

## Eski İsrail Hukukunun menşei, hususiyetleri ve Hamurabi kanunu ile olan münasebetleri

Yazan : Hâmide TOPÇUOĞLU  
Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi  
Asistanı

Konunun açıklanması :

İsrail oğullarının tarihi ve hukuku hakkında mukaddes kitaplardan edinilen bilgiler uzun zaman doğmatik tarihçileri hariçten kaynaklar aramaktan alıkoymuştur. Diğer taraftan yakın zamanlara kadar bu devre ait yeni vesikalar keşif edilememiş olduğundan rasyonel düşünen tarihçiler dahi bu mukaddes kitaplardaki haberleri ilmi ve objektik bir gözle incelemekten başka yapacak şey bulamamışlardır. Son zamanlarda yapılan bazı keşifler hususile yirminci yüz yılın başlangıcında Hamurabi kanunlarının keşfi bilgileri İsrail hukukunu yeni bir ışık altında tetkike sevk etmiş ve varılan neticeler hukuk tarihçileri arasında bir hayli heyecan uyandırmıştır. İlimî tarihçiliğin gelişmesi ve tevrat üzerinde filolojik metodlarla yapılan incelemeler neticesinde İsrail hukukunun menşei ve komşu hukuk sistemlerle olan muhtemel münasebetleri objektif bir tarzda araştırılmağa çalışılmıştır.

İsrail hukukunun menşeiini aramak ve peygamberler içinde kanun koyuculuğu ile meşhur olan Musanın tarihi şahsiyetini aydınlatmak ve koyduğu kanunların kendi zamanındaki mevkinin ve değerini incelemek bir çok bakımlardan ehemmiyetli olan bir meseledir. Bir taraftan İncil ve Kuran ile ikmal edilmiş olan ahlâki ve hukuki kaidelerin, yani son üçbin senelik medeniyete hakim olan sosyal prensiplerin menşeiini teşkil etmesi, diğer taraftan Hamurabi kanunlarının keşfine kadar bilinen en eski yazılı kanun olması hukuk tarihçilerinin nihai tecessüs ve dikkatlerini en sonunda bu hükümler üzerinde toplamıştır. «Evamiri aşere» diye bilinen Musanın on emri hemen bütün dinlerde müşterektir ve bu emirlerin zamanımızdan geriye doğru giden bir hukuk tarihi araştırmasında yazılı olarak elimize geçen en eski metni ise tevrattadır.

1901 - 1902 seneleri arasında Hamurabi kanunlarının kesfi hukuk tarihçileri arasında bir heyecan uyandırmış ve Musa kanunlarından daha eski bir hukuk sisteminin izleri bulununca o zamana kadar meçhul kalan bir çok hususların artık açıklanabileceği kanaatını vermiştir.

Zira din ve ırk birliğine sahip muhafazakâr ve eski bir kavmin ilk nazarda tam bir vahdet ve hususiyet arz eden bu hukuk sistemi, bu tarihe kadar, adeta nevi şahsına münhasır bir sistem gibi telâkki edilmişti. Bunun ilâhi bir menşei olduğu yolundaki dogmatik telâkkiye kapılanlar ise zaten bu iddiada idiler. Diğer taraftan rasyonel düşünen tarihçiler nihayet «bu hukuk sisteminin de kendisinden müteessir olduğu bir başka bir sistem mutlâka vardır. Fakat bu gün bunun hangi sistem olduğunu bilemiyoruz» demekten başka bir şey yapamıyorlardı. Bu fikir ise «nerede bir cemiyet varsa orada bir hukuk vardır» vecizesinin başka bir şekilde ifadesinden ibaretti. Filhakika İsrail oğullarının da temasta bulunduğu, hattâ kendisinden kopup geldiği ve ya ilerde münasebete giriştiği başka bir cemiyet hattâ muhtelif cemiyetler olmuştu. Bunların da kendilerine mahsus bir hukuk sistemleri vardı. O halde İsrail oğulları da bu sistemlerden müteessir olmuş olmalıydılar denilebilir. Fakat bu umumi hükümlerle birşey aydınlanmış olmaz.

Şu halde bu yazımızda evvelâ İsrail hukukunun menşeleri ve hususiyetleri hakkındaki araştırma neticelerini, sonra da bunun en fazla münasebet-tar olduğu, zannedilen Babil hukuku ile olan alâka ve derecesini incelememiz gerekiyor.

### Birinci Bölüm :

#### İsrail hukukunun menşei meselesi :

##### I — İsrail oğullarının tarihçesi :

«İsrail hakkındaki ile harici vesika (yani tevrattan gayri) milâdden evvel dokuzuncu asra ait bir dikili taştır. Bu taşa cizye getiren Jehu elçileri ve kendi düşmanları arasında kral Achab'ı da gösteren bir Asur kralı taksim edilmiştir. Bundan evvelki devirler hakkında elimizde ancak İsrail oğullarının kendi tarihleri hakkındaki kıymeti pek şüpheli olan ifade ve iddialarından başka bir şey yoktur» (1)

Musanın (şahsiyeti hakkındaki tereddütler bir taraf) doğum tarihi ise milâdden evvel 1571 olarak tesbit edilmiştir. (2) Bunları zikir etmekten mak-

(1) — Denis SAURAT — Histoire des religions, Paris 1933 Sh: 184

(2) Tancredè ROTHE — L'esprit du droit chez les Anciens Paris 1928 Sh: 5 Bu hususta ihtilaf vardır. Diğer kaynaklar bu tarihi M. E XIII üncü yüzyıla indirirler.

sadımız mevzuumuzun dışında kalan tarihi bir problemi incelemek değil, sadece İsrail tarihi hakkındaki vesika fıkdanını belirtmiş olmaktadır. (3)

Musanın doğum tarihi olarak gösterilen zamanla, Tevratın yazılış tarihi olarak kabul edilen M. E. VII inci yüz yıl arasında neler olmuştur? hangi mevzuat ne şekilde ısdar edilmiş, nasıl muhafaza edilmiştir? anane ile ve şifahi olarak mı? yazılı olarak mı? bunlar henüz bilinmemektedir. Sonra İsrail oğullarının yakın şark milletleri arasındaki eskilik derecesi nedir? iddiaları vechile hakikaten en eski millet bunlar mıdır? Anton Jirku: «Asur ve Babil yazılarıyla Mısır hierogliflerinin çözülmesiyle İsrail oğullarının tarih, din ve kültürlerinin manzarası tamamen değişmiştir. Şimdiye kadar İsrail, eski şarkın bize edebi eserler bırakmış olan en eski milleti olarak telâkki edildiği halde bu gün, eski ön Asya dünyasının en genç milleti olarak görünmektedir. Uzun zamandanberi İsrailin kültürü her bakımdan nevi şahsına munhasır bir olay telâkki edildiği halde artık bu hususta yeni bir ders almak mecburiyeti vardır. Zira İsrail bütün his ve fikir hayatı bakımından diğer eski şark milletlerinden bir tanesi olarak tavsif edilmelidir. Yani onlardan, onların nev'inden biri olarak,» diyor. (3 a)

İbraniler kendi cedlerinin Mezopotamyadaki Ur şehrinde geldiğini iddia ederler. Göçebe halde yaşayan İbraniler bir aralık Mısırın şark sınırlarında yerleşmişler, Firavunlar tarafından bir müddet nizam altında tutulmuşlar-sada bilâhare aradaki anlaşmazlık yüzünden tekrar eski bedevi hayatına dönmüşler çölde başıboş dolaşmağa başlamışlardır. Mısırdan çıkış zamanında başarında Musanın olduğu iddia edilir ki bu hususlar Tevratın (Huruc) kısmında mufassalan anlatılır. Mısırdaki tâbi tutuldukları muamele ve angaryalar İbrani tarihinde acı bir hatıra olarak kalmıştır ve kurtuluşlarını bir mucize olarak kabul etmişlerdir. Bilâhara Filistinde yerleşmişler ve Kenan medeniyetinin tesiri altında kalmışlardır.

## II — Musa : (Tevrat)

Tevrattaki hükümleri Jahve'ye atfen İsrail oğullarına nakleden Musanın tarihi şahsiyeti hakkındaki kanaatlar muhtelifdir. «Bir çok tarihçiler Musanın şahsiyetinin bertaraf edileceğine kanidirler. Zira onun hakkında mevsuk olarak hiç birşey bilmediğimizi söylüyorlar. Eldeki tarihi vesikalar Musanın yaşadığı zamandan çok sonraya aittir. Fakat Musa olmadan da İsrail tarihi mümkün görünmüyor ve biz onun şahsını vaki farz etmeye ve onu Jahve'nin hizmetkâri sıfatıyla kabule mecbur bulunuyoruz. Bizim için milli bir dinin koru-

(3) Kaynaklar ve tarihçe hakkında fazla izahat için bak: Dr. Coşkun Uçok - Türk hukuk tarihi dersleri İstanbul 1946 Sh 46 - 49

(3a) Dr. Anton Jirku-Altorientalischer Kommentar zum alten Testament. Önsöz Sh.V:

cusu ve bir kurtuluşun kahramanı olarak Musayı tanımak zaruridir. Esasen diğer sami dinlerde de bu gibi misaller pek çok görülmüştür. Böylece kendi tarihlerinin mebdei hakkında İbrahilerin şahadetini kabul etmek makul düşer.» (4)

### III — Ahdiatik (Tevrat)

Yahudi ve hristiyan ananasi tevratın Musa tarafından nakil olduğunu ve milâddan evvel XV inci asırda yazıldığını kabul eder. Rasyonalistlerse bilâkis bu kitabın Musadan çok sonra tanzim edildiğini kabul ederler. Tevratın bizzat Musa tarafından tanzimi hususunda daha Eski ve Orta çağlarda dahi şüpheler uyanmıştır. Bu muammayı çözmek için iki tez ortaya atılmıştır. Bunlardan biri (vesikalar - des Documents) denen nazariyedir ki bunun da esası Tevratı teşkil eden ilk beş kitabın (Esfarı hamse: tekvinulmahlukat + Huruc + Laviluler + adat + tesniye) daha eski olan iki vesikadan tereküp etmiş olduğu iddiasıdır. Bu neticeyi Allah mefhumunun bu beş kitapta (5) başka başka kelimelerle ifade edilmiş olmasından çıkartıyorlar. Filhakika evamiri aşerede Allah mefhumu (Yahve) kelimesile ifade edildiği halde, en eski parça olan ahidde (6) (ki ikinci kitap olan hurucun 20 - 24 üncü bablarını teşkil eder) aynı mefhum Elohim kelimesile ifade edilmektedir. Böylece bu iki kısmın ayrı ayrı müellifler tarafından kaleme alındığı neticesine varılmaktadır (7) Bu tez Graf ve Reuss ve Wellhausen tarafından inkişaf ettirilmiştir. Diğer teze (ekler veya ilâveler = Compléments ou Suppléments) tezi denir ki buna göre ilk beş kitap haddi zatinde pek eski iptidai bir metindir fakat muhtelif zamanlarda genişletilmiş ilâvelere maruz kalmıştır.

Tevratın ne zaman tedvin edildiği meselesi muhtelif kısımları hakkında ayrı ayrı hal suretleri kabul eder. En eski kısımlar milâddan evvel X üncü yüz yıla kadar gider. Daha yeni olanlar ise bazı müelliflere göre milâddan evvel VIII inci bazılarına göre de VI inci yüz yıllara aittir ve tevratın muhtelif bölümleri milâdden evvel VI inci yüz yılın sonlarına doğru tek bir kitap halinde toplanmıştır.

(4) — Denis SAURAT. sh: 187.

(5) — Pentateuque: Yukarıda adları sayılan beş kitaba. Yunan mütercimleri tarafından verilen isim «esfari hamse»

(6) — Bundesbuch

(7) — H. B. WITTER - Jura Israelitarum in Palestinam 1711

J. ASTRUC Conjecture sur les mémoires originaux dont il parait que Moÿse s'est servi pour composer le livre de la Genèse. 1753.

622 tarihli olan bu Josia kanunnamesine (8) milâdden evvel 422 senesinde nihayet Priester Kodex (Ruhban kanunu) eklenmiştir ve tarihi bir mukaddimesi vardır. Bu ikinci kitabın 35 ila 40 inci babları sonradan eklenmiştir. Hülâsa Tevratın bütünü milâdden evvel XV - VII yüz yıllar arasında muhtelif eklemelerle meydana gelmiştir ve bu günkü şeklini aşağı yukarı milâddan evvel 400 senesinde almıştır. Tevrat ve İncil tanrı ile insanlar arasındaki bir ahdi ifade ettiğinden bu mukaddes kitaplara gerek yahudiler gerek eski hristiyanlar «ahid - Testamente» demişlerdi. II inci asırda bu karışıklığı izale için yahudilerin ahidine «ahdi atik», Hristiyanların ahidine de «ahdi cedid» denmiştir.

Tevratın büyük bir kısmı ilk defa ibrance olarak yazılmıştır. Birkaç dâne de ermenice ve yunanca yazılmıştır. İncil ise doğrudan doğruya yunanca yazılmıştır. Tevratın yunancıya tercemesi milâddan evvel III ve II inci asırlara tesadüf eder. Bunun adı «Septante» dir ve yahudilerle protestanlar buna kıymet verirler. Katolik kilisesi ise milâdi 392 ve 410 yıllarında yapılan ve «Vulgata» adını taşıyan latince tercemeyi doğru sayar.

#### IV — Tevratdaki hukuki hükümlerin yerleri :

Tevratdaki kanunların en eskisi (Huruc = Exodus) in 21 - 23 üncü bablarını teşkil eden «Bundesbuch» ahid denen kısmında bulunur. Bu kısım galip bir ihtimalle eskiden kalmış belki pek eski bir örfüadet hukukunun tedvini olarak telâkki edilebilir. Fakat yalnız tedvin ile iktifa etmez aynı zamanda tıpkı (tesniye = Deuteronomium) in 12 inci ve müteakip bahislerinde olduğu gibi eski hukuku ıslahı da istihdaf eder.

Bundan başka (tekinulmahulukat = Genesis) deki birçok hikâyeler Tevrat zamanındaki aile hukuku için ehemmiyetlidir (9). Tesniyede siyasi teşkilâta, aileye, işe, yabancı ve fakirlere yapılacak muamelelere, mülkiyete, mukavelelere, tazminata müteallik daha tafsilâtli hükümlere rastlanır. Mamefi tevratdaki hikâyelerin, hattâ hukuki kaide şeklinde kaleme alınan cümlelerin dahi ehemmiyetini pek cüzi telâkki edenler de vardır.

Meselâ Tevratdaki hukuki hükümlerin yeknazarda tecanüssüz ve gelişigüzel bir manzara arz edişine temas ederek bu halin sebebinin muhafazakâr ve ananaperest olan İbranilerin hukuki inkişafa müsait olmamalarında bulunanlar vardır : (10) içinde üç ayrı kanununamenin birbirinden ayırt edilebil-

(8) — «Deuteronomium - tesniye» kanunun ikinci defa tekrarı demektir

(9) — Martin DAVID - Zur Forschungsmethode auf dem Gebiet des biblischen Rechts. 1925. Korrespondenzblatt der Akademie für die Wissenschaft des Judentum 1925 VI: 26-42

(10) Tancredé ROTHE : Sh: 9

diği Tevratteki kanunlar mecmuası, asıl manada organik bir tekâmülün müşahedesine hemen hiç müsait değildir: bazı hükümler tekrarlanır, bazılarının arasında tenakuzlar görünür ve birbirini hükümsüz bırakırlar. Bununla beraber hiç kimse bunları kaldırmak cesaretini gösteremediği için bunlar bugüne kadar birbirleriyle yanyana yaşayıp kalmışlardır. Bundan mada bu kanunların mevzuları da mahduttur: ibadet, ceza hukuku, aile durumu, adli teşkilât... İşte hemen hemen hepsi bu. Fakat bunların içinden hiç birisi (tesniye)deki kraliyet hukukuna müttaallik ehemmiyetsiz cümlecikler kadar müellifin hukuki maksadlarındaki görüş darlığını meydana vurmaz. Bunun âmme hukuku ile hiç bir alâkası yoktur. Zaten hiç bir mücerret prensip, hiçbir mantıkî nizam bu mecmuada bulunmaz. Esasen bu, ancak müşahhas hadiselerin hal suretlerinin bir silsilesinden başka birşey değildir. Burada Hahamların «Casuistique» i ancak tohum halinde mevcuttur... Vakıa Tevrat'ta bazı hikâyelerin bulunduğu doğrudur ve bu hikâyelerden hukukun nasıl tatbik ve icra edildiğini bilfiil görebilmek ihtimali vardır. Fakat bu da okadar emin bir yol değildir. Herşeyden evvel ahdiatik bir kitaptır, daha doğrusu bir kitaplar mecmuasıdır. Yani okuyucular üzerinde müessir olmak maksadile muhtelif vesikaların kaleme alınarak işlenmesinden ibarettir. Bunu yapanlar da umumiyetle hukukcu değillerdi. (Tekvinulmahlukat) bize rahiblerin erazisi hariç olmak üzere bütün Mısır topraklarının Firavine aidiyetinden bahsederken bir hukuki hükmü bildirmiş değil, belki sadece bir vakiayı kabataslak bir şekilde hikâye etmiştir» mamafi Tevrat hükümlerinin tarihi mevsubiyet derecesi ne olursa olsun (11) en sonunda kendisine baş vuracağımız yegâne kaynak da yine bundan ibarettir. Bu itibarla bunun ehemmiyetini küçümsemek ile hiçbirşey hal edilmiş olmaz. Ancak ilmî süpheciliğin ikaz ve ihtarları hatırlanmış olur.

#### V — İsrail hukukunun araştırılmasında metod :

Tevrat ile onun sonradan yapılan muhtelif tefsirlerinden (12) başka esaslı bir vesikaya sahip olamadığımızı göre elde mevcut olan bu kıt malzeme ile iş yapmak zarureti var demektir. Bu vesika buhranını belirten Martin David şöyle der : «ahdiatik zamanından bize gelmiş olan vesikalar hemen hemen yok gibidir. Hukuk tarihinin bu boşluk yüzünden ne kadar ıstırap çektiğini, Babil ve Asur mukavele vesikalarının kendi zamanlarındaki hukukun tetkiki için ne kadar ehemmiyetli olduğunu bilen herkes takdir eder. Zira eski şarka taalluk eden hukuk meselelerine mütedair hemen hiç bir tet-

(11) — Archives d'Histoire Oriental. 2; 1938. Sh: 44: (Introduction bibliographique à l'Histoire du Droit du peuple Hebreu)

(12) — Dr. Coskun ÜÇÖK - Sh: 48

kik yokturki, esasında vesikalara istinad etmiş olup da, kanun hükümlerinden ancak tâli derecede istifade etmiş olmasın. Zira kanun hükümlerinin tekâmül silsilesi emin bir surette bize kadar varmamış olduğu takdirde, uzun zamandanberi tatbikatta hiç kullanılmamış veya teamül ile ortadan kalkmış yahut elimize geçmemiş olan diğer hükümler vasıtasile hükümden düşürülmüş olan kaidelerin ancak tarihi bir hatıra olarak baki kalmış olması ihtimali daima göz önünde tutulmalıdır. İşte bu sebepten dolayı meri hukuk hakkındaki müşahhas vesikalar, ne kadar mufassal bir şekilde kaleme alınmış olursa olsun mücerret bir kanun metninden daima daha iyi daha emin bir fikir vermektedirler. Başka tabirle; ahdiatikteki hükümlerin hakiki manasını göstermeye elverişli ve o zamandan kalmış olan büyük vesika hazinelerinin keşfi halinde Tevrat hükümlerinin tetkik tarzı bir anda tamamen değişebilir.» (13)

Vesika kıtlığının doğurduğu ile netice hukuk tarihi araştırmacısını «inductif» metoddan «deductif» bir metoda götürmek ve bazı genellemelerden harekete sevk etmek olmuştur. Bu genellemeler ise umumi hukuk tarihi ile mukayeseli hukuk metodlarından alınmaktadır. Nihayet filolojik metodlardan da yardım istemek cihetine gidilmiştir. Umumi hukuk tarihinde, muayyen bir kültür seviyesinde bulunduğu malum olan bir cemiyetin hukukunda bu cemiyetin ırkî ve millî vasıflarından mücerred olarak aynı seviyedeki diğer cemiyetlerle müşterek veya sabit bazı karakterler tesbit edilebileceği neticesine varılmıştır. Meselâ kadim hukuk sistemlerinde satış sözleşmesi aynı mümeyyiz vasıfları göstermektedir: Her iki edanın aynı anda mübadelesi, semenin tediyesinin mal üzerindeki mülkiyetin nakli için şart teşkil etmesi gibi. Belki bu, beyi akdinin trampadan doğmuş olmasından ileri gelmiştir. Yani âkidler kendi ihtiyaçlarını aynı anda tatminde ısrar hususunda birleşmişlerdir. Yahut ta mamelek menfaatlarını himaye edecek kuvvetli bir âmme kudreti mevcut olmadığı için mukavelelerin ifasını ileriye talik imkânsız görülmüş olabilir. İşte, her ne olursa olsun beyi akdi hakkındaki bu mümeyyiz vasfın İsrail hukukunda da mevcut olduğu neticesine varılabilir. Halbuki Tivratta bu hususta pek az delil vardır. Tekvinin 23 ncü babinin 16 ve 17 inci cümlelerin-

(13) — M. DAVID - Sh: 29. Keza Archives d'Histoire du Droit Oriental Sh 144: «Tevrat ve incile tealluk eden hususlarda Hukuk Tarihçilerinin mutlak bir vesika fıkdanı içinde bulduklarını müşahede etmek lâzımdır»

Aynı eser Sh: 147: «Şark tarihine mütedair keşiflerle biz fazla ifsad edilmiş durumdayız. Halbuki bu keşifler bize serhden ve işlenmeden mahrum bazı vesikalar bahşetmekten başka birşey temin etmemiştir. Vakıa bunların mukaddes kitabdaki kanunları hikâyeleri ile aydınlattıkları ve bizi İsrailin yaşadığı sosyal muhite soktukları doğrudur, keza tarihî manadan mahrum metinler Mısır ve Babil vesikalariyle temas neticesinde biraz tarihî bir renk kazanmışlardır, bununla beraber İbrânî Hukukuku hakkındaki tetkiklerin bu vasıtalarından o kadar istifade etmediğini de itiraf etmek lâzımdır.»

de Machpela mağarasının satışından bahsedilirken paranın verilmesini müteakip mülkiyetin müşteriye intikal ettiği zikir edilir (14). Bundan başka mukayeseli hukuk metodlarından da istifade kabildir. Şu kadarki mukayese sayesinde farklı sistemlerde birbirine benzeyen kaideler bulup çıkarmak mutlaka bir gaye haline gelmemelidir. Bu metod itidal ile kullanılmalıdır. (15).

Kadim hukuk sistemlerinin birbirile mukayeseli bir şekilde tetkiki umumiyetle hukuk tarihçilerini benzerliklere varmaya meyil ettirir. Çünkü tarkıllıklar ve tezadlar karşısında kalınca bunların da kendilerine has sebeplerini bulup çıkarmak icap ediyor. Bu sebeplere varılamayınca da hukuk tekâmülündeki boşluklar doldurulamıyor, dolayısıyla araştırmacı kendisini tatminsiz kalmış hissediyor. Bu itibarla fazla tetkik yapmadan zahiri benzerliklere dayanarak verilmiş aceleci hükümler hukuk tarihinde pek tehlikelidir. Zira bu hükümlere bir hakikat nazarile bakılmağa başlanınca onların üstünü örtükleri boşlukların araştırılmasına sed çekilmiş olur. Aslında henüz hakikat sahasına çıkarılmamış olan bir husus sanki zaten malûm ve mekşûf bir şeymiş gibi telâkki edilir. «Ahdiatik ile eski şarkın diğer eserleri arasında yapılacak bir mukayesede zuhuru ihtimal dahiinde olan muvazatın muhtelif dereceleri hakkında her hangi akidevi bir kanattan uzak kalmalıdır. Burada esas itibarile üç imkân bahis konusu olabilir: israilin doğrudan doğruya veya dolayısıyla daha mütekâmil diğer kültürlerin tesiri altında kalmış olması mümkündür. Yahut müşterek bir benzerlik varsa, bunun sebebi müşterek bir sâmi menşe olabilir. Yahutta artık sadece kıyaslar karşısında bulunuyoruz demektir ki bu gibi benzerlikler birbirinden müstakil olarak zaten muhtelif milletlerde meydana gelebilir. Bazan bu ihtimallerden birini veya diğerini tercih güç olur. Fakat bu okadar mühim bir şey değildir çünkü her halde bahis mevzuu olan benzerlikler müşterek bir millet ve kültür dünyasından ileri gelmektedir» (15 a)

VI — İsrail hukukunun menşei hakkında ilmi metodlarla elde edilen neticeler :

A — Mukayese metodu : Evamiri aşerenin menşei hakkındaki kanaatlar muhtelifdir. Müelliflerin bir kısmı bunun tanzimini Musa devrine atfeder ve orijinal bir eser olarak kabul edersede bu görüşe iltihak için icbar edici bir delil yoktur (16) Evamiri aşerenin medeniyet seviyesi itibarile milâdden

(14) — M. DAVID - Sh 38

(15) — M. DAVID Sh 39

(15 a) — Dr. Anton İRKU - Adı geçen eser önsöz Sh VII

(16) — Albrecht ALT — Die Ursprünge des Israelitischen Rechts 1934



evvel 1500 senelerinde kaleme alınıp alınmayacağı hususunda da fikirlerde ayrılık vardır. Bir kısmı metin olarak değilse de prensipler bakımından Musa ya kadar vardığını kabul ettiği halde diğer bazı müellifler metnin tam olarak Musa tarafından ortaya konduğu fikrindedirler. Bunlardan Anton Jirku iddiasına mesned olarak milâdden evvel 1500 senelerine kadar geri götürülebilen eski Mısır ve Babil yazılarında da aynı emirlerin başka şekiller altında tesbit edilmiş olduğunu ileri sürüyor. Yani evamiri aşeredeki fikirler Musadan çok daha evvel mevcut ve malûmdur diyor. Musanın bunlardan müteessir olup olmadığı meselesinde de üç noktaya işaret ediyor : (17)

a — Evamiri aşerenin dördüncü ile onuncu emirleri arasındaki hükümler birbirinden tamamen müstakil olarak dünyanın muhtelif yerlerinde meydana gelebilir bunlara menşei aramağa lüzum yok.

b — Musa bu Babil ve Mısır yazılarından ilham almış olsa bile, bu yazılarda pek çok «magiques» fikirler vardırki, evamiri aşerede bunlara tesadüf olunmamaktadır.

c — Her halde Musanın orijinal eseri, cihanşümül ve insani mahiyette olan bu hükümleri birinciden üçüncüye kadar olan emirlerle mukaddes kılmak ve diğer yedi emri bu ilk üç mukaddes emrin bir neticesi olarak göstermekten ibarettir. (18)

(17) — Dr. Anton JIRKU - sh 89

(18) — Evamiri aşere : huruç. Bab 20 cümle 3 - 17

«3 — Huzurumda senin gayri Allahların olmasın

(4) — Kendin için put yapmayasın. Ne yukarıda semade, ne aşağıda zeminde, ne zemin altında sularda bulunan şeylerden hiç birinin suretini yapmayasın. Anlara secde ve ibadet etmeyesin zira ben senin Allahın Yahve bana bugz edenlerden pederlerin günahını oğullarda üçüncü ve dördüncü nesle kadar arayan gayyur allahım ve beni sevüp emirlerimi hıfz edenlere bin nesle kadar inayet ederim

7 — Allahın olan Yahve'nin ismini beyhude yere zikir etmeyesin zira Yahve kendi ismini beyhude yere zikir edeni tebriye etmez. ○

8 — Rahat gününü takdis için anı hatırında tutasın.

9 — Altı gün çalışıp her işini işleyesin.

10 — Fakat yedinci gün senin allahın olan Yahve'nin rahat günüdür ne sen, ne oğlun ne kızın ne kulun ne cariye ne hayvanın nede kapularının dahilihde olan misafirin hiç bir iş işlemeyesiniz.

11 — Zira Yahve altı günde semayı ve zemini ve denizi ve anlarda bulunanın kâffesini halk edip yedinci günde istirahat eyledi bu cihetle Yahve gününü mübarek kılip takdis eyledi.

12 — Pederine ve validene hürmet edesin taki senin allahın olan Yahve'nin sana verdiği diyar üzerinde ömrün uzun ola.

13 — Katil etmiyesin

14 — Zina etmiyesin

15 — Sirkat etmiyesin

Aynı müellif Tivrattaki en eski kanun mecmuasını teşkil eden (Ahid = Bundesbuch) in hakikaten Musanın eseri olması ihtimalini, yeni keşfedilen vesikaların kuvvetlendirdiğini söylüyor. Mısır ve Babil yazılarıyla bunlar arasında bazı müşabehetler buluyor :

1 — Harici şekil : İsrail kanunlarının büyük bir kısmındaki hükümlerin bir de dış çerçevesi vardır. Yani bir mukaddime ve bir hâtime bulunur. Aynı hususiyet Hamurabi kanunlarında da vardır. Tıpkı Yahve'nin başta kendisinden bahsetmesi gibi Hamurabi de kanunun başında kendisini ve bu kanunları ısdar sebebini anlatır. Sonra bütün diğer eski şark kanunları gibi bunlar da bir (eger=ki) kelimesile başlarlar ve bu bakımdan müellif hurucun 21 inci babinin 1, 11,14,18... 22 inci cümlelerini keza 22 inci babinin 16 ve 23 üncü babinin 4 ncü ve beşinci cümlelerinin bizzat Musaya ait olduğunu ileri sürer. Mamafı bu fikrinin bazan reddedildiğini de kayıt eder.

2 — Eski Asur ve Sümer kanunlarından anlaşılacağı üzere Hamurabi kanunları bizzat Hamurabi tarafından ısdar edilmiş ve kaleme alınmış değildir. Aynı hususiyet Musa kanunları hakkında düşünülebilir. Yani müellifin fikrince Musa da malzemesinin büyük bir kısmını başka kaynaklardan almıştır. Çünkü milâdden evvel iki bin senesinde Hamurabi hakkında vesikalarla isbat edilebilen bir husus, milâdden evvel binikiyüz senesinde evleviyette Musa hakkında da kabul olunabilir.

3 — Nihayet en mühim mesele bu Tivrattaki hükümlerin Sümer, Eti, eski Asur ve Hamurabi kanunlarının muhtevalarile olan müşabehetindedir. Bu müşabeheti tebarüz ettirmek için müellif şerhin 93 üncü sahifesine bir mukayese cedveli ilâve etmiştir.

Fakat bütün bunlar yine daima neticeden sebebe varmağa çalışmaktan benzerliklerden başka bir malzeme olmadığından bunlara müstenid istidlâl ve muhakemelerde bulunmaktan öteye geçememektedir. Nitekim aynı mukayese metodile hareket eden Puukko da eski şark hukuk sistemlerinin benzerlik noktalarını tesbit ile bir neticeye varmak istemiştir. (19). Bu müellifin tesbit ettiği benzerlikler şunlardır :

16 — Komşunun aleyhinde yalan şahadet etmiyesin

17 — Komşunun hanesine tama etmiyesin, komşunun zevçesine ya kuluna ya cariyesine ya öküzüne ya merkebine ve komşunun hiç bir şeyine tama etmiyesin. (1885 de Amerikan Bibl şirketinin yaptırdığı türkçe tercemedan alınmıştır)

(19) — A. F. PUUKKO - Die Altassyrischen und Heitischen Gesetze und das Alte Testament: Studia Orientalia: 1: Helsingfors. 1925. Sh: 125 - 166

1 — İhtiyar heyeti İsraililerde şehir kapısında, Asurilerde saray kapısında oturur.

2 — Hâkimin otoritesini muhafaza için hem Eti hem İsrail hukukunda hükümler vardır. Mahkemenin tahkiri her iki mevzuata göre de idam cezasını müstelzimidir. Hattâ Kral mahkemesinin tahkiri suçlunun bütün ailesinin katlini icap ettirir. (20)

3 — Şüpheli hallerde Ordal, e müracaat keyfiyeti hem Tevratta, hem Eti ve Asur kanunlarında kabul edilmiştir ve daima zina hakkındadır (21)

4 — Ferdi kısas prensibi, herkesin kendi fiilinden mesuliyeti esası hem İsrail hem Asur hukukunda mevcuttur. (22) Bu prensip Eti kanunlarında yoksa da miladden evvel 1500 senelerinden kalma bir mahkûk yazıda bir Kral oğlunun suç işlemesi halinde başının kesileceği fakat karısına veya çocuklarına ve evine her hangi bir fenalığın yapılmayacağı bildirilmektedir (23)

5 — Hataen öldürme ile kasdî öldürme arasında gerek Sümer, gerek Eti ve gerek İsrail hukukunda tefrikler yapılmıştır.

6 — Döğüşen erkeklerin bu esnada hâmile bir kadının çocuk düşürmesine sebebiyet vermeleri halinde muayyen bir para cezasına çarptırılmaları bütün şark hukuklarında kabul edilmiş bir esastır (24)

7 — Keza tarlalar arasındaki hudut taşlarının yerlerini değiştirmek bütün eski şark kanunlarında cezayı icap ettirir (25) ve bütün bu eski kanunlarda hudutların kudsî bir mahiyeti vardır ve onlara karşı işlenen suç yalnız insanların mülkiyet hakkına tecavüz değil aynı zamanda Allaha karşı da işlenmiş bir günah telâkki olunur. Verilecek ceza da tazminattan başka en ağır dayak cezası olan yüz derneği vurulmasıdır.

8 — Sihirbazlık, Asur, Babil ve Eti ve İsrail kanunlarında menedilmiştir. Bunların kaleme alınış şekilleri farklıdır (26)

(20) — Eti kanunu II s 58, Tevrat: tesniye babı : 17 cümle 12 «amma her kim ki magrurane hareket edüp Allahın Rabbe orada hizmet etmek için duran kâhinini veya hakimini dinlemezse o kimse ölecektir»

(21) — Eti kanunu § : 132, Asur kanunu § : 17, 22,24, Tevrat, âdat babı: 5 cümle II ve devamı.

(22) — Asur kanunu § 2. Tesniye : 24,16

(23) — Revue Historique de Droit Français et étranger III. 3-1924 Juillet-Septembre.

(24) — Huruç. 21 : 22-24 Asur K: § 49 Eti K. I § 17 Hamurabi § 209, 210

(25) — Tesniye : 19. 14. 27. 17: Eti K: II: § 53, 54 Asur K: IV 11-19

(26) — Huruç. 22 : 17. Tesniye : 18: 10 Asur K: § 47

9 — Nişanlı bir kıza tecavüz suçunda bütün eski kanunlarda erkek suçlu kız suçsuz telakki edilir. (27) fakat bu, suçun, sahrada işlenmesi ve imdada çağırmanın beyhude olması halindedir. Şehirde işlenir de kız imdat istemezse ikisi de recm edilir. (28)

Bu bakımdan Tevrat hükümleriyle Asur ve Eti kanunlarında bazı farklar görülürse de hakikatte aykırılık yoktur. Meselâ Tevratta yalnız nişanlı bâkireden bahsedildiği halde Asur ve Eti kanunlarında karı hakkında hükümler vardır. Fakat esas itibariyle her üç hukuk sisteminde de evlenme bir beyi mukavelesine benzediğinden nişan akdinde verilen semen dolayısıyla kız artık hukuken evli kadın durumuna girmiş addolunur.

10 — Levirat evlenmesi Yalnız Tevratta değil, Asur kanunlarında da vardır. Hattâ burada yalnız ölen erkek kardeşin karısı değil, ölen evli kadının kız kardeşi de alınır. Keza bu da nişan mukavelesinde verilmiş olan semenin karşılığı olarak izah edilebilir. Yani semen karşılığı olarak verilen ilk kız ölürse, ailesi diğer bir kıızı onun yerine damada verecektir.

Bütün bu tahmini münasebetlerden ilmi tarihçilik bakımından müsbet bir neticeye varmak güçtür. Muhtelif şark hukuk sistemlerindeki benzerlik coğrafi ve ırkî müşabehetin tesirile de izah edilebilir. Fakat hiç bir zaman müşahhas hukuk kaidelerinin sarih ve katî bir şekilde muâyyen menşelerini tesbit için bu izahlardan istifade edilemez. İsrail hukukunun yegâne vesikası olan Tevratla hemzaman diğer vesikalar bulununcaya kadar yine filolojik metodlarla bu tek vesika üzerinde işlemekten başka çare kalmamış gibidir. Filhakika bu metod umumî mukayese metoduna nazaran daha kandırıcı ve makul gibi görünmektedir.

B — Filolojik inceleme ve nevi veya şekil bakımından tarihi araştırma metodları ile varılan neticeler :

Filologların hareket noktası şu olmuştur. Dıştan bakıldığı zaman edebî bir vahdet arz eden Tevrattaki hikâyeler muhtelif zamanlara aittir. Bu hikâyeler gibi zikri geçen hukuk kaideleri de başka başka zamanların mahsulü olmalıdır. Daha doğrusu tevratta toplanan kaideler bir defada ve yeni olarak ısdar edilmiş bir nizamlar mecmuası değildir. İsrail hukukunun menşeleri adlı yazısında bu işle inceden inceye meşgul olmuş olan Albrecht Alt aynen şöyle demektedir «Filolojik çalışmaların neticesinde gerek şekil ve gerek muhteva itibarile eserde az çok ehemmiyetli irtibatsızlıklar tesbit edilmiş-

(27) — Tesniye : 22,25 Asur K § 12, Eti K II § 83

(28) — Tesniye : 22: 24 Hamurabi § 129

tir. Bundan çıkan netice, Tevratı meydana getiren müellifin eski örnekleri kullanırken kısmen bunların hususiyetlerini bozmuş isede tamamen bu örnekleri bertaraf edememiş olduğudur. Tevratın en eski kısmında yani Bundesbuch'de bu durum aşikârdır. Zira birbirinden farklı menşelerden gelen parçalar aralarında hiç bir irtibat olmadan eklenmiş bir şekilde yan yana durmaktadırlar. Tesniye ise Musanın söylediği bir veda nutku şeklinde kaleme alınmıştır ki böyle bir şekil hukuk kaidelerinin yazılmasında mutad değildir. Hattâ hukuk kaidelerinin arasında vaızlarda söylenmesi mutad olan ihtarlar ve tenbihler de vardır. Netice olarak şunu tebarüz ettirebilirizki Tevrat'taki hukuk kaidelerine mütâallik kısımlar tarz ve derece itibarile birbirlerinden farklı iselerde haddi zatinde bir adaptation eserinden başka bir şey değildirler. Binaenaleyh İsrail hukukunun menşeleri bu hukuk kaidelerinin ötesindeki bir sahada aranmalıdır. Tevrattaki hukuk kaidelerinin orijinal mahiyette olmaması hayretî mucip bir olay değildir.

Çünkü galip ihtimale göre milâdden evvel yedinci yüz yılda kaleme alınmış olan tesniye bir restorasyon devrinin eseridir ve bütün bu gibi devirlerde olduğu gibi o zamanda da eskiden kalma halk ve hukuk nizamını modern zamana uygun bir şekilde ihya etme teşebbüsü gayet tabii görülmelidir. Bunu takip eden yüz yıllarda, hususile Babil ve daha sonra Fars hakimiyeti zamanında restorasyon ruhu bilhassa kuvvetli idi. Bu ruh esas itibarile Babillilerin tazyiki altında yalnız nazari sahada ifadesini bulmuş olmakla beraber Farsların siyaseti bu ruha bir tatbikat sahasını da bahşetmişti. Çünkü Asur ve Babil tarafından takip edilen siyasete tam aykırı olarak Farslar kendilerine tabi olan milletlere siyasi saha haricinde hususile ibadet ve hukuk sahasında geniş bir muhtariyet hattâ Devlet yardımı bahş etmişlerdi. Birinci Darius eski Mısır hukukunu M. E. 519 - 503 senelerinde yerli mütahasıslara tedvin ettirdiği gibi bundan birkaç sene sonra birinci Artakserses kendi hizmetinde bulunan yahudi kâtibî Esra'ye gök tanrının yani Yahve'nin kanununu Kudüste ve Juda eyaletinde ilân ettirerek yahudi cemiyetine sağlam bir hukuk temeli kurmak selâhiyetini vermiştir. İşte bu eser muhteva itibarile eskiden kalma İsrail hukukudur. Yapılan yeniliklere gelince, bunlar esas itibarile şekil bakımından ehemmiyetlidir. Esas bakımından ancak eserin eski ruhunu bozmayacak mahiyette olan değişiklikler yapılmıştır. Demek ki Tevrattaki hukuk kısımları restorasyon cereyanlarının hususi ihtiyaçlarından doğma neticelerdir. Binaenaleyh tarih ilmi, Filolojinin bulunduğu neticeleri teyid etmektedir.» (29)

Aynı müellif filolojik metodun da gayri kâfi olduğunu çünkü ele geçecek vesikalar ne kadar eski olurlarsa olsunlar hukukun doğumuna nisbetle

(29) — Albrecht ALT : adı geçen eser.

«daima yeni kalacaklarını söylüyor. Çünkü hukukun doğumunun edebi faaliyeti değil, hayatın bir eseri olduğunu ve edebi faaliyete tekaddüm ettiğini hatırlatıyor. Şu halde en eski kökleri bulmak için ne yapmalıdır? Edebi şekillerden evvelki durumları nasıl keşif etmelidir? İşte burada «nevi veya şekil bakımından tarihi araştırma metodu» imdada koşmaktadır. Bu metodun esası şudur : Kendi hayatını yaşayan her münferid edebiyat nevi içinde daima muayyen bir muhteva, muayyen bir ifade şekli ile sıkı bir surette bağlanmış bulunur. Bu karakteristik bağlanmalar müellifler tarafından sonradan ve keyfi olarak işlenmiş olan mevzulara giydirilmiş olmayıp belki ta eskidenberi yani bütün yazılı edebiyattan evvelki sözlü «tradition» da bünye itibarıyla mevcuttur. Zira bu karakteristik bağlanmalar hayatın mutad olarak tekrarlanan hadise ve ihtiyaçlarına uygundur ve işte bu münterif nevi bu ihtiyaç ve olaylardan doğmuştur. Müellif kendisinin bu metodu İsrail hukukuna tatbik eden ilk tarihçi olduğunu söyler ve Tevratin en eski kısmı olan Bundesbuch'u ele alır. (30)

Filhakika Tivrattaki hukuk kaideleri birbirinden ayrı iki nevi cümlecikler halindedir.

Bir kısmı münferid hadiselerle bir hal sureti bulma şeklinde mücerred cümleler halindedir. «Eğer filan hadise vukua gelirse filan müeyyide tatbik edilir» gibi. Bunlara «Casuistique» nevi denir. Buna mukabil yine aynı ahidde öyle cümleler vardır ki burada mücerred hal suretleri değil kesin emirler tecelli eder: «Sen şöyle yapmalısın, şunu işle, şunu işleme», «Ben böyle istiyorum, sen bunu yapmalısın» gibi. Bu iki ayrı nevi iki ayrı kökten gelmez. Nitekim aşağıdaki tafsilat da bu iki farklı edebî nevin birbirinden pek farklı muhtevalara tekabül ettiğini gösterecektir.

#### 1 — «Casuistique» hükümler :

Ahdin aşağı yukarı yarısı bu şekildeki hükümlerle doludur. Tasnifleri iyidir ve bir vahdet arz etmektedirler. Bu kısmın evvelce müstakil olan başka bir eserin ancak bir kısmını teşkil ettiği bugün umumiyetle kabul edilmiştir. Bu hükümlerin mümeyyiz vasfı «eğer» «ki» edatıyla başlamalarıdır. Maddede bahis konusu olan hadisede rol alacak şahıslar daima üçüncü şahıs şeklinde ortaya çıkarlar. Yani vakanın faili, davacısı, dava olunanı, yargıçlar ve nihayet ülûhiyet hasılı hepsinden üçüncü şahıs olarak bahsedilir. Kanun koyucunun sübjektif «ben» i veya münferid hukuk süjelerine karşı kullandığı «Sen» zamirleri ne zaman ortaya çıksa ilk neviden olan bir cümlenin bir bozuluşu karşısında kalırız. Yani ahiddeki hukuk kaidelerine

(30) — Albrecht ALT - adı geçen eser.

örnek olarak alınmış olan eski «Casuistique» bir nümune, ahdi tanzim edenler tarafından böylece bozularak alınmış demektir. Yoksa «casuistique» nevide hukuk kaidesi daima şartlı bir hüküm şeklindedir. Ön ve son cümlecikler birbirine bağlıdır. Hattâ bazan ayrı ayrı ehemmiyetteki halleri zikreden ön cümledeki cümlecikler bir birinden iki atıf edatı ile ayırd edilir. Müellif misâl olarak Hurucun 21 inci babindeki 18 ve 19 üncü cümleleri göstermektedir : (31). Burada aslı ve tâbi cümlelerden mürekkep muntazam bir cümle yapısı vardır. Halbuki İsrail dilinde cümleler bir meratip gözetmeden gelişi güzel yan yana dizilebilir. Bu meratip silsilesi İsrail için güç anlaşılır bir şeydir. Aldığımız cümlede dokuz tâli cümlecik o şekilde bir araya konmuştur ki hepsi kendine düşen vazifeyi yerine getirmiştir. Ön cümleciklerde hadise sarıh bir şekilde anlatılmış, benzer hadiselerden ayırt edilmiş nihayet son cümleciklerde hukuki netice bildirilmiştir.

İsrail dilinin alışkın olmadığı böyle cümlelerin menşei her halde dışarıdadır, ve bu dışarı da ancak normal kazanın faaliyet sahası olabilir. Ön cümlelerdeki unsurlar soruşturma için direktifler mahiyetindedir. Son cümleler ise verilecek hüküm hususundaki direktifleri teşkil eder. Bu gibi cümleler tatbikat için hazırlanmış hükümleri ifade eder. Yani meslekten yetişmiş olmayan hakimlere (İhtiyar heyeti gibi) muhakeme esnasında direktifler vermektedir. Bu neviden olan hükümlere hemen bütün yakın şark milletlerinin hukuklarında rastlanır. Nitekim aynı müellif «casuistique» şekilde kaleme alınmış olan hükümler, tipik İsrail düşüncü ve irade tarzına karşı tamamen yabancıdır. Bu gibi hükümlerde İsrail halk ruhu hiç ifadesini bulmamıştır. Bütün bu hükümlerde, tıpkı diğer eski şark hukuk kitaplarında olduğu gibi yalnız insan ile insan arasındaki münasebet hukukan tanzim edilmiştir, yani millî bağlılık veya diğer kavimlerden ayrılık gibi hususlar nazara alınmamıştır. İsrail cemiyet hayatının mümeyyiz vasfı bütün halk nizamının Yahve'ye bağlı oluşu olduğu halde bu «Casuistique» hükümlerde böyle bir bağlılığın hiç bir alâmetine rastlanmaz.

Keza bu hukuk kaidelerinde Allaha atıf yapıldığı takdirde Yahve kelimesi geçmez. Allah veya ülühiyet tabirleri geçer. Bu itibarla İsrailin «Casuistique» hukukunda tesadüf olunabilen dini unsurun pek zayıf olduğundan bu nevi hukukun menşelerinin İsrail dışı olduğu neticesine varılmaktadır. Bu hukuk layıktır ve bunun doğduğu cemiyette din ile hukuk arasındaki mesafe İsraildekenden çok daha büyüktür.» diyor.

(31) — Eğer adamlar niza ederken biri arkadaşına taş yahut yumruk vurduktan ölmüyerek yatağa düşerse kalkıp değnekle dışarda gezdiği takdirde onu vuran tebriye olunur ise de tatili müddetinin bedeli ile mualecesinin ücretini verecektir.

Şu halde bu cemiyet hangi cemiyettir? Albrecht ALT, a göre bunu mümkün olduğu kadar yakında aramalıdır. Tâ Mezopotamya milletlerine veya küçük Asya milletlerine kadar gitmeye lüzum yoktur. Hattâ, keşfedilen eski kanunnameler muhteva itibarile İsrail hukukuna benzese bile bunları İsrailin «Casuistique» hukukunun örneği diye kabul etmek için hiç bir ilmi sebep görülmemektedir. Kendi fikrinde en yakın ihtimal şudur :

İsrail millet haline geldiği vakit hukuk işleri için en tabii hoca, kendilerinden evvel Filistininde yerleşmiş olan kimselerdir ki bunlara aralarındaki farklı unsurları ayırt etmeden «Kenaniler» denebilir. Göçebe bir hayat süren İsrail oğulları Kenan iline yerleştikten sonra yerli bir hayatın icaplarını o hayata hakim olan fikir nizamlarile beraber benimsemek zorunda kalmışlardır. Şu halde hiç olmazsa «Casuistique» hukuk hakkında Kenan hukuk nizamlarının iktibas edilmiş olduğu kabul edilebilir.

Böylece : bütün eski şark milletlerine has üslûp ve şeklin Filistin'in İsrail oğullarından evvelki sakinleri tarafından da kullanılmış olması ihtimali «Casuistique» hukukun göçebe bir hayattan daha ileri yerleşmiş bir hayatın kültür seviyesindeki münasebetlere taalluk etmesi ve bu nevi hukuk kaidelerinin milli ve dini unsurlardan âri bulunması gibi hususlar müellifi bu neticeye sevk etmiştir. Fakat Kenan hukukunun ne suretle iktibas edildiğini gösteren diğer harici vesikalar bulunmadığından ihtimaller sahasından yine çıkmış olmaz.

## 2 — Kesin emirler şeklindeki hukuk kaideleri :

Tevratta rastlanan emir şeklindeki hukuk kaideleri ve «Casuistique» kaidelerin sonradan bozulma sebepleri bize henüz Filistine yerleşmeden evvel göçebe bir halde dolaşan İsrail oğullarının kendi öz malları olan hukukun vasıflarını buldurabilir.

Böyle bir bozulmaya misal olarak Hurucun 21 inci babının 22 - 25 inci cümleleri gösterilebilir (32). Görülüyorki evvelâ hadisenin şartları sayılmış ve zarar vaki olmadığı hal için hukuki müeyyide konmuş zararın vukuu halinde ise birdenbire üslup değişmiş ve sanki birine hitap edencesine cümle «kısas edeceksin!» şeklinde bitmiştir. Keza bu kısas bendi basma kalıp bir formülü hatırlatmaktadır ki bu kalıbın «eğer» şeklindeki bir şart edatına zaten ihtiyacı yoktur. Bu formülün menşei pek eskidir. «Yalnız şekil itibarile değil, muhteva itibarile de hükmün ön cümlecisi ile son cümlecisi arasında

(32) — «Adamlar kavga ettikleri esnada bir hamile kadına vururlarda sıkıt vaki olursa kadına bir zarar olmadığı surette ol kadının zevcinin takdir ettiği zamanı hakimlerin reyî ile eda edecektir. Ve eğer zarar hasıl olursa cana can, göze göz, dişe diş ele el, ayağa ayak, yanağa yanık, yaraya yara, bereye bere kısas edeceksin.»



bir uçurum vardır. Kıyas formülünü buraya koyan kimse muhteva bakımından kasden bu ahenksizliği yaratmakla en mühim rolü oynamıştır. Eski «Casuistique» hüküm, ön cümlecikte baki kaldığı halde hukuki neticeyi ihtiva eden eski son cümlecik bertaraf edilmiş ve bu eski cümlecige hakim olan hukuk görüşü yerine ciddi ve amansız bir kıyas prensibi kaim olmuştur. Demek oluyor ki, ta köküne kadar birbirinden farklı olan hukuk görüşleri burada birbirile çarpışmıştır ve şayet «Casuistique» hukuk, menşe'i itibarile Kenan hukuku ise bu hukuku zorla kıyas kalıbı ile bozan hukuku da, hilafi isbat edilmeye kadar tipik israil hukuku olarak kabul edebiliriz». Eski hukuk daha insafli idi ve belki de filin sübjektif unsurlarını da nazara alıyordu. Halbuki bu gibi unsurlara kıymet vermek İsrail hukukuna yabancıdır. Daha sert ve kat'i olan israil hukuku yalnız filin dış şekline bakar ve hemen kıyas tatbik etmeyi kendi ruhuna daha uygun bulmuş olabilir.

Öz İsrail hukukuna aidiyeti tahmin edilen bu hukuk kaidelerine misal olarak gösterilen diğer kaideler umumiyetle üç grup altında toplanabilir:

a — Adam öldürme suçu : Hurucun 21 inci babinin 13 ve 14 üncü cümlelerinde bu bozulma vaziyeti büsbütün mütebariz bir haldedir. Uslup bir anda okuyucu şaşkırtacak kadar değişir: «herkim ki bir adamı darp edip öldürürse mutlaka katlolunacaktır ve lakin amden olmayıp eline Allah rast getirdi ise ilticası için sana bir mekân tayin edeceğim. Lâkin bir kimsenin komşusuna garazı olup onu hile ile öldürürse katlolunması için onu mezba-hasından bile alacaksın»

Görülüyorki şartlı ön cümleciklerden sonra bir «sen» «ben» zamiri işe karışmaktadır, ve suçun sübjektif unsurları baştan kale alındığı halde sonu (asıl metinde) aynı neticeye varmaktadır. Keza hükümdede dini bir renk vardır ve Yahve kendi himayesine iltica etmesini emir etmektedir. Bu melce hakkı, mukaddes yerin masunyeti gibi ilahî bir fikri ifade etmektedir. «Yani ülûhiyetin himayesi içine alınmış olan kimse, işlediği fiilin hukukî tavsifi nazara alınmaksızın esas itibarile halkın kaza hakkından ebediyen sıyrılmış oluyor» bu bozulmalarda saf bir hukuk kaidesinin içine ilahî bir vaid, bir tavsiye de karışıyor. (33) cümlelerin ilk kısmı yani «her kim ki bir adamı darp edip öldürürse katlolunacaktır» parçası A. Alt'ın kanaatinca İbranî metinden çevrilirken değiştirilmiş ve «Casuistique» bir hale sokulmuştur. Halbuki asıl İbranî

(33) Tesniyeden verilen misalde durum daha açıktır: Tesniye 19: 11 «bir kimsenin kendi komşusuna adaveti olup onun için pusuda oturur ve üzerine kalkarak onu vurur o dahi vefat ederse o adam bu şehirlerin birine firar ettiğinde olvakit kendi şehirlerinin ihtiyarları gönderip onu oradan celp ile velii demin eline teslim etsinler ve ölsün. Gözün ona merhamet etmesin, israilden suçsuz kan dökmek cürümünü def edesin ki sana hayır gele»

metinde cümlenin bambaşka bir bünyesi vardır. Burada, hem hadise, hem hukukî netice pek dar bir cümleye sıkıştırılmıştır. Orijinalde bulunan beş kısa kelime çok ağır ve yüksek sesle okunmalıdır ki bunu dinleyen kimse her kelimenin manasını lââyıkile anlayabilsin. Halbuki üslubun bu kuvvetli îcazi «Casuistique» tarzı tamamen yabancıdır. İşte bu yeni üslup için müellif yeni bir tabir kullanarak «apodictique» üslup diyor. Bu «her kimki bir adamı öldürürse katlolunacaktır» cümlesinde kat'ilik ve sübjektif unsurları kale almamalık yalnız şekil bakımından değil muhteva bakımından da vardır. Bu kesinliğin menşei her dökülen kan için amansız bir kefarat talep eden Yahve'dir. Yahve'nin hükümleri serttir ve daima failin hayatını talep eder.

Onun hükümleri yerine getirilmediği takdirde bütün memleketin kudsiyeti izale edilir ve milletin varlığı tehlikeye maruz kalır. Bu da israil zihniyetinin bir hususiyetidir.

Kesin hükümlerin mevzuları umumiyetle ya milletin Tanrı ile olan münasebetlerinden mütevellit dini meselelere mütaalliktir yahutta insanların birbirleriyle olan münasebetlerindeki mukaddes ve mahrem sahaya hususile aile münasebetlerine mütaalliktir. Bütün bu sahalarda Yahve'nin kayıtsız şartsız iradesine dayanıldığından bunun her ihlâli halinde ancak en ağır ceza verilebilir: failin şahsının imhası. (34) Meselâ : pederini veya validesini döğen

(34) — Will Durant'ın Yahve hakkındaki portresi kayde değer: «Yahve, zaman zaman oburdur, doymak bilmez, kana susamıştır. Kabına sığmaz, renksizdir. Eyilere karşı eyi, merhametlilere karşı mermahetli olacağı der. Vicdanı bir politikacı kadar lastiklidir. Gevezelikten hoşlanır uzun nutuklardan keyflenir. Fakat çekingendir. İnsanlara yalnız arkasını gösterir: Bu kadar beşer tabiatlı Allah hiç bir zaman, hiç bir yerde görülmemiştir.»

Keza Denis Saurat dinler tarihinde Yahve'den şöyle bahseder: «İbraniler Filistine yerleştikten sonra Yahve kavminin kendisinden pek çok korktuğu bir Allah olmuştu. O kahhar bir Allahlı ve onu gazebe getiren şeylerin ne olduğu da pek iyi bilinmiyordu. İnsan Allahın zihninden geçen şeyleri bildiğini iddia edemezdi. Allaha karşı yapılan tecavüzler daima cezasını bulurdu ve katiyen unutulmazdı. Aynı vechile Allah, kendi kavmine yabancı kavimler tarafından yapılan tecavüzleri de cezasız bırakmazdı. Hattâ kendi kavmi haksız bile olsa bu yine böyle idi. Yabancıya karşı ahlâk yoktu. Yahve Mısır'dan çıkarken ibranilere hırsızlık ve yağma dahi tavsiye edebiliyordu. Huruucun üçüncü babının 21 ve 22 nci cümlelerinde : Mısır'dan çıkarken katiyen eliniz boş çıkmayacaksınız her kadın kendi komşusundan ve kendi evinde misafir bulunan kimselerden gümüş ve altın tezyinat ve elbiseleri alacak, onları kız ve oğullarınıza geydirerek Mısırı soyacaktır.» Yahve kendi kavmini hiç bir zaman düşmana teslim etmez. Hattâ düşman haklı bile olsa. Fakat eğer israil Yahve'ye karşı gelirse o zaman Yahve kavmini düşmana teslim eder. Ahd böyledir. Keza Yahve çocukları babalarının suçundan dolayı cezalandırır. Milleti kralın suçundan dolayı tecziye eder: Kadsızca işlenmiş olan suçları dahi cezalandırır ve Yahve oldukça haindir. İnsanları hem günaha sevk eder hem cezalandırır.» Histoire des Religions Paris 1933 Sh 184 - 191

mutlaka katlolunacaktır (35) yahut «pederine veya validesine şetm eden mutlaka katlolunacaktır» (36) keza : «sihirbaz karrıyı sağ bırakmıyasın (37) ve «hayvana takarrüp eden kimse mutlaka katlolunacaktır» (38) hükümleri bunun açık bir delildir.

b — Diğer taraftan öz israil hukukuna has başka bir hususiyet de maddi ve dünyevi müeyyidelerin yanı başında ilahi ve dini müeyyidelerin bulunudur. Bilhassa gizlice işlenebilen ve beşeri kazanın uzanamayacağı sahalar taalluk eden suçlar bir (telin = lânetleme) cezasile karşılanır. Bu failin İsrail ile Yahve'yi birbirine bağlayan hayat dairesinden aforoz edilmesi demektir. Telinlerin neticesini Yahve tahakkuk ettirir. Müminler toplanıp muayyen bir suçun failini telin eden sözleri dinledikten sonra bir (âmin) ile buna iştirak eder ve kendisinin suçluyu tasvip etmediğini ondan ayrıldığını gösterir. Bu dinî hukuk metinleri tamamen İsrailin malıdır: Misal olarak tesniyedeki 27 inci babin 12 - 26 ncı cümlelerindeki 12 düsturu gösterebiliriz:

1 — *Oyulmuş yahut dökülmüş put yapıp gizlide nasbeden kimse melûn olsun ve bütün kavim cevaben amin desin*

2 — *Peder ve validesine şetm eden kimse melun olsun ve bütün kavim amin desin.*

3 — *Komşusunun hudut taşını yerinden kaldıran melûn olsun ve bütün kavim amin desin.*

4 — *Amayi yoldan saptıran melûn olsun ve bütün kavim amin desin ve yine aynı şekilde :*

5 — *Garip yetim veya dul karı hakkındaki hükmü tahrif eden,*

6 — *Pederinin zevcesile yatan,*

7 — *Hayvanlardan birine takarrüp eden,*

8 — *Hemşiresile yatan,*

9 — *Kain validesiyle yatan,*

10 — *Komşusunu gizlice öldüren,*

11 — *Suçsuz adamı katl için rüşvet alan,*

12 — *Bu şeriatin sözlerini icrada kavi olmayan melûn olsun ve bütün kavim amin desin.*

(35) — Huruc: 21; 15

(36) — Huruc: 21; 17

(37) — Huruc: 22; 18

(38) — Huruc: 22; 19

c — Levililer'in 18 inci babının 7-17 cümleleri arasındaki 11 düsturun hepsi ibrance (İâ) edatı ile başlayan birer kesin buyruk şeklindeki nehy'edici hükümlerdir. Bütün bu emirler yakın akraba arasında vaki olan veya gayri tabii tarzlarda olan cinsi münasebet suçlarının menine mütedairdir ve hükümlerin sonunda İsrailden evvel yaşamış ve bu gibi suçları işledikleri için Yahve tarafından helâk edilmiş olan kavimlerin âkibetleri bir ibret dersi olarak gösterilmektedir. Evamiri aşere de esas itibarile bu tip emirlerdendir. Bilhassa son dört halka tamamen bu şekildedir. (40) Bütün bu hükümlerde ahlakî cevher hukuki esaslardan daha mutebarizdir.

Yine A. Alt bu kesin hükümlerin İsrail dışı bir menşe'i olmadığını çünkü İsrailin gelüp yerleştiği muhitteki kültür durumunun bu kesin hükümlere nazaran çok daha yüksek bir seviyede olduğunu kaydediyor. Diğer taraftan bu kesin buyrukların kökünü bir camiaya karşı verilmiş bir hitabede veya vaızda bulmak icap ediyor. Filhakika halkın bir araya toplanıp rahiplerin ağzından Yahve'nin hitaplarını dinlemeleri İsrailde mutaddı. Yani, bu kesin buyruklar bir dinî merasimin sıklet merkezi oluyorlardı. Nitekim Tesniyenin yukarda zikrettiğimiz lânetleme emirlerini İsrail rahiplerinin (Levililer) bir tepede toplanan halka okumaları, bu emirlerin başındaki cümlelerde emir edilmiştir. Bu sahnenin bir kereye mi mahsus olduğu, yoksa tekrarlanmasının mı mutad olduğu hususunda Tesniyenin 31 inci babının 9, 10,13 üncü cümlelerine (41) atf yapan müellif ikinci ihtimalde karar kılmıştır.

Burada zikri geçen haymeler bayramı İsraille mahsusudur. Bu, haddizatında bütün mülkün, toprağın, Yahve'ye ait olduğunu zaman zaman İsrail oğullarına hatırlatmak maksadını güder. Ahid hükümlerinin bu bayramlarda okunması da manidardır. Zirai senenin sonuna tesadüf eden bu bayramla artık yeni bir çalışma devresine geçilmek üzere eski devreden kalma bütün borçlar İbra, her türlü ihtilaflar tasfiye edilir. Bu yıl içinde artık İsrail soyları Yahve'nin toprağından intifa edemezler. (41 a) Böylece İsrail halkı her altı yılda bir eski durumlarına rücu ve Yahve'yle olan Ahidlerini ihya ederler.

(40) — Bak: Yukarıda not (20).

(41) — «Her yedinci senede İbra senesinde haymeler bayramında İsrailin kâffesi Allahın Rabbin huzurunda görünmek üzere intihap ettiği mahalie geldikleri zaman İsrailin kâffesi hazır olup kulakları işidir İken bu şeriatı okuyacaksın. Kavmi yani erkek ile nisa ve çocukları ve şehirlerinde olan garibi cem eylesin, taki işidip öğrenerek Allahın Rabden hayf ve bu şeriatin hep sözlerini hıfz ve icra edeler.

(41 a) — Teşrat: Lavililer: 25; 1. Huruç : 23; 10 ve devamı.

Görüşlerini kısaca naklettiğimiz A. ALT, bütün bu tahlillerinin sonunda aşağıdaki neticeye varmaktadır:

«Kesin (Apodictique) hukuk hükümlerinin temeli İsrailin iptidaî devirlerindeki müesseselerde bulunur. Bu itibarla bu milletin iptidaî hususiyeti bilhassa bu çeşit hukuk hükümlerinden istihraç olunur. Fikrimizce bu hükümler, Devletten - önceki devrin mahsülüdür. Yahve dininin menşei çöl olduğu için, Yahve akidesine sıkı surette bağlı olan bu kesin hukuk hükümlerinin menşei ni de çölde aramamız lâzımgelir. Bu suretle bu hukuk hükümlerinin merhametsiz karakteri kolayca anlaşılabilir ve ancak bu suretle bu çöl hukuku ile eski Kenan hukuku arasındaki fark izah edilebilir. Şu halde İsrailde yürürlükte bulunmuş olan bütün hukukun Musa zamanından Yahve ile İsrail oğulları arasında akdedilmiş bir Ah'den ileri geldiği hakkındaki akidevi görüş, hiç değilse kesin hukuk hükümleri hakkında doğru demektir.»

VII — ALT'ın metodunun muvaffakiyet derecesi ve vardığı neticelerin isabeti hakkında doğru bir hüküm verebilmek şüphesiz ki yetkili kimselere düşen bir iştir. Bizim bu hususda varabildiğimiz netice ise, hemen bütün rasyonalist müelliflerin Tivrattaki vahdetsizlik ve tecanüsdan mahrumiyet hususunda ittifak etmiş olmalarını müşahadededen ibarettir. Kenan hukukuna yapılan atıfla mesele yine tamamen aydınlanmış olmamaktadır. Kenan eli gibi çeşitli kavimlerin gelip geçişine şahid olmuş ve çeşitli hakimiyetlerin türlü türlü hukukî tesirlerine maruz kalmış olan bir mntıkadaki hukuka atıf yapmakla yine sarıh bir kanaata varılmış olamaz. Zaten müellif de bunu kabul etmektedir. Bu incelemeler bize hakikatte tevrattaki hukuk görüşlerinden hangilerini İsrail oğullarının hakkiyle benimseyebileceklerini işaretle kalır. Yoksa yine açık ve itiraz götürmez bir hakikati tesbit etmiş olmaz.

Şimdi ikinci safhaya geçmemiz gerekmektedir. Kenan hukuku demekle ne kastedilmiştir? Tedkikimizin başında esasen İsrail hukukunu böyle tartıcı bir gözle tahlile sevkeden hadisenin ne olduğunu söylemiştik: Hamurabi kanunlarının keşfi. Bu keşif, Hukuk Tarihçileri âleminde o kadar müthiş bir heyecan uyandırmıştı ki o zamana kadar orijinal bir eser sayılan Tivrattın ve İsrail hukukunun menşeinin artık keşfedilmiş olduğuna hükmedilmişti.

Şimdi tetkikimizin ikinci kısmında bu meseleyi de incelemek suretiyle bu iki eski ve komşu hukuk sistemlerinin münasebet ve birbirlerine tesir dereceleri hakkında bugüne kadar varılmış olan sonuçları gözden geçirmemiz gerekmektedir.

Kendisinden daha eski ve coğrafi mevki itibariyle kendisine pek yakın olan büyük bir medeniyet hukukundan İsrail hukukun «tabiatıyla» müteessir olacağı yolundaki istidlal ve ihtimale dayanan kanaatların isabetsizlik

derecesi meydana çıkınca tarihi araştırmalarda vesikalar tükenir tükenmez zekânın nasıl yanlış tahminler içinde bocaladığı bir kere daha sabit olmuştur.

## İkinci Bölüm

### Hamurabi kanunları ile Tevratteki hukukî hükümler arasındaki münasebetler meselesi

#### 1 — Hamurabi kanunnamesi :

Milâdden evvel (2123 - 2081) yılları arasında yaşamış olan kral Hamurabi, bilindiği üzere birinci Babil hanedanının altıncı hükümdarıdır. Kırküç sene hükümdarlık etmiştir. Bugüne kadar edinilen bilgilere göre Babil İmparatorluğunun hakikî korucusu olan bu enerjik hükümdar zamanında bir çok galibiyetler kazanmış, isyanları bastırmış, imparatorluğun vahdetini ve düzenini tesis etmiş ve meşhur kanunları ile büyük bir mıntakada nizam ve asayiş sağlamıştır. Bu kanunlar 25 X 2 çapında diorit'den bir âbide üzerine hakkedilmiştir. Sonradan bu âbide milâdden evvel 1100 senesine doğru harp ganimeti olarak Sus şehrine nakledilmiştir. İşte 1901 - 1902 kışında Morgan'ın başkanlığı altındaki heyet bu âbideyi parça parça bir halde Sus şehri harabeleri arasında bulmuştur. Âbide halen Louvre müzesindedir. Âbidenin bir yanında kral Hamurabinin resmi vardır. Burada güneş tanrısı olan Shamash kral Hamurabiye adı geçen kanunları bildirir. Böylece bu kanunlara ilâhî bir menşe gösterilmiş olur. Zaten ön sözde bu ilâhî menşe açıkca ifadesini bulmuştur. Burada Tanrının kral Hamurabiye bu kanunları kuvvetlilerin zaifleri ezmesine mani olmak, memleketini tenvir etmek ve halkın hayrını gütmek için verdiği söylenir. Mamafî bu başlıkta ifadesini bulan fikir kanunun muhtevasına hâkim değildir. Daha doğrusu Tevrat gibi tamamen ilahî bir kökten geldiği kabul edilen bir kanunlar mecmuasile bu âbidedeki hükümlerin layik ruhu arasında bir hayli fark vardır. Aynı hususiyete işaret eden Will Durant, ön sözdeki bu ileri ifadeyi bilhassa kendisini halkın hizmetinde telâkki eden bir hükümdarın pek modern görüşleri olarak kayd ettikten sonra şöyle der: «bilhassa tebarüz ettirdiğimiz kelimeler modern bir edâ taşımaktadır. Bu kelimelerin milâdden yirmibir yüz yıl evvel yaşamış bir şarklı müstebide izafesinde tereddüt edilir. Kendisinden altıbin yıl daha eski olan Sümer metinlerinden mürekkep bir kanunlar mecmuasına başlık olarak nasıl olupda bu gibi sözlerin kullanılmış olduğuna hayret edilir. Bu menşein eskilik derecesi ve kanunların da Babilde ısdar edilmiş olması vakıası bu kanunnameye parçalı ve mütecanis olmayan bir mahiyet bahş eder. Kanun-

name Tanrıları övmek ile başlar fakat bunu müteakip, bir hayli lâyük olan bu mevzuat artık ulûhiyete hiç bir atıfta bulunmaz. Kanunname bir kısım liberal hükümleri Barbarlara has kefaretlerle (cezalarla) hiç tefrik etmeden karıştırır, içinde bir taraftan iptidai kısas kanunu ile inceden inceye tanzim edilmiş Ordal hükümleri bulunur, bir taraftan da kocanın tahakkümünü tahdide matuf gayet ince ve makûl hükümlere rastlanır. 285 metinden ibaret olan bu kanunname hemên ilmî denecek bir tarzda muhtelif kısımlara ayrılmıştır (42). ahıs hukuku, eşya hukuku, ticaret, aile tazminat ve iş gibi... bunların heyeti umumyiesi kendisinden bin sene daha genç olan Asur medeniyetinden daha ileri ve daha medeni bir kanunname teşkil eder. Birçok bakımlardan her hangi bir modern Avrupa devletinin kanunlarından daha iyidir. Tarihte, Hamurabi kanunlarının hâtimesindeki şu sözler kadar güzel olan pek az söze rastlanır : «Hakîm kral Hamurabının ısdar ettiği ve sayelerinde memlekete sağlam bir temel ve hakşinas bir hükümet temin ettiği âdil kanunlar... ben koruyucu bir hükümdarım... ben Sümer ve Akad memleketleri halkını nefsimde topladım. Kendi hikmetimle onları (kanunlara itaata) icbar ettim, tâki kuvvetli artık zaifi ezemesin ve dul ile yetimin hakkı tanınsın, her zulüm gören insan benim resmimin önüne tıpkı bir hakkâniyet kralının huzuruna çıkar gibi çıksın, âbidemin üzerindeki yazıları okusun ve benim âbidem onun davasını aydınlatsın ve ona durumunu anlatsın, o da «Hamurabi, milletî için hakikî bir baba olan bir hükümdardır. Milletini ebediyen refaha kavuşturmuştur ve memleketine hakka hürmet eden bir hükümet vermiştir.» desin, tâki gelecek günlerde, istikbalde, memlekette hüküm sürececek olan kral âbidemin üzerine hakkettirdiğim bu hakkâniyet sözlerine göre hareket etsin»... her ne kadar kanunname tamamen lâyük bir görüşten ilham almış isede Hamurabi, kendi otoritesini Tanrıların tasvibine mazhar ettirmek kıyasetini de göstermiştir. Zamanında istihkâmlar kadar mabedler de yaptırmıştır...» (43) görülüyorki ilahî bir menşe gösterilmesi daha ziyade siyasi bir dirayet neticesidir ve bu durum hemen bütün eski şark medeniyetlerinde görülen bir haldir.

Kanunnamenin muhtevasına gelince; belirli bir taksimata rastlanmadığı hususunda hukukçular müttefiktir (44), Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi muhtelif medeniyet seviyelerine has hükümler bazan insanı şaşırtacak bir sıra ile birbirini takip eder. Mamafi bu hayret vesileleri kanunun menşei hakkında bize önemli ip uçları verir. Âile hukuku denebilecek nisbetten müte-

(42) — Muhalif görüş için bak aşağıda not: (44)

(43) — Will Durant - Histoire de la civilisation Paris 1937 Sh 273 - 278

(44) — O. H. Müller - Über die Gesetze Hammurabis. Wien 1904

canis bir maddeler gurubu vardırki burada evlenme, miras ve evlâd edinme müesseseleri tanzim edilmiştir. Daha sonra gaiplerin karılarını boşama, karı, cariye ve hasta kadının durumu, evlenme hediyeleri, evlenmeden evvelki borçlar, aile içindeki taarruz suçları, nişan bozulması ve nihayet miras hukuku gelir.

Kanununun 162 - 184 üncü paragraflarını teşkil eden miras hukukunda da şu hususlar tanzim edilmiştir: Karının ölümünden sonra miras, kocanın ölümünden sonra miras, karı ve cariyenin miras hakları, miras hukukunda cihaz. Azadlı ve toprağa bağlı olan bir kölenin çocukları için tesbit edilmiş olan miras hükümleri, dul karı ile çocuklar arasındaki münasebet, kızların miras hakları. Daha sonra evlâd edinme hakkındaki hükümler §§ (185 - 193). §§ (127 - 193) de bu nisbeten insicamlı mevzuatın baş tarafında vediaye mütedair (§§ 120 - 126) hükümler vardır. Keza yine bu insicamlı kısmın sonunu da kısas hakkındaki hükümler takip eder : (§§ 194 - 216). Kanununun başındaki ilk beş paragraf tabir caizse muhakeme usulüne mütealliktir. Sanık, tanık ve yargıç hakkında bazı hükümleri ihtiva eder. Müteakip paragraflarda sık sık işlenen suçlar zikir edilir. Alêlâde hırsızlık (§§ 9 - 13) adam kaldırma (§§ 14 - 20) kapalı yerde hırsızlık ve zabt (§§ 21 - 24) yangın esnasında hırsızlık (§§ 25). Bu hükümler de sistematik bir şekilde bir birine bağlı sayılır.

Daha sonra ziraî hükümler gelir : Feodal emlâkin kirası (§§ 26 - 41) tarla hasılat icarı (§§ 41 - 47), henüz toplanmamış olan mahsullerin rehnedilmesi (§§ 48 - 52) ve nihayet sel yüzünden doğan zararlar, mera suçlarına müteallik hükümler, orman suçları ve ev kirası gibi müesseseler de bir vahdet teşkil eder. Fakat bundan sonra gelen haciz, tazyik hapsi, rehin olarak verilen şahıslar ve vedia gibi müesseseler ne daha evvelki ne de daha sonraki mevzulara uymaktadır. Kanununun son kısmında da aynı ahenksizliğe işaret eden Heinrich MÜLLER hülâsaten aşağıdaki neticeye varmıştır: «Shamaş tanrısının bu kanunu büyük kral Hamurabiye böyle sistemsiz bir tarzda dikte ettirmiş olması ihtimali akla uygun gelmez. Bilakis bu kanunun büyük bir hukukcu tarafından kaleme alınmış veya daha ziyade tedvin edilmiş olduğuna hüküm edilebilir. Kanunda müşahade edilen zahirî sistemsizliğin hikmetini anlamak için kanun koyucuya hâkim olan fikir silsilesini incelememiz lâzımdır. Baştaki usule mütedair hükümlerden sarfınazar edilirse iki husus müşahade edilebilir: evvelâ ceza hukuku ile medeni hukuk arasında bir karışma vardır. Sonra iptidai hukuk kaidelerile (compliqué=karmaşık) hukuk kaideleri birbirile içiçe girmiş vaziyettedir. Hiç kimse, hırsızlık, gasp, mera suçları gibi mevzulara mütedair kanunların bir taraftan ceza mahiyetinde olduğunu diğer taraftan da en iptidai münasebetlere tekabül ettiğini inkâr edemez. Aynı veçhile feodal çiftliklerin saray veya devlet tarafından yüksek



rütbeli askerlere iare edilmesinin Kommenta yani Acenta ve seyyar ticaret memurlarının tavassutu ile akdedilmiş olan toptan ticaret mukavelelerine müteallik hükümlerin terakki etmiş ve çok yüksek bir seviyeye kadar yükselmiş olan siyasi ve içtimaî bir durumu ifade edeceğini de herkes kabul eder. Acaba zikri geçen hususlardan kanunun orijinal şekli için bir ipucu bulmak mümkün olmaz mı? Aynı müşahade kanunun son kısmı hakkında da variddir. Kısas, hayvan kirası, huysuz öküz, çoban gibi müesseseler yanında hekim, gemi inşası ve tarife meselelerine de tesadüf olunmaktadır ki zikri geçen son müesseseler müterakki bir içtimaî durumu ve nizam içindeki bir devletin vücudunu istilzam ederler. Aile hukukunun ince bir tetkiki sırasında da aynı müşahade yapılabilir. İşte bu mülâhazalardan çıkarttığımız netice şudur : bu kanun muayyen ve sabit normları ihtiva eden eski iptidai bir hukuktan doğmuş ve tekâmül etmiştir.. ohalde sözlü olarak intikal etmiş bir hukuk veya yazılı olarak tesbit edilmiş iptidai bir hukuk sisteminin vücudu kabul edilirse ozaman, tedvin eden kimsenin eski ananede kolayca terk edemediği bir modele sahip bulunduğu kolayca anlaşılabilir. Diğer taraftan saray mensuplarından kölelere kadar inen bir içtimaî meratip silsilesi kanunun bütün ruhuna hakimdir. Mamafi Hamurabi Kanunu keşfedilmiş ise de buna modellik ettiği tahmin edilen iptidai hukuk meselesi ancak bir ipotetzden başka birşey değildir ve henüz keşfe muhtaç bulunmaktadır.»

Şu halde bu kanunname o zamana kadar mevcut olan hukuku (işter örf ve adet şeklinde ister iptidai bir metin halinde olsun) ıslah maksadını güden bir tedvin eseridir. Fakat sadece bir tedvinden de ibaret sayılamaz. Eski şarkta bugüne kadar bundan daha mükemmel bir kanunnameye rastlanmamıştır. (45) Hattâ kanunnamenin zamanına nisbetle pek ileri oluşu, bazı hukuk tarihçilerini bunun tatbik kabiliyetinden şüpheye düşürmüş ve kanunname ile hem zaman olan tatbikat ile ilgili hukukî vesikalarla arada hayli farklar olduğuna işaret edilmiştir. Bu fikre göre Hamurabi kanunları bir nevi tedvin modeli olarak yapılmış ve bugünkü tabirile kâğıdda kalmıştır. Tatbikatta bu hükümlerin yürüdüğüne mütedair hiç bir vesikaya rastlanmamıştır. «Öyle görünüyorki kralın büyük eseri ancak bir tasavvur şeklinde kalmış ve hiç bir zaman gerçek hukuk mahiyetini almamıştır.» (46) Bu hususta bir kıymet hükmü vermek için kanaatimizce acele etmemek gerekir. Bugüne kadar çıkan hukukî vesikalara dayanarak verilecek bir hüküm ancak muvakkat bir değeri haizdir. Yarın kanunun vaktile tatbik edilmiş olduğuna mu-

(45) — A. F. PUUKKO - Adı geçen eser

(46) — Wilhelm EILERS - Die gesetzestele chammourabis, Leipzig 1932 (Der Alte Orient Bd. 31 Heft 3/4)

tedair vesikalar bulmayacağımızı kim temin eder? Diğer taraftan bu kadar teferruatlı meseleleri inceden inceye tedvin etmiş olan 40 asır evvelki bir kanunnamenin tamamen tatbik edilip edilmediğini tesbit de imkânsız denecek kadar zordur. Nihayet ele alınmış olan, halline uğraşılmış olan meselelerin işaret ettiği medeniyet seviyesi nazara alınırsa kanunnamenin kısmen de olsa o zaman için hayli karmaşık sayılacak işleri halle uğraştığı düşünülebilir ve tatbikattaki - bugün için meçhul olan - muvaffakiyet derecesinden sarfınazar edilerek bizzat kanunnamenin yine muayyen bir seviyedeki hukuk fikrinin ifadesi olduğu tereddütsüzce kabul edilebilir. Ve bu seviye, kendisile çağdaş ve hattâ kendisinden çok genç olan diğer hukuk sistemlerine hâkim fikir seviyesinden aşikâr şekilde yüksektir.

## II — Menşe meselesi ve bu bakımdan Tevrat ile olan münasebeti :

Hamurabi kanunlarının daha eski Sümer mevzuatına dayandığı ancak bazı hususlarda isbat edilebilmiştir. Daha başka hangi kaynaklardan istifade edildiği henüz bilinmemektedir. (47 a) Menşe meselesini gerek Tevrat ve gerek Hamurabi kanunları için müştereken tetkik zarureti vardır. Zira zaman itibarile Tevrat yenidir ve İsrail oğullarının uzun müddet sakin oldukları Kenan ilinde yine uzun zamanlar Babil hukukunun tesirleri hâkim olmuştur. O halde İsraililerin Kenandan müteessir olduğu kabul edilince bunun Babil hukukundan müteessir olduğu manasına gelip gelmediği düşünülebilir. Nitekim Kautzsch bu faraziye müdafaa etmiştir: «bütün imkânlar içinde en büyük ihtimali haiz olan şudur ki Hamurabi kanunu, Kenanlılarda milâdden evvel XV - XIV inci yüz yılların dönüm noktasında müessir olmuştu ve Kenanlılar kanalı ile de ihtiyaçların icabı nisbetinde İsraililere intikal etmiş, onlar tarafından benimsenmişti» (47 b) Fakat burada mesele Hamurabi kanunlarına kadar geri götürülmekle halledilmiş olmaz. Zira bu kanunun da bir vahdet ve tecanüs arz etmediği, tıpkı Tevrat gibi muhtelif seviyedeki hukuk anane ve görüşlerinin bir mecmuası olduğu sabittir. Şuhalde bunu da ayırmak lâzımdır. Hangi kısımlar Babil medeniyetinin mahsulüdür, hangileri daha başka ve daha eski bir kökten alınmıştır ve nihayet bu kök Babil kanununa ihtiyaç olmadan doğrudan doğruya Tevrate müessir olmuş bir kök olamaz mı? Daha doğrusu gerek Tevrat gerek Hamurabi kanunu birbirlerinden muhtak olarak müşterek bir kökten ilham almış olamazlar mı? Yoksa her ikisinin de örnek aldıkları eski hukuk sistemleri başka başka sistemler midir? Şuhalde şimdiye kadar ortaya atılan fikirleri üç gurup altında toplayabiliriz :

(47 a) — Wilhelm EILERS - Adı geçen eser.

(47 b) — D. H. MÜLLER'den naklen (Semitica. II: Heft: Wien: 1906

A — Tevrat (hususile Bundesbuch) doğrudan doğruya Hamurabi kanunundan alınmıştır.

B — Tevrat doğrudan doğruya Hamurabi kanunundan alınmış değildir. Fakat Hamurabi kanununa örneklilik etmiş, çekirdek vazifesini görmüş olan daha iptidai müşterek bir metinden alınmış ve işlenmiştir.

C — Her iki kanun mecmuası da birbirinden ilgisiz başka başka örneklerden istifade etmiş ve zamanın icaplarına göre ilâveler ve tadillerle kendi hūviyetlerini kazanmışlardır .

A — Tivrattaki hükümlerin doğrudan doğruya Hamurabi kanunundan alındığını iddia edenler arasında Obbink - Brouwev, H. Gressmann, Anton Jirku sayılabilir. (48) Bunlardan üçüncü müellifin fikirlerini etüdümüzün birinci bölümünde «mukayese metodile varılan neticeler» kısmında göstermiş ve sırf hârici benzerliklerden böyle bir netice çıkarmanın, ne dereceye kadar isabetli olacağını da tayin etmiştik.

B — Hamurabi kanunnamesi ile Tivratin birbirleriyle olan benzerliklerini izah için ikinci görüş tarzı, bunların birbirlerinden müstakil olarak müşterek bir kaynaktan faydalanmış olmaları fikridir. İptidai bir metin veya örfüadet hukuku hem Hamurabi kanunnamesinin çekirdeğini teşkil etmiş hem de Tivratta ifadesini bulmuş olabilir. Bu fikri müdafa edenler arasında viyanalı Semitist Profesör David Heinrich Müller vardır. Mütaaddit defalar fikirlerine temas ettiğimiz bu zat 1904 de, yani Hamurabi kanunnamesinin keşfinden hemen sonra verdiği bir konferansta ilk anda kendisinin de bu kanunnamenin Tivratin örneğini teşkil ettiği zehabine kapıldığını kaydettikten sonra derhal kanaatini tashih ettiğini ve neticede Tivratin, doğrudan doğruya Hamurabi kanunlarından değil, fakat ihtimalki Hamurabi kanununa örnek ve çekirdek vazifesini görmüş olan başka bir metinden veya örfüadet hukukundan mühem olduğu kanaatine vardığını söyler. 1906 da münteşir bir etüdünde şöyle der: (49) «Arché - Type meselesi için Tivratin nasıl meydana gelmiş olduğu değil, Musanın Hamurabi kanununu kaynak olarak kullanıp kullanmadığı hususu ehemmiyetlidir. Daha doğrusu Musa, Hamurabi kanunundan mı, yoksa Hamurabi tarafından kullanılmış olan başka bir kanundan mı ilham almıştır? Çünkü Musanın Hamurabi kanunundan mühem olmuş

(48) — A: Jirku - Altorientalischer Kommentar zum Alten Testament. 1923 Sh: 91 H. Gressmann - Die älteste Geschichtsschreibung und Propheten Israels: 211 OBBIK BROUWER - Inleiding tot den bijbel, Sh: 225

(49) — D. H. MÜLLER - Semitica: II: Heft: Wien: 1906 (Sitzungsberichte der Kaiserlichen Akademie in Wien Philosophisch-Historische Klasse. Band: CLIV Sh 61 - 87

olması hakkında ileri sürülen bütün noktalar veya sebepler yine Musanın bizzat Hamurabinin iktibas ettiği bir kanundan mülhem olmuş olması hakkında da ileri sürülebilir. Bu itibarla Kautzch'un faraziyesi ted edilmedir. (50) Milâddan evvel XV inci yüzyılda Babil ile Mısır ve Filistin arasında muvasala mevcüt iken Hamurabi kanunu veya bu kanunla karabeti olan başka bir Arché-Type ne gibi sebeplerden dolayı daha evvel garp memleketlerine gelmiş olmasın? Meselâ Amarna mektupları vardır ki Hamurabi kanunu ile hem ahenk olan Huruç babinin şümülünü aşmaktadırlar. Ne gibi sebeplerden dolayı Avram buna benzer bir levhayı veya birçok daha küçük levhaları yanında alıkoymuş olmasın?»

Müellifi 1904 de verildiği konferansta böyle bir müşterek bir kaynak fikrine meyil ettiren sebeplere gelince; burada iki hususu tefrik lâzımdır:

a — Musa kanunlarile Hamurabi kanunnamesi arasındaki aşikâr benzerlik noktaları.

b — Musa kanunlarının Hamurabi kanunnamesindeki hükümlere nazaran seviye itibarile yine aşikâr geriliği.

Benzerlikler hakkındaki fikirleri «mukayese metodile varılan neticeler» kısmında incelemiştik. Yani sadece benzerliklerin vücudundan netice istihracine kalkmak hatalı olur. Musa kanunlarındaki gerilik ise, bunların kendilerinden daha mütekâmil bir kanunu örnek almamış olmalarına delildir. Şu halde Tevrat hükümleri Hamurabi kanunlarını değil, fakat bu kanunlara müessir olmuş olan daha iptidai bir kanunu örnek almış olmalıdır. Böylelikle hem bu iki kanun arasındaki benzerlik, hem de daha iptidai olan Musa kanunlarının daha mütekâmil olan Hamurabiden mülhem olamayacağı keyfiyeti kolayca izah edilir. Şimdi ikinci hususu müellif şöyle izah etmektedir:

«Fihakika ben de aylarca Hamurabi kanunu ile meşgul olduktan sonra Musa kanunlarının da doğrudan doğruya veya dolayısıyla olsun en sonunda yine bu kanunlara irca edilmesi gerektiğini zan etmiştim. Fakat Hamurabi kanunlarının ruhuna nüfuz ettikçe bu fikrin tamamen imkânsız olduğunu gördüm. Zira:

1 — Muayyen karmaşık münasebetlere uydurulmuş ve yine Compliqué hukuk münasebetlerini gösteren bir kanun Codexi, basit ve iptidai münasebetlere pek uygun düşen bir kanuna menbalık etmiş olamaz. Hiç kimse böyle karmaşık bir eserden bu karmaşıklığın (complication) un izlerini hiç belli etmeksizin sırf temel kâideleri istihrac edemez. Bazı misaller bu fikrimi canlandırmaktadır.

(50) — D. H. MÜLLER den naklen Bak: yukarda bölüm: III

Musa kanunlarında bulunan hırsızlık hakkındaki basit hükümlere mukabil, Hamurabi kanununda buna tam yedi paragraf tahsis edilmiştir. Mabel ve saraydan çalınmış malların istihkakı hakkında basit usül ile, alelâde bir ferdin gaip ettiği şeyin istihkakına mütaallik pek karmaşık muhakeme usulü iptidai mahiyette olamaz. Böyle bir mevzuda saray ve mahkeme hukukcularının iştiraki kabul edilmelidir ki bunlar uzun bir tatbikat neticesinde dünyanın en basit işini bu kadar karmaşık bir hale sokmuş olsunlar. Keza buna benzer mülâhazalar kısas prensibi hakkında da variddir: Musa kanununda bu prensip şu şekilde ifade edilir: Cana can, göze göz, dişe diş, ele el ayağa ayak. Basitliği ve takip ettiği sıradaki tabiiyetle bu cümle en iptidai kanunların damgasını taşır. Fakat Hamurabi kanununda bu temel prensip 196 - 201 paragraflar arasında tafsilâtli bir şekilde izah edilmiştir :

(§ 196 da hür bir adamın gözünü çıkarmanın gözü çıkarılacağı, ve § 197 de kemiğini kıranın kemiği kırılacağı bildirildiği halde müteakip 198 de bir kölenin «maşenkak» gözünü çıkarmanın bir mine'lik bir para ödemekle kalacağı bildirilir. Keza § 199 da bir esirin gözünü çıkararak veya kemiğini kıranın, onun sahibine esir bedelinin yarısını ödemekle yetineceği bildiriliyor. Aynı veçhile § 200 de bir adam kendi sınıfından olan bir kimsenin dişini kırdığı takdirde onun da dişinin kırılacağı bildirildiği halde 201 de diş kırılan köle olduğu takdirde 1/3 minelik para verilmekle yetineceği bildiriliyor.)

Burada muhtelif sınıfları nazara alarak tefriklerde bulunmak ve tabii silsileyi değiştirmek mecburiyetinde kalan Hamurabi kanununun, Musa kanunu için bir kaynak teşkil etmemiş olduğunu herkes derhal teslim eder.

Hattâ Musanın Hamurabi kanunundan iktibaslarda bulunmadığı hususunda tabir caizse rıyazî bir delil de gösterebilirim :

Hamurabi kanununun 250 nci paragrafında sokakta bir insanı süsen öküz sahibine karşı tazminat iddiası ileri sürülemez. Fakat hayvan huysuz olarak tanınır ve sahibi kendisine ihtar edildiği halde hayvanına mukayyed olmamış olursa süsme halinde muayyen bir para cezası vermekle mükellef tutulur § 251. Halbuki Musa kanununa göre daha ilk halde hayvan öldürülmektedir. Yani hayvan sahibi hayvanının kıymeti kadar bir zarar görmektedir. İkinci halde hayvan değil sahibi de öldürülmektedir. Meğerki öküzden zarar gören kimsenin rizası ile bir diyyet ile kurtulmuş olsun. Bu hükümler arasındaki benzeyiş ve farklar okadar hayrete değmezse de Musa hukukunda mevcut olan küçük bir ek büyük bir ehemmiyeti haizdir: «öküz bir erkek çocuğunu veya kız çocuğunu süserek öldürürse aynı hüküm tatbik olunur.» Bu hal Musa kanununda suçun objelerinin çocuk olmaları halinde de öküz sahibinin cezaya çarpılacağı hakkında yegâne hükümdür. Kanun vazı bu

İlâvede âdet veya kanun olarak yaşamış olan bir şeyi red etmek istiyor. Fakat neyi?...

Hamurabi kanununda babanın suçundan onun oğlu veya kızının öldürüldüğü üç hal vardır: 116,210,230. Bunlardan § 116 da, alacaklının evine rehine olarak gönderilmiş olan borçlunun oğlunun bu evde dayak ve mahrumiyet yüzünden ölmesi halinde, alacaklının oğlunun öldürüleceği yazılıdır. Görülüyor ki ölüme sebebiyet veren bizzat alacaklı olduğu halde cezayı onun oğlu çekmektedir.

Keza § 210 da bir başkasının hamile olan kızını dayakla öldürenin, kendisi değil kızı öldürülür. Nihayet 230 da mimarın hatası yüzünden çürük yapılmış olan bir ev yıkılıpda içinde evsahibinin oğlu ölürse, mimar değil, mimarın oğlu öldürülür. Öküzün süsmesi halinde ise Hamurabi kanunu zaten daha hafiftir ve zaten huysuz öküzün hareketlerinden dolayı sahibi ölüm cezasına çarptırılmaz... O halde Musa kanunu, bu ek ile Hamurabi kanunundaki durumu değil, belki ondan daha iptidai, daha eski bir kanundaki durumu (yani öküzün, bir çocuğu süsmesi halinde öküz sahibinin değil, onun çocuğunun öldürülmesini kabul eden bir kanunu) ıslah etmek istemiştir. Zira Musa kanunlarına hakim olan ıslah ruhu: anaların ve babaların çocukları yüzünden, keza çocukların anaları babaları yüzünden öldürülmemeleri esasıdır... Şimdiye kadar söylediklerimizi hülâsa edersek bir taraftan her iki kanunun pek sıkı bir surette birbirine bağlı bulunduğu, diğer taraftan da birinin diğerinden iktibas edilmiş olamayacağı neticesine varırız. Her ikisinin de birbirinden müstakil olarak eski bir örfüâdet hukukundan ileri gelmiş olması ise hemen imkânsızdır. Şekil itibarile benzerlik ve sıra itibarile ayniyet edebî bir karabetin inkâr edilmez alâmetleridir. Bu dilemden ancak bir tek yol ile kurtunulabilir: O da kaleme alınmış olan bir kanun faraziyesi veya daha ziyade her iki tedvinin kaynağını teşkil etmiş olan Arché-Typ'in mevcudiyeti. «Bu faraziye kabul edildiği takdirde Hamurabi kanunlarındaki sistemsizliğin izahi kabül olacağını ve araya giren yeniliklerin ve daha medeni bir cemiyete has hükümlerin eski modeli zamana uydurmaya çalışan tedvin hareketine atfedileceğini ilâve eden D. H. Müller, gerek Tivrata ve gerek Hamurabi kanununa örneklik ettiğini farz ettiği bu meçhul iptidai kanunun ruhunu şöyle tavsif eder :

1 — Kan davasının yerine kısasın kaim oluşu. Yani tehevürle veya daha fenası soğukkanlılıkla yapılan intikam yerine daha adil olan mukabele-i bilmisi esasının kaim oluşu.

2 — Yalnız kötü filin değil, aynı zamanda bu kötü file munkalip olacak kötü niyetin de cezalandırılışı: Yalan yere şهادette olduğu gibi: bir kimse mahkeme huzurunda bilerek yalan yere şهادet ederse ve neticede diğer

**bir kimsenin cismani veya mali bir zararına sebep olmak ihtimali varsa şahidin yalancılığı hükmün infazından evvel tesbit edildiği takdirde suçlunun giyeceği cezayı şahid giyer. Hamurabi kanunu § 3,4**

3 — Bir suç için ancak bir ceza verilir. Yani idam cezasının yanında cismani tazyik ve para cezası da verilemez.

4 — Kısas prensibi mali mahiyette olan suçlar hakkında da tatbik olunur... Tahrip edilen şeyin değerinin iki veya beş misli olarak takdir olunur.

Netice itibarile müellif her iki kanunu henüz (1904 de) keşfedilmemiş olan daha iptidai bir örnek - kanun tipine rapt etmekte fakat Tevratın doğrudan doğruya Hamurabi kanunu örnek tutmadığını da belirtmektedir.

C — Üçüncü fikri müdafaa eden Hollandalı bilgin M. David 1939 nisanında verdiği «Hamurabi kanunu ve bunun Huruçdaki hukuk kaidelerile olan münasebeti» (51) adlı konferansında her iki kanun arasında ne doğrudan doğruya ne de dolayısıyla hiçbir münasebet olmadığı neticesine varmıştır. Zaten buraya kadar anlattığımız fikirlerde doğrudan doğruya olan münasebetin mütefikan red edildiğini görmüştük. Üçüncü fikrin yeniliği ise müşterek ve eski bir örnek - kanun meselesini red etmesidir. Müellifi bu hususta ısrara sevk eden âmiller her iki kanun arasındaki birbirine ircai imkânsız ayrılıklar, farklılıklardır. İlk bakışta benzerliklere dayanarak hükümler çıkartan tarihçilerin yanlışlıklarını iddia eden müellif bilhassa Babil ve İsrail cemiyetleri arasındaki farklara temas etmektedir. Bu iki cemiyet birbirlerinden bünye ve seviye itibariyle okadar uzak, okadar farklıdır ki bunları tanzim eden kanunların birbirlerinden alındığı veya aynı kökten gelme oldukları tasavvur bile edilemez. Müellif, bilhassa kanunların sosyal hayatın bir mahsulü olduğunu ve birbirinden bu derece farklı cemiyetlerin birbirlerine benzer mahsuller vermeyecekleri tezini müdafaa etmektedir. Vakaa şimdiye kadar naklettiğimiz fikirlerde de bu sosyal farklara temas edilmiş, İsrail cemiyetinin daha geri, Babil cemiyetinin daha ileri olduğu tebarüz ettirilmiştir. Fakat M. David'in işaret ettiği farklar sadece bir medeniyet derecesi farkı olmaktan uzaktır. Bu iki cemiyetin bünyesi birbirinden o derece farklıdır ki bu ayrılık sadece bir tekâmül farkile izah edilemez. Bu farklılıkları birkaç bendde toplayabilirsek durum iyice açıklanmış olur:

#### 1 — İctimai sınıflar

Babilde muhtelif milletler aynı siyasi birliğe dahil olarak uzun zamanberi sakin buldukları topraklarda yaşamakta idi. Sınıflar teessüs et-

(51) — M. DAVID - de Codex Hammurabi en zijn verhouding tot de Wetsbepalingen in Exodus (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis) den ayrı bası. 13 - Nisan - 1939 da Leiden'de verilmiş konferans.

miş ve arada bir meratip silsilesi kurulmuştu. Sınıf ayırdı yalnız hür-köle yahut yerli-yabancı gibi basit bir taksim üzerine yapılmıyordu, bilhassa mesleki farklar üzerine müesseseti: Arazi sahipleri, tüccarlar, memurlar, esnaf gibi. Buna mukabil yerli ve yabancı tasnifi yoktu. İsrailde ise - ruhban sınıfı hariç - böyle bir ayırda rastlanmaz. İsrail oğulları ancak başka ırklardan tefrik edilir yoksa kendi aralarında bir sınıflaşma yoktur. Babilde mevcut olmayan vatandaş - yabancı ayırda ise İsrailde kuvvetlidir. Hattâ yabancılar arasında dahi muhtelif farklar gözetilmiştir: Nokri denen zümre hususi bir himayeden istifade etmez ancak misafirperverlik ile karşılanır. Buna mukabil Ger denen zümre cemiyet içine kabul edilmiştir ve muayyen bir himayeye mazhardır. Hülâsa Babil cemiyeti kozmopolit bir cemiyettir ve burada servet ve meslek farkına dayanan bir sınıflaşma vardır. İsrail cemiyeti ise kuvvetli bir şekilde millidir.

## 2 — İktisadi durum

a — Ticaret: Babilde ticaret bir hayli inkişaf etmiş ve oldukça karmaşık ticari münasebetler hüküm altına alınmıştı. Ticaret ortaklıkları ve büyük tacirler, toptancılık ve milletler arası ticaret safhasına kadar gelmişlerdi. Eski Babilden kalma birçok mukavelenameler ve ticari mektuplar bu cemiyette ticaretin nasıl bir yer tuttuğunu iyice belirtir. Esasen bu hal, kanunun tüccarlara tahsis edilen maddelerinin çokluğundan da istihrac edilebilir.

Buna mukabil İsrailin başlangıçta hiç de tüccar bir millet olmadığı maîumdur. İsrail oğulları Babil esaretine kadar asıl manada ticaretle hemen hiç meşgul değildiler. Bu işleri gezgin Mısır tacirleri yapardı. Sahil mıntakalarındaki ticaret Fenikelilerin elinde idi. Dahildeki ticaret işleriyle de yerli Kenanlılar meşguldü. Zaten bu durum Tivrattan da istihrac edilebilir, asıl manadaki ticaret hakkında yanlış ölçü kullanmanın meninden başka hiçbir hüküm yoktur. Borcun ancak zaruret halinde alınacağı zihniyeti hâkimdir. Kredi ile büyük ticari münasebetlere girişilebileceği hiç düşünülmemiştir. Borç için bahis konusu olan rehin mevzularının ehemmiyetsizliği borç almanın nasıl bir fakruzaruret haline hasredildiğini büsbütün tebarüz ettirir: Elbise, değirmen taşı, el değirmenleri (Huruç: 22, 26 «Eğer komşunun elbisesini rehin olarak alırsan onu güneş batmazdan evvel kendisine geri veresin. Zira o, onun tek elbisesidir..» Tesniye 24,6: «Kir kimse değirmeni yahud üst taşını rehin almasın, zira hayatı rehin almış olur.» Bundan başka her yedi sene sonundaki umumi ibra mecburiyetinin uzun vadeli mali uzlaşmaları imkânsız kılacağı hiç nazara alınmamıştır. Demekki İsrail cemiyeti bu gibi uzlaşmaların yabancısı idi.

b — Ziraat: Babilde ziraat umumiyetle büyük işletmeler tarafından yapılırdı. Hükümdara ve mabedlere ait geniş tarlalar vardı ki bunlar işçiler



veya kölelere işlettirilirdi. Böyle yapılmadığı zamanlar köylülere hasılat icarı ile verilirdi. Babilde ait vesikalarda bu gibi icar mukavelelerine sık sık rastlanır.

İsrail hukukunda ise buna benzer hükümiere rastlanmaz. Zaten (Eş'ya: 5,8) büyük çapta toprak sahibi olmak bir haksızlık sayılır ve imkân nisbetinde önlenmesi gereken bir haldir. Tarlalar sahipleri ve sahiplerinin aileleri tarafından işlenir.

Böylece bu farklı iktisadî durumlar, mamelek hukukuna mütaallik kaidelerde her iki kanun arasında büyük farklara sebebiyet vermiştir.

c — Köleler : Babilde büyük çaptaki zirai faaliyet köle kullanılmasını zaruri kılmıştır. Köle bir çalışma âleti olarak ele alınır. Köleye ika edilen cismani zararlar onun çalışma kabiliyetini azaltacağı cihetle sahibine karşı yapılmış bir mali zarar telâkki edilir ve bu bakımdan tazminatı doğururdu. Filhakika § 116 da borç için rehine olarak verilen ve eziyetle ölen kimsenin hür bir adamın kölesi olması halinde failin, köle sahibine 1/3 mine para ödeyeceği yazılıdır. § 199 da esirin gözünü çıkarmanın, efendisine esir bedelinin yarısını ödeyeceği bildirilir. § 213 de hizmetçi kızın çocuğunu düşüren kimsenin, sahibine 2 şekel para tediyesi ile mükellef olduğu, keza § 214 de hizmetçi kızın bizzat ölmesi halinde ise gene onun sahibine 1/3 mine para ödenmesi gerektiği bildirilmektedir. Halbuki bu gibi zararların hür adamlara işlenmesinde durum ne kadar farklıdır! Köle ile bir eşya, bir istihsal vasıtası arasında hiçbir fark yoktur, telâfisi düşünülen şey, sadece efendinin bu yüzden uğradığı zarardır. Bu telâkinin neticesi olarak köleler sürü halinde hariçten memleket pazarlarına idhal edilir, alınıp satılır. İsrail oğullarında durum bambaşkadır zirai işler için köleye zaruri bir ihtiyaç yoktu. Zaten bunlar harp esirleriyle borç yüzünden satılmış olanlardan ibaretti. Miktarları azdı ve onlara daha ziyade aile mensupları gözü ile bakılırdı. Aile ibadetlerine onlar da iştirak ederdi. (Huruç: 23,12 bab; 20,1; Tesniye : 16,11 12, 12). Bu görüş kölelere insani muamele edilmesini, himaye gösterilmesini amirdi. (Huruç: bab 21,26;) bu himayenin en ileri şeklini Tesniyenin (23;15) cümlesinde görürüz:

«Efendisinden kaçıp sana gelen kulu efendisine teslim etmiyesin. Kendi beğendiği gibi senin şehirlerinden birinde kendi seçtiği mahalde aranızda seninle sakin olsun. Sen dahi ona eziyet etmiyesin»

3 — Aile hukuku :

Babilde aile monogami esasına dayanırdı. Çocukları olan evlilerin ayrılmaları ancak muhik sebeplerin vücudu halinde caizdi.

Kadının durumu haylı düzenlenmiş, korunmuştu. Kocasını memleketi terkeden kadın dilediğiyle evlenebilir ve kocasının avdeti halinde ona rücu mecbur tutulamazdı (§ 136). Çocuk sahibi olan bir karının boşanması halinde koca kendi mallarından, tarlasından, sürüsünden karının intifada devamına müsaade edecek, o karıdan olan çocukları yetiştirecek ve çocuklar büyüdüğü zamanda ise onlara vereceği şeylerden bir evlada düşen hisse miktarını karıya tahsis edecekti. Buna mukabil kadın, seçtiği bir erkekle evlenmekte hürdü (§ 137). Keza, çocuğu olmayan bir kadının boşanmasında baba evinden getirdiği eşyası ve kadınlık bedeli (mahr) kendisine ödenecekti (§ 138)

Kayıtsız şartsız boşama hali ancak kadınlık vazifelerini yapmayan, namusunu korumayan karılar hakkında idi. Mamafî bu halde koca isterse üstüne başka bir kadınla evlenerek onu hizmetçi gibi evinde yaşatabilirdi. (§ 141)

Buna mukabil, masum ve vazifesini bilen bir kadın, kocasının haksız muamele ve kötü hallerinden bizar olduğu takdirde onu istemeyebilir ve cihazını alıp baba evine gidebilirdi (§ 142). Karı evlenirken kocasına bir odalık getirmişse koca üstüne başka bir kadın alamazdı (§ 144). Karı bir illete müptelâ olmuşsa koca üstüne başka bir kadın alabilirdi. Şu kadar ki hasta karıya da ömrünün sonuna kadar bakmakla mükellefti. İkametgâhını ve iâşesini temin edecekti (§ 148). Görülüyorki durum haylı ileri bir medeniyet seviyesini göstermektedir.

Stuart Mill: «Bir medeniyetin seviyesini ölçmek isterseniz derhal kadının hayat şartlarına bakınız» der. Bu bakımdan Hamurabi kanununun değeri cidden yüksektir. Ancak, bu noktada kanunun kendi cemiyetinde ne dereceye kadar yaşamış, yürürmüş olduğunu da gene nazardan uzak tutmamak, araştırmak lâzımdır.

Babanın ailenin fertleri, hususile çocuklar üzerinde mutlak bir hakka sahipliği bahis mevzuu değildir. Hattâ babanın çocuğunu red etmesi, ancak çocuğun ağır bir suç işlemesi ve bunun hakim kararile tesbiti halinde mümkündür (§ 168) Hülâsa Babilde kuvvetli bir âme intizamı ve merkeziyetçi ve muktedir bir krallığın vücudu aileyi, reisinin otoritesine sınıksız bağlı olan kapalı ve küçük bir sosyal birlik halinde yaşamağa mahkûm olmaktan kurtarmıştır.

İsraildeki durum ne kadar başkadır: Bir kere İsrail oğulları hiçbir zaman sağlam merkeziyetçi bir devlet teşkil edememişlerdir. Camia bütün kuvvetini münferit ailelerin desteklemesinden alır. Bu itibarla ailenin disiplinli ve kuvvetli olması bir reisin mutlak otoritesi altında bulunması gerekir. Çocuk-

lar ne kadar çok, aile ne kadar kalabalık olursa okadar kuvvetli olur. Bu bakımdan poligami asıldır. Kadının boşanma talebi, hakkı yoktur. Cemiyet ailenin dağılmasına müsaade edecek durumda değildir. Kan hısımlığı esası hakimdir. Aile reisi soyun ihtiyarları tarafından yardım görmekte beraber, yine mutlak bir otoriteye sahiptir. Koca boşama hakkını keyfi bir surette kullanabilir. (Tesniye 24;1) Koca ancak iki halde bu hakkı gaip eder (Tesniye 22; 13-22,28) Bunlar kocanın, aldığı kıza bâkir çıkmamak gibi bir iftirada bulunması veya bir kıza zorla tecavüz neticesinde onunla evlenmeye mecbur tutulması halleridir. Her iki halde koca artık ömrünce karısını boşayamaz, çünkü onu zelil etmiştir. Çok karılık esası kabul edildiğinden kısırlık mühim telâkki edilmemiştir. Ancak bir erkek, çocuk bırakmadan ölürse Levi-rat evlenmesi kabildir, yani erkeğin kardeşi dul yengesini alır ve ondan olan ilk çocuk ölen babaya izafe edilirdi (Tekvim: 8,38. Tesniye: 5,25) Bu sebeple İsrailde evlâd edinme müessesesine rastlanmaz. Halbuki Babilde mevcuttur. Keza İsrailde babanın çocukları üzerindeki nüfuzu pek fazla idi ve sertti (Huruç: 21;15-17;18).

4 — Ceza hukuku: Babilde yine merkezîyetçi ve teşkilatı muntazam işleyen bir devlet olması dolayısıyla, ceza hukukunun tatbiki devlete terettüp etmekte idi. Devlet suça kendiliğinden müdahale eder ve kanunlara itaati sağlardı. Kan gütme veya diyyet usulü kalmamıştı. Halbuki merkezi bir teşkilâttan mahrum olan İsrail oğullarında ceza hukukunun tatbiki ailelere kalmıştı. Hattâ katil suçunun kisası dahi mağdur tarafın ailesine aitti. Yani hayat ve sıhhata karşı işlenen en ağır suçlar dahi hususi suç karakterini arz ediyordu. Gerçi bu gibi suçları aynı zamanda büyük günahlar telâkki ederek yalnız şahıslara değil Allaha karşı işlenmiş suçlar derecesine çıkar-mak ve böylece ilahi nizamı muhafaza ile memur olan devleti fail aleyhine harekete getirmek de düşünülmüştür: fakat böyle kuvvetli bir devlet otoritesi mevcut olmadığından suçluya cezasını vermek işi yine hususi intikam yoluna bırakılıyor demektir. Huruçun bu husustaki ıslahatı kan gütme usulünü keyfilikten kurtarmak, kan gütme hakkına sahip olan şahısların, ve aleyhine kan gütme yoluna baş vurulacak şahısların sayısını azaltmaktan ibaret kalmıştı. Bazı hallerde kan gütmenin yerine bir para alınması da kaim olmuştur. Ve nihayet aleyhine kan gütme yoluna müracaat edilen kimselerin mabedlere kaçarak üluhiyetin himayesine sığınması esası da kabul edilmiştir. (Huruç; 1, 22; Tesniye : 4,19). Diğer taraftan kisas prensibinin yazılış şekli dahi farklıdır. İsrail kanununda kisas prensibi doğrudan doğruya mutazarrıra hitap eder ve «zarar görürsen kisas edeceksin» der.

## 5 — Kanunlara hâkim olan ruh :

Bundesbuch munhasıran hukukî kaidelerden ibaret değildir. Bunların yanıbaşında ve aralarında içtimai ahlâk kaideleri de vardır ve nihayet hepsi muayyen bir dünya görüşünün, muayyen bir dini akidenin muhtelif sahalardaki prensiplerinden ibarettir. Bu itibarla bu kanunlar herşeyden evvel ilâhidir, dinidir. Hurucun (21-23) bablerindeki talimatlar içinde içtimai hayatı ilgilendiren hükümlerle (22,17: (23, 12) sırf dini hükümler (23, 13;) (33,23) vardır. Hülâsa huruçtaki hükümler «theocratique» mahiyettedir. Halbuki Hamurabi kanunu tamamen dünyevî bir mahiyet arz eder. Zaten adı dâ «devlet için hukuk kaideleri» dir.

## 6 — Mevcut benzerliklerin izah vechi :

Evvelâ her hukuk sisteminde rastlanan benzerlikleri bir tarafa bırakmalıdır. Meselâ (huruç: 21,16) le (§14) ve (huruç 21,18) ile (§206) arasındaki müşabehet hayreti mucip bir ayniyet değildir. Bu gibi müşterek hükümlerden sarfınazar edilirse birbirine benzeyen hükümlerin doğrudan doğruya hukuk hayatı ile hiç de ilgili olmadıkları görülür. Bu müşterek hükümler yalnız birbirine benzeyen kelime ve şekilleri ihtiva etmektedir. Meselâ «huysuz ökü» misalinde aynı hal vardır. (Huruç: 21 ;28,29), (Hamurabi kanunu § 250, § 251) Bu tabirin hem Babil lisanında hem İsrail dilinde müşterek bir halk tabiri olması muhtemeldir. Hattâ İsrail kanun vazii bu tabiri Babil kanunundan iktibas etmiş olsa bile, Tivrattaki hukuk kaidelerinin Babildeki hukuk kaidelerinden iktibas edilmiş olduğunu kabul imkânsızdır. Hukuk tarihi bize, hukukî terimlerin iktibasının daima hukuk müesseselerinin iktibası demek olmadığını göstermektedir. Esasen bundan sarfınazar edilse bile zikri geçen tabiri ihtiva eden hükümler birbirlerine uymamaktadır. Kısas formülü hakkında da aynı şey söylenebilir. Nitekim buna benzer formüllere M. E VII inci yüz yıldaki Yunan hukukunda ve oniki lavha kanunlarında da rastlanır. Kısas kaidesiyle her iki kanunnameye birbirinden farklı gayeler takip edildiğine yukarıda işaret olunmuştur.

Formül itibarile birbirine benzeyen hükümlerden gayri olan müvazatın sebebi ise birçok kültür sahalarının birbirine karışmış olmasından ibarettir. Meselâ bütün eski sami milletlerde rastlanan evlenme akdi bugün (satış-evlenmesi) dediğimiz şekildedir ki bu, sümer kültüründen gelme bir iştirâk noktasıdır. Bununla beraber dışarıdan aynı görünen bu evlenme şekilleri arasında mahiyet ve muhteva itibarile farklar vardırki bu farklar ancak fertlerin buldukları cemiyetin sosyal ve ekonomik durumu ile tesbit ve izah edilebilir.

Hülâsa: Eski Babil hukuku İsrail hukukundan çok farklı idi. Arada mevcut müvazat hukuk kaidelerinin muhtevalarından ziyade, şekillerine aittir. Filhakika her iki milletin kanunlarının dayandıkları temeller birbirinden tamamen farklı idi. Bu sebeplerden dolayı İsrail hukukunun nihayet Bundesbuch'un her hangi bir surette Hamurabi kanunundan iktibas edilmiş olması ihtimali M. David'e göre inkânsızdır. Hatta burada sıkı bir karabetten dahi bahis edilemez. Böyle bir karabet olsa bile bununla ne hususi hükümler ne de kanunların muhtevaları veya sistemleri izah edilebilir. Bu fikir hakkında bazı tereddütler ileri sürülebilirse de hattâ Hamurabi kanunu ile Ahid arasında bir karabet mevcut olsa bile birbirine benzeyen veya birbirinin aynı olan bazı hükümlerden müşterek bir temel kanun fikrini istihraç etmek caiz değildir. Her halde mütaaddit sami milletlerin kadim tarihleri sarahaten mahlumumuz olmadıkça öyle bir görüş tarzı ileri sürülemez.

Bu itibarla sözü geçen muvazata rağmen, M. DAVID, eski İsrail hukuku ve hususiyle Hurucun işaret edilen kısmı ile Hamurabi kanununun birbirlerinden müstakil olduğu fikrindedir. «Bunlardan birini öbürüne irca etmek nasıl imkânsızsa, her ikisinin müşterek bir köke dayandığını iddia etmekte aynı şekilde isbat edilemez.» der.

### III — Netice :

Kendilerine müracaat imkânını bulduğumuz mahdut menbalarla ulaştığımız netice tetkik mevzuundaki vesika kıtlığının ve bu mahdut vesikalar üzerinde yapılan sırf filolojik araştırmaların henüz kesin bir kanaata varmak imkânını vermediğini tesbitten ibarettir diyebiliriz,

Fihakika müelliflerin bir kısmı benzerlikler üzerinde, bir kısmı başkalıklar üzerinde durmak suretiyle birbirlerine zıd sonuçlara varmışlardır. Üzerinde ekserisinin ittifak ettiği yegâne nokta Babil kanununun Tevrata doğrudan doğruya örneklik etmemiş olduğu hususudur. Her ikisinin de kendilerinden çok daha eski bir kaynaktan birbirlerinden habersizce istifade etmiş olmaları ihtimali ise henüz ne reddi ne de isbatı kabil olamayan bir ipotezdir. Daha doğrusu bu mesele henüz münakaşa konusu olacak kadar olgun bir hale gelmemiştir. Hukuk tarihinin bu noktasını aydınlatacak vasıta, mevcut ve mahdut vesikalar üzerinde sırf şekli ve filolojik metodlarla tekrar tekrar yapılacak incelemelerle bunlara dayanan münakaşalardan ziyade, kendilerine intizar ettiğimiz yeni vesikaların keşfi ve pek yeni keşfedilmiş olan bazı vesikaların da lâyikiyle tefsiridir. Son seneler içinde yapıldığını öğrendiğimiz Irak hafriyatının, Hamurabi kanunu ve bunun arché-type'i hakkında bize yepyeni fikirler ilham edebileceği tahmin edilmektedir. Bu itibarla yeni hakikatlerin arifesinde bulunduğumuz bir anda mücerret iki eski kanun mec-

muasının lafzî benzerlik veya başkalıkları üzerinde durarak aceleci neticelere varmaktan çekinmemiz herhalde isabetli olur. Herhalde mütehasşisların son sözlerini beklememiz gerekir.

Ancak, Her tarihî bilginin yeni keşifler tarafından tekzip edilmek tehlikesine maruz bulunduğu malûm bir şeydir. Bizim bu pek hususî tetkik konusunda yapmak istediğimiz şeyse, nihayet bütün varılan sonuç ve kanaatları «bu güne kadar malûm olan hususlara göre» kaydıyla bağlamaktan ibaret. Buraya kadar fikirlerini naklettiğimiz birbirine zıd kanaatlara sahip bilginler içinde Hollandalı bilgin M. DAVID'in görüşünün bilhassa hukuk sosyolojisi bakımından diğerlerinin fikirlerinden daha fazla hakikate yakın gibi görüldüğünü kaydetmeden geçemeyeceğiz. Zira, alelittlak iki ayrı cemiyete ait iki ayrı kanunnamenin mukayesesi yapılırken, herşeyden evvel bizzat bu cemiyetlerin karşılaştırılması, çeşitli sosyal faktörler, hukuk - içi ve hukuk - dışı unsurlar bakımından mukayesesi lâzımdır. Münhasıran iki kanunname metninin birbiriyle mukayeseleri hiç bir hakikate ulaştırmaz.

Lafzî mukayese metodunun negibi yanlışlıklara sebebiyet verdiğini tetkikimizin ilk kısmında göstermiştik. M. DAVID'in yaptığı ise, herşeyden evvel Babil ve İsrail cemiyetlerinin bünye farkları üzerinde durmak olmuştur. Filhakika bu iki camia birbirinden o derece farklı idi ki, birinin diğerinin kanunlarından mülhem olarak kendisine has bir kanun yaratmış olduğuna hükmetmek hayli güçtür. Meğerki bunu söz götürmez bir hakikat olarak ortaya koyacak harici vesikalar bulunmuş olsun. Yoksa sırf muhakeme ve istidlâl yoluyla böyle bir sonuca varmak hemen hemen kabil değildir,

Diğer taraftan Hamurabi kanununun fiilen Babil cemiyetinde ve Babilin çökmesini müteakip onun yerine geçen diğer cemiyetlerde ne zamana kadar ve bilhassa ne nisbette tatbik edilmiş olduğu, ne dereceye kadar bir hukuk gerçekliği halini aldığı tesbit edilmedikçe bunun kendisinden sonraki kanun mecmuları üzerindeki müessiriyet derecesi anlaşılabilir. Hususiyile Hamurabi kanunnamesinin hiçbir zaman tatbik sahasına intikal etmediği, ancak güzel ve edebî bir tedvin örneği olarak yapıldığı yolundaki fikrin doğruluğu sabit olursa, bunun, kendisinden sekiz on asır sonraki bir kanun mecmuasına örneklik etmiş olması ihtimali büsbütün uzak görülür.

Üzerinde durulacak nokta nihayet arché-type meselesidir. M; DAVID bunu da reddetmektedir. Fakat, D. H. MÜLLER'in bahsettiği bu mefruz arché-type fiilen bir kazı neticesinde bulunduğu takdirde bundan, Tevratın, Hamurabi kanunu kanalıyla değil de, başka bir yoldan faydalanmış olduğu hususu belki isbat edilebilir.

Nitekim, Hamurabi Kanununun Sümer kanunlarından müteessir olduğu, ancak sümer kanunlarına nazaran, sami ırklara has serdliğin bazı âlâmetlerini taşıdığı ve bunun da Babilin Hamurabi hanedanının mensup olduğu sami milletlerle fazlaca işgal edilmiş olmasından ileri geldiği bugün umumiyetle kabul edilmiştir (52). Tevrat ise, Hamurabi kanununa nazaran büsbütün sami ruhun hakim olduğu bir kanun mecmuasıdır. Halen bulunmuş veya ileride bulunacak olan daha kadim bir kanunnamenin bu iki eski milletten hangisine maledileceği ve hangi ruhun ifadesini taşıyacağı şimdiden kestirilemez. Bu itibarla arché-type meselesi üzerindeki katî red hususu hariç olmak üzere, M. DAVID'in diğer fikirlerine iştirakte bir mahzur görmemekteyiz.

Hukukun sosyetenin kendi hususiyetlerini taşıyan bir mahsulü olduğu, ve kaçınılmaz bir şekilde onun bünyesine tabi bulunduğu bugün teslim edilmiş bir şeydir. Bu bakımdan, Babil ve İsrail hukuklarının mukayesesi demek, hem iki ayrı cemiyet hayatının, hem de hukuku teşkil eden örf âdet ve tatbikat neticelerinin mükayesesi demektir. Bunlar lâyıkıyla yapılmadıkça bu mesele hakkında esaslı bir şey söylenemez.

Incelediğimiz tetkiklerde ise tarihçi, filolog veya teolog olan muhtelif bilginlerin ancak kanunname metinleri üzerinde durduklarını ve «biblique» devirdeki vesika fıkdanının kendilerini böyle bir durumda kalmağa icbar ettiğini gördük. Kifayetsiz olduğuna hükmettiğimiz bu araştırmalardan M. David'in sosyolojik bakımdan temas ettiği hakikatleri doğru olarak kabul edip, meselenin daha fazla aydınlanmasını da yeni kazıların tefsirine talik etmekten başka yapacak bir şey olmadığına kani bulunuyoruz.

Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Asistanı  
Hâmide TOPÇUOĞLU