuist Regula türü – libri regularum literatürü.....	60
4.Regula’ya benzer bir kavram olarak “Definitio” .....	64
<b>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ORYANTALİSTLERİN İSLAM HUKUKUNUN ROMA HUKUKUNDAN İKTİBAS EDİLDİĞİNE DAİR İDDİALARI .....</b>	<b>67</b>
A.Schacht öncesi dönem: Adolf von Kremer, İgnaz Goldziher ve diğerleri .....	68
B.Geç Antikçağ hukuku kaynakları ve Oryantalistler .....	84
C.Joseph Schacht: iddialarına yönelik itirazlar ve Retorik tezi .....	89
D.Revizyonist Oryantalist Ekol .....	95
1.İslam hukukunun Yahudi hukuku üzerinden Roma hukukundan etkilendiği görüşüne dönüş: Patricia Crone ve Michael Cook.....	95
2.İslam hukukunun tamamıyla iktibas edilmediği teorisi: Benjamin Jokisch ve eserinde iktibas edildiğini savunduğu kurallar .....	100
<b>DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: İSLAM VE ROMA HUKUKU ARASINDA BENZER BAŞLICA KAİDELER .....</b>	<b>106</b>
A. Birinci derecede benzerlik gösteren kaidelerin mukayesesi .....	106
a.Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.....	107
– البينة على المدعي و اليمين على من أنكر – .....	107
b.Pater est quem iustae nuptiae demonstrat – الولد للفراش وللعاهر الحجر .....	117
c.Quod pendet non est pro eo quasi sit / Stabit praesumptio donec probetur in contrario – اليقين لا يزول بالشك .....	128
d.Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda - الخراج بالضمان .....	136
B. Diğer benzer kaideler .....	146
<b>SONUÇ .....</b>	<b>156</b>
Kaynakça .....	163

## Kısaltmalar

a.g.e.	Adı geçen eser
Ar.	Arapça
bk.	Bakınız
böl.	Bölüm
bs.	Baskı, basım
c.	Cilt
CiC	Corpus Iuris Civilis
çev.	Çeviren
DİA	Diyanet İslam Ansiklopedisi
haz.	Hazırlayan
H.z.	Hazreti
MÜ.	Marmara Üniversitesi
M.Ö.	Milattan Önce
M.S.	Milattan Sonra
neş.	Neşreden
no.	Numara
s.	Sayfa
SRRLB	Syrian Roman Law Book
TDV	Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	Tahkik



vb. ve benzerleri

vs. vesaire

yy. Yüzyıl



# GİRİŞ

## A. *Konu ve Metot*

“İslam Ve Roma Hukukunda Genel Hukuk Prensiplerinin Mukayesesi”, adlı çalışmamız, İslam hukukunda daha ziyade “*kaide*” kavramı ile ifade edilen genel hukuk prensipleri ile Roma hukukunda “*regula*” kavramı ile ifade edilen genel hukuk prensiplerini mukayese etmek amacıyla yapılmıştır. Zira, iki hukuk sisteminde gerek lafzî açıdan gerek mâna açısından benzeşen hukuk prensipleri bulmak mümkündür. Benzeşen bu kurallara bazı çalışmalarda kısaca atıf yapılmış olsa da, bu iki hukuk sistemi içerisinde prensipleri konu edinen müstakil çalışmalara nispetle, benzeyen prensipleri doğrudan mukayese eden çalışmalar oldukça azdır.

İslam ve Roma hukukundaki genel hukuk prensipleri bir takım Oryantalist çalışmaların merkezinde yer alır. Nitekim, İslam hukukundaki çoğu hukuk prensibin daha hukukun başlangıç evresinde ifade edilmiş olmaları, Oryantalistler için şaşırtıcı olmuştur. İslam hukukunun kökenlerine dair ortaya atılan iddiaları desteklemek amaçlı daima kaidelerden örnekler verildiği görülür. Batı’da yapılan bir tür mukayese alanı daha vardır ki, bu çalışma alanını “mukayese” olarak tanımlamak bazı çalışmalara bakıldığında oldukça güç gözükmemektedir. Daha çok “iktibas teorileri” bağlamında değerlendirmesi mümkün olan bu çalışma alanı, özellikle İslam hukukunun geleneksel İslam kültürü tarafından savunulan tarih algısına yönelik eleştirisel yaklaşmayı öngörmektedir. İslam hukukunun “*kökeni*”, “*başlangıcı*” gibi başlıklar çerçevesinde, özellikle İslam öncesi, Hz. Peygamber dönemi ve erken dönem İslam hukukunun (çalışmalara bakıldığında H.IV. yüzyıla kadar diyebiliriz) yabancı kültürlerin sadece etkisinde kalmayıp buradan iktibaslarla bulunduğu iddia edilmiştir. XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Revizyonist Oryantalist bilim içerisinde yetişmiş olan araştırmacıların iddiaları daha da ileriye giderek, Hz. Peygamber’in varlığını dahi

sorgulamıştır<sup>1</sup>. İktibas iddiasını en ileriye taşıyan isim **Benjamin Jokisch**'dir. “*Islamic Imperial Law: Harun-Al-Rashid's Codification Project.*” isimli çalışmada, İslam hukukunun, özelde de **İmam Muhammed eş-Şeybanî**'nin “*el-Asl*”ının, tamamıyla Roma hukuk külliyesi *Corpus Iuris Civilis*'ten (M.S. 534) tercüme edildiğini savunmaktadır. Bir çok açıdan eleştirilmesi mümkün olan, ve bizim de çalışmamız içerisinde ele aldığımız bu eser, iktibas “*legal maxims*” yani hukuk kaideleri üzerinden de ispatlamaya çalışmaktadır. Ancak Jokisch, Roma hukuku ile İslam hukuku arasındaki irtibatı hukuk kaideleri üzerinden kurmaya çalışan ilk isim değildir. Ondan önce **Joseph Schacht**, meşhur *retorik tezinde*, İslam hukukçuların Roma hukuk kurallarını öğrenip İslam hukukuna aktardıklarını öne sürmüştür. Schacht'ın retorik tezi, sonraki Oryantalist çalışmalarda sıkça tartışılmıştır. Hangi teoriyi desteklemek için ortaya atılmış olursa olsun, hukuk prensipleri arasındaki karşılaştırmalar ilk bakışta hakikaten benzerlik çağrıştırır. Bu benzeşmenin sadece lafzî boyutta mı kaldığı, yahut içerik, kapsam ve hukuk mantığı açısından da bir benzerliğin olup olmadığı sorusu çalışmayı ele almamızın nedenlerinden biridir.

Elbette, Oryantalistlerin İslam hukukunun kökenine dair ortaya attıkları iddiaları farklı açılardan sorgulamak mümkündür. Batılı araştırmacılar ve İslam hukukçularından oluşan bir grup, Oryantalistlerin iddialarına cevaplar sunmaya çalışmışlardır. İslam hukukçularının büyük bir kısmı, bu tür iddiaları yeterli inceleme yapmandan, daha baştan asılsız saymaktadırlar. Bu sebepten dolayı, yapılan çalışmaları ve teorileri bilimsel açıdan tetkik eden çalışmalara nâdiren rastlanmaktadır. Bir çok açıdan hatalar ve ideolojik tutumlar barındıran Oryantalist iddiaların doğruyu yansıtmayı yansıtmadığı konusu hakkında değişik fikirler geliştirilebilir. Ancak İslam hukuku açısından, her ne kadar Oryantalistlerin çalışmalarının bir kısmı (belki de çoğu) ön yargılı ve ideolojik yaklaşımlar ihtiva etse de, Batı'da bu kadar geniş alan ve yankı bulan bu çalışma alanını yok saymak kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir. Aksine, çalışmaları tetkik ederek alternatif ve özgün bir metodoloji geliştirmek gerekmektedir.

---

<sup>1</sup> Revizyonist islambilimi ekolünden Christoph Luxenberg, Karl-Heinz Ohlig gibi bazı araştırmacılar, Hz. Peygamber'in gerçekte yaşamamış olduğu tezini savunmaktadırlar. Bunu zikretmemizin sebebi, revizyonist İslam bilimciliğinin genel tutumu hakkında bilgi vermesidir. İslam Peygamber'inin varlığının sorgulandığı bir ortamda, İslam hukukunun orijinalliğinin sorgulanması doğaldır.

Zira hiçbir dinî oluşum, fenomen ve hukukî yapı bulunduğu coğrafya, sosyo- kültürel çevre, siyasî ve dinî ortamından tamamıyla ayrı oluşmaz. Tarihin doğal bir süreci olarak karşılıklı etkileşimler kaçınılmazdır. Ancak konumuz açısından değerlendirdiğimizde bu İslam hukukunun özgün olmadığı anlamına gelmemektedir. Bilakis doğduğu çevrenin izlerini taşıyarak, kendi iç dinamikleriyle birlikte oluşan bir hukuk sistemidir. Çalışmamız boyunca bu etkileşim ve İslam hukukunun oluşum sürecindeki iç dinamiklere de değinilecektir. Bu bağlamda özellikle tarihin ve hukukun metodolojisinden ve temel ilkelerinden yararlanılacak ve bütüncül bir bakış açısı sergilenmeye çalışılacaktır.

Oryantalist çalışmalarda karşılaştırma daha ziyade tekil hükümler yahut tekil kurallar üzerinden yürütülür. Ancak kanaatimizce böyle bir yaklaşım doğru sonuçlar doğurmayacaktır. Nitekim, tekil prensipleri birebir mukayese etmeden önce, prensip kavramını ve iki hukuk sistemindeki yeri ve temel dinamiklerini ele almak daha sağlıklı bir yaklaşımdır. Bu sebepten dolayı, çalışmanın ilk bölümlerinde kural kavramı hukuk tarihi ekseninde ele alınacaktır. Birinci bölümde Roma hukuk tarihine genel bir giriş sunulduktan sonra, ikinci bölümde İslam hukukunda ve Roma hukukundaki prensip kavramının tarihsel süreci ve kavramları açıklanacaktır. Böylelikle iki hukuk sisteminde hukuk kaidesi kavramının doğal bir süreç içerisinde gelişmiş oldukları görülecektir.

İslam hukukunda ve Roma hukukunda genel hukuk prensibini ifade etmek üzere tarih boyunca farklı kavramlar kullanılmıştır. Genel hukuk prensibi, Roma hukukunda “*regula*” kavramı ile ifade edilmiştir. Klasik Roma hukuk mirasını bir arayan getiren büyük hukuk külliyyatı *Corpus Iuris Civilis*’in Batı Roma’da uzun süre unutulduktan sonra XI. yüzyılda Bolonya’da tekrar keşfedilmesi üzerine, kendisini Roma hukukun anlaşılmasına adanarak Resepsiyon sürecini başlatan **Glossatörler** ortaya çıktılar. Roma hukuk eserlerindeki “kural” kavramına ilgi duyan Glossatörler, skolastik üslup ile yaklaştıkları metinlere şerh düşerken, var olan hukuk kurallarının yanı sıra, bir de metinleri dogmatik algıyla okumaları neticesinde yeni kurallar ürettiler. Bu yeni kurallara da *regula* denmekle birlikte, Kara Avrupası’nın Roma hukuk Resepsiyonu sürecinde “*maxim*” kavramı da kullanılmıştır. İngiliz hukukunda özellikle XV. Yüzyıldan itibaren Aristoteles mantığının popüler hale gelmesiyle birlikte,



*maximlere* olan ilgi artmış ve İngiliz *Common Law*'da da bir çok yeni hukuk kuralı doğmuştur. Böylelikle Roma hukuk dili olan Latince'de hukuk prensiplerine dair yapılan araştırmada, karşımıza çıkan prensiplerin bir kısmı *regula*'lardan diğer kısmı ise *maxim*'lerden oluşmaktadır. Fakat biz çalışmamızın amacı doğrultusunda, İslam'ın doğuşunun öncesinde yani M.S. VI. yüzyıl öncesine kadar *regula* olarak adlandırılan hukuk kurallarını ele alacağız. Nitekim Avrupa'nın Roma hukukunu Resepsiyon süreci (M.S. XI. yüzyıldan itibaren) sonrasında ifade edilen *maxim*'ler, İslam hukunun gelişimini önemli ölçüde tamamladıktan sonra ortaya çıkmışlardır. *Maxim*'ler ile kaidelerin mukayesesi her ne kadar çalışmamızın merkezinde yer almasa da, *Mecelle*'deki küllî kaideler ile bazı benzerlik çağrıştıran kurallar mevcut olduğundan, çalışmanın son bölümünde buradan bir kaç örnek verilecektir.

Çalışmanın birinci bölümünde, Roma hukuk tarihine kısa bir giriş sunulacaktır. Böyle bir çalışmada genel tarih bilgisi sunmak yadırganabilir. Roma'nın genel hukuk tarihine bir giriş sunmamızın bir nedeni, farklı evrelerindeki metot ve hükümlerine dikkat çekmektir. Nitekim İslam ve Roma hukuku mukayeselerine genel olarak bakıldığında, özellikle İslam hukukçularının Roma hukukunun hususiyetleri ve tarih içerisindeki değişimi hakkında pek fazla bilgiye sahip olmadıkları görülür. Böylelikle İslam hukuk hükümlerinin klasik Roma hukuk döneminde geçerli olan hükümlerle karşılaştırılarak Oryantalist çalışmalara cevaplar verilmeye çalışılmıştır. Burada Roma hukukunun Doğu-Batı ayrışmasından sonraki seyri göz önüne alınmaksızın bir takım karşılaştırmalar yapılmış, dolayısıyla yer yer anakronizme dahi düşülmüştür. Oysa ki Roma hukukunun ilk dönemlerinden Klasik dönemine kadar uzanan, örneğin aile babası egemenliği, akit türleri, muhakeme usulü gibi unsurları özellikle Doğu-Batı ayrışmasından sonra değişime uğramış hatta kısmen ortadan kalkmıştır. Roma'nın genel hukuk tarihini ele almamızın bir diğer sebebi de, *regula* kavramının Roma hukuk tarihine değinilmeksizin anlaşılmayacağıdır. Nitekim, *regula* kavramı Roma hukukunda devlet yapısının değişmesi, yeni kaynakların ortaya çıkması, Yunan kültürün etkisi gibi gelişmelere bağlı olarak gelişmiştir.

Roma hukuk tarihinde önemli bir dönüm noktası teşkil eden, İustinianus hukuk külliyyatı *Corpus Iuris Civilis*'in *Digesta* bölümünün son kitabında yer alan 17. Fasil,

“*eski hukuk kuralları*” (*De Diversis Regulis Iuris Antiquis*) hakkında tertip edilmiştir ve 217 *regula* barındırmaktadır. Doğu Roma-Batı Roma ayrışmasından sonra, burada zikredilen *regula*’lar ile Corpus Iuris Civilis’in bünyesinde mevcut olan diğer *regula*’ların hukuk eğitimi bünyesinde daha yoğun bir şekilde kullanıldıkları bilinmektedir. Bu da İslam’ın doğup yayıldığı dönemlerde *regula*’ların kullanıldıkları ve aktarıldıklarını gösterir. Buradan yola çıkarak, bazı Oryantalist çalışmalarda İslam hukuk kaidelerinin kökeninde Roma hukuk prensipleri olan *regula*’ların olduğu iddia edilmiştir.

Oryantalistlerin bu iktibas iddialarını daha iyi anlayabilmek için, Roma hukuk tarihine giriş bölümünde, Doğu Roma hukukuna da değinildi. Nitekim bu husustaki Oryantalist çalışmaların bel kemiğini, Doğu-Roma hukukunun mahiyeti, dili ve kaynaklarına dair iddialar oluşturmaktadır. Temel tartışma noktası, Doğu Roma hukukunun Roma hukukunun bir devamı olup olmadığı sorusudur. Samî kültürle iç içe olan Bizans topraklarındaki yerel hukukî anlayış Doğu Roma hukukuna etki etmiş midir sorusu tartışılmalıdır. Burada Oryantalistlerin iktibas teorilerini temellendirebilmek için de sıkça başvurdukları bir kaynak *Süryanî-Roma Hukuk Kitabı*’dır. Türkçe literatürde “*Suriye Roma kodu*” olarak da bilinen bu el yazmaları M.S 475 yılında Beyrut ya da Antakya gibi bir öğretim merkezinde bir hukuk profesörünün ileri seviye öğrencilerine verdiği derslerin Grekçe notlarıdır. Ders notları daha sonra bağlamından koparılarak, bölgedeki kiliselerde İmparator kodeksi gibi uygulanmışlardır. Oryantalistlerin bir kısmı, özellikle Revizyonist İslam bilimcisi **Patricia Crone**, bu eserin yerel uygulamaya dair önemli bilgiler ihtiva etmesinden dolayı, iktibas iddialarında dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. Binaenaleyh Doğu Roma hukuk tarihi alt başlığında Süryanî Roma Hukuk Kitabı detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Burada sunulan verilerden de anlaşılacağı üzere, kuralların mukayesesinde Süryanî Roma Hukuk Kitabı’ndaki hükümler de taranacaktır.

Çalışmanın ikinci başlığında *kaide/regula* kavramları ve tarihsel süreçleri ele alınacaktır. İslam hukukundaki kaide kavramı, yabancı kültürlerle daha yoğun temas halinde bulunmaları nedeniyle Kufe-Bağdad merkezli Hanefilik çerçevesinde ele alınacaktır. Kural için kullanılan ilk kavramlar *el-Kıyas* ve *el-Asl* terimleridir. Genel

hukuk prensiplerini ifade etmek üzere kullanılan *Dâbit* ve *Kanun* kavramlarına da değinilecektir. Roma hukukuna bakıldığında, hukuk prensibi mefhumunun yine baştan beri mevcut olduğu görülecektir. Tarihsel süreç içerisinde farklı kavramlarla adlandırılmış olan prensiplerin mahiyeti de tartışılacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde doğrudan Oryantalist'lerin Roma hukukundan iktibas iddialarına değinilecektir. İddia sahipleri kronolojik sırasına göre ele alınırken sadece temelde neleri iddia ettikleri zikredilecek, alanda yapılan atıflar ve itirazlara da yer yer değinilecektir. Bu bölümde Oryantalist çalışmalarda hukuk prensibi kavramı ile irtibatlı olarak karşımıza çıkan mühim çalışmalar yapmış olan ve sıkça atıfta bulunulan **Adolf von Kremer**, **Joseph Schacht**, **Patricia Crone** ve **Benjamin Jokisch**'in çalışmalarını ve farklı yaklaşım ve iddialarının tanıtılması hedeflenmiştir. Burada sunulan bilgilerden de anlaşıldığına göre, Schacht'ın retorik tezini daha da ileriye götürülenler ile tamamıyla reddedenler vardır. Retorik tezini reddetmeyip daha da ileriye götürülen yukarıda bahsedilen Benjamin Jokisch, "*Islamic Imperial Law: Harun-Al-Rashid's Codification Project*" adlı çalışmasında H. IV. yüzyıl önemli Hanefî alimlerinden **Kerhî**'nin "*er-Risale*"sinde geçen bazı kaideleri Roma hukuk kuralları ile irtibatlandırmaktadır. Schacht'ın retorik tezini reddeden Patricia Crone ise benzerliğin eyaletler hukukunda aranması gerektiğini savunur. Ayrıca o İslam hukukunun özgünlüğünü savunanların Süryanî Roma Hukuk Kitabı'yla sağlama yapmadıklarından yakınmaktadır. Mukayese alanında bir taraftan Jokisch'in iddialarının sağlanması yapılacak, diğer taraftan Süryanî Roma Hukuk Kitabı'nın incelenmesi ile birlikte, Patricia Crone'un iddialarının sağlanması yapılmış olacaktır.

Mukayese edilen kuralların sadece lafzen mi, yoksa içerik ve kapsam açısından da benzerlik arz edip etmedikleri dördüncü bölümde tartışılacaktır. Ancak tüm benzeyen kuralları ele almak çalışmamızın çerçevesini aşacağından dolayı, dört kaide ile sınırlı kalınmıştır. Dört kaidenin mukayesesine ek olarak, aralarında lafzî benzerlik ve çağrışım açısından benzeşen kaidelerin tümü çalışmanın en sonunda verilecektir. Tarama sonucunda elde edilen bu kurallar hakkında, yine çalışmanın çerçevesini aşmamak için, daha detaylı bir karşılaştırma yapılmayacaktır.

İslam hukukundaki kaidelerin bazıları hadis rivayetlerine dayanmaktadır. Oryantalist çalışmaların nerdeyse tümü hadislere şüpheli yaklaştığından dolayı, özellikle hadis rivayetlerine dayanan kaidelerin iktibas edildiklerini öne sürmüşlerdir. Çalışmamızda tetkik edilen kaideler arasında da böyle kaideler mevcuttur. Bu sebepten dolayı mukayesemizde birinci adım, İslam hukuk kaidelerini ele alırken hadis rivayetlerine değinmek olacaktır. Rivayetler açıklandıktan sonra değerlendirilip, varsa cerh ve ta'dil ile ilgili olan unsurları tartışılacaktır. Akabinde İslam hukukunun ilk teliflerinde kaidenin nasıl ele alındığı gösterilecek, irtibatlı oldukları kaidelerle birlikte, bağlantılı olduğu hükümler ana hatlarıyla açıklanacaktır.

Kaidenin Roma hukukundaki benzerini ele alırken, öncelikle prensiplerde geçen lafızlar daha yakından tanımlanacaktır. Bu tanımlama, bazen ilk bakışta birbirine benziyormuş izlenimi uyandıran hukuk prensiplerinin, anlamlarının farklı olduklarını göstermek için yeterli bile sayılabilir. Akabinde, kuralın uygulama alanı gösterilecektir. Klasik Roma hukukunda nasıl uygulandığı kısaca zikredildikten sonra, özellikle İmparatorluk döneminde değişime uğrayıp uğramadığı araştırılacaktır. Kuralın *Digesta*'daki hangi konuyla ilgili ifade edilmiş olduğu, *Corpus Iuris Civilis*'teki açılımı ve İmparatoryal kanunnamelerinde konuyla ilgili yasal düzenlemeler ele alındıktan sonra, bir de Süryanî Roma Hukuk Kitabı'nda konuyla ilgili hükümlere yer verilecektir. Süryanî Roma Hukuk Kitabı'nda kurallar doğrudan zikredilmese de, Doğu-Roma'daki uygulamaları hakkında önemli ip uçları vermektedir. Muakyyese'de *Corpus Iuris Civilis* ve Süryanî Roma Hukuk Kitabı esas alınarak, bir taraftan *Corpus Iuris Civilis*'in Müslümanlar tarafından tercüme edildiğini savunan Benjamin Jokisch'in, diğer taraftan ise, Roma hukukunun doğrudan etkisini reddederek, İslam hukukunun kökenlerini deyaletlerdeki uygulamalarda gören Patricia Crone'un iddialarına katkı sağlanmış olacaktır. Böylelikle İslam hukukunun Roma hukukundan iktibas edildiğine dair teorilerin yetersiz kalan kısımlarına, ve tekil mukayese de yapılan ciddi hatalara da dikkat çekilmiş olacaktır.

Bununla birlikte araştırmalarımız esnasında, maxim kavramı ile ifade edilen bir takım latince kuralların, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin başında yer alan doksandokuz hukuk prensibi ile benzeştiğini tespit ettik. Mecelle'nin Batı dillerine yapılan bazı



tercümelerinde bu tür benzerliklere dikkat çekilerek, latince kaideler İslam hukuk kaidelerinin karşılığı olarak sunulmuştur. Fakat buradaki kaideler dikkatlice incelendiğinde latince kaidelerin büyük bir kısmının ancak resepsiyon süreci ile birlikte ortaya çıktıkları görülür. Çalışmanın son bölümünde, bu tür prensiplere örnekler verilerek, İslam hukukunun Avrupa hukukunun etkilemiş olma ihtimaline de dikkat çekilmiş olacaktır.

## **B. Kaynaklar**

Çalışmada Latince, Arapça, Almanca, İngilizce ve Fransızca başta olmak üzere farklı dillerdeki kaynaklara başvuruldu. Roma hukuk tarihi ile ilgili temel kaynaklardan metinde kendilerine doğrudan atıfta bulunulmasa da, Roma hukukuna giriş olması ve temel hususiyetlerini bildirmesi açısından istifade edildi. Bunların başında Roma hukuk biliminde **Theodor Mommsen, Eduard Sachau, Detlef Liebs, Ulrich Manthe, Franz Wieacker ve Paul Jörs** gibi otorite sayılan araştırmacılara ait literatür gelmektedir. XIX. yüzyılın en önemli Antikçağ tarihçilerinden olan Theodor Mommsen'in Roma tarihine dair eserleri giriş mahiyetinde en önemli kaynaklardan biri olarak bilinmektedir. Mommsen'in eserleri, daha ziyade tarih eksenli olup, doğrudan hukuku değil, Roma siyasî tarihini ele almaktadırlar. Bu sebepten dolayı, **Franz Wieacker, Wolfgang Kunkel, ve Max Kaser** gibi Alman Pandectçilerin Roma hukuku ile ilgili temel eserlerine başvurulmuştur. *Regula*'ları hukuk bilim ve metodolojisinin önemli unsurlarından biri olarak ele alan **Paul Jörs**'un eserleri, özellikle de Roma özel hukuka dair çalışması, hem *regula*'nın tarihsel gelişimini anlamak hem de tekil hükümleri mukayese edebilmek için önemli bir kaynak teşkil etmiştir. Roma hukuk tarihini uzman Pandect bilimcilerinden okurken karşılaştığımız bir problem, ıstilahî kavramları Türkçe'ye tercüme etmekteki zorluktur. Dolayısıyla Roma hukukuna dair spesifik konuları özetlemesi ve Türkçe karşılıklarını sunması açısından yardımcı bir eser olarak **Ziya Umur**'un Roma hukuku ders notlarından faydalanıldı. Roma hukukuna ait teknik kavram ve önemli şahsiyetler hakkında zaman zaman Antikçağ ile ilgili temel ansiklopedik eser olan **Pauly'nin Antikçağbilimi Ensiklopedisi**'ne ve alanda spesifik

makalelerin yer aldığı **Savigny Vakfı Roma Hukuk Tarihi Dergisi**'ne de başvuruldu. Savigny Vakfı Roma Hukuk Tarihi Dergisi, spesifik konular hakkında kuşatıcı ve derin araştırmalara yer verdiği için dolayısıyla, bazı ferî meselerin anlaşılmasında başvuru kaynaklarından biri olmuştur.

Doğu Roma'da Corpus Iuris Civilis sonrası gelişen hukuk tarihini genel bir şekilde özetleyen önemli bir eser Yunan kilise hukukçusu ve Antikçağ tarihçisi **Spyros Troianos**'un "*Bizans Hukukunun Kaynakları*" isimli çalışmasıdır. Aslı Yunanca olup, Almanca tercümesinden faydalanılan eser, **Karl Eduard Zachariae von Lingenthal** gibi otorite Bizanslılara ait eski literatüre göre (XIX. yy) daha genel ve derli toplu bilgiler sunmaktadır. Bu kaynağın içerisinde de zaman zaman kendisine değinilen *Bizans hukuku Roma hukukundan farklı mıydı* sorusu, çalışmamız için de önem arz etmekteydi. Nitekim Benjamin Jokisch ve Patricia Crone gibi son dönem Oryantalist çalışmalarda, Bizans topraklarındaki hukuk kaynaklarının değiştiğine dikkat çekilir. Dolayısıyla bu sorunun cevabı, iktibas teorilerini değerlendirmeye yönelik yaptığımız mukayesede ele alınacak olan kaynakları belirleyecek niteliktedir. Alanda otorite sayılan Bizans hukukçusu **Bernard Stolte**'nin bu soru ile ilgili değerlendirmeleri genel kabul gördüğünden dolayı, onun makale ve eserleri başlı başına incelendi. Stolte'nin vardığı sonuç Bizans hukukunun dili ve bazı ferî hükümleri dışında Roma hukukundan farklı bir hukuk anlayışının olmadığına yöneliktir.

Bizans hukukunun mahiyeti hususundaki araştırmamızda, Stolte'nin görüşlerinin aksine, Bizans hukukunun Roma hukukundan farklı olduğu, özellikle de Doğu eyaletlerde uygulanan hukukun Corpus Iuris hukukundan ayrılarak, burada yaşayan milletlerin yerel hukuk anlayışlarını barındırdığını iddia eden çalışmalara da rastladık. "Eyaletler hukuku" olarak adlandırılan bu teoriyi ilk kez ortaya koyan **Ludwig Mitteis** ve **Raphael Taubenschlag** gibi Antikçağ tarihçilerinin teorilerini inceledikten sonra bu iddia sahiplerinin dayandıkları temel kaynaklardan biri olan **Süryanî-Roma Hukuk Kitabı'nın Walter Selb ve Hubert Kaufhold'a ait son neşrini** temin ederek, muhakkiklerin bu eser hakkındaki değerlendirmelerini bir araya getirdik. Suriye-Roma kodu olarak bilinen el yazmaların, son tahkiki ile birlikte kod olmaktan ziyade ders notları oldukları tespit edildiğinden ötürü Suriye Roma kodu

yerine, çalışmamızda “Süryanî Roma Hukuk Kitabı”, kısaca *SRRB (Syrian Roman Law Book)* isimlendirmesi tercih edildi. M.S. V. Yüzyılda yani *Corpus İuris Civilis* öncesinde Beyrut yahut Antakya gibi önemli bir öğretim merkezinde oluşmuş Grekçe ders notlarından oluşan bu el yazmaları, VI.-VII. Yüzyıllarda Süryanîce’ye, IX. Yüzyılda ise Arapça’ya çevrilmiş ve Kilise hukuk derlemelerinde kendisine atıf yapılmıştır. **Detlef Liebs, Walter Selb ve Hubert Kaufhold** gibi önemli Pandektçi ve dil bilimcilerin kitap hakkındaki değerlendirmelerinin incelenmesiyle, Süryanî Roma Hukuk Kitabı’nın özü itibariyle Roma hukukundan farklı olmadığı ancak bazı ferî hükümlerin, özellikle de kullanılan dil ve üslubun yerel unsurları barındırdığı görüldü. Böylelikle, genel hukuk prensiplerini iktibas teorileri doğrultusunda mukayese ettiğimiz bu çalışmada, Süryanî Roma Hukuk Kitabı’ndaki hükümlerin de dikkate alınması gerektiği sonucuna varıldı.

Hukuk Prensiplerininin birebir mukayesesini yapmadan önce, daha bütüncül bir bakış açısına sahip olmak için, iki hukuktaki “genel hukuk prensibi” kavramı ve uygulaması detaylı bir şekilde incelendi. Hukuk kuralını her iki hukuk sisteminde spesifik olarak ele almış olan bir kaç eser, çalışmamızın bel kemiğini oluşturmaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, Roma hukukundaki *regula* kavramı hakkında yazılan pek fazla müstakil eser bulunmamaktadır. Roma hukukundaki *regula* kavramını spesifik bir şekilde ele alan **Peter Stein**’in “*Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*” isimli çalışması ve **Bruno Schmidlin**’in “*Die Römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie.*”, yani “*Roma Hukuk Kuralları: Bir Typoloji denemesi.*” isimli çalışması bu alanda yazılmış müstakil eserler olup, Roma hukuku kısmında esas alındı. Yukarıda zikrettiğimiz, **Peter Stein**’in eseri *regula* kavramının tarihsel seyrine ağırlık vermektedir. Eserde hukuk prensibi kavramının Batı’daki resepsiyon süreci hakkında da bilgi verilmektedir. Ayrıca *regula* kavramının oluşumunu sağlayan etkenleri ortaya koyması açısından önemli bir çalışmadır. Ancak, *Corpus İuris Civilis*’te bulunan *regula*’ların mahiyetini inceleyerek, *regula* kavramının İmparatorluk dönemine kadar geçirdiği evreleri ve ortaya çıkan türlerini ele alma konusunda eksik kalmıştır. Bu eksikliği Bruno Schmidlin’in “*Die römischen Rechtsregeln: Der Versuch einer*

*Typologie*” isimli çalışması gidermeye çalışır. Dolayısıyla, farklı türlerini ve bağlantılı olduğu diğer kavramları ele alarak, *regula*’nın mahiyeti hakkında detaylı bilgiler içeren bu eser çalışmamızda başlı başına incelenmiştir. Türkçe Roma hukuk literatüründe tek örnek olarak karşımıza çıkan **Havva Karagöz**’ün “*Hukuk kuralı (regula iuris) kavramı*” isimli değerli çalışması Stein ve Schmidlin’in çalışmalarıyla birlikte tüketilen kaynaklardan biridir. Bu çalışma, Stein’in eserinde bulunan verileri destekleyip farklı görüşleri de belirtmesi açısından önemlidir.

İsam hukuk alanında ise, mukayese erken döneme ihtisar edildiğinden dolayı, özellikle Hanefi mezhebi bağlamında kaide kavramını araştıran değerli bir eser kullanılmıştır: **Necmettin Kızılkaya**’nın “*Hanefi Mezhebi Bağlamında İslam Hukukundaki Küllî Kaideler*” isimli doktora tezi çalışması yine temel referans kaynaklarımızdan biridir. Bu çalışmaya ek ve tamamlayıcı olarak, kaidenin ilk dönem İslam hukukundaki tezahürlerinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacak **Hasan Hacak**’ın “*Fıkıh İlminin Ortaya Çıkışı ve Diğer İslâmî İlimlerle İlişkisi*” başlıklı tebliğinden faydalanılmıştır.

Oryantalistlerin İslam- Roma hukuku ilişkisine dair ortaya attıkları iddiaları bir araya getiren bir takım eserlerden istifade edildi. **Ulrike Mitter**’in “*Das frühislamische Patronat. Eine Studie zu den Anfängen des islamischen Rechts*” adlı eserinin ilk bölümleri temel referans kaynaklarımızdan biri olmuştur. İktibas iddia edilen konuları en derli toplu şekilde, konu başlıkları altında bir araya getiren çalışma, Oryantalist iddiaların bir kısmına eleştiriler sunması açısından da önemlidir. Ulrike Mitter’in çalışması, Roma hukukundan iktibas edildiği iddia edilen tüm konuları ayrı başlıklar şeklinde zikretmiş, kısmen de bu iddialara olan itirazları da bir araya toplamıştır. Bu değerli çalışmaya ek olarak, **Patricia Crone**’nin “*Roman, Provincial and Islamic Law. The Origins of the Islamic Patronate*” isimli eserinin giriş kısmı çalışmamız açısından önemlidir. Mitter’in eserinde eksik kalan Geç Antikçağ hukuku araştırmaları Patricia Crone tarafından dile getirilmiş ve alandaki önemli araştırmacılara dikkat çekilmiştir. Bu iki eserin yanı sıra, araştırmacıların kendi eserlerine imkanlar doğrultusunda doğrudan başvuruldu ve mevcut antitez ve reddiyelere de yer vermeye çalışıldı. Oryantalist çalışmalar içerisinde genel hukuk prensipleri üzerinden iktibası savunan tezlerden biri olarak **Benjamin Jokisch**’in “*Islamic Imperial Law. Harun al-Rashid’s*



*codification project.*“ başlıklı eseri incelendi ve burada iktibas bağlamında zikredilen kurallar, Oryantalistlerin zikrettikleri diğer kurallarla bir araya getirildi.

İktibas teorilerinde öne sürülen prensiplerin arasında kanaatimizce gerçekten de benzerlik görülen dört prensibin orijinal kaynaklarda ne zaman ve hangi bağlamda ifade edildiği tespit edilmeye çalışıldı. Bu bağlamda Corpus Iuris Civilis’in orijinal latince metnine başvurularak, ilgili *regula*’nın nasıl ve hangi bağlamda geçtiği tespit edilmeye çalışıldı. Ayrıca İustinianus sonrası Doğu Roma hukuk kaynaklarından olan bir takım İmparator kanunnameleri de incelendi. Yukarıda da zikrettiğimiz, Doğu Roma eyaletler hukukuna örnek teşkil eden Süryanî Roma Hukuk Kitabı’nın tahkikli Almanca tercümesinden, *regula*’ların kapsamına giren hükümlerin değişiklik gösterip göstermediği üzerinde duruldu. Süryanî Roma Hukuk Kitabı’nın kaidelere yönelik taranması çoğu zaman sonuçsuz kaldı. Ancak kuralların ilgili olduğu meseleler Süryanî Roma Hukuk Kitabı’nda nasıl geçtiğini de tetkik etmek amaçlı örnekleri zikredildi. Kaidelerle doğrudan irtibatlı ibareler geçmese de, Süryanî Roma Hukuk Kitabı’yla yapılan mukayese İslam hukukunun ilk dönemindeki ihtilaflarda hukukçuların bazı görüşlerinin Süryanî Roma Hukuk Kitabı’ndaki görüşlerle örtüşmesi açısından değerli olduğu görüldü. Roma hukuk kuralları hakkında şerh mahiyetinde yazılmış derli toplu, müstakil eserlere ulaşılamadığından, Roma hukuk bilimcilerinin farklı çalışmalarına başvurularak kuralların kapsam ve uygulaması aktarılmaya çalışıldı.

İslam hukuk prensipleri incelenirken, öncelikle hangi dönemde ortaya çıktıkları tespit edilmeye çalışıldı. Bu bağlamda tercih edilen kaynaklar, Hicrî V. Yüzyıla kadar telif edilen eserlerdir. Kaidelerin öncelikle ilk İslam hukuk eseri olarak karşımıza çıkan **İmam Muhammed eş-Şeybanî**’nin *el-Asl*’ında geçip geçmediği araştırıldı. Akabinde, kaidelerle ilgili, erken döneme ait ihtilaflar mevcut ise bunlara değinildi. Bu bağlamda öne çıkan kaynaklar, öncelikle **İmam Malik’in Muvatta**’sı başta olmak üzere hadis külliyatları ile birlikte, **İmam Muhammed eş-Şeybanî**’nin “*el-Asl*”ı, **Ebû Yusuf**’un “*İhtilaf-ı Ebu Hanife ve İbn Ebî Leyla*”sı, **Kerhî**’nin “*er-Risale*”si ve **Şafii**’nin “*er-Risale*”si gibi ilk dönem temel kaynaklardır. Kerhî’nin “*er-Risale*”si kaide literatüründe ilk telif edilen eser olması açısından önemlidir. Nitekim, Benjamin Jokisch’in de benzerlik kurduğu prensiplerin büyük kısmı Kerhî’nin bu eserine dayanmaktadır. **Alî**

**Burnû**'nun "*Mevsûatu'l Kavâidu'l Fıkhiyye*" ansiklopedik eseri H. V-VI. yüzyıla ait kaynaklarda bulunamayan kaidelerin, hangi dönemde ortaya çıktıklarını ve ilk kez kimler tarafından ifade edildiklerini tespit etme amaçlı tarandı. Ali Burnû'nun bu çalışması, kaidelerin farklı ifade ediliş şekillerini bir araya getirmesi ve irtibatlı olduğu diğer kaidelerle birlikte, uygulandığı alanı açıklaması açısından başvurulan temel kaynaklar arasında yer almaktadır.

Latince hukuk prensiplerinin bir kısmının Mecelle'de geçen kaideler ile benzeştiğini ve bazı çalışmalarda bunlara atıf yapıldıklarını yukarıda zikretmiştik. Mecelle'nin İngilizce'ye tercümesi olan "*The Mejelle-Being an English Translation of Majallah al Ahkam-ı Adliyya*" bu çalışmalardan birisidir (**C.R. Tyser, D.G. Demetriades, I.H. Effendi**). Mecelle kaidelerinin altına latince karşılıklarını sunan bir diğer çalışma da, **Cengiz İlhan**'ın "*Mecelle Hukukun Doksandokuz İlkesi*" adlı çalışmasıdır. Zikrettiğimiz bu iki çalışma da geçen hukuk prensiplerinin arasında tarihsel bir irtibatın olup olmadığı araştırıldı. Bu bağlamda İslam hukuk kaidelerine benzeyen bir çok Latince hukuk prensibinin Glossatörler dönemi sonrasında ortaya çıktığı tespit edildi. *Maxim* olarak adlandırılan bu prensiplerin İslam hukukundaki kaidelerden daha geç bir dönemde ortaya çıktıkları göz önünde bulundurulduğunda, İslam hukukunun Avrupa hukukunu etkilemiş olabileceği ihtimaline de böylelikle işaret edilmiş oldu.

## BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK ROMA VE DOĞU-ROMA HUKUKU

Roma hukuk tarihi başlıca beş döneme ayrılmaktadır. Kaynaklarda Eski Hukuk dönemi (M.Ö. 753-150), Klasik öncesi Hukuk Dönemi (M.Ö. 150-27), Klasik Hukuk Dönemi (M.Ö. 27-M.S. 250), Postklasik Dönem (M.S. 250-527), İustinianus Dönemi (M.Ö. 527-565) Roma hukukunun farklı safhaları olarak karşımıza çıkar. Görüldüğü üzere, Roma hukuk dönemlendirmeleri Bizans'ın İustinianus'un reformlarından sonraki hukuk tarihini kapsamaz. İustinianus'un hukuk reformları neticesinde ortaya çıkan Roma hukuk külliyatı, *Corpus Iuris Civilis (CIC)*, her ne kadar en önemli ve etkin icraat olsa da, Bizans'ın ve bununla birlikte Doğu eyaletlerinin hukuk tarihi CIC'ten sonra da önemli özgün nitelikler kazanmış ve Roma hukuk mirasını yaşatmıştır. Bizans hukuk tarihinin dönemlendirmelere yansımamasın başlıca iki nedeni vardır. Bunlardan birincisi Romanist bilimin Bizans hukuku olarak da adlandırılan Doğu Roma hukukunu bağımsız bir gelişmeye tabi olarak görmesidir. İkinci ve belki de daha etkili neden ise Roma hukukunun Resepsiyon süreci olarak adlandırdığımız İustinianus sonrası dönemlerde Kara Avrupa coğrafyasında etkili olup, özellikle Ortaçağ'da tekrar keşfedildikten sonra Batı hukukuna kaynaklık etmiş olmasıdır. Roma hukuku bir Antik Çağ hukuk sistemi olmasına rağmen, müesseseleri, sistemi ve kavramlarıyla Avrupa hukukunu biçimlendirmiş ve geliştirmiştir. Bizans hukukuna gelince, Hıristiyanlık ve Helenizm'in etkisiyle Doğu Roma eyaletlerinin hukuku olarak varlığını sürdürmüş ve

kısmen Hıristiyan hukukuna evrilmiştir. Böylelikle Bizans hukuku ayrı bir hukuk sistemi olarak ele alınmış ve Roma hukuku dönemlendirmelerine yansımamıştır.<sup>2</sup>

Roma hukukunun en önemli kaynağı İmparator İustinianus'un derletip yürürlüğe soktuğu Corpus Iuris Civilis adlı hukuk külliyatıdır. Bu eser, aynı zamanda tabiri caizse Klasik Roma hukukunun sonunu, Doğu Roma hukukunun da başlangıç evresini teşkil etmektedir. İustinianus'un kanun metninde Roma hukuk kurallarına, yani *regula*'lara “*De Diversis Regulis İuris Antiquis*” başlığı altında özel bir bölüm ayrılmıştır. İustinianus'un bu mühim eserini ve içindeki adı geçen bölümü tanıtmadan evvel Roma'nın İustinianus dönemine kadarki hukuk tarihini, kaynaklarını, hukukçularını yani *regula*'nın oluşumunu sağlayan şartlar kısaca açıklanacaktır. Oryantalistlerin iktibas iddialarını daha iyi anlayabilmek içinse, ikinci alt başlıkta Doğu Roma hukuk tarihi, kaynakları ve değişen hususiyetleri ele alınacaktır.

## A. Roma Hukuku

### 1. Roma Hukukunun Dönemleri

Roma hukuku asıl itibarıyla Antik Çağ'a ait bir hukuk sistemidir. M.Ö. 751 yılında İber yarımadasında kurulan bu küçük şehir devleti en erken dönemlerinde arkaik bir hukuk anlayışına sahip idi. Rahipler aynı zamanda hukukçuydular; başlarında *rex sacrorum* denilen baş rahip vardı.<sup>3</sup> Davalar *pontifices*<sup>4</sup> olarak adlandırılan ve sadece asilzadelerden oluşan rahiplerin önünde görülmekteydi. Böylelikle hukuk asilzadelerin

---

<sup>2</sup> Konuyla ilgili bk. Bernard H. Stolte, *The Law of New Rome: Byzantine Law*, David Johnston (ed.), **Cambridge Companion to Roman Law**, içinde; New York: Cambridge University Press, 2015, s.355-371.

<sup>3</sup> Theodor Mommsen, **Römische Geschichte**, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1869, c.I,147-162,

<sup>4</sup> Pontifex = Köprü kuranlar.

elindeydi ve kutsal olduğu için sorgulanamazdı.<sup>5</sup> 12 Levha kanunu İustinianus dönemine kadar Roma hukukunda yapılan ilk ve tek kodifikasyondur.<sup>6</sup> Erken Roma hukukuna dair yazılı kaynak teşkil eden bu kanunlara bakıldığında henüz hukuk prensiplerinin görülmediği söylenilebilir.<sup>7</sup>

**Pontifex**'lerin kararları şahıslara değil Pontifex'lik müessesesine isnat ediliyordu. Bu yüzden kararları anonimdi ve meşruiyetlerini müesseseden almaktaydı. Ancak M.Ö. II. yüzyılda Pontifex makamının vatandaşlık hukukuna olan nüfuzu kırılmaya başlamıştı. Bu sebeplerden dolayı Pontifex'lik makamından olmayan ve hukuk öğretimi almış şahıslar ortaya çıktılar ve hukuki görüşleri kendi şahsî otoritelerine dayanarak vermeye başladılar. Kendilerine yöneltilen soruları *responsae* (bir tür içtihat ve fetva denilebilir) şeklinde cevaplıyor, böylelikle meselelerde farklı görüşler oluşuyordu. Bu hukukçuların *ius civile*'ye yani vatandaşlık hukukuna kattıkları unsur, belli davalara verdikleri görüşlerdi. Böylelikle Roma hukuku, tıpkı İslam hukukunda olduğu gibi, özü itibarıyla hukukçuların bireysel içtihatlarına dayanmaktaydı. Bu hukukçular aynı zamanda ilk laik hukukçular olarak nitelenirler. Kendilerine sonraki eserlerde "*Veteres*"<sup>8</sup> adıyla çokça atıf yapılmakla birlikte, görüşlerini bildiren müstakil metinleri (eserleri gibi) hakkında doğrudan bilgi mevcut değildir. Sonraki hukuk kitaplarında ve de özellikle Corpus Iuris Civilis'te bu hukukçuların görüşlerine çok fazla değer verilmekte, görüşleri adeta *ius*'u temsil etmektedir.<sup>9</sup> *Veteres*'e ait görüşlerin bazıları bu dönemde özet ve özlü söz usulünde

---

<sup>5</sup> A. Arthur Schiller, **Roman Law: Mechanisms of Development**, New York: Walter de Gruyter, 1978, s.160.

<sup>6</sup> Jackson J. Spielvogel, **Western Civilization: A Brief History**, 7.baskı, Wadsworth: Cengage Learning, 2010, s.98.

<sup>7</sup> Değindiği hukukî alanlar, mülkiyet, zilyetlik, irade, vekalet ve suçlardı. Ayrıca 12 Levha kanunları kutsal önem taşıyan ve özellikle erken Roma hukuk döneminde şekilcilığe yol açmış olan hukukî prosedürlere dair de bilgiler verir. (bk. Schiller, s.142-153.)

<sup>8</sup> "Yaşlılar", "Eskiler" olarak tercüme edilebilir.

<sup>9</sup> M.Ö. 2. yüzyılda temayüz etmiş ve görüşlerini çeşitli eserleri aracılığıyla bildiğimiz hukukçular başlıca P. Mucius Scaevola (v. M.Ö.115) ve M. Junius Brutus (v. MÖ. 140) ve M. Manilius (v. M.Ö. 149)'dır. Tarihçi Pomponius onları *qui fundaverunt ius civile* (vatandaşlık hukukunu keşfedip geliştirenler) olarak

aktarılmış, daha sonraki dönemlerdeki hukukçular tarafından adeta hukuk prensipleri olarak kullanılmıştır. Bu dönemde henüz *regula* olarak adlandırılmamış olan bu prensipler, Klasik Roma (M.Ö. 27-M.S. 250) hukuk dönemi ile birlikte *regula iuris* olarak adlandırılmışlardır. Daha sonraları kaynaklarda *regula iuris* olarak isimlendirilecek olan bu özlü sözlere henüz “görüş” anlamında “*sententia*” denilmekteydi. Pontifexlik makamının dini otoritesine dayanan *regulae iuris*, sonraki hukukçuları tarafından kesin bir kabul ile ele alındığını göreceğiz.<sup>10</sup>

*Veteres*'e dayanan görüşler genelde normatif karakterli olarak anlaşılmıştır. Sonraki hukukçular veteres'e ait görüşleri lağv etmeye çalışmamışlar, aksine veteres'in görüşlerine aykırı görüş bildirmek istediklerinde, uzun mülâhazalar ve istisnâlar üreterek ancak görüşün dışına çıkmaya çalışmışlardır. Bu anlayışın altında Roma hukukunun Krallık döneminde ve Cumhuriyet döneminin başlangıcındaki yapısı yatmaktadır. Kutsal, yani dinî bir hüviyete<sup>11</sup> sahip olan Roma hukuku, katı şekilci kurallar barındırmaktaydı. Şöyle ki hukukî işlemde yanlış söylenen kelime, eksik kalan bir hareket tüm hukukî işlemi iptal edebilmekteydi.<sup>12</sup> İslam hukukçuları Roma hukuku İslam hukuku mukayeselerinde iki hukuk sistemi arasındaki mühim farklılıkları ortaya koyarken, Roma hukukunun şekilci unsurlarına dikkat çekerek İslam hukukundan bu açıdan çok farklı olduğunu ifade etmişlerdir.<sup>13</sup> Ancak yukarıda ifade

---

aktarır. Birçoğunun “*de iure civili*” isimli çalışmaları mevcuttur. (Peter Stein, **Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims**, Edinburgh University Press, 1966, s.26.)

<sup>10</sup> Bk. Çalışmanın “Regula Kavramı” başlığı.

<sup>11</sup> Daha fazla bilgi için bk. Janos Zlinsky, *Schriftlichkeit und Mündlichkeit im römischen Recht*, Gregor Vogt Spira, **Beiträge zur mündlichen Kultur der Römer**, içinde; *Script Oralia: Altertumswissenschaftliche Reihe*, Günter Narr Verlag, 1993, s.32.

<sup>12</sup> Buna örnek olarak mülkiyetin devri için kullanılan *Mancipatio* işlemi verilebilir. *Mancipatio* işleminin şekilciliği, Roma'nın ticari ve günlük hayatında mülkiyetin devren kazanılması işlemlerine tabi olması beklenen malların kapsamının zaman içinde değişmesi, *res mancipi-res nec mancipi* (mancipatioya konu olan ve olmayan mallar) mal ayırımının ortadan kalkması, yabancılarla olan ticari ilişkilerin artması; Roma mülkiyetinin devrinde daha sonra tarihsel sırayla *in iure cessio* ve daha sonrasında *traditio*'nun ortaya çıkmasına yol açmıştır. *Traditio* işlemi İustinianus dönemine aittir, *mancipatio* ve *in iure cessio* muameleleri bu dönemde artık uygulamadan kalkmış bulunmaktadır.

<sup>13</sup> Yusuf Ziyâ Kavakçı, “İslâm Hukuku ve Roma Hukuku”, *İslâm Medeniyeti*, 1969, cilt: II, sayı: 17, s. 15-19.

ettiğimiz gibi, bu tarz katı şekilcilik Roma Hukuku açısından erken döneme ait olup, M.S. V. yüzyıla kadar bu şekilci unsurlar git gide arka plana atılmış, bazı istisnalar hariç uygulamadan kalkmıştır.<sup>14</sup>

Klasik hukuk dönemi Roma hukukunun altın çağıdır. *Regula* kavramının da kullanılmaya başlandığı bu dönem, hukukun en fazla mesafe kat ettiği, görüş ve eserlerin Corpus Iuris Civilis'e en fazla yansıdığı dönemdir. Şüphesiz bunun sebebi Cumhuriyet dönemindeki sosyo-ekonomik şartlar, devlet yapısı, hukukun pratikteki işleyiş tarzı ve dış etkenlerdir.

Klasik hukuk döneminde *Praetoryal edict* hukukun dinamik ve canlı kalmasını sağlayan önemli bir unsurdur. Her sene seçilen *praetor*lar, devlette en üst makamı teşkil etmekteydiler. *Praetor*un en önemli görevi yargıçlıktı. Romalı dava hakkı olmadığı sürece herhangi bir hukukî ihlalden bahsedemezdi, nitekim hak kavramı dava hakkına bağlı bir şekilde ele alınmaktaydı. *Praetor*ların yıllık olarak yayımladıkları kararnâmeler, hangi dava haklarının hangi usullere göre tanındığını bildirmekteydi. *Praetoryal edict* olarak adlandırılan bu kararnâmeler, hukukun duraksamasını engellemesi ve pratik hukukun gelişmesi açısından önemlidir.<sup>15</sup> *Praetoryal edict*'in her yıl değişen bir yapı arz etmesi, hukukun kazüistik yapı kazanmasını da tetiklemiştir.

Cumhuriyet döneminde, Romalılık ve Roma ahlakı üzere kurulu olan hukuk düşüncesi Roma'ya akın eden yabancılarla olan hukukî ilişkileri düzenlemekte yetersiz kalıyordu. Roma vatandaşlarının hukukî anlaşmazlıklarıyla ilgilenen *Praetor*un yanı sıra bir de Romalılar ve yabancılar arasındaki anlaşmazlıkları karara bağlamak üzere *Praetor peregrinus* müessesesi ihdas edildi. *Praetor peregrinus*'un uyguladığı hukuk *ius civile* değil *ius gentium* idi. Halkların hukuku anlamını taşıyan *ius gentium* terimi,

---

<sup>14</sup> W. W. Buckland, Peter Stein, **A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, 2007, s.74.

İktibas teorilerini reddetmek için, krallık dönemine ait şekilci uygulamaların İslam hukukunda olmayan bir şekilcilik teşkil ettiğini ifade etmek, argüman olarak yeterli değildir. Zira her ne kadar Corpus Iuris Civilis'de *mancipatio* ve *in iure cessio* hakkında bilgi ve hükümlere rastlanılmaktaysa, İslam'ın doğduğu dönemlerde bu şekilci muameleler çoktan kalkmıştır.

<sup>15</sup> Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma medeni usul hukukunda Formula Yargılaması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt : 7, Sayı : 1, 2005, s.167-169.

ağırlıklı olarak Romalı ve Romalı olmayan (*peregrinus*) arasındaki malî sözleşmeler ve ticarî işlemlerle ilgili hukuku düzenlemekteydi.<sup>16</sup> Cumhuriyet dönemine gelindiğinde, eski hukuka dair şekli unsurların git gide kaybolduğu, Grek düşüncesinin de etkisiyle kavram ve tanımların geliştirildiği görülmektedir.

Klasik hukuk döneminde hukuk düşüncesinin tam olarak teşekkülüne şahit olmaktadır. Örneğin Rehin, vedia, ariyet, iş, sipariş gibi akit türleri ortaya çıkmış, Aile hukukunda *manus* evliliğin yanında *manus* olmaksızın evlilik de kabul edilmiş, evliliğin sona ermesinde çeyizin iade koşulları belirlenmiş, boşanma serbestisi istisnasız olarak kabul edilmiş<sup>17</sup>, miras ve vesayete dair hükümler daha rafine hale gelmiş, vekalet ve kefaletin sınırları ve hükümleri belirlenmiş, reşit olmayan çocuklarının mal varlıklarını korumaya yönelik hükümler ihdas edilmiştir. Roma kültürü artan göçler sayesinde en yüksek seviyesine ulaşmış, edebiyat, sanat, siyaset teorisi, felsefe ve nihayet hukuk ilminde büyük mesafeler katedilmişti.

Fakat eyaletlerden gelen zenginlikler, çok sayıda köleler ve artan göçle birlikte önemli ticaret merkezlerinin oluşması, aynı zamanda aşırı zenginler ve gündelikçi gibi zümrelerin oluşmasını, toplumsal uçurumun artmasını tetiklemekteydi. Böylelikle M.Ö. I. yüzyılın sonlarına doğru bazı siyasal, ekonomik ve toplumsal nedenlerden dolayı Roma Halkı, **Caesar**'ın evlatlığı olan **Octavianus**'un siyasî girişimini kabullenmiş ve Roma böylelikle daha sonra **Augustus** olarak tarihe geçen Octavianus'un mutlak liderliğini kabul etmişti. Augustus kendisini *Princeps*, yani “baş, lider, öncü” olarak tanımlasa da, onun siyasî iktidar anlayışı, getirdiği katı reformlar ve resmî olarak varlığını sürdüren ancak gücünü kaybetmiş olan senatoya karşı güçlü duruşu, İmparator kavramını çağrıştırmaktaydı. Yargı yetkisine de sahip olarak hem ceza davalarını hem de özel hukuk davalarını dilerse doğrudan doğruya kendisi, dilerse atayacağı hukukçular aracılığıyla yürütmekteydi. Önceleri kanun koyma yetkisine sahip olmayan *princeps*in

---

<sup>16</sup> P. Alex Gens, **Dissertation sur la philosophie du droit romain**, Louvan: Vanlinthout et Vandenzande, 1832 s.31-33.

<sup>17</sup> Özlem Söğütü Erişgin, “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 4 Sayı:2 Yıl 2013. s.13,



*magistra* olarak çıkardığı beyannameler, verdiği karar ve talimatlar zamanla kanun gücü kazanmıştır.

Roma İmparatorluğunun halâ kısmen Cumhuriyetçi karaktere sahip olmasına dayanarak adlandırılan *Principatus* dönemini, (mutlak) monarşi olarak kabul edilen sonraki dönemlerdeki *Dominatus* dönemi takip etmiştir. Bu dönemde Roma İmparatorluğu bir çok problem ile karşı karşıyaydı. Artan nüfus, iç karışıklıklar, ordu komutanlarının darbe teşebbüsleri, Hıristiyanlığın yayılmasıyla birlikte sosyal dokunun değişmesi bunlardan bazılarıdır. Bu dönemde yaşanan bir diğer problem de, uzak eyaletlerdeki insanların Roma hukukunu kabul edip uygulamada çektikleri zorluktan dolayı, Roma hukukunun yanı sıra yerel hukuklarına başvurmalarıydı<sup>18</sup>. *Dominatus* döneminde hukuk düşüncesi gelişmemiş, duraksama ve hatta zaman zaman gerileme yaşamıştır. Nihayet Roma'yı bir bütün olarak bir arada tutmak mümkün olmadığından, M.S. 476 yılında Doğu-Batı ayırımına gidilmiş ve *Doğu Roma İmparatorluğu* kurulmuştur.

## 2. Roma Hukukunun Kaynakları

Roma Hukukunun kaynakları temelde ikiye ayırmak mümkündür. Bunlar başlıca, *ius civile* ve *ius gentium*'dur. Çalışmamızda Doğu Roma hukukunu da ele aldığımızdan dolayı, *İmparatorluk dönemi kaynaklarını* da üçüncü bir kaynak olarak ele almayı tercih ettik.

### i. *Ius civile*:

Roma hukukunun ilk kaynağı *ius civile*'dir. *Ius civile*, sadece Romalılara yönelik bir hukuk anlayışını ifade etmekteydi. Bir yabancı *ius civile*'ye ait hiç bir hukukî işlemi yapamaz, doğal olarak *ius civile*'nin tanıdığı bir hakkı da dava edemezdi.

### ii. *Ius gentium*:

---

<sup>18</sup> Bu husus Doğu Roma hukuku başlıklı bölümde daha detaylı olarak ele alınacaktır.

Roma hukukunun klasik hukuk döneminde ortaya çıkan ikinci kaynağı *ius gentium*'dur. *Ius gentium*, Cumhuriyet döneminde yabancı nüfusun artmasıyla birlikte göreve getirilen Praetor peregrinus'un her yıl yayımladığı yabancılara yönelik dava haklarına verilen isimdir. Bu yeni hukuk kaynağı, Romalı ahlakına sahip olmayan ancak yine de kendisine karşı insan olması hasebiyle *bona fides*, yani güven ve iyi niyet, duyulabilecek yabancılara öngörülen hukuku ifade etmekteydi. *Ius gentium*'un içerisine sadece yabancılar değil aynı zamanda kölelere dair hükümler de girmektedir. *Ius gentium ius civile*'yi de etkilemiştir. *Ius Civile*'de şekle bağlı olan irade beyanlarıyla kurulan akit türleri mevcuttu. *Ius gentium*'da ise belli şekil şartlarına, lafızların kullanımına dayalı olmayan yeni akit türleri oluşmuştu. Bu akit türlerinin *ius civile*'yi etkiledikleri görülmektedir.<sup>19</sup>

Romalıların örf ve adete olan bağlılıkları farklı dönemlere ait hukuk birikimlerinin katmanlar şeklinde üst üste yığılmasına neden olmuştur. İstianus öncesi hukukta kadim zamanlardan gelen hiçbir yasanın ((örneğin *Lex Aquilia*, *Lex Laetoria* gibi) lağv edildiği hakkında bir bilgiye rastlanılmaz. Aynı şekilde Romalıların İstianus dönemine kadar bütün yasaları bir araya getiren ve felsefi bir takım temel prensip üzerine bina edilmiş kanun koyucu bir esere rastlanılmaz. Aksine, Klasik Roma hukukunun en temel özelliklerinden biri kazuistik olmasıdır. Hukuk sadece tek bir meseleyi ele alır ve buna çözüm üretir.<sup>20</sup> Hüküm verme daha önce vuku bulmuş ve hukukî bir çözüme kavuşturulmuş hadiselerle kıyas şeklinde, yani emsal karar yöntemi ile cereyan etmektedir.

---

<sup>19</sup>Meryem Günay, **Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007, s.8.

<sup>20</sup> Yusuf Ziya Kavakçı, "İslam ve Roma hukuku" adlı yazısında Roma hukukunun İslam hukukundan daha az kazuist bir sistem olduğunu ifade eder. Ancak Roma hukuk tarihine bakıldığında, Roma hukukunun özellikle CIC'nin derlenilmesine kadar ki döneme kadar kazuist olduğu açıkça görülmektedir. (bk. Yusuf Ziya Kavakçı, "İslam ve Roma hukuku", **İslam Medeniyet Dergisi**, sayı 15 Ocak 1969, s.18.

Klasik Dönem Hukuk kaynaklarına baktığımızda ilk katmanları görmekteyiz: 12 Levha Kanunu'nun yanı sıra, *senatusconsultum* yasaları<sup>21</sup>, her yıl yenilenen *Praetoryal edict*'ler ve bağımsız hukukçuların önlerine getirilen davalara ücretsiz olarak verdikleri *responsa*'lar<sup>22</sup>. Özellikle M.Ö. II. yüzyıldan sonra *responsa prudentium*'un (hukukî bilir kişi raporu) hukukun gelişmesi ve anlaşılması hususunda oldukça etkili olduğu görülür.<sup>23</sup>

- *İus gentium ile bağlantılı İus naturale prensibi* :

Hukukun Klasik dönemde (M.Ö. 27-M.S. 250) mesafe kat etmesindeki temel etkenler, hukukçuların bireysel içihatlarının yanı sıra bir de Grek felsefesi ve Retoriğin Roma hukukunu etkilemesidir. Bu etkileşimin bir ürünü olarak klasik hukuk döneminde bir de *ius naturale* (doğal/tabî hukuk) kavramı gelişmişti. *İus naturale*, *ius civile* ve *ius gentium* gibi bir hukuk kaynağı değildi, ancak bazı hükümleri temellendirmede kullanılan bir prensip idi. *İus naturale* Roma'nın Grek kültüründen etkilendiği dönemde **Stoa** felsefesini benimseyen *Lucius Annaeus Seneca* (M.S. 4-65), *Epictetos* (M.S. 50-138), ve *İmparator Marcus Aurelius Antoninus* (M.S. 121-180) gibi düşünürler tarafından sıkça dile getirildi.<sup>24</sup>

*İus naturale*'nin oluşumunu sağladığı hukuk kaynağı ise, daha önce de bahsettiğimiz *ius gentium*'dur. Doğal hukuk tabiri, diğer halklara da hitap etmesi gereken bir hukukun oluşumunu desteklemiş, bu yeni açılımla birlikte *bona fide* (*hüsnüniyet*) *aequitas* (*hakkaniyet*), *bonum* (*mutlak iyi*) gibi hukuk felsefesinin öncüleri olarak da niteleyebileceğimiz kavramların gelişmesini sağlamıştır.

---

<sup>21</sup> Yasama, magistraların Senatoya kanun tekliflerini sunması, senatonun danıştıktan sonra kararını halk meclislerine iletmesi, son olarak da halk meclislerinin onayından geçmesi şeklinde cereyan ediyordu. Klasik dönemine ait önemli yasaların başında Lex Aquilia (M.Ö. 286) ve Lex Laetoria (M.Ö. 200) gelir.

<sup>22</sup> *Responsa*: "cevap" anlamını içerir. Hukukî bir terim olarak, bağımsız, gönüllü hukukçuların kendilerine danışıldığı davalara getirdikleri cevaplar anlamına gelir.

<sup>23</sup> Gökçe Türkoğlu Özdemir, s.174-175.

<sup>24</sup> Daha fazla bilgi için bk. Benjamin Straumann, **Roman Law in the State of Nature**, Cambridge University Press, 2015.

Roma hukukunun felsefeden en fazla etkilendiği akım Stoacı felsefedir. Stoa'nın varlık ve ahlak anlayışı, Doğal hukuk düşüncesini ortaya çıkardı. Nasıl ki evreni oluşturan bir madde (ruh) ve bir tanrısal akıl var ise, insan da doğaya uygun bir yaşam sürdürerek bu tanrısal aklın bir parçası olabilir. Grekçede bireysel yaşam tarzı ve ahlak öğretisi vurgusu olan bu öğretiyi Roma'lı düşünürler görev ve karakter oluşumu vurgusuna dönüştürmüşlerdir. Roma'lı Stoacılara göre insan kendisini terbiye ederek, tabiata uygun bir karakter oluşturmalıdır. Ancak bu çaba bireysel bir faaliyet olarak kalmamalı, tüm insanlığa hizmet etmelidir. Böylelikle Roma'da Stoacı felsefe devlet ideolojisinin bir parçası olmuş, ve hukuk alanına da özellikle *ius naturale* kavramıyla girmiştir.<sup>25</sup> Roma hukukunu Stoa felsefesinin öğretileriyle bir araya getiren **Cicero**<sup>26</sup>, ya göre, insan parçası olduğu tanrısal (ortak) aklın emrettiklerini bulabilecek niteliktedir. Hukuk, yasa koymaz, yasayı keşfeder. Ancak bazen yasaların doğal olmayan şeyleri emrettikleri görülmektedir (kölelik gibi). Cicero, bu duruma, aslında eskiden beri var olan yasaların (geleneğin), doğal hukuk tarafında doğrulanmış olduklarını savunarak çözüm getirmeye çalışır. Böylelikle *ius naturale*, hem yeni hukukun keşfini sağlar hem de eski hukukun meşruiyetini temellendirir.

Stoacılık düşüncesi ve onun bir türevi olan *ius naturale*, pozitif hukuk alanında özellikle kamu hukukunu etkilemiştir. Ayrıca ihraz, aslen iktisap, malların karşılması gibi, eşyanın tabiatına bağlantılı olan özel hukukla ilgili hükümlerde hukukçular tarafından bir argüman olarak kullanılmıştır. *Iurisprudentia*<sup>27</sup> alanında ise özellikle bazı üst kavramların oluşumunu sağlamıştır. Nitekim hukukta kavram, tanım ve üst prensip ihtiyacı da bu dönemde hissedilmeye başlamıştır. Hukukçuların daha M.Ö. II. Yüzyıldan itibaren öğretimlerinde diyalektik usulü benimsemeleri hukukta tasnif,

---

<sup>25</sup> Havva Karagöz, **Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.45.

<sup>26</sup> Marcus Tullius Cicero (M.Ö. 106-43), Antik Roma'nın en meşhur siyasilerinden biridir. Aynı zamanda avukat olan Cicero, edebiyat felsefe ve konuşma sanatı ile ilgili eserleri ile meşhurdur. (bk. Anadolu Uygarlıkları Ansiklopedisi, 2. Cilt, Görsel Yayınlar, University of Michigan, 1982, s.358.)

<sup>27</sup> *Iurisprudentia est divinarum atque humarnarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (Dig.1.1.10.2), "Hukuk bilimi ilahi ve beşeri şeylerin bilgisi, haklılık (adalet) ve haksızlığın ilmidir."

ayırım, kavram geliştirmeyi tetiklemiştir.<sup>28</sup> Böylelikle, Stoa felsefesinin Doğal hukuk anlayışı ve Aristo diyalektiğinin unsurları birleşerek, birinci aşamada tanım, tasnif, kavram ve kural geliştirmeyi tetiklemiş, ikinci aşamada ise özellikle hukuk kuralı anlayışının kavramsal olarak yer edinmesini sağlamıştır.<sup>29</sup>

*Regula* kavramının Grek diyalektiğine bağlı olarak Latinceye tercümesi yine klasik dönemde Cicero eliyle olmuş, hukukî bağlamda kullanıma girmesi ise bunun hemen sonrasında hukukçu **Labeo** eliyle gerçektemiştir. Böylelikle Roma’da farklı terimlerle ifade edilegelmiş olan hukuk kurallarının, Grek diyalektiği ve Stoacı felsefeye bağlı *ius naturale* anlayışı ile birlikte Roma hukuk anlayışında ve literatüründe “*regula*” kavramı ile vurgulandığı görölmektedir.<sup>30</sup>

iii. *İmparatorluk ile birlikte ortaya çıkan kaynaklar:*

Principatus ve Dominatus dönemlerinde, devlet yapısının Cumhuriyetten git gide Monarşiyeye dönüşmesi hukukun kaynaklarında da önemli değişiklikler meydana getirdi. İmparator hukukun en temel kaynağı haline geldi, elindeki güç (*imperium*) sayesinde *magistral edict* çıkarma hakkına sahipti. Ayrıca o, bazı hukukî meselelerde yargıç olarak görüş beyan etme hakkına (*decretum*) da haizdi. Uygulamada bir de İmparatorun belli davalarla ilgili görüşlerini almak üzere oturumlar düzenlendi (*rescriptum*). Cevabî mütalaalardan<sup>31</sup> ortaya çıkan kararnameler manzumesine *constitutio* denilmekteydi. **İmparator Hadrian** (M.S. 117 – 138) döneminden itibaren *Praetorların* yıllık olarak yayımladıkları hukuki prensipler kayda geçirilmekteydi. İlâveten, bağımsız Roma hukukçularının çok sayıda şerhlerinden ve içtihatlarından<sup>32</sup> bazıları kanun hükmündeydi. İmparator hukuk alanındaki salâhiyetlerini hukukçuların da desteğini alarak gerçekteştiryordu. Örneğin, **Hadrian** (M.S. 76-138) müzakere

<sup>28</sup> Karagöz, s.58. Havva Kargöz’ün işaret ettiğine göre de Quintus Mucius tanım ve tasniflere yer vermiştir. Örneğin, vesayeti beş çeşide ayırır ve farklı zilyetlik çeşitleri zikreder. Burada kullandığı genera ve species gibi terimler Grek diyalektiğinin terimleridir.

<sup>29</sup>Karagöz, s. 75-77.

<sup>30</sup> Karagöz, s.80-82.

<sup>31</sup> Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s.102.

<sup>32</sup> Hukukî rapor anlamında

heyetine iki karşıt hukuk ekolünün en önemli hukukçularını (*Sabiniae ve Proculiae*) getirtmişti. **Hadrian**'ın en yakın çevresindeki hukukçuların yanı sıra bir de, devlet memurlarının büyük bir kısmı da görevleri itibariyle hukuk öğreniminden geçmişti.<sup>33</sup>

### 3. Roma Hukukunda Dava Usûlü

Roma hukukunun kaynaklarını kısaca bir araya getirdikten sonra, daha spesifik bir alan olan Roma dava usulüne değineceğiz. Roma dava usulü'nün tarih içerisinde gelişen özellikleri, Roma hukukundaki “hukuk kuralı” kavramını adeta tanımlamıştır. Nitekim *regula*'nın tanımında, *regulanın* Roma dava usulüne ait bir terim olan *causa coniectio*'dan ibaret olduğu ifade edilmektedir. *Causa coniectio*'nun anlamı ve dava usulündeki işlevi *regula* kavramının tanımının anlaşılması için önemli olduğundan dolayı kısaca Roma dava usulüne değinilecektir.

İlk dönemlerden itibaren Roma hukukunun temelini *actio*'lar (dava ya da dava hakkı) oluşturmaktaydı. Nitekim Roma hukukunda hakkın yaptırımını da, genel nitelikte bir dava hakkı da yoktu. *Actio*, kişinin, adli makamlara başvurarak, hukuk kurallarına aykırı davranışı ispat etmesi üzerine, davalının ilgili yaptırımlarla karşı karşıya kalmasını istemesidir. Klasik Roma usul hukukunun gelişimi iki döneme ayrılarak incelenmektedir.<sup>34</sup> Bunlardan ilki, *Ordo Iudiciorum Privatorum* denilen Özel Mahkemeler Sistemi, diğeri ise, *Cognitio Extra Ordinem* denilen Sistem Dışı Yargılamadır.

Klâsik öncesi ve klasik hukuk döneminde, geçerli olan yargılama sistemi, özel mahkemeler sistemi idi. Sistem dışı yargılama, istisnai durumlarda uygulandığı için bu adla anılıyordu. Özel mahkemeler sistemi içerisinde tarihsel sıralamasına göre *legis actio* (yasal davalar) ve daha sonrasında bunun yerine gelen *formula* yargılaması yer

<sup>33</sup> Konuyla ilgili bk. Peter Stein, **Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims**, Edinburgh University Press, 1966,

<sup>34</sup> Genel bilgi için bk. Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, içinde: Doküz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.7, sayı 1, 2005, s.167-212.

almaktadır. Bu iki yargılama usûlü süreç ve işlem açısından ikiye ayrılmıştı, dava ilk önce devlet ve adlî yargılamayı temsil eden *praetor* tarafından tetkik edilip değerlendiriliyor ve hükmüyle birlikte formula denilen yazılı belgeye kaydedildikten sonra, ikinci aşamada özel kişi olan yargıç önünde (*apud iudicem*) çözüme kavuşturuluyordu. *Praetor*, birinci aşamada davanın iki tarafını da dinleyip, hukuka uygunluğunu ve davanın hangi unsurlardan oluştuğunu tespit etmekteydi. Eğer “*causa coniectio*”yu yani davanın dayandığı esasları iyi tespit edememiş ise, yargıç önündeki aşamayı olumsuz etkilemekteydi. Zira *causa coniectio*'nun tespit edilememesi, yargıcın hükmünü hızlı bir şekilde vermesini, yani davanın hallini erteliyor, davanın baştan sona kadar (*in extenso*) tekrar açılmasını gerektiriyordu.<sup>35</sup>

Davayı bir arada tutan unsurlar olarak tanımlanması mümkün olan “*causa coniectio*” *regulanın* tanımıyla da yakından alakalıdır. Nitekim hukukçu **Sabinus**, *regula*'yı davanın *causa coniectio*'su olarak tanımlamaktadır.<sup>36</sup> Buna göre *regula*, meseleyi bir arada tutan unsurları kısa ve öz şekilde ifade etmektedir. Sabinus'un *regula*'yı *causa coniectio* olarak tanımlaması, onun hukuk kuralını normatif olmaktan ziyade deskriptif algıladığına işarettir.

*Ordo Iudiciorum Privatorum* adı verilen bu sistemin ihtiyaçlara cevap verememesi sebebiyle bu yargılama usûlü M.S. IV. yüzyıldan itibaren yerini *Sistem Dışı Yargılama*'ya bıraktı. Artık davalar iki aşamada değil, doğrudan hakim önünde hükme kavuşturuluyordu. Sistem Dışı Yargılamanın en önemli unsuru *litis contestatio* denilen, davanın muamelesini içeren belgedir. Ancak bu belge formula usulünden farklı olarak

<sup>35</sup> Otto Karlowa, **Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen**, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1872, s.369-370.

<sup>36</sup> Bk. Çalışmanın ikinci bölümü. *Regula*'nın klasik döneme ait tek tanımı Sabinianus'a aittir ve *Digesta*'nın *regulaya* ait bölümünde zikredilmektedir: “*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum*”- “Hukuk kuralı, bir meseleyi, hukukun kuraldan türetilmesi şeklinde değil, kuralın hukuktan türetilmesi yoluyla açıklasın. Yani Kural, **meselelerin kısa beyanını** ihtiva eder, ve Sabinus'un da dediği gibi, hukukî bir meselenin özeti verilmektedir. Bir meseledeki yanlış kullanımı ise o kuralın işlevini kaldırır”

sadece davanın taraflarının ve konusunun tespitini sağlama işlevi görmekteydi. “*Causa coniectio*” böylelikle eski yargılama usûlünden kalan bir kavram olarak bilinmekteydi, ancak eski uygulama alanı kaybolmuştu. Aynı dönemde hukuk kuralı anlayışında da değişiklik meydana geldi. İmparatorluk döneminde, hukuk kuralı daha ziyade normatif olarak algılanmaktaydı. Kanaatimizce *Causa coniectio*’nun İmparatorluk döneminde uygulama alanının kaybolması, *regula*’nın bu dönemde normatif algılanmasıyla irtibatlı görülebilir.

#### 4. *Roma Hukukçuları*

*Regula*’ları geliştiren ve ifade edenler Roma hukukçularıydılar. Roma hukukçularının şahsî profilleri ve aldıkları öğrenimin, *regula*’nın oluşumunu etkilediği görülmektedir. Ayrıca iki meşhur hukuk ekolünün temsilcileri arasında *regula*’nın asıl anlaşıldığı ile ilgili ihtilaflar mevcuttur. Bu sebepten dolayı kısaca Roma hukukçularına değinilecektir.

Klasik dönemde Roma hukukçuları, bireysel içtihat faaliyetleri neticesinde hukukun gelişmesini sağlıyorlardı. Çoğu zaman zengin ailelerden geliyorlar ve *retorik*, felsefe, *iurisprudencia*<sup>37</sup> gibi ilimlerde iyi bir eğitimden geçiyorlardı. Hukukçuların başlıca görevleri *Praetor*’lara ve hakimlere kararlarında danışmanlık yapmak, avukatlara ve dava taraflarına yardımcı olmak, hukuk öğrencileri yetiştirmek ve elbette bilimsel çalışmalarda bulunmak idi. Hukukçuların bireysel içtihatlarının, kazüistik bir hukuku oluşturan faktörlerden biri olduğu söylenebilir. Ayrıca, Labeo (v. M.S. 10) gibi Klasik Dönem hukukçularının bir çoğunun Grek felsefesi ve Mantığı’ni iyi bilmeleri de onları hukuk prensipleri üretmeye sevk etmiştir denilebilir.

Hukukun altın çağı olan Klasik Hukuk döneminde (M.Ö. 27-M.S. 250) hukuk ekolleri de oluşmuştur. Roma’da oluşmuş olan ve **Prokülyenler** ve **Sabinyenler** olarak bilinen önemli hukuk ekollerinin yanı sıra bir de daha sonraları Berytos (Beyrut) gibi eyaletlerden ekoller çıkmıştır. Hukuk literatürüne bakıldığında çeşitli eserlerle

---

<sup>37</sup> Bk dipnot 29.



karşılaşılır. Bunların başında sayıca fazla olan *responsalar*(bilirkişi raporları), soru yahut tartışma şeklinde hazırlanmış risaleler, *praetoryal edict*'lere yahut tekil yasalara düşülen notlar (*commentares*) şeklinde mevcut idi. Çalışmamızın konusu olan hukuk prensiplerini ele alan *libri regularum* türü de bir çok hukukçu tarafından ele alınmıştı.<sup>38</sup>

Principatus döneminde hukukçuların danışmanlığının farklı bir boyuta taşındığını görmekteyiz: *Augustus*'un veliahtı olan *Tiberius* (v. MS 37) ikinci Princeps olarak dönemin önemli hukuk ekollerinin başında yer alan **Sabinus**'a "*ius respondendi ex auctoritate principis*" ünvanını vermişti. "*Princeps'in yetki ve otoritesinden gücünü alan hüküm verme yetkisi*" olarak tercüme edebileceğimiz bu ünvanla birlikte, belli hukukçulara daha fazla otorite verilmiş, ve böylelikle bireysel içtihat faaliyetinin git gide daraltılmasına yola açmıştır.<sup>39</sup>

Hukukçuların görüşlerini *Corpus Iuris Civilis*'ten dolayı olarak öğrenmekteyiz, zira hukukçuların kendi eserleri elimize pek fazla ulaşmamıştır. Hukukî literatür klasik hukuk metinlerinin muhataras ve şerhlerinden oluşuyordu. Roma'daki hukuk okullarının önemi git gide azalarak, Beyrut, İskenderiye ve Bizans topraklarındaki okullar hukuk öğreniminin yeni merkezleri haline geldiler. M.S. I. yüzyıldan sonra bu okullarda yetişen hukukçular, konuşulan dilin Grekçe olmasının yanında, hukuk dilinin ise Latince olmasından dolayı da, eski hukuk metinlerinin kompleks temellendirmelerini anlamakta güçlük çekiyorlardı. İlaveten, her İmparator kendi döneminde bir çok kanunname çıkarıyor, bu da hukukî malzemenin git gide karmaşık hale gelmesine yol açıyordu. Nihayet bu sorunları aşabilmek için, İmparatorlar "alıntı yasaları" olarak adlandırabileceğimiz, bazı hukukçuların görüşlerine dayanılmasını yasaklayan yasalar (*lex citandi*) koymuşlardı.<sup>40</sup> Zamanla bu gibi yasaların yetersiz kaldığı fark edildi ve İmparator Hadrian başta olmak üzere, İmparator İustinianus dönemine kadar kodifikasyon denemeleri yapıldı. Nihayetinde Roma

---

<sup>38</sup> Çalışmamızın ilerleyen sayfalarında konuyla ilgili daha fazla bilgiye yer verilecektir.

<sup>39</sup> Marie Theres Fögen, **Römische Rechtsgeschichten: über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems**, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2002, s.204-206.

<sup>40</sup> John Hudson, Ana Rodríguez, **Diverging Paths?- The Shapes of Power and Institutions in Medieval Christendom and Islam**, Leiden: Brill, 2014, s.60.

hukukunu yeniden canlandırma ve hukuka karşı güveni tekrar yerine getirme hususunda İmparator İustinianus ve *Corpus Iuris Civilis*'i başarılı oldu.

## 5. *İustinianus ve Corpus Iuris Civilis*

İustinianus olarak bilinen, **Flavius Petrus Sabbatius I. Iustinianus** M.S. 527 yılında Doğu Roma İmparatoru oldu. İmparatorluğun içinde olduğu sıkıntıları gidermek ve özellikle Batı'da kaybedilen toprakları geri kazanmak suretiyle, İmparatorluğun eski büyüklüğünü tekrar geri getirmeyi hedeflemişti. Hıristiyanlığın temel düşüncelerini ve Roma kültürünü devlet anlayışı ve ideolojisinde ustaca bir araya getirmeyi başaran **Iustinianos**<sup>41</sup>, **II. Theodosius**'un döneminde (*Codex Theodosianus*(438)) ve **İmparator Hadrian**'ın (M.S. 76-138) döneminde yapılan (*edictum perpetuum*) çalışmalarını ve Roma hukukçularının eserlerindeki hükümleri yeniden değerlendirilmesi için, 528 yılında *Quaestor sacri palatii* **Tribonianus**'a, hukukçulardan oluşan bir komisyon kurup mevcut hukukî malzemeyi bir *Codex* (yasametni) haline getirmesini emretti. Komisyonun temel görevi katmanlar olarak birikmiş olan kuralların eskimiş ve uygulamadan kalkmış olanlarını elemek, hukukçuların çeşitli görüşlerinden tercihlerde bulunmak, farklı hükümler arasında çelişkileri gidermek ve hukukî malzemeyi bir düzene sokmaktı. Nihayet tamamlanıp tashihten de geçtikten daha sonra M.S. 534 *Codex İustinianus* olarak yürürlüğe girdi.<sup>42</sup>

### a. *Corpus Iuris Civilis'in yapısı ve kaynakları*

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, *Corpus Iuris Civilis* isimlendirmesi esasen İustinianus dönemine ait bir isimlendirme değildir. *Corpus İustinianus*'un Ortaçağ'da

---

<sup>41</sup> Jüstinyen kendisini Tanrı'nın yeryüzündeki taklitçisi ve temsilcisi (*mimesis theou, imitatio dei*) olarak görmekteydi. Mutlak adaletin sahibi olan Tanrı gibi, İmparator da yeryüzündeki mutlak adalete sahip olmalıydı.

<sup>42</sup> Mischa Meier, **Justinian: Herrschaft, Reich und Religion**, Münih: C.H. Beck, 2004, s.29-45.

keşfedildikten sonra, özellikle Hümanizm döneminde üzerinde yine yoğun çalışmalar yapılmıştır. İlk keşfedildiğinde sadece **Codex İustiniani**, yahut **Corpus Iuris** olarak adlandırılan esere bu dönemde aynı şekilde **Corpus Iuris** isimlendirmesini taşıyan Kilise hukukundan ayırt edebilmek için, “*civilis*” kelimesi eklenmiştir. Bu döneme kadar Corpus Iuris Civilis’i oluşturan bölümler münferit kitaplar halinde çoğaltılmıştı. 1583 yılında Fransız humanist **Dionysis Gothofreus** eserin bütünü bir araya toplayarak ilk kez basmış, eser artık sadece Corpus Iuris Civilis olarak anılmaya başlamıştı. İustinianus’un *Corpus Iuris*’i esasen 3 bölümden oluşmaktaydı. Ortaçağ’da Corpus Iuris’e bir de İustinianus’un vefatından sonra derlenmiş olan “*Novellae leges İustiniani*” adlı kanunnameler eklendi. Bugün elimizde bulunan Corpus Iuris Civilis 4 bölümden oluşur.<sup>43</sup>

İustinianus kodifikasyonunun birinci bölümü “*Institutiones*” ismini taşır. “*Müesseseler*” olarak tercüme edebileceğimiz bu bölüm, M.S. II. yüzyılda yaşamış olan hukukçu **Gaius**’un özellikle hukuk öğrenimi için yazdığı el kitabı mahiyetindeki eserden oluşur. Jüstinyen Gaius’tan “*gaius noster*”, “*bizim Gaius*” olarak bahsederek, eserde hiç bir değişikliğe gidilmeden kodifikasyonuna alınmasını emrettiğini gösterir. *Gaius’a ait Institutiones* kitabı bugün Avrupa’daki hukuk fakültelerinde halen Roma özel hukukuna giriş kitabı olarak kullanılmaktadır.<sup>44</sup>

Corpus Iuris Civilis’in kalbini Digesta bölümü oluşturur. Grekçe ismi *Pandectae*’dir. “*geniş, yayılmış*” manasına gelen eser Corpus Iuris’in en geniş bölümünü teşkil etmektedir. Digesta sadece klasik hukukçuların metinlerinden derlenmiş, alıntı kitabı gibi tasarlanmış ve fakat aynı zamanda içerik olarak bir düzene sokulmuş 50 kitaptan meydana gelir. 50 Kitap, başlıklara (*titula*) ve bölümlere (*fragmenta*) ayrılır. Her bir bölüm, yazarı ve menşei hakkında bilgi verir (*inscriptions*). Ortaçağ’da üzerinde daha rahat çalışabilmek için her bir bölüm Glossatörler tarafından

---

<sup>43</sup> David Kästle-Lamparter, **Welt der Kommentare – Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart**. Tübingen: Mohr Siebeck 2016)

<sup>44</sup> Franz Peter Bremer, **Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im Römischen Kaiserreich**, Walter De Gruyter Incorporated”, 1868, Bavyera devlet kütüphanesinden ilgili sayfalar temin edildi (pdf formatında). s. 31-32.

paragraflara ayrılmıştır.<sup>45</sup> Digesta'nın ellinci kitabı hukuk prensiplerine ayrılmıştır. “*De regulis iuris antiquis*” (“*Eski hukuk kuralları hakkında*”) başlığı taşıyan bu bölümü çalışmamızın ana bölümünde daha detaylı biçimde ele alacağız. “*Codex*”, “*kanun*” anlamını taşır ve CİC'in üçüncü bölümünü teşkil eder. Codex, Digesta'ya yapılan mühim ilavelerden oluşur ve özellikle borçlar hukuku ile ilgilidir.<sup>46</sup>

### **b. Corpus Iuris Civilis'te “De diversis regulis iuris antiquis” bölümü**

Corpus Iuris Civilis'in, Digesta bölümü ellinci kitabının son faslı “*De diversis regulis iuris antiquis*” adını taşır. “*Eski hukuka dayanan bazı kurallar*” olarak tercüme edebileceğimiz bu son fasıl aynı zamanda Digesta'nın en uzun fasıllarından biridir: 217 parça barındırır. Çalışmamızın mukayese bölümünde ele aldığımız *regula*'ların büyük bir kısmı, “*De diversis regulis iuris antiquis*” bölümünde yer almaktadır. Bu bölümde geçen kuralları daha iyi anlamak için kısaca bölümdeki kuralların nasıl ele alındıkları ve Digesta'nın diğer metinlerinde nasıl geçtikleri kısaca izah edilecektir.

İustinianus, CİC'yle ilgili verdiği emirnamelerin birinde, ellinci kitabın Digesta'nın mükemmel bir özeti “*(...)totius consummationus perfectus*” olduğunu vurgular.<sup>47</sup> Dolayısıyla burada yer alan 217 parça, hukukun neredeyse tüm alanlarına değinmektedir.

---

<sup>45</sup> Glossatörler Corpus Iuris'e şerh düşerek Ortaçağ kültürüne entegre eden kişilerdir. Metine adeta “ilahî hukuk mesajı” (*ratio scripta*) olarak yaklaşmışlardır. Aynı dönemlerde felsefede Aristoteles ve Platon'un görüşleri mutlak doğru kabul edildiğinden Glossatörlerin şerh düşerken gösterdikleri yaklaşımda da tümevarım yöntemi görülür. Corpus Iuris'in bu dönemde adeta “hukukun kutsal kitabı” olarak okunduğu birçok kaynakta ifade edilir. (Kästle-Lampert, s.115-17.)

<sup>46</sup> Roma borçlar hukuku kavramının aynı zamanda suçlardan oluşan borçları da ele almaktaydı. Nitekim Codex'in on iki kitabından biri kilise hukuku, sekizi özel hukuk, biri ceza hukuku ve ikisi de kamu hukuku ile ilgilidir. (Freiherr Fritz von Schwind, **Römisches Recht: I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes**, Viyana: Springer-Yayınevi, 2013, s.89-90.)

<sup>47</sup> “*(...)totius consummationus perfectus*” olarak ifade eder. Bk.Havva Karagöz, s.154.

Digesta'ya hakim olan öğretici ve sistematik derleniş usulü kendisini kuralların sıralamasında gösterir. Bu bölümde yer alan kurallar genelde Digesta'nın metni içerisinde geçer. Digesta'nın diğer fasıllarında yer alan kurallar, bilinçli bir tercih yapılarak metinlerinden seçilmiştir. Burada *compilatores*'in bilinçli tercihi görülmektedir. Kurallar seçildikleri bölümlerden, çıkarıldıktan sonra bazen bağlamından da kopartılarak daha genel anlamda kullanılmıştır.

Bu sebepten dolayı, kurallara yaklaşımda daima bölümde geçtiği bağlamı dikkate almak gerekir. Örnek olarak Dig. 50.17.173, herhangi bir nedenden doğan borçtan dolayı, ödeme kabiliyetine dikkat etmeyi öngören *regula* zikredilebilir: “*in condemnatione personarum, quae in quod facere possunt damnatur, non totum quod habent etorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.*”

“Şahısların ödeyebileceği kadarına mahkumiyeti halinde, sahip olduğu her şey elinden alınmamalıdır. Fakat ihtiyacı olmayan şeylerin hesabı yapılmalıdır.”

“Ödeyebilecek miktarda mahkumiyet” genel bir ifadedir. Ancak eski hukuk kuralının geçtiği, Dig. 42.1.19.1'e bakıldığında ise bu kuralın Paulus'un borçlunun ödeme kabiliyetince mahkum edilmesini uygun gören görüşünün, bağış sonucu doğan borçlara yönelik olduğu görülür.<sup>48</sup> “*De diversis regulis iuris antiquis*” bölümünde ise sadece hibe sonucu doğan borçları değil, her türlü borç için geçerli kılınmak üzere, bağlamından çıkarılmış ve daha da genişletilmişti. Bazen kuralların kısaltılmış olması, yanlış anlamalara da müsati olduğundan, Digesta'daki kurallar ancak diğer metinlerle karşılaştırılarak okumak gerekir.<sup>49</sup>

“*De diversis regulis iuris antiquis*” faslın hemen başında yer alan *regula* tanımı, bir diğer hususa da dikkat çekmektedir. Buna göre *ius civile* daha önceliklidir, kurallar *ius civile*'ye “dayansın” (“*sed ex iure quod est regula fiat*”) denilir. Dolayısıyla, Digesta'nın diğer bölümleri *ius civile*'yi içerdikleri için daha önceliklidir, *regula* bölümü ikincil sıradadır. *Regula*'nın eleştirisel tanımı, kuralları hazır malzeme olarak kullanmak isteyen ibtidai hukukçuları ihtâr etmektedir.

<sup>48</sup> Örnek ve tercüme için bk. Havva Karagöz, s.156.

<sup>49</sup> Bunun için örneklere bk. Karagöz, s. 158-162.

Fasıl dikkatlice incelendiğine, bir çok kuralın “*nemo*”<sup>50</sup>, “*nihil*”<sup>51</sup> gibi genelleme lafızlarıyla, daha dar kapsamlı hükümlerden kural kalıbına sokuldukları görülür.<sup>52</sup> Örneğin, “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat.*” - “*Kimse bir başkasına kendisinde olan haktan daha fazlasını aktaramaz*”.<sup>53</sup> Klasik devirde miras hukukunda, “*in iure cessio hereditatis*” ile ilgili bir kuraldır. Mirasın küllî halefiyet sağladığı ve mirasçıya sadece miras bırakanın haklarını sağladığını ifade etmekteydi. Genel ifade yapısı orijinal metinde aynı olmakla birlikte, kapsamı genişletilmiş ve tüm muameleler için geçerli kılınmıştır.<sup>54</sup>

Bazı kurallarda, teorik alt yapıya dair ipuçları da fark etmek mümkündür. Örneğin, kural 10, 32, 66, 84, 85, 186’da “*ius naturale*”ye işaret edilir. “*Benignus*” ve “*aequus*” gibi, “*hakkaniyet/ iyilik/ hüsnüniyet*” kavramlarının, 56., 155., 168. ve 192. kurala dayanak teşkil ettiklerine işaret edilir.

Digesta’nın *regula*’ya dair bölümünün belki de en temel özelliği, İustinianus dönemindeki en fazla önemsenen ve üstünde durulması beklenen kuralları aktarıyor olmasıdır. Zira Digesta ve Institutiones’in içerisinde ifade edilen ancak, bu bölüme girmemiş olan bir çok *regula* mevcuttur. Hukukçuların yazdıkları *libri regularum* türü eserler de, kullanımını ve önemini yitirmemiş kaideler içermektedir. Bu eserlerde yer alan *regula*’ların tümü Digesta’nın son bölümüne girmemiştir. Bunların Digesta’nın son bölümüne girmemiş olmamaları, o dönemde uygulanan Roma hukuku içerisindeki önemini yitirmiş oldukları anlamına gelmemektedir. Zira Corpus Iuris Civilis’teki *regula* bölümü bazı hukuk kurallarına vurgu niteliğini taşımaktadır. Roma hukuk kuralı olarak meşhur olan bir çok kaidenin, *regula* bölümüne alınmamış olsa da, CİC’nin içerisinde mevcuttur. Mukayesemizde inceleyeceğimiz kuralların büyük kısmı *regula* bölümünden olmakla birlikte, bir kısmı da Digesta’nın çeşitli bölümlerinde bulduğumuz kurallardır.

---

<sup>50</sup> “Kişi”/“kimse”

<sup>51</sup> “Hiçbirşey”

<sup>52</sup> Örneğin Dig. 50.17.37.: “*Nemo, quid condemnare potest, absolvere non potest.*” (“Yargılayan kişi/kimse, kurtarabilir de”).

<sup>53</sup> Dig, 50.17.54.

<sup>54</sup> Havva Karagöz, s.159.

## ***B. Doğu Roma Hukuku***

Roma hukuku'nu Corpus Iuris Civilis sonrasında Batı Roma ve Doğu Roma ayrışması ekseninde incelemek gerekir. Zira CİC Bizans topraklarında uygulanmaya devam etmiş ancak Batı'da uzun bir süre unutulmuştur. Roma hukuku, Batı'da vulgarizasyona uğradıktan sonra XI. yüzyılda CİC'in bir nüshası Bolonya'da tekrar keşfedildikten sonra, Resepsiyon sürecinden geçerek, Avrupa'nın hukuk anlayışını bina ettiği temel haline gelmiş, Doğu'da ise kesintisiz bir şekilde uygulanıp, Bizans İmparatorlarının ve kilise babaların hukuka getirdikleri açılımla birlikte özgün bir nitelik kazanmıştır.

Roma-Bizans hukukunun Corpus Iuris Civilis ekseninde kalıp kalmadığı, literatürü ve olası yeni kaynaklarını netleştirmek gerekir. Nitekim Roma-Bizans'taki hukukî durumu açıklığa kavuşturmak, bir açıdan hukuk kuralının Roma hukuku içerisinde geldiği son noktayı belirginleştirmeyi, diğer açıdan da iktibas iddialarının hangi tarihsel bağlama dayandırıldığını göstermeyi hedefler.

### ***1. Doğu Roma Hukukunun Dili***

İustinianus eserine kanun gücü kazandırabilmek ve olası itirazları engelleyebilmek için yorum ve eklemeler yapılmasını katî bir surette yasaklamıştı. Böylelikle Roma hukukunun zirvesini teşkil eden bu eser aynı zamanda duraksamasının ilk aşamasını teşkil etmekteydi. İustinianus aynı zamanda Roma mirasını tekrar yaşatmak için eserin Latince yazılmasını emretmişti. Ancak Doğu Roma VI. yüzyılın sonuna doğru artık Grekçenin konuşulduğu bölgelere hükmetmekteydi. Halk Grekçe konuşmakta, bilim çevrelerinde dahi Latin dili git gide kaybolmaktaydı. Bu gelişmenin en bariz örneğini İustinianus'un hukuk dilinin Latince kalmasına yönelik icraatlarına rağmen, kendi kanunnamelerini Grek dilinde çıkarmasında görmekteyiz. Nitekim

Corpus Iuris Civilis'e ölümünden sonra eklenen *Novellae* (yasalar/kanunnameler) bölümü Grekçedir. Yedinci yüzyıla kadar devletin tamamı büyük ölçüde grekçeleşmiş, resmi dil Grekçe olmuş, ticaret, edebiyat ve kilisenin dili haline gelmişti.

Corpus Iuris Civilis Konstantinapolis'in 1453'te Müslümanlar tarafından feth edilmesine kadar yürürlükte kalmıştı. Doğu Roma'da gayet doğal bir sürecin neticesi olarak yeni kodifikasyon metni okutuluyor, şerh ediliyor ve ilaveler yapılıyordu. CİC kesintisiz olarak yürürlükte idi, ancak CİC'nin anlaşılması ve öğretilmesi orijinal metinden değil, ilave şerhler üzerinden yapılmaktaydı. Nitekim Latince yazılan CİC'in Grekçe konuşulan Bizans'ta anlaşılması oldukça zorlaşmıştı.<sup>55</sup> Antakya, Beyrut ve İstanbul gibi önemli öğretim merkezlerinde aslı Latince olan hukuk metinleri Grekçe öğretilmekteydi. Böylelikle hukuk özü itibarıyla farklı bir yöne doğru gelişiyor, *hukuk dili* değişmeye başlıyordu. Her ne kadar Grekçe git gide Latince'nin yerini almaya başlasa da, teknik terminoloji Latince kalmaya devam ediyordu. Latince yazılmış olan temel hukuk kaynağı tek otorite olmaya devam etse de, tercümesi, eklenen şerhleri, özetleri şeklindeki tâlî literatür in *loco parentis* (aslının yerini) olmaya başlamıştı. Talî literatür, Bizans hukuku olarak tanımladığımız Doğu Roma'da sonraki yüzyılların hukuk faaliyetinin başlangıcıdır, zira hukuk literatüründe tekrarlanıyor ve hatta yasama faaliyetinde alıntılanıyorlardı. Talî hukuk literatürü hukuk öğretimi kökenliydi. *Antecessores* olarak adlandırılan hukuk Profesörleri metinleri tercüme ediyorlardı. Orijinal metin *to rheton* olarak adlandırılmaktaydı. İlk aşamada profesör, *to rheton*'un tercümesini veriyor (*index*) , ikinci aşamada ise metni Grek dilinde şerh ediyorlardı (*paragraphai*). Bu faaliyet neticesinde anlam kaymalarının oluşup oluşmadığı, ilavelerin yapılıp yapılmadığı sorusu, Doğu Roma hukukunun mahiyeti hakkında farklı görüşlere sebep olmuştur.<sup>56</sup> *Antecessores*'in eğitim faaliyeti Corpus Iuris Civilis'in tümü ile, CİC sonrası kanunnameleri kapsamaktaydı. Ancak VI. yüzyıl'dan itibaren, hukuk eğitiminin *Antecessores*'ten *Scholastikoi*'ya (Skolastik metodu benimseyenler) geçtiği bilinmektedir. Bugün ki tabiri ile avukatlık mesleğinden gelen *Scholastikoi*, *Antecessores* kadar derin hukuk bilgisine sahip değillerdi. Ayrıca verdikleri eğitimde, *Digesta*'nın kendisi (Yunanca ismi ile *Pandecta*). orijinal metinden değil,

---

<sup>55</sup> Spyros Troianos

<sup>56</sup> Stolte, s.356-357.



**Anonymos**'un *Digestsumma*'sı gibi Yunanca tercüme ve şerhlerinden okutulmaktaydı. Bununla birlikte *Novellae* ve *Institutiones* metinlerine yoğunlaşan scholastikoi'un eğitim metodu retorik eksenliydi.<sup>57</sup> Doğu Roma'da *regula*'ların yoğun bir şekilde kullanılmasının bir sebebi de, hukuk eğitiminin *scholastikoi* tarafından yapılması olduğu söylenebilir.

## 2. Doğu Roma Hukukunun Mahiyeti Hakkındaki Tartışmalar

Miladi VI. yüzyıldan sonra Bizans hukukunun nasıl devam ettiği hakkında doğrudan bilgi veren kaynaklar mevcut değildir. Bizans hukukunu geriye dönük anlamayı sağlayan metin, **IV. Leo** döneminde bir araya getirilen *Basilica* derlemesidir. *Basilica*, M.S. 900 yılında İustinianus'un *Digesta*, *Codex* ve *Novellae*'sının bir kısmının Grekçe tercümelerinden oluşmaktadır. İlgili bölümler hakkında VI. yüzyıldan telif edildiği döneme kadar yazılmış olan muhtasar metinler ve şerhler (*scholia*) eklenmiştir. Bazı yeni yasalar sonraki İmparatorlar tarafından eklenmiş olsa da, temelde *Basilica* metni İustinianus hukukunu anlama, derli toplu bir hale getirme, dolayısıyla yeniden canlandırma (*renovatio iustiniana*) çabasıdır.<sup>58</sup>

Yukarıda ifade ettiğimiz metin tercüme ve şerhlere konu olduğu halde aslımı koruyabildiği sorusu, Bizans hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Bu konuda önemli hukuk tarihçilerinden **Bernard H. Stolte** şu sözlere yer verir:

*“İustinianus'un kodifikasyonu tercüme ediliyor, özetleniyor (...) du. Bizans'ta grekçe karşılıkları İustinianus'a ait orijinallerinin yerine geçmişti ve Batı Roma'daki ortamdan çok farklı bir ortamda anlaşılıp tatbik edilmekteydi. Hakikaten, (ortaya çıkan*

---

<sup>57</sup> Spyros Troianos, *Die Quellen des Byzantinischen Rechts*, Almanca'ya trc. Dieter Simon, Silvia Neye, Walter de Gruyter Yayınevi, 2017, s.107-108.

<sup>58</sup> John Hudson, Ana Rodríguez, *Diverging Paths, The Shapes of Power and Institutions in Medieval Christendom and Islam*, Leiden-Boston: Brill, 2010, s.21.

*sonucun) bu kadar “Romalı” olması bu bakımdan daha da şaşırtıcıdır. Bu fenomenin açıklamasını kısmen normatif kaynakların tarihinde bulmak mümkündür.”*<sup>59</sup>

**Stolte**'nin ifade ettiğine göre, daha sonraki yüzyıllarda derlenen yasa metinlerinde *Digesta*, *Institutiones* ve *Novellae*'nin kelime şerhlerinin tekrar ele alındığı görülür. Örneğin, sonraki hukuk eserlerinde mukaddime kısmı daima **Theophilus** adlı meşhur *antecessor*'un **Gaius**'un *Institutiones* kısmına yaptığı kelime şerhi (*paraphrase*) oluşturmaktaydı. Bu da Bizans hukukunun Roma hukuku dediğimiz Klasik hukuktan çok da farklı bir yöne gitmediğini, özünde Roma hukuk düşüncesini koruduğunu göstermektedir.

**Stolte** yukarıdaki ifadelerinde *Corpus Iuris Civilis* ve üzerinde yapılan şerhlerin yanı sıra yasamanın temel kaynağı olan İmparator yasalarına da işaret etmektedir. Bizans hukukunun klasik Roma hukukundan ayrı olarak gelişen ve yeni unsurları barındırması beklenen İmparator yasalarının hukuku nasıl bir açılım sağladıkları sorusu önemlidir.

Her ne kadar Bizans'taki hukuk faaliyetin özünde İustinianus metnine sadık kaldığı söylenebilse de, İustinianus metni *Basilica* metninin derlenmesine kadar ki dört yüzyıllık dönem içerisinde İmparatorların yasalarıyla düzeltilmişti. Nitekim her İmparator Jüstinyen hukuk mirasının üstüne ilavelerde bulunmaktaydı. İlaveler orijinal metni tasdik etmeye yönelik olsa da, hükümler ayrıntıda farklılık gösterebilmekteydi. Ayrıca göz ardı edilmemesi gereken bir diğer husus da, orijinal metinde bulunmayan Hıristiyanlık unsurunun İmparator yasalarına yansımış olmasıdır.<sup>60</sup>

İslam hukuku Roma hukuku mukayesesinde bu tespit bize şunu göstermektedir: Hakikaten, Bizans toprakları içerisinde Roma hukuku devam etmiş, özü itibarıyla yani müesseseleri, metodu ve teknik terimleriyle yerini korumuştur. Dolayısıyla İslam'ın ilk dönemlerinde Müslümanların bu hukuk birikimiyle temasa geçmiş olmaları en azından teorik olarak mümkün görünmektedir. Bu teması birebir göstermek ve ispatlamak ise, ancak hem sistemi bütün olarak mukayese ederek hem de

---

<sup>59</sup> Stolte, s.359.

<sup>60</sup> Hudson ve Rodríguez, s.70.

tekil hükümleri ve bunların hukukî temellendirmelerini birebir araştırıp, benzerlik yahut farklılıkları ortaya koymakla olacaktır. Bu noktada araştırılması gereken husus, Doğu eyaletlerdeki hukuk öğretimi ve tatbikatıdır. Zira hukuk özü itibarıyla Roma hukukuna dayansa da, İmparatorların yasaları bağlamında İustinianus hukukundan farklılık gösterebilmiştir. Hukukun İmparator yasaları, özellikle de Arap bölgelerindeki örfî uygulamalar neticesinde nasıl değiştiğine dair ipucu verilmesi beklenen bir eser *Süryani-Roma Hukuk Kitabı'dır*. Hukuk eğitiminde olduğu kabul edilen bu eser, aynı zamanda Roma-Bizans hukukunun Hıristiyan Süryani-Arap toplumunda nasıl uygulandığına dair bilgiler ihtiva etmektedir.

### 3. *Süryani-Roma Hukuk Kitabı (SRRB)*

Süryani Roma Hukuk Kitabı, birçok el yazmadan oluşan ve kendisine IX. yüzyıldan beri özellikle kilise hukuk derlemelerinde (*nomokanones*) atıf yapılan bir eserdir. Eserin V. Yüzyılda, yani CİC'in derlemesinden önce, İmparator Leo'un vefatı sonrasında (M.S. 474), İmparator kanunnamelerini açıklama ve mülahaza etmek için yazıldığı bilinmektedir. Eserin aslı Grekçe olup, sırasıyla öncelikle Süryanice'ye (VI.-VII. yüzyıllarda), Arapça'ya (IX. yüzyıl), Ermenice'ye (XIII. Yüzyılda) ve son olarak da Gürcüce'ye tercüme edilmiştir. Eserin Grekçe aslına ulaşılamamaktadır, ancak çeşitli el yazmalarını bir araya getirip değerlendiren **Walter Selb** ve **Hubert Kaufhold**, "*Das Syrisch-Römische Rechtsbuch*" adlı 3 ciltlik çalışmalarında Grekçe orijinaline ve Doğu'daki uygulamasına dair önemli ipuçlarını göstermeyi başarmışlardır.

**Selb**'e göre SRRB<sup>61</sup>'nin dayandığı Grekçe ana metin *Codex Theodosianus*, *Codex Gregorianus*, II. *Theodosius*, III. *Valentinian* ve *Leo'nun kanunnameleri*, **Aziz Paulus**'a ait görüşler ve **Gaius**'un *İstitutones*'inden bazı hükümler üzerine mülahazalar içermektedir. Eseri İslam hukuku Roma hukuku mukayese çalışmaları için

<sup>61</sup> Süryani-Roma Hukuk Kitabının tahkikini hazırlayan Alman ilim adamları Walter Selb ve Hubert Kaufhold'a dayanarak, eser kaynaklarda Almanca "Syrisch-Römisches Rechtsbuch" ismine dayanarak SRRB olarak kısaltılmaktadır.

önemli kılan özelliği, bazı tekil hükümlerde Roma hukukuna ait olmayan unsurlarının bulunmasıdır. Eser Antikçağ Tarihçilerinin de bu açıdan ilgisini çekmiş, Roma hukukunun Bizans'ın eyaletlerindeki uygulamasına ışık tutabilecek nadir eserlerden biri olması ümidiyle, üzerinde farklı teorilerin nemalanmasını sağlamıştır. Çoğu araştırmacıya göre, eserde bulunan Roma hukukundan farklı uygulama ve hükümler, eyaletlerdeki halkın yerel uygulamalarına dayanmaktadır.<sup>62</sup> Eserin ilk kez ciddi biçimde tercüme ve tetkikinde bulunan hukukçu **Karl Georg Bruns** (1816-1880) ve Oryantalist **Eduard Sachau** (1845-1930), “*Syrisch-Römisches Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert*” adlı çalışmalarında, eserdeki hükümlerin bir kilise hukukçusu tarafından yazılmış olabileceğini ve dolayısıyla kilise yargılama usulüne (*episcopalis audentia*) yönelik bir çalışma olabileceğini ifade etmişlerdi. Eserin daha fazla nüshasının bulunması üzerine, çalışmayı tekrar ele alan hukukçu **Walter Selb** (1929-1994) ve Antikçağ hukuk tarihçisi **Hubert Kaufhold** (doğumu 1943) **Carlo Alfonso Nallino**'nun konuyu aydınlatıcı çalışmaları ve yeni bulgular ışığında daha isabetli sonuçlara ulaşabilmişlerdir. Selb ve Kaufhold'a göre, eserin yazıldığı ortam kiliseyle alakalı değildir; muhtemelen Beyrut'ta (Antakya'da olabilir) hukuk akademilerinde ders veren bir profesörün kıdemli hukuk öğrencileriyle okuduğu ders notlarıdır ve İmparator kanunnamelerinin sadece problemleri yahut anlaşılması zor olan yerlerine değinmektedir. Hükümlerin detaylı tetkiki neticesinde vardıkları sonuç oldukça dikkat çekicidir: Eser, nikah akdinin şekli<sup>63</sup>, nişanlılık<sup>64</sup>, çeyiz ile mehir<sup>65</sup> ile ilgili hükümler hariç, salt Roma hukuku içermektedir.

Yazar metni şerh edip özetlemek yerine, kendi tasvir, açıklama ve ifadelerine yer vermek için sadece bir çerçeve olarak kullanmaktadır. Kullandığı dil ve üslup fazla teknik terim içermemekte ve basit gibi gözükse de, bu dönemde kullanılan hukuk dilinin farklı olmadığı bilinmektedir. Eğitimin tüm Roma hukukunu kuşattığını eserin

<sup>62</sup> Bu tezi savunanlar arasında en önemli isimler Ludwig Mitteis (1859-1921), David Heinrich Müller (1846-1912), Rafael Taubenschlag (1881-1958), Mitteis ve Taubenschlag, Helen etkisinden bahsederlerken, Müller gibi araştırmacılar Mezopotamya hukukunun etkisinden bahsetmektedirler. Daha fazla bilgi için bkz. SRRB, c.I, s.40.

<sup>63</sup> Selb, Kaufhold, s.91.

<sup>64</sup> Selb, Kaufhold, s.165.

<sup>65</sup> Selb, Kaufhold, s.117.

içeriğinden de görmekteyiz: Şahıslar, Aile, Eşya, Borçlar, Miras, Yargılama ve Ceza hukukuna dair hükümler dağınık biçimde ele alınmıştır. *Antecessor* seviyesindeki bir hukuk hocasının açıklamalarında teknik terimlere yer vermemesi oldukça dikkat çekicidir. Bazı Oryantalistlerin İslam hukukçularının Beyrut ve Antakya’da okutulan metinleri gördükleri ve özellikle de teknik terim ve kaideleri öğrenip tercüme ettiklerine dair iddialarını bu bilgiler ışığında tekrar değerlendirmek gerekir.

SRRB çalışmamız için iki açıdan önem arz eder: Birincisi Grekçe aslı ve içeriği açısından ikincisi ise Süryaniceye tercüme edildikten sonra şark toplumundaki uygulama alanı açısından:

SRRB, Grekçe aslı ve içeriği açısından Cahiliyye toplumu içerisindeki yerel hukuk unsurlarına ışık tutmaktadır. Eserin içerisinde yukarıda zikredilen bazı ferî hükümlerin Roma hukukuna dayanmaması, eyaletlerde Roma hukukunu geçerli kılmaya yönelik M.S. 212 yılında yürürlüğe giren **Caracalla**’nın kanunnamesinden yaklaşık 3 yüzyıl sonrasında dahi, yerel hukukun kodifikasyon olarak olmasa da bazı hükümler şeklinde Roma hukukuyla karıştığını gösterir.<sup>66</sup> İslam hukukunun doğduğu ve geliştiği bölgede, Roma hukuku salt haliyle değil, Yahudi ve eski Mezopotamya gelenekleriyle karışmış bir haliyle mevcuttu. Şüphesiz bu husus, mukayesede göz ardı edilirse (Jokisch’in bir başka kaynak üzerinden dikkat çektiği gibi)<sup>67</sup>, Corpus Iuris Civilis’in asıl metni ile karşılaştırma şeklinde metodolojik bir yanlışa yol açacaktır.

İçerik açısından eseri önemli kılan bir diğer husus da SRRB dönemin hukuk öğretimine dair önemli bilgiler ihtiva etmesidir. Roma hukuk prensiplerinin özellikle hukuk eğitimi esnasında kullanıldıklarını bilmekteyiz. Bu da Roma hukuk kaidelerinin İslam hukuku’ndaki izlerini araştırırken, hukuk eğitiminin önemli bir aracı olabileceği

---

<sup>66</sup> Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bk. Joseph Louis Elzéar Ortolan, **Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu’a la législation moderne**, Paris:1876; Hartmut Wolff, “Die Constitutio Antoniniana und Papyrus Gissensis 40 I”. The American Journal of Philology, Johns Hopkins University Press. 1976 ve Pedro Resina Sola (ed.), **Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio**, Almeria, 2012.

<sup>67</sup> Bk. Çalışmanın “Revizyonist Oryantalist Ekol” adlı bölümü.

anlamına gelir. SRRB'taki hukuk kurallarına dair taramamız sonucunda elde ettiğimiz veriler çalışmanın dördüncü bölümünde zikredilecektir.

SRRB'in çalışmamız için önemli bir kaynak teşkil etmesindeki ikinci neden şark toplumuna IX. yüzyıldan sonraki etkisidir: SRRB, aslen kilise için yazılmamış olsa da IX. yüzyılda Yakubî/ Süryanî gelenek başta olmak üzere, özellikle Nesturî gelenek tarafından kilise hukuk metinlerinde alıntılanmıştı.<sup>68</sup> Hulefâ-i Raşidin döneminde

---

<sup>68</sup> Burada konumuzla doğrudan ilgili olmasa da SRRB'in Grekçe yazıya geçirilmesi ve Hıristiyanlar arasında yaygın olması önemlidir. Hıristiyanlık her ne kadar M.S. IV.yy'da Roma devletinin resmî haline gelse de, Roma hududu içerisinde yaşayan Hıristiyanların homojen bir yapıya sahip olmadıklarını söyleyebiliriz. Bununla birlikte Geç Antikçağ'da Roma'da yaşayan çeşitli Hıristiyanların hem teolojik hem de hukukî anlamda farklı geleneklere (örfî hukuk) sahip olduklarını bilmekteyiz (konuyla ilgili daha fazla bilgi için bk. Sidney H. Griffith, *Christians and Christianity*, Jane Dammen McAuliffe **Encyclopedia of the Qur'ân**, içinde, c.I, Leiden: Brill, 2001.). Özellikle M.S. IV.-V. yy'dan sonra Suriye, Antakya, İskenderiye, İstanbul ve Anadolu'nun muhtelif yerlerinde (Kapadokya, Likya, Lidya gibi) önemli Hıristiyan ekolleri ve hizipleri oluşmuştur. Özellikle Antakya, Geç Antikçağ'da Hıristiyanlığın önemli merkezlerinden birisi haline gelmiştir. Antakya'da oluşan cemaat pagan adet ve kültlerine sahip Gentile Hıristiyanları tarafından oluşturulmuştu. Temelde İsa'nın çift tabiatlı olduğuna inanırlar (Diyofizit) ve teolojik alt yapılarını Aristo felsefesinin oluşturmaktaydı. Ancak V.yy'dan itibaren Antakya kilisenin içerisinden İsa'nın tanrılık vasfından ziyade insanlık vasfını ön plana alan ve tarihsel İsa algısına sahip olan Aryanizm ve Nesturîler'in olduğu gibi, İsa'nın tek tabiatlı olduğuna inanan ve daha sonra Monofizit kilisesi olarak bilinecek olan Süryanî kilisesi buradan ayrılacak (daha sonra Süryanîler İskenderiye kilisesinin önemli temsilcilerinden olacak). Bu husus şu açıdan önemli: Aryüsçülerin rolü daha az olsa da özellikle Nesturîlerin ve Süryanîlerin İslam'ın ortaya çıkmasında önemli fonksiyonları vardır. Antakya'da litürji ve hukukî metinlerin dili Grekçe iken Süryanî kilisesinde daha sonraları Süryanice ve Arap Yarımadasında Arapça olmuştur. Bundan dolayıdır ki bir çok Süryanî metin (hem dinî hem de hukukî) ilk dönemlerden itibaren Müslüman coğrafyada yaygındı). Nesturîler ile Süryanîlerin bu anlamda İslam coğrafyasına önemli katkıları olmuştur. Bu Hıristiyanlığın ana gövdesinden ayrı teşekkül eden mezhepsel akımlar (mezhepler) aynı zamanda Roma'nın hukuk yapısına paralel lokal bir takım hukukî metinlere de sahiptirler. SRRB bunlara en iyi örnektir. Özellikle Grekçe kaleme alınması Antakya kilisesine bağlanabilir, zira yukarıda söylediğimiz gibi ilk başta kullanılan dil Grekçeydi. Ancak daha sonra bu metinlerin Süryanice ve Arapçaya çevrildiklerini (kısmen de olsa) bilmekteyiz. Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bk. Heleen Murre van den Berg, "Syriac Christianity", Ken Parry (ed.) **The Blackwell Companion to Eastern Christianity**, içinde, John Wiley & Sons, 2010 ve J. Spencer Trimmingham, *Christianity Among the Arabs in Pre-Islamic Times*, London: Longman Group Limited, 1979.)

özellikle Bizans topraklarının Müslümanlar tarafından fethedildikten sonra, burada kilise adamlarının kendi hukuklarını uygulamada serbest oldukları göz önünde bulundurulursa, burada kilise yargılama usulünde yer alan SRRB'nin bazı kısımlarıyla Müslümanların temasa geçmiş olabilecekleri muhtemeldir.<sup>69</sup>

Sonuç olarak SRRB bölgede uygulanan Bizans hukukuna ışık tuttuğu gibi, Antikçağ hukuku olarak adlandırılabilir bölgesel uygulamalarına da ışık tutmaktadır. İslam'ın yayıldığı dönemlerde özellikle kilise adamları tarafından alıntılanması açısından İslam hukuku Roma hukuku mukayesesi için önem arz ettiği gibi, kilise hukuku İslam hukuku mukayesesi için de önem arz etmektedir. Nitekim 13. Yüzyılda Süryanî filozof, tarihçi ve ilahiyatçı **İbnü'l-İbrî'nin (Barhebreus)** derlediği *nomocanon*'unda SRRB'nin Süryanice bir nüshasından hükümler alıntıldığını ancak bunları İslam hukukundaki hükümlerle uygunluk gösteren şahsî görüşleriyle reddettiği görülmektedir.<sup>70</sup> Etkileşim, hangi tarafa doğru cereyan etmiş olursa olsun, SRRB

---

<sup>69</sup> Bu mülahazalardan yola çıkarak Yusuf Ziya Kavakçı, “Suriye- Roma kodu” adlı çalışmasında SRRB'nin hükümleri ile İslam hukukunun ilk dönem kaynaklarından Zeyd b. Ali'nin Mecmu'al- Fıkh adlı eserini mukayese etmiştir. Kavakçı, eserini “Suriye Roma kodu” olarak isimlendirir. Ancak SRRB'nin ikinci neşrinden sonra bu isimlendirmenin yanlış olduğunu bilmekteyiz. SRRB hiçbir zaman bir kodifikasyon olarak ele alınmadı. Bruns ve Sachau'nun eserinde, SRRB'nin kilise yargılamasına kodifikasyon olarak yazıldığını ve daha önemlisi uygulandığı şeklindeki görüşleri, eseri ikinci kez tetkik eden Selb ve Kaufhold tarafından bilimsel olarak reddedildi. Onlara göre, SRRB *episcopalis audentia*'da alıntıldı ancak hiçbir zaman kodifikasyon olarak görülmedi. Nitekim eserin hükümlerini *nomocanon*'unda (*Kitâbu'l İşârât*) zikreden **Barhebreus (İbnü'l İbrî)** (13.yy) gibi kilise adamları, SRRB'a aykırı hükümler vermekten çekinmediler. Hatta ' **Barhebreus'un** bazı itirazları İslam hukukundan etkilendiği olasılığını çağrıştırmaktadır. (SRRB, c.I, s.55)

Bir diğer husus da, Kavakçı'nın dayandığı SRRB'nin ilk neşrinin hükümleri ele alırken bir çok hükmü yanlış anlamış olduklarıdır. Selb ve Kaufhold'un neşrinde bunlara ikinci ciltte hükümlerin şerhi kısmında değinilmiştir.

Bu sebeplerden dolayı, eserin tekrar bir mukayeseye kaynaklık etmesi iyi olacaktır. Ancak burada takip edilmesi gereken metot, hükümlerin birebir ayniyet göstermesini hedeflemekten ziyade, ifade ve ele alınışı açısından benzerlikleri ortaya koymak olmalıdır. Nitekim İslam hukukunun Roma hukukundan birebir iktibasta bulunmadığını ancak bazı unsurları kendi bünyesinde sentezleyip İslamî bir açıdan ele aldığını ifade etmenin daha bilimsel bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.

<sup>70</sup> Kendisi H.VII. yüzyılda Yakubî Hıristiyanlığın en önemli kilise adamlarından biridir. Batı'da Barhebreus olarak bilinen İbnü'l-İbrî hakkında bilgi için bk. DÍA, İBNÜ'L-İBRÎ.

Antikçağ hukuk sistemleri arasındaki irtibatı ortaya koyması açısından üzerinde çalışılması gereken bir eserdir. Binaenaleyh çalışmanın dördüncü bölümünde SRRB'nin son tahkikinden ortaya çıkan veriler ele alınacaktır.

## **İKİNCİ BÖLÜM: ROMA HUKUKUNDA VE İSLAM HUKUKUNDA HUKUK PRENSİBİ KAVRAMININ MUKAYESESİ**

İki hukuk sisteminde “hukuk kuralı” mefhumunu mukayese edebilmek için öncelikle, kendi tarihsel gelişimleri içerisinde “hukuk kuralı” için kullandıkları kavramları incelemek gerekir. Nitekim iki hukuk sisteminde de, “hukuk kuralı”, hukukî faaliyetin ilk dönemlerinden itibaren farklı şekillerde tezahür etmiş ve hukuk faaliyetinin mesafe katetmesinden sonra ancak “hukuk kuralı kavramı” terminoljide yerini alabilmiştir. Burada kısaca İslam ve Roma hukukunda hukuk kuralı hakkında bilgi verilecektir.

### ***A. İslam Hukukunda Hukuk Kuralı***<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Aslında kronolojik olarak Roma hukukuyla başlamak gerekirdi, ancak konumuzun merkezinde İslam hukukunun hukuk kaidelerinin kökenlerini araştırma isteği olduğundan ve ayrıca bu şekilde anlatım kolaylığı sağlayacağımız düşündüğümüzden dolayı, İslam hukukundaki kaide kavramını açıklamayı önceledik.



Genel olarak İslam hukukunda aksiyomatik kaide anlayışının kökenleri, esasen vahiyde yatmaktadır denilebilir. Kuran ayetlerinde ve hadislerde rivayet edilen genel prensipler kaide anlayışının, terimleşmemiş olsa dahi, baştan beri var olduğuna işaret eder.<sup>72</sup> İslam hukukunun bir dini hukuk olması, genel prensiplerinin de normatif karakterli olmasını doğal olarak gerektirmektedir. Kaidelerin, bir kısmının Kuran ve Sünetten nas şeklinde mevcut olması, bunlardan genel prensipleri bir araya getirmeyi kolaylaştırmıştır. Nasların kısıtlı, meselelerin ise sınırsız olması, beraberce rey ve içtihat faaliyetini getirmiş, ve hukukçulara nasslardan elde ettikleri prensipleri yeni meselelere hüküm vermede kullanmaları hususunda teşvik etmiştir. Bu bağlamda Hz. Peygamber'in "*Ben cevami'ul kelim ile gönderildim.*" sözü; rey ve içtihat konusunda teşvik edici söz ve davranışları yol gösterici olmuştur.<sup>73</sup> Dolayısıyla nassın içerisinde yer alan genel prensipler, yeni meseleleri çözümleyebilmek için kullanıldıktan sonra buradan çıkan hükümler istikrâ yoluyla (*induktion*) bir araya getirilmiş ve daha alt prensipler elde edilmiştir.

### 1. *El- Asl ve el- Kıyas*

İslam hukuku'nun ilk dönemlerinde<sup>74</sup> hukuk kuralı anlamında "*el-Asl*" terimi kullanılmıştır. *el-Asl* kelimesi geniş anlamlara sahip olmakla birlikte, sözlük anlamında "bir şeyin kendisine dayandığı şey" anlamına gelir.<sup>75</sup> Fıkıh eserlerine bakıldığında, delil, tercih edilen görüş (*râcih*), gâlip, açık olan görüş (*zâhir*), devam ettiği kabul edilen hüküm ve kendisine kıyas edilen hüküm anlamlarına gelebilmektedir. *Asl* kelimesi çoğu

<sup>72</sup> Adnan Algül, "Kavâid İlmi ve İzzüddîn B. Abdüsselâm'ın Kavâid İlmine Etkisi", Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2016, c. III, sayı: 4, s. 43-67, s.55-57.

<sup>73</sup> Mustafa Baktır, "Kaide", **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, c. 24, Türkiye Diyanet Vakfı, 2001, s.205-210.

<sup>74</sup> Kavaid eserlerinde *Asl* kavramının yerini kaide kavramına bırakması Hicri VIII. Yüzyıla rastlar. Ancak kaide kavramının *asl* kavramı yerine kullanılması daha erken dönemlerde, örneğin Cüveynî'de ( H. 478/ M.1085) görülür. Burada ilk dönemden H. VI. yüzyıla kadarki dönemi kastediyoruz.

<sup>75</sup> Necmettin Kızılkaya, **Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler**, İstanbul: İz Yayıncılık, 2013, s.61.

zaman terkip içerisinde gelmiş, çoğu zaman bir kişinin görüşünü aktarmak üzere kullanılmıştır, örneğin “*asl-u Ebî Hanife*” terkinde olduğu gibi.<sup>76</sup> Dolayısıyla el- Asl kavramı bireysel içtihatların tutarlılık arz etmesi düşüncesiyle bağlantılı bir şekilde kullanılmıştır. İlk sistematik hukuk eserin el-Asl ismini taşıması da bu sebeplerden dolayıdır. Zira İmam Muhammed eş-Şeybanî bu eserde Hocası Ebu Hanife'nin görüşlerinin hangi temellere dayandığını göstermeyi hedeflemiştir. Camiu'l- kebîr şarihlerinin bir hükmü açıkladıktan sonra hangi kurala dayandığını zikrederken kullandıkları terim de “el-asl” terimi olmuştur. Dolayısıyla denilebilir ki İslam hukukunda “hukuk kaidesi”, müçtehitlerin bireysel içtihat faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan hükümleri tutarlı bir zemine oturtmak, ardında yatan metodolojiyi keşfetme amaçlı ortaya çıkmış bir kavramdır. el-Asl kelimesinin çoğulu olan *el-Usul* kavramı da zaten, bu çabanın bir neticesi olarak İslam hukuk metodolojisini<sup>77</sup> tanımlamak için kullanılan terim olmuştur. İslam hukukunun bu erken döneminde bile, tüm mezheplerin ortak olarak kullandıkları kaideler mevcuttur. Bu da, esasen yukarıda da bahsettiğimiz nass ve içtihat ayırımına dayanmaktadır. Tüm mezheplerin aynı değişmez kaynaktan, yani nasslardan, yola çıkarak hukuk faaliyetinde bulunmaları, ancak içtihat etme hususunda her bir mezhepin kendi metodunu geliştirmiş olması, mezhep üstü kaide ve mezhep bağlamında kaide ayırımının nedenidir. Rey ve içtihatın keyfi olmaması, dini nassa uygun olması gerektiği göz önünde bulundurulursa, ilk dönem hukuk kurallarının daha ziyade meshep birikimi içerisinde varılan neticeleri temellendirmede işlevsel bir şekilde kullanıldıkları söylenebilir. Yeni bir meselenin var olan bir meseleye uygunluğu İslam hukukunda illet kavramıyla ölçülür. İslam kavaid yazılımının ilk dönemi daha çok ta'lil bağlamında gerçekleşmiştir.

İlk dönemlerde hukuk kuralını ifade etmek için kullanılan bir diğer terim de “**Kıyas**” terimidir. Kıyas'ın kökü قاس‘den gelir ve “ölçtü” anlamındadır. Klasik İslam hukukunda daha çok analogi olarak bilinen<sup>78</sup> ve tanımlanan Kıyas kavramının ilk

---

<sup>76</sup> Kızılkaya, s.314.

<sup>78</sup> Klasik İslam hukukunda Kıyas, ‘hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin hükmünü (fer’), aralarındaki ortak özelliğe veya benzerliğe dayanarak (illet) hükmü açıkça belirtilen meseleye göre (asl)

kullanımı çeşitlilik arz etmektedir. Nitekim analogi anlamının yanı sıra bir de “rey, içtihat, genel nitelikli şer’î nass ve genel ilke” manalarına gelebilmekteydi. Yukarıda “asl” kavramında da açıkladığımız gibi, kıyas kavramı da hukukçunun dayandığı görüşün “ölçü” olarak görülmesine dayanmaktaydı. Bu sebepten dolayı İmam Muhammed’in eserinde “*kıyas-u Ebi Hanife*”<sup>79</sup> gibi ifadeler vardır. “*kıyasu’l asl*” yahut “*kıyasu’l usul*” kavramı usulde istihsan yapılan durumlarda, istihsan yapılmasaydı kabul edilmesi gereken asıl hükmü ifade etmek için kullanılmıştır. Kıyas hem genel kurallar hem de özel kurallar (daha dar kapsamlı kurallar) için kullanılabilirdi.

Hanefiler, haber-i vahid ile amel etme konusunda, şeriatın ruhuna aykırı ve genel prensiplere aykırı olmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Kıyas’ul asl olarak ifade edilen prensiplerin, yani kaidelerin, Hadis ile amel etme konusunda da kriter oldukları görülmektedir.<sup>80</sup> Bu bağlamda Hanefiler, özellikle Hanbelîler ve Şafiîler tarafından eleştirilmişlerdir. Buradan anlaşılıyor ki, kıyas fikhî kaide ve prensip anlamında kullanılmaktaydı ve kaideye aykırı olan hükmü istihsan denilmekteydi.<sup>81</sup>

Hicri IV. yüzyıldan itibaren, Hanefiliğin merkezi Kufe’den Bağdad’a kaymıştır. Bu dönemde artık oturmuş fikhî malzemenin özet ve açıklamalara konu olduğu görülmektedir. Hanefilerin Bağdad merkezli fakihleri müstakil kavaid telifatını başlatmışlardır. İslam hukukunda ilk kez hukuk kuralına dair yazılan eser **Ebü’l-Hasan Ubeydullah b. El-Hüseyn b. Dellâl el-Kerhî**’nin *er-Risale fi’l Usûl* ( v. H. 340/ M. 952) adlı çalışmasıdır. Kerhî, Hanefî mezhebinde beşinci tabakada yer alır, ve yaptığı çalışmalarıyla Hanefî mezhebinin sistemleşmesine büyük katkıda bulunmuştur. Hanefî mezhep birikimi üzerine yapılan ilk muhtasar çalışmaları da Kerhî’nin bulunduğu tabakada başlamıştır. Muhtasar metin telif eden Kerhî, Hanefî mezhep birikimi ve de özellikle İmam Muhammed’in telif ettiği eserleri çok iyi bilmekteydi. Daha önceleri ta’lil bağlamında ele alınan kaideler, Kerhî ve bazı talebeleri tarafından farklı bir metot

---

belirlemek” olarak tanımlanır. (bk. H. Yunus Apaydın, “Kıyas”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, c.25 Türkiye Diyanet Vakfı: 2002, s.529-539

<sup>79</sup> Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî, **el-Asl**, nşr. Mehmet Boynukalın, Daru İbn Hazm, Beyrut: 2012, c.IV, s.484.

<sup>80</sup> Kızılkaya, s.326-327.

<sup>81</sup> Kızılkaya, s.330-331.

ile ele alındı. *Ta'sil (mesleku't-ta'sil)* olarak adlandırılan bu metota göre kaideler fıkıh bablarının başlangıcında zikredilmekte ve altına giren hüküm ve meseleler incelenmekteydi. Ta'sil böylelikle H.IV / M.X. yüzyılın başlangıcından itibaren kullanılmaktaydı. Aynı metodu kullanarak kavaide yer veren ancak burada daha çok usul kaidelerine vurgu yapan kişi de Kerhî'nin öğrencisi **Cessas** lakabıyla meşhur olan Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Razi (v.H 370/ M 981) olmuştur.<sup>82</sup>

Kerhî ve öğrencisi Cessas mezhep birikimini gözden geçirerek bunlardan temel ilkeler elde etmeye çalışmışlardır. *Tahric* olarak adlandırılan bu faaliyetin ikinci aşamasını ise tahricte bulunduğu kaidelerin ortak noktalarını tespit ederek (istikra yoluyla) ana kaideleri oluşturmak olmuştur. Böylelikle hem hukukun gelişmesine sağlamış hem de metodoloji kurmuşlardır. Bu nedenle Hanefî mezhebindeki usul yazılımının Kerhî ve Cessas ile başladığı kabul edilir. **Kerhî**'nin *er-Risale fi'l-Usul* adlı eserinde yaptığı yeni bir şeyi ortaya koymak değil, ilk eserlerde hükümler şeklinde var olanları bir araya getirip veciz bir usluba sokmak olmuştur.<sup>83</sup> Nitekim eserin sonunda zikrettiği 39 kaide, daha sonraki kavaid eserlerinde tekrar karşımıza çıkar.

İslam hukukundaki kavaid düşüncesinin Hanefî mezhebinde başladığını gösteren bir diğer isim de **Ebu Tahir ed-Debbâs**'tır. Kerhî ile aynı ders halkasını paylaşan Debbâs, İslam hukukunun ilk akademik eserleri arasında yer alan el-Camiu's-sağîr'i düzenlemiş ve ondan sonraki nesile aktarmıştır. Kendisi bir eser telif etmemiş ancak sonraki eserlerde kaideyi ilk kez ifade eden olarak ismi geçmektedir.<sup>84</sup> Aynı dönemde Şafii ve Maliki geleneğinde de kaideleşme hareketleri görülen isimler vardır. **İbnü'l-Kâss** (v. H. 335/ M. 947) *et-Telhîs* adlı eserinde meseleleri aktarırken kaideler oluşturmaya çalışır ve kendisinden sonraki Şafii fakihlerinin kaide bağlamında bir çok kez kendisine atıf yapılır. "Küll" ve "asl" kavramları ile eserinde bir çok kaide aktaran Malikî fakih Huşenî (v. 361/ M. 972) de kendisinden sonraki fakihleri etkilemiştir.

---

<sup>82</sup> Kızılkaya, s.146-147.

<sup>83</sup> Kızılkaya, s.149.

<sup>84</sup> Kızılkaya, s. 144-145.

Ancak Hanefiler dışında, diğer mezheplerde kaideye dair müstakil eserlerin bu dönemde henüz telif edilmediği görülür.<sup>85</sup>

Kerhî'nin eserinden esinlenerek yazılmış olan “*Te'sîs 'ün-Nazar*” isimli eser de Irak Hanefî ekolünün bir uzantısıdır. Eseri kimin yazdığı hususunda ihtilaf olmakla birlikte, müellifin Maverannahir'de Hanefî Irak ekolünün temsilcisi olduğu bilinmektedir. Genelde **Debusî**'ye atfedilen eserin, **Ebu Leys es-Semerkandî** yahut **Ebu Cafer eş-Şirmanî**'ye ait olup olmadığı tartışmalıdır.<sup>86</sup> *Te'sîs 'un Nazar*, mezhepler ve müçtehitler arası ihtilaf edilen noktaları kaideleri merkeze alarak ortaya koyması açısından önemli bir eserdir ve kendisinden sonraki kavaid yazılımını, özellikle de meşhur kaidelerin bu eserde ilk kez zikredilmesi açısından, önemli ölçüde etkilemiştir. Eserin içerisindeki ihtilaf noktalarının daha ziyade Hanefî müçtehitlerin arasındaki görüş farklılıklarına dayanması, bu eserde mezhebi güçlendirme ve sistemleştirme çabasının yattığını göstermektedir. Te'sîsu'n-Nazar sahibi, görüş ayrılıklarının nedenini, müçtehitler arasında hukuk prensipler konusundaki farklı görüşler olduğunu göstermeye çalışmıştır. Eserin İslam hukukunda kaide kavramının kökenine dair önemli ipuçları verdiği bir diğer husus da, veciz üslupla bilinen bazı kaidelerin, henüz başlangıç aşamasında veciz bir üslupla ifade edilmediklerini göstermesidir. Nitekim müellif Kerhî'nin Risale'sinde geçen bazı veciz üsluplu kaidelerin hangi görüşlere dayandığını gösterir.<sup>87</sup>

## 2. *Kaide kavramı*

İslam hukukunda genel hukuk prensiplerine *Kaide* denmektedir. قاعدة, قعد fiilinden türemiş bir kelimedir. Bu kelimenin sözlük anlamının “*neredeyse tamamında*

---

<sup>85</sup> Kızılkaya, s.154-155.

<sup>86</sup> Kızılkaya, s.157.

<sup>87</sup> Bu husus özellikle iktibas teorilerinde göz ardı edilememesi gereken bir noktadır. Örneğin “Yakîn şekk ile zail olmaz” kaidesi Te'sîs'un-Nazar'da İmam Ebu Hanife'ye ait bir görüş olarak uzun, tafsilatlı ve örneki cümlelerle aktarılmaktadır. Burada geçen ifadelerin ve Roma hukukundaki benzerliği hususunda bk. Çalışmanın mukayese bölümü.

temel ve esas anlamları bulunmaktadır”<sup>88</sup>. Arap dilindeki kullanımına dair bir örnek de, semerin alt tarafında bulunan ve semerin üzerine kurulu olduğu ahşap malzemeye denilen "قواعد اليهودج" ibaresidir.<sup>89</sup>

Kavaid kavramı İslâmî kültürde bir çok ilmi branşta (dil, kelam, felsefe gibi) kullanılmıştır. Fıkıh ilminde hukuk prensibi anlamını ifade etmek üzere kullanılmaya başlanması H. VIII. Yüzyılın başlarına rastlamaktadır. Bu dönemden önce Kaide kavramı yerine daha ziyade Asl, Kıyas ve zaman zaman Kanûn kavramlarının kullanıldığı görünür. **Cürcanî** (v. H. 816/M. 1413) kaideyi “*cüz’iyyatının tamamını içine alan küllî bir hükümdür*” şeklinde tanımlar.<sup>90</sup> Esasen Hicrî VI. yüzyıldan itibaren kaide tanımlarında açıkça “küllîlik” vurgusu görülmektedir.<sup>91</sup>

İslam Genel Hukuk Prensiplerinin özellikle H. VI. yüzyıldan sonra, küllî olarak nitelenmesinin sebebi, Fıkıh ilminin daha ilk dönemlerinden itibaren metod ve akıl yürütme biçimlerini etkileyen Atomcu dünya görüşünün, Gazzalî sonrası (H. VI. yüzyıl) sonrası Aristoteles mantığı ile yer değiştirmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>92</sup> Asl ve Kıyas terimlerini kullanan ilk dönem Fukahânın kelâmî dünya görüşü Atomculuk üzerine kurulu idi. Nitekim bu düşünce modeli nedenselliği bir zorunluluk olarak kabul etmeyen, tümel kavramını ve mahiyet kavramını kullanmayan bir model olarak, küllîliği reddetmekteydi. Atomculuk evreni, tikel parçaların bir araya gelmesinden oluşan, sabit nitelikleri olmayan bir bütün olarak düşünmektedir. Dolayısıyla Atomculuğa dayanan temel fikhî akıl yürütme bazı tikellerin birbirine benzetilerek *kıyas (analoji)* edilmesi şeklinde cereyan etmekteydi. Kıyas kavramı, ilk dönem fıkıhçıların kullanımında, “asl

---

<sup>88</sup> Kızılkaya, s.42.

<sup>89</sup> Kızılkaya,, s.47.

<sup>90</sup> Adnan Algül, “Kavâid İlmi ve İzzüddin B. Abdüsselâm’ın Kavâid İlmine Etkisi”, **Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 2016, c. III, sayı 4, s. 43-67, s.45.

<sup>91</sup> Kızılkaya, s.44-57.

<sup>92</sup> Bk. Hasan Hacak, “Fıkıh İlminin Ortaya Çıkışı ve Diğer İslâmî İlimlerle İlişkisi, İslâmî İlimlerde Metodoloji”, içinde: **Usûl-V Temel İslâm İlimlerinin Ortaya Çıkışı ve Birbirleriyle İlişkileri Tartışmalı İlmî İhtisas Toplantısı 18-19 Ocak 2014**, 2014, s. 511-545.

denilen ve hükmü bilinen bir olayın hükmünün aralarındaki bir benzerliğe dayanarak başka bir olaya yani fer'e geçirilmesinden ibaret olan zihni bir işlemdir."<sup>93</sup>

Daha ziyade fertler üzerinden devam eden İslam hukuk faaliyetinin ilk dönemlerinde hukuk yapısının kazuistik olması böylelikle daha anlaşılırdır.<sup>94</sup> Fertleri bir hüküm altında toplayan unsur, teker teker hepsinde benzerlik olarak karşımıza çıkan vasıflardır. Vaf'ul câmi olarak adlandırılan bu vasıflar, Roma hukukundaki *causa coniectio* (irtibatlı durumlar) terimiyle benzerlik gösterir. Nitekim *causa coniectio* da, belli davalar arasında irtibat kurulmasını sağlamaktadır. Stoacı hukukçu Sabinianus regula'yı *causa coniectio*, yani bir davanın belirleyici unsurlarının bir araya getirilmesini ifade eden bir terim ile tanımlar. Hukuk prensibini bu şekilde tanımlayarak, Sabinianus'un hukuk prensiplerinin kazuistik faaliyeti kısıtlamalarını engellemeye çalıştığı da söylenebilir.<sup>95</sup>

Gazzalî ile birlikte, İslamî ilimlere Aristoteles mantığının resmî girişi gerçekleşmiştir denilebilir. Aristoteles mantığı, tümel kavramlar üzerinden yürütülen bir akıl sistemidir. Böylelikle tikel hükümleri sentezleyerek asıllara ulaşma olarak başlayan hukuk prensibi üretme faaliyeti, daha küllî önermeler ifade etme çabasına dönüşmüştür denilebilir. Sonuç olarak Atomculuk anlayışının hakim olduğu ilk dönemlerde soyut ilkelere ulaşma çabasına dayanan Asl ve Kıyas'lar üretme faaliyetinde, eşyayı mahiyeti üzerinden tanımlayan Aristoteles mantığının tümden gelim metodunun İslamî ilimlere nüfuz etmesi ile birlikte, ciddi bir artış meydana gelmiştir.<sup>96</sup> Aristo mantığına dayalı olarak akıl yürütme faaliyetinde bulunan Şafii mezhebi içerisinde, Küllî kaide telifatında ciddi bir artış meydana gelmekle birlikte, Şafiiler aynı zamanda küllî kaide telifatında öncü olmuşlardır.

Kaide literatürünün zenginleşmesi ile birlikte, kaidelerin küllîlik vasfı da zaman zaman sorgulanmıştır. Hukuk prensiplerinde mantıkta olduğu gibi her bir cüz'ünü kuşatıcı anlamda küllîlikten bahsedilebilir midir sorusu, yeni bir kavramın oluşmasını sağlamıştır. Böylelikle "*kaide*"nin mantık ilminde olduğu gibi tüm

<sup>93</sup> Hasan Hacak, **Atomcu evren anlayışının İslam Hukukuna etkisi, s.187-188.**

<sup>94</sup> Hasan Hacak, **Atomcu evren anlayışının İslam Hukukuna etkisi, s.188.**

<sup>95</sup> Bk. Çalışmanın "Kazuist Regula türü-libri regularum literatürü" adlı başlığı.

<sup>96</sup> Hasan Hacak, **Atomcu evren anlayışının İslam Hukukuna etkisi, s.182, 183, 189.**

cüziyyatını kuşatamayacağına, ancak *çoğunluğunu* kuşatabileceğine dikkat çekmek için, “*ağlebi*” vasfı kullanılmıştır. Esasen kaide kavramının kullanımında, tüm cüziyyatını kuşatmadığına dikkat çeken bu vasfın kaide kavramı ile birlikte kullanılmaması, esasen küllîlik vasfının mantık iliminde olduğu gibi mutlak değil, nisbi olduğunun kabul edilmesine dayanır.<sup>97</sup>

### 3. *Kanun kavramı*

Hicri V. yüzyıllarda hukuk kuralını ifade etmek için bir de kanun kavramının kullanıldığı görülür. **Kanun** kelimesi kaide anlayışının dil ile alakalı irtibatını ortaya sermektedir. Kanun kelimesi daha ziyade dil bağlamında kullanılmıştır.<sup>98</sup> Kanunun kaide anlamını ifade edecek şekilde fikhî metinlerde kullanılmasının erken dönem örneğine bilindiği kadarıyla **İmam’ul-Haremeyn el-Cüveynî**’de (H. 478/M. 1085) rastlanır. Cüveynî dil kaideleri ile birlikte fûrû ve usûl kaidelerini ifade etmek için kanun kelimesini kullanmaktadır. Şüphesiz Cüveynî’nin ilmi şahsiyetinde kelimciliğinin ağır basması onun kanun kavramına olan aşinalığını beraberinde getirmiş olmalıdır.<sup>99</sup> Kanun kelimesinin kökeninde Grekçe “*kanon*” kelimesi yatmaktadır. Muhtemelen Mısır ve Suriye bölgesinin Müslümanlar tarafından feth edildikten sonra Arapçaya girdiği tahmin edilmektedir.<sup>100</sup> Süyanice *kanon* kelimesinin karşılığı كَانُونٌ (“*konuno*”)’dur. Grekçede *kanon* kelimesi bir uzunluk ölçüsü birimiydi ve vergilemeye yönelik arazi tahririnde kullanılmaktaydı. Bu bağlamda kanon kelimesi, hem Süryanice hem de Arapçada kullanılan bir kelimeydi.

Bu noktada kanun kavramının kökeni ve tarih içerisindeki kullanımlarına kısaca değineceğiz. Zira *kanon* yukarıda aktardığımız bu kullanımdan çok daha önce

<sup>97</sup> Kızılkaya, s. 52.

<sup>98</sup> Esasen bir mantık kelimesi olan “kanun”, tıb ve musikî gibi diğer ilmlerde de kullanılmıştır. Örneğin İbn Sinâ’nın meşhur tıbbî dair yazdığı eser “el-Kanûn fi’t-tıbb” adlı başlığı taşımaktadır.

<sup>99</sup> Andülazîm ed-Dîb, “İmam’ul Haremeyn el-Cüveynî”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, c. 8, Türkiye Diyanet Vakfı, 1993, s.141-144.

<sup>100</sup> Halil İnalçık, “Kanun”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, cilt 24, Türkiye Diyanet Vakfı, 2001, s.324-327



antik Grekçe’de bir de dil teorilerinde kullanılmıştı. Samothrace’li Aristarchus’un başını çektiği dilin tabiatına dair tartışmalardan sonra (M.Ö. 215-145)<sup>101</sup>, Analojistler (dilde kıyası kabul edenler) dilde var olduğu savundukları kuralları “kanones” olarak ifade etmeye başladılar. Dolayısıyla *kanones*, Grek dil biliminde kurallı çekimleri ifade etmekteydi. Grek retorîği, doğru konuşmanın ölçütünü üçe ayırmaktaydı: bir söz ya kullanıma dayanarak (*synetheia*), ya klasik metinlere dayanarak (*paradosis*) yahut dilin kendi içerisindeki mantıkî kurallara (*kanones*) dayanarak doğruydu. Bu bağlamda Grek retorîğinde *kanones*, gramatik analojiye göre dayalı çekim listeleriydi. Roma hukukun’da kuralı ifade eden “*regula*” kelimesinin *kanon* kelimesi üzerindeki tartışmalar üzerinden tercüme edildiği bilinmektedir. Hukuk kuralı Roma-Bizans’ta da *regula* kavramı ile ifade edilirdi ve metinlere bu şekliyle geçti. Roma-Bizans’ta *kanon* kavramı ise, dilden ziyade vergi tahririnde ve bir hukuk terimi olarak Hıristiyan dini hükümlerin toplandığı eserlerde kullanılmaktaydı.<sup>102</sup> Kanun kelimesinin İslam kültüründe ilk kullanımı ise bilindiği kadarıyla **Farabî**’de (H. 339) görülmektedir.<sup>103</sup> Bu

---

<sup>101</sup> Samothrace’li Aristarchus İskenderiyye okulun kurucusu olarak kabul edilir. İskenderiyye okulu dilde analojiyi savunmaktaydı. Buna göre dildeki çekimler dilin düzenli olduğunu ve bazı kurallarla ifade edilebileceğini savunmaktaydı. Bu ekolün karşısında ise aynı dönemde yaşamış Mallos’lu Crates tarafından temsil edilen anomalistler, dilin herhangi bir kurala bağlanabilmesi için çok fazla istisnalar barındırdığını ve dilin doğal bir gelişimi süreci içerisinde geliştiğini savunmaktaydılar. Anomalistler, doğruluğunu tespit ettikleri kurallar sayesinde dilde doğru olmayan kullanımları tespit etmeye çalıştılar. “Kanon“ Kavramı dilde doğruluğu tespit edilen kuralları ifade etmekteydi. Dil tartışmalarının Roma’ya da yansımından sonra, Varro ve Quintilian gibi önemli dilciler, iki görüşü sentezlemeye çalışmışlardır. Analoji’deki kuralların da esasen kullanıma dayandığını ifade ettiler. Bu bağlamda Roma gramerci stoisyen felsefesinin de etkisiyle kuralların tabiatı var olduklarını ve sadece keşfedildiklerini savundular. Dolayısıyla Roma’da Stoa felsefesiyle, Analojist görüşün birbirini tamamlayıcı şekilde devam ettiği görülür. (bk. Stein, s.53-61.)

<sup>102</sup> Adolf Berger, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The Lawbook Exchange, Ltd., 1953, s.379. Örnek olarak Anonymos’un kilise hukukuna dair yazdığı Nomocanones 14 titulum isimli telifi verilebilir. Anonymos eseri telif edenin ismi bilinmediği için bu şekilde zikredilir. Altıncı yüzyılın sonlarında doğru yaşadığı kabul edilir. (Berger, s.363.)

Kavramı dilde doğruluğu tespit edilen kuralları ifade etmekteydi. Dil tartışmalarının Roma’ya da yansımından sonra, Varro ve Quintilian gibi önemli dilciler, iki görüşü sentezlemeye çalışmışlardır. Analoji’deki kuralların da esasen kullanıma dayandığını ifade ettiler. Bu bağlamda Roma gramerci stoisyen felsefesinin de etkisiyle kuralların tabiatı var olduklarını ve sadece keşfedildiklerini

dönemden önce İslam hukukun'da kanun kavramının kullanılmadığı, hukuk kuralını ifade etmek için asl ve kıyas kavramlarının kullanılması kural ve prensip düşüncesinin İslam hukukunun iç dinamiklerine dayandığını gösterir. H. II. yüzyılda başlayan tercüme faaliyetleriyle birlikte Müslümanların Grek kültür ve felsefesinden etkilenmesinde sonra dahi “kanun” kelimesi daha çok dil ve felsefenin terimi olmuş, ilerleyen dönemlerde fıkıh ilmi içerisinde daha ziyade “kaide” kavramı kullanılmaya başlamıştır.<sup>104</sup>

İmam'ul Haremeyn el- Cüveynî kanun kelimesinin yanı sıra birde *makasid* terimini ilk kez kullanan fıkıhçıdır. Eserlerinde hükümlerin belli başlı sebeplerden dolayı konulduğunu ve bu sebeplere makasid denilebileceğini vurgulamıştır. Makasid kavramı içtihat ve reyin kıyas dışında kalan alanları, yani, *istislah*, *istihsan*, *istishab* ve *örf* gibi hukuk kaynaklarını açıklamak için kullanılmıştır.<sup>105</sup> Hocasının hükümlerin

---

savundular. Dolayısıyla Roma'da Stoa felsefesiyle, Analogist görüşün birbirini tamamlayıcı şekilde devam ettiği görülür. (bk. Stein, s.53-61)

<sup>103</sup> Kanun kelimesi Farabî'nin (H. 339) “İhsâ'ul-Ulûm”unda da kullanılmıştır. Farabî grek retorğinde de olduğu gibi, kanon/kanun kelimesini dil bağlamında kullanır. Hatasız konuşmanın kuralları bağlamında kanun kelimesini kullanır. C. H. M. Versteegh, “The Origin of the Term ‘Qiyâs’ in Arabic Grammar”, **Zeitschrift für Arabische Linguistik**, no. 4 (1980), s.7-30, Harrasowitz Verlag, s.22)

<sup>104</sup> İlk dönemlerden itibaren hukuk kuralı ve prensibi ifade etmek için kullanılan el-*kıyas* (“ölçü”) teriminin etimolojisine bakıldığında, yunanca *kanon* (“ölçü, birim”) anlamına yakın bir anlama sahip olduğu görülür. Yunanca kanon kelimesi ile kıyas kavramı arasında irtibat kuran, bir takım Oryantalist çalışmalar mevcuttur (örn. C.H.M. Versteegh, “The Origin of the Term ‘Qiyas’ in Arabic Grammar”). Çalışmanın amacını aşacağından dolayı, “kıyas” ile “kanon” kavramlarının olası irtibatı araştırılmadı. Birbirine benzeyen davaların kurucu unsurlarını (*causa coniectio*) bir araya toplayan önerme olarak tanımlanabilecek regulae, İslam hukukunun ilk dönemlerinde belli başlı meselelerin sentezi anlamında erken dönemlerde kullanılan “kıyas” ı çağrıştırdığından, bu konu üzerinde daha fazla çalışma yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>105</sup> Abdurrahman Haçkalı, “İlgili Literatür Çerçevesinde Makâsı İctihadının Tarihi Seyri”, s. 272-273, içinde; Ahmet Yaman, **Makâsıd ve İctihad. İslam hukuk Felsefesi Araştırmaları**, İstanbul: Rağbet Yayınları, 2010, s.259-303.)

maksadı konusunda yaptığı derecelendirmeyi<sup>106</sup>, daha da yalın hale getiren Gazzalî olmuştur. Hicri VII. yüzyıldan itibaren ve de özellikle Abbasî hilafetinin düşmesi ve hilafet merkezinin Mısır'a taşınmasıyla birlikte, maksad kavramı kavaid geleneğine de girmiştir. Şafii âlimi **İzz b. Abdüsselâm** (v. H. 660/ M. 1262) “*Kavâidu'l-Ahkâm fî Mesâlihi'l-Enâm*” adlı eserinde hükümlerin maksadını sadce ta'lîl bağlamında (yeni olaylara çözüm üretme) değil, tüm ahkâm'ı anlamak için (nass ve nasslardan türetilmiş hükümleri anlama) ele almıştır. İzz b. Abdüsselâm'da ilk kez üst kaideleri tahriç etme çabası görülmektedir, nitekim o maksadı tüm hükümlerin temel prensibi olarak sunmuş ve böylelikle kendisinden sonraki Şafii ve Malikî geleneğinde güçlenecek olan **tümel** kaide anlayışının ilk örneklerinden sayılmaktadır. İzz b. Abdüsselâm kaideleri maksad'ı ile birlikte zikrettiğinden dolayı, ondan önceki klasik kavaid eserlerine benzememektedir.<sup>107</sup> Maksad düşüncesinin etkisi, İzz b. Abdüsselâm'ın öğrencisi Karafî'de de görülmektedir. Karafî'de kavaid düşüncesinin git gide daha detaylı incelemelere konu olduğu görülmektedir, zira o çalışmasının hükümlerden ziyade kaideler arasındaki benzerlik ve farklılıkları ortaya koyma amaçlı yazmıştır.<sup>108</sup> Zikrettiğimiz iki müellifin eseri, kavaid'in İslam hukuk literatüründe daha derin incelemelere tabi tutulmasının öncüleridir. İki eserin de maksad düşüncesinden etkilenmiş olması dikkat çekicidir. Maksad'ın İslam hukuk felsefesine dair bir terim olarak, hükmün arakasında yatan “*hikmet*” ve “*illet*”i ifade ettiği dikkate alınırsa, maksad'ın İslam hukuk düşüncesinin ideal hukuk anlayışının bir tezahürü olduğu söylenebilir. Nitekim maksad, şari'nin maslahatı celb, mefesdeti ise ortadan kaldırmasının, yani içtihat faaliyetiyle ortaya çıkan yeni hükümde “olması gereken”in bir tezahürüdür. Kavaid yazılımına maksad düşüncesinin yanılması, böylelikle İslam

---

<sup>106</sup> Cüveynî, kıyas işleminde illet veya asl olup olmaması bakımından hükümlerin beş kategoriye ayrılabilceğini söyler. Gazzalî bu kategorileri daha yalın hale getirerek, “ta'lîl bağlamından makâsîd bağlamına taşır”. Gazzalî'ye göre önemi bakımından hükümdeki maksatlar üç kısma ayrılır: Zarûriyyat, Hâciyyat ve Tahsîniyyat. (Haçkalı, s. 272-273.)

<sup>107</sup> Adnan Algül, s. 60, Kızılkaya, s.168-170.

<sup>108</sup> Kızılkaya, s.171-173.

hukuk kuralı kavramının daha da belirginleşmesini ve İslam hukuk felsefesinin kavramlarıyla desteklenmesini sağlamıştır.<sup>109</sup>

H. VIII. yüzyılda/ M.XIV. mezhep görüşlerinin yerleşmesi, furû ve usul yazılımının oturması ile birlikte, sistemleşmiş mezhep görüşünün dayanmış olduğu ilkeler incelenmeye başlanmış kavaid yazımı da bu gaye ve amaçla ele alınmıştır. Kavaid yazılımının güçlenmesiyle birlikte, ortaya konulan kaidelerin ferî meselelere tatbik edilmesi daha yakından incelenmiştir. Nitekim kaidenin veciz uslubu ve kolayca ezberlenip öğretilmesi, tealluk etmediği konulara da nispet edilme tehlikesini beraberinde getirebilmektedir. Böylelikle fakihler, kaidelerin altında “(...)gerek şekil, gerekse hüküm bakımından birbirine benzeyen birçok örnek aktarmaya ve bunların söz konusu kaide ile olan ilişkilerini ortaya koymaya(...)” çalışarak, “Eşbah ve’n Nezâir” literatürünü oluşturmuş oldular.<sup>110</sup> Bu süreç içerisinde Şafii mezhebi fukahası kavaid yazılımında öncü konumuna gelmiş, kavaid anlayışını başlatmış olan Hanefiler ancak İbn Nüceym (v. H. 970/ M. 1563) ile başlayan bir süreçte dikkate değer sayılabilecek eserler telif etmişlerdir. Böylelikle H.X./M.XVI. yüzyıla gelindiğinde, kavaid literatürünün tam anlamıyla teşekkül etmiş olduğu görülmektedir. Bu dönemden sonraki telifatlara bakıldığında, özellikle eğitim ve öğretim amaçlı kavaid eserlerinin yazıldığı gözlemlenir.<sup>111</sup>

#### 4. Dâbit kavramı

Kaide kavramı ile iritbatlı olan bir diğer kavram “Dâbit” kavramıdır. “الضابط” sözlükte güç, kuvvet, bir şeyin kontrol edilmesi, korunması gibi anlamlara gelir.<sup>112</sup> Kavaid anlayışının oturmasından sonra, kaideler arasında kapsam açısından bir ayrım

<sup>109</sup> Ali Bardakoğlu, “Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü”,

çinde: Prof. Dr. Ahmet Yaman, **Makâsıd ve İctihad**, Rağbet Yayınevi, İstanbul:2010, S.92-97.

<sup>110</sup> Kızılkaya, s.426-427.

<sup>111</sup> Kızılkaya, s.215.

<sup>112</sup> Kızılkaya, s.69.

gidilme ihtiyacı doğmuştur. Dâbıt, kaidenin daha dar kapsamlı olanıdır, zira dâbıt hukukun dar bir alanındaki prensibi ifade etmektedir. Dolayısıyla dâbıta “özel kaide” de denilebilir. Örneğin, “zarar zararlar ile izale olunmaz” genel nitelikli bir kaide olup fikhın bir çok alanında geçerliken, dâbıta örnek olarak verebileceğimiz, “rehin iğlak olunmaz” ifadesi, fikhın dar bir alanında -burada rehin babında- geçerlidir. Dâbıt ile kaide arasındaki kapsam farkının yanı sıra, delalet açısından da fark bulunur. Şöyle ki, “aralarındaki bu fark, dâbıtın kaideye göre altına giren hükme delaletinin doğrudan ve daha kuvvetli olmasını sağlamaktadır”<sup>113</sup>. Doğal olarak da bu durum, dâbıtın kaideye göre daha az istisnasının bulunmasına yol açmaktadır. Buna göre, kapsam’ın genişliği ve istisnasının çokluğu bakımından beş külli kaide, kaide, ve dâbıt şeklinde bir sıralama yapılabilir.

İlk dönem İslam hukukçuları, kazüistiğe dayanan hukuk faaliyetlerinde sistem arayışına girmiş ve hükümleri bir araya toplayan genel kurallar inşa etmeye çalışmışlardır. Hukuk kuralının tümel bir önerme haline dönüşmesi ise daha çok Aristoteles mantığının İslamî ilimlere girmesinden sonra, yani hicrî VI. yüzyıldan sonra yoğunlaşmıştır. Bu bağlamda özellikle Şafii fıkıhçılar tarafından fikh önce beş temel ilkeye ayrılmış, sonra kapsamın daralmasına göre önce kaideler sonra “dâbıt” denilen, daha dar kapsamlı özel kurallar ele alınmıştır.<sup>114</sup>

## ***B. Roma Hukukunda Hukuk Kuralı***

### ***1. “Regula” Kavramı***

*Regula* Latince “yönetmek, yönlendirmek” anlamına gelen *regere* fiilinden türemiş bir isimdir. *Regere* fiiliyle bağlantılı “*rectus*” kelimesi “doğru, düzgün” anlamlarına gelir. “*Regula*” ise, inşaatta kullanılan düz mastara verilen isimdir. Başka

---

<sup>113</sup> Kızılkaya, s.72.

<sup>114</sup> Kızılkaya, s.65.

aletler de, düz olmasını sağlamaları kaydıyla *regula* olarak adlandırılabilirdi.<sup>115</sup> *Regula* kavramı Roma hukukundaki hukuk kurallarını ifade eden genel bir terimdir. Bu terimi ilk kullanan Roma gramercileriydi. Nitekim *regula* kelimesi esasen, Grek dil ve retoriginin terimi olan kanonun tercümesiydi. Grek kültürünün Roma kültürüne etkisinin<sup>116</sup> en bariz görüldüğü retorik, gramer ve felsefe'nin ortak terimi olarak *kanon*, yine “ölçü” anlamını taşımaktaydı ve Roma gramercileri tarafından dildeki çekim kurallarını ifade etmek için tercüme edilmişti.<sup>117</sup> Gramerciler arasındaki kullanımına yine de az rastlanılmakla birlikte, M.S. I. yüzyıl hukukçularının *regula* kavramını Roma gramerinden bildiklerini varsayabiliriz.<sup>118</sup> *Regula* kavramının hukuk bilimine geçmesi ise Cumhuriyetin<sup>119</sup> son dönemindeki Yunan düşüncesi etkisiyle felsefe ve gramer alanındaki değişim ve etkileşimin de etkisiyle Principatus döneminde<sup>120</sup> (klasik hukuk döneminde) olmuştur.<sup>121</sup>

*Regula*'nın tanımı hukuk kurallarına ayrı bir fasılın ayrılmış olduğu Corpus Iuris Civilis'in Digesta bölümünün başında yer almaktadır:

*“Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.”*<sup>122</sup>

<sup>115</sup> Bruno Schmidlin, Die Römischen Rechtstregeln- Versuch einer Typologie, Max Kaser, Wolfgang Kunkel ve Franz Wieacker, **Forschungen zum römischen Recht**, içinde: Köln-Viyana: Böhlau Verlag, 1970, s.20.

<sup>116</sup> “Roma hukuk biliminin hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanında ciddi bir oranda Grek felsefesinin etkisinde kaldığı ve bu etkinin özellikle stoisyen düşünce akımında yoğunlaştığı genellikle kabul edilmektedir.” (bk.Karagöz, s.41).

<sup>118</sup> Schmidlin, s. 21.

<sup>119</sup> Roma Cumhuriyet dönemi M.Ö. 509 ile M.Ö. 27 yılları arası dönemdir.

<sup>120</sup> Principatus dönemi M.Ö. 27-M.S. 284 Yılları arası dönemdir. Bu dönem aynı zamanda Klasik hukuk dönemidir.

<sup>121</sup> Karagöz, s.82.

<sup>122</sup> Dig. 50, 17, 1 (Paulus ad Plautium).

“Hukuk kuralı, bir meseleyi, hukukun kuraldan türetilmesi şeklinde değil, kuralın hukuktan türetilmesi yoluyla açıklasın. Yani kural, meselelerin kısa beyanını ihtiva eder, ve Sabinus’un da dediği gibi, hukukî bir meselenin özeti verilmektedir. Bir meseledeki yanlış kullanımı ise onun işlevini ortadan kaldırır.”

Burada dikkat çekilen husus, hukuk kuralının “*ius*”a göre şekillenmesi gerektiğidir. Verilen tanıma göre, *regula* normatif bir karaktere sahip değildir, aksine hükmün arkasındaki meselenin özeti ve ana unsurlarını gösteren kısa ve öz sözdür. Ancak tanımda dikkat edlimesi gereken önemli bir nokta şudur: bu tanım postklasik hukukçuları olan **Paulus** ve **Sabinus**’a aittir, ve *regula*’nın sadece bir türünü tanımlamaktadır. Schmidlin’in tespit ettiğine göre, *regula* ile adlandırılan kurallar kendi içerisinde üç kısma ayrılmaktadır:

- i. Normatif karakterli *regula* ki bunlar daha çok *regula iuris* olarak adlandırılırlar
- ii. Kazuistiğin içinden doğmuş betimleyen kurallar ki bunlara da kısaca *regula* denmektedir.
- iii. *Regula*’nın benzeri ve bazen de kesiştiği tanım terimidir ki buna *definitio* da denmektedir.<sup>123</sup>

Digesta’nın “*De diversis regulis iuris antiquis*” başlıklı faslında geçen regulanın bu tanımı, daha çok ikinci türü tanımlar. Ancak tarihi sürece bakıldığında, regulanın ilk türü bu değildir. İlk dönem hukukçularının (*veteres*) *sententia* yahut *opiniones* olarak adlandırılan görüşleri ve sözleri, o dönemde henüz *regula* olarak adlandırılmış olmasalar da, postklasik metinlerde *regula* olarak adlandırılan kuralların ilk türünü teşkil etmektedirler.

---

<sup>123</sup> Definito’nun *regula* olup olmadığı konusunda tartışma mevcuttur. Zira metinlerde bir çok kez birbirinin yerine kullanıldığı görülse de, definitio’nun tanım olması hasebiyle *regula*’dan ayrıştığı görülmektedir. Schmidlin’in bu konuya şöyle bir açıklık getirmeye çalışır: *Regula*, “ölçü” anlamını taşır, definitio da bir nevi ölçüdür, zira bir meselenin *essentia* (öz, rükün) ile *accidentalia*’sını (talî unsurlar) birbirinden ayırarak, özellikle hukuk müesseseleri bağlamında belli bir ölçünün oturmasını sağlar. (Schmidlin, s.165)

## 2. Normatif “Regula iuris” ve “Sententia” kavramı

*Sententia*, “(özlü) söz” anlamındadır ve hukukî bağlamda veteres olarak adlandırılan ilk dönem hukukçulara ait hükümler ve ifadelerdir.<sup>124</sup> *Regula* kavramı daha geç ortaya çıkmıştır. Bu yüzden *sententiae*’nin olduğu dönemlerde kullanılmamaktadır. Hukuk faaliyetinin başlangıcında bir çok görüş mevcuttur ve bu görüşler *dicta* (vecize, özlü söz), *praecepta* (öğreti, kural) yahut *proverbia* (atasözü) şeklinde aktarılmaya müsaittirler.<sup>125</sup> Bunlardan bazıları, içerik ve yapılarından dolayı daha fazla itibar görmüşleridir ve Klasik döneme gelindiğinde bazı *sententiae* yahut *opiniones* (görüşler) anonim bir şekilde, herhangi bir kaynak verilmeksizin aktarılmıştır. Herkes tarafından bilindiği kabul edilen eski dönemden kalma “*dicta*”<sup>126</sup> kalıbındaki mücerret görüşler, aynı zamanda eski *ius*’un ifadesidir. Eski dönemlerden kalma kutsal hukukun<sup>127</sup> tezahürleri oldukları için, daha sonraki hukukçular olarak normatif bir karakterde algılanmışlardır.<sup>128</sup> Nitekim, objektif deyim tarzında yazılmış olmaları (“*Spruchformel*”) onların normatif olarak algılanmalarına yol açmıştır.<sup>129</sup> Hukuk’un ne olduğunu belirleyen bu kurallara klasik devirde ortaya çıkmış metinlerde geriye dönük olarak “*regula iuris*” denilir. Klasik metinlerde, *sententia* kavramı hukukçuya atfedilerek ve açıklanarak onun mücerret görüşünü ifade ederken, *regula iuris* kavramı herkes tarafından bilindiği varsayılarak ve herhangi bir atıf yapılmadan normatif bir kuralı ifade eder.<sup>130</sup>

<sup>124</sup> Veteres dönemi takriben M.Ö. 2. yy ile M.S. 1. yy’dır. (bk.Karagöz, s.15.)

<sup>125</sup> Schmidlin, s.20.

<sup>126</sup> Schmidlin, s.109.

<sup>127</sup> Daha fazla bilgi için bk. Çalışmanın “Roma hukuk tarihi ve *Regula* kavramı” başlığı.

<sup>128</sup> Stein, s.106. „*Julian’s argument shows the strength of the old maxims. Where they were inconvenient and out of step with the trend of legal development, they could not be ignored; they demanded elaborate explanations to show that they were not applicable.*”

<sup>129</sup> Schmidlin, s.57.

<sup>130</sup> Schmidlin, s.57.



### 3. *Kazuist Regula türü – libri regularum literatürü*

İlk dönemin şekilciliği ve katı hukuk anlayışı, kuralların oluşması için iyi bir ortam sunmaktaydı denilebilir. Romanistler arasındaki genel kanaat, özellikle erken dönem hukukçuların kurallar ürettikleri doğrultusundadır.<sup>131</sup> Bu bağlamda hatta Jörs, Roma hukukunun ilk dönemlerini “*Regularjurisprudenz*” olarak adlandırmaktadır.<sup>132</sup> Ancak kutsal hukuk anlayışının ve şekilciliğe bağlı bir çok hukukî muamelenin Roma hukuk tarihi içerisinde git gide kaybolması, ilk bireysel hukukçuların (“laik hukukçular” olarak da adlandırılır) faaliyetleri, dava usulundeki değişiklikler ile birlikte hukuk daha kazuistik bir yapı kazandı. *Regula iuris*’in normatif karakteri, kazuist faaliyette bulunan hukukçuların büyük saygısına mazhar olsa da, bir çok kez istisnalar, çetrefilli argümanlar ile meriyeti sınırlanmaya çalıştı.<sup>133</sup> Böylelikle eski ius’u ifade eden, kadim yasalar, lağvedilemeseler de farklı bir anlayışa binaen değişik biçimlerde algılanmış oldu. Kazuist hukukun ortaya çıkardığı yeni *regula*’lar ise, hem Corpus Iuris Civilis’in içerisinde dağınık biçimde ve özellikle son fasılda hem de *libri regularum*<sup>134</sup> denen

<sup>131</sup> Schmidlin, s.21.

<sup>132</sup> Paul Jörs, ilk dönemde hukuk malzemesinin sadece pratik için bir araya getirildiğini ancak gittikçe hukukun teorik biçimde ele alındığını da ifade etmektedir. Hukuku teorik biçimde algılamanın ilk tezahürü ona göre hukuk kuralları oluşturma faaliyetidir. Jörs bu faaliyeti „Regularjurisprudenz” olarak adlandırır. (Paul Jörs, **Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik**, cilt 1: “Bis auf die Catonen”, F. Vahlen, München: 1888, s.283-312.

<sup>133</sup> Schmidlin, s.47,

<sup>134</sup> „(...) Principatus devrinin ilk yıllarından itibaren *regula* ifadesi ve kural kavramı Roma hukuk biliminde mevcut olmakla beraber, bu konuya özgü kitap ve eserlerin yazıldığı tarih daha sonraya rastalamaktadır. Ancak MS 2. Yy’ın başlarından itibaren bu konuda eserler yazıldığı anlaşılmaktadır.” (bk. Karagöz, s.122.) Labeo *regula*’yı Pithana adlı eserinde ele alır. “*Regula*” başlıklı ilk müstakil eser telif eden Neratius’tur. *Regula* ile ilgili eser telif eden diğer hukukçular şunlardır: Cervidius Scaevola, Gaius (*regularum libri/regularum liber singularis*) ve Pomponius (*regularum liber singularis*), Paulus (*regularum libri/ergularum liber singularis*), Ulpianus (*regularum liber singularis/ regularum libri*), Licinius Rufinus Marcianus (*regularum libri*), Modestinus (*regularum libri*). Bu kitaplar başlangıç mahiyetinde kitaplardı. Kitaplarda tartışmalar yer almaz, hukukî birikim özlü, veciz bir söz ile ifade edilir. (bk. Karagözs.122-128) ve Stein,s.79-89.)

literatürde zikredilmişlerdir.<sup>135</sup> Bu döneme kadar “regula” kavramı kullanılmamakla birlikte Regula iuris’in ilk örneğine klasik dönem hukukçusu **Marcus Antistius Labeo**’da (ö. M.S. 10) rastlanır.<sup>136</sup> Hukukçu **Cato**’ya atfettiği mirasa dair bir hukuk kuralını “*Regula Catoniana*” olarak isimlendirmektedir. Hukukçuluğun yanı sıra dil bilgisi ve gramerdeki bilgilerinden dolayı, regula’yı ilk kez hukuk bağlamında kullanan hukukçu olmuştur. Labeo’ya kadar “*Sententia Catoniana*” olarak anılmış olan bu kural, belli bir hukukçuya atfedilmesine rağmen tipik bir regula iuris örneğidir. Otoritesi hiç bir zaman sorgulanmamış ve sürekli olarak miras konusunda kendisine atıf yapılmıştır. Ancak yine de, kuralın geçerli olmadığı bazı durumlar olabiliyordu. Hukukçular bu durumlarda yukarıda da ifade ettiğimize benzer şekilde, normatif *Regula Catoniana*’yı zikrettikten sonra istisnalarının neler olduğunu genişçe ele alarak kuralın devamlılığını sağlamışlardır.

Burada *regulanın* kavram olarak hukukta ilk kez kullanıldığı dönemlerde önemli bir tartışmayı zikretmekte fayda var. Roma hukukunun iki önemli ekolu olan Sabinianus ve Proculianus ekolleri *regulanın* mahiyeti hususunda farklı görüşlere sahiptirler. Proculianus ekolünün kurucusunun hocası olan Labeo, *regulayı* mantığı altında toplanabilecek her türlü durumu kapsayan kural koyucu bir önerme olarak tanımlamaktaydı. Buna göre hukuk önermeye uymalıydı. Bu görüşünden dolayı zaten, Labeo Cato’nun kuralını *regula*, yani Grek diyalektiğine uygun biçimde, “ölçü” olarak adlandırılmıştı. Ancak Cato’nun kuralına normatif bir karakter izafe etmek bazı davalar için problemleri sonuçlara yol açabiliyordu. Proculien ekolünün başını çeken hukukçulardan **Celsus** (ö. M.S. II.yy), *Regula Catoniana* ile ilgili Dig. 34. 7. 1. de “*bu tanımın bazen yanlış olduğu*”na dikkat çeker (“*quae definitio in quibusdam falsa est*”). Kurallara normatif karakter atfeden Proculien ekolü, bazı durumlarda kaidenin kullanılamayacağını, yani istisnalarının olduğuna dikkat çekmektedir. Daha sonraları Proculiendir olarak bilinecek olan hukuk ekolünün kurucusu olarak da bilinen

---

<sup>135</sup> Schmidlin, s.206.

<sup>136</sup> İlk İmparatorluk dönemine en önemli hukukçusudur. Hukuk eğitiminin yanı sıra gramer, dil ve felsefede iyi bir eğitim görmüştü. Bu sebepten dolayı olmalı ki, hukuka özellikle isabetli tanımları ile büyük katkı sağlamıştır. (Michael Stolleis, **Juristen: ein biographisches Lexikon : von der Antike bis zum 20. Jahrhundert**, C.H. Beck, 2001, s.375-376.)

Labeo'nun *regulaya* dair normatif yorumu, karşıt ekolün yani Sabinienler'in itirazlarına maruz kalacaktı. **Sabinus** Digestler'in *de diversis regulis iuris* bölümündeki yukarıda da zikrettiğimiz tanımda *regulanın* definitiodan farklı olmadığını belirtir. *Regula* hukukun ne olduğunu belirlemez, aksine hukuk neyse onu ifade eder. *Regula* rivayet edilir (*traditur*) ancak davayı kısaca özetleyen *causa coniectio*<sup>137</sup>, dan daha fazlası değildir. Zira Sabinienlere göre, eğer kural üzerinde herhangi bir istisna yapılcakasa *officium*'unu yani geçerliliğini kaybetmiş olacaktır.<sup>138</sup> *Regula*'yı *definitio*'nun eş anlamlısı olarak gören hukukçulardan biri de Celsus'tur. Celsus, *regulanın* bazı davalarla uyuşmadığı durumlarda geçersiz sayılmasını *regulanın* geçerliliğini kaybettiği anlamına gelmediğini savunur. Aksine *regula* hala geçerlidir. Bu tıpkı dilde kıyası savunanların, çekim şemasına uymayan istisnaların varlığının kuralı yine de bozmayacaklarını savunmalarına benzemektedir.

Kazuist hukuk anlayışı içerisinde normatif kurallar fazla rağbet görmezler, ancak eski otoritelerine binaen yine de kendilerine atıf yapılır. *Regula* eğer, yeni hukuk anlayışı ve değişen şartlara artık uymuyor ise, istisna yapılarak yahut *regulanın* asıl maksadına uygunluğu tartışılarak uygulama alanı dışına çıkarılmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla her ne kadar Klasik hukuk döneminde de normatif karakterli *regulanın* üretildiği gözlemlenirse de, *regulanın* normatif karakterde olduğu anlayışı git gide kendisini dinamik ve kısıtlamaya karşı bir hukuk anlayışın betimleyici *regulasına* bırakmıştır.<sup>139</sup> Dolayısıyla, Roma hukukunun geleneksel yapısını arzedan pragmatik

---

<sup>137</sup> Davacıların hakim önüne geldikleri davanın ikinci aşamasını ifade eder. Davayı detaylı biçimde hakime sunmadan evvel, genel hatlarıyla özetlenmiş halini (*per indicem*) sunuyorlardı. Davanın genel hatlarıyla özetlenmiş hali olan *causa coniectio* eğer eksik yahut yanlış bir şekilde ifa edilirse anlamını yitirmiş olur ve dava tüm detaylarıyla açılması gerekir.

<sup>138</sup> "et ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum." Dig. 50.17.1.

<sup>139</sup> Schmidlin, s.205.

yaklaşımına eğilimi olan Sabinianus okulunun yaklaşımı, hukukta mantık ve yenilik taraftarı olan Proculienlerin yaklaşımına baskın gelmiştir.<sup>140</sup>

Genel olarak Roma hukukçuların faaliyetlerinde sistematikten ziyade empirik yaklaşım sergilediklerini bu yüzden hukukun kazüistik olduğunu belirtmek gerekir. Hukukçular kurallara meyil gösteriyorlardı ancak bir kuralı ifade edilmiş biçimiyle yahut kapsam alanıyla değil, davaları çözümlenmekteki faydası açısından değerlendiriyorlardı. Bazı yazarlara göre hukukçuların genel prensipler geliştirme konusunda fazla ileriye gitmemleri onlara pek de ihtiyaç duymamalarından kaynaklanmaktadır.<sup>141</sup> Nitekim Roma hukuku bir teori hukuku olmaktan çok dava hukukudur.

Salt Kazuistik dışarıdan bakan için oldukça karmaşık ve sistemsiz gözükmektedir. Özellikle Felsefe ve mantık gibi ilimleri iyi bilen, hukukun empirik yaklaşımını küçümsemesi oldukça anlaşılır bir durumdur.<sup>142</sup> Nitekim Roma'nın Grek felsefesi ve Stoa felsefesinden etkilendiği dönemlerde, bazı düşünürler hukukun bu empirik-pragmatik yaklaşımına anlayış gösterememişlerdir. Sadece eleştirmekle kalmayıp, hukukun kazüistik ve karmaşık yapısına düzen ve sistem getirmeyi amaçlayarak ıslah etmeye çalışan ise **Marcus Tullius Cicero** olmuştur.<sup>143</sup> Helen kültürünü ve ilimlerini çok iyi bilen Cicero, hukuktaki basit kazüistikten yakınmış ve onun bir sisteme kavuşturulması gerektiğini savunmuştur. Ona göre, hukuk bilimi *artes* yani, helen kültüründe "*sanatlar*" olarak adlandırılan musiki, astroloji, gramer ve mantık gibi ilimlere dahil edilmeliydi ki bunun yegane yolu, diyalektikte kullanılan

---

<sup>140</sup> Bunun başlıca sebebi, bir de Corpus Iuris Cvilis kanunnamesine kaynaklık eden kanunnamelerinin Hadrian dönemine ait olmalarıdır. Hadrian döneminde, imparatoruyla consilum'da Sabinien ekolünün baskın geldiği bilinmektedir.

<sup>141</sup> Stein, s.102.

<sup>142</sup> İslam dünyasında Gazzalî'nin mantık bilmeyenin ilmüne güven olmaz şeklindeki yaklaşımını bir de bu açıdan değerlendirebiliriz.

<sup>143</sup> Marcus Tullius Cicero, M.Ö. 106 yılında doğmuş önemli siyasetçi, düşünür, felsefeci, advocatus (avukat) ve konuşmacı (retorik)dır. Hızlı kariyerinde praetorluk ve konsulluk görevlerine haiz olmuştur. Roma düşüncesini Grek mirasıyla irtibatlandırılan önemli şahsiyetlerdendir. Bu bağlamda da bir çok eser telif etmiştir. Bunlardan özellikle retorik ile ilgili olanları şunlardır: De oratore, Partitiones oratoriae, Topica, Brutus.

yöntemlere tabi tutulmasıydı. Cicero bu geniş çaplı projesini “*ius in artem redactum*”<sup>144</sup> olarak adlandırmış ve bu görüşlerini “De oratore” adlı çalışmasında açıklamıştır.<sup>145</sup> Projesini gerçekleştirmenin yolu Cicero’ya göre temelde iki adımla olacaktır: ilk olarak dağıntık hukuk malzemesini tasnif etmek gerekir. Genel kategorileri (*genera per pauca*) elde ettikten sonra, ikinci işlem tanımların (*definitio*) koyulmasıdır. Sonuç olarak Cicero kazuistik dava eksenli düşünceyi hukukî tümden gelim (“*Rechtsyllogismus*”) ve hukukî önermeler (“*Rechtstopik*”) ekseninde yeniden düzenlemeyi öngörmüştür.<sup>146</sup>

#### 4. *Regula*’ya benzer bir kavram olarak “*Definitio*”

*Definitio*<sup>147</sup> terimini ilk kez kullanan Cicero değildir. Veteres dönemi metinlerde dahi *definitio* rastlanılmaktadır. Klasik hukuk dönemine gelindiğinde ise, dava hakkına bağlı hüküm üretme faaliyetinde ister istemez boşluklar oluşmuş ve bu boşluklar salt kazuistik ile çözümlenememiştir. Hukukun özellikle istikrar sağlaması gereken, örneğin miras, vesayet gibi konularda git gide *definitiones*, yani tanımlar yapma ihtiyacı duyulmuştur.<sup>148</sup> *Definitio*, hukukî sözler, filler, müesseseler gibi tüm hukukî alanda sınırları ve işlevleri ortaya koyar. Dolayısıyla *definitio* bir meselenin *essentialia* (“öz”)<sup>149</sup> ile *accidentalia*’sını (“*tâli unsurlar*”) bir ölçüye bağlayarak, *regulanın* bir türü gibi görülebilir. Nitekim *definitionun* bir *regula* türü olup olmadığı

<sup>144</sup> *Ius in artem redigere*, “hukuku sanatlar vasıtasıyla ıslah etmek” şeklinde tercüme edilebilir.

<sup>145</sup> Cicero’nun „De oratore“ adlı eseri, retorik ile ilgili yazdığı bir eserdir. Konuşmacının nasıl olması gerektiğini konu alan üç diyalog şeklinde tasarlanmış bir çalışmadır. M.Ö. 55 yılında yazılmıştır.

Cicero’nun konu hakkındaki görüşleri için bk. Ferdinando Bona, „Das Ideal der Rhetorik bei Cicero und das „*ius civile in artem redigere*“. Almancaya tercümesi Christian Baldus und Massimo Miglietta, *Rivista di diritto romano* VI, 2006.

<sup>146</sup> Schmidlin, s.169.

<sup>147</sup> *Definitio*, çoğulu *definitiones*.

<sup>148</sup> Schmidlin, s.166.

<sup>149</sup> Akitler bağlamında *essentialia*, İslam hukukundaki rukün kavramına benzer bir kullanıma sahiptir. (Konuyla ilgili bk. Meinrad Dreher, **Die Versicherung als Rechtsprodukt: die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung. Die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung**, Mohr-Siebeck, 1991, s.155.

tartışılmış, bu konuda farklı görüşler öne sürülmüştür. Postklasik dönemde yazılan ve yukarıda da aktardığımız *regula* tanımındaki Paulus’a ait “*regulae est quae rem quae breviter enarrat*” (“*Regula bir meseleyi kısaca aktaran (şey) dir*”) ibaresi de definitionun *regula* ile keştiğini gösterir. Schmidlin’in tespit edebildiğine göre postklasik dönemin bir türü olan *libri regularum* literatüründe de bir çok definitioya rastlanır. Ancak yine de defintio, *reguladan* farklıdır ve onun bir türü olarak görülemez. *Libri regularum*<sup>150</sup>’da bir çok defintio’nun zikredilmesi, onun “ölçü” olma bağlamında *regulaya* benzemesinde yatmaktadır. Havva Karagöz’ün çalışmasında çeşitli örneklerle gösterdiğine göre de defintio veteres döneminden itibaren *reguladan* farklı biçimde kullanılmıştır. Bu bağlamda defintio, *regulanın* bir türü sayılamaz.<sup>151</sup> Hakikaten de Cicero’nun sistematik ve terimselleşmiş bir hukuk geliştirme projesi gerçekleşmemiş, definitio kazuistik hukukun merkezinde konumlanmaktan ziyade hukukî müesseselerin şekillendiği dönemde ancak hukukçuya yardım eden bir gereç olabilmıştır.”<sup>152</sup>

Post-klasik döneme gelindiğinde, hukukun kaynağının da değişmesi ile birlikte, *regula* kavramı da değişikliğe uğramıştır. Klasik dönemde hukukun kaynağını eski *ius* ve onu bireysel hukuk faaliyetiyle bazen kapsamını daraltarak bazen genişleterek bazen de mücerret bir hüküm bağlamında ortadan kaldırarak dinamik tutan bireysel hukuk faaliyetidir. Ancak Roma postklasik dönemine gelindiğinde artık bir İmparatorluktur. Hukukun kaynakları eski *ius vetus* (gelişme göstermeyen alan), bir de *leges* olarak adlandırılan İmparator yasalarıdır. İmparatorun koyduğu kanunlar, kendisinden sonra gelen İmparatorlar başka bir kanun ile ortadan kaldırmadığı sürece, değiştirilemezler. Netice olarak bir *constitutiodan* (kanunname) doğan hukuk kuralı da ne tartışılabilir ne de geçicidir. Dolayısıyla normatif bir karaktere sahiptir. Bu esnada klasik hukuk alanında ilerleme katedilmemiş, eski miras tekrar tekrar okutulup, özetler, açıklamalar şeklinde nesillere aktarılmıştır. Literatürün özetler şeklinde ilerlemesi aynı zaman klasik devirde *regula*’ların postklasik devir kitaplarına tartışmalardan bağımsız şekilde yansımaları sağlamıştır. Böylelikle geç klasik dönemden itibaren *regula* kelimesi belli bir davaya nispet edilemeyecek kadar soyut önermeleri kapsadı. *Maxim*

<sup>150</sup> *Liber regularum, çoğulu libri regularum*:“Kural kitapları”.

<sup>151</sup> Schmidlin, s.206-209 ve Karagöz, s.83-90.

<sup>152</sup> Schmidlin, s.208.

olarak da adlandırılabilir bu ifadeler daha çok hukukî argümanlarda kullanılabilir çarpıcı cümlelerdi. Hukuk öğreniminde de *regula* oldukça şöhret kazanmıştı: *regula* kalıbına az çok benzeyen her ifade hemen *regula* olarak öğretiliyordu. Zira İmparatorluk'ta memurların hukuk bilgisine ihtiyaçları vardı ancak her memurun tüm hukuk külliyatını bilmesi ve de hukukî istidlalde bulunabilmesi mümkün değildi. M.S. V. yüzyılın hukukçuları hukuku otoriter biçimde ortaya konulmuş olan kararlar manzumesi olarak görüyorlardı, nitekim siyasî çekişmelerin içerisinde bu düşünce istikrar ve güven vadediyordu. Hükümler üzerinde tartışmayı da tercih etmedikleri için kategorik ifadelerle daha fazla eğilim göstermişlerdir. *Regula* konusundaki bu farklı yaklaşımın kökeninde bir de Bizans döneminde Roma hukukunun geçirdiği evrim yatmaktadır. Roma hukuk tarihinin kısa özeti başlığında da değineceğimiz üzere, Roma-Bizans hukukçuları eski hukukçuların tartışmalarını anlamakta yetersiz kalmışlardı.<sup>153</sup> Otoriteye dayandırabilecekleri kesin bir kaideye ulaşabildikleri sürece hukukçular daha fazla çaba sarf etme gereksimi duymuyorlardı. Dolayısıyla hukuk öğretiminde *regula* sıkça başvurulmaktaydı. Sonuç olarak *regulanın* yine postklasik dönemde daha normatif bir karaktere büründüğü görülmektedir. V. yüzyıla ait kanunnamelerde kural kalıbına sokulmuş olan ancak hukukî bağlamlarından sıyrılmış olan hukukî ifadelerin genel prensip olarak kabul edildikleri görülür. Bunda Roma İmparatorluğunun doğu eyaletlerinde farklılaşması da etkili olmuştur. Zira Roma'nın doğu eyaletlerindeki yerel uygulamalar klasik metinlerde ifade edilenlerin doğru anlaşılmasına, ya da farklı yorumlanmasına yol açmıştır.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Sebepleri için bk. Roma hukuk tarihi başlıklı bölümde Corpus Iuris Civilis ve Doğu Eyaletler Roma hukuku başlıklı alt bölüm.

<sup>154</sup> Karagöz, s.70-72. Doğu eyaletlerdeki Roma-Bizans hukuku hakkında daha fazla bilgi için bk. çalışmamızın Roma tarihi adlı bölümü.

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ORYANTALİSTLERİN İSLAM HUKUKUNUN ROMA HUKUKUNDAN İKTİBAS EDİLDİĞİNE DAİR İDDİALARI

Oryantalistler ve daha sonrasında İslam bilimcileri, İslam hukuku ile Roma-Bizans hukuku ile çok erken bir dönemden itibaren ilgilenmişlerdir. Mukayesenin bağlamı bazen sadece benzerlikler ile farklılıklara dikkat çekmek olmuş, çoğu kez ise İslam hukukunun başlangıcı (*Anfänge/Beginnings*), İslam hukukunun kökenleri (*Origins*) olarak adlandırdıkları çalışmalar olmuştur. İslam kaynaklarının İslam fikhını şer'î, yani Tanrı tarafından vaz edilmiş bir hukuk sistemi olarak tanımlaması elbette bir gayr-ı müslim tarafından kabul edilecek bir iddia değildir. Üstelik bu hukuk sistemin sadece özgün değil aynı zamanda Antikçağ hukuk sistemleri arasındaki gelişmiş hukuk sistemleri ile boy ölçebilecek kadar bir metodolojisinin bulunması, kaynaklarını ve de teorisini çok erken bir safhada geliştirmiş olması, bir çok batılı araştırmacıyı İslam hukukunun kökenlerini dış etkenlerde aramaya sevk etmiştir. Bu bağlamda araştırmacıların Roma- Bizans ve Yahudi hukuku ile benzerlikleri kurmaları, Batı'daki hukuk kültürünün ve hukukçuların şahsî profiliyle alakalıdır. Roma hukuku ile bir takım benzerlikler üzerinde durulmuş, Yahudî hukukuyla da irtibatlandırılan çalışmalar olmuştur. Ancak Sasanî hukuku, Babil hukuku ve eski Mezopotamya ile detaylı ve ciddi araştırmalar yapılmamıştır.



## A. Schacht öncesi dönem: Adolf von Kremer, İgnaz Goldziher ve diğerleri

Hollandalı Şarkiyatçı **Adriaan Reland** (1676-1718) 1708 yılında İslam hukuku ile Roma hukuku arasındaki benzerliklere dikkat çeken ilk isimdir. “*Dissertationes Miscellanea*” isimli eserinde iki hukuk sistemi arasındaki benzerlikleri ele almış, ancak tarihsel bir etkileşim hakkında herhangi bir teori geliştirmemiştir. Reland İslam hukukundaki “yabancı” unsurları zikretmesiyle birlikte özellikle Roma hukuku ile olan münasebete ağırlık vermiştir.<sup>155</sup>

İslam hukuku Roma hukuku ile ilişkilendirme isteği elbette bazı sosyal ve siyasi nedenlere dayanmaktaydı. Nitekim Avrupa'nın ortak değeri haline gelmiş olan Roma hukukunun Müslüman devletlerde uygulanan İslam hukukunun temeli olduğunu ispatlamak suretiyle siyasi güç ve otorite kazanma hedeflenmekteydi.<sup>156</sup>

Bazı araştırmacılar zamanın ruhundan<sup>157</sup> o derece etkilenmişler ki, İslam hukukunun “*Arap suretine bürünmüş Roma hukuku*”<sup>158</sup> olduğunu adeta peşin hüküm olarak kabul ettiler. İtalyan hukukçu Dominico Gatteschi, 1865 yılında yayımladığı

---

<sup>155</sup>Adriaan Reland (Lat. Hadriani Relandi), *Dissertationes Miscellanae*, trajecti ad Rhenum, Gul. Broedelet, 1706-1707.

<sup>156</sup> Wael B. Hallaq, *The Quest for Origins or Doctrine? Islamic Legal Studies as Colonialist Discourse*, *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law* (2002).

<sup>157</sup> Bu kavramı burada özellikle Felsefede (bk. Herder) zamanın düşüncesev ve felesefi ruhunu (mentalitesini) ifade eden “*Zeitgeist*” anlamında kullanılmaktadır. Bu bağlamda “*Zeitgeist*” ifadesini hukuk, hukukun oluşumu ve etkileşimi (orijini) bağlamında kullanılmaktadır. Daha fazla bilgi için bk. Thomas Würtenberger, ***Zeitgeist und Recht***, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1991. ve Manfred H. Vogel, ***The Phenomenon of Religion***, University Press of America, 2007.

<sup>158</sup> Sheldon Amos, ***The History and Principles of the Civil Law of Rome: An Aid to the Study of Scientific and Comparative Jurisprudence***, Londra: K. Paul, Trench & Company, 1851, s.405/414. Amos'un ilk kez dile getirdiği ifadeyi Ayman Daher, “The Shari'a: Roman Law wearing an islamic veil” isimli makalesinde küçük bir değişiklik ile alıntılanmıştır. (Ayman Daher, *The Shari'a: Roman Law wearing an islamic veil?*, *Hirundo: The McGill Journal of Classical Studies*, Volume III: 91-108, Edinburgh: 2005.

“*Manuale di diritto pubblico e privato ottomano*”<sup>159</sup> adlı eserinde İslam hukuku ile Avrupa hukuku arasındaki benzerliklerden bahsederken, İslam hukukunun kısa sürede gelişmiş olmasının ancak Roma hukukundan iktibasta bulunmasına borçlu olduğu tezini savunur. Onun eseri, Mısır’da yaşayan Avrupalıların, İslam hukukunu Avrupa hukuku bağlamında anlamalarına yardımcı olmak amaçlı yazılmış, konkordans niteliğindedir. O, Arap diline pek hakim olmadığı halde, Kuran’da hükümlerin azlığını, Suriye’nin Roma hukukunun sadece uygulanan değil aynı zamanda öğretilen bir eyalet olduğunu, mühtedilerin kendi hukuk anlayışlarını bırakmadıklarını ve yabancı unsurların kolaylıkla hadisler şeklinde kabul ettirilmiş olabileceğini öne sürmüştü. Benzer şekilde İngiliz hukukçu **Sheldon Amos** (1835–1886), “*The History and Principles of the Civil Law*” isimli çalışmasında İngiltere’nin Hindistan’ın yerel hukukunu değiştirmesinde çektikleri zorluklara kıyas ederek, yerel hukukun (onun kabulüne göre Bizans hukuku) İslam hukuku tarafından kolayca ortadan kaldırılmış olamayacağını, halkın eski alışkanlıklarında devam ettiklerini savunur. Ona göre “*Muhammed’in hukuku Doğu İmpartorluğundaki Roma hukukunun Arap eyaletlere uyarlanmış halinden başka bir şey değildir*”.<sup>160</sup>

Amos ve Gatteschi’den önce 1853 yılında **Maximilian Enger**, “*Maverdî Constitutiones Politicæ*”<sup>161</sup> adlı eseriyle mülkiyet terminolojisindeki benzerliklere

---

<sup>159</sup> Domenico Gatteschi, “Manuale di diritto pubblico e privato ottomano: contenente le principali capitazioni e trattati di commercio della Porta coll potenze cristiane e relativi regolamento;--un estratto del diritto civile musulmano, disposto secondo l'ordine del Codice Napoleone.”, Tip. della posta europea di V. Minasi e c., 1865. Osmanlı hukukunun Mısır’daki uygulamasına ilişkin ansiklopedik bir eserdir. Ticari hukuk, “*capitulation*” kapitülasyon ve yabancılar hukukuna özellikle değindiği eserinde, 100 sayfayı aşkın bir bölümde Kara Avrupası özel hukuk ve İslam hukukunun konkordansı bulunmaktadır. Gatteschi’nin eseri İslam hukukunu Batı hukukuna göre düzenleme çabasıyla yazılan daha sonraki eserlerde özellikle borçlar kanunu çerçevesinde önem kazanacaktır. (Leonard Wood, **Islamic Legal Revival: Reception of European Law and Transformations in Islamic Legal Thought in Egypt, 1875–1952**, Oxford University Press: Oxford Islamic Legal Studies, 2016, s.103.

<sup>160</sup> Amos, s.415.

<sup>161</sup> Ali ibn Muhammad Mawardi-Maximilian Enger, **Maverdii Constitutiones Politicæ**, Bonn: Adolphum Marcum, 1853: Şafii fakihî Maverdî’nin devletin teşkilat ve idaresiyle alakalı hükümleri bir araya getirdiği eserin tercümesidir. Daha önce sadece bazı bölümleri tercüme edilip yayımlanan eserin tamamı ilk defa Maximilian Enger tarafından yayımlanmıştır. Eserle ilgili bilgi için bk. Ulrike Mitter,

dikkat çekmişti. Maverdî'nin "*Ahkam-ı sultaniyye*"sinin Latinceye tercümesi olan eserinde, vergi sistemindeki benzerlikleri, Müslümanların fethettikleri bölgelerdeki vergi sistemini değiştirmeyip Bizans vergi sistemini devralmalarıyla açıklamıştır. İki hukuk sistemindeki mülkiyet anlayışında da benzerlikler görür.

Enger'in mülkiyet konusunda dikkat çektiklerinden yola çıkan bir diğer isim de **Lodewijk Willem Christiaan van den Berg**'tir (1845-1927). 1868 yılında "*de contracto do ut des iure muhammedano*" ("*Muhammedî hukuktaki do ut des akitleri*")<sup>162</sup> Latince eserinde, akit konusundaki benzerlikleri ele alır. Ancak eserini, bey' kavramını ifade etmek üzere bu şekilde isimlendirmesi isabetli değildir. **F.F. Schmidt** tarafından da tespit edildiği gibi, *do ut des* akitleri bey akdini karşılamamaktadır.<sup>163</sup> Nitekim *do ut des* akitleri aynî akit türündendir, bey' de ise rızaî akit söz konusudur. Van den Berg'in eseri yine de akitler konusunda önemli benzerliklere işaret ederek konuyla ilgili yapılan araştırmalarda kendisine atıf yapılmıştır.<sup>164</sup>

Batılı araştırmacılar **Ignaz Goldziher**'e (1850-1921) kadar, İslam hukuku ve Roma hukuku arasındaki benzerlikleri farklı bağlamlarda ortaya koydular. Goldziher öncesi konunun ele alındığı eserlere bakıldığında İslam hukukunun kökenine dair tarihsel bir yaklaşıma rastlanılmaz ve mukayese eserin ana konusu mahiyetinde değildir. Ayrıca Roma hukuku ile kurulan benzerlikler kısmen çok iddialı olsa da, bu iddiayı ispatlamaya yönelik detaylı incelemelere yer verilmemiştir. 1887 yılında "*Muhammedanische Studien*" adlı eserden önce yazılan **Adolf von Kremer**'in "*Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen*", yani "*Halifeler Döneminde Şarkın Kültür Tarihi*" adlı çalışması tek istisna olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

**Das Frühislamische Patronat. Eine Studie zu den Anfängen des islamischen Rechts**, Würzburg: Ergon Yayınevi, 2006, s.60 ve s. 90.

<sup>162</sup> Bk. Lodewijk Willem Christian van den Berg , **De contractu 'do ut des' iure mohammedano**, Leiden: S. C. van Doesburgh, 1868.

<sup>163</sup> Rüdiger Lohlker, **Das Islamische Recht im Wandel. Riba Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart**, Münster; Waxmann Verlag, 1999, s.96.

<sup>164</sup> Mitter, s. 73-76.

Adolf von Kremer'in (1828-1889) "*Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen*"<sup>165</sup> adlı çalışması kendisinden sonraki çalışmalara önemli derecede ışık tutmuş ve kendisine çokça atıf yapılmıştır.<sup>166</sup> Fıkhın kökenlerine dair yapılan batılı araştırmalarda Roma hukuku iktibasını savunan güçlü seslerin (Goldziher, Schacht gibi) yanında Kremer'in çalışması, Roma hukukunun Yahudilik etkisi teorisini savunanlara ilham kaynağı olmuştur. Nitekim Kremer, Müslümanların Roma hukukunu okumuş olmaları gerektiği hususundaki teorileri kabul etmemiştir. Ona göre etkileşim, İslam öncesi dönemde Arap yarımadası ve komşu Roma eyaletleri arasındaki yoğun ticari ilişkiden kaynaklanmıştır. Kremer'e göre etkileşimi tetikleyen bir diğer unsur da, hukukî ilişkiler olmuştur. Zira Araplar her gün Roma hukukuna göre hüküm veren halklarla birlikte yaşadılar. Kremer'in tezini özgün kılan ise, onun Yahudi hukukundan bazı müessese ve hükümlerinin doğrudan İslam hukukuna girmiş olmasına yönelik tezidir. Ona göre İbn Abbas Yahudi literatürünü çok iyi bilmekteydi ve Peygamber'e bildiklerini aktarmaktaydı.<sup>167</sup> İslam hukuku bir çok kültürün yan yana varlığını sürdürdüğü bir ortamda doğdu. Roma hukuku, Helen kültürü, eski Mezopotamya ananelerinin yanı sıra, Arap yarımadasının örfi hukuku Semitik ve Sasanî unsurları barındırmaktaydı.<sup>168</sup>

Söz konusu Semitik unsurlar, özellikle kölelik hükümlerinde görülmektedir. Kremer'e göre, kölelik kadim Semitik bir müessese olarak varlığını Cahiliyye döneminde sürdürmekteydi.<sup>169</sup> Örneğin, *mukatebe* (kölenin kendi hürriyetini satın alması) Talmudik bir uygulamadır.<sup>170</sup> *Müdebber* (efendisinin ölümünden sonra kendisine hür kalacağı teminatı verilmiş olan köle), Roma hukukunda vasiyet yoluyla serbest bırakılmış kölenin durumuna benzer ve bu uygulama Yahudi hukukunda da

---

<sup>165</sup> Adolf von Kremer, **Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen**, Viyana: Braumüller, 1875-1877.

<sup>166</sup> Patricia Crone, **Roman, Provincial and Islamic Law. The Origins of the Islamic Patronate**, Londra: Cambridge University Press, 1987, naklen Mitter, s.28-30.

<sup>167</sup> Bk. Kremer

<sup>168</sup> Kremer, s.533-539.

<sup>169</sup> Kremer, s.547.

<sup>170</sup> Kremer, s.525.

vardır.<sup>171</sup> İslam hukukunda kölenin hür bırakılması, Roma hukukundaki *manumissio*<sup>172</sup> ile benzerlik gösterir. Nitekim İslam hukukunda, *manumissio*'da olduğu gibi hür bırakılmış olan köle efendisine, efendi de köleye mirasçı olabilmektedir. Tüm bunlar, von Kremer'e göre semitik kökenli kölelik müessesesinin hem Roma hem de İslam hukukunu etkilediğini gösterir.

Eski semitik kültüre dayanan bir diğer İslam hukuku müessesesi de von Kremer'e göre nikahtır. Ona göre Müslümanlar, semitik kültüre dayanan (ve ondan beslenen) nikah ile ilgili hükümleri geliştirmişlerdir. Mehir kelimesi İbranice “*mohar*” dan gelir, Roma hukukunda mehir uygulaması esasen yoktur, bu semitik bir adettir. Ona göre *muharramat* (evlenilmesi yasak olan kadınlar) hükümleri, özellikle köle ile evlenme yasağı tamamıyla Talmudiktir.<sup>173</sup> Kremer, Talmud hukukundaki boşanma yahut eşin vefat etmesi durumundaki 90 günlük iddet müddetinin İslam hukukuna üç kur' hükmüne evrilerek geçtiğini iddia eder. Ancak etkileşimin Peygamber döneminde mi, İslam öncesi dönemde mi vuku bulduğu hakkında emin olmadığını da vurgular.<sup>174</sup>

*Hacr* konusunda da benzerlikler tespit eden Kremer, hacr (kısıtlama) kelimesinde *capitis diminutio* (kısıtlanmış ehliyet) kavramının tam karşılığını görür. Hacr<sup>175</sup> altında olan kimsenin velisinin izni olmadan malvarlığını eksilten tasarruflarda bulunamamasını, Roma hukukundaki hükme benzetir. Velayetin bittiği yaş konusunda

---

<sup>171</sup> Kremer, s.526. Tedbîr'in vasiyyet mi hibe mi olduğu hususunda İslam hukukçuları arasında ihtilaf vardır. Patricia Crone, “Roman, provincial and Islamic Law” adlı eserinde, tedbîr'in Helen kültürüne ait paramone müessesesinden alındığını savunur. Ayrıca bk. Mitter, s.41-42.

<sup>172</sup> “Manumissio”, kölenin serbest bırakılması anlamında hukuk terimidir. Serbest bırakılmış köle bazı hizmetleri sunması ve toplumsal hayatta desteklemesi açısından efendisine (patronus) bağlı olmaya devam eder. Efendisinin yahut kendisinin ölümüyle bu bağlılık sona erer. (bk. Christian Friedrich Mühlenbruch, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*, C. A. Schwetckhe und Sohn, 1847, s.85-93.

<sup>173</sup> Kremer, s. 537-539.

<sup>174</sup> Kremer, s.520.

<sup>175</sup> Ebu Hanife'nin içtihadında hacr'ın dayanakları, hacr konusunda diğer mezheplerin görüşleri ve ilahî metinlerdeki dayanağı için bk. Abdullah Kahraman, *Ebû Hanife'nin İctihatlarında İnsan Hürriyetine ve Onuruna Verdiği Önemi Gösteren Bir Örnek -Sefihin Hacir Edilmemesi-*, *İslâmî Araştırmalar*, 2002, c.XV, sayı 1-2, s. 247-253.

İslam hukukunun Roma hukukundan etkilendiğini savunmaktadır: Roma hukukunda *cura minorum* (reşit olmayanlara velayet/vesayet) sefeh hükmünde olanların yanı sıra, akıl hastalarını da kapsamaktaydı. Buna göre “*puberes minores XXV annis*” (yirmibeş altındaki küçükler) reşit sayılmazlardı. Kremer’e göre, Ebu Hanife’nin bir görüşü bu uygulamayı yansıtmaktadır. Nitekim o sefih olan kimsenin yirmibeş yaşına gelindiğinde mallarının tekrar teslim edilmesine hüküm vermişti. Kremer’e göre Ebu Hanife, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf buluğ yaşını rüşd yaşından ayırırlar. Zihni gelişim güney iklimlerinde kuzey iklimlerine göre daha erken tamamlandığından dolayı, rüşd yaşını yirmi beş kadar geç bir yaşa ertelemenin bir anlamı yoktur. Kremer zikrettiği bu argümanlardan dolayı, Ebu Hanife’nin yirmibeş yaş görüşünü Roma hukukundan aldığı ifade eder.<sup>176</sup>

Borçlar hukukunda da bazı benzerlikleri tespit eden Kremer, *judicium redhibitorium*’u yeterli açıklamada bulunmaksızın *hıyar’ul ayb* ile karşılaştırır, ancak herhangi bir iktibas yahut etkileşimden bahsetmez. Çeşitli hükümleri mukayese ederken, Yahudi hukukunda benzerlik tespit edemediğinde Roma hukukundan etkilenmiş olduğu tezini devreye sokan müellif, eserinde şufa, şirket, icra ve miras hükümleri başta olmak üzere bazı benzerliklere değinir, ancak görüşlerini ve delillerini ayrıntılı biçimde ortaya koymaz.

Kremer’in dikkat çektiği bazı noktalar çalışmamız için de hususî önem arz etmektedir. Nitekim Kremer, bazı hukuk kuralları arasındaki benzerliklere değinen ilk araştırmacılardan biridir. Eserinde iki farklı hukuk kaidesi hakkındaki mülahazalarına rastlamaktayız. Bunlardan birincisi, rehin ile ilgili hüküm beyan eden “كل ما جاز بيعه جاز”

---

<sup>176</sup> Kremer, s.535-540. Argümanlara dikkatli bakıldığında ise Kremer’in bazı hükümleri yanlış anladığı görülür. İslam hukukçuları buluğ ile rüşd yaşı arasında teknik bir ayrımı gözetmezler. İmam Ebu Hanife’nin uygulaması sadece harcamalarında kısıtlanan bir kimsenin durumuna yöneliktir, böyle bir kimsenin ehliyeti diğer açılardan kısıtlı değildir. Dolayısıyla Ebu Hanife’nin hükmü rüşd yaşına yönelik bir uygulama olarak anlaşılabilir. Ancak şunu da teslim etmek gerekir ki, Roma hukukundaki *capitis diminutio* ile tamamen örtüşmesine de Ebu Hanife’nin, sefehe mallarının teslim edilmesinde *puberes minores XXV annis* (25 yaş altında küçükler) hükmüne tekabül eden 25 yaş öngörmesi, Roma hukukundaki uygulamadan etkilendiğine işaret edebilir.

"ألبينة على المدعي و اليمين على من أنكر" (satılabilen her şey rehin olabilir)<sup>177</sup>, ikincisi ise "ألبينة على المدعي و اليمين على من أنكر" ("Beyyine müdde'î için ve yemin münkir üzerinedir")<sup>178</sup> kaideleridir.<sup>179</sup> İki kaideyi çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleyeceğiz.

Adolf von Kremer İslam hukukunun diğer hukuk sistemleriyle olan ilişkisini ortaya koyma hususunda birçok araştırmacıyı etkilemiştir. Ancak bununla birlikte bir çok soruyu da beraberinde getirmiştir. Etkileşim yahut daha da ileriye gidilecek olursa iktibas, vuku bulduysa eğer nerede ve hangi yüzyılda olmuştur? Salt benzerliklerden yola çıkarak iktibastan bahsetmek doğru mudur?

Konuyla ilgilenen ilk araştırmacılar salt Roma hukuku etkisinden bahsederken, bazıları şarkın ortak kültüründen bahsetmiş, Yahudi hukukunu temel kaynağı olarak sunmuş, ve hatta *Hammurabi Yasalarını* da etkili saymıştır. Ancak hükümlere bakıldığında Roma hukuku veya diğer hukuk sistemleri ile benzerlik keşfeden araştırmacılar, klasik İslam kaynaklarına baktıklarında bu yabancı kaynaklara herhangi bir atıf bulamadılar. Böylelikle İslam hukukçularının savunduğu, İslam hukukunun klasik teşekkül teorisi güçlü bir gelenek olarak çalışmalarını sorgulamaktaydı. Bunun sebebi ise İslam hukukçularının bilgi değeri verdiği rivayetlerdi.

Goldziher'in "*Muhammedanische Studien*"<sup>180</sup> adlı eseri başta olmak üzere, konuyla ilgili tüm telifleri bu bağlamda bir başlangıç noktasını teşkil etti. Zira Goldziher, bilgi kaynakları ile ilgili sorunu çözmeye yönelik bir adımda bulunarak Klasik İslam düşüncesinin İslam hukukunun tarihsel gelişimi ve usul-u fikh'in teşekkülü konusundaki tarih yazımını sorguladı ve hadislerin oluşumuyla ilgili bir Hadis teorisi geliştirdi.<sup>181</sup>

<sup>177</sup> Kremer'e göre Latince karşılığı, "*quod emtionem (sic) venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*". Bk. Kremer, s.516.

<sup>178</sup> Mecelle'nin 76. Kaidesi. Konuyla ilgili bk. Mustafa Yıldırım, **Mecelle'nin Küllî Kâideleri**, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2009, s.165.

<sup>179</sup> Kremer, s.536. Bu kaidenin Latince karşılığını vermiyor.

<sup>180</sup> Ignac Goldziher, "Muhammedanische Studien", Georg-Olms Yayınevi, 1961.

<sup>181</sup> Daha fazla bilgi için bk. Ignaz Goldziher, **Hadith: The 'Traditions', Ascribed to Muhammed**, State University of New York Press, 1971.

Goldziher geliştirdiği hadis tenkit metoduyla bir çok hadisin H. 150 yılından sonra ortaya çıktığını ve dolayısıyla hadislerin İslam hukukunun kökeni hakkında geleneksel İslam anlayışının savunduğu biçimde İslam hukukuna kaynaklık edemeyeceğini savundu. Daha açık ifade etmek gerekirse, hadisler ve rivayetler, İslam’ın çocukluk döneminin bir belgesi değil, olgunluk döneminde İslam toplumunun içerisinde baş gösteren bazı ferdİ ve siyasİ çabaların bir rnr.<sup>182</sup>

Geleneksel İslam anlayışının dayandığı birinci bilgi kaynağı olan Kuran’ın da pek fazla hukukİ uygulama içermediğini ne süren Goldziher, İslam hukukunun kökenlerinin Peygamber döneminde değil, Hicri II. Yüzyılın Irak’ında olduğunu savunmaktadır. Ona göre ilk dönem İslam hukukları rfİ Arap uygulamalarına, Sasanİ-Bizans hukukuna ve (rey olarak ifade ettikleri) aklİ selimlerine dayandılar. Dolayısıyla sistematik bir hukuk sistemi ancak H. II. Yüzyılın sonlarında diğer hukuk sistemlerden iktibasta bulunma ve akıl yürütme faaliyetiyle şekillenmeye başladı.<sup>183</sup>

Goldziher eserinde Kremer’in çalışmalarına itiraz etmiş, İslam hukukundaki yabancı unsurların erken dönem İslam hukuku ve hatta Cahiliyye uygulamasıyla değil de, II. yahut III. Yüzyılda Arap olmayan mühtedİ mevİlİnin katkısıyla İslam hukukuna girdiğini savunmuştur. Dolayısıyla o buradan hareketle İslam’ın Roma hukukuyla II. Ve III. yüzyıllarda temas ettiğini savunur.<sup>184</sup>

Goldziher iktİ müessesesinin kökenlerini *emphyteusis*’te görür. Emphyteusis, anlaşma yahut bakımını üstlenmek kaydıyla kullanım hakkını sağlamaktadır. Tüm Ortadoğu da Helen kültürün bir parçası olarak bilinen emphyteusis, Goldziher’e göre iktİ müessesesini etkilemiştir. Ona göre Roma hukukunda *agri deserti* yani “harap olmuş toprak” olarak tanımlanan toprakların karşılığı İslam hukukuna mevİt arazi<sup>185</sup> (tarıma ve yerleşime uygun olmadığı için sahipsiz bulunan arazinin mülkiyet veya

<sup>182</sup> Goldziher, **Muhammedanische Studien**, c. II, 4-5. Hildesheim: Georg Olms, 2004. Goldziher’in Hadis teorisini özetleyen bir eser için bk. Mitter, s.21-23.

<sup>183</sup> Goldziher, II, 5.

<sup>184</sup> Goldziher, II, 73 devamı.

<sup>185</sup> Mevİt arazi: tarıma ve yerleşime uygun olmadığı için sahipsiz bulunan arazinin mülkiyet veya kullanım

hakkını kazanma amacıyla kullanılması anlamında İslām hukuku terimi



kullanım hakkını kazanma amacıyla kullanılması anlamında İslâm hukuku terimi) olarak girmiştir. Goldziher'in mevât arazi ve iktâ ile ilgili düşünceleri daha sonra Becker tarafından tekrar ele alınıp, daha detaylı çalışmalara konu olmuştur.<sup>186</sup>

Goldziher mukayesesinde daha çok etimolojik benzerliklerden yola çıkmıştır. Örneğin *responsa prudentium* terimini İslam hukukundaki fetvaya benzetmiştir.<sup>187</sup> Bir diğer örnek *fıkıh* kavramını *iurisprudentium* kavramının karşılığı olarak sunmasıdır. *Iurisprudentia Digesta*'da "*rerum divinarum atque humanum notitia*"<sup>188</sup> (*tanrısals ve beşerî olayların algılanması*) olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda fukaha da *iurisprudentes*'in karşılığıdır. Goldziher Yahudi hukukundaki *chokma/chakanim* terimi ile de irtibat kurmaktadır. Bu tespitlerine dayanarak gerek İslam hukuku ve de gerekse Yahudi hukukunun, Roma hukukundan etkilenmiş olduğunu savunur.<sup>189</sup>

*Corrigere ius propter utilitatem publicam* – "*hukuku kamunun kullanışı doğrultusunda düzeltme*" anlamına gelir ve Goldziher'e göre özellikle Malikiler'in kullandıkları maslahat kavramının karşılığıdır.<sup>190</sup> Benzer şekilde istishab, rey, illet terimleri ve işlevleri Roma hukukundan alınmıştır. "Rey" in *opinio prudentium*'un salt tercümesi gibi gözüküğünü ifade eden Goldziher, aynı zamanda hukukçuların içtihat

<sup>186</sup> Carl Heinrich Becker, "Die Entstehung von Ustr und Haragland", *Islamstudien*, Leipzig 1924, vol. 1, s. 218–233.

<sup>187</sup> Crone, s.103.

<sup>188</sup> Dig. 1.1.10,2.

<sup>189</sup> Ignaz Goldziher, "Fikh", *EI*, cilt 2, Leiden/Leipzig: 1927, s.130-132.

<sup>190</sup> Ignaz Goldziher, "Das Prinzip des Istishab in der Muhammedanischen Gesetzswissenschaft", *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes*, sayı 1, Viyana: 1887, s.229. Crone'un itirazı: Burada kamu ile kastedilen "*utilitas publica*" ferdin yararını bırakıp devletin yararını gözetmektir. Bu ise İslam hukukunda istislah'ı tam karşılamaz. İstislah kavramını daha iyi karşılayan ancak, "salah" kök anlamını içermeyen, "*utilitas causa receptum*" dur.

"*Utilitas causa receptum*" daha hakkaniyetli bir sonuca ulaşabilmek için yürürlükte olan hukuk kuralından vazgeçmek anlamına gelir. Crone, istislah kavramının Yahudilikte *mippene tikkun ha olam yahut mippene tikkannah* kavramında karşılık bulunduğunu savunur. (Crone, s.104-105.) Goldziher'in görüşü eleştiren bir diğer isim de Rudi Paret'tir. İstislah kavramı ancak H. 5. yüzyılda ortaya çıkmıştır, bu bağlamda "ratio legis" ile herhangi bir etkileşim söz konusu olamaz. (Rudi Paret, "İstislan and İstislah", s.257. Aynı görüşü FitzGerald'da benimsemektedir: FitzGerald, "Alleged Debt of Roman to Islamic Law", s.97.)

etmede yetkili kılınmalarını da Roma hukukunun hukukçulara verdiği yetkiye dayandırır.<sup>191</sup>

Kremer gibi Goldziher de mukayesesinde "ألبينة على المدعي و اليمين على المنكر" ("Beyyine müdda'î için ve yemin münkir üzerinedir")<sup>192</sup> kaidesine yer vermektedir. Kaidenin birinci kısmın tamamen Roma hukukundan alıntı olduğunu savunmaktadır. Ona göre ikinci kısmı Roma hukukunda ifade edilmese de, yemin Roma hukukunun da bir unsurudur.<sup>193</sup> Kaide hakkında o da Kremer gibi daha fazla incelemeye yer vermemekle birlikte, bu kaidenin "Arapların örfünde yerleşik bir kaide" gibi gözüktüğünü ifade eder.<sup>194</sup>

Goldziher İslam hukukunun kökenlerine dair araştırmasıyla Oryantalistleri ciddi ölçüde etkilemiştir. Halbuki, bu tarz bir yaklaşımda akademik anlamda Crone'un da iddiasına göre, bir çok metodolojik probleme rastlanılmaktadır.<sup>195</sup> Bunlardan en mühimi, Goldziher'in bahsettiği benzerlikleri etimolojiye dayandırmaya çalışmasıdır. Roma hukukunun klasik dönemine ait Latince terimler ile İslam hukuku arasında benzerlik kurmak, hukuk dilinin Grekçeye evrildiği ve de hukuk faaliyetinin özü itibariyle çok değiştiği düşünüldüğünde Crone'a göre çok da sağlıklı bir yaklaşım değildir. Ona göre, İslam hukukunun doğup geliştiği bölgedeki hukuk hakkında verilen tüm bilgilere bakıldığında hakikaten de Latince terimlerin neredeyse hiç mevcut

---

<sup>191</sup> Goldziher burada Roma hukukundan "hukukçuların geliştirdiği hukuk" bağlamında bahsetmektedir. Dikkat etmediği husus ise, Bizans döneminde hukukun artık hukukçuların hukuku olmaktan çoktan çıkmış olmasıdır. Dolayısıyla Müslümanların bu anlayışı, aslında tam tersine Bizans'taki imparator yasaması karşısında durmaktaydı. "Rey" kelimesi daha çok doğal bir süreç içerisinde gelişmiş olmalıdır, zira şarînin mutlak yasası karşısında, Peygamber'den sonra hukukçuların beşerî yorumlarını daha Medine döneminden itibaren, ifade eden "görüş" tür.

<sup>192</sup> Mecelle'nin 76. Kaidesi. Konuyla ilgili bk. Mustafa Yıldırım, **Mecelle'nin Küllî Kâideleri**, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2009, s.165.

<sup>193</sup> Ignaz Goldziher, **Muhammedanische Studien**, tıpkı basım, Halle: Max Niemeyer, 1889, c.II, 75.

<sup>194</sup> Goldziher, II,75.

<sup>195</sup> Crone, s. 3.

olmadığı gözlemlenir.<sup>196</sup> Dolayısıyla terim ve kavramların kelime kökeni itibariyle ıktıbaıtan bahsederek doğru sonuçlara ulaşılabilir.

**Max Weber**<sup>197</sup> (1864-1920) ve **Christian Snouck Hurgronje**'nin<sup>198</sup> (1857-1936) de aralarında olan bir çok araştırmacı Goldziher'in genel mülahazalarını temel olarak kendi tezlerini geliştirmişlerdir. İslam hukukunun kökeni ile ilgili tezlerinin izinden giden araştırmacılar ise temelde **Becker, F.F Schmidt, Willi Heffening, Morand** ve **Santillana** olmuştur.

Goldziher sonrası eserler, onun teorik zemininden yola çıkarak, bazı tekil hüküm ve müesseseleri araştırma konusu yaptılar. **David Santillana**<sup>199</sup> (1855-1931) gibi bazıları Roma hukuku etkisini baştan kabul etmiş olsalar da, İslam- Roma hukuku mukayesesi daha ilmi bir seviyeye taşınmış oldu. Aynı zamanda İslam araştırmaları **İgnaz Goldziher, Theodor Nöldeke ve Snouck Hurgronje**<sup>200</sup> etkisiyle git gide Oryantalizm<sup>201</sup>'den ayrılmaya başladı. Böylelikle -eski kullanımıyla "Islamicist"- yeni

---

<sup>196</sup> Bk. Çalışmanın birinci bölümü.

<sup>197</sup> Max Weber, **Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus**, Wiesbaden: Springer Verlag, 2016.

<sup>198</sup> Christian Snouck Hurgronje, **Mohammedanism: Lectures on its Origin, Its Religious and Political Growth**, G.P. Putnam's sons, 1916.

<sup>199</sup> David Santillana, **Code civil et commercial Tunisien, avant-projet discute et adopte**, Tunis:1899.

<sup>200</sup> Hurgronje'nin İslam ve İslam hukuku hakkında iddia ve görüşleri için bk. Hasan Hacak, **Christiaan Snouck Hurgronje ve İslam Hukuku ile İlgili Görüşleri**, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2004, sayı: 4, s.45-61.

<sup>201</sup> Edward Said'ın Batı'nın Şark kültürüne karşı küçümseyici ve düşman yaklaşımını eleştirdiğı "Oryantalizm" eserinden sonra, bilimsel ve sağı duyulu yaklaşımın iddiasını taşıyan çalışmalarda daha ziyade "İslambilimi" yahut "İslamiyyât" kavramını tericih edilmiştir. Nöldeke ve Goldziher gibi araştırmacılar, İslam kültürünü anlamaya çalışarak, daha bilimsel bir zeminde ele alınmasına öncü olmuşlardır denilebilir. (Avrupa'nın düşünce tarihi boyunca İslam kültürüne bakışını özetleyen bir çalışma için bk. Felix Konrad, *Von der 'Türkengefahr' zu Exotismus und Orientalismus: Der Islam als Antithese Europas (1453–1914)*, 2010, **Mainz European History Online** (EGO), published by the Institute of European History (IEG), <http://www.ieg-ego.eu/konradf-2010-de>.)

kullanımıyla İslam bilimcileri (Islamwissenschaftler) olarak adlandırılan araştırmacılar ortaya çıktı ve daha detaylı ve nitelikli çalışmalar yapıldı.<sup>202</sup>

**Carl Heinrich Becker** (1876-1933), "*Beiträge zur Geschichte Ägyptens unter dem Islam—Mısır'ın İslam Devletleri Dönemindeki Tarihine Dair*" (1902-1903)<sup>203</sup> isimli çalışmasında Müslümanların vergi sistemlerini Bizans uygulamaları ışığında araştırdı. Mısır'da öşür ve haraç alınan arazilerin oluşumunu tasvir ederken, mevat arazilerin Roma Bizans kökenli bir ayırma dayandıklarını iddia eder. Zira Bizans eyaletlerinde de ikta edilen yerler benzer şekilde harap ve terk edilmiş araziler *bona vacantia*, *caduca* ve *damnatorum* olarak adlandırılan, büyük metropoller dışında ölü toprak olarak görülen arazilere dahil edilmekteydi. Böylece Goldziher'in daha öncesinde mevât ile *agri deserti* arasındaki benzerliğe dikkat çektiği bu tezi ispat etmeye çalışmıştır. Becker, vergi bağlamında *iktâ* ile *emphyteusis* arasındaki irtibata da değinir. Özellikle *iktâ* yetkisi verilen kişinin arazi ile ilişkisindeki belirsizliği, muktânın da *emphyseus*un da arazinin bir açıdan maliki diğer açıdan sadece kiracısı olmasından dolayı, *iktibasın* delili olarak kabul eder. Ayrıca *ihya* ile *iktâ* edilen arazinin mülkiyetinin doğması devletin iznine bağlı mıdır meselesindeki ihtilaf, Enger'e göre Bizans'ta ikisinin de uygulanmasına dayanmaktadır. İki sisteme göre de *iktâ* verilen kişi 3 yıl boyunca vergiden muaf tutulmaktadır.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> Batı'da İslam, islamî, gibi tabirlerin kullanımı ve anlamı zaman zaman farklılaşabildiğinden burada Oryantalistlerin eserlerinden Türkçe'ye çevirdiğimiz kelimeler her ne kadar basit görünse de, kültürel ve dinî arka planının (background) ve içinde buldukları zaman ruhunun (Zeitgeist) farklı olduğundan aslında bir sorun teşkil etmekte. Ancak burada konumuzun çok dışına çıkmamak adına, Oryantalistlerin fikirlerini kabaca tanıyabilmek adına, burada kullandıkları kelimelerden ne kast ettiklerini, aslında hangi bağlamda kullandıklarına değinmeyeceğiz. Sadece konunun önemini burada kısa da olsa zikretmekle yetindik. Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bk. Marshall G.S. Hodgson, **The Venture Of Islam Clasical Age**, Chicago: The University of Chicago Press 1974 ve Shahab Ahmed, **What Is Islam? The Importance of Being Islamic**, Princeton University Press, 2015.

<sup>203</sup> Carl Heinrich Becker, **Beiträge zur Geschichte Aegyptens unter dem Islam**, K. J. Trübner, 1902.

<sup>204</sup> Becker, s.223-232.

Becker ayrıca şehirdeki arazi ve gayr-ı menkullerden oluşan “rıba”yı vakfetmenin vakıf anlayışına model olduğunu ifade eder.<sup>205</sup> Ona göre, Tolunoğulları dönemine kadar vakıf neredeyse sadece şehirlerdeki gayr-ı menkuller üzerinde görülmekteydi. Manastırların (Mağrib bölgesinde ribât olarak adlandırılır) vakfedilmesinin eski Grek adeti olduğunu iddia eden Becker, kilise babası Severus’un aktardığı bir rivayeti delil olarak gösterir. Burada kilise büyüğü Johanna’nın takribi H. 60 yılında değirmen ve evleri kiliseye vakfettiği anlatılır. Becker’e göre Mısır’ın fethinden bu kadar kısa bir süre sonrasında kıptî kilisenin Müslüman uygulamaları ıktibas edilmiş olmaları imkansızdır. Dolayısıyla iki uygulama da Bizans hukukuna dayanmalıdır Ayrıca Becker, fıkıhın yazım yöntemi olarak kazuistik yöntemle sahip olmasının arkasında tamamıyla Roma-Bizans hukuk etkisini görmektedir. 1910 yılında<sup>206</sup> vakıf konusunu bir eserinde özellikle incelemiş olan esasen Marcel Morand olmakla birlikte, Becker’in çalışması genel kabul görmüştür ve daha sonraki literatür vakıf konusunda büyük ölçüde Becker’in teorilerinden yola çıkmıştır (örneğin Schmidt, Schacht, Heffening).<sup>207</sup>

1910 yılında yazılan bir diğer eser de **F.F. Schmidt**’e aittir. “*Die occupatio im Islamischen Recht*”, yani “*İslam hukukunda occupatio (ihraz)*” adlı çalışmasında vergi hukuku ile ilgilenmiştir. Ona göre ıktibas bu alanda aramak en makul yaklaşımdı, nitekim Müslümanları feth ettikleri bölgelerdeki yerli Bizans hukuk uygulamasını kısmen devr almışlardı. Ganimet dışındaki eşyadan beşte bir vergi alınması, ıktâ’nın

---

<sup>205</sup> Becker’in getirdiği deliller Schacht’a göre ıktibasın delili mahiyetindedir. Ona göre de vakfın kökeninde Doğu kilisesinin dini vakıfları olan *piae causae* vardır. **Bussi** gibi araştırmacılara buna karşılık, cahiliyye döneminde bile eski arapların mabed ve putlara vakıflarda bulduklarını, dolayısıyla bunun Cahiliyye döneminden beri devam ede gelen eski bir arap adet olduğunu savundu. (Joseph Schacht, **Droit Byzantin**, Accademia nazionale dei Lincei, 1956, s.214) Nihayet Becker’in vakıfa model teşkil ettiğini iddia ettiği ribayı vakfetme, Motzki’nin Hadis analizleri neticesinde hicri 1. yüzyıldan itibaren uygulandığı görüldü. Dolayısıyla burada Becker’in iddia ettiği şekliyle Roma-Bizans etkisinden bahsetmek mümkün değildir. Bir Roma Bizans etkisinden bahsedilecekse eğer, ancak Cahiliyye döneminde söz konusu olmuş olabilir. (Mitter, s.58)

<sup>206</sup> Kazuistiğin roma Hukukundan alındığına dair iddia yersizdir. Bir Hukuk sistemi kazuistik düşünce olmaksızın gelişemez. Hemen her hukuk sisteminde var olan kazuistik yönteminin, İslam hukukuna gelince yabancı kökenli olarak lanse edilmesi doğru değildir.

<sup>207</sup> Mitter, s.62.

vergilendirilme usulu ve on da birlik öşür vergisi dahi Roma hukukuna dayandırıldı. Vergi usülündeki mukayeseyi başlatan Maximilian Enger'den sonra özellikle F. F. Schmidt eserinde daha detaylı incelemelere yer verdi. Schmidt'in temel tezi, İslam hukukunda ganimet kavramının Roma hukukundaki *occupatio (ihraz)* kavramından geliştiğidir.<sup>208</sup>

**Willi Heffening** 1925 yılında “*Zum Aufbau der Islamischen Rechtswerke- Das Islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch fränkischen Friedensverträgen*”, yani “*İslam Hukuku Teliflerinin Yapısına Dair Bir İnceleme- Müslüman Fransız Barış Antlaşmalarına Kadar Yabancılık Hükümleri*” adlı çalışmasını yayımladı. **Heffening** bu eserinde *Muste'min*'in hükümlerini ele almaktadır. Ona göre İslam hukukçuları yabancılık hükümlerini "*eman*" ilkesine dayandırdıklarını iddia ederler, halbuki *eman* aslında sadece her Müslümanın savaşta da olsa gayr-ı Müslime tanıyacağı bir hakktır. *Eman*'ın devlet müessesesi haline gelmesi aslında Peygamber döneminde uygulanan *emana* uymaz.

Heffening *eman*'ın devlet müessesesi haline gelmesini Roma-Bizanstan etkileşim ile açıklar.<sup>209</sup> Burada *civar* denilen eski arap kültürünü de göz ardı etmez. *Civar*, Arapların kendi çadırlarına gelen kimseye koruma ve misafirperverlikleridir ve müessesenin gelişiminde büyük rolü vardır. Peygamber'in uygulaması da esasen *civar* kültürüne dayanmaktadır. Heffening ise, *civardan* yola çıkarak, *eman* müessesesinin Arap adetlerinden fikhın geliştirdiği orijinal bir anlayış olduğu sonucuna varmaktansa, bizans etkisini ispatlamaya çalışır. Heffening'e göre Emeviler dönemindeki mektuplaşma ve *eman* mektuplarına bakılırsa, şahsî bir *eman* kültürü ortadan kalkmış ve *eman* yetkisi git gide devletin eline verilmiştir. Bunun sebebi ise Emevilerin Bizans ve Sasanî kökenli “gümrük” ve “geçit sistemini” devralmış olmalarıdır. Bu dönemdeki ulema *eman* hakkının şahıslara ait olduğuna vurgu yapmaya çalışmış ancak başarılı olamamıştır. Abbasî döneminde güçlenen ulema, devlet *emanı*yla şahsî *eman*'ın arasını bulmaya çalışmış ve şahsî *emanı* savaş hukukuyla irtibatlandırarak ona İslam kökenli bir görünüm sağlamaya çalışmışlardır. Bu teorisini desteklemek için sunduğu

---

<sup>208</sup> Eleştiri için bk. Mitter, s.98-100.

<sup>209</sup> Mitter, s.102-110.

delillerden birincisi, etimolojiktir. Eman kelimesini *fidus* (güven) kökenli *fiducia* ve *fidantia* kelimelerinin tercümesi, Ösr'in onluk vergi manasındaki *dekateuma*'dan geldiğini, âmin<sup>210</sup> kavramının da Roma hukukundaki *salvus et securus*'un (korunmuş ve refakat edilmiş) karşılığı olduğunu savunur. Ayrıca Heffening'e göre İslam hukukunda yabancıların yolculuk ve kamu meselelerinde mülkîlik ilkesine bağlı olduğu, özel hukukta ise şahsîlik ilkesine bağlı olması Roma Bizans hukukundaki anlayışla aynıdır. Hz. Ömer'in gümrük vergileri aldığına dair bir rivayeti, Bizans hukuku etkisine işaret olarak görmektedir. Ancak Ulrike Mitter'in de dikkat çektiği gibi, bu rivayet, güvenilir olmak kaydıyla, tam aksine müessesenin erken dönem İslam hukukunda mevcut olduğuna işaret olabilir.<sup>211</sup>

Goldizher'in tezinden etkilenmiş olanlardaki şu sakıncalı yaklaşım Heffening örneğinde de görülür; paralellik yahut benzerliklerden yola çıkarak Roma-Bizans'tan iktibas edilmiş sonucuna çok çabuk ulaşırlar. Nitekim Emevî devleti döneminde eman mektuplarının çoğalması, eman'ın giderek devlet eline verilmesi, şahsî emanın olmadığına ispatı değildir. Heffening aynı zamanda yabancılık hukukunun bazı hükümlerine bir çok Yahudi unsurun da girmiş olduğunu ifade eder. Bir Müslümanın gayr-ı müslime kölesini satmasının yasaklanması ve ihtida etmiş kölenin köle kalacağı hükümleri Sasanî hukukunda olduğu gibi Yahudi hukukunda da vardır. Mişna'dan verdiği örnekte, İsraili bir köle yahudi olmayan birine satıldığında (yabancı ülkeye) hür olur zira kafir kimse imanlı birine efendi olamaz.<sup>212</sup> Bir diğer iddiası Hanefî eserlerin düzenlenişinin Talmud'a dayandığı, Şafii eserlerin düzenlenişinde Aristo mantığının etkili olmasıdır.

Heffening'in iddiaları bir çok kişi tarafından eleştirilmiştir. Örneğin **Gotthelf Bergsträsser** (1886-1933) Heffening tarafından kurulan benzerliklerden yola çıkarak

---

<sup>210</sup> Heffening Emanı alan kişiyi âmin olarak adlandırır. Ancak korunan kişi âmin değil, muste'min olarak adlandırılır. Bunun da ötesinde etimolojik karşılaştırmaları problemlidir, zira e-m-n kökünden gelen kelimeler ve onun türevlerinin Latince karşılıklarını farklı kelime kökeni ve anlamlara sahip kelimelerle (*fiducia/fidentia* ve *salvus/securus*) eşleştirir. Eğer emân kelimesi *fides* kökenine dayanmaktaysa, âmin neden farklı kelimelerden (*salvus / securus*) alınmış olsun?

<sup>211</sup> Mitter, s. 100.

<sup>212</sup> Heffening, s.123.

iddia edilen iktibası güçlü argümanlarla bertaraf eder.<sup>213</sup> Nitekim Heffening, fıkıh literatüründe emanla ilgili yapılan tartışmaları hem yanlış anlamış hem de yanlış yorumlamıştır. Fıkıhçılar teorileri ve mülâhazalarını devlet idaresinin öngördüğü uygulamaya göre şekillendirmemişlerdir. Böyle bir yaklaşım fıkıhçıların yaklaşımını anlamadığını gösterir. Ayrıca Bergstraesser'e göre, Heffening incelediği eserlerde eman hükümleri hakkındaki içtihadî açıklamaları yanlış anlamıştır. Böylelikle tüm argümanları sallantıya girmektedir.<sup>214</sup> İslam hukuk eserlerinin düzenleyişi hakkındaki iddiasını Joseph Schacht dahi eleştirmiştir. Konuyla ilgili tarihi kaynakları eksik biçimde ele alması, yani yabancılık hükümleri ile ilgili rivayet ve hadisleri incelememesi de iddiasını zayıf kılar.<sup>215</sup>

Heffening'i eleştiren Gotthelf Bergstraesser'in, "*Anfänge und Charakter des juristischen Denkens im Islam*": "*İslam Hukuk Düşüncesinin Başlangıcı Ve Karakteri*" adlı, 1925 yılında yayımladığı telifatında Goldziher ve takipçilerinin öne sürdükleri teze karşılık, daha çok Kremer'in düşüncelerine yakın olan bir antitez geliştirmiştir. Zira Bergstraesser gayr-ı arap unsurların Cahiliyye dönemindeki hukuka dayandığını düşünür. Nitekim Mekke ve Medine'deki yoğun ticari ortam, oradaki örfî hukuk ve uygulamanın gelişmiş bir seviyede olduğuna ve bir çok unsurdan oluşmasına sebep olmuştur. Bu hukuk daha sonrasında İslamî normlara göre gelişmiş ve değişime uğramıştır.<sup>216</sup>

Örneğin malların mevzun, adedî ve keylî olarak ayrımı, Roma hukukundaki ayrıma benzer. Mislî malların tanımı Roma hukukunda "*res quae pondere numero mensura consistunt/ tartılan, sayılan ve ölçülen mallar*" dır <sup>217</sup>. Bu benzerliği Bergstraesser, Roma hukukundan iktibas olarak açıklamaz, zira Said b. El Museyyeb'e dayanan bir rivayette bu ayırım geçmektedir ve böylesi erken bir yüzyılda Roma hukuk

---

<sup>213</sup> Mitter, s.100.

<sup>214</sup> Gotthelf Bergsträsser, **Willi Heffening: Das islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch-fränkischen Staatsverträgen: eine rechtshistorische Studie zum Fiqh**, 1925, s.320-321.

<sup>215</sup> Bk.cMitter, s.108.

<sup>216</sup> Gotthelf Bergsträßer, "Anfänge und Charakter des juristischen Denkens im Islam. Vorläufige Betrachtungen" *Der Islam* dergisi, 14 (1924), 79-81.

<sup>217</sup> Dig. 12.1.



etkisi düşünülemez. Ona göre İslam hukukunun kendi içerisinde geliştirdiği sistem, malların bu şekilde ki bir ayrıma tabi tutulmasıyla sonuçlanmıştır. Nitekim Kuran'da alışverişlerde daima doğru ağırlığı ve ölçüyü vermeyi emreden ayet, fıkıhçıları böyle bir ayrımı öngörmeye teşvik etmiştir.<sup>218</sup>

Bergstraesser Yahudi hukukundaki bilgisinden yola çıkarak da bazı mülahazalarda bulunur. Yaşlı Hillel<sup>219</sup>, milada yakın yaşamış bir Yahudi alimidir ve antik Yahudilik düşüncesini çok etkilemiştir. Kutsal metinlerin yorumlanması hususunda yazdıkları arasında "*Hillel'in 7 hermenötik kuralı*" meşhur olmuştur. Bunların arasında Kıyas, iki metinde ifade edileni bir araya getirme, basit hükümden daha ağır hükmü elde etme ile ağır hükümden daha basit bir hükmü elde etme, gibi metotlar kurallaştırılmıştır. Söz konusu yeni hükümleri elde etmek olduğundan dolayı, Bergsträsser burada Yahudi hukukunun İslam hukukunu etkilemiş olduğunu düşünür.<sup>220</sup>

### ***B. Geç Antikçağ hukuku kaynakları ve Oryantalistler***

Goldziher'in alandaki etkileri devam etmekte iken, Oryantalistler ve Roma hukukçuları aynı zamanda heyecanlandıran arkeolojik keşifler yapıldı. Roma hukukçuları, İstianus sonrası dönem ile Hexabiblos'un derlendiği XI. Yüzyıla kadar, Bizans topraklarındaki hukukî gelişmeleri *interpolatio* şeklinde tahmin edebilmekteydiler. Bologna'ya da bulunan bazı nüshalar, Bizans dönemine aitti ve parafrazları içermekteydi. Doğu Roma hukukunu anlamının tek yolu, bu eserleri iyi

---

<sup>218</sup> Bergstraesser, s. 80-81.

<sup>219</sup> Yaşlı Hillel, antikçağ Yahudiliğın en önemli din adamlarından biridir. M.Ö. 30 – M.S. 9 yaşamış olan ferisi haham Hillel'in "7 Hermenötik Kuralı" Tevratı'n yorumlanmasında kabul edilmiştir. Daha fazla bilgi için bk. Markus-Liborius Hermann, **Die 'hermeneutische Stunde' des Hebräerbriefes: Schriftauslegung in Spannungsfeldern**, Herders biblische Studien sayı 72, s.80-81.

<sup>220</sup> Bergsträßer, s.81. Daha sonra Schacht, her ne kadar Retorik tezi bağlamında Müslümanların Irak'ta Grek mantığından etkilendiklerini söylese de, Kıyasın Yahudi hukukuna dayanmasını da mümkün görmüştür. (Schacht, "Introduction to Islamic Law", s. 21).

anlayabilmekti. Ancak, XI. Yüzyıla kadar ki boşluğu doldurabilecek ve bu el yazmalarını iyi anlamak için herhangi bir tarihi belge yahut esere rastlanılamamaktaydı. Bu durum, Nessana Papyri ve Süryani-Roma Hukuk Kitabı'nın keşfedilmesiyle değişti.

1935 ve 1937 yılları arasında Negev<sup>221</sup>,de yapılan kazılarda M.S. VI. ve VII. yüzyıla ait “*Nessana papyri*”<sup>222</sup> olarak adlandırılan, Grekçe ve Arapça yazmalar bulundu. Yazmalar bir Nebâtînin günlük yaşamı, kültürü ve resmi işleri hakkında ciddi bilgiler içermekteydi. İlginç olan, yazmaların bir kısmının Bizans idaresinin son dönemlerini diğer kısmının da erken Arap-Müslüman idaresi altında yazılmış olmasıdır (M.S. 505-689). Burada bulunan yazmalarda Negev bölgesindeki Arapların kültürel hayatı, dini görüşleri yanı sıra bir de VII. yüzyıla ait kilise arşivlerinde vergi sistemi, nüfus ve sözleşmelere dair (özellikle evlilik belgeleri) hakkında bilgi veren yazılar bulundu.

Arkeolojik buluglar, tarihçiler ve romanistlerin Ortadoğu tarihi ve Roma hukukunun buradaki işlevi konusunda bir takım teorileri geliştirebilmelerini sağladı. **Ludwig Mitteis**'in “*Reichsrecht Und Volksrecht In Den Römischen Provinzen*” adlı eseri daha 1891 yılında Roma hukukunun (*Reichsrecht*) bölgedeki Helen kültürün etkisiyle bir eyaletler hukukuna (*Volksrecht*) dönüştüğünü yani farklı bir hüviyet kazandığı tezini savunmuştu.<sup>223</sup> Mitteis'in tezinden etkilenenler böylelikle yeni arkeolojik keşifler ışığında tezlerini geliştirebilmişlerdi. Mitteis'in Roma hukukunun Doğu hukukuyla birlikte farklı bir hüviyet kazanmış olduğun tezini eleştirenler **Eduard Sachau** (1835-1930) ve **Carlo Alfonso Nallino**'dur (1872-1938). Sachau, Mitteis'in

<sup>221</sup> Negev bölgesi bugün Güney İsrail'de yer almaktadır. Tel Nitzana Nessana) antik bir yerleşim merkezidir. Kuzaybatı arap kabilelerinden oluşan Nebatîler'e ait bir merkez olduğu bilinmektedir.

<sup>222</sup> Irfan Shahid, **Byzantium and the Arabs in the Fifth Century**, Dumbarton Oaks Other Titles in Byzantine Studies, Dumbarton Oaks, Harvard University Press: 1989, s.143-devamı.

Yazmaların içeriği ve dökümü için bkz.: C. J. Kraemer Jr., **Excavations at Nessana**, Princeton Legacy Library 3 cilt, Princeton University Press, 2015.

<sup>223</sup> Ludwig Mitteis, **Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des deutschen Kaiserreichs. Mit Beiträgen zur Kenntniss des griechischen Rechts und der spätrömischen rechtsentwicklung**, Hildesheim: Georg Olms Verlag, 1963.

Ulrich Manthe, **Die Rechtskulturen der Antike: Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich**, München: C. H. Beck, 2003, s.198.

tezinin mesnetsiz olduğunu, ondan sonra gelenlerin de Mitteis'in tezini güçlendirmek için arkeolojik bulgulara bu doğruda yaklaştıklarını ancak bunun özellikle de Süryani Roma Hukuk Kitabı'nın son tahkiki sonucunda boş bir beklenti ve uğraş olduğunu savunur. Sachau bu tespitini Süryani el yazmalarının yıllar süren bir araştırma ve tetkik sonucu söylemiştir. Ancak çalışmamız çerçevesinde taradığımız eserin tahkiki incelendiğinde göze çarpan husus yine de Süryani Roma Hukuk Kitabı'nda Roma hukukuna uygun olmayan hükümleri açıklayamamasıdır.<sup>224</sup> Carlo Alfonso Nallino ise en azından bir açıklamada bulunarak bu hükümlerin eski Roma hukukuna ait (ius civile) olduğunu ve bu yüzden farklılık gösterdiğini iddia edebilmiştir.<sup>225</sup>

Öne sürülen tüm argümanlar göz önünde bulundurulduğunda şöyle bir yaklaşım daha mantıklı gözükmektedir: Hakikaten de Roma hukuku eyaletlerdeki örfi uygulamalar ve ananelerden etkilenmiş, semitik helen ve de mezopotamya unsurları içinde barındırmıştır ancak bu etkileşim Mitteis ve onun takipçilerinin tahmin ettikleri derecede olmamıştır. Bu alanda yapılan yeni araştırmalardan da anlaşıldığı üzere, dilin Grekçe'ye dönüşmesi hukukun da helenleşmesini beraberinde getirmemiştir. Aksine Bizans'lıların hukukî normlara gelindiğinde muhafazakar bir tavır takındıkları, hukuku baştan sona kadar yeni içtimai düzene cevap verecek şekilde düzenlemedikleri tespit edilmiştir.<sup>226</sup> Nitekim Sachau'un Süryani Roma Hukuk Kitabı'nda da ortaya serdiği gibi ancak nadiren Roma hükümleri dışına çıkmıştır.<sup>227</sup>

---

<sup>224</sup> Bk. Eduard Sachau, Hubert Kaufhold, **Das Syrisch-Römische Rechtsbuch**, Viyana: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2002.

<sup>225</sup> Bk. Sachau, Kaufhold.

<sup>226</sup> Martin Buchholz, **Römisches Recht auf Griechisch. Prolegomena zu einer linguistischen Untersuchung der Zusammensetzung und Semantik des byzantinischen prozessrechtlichen Wortschatzes**, Helsinki: Unigrafia Oy, 2015. S.39:

*“Zum Schluss sei darauf hingewiesen, dass der Sprachenwechsel keine Hellenisierung des Rechtssystems selber bedeutete. Vielmehr hatte das byzantinische Recht – vor allem in seiner geschriebenen Form – einen sehr konservativen Charakter. Die Byzantiner unternahmen keine größeren Anstrengungen, das Rechtssystem den inzwischen veränderten sozialen und ökonomischen Rahmenbedingungen anzupassen.”*

<sup>227</sup> Sachau, Kaufhold, s.37-40.

Geç Antikçağ hukuk tarihi olarak gelişen ve günümüze kadar varlığını sürdüren bu bilim dalı İslam hukukunun bölgedeki rolünü de merak etti. Sachau ve Nallino gibi hem Süryaniceyi iyi bilen hem de İslam bilimci olan araştırmacılar, İslam hukukunun bölgedeki bu kültürel etkileşimden nasibini alıp almadığı sorusuna şüpheli yaklaştılar. Sachau Nestûri kilise hukukuna ait yazmaları araştırması sonucu İslam hukukuyla benzerliğe rastlayınca, kilise hukukçularının İslam hukukundan etkilendiklerini öne sürdü.<sup>228</sup> Nallino da aynı görüşü paylaşmaktaydı, “*Il diritto musulmano nel Nomocanone siriano cristiano de Barhebreo*” adlı çalışmasında kilise adamı **İbn’ul İbrî’nin (Barhebreus) nomocanones’ini** aynı zamanda Şafii mezhebinin referans metni olan *el Veciz*’inden faydalanarak telif edildiğini ispatlamaya çalıştı.<sup>229</sup> Nallino ayrıca Roma hukukun İslam hukuk üzerindeki etkisini “*Considerazioni sui rapporti fra diritto romano e diritto musulmano*”<sup>230</sup> adlı çalışmasında reddetti. Ona göre helen Bizans unsuru İslam hukukunun gelişiminde rol oynamamıştır. Bu bazı benzerlik, yahut etkileşimin olmadığı anlamına gelmez. Nallino’ya göre İslam hukukunun Roma-Bizans hukukundan etkilendiği bir örnek vakıf müessesesidir. Nallino’ya göre vakf-ı hayrî ve vakf-ı ehli ayrımı *piae causae* ve *fidei comissum* müesseselerine benzerlik göstermektedir.<sup>231</sup> Vakıf hususunda Bizans etkisini savunan Nallino, akit teorisine dair daha öncesinde iktibası temellendirme amaçlı öne sürülen bazı teorileri çürütmektedir. Ortaya atılan bu teoriye göre, rızaî akitlerin kökeni İslamî değil, helen kaynaklıdır. Rızaî akitlere işaret edecek herhangi bir ibarenin Kuran’da yer almadığını iddia eden görüşe itiraz eder, ayette geçen “*an-taradin*” (*rızalarıyla*) ibaresine dikkat çekerek, rızaî akitlerin helen etkisiyle ortaya çıkmadığını aksine İslamî bir anlayıştan ortaya çıktığını ifade eder.<sup>232</sup>

İslam hukukunun Roma hukukundan iktibasta bulunmadığını düşünenler arasında **Georges-Henri Bousquet** (1900-1978) vardır. Bousquet, İslam hukukunun

<sup>228</sup> Sachau, Kaufhold, s.37-40.

<sup>229</sup> David Thomas (ed.), Alexander Mallett (ed.), **Christian-Muslim Relations. A Bibliographical History-** c.4, (1200-1350 yılları arası) Leiden-Boston: Brill, 2012, s.49.

<sup>230</sup> Raccolta IV, 85-94.

<sup>231</sup> Mitter, s.57.

<sup>232</sup> Joseph Schacht, “Foreign Elements in Islamic Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, sayı 32, no. ¾, Cambridge University Press, Cambridge: 1950, s. 12.

kendi içerisinde orijinal bir yapıya sahip olduğunu fark etmiş ve onun oluşumunu “*Le mystere de la formation et des origines du fiqh*” adlı çalışmasında bir “gizem” olarak tanımlamıştır. Ona göre Arap örf adet ve ananelerinden yola çıkan İslam hukuku tamamen özgün bir gelişme sergilemiştir.<sup>233</sup> Talmud hukuku ile İslam hukuku arasındaki benzerlikleri göz ardı etmeyen Bousquet, aralarındaki büyük farklılıklara da işaret ederek, iktibas reddeder.<sup>234</sup> **Abdel Rahman Hassan** da 1949 yılında “*Le droit musulman et le droit romain*”<sup>235</sup> adlı makalesinde, **John Wigmore**’ın da bazı ilaveleriyle geleneksel İslam hukuk tarihini savunmuştur.

İtalyan oryantalist **d’Emilia**<sup>236</sup> da İslam hukuku ile Roma -Bizans hukuku arasındaki benzerliklerden bahsetmiştir. D’Emilia özellikle mülkiyet ve zilyetlik kavramları üzerinde çalışmıştır.<sup>237</sup> “*Roman Law and Muslim Law*” adlı eserinde Maximilian Enger’in daha önce zikrettiklerini genişçe ele alır.<sup>238</sup> “*Roman Law and*

<sup>233</sup> Peter C. Hennigan, “The Birth of a Legal Institution: The Formation of the Waqf in Third-century A.H. Hanafi Legal Discourse”, *Studies in Islamic Law and Society Series*, Leiden-Boston: Brill, 2014, c.XVIII, 61.

<sup>234</sup> Georges Henri Bousquet, **Le mystere de la formation et des origines du Fiqh**, *Revue Algerienne, Tunisienne et Marocaine de Legislation et de Jurisprudence*, Londra: A. Jourdan, 1947, s.75-80.

<sup>235</sup> Abdel Rahman Hassan, “Le droit musulman et le droit romain”, **Archive d’histoire du droit oriental**, Office international de librairie, University of Michigan, sayı 4, 1949), 301-324.

<sup>236</sup> D’Emilia, “Il diritto musulmano comparato con il bizantino dal punto di vista della tipologia del diritto”, s. 57-76, 1955. / “Per una comparazione fra diritto bizantino e musulmano in materia possessoria”, Studi in onore de Vincenzo Aranjo Ruiz, Bd. III, Neapel: 1952. / “Roman Law and Muslim Law – a comparative outline”, East and West, sayı 4, s.73-80, 1953.

<sup>237</sup> “*Il diritto musulmano comparato con il bizantino dal punto di vista della tipologia del diritto*” (1955), “*Per una comparazione fra diritto bizantino e musulmano in materia possessoria*” (1952), “*Roman Law and Muslim Law – a comparative outline*” (1954) isimli çalışmalarında konuya değinmiştir.

<sup>238</sup> Örneğin Schacht “*Droit Byzantine et Droit Islamique*” eserinde D’Emilia’dan şunları aktarır: *res derelictae*’nin tanımı “*quod dominus ea mente abiecerit ut idem rerum suarum esse nollet*” (*sahibinin, artık onun mülkiyetinde olmaması üzerine attığı şey*) İslam hukukunda neredeyse tercümesi mahiyetinde olan “*ما يرميه الناس رغبة عنه*” ( *İnsanların hoşlanmadıklarından dolayı attıkları şey*) ile ifade edilmektedir. Ayrıca Akit teorileri bağlamında *hiyar’uş-şart*’ın İslam hukukuna ait bir uygulama olamayacağını savunmuştur. Şeybanî’nin *el-Asl*’ında *hiyar’uş-Şart* teorisi tamamıyla mevcuttur, bu da ona göre İslam hukukunun iki yüzyılda katedemeyeceği bir seviyedir. D’Emilia’ya göre bu *hiyar’uş-şart*’ın yabancı kökenli olmasına işaretidir.

*Muslim Law*” adlı eserinde, klasik Roma hukuku ve İstianianus hukuku ile benzerlikleri zikreder. Ancak d’Emilia benzerlikleri açıklamaya çalışmaz.

### C. Joseph Schacht: iddialarına yönelik itirazlar ve Retorik tezi

İslam hukukunun kökenine dair ortaya atılan tezler arasında **Joseph Schacht**’ın tezi yön verici konuma sahip olmuştur. Hocası Gotthelf Bergstraesser’in teşviki ve yardımlarıyla İslam hukuku araştırmalarına atılan Schacht, özellikle Christian Snouck Hurgronje ve Ignaz Goldziher’in görüşlerinden etkilenerek, İslam hukukunun “kökenlerini” araştırmaya yönelmiştir.<sup>239</sup> Kendisinden öncekilerinin görüşlerini daha da ileriye götürüp bilimsel bir seviyeye taşıyan da o olmuş, yaşadığı döneme kadar çeşitli araştırmacılar tarafından afakî olarak ifade edilen bir takım görüşleri, kendi içerisinde tutarlı bir tez geliştirerek revize etmeye çalışmıştır.

Schacht öncelikle, İslam’ı anlayabilmek için İslam hukukunu iyi bir şekilde kavramak gerektiğinin farkındadır. Kendisi, İslam hukukunun esasen Peygamber’in uygulamasında bir hukuk sisteminden ziyade bir değerler ve normlar bütünü olduğunu, Hz. Peygamber’in insanları cennete götürecektir filleri öğretmekten başka hukukî bir teori yahut sistem kurmadığını iddia etmektedir. Schacht’a göre Sünnet kavramının hukuk ekollerinin henüz gelişmediği erken bir dönemde “toplumsal örf ve uygulamalar”, “ataların ve bilge kişilerin (hakâm) anlayışları ve yaşam tarzları” olduğunu<sup>240</sup>, İslam Peygamberinin ise Cahiliyye hukukunu değiştirme gibi bir maksadının olmadığını bu yüzden de “sünnet” denilen kavramın ilk dönemlerde Peygamberin hukukî uygulaması değil de sadece Cahiliyye uygulaması ile Peygamber’in dini tavsiyeleri olarak anlaşıldığını iddia etmektedir. Müslümanların hukukî normları da içerecek şekilde

<sup>239</sup> *Origins of Muhammedan Jurisprudence*, “Introduction to Islamic Law”, “Foreign Elements in Islamic Law”, “Droit Byzantin et Droit Musulmain”, “A Revaluation of Islamic Traditions”, “Vom babylonischen zum Islamischen Recht”, “Adultery as an Impediment to marriage in Islamic and Canon Law”, “Early doctrines on waqf”, “Sociological Aspects of Islamic Law” gibi telifleri ve detayları için bk. Publications de Joseph Schacht, Studia Islamica, No. 31 Maisonneuve & Larose, (1970), pp. XI-XVI.

<sup>240</sup> Joseph Schacht, **An Introduction to Islamic Law**, Norfolk: Clarendon Press, tıpkıbasım, 1983 s.8.

sünnet terimi algısının ilk izleri, Hz.Ebu Bekir ve Hz. Ömer'in uygulamalarının teolojik doktrine ve Kuran'a uygunluğunu ifade etmek için, ancak Hulefa-i Raşidin döneminde ortaya çıkmıştır. Nihayet Sünnet kavramı Emevîler döneminde iyice değişmeye başlamış, toplumun yaşayan uygulaması olarak anlaşılırken dindar ulemanın eliyle Peygamber'in uygulaması anlamını taşımaya başlamış, ancak henüz hadis rivayetine bürünmemiştir.

İslam hukukunun kökenine dair tezinin devamında Schacht gelişmenin merkezine Emevî idaresini yerleştirmektedir. Ona göre Emevî idarecilerin atadıkları kadılar, yerel hukuku ve kendi rey'leri şeklinde açığa çıkan Emevî idaresinin düzenlemelerini dikkate alarak, hukukî problemlere çözüm ürettiler.<sup>241</sup> Dolayısıyla Emevîler dönemindeki örf ve devlet uygulaması İslam hukukuna dönüşmüştü. İlerleyen zamanlarda din alimlerinin de katkılarıyla mezhepler ortaya çıktı. Mezheplerin farklı olması ise, sadece bölgesel farklılıklardan kaynaklanmaktaydı.<sup>242</sup> Yerel uygulamanın kolektif halini teşkil eden icma giderek, eski sünnet anlayışının (yani yerel uygulamanın) önüne geçti ve kaynaklar hiyerarşisinde üçüncü sırayı aldı. Emevîlerin seküler hayat ve idare tarzlarına tepki olarak, onların oluşmasında katkıda buldukları bu hukukun, dindar kesim tarafından islamîleştirilmesi hedeflendi. Bu gelişmenin sonucunda, eski sünnet anlayışının yerine geçmesi hedeflenen hadis rivayeti ortaya çıktı. Sünnet vurgusunu en yoğun şekliyle yapan ilk kişi ise Şafii olmuştu.

Görüldüğü üzere Schacht'a göre Sünnet kavramı yerel ve örfî uygulamayı ifade ederken, ikinci yüzyıla doğru Peygamber'den gelen rivayetlere dönüştü. Schacht'ın teorisine göre hiç bir hadis esasen Peygamber'den değildir, ancak II. yüzyılın sonlarına doğru tedavüle sokulmuş ve sahte isnad ile ona nispet edilmiştir. Schacht sonuç olarak İslam hukukunun kökenini Şafi'nin çalışmalarında, daha doğrusu onun sünneti Peygamber'e nispet edilen rivayet olarak tanımlamasında, görmektedir. İslam hukuk eseri yazan ilk kişi de onun iddiasına göre Safii olmuştur. (İmam Muhammed'in Ebu Hanife'nin doktrinine dayanarak daha öncesinde bir eser yazmış olduğu iddiasının eski

---

<sup>241</sup> Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence* - American Council of Learned Societies edisyonu, ACLS Humanities e-kitap neşri, 2008, s.26.

<sup>242</sup> Schacht, s.72-3; .

kaynaklarla ispat edilemeyeceğini savunur).<sup>243</sup> Böylelikle o, İslam hukuk teorisinin başlangıcına Şaffi ve er-Risalesini koymaktadır.

Schacht'ın sünnet kavramına bu şekilde yaklaşması, İslam doktrinindeki bilgi kaynaklarına yönelik tüm değerleri çökertmeye yöneliktir. Kuran'da hukukî bir yasamanın olmadığını iddia etmesi, ve hatta yerel uygulamaların kısmen Kuran'ı iptal etmelerini<sup>244</sup>, İslam hukukunun kökeninin İslam dininde değil de başka etkenlerde aranması gerektiği görüşünü pekiştirmektedir. Böylece Schacht, kendisinden önce de ifade edilen, ancak yeterli bilimsel altyapıya kavuşturulmayan, İslam hukukunun kökeninin Cahiliyye uygulaması ve fethedilen topraklardaki uygulamaların bir karışımı olduğu tezini<sup>245</sup> kendi içerisinde tutarlılık arz eden biçimde ortaya koyan ilk araştırmacı olmuştur. Oryantalist çalışmalar arasında bu yüzden en fazla atıf yapılan ve ondan sonraki çalışmalara yön veren kişi olmuştur.

Ancak bir çok araştırmacı Schacht'ın yaklaşımını eleştirmiştir. Kendisini özellikle hadislere yaklaşımı hususunda eleştiren Müslüman bilim adamları arasında **Fuat Sezgin, Mustafa Azami, Zafer İshak el-Ensarî** vardır.<sup>246</sup> Bu çalışmalar özellikle Schacht'ın sünnet teorisine karşı ortaya koyulmuş ciddi çalışmalar olmakla birlikte, batılı araştırmacılar tarafından yetersiz görülmüş, hatta “*a piece of muslim apologetics*” (Crone, Mustafa Azamî'nin çalışmasını bu şekilde nitilemekte)<sup>247</sup> olarak değersizleştirilmiştir. Schacht'a eleştiride bulunan Müslüman araştırmacıların eserlerinde ortaya çıkan sonuç, sünnet ve rivayetlerin tetkikinde Schacht'ın yöntem olarak seçtiği isnad analizinin yetersiz olduğudur. Müslüman araştırmacılar hadislerin değerlendirilmesinde metin tenkidine de yer verilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Batılı araştırmacıların büyük kısmını ikna eden, ve bu eleştiriyi önemseyen bir çalışma nihayet Harald Motzki'nin “*The Origins of Islamic Jurisprudence*” adlı eserinde yeni kaynaklar ışığında geliştirdiği *isnad cum matn* analizinde yankı bulmuştur. Schacht'ın

---

<sup>243</sup> Schacht, s.133.

<sup>244</sup> Schacht, s. 15-16.

<sup>245</sup> Schacht, s. 8

<sup>246</sup> Akh Minhaji, **Joseph Schacht's contribution to the study of Islamic law**, Kanada: McGill Üniversitesi, 1992, s.38-55.

<sup>247</sup> Crone, s. 6.



eserinden yaklaşık 50 yıl sonra yazılan bu eser, Schacht'ın hadislere yaklaşımında kullandığı *e silentio* metoduna karşılık, *isnad cum metn* (isnad ve metin) analizini koymuş ve Schacht'ın ikinci yüzyılların sonuna yerleştirdiği rivayetlerin büyük bir kısmının aslında birinci yüzyıldan itibaren rivayet edildiklerini gösterebilmiştir.

Schacht'ın eserine bir değerlendirme yazan (*review*) ve ciddi eleştiride bulunan bir diğer isim de **FitzGerald**'dir. 1951 yılında yayımladığı eleştirisinde “*The Alleged Debt to Islamic Law*”, Schacht'ın yaklaşımını eleştirmektedir.<sup>248</sup> Ona göre, Schacht'ın başlangıç noktasındaki yaklaşımı sıkıntılıdır, zira o İslam hukukunu bir hukuk sistemi olarak değil de bir sosyolojik ve tarihsel fenomen olarak ele almaktadır. Hukukî alandaki yetersizliği, FitzGerald'a göre, isabetsiz sonuçlar elde etmesine yol açmıştır. Schacht'ın İslam hukukunun Şafi'ye kadarki gelişim serüvenini göz ardı ederek, hukukun başlangıcını ancak tekamül etmiş bir hukuk teorisinden başlatması, başlı başına sorunludur. Zira, her hukuk sistemi önce uygulama ile gelişir ve belli bir noktaya ulaştıktan sonra teorileşme süreci başlar. FitzGerald, her hukuk sisteminin oluşumunun böyle bir sürece bağlı olduğunu vurgular<sup>249</sup> ve Schacht'ın bu hususu İslam hukukuna gelince göz ardı etmesini fazla şüpheli yaklaşımının bir sonucu (“*Alleged debt*”) olarak görür.

Kanaatimizce FitzGerald'ın bu eleştirisi Roma hukuk gelişimi göz önünde bulundurulduğunda daha da güçlenmektedir. Nitekim Roma hukukunda uygulamanın teoriden önce geldiği vakidir. On iki Levha kanunu çok erken bir dönemde tedavüle girmiş olsa dahi, teoriye dair bir ize rastlanılamaz. Hukukçular döneminde kadar, Roma hukukunda kazuistik bir yöntemin hukukî gelişmeye yön verdiği gözlemlenir. Ancak bu bir çok Roma hukukçusunun da ifade ettiği gibi, bir hukuk düşüncesinin ve sistemin olmadığı anlamına gelmez. Ancak üçyüz yıllık bir gelişim süreci sonunda, Cumhuriyet dönemin sonlarındaki hukukçuların Grek felsefesi ve kültüründen de etkilenecek *responsa* faaliyeti dışına taşınmış ve ciddi teorik eserler telif edilmeye başlanmıştır.

---

<sup>248</sup> Seymour G. Vesey-Fitzgerald, “The alleged debt of Islamic to Roman law”, **Law quarterly review** ; Londra: Sweet & Maxwell, (Ocak 1951), s. 81-102.

<sup>249</sup> Majid Khadduri ve Herbert J. Liebesny, **Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law** , Washington D.C.: The Middle East Institute, 1955, s.90.

Hukuku Grek felsefesinin de etkisiyle teorik altyapıya kavuşturan hukukçulardan önce, kendi eserleri pek fazla elimize geçmemiş olan, kendileri hakkında ancak sonraki tedvin döneminde bilgi edinebildiğimiz hukukçuların (*veteres*) bu alt yapıyı hazırlamış olduklarını bilmekteyiz. İslam hukuk gelişimine baktığımızda ise benzer şekilde, bireysel hukukçuların alt yapıyı oluşturduklarını görmekteyiz. Herhangi bir devlet otoritesi altında girmeden faaliyet gösteren bu hukukçuların (Ebu Hanife, İmam Malik gibi) takip ettikleri bir metotlarının olmayacağı düşüncesi ise kabul edilemez. Nitekim belli bir usul takip ettiklerini çeşitli eserlerden görmekteyiz. Kanaatimizce teoriyi derli toplu bir kitap altında ilk kez ele alanın Şafii olmasından dolayı – kaldı ki müstakil usul eseri telif etmemiş olsalar dahi İmam Muhammed ve Ebu Yusuf’un eserlerinde dağınık da olsa ciddi bir teorik zemin görülür- onu hukukun kurucusu olarak kabul etmenin, tabiri caizse Roma hukukunda ilk derli toplu eser telif eden Gaius’u Roma hukukunun kurucusu olarak kabul etmek kadar yanlış bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Schacht’ın İslam hukukunun oluşumu ve kökeni hakkındaki düşüncelerine değindikten sonra, Roma Bizans hukukundan iktibas edildiğini düşündüğü bazı meselelere değinmek isabetli olacaktır. Emevîler dönemi ve idaresi onun tezinin bel kemiğini oluşturmaktadır. Dolayısıyla iktibasın merkezi de ona göre Irak’tır. Nitekim İslam hukuku ancak ikinci yüzyılın sonlarına doğru Emevî devlet idaresi ve yargısı altında gelişmeye başlamış olmalıydı. Gelişen bu hukuka, neredeyse ilk iki yüzyıl boyunca yabancı unsurlar pek ala girmişti. Schacht, yabancı unsurların neler olduğu, kimler tarafından taşındığı ve nasıl İslam dünyasına girdiğini açıklamak için, kaide ve kuralları araştırdığımız bu çalışmamız için de önemli olan bir tez geliştirmiştir.

Retorik tezi olarak adlandırılan bu meşhur tezinde Schacht, iktibasın özellikle mevalî kanalıyla gerçekleştiğini savunur. Buna göre helen retoriği eğitimi almış olan mevalî, helen kültürü ile mayalanmış kadîm Irak topraklarında halen “*worn-off coins*”, yani “*eskimiş bozuk para*” gibi tedavülde olan eski Roma kaideleri ve Grek mantık prensiplerinden haberdar olup bunların, İslam hukukuna girmesini sağladılar. Nitekim Schacht’a göre, Talmud hukukunda da benzer bir gelişme gözlenmektedir. Bu bağlamda Schacht, tanımlarda, hukukî terimlerde ve hukuk kaidelerinde benzerlikler zikreder. Ona göre kaideler hadislerden daha eskidirler, zira İslam öncesi kültürlerle dayanırlar.

Kolayca rivayet edebildiklerinden dolayı geriye dönük olarak hadis şeklinde rivayet edilmişlerdir .<sup>250</sup>

“*Origins of Muhammedan Jurisprudence*” adlı çalışmasının bir bölümünü de “*Legal Maxims*” konusuna ayırmıştır. Schacht bu bölümde zikrettiği kuralların Hz. Peygamber’e daha sonra isnad edildiklerini düşünür. Dolayısıyla Schacht, İslam hukukundaki kaideleri ve genel kuralları kendi sünnet teorisini desteklemek için zikretmektedir.

Bunlardan birincisi “ الولد للفراش وللعاهر الحجر ”<sup>251</sup> kuralıdır. Schacht bu kuralın Roma hukukundan alındığını savunur. “*Pater is est quem (justae) nuptiae demonstrant*” (“Evliliğin (evlilik hukukunun) işaret ettiği kim ise, çocuğun babası da o dur”) şeklindeki Roma hukuk kuralı Schacht’a göre, bu kaideye kaynaklık etmiştir. İslam öncesi Cahiliyye döneminde boşanma ve diğer evliliğin arasında herhangi bir bekleme süreci göz edilmemekteydi. Bu tür evlilikler kadının hamile olması durumunda babanın kim olduğu sorusunu ortaya çıkarabiliyordu. Bu yüzden Kuran iddet uygulamasını emretmiş, ancak Schacht’a göre Emevîler dönemine kadar iddet sıkça ihlal edilmişti. İddet süresine dikkat edildiği takdirde ortaya çıkmayacak olan babalık sorunu, yasağa riayet edilmediği için, problemlere yol açmaktaydı. Kuran’la bağdaşmadığından dolayı, Schacht’a göre veled kuralı bu sorunu aşmak için, iktibas edilen bir kuraldır.<sup>252</sup> Patricia Crone, Schacht’ın retorik tezini reddeder. Nitekim dönemin retorik kitaplarında hukukî mülâhazaların hukuk bilgisi aktarmaktan ziyade abartılı ve uç örneklerle öğrencinin savunma ve delillendirme yetisinin çalıştırıldığını tespit eder. Yukarıda zikrettiğimiz nuptiae kuralı, evlilikte doğan bir çocuğun kocanın nesebine ait olduğunu ifade eder. Bizans’ta retorik eğitiminde temel müfredat olarak okutulan *Hermogianus* ve *Antiophanes*’in metinlerini tarayan **Patricia Crone**, nuptiae kuralına tamamen aykırı bir örneğe rastlar. Crone, *Hermogianus*’ta geçen bu hükümden yola çıkarak Roma hukuk kurallarının retorik kitaplarıyla aktarılmadığını, hatta Roma hukukundan farklı

<sup>250</sup> Joseph Schacht, “Foreign Elements in Ancient Islamic Law”, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, Vol. 32, No. 3/4 (1950), s.13-15. Ve Schacht, “Droit Byzantin et droit musulman”, s.201.

<sup>251</sup> Schacht (1950), s.14 ve Schacht “Origins of Muhammedan Jurisprudence” s.181-182.

uygulamalar barındırdığına dikkat çeker. Nitekim Hermogianus'ta verilen bir örnekte, zina edenlerin alenen öldürüldükten sonra, çocuğun ölen zânî'nin nesebine geçeceği ifade edilir.<sup>253</sup> Firaş/*nuptiae* kaidesi çalışmamızın son bölümünde de mukayese edilecek, olası bir irtibatın üzerine gidilecektir.

#### **D. Revizyonist Oryantalist Ekol**

Schacht'ın eseri her ne kadar güçlü eleştirilere sebebiyet verse de, günümüze kadar bir çok araştırmacıyı halen etkilemektedir. Çalışmaları ve yaklaşımı İslam hukukunun kökenlerini yabancı kültürlerde arayan batılı araştırmacılar nezdinde eleştirilse dahi, bir grup batılı uzmanı hala etkilemeye devam etmektedir. Schacht'ın çalışmalarından esinlenerek Batı'da ortaya çıkan Oryantalist revizyonist ekol bunlardan birisidir.

Revizyonist Oryantalist ekol 1970'li yıllardan itibaren, Schacht'ın İslam'ın bilgi kaynaklarına yönelik şüpheli yaklaşımından esinlenerek, İslam kaynaklarına nerdeyse tamamıyla eleştirel biçimde yaklaşmaktadır. Böylelikle yazılı metinlerin çok az olduğu erken dönem İslam'ı daha doğru bir şekilde anlamayı hedefler. Tarihsel-eleştirel metot sayesinde, geleneksel İslam düşüncesinin öne sürdüğü tarih algısını tutarlı bir şekilde eleştirme iddiasını taşımaktadır.<sup>254</sup>

#### **1. İslam hukukunun Yahudi hukuku üzerinden Roma hukukundan etkilendiği görüşüne dönüş: Patricia Crone ve Michael Cook**

Revizyonist Oryantalist ekolün belki de en güçlü sesi **Patricia Crone**'dur. Crone'un çalışmaları, İslam'ın doğuşu ve kökenleri hakkındaki geleneksel görüşe

<sup>253</sup> Ulrike Mitter, a.g.e, bk dipnot s.56.

<sup>254</sup> İslambilimi ve Şarkiyatçılık hakkında daha fazla bilgi için bk. Peter Heine, **Einführung in die Islamwissenschaft**, Akademie Studienbücher Kulturwissenschaften, Berlin: Walter de Gruyter, 2009.

şüpheli yaklaşımı ilke edinmiştir. Bu bağlamda “*Hagarism*”<sup>255</sup> ve “*Meccan Trade*”<sup>256</sup> isimli iki temel eser telif eden Crone’un İslam tarihini tekrar okumada seçtiği yöntem, yabancı kültürlerin İslam hakkında yazılan kaynaklarına başvurmak olmuştur. Ermenice, Süryanice, Grekçe, Aramice kaynakları bir araya getirdikten sonra vardığı sonuçlar, geleneksel İslam tarih yazılımında çok daha farklı olmuştur. Crone, daha sonraları bir kaç nokta hariç, bu iki eserindeki görüşlerini revize etmiş olsa da, bazı iddialarında sebat etmiştir. Ona göre, İslam’ın kökleri Yahudiliktedir, zaten Araplar ile Yahudiler ilk dönemlerde ittifak halinde idiler. Daha çarpıcı bir iddiası ise, İslam’ın doğduğu yerin Mekke değil, Kuzey-Batı Arabistan’da bir bölgenin olduğudur. Nitekim ona göre, Mekke’nin İslam öncesi dönemde bir ticaret merkezi olduğuna dair bilgi abartıdır. Zira Mekke önemli Kervan rotalarının hiç birinde konumlanmamaktaydı. Böylelikle İslam, Ortadoğu kültürlerinin Arap komutası altındaki sentezinden ibaretti.

İslam’ın kökenine dair tezinden sonra İslam hukukunun kökenine yönelen Crone, “*Roman, Provincial, and Islamic Law*”<sup>257</sup> adlı çalışmasında velâ konusunu işlemektedir. Çalışmanın girişinde İslam hukukunun kökenine dair araştırmaların küçük bir portresini çizmektedir. Burada Crone’un aşırı iktibas teorilerinden imtina ettiğini ve bilimsel bir yaklaşımın gerekliliğini vurgular. İslam hukukunun yerel örfî uygulamanın, özel de de Yahudi uygulamanın ürünü olduğunu iddia ederek<sup>258</sup>, bir bakıma Adolf von Kremer’in tezine geri dönüş gibi görünür. Sistemik iktibas teorisini reddederek, daha ılımlı bir iktibas savunur. Geç Antikçağ hukuk bilimcilerin tezlerine başvuran Crone, Sachau ve Nallino’nun iddia ettiği gibi Roma-Bizans hukukunun temelde orijinal haliyle kaldığını değil, Mitteis gibi araştırmacıların öne sürdükleri gibi, bölgesel adet ve uygulamalardan etkilendiğini vurgular. “*Provincial law*” olarak adlandırdığı bu hukuk, klasik ve Jüstinyen Roma hukukundan çok daha farklıydı ve semitik, Helen ve Sasanî unsurları barındırmaktaydı. Goldizher ve Schacht’ın Roma hukuk sistemi arasında kurdukları benzerlikleri bu yüzden eleştirir hatta yanlışlığını ispatlayabileceğini ifade

---

<sup>255</sup> Patricia Crone, Michael Cook, **Hagarism. The Making of the Islamic World.**, CUP Archive, 1977.

<sup>256</sup> Patricia Crone, **Meccan Trade and The Rise of Islam**, New Jersey: Gorgias Press, Piscataway 2004.

<sup>257</sup> Patricia Crone ve Martin Hinds, **Roman, Provincial and Islamic Law. The Origins of the Islamic Patronate.**, Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

<sup>258</sup> Crone, s.2.

etmektedir.<sup>259</sup> Crone'a göre, İslam hukuku Roma, Helen, ve Yahudî unsurlarından oluşan "eyaletler hukuku"ndan oldukça etkilenmiştir ve bu etkileşimin merkezi Schacht'ın ifade ettiği gibi Irak değil, Suriye'dir. Crone aynı zamanda Schacht'ın retorik tezini de eleştirir.<sup>260</sup> Zira Schacht'ın retorik tezini tasdikleyebilecek dönemin en meşhur retorik kitaplarına bakıldığında, çok az hukukî malzemeye rastlanılır. Sadece küçük bir bölümün hukuka ayrıldığı görülür, ayrıca retorik maksadının dil ve ifade becerisini geliştirmek olduğundan, meseleler gerçeklikten uzak sadece farazî örneklerdir.<sup>261</sup> İddiasına göre Emevî Halifeler, Suriye'yi başkentleri yaptılar ve kendilerine yabancı hukuklardan iktibasta bulunmayı kendilerine serbest gördüler.<sup>262</sup>

---

<sup>259</sup> Crone, s.11.

<sup>260</sup> Crone, s.9.

<sup>261</sup> Bk. Hermogenes'in retorik kitabının bir kısmının tercümesi: Hugo Rabe, "Invention and Method: Two Rhetorical Treatises from the Hermogenic Corpus", **Writings from the Greco-Roman World**, sayı 15, s. 39-42.

<sup>262</sup> Burada Crone'un iddiasının pek de doğru olmadığını vurgulamak gerekir. İlk dönem hukuk kaynaklarını incelediğimizde karşımıza çıkan bir çok örnekte, İslam idarecilerinin ve özelde Emevîlerin başka hukuk sistemlerinden iktibasta bulunmaktan imtinâ ettikleri açıkça görülmektedir. Buna bir örnek olarak Muvatta'da geçen bir rivayeti gösterebiliriz: Şam valisi Muaviye emin olmadığı bir fikhî meselede, yardım istemek üzere Medine'ye, Hz. Ali'ye mektup yollar. Bir adam karısını başka bir erkekle zina ederken evinde yakalmıştır ve oracıkta katletmiştir. Bunun üzerine öldüren akrabaları olayı hakim önüne taşımışlardır. Muaviye bu durumda, esasen kısas cezasının uygulanması gerektiğini düşünmüş ancak emin olamayınca, Medine'ye Hz. Ali'ye bir mektup ile durumu arz ederek, hükmün ne olması gerektiğini sormuştur. Bunun üzerine Hz. Ali kısas cezasının uygulanması gerektiği cevabını vermiştir. Roma Bizans hukukunda, bir erkeğin karısını kendi evinde zina ederken yakaladığında erkeği oracıkta öldürme hakkı vardır (*lex iulia de adulteriis coercendis*'e göre, bk. Angelika Mette-Dietmann, **Die Ehegesetze des Augustus: eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps**, Franz Steiner Yayınevi, 1991, s.126.) hatta bu şerefli bir davranış olarak görülür. Bu bilgi ışığında rivayette bahsi geçen kişinin yerel hukuk anlayışına göre hareket ettiği görülmektedir. Ancak görüldüğü üzere idareciler bu durumda yerel hukuka uymaktansa, İslam'ın öngördüğü hükmü uygulamaya özen göstermişlerdir. Öyle ki, Muaviye rakibi olan "Ebu'l Hasan"a soru sormaktan çekinmemiştir. (rivayet için bk. İmam Malik bin Enes, **Muvatta**, trc: M. Büyükçınar, Vecdi Akyüz, Ahmet Arpa, Durak Pasmaz, Abdullah Yücel, İstanbul: Ensâr Neşriyat, 2014, s. 484.). Dolayısıyla Crone'un Emevîler'in iktibasa eğilimli oldukları iddiasının abartılı olduğu söylenebilir.

Crone bu iktibasın tezahürlerinin hemen her yerde görülebileceğini savunur.<sup>263</sup> Roma hukukunun İslam hukukunu önemli ölçüde etkilediği görüşüne böylelikle karşı çıkan Crone, Roma etkisini tümüyle reddetmez, ancak İslam hukukunun kökenlerinin “eyaletler hukukunda” aranması gerektiğini düşünür.

Bu iddiasını kanıtlamak için, “*Roman, Provincial and Islamic Law*” adlı eserinde velâ müessesini ele alır. Ona göre, Hicaz’daki Arap kültürü Kuzey Arap kültüründen çok farklıydı. Güney Arapları Bereketli Hilal’e geldiklerinde hemen hiç tanımadıkları bir kültür ve gelişmişlikle karşı karşıyaydılar. Dolayısıyla buradan iktibasta bulundular. Crone, velâ sistemini genel anlayış olarak İslam öncesi Arapların bildiklerini ifade eder. Fakat sistemin teorik yapısını Roma hukukundan, daha doğrusu eyaletler hukukundan aldıklarını iddia eder.<sup>264</sup> Ona göre velâ müessesinin kökeni *paramone*<sup>265</sup> müessesidir.

Crone’un tezinin daha iyi anlaşılabilmesi için Wael B. Hallaq’ın bu teze getirdiği eleştirisiyle birlikte okumak daha açıklayıcı olacaktır.<sup>266</sup> Hallaq öncelikle Crone’un Hicaz kültürü ve tarihini yeniden inşa teşebbüsünü eleştirmektedir. Nitekim Suriye’nin Helenistik kültürü pek fazla barındırmadığını, *Selevkoslar’ın*, Helen kültürünü idare ettikleri halklara empoze etmediklerini alanın araştırmacıları tarafından ortaya konmuştur.<sup>267</sup> Ayrıca Mekke’nin önemli bir ticaret merkezi olduğu, genelde bir

---

<sup>263</sup>Wael B. Hallaq Crone’un bu ifadesini eleştirmektedir: Yabancı etki her yerde görülebileceği halde neden İslam hukuku içerisinde pek fazla öneme sahip olmayan, eserlerde sadece kısaca zikredilen vela müessesini ele almaktadır? (Wael B. Hallaq, “The Use and Abuse of Evidence. The Question of Provincial and Roman Influences on Early Islamic Law: Roman, Provincial and Islamic Law: The Origins of the Islamic Patronate by Patricia Crone- (Review)”, **Journal of the American Oriental Society**, sayı 110, no:1, s.79-91, American Oriental Society: 1990, s.83.

<sup>264</sup> Crone, s.41.

<sup>265</sup> Mısır ve eski Mezopotamya kültüründe paramone, bir kişinin ya da bu kişiye tabii olan bir başkasının bir borç yahut faiz karşılığı alacaklının hizmetine girmesini ifade eder.

<sup>266</sup> Bk. Hallaq (1990).

<sup>267</sup> Hallaq’ın eleştirisi, Crone’ın Domaszewski, Brünnow, Altheim, Stiehl, Nöldeke, Mommsen, Dussaud, Bowersock gibi araştırmacıların ortaya koydukları çalışmaları göz ardı etmesidir. Bu çalışmalar Suriyedeki etnik grupların İslam’dan bir yüzyıl öncesindeki demografik ve kültürel yapısını analiz etmekte ve tarihçiler arasında genel kabul gördüler. (Wael B. Hallaq, ” Review: The Use and Abuse of

çok Hicaz Arap kabilesinin ticari anlaşmalarının bilindiğini ve hatta bu kabilelere mensup kimselerin Mekke’de iskan ettiklerine dair verileri öne sürmektedir. Sonuç olarak Crone söylediğinin aksine, Mekkeliler Kuzey’deki kardeşleriyle sürekli olarak bir iletişim halindeydiler, Kuran’ın da gösterdiği gibi İran ile Bizans arasındaki rekabet ve çekişmeden de haberdar idiler.<sup>268</sup> Müslümanlar Suriye’yi fethettiklerinde yerel Araplar temel nüfusunu teşkil etmekteydiler. Burada daha önce yaşayan Grekler çoktan bölgeyi terk etmişlerdi. Nerdeyse her Arap kabile Suriye bölgesinde temsil edilmekteydi. Yarı göçebeler yahut yerleşik olarak buraları mesken edinmişlerdi.<sup>269</sup>

Hallaq, Crone’ın, aslında “*Meccan trade*” adlı çalışmasında Kuzey ve Güney Araplarının ilişkilerinden bahsettiğini ve ikisinin de Arabistan’ı teşekkül ettiklerini ifade ettiğine dikkat çekerek, bu eserinde nedense tam tersi bir iddiada bulunduğunu vurgular. Hallaq ayrıca Crone’ın iki velâ müessesesini irtibatlı görüp aralarını ayırmamasını eleştirir. Zira eserinde, mühtedilerin İslam ümmetine entegre olabilmelerini sağlayan müesseselerin *velâu’l-muvâlât* ve *velâu’l-ıtk* şeklinde ikiye ayrıldıklarını ifade eder. Crone’un görüşü iki açıdan sıkıntılıdır, zira *velâu’l-ıtk*’ın ihtidâ etmek ile alakası yoktur. *Velâu’l-ıtk* kölenin belli bir ücret karşılığında serbest bırakılması anlamına gelir ki, isim benzerliği dışında *velâu’l-muvâlât* ile irtibatlandırılmaz. Crone’un ikinci sıkıntılı yaklaşımı, mühtedilerin İslam toplumuna entegre olmaları için *velâu’l-muvâlât*’ın zorunlu bir uygulamamış gibi ele almasıdır. Zira *muvâlât* sözleşmesi karşılıklı rıza ve yükümlükler gerektiren bir akittir. Dolayısıyla Hallaq, Crone’ın

---

Evidence: The Question of Provincial and Roman Influences on Early Islamic Law: Roman, Provincial and Islamic Law: The Origins of the Islamic Patronate by Patricia Crone”, **Journal of the American Oriental Society**, Vol. 110, No. 1 (Jan. - Mar., 1990) s.81.

<sup>268</sup> Roma ve Bizans’ın Suriye ve Kuzey Batı Arabistan’daki ilişkilerinin bel kemiğini ticaret oluşturuyordu. Rawwafa kitabeleri Semud kavimler federasyonu ile Roma’nın iyi işbirliğinin kanıtıdır. Tebük’ün 250 km güneyindeki el-Ula ile kuzeydeki Suriye çölü arasındaki yaklaşık 100 kabile kapsayan bu kabileler birliğine ait kabilelerin ilkel yahut kültürsüz oldukları söylenemez. Çok gelişmiş sulama sistemlerinin olduğu Midian sahilinde tershanelerinin olduğu bilinmektedir.

Bir diğer kabileler birliği de Judham’dır. Judham Romanın şark sınırını koruyan kabilelerdir. Ölü Denizden Vadi Kura’ya kadar uzandıklarını biliyoruz. Bu kabilelerin hulafası, Bali, Bahra, Wa’il, Bakr, Ghassan ve tanukh kabileleri Mekke ile Bizans arası ticari ve kültürel köprüyü sağlıyorlardı. (Hallaq, “Use and Abuse of Evidence”, s.82.)

<sup>269</sup> Hallaq, s.83.



velâu'l-ıtk ile velâu'l-muvâlât'ın birbirinden çok farklı iki hukukî müessesese olduğunu anlamadığını ifade eder.<sup>270</sup> Hallağ velâ teorisinin temel unsurlarının Emevîler döneminde ortaya çıktığı görüşüne katılmaz nitekim muvâlat akdi baştan beri Hanefiler tarafından caiz görülmüştür. Hallağ ayrıca *hıl*f müessesesinin kökenlerinin Arap adet ve örfünde olduğunu bir çok kaynak ile destekleyerek açıklar.

## 2. İslam hukukunun tamamıyla iktibas edildiği teorisi: Benjamin Jokisch ve eserinde iktibas edildiğini savunduğu kurallar

Revizyonist Oryantalist bilimine yakın olan bir diğer araştırmacı da **Benjamin Jokisch**'dir. Benjamin Jokisch "*Islamic Imperial Law*"<sup>271</sup> isimli eserinde İslam Hukukunun bir sürece dayalı olarak gelişmekten ziyade, dini hukuk görünümünde bir "*emperyal hukuk*" olduğu tezini savunmaktadır. Eserin başlığında da anlatıldığı gibi, Jokisch'e göre, İslam Hukuku Şeybanî'nin eserleri ile birlikte ortaya çıkmıştır. Ona göre Hadisler ve klasik literatürde "*haber*" olarak nitelediklerimiz, tartışmaya açık bilgiler niteliğindedir. **Şeybanî**, **Malik** ve **Şafi**'nin eserlerinden önce bizim bugün İslam Hukuku olarak adlandırdığımız ilmin varlığı tartışmalıdır. Jokisch'in ortaya koymak istediği temel fikir, yazıya geçirilmeden evvel İslam hukukunun bireysel faaliyetler çerçevesinde çok yönlü bir gelişim sergilediği, ancak VIII. yy'da tamamen yeni bir sistem ile yer değiştirildiğidir. Bu yeni sistem ise devlet tarafından özellikle desteklenmiş ve finanse edilmiştir. Yeni sistem ne Peygamber'e ne de eski hukuk kurallarına dayanmaktaydı ve Abbasî devletinin her açıdan merkezi olan Bağdat'ta geliştirilmişti.

<sup>270</sup> Hallağ'ın eleştirdiği diğer noktalar şunlardır: Crone sanki velinin Mevla üzerinde daha yüksek konuma olduğu gibi izlenim verir, halbuki muvalat sözleşmesi miras ve kan diyeti hususunda karşılıklı bir sözleşmedir. Crone'un iddiasına göre miras tek taraflı olarak verilmekteydi. Hallağ ise bunun doktrinindeki görüşe aykırı olduğunu, Crone'ın bu iddiasını kaynak göstererek desteklemesi gerektiğini ifade eder. Nitekim muvalat'ta Crone'un üzerinde durduğu gibi bağımlılık değil, karşılıklı yardımlaşma önceliklidir. İki taraf da eşittir. Kölelikle alakası yoktur. (Hallağ, s.84-91.)

<sup>271</sup> Benjamin Jokisch, **Islamic Imperial Law: Harun-Al-Rashid's Codification Project**, Berlin: Walter de Gruyter, 2011.

Yazarın çizdiği portre kısaca şöyledir: Abbasîler merkezî ve mutlakîyetçi bir devlet sistemi ihdas etme çabasıydılar. Bu sistemi oturtabilmek için, devletin bir de hukuka ihtiyacı vardı. Halife **Mehdi** (775-785) ve **Mansur** (754-775)'dan sonra **Harun er-Reşid** ve **Yahya b. Halid** bu isteği gerçekleştirdiler. **Harun er-Reşid** tahta geçtikten hemen sonra bir hukuk komisyonu kurdu. Bu komisyonda sadece Müslümanlar (Şeybani, Ebu Yusuf) değil, aynı zamanda Yahudî (**Simon Kayyara, Pirkoi ben Babai**) ve Hıristiyanlar (**el-Bitrik**) vardı. Jokisch'e göre tüm dini gruplar kendi kanunnamelerini (*codex*) geliştirdiler. Müslümanlar seküler bir hukuk sistemine dayandılar: **Anonymos**'un *Digestsumma*'sı ve buna bağlantılı olarak *Glossesi*. Roma hukuku yanı sıra aynı zamanda Kilise Hukuku ve Yahudi Hukuku'ndan iktibasta bulundular. Bu proje kapsamında sadece Müslümanların temel hukuk eseri olan *el-Asl* değil, aynı zamanda Yahudi hukukunun en temel metinlerinden biri olan "*Halakhot Gedolot*" (הלכות גדולות) adlı eser ortaya konuldu.<sup>272</sup>

Bağımsız hukukçular *Şeybani*'nin eserine olumsuz tepki verdiler. Siyasî muhalefet o kadar güçlendi ki, iktidarı çökertti: 849 yılında halife **Mütevekkil** ehl-i hadis'in galibiyetini kabul etti. Ancak bu vakte kadar *emperyal hukuk* köksalabilmiş ve IX. yy'ın ortalarına kadar İslam dünyasına yayılabiliyordu. Dolayısıyla Jokisch'e göre İslam hukukunun evrelerini *emperyal hukuk* öncesi, *emperyal hukuk* ve *emperyal hukuk* sonrası hukuk olmak üzere üçe ayırılmaktaydı.

Jokisch, çarpıcı iddiasının temellendirmesini çeşitli unsurlar üzerinden yürütmeye çalışır: Bir hukuk sisteminin bir diğer sistemden iktibas ettiğini belli bir hukuk probleminin çözümüne başvurulmasında kullanılan argümanlar, sonuçlar, terimler vasıtasıyla anlayabiliriz. Jokisch'in verdiği örneklerden biri *arâya* akdidir. *Digestler*'de ve Hanefî fûru eserlerinde meşruiyetinin temellendirilmesi, kullanılan örneklerin, terimlerin benzeşmesi hasebiyle ona göre bu satım akdi *Digestler*'e dayanmaktadır.<sup>273</sup> Tek bir hukuki problemdeki durum aynı zamanda başka hukukî

<sup>272</sup> Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bk. Fred Skolnik ve Michael Berenbaum, "Halakhot Gedolot", *Encyclopaedia Judaica*, c.VIII, Macmillan Reference, 2007. Ayrıca bk. John C. Reeves, **Trajectories in Near Eastern Apocalyptic: A Postrabbinic Jewish Apocalypse Reader**, Atlanta: Society of Biblical Literature, 2005.

<sup>273</sup> Jokisch, s.120-125

problemlerde de karşımıza çıkar. Zira kazuistik bir sistemde problemlerin belli başlı dizilişindeki benzerlik, iktibasa işaretir.<sup>274</sup> Örnek için Jokisch, “*asl*” kelimesi ile “*causa*” kelimesi arasındaki etimolojik benzeşmeleri verir.<sup>275</sup> Bölüm ve kitapların düzenlenişi de iktibasın olup olmadığına işaretir, nitekim Jokisch Roma hukuk kodifikasyon kitaplarının isimlerini ilk dönem İslam hukuku eserleriyle karşılaştırmaktadır.<sup>276</sup> Antikçağ’da dört ana bölümden oluşan, bölümler arasında bağlantıları mevcut olan, her bir bölümün belli bir fonksiyonu, düzenlenişi, ve hacmi olan tek hukuk sistemi Roma hukukuydu. Bu da Jokisch’e göre, dört bölüm schemasına uyan herhangi bir sistemin bu sistemden alındığını gösterir. Dolayısıyla Şeybanî’nin *el-Asl*, *Cami’ul Kebir*, *Cami’us-Sağir*, *Ziyâdât* eserleri tamamıyla Roma hukukundan alınmıştır. Jokisch, çevresel şartlara bakınca neden iktibas edildiği daha iyi anlaşılacağı düşüncesiyle, Hicri II. ve III. yüzyılda Bizans ve İslam Devletindeki kültürel ve siyasî olayları karşılaştırır. Bazı teolojik ve siyasi dengeler iki tarafta da benzer şekilde mevcuttu, zira Abbasîler’in özendikleri devlet anlayışı Bizans’ta uygulanıyordu.<sup>277</sup> İki kültürün (Bizans-İslam) iç içeliği kendisini şurada gösterir: Mutlakiyetçi bir devlet yapısında mutlaka dindar bir muhalefet mevcuttur. Esasen iki kültürdeki siyasîler aynı tür muhalefet grubu ile karşı karşıyaydılar. Bu siyasî-teolojik muhalefetin iç düzenlenişi dahi iki kültürde benzeşmekteydi.<sup>278</sup> Jokisch Schacht’ın Emevî idarî uygulamasının İslam hukukunu oluşturduğu fikrini daha da ileriye götürür ve Müslümanların ilk kodifikasyonu olan Hanefi metinlerin devlet emri ile yaptırılmış olduğunu savunur. Jokisch argümanlarını “*acculturation*”<sup>279</sup> fenomeni altında geliştirir, buna göre tarihi olayların kronolojisi kültür, sanat, bilim, yazı, mimari, devlet yapılandırması, idare gibi unsurlar karşılaştırıldığında ciddi manada kültürlerin yakınlaştığı görülür. Veren kültürde meydana gelen her şey, tarihsel vakalar ve anlaşmazlıklar dahi, alıcı kültürde

---

<sup>274</sup> Jokisch, s.125-131

<sup>275</sup> Jokisch, s.127.

<sup>276</sup> Örneğin, *pandectae* (Grekçe: genişletilmiş) Jokisch’e göre Mebsut’un (yayılmış/genişletilmiş) karşılığıdır.(s.106)

<sup>277</sup> Jokisch, s. 77-96.

<sup>278</sup> Jokisch, s. 321 devamı.

<sup>279</sup> Jokisch, s.16. *acculturation* = iki kültürde benzer davranış modelleri olan grupların etkileşimi ile birlikte, iki kültür arasında etkileşim ve adaptasyonun meydana gelmesini ifade eden sosyolojik terim.

benzer şekilde görülür. Sadece hukukta değil, diğer tüm alanlarda da bir iktibas mevcuttu, ki bunun nedeni “*acculturation*” da dayanmaktaydı.

İktibas iddiasını temellendirebilmek ve daha gerçekçi biçimde anlatabilmek için yazar bir üst tarihsel bağlam inşa etmeye çalışır. Zira tarihsel verilerin kıtlığı bir çok spekülasyona yer açar. Dolayısıyla parça parça ve birbiriyle doğrudan bağlantısı olmayan tarihsel verileri yeni bir kurgu inşa etmekte kullanmış olmaktadır. İki kültür (Bizans-İslam) arasındaki paralellik bize böyle bir tarihi arka plan arz etmekte yardımcıdır.

Ebu Hanife'nin hukuka dair hiçbir eser vermemiş olması, el Asl'daki değerlendirmelerin bir çoğunun Ebu Hanife'ye değil Şeybanî ve Ebu Yusuf'a dayanmasını, onu iktibas yapanların bizzat Şeybanî ve Ebu Yusuf olduğu düşüncesine götürür. Her ne kadar Ebu Hanife'den ders okuduklarını ve ondan öğrendiklerini söyleseler de Jokisch'e göre bu pek gerçekçi değildir. İddiasına göre bazı yorumlar *Digestler*'den alınmış, görüşlerin sahipleri **Sabinus, Papinianus** gibi Roma hukukçuları Arap şahsiyetlerine dönüştürülmüş. *El Asl*'da Ebu Hanife'ye ait olmayan, Ebu Yusuf ve Şeybanî'ye ait görüşler vardır ki bunlar Jokisch'in iddiasına göre tam da *Digestler*'den alınan bölümlere tekabül eder.<sup>280</sup>

Tercüme'yi mutlaka Grekçe ve Latince bilen biri yapması gerektiğine göre, Jokisch devlete yakın olan aynı zamanda Bizans idari uygulamasını da iyi bilen şahısları zikreder. **Bitrik, Yuhanna/Yahya b. el-Bitrik, Ustaz, İbn Fahla, Ebu Kurra** gibi grek asıllı yahut Grekçeye hakim olan mütercimler **Bermekî** ailesi ile iletişimde oldukları ve hatta himayelerinde olduklarını bir takım tarihsel veriler ile ispatlar. Bermekî ailesi tercüme faaliyetinin devlet eliyle yapılmasını sağlamış, tercümenin büyük kısmını yapan Bitrik<sup>281</sup> olmuştur. İlginç bir şekilde, Jokisch Bitrik'in doğum tarihinin **İbn**

---

<sup>280</sup> Jokisch, s.169.

<sup>281</sup> Jokisch İbn Nedim'e göre daha geç dönemde yaşamış olan Bitrik'in hayatını yeniden kurgular: **Bitrik**'in Grekçe isminin **Gregorios Musulakios** olduğunu varsayar. Kendisi devlet kaynaklarında **Comes** lakabıyla tanınır. **Comes** lakabı sadece *Opsikion* bölgesi generallerine verilir. Bir general olarak Müslümanların eline düştükten sonra, **Bitrik**'in Bağdat yakınlarında bulunan *Samalu* hapisanesinde kaldığı bilinir. Aynı zamanda kendisi İkonokarşıtıdır, Bizans'taki yönetimin İkonofillerin eline

**Nedim**'e göre daha geç olmasına aldırış etmeksizin tezini özellikle Bitrik ve oğlu Yahya b. El Bitrik üzerinden devam ettirir. Bitrik ve oğlu Yahya b. el-Bitrik'in *Digestsumma* ve *Glosse*'yi tercüme etmiş olmalarını gerektiren delilleri, ayrıcalıklı mahkumlar olarak Bağdat yakınlarında tutulmaları (*Samalu*), dil bilmeleri ve Bizans'ta kalmış olmaları hasebiyle az da olsa Bizans hukukunu bilmeleri , Latince ile tek bağı kurulmuş olan tercümanlar olmalarıdır. Faydalandıkları eser ise yaşlı Anonymos'un *Digestsumma*'sı olmuştur. *Digestsumma*, *Digesta*'nın Grekçe yazılmış ve bir bütün olarak korunmuş tek nüshasıdır. MS 633- 650 yıllarında yazılmış, Latince *Digesta* üzerinden 620 yılında da **Genç Anonymos (Enantiophanes)** tarafından şerh edilmiştir.<sup>282</sup>

Eserinde karşılıklı analiz ve hadis tenkidine genişçe yer veren Jokisch, esasen kendisinden önce ortaya konulmamış hiç bir benzerliği başarılı bir şekilde kuramamıştır. Kurduğu benzerliklerde uyuşmayan unsurları ise, tercüme hatası yahut müstensih hatası olarak açıklama çabası, çalışmanın iddiasına karşı şüpheleri iyice

---

geçmesinden dolayı, Bizans tarafından esir düştükten sonra kendisine sahip çıkılmamıştır. **Bitrik**'in kökeninin Grek olduğunu varsayıldıktan sonra, onun *Digestsumma* ve *Glosse*'yi Arapçaya kazandıran mütercim olduğu görüşünü savunur. Ona göre bu metinler 9. yy'dan sonra Hellenizmin unsurlarından arındırıldılar, dolayısıyla bu ilk ele alınan metinler Grekçe yazılmış ve Grek alfabesi ile yazılmış Latince terimler barındırmaktaydı

<sup>282</sup> Jokisch, s. 77 devamı. Jokisch'in İslam hukukunun oluşumuna dair tezi şöyledir: VIII.yy'ın başlarında Müslümanlar *Digestsumma* ve *Glosse*'nin bir metnine ulaştılar. Her türlü yabancı kitaba – özellikle hukuk konusunda – merakı olan hükümdarlar eserin tercümesini Bitrik'e yaptırıldılar. 780'li yıllarda özellikle Bermekîler'in etkisiyle *Digestsumma* ve *Glosse*'ye dayalı bir İslam hukuku geliştirme projesi başlatıldı. Bitrik'in iyi olmayan hatta hatalı tercümesi Şeybanî'nin eserlerine kaynak oldu. Bitrik bazı şeyleri yeniden yorumladı; yanlış anladı ve hatta *Summa* ve *Glosse*'deki birbirine uymayan bir takım bölümleri birleştirdi. Özellikle tercüme ettiği “*Glosse*” idi, *Summa*'nın büyük kısmı tercüme edilmedi. Grekçe kaynak daha sonraları çoğaltıldı. Ancak müstensih tüm metni kopyalamaktansa Arapçaya çevrilmiş olan bölümleri istinsah etmedi. Şeybanî ile arası açıldıktan sonra Ebu Yusuf Bitrik'ten ilk tercüme istedi ve ondan aynı zamanda metnin daha büyük bir kısmını Arapçaya tercüme etmesini istedi. Bu tercüme ilk tercümenin sınırları içerisinde kalmadı ve daha da kaliteli bir çeviri mahiyetindeydi. Şeybanî ve Ebu Yusuf'un ölümünden yaklaşık 30 yıl sonra İkonofil<sup>282</sup> **Photios** İkonoklast sürgünü dolayısıyla Bağdad'a geldi. Daha sonra o Bizans'a henüz Arapçaya tercüme edilmemiş olan bazı kısımları götürdü.

güçlendirmektedir. Bazı temel kavramları karşılaştırırken, benzerlikleri ortaya koymakta gayet başarılı iken kavramların merkezinde yatan önemli farklılıkları açıklamamaktadır. İlk bakışta, tarih, sosyoloji ve antropoloji verilerine dayanarak kurguladığı tezi, bir çok varsayım, Arap kaynaklara karşı aşırı şüphe ve tahmine rağmen, takip etmek mümkün iken, karşılıklı analiz bölümüne gelindiğinde takip etmek daha güçtür. Jokisch'in karşılıklı analizde bulunduğu bölümün bir kısmı da hukuk kurallarına ayrılmıştır. Joseph Schacht'ı iktibas retorik tezine indirgeyip, meseleler ve hükümlerin düzenlenişi ve ele alınışındaki benzerlikleri tesadüf olarak nitelemesini eleştirir ve hukuk kurallarındaki benzerliği doğrudan iktibas teorisiyle açıklamaya çalışır.<sup>283</sup> Jokisch'in çalışmasında karşılıklı olarak zikrettiği kaidelerle birlikte, Oryantalist çalışmalardaki benzerlik kurulan diğer kaideler çalışmanın devamında incelenecektir.

---

<sup>283</sup> Jokisch, s.33.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: İSLAM VE ROMA HUKUKU ARASINDA BENZER BAŞLICA KAİDELER

### *A. Birinci derecede benzerlik gösteren kaidelerin mukayesesi*

İslam ve Roma Hukukunda Genel Hukuk Prensiplerini incelememizdeki temel amaç mukayeseli hukuk çalışmalarına katkıda bulunmaktadır. Ancak çalışmamızın bir diğer önemli amacı da, iki hukuk sistemindeki benzer kaideler üzerinden ortaya atılan iktibas iddialarını da değerlendirmektir. Dolayısıyla çalışmada sunulan tarihsel veriler ve Oryantalistlerin iktibas bağlamındaki teorileri hukuk kurallarının mukayesesinde hangi usulün takip edileceğini belirleyecektir.

Ancak usulü belirlemeden önce, mukayese de metodoljik problem gibi gözüken bir noktaya işaret etmek gerekmektedir. Nitekim iktibas iddialarının ve Geç Antikçağ hukuku sahasındaki bulgular ve verilerin değerlendirilmesi sonucunda, iki hukuk sistemini Latin dili üzerinden mukayese eden bir çalışmanın ne kadar anlamlı olacağı sorusu akla gelmektedir.

Hukuk ve idari dilin Yunancaya dönüşmesi ve *Corpus Iuris Civilis*'in yanında yeni bir hukuk kaynağı olarak İmparator kanunnamelerinin Doğu-Roma hukukunun dinamik kaynağı haline gelmesi, gerçekten de İslam ve Roma hukuklarının *CIC* üzerinden mukayesesini bir parça eksik bir mukayese yapmaktadır. *CIC*'in Grekçe şerhlerinin Doğu Roma'da daha etkili olduğu düşünülürse, bu mukayesenin bir de bu eserlerden yapılması anlamlı gözükmektedir. Nitekim, Doğu Roma hukuk dilinin İslam'ın zuhur ettiği dönemlerde Latince'den Yunanca'ya geçtiği bilinmektedir. Ancak bu geçiş birden olmamış, bazı metinler *diglossa* (iki dilde şerh düşme) şeklinde

yazılmıştır.<sup>284</sup> Kanaatimizce *CIC*'teki ifadeleri kaynak alan bir mukayese ancak hukuk prensipleri söz konusu olduğunda anlamlı gözükmektedir. Nitekim, *CIC*'te ifade yer alan hukuk kurallarının hukuk eğitiminde önemli bir rol oynadıkları bilinmektedir. Yunancaya çevirilip çevirilmediklerini tam olarak bilmemekle birlikte, çevirilmeksizin aktarılmış olmaları büyük bir ihtimaldir. Kanaatimizce, teknik terimlerin büyük kısmının Latince olarak kalması göz önünde bulundurulursa, özlü söz halinde formüle edilmiş olan hukuk kurallarının da Latince kalmış olmaları büyük olasılıktır.

Diğer taraftan bazı hukuk kurallarını zikreden Oryantalist çalışmalar bu konuya dair herhangi bir açıklama sunmaksızın, Latince kaideleri İslam hukukundakilerinin kaynağı olarak gösterirler. Dahası, kaidelerin uygulama alanı, kapsamı ve ihtilaf edilen unsurlarını sunmamışlardır. Çalışmanın bir amacında mukayeseli bir hukuk çalışması olmakla birlikte, bir diğer hedef de detaylı bir mukayesesi ile bu iddiaların sağlamasını yapmaktır. Bu sebepten dolayı, mukayese kısmında Latince kurallar tercih edilmiştir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için Oryantalist iddialarda sıkça zikredilen ve de kendi taramamız esnasında benzerliği açıkça göze çarpan bazı kaidelerin mukayesesine yer verilecektir. Detaylı incelemeye tabi tutulan kaideler aile, dava ve borçlar hukukundan seçilmiştir.

a. *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*<sup>285</sup>

البينة على المدعي و اليمين على من أنكر<sup>286</sup> –

Muhakeme usulü ile ilgili olan bu iki prensip, lafzî açıdan benzerlik arz etmektedir. Latince hukuk kuralı “*İspat etmesi gereken, dava edendir, davayı reddeden (davalı) değil.*” şeklinde çevrilebilir. İslam hukuk kaidesi ise Hz. Peygamber’e atfedilen

---

<sup>284</sup> Elizabeth Jeffreys, “Rhetoric in Byzantium”, Ian Worthington, **Companion to Greek rhetoric**, Blackwell companions to the ancient world: Literature and culture, John Wiley and Sons Yayınevi, 2010. s.168

<sup>285</sup> Dig. 22.3.2.

<sup>286</sup> Hadis külliyatlarında geçen farklı ibareleri için bk. Çalışmanın devamı.



bir hadistir; “İspat davacının üzerine, yemin ise inkar edenin üzerinedir (gerekir)” şeklinde çevrilebilir.

Görüldüğü üzere, iki hukuk prensibinde ispatın davacının yükümlülüğüne ait olduğu vurgulanmaktadır. Hadis’te geçen “yemin ise davalıya aittir” şeklindeki ikinci kısım, Roma hukuk kaidesinde yoktur. Dolayısıyla Roma hukuk prensibi ile İslam hukuk prensibindeki benzerlik sadece birinci kısımda tespit edilebilir.

İki prensibin anlam ve kapsamını daha detaylı incelemeden önce, hadisin hangi şekillerde varid olduğunu ve hangi rivayetlerle aktarıldığını görmekte fayda vardır. Beyyine hadisi üç farklı şekilde aktarılmıştır. Bunlardan birincisi,

”البينية على المدعي و اليمين على المدعى عليه”<sup>287</sup>, yani “İspat davacının üzerine, yemin ise davalının üzerinedir” rivayetidir. Bu söz aynı zamanda **Hz. Ömer** ve **Katâde**’ye de nispet edilmiştir.<sup>288</sup> Ayrıca **Ebû Yusuf**’un *el- Asâr*’ında rivayet ettiği üzere, **İbrahim en-Nehâf**’ye de atfedilmiştir.<sup>289</sup>

Bizzat Hz. Peygamber’e atfedilen bir diğer rivayette ise şu şekliyle mevcuttur:

”إن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: البينية على من ادعى و اليمين على من أنكر إلا في القسامة”, yani “*Rasulullah sallallahu aleyhi vesellem buyurdu ki: Kasame dışındaki konularda İspat davalının üzerine, yemin ise inkar edenin üzerinedir- kasame hariç.*”<sup>290</sup>

Bu rivayette, *kasame* de ayrıca zikredilmektedir. *Kasame*, “*faili meçhul cinayetlerde cezaî ve malî sorumluluğu tespit amacıyla suç mahallindeki bir grup topluluğun veya makûl yakınlarının hakim huzurunda yemin usulünü ifade etmektedir.*”<sup>291</sup> *Kasame*, hadiste işaret edildiği gibi, beyyine kuralına aykırı gibi gözükmektedir. Bu sebepten dolayı Malikiler, Şafiler ve Hanbeliler ispat ve nefy

<sup>287</sup> Tirmizî, Ahkâm, 12.

<sup>288</sup> Dârekutnî, IV.s. 206-207

Beyhâkî X, s. 150, s. 253

<sup>289</sup> Ebû Yusuf, Yakub b. İbrahim el-Ensari, el-Asar, t Darul'l-Kütübi'l'İlmiyye, Beyrut cüz 1, ty. 161.

<sup>290</sup> Darekutnî, IV, s.217-218, Beyhakî, VIII. s.123.

<sup>291</sup> Konuyla ilgili bk. Ali Bardakoğlu “Kasâme”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, cilt: 24, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2001, s. 528-530.

kasamesini kabul etseler de, Hanefiler genel kurala aykırı olması nedeniyle sadece nefy kasamesini kabul ederler.

Beyyine kısmını içermeyen, sadece yemine dair hüküm içeren beş farklı rivayet tariki şu üç metni ifade etmektedir:

- i. *Hz. Peygamber, "Eğer insanlara yalnız dava etmeleriyle (delilsiz, şahitsiz) istedikleri verilecek olsaydı, kavmin malları ve kanları zayı olurdu. Fakat yemin davalıya aittir" dedi.*
- ii. *Hz. Peygamber; insanlara yalnız iddialarına binaen (delilsiz, şahitsiz) istediklerinin verilmesi durumunda, canlarının ve mallarının zayı olacağına ve yeminin davalıya düştüğüne hükmetti.*
- iii. *Hz. Peygamber yeminin davalıya düştüğüne hükmetti ve "Eğer salt iddialarına binaen insanlara istedikleri verilecek olsaydı, malları ve canları zayı olurdu" buyurdu."<sup>292</sup>*

Hadisleri cerh ve ta'dil bakımından inceleyen "*Fıkhî Hadislerin Rivayet Değeri Bağlamında 'Beyyine ve Yemin Hadisi'nin Tahric ve Tenkidi'*" isimli çalışma, ilginç bir sonuca ulaşmaktadır. Rivayetler doktrinde sahih ve hatta meşhur olarak nitelendirilmiş olsalar dahi, hadislerin her birinde cerh ve ta'dil açısından bir takım sıkıntılar tespit edilmiştir. Yukarıda zikrettiğimiz, beyyine hadisine dair tüm tarikleri ve ravilerini karşılaştıran çalışma şu sonuca ulaşır:

Hadis'in genel yapısına ve lafızlarına bakıldığında, sadece yemin ile ilgili kısmın Hz. Peygamber'e ait olduğu söylenebilir.<sup>293</sup> Diğer kısım ise, yani beyyine kısmı ise Hz. Peygamber'in uygulamasında yer almasıyla birlikte, lafzî açıdan Hz.

---

<sup>292</sup> Ayşenur Soylu, Hüseyin Kahraman, "Fıkhî Hadislerin Rivayet Değeri Bağlamında 'Beyyine ve Yemin Hadisi'nin Tahric ve Tenkidi'", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, cilt: XVII, sayı: 2, s. 709-727, s. 715.

<sup>293</sup> Soylu, Kahramana, s.725.

Peygamber'e ait olmadığı muhtemeledir.<sup>294</sup> Konuyu çalışan Soylu ile Kahraman'ı bu sonuca götüren en önemli işaret ise, hadisin isnadı ile ilgili sıkıntılı durumdur. “*Bu rivayetler hakkındaki en kuvvetli ihtimal, fıkhi bir yargı veya açıklamanın ravi tasarrufu sonucunda Hz. Peygamber'e nispet edilmiş olmasıdır.*”<sup>295</sup>

Beyyine ifadesini içeren kısmın, Hz. Peygamber'e doğrudan nispet edilememesi, çeşitli yorumların yapılmasına fırsat verebilir. Roma hukukunda “*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*” ifadesinin özellikle “*beyyine davahtya aittir*” kısmıyla lafzen örtüşmesi kaidenin lafzî bağlamda Roma hukukundan geçmiş olma ihtimalini akla getirmektedir. Nitekim Hz. Peygamberin diğer uygulamalarına bakıldığında, beyyineye çokça başvurduğu görülür.

Hz. Peygamber'in beyyineyi uygulamasına örnek teşkil eden iki farklı rivayet mevcuttur:

1.) Eş'as b. Kays ile bir Yahudi arasındaki ortak arazinin konu edildiği davadır. Yahudi, Eş'as b. Kays'ın hakkını reddetmektedir. Bunun üzerine dava Eş'as tarafından Hz. Peygamber'in huzuruna getirilir. Hz. Peygamber Eş'as'a beyyinesinin olup olmadığını sorar. Olmadığını öğrenince Yahudiye yemin teklif eder. Eş'as bunun üzerine yemini yapıp malını alıp götürmesinde korktuğunu ifade eder. Bunun üzerine Ali İmran suresinin 77 ayeti nazil olur: “*Allah'a karşı verdikleri sözü ve yeminlerini az bir bedelle değiştirenlere gelince, işte bunların ahirette bir payı yoktur (...)*”. Bir diğer rivayette ise Hz. Peygamber'in bu söz üzerine “*senin bundan başka yapacak bir şeyin yoktur*”, dediği rivayet edilir.<sup>296</sup>

2.) Bir diğer hadiste, karısına zina isnad eden erkeğe Hz. Peygamber'in “*ya beyyine getirirsin yahut sana had uygularım*”, dediği rivayet edilir. Burada da zina suçunu ihbar eden erkeğin beyyine külfeti olduğuna işaret edilir.

<sup>294</sup> Soylu, Kahramana, s.725.

<sup>295</sup> Soylu, Kahraman, s.725.

<sup>296</sup> Bk. Soylu, Kahraman

İslam özel hukuk davası ve ceza hukuk davasından verdiğimiz bu iki örnek, Hz. Peygamber'in ilke olarak beyyine külfetini uyguladığını gösterir. Dolayısıyla Peygamber'in uygulamasına dayanarak **Beyhaki**'nin **İbn Abbas**'a isnad ederek rivayet ettiği “البينة على المدعي و اليمين على من أنكر” rivayeti fıkıh kitaplarında delil olarak gösterilmiştir.<sup>297</sup>

Hadis metinlerine bakıldığında beyyinenin daha çok şahit anlamında kullanıldığı görülür. Nitekim yazı ve belge kültürünün yaygın olmadığı bir toplumda en güçlü ispat vasıtalarından biri şahitlere başvurmaktır. İslam hukukunda beyyinenin yanı sıra temel ispat vasıtları ikrar ve yemindir. Hz. Ömer'den nakledildiğine göre

“اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة” yani, “Açık yemini geri çevirmeye en layık olan adalete uygun delildir.”<sup>298</sup>

Beyyine Hz. Peygamber döneminde ve klasik doktrinde daha ziyade şahitlik olarak anlaşılrsa da, ispat vasıtaları sadece şahitlikten ibaret değildir. İkrar, yemin, yeminden nükûl, bilirkişi, hâkimin şahsen bilmesi ve kanaati, keşif, yazılı belge, *lian*, *kasâme* ve karineler de delil olabilirler.<sup>299</sup> Ancak esas delil şahitliktir.

İslam özel hukukunda şahitlerin asgari miktarı iki erkek yahut iki kadın bir erkek şahittir. Buna karşılık, bazı ceza hukuk davalarında bu sayı dört şahide kadar çıkabilmektedir.<sup>300</sup>

Bahsi geçen Roma hukuk prensibine gelirse, delil için *probatio* kavramının kullanıldığını görmekteyiz: *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat. Probatio, probare* yani denemek, sınamak kökünden gelir, ve delil ve ispat anlamını taşır. Bu

<sup>297</sup> Bk. Soylu, Kahraman, s. 709-727.

<sup>298</sup> Ebû Yûsuf Ya'kub b. İbrâhîm b. Habîb b. Sa'd Kûfî, **İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ**, tahkik ve tashih Ebû'l-Vefâ el-Efganî, cennetu ihya'il maarifi'n-nu'mâniyye, 1. Baskı, s.80-81.

<sup>299</sup> Serahsi, c. 26, s. 111-177.

<sup>300</sup> Hadi Sağlam, Sema Gökbayır, Emine Sağlam, “İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Şahitlik Müessesesinin Değerlendirilmesi”, *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2012, cilt: V, sayı: 2, s. 87-103, s.90.

prensip mucebince, özel hukuk davalarında davacı iddialarının doğruluğunu ispata mükelleftir. Ceza hukukunda özel hukuktaki usule uyulmuştur.

*Probatio* regulası, ispat külfeti hakkında formüle edilen tek kural değildir. *Probatio* regula'sını destekler mahiyette bir kaç kural bulunmaktadır:

- i. *Codex İustinianus, 4, 19, 23: Müddei iddiasını ispatlayamayacağını itiraf etmekle, müddeaya aleyhi herhangi bir ispata zorlamış olmaz. Nitekim, tabii olan, inkar edenin ispat etmek zorunda kalmadığıdır.*
- ii. *Codex İustinianus 4, 19, 25: Tüm davacılar bilsinler ki, mahkemeye ancak yeterince ve işe yarayan şahitler ve açık belgeler yahut günyüzü kadar açık karine ve delillerle desteklenmiş davaları getirmeliler.*
- iii. *Dig. 50.17.125: Bir meselede tercih edilmesi gerekenler davalılardan çok davacılarıdır.*
- iv. *Dig. 50.17. 33: Davacının durumu davalıdan daha zordur.*

Genel ispat vasıtaları İslam hukukunda olduğu gibi ikrar, şahitlik ve yemindir. Açık, gözle görülür, âyan ispata *probatio per inspectionem ocularem* denilmektedir. Ancak Roma hukukunda şahitlikten (*probatio per testes*) ziyade, yazılı (*probatio per instrumenta*) ve resmi deliller önceliklidir. “*Delil getirmesi gereken iddia edendir, olumsuzlayan değil*” olarak tercüme edilmesi mümkün olan *probatio* prensibi gereğince, olumlu davayı ileri sürenin ispata yükümlü olduğu kabul edilmiştir. İslam hukukunda olduğu gibi tek kişinin şahadeti kabul edilmemektedir. Ciddi farklılık arz eden bir nokta ise, İslam hukukunda medeni hukuk davalarındaki hükmün aksine Roma hukukunda kadınların şahitlik yapamadıklarıdır. Bir diğer farklılık da, şahitlerin toplumsal sınıfa göre derecelendirmeye tabi tutulmalarıdır. Buna göre bir çiftçi bir senato üyesine karşı şahitlikte bulunamaz. Özellikle ceza hukuk davalarında şahitlerin şahitlikten imtina

etmeleri söz konusu olduğunda, hapis ve işkenceye kadar varan yöntemle şahitliğe zorlanabilmektelerdi.<sup>301</sup>

Roma hukukunda probatio prensibi özel hukukta olduğu gibi ceza hukukunda da nerdeyse hiç değişiklik yapılmaksızın uygulanmaktadır. Suça şahit olan herhangi bir vatandaş, hakime durumu bildirdikten sonra, aynı zamanda ispat külfetini de üstlenmektedir. Bu durumda adeta bir savcı gibi deliller öne sürer, sanık ise yine delillerle suçluluğunu ispatlamaya çalışır. Ayrıca tarafların her ikisine de hakim yemin teklif edebilir, yemini edenin lehine karar verilirdi. Sanığın yeminden kaçınması ise ikrâr sayılmaktaydı.<sup>302</sup> Nitekim Ceza hukukunun Roma hukuk sisteminde en az gelişmiş olan bölüm olduğu söylenebilir.<sup>303</sup>

Bu anlamda Roma hukukundaki ceza muhakemesinin İslam hukukundan farklı olduğunu vurgulamak gerekir. İslam hukukundaki Allah hakkı – Kul Hakkı şeklindeki temel ayırım, ceza hukukunun bir kısmında farklı muhakeme usullerine başvurulmasının nedenidir.<sup>304</sup> Milk yani mülkiyet kavramının belirleyici olduğu özel hukuk alanına ait davalara konu olan haklara Kul Hakları denilmektedir. Kamu maslahatını gözetilen ceza davalarında gözetilen haklara ise, Allah hakkı denilmektedir. İslam ceza hukukundaki (ukubât) davalar Allah Hakları kategorisinde ele alınmışlardır. Kul Hakkı-Allah Hakkı ayırımı, İslam muhakeme usulu açısından, özel hukuk davaları ve ceza hukuk davaları arasında belli farkların oluşmasını sağlamıştır. Bu sonuçların özellikle iki tanesi, *beyyine -probatio* kaidelerinin uygulanması ile doğrudan alakalıdır.

Bunlardan birincisi kaidenin beyyine kısmı ile alakalıdır. Özel hukuk davalarına, şüphe davanın düşmesine yol açmaz, şüphe mevcut olsa dahi hakim bir karara varır. Ancak Allah haklarının konu olduğu davalarda en ufak şüphe dahi davayı düşürür. Hatta bu

---

<sup>301</sup> SRRB, c.II, s.159.

<sup>302</sup> Sahip Beroje, **İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda beyyine külfeti ve ispata hakim esaslar**, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslamî Bilimler Doktora tezi, 1999, S.39-40.

<sup>303</sup> Sahip Beroje, „İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti Ve İspata Hakim Esaslar.”, Atatürk Üniversitesi, Doktora tezi, Erzurum: 1999, S.40.

<sup>304</sup> Hasan Hacak, “*The Basis and Effects of the Division Between Private and Public Law in Classical Islamic Law*”, içinde: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2013, sayı: 45, s. 51-66, s.56-58.

ilke o kadar benimsenmiştir ki, hakim davacıyı iddiasından vazgeçirmeye çalışır. Dolayısıyla Allah haklarının konu olduğu davalarda, davacının beyyine getirmesi gerektiğine dair ilke bu açıdan tam olarak uygulanmamaktadır.<sup>305</sup> İkincisi ise beyyine kaidesinin yemin kısmıyla alakalıdır. İslam hukukunda özel hukuk davalarında tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, hakim davalıdan kaide gereği yemin etmesini isteyebilir. Ancak Allah haklarının söz konusu olduğu ceza hukuku muhakemelerinde hakim davalıdan yemin etmesini istemez, hatta bu konuda tüm mezhepler görüş birliği içerisindedirler.<sup>306</sup> Roma hukukunda ise yukarıda belirtildiği üzere, hakimin davalıdan yemin istemesi, özel hukuk ve ceza hukuk davalarında herhangi bir fark gözetilmeyerek aynı şekilde tatbik edilmektedir. Dolayısıyla İslam hukukundaki beyyine kaidesinin yemin kısmının, Roma hukukunun aksine, ceza hukuk davalarında tatbik edilmediği görülmektedir.

Dava usulü ve *probatio* regulasının doğu eyaletlerdeki uygulaması hakkında Süryani-Roma Hukuk Kitabı bazı ip uçları sunmaktadır. Süryanî Roma Hukuk Kitabı'nda, *probatio* regulasına doğrudan atıf yoktur. Ancak dava usulüyle ilgili bir kaç ifade mevcuttur. Bunları kısaca zikredip, İslam hukukundaki uygulamayı göstermekte fayda vardır.

§107. metinde davada şahitlik hakkında önemli bilgiler verilmektedir. Buradaki ifadelerle göre şahitliği ancak yirmibeş yaşını doldurmuş (rüşd yaşıdır) iki yahut üç erkek yapabilmektedir. Erkeklerde aranan şartlar, hayatında hırsızlık, yan kesicilik, büyü gibi kötü suçlarda bulunmamış olmaları ve lehine şahitlik yaptıkları tarafın ailesinden ve dostlarından olmamalarıdır. Ayrıca şahitlikte hür olma şartı da vardır. Bu şahitler yalan söylemeyeceklerine dair tanrının adına yemin<sup>307</sup> etmelidirler.

---

<sup>305</sup> Allah Hakkı-Kul Hakkı ayrımının muhakeme usulündeki yol açtığı farklar için bk. Hasan Hacak, "The Basis and Effects of the Division Between Private and Public Law in Classical Islamic Law", s.57'deki tablo.

<sup>306</sup> Hasan Hacak, **İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2000, s.102.

<sup>307</sup> Roma hukukunda hakimin davanın başında iki tarafa da sunduğu doğruluk yemini *İuramentum calumniae* olarak adlandırılmaktadır ( Inst. 4.16.1).

§37. Metinde dava usulüne dair bir ibare bulunmaktadır. Burada kölenin efendisini mahkemede temsil edemeyeceği ifade edilir. Zira kölenin efendiyle onur mertebesi bir değildir.<sup>308</sup>

§57. Metinde bir kimseye suç isnad edip delil getiremeyen yahut iddiasından vazgeçen kimsenin aynı suça çarptırılmasını öngören bir ibare mevcuttur.<sup>309</sup> Şahitlikten rücû ile ilgili olan bu hüküm, cinayet suçu ile ilgilidir. İslam hukuk kaynaklarına bakıldığında, Ebu Hanife'nin ilk görüşünün bu ibare ile örtüştüğünü, ancak ikinci görüşünde bundan vazgeçtiği görülür. Ebu Hanife'nin SRRB ile örtüşen birinci görüşü, kendisinin bu durumu nikah ile ilgili bir davaya kıyas etmekten kaynaklanır. Buna göre, eğer şahitlerin ifadelerine dayanan hakim erkek le kadın arasında karı-koca olduklarına hükmetse, şahitler hüküm verildikten sonra şahitlikten rücû etseler, bu iki kişi yine de karı-koca sayılırlar. Kıyasa göre, bu durumda da kısasa hükmedildiği için hüküm uygulanmamış olsa dahi şahitlere kısas uygulanması gerekir. Ancak Ebu Hanife daha sonra istihsanen kısas uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir. Zira kısas, daha çok hadlere benzer ve hadlerde şahitlikten rücû de hakim'in hükmü geçerli olmaz.<sup>310</sup> Esasen haddlerde şahitlikten rucü de hakim'in hükmünün geçerli olmayışının teorik alt yapısı yine yukarıda bahsettiğimiz Allah Hakkı-Kul Hakkı ayırımına dayanmaktadır. Dolayısıyla fikhın akademik olarak doğduğu dönemde, Allah Hakkı-Kul Hakkı ayırımının özgün bir anlayış olarak varlığı görülmektedir.

§ 70. Metinde, suç davalarında, iddia sahibi iddiasını (*accusatio*) mahkeme önüne taşımadan kefil alması gerektiği ifade edilir. Bu muhtemelen dava asılsız çıkarsa, davalı tarafın zararını gidermesini sağlamaya yönelik bir uygulamadır.<sup>311</sup>

Bir diğer önemli ifade, §131 de geçmektedir. Burada kesin bir üslupla, hangi dava türünde olursa olsun yemine göre karar verilir, hükme bağlanır ancak daha sonra yalan yere yemin ettikleri sabit olursa, hükümde değişikliğe gidilemeyeceği ifade

---

<sup>308</sup> SRRB, c.II, s.61.

<sup>309</sup> SRRB, c.II, s.77-78.

<sup>310</sup> Şemsü'l eimme Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsi, **el-Mebsut**, trc. Mustafa Cevat Akşit, İstanbul: Gümüşev, 2006, c. 26, 257-258.

<sup>311</sup> Selb, Kaufhold, c. II, 89.



edilir.<sup>312</sup> İlk dönem İslam hukukçularında bu konuda ihtilafın vaki olduğu görülür. Nitekim Hz. Ömer'in "اليمن الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة" yani "adalete uygun delil açık yemine tercih edilmeye en layıktır" dediği İhtilaf-u Ebu Hanife ve İbn Ebî Leyla'da nakledilir. Ebu Hanife'nin ve Ebu Yusuf'un tercih ettikleri de Hz. Ömer'in sözü doğrultusunda, hükmün uygulanmamasıdır. Ancak İbn Ebî Leyla hükümde değişikliğe gidilemeyeceğini savunur.<sup>313</sup> Daha sonrasında ise mezhepte, yeminin beyyineden daha zayıf bir ispat vasıtası olduğuna kanaat getirilmiştir.

Yukarıda zikrettiğimiz pasajlar İslam hukukundaki hükümlerle karşılaştırdığımızda, dava usulünün ciddi manada farklılıklar barındırdığını görebilmekteyiz. Nitekim buradaki hükümler Klasik Roma dava usulünden farklı uygulamalar barındırmazlar. Ancak Ebu Hanife ve İbn Ebî Leyla gibi ilk dönem fakihlerin, Süryani Roma Hukuk Kitabı'nda da geçen bir takım hükümlere uygun görüş bildirmiş olmaları ilginçtir. Belki de hakkında nass yahut habere ulaşamadıkları noktalarda, fikhî bir sakınca görmedikleri sürece bölgenin hukukuna uymuşlardır. Bu konuda kesin bir delile ulaşmak imkansızdır, ancak ilk dönem fakihlerin yaşadıkları bölgedeki hukuka uygunluk arz eden görüşlerde bulunmaları olası bir etkileşime işaret edebilir.

Beyyine kaidesinin ilk kısmının, fıkıhçı raviler tarafından, Hz. Peygamber'in uygulamasına uygunluk arz eder biçimde yemin rivayetine eklenmiş olması da, etkileşim düşüncesini çağrıştırmaktadır. Fıkıhçılar, işittikleri rivayeti Hz. Peygamber'in uygulamasına uygun biçimde yorumlayıp manen rivayet etmiş olabilirler. *Probatio* kaidesinin bölgede çok iyi bilindiğini güçlü bir şekilde varsayarsak, fıkıhçıların kaideden haberdar olmaları gerekir. Hz. Peygamber'in uygulamasında *probatio*'nun daha ziyade şahitlerle yapıldığını bilen fıkıhçılar, *probatio* ya karşılık beyyine kavramını kullanmış olabilirler. Ancak şunu da belirtmek gerekir, ispat sorumluluğunun davacı da olması evrensel bir kuraldır. Beyyine kaidesi Hz. Peygamber tarafından bu şekliyle ifade edilmemiş olabilir, ancak uygulama olarak mevcuttur. Fıkıhçılar kaidenin beyyine kısmını Roma Bizans hukukundan aşinâ oldukları lafızlarla ifade etmiş

---

<sup>312</sup> Selb, Kaufhold, c. II, 189.

<sup>313</sup> Ebû Yûsuf, s. 78.

olabilirler, ancak bu sadece bir varsayım olarak değerlendirilebilir. Nitekim, Fıkıhçuların beyyine kaidesinin uygulandığı alanlarda Roma hukukundan ciddi manada farklılaşan hükümler uyguladıkları görülür. Evrensel bir anlayışı da ifade eden beyyine kaidesinin vurgusu esasen beyyine ve yeminin kimin sorumluluğunda olduğunu ifade etmektedir. Zaten davanın beyyinesiz olmayacağı açıktır. Beyyine'nin davacıya ait olduğunu ifade edilmesi, davalının beraet-i zimmetine vurgu yapmaktadır. Böylelikle davalı Kul hakkını konu eden davalarda suçsuzluğunu ispata gerek duymaz, yemin ederek kurtulmaktadır.

**b. *Pater est quem iustae nuptiae demonstrat*<sup>314</sup> – <sup>315</sup>الولد للفراش وللعاهر الحجر**

Roma hukukunda, “*Baba evlilik hukukunun gösterdiği kişidir*” kuralı ile İslam hukukundaki “*Çocuk yatağa aittir, zina edene ise kısıtlama vardır.*” kaidesi birbirine büyük oranda benzemektedir. Oryantalistler’in iktibas bağlamında en fazla zikrettikleri kaideler arasında yer alan “الولد للفراش وللعاهر الحجر” kaidesi, aynı zamanda bir hadis olarak rivayet edilmiştir.<sup>316</sup>

Kaidenin iktibas edilmiş olduğunu savunan Joseph Schacht olmuştur. Schacht’ın bu kaidenin Roma’dan iktibas edildiğine dair öne sürdüğü argümanları şunlardır: Birincisi kaidenin geçtiği rivayetler H. II. yüzyılın sonlarında **Ata b. Ebi Rebah** gibi şahıslara nispet edilerek uydurulmuştur. İkincisi, Kuran’daki iddet emri babalık sorununu ortadan kaldırdığından kaidenin işlevsel bir alanı kalmaz, hatta Kuran’ın ruhuna aykırı bir rivayettir. Üçüncü argüman olarak, Muvatta’da **Hz. Ömer**’in bir meselede bu kaideyi uygulamadığını, dolayısıyla kaideden habersiz olduğunu iddia eder. Nitekim Schacht’a

<sup>314</sup> “*Baba olan, evlilik hukukunun işaret ettiği kişidir*”, Dig. 24.5.19.

<sup>315</sup> “Çocuk yatağa aittir, zina edene ise kısıtlama / taş vardır.” (Hadis iki farklı şekilde okunabilir. Kaidenin uygulandığı durumlar yatak birlikteliği hakkına sahip olmayan yabancı bir erkeğin, bir erkle meşru bir şekilde yatak birlikteliği olan bir kadının çocuğu üzerinde hak talep etmesine yöneliktir. Kaide, zahiren zina eseri olduğu bilinse dahi, çocuğun yatak birlikteliği hakkına sahip olan erkeğe nispet edileceğini ifade eder. Böylelikle zina etmiş olan yabancı erkeğe de “kısıtlama” vardır. Kaidenin uygulanışından yola çıkarak, “kısıtlama” şeklinde okumanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

<sup>316</sup> Muvattâ, Akdiye, 21.

göre Hz. Peygamber babalık sorunu ortaya çıktığında İslam öncesi dönemde olduğu gibi *ilm-i kıyafe uzmanlarına*<sup>317</sup> başvuruyordu.

Schacht'ın iktibas teorisine delil olarak öne sürdüklerine bakıldığında, hadislere olan şüphesi etrafında şekillendiği görülür. Yukarıda da değindiğimiz gibi Schacht'ın hadisleri H. II. Yüzyılın sonunu gibi geç bir tarihe atmasına olanak sağlayan *e silentio* metodunu eleştiren ve hadisleri tarihlendirme konusunda daha güvenilir sonuçlar veren *isnad cum metn* teorisini geliştiren **Harald Motzki** olmuştur. Harald Motzki, Schacht'ın süksesif hadis teorisine karşın geliştirdiği *isnad cum metn* analizi ile, Schacht'ın bir çok iddiasının yanı sıra, bir de Ata b. Ebi Rebah'nın rivayetlerini özel mercek altına almış ve Schacht'ın iddia ettiğinin aksine, Ata'nın rivayet ettiği hadislerin gerçekten de ondan gelmesi gerektiğini, dolayısıyla hadisin daha H. I. yüzyıl gibi erken bir dönemden itibaren Hz. Peygamber'e nispetle aktarıldığını ispat etmektedir.<sup>318</sup> “*İsnad cum matn*” (isnad ve metin tenkidi) yöntemini geliştiren Motzki, ravîleri sadece isnad bağlamında değil, rivayet ettikleri metinleri daha dikkatli inceleyerek, daha isabetli sonuçlar elde edebilmiştir. Buna göre bir ravînin metni aktarış üslûbu, kullandığı kelime ve ifadeler hadisin uydurma olup olmadığına, belli bir şahsın ağzından çıkıp çıkmadığına delil teşkil eder. Motzki, *isnad cum metn* analiziyle Schacht'ın *e silentio* teorisine daha bilimsel ve ciddi bir alternatif sunarak, hadislerin tarihlendirilmesiyle ilgili yapılacak olan çalışmalara yüksek bir çita koymayı başarmıştır. İslam hukukunun başlangıcına ışık tutmaya çalıştığı “*İslam hukukunun kökenleri: Mekke'de II./VIII. Yüzyıla kadarki gelişimi.*”<sup>319</sup> adlı eserinde Ata b. Ebi Rebah'tan rivayet edilen firaş hadisiyle ilgili rivayetlerin tahlilini de sunmaktadır.

Tabii dönemi Mekkeli fakih Ata b. Ebi Rebah'ın rivayetleri, firaş hadisini farklı şekillerde elde alır. Başlangıçta, hadislerin aynı kişiden rivayet edilmediği şüphesi

---

<sup>317</sup> Kıyafet ilmini bilenler. Kıyafet ilmine, İslam öncesi dönemde babalık iddialarını ispatlamak için başvurulmaktaydı. El, ayak ve yüzdeki bazı benzerliklerden yola çıkarak, nesep tayini yapılabilmekteydi.

<sup>318</sup> Harald Motzki, Richard Gramlich, Ulrich Marzolph, **Die Anfänge der Islamischen Jurisprudenz: ihre Entwicklung in Mekka bis zur Mitte des 2./8. Jahrhunderts**, Stuttgart F. Steiner: 1991. Schacht ve Goldizher'ın Hadis teorisine en ciddi eleştirisi bu eserde yapılmıştır.

<sup>319</sup> Bk. Motzki.

uyandıran bu durum, rivayetlere dikkatli bakıldığında firaş hadisinin nasıl anlaşılması gerektiğine ışık tuttuğu görülür.

Motzki'nin aktardığı efendi-cariye ilişkisi ile ilgili birinci rivayette Atâ'nın öğrencisi İbn Cüreyc hocasına İbn Ziyad'ın mevlası Meysere'nin umm-u veled'inin çocuğunun Meysere'den olmadığını iddia ettiğini ve bu durumda ne yapılması gerektiğini soruyor. Bunun üzerine Atâ firaş kaidesi ile cevap veriyor. Diğer öğrencilerinden biri olan İbn Ubeyd b. Umeyr'de *physiognomist*'lerin (kıyafet ilmini bilenler) çocuğun kimden olduğunu tahkik edip etmeyeceklerini merak ediyor. Atâ bunun üzerine yine aynı şekilde firaş kaidesi gereği çocuğun firaş sahibi, yani efendiye ait olacağına hükmediyor.<sup>320</sup>

Nikah akdıyla ilgili olan ikinci bir rivayette ise yine **İbn Cüreyc** hocasına soru yöneltiyor. Bu kez kadının çocuğu doğurduktan sonra kocasının çocuğu reddetmesi durumunu merak eden öğrencisine Atâ, erkeğin çocuğu reddetmesi için bu durumda lian yapması gerektiğini ve çocuğun bunun akabinde kadına nispet edileceğine hükmediyor. İbn Cüreyc, itiraz ederek, firaş hadisine dikkat çekiyor. Atâ ise bu durumda firaş hadisine göre neden hükmetmediğini şu şekilde açıklıyor: Firaş kaidesi cahiliyye döneminde başka erkeklerin yataklarında doğmuş çocukları basitçe kendi neseplerine almalarını engellemek için varid olmuştur. Burada ise erkeğin karısının zina ettiğine dair şüphesi olduğundan lianın hükümleri uygulanmalıdır.<sup>321</sup>

Atâ'nın iki rivayette farklı yaklaşımı ilk bakışta ilgili rivayet konusunda şüphe uyandırsa da, görüldüğü üzere, Atâ'nın farklı yaklaşımı firaş kaidesinin asıl anlamını ayırt ederek uygulamasına dayanır. Firaş kaidesinin varid olmasındaki sebebe dikkat çeken Atâ bu kaidenin, zina şüphesi olan durumlarda uygulandığını vurgulamaktadır. Fıkıh kitaplarına da bu şekilde anlaşıldığı görülen kaide, firaş sahibi erkeğin şüphesi durumunda devreye girmez, ya kadının zinayı ikrarı yahut başka bir erkeğin çocuk üzerinde hak talep etmesi durumunda uygulanır.

---

<sup>320</sup> Motzki, s. 76.

<sup>321</sup> Motzki, s.115.

Fıkıh kitaplarında sıkça zikredilen ve Hz. Peygamber'in uygulamasını doğrudan gösteren rivayet Muvatta ve Abdürrezzak'ın Musannef'inde geçen önemli bir rivayette yukarıda bahsettiğimiz ayrımı gösterir.<sup>322</sup> Doğrudan Hz. Peygamber'in uygulamasını gösteren rivayet, İmam Muhammed'in el-Asl'ında da “ باب الإقرار بولد من الرنى ” yani “*çocuğun zinadan olduğunu itiraf etmek*” başlığı altında zikredilir. Sa'd bin Ebî Vakkas, kardeşinin ölüm yatağında, İbn Zem'a'nın cariyesi ile zina ettiğini ve İbn Zem'a'nın oğlunun onun oğlu olduğunu itiraf etmesi ve onu yanına almasını vasiyet etmesi üzerine, onu yanına alır. Ancak Abd. b. Zem'a kardeşi üzerinde hak talep eder. Bunun üzerine dava Hz. Peygamber'in huzuruna getirilir. Hz. Peygamber firaş kaidesini zikreder ve İbn-i Zem'a lehine karar verir, zira zina sonucu meydana gelmiş olsa dahi sahibi'l firaş olması nedeniyle çocuk İbn Zem'a'nın babasıdır.

Rivayette ilginç olan husus, Hz. Peygamber'in çocuğun Ebu Vakkas ailesine benzediğini gördüğünde, İbn Zem'anın kızı ve aynı zamanda kendisinin eşi olan Hz. Sevde'ye onun yanında örtünmesini emretmesidir. Verdiği hükme göre, çocuk Hz. Sevde'nin kardeşi olduğundan yanında örtünmesi gerekmemeliydi. Ancak Hz. Peygamber çocuğun Ebû Vakkas ailesine olan fizyolojik benzerliğini gördüğünden dolayı, ihtiyaten böyle bir emir verdiği vurgulanır.<sup>323</sup>

Firaş kaidesi böylelikle zina eseri çocuğun akıbetini bir hükme bağlarken, aynı zamanda zinanın ifşa olunmamasını sağlama amaçlı bir kaidedir. Karısının nüşuzundan şüphe eden erkeğe, lian yapılarak karısından ve çocuktan vazgeçme gibi ağır bir yol sunulur, bu şüphesinden vazgeçmesi amaçlanır. Diğer taraftan kendi zinasını ikrar eden bir kimsenin kaide gereği bu işten sadece zararlı çıkacağına işaret edilir. Zina eseri çocuğu kendi nesebine alması mümkün olmayacağından dolayı, suçu işlemiş bir kimsenin ikrarından elde edebileceği bir fayda yoktur. Bu bağlamda firaş kaidesi, zina haddinde ihtiyatın örneği de sayılabilir.

Schacht'ın öne sürdüğü argümanlardan biri olan Muvatta'da geçen Hz. Ömer'e ait bir uygulama bu açıdan bakıldığında açıklık kazanır. Rivayette Hz. Ömer'e iki erkek

<sup>322</sup> Motzki, s.116.

<sup>323</sup> İmam Malik bin Enes, **Muvatta**, trc: M. Büyükçınar, Vecdi Akyüz, Ahmet Arpa, Durak Pusmaz, Abdullah Yücel, İstanbul: Ensâr Neşriyat, 2014, s. 486.

bir kadının çocuğu üzerinde hak talep ederek başvururlar. İslam öncesinde doğmuş bir çocuğun bahis konusu olduğu, hadisi rivayet eden Süleyman b. Yesâr tarafından ifade edilir. Hz. Ömer çocuğu nispet edebilmek için kıyafet ilmi erbâbına başvurur. Bilir kişi, meseleyi çözemeyince, Hz. Ömer kadına çocuğun babasının kim olduğunu sorar. Kadın, deve güderken önce bir süre biriyle beraber olduğunu, hayız gördükten sonra ötekiyle birlikte olmaya başladığını, her halükarda ise babanın kim olduğunu bilmediğini ifade edince Hz. Ömer tercihi çocuğa bırakır.<sup>324</sup>

**Schacht**'a göre, Hz. Ömer'in firaş kaidesini işleteceği yerde bir ilm-i kıyafet erbabına başvurması, bu kaidenin sonradan uydurulduğuna işarettir. Zira ona göre, arap toplumunda babalık iddiasının tespitinde sıkça kıyafet ilmine başvurulmaktaydı. Ancak Schacht'ın firaş kaidesinin hangi durumlarda uygulandığını gözden kaçırdığı açıktır. Şöyleki bu kaide, firaş hakkı olan ve bu hakka sahip olmayan iki kişinin davacı olduğu bir meselede firaş hakkına sahip olanının tercih edilmesini öngörmektedir. Rivayetlerde de görüldüğü üzere ifiraş hakkı ya *milku'r-rakabe* ya da *milku'l-mut'a* şeklindedir. Yukarıdaki durumda ise, mutlak manada iki erkekten bahsedilir. İki erkekten biri kadının kocası yahut efendisi olsaydı, kaidenin uygulanması gerekirdi. Fakat burada erkeklerden hiç biri firaş hakkına sahip değildir. Dolayısıyla Hz. Ömer'in burada firaş kaidesini uygulamaması, kaideyi bilmediğine işaret değildir. Aksine hükmü iyi bildiğinden dolayı bu durumda kıyafet ilmi erbâbına başvurduğu söylenebilir. Nitekim ortada firaş hakkı olmadığı için, kaide burada işletilemez.

Schacht Muvatta'da geçen bir diğer rivayeti de dikkate almaz. Nitekim rivayette, yine Hz. Peygamber Cahiliyye döneminde zina ettiği kadının çocuğunun kendisine ait olduğunu ikrar eden kimseye, “لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية”، “*İslam'da da'va yoktur, cahiliyyeden kalma bu iş kalkmıştır.*” diyerek bir Cahiliyye uygulaması olan da'va'nın (çocuğu talep etme) ortadan kalktığını ifade etmiştir.<sup>325</sup> Burada açıkça kaidenin Cahiliyye dönemine ait bir uygulamayı kaldırdığından bahsedilmektedir. Schacht, kaidenin Emevîler döneminde iddet emrinin sıkça ihlâl edilmesi sonucu ortaya çıkan babalık davalarını çözüme kavuşturabilmek için Roma-Bizans hukukundan

---

<sup>324</sup> Muvatta, s.487-488.

<sup>325</sup> Sünen-i Ebu Davud, Kitabu't Talak.

iktibas edildiğini savunur. Ancak yukarıdaki rivayette de görüldüğü gibi, kaidenin asıl işlevi zinâ eseri meydana gelen çocukların nesebini tayin etmektir. Kaidenin vurûd sebebi, Emevîler döneminde ortaya çıkan toplumsal bir soruna yönelik değil, daha İslam öncesi Cahiliyye döneminde mevcut olan bir uygulamaya yöneliktir.

İlk dönem fıkıh kitaplarına bakıldığında kaidenin bir çok yerde zikredildiği görülür. **Ebû Yusuf**'un "*İhtilaf'u Ebu Hanife ve İbn-i Ebi Leylâ*" isimli eserinde, Ebu Hanife ve İbn Ebi Leyla kaideyi uygulamaktadırlar. Kocasını gaip olup ölümü haberi geldikten sonra tekrar evlenen ve çocuğu olan kadının gaip olan kocasının dönmesi üzere çocuğun kimin nesebinden sayılacağı sorusuna İmam Ebu Hanife ilkinde, İbn Ebi Leyla ise ikincisine ait olacağı şeklinde cevap vermektedirler. İbn Ebi Leyla, Ebu Hanife'nin burada firaş kaidelerini uygulamasını doğru bulmaz, zira ikinci koca zânî değildir. Ebu Hanife'nin hükmü, İmam Muhammed'in el Asl'ında açıklanmaktadır: Kocasını gâip olduğunda evlendiği, ve kocasını döndüğünden dolayı ikinci nikah fasittir. Birinci nikah ise sahih olduğundan, çocuk ilk kocaya nispet edilmelidir. Kadın ikinci kocasından ayrılır ve ilk kocasına geri döner.<sup>326</sup>

El-Asl'da kaidenin kendisi, yukarıdaki rivayet dışında zikredilmez, ancak hükmün nedeninin beyanında sıkça kaideye atıf yapılır. El-Asl'da geçen örneklerden de anlaşıldığı üzere "*firaş*" kavramı daima "*akit*" olarak algılanmıştır. Böylelikle sadece nikah değil, cariye, ümmü veled ile münasebetten doğan çocuklar da firaş kavramına dahildir. Örneğin, *el-Asl*'da, efendi cariyesini kölesiyle evlendirdikten sonra bir çocuk doğsa ve efendi üzerinde hak talep etse, firaş kaidesine göre kölenin olur.<sup>327</sup> Zira cariye efendisinin firaşından çıkıp kölenin firaşına girmiştir.

Bir diğer örnekte firaşın öncelikli anlamının nikah akdi olduğu anlaşılmaktadır. Bir cariyenin çocuğu olsa, yabancı bir adam gelip efendisine cariyesiyle izni olmadan evlendiğini ve henüz bir sene olmadan çocuğun doğduğunu iddia edip buna dair bir delil getirirse, efendi de onunla yatağını paylaştığına dair delil getirirse, çocuk kime verir sorusuna İmam Muhammed, çocuğun nikah akdine sahip olan kocaya verilmesi

<sup>326</sup> Ebû Yûsuf, s.183.

<sup>327</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî, *el-Asl'ul Ma'rûf bi'l Mabsût*, tashih Ebü'l-Vefâ el-Efgânî, İdâretü'l Kur'ân ve'l Ulûmu'l İslâmî, c. 5, s.163.

gerektiğini düşünür. Nesebin tespiti hususunda firaş kaidesi gereği nikah akdinin öncelikli olduğunu düşünen İmam Muhammed, Efendinin iddiasını da dikkate alarak çocuğun mevla'l itâka, annesinin de ümmü veled olduğuna hükmetmektedir.<sup>328</sup>

Hadis rivayetleri ve ilk fıkıh eserlerinde görüldüğü üzere firaş kaidesi, Hz. Peygamber'in uygulamasında zina ikrarında çocuğun nesebini tespit etmek için kullanılmıştır. Hz. Peygamber'in hadisinde “*nikah*” yerine “*firaş*” kelimesinin kullanılması, yatağı paylaşmaya yönelik efendi-cariye ilişkisi dahil her türlü akdi kastettiğini göstermektedir.

Schacht'ın firaş kaidesinin “*Pater est quem iustae nuptiae demonstrant*” regulasından iktibas edildiğine yönelik teorisi, yalnızca İslam kaynaklarına bakılarak değil, *regula*'nın Roma hukukundaki uygulamasına bakılarak değerlendirilmelidir.

“*Pater est quem iustae nuptiae demonstrant*”<sup>329</sup> (“Baba olan, evlilik hukukunun işaret ettiği kişidir”)<sup>330</sup> *nuptia* kavramı ile doğrudan evliliğe işaret etmektedir. *Regula*'yı daha iyi anlayabilmek için, Roma hukukunda aile mefhumu ve evliliği genel hatlarıyla bilmekte fayda vardır.

Evlilik hukukî bir işlem olarak değil, toplumsal bir gerçekliğin hukukî sonuçlar doğurması şeklinde algılanmaktaydı. Böylelikle *ius civile*'ye göre evliliğin tesisi için evlenme yaşına gelen tarafların (*puberes*) ve ömür boyu monogam bir ilişkide bir evde yaşamaya yönelik karşılıklı rızaları yeterlidir. Toplumsal sınıflar arasındaki evlilik yasaklarından, malvarlığın ve mirasın daha fazla bölünmesini engellemek için doğan gayr-ı meşru, uzun vadeli ve gizli tutulmayan birlikteliğe ise *concupinatio* denilmektedir. *Concupinatio* için, evlilik yaşına ulaşmış olmak ve iki tarafın rızası yeterlidir. Ancak *concupinatio* dan doğma çocuklar gayr-ı meşrû'durlar ve varis olamazlar.<sup>331</sup> Dig. 2.4.5.'in ifade ettiği üzere, “*evlilik dışı çocuklar farklı bir muameleye*

<sup>328</sup> Eş-Şeybânî, c. 8, 54.

<sup>329</sup> Dig. 24.5.19.

<sup>330</sup> Literal tercüme

<sup>331</sup> Raimund Friedl, *Der Konkubinat im kaiserlichen Rom: von Augustus bis Septimus Severus.*, Franz Steiner Verlag, 1996, s. 70-76.



*tabi tutulurlar*”. Evlilik dışı çocuklar (*sporii* ya da *vulgo quasiti*<sup>332</sup>) hakkında bilgi veren Dig. 1.5.23'nin devamında, bu çocukların tabii hukuka göre anneye nispet edileceklerine hükmedilir.<sup>333</sup> Biyolojik baba gayr-ı meşru çocukların geçimini sağlamak zorunda değildir, baba ile aralarında *agnatio* bağı yoktur, *personae sui iuris*'tirler.<sup>334</sup>

Roma hukukunda ailenin devamı, esasen kan bağına (*cognatio*) değil, *agnatio* prensibine bağlıdır. Aileyi bir arada tutan bağ, kan akrabalığı değil, *patria potestas* yani aile reisinin egemenliğidir. *Patria potestas*, aile babasının evladını bir diğer aile reisine satabilmesi ve aynı şekilde bir diğer *patria potestas*'a mensup çocuğu evlat edinmesini sağlayan anlayıştır. *Patria potestas*'ın doğurduğu bir diğer sonuç, mirasın dağılımıdır. Buna göre bir aile reisi, hem kendi evlatlarına hem de evlatlıklarına miras bırakabilmektedir. Ancak, yukarıda zikredilen *sporii* evlatlık edinilemezler.

Hıristiyanlığın etkisiyle *agnatio*'ya bağlı akrabalık anlayışında bir gevşeme meydana gelmiştir. İmparatorluk döneminde, aile reisinin hem *manus* 'una sahip olduğu eşi üzerindeki etkisi hem de çocukların hayatına kadar varan yetkileri kısıtlanmaya başlamıştır. Böylelikle, *agnatio*'nun yerini tam alması da *cognatio*'nun önemi artmıştır.

İmparatorluk dönemiyle birlikte sadece *agnatio-cognatio* anlayışında farklılık meydana gelmemiş, aynı zamanda Augustus'un katı evlilik yasalarına tepkisel olarak gayr-ı meşru ilişkilerin daha da yaygınlık kazanmasıyla birlikte, İmparator Konstantin başta olmak üzere, Theodosius ve İustinianus döneminde kadar çeşitli İmparator kanunnameleriyle “*concubinatus*” müessesesi meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. İustinianus

<sup>332</sup> Ursula Gärtner, **Brandenburger Antike Denkwerk: Kulturelle Identität – Römisches Recht**, Potsdamer Lateintage, Universitätsverlag Potsdam, s. 138.

Evlilik dışı çocuklar esasen beş gruba ayrılırlar: 1. *Liberi naturales* (*concubinatus*'dan meydana gelen çocuklar), 2. *Incestuosi* (akrabalar arası evlenme yasağı olduğu halde meydana gelen çocuklar), 3. *Adulterini* (evlilik zinasından olma çocuklar), 4. *Vulgo quaesiti* (fahişeden doğma çocuklar), 4. *Sporii* (sayılanların dışında kalanlar). (Konuyla ilgili bk. Friedrich Heinrich Vering, **Geschichte und Institutionen des römischen Privatrechtes**, Kirchheim: 1870, s. 118-119.)

<sup>333</sup> Dig. 1.5.24 bir diğer önemli regula'ya yer verir: “*Mater semper certa est*”, “Anne (nin kim olduğu) her zaman bellidir.”.

<sup>334</sup> Peter Apathy, Georg Klingenberg, Martin Pennitz, **Einführung in das römische Recht**, 6. Baskı, Viyana: Böhlau Yayınevi, 2016, s. 70.

Codex’inde gayr-ı meşru çocukların nesebine dair “*Filius naturalis ventrem sequitur*”<sup>335</sup>, yani “*tabii çocuk anne karnına tabidir*” denilse dahi, bu çocukları meşrulaştırmak için bir takım yeni usuller vaz edilmiştir. Daha Augustus döneminde *liberi naturales* (tabii çocuklar) babanın bakma yükümlülüğü altına girebilmiş, ve mirasçı olabilmişlerdir.<sup>336</sup> Fakat evlilikte zina sonucu meydana gelen çocuklar (*adulterinii*) bu haklara sahip olamamışlardır. Hıristyan imparatorlar, concubinato’nun toplumsal olarak git gide artmasından dolayı, concubinato’yu yasallaştırma çabasına girmişlerdir. Concubinato’da yaşayan tarafların sonradan birbiriyle evlenmesiyle meydana gelen *legitimatio per subsequens matrimonium* ile birliktelikten doğmuş ve doğacak çocuklar tamamen meşru kabul edilmişlerdir. *Legitimatio* farklı şekillerde yapılabilmekteydi.<sup>337</sup> En yaygın olanı, tarafların *legitimatio*’yu sağlamak için evlilik akdi yapmalarıydı.

Regula’da evliliği ifade etmek için *nuptia*<sup>338</sup> kelimesi geçmektedir. Nuptia, bir erkeğin bir kadın ile anlaşarak evlilik birlikteliğini meşru bir şekilde sürdürmesi anlamına gelmektedir. Buna göre evlilikte doğan çocuklar babaya nispet edilirler. Evlendikten 7 ay sonra (yüz seksenbir gün), evliliğin sona ermesinden on ay geçmeden önce doğan çocuklar *iustum matrimonium* yani meşru çocuk sayılmaktadırlar.<sup>339</sup>

Nuptia regulası normal evlilikten meydana gelen çocukların meşruiyetini temellendiren bir genel kuraldır. Çocuğun kime ait olduğunu belirlemek için esas alınan ise, karı kocanın birleşme anıdır. Buna göre, kaide gereği yukarıda açıkladığımız *legitimatio* uygulaması mümkün olmaması gerekirdi. Fakat İstinyanus gayr-ı meşru

---

<sup>335</sup> Cod. Iust. 11, 47, 21 §1.

<sup>336</sup> Mirasçılık Babanın herhangi bir evlilik içerisinde olmaması ve çocuksuz olması şartına bağlıdır.

Bk. Raimund Friedl, **Der Konkubinat im kaiserlichen Rom: von Augustus bis Septimus Severus**, Franz Steiner Verlag, 1996, s. 150-170.

<sup>337</sup> Jüstinyen döneminde tamamlanan *legitimatio*’nun türleri başlıca şunlardır: 1. *Legitimatio per subsequens matrimonium* 2. *Legitimatio per oblationem curiae* 3. *Legitimatio per rescriptum principis*. Hangi şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin, çocuk bununla *patria potestas*’a girip *sui iuris* statüsünü kaybedeceğinden dolayı, çocuğun da rızası gerekmektedir. (bk. Ferdinand Mackeldey, Conrad Franz Roßhirt, **Lehrbuch des heutigen römischen Rechts: Besonderer Theil**, cilt 2, Heyer Yayınevi, 1842.

<sup>338</sup> *Nuptia*, -ae: evlilik birlikteliği, düğün.

<sup>339</sup> Gärtner, s.138.

çocukları sonradan meydana gelen meşru evlilik ile nuptiaede doğan çocuklar kapsamına almaktadır. Eğer anne birleşmeden sonra herhangi bir dönemde babanın karısı olmuş ise, çocuk meşru sayılmaktadır. Dolayısıyla regulanın burada İustinianus tarafından doğrudan olmasa da en azından uygulamadan kaldırıldığı söylenebilir.<sup>340</sup>

Genel olarak koca karısının doğurduğu çocuğu *nuptia* kaidesi gereği kendisinin olarak kabul etmek zorundadır. Ancak kadının kocadan gebe kalmış olmasının imkansızlığı ispat edilirse çocuğu reddedebilir.<sup>341</sup> Bunun bir örneğine *Digesta*'da rastlanır: Julianus, bir erkek uzun zamandır yok ise ve geri döndüğünde karısını hamile görse, onu geri çevirse ve Senato'nun kararlaştırdığı (hamileye bakma yükümlülüğü) yasalara uymasa, yine de çocuğunun onun varisi olmasının adaletsiz olacağını düşündüğünü ifade eder.

Dig. 25.3.1 §14'te geçen bu ibare, *nuptia* kaidesinin nasıl anlaşıldığına ışık tutmaktadır. Nitekim gaip olan kocanın biyolojik babası olması mümkün olmayan bir çocuk ile karşılaşması kadının zina ettiğine ve başka bir erkeğin çocuğun biyolojik babası olduğunu kesin olarak ispatlamaktadır. Bu durumda yatak birlikteliğine hak sahibi olan kocanın *nuptiae* regulası gereği, ister çocuk biyolojik olarak onun olsun ister diğerinin olsun, çocuğu kabullenmesi gerekmektedir. Julianus'un bu durumu adaletsiz olarak nitelenmesi, *nuptiae* regula'sının babalık tartışması bağlamında, ispatlanmış bir gerçeğe rasyonel açıdan bağlı olan ancak tamamıyla ispat edilmemiş delili ifade eden (*praesumptio facti*)<sup>342</sup> genel kural olduğu anlaşılmaktadır. Koca, eğer çocuğu reddederse, çocuk annenin nesebine dahil olacaktır.

*Nuptia* regula'sının şimdiye kadar açıkladığımız durumlarda, İslam hukukunda firaş kaidesinin kullanımıyla ancak normal evlilikten doğan meşru çocuklar bağlamında örtüşüğünü gördük.

---

<sup>340</sup> Eduard Böcking, *Abriss der Institutionen des römischen Privatrechts*, Henry & Cohen Yayınevi, 1860, s.172.

<sup>341</sup> Dr. Ouaritsch, *Institutionen und Rechtsgeschichte: Compendium des Römischen Privatrechts und Civilprocesses.*, Paderborn: Salzwasser 2015, tıpkı basım, s. 254.

<sup>342</sup> Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary Of Roman Law*, Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953, s.646.

Burada karşımıza çıkan önemli bir soru ise, nuptia regula'sının firaş kaidesinde olduğu gibi evlilik süresince üçüncü bir erkeğin hak talep etmesi durumundaki işlevidir. Nitekim firaş kaidesinin asıl vürud sebebinin Cahiliyye döneminde erkeklerin “da’va” da bulunması olduğunu göstermiştik. İlginç bir şekilde, nuptia regulası bu durumlarda da uygulanır. Şöyle ki, evlilik süresince doğan bir çocuk üzerinde üçüncü bir kişinin babalığına yönelik davası ancak kocanın onayı ile sürdürebilmektedir. Koca ya çocuğu reddeder yahut davanın görülmesine onay verir. Zira “*Pater est quem iustae nuptiae demonstrant*” gereği babalık hakkının onda olduğu varsayılmaktadır. Eğer biyolojik baba, mahkeme kararına razı gelmez ve itiraz ederse, itibar edilmez: Dig. 25.3.3'te açıkça “*Çocuk adamın olduğu halde mahkeme onun olmadığına hüküm getirse mahkeme kararı geçerlidir*”, denilmektedir.

Süryani Roma Hukuk Kitabı'nda nuptia kaidesine doğrudan bir atıf bulunmamaktadır. Konuyla ilgili ip ucu veren tek ifade, karısıyla halen evli olan erkeğin karısına zina ettiği şüphesi yahut başka suçlardan dolayı dava açabileceğini ifade eden §13 numaralı metindir.<sup>343</sup> Codex İustinianus 9.9.11'e göre (M.S. 226 dan itibaren İmparator Alexander dönemine ait bir kanundur) bir erkek karısını boşamadan önce zina ile itham etmesi yasaklanmıştır. Bu hüküm yine İslam hukukundaki lianı çağrıştırmaktadır. Fıkıhta da erkek karısına zina ithamında bulunarak lian yapma yoluna giderse ondan boşanmış sayılmaktadır. I. Konstantin döneminde ise bu yasak kaldırılmış, özellikle şüpheyi def edebilmek için kocaya henüz evli iken zina davası açma izni vermiştir (*Codex Theodosianus 9.7.2. ve Codex Justinianus 9.9.29, (30)*). Böyle bir durumda kadının tüm dos'u (çeyiz parası) erkeğe intikal etmektedir. Kadın tüm malî haklarını kaybetmektedir. Evlilikte doğan çocukların akıbeti hakkında ise bilgi verilmemektedir.<sup>344</sup>

Böylelikle iki kural arasındaki lafzî benzerlik şöyle açıklanabilir: Roma hukukunda yabancı erkeğin hak talep etmesi üzere açılan nesep davası, cahiliyye araplarının uyguladıkları da'va'nın bir türü gibi gözükmektedir. Belki de burada daha Cahiliyye döneminde bir Roma hukuku etkisinden bahsedilebilir. Roma hukukunda

---

<sup>343</sup> Selb, Kaufhold, II,13. ve III, 69.

<sup>344</sup> Selb, Kaufhold, III,69.

yabancı erkeğe dava hakkının tanınması ile, cahiliyye araplarının benzer uygulamayı da'va olarak adlandırmaları arasında bir etimolojik irtibat dahi kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Bu durumda nuptiae kuralının da biliniyor olması gerekirdi. Hz. Peygamber, zinanın ifşâ olmaması ve zina eseri çocuğun toplumda ötelenmemesi için, büyük ihtimalle Roma hukuk uygulamasından etkilenmiş olan da'va'yı yasakladı. Hz. Peygamber üslup ve ifadelerini yaşadığı toplumun kullanımına göre seçmekteydi. Bu nebevî üslup, İslam dininin daha iyi anlaşılmasını ve daha kolay kabul edilmesini katkı sayılmaktaydı. Nuptiae kaidesinde de bu üslubun kullanıldığı düşünülürse, kuralın bağlamından çıkarılarak, nebevî mesaj ve hukuk öğretisini ifade edecek şekilde zikredilmiş olması kanaatimizce mümkün olabilir.

c. <sup>345</sup>*Quod pendet non est pro eo quasi sit* / <sup>346</sup>*Stabit praesumptio donec probetur in contrario* – اليقين لا يزول بالشك

Beyyine kaidesi ile birlikte daha bir çok kaide ile irtibatlı olan “اليقين لا يزول بالشك” kaidesi, ilk kez Kerhî'nin *er-Risale*'sinde karşımıza çıkar. “*Yakîn olan (kesin olarak bilinen şey), şüphe (kesin olarak bilinmeyen şey) ile ortadan kalkmaz*” şeklinde tercüme edebileceğimiz bu kaide fikhın hemen her alanında uygulanmaktadır. İspat vasıtalarının en güçlüsü olan ikrar da “*yakîn*”i ifade etmektedir. Şafii bu hususta, “*Bir hüküm ikrara dayandırmamın sebebi, benim yakîn ile amel etmem, ve şekk'i ve galip geleni terk etmeme dayanır.*” der.<sup>347</sup>

Bir çok hadiste şüphe ile yakîn ilişkisine işaret edilmektedir, örneğin Ebu Hureyre'den rivayet edildiğine göre Hz. Peygamber, “*Aranızdan biri karnında bir şey*

<sup>345</sup> “Askıda olan, olmuş gibi değildir.”, Dig. 50.17.169.

<sup>346</sup> “Bir delil, aksi ispatlanmadıkça sabittir.” Dig. 4.2.23'e düşülen Glosse.

<sup>347</sup> Abdurrahman bin Ebî Bekir Celaluddin es-Suyutî, *El Eşbah ve'n Nezâir*, Beyrut: Dâru'l Kutubi'l İlmiyye, 1990, s. 53.

*hisseder ve ondan bir şeyin çıkıp çıkmadığı(nı bilemezse), kendisinden ses ve koku gelene kadar mescidden çıkmasın.” buyurmaktadır.<sup>348</sup>*

Hicrî IV. asır alimlerinden Ebû Tahir ed-Debbâs'ın Hanefî mezhebindeki asılları on yedi asıla ırcâ ettiği ve her gece bunları tekrar ettiğine dair rivayetler mevcuttur.<sup>349</sup> Hicrî V. yüzyıl Şafî alimlerinden **Kadı Ebû Hüseyin el-Merverûzzî**'nin bu on yedi kaideyi dörde indirdiği bilinmektedir: ”*Şekk ile yakîn zâil olmaz*”, “*meşakkat teysîri celbeder*”, “*zarar izâle olunur*” ve “*âdet muhakkemdir*”.<sup>350</sup> “*Şekk ile yakîn zail olmaz*” kaidesi aynı zamanda, Kerhî'nin akranı Debbâs'tan eserine aldığı kaidelerden biridir.<sup>351</sup> Ancak kaideye yazılı olarak ilk kez Kerhî'de rastlamamaktayız. Daha öncesinde **İmam Muhammed**'in *el-Asl*'ında neseb davası ile ilgili “فأتبع الشك اليقين”, yani “şüpheyi kesin bilgiye tabi kıl” ifadesi kullanılmaktadır.<sup>352</sup>

İslam hukukçuları kaidedeki “*şekk*” ve “*yakîn*” kavramlarını açık bir şekilde tarif ettiklerini görmekteyiz. “*Yakîn*”, “*bir şeyin varlık veya yokluğundan birine, bir delil sebebiyle aklın kesin olarak veya zann-ı galiple karar vermesidir.*”. Buna karşılık “*şekk*”, bir şeyin varlık veya yokluğu konusunda “*mutlak tereddüttür*”.<sup>353</sup>

Kerhî “*yakîn*” kavramını hükümlerin istinbatı açısından da ele alır. Burada “*yakîn*” kavramı için verdiği tanım, Hanefilerin hüküm istinbat etme hususundaki yaklaşımlarına yani istinbat metotlarına dair ipucu vermektedir. Buna göre “*Yakîn*” kavramı, “*kesin olarak bilinen ve kendisine inanılması gereken şey*”dir.<sup>354</sup> Yakîn

<sup>348</sup> Muhammed Sıtkî bin Ahmed bin Muhammed Ali Bûrnû Ebu'l Hâris el Ğazzî, **Mevsûatu'l Kavâidu'l Fıkhıyye**, Beyrut: Muessesetu'r-Risâle, 2003, I,40.

<sup>349</sup> Örneğin Alâî, **el-Mecmû'u'l Müzheb**, c.I, 252-254.

Ali Bûrnû Ebu'l Hâris el Ğazzî, “**Mevsûatu'l Kavâidu'l Fıkhıyye**”, c.1, s.70.

<sup>350</sup> Kızılkaya, s.144.

<sup>351</sup> Daha fazla bilgi için bk. Kızılkaya, s.145.

<sup>352</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî, **el-Asl'ul Ma'rûf bi'l Mebsût**, tashih Ebû'l-Vefâ el-Efganî, İdâretü'l Kur'ân ve'l Ulûmu'l İslâmî, c.8, s.114

<sup>353</sup> Yıldırım, s. 37. ve bk. Ali Bûrnû Ebu'l Hâris el Ğazzî, “**Mevsûatu'l Kavâidu'l Fıkhıyye**”, c.1, s.114.

<sup>354</sup> Ubeydullah Ömer bin İsa ed-Debusî el-Hanefî Ebû Zeyd – Ebu'l Hasan el-Kerhî, **Te'sîsu'n-Nazar ve yelîhu risâletü'l İmâm Ebî Hasan el-Kerhî fi'l Usûl**, Dâr-u İbn-i Zeydûn, Mektebetü'l Külliyyetü'l Ezheriyye, s. 162.

kavramıyla karıştırılmaması gereken “Zâhir” kavramı ise, “görünen şey” anlamına gelir. “Zahir” olan şeye inanılmaz, ancak onunla amel edebilirlerdi. Kerhî bu durumu şu örnekle açıklamaktadır: eğer kadı yakîn olmayan zahir bir delile göre hüküm verirse, ancak bu hükmü verdikten sonra icmâ ve nass gibi hem zahir hem de yakîn bir delile rastlarsa bu hükmünü feshedip yakîn’e göre hareket etmelidir.

Kaide, özellikle davaların karara bağlandıktan sonra, bir şüphe neticesinde tekrar açılıp açılmayacağı hususuna ışık tutmaktadır. Bir kimse eğer davada hükme varıldıktan sonra, katî bir delil getirmeksizin aynı meselede hak talebinde bulursa, davası dinlenmez.<sup>355</sup>

Şek ile yakîn zail olmaz kaidesi altında terettüp eden kaidelerin bazıları şunlardır:

1. “Bir şeyin bulunduğu o hal üzere kalması asıldır” yani istishab kaidesi
2. “Beraet-i zimmet asıldır”
3. “Asl olan, İhtiyatın Allah haklarında geçerli, ancak kul haklarında geçerli olmamasıdır”<sup>356</sup>

İstishab kaidesi olarak zikredilen birinci kaide, var olduğu yakînen bilinen bir durumun, şüpheli olan yeni bir duruma tercih edileceğini vurgulamaktadır. Yakîn olan, daha öncesinde meşrû olarak süregelen bir hak iken, şüpheli olan, burada hakkın var olup olmadığı hususunda kesin delili bulunmayan yeni olaydır. Örneğin borç davalarında, borçlu kesin delil getiremediği sürece, alacaklının yemini ile birlikte sözü esas alınır. Zira borcun varlığı yakînen bilinmekte, ödendiği ise şüphelidir.

Beraet-i zimmet kaidesi de davalarla ilgilidir. Bir kimsenin suçsuz ve borçsuz olması yani “beraet-i zimmet asıldır”, bu yakîni bilgi mesabesindedir. Bir kimse hakim önünde herhangi biri suç ile itham edilebilir ya da borçlu olduğu iddia edilebilir, ancak ispatlanmadığı sürece bu durum şüphelidir. Dolayısıyla “Yakîn şekk ile zail olmaz” kaidesi gereği, bir kimsenin delil getirilmediği sürece suçsuz/borçsuz olduğu asıldır.

<sup>355</sup> Yıldırım, s.37.

<sup>356</sup> Yıldırım, s. 37. ve bk. Ali Bûrnû Ebu'l Hâris el Ğazzî, “Mevsûatu'l Kavâidu'l Fıkhiyye”, c.1, s.114.

Yakîn bilgiye ulaşmak her zaman mümkün olmadığından, ara bir kategori olarak *zann-ı gâlip* kavramı karşımıza çıkmaktadır. Zann-ı gâlip kavramı özellikle ibadetlerle ilgili hususlarda kullanılmıştır. Buna göre eğer bir kimse, üstüne necasetin bulaşıp bulaşmadığı hususunda şüpheyeye düşse, zann-ı galibi üzerine hareket eder. Aynı şekilde eğer bir kimse namazı dört rekat mı üç rekat mı edâ ettiği hususunda şüpheyeye düşse yine zann-ı galibine göre hareket etmelidir. İç muhakemesi neticesinde olup olmadığı konusunda galip gelen kanaate göre hareket etmelidir. Eğer bu konuda bir zann-ı galip kendisinde belirmezse, bu kişinin “*şekk*” içerisinde olduğunu gösterir. Bu durumda namazını tekrar eda etmelidir.

Bu husus, Kerhî'nin “*ihtiyat*”<sup>357</sup> kavramı ile ilgili formüle ettiği, ve “*şekk ile yakîn zail olmaz*” kaidesiyle irtibatlı olan “*Asl olan, İhtiyatın Allah haklarında geçerli, ancak kul haklarında geçerli olmamasıdır*” prensibiyle açıklanabilir. Kerhî, Allah haklarından olan ibadet hükümlerinde ve haddlerde ihtiyatın geçerli olduğunu ifade etmektedir. Burada şüphe büyük ölçüde dikkate alınarak yakîne ulaşmak zorlaştırılır. Aynı şekilde şüphe vakî olduğunda, haddler düşer. Yukarıda örnek verdiğimiz durumda, kişi namazını kaç rekat kıldığı hususunda şüphe duyarsa, ihtiyata ilkesi gereği namazını tekrar eda etmelidir. Zira ibadetlerde ihtiyat, şüpheli olan durumu esas almayı gerektirir. Kul hakları ise şüpheler üzerine kurulmaz. Buna göre eğer bir kimse bir kimseyi ona borçlu olduğu iddiasıyla dava etse borçluluk asıl ve yakîn olanken, borcun varlığı konusunda şüphe olduğundan dolayı borcun varlığına hüküm verilmez, yakîn bilgi yani ispat getirilmelidir. Allah haklarından oluşan Had davalarında ise, “şüphe” kapsamı genişletilerek, ceza ispatlayamamadan dolayı düşürme yoluna gidilir. Dolayısıyla had davalarındaki ihtiyat kavramı ibadetlerdeki ihtiyattan farklıdır. Had davalarında ihtiyat suç'un oluşmamasını ve haddin uygulanmamasını gerektirirken, ibadetlerde ihtiyat ibadeti terkarlamayı gerektirebilmektedir.

Görüldüğü üzere “*şekk ile yakîn zâil olmaz*” kaidesi fikhın ibadat, muamelat ve ukubatında uygulama alanı bulan aksiyomatik kaidelerden biridir. Yukarıda

---

<sup>357</sup> “Şüpheli konularda hata ve günaha düşmemek için en güvenli usulü ve çözümü benimsemeyi ifade eden fıkıh terimi.”, bk. H. Yunus Apaydın, “İhtiyat”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, c.21, İstanbul: TDV, 2000, s. 577-579.



zikrettiğimiz bağlantılı kurallar, İslam hukukundaki kaidenin açılımının ne kadar geniş, istisnalarına da daha ilk zuhurundan itibaren işaret edildiğinin göstergesidir.

Roma hukukunda “*Quod pendet non est pro eo quasi sit*” regulası, Benjamin Jokisch tarafından bu kaidenin kaynağı olarak gösterilmeye çalışılmıştır.<sup>358</sup> Digesta’nın regula bölümünde 169.. regula olarak karşımıza çıkan bu regulayı, “*Askıda olan olmuş gibi değildir.*”, şeklinde tercüme etmek mümkündür. *Pendet, pendere* “*tartmak, askıda olmak, muallakta olmak*” kökünden gelir ve “*muallakta olmak, askıda olmak*” anlamına gelir.

Regulanın uygulama alanı dava usulünde ve şarta bağlı sözleşmelerdedir. Dava usulündeki uygulama alanı, Dig. 3.2.6’da yer alan ifadelerle dayanmaktadır: “*Sed si furti vel aliis famosis actionibus quis condemnatus provocavit, pendente iudicio nondum inter famosos habetur(...).* “*Hırsızlık yahut diğer şerefsizlik davalarından suçlanan kimse temyize giderse, dava sürdüğü sürece (pendet) infamus( yani şerefsiz) olarak addedilemez(...).*”

Burada kastedilen, ilk davanın temyize gidebildiği sürece geçerli olmadığı ilkesidir. “*Askıda olan, olmuş gibi değildir*”, regulası mahkemenin ilk hükmünün askıda olduğu sürece yürütülmeyeceğini ifade eder.

Faşlın devamında bir başka duruma dikkat çekilmektedir. Eğer temyiz için verilen süre geçtiyse, ve hatta kişinin temyizinde haklı sebeplere dayanmadığı ortaya çıkarsa, ne yapılmalıdır? “*si autem omnia tempora provocationis lapsa sunt, retro infamis est: quamvis si iniusta appellatio eius visa sit, hodie notari puto, non retro notatur*”. “*Temyiz için verilen süre geçtiyse, bundan sonra infamus olmuş olarak kabul edilir. Temyizini haklı sebeplere dayandırmadığı ortaya çıksa dahi, bana göre, o günden sonra infamus olarak addedilmelidir, geriye dönük olarak (mahkumiyetinden sonra) değil.*”<sup>359</sup>

---

<sup>358</sup> Jokisch, s.402.

<sup>359</sup> Dig. 3.2.6

Esasen bu ikinci durumda ifade edilen görüş, bir başka temel kural ile birlikte değerlendirilmelidir. Nitekim Ulpianus'a dayanan bir diğer regula, “*Res iudicata pro veritate habetur.*” şeklindedir. “*Hükümü verilen davalar, gerçek kabul edilir*” anlamındaki bu kaide, mahkeme kararının mutlak olarak geçerliğini ifade etmektedir. Ancak temyize gidilen durumlarda, “*Quod pendet non est pro eo quasi sit*”, regulası gereği, askıda olanların “olmuş gibi”, yani “gerçekleşmiş gibi” (*pro veritate/ pro quasi sit*) kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir. Bu sebepten dolayı, “*Quod pendet non est pro eo quasi sit*” regulası, “*Res iudicata pro veritate habetur*” temel ilkesi altında işlenmektedir.<sup>360</sup>

*Pendet* regulası bir de şarta bağlı sözleşmelerde geçerlidir. Regula'nın buradaki uygulama alanının daha açık olması için, Roma hukuku sözleşmelerinde şart (*condicio*) kavramını kısaca tanıtmak gerekir.

Şart, dar anlamıyla “bir hukukî işlemin hükümlerinin gelecekte gerçekleşmesi **şüpheli** olaylara bağlanmasını<sup>361</sup> ifade etmektedir. Hukukî işlemin varlığı için zorunlu olmayan talî derecedeki unsurlar, Roma hukukunda *accidentalia negotii* kavramıyla tanınmaktadır. Özellikle *stipulatio* sözleşmelerinde, taraflar hukukî sözleşmeyi hukuka uygun olduğu sürece herhangi bir şarta bağlayabilmektedirler. Şartları bir çok açıdan tasnif etmek mümkün iken, *quod pendet* regulası ile ilgili olan şart türleri, olayın doğurduğu sonuca göre tasnif edilmiş olan, *condictio suspensiva* (bozucu şart) ve *condictio resolutive*'dir (erteleyici şart). *Condictio suspensiva* Roma hukukunda tanınmamaktaydı.<sup>362</sup> Bozucu şarttan elde edilmek istenen sonuçlar, “şartsız olarak yapılmış bir hukukî işleme eklenen erteleyici şarta bağlı rucü fesih anlaşmasıyla elde edilmekteydi”<sup>363</sup>. Erteleyici şart, “sözleşmenin gerçekleşmesi için şartın gerçekleşmesi”<sup>364</sup> nin gerektiği şart türüdür. Bozucu şartta ise “sözleşme hemen

<sup>360</sup> John George Phillimore, **Principles and Maxims of Jurisprudence**, Londra: Parker Yayınevi, 1856, s. 290.

<sup>361</sup> Duygu Özer Sarıtaş, **Roma hukukunda şart**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans tezi, 2003, s. 18.

<sup>362</sup> Sarıtaş, s.2.

<sup>363</sup> Sarıtaş, s.66.

<sup>364</sup> Sarıtaş, s.34.

*bağlayıcı olur ve şartı ihlal edildiği durumlarda şartın hiçbir bağlayıcı gücü kalmaz*".<sup>365</sup>

Erteleyici şartın tipik örneği, Corpus Iuris Civilis'te Institutiones 3.15.4'te ifade edilmektedir: "*Si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dares spondes?*", "*Eğer Titius Consul olursa, 50 altın vermeyi taahüt edermisin?*", Bunun üzerine şartlı sözleşmeyi kabul eden taraf, *spondeo*, "taahüt ederim" olarak cevap verir.<sup>366</sup>

Örnekte de görüldüğü üzere, şartlı sözleşmelerde iki hukukî olay söz konusudur. Öncelikle, taraflar iradelerini birbirine uygun bir şekilde beyan ederler (*spondes? – Spondeo*). Bu irade beyanı, hukukî işlemin oluşması için yeterlidir. Ancak irade beyanlarını gelecekte meydana gelmesi mümkün olan bir olayın gerçekleşmesine bağlarlar. Bu da, hukukî işlemin sonuç doğurmasını şartın meydana geldiği ana erteler.

İrade beyanı ile şartın meydana geldiği ana kadar *condicio pendet*, yani "*şart askıdadır*" ve hiçbir hüküm doğurmaz. Dolayısıyla "*Quod pendet non est pro eo quasi sit*" erteleyici şartlarda, şart yerine gelene kadar hukukî işlemin askıda olduğunu ve hukukî sonuç doğurmayacağını ifade eden bir hukuk kuralıdır.<sup>367</sup>

" اليقين لا يزول بالشك " kaidesi ile benzerlik gösteren bir diğer regula "*stabit praesumptio donec probetur in contrario*" dur. "*Bir delil, aksi ispat edilmediği sürece sabittir*", şeklinde tercüme edebileceğimiz bu regula, beşinci yüzyıl ve hemen akabindeki Roma hukuk kaynaklarında yoktur. İlk kez Glossatörler döneminde Dig. 4.2.23'e düşülen bir şerhte ifade edilmiştir. Dönem, İslam hukukunun gelişim sürecini çoktan tamamlamış ve büyük mesafe katetmiş dönemlerine rastlamaktadır. Ancak çalışmanın sınırı fazla aşmamak için bu konuya sadece kısaca değinilecektir.

Dig. 4.2.23'de ikrah ve zorlama neticesinde yapılan tasarrufların geçersiz oldukları ve iade edilmesi gerektiğine hüküm verilir. Ayrıca vali tarafından yargılaması yapılmaksızın ceza ödemek zorunda olan kimsenin hakime başvurup, hakimnin durumu

<sup>365</sup> Sarıtaş, s.34.

<sup>366</sup> Berger, s.716.

<sup>367</sup> Freiherr Fritz von Schwind, **Römisches Recht: I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes**, Berlin- Heidelberg: Springer Yayınevi, 2013, s. 270.

düzeltilmesine hükmetmesi öngörülmektedir. Faslın başında yer alan ifade ise, bu tür durumların haklı bir talebe dayanıp dayanmadığının nasıl anlaşılacağını gösterir.

*“Non est verisimile compulsus in urbe inique indebitum solvisse eum, qui claram dignitatem se habere praetendebat, cum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum pati prohibuisset: sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere.”*

Yukarıdaki ibarelere göre, bir kimsenin kendisinin ikrah, zorlama altında ya da haksız yere bir şey ödediğini iddia etmesi, ağır bir iddiadır. Zira bu durumda her an hukuka başvurma imkanı varken (*cum potuerit ius publicum invocare*) bunu yapmamış olması, haksızlığın gerçekte olup olmadığı sorusunu uyandırır. Bu varsayımı yıkacak en güçlü delillerle (*apertissimas probationes*) gelirse ancak, davası dinlenir. Metinde yer alan bu son ifade, *“sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere.”*, Glossatörler tarafından *“stabit praesumptio”* regulasıyla formüle edilmiştir.<sup>368</sup>

İki kural arasında benzerlik çağrıştıran kelimeler *praesumptio* ve *probetur* ifadeleridir. *Probetur*, *probere* yani *“ispat etmek”* fiilinden gelir. *Praesumptio*, *praesumere*, *“kabul etmek, varsaymak”*ın masdarıdır. *Praesumptio*, bir şeyin tam olarak ispat edilmese de bazı sebeplere dayanarak ispat edilmiş sayılmasını ifade etmektedir. *Praesumptio facti /hominis*, bir şeyin, delil ile katî bir şekilde sabit olmuş bir şeye rasyonel olarak dayandırılmasıyla sabit olur. *Praesumptio iuris* ise, karşı taraf ispat edemediği sürece diğer tarafın iddiasının esas alınmasını ifade eder.<sup>369</sup> Metinde ve regulada yer alan *praesumptio* da, bu ikinci türe benzemektedir.

Görüldüğü üzere, *“Stabit praesumptio donec probetur in contrario”*, regulası dava usulüne dair bir regula’dır. *“Yakîn ile şekk zail olmaz”*, kaidesinin dava usulündeki uygulamasını hatırlandığında, iki kaide arasında anlam açısından da bir kesişme olduğu söylenebilir. Ancak yine de *“şekk”* ifadesi, Roma hukukundaki *“praesumptio”* kavramından çok daha genel bir mana içermektedir. Benzer şekilde, delil getirme

<sup>368</sup> Detlef Liebs, *Lateinische rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, Münih: C.H. Beck, 2007, s.223.

<sup>369</sup> Berger, s.646.

anlamında *probere* de, yakîn kavramının sadece dava usulündeki tezahürüne denk düşmektedir.

Yer verdiğimiz mukayeseden, “*Quod pendet non est pro eo quasi sit*” regulasının ise “*yakîn ile şekk zail olmaz*” kaidesi ile lafzî çağrışım dışında bir benzerliğin olmadığı görülmektedir. Nitekim, İslam hukuk kaynaklarında *Quod pendet* regulasının uygulandığı alanlarda *Yakîn ile şekk zail olmaz kaidesi* zikredilmemektedir. Nitekim *pendere* yani “*askıda olmak*” fiili ile “*şekk*” yani “*şüphe*” kavramıyla çağrışım dışında, anlam bakımından örtüşme de yoktur.

*d. Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda* - الخراج بالضمنان

“*Tabii olan, bir şeyin olumsuzluklarına sahip olan kimsenin o şeyin faydalarına da sahip olmasıdır.*” Şeklinde doğrudan tercüme edilmesi mümkün olan Roma hukuk kaidesi ile İslam hukukundaki “*Bir şeyin malî sorumluluğuna sahip olmak, onun faydasına sahip olmaya karşılıktır.*” kaidesi arasında ilk planda bir benzerlik göze çarpmaktadır. Nitekim bazı yazarlar da bu hususa temas etmişlerdir. Bunlardan birisi de Jokisch olup, o bu kaidenin iktibas edildiğini iddia etmiştir.

Roma hukukunda *Digesta* 50.17.10’da ifade edilmiş olan “*Tabii olan, bir şeyin olumsuzluklarına sahip olan kimsenin faydalarına da sahip olmasıdır*” şeklinde tercüme edebileceğimiz kural bir çok alana uygulanmaktadır. Kuralda geçen “*commodum*” bir şeyin faydası, yararı, kârı, getiri, menfaati anlamına gelir. *Incommodum* ise “*zarar*” anlamına gelir. İslam hukuk kaidesinde geçen fayda- zarar kavramlarının, bu kuraldaki *commodum* ve *incommodum* ile lafzen benzeştiğini söylemek doğrudur. Ancak damân burada zarardan çok sorumluluk anlamını içermektedir.

İslam hukukundaki “الخراج بالضمنان” kaidesi yine bir hadise dayanır. **Ahmed b. Hanbel, Tirmizi, Nesaî, İbn Mâce, Dârekutnî, Beyhakî ve Hakîm** gibi meşhur müellifler tarafından hadis külliyatları ve teliflere alınan bu hadis Hz. Aişe (r.anha) tarafından rivayet edilmiştir. Hadiste, bir adamın köle satın aldıktan ve köleyi bir süre

çalıştırdıktan sonra onda bir aybı keşfetmesiyle birlikte Hz. Peygamber'e başvurduğu rivayet edilir. Hz. Peygamber bunun üzerine köleyi satıcıya iade eder. Satıcı, köleyi geri veren alıcının onu bir süre çalıştırdığını ifade ederek, kölenin çalışmasına karşılık bir hak talebinde bulunur. Bunun üzerine Hz. Peygamber: “الخراج بالضمن”, buyurur.<sup>370</sup>

Hadis ayıp muhayyerliği açısından önemli bilgiler ihtiva eder. Köleyi bir süre çalıştırdıktan sonra onda kusur keşfedip geri verme hakkı doğan alıcı, köleyi çalıştırdığı için ondan elde ettiği faydayı tazmin etmek zorunda değildir. Buradaki الخراج, kölenin çalışmasıyla doğan maddi getiri ve geliri, yani غلة'yi ifade eder. Hz. Peygamber alıcı malı elinde bulundurduğu sürece malî sorumluluğu da üstlendiğinden dolayı, herhangi bir şey ödemek zorunda olmadığını vurgulamaktadır. Zira alıcı köleye malik olduğu süre zarfında onun üzerinde herhangi bir hasar meydana gelmiş olsaydı, malî sorumluluğu kendisine ait olacaktı. Dolayısıyla bu malî sorumluluğu yüklenmiş olması karşılığında köleden elde edeceği menfaat, fayda ve gelir de alıcıya aittir.

“الخراج”, yukarıda ifade ettiğimiz gibi iş gücü, çalışma gücü anlamına gelen غلة'nin yanı sıra, bir de ثمرة yani ürün, meyve ve bir maldan hasıl olan menfaati ifade eder. “الضمن” ise kefâle ve iltizâm, yani sorumluluk ve borçlanma kapsamı altına giren harcamalar, bağışlar, telef, hasar durumunda ve noksanlık durumunda tazmini kapsamaktadır.<sup>371</sup>

Bu noktada Roma hukukundaki ayıp muhayyerliğine bakıldığında mühim bir fark görülmektedir. Digesta'nın 21. kitabının 1. faslında köledeki kusurun neler olabileceğine genişçe değinilmektedir. Köle üzerindeki anlaşmazlıkları giderebilmek için *Aedilisler*<sup>372</sup> çeşitli beyannameler vasıtasıyla satıcının kölede herhangi bir kusur varsa bildirmesi gerektiğini kararlaştırmışlardır. Eğer satıcı kölenin kusurunu bildiği halde, alıcıya satar ise, alıcının satıcıya karşı *dolus* (hile) davası açabilme imkanı vardır. Bunun yanı sıra alıcı, alım-satımın *actio empti* davası ile, maruz kaldığı zararların

<sup>370</sup> Bk. Sünen-i İbn-i Mâce, 2242 ve Ebu Davud 3508.

<sup>371</sup> Ali Bürnû Ebu'l Hâris el Ğazzî, “*Mevsûatu'l Kavâidu'l Fıkhıyye*”, c.III, s.274.

<sup>372</sup> *Aedilis*: Roma'da zabıta, polis, Pazar denetleyicileri, halk eğlencelerini tertip eden memura verilen isim. (Pons, “Aedilis”, Online Dictionary, <http://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/latein-deutsch/aedilis>).

tazminini talep edebilirdi. Bu durumda hakim, alıcının satıcının hilesinden dolayı tahsis edilen gayeye yaramadığından dolayı doğan zararları ödemek zorundaydı. Alım-satımın *hüsnüniyet akdi*<sup>373</sup> olması sebebiyle, mesuliyet katı bir şekilde satıcıya yüklenmiştir. Satıcı, malındaki kusurları iyi bilmeli, bunları alıcıya bildirmelidir. Bunun da ötesinde satıcı malındaki gizli ayıplarından da mesuldür.<sup>374</sup>

Digesta 21.1.1'deki beyanname İslam hukukundaki kaide ile mukayese açısından önem arz etmektedir. Burada, tıpkı hadiste rivayet edilen olayda olduğu gibi, kölede satış sonrası bir kusurun görülmesiyle birlikte, iade ve koşulları açıklanmaktadır:

**“(…)Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat.(…)”**

“(…) satış ve teslim sonrası, eğer kölenin alıcıya yahut vekiline ait kölelerin fiili ile değeri eksiltilmiş, yahut kadın köle satış sonrası çocuk doğurmuşsa, yahut satıştan sonra malda bir artış meydana gelmişse, alıcı bunun tümünü iade etmek zorundadır. Bunun dışında eğer alıcı mala herhangi bir şey eklemiş ise bunu satıcıdan talep edebilir(…)”

Anlaşıldığı üzere, Roma hukukunda kölenin herhangi bir kusurdan dolayı satıcıya iade edilmesi durumunda, alıcı iade sonrasında kölenin sebep olduğu artışları da iade etmek zorundadır. Hz. Peygamber'in verdiği hüküm ise, tam aksinedir. Malda oluşmuş olan herhangi bir artış iade edilmek zorunda değildir. Zira mal, alıcının

---

<sup>373</sup> Roma hukuk tarihine giriş bölümünde kısaca zikrettiğimiz gibi Roma hukuku dava türleri üzerine kuruludur (*actio*). *Stipulatio* gibi akitlerin dava usülleri belli katı kurallara bağlı olarak görülmekteydi. Kira, Alımsatım, Vekalet ve Ortaklık gibi Rizaî akitler de ise, *obligatio*'nun sebebi *bona fides*, yani hüsnüniyettir. Gündelik sosyal hayatın dayandığı *ex bona fide* (Hüsnüniyetten doğan) davalar, karşılıklı güven üzere kurulan akitlerde görülmektedir. Institutiones'te davalar böylelikle ikiye ayrılmaktadır: *Bona fides* ve *strictii iuris*, hüsn-ü niyet davaları ve katı hukuk kuralları. (bk. Bertram Lomfeld, **Die Gründe des Vetrages: Eine Diskurstheorie der Vetragtsrechte**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, s.237.)

<sup>374</sup> Bk. Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

mülkiyetinde olduğu sürece malî sorumluluk da onda olacağından, ondan hasıl olan faydaya da maliktir. Nitekim satım akdi sonrası köle alıcının elinde bulunduğu süre zarfında, eğer bir zarara sebep olsa, malî sorumluluğu üstlenen alıcıdır.

Süryanî Roma Hukuk Kitabı'nda konuyla ilgili iki paragrafa rastlanılır §35 ve §145 paragrafları hemen aynı ifadelerle yer verir, bu sebepten ötürü §35'in açıklanılmasıyla yetinilecektir. Bu ibarelerde iki farklı sözleşme türüne değinilir. Roma'da *bonis condicionibus* olarak bilinen ve bu ibarelere yunanca ismiyle yanısıyan sözleşme türünde, alıcı köleyi<sup>375</sup> Altı ay kusuru olup olmadığına yönelik kullanır. Eğer hastalık, cinlenme<sup>376</sup> ve kaçma kusurlarından biri ortaya çıkarsa, malı iade eder ve harcamalarının tazminini de alır. İkinci sözleşme türü ise *simplaria venditio*'dur. Burada zikredilen örneğinde, alıcı köleyi altı ay müddeti olmaksızın alır ve geri iade hakkı bulunmaz, zira sözleşme şartı malın kusuru ihtimalinde geri iade edilmemesine yöneliktir. Bu sebepten dolayı, alıcı eğer kölede kusur bulsa dahi iade hakkına sahip değildir. Burada tek istisna cinlenmedir. Köle cinlenirse, *simplaria venditio* sözleşmesi dahi olsa, alıcı köleyi iade edebilir. Köle'nin kaçak (*fugitivus*) bir köle olduğu ortaya çıkarsa ve köle kaçtıktan sonra hırsızlık suçu işlerse, bu durumda birinci sözleşme türüne göre, alıcı köleyi yakaladıktan sonra satıcıya teslim eder ve kölenin hırsızlığından doğan tüm zararlar satıcıya ait olur. Görüldüğü üzere, Süryanî Roma Hukuk Kitab'ı Roma hukukuna ait hükümleri uygular. Tıpkı Roma hukuk kaynaklarından da gösterildiği gibi, kölenin işlediği kusurdan satıcı sorumlu tutulmaktadır. Bu da “الخراج بالضمنان” kaidesinin kökenlerinin, Süryanî Roma Hukuk Kitabı'nın sunduğu verilere göre, bölgede uygulanan Roma hukukunda olmadığına işaretler., Aksine Hz. Peygamber'in “الخراج بالضمنان” kaidesini uygulamasıyla, Süryanî Roma Hukuk Kitabı'nda zikredilen hıyar'ul ayb ile ilgili yerleşik anlayışı değiştirdiği görülür.<sup>377</sup>

“الخراج بالضمنان” kaidesinin İslam hukukunda bir diğer uygulandığı alan da, kira akdidir. Eğer kiralanan hayvan telef olursa, kira ücreti ödenir ancak tazmin gerekmez.

<sup>375</sup> Burada köle örneği üzerinden zikredilir.

<sup>376</sup> SRRB'in tahkikinde, cinlenmenin epilepsi olduğu ifade edilir. (c.3/s.96)

<sup>377</sup> Bk. Selb, Kaufhold, s.60-61, açıklama ve tahkik c.3 s.96.



Zira hayvanın mülkiyeti kiracıya ait değildir, o sadece istifade hakkına sahiptir. Bu sebepten ötürü sadece kira bedelini öder, malı tazmin etmek zorunda değildir, zira malî sorumluluk malik olan kiraya veren kişidedir. Diğer yandan malik hayvanın haracına, yani burada kira gelirine sahip olduğu için, daman da onunu üzerindedir. Bu noktada kiralayan kişi hayvanın kira bedelini ödediğinden dolayı “ücret ile daman birleşmez” şeklinde bu kaidenin türevi ikinci bir kaide daha ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla ücretini yani kira bedelini veren kişi tazmin etmez, tazmin eden de kira bedeli vermez.

Nitekim eğer kiracının hayvanı kiralarken normal kullanım dışında kullandığından dolayı telef olduysa tazmini gerekir.

Roma hukukunda Digesta 50.17.10’da ifade edilmiş olan “*Tabii olan, bir şeyin olumsuzluklarına sahip olan kimsenin faydalarına da sahip olmasıdır*” şeklinde tercüme edebileceğimiz kural *rehn’ul müstear*’daki anlaşmazlıktan doğan davanın masraflarının kime ait olduğunu belirleme hususunda örnek gösterilmektedir. Digesta 13.6.5 §12’ de bir kimsenin ariyet olarak aldığı eşyayı rehin olarak verdikten sonra rehni geri ödememesi durumunda, bu kişiye hangi davaların açılabileceğini gösterir. Dava ücretleri ise adalete daha uygun olması düşüncesiyle müsteire aittir. Zira, müsteir, dava bahsi olan rehinden fayda temin etmiştir. Bu faydasından kaynaklanan külfeti de onun karşılaması gerekmektedir.

Bir diğer örnek ortaklık konusuyla alakalıdır. Digesta 17.9.9’da genel olarak ortaklığın hükümlerinden bahsedilir. Ortaklıkta herhangi bir anlaşma yapılmadıysa eğer gelirler eşit dağılacaktır. Eşit olmayan dağılıma yönelik bir anlaşam yapılmışsa, ortaklığın hukuken uygun olup olmadığı tartışılmaktadır. **Cassius**, ortakların birinde tazmin sorumluluğu olmaksızın gelirin eşit dağıldığı bir ortaklığın mümkün olduğunu savunur. Ancak bu genel kurala aykırıdır, nitekim tazmin sorumluluğunu yüklenmeyen kimse maldan faydalanamaz. Nitekim **Sabinus**, Cassius’un uygun gördüğü ortaklık biçiminin sadece tazmin sorumluluğu olmayan ortağın hizmetinin tazmin edilmesi gereken malla eşit oranda olduğu durumlarda mümkün olduğunu ifade eder. Zira Sabinus’a göre bazen ortağın kurduğu iş, yatırılan sermayeden daha değerli olabilir. Burada zikredilen Sabinus’un görüşü, genel kurala doğrudan atıf yapmasa da, dolaylı olarak kuralın uygulanmasına dayanır.

Digesta 17.2.29 §2’de ise *leonine* ortaklığının hukuka uygunluk arz etmediği ifade edilir. Eski Yunan’dan bilinen “*aslan payı ortaklığı*”, bir ortağın kazandığı, diğerinin ise sadece tazmin ettiği bir ortaklık türüdür. Bir ortağın kâr elde ettiği diğerinin ise sadece malın telef olması durumunda sorumluluk yüklendiği aslan payı ortaklığı, yine adalete uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilir. Zira adalete uygun olan, tazmin sorumluluğu ile birlikte faydanın da mevcut olmasıdır.

Evlilikle ilgili hükümlerde de bu kural ile açıklanmaya çalışılan bir mesele vardır. Roma hukukuna göre kadın evliliğe bir miktar çeyiz getirmekle mükelleftir. Kadının getirdiği *dos*’un (çeyiz) gelirleri ise erkeğe aittir. Bu husus Digesta 23.3.7’de şöyle ifade edilir: “*Adalet dos’un gelirlerinin erkeğin olmasını gerektirir, zira evliliğin yükünü (erkek) yüklenmiş durumdadır*”. *Dos*’un gelirlerinin erkeğe ait olması yine *commoda regulasina* dayanır. Evlilikteki yükümlülükleri (*onera matrmonii*) üstlenmiş olmak, erkeğe *dos*’un gelirlerinden istifade hakkını vermektedir.<sup>378</sup>

“*Secundum naturam est, commodum cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda*” kuralı daha farklı bir şekilde de ifade edilmiştir. Gaius’un *Institutiones* 3.23.1’de daha spesifik bir alana, alımsatım sözleşmesinde (*emptio*) önemli bir hükme işaret edecek şekilde geçmektedir. Genel kuralın *emptio* ile ilgili olan türevi şöyledir: “*commodum eius esse debet, cuius periculum est.*”, yani “*tehlike/risk kime aitse, fayda onun olmalıdır*”. Görüldüğü üzere, genel kuralda geçen *incommoda* terimi yerine bu kuralda *periculum* kullanılmıştır.

*Periculum*, batı dillerinde risk, tehlike şeklinde tercüme edilmiştir, türk hukukunda ise hasar, yahut muhatara olarak kullanılmaktadır. Burada kastedilen hasar, “*borcun doğumu ile ifası arasında edanın borçluya isnad olunamayan sebepler dolayısıyla imkânsızlaşması halinde söz konusu (...)*”<sup>379</sup> olan dar manadaki hasardır. Nitekim Roma hukukundaki *emptio* sözleşmesinde, karşılıklı irade beyanlarından sonra mal teslim edilmedikçe mülkiyet alıcıya geçmemiştir. İki taraf arasında bir borç ilişkisi

<sup>378</sup> Arne Duncker, **Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe: persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft**, Köln Weimar: Böhlau Yayınevi, 2003, s.884.

<sup>379</sup> Turgut Akıntürk, **Satım Akdinde Hasar sorumluluğunun intikali**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966, s. 24.

doğmuştur: alıcı semeni ödemek satıcı ise teslimin ifasını yüklenmiştir. Mülkiyet farklı bir işlem ile geçer. Emptionun konusu parça borcudur, yani ferden tayin edilmiş maldır. Parça borcu, ferden tayin edildiğinden dolayı, söz konusu mal telef olduğunda düşer. Semene müteallık hasar olarak tanımlanan bu durumda, malı elinde bulunduran satıcı borcunu eda edemez duruma gelir borcu düşer ancak alıcı yine de semeni ödemek zorundadır.

Alımsatım sözleşmelerinde, eğer malın tesliminden evvel mal satıcının kusuru olmaksızın telef olursa yahut eksilirse, alıcının yine de fiyatın tamamını ödemek zorunda kalması *Institutiones* 3.23.3'te şöyle ifade edilir:

*“Satış akdinde karşılıklı irade beyanları gerçekleştiikten sonra, ve fiyat konusunda anlaşıldıktan itibaren alıcı hasar sorumluluğunu üstlenmiş olur (teslim gerçekleşmemiş olsa dahi). Köle ölür, yahut herhangi bir uzvundan yaralanır, ev yanar, nehir suları arsayı alıp götürürse ya da fırtına ile büyük bir kısmı küçülürse **alıcı fiyatı yinede ödemelidir**. Zira satıcının elinde olmayan sebeplerden oluşan zararı tazmin etmek zorunda değildir.”*

Eğer teslimden önce malda herhangi bir artış olursa, bu artışların kime olduğu sorusu, bölümün devamında açıklığa kavuşturulmaktadır:

*“Ancak alımsatım sözleşmesi sonrası aluvyon neticesinde arsada bir büyüme hasil olursa, bu artış (commoda) alıcıya ait olur, **nitekim hasar sorumluluğunu yüklenen, faydaya da sahip olur.**”*

Metinden anlaşıldığı üzere, Roma hukukunda malda kusursuz eksilme yahut telef olmadan satıcı sorumlu tutulamaz. Hasar sorumluluğu alıcıya aittir. *Periculum* olarak ifade edilen hasar sorumluluğunu yüklenmiş olan taraf, kural gereği faydasına da sahip olacağından dolayı, satıcının elinde olan maldaki artış da alıcıya aittir.

İslam hukukunda, alım-satım, yani bey akdi, aynî bir akittir. Karşılıklı rıza meydana geldikten sonra, mülkiyet alıcıya intikal etmektedir. Bu itibar ile bey akdinin genel mahiyeti, Roma hukukunda ferden tayin edilmiş mallarda yapılan emptio muamelesinden, çok daha farklıdır. Esasen alım-satım akdi Asur ve Mezopotamya gibi

hemen tüm kadim şark kültürlerinde aynî bir mahiyet arz etmektedir.<sup>380</sup> Roma hukukunda ise yukarıda görüldüğü üzere ferden tayin edilmiş mallarda yapılan emptio, mülkiyeti intikal ettirmemektedir.

Aynı noktaya İslam hukuku açısından bakarsak malın teslimden önce satıcının herhangi bir kusuru olmasa dahi eksilmesi yahut telef olmasında, satıcı sorumlu tutulmaktadır. Buna göre *mâliku'l - yed* yani mal üzerinde aynî bir yetki olarak zilyetliğe sahip bulunan satıcı, malı teslim edemediğinden ötürü alıcıdan herhangi bir bedel de talep edemez.

Aynı şartlarda malda bir artış meydana geldiğinde ise İslam hukukuna göre artış alıcıya aittir. Esasen bu, bazı soruları beraberinde getirir. Nitekim, “الخراج بالضمان” kaidesine göre düşünüldüğünde, malî sorumluluğa sahip olan faydaya da sahip olmalıdır. Dolayısıyla malda eksilme meydana geldiğinde malî sorumluluğu yüklenmiş bulunan satıcı malda artış meydana gelse, *el-harac bi'd-damân* kaidesini normal şekilde işlettiğimizde, artıştan faydalanma hakkına da sahip olmalıdır. Bu probleme görebildiğiniz kadarıyla ilk kez dikkat çeken İbn Nüceym'dir. *El- Eşbah ve'n Nezaîr*'de bu çelişkili duruma dikkat çekerek cevap bulmaya çalışır. Buna göre teslimden önce faydalanma<sup>381</sup> mülkiyet sebebiyle meşrudur. Ancak teslimden sonra faydalanma mülkiyet ve tazminin karşılığında tanınır. Dolayısıyla *el-harac bi'd-damân* kaidesi ancak teslimden sonra geçerlidir. Zira harac bu açıklamaya göre, sadece mülkiyet altında olan şeyin menfaat ve diğer gelirleridir.

Satıcı teslimden önce malı elinde bulundurur, ancak mülkiyete sahip olmadığından dolayı maldan istifade etmekten mahrumdur. Mal alıcının mülkiyetinde olduğundan, satıcının kusur neticesinde malın hasar görmesi sonucu satıcı tazmin eder. Ancak satıcının elinde olmayan sebeplerden dolayı mal hasar görürse, satıcı semen hakkını yitirmiştir. Roma hukukunun aksine bayî, hasar gören mal mülkiyetine geçtiğinden dolayı herhangi bir bedel ödemek zorunda değildir.

---

<sup>380</sup> Umur, s.355-356.

<sup>381</sup> İslam hukukunda önemli bir ayırım mevcuttur: İneğin sütü gibi tüketilen semereler menfaat gibi ancak doğurduğu yavru ayn gibi düşünülmüştür.

Sonuç olarak iki hukuk sistemindeki kural, alım-satım sözleşmelerinde malın teslimden önce satıcının elinde artmasını aynı çözüme kavuşturur. Fakat dikkatlice bakıldığında İslam hukukunda öncül malî sorumluluktur. Roma hukukunda ise hasar sorumluluğudur. İslam hukukunda teslimden sonra mülkiyetin alıcıya intikal etmesiyle fayda (الخراج) tam anlamıyla tahakkuk etmiştir ve malın artması sonucu alıcı faydaya malik olur. Roma hukukunda ise alıcı hasar sorumluluğunu taşıdığından dolayı malın artmasında faydaya malik olur.

İki hukuk sistemi hasar sorumluluğu hususunda zıt çözümler öngörmektedir. İslam hukukunda sorumluluğun satıcıya yüklenmesi kaidenin doğru anlaşılması ve bey akdinin mülkiyeti intikal ettirci akit olmasının bir neticesi olarak tutarlılık arzettiği söylenebilir. Ancak Roma hukukunda hasar sorumluluğu neden satıcıya değil de alıcıya ait olduğu Pandectçiler tarafından tartışılmıştır. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere *emptio* rızaî bir akitir ve karşılıklı rıza ile mülkiyeti nakletmez. Mülkiyet alıcıya intikal etmemekle birlikte karşılıklı bir borç ilişkisi doğmaktadır. Ancak satıcının borcu ifâ edemez hale gelmesine rağmen, alıcının fiyatı ödemek zorunda kalması nasıl açıklanabilir?

“*Periuculm est emptoris*”, “*hasar sorumluluğu alıcıya aittir*” şeklindeki kurala Roma hukuk metinlerinde bir açıklama getirilmez. Modern hukuk bağlamında Roma hukukuyla ilgilenen pandect bilimciler hasar sorumluluğu bağlamında sözleşmeler arasında istisnai bir hüküm teşkil eden bu kuralın sebeplerini araştırmışlardır. Teorilerin arasında en fazla kabul göreni *ferağ teorisidir*<sup>382</sup>. Ferağ teorisine göre, “*satım akdinin inikadı anından itibaren satılan, fiilen olmasa bile hukuken satıcının mamelekinden çıkmakta ve alıcının mamelekine geçmektedir. Bu, satımın ferağı tazammun eden bir akit olmasından ileri gelir. Satılan alıcının mamelekine intikal ettiğine göre, hasara da onun katlanması icap eder.*”<sup>383</sup> Teoriyi savunanlardan biri olan **Emil Kuntze**, alıcının

<sup>382</sup> Ferağ teorisi Almanca *Veräusserungstheorie* “*kaideyi, bizzat satım akdinin hususî mahiyetinden faydalanarak izaha çalışmaktadır*”, bk. Turgut Akıntürk, **Satım Akdinde Hasar sorumluluğunun intikali**, Ankara: Ankara Üniveristesi Hukuk Fakültesi Yayınları,1966, s.99.

<sup>383</sup> Akıntürk, s.99.

emptio akdinde şeklen mülkiyete sahip olmasa da, mal alıcının mamelekine dahil olmuştur. Bu sebepten dolayı hasar sorumluluğu da alıcıya aittir.<sup>384</sup>

Mukayese sonucunda elde edilen veriler bazı hususlara dikkat çekmektedir. İki kural lafzen benzerlik göstermektedir. Etimolojik tahlil sonucu *commodus* ve *harac* kelimelerinin lugat anlamlarının benzeştiği görülür<sup>385</sup> Belki de buradan yola çıkarak Peygamber Efendimiz döneminde bu kuralın genel mefhum olarak bilindiğini varsayabiliriz. Roma hukukunda *commoda* kuralının bir çok alana uygulandığını göstermiş olduk, ancak bunlardan hiç biri İslam hukuk kaynaklarında doğrudan *harac* kaidesinin örneği olarak zikredilmez. Kaldı ki Hz. Peygamber'in kaideyi vurud buyurduğu hüküm ayıp muhayyerliği ile ilgilidir ve Roma hukukudan ayıp muhayyerliği ile ilgili hüküm bunun aksinedir.

Hukukçular *harac*'ı mülkiyet ile birlikte hasıl olan fayda olarak anlamışlardır ve bunun neticesinde kaideyi hasar sorumluluğu meselesinde uygulamayarak, hasar sorumluluğunu satıcıya yüklemişlerdir. Teslimden sonra, menfaat ile birlikte mülkiyet de tam olarak tahakkuk ettiğinden dolayı, ve alıcının fiilen istifade etme imkanı da olduğundan dolayı, malda meydana gelen artışlar alıcıya ait olmaktadır. Roma hukukunda *commoda* kuralının spesifik bir türevinin teslimden önce maldaki artışın kime ait olacağını belirlemek üzere kullandıkları dikkat çekicidir. İslam hukukuna bakıldığında ise, kaidenin meseleyi çözüme kavuşturmak için devreye girmediği

---

<sup>384</sup> *Periculum est emptoris* şeklindeki genel kural, Türk Borçlar Kanunu'na da İsviçre Kanunu üzerinden yansımıştır (BK'nun 818 sayılı 183. Maddesi). Ancak, hüküm hakkaniyete aykırı görülmesi ve akitlerdeki dengeyi sağlamadığı gerekçeleriyle, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nunda Hasarı malın zilyetliğinin devrinden itibaren alıcıya yükleme doğrultusunda değiştirilmiştir.

<sup>385</sup> El *Harac* kelimesinin Kuran'daki kullanımı "mükafaat" anlamındadır. Hz. Peygamber'de hadisinde *harac* kelimesini غلة, yani maddî gelir anlamında kullanmaktadır. Kelimenin sonraki yüzyıllarda özellikle fetihlerle birlikte kazandığı teknik anlam ise farklıdır: *Harac* kelimesi, "الإتاوة تُؤخذ من أموال الناس", yani "insanlardan alınan vergi" olarak kullanılmaya başlanmıştır. ( bk. Ebu Bekir Muhammed bin Hasan bin Derid el-Ezdi, **Cemheretü'l-Lüğa**, Beyrut: Dâru'l ilmi'l melâyiyyîn , 1987, c. 1, 443).

*Commodus* ise "menfaat", "fayda", "getiri" anlamların gelmektedir. Burada Kuran'daki ve Hz. Peygamber'in kullanımındaki *harac* kelimesinin *commodum* kelimesiyle benzer anlamda oldukları görülür. (bk. Alexander Mansfield Burrill, A Law Dictionary and Glossary, 2. Baskı, Michigan: Baker, Voorhis & Company Yayınevi,1867, s.320.)

görülür. Bundan da öte İbn Nüceym örneğinde görüldüğü üzere acaba kaidenin İslam hukukunun ön gördüğü çözüme engel teşkil edip etmediği tartışılmıştır. Roma hukukunun “*pactor est emptoris*” kuralının hukuken tutarsız olması neticesinde açıklama girişiminde bulunan araştırmacıların, bu tutarsızlığı bertaraf edebilmek için Roma hukukuna has alım-satım sözleşmesini ferağ teorisi kapsamında mülkiyeti intikal ettiren bir sözleşme gibi varsaymaları da dikkat çekicidir.

### ***B. Diğer benzer kaideler***

Roma hukuku ile İslam hukuku arasında yapılan mukayese çalışmalarında bir çok kaide birbirinin benzeri olarak sunulmuştur. Oryantalist çalışmalarda kaideler arasındaki benzerliklerin iktibas teorilerinde argüman olarak öne sürüldüğünü, ancak buradaki iktibas iddialarının birçok açıdan problemlili olduğunu çalışmamızda ortaya koyduk. İktibas teorilerinde öne sürülmüş olan ancak çalışmanın hacmini aşmamak için detaylı mukayeseye tabi tutmadığımız kuralları zikredip kısaca açıklamakta fayda görmekteyiz:

#### ***a. Ea, quae raro accidunt, non temere in agendis negotiis computantur<sup>386</sup>:***

*Nâdir olanlar, sözleşmelerde kıstas kabul edilmezler.*

السؤال و الخطاب يمضي على ما عم و غلب لا على ما شذ و النذر<sup>387</sup>

“Soru ve hitap, genel ve gâlip olan mânâ üzerine cereyan eder, kural dışı (şaz) ve nâdir olan mana üzerine değil.”<sup>388</sup>

<sup>386</sup> Dig. 50.17.64

<sup>387</sup> Ubeydullah Ömer bin İsa Ebu Zeyd ed-Debusî– Ebu’l Hasan el-Kerhî, **Te’sîsu’n-nazar ve yelîhi risâletü’l imâm Ebi’l Hasan el Kerhî fi’l usûl**, Dâr-u İbn-i Zeydûn Mektebetü’l külliyyâti’l ezheriyye, Mısır, s.164.

<sup>388</sup> ed-Debusî (thk ve trc Ferhat Koca), s.260.

İki kaide arasında benzerlik Jokisch tarafında iddia edilmektedir. Şartları özellikle belirtilmemiş sözleşmelerde nadir olan durumlara itibar edilmez. Ayrıca bir sözleşmede afet durumunda dahi sorumluluğu üstleneceğine dair antlaşma yapan kimsenin en nadir afetlerden sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir.<sup>389</sup> İslam hukukundaki kaide ise yeminlerle ilgilidir. Nesefî, bir kimsenin “yumurta yemeyeceğine” yemin etse, buradaki “yumurta”nın kuş yumurtası anlamına geleceğini örnek olarak verir. Balık yumurtası bu ifadeden anlaşılabilir.<sup>390</sup>

**b. In omnibus causis id observatur, uti ubi personae condicio locus facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficia, (ubi vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii)**<sup>391</sup>

*Her türlü davada gözetilmesi gereken (şudur ki), nerede bir şahsın hukukî durumu, hukuksal imtiyaz sağlıyor ise, hukukî durumu ortadan kalkınca imtiyaz da ortadan kalkar.(ancak böyle bir davada hukukî yardımın sebebi ortadan kalkmış olmaz ve her kimin hakkıysa ona verilir.*<sup>392</sup>

:<sup>393</sup>أمور المسلمين محمولة على البرداد و الصلاح حتى يظهر غيرها

*“Müslümanların işleri aksi ortaya çıkıncaya kadar salâh ve doğruluk üzerine yorulmuştur.”*<sup>394</sup>

İki kaide arasında benzerlik yine Jokisch tarafından iddia edilmektedir.Roma hukuk kaidesi ile ilgili bilgi bulmak oldukça zor olduğundan sadece kısaca kadının çeyiz hükümleri (dos) ile ilgili olduğunu ifade etmekle yetineceğiz. Kerhî’de geçen kaidede

<sup>389</sup> Obligationenrecht Band 3, Österreichische Nationalbibliothek, 1864, S.290-291

<sup>390</sup> ed-Debusî, (thk ve trc Ferhat Koca), s.260.

<sup>391</sup> Dig. 50.17.68.

<sup>392</sup> ed-Debusî, s.162-163.

<sup>393</sup> ed-Debusî, s.163.

<sup>394</sup> Ebu Zeyd ed-Debusî (thk ve trc Ferhat Koca), s.259.



ise genel olarak açık bir delil yahut karîne olmadıkça Müslümanların yaptıkları fiillerinin caiz oldukları ifade edilmektedir.<sup>395</sup>

c. **Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptio est.**<sup>396</sup> :

*Her ne zaman bir konuşma iki manayı ifade ederse, meseleye daha uygun olanı tercih edilmelidir.*

”أللفظ إذا عبر عن معنيين أحدهما أجلى من الآخر و الآخر أخفى فإن الأجلى أملك من الأخصى“<sup>397</sup>

“Bir lafız, biri daha açık, diğeri daha kapalı iki manaya geldiğinde, manası açık olan, kapalı olandan daha çok tercih edilir.”<sup>398</sup>

İki kaide arasında benzerlik kuran yine Jokisch'tir. Roma hukukundaki kural hakkında bilgi bulmak oldukça zordur. İslam hukukundaki kaide ise nasslardaki lafızların yorumlanması ile alakalıdır. Hanefîler, açık mânâ'nın tercih edilmesi görüşünü savunurlarken, Şafiîler daha kapalı olan maânayı da tercih edebilmektedirler. Nesefî lafızların delaletiyle ilgili yemin ayetindeki farklı yorumları örnek olarak göstermektedir.<sup>399</sup>

d. **Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut, si non pateat quid actum est, erit consequens ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur.**<sup>400</sup>

*Stipulatio'larda ve diğeri sorulara verilecek cevaplarda, her toplumun kendi bölgesindeki örfüne itibar edilir.*

<sup>395</sup> Ebu Zeyd ed-Debusî (thk ve trc Ferhat Koca), a.g.e., s.259.

<sup>396</sup> Dig. 50.17.67.

<sup>397</sup> Kerhî, er-Risale, Ebu Zeyd ed-Debusî, Te'sîsu'n-nazar'ın içinde, s.173.

<sup>398</sup> Ebu Zeyd ed-Debusî (thk ve trc Ferhat Koca), a.g.e., s.273.

<sup>399</sup> Daha fazla bilgi için bk. Ebu Zeyd ed-Debusî (thk ve trc Ferhat Koca), s.273.

<sup>400</sup> Dig. 50.17.34.

جواب السؤال يجري على حساب ما تعرف كل قوم في مكانهم<sup>401</sup>

“Sorulara verilerek cevaplarda, her toplumun kendi bölgesindeki örfüne itibar edilir.”<sup>402</sup>

İki kaide arasında benzerlik kuran yine Jokisch'tir. Roma hukukundaki kural özellikle Stipulatio sözleşmelerine yöneliktir. Stipulatio sözlü akit türlerindedir. Tek taraflı bir taahhüte dayanmakta ve verilen taahhüt hususunda sınırlama olmadığından şekli unsurlarla belirlenmeliydi. Stipulatio'da taahhüt edilen şeye göre borç yüklenilmektedir. Buradaki taahhüdün açık olması gerekir. Ancak taahhüdün ne olduğu konusunda ihtilafa düşüldüğünde yahut taahhüdün kendisinde bir belirsizlik meydana geldiğinde, kurala göre akdin kurulduğu yerdeki genel uygulamaya göre hareket edilmelidir. Dolayısıyla akdin kurulduğu yerde hangi şartlar normal addediliyorsa, belirsizlik durumunda da bunlar dikkate alınmalıdır.<sup>403</sup> Kerhî'de geçen İslam hukuk kaidesi ise yine yeminle alakalıdır. Neseffî, bir kimsenin Arap beldelerinde gıda almayacağına yemin etse, sadece sütle bu yeminini bozmuş olacağını örnek olarak verir.<sup>404</sup>

**e. Cum principalis causa non constitit, ne ea quae sequuntur locum habent.<sup>405</sup>:**

*Asıl mesele düşerse, ona bağlı olan da düşmüş olur.*

“إذا سرق لأصل سقط الفرع”<sup>406</sup>

*Asıl sakıt oldukça fer de sakıt olur.*

Taramamız neticesinde bu iki kaide arasında benzerlik tespit edebildik. Roma hukukunda genel olarak, bir başka meseleye bağlı olan şeyin, bağlı olduğu meselenin

<sup>401</sup> Kerhî, er-Risale, Ebu Zeyd ed-Debusî, **Te'sîsu'n-nazar**, içinde, s.164.

<sup>402</sup> ed-Debusî, s.260.

<sup>403</sup> Regelsberger, “Über das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs der Erfüllung.”, Gerhard Anschütz, **Archiv für die civilistische Praxis**, içinde, Mohr u. Winter, 1867, s.46.

<sup>404</sup> ed-Debusî (thk ve trc Ferhat Koca), s.260.

<sup>405</sup> Dig. 50.17.129

<sup>406</sup> Mecelle 50. Kaide.

düşmesiyle düşeceği ifade edilir. Örneğin evliliğin sona ermesiyle, *dos* (çeyiz) hükümleri sona erer ya da vasiyetin düşmesiyle vasiyete bağlı hükümler sona erer. Bir diğer örnekte borcun düşmesi ile kefil olan kimsenin borcunun da düşeceği ifade edilir. (“(...) *ut, si principalis obligatio non consistat, valere non possint fideiussorum ae pignorum obliagationes.*”)<sup>407</sup> Mecelle’nin 50. Küllî kaidesi olan bu kaideye de aynı örnek verilmektedir. İki kuralın uygulama alanı ve kapsamı konusunda daha fazla araştırma yapılması bu açıdan anlamlı gözükmektedir.

f. **Partus sequitur ventrem.**<sup>408</sup>

“*Yavru annenin durumuna tabiidir.*”

التابع تابع لا يفرد بالحكم<sup>409</sup>

*Tâbi olan tâbidir, ona ayrıca özel hüküm verilmez.*

Roma hukukundaki kuralı yavru ana rahmine tabidir şeklinde tercüme etmek de mümkündür. Hür insanlarda çocuk babaya tabi olmaktadır, kölelerde ise anneye tabi olur. Hayvanın yavrusu da anaya tabidir. Dolayısıyla eril hayvanın efendisinin yavru üzerinde herhangi bir hakkı yoktur.<sup>410</sup> Glossatörler tarafından kaideleştirilmiş olan bu hüküm Codex İustinianus 3, 32, 7’te kölelik ile ilgili hükme dayanır.<sup>411</sup> Mecelle’de 47 küllî kaide olarak zikredilen kurala örnek olarak bir hayvanın karnındaki yavrusunun ayrıca satılmadığı ifade edilir. Örneğin yüklü bir hayvan alan kimse, içindeki yavru için ayrıca bir işlem yapmaz. Mecelle’deki bu kaide esasen el-Asl’da geçen “ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الأصل”, yani “*Tabi olanın hükmü, asl olanın hükmünün sabit olması ile sabit olur*” ibaresidir. Verilen örneklerde, bir malın aslî unsurlarından talî unsurlarına

<sup>407</sup> Nicolas Latruffe, **Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant**, cilt 3, Bibliopolam Yayınevi, 1821, s.615.

<sup>408</sup> Dig. 6.1.5 §2

<sup>409</sup> Mecelle 47. Kaide.

<sup>410</sup> Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, Münih: C.H Beck, 2007, s.169.

<sup>411</sup> Codex Iustinianus, Almanca tercüme ve tahkik için bk. [http://www.opera-platonis.de/CI/CI\\_B3.pdf](http://www.opera-platonis.de/CI/CI_B3.pdf).

kadar hepsinin o mala dahil oldukları açıklanır.<sup>412</sup> Dolayısıyla İslam hukukundaki kaide daha genel manada anlaşılmalı Roma hukuk kuralının ortaya çıktığı bağlam ise kölelik olmuştur. İki kaide arasındaki benzerlik kanaatimizce daha fazla çalışmayı gerektirmektedir.

**g. Confessus pro iudicatio est.<sup>413</sup>:**

*İtiraf eden yargılanmış sayılır.*

الْمَرْءُ مُؤَاخَذٌ بِإِفْرَارِهِ<sup>414</sup>

*“Kişi ikrarı ile muâheze olunur”*

Roma hukukundaki kural confessio'nun (ikrâr) kesin ispat aracı olduğunu ifade eder. Magistra (hakim) huzurunda ikrar, yargılamayı sona erdirmekteydi.<sup>415</sup> Mecelle'ye de giren kaide de, kişinin ikrarının geçerli olduğunu ve sahibi aleyhine delil niteliği taşıdığını ifade eder. Ancak İslam hukukunda Kul hakları- Allah hakları ayırımına dayanan bir farklılığa dikkat çekmekte fayda vardır: buna göre kul haklarında kişinin ikrarından dönmesi mümkün değildir. Örneğin bir kimseye karşı borcunu ikrâr eden kimse bu borcu ödemek zorundadır. Allah haklarında ise, kişi ikrarından vazgeçebilir. Hakim bu durumda davanın takibini sağlamaz.<sup>416</sup> Bu kuralların uygulamasını ve varsa istisnalarını iki hukuk sisteminde daha detaylı bir mukayeseye tabi tutmak faydalı olacağı kanaatindeyiz.

---

<sup>412</sup> Ali Burnû, c. II, s.158.

<sup>413</sup> Dig. 42.2.1

<sup>414</sup> Hadimi, el Mecami, s. 371 ve Mecelle 79. Kaide.

<sup>415</sup> Bahar Öcal, ‘Onus Probandi’ Roma Yargılmasında İspat Yükü, Ankara: Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s.37.

<sup>416</sup> Ali Burnu, a.g.e, c.X, s.550.

**h. Quod emtionem (sic) venditionemque recipit, etiam pignationem recipere potest<sup>417</sup>**

“Alınıp satılabilen herşey, rehin de olabilir”

“كل ما جاز بيعه جاز رهنه”<sup>418</sup>

“Satılması caiz olan herşey rehin olabilir.”

Rehin ile ilgili olan bu iki kaide nerdeyse lafzen birebir örtüşme gösterir. İki kaidenin birbirine benzemesi doğaldır, nitekim rehin bir teminat türü olarak, alımsatım ile doğrudan alakalıdır. İki kaidenin uygulama alanı ve varsa istisnalarının detaylı incelemesi faydalı olacaktır.

Yukarıda zikrettiğimiz kaidelerin bazıları lafzen bariz benzerlik göstermektedir. Bazıları daha az benzerlik gösterir, sadece belli bir çağrışım uyandırır. Bir önceki bölümlerde yaptığımız detaylı mukayesede Jokisch’in zikrettiği kaidelerin hüküm ve kapsam açısından çok farklı oldukları, hatta kısmen lafzî benzerliğin dahi kurulamadığı gösterildi. Jockisch’in zikrettiği diğer kaidelerde de benzer problemler mevcuttur. Tercümeden de anlaşılacağı üzere, bazılarında lafzî benzerliğin kurulması dahi mümkün değildir.

İslam ve Roma hukukunda küllî kaidelerin mukayesesi bağlamında karşımıza çıkan bir diğer çalışma alanı da, Mecelle’deki doksandokuz küllî kaideyi Latince hukuk kaideleri ile karşılaştırmaktadır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin başında yer alan doksandokuz küllî kaide, Miladî 19. Yüzyıla kadar İslam hukukunun küllî kaidelere dair birikiminin yasama faaliyetine olan etkisini göstermektedir. Mecelle’nin kaidelerinin diğer hukuk sistemlerindeki karşılıkları bir takım çalışmalarda tespit edilmeye çalışılmıştır. Bunlardan birisi **C.R. Tyser, D.G. Demetriades, I.H. Effendi**’nin “*The Mejelle-Being an English Translation of Majallah al Ahkam-ı Adliyya*” isimli çalışmadır. Girne’de tercüme edilen bu tercüme çalışmasında, Mecelle’deki küllî kaidelerin bir kısmında

<sup>417</sup> Dig. 20.1.9. (1)

<sup>418</sup> Adolf von Kremer, a.g.e, s.536, Ali Burnû kaidenin Alaî’nin (v. H.761/ M.1359) Mecmuu’l-Müzehheb’te geçtiğini ifade eder.

İngiliz Common Law’da kullanılan Latince maximlerdeki karşılığı sunulmaya çalışılmıştır. Zikredilen kurallar, bir kaç hariç, Kasik Roma hukukundaki regula’lardan değil, İngiliz hukukunda özellikle XVI. Yüzyıldan itibaren geliştirilmiş maximlerden oluşmaktadır. Kökenleri Roma hukuk külliyyatı Corpus İuris Civilis’e dayanan bu kurallar gerek ifade ediliş biçimi, gerekse içerik açısından Klasik Roma hukukundaki *regula*’lardan farklıdır.<sup>419</sup> Kanaatimizce maximler ile küllî kaideler arasında göze çarpan benzerlik, olası bir etkileşime işaret ediyor olabilir. Bu alanda yapılacak olan kapsamlı bir mukayese, etkileşimin ne tarafa cereyan ettiğini, kaynağını ve boyutunu daha açık bir şekilde ortaya koyabilir.

Latince hukuk kuralları arasında, daha eski dönemlere dayananları da vardır. Bunlar Glossatörler tarafından CİC’in okunup yorumlanması neticesinde ifade ettikleri ile Kilise hukuk derlemelerinde ifade edilen kurallardan oluşmaktadır. Bu kurallar arasında İslam hukuk kaideleri ile benzerlik gösterenleri kanaatimizce İslam hukukunun Batı hukuk sistemlerine etkisine işaret ediyor olabilir:

**i. Quod fieri non debet, factum valet.**<sup>420</sup>

“Yapılması yasak olan şey, yapıldığında geçerli olur.”

"يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الإبتداء"<sup>421</sup>

*İbtidâen tecvîz olunmayan şey, bekâen tecvîz olunabilir.*

İki kaide arasındaki benzerliğe “The Mejelle” tercümesinde dikkat çekilmiştir.<sup>422</sup> Latince kural Glossatörler döneminde ifade edilmiştir. İlginç bir şekilde,

<sup>419</sup> Bk. C.R. Tyser B. Al, The Mejelle- Being an English English Translation of Majallah al Ahkam-ı Adliya”, The Book House, Pakistan.

<sup>420</sup> Codex İustinianus 1.14.5’e düşülmüş bir Glosse’dir. Herbert Broom, **A Selection of Legal Maxims: classified and illustrated.**, 3. Baskı, T. And J.W. Johnson, Philadelphia: 1852, s.146.

<sup>421</sup> Mecelle 55. Kaide.

<sup>422</sup> C.R. Tyser B. Al, The Mejelle- Being an English English Translation of Majallah al

Glossatör, Codex İustinianus 1.14.5'te geçen ifadelerin aksine bir açıklamada bulunur. Zira Codex'in ilgili kısmında, herhangi bir yasaya aykırı bir şekilde gerçekleşen sözleşme yahut herhangi bir hukukî fiilin mutlak manada geçersiz olduğu vurgulanmaktadır. Kuralda ise, yasak olan bazı şeylerin yapıldıktan sonra geçerli olacağı ifade edilir. İngiliz hukukçu **Herbert Broom** (1815-1882), maximlere dair ele aldığı eserinde, kurala örnek olarak, evlilik yaşına girmemiş olarak yahut velisinin izni olmaksızın evlenen çocuğun, evliliğinin yine de geçerli olacağı örneğini vermektedir.<sup>423</sup>

**j. Quod necessitas cogit excusat/(defendit):**

*“Zorunluluğun gerektirdiği şey, mazeretlidir/ savunulur”.*

الضرورات تبيح المحظورات<sup>424</sup>

*Zaruretler memnû' olan şeyleri mübah kılar*

*Aynı şekilde benzerleri:*

*Quod non est licitum lege necessitas facit licitum:*

Yasak olan şeyleri, zaruret izinli kılar, ya da *Necessitas non habet legem:*  
Zorunluluğun yasası yoktur.

Roma hukukunda zikredilen tüm kaideler, Glossatörler dönemi sonrası tahminen XII. Yüzyıl sonrası oluşturulmuş olup, CİC'de yoktur. Örneğin “*Necessitas non habet legem*” kuralı, Dig.1.10.1'e Glossatörler tarafından şerh düşülmüştür.<sup>425</sup> “*Quod non est licitum lege necessitas facit licitum*” ise Kilise hukukçuları tarafından ifade edilmiştir.<sup>426</sup> İslam hukukunda ikrah, açlıktan ölme, hastalık gibi durumlarda bu kural uygulanmaktadır. İlk kez İmam Serahsî'nin Mebsut'unda geçtiği kaydedilir.<sup>427</sup> Bu

---

Ahkam-ı Adliya”, The Book House, Pakistan., s. 7.  
<sup>423</sup> Bk. Dipnot 391.

<sup>424</sup> Mecelle 21. Kaide.

<sup>425</sup> Liebs, s.141

<sup>426</sup> Liebs, s.199.

<sup>427</sup> Burnu, c.II, 273.

kaide de kanaatimizce İslam hukukunun Batı'daki hukuk kültürünü etkilemiş olduğuna işaret edebilir.

Daha da önce ifade ettiğimiz gibi yukarıda zikrettiğimiz kaideler, CİC sonrası Respsiyon süreci ile birlikte ortaya çıkmışlardır. Çalışmamızda CİC'te geçen kaideleri mukayese ettiğimizden dolayı, bu tür benzerlik bulunan kaidelere sadece bir kaç örnek vermekle yetindik. Zikredilen örnekler çoğaltılabilir, bu bağlamda daha kapsamlı araştırmaların yapılması kanaatimizce faydalı olacaktır.





## SONUÇ

İslam hukukundaki kuralların temelinde, yabancı bir etkiden ziyade, kavram ve sistem geliştirme isteğinin olduğu çalışmada gösterildi. Nitekim Roma hukukunda da kurallar dağınık hukuk malzemesine tanım ve sistem kazandırmak için geliştirilmişlerdi. Asl ve kıyas kavramlarını prensip anlamında kullanan ve bu alanda ilk telifleri veren Hanefilerin, mezhep görüşlerini temellendirme ve müdafaa etme istekleri de kaide yazılımını desteklemiştir. Görüldüğü üzere, İslam hukukunda kural anlayışı doğal bir süreç içerisinde gelişmiştir.

Ancak bununla birlikte, Genel Hukuk Prensibi kavramının iki hukuk sisteminde temelde benzer dinamiklere dayanarak geliştiği söylenebilir. Hukuk alanında otoriter “özlü” sözlerin aktarılması ve bunların akademik hukuk faaliyeti başladıktan sonra da değişiklik yapılmaksızın korunması, genel hukuk prensibinin iki hukuk sistemindeki başlangıç noktasını teşkil etmektedir. Nitekim, Roma hukukunda veteres denilen, hukukun henüz kutsal mahiyeti olduğu dönemlerde faaliyet gösteren ve kendileri hakkında pek fazla yazılı esere rastlanılamayan hukukçuların özlü sözleri (*sententia*) Klasik Roma hukukundaki sistematik hukuk faaliyeti içerisinde kabul görmüşlerdir. İslam hukukunda ise, ilahî kaynaklı hukuk prensiplerinin (Kuran ve hadisler), kaidelerin bir kısmını teşkil etmekle birlikte, yeni kaidelerin üretilmesine kaynaklık ettikleri görülmektedir.

İki hukukta da Genel Prensiplerinin ikinci evresinde bireysel hukukçularının kazuist hukuk faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan hükümleri bir sisteme sokma çabaları görülür. Roma hukukunda, Klasik Hukuk döneminde, özellikle Stoa felsefesinden etkilenen bir takım hukukçuların, dağınık hukuk malzemesini sistemleştirme doğrultusunda, genel hukuk kuralları (*regula*) ürettikleri görülür. İslam hukukunda ise, akademik hukuk faaliyetini başlatan Hanefî ekolünden Kerhî ve Ebu Tahîr ed-Debbâs (burada Te’sîs’un-Nazar eserinin müellifi de zikredilebilir) gibi hukukçuların kazuist hukuk faaliyeti neticesinde ortaya koyulan hükümler arasında *Kıyas* olarak adlandırdıkları benzerlikler kurarak, bir takım *Asıl*’lar oluşturdukları görülür. İslam genel hukuk prensibini ifade etmek için kullanılan ilk kavramlar olan *Asl* ve *Kıyas* kavramlarının, dağınık kazuistik malzemeyi bir düzene sokma, hatta bunun da ötesinde

gelecekte verilecek olan hükümleri meşrû bir zemine oturtma çabasına dayandıkları söylenebilir. Dolayısıyla iki hukuk sisteminde de yöntem olarak mevcut olan bireysel içtihat ve kazüist hukuk metodu, genel hukuk prensibi kavramının gelişmesinde temel faktörlerden biri olmuştur.

Bununla birlikte, iki hukuk sisteminde de Aristoteles mantığının etkisi görülmektedir. Mantık ilminin Gazzalî ile İslamî ilimlere resmî girişi sonrasında, tümünden gelim metodunun özellikle Şafii hukukçular tarafından sıkça kullanılmaya başlandığı bilinmektedir. Bu hukukçular daha üst, soyut ve tümel kavramlara ulaşma çabası içine girerek, kaide kavramının tüm fertlerini kuşatan küllî ve normatif kaziiye olarak anlaşılmasını sağlamışlardır. Tümünden gelim metodunu görüşleri ve teorilerinde benimseyen Şafii fıkıhçılar, hukuk kaidelerine yönelik önemli eserler telif etmişlerdir. Bu gelişmenin bir ürünü olarak, İslam fikhını özetleyen beş ana kaide tespit edilebilmiş, ve aksiomatik değer kazanmıştır. Roma hukukunda ise Aristoteles mantığının etkileri, Aristoteles mantığının etkisinde kalmamış olan Sabinien ekolünün, regulaları deskriptif algılamasının aksine, Proculien hukuk ekolünün regulaları normatif algılamasında görülmektedir. Aristoteles mantığı bir de, Corpus Iuris Civilis'e şerh düşen Glossatörlerin skolastik usul ile metinleri okumalarında etkili olmuştur. Öyle ki, Glossatörler, hükümlere not düşerken, genellemeler ve küllî önermeler yaparak, yeni *regulaların* oluşmasına katkıda bulunmuşlardır. Skolastik düşüncenin etkisiyle ortaya çıkan bu genel hukuk prensiplerine artık *regula* kavramı yerine *maxim* kavramı kullanılmaya başlanmıştır.

İslam hukukundaki kaidelerin önemi ve işlevi, tarihi boyunca giderek artmıştır. *Asl ve Kıyas* kavramları ile başlayan kural anlayışının, normatif ve aksiomatik bir kaide anlayışına evrildiği görülür. Bununla birlikte, kaidelerin hüküm vermede yegâne kaynak olmadıkları vurgulanmış, Regula'nın tanımında ifade edildiğine benzer bir şekilde ("*hukuk kuraldan değil, kural hukuktan çıkarılır*"), kaidelerin içtihadı yönelik olmadıklarına İslam hukukunda da dikkat çekilmiştir. Roma hukukuna bakıldığında, kuralların klasik dönemde önem kazandığı görülür. Ancak klasik dönemde kazüist yaklaşımdan kaynaklanarak, kurallar deskriptif algılanmıştır. Hukukçular görüşlerini kısıtlayacak kurallardan imtinâ etmişlerdir. İslam hukukunda böyle bir çekimserlik,

özellikle Hanefî hukukçularda görülmez. Aksine rey ve içtihadı önem veren Hanefîlerin, metod ve kavram geliştirmek ve mezhep görüşlerini sağlam bir zemine oturtabilmek için, yoğun bir faaliyete girdikleri görülür.

Klasik Roma hukuku genel prensiplerini ifade eden *regula* kavramı, dilde kurallar olduğunu savunan Yunan dilcilerin kullanımındaki *kanon* kelimesinin tercümesidir. *Kanon* kelimesinin grekçe “ölçü” anlamına gelmesi ve özellikle dil tartışmalarında kullanılması, İslam kültüründe de bir grup Arap dilcilerinin dilde kuralları ifade etmek üzere kullandıkları ve yine “ölçü” anlamını taşıyan “kıyas”ı hatırlatmaktadır. Roma hukukunda birbirine benzeyen davaların kurucu unsurlarını (*causa coniectio*) bir araya toplayan önerme olarak tanımlanabilecek *regulalar*, İslam hukukunun ilk dönemlerinde belli başlı meselelerin sentezi anlamında erken dönemlerde kullanılan “kıyas” ı çağrıştırdığından, bu konu üzerinde daha fazla çalışma yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Roma hukukundaki kuralların Bizans topraklarında hukuk öğretiminin temel müfredatının bir parçası olduğu göz önünde bulundurulduğunda, halihazırda bulunan hukuk kuralları iktibasa en müsait malzeme olarak karşımıza çıkmaktadır. Oryantalist savın doğruluğu kabul edilirse, İslam hukukçularının hazır kural hazinesinden iktibasta bulunmaları beklenirdi. Roma hukuk kurallarının eğitimde bu kadar mühim olmalarına rağmen, *Süryanî Roma Hukuk Kitabı*’nda zikredilmemeleri ilginçtir. Bunun bir sebebi, Süryanî Roma Hukuk Kitabı’ndaki mülahazaların İmparator kanunnamelerine yönelik olmaları olabilir. Ancak sebebi ne olursa olsun Süryanî Roma Hukuk Kitabı’nda regulaya dair herhangi bir ize rastlanılmaması, Schacht’ın kuralların “*eskimiş bozuk para misali*” tedavülde oldukları teorisinin mübalağalı olduğuna işaret eder.

Kuralların retorik eğitiminde aktarıldıklarını düşünen Schacht, “*pater est quem iustae nuptiae demonstrant*”, yani “*baba evlilik hukukunun gösterdiği kişidir*” şeklindeki Roma Hukuk prensibini, “*Çocuk yatağa aittir, zina edene ise kısıtlama vardır.*”, şeklindeki hadisi örnek olarak gösterir. Çalışmamızda ele aldığımız kaidelerin başında gelen söz konusu iki prensip arasında lafzî benzerlik açıkça görülmektedir. Çalışmamızda, Schacht’ın firaş kaidesini, boşanma sonrasında ortaya çıkan babalık sorununa indirgediğini ancak kaidenin hadislerdeki bağlamının farklı olduğu gösterildi.

Nitekim fıraş kaidesi, arap cahiliyye döneminden kalma sahih yatak birlikteliği süresince doğan bir çocuk üzerinde yabancı bir erkeğin hak talep etmesini ifade eden da'va adetine yöneliktir. *Da'va*'nın eski arap adetlerine dayandığı, kaidenin geçtiği bazı rivayetlerde, vurgulanmıştır. İlginç bir şekilde Roma hukukunda da'va adetine benzer bir uygulama olarak, yabancı bir erkek kocanın rızasına dayalı olarak babalık davası açabilmektedir. Belki de burada cahiliyye döneminde, bir Roma hukuku etkisinden bahsedilebilir. Kanaatimizce Hz. Peygamber, yerleşik cahiliyye adetini kaldırmak üzere, toplum tarafından bilinen *nuptia* kuralını, yeni bir bağlama oturtmuş gibi gözükmemektedir.

Roma hukukundan itkibas edildiği iddia edilen bir diğer kaide de “البينية على” “*al-biniyya ʿala*”dır. Roma hukukundaki “*İspat etmesi gereken davacıdır, davalı değil*” şeklindeki prensip ile benzerlik arzeden “البينية على المدعي”, şeklindeki ilk kısmın fıkıhçı raviler tarafından hadisin metnine manen rivayet şeklinde eklenmiş olması, cerh ve ta'dil araştırmalarında ifade edildiği üzere büyük ihtimaldir. “*Beyyine davacıya aittir*”, kısmının fıkıhçı raviler tarafından manen rivayet şeklinde asıl metne eklenmiş olmasının nedeni ise nebevî uygulamadır. Hz. Peygamber, ceza ve özel hukuk davalarının tümünde davacıdan delil göstermesini istemiştir. Burada delilden kasıt, yazılı belge ve vesikaların pek fazla kullanılmadıklarından dolayı, şahitliktir.

Bu kısmın sonraki fıkıhçılar tarafından hadis metnine eklenmesi, kanaatimizce Roma hukuk etkisine işarettir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bazı noktalar vardır: İslam hukukunda kaidenin uygulanışına İslam hukukunun orijinal bir yönünü teşkil eden Allah Hakkı- Kul Hakkı şeklindeki teroik ayırım yanısırmıştır. Nitekim Roma hukukunda *probatio* prensibi özel ve ceza hukuku davalarında aynı şekilde uygulanırken, İslam hukukundaki kaide Allah haklarından sayılan had cezalarında uygulanmamaktadır. Dolayısıyla kaidenin içerik ve kapsamının Roma hukukundan tamamıyla itkibas edilmiş olması mümkün gözükmemektedir. Ayrıca Roma hukuk kuralında geçen “*probatio*” ile “*beyyine*” kavramları “*delil*” anlamında olmakla birlikte, Roma hukukunda öncelikli delil yazılı vesika (*probatio per instrumenta*) iken, İslam hukukunda *şahitliktir*. Kaidenin dava usulü ile ilgili olması da önemli bir ip uçudur. Feth edilen bölgelerde davalarla ilgili görüş beyan eden fıkıhçıların, pek âla bölgede

dava usulünde meşhur olan bir takım kuralları duymuş olmaları mümkündür. Nitekim probatio prensibi, sadece spesifik kitaplarda değil, günlük hayatta da sıkça zikredilmesi mümkün olan bir ifade gibi gözükmektedir. Hz. Peygamber'in uygulamasında beyyine'nin davacıya ait olduğunu vurgulamış olmasından yola çıkarak, fakihlerin beyyine kısmını Roma hukuk kuralından etkilenecek metne etkilemiş olmaları spekülatif bir yaklaşım olmakla birlikte, mümkün gözükmektedir.

Benjamin Jokisch'in çalışmasında zikrettiği kurallardan biri olan "*Quod pendet non est pro eo quasi sit*" yani "*Askıda olan olmuş gibi değildir*", "*اليقين لا يزول بالشك*" kaidesinin karşılığı olarak sunulmaktadır. Fıkhın hemen tüm alanı ile ilgili olan ve *istishabu'l-hâl* ve *berâet-i zimmet* kaideleri gibi önemli üst prensiplerle bir bütünlük arz eden bu kaidenin aksine, Roma hukukundaki *pendet* prensibi, erteleyici şartlarda, şart yerine gelene kadar hukukî işlemin askıda olduğunu ve hukukî sonuç doğurmayacağını ifade eden bir hukuk kuralıdır.

İslam hukukundaki bu kaideyle benzerlik kurulabilecek, "*Stabit praesumptio donec probetur in contrario*", yani "*Bir varsayım aksi ispatlanmadıkça geçerlidir*" kuralı, ilk kez Glossatörler döneminde düşülen bir şerhte ifade edilmiştir. Dolayısıyla İslam hukukunun gelişim sürecini çoktan tamamlamış ve büyük mesafe katetmiş dönemlerine rastlamaktadır. Çeşitli ilk dönem İslam hukuk kaynaklarını ve Roma hukuk metinlerini taramamız sonucu benzerlik kurduğumuz kaidelerin bir çoğunda da durum böyledir. Klasik Roma hukuk kuralları ile Glossatörler döneminde yahut Kilise hukuku ile ortaya çıkan kuralların, İslam hukuk kaideleri ile daha fazla benzerlik arz ettiğini gözlemledik. Burada muhtemel bir kültürel etkileşimin üzerine gidilerek daha fazla çalışmanın yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Jokisch, "*الخراج بالضمن*" kaidesinin "*Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda.*" yani, "*Tabii olan, bir şeyin olumsuzluklarına sahip olan kimsenin faydalarına da sahip olmasıdır*" kuralından türetilmiş olduğunu iddia etmektedir. İslam hukukundaki "*الخراج بالضمن*", yani "*Bir şeyin faydasına sahip olan, malî sorumluluğuna da sahiptir*", kaidesi *Hıyar'ul ayb* ile ilgili olan bir hadise dayanır. Rivayette, kusurlu malın iade edildikten sonra, satıcının, alıcıdan malı kullandığı için herhangi bir talepte bulunamayacağı ifade edilir. Zira alıcı

malı iade edeseye kadar malî sorumluluğunu üstlenmiş olduğundan, menfaat ve gelirleri de ona ait olmalıdır. Roma hukukundaki ayıp muhayyerliğinde ise satıcı iade sonrasında kölenin sebep olduğu artışları da iade etmek zorundadır. Süryanî Roma Hukuk Kitabı da Roma hukukuna ait hükümleri uygular. Bu da “الخراج بالضمن” kaidesinin kökenlerinin, Süryanî Roma Hukuk Kitabı’nın sunduğu verilere göre, bölgede uygulanan Roma hukukunda olmadığına işaretler. Aksine Hz. Peygamber’in “الخراج بالضمن” kaidesini uygulamasıyla bu yerleşik anlayışı değiştirdiği görülür.

“*Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda.*”nın bir türevi olan “*commodum eius esse debet, cuius periculum est.*”, yani “*fayda, tehlike kime aitse, onun olmalıdır*”, kuralının uygulandığı spesifik alan alımsatım sözleşmesidir. Alımsatım sözleşmelerinde teslimden önce malda eksilme meydana gelmesi yahut telef olması durumunda *periculum* kavramı ile ifade edilen hasar sorumluluğunun alıcıya ait olduğunu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla malın bedelini yine de ödemek zorundadır. Ancak malda artış meydana gelirse “*commodum eius esse debet, cuius periculum est*” kuralı gereği, artış hasar sorumluluğunu üstlenmiş olan alıcıdır. İslam hukukunda, *periculum* prensibinin bir benzeri gibi gözükür, “الخراج بالضمن” kaidesinin, bu durumda işletilmediği görülür. Zaten, İslam hukuku hasar sorumluluğunu satıcıya yüklemektedir. Zira İslam hukukunda, alımsatım, yani bey akdi, aynî bir akittir. Karşılıklı rıza meydana geldikten sonra, mülkiyet alıcıya intikal etmektedir. Bu itibar ile bey akdinin genel mahiyeti, Roma hukukunda ferdin tayin edilmiş mallarda yapılan *emptio* muamelesinden, çok daha farklıdır. İslam Hukukunda mülkiyet alıcıya intikal etmekle birlikte, satıcı *malik’ul yed* olması itibariyle elinde telef olan malın malî sorumluluğunu üstlenmektedir. Ancak satıcı malda artış meydana gelmesi durumunda, malî sorumluluğu yüklendiği halde artış üzerinde herhangi bir hak talep edememektedir. Nitekim İslam hukukuna göre, bu artış alıcıya aittir. Dolayısıyla harac kaidesinin aksine, malî sorumluluğu taşıyan taraf malın faydasına sahip olamamaktadır. Nitekim İbn Nüceym’in açıklamasına göre teslimden sonra faydalanma sadece malî sorumluluğu üstlenmekle değil, eşya üzerinde mülkiyete sahip olmak karşılığında tanınır. Dolayısıyla Roma hukukundaki *periculum* prensibinin aksine *el harac bi’ d-daman* kaidesi, hasar sorumluluğunda uygulanmamaktadır.

İlk dönem İslam hukuk kaynakları ile Roma-Bizans hukuk metinlerinde benzerlik kurduğumuz kaidelerde göze çarpan en temel husus, bazı kaidelerin tarihsel kronoloji açısından doğrudan bir iktibası ispat etmeye müsait olmamalarıdır. Ayrıca lafzî benzerliğin mevcut olduğu bazı kaidelerde de kapsam ve uygulama açısından farklılıklar göze çarpmaktadır. Lafzen ve de içeriksel olarak benzeyen kaidelerin bir diğer kısmı ise, Respesiyon sürecinde ve İslam hukukun'da kaide literatürünün yerleştiği dönemlerde ortaya çıkmışlardır. Bu tür kaideler, Roma hukukunun İslam hukukunu etkilediğini işaret etmekten ziyade, İslam hukukunun özellikle Resepsiyon döneminde Roma hukukunu etkilediğine işaret ediyor olabilir. Kanaatimizce, detaylı bir mukayese kapsamında her bir prensibin hangi tarihte ve ilk kez hangi hukukçu tarafından ifade edildiği tespit edildikten sonra, prensiplerin altına giren hükümlerin dikkatlice incelenmesi, daha doğru sonuçlar verecektir.

Sonuç olarak Oryantalistlerin İslam hukukunun kaynakları ve özellikle Roma hukukundan iktibası konusu çerçevesinde ele alınan eserlerin geneline bakıldığında, takip edilebilen bilimsel ve kendi içerisinde tutarlı bir metodolojinin oluşturulmadığını, bu konuda yapılan çalışmaların ideolojik, dinî ve siyasî bir takım dinamikleri çerçevesinde ele alındığını söyleyebiliriz. Ancak bu, Oryantalistlerin yapmış oldukları çalışmaların bilimsel bir değere ve İslam Hukukunun kaynakları ve oluşum süreciyle ilgili doğru ve önemli bilgilere yer vermediği anlamına gelmemektedir. Bilakis, sergilenen yaklaşımın sonucu ve metodolojisi eksik ve sübjektif olsa da, İslam hukuku ve İslam hukuku tarihi çalışanları için önemli bilgiler sunmaktadır. Zira tarihin doğal bir süreci olarak, hiçbir dinî inancın, fikrî bir oluşumun, mezhebin ve hukukun adeta bir fanusun içerisinde, çevre, toplum, coğrafya ve döneminden hâlî olarak düşünmemiz mümkün değildir. İslam hukuku da Geç Antikçağ ve Ortaçağ'da Arap Yarımadasında oluştuğundan dolayı o dönemin temel özelliklerini de üzerinde taşımaktadır. İslam hukukçuları çevreleri itibari ile gayet tabii Roma-Bizans hükümlerinden haberdar olmuşlardır ve hatta etkilenmiş dahi olabilirler. Ancak çalışmamızda da ortaya koymaya çalıştığımız üzere, İslam hukuku'nun mevcut malzeme ve birikimden de etkilenecek baştan beri özgün bir sistem geliştirmeyi başarmış olduğunu söyleyebiliriz.

## ***Kaynakça***

- Ahmed, Shahab, **What Is Islam? The Importance of Being Islamic**, Princeton University Press, 2015.
- Akıntürk, Turgut, **Satım Akdinde Hasar sorumluluğunun intikali**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966.
- Algül, Adnan, “Kavâid İlmi ve İzzüddîn B. Abdüsselâm’ın Kavâid İlmine Etkisi”, **Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 2016, c. III, sayı 4, s. 43-67
- Amos, Sheldon, **The History and Principles of the Civil Law of Rome: An Aid to the Study of Scientific and Comparative Jurisprudence**, Londra: K. Paul, Trench & Company, 1851.
- Anadolu Uygarlıkları Ansiklopedisi, 2. Cilt, Görsel Yayınlar, University of Michigan: 1982.
- Apathy, Peter, Klingenberg, Georg, Pennitz, Martin, **Einführung in das römische Recht**, 6. Baskı, Viyana: Böhlau Yayınevi, 2016.
- Apaydın, H. Yunus, “İhtiyat”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, c.21, İstanbul: TDV, 2000, s. 577-579.
- Apaydın, H. Yunus, “Kıyas”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, c.25 Türkiye Diyanet Vakfı: 2002.
- Baktır, Mustafa, “Kaide”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, c. 24, Türkiye Diyanet Vakfı, 2001.
- Bardakoğlu, Ali, “Kasâme”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, cilt: 24, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2001, s. 528-530.
- Baş, Bilal, **Ecclesiastical politics during the Iconoclastic controversy (726-843) : the impact of Eusebian "Imperial Theology" on the justification of imperial policies**, Doktora Tezi, Kanada: McGill Üniversitesi 2008.
- Becker, Carl Heinrich, **Beiträge zur Geschichte Aegyptens unter dem Islam**, K. J. Trübner, 1902.



- Becker, Carl Heinrich, “Die Entstehung von Usr und Haragland”, **Islamstudien**, vol. 1, Leipzig, 1924.
- Berger Adolf, **Encyclopedic Dictionary Of Roman Law**, Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953.
- Bergsträsser, Gotthelf, **Willi Heffening: Das islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch-fränkischen Staatsverträgen: eine rechtshistorische Studie zum Fiqh**, 1925
- Bergsträßer, Gotthelf, “Anfänge und Charakter des juristischen Denkens im Islam. Vorläufige Betrachtungen”, *Der Islam dergisi*, 14 (1924), 79-81.
- Beroje, Sahip, **İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda beyyine külfeti ve ispata hakim esaslar**, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslamî Bilimler Doktora tezi, 1999.
- Bona, Ferdinando, **Das Ideal der Rhetorik bei Cicero und das „ius civile in artem redigere“**. Trc. Christian Baldus und Massimo Miglietta, *Rivista di diritto romano* VI, 2006.
- Bousquet, Georges Henri, “Le mystere de la formation et des origines du Fiqh”, *Revue Algerienne, Tunisienne et Marocaine de Legislation et de Jurisprudence*, Londra: A. Jourdan, 1947, s.75-80.
- Böcking, Eduard, **Abriss der Institutionen des römischen Privatrechts**, Henry & Cohen Yayınevi, 1860, s.172.
- Bremer, Franz Peter, **Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im Römischen Kaiserreich**, Walter De Gruyter Incorporated, 1868.
- Buchholz, Martin, **Römisches Recht auf Griechisch. Prolegomena zu einer linguistischen Untersuchung der Zusammensetzung und Semantik des byzantinischen prozessrechtlichen Wortschatzes**, Helsinki: Unigrafia Oy, 2015.
- Buckland, W. W., Stein, Peter, **A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, 2007.
- Crone, Patricia, **Roman, Provincial and İslamic Law. The Origins of the Islamic Patronate**, Londra: Cambridge University Press, 1987.

- Çoban, Bekir Zakir, “Bizans İkonoklazmının Nedenleri Ve İslam Etkisi Tartışması”, *Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, cilt: VIII, sayı: 4, 2008, s. 117-145. Ve ayrıca bk
- Crone, Patricia, Cook, Michael, **Hagarism. The Making of the Islamic World**, CUP Archive, 1977.
- Crone, Patricia, **Meccan Trade and The Rise of Islam**, New Jersey: Gorgias Press, Piscataway 2004.
- Crone, Patricia, Hinds, Martin, **Roman, Provincial and Islamic Law. The Origins of the Islamic Patronate**, Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- Daher, Ayman, “The Shari’a: Roman Law wearing an islamic veil?”, *Hirundo: The McGill Journal of Classical Studies*, Volume III: 91-108, Edinburgh: 2005.
- Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim el-Ensari, **el-Asar**, Beyrut: Darul'l-Kütübi'l'İlmiyye.
- Ebû Yûsuf Ya’kub b. İbrâhîm b. Habîb b. Sa’d Kûfi, **İhtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ**, tahkik ve tashih Ebü'l-Vefâ el-Efganî, cennetu ihya’il maarifi’n-nu’mâniyye.
- ed-Dîb, Andûlazîm, “İmam’ul Haremeyn el-Cüveynî”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, c. 8, Türkiye Diyanet Vakfı, 1993.
- el-Ezdî, Ebu Bekir Muhammed bin Hasan bin Derîd, *Cemheretü'l-Lüğa*, Beyrut: Dâru’l ilmi’l melâyiyyîn , 1987.
- Dr. Ouaritsch, **Institutionen und Rechtsgeschichte: Compendium des Römischen Privatrechts und Civilprocesses**, Paderborn: Salzwasser 2015.
- Dreher, Meinrad, **Die Versicherung als Rechtsprodukt: die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung. Die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung**, Mohr-Siebeck, 1991.
- Dunker, Arne, **Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe: persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft**, Köln Weimar: Böhlau Yayinevi, 2003.

- Friedl, Raimund, **Der Konkubinat im kaiserlichen Rom: von Augustus bis Septimus Severus**, Franz Steiner Verlag, 1996.
- Fitzgerald, Seymour G. Vesey, “The alleged debt of Islamic to Roman law”, *Law quarterly review* ; Londra: Sweet & Maxwell, (Ocak 1951).
- Fögen, Marie Theres, **Römische Rechtsgeschichten: über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems**, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2002.
- el Ğazzî, Muhammed Sıtkî bin Ahmed bin Muhammed Ali Bûrnû Ebu’l Hâris, **Mevsûatu’l Kavâidu’l Fıkhiyye**, Beyrut: Muessesetu’r-Risâle, 2003.
- Gärtner, Ursula, **Brandenburger Antike Denkwerk: Kulturelle Identität – Römisches Recht**, Potsdamer Lateintage, Universitätsverlag Potsdam.
- Gens, P. Alex, **Dissertation sur la philosophie du droit romain**, Louvan: Vanlinthout et Vandenzande, 1832.
- Goldziher, Ignaz, **Hadith: The 'Traditions'- Ascribed to Muhammed**, State University of New York Press, 1971.
- Goldziher, Ignaz *Muhammedanische Studien*, c. II, 4-5. Hildesheim: Georg Olms, 2004.
- Goldziher, Ignaz “Fikh”, *EI*, cilt 2, Leiden/Leipzig: 1927
- Goldziher, Ignaz, “Das Prinzip des Istishab in der Muhammedanischen Gesetzwissenschaft”, *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes*, sayı 1, Viyana: 1887.
- Goldziher, Ignaz, **Muhammedanische Studien**, tıpkı basım, Halle: Max Niemeyer, 1889.
- Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma medeni usul hukukunda Formula Yargılaması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt : 7, Sayı: 1, 2005, s.167-169.
- Griffith, Sidney H., “Christians and Christianity”, Jane Dammen McAuliffe **Encyclopedia of the Qur’ân**, içinde, c.I, Leiden: Brill, 2001.
- Günay, Meryem, **Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007.

- Hacak, Hasan, **Atomcu Evren Anlayışının İslam Hukukuna Etkisi : Kelam-Fıkıh İlişkisine Dair Bir Analiz**, Ensar Neşriyat, İstanbul: 2007.
- Hacak, Hasan, “Fıkıh İlminin Ortaya Çıkışı ve Diğer İslâmî İlimlerle İlişkisi, İslâmî İlimlerde Metodoloji”, **Usûl-V Temel İslâm İlimlerinin Ortaya Çıkışı ve Birbirleriyle İlişkileri Tartışmalı İlmî İhtisas Toplantısı 18-19 Ocak 2014**, 2014, s. 511-545.
- Hacak, Hasan, “The Basis and Effects of the Division Between Private and Public Law in Classical Islamic Law”, içinde: **Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 2013, sayı: 45, s. 51-66,
- Haçkalı, Abdurrahman, “İlgili Literatür Çerçevesinde Makâsıd İctihadının Tarihi Seyri”, s. 272-273, içinde; Ahmet Yaman, **Makâsıd ve İctihad. İslam hukuk Felsefesi Araştırmaları.**, İstanbul: Rağbet Yayınları, 2010, s.259-303.
- Hallaq, Wael B., “The Quest for Origins or Doctrine? Islamic Legal Studies as Colonialist Discourse”, **UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law** (2002).
- Hallaq, Wael B. “The Use and Abuse of Evidence. The Question of Provincial and Roman Influences on Early Islamic Law: Roman, Provincial and Islamic Law: The Origins of the Islamic Patronate by Patricia Crone- (Review)”, **Journal of the American Oriental Society**, sayı 110, no:1, s.79-91, American Oriental Society: 1990.
- Hassan, Abdel Rahman, “Le droit musulman et le droit romain”, **Archive d’histoire du droit oriental**, Office international de librairie, University of Michigan, sayı 4, 1949).
- Heine, Peter, **Einführung in die Islamwissenschaft**, Akademie Studienbücher Kulturwissenschaften, Berlin: Walter de Gruyter, 2009.
- Hennigan, Peter C., **The Birth of a Legal Institution: The Formation of the Waqf in Third-century A.H. Hanafî Legal Discourse**, Studies in Islamic Law and Society Series, Leiden-Boston: Brill, 2014.
- Hodgson, Marshall G.S., **The Venture Of Islam Clasical Age**, Chicago: The University of Chicago Press 1974.

- Hudson, John, Rodríguez, Ana, **Diverging Paths?- The Shapes of Power and Institutions in Medieval Christendom and Islam**, Leiden: Brill, 2014.
- Hurgronje, Christian Snouck, **Mohammedanism: Lectures on its Origin, Its Religious and Political Growth**, G.P. Putnam's sons, 1916.
- İmam Malik bin Enes, Muvatta,, trc: M. Büyükçınar, Vecdi Akyüz, Ahmet Arpa, Durak Pusmaz, Abdullah Yücel, İstanbul: Ensâr Neşriyat, 2014.
- İnalçık, Halil, "Kanun", **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, cilt 24, Türkiye Diyanet Vakfı, 2001.
- Jeffreys, Elizabeth, **Rhetoric in Byzantium**, Ian Worthington, Companion to Greek rhetoric, Blackwell companions to the ancient world: Literature and culture, John Wiley and Sons Yayınevi, 2010.
- Jokisch, Benjamin, **Islamic Imperial Law: Harun-Al-Rashid's Codification Project**, Berlin: Walter de Gruyter, 2011.
- Jörs, Paul, **Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik**, Münih: F. Vahlen, 1888.
- Kahraman, Abdullah, *Ebû Hanife'nin İctihatlarında İnsan Hürriyetine ve Onuruna Verdiği Önemi Gösteren Bir Örnek -Sefihin Hacir Edilmemesi-*, *İslâmî Araştırmalar*, 2002, c.XV, sayı 1-2.
- Karagöz, Havva, **Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Karlowa, Otto, **Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen**, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1872.
- Kavakçı, Yusuf Ziya, "İslam ve Roma hukuku", **İslam Medeniyet Dergisi**, sayı 15 Ocak 1969.
- Kästle-Lamparter, David, **Welt der Kommentare – Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- Khadduri, Majid, Liebesny, Herbert J., **Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law**, Washington D.C.: The Middle East Institute, 1955.

- el-Kerhî, Ubeydullah Ömer bin İsa Ebu Zeyd ed-Debusî- Ebu'l Hasan, **Te'sîsu'n-nazar ve yelîhi risâletü'l imâm Ebi'l Hasan el Kerhî fi'l usûl, Dâr-u İbn-i Zeydûn Mektebetü'l külliyyâti'l ezheriyye**, Mısır.
- Kızılkaya, Necmettin, **Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler**, İstanbul: İz Yayıncılık, 2013.
- Konrad, Felix, *Von der 'Türkengefahr' zu Exotismus und Orientalismus: Der Islam als Antithese Europas (1453–1914)*, 2010, **Mainz European History Online** (EGO), published by the Institute of European History (IEG), <http://www.ieg-ego.eu/konradf-2010-de>
- Krämer Jr., C. J., **Excavations at Nessana**, Princeton Legacy Library 3 cilt, Princeton University Press, 2015.
- Latruffe, Nicolas, **Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae, cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant**, cilt 3, Bibliopolam Yayınevi, 1821.
- Liebs, Detlef, **Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter**, Münih: C.H Beck, 2007.
- Lohlker, Rüdiger, **Das Islamische Recht im Wandel. Riba Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart**, Münster; Waxmann Verlag, 1999.
- Lomfeld, Bertram, **Die Gründe des Vetrages: Eine Diskurstheorie der Vetragsrechte**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, s.237.)
- Manthe, Ulrich, **Die Rechtskulturen der Antike: Vom Alten Orient bis zum Römischen Reich**, München: C. H. Beck, 2003.
- Mackeldey, Ferdinand, Roßhirt, Conrad Franz, **Lehrbuch des heutigen römischen Rechts: Besonderer Theil**, Heyer Yayınevi, 1842.
- Mansfield Burrill, Alexander, **A Law Dictionary and Glossary**, 2. Baskı, Michigan: Baker, Voorhis & Company Yayınevi, 1867.
- Meier, Mischa, **Justinian: Herrschaft, Reich und Religion**, Münih: C.H. Beck, 2004.
- Minhaji, Akh, **Joseph Schacht's contribution to the study of Islamic law**, Kanada: McGill Üniversitesi, 1992.

- Mitter, Ulrike, **Das Frühislamische Patronat. Eine Studie zu den Anfängen des islamischen Rechts**, Würzburg: Ergon Yayinevi, 2006.
- Mitteis, Ludwig, **Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des deutschen Kaiserreichs. Mit Beiträgen zur Kenntniss des griechischen Rechts und der spätrömischen rechtsentwicklung**, Hildesheim: Georg Olms Verlag, 1963.
- Mommsen, Theodor, **Römische Geschichte**, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1869.
- Motzki, Harald, Gramlich, Richard, Marzolph, Ulrich, **Die Anfänge der Islamischen Jurisprudenz: : ihre Entwicklung in Mekka bis zur Mitte des 2./8. Jahrhunderts**, Stuttgart F. Steiner: 1991.
- Mühlenbruch, Christian Friedrich, **Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts**, C. A. Schwetckhe und Sohn, 1847.
- Ortolan, Joseph Louis Elzéar, **Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'a la législation moderne**, Paris:1876
- Öcal Bahari '**Onus Probandi'** Roma Yargılmasında Ispat Yükü, Ankara: Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Phillmore, John George, **Principles and Maxims of Jurisprudence**, Londra: Parker Yayinevi, 1856.
- Rabe, Hugo, "Invention and Method: Two Rhetorical Treatises from the Hermogenic Corpus", *Writings from the Greco-Roman World*, sayı 15, s. 39-42.
- Rado, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Regelsberger, "Über das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs der Erfüllung.", Gerhard Anschütz, *Archiv für die civilistische Praxis*, içinde, Mohr u. Winter, 1867.
- Reeves, John C., **Trajectories in Near Eastern Apocalyptic: A Postrabbinic Jewish Apocalypse Reader**, Atlanta: Society of Biblical Literature, 2005.
- Reland, Adriaan (Lat. Hadriani Relandi), **Dissertationes Miscellanae**, trajecti ad Rhenum, Gul. Broedelet , 1706-1707.

- Sachau, Eduard, Kaufhold, Hubert, **Das Syrisch-Römische Rechtsbuch**, Viyana: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 2002.
- Sağlam, Hadi, Gökbayır, Sema, Sağlam, Emine, “İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Şahitlik Müessesesinin Değerlendirilmesi”, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, cilt: V, sayı: 2, s. 87-103.
- Santillana, David, **Code civil et commercial Tunisien, avant-projet discute et adopte**, Tunus: 1899.
- Sarıtaş, Duygu Özer, **Roma hukukunda şart**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans tezi, 2003.
- Savaş, Abdurrahman, “Hitit, Roma, İslam Ve Yahudi Hukukları Üzerine Mukayeseli bir Çalışma”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sy. 18, 2011, s. 243 – 274.
- Schacht, Joseph, **Droit Byzantin**, Accademia nazionale dei Lincei, 1956.
- Schacht, Joseph, “Foreign Elements in Islamic Law”, Journal of Comparative Legislation and International Law, sayı 32, no. ¾, Cambridge University Press, Cambridge: 1950.
- Schacht, Joseph, **An Introduction to Islamic Law**, Norfolk: Clarendon Press, tıpkıbasım, 1983.
- Schacht, Joseph, **The Origins of Muhammadan Jurisprudence**, American Council of Learned Societies edisyonu, ACLS Humanities e-kitap neşri, 2008.
- Schacht, Joseph, “Foreign Elements in Ancient Islamic Law”, Journal of Comparative Legislation and International Law, Vol. 32, No. 3/4 (1950).
- Schiller, A. Arthur, **Roman Law: Mechanisms of Development**, New York: Walter de Gruyter, 1978.
- Schmidlin, Bruno, “Die Römischen Rechtstregeln- Versuch einer Typologie”, Max Kaser, Wolfgang Kunkel ve Franz Wieacker, **Forschungen zum römischen Recht**, içinde: Köln-Viyana: Böhlau Verlag, 1970.
- Schmidt, Franz Frederik, **Die Occupatio im islamischen Recht**, Der Islam dergisinde yayımlanan yazının özel basımı, Strazburg: K. J. Trübner, 1910.



- Shahid, Irfan, **Byzantium and the Arabs in the Fifth Century**, Dumbarton Oaks Other Titles in Byzantine Studies, Dumbarton Oaks, Harvard University Press: 1989.
- Skolnik, Fred, Berenbaum, Michael, “Halakhot Gedolot”, **Encyclopaedia Judaica**, c.VIII, Macmillan Reference, 2007.
- Sola, Pedro Resina (ed.), **Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio, Almeria**, 2012.
- Soylu, Ayşenur, Kahraman, Hüseyin, “Fıkhî Hadislerin Rivayet Değeri Bağlamında ‘Beyyine ve Yemin Hadisi’nin Tahric ve Tenkidi”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, cilt: XVII, sayı: 2, s. 709-727.
- Söğütlü Erişgin, Özlem, “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4 Sayı:2 Yıl 2013.
- Stolleis, Michael, **Juristen: ein biographisches Lexikon : von der Antike bis zum 20. Jahrhundert**, C.H. Beck, 2001.
- Spielvogel, Jackson J., **Western Civilization: A Brief History**, 7.baskı, Wadsworth: Cengage Learning, 2010.
- Stolte, Bernard H. **The Law of New Rome: Byzantine Law**, David Johnston (ed.), Cambridge Companion to Roman Law, içinde; New York: Cambridge University Press, 2015.
- Stein, Peter **Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims**, Edinburgh University Press, 1966.
- Straumann, Benjamin, **Roman Law in the State of Nature**, Cambridge University Press, 2015.
- Serahsi, Şemsü’l eimme Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed, **el-Mebsut**, trc. Mustafa Cevat Akşit, İstanbul: Gümüşev, 2006.
- es-Suyutî, Abdurrahman bin Ebî Bekir Celaluddin, **El Eşbah ve’n Nezâir**, Beyrut: Dâru’l Kutubi’l İlmiyye, 1990.
- eş-Şeybânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Hasen, **el-Asl’ul Ma’rûf bi’l Mebsût**, tashih Ebü'l-Vefâ el-Efganî, İdâretü’l Kur’ân ve’l Ulûmu’l İslâmî.
- Thomas, David (ed.), Mallett, Alexander (ed.), **Christian-Muslim Relations. A Bibliographical History**- Leiden-Boston: Brill, 2012.

- Trimingham, J. Spencer, **Christianity Among the Arabs in Pre-Islamic Times**, Londra: Longman Group Limited, 1979.
- Troianos, Spyros, Die Quellen des Byzantinischen Rechts, Almanca'ya trc. Dieter Simon, Silvia Neye, Walter de Gruyter Yayınevi, 2017.
- Umur, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.
- van den Berg, Lodewijk Willem Christian, **De contractu 'do ut des' iure mohammedano**, Leiden: S. C. van Doesburgh, 1868.
- van den Berg, Heleen Murre, “Syriac Christianity”, Ken Parry (ed.) The Blackwell Companion to Eastern Christianity, içinde, John Wiley & Sons, 2010.
- Versteegh, C. H. M., “The Origin of the Term ‘Qiyâs’ in Arabic Grammar”, Zeitschrift für Arabische Linguistik, no. 4 (1980), s.7-30, Harrasowitz Verlag.
- Vering, Friedrich Heinrich, **Geschichte und Institutionen des römischen Privatrechtes**, Kirchheim: 1870.
- Vogel, Manfred H., **The Phenomenon of Religion**, University Press of America, 2007.
- von Kremer, Adolf, **Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen**, Viyana: Braumüller, 1875-1877.
- von Schwind, Freiherr Fritz, **Römisches Recht: I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes**, Berlin- Heidelberg: Springer Yayınevi, 2013.
- von Schwind, Freiherr Fritz, **Römisches Recht: I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes**, Viyana: Springer-Yayınevi, 2013.
- Weber, Max, **Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus**, Wiesbaden: Springer Verlag, 2016.
- Wolff, Hartmuti “Die Constitutio Antoniniana und Papyrus Gissensis 40 I”. The American Journal of Philology, Johns Hopkins University Press. 1976.
- Wood, Leonard, **Islamic Legal Revival: Reception of European Law and Transformations in Islamic Legal Thought in Egypt, 1875–1952**, Oxford University Press: Oxford Islamic Legal Studies, 2016.
- Würtenberger, Thomas, **Zeitgeist und Recht**, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1991.

- Yıldırım, Mustafa, **Mecelle'nin Küllî Kâideleri**, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2009.
- Zlinsky, Janos, **Schriftlichkeit und Mündlichkeit im römischen Recht**, Gregor Vogt Spira, Beiträge zur mündlichen Kultur der Römer, Script Oralia: Altertumswissenschaftliche Reihe, Günter Narr Verlag, 1993.

#### **İnternet Kaynaklar:**

- [http://www.opera-platonis.de/CI/CI\\_B3.pdf](http://www.opera-platonis.de/CI/CI_B3.pdf).
- <http://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/latein-deutsch/aedilis>