

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ EDEBİYAT FAKÜLTESİ YAYINLARI
PUBLICATIONS OF THE FACULTY OF LETTERS, ISTANBUL UNIVERSITY

İSLÂM TETKİKLERİ DERGİSİ

(REVIEW OF THE INSTITUTE OF ISLAMIC STUDIES)

Kurucusu :
Ord. Prof. Dr. Z.V. Togan

Müdür — Editor
Prof. Dr. Bekir KÜTÜKOĞLU

CİLD — VOLUME : VIII
CÜZ — PARTS : 1-4
1984

Edebiyat Fakültesi Basımevi
İSTANBUL — 1984

Hukuk mantığı ve İslâm hukuku *

Chafik CHEHATA

Tercüme : İbrahim Kâfi DÖNMEZ

GİRİŞ

İSLÂM FELSEFESİNDE BİLGİ PROBLEMİ TABİİ HUKUK VAR MIDIR?

1. — İslâm düşüncesinde hukuk mantığına dair bir tetkike teşebbüs ederken, araştırma sahamızın yerini iyice belli etmemiz önemlidir.

Burada bilhassa, müctehidlerin İslâm hukuku sahasında kullandığı mantık sözkonusu olacaktır. Fakat hukukî düşünce, yayılmış olduğu muhitten tecrid edilemez. İslâm âlimleri, yaşadıkları vasatın kaçınılmaz tesirlerine maruz kalmışlar, ihtiyaçlarına cevap vermişlerdir.

Saf hukuk sahasını ele almadan önce, bize, bilgi problemini umumî bir tarzda İslâm felsefesince tasarlandığı şekliyle ortaya koymak zarurî görünmüştür.

2. — Herkes bilmektedir ki, Kindî'den itibaren (IX. asrın ikinci yarısı), Fârâbî, İbn Sinâ ve İbî Rüşd'e varıncaya kadar müslüman filozoflar, Grek felsefesini «almış»lar ve onu batı dünyasına aktarmışlardır.

* Bu yazı, Şefik Şehhâtâ'nın, *Studia Islamica*'da (XXIII, 1965, s. 5-25) İslâm Hukuk Felsefesi Tetkikleri umumî başlığı altında «Logique juridique et droit musulman» adıyla yayınlanmış makalesinin tercümesidir. Yazar, bize, önemli yaklaşımlar ve değerlendirmeler ihtiva eden kıymetli bir tetkik sunmakla birlikte, —sanıyoruz— usûlü'l-fıkî eserlerinden doğrudan faydalanma fırsatını bulamadığı için, zaman zaman yanlış bilgilere dayanabilmektedir. İlmî bakımdan gözümüze çarpan bazı hatalara ve bunların münakaşasına, «İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları» isimli çalışmamızda (basılmamış doktora tezi) yer vermiş bulunuyoruz. Bunların burada tekrarı imkânına sahip değiliz.

İslâm'ın Grek felsefesi ile karşılaşması Bağdad'da olmuştur. Umumiyetle anlatıldığına göre, Halife Me'mûn, rüyasında, kendisinden eserlerinin Arapça'ya tercüme edilmesini isteyen asil bir ihtiyar görmüştü. Bu asil ihtiyar, Araplar tarafından muallim-i evvel («el-muallim el-evvel») diye adlandırılacak ve felsefesi İslâm düşüncesini asırlar boyunca derin bir şekilde etkileyecek olan ARİSTO'dan başkası değildi. Gerçekten, Aristo'nun eserleri Organon (el-mantıkıyyât) ile başlayarak tercüme edilmiş oldu. Böylece Aristo mantığı birdenbire Arap âlemine girdi. Tesiri kesin idi.

3. — Fakat gayet iyi bilinmektedir ki, İslâm felsefesi, Aristo felsefesinin bir kopyasından ibaret değildir. Neo-Platonizmin payı, Fârâbî'nin düşüncesinde apaçık bellidir.

Plotin de Arap filozofları için bir üstâddır : O, şeyh-i yûnânî («eşşeyh el-yûnânî»)dir. Bizzat İbn Sînâ, Aristotelesci olduğu kadar Neo-Platonisyendir : O'nun «Esrârü'l-hıkme el-meşrikiyye» adlı «şark felsefesi»ne dair eseri, mistisizm ile Aristotelesçiliğin bir karmasıdır. Büyük bir kısmıyla İskenderiye meşşâlliğine (Aristotelesçiliğine) daha önce girmiş olan şarkın mistik temayülü, bu defa İbn Sînâ'nın doktrini içinde kaynaştı.

İslâm felsefesi, bütünüyle bir birlik teşkil eder. O, müslüman filozofların elleri arasında tamamen şarkî bir vasat tarafından etkilenen Grek mirasına çok şey borçludur.

4. — İslâm felsefesinin kelâmcılara karşı mücadelesinin, etrafında teksif edileceği iki esash noktası şunlardır : Yaratma veya âlemin ezeli ve ebedî (éternel) oluşu problemi ve faal akıl (l'intellect actif) problemi.

İslâm filozoflarına göre, âlem, imkân sahası içinde tertip edilmiştir; o, olduğundan tamamen değişik olabilirdi : Öyleyse âlem mümkündür (contingent). Buna karşılık Aristo doktrini onun ezeli ve ebedî oluşunu gerekli kılar.

İkinci noktaya da kısaca işaret edecek olursak : İlmin verdiği muhakemeye dayalı bilgi, daima parçalar halinde ve nâtamam kalmaktadır. Bu doktrin, nazarî ilim sahasında hükümranlığı devam eden aklın değerini reddetmez; fakat ilmin ve aklın üzerinde daha net bir idrak şeklini, sade bir keşfi kabul eder.

5. — Müslüman filozofların, epistemolojinin büyük problemi karşısındaki tavrı budur. Fakat bu tavır, kelâmcılar tarafından aynı şekilde kabul edilmiş değildir.

Burada hatırlatmamız gerekir ki, İslâm'ın «felâsife» (filozoflar) diye adlandırılan hür düşünürleri daha zuhur etmeden önce teoloji (kelâm) ilmi doğmuştu. İslâm akidesinin ortaya koyduğu problemler üzerine eğilimesi sonucu, düşünce akımları, fikrî mesâîler İslâm âlimleri arasında belirdi. Buradan ilmu'l-kelâm veya teoloji doğdu (bkz. L. GARDËT ve M.M. ANAWATI, Introduction à la théologie musulmane, c. I, Paris, 1948).

Kelâmcıların kendileri de Grek felsefesinden etkilenmişlerdir. Başlangıçta onların tartışmaları, özellikle (Kaderiyye ve Cebriyye ekollerinin doğuşuna yol açan) hür irade problemi üzerindeydi. Fakat, Grek diyalektiğini kullanarak aynı bu problemleri mukaddes metinlerin (nassların) ışığı altında tekrar düşünmek için 750 yılına doğru sahneye çıkanlar özellikle Mutezilîler olmuştur. Onlara «birlik ve adâlet taraftarları» («ashâbu'l-adl ve't-tevhîd») denmiştir. Onlara göre, kâinatın bir istenen nizâmı, bir objektif nizâmı mevcuttur : İlâhî irade aklın icaplarına tâbidir (ŞEHRİSTÂNÎ). Allah, başka bir dînî kanun (Şer'î'a) veremezdi. O halde, Şer'îat tarafından getirilen tayinden önce kendiliğinden (li-zâtihî) bir iyi ve bir kötü mevcuttur. Beşerî varlık, iyi veya kötü, tam bir hürriyetle hareket eder. Mutezilî kelâmcılar böylece, temel bir rol oynattıkları beşerî akıl ile dînî vahyi uzlaştırdılar.

Fakat Mutezilîler uzun süre devam etmediler. Güçlü bir reaksiyona yol açtılar. Bunlardan biri olan el-Eş'arî (v. 324 H.), Mutezilî doktrininden şaşaa ile ayrılır ve kendi adıyla «Eş'arîlik» diye isimlendirilecek olan ekolü kurar. Eş'arî kelâmı, asırlar boyunca ehl-i sünnetin temsilcisi olarak mülâhaza edilmiştir.

6. — Bu kelâm ekolüne göre, kâinat, ancak sürekli bir yaratılma ile varlığını sürdürür. Tabiatta kanun yoktur, her şey her an yaratıcı Allah'ın daima hür iradesine bağlıdır. Eş'arîlerin doktrinini kesin bir şekilde zafere ulaştıracak olan GAZZÂLÎ (XI. asrın sonuna doğru)'nin kendisi de Grek felsefesinden gıdalanmıştır. O, Grek diyalektiğinin bütün silâhlarını Aristo felsefesine karşı geri çevirir. O, tabiat kanunu düşüncesi ve illiyet prensibi (principe de causalité) aleyhinde açıkca tavır alır.

Ehl-i sünnet kelâmına göre —İslâm felsefesindekinden de fazla olarak— beşerî akıl esyanın hakikatini («quid») bilmeye muktedir değildir. (en-NEŞSÂR, s. 10). İslâm'da hiçbir yerde, tabii nûr ve beşerî meleke olan «bilfiil akıl» (l'intellect agent) konusundaki Aristo'cu ve Saint Thomas'cu teori kabul edilmemiştir (ANAWATI, s. 348).

Sûfiyye mantığına göre, hakikat, ancak vahyedilebilir (Mantık işrâkî, bkz. en-NEŞŞÂR, s. 21). Umumiyetle kelâmı deliller, naklî delillerden ibarettir (delâil nakliyye, bkz. GOLDZİHER, s. 268, n. 71).

Ehl-i sünnet kelâmı, Mutezilîler tarafından ortaya konduğu şekliyle hür irade prensibini kabul etmez. el-Eş'arî ve talebelerine göre, insanın fiillerini Allah yaratır. Eğer insan kötülük işlerse, herşeye rağmen ondan sorumludur. Zira sadece adem-i istihkak ve istihkak (kesb) kendisinin lehine veya aleyhine hükmettirecektir¹.

Fakat iyi ve kötü nedir? Tabîî hukuk konusunu ele alma bakımından, bizi en çok meşgul etmesi gereken ciddî problem buradadır. Eş'arîlere göre, iyi ve kötü kendiliğinden mevcut değildir. Dînî kanuna riayet iyi, onu ihlâl ise kötü harekettir. Her insan, hareketlerinde, dînî kanun tarafından çizilen hattı takibe gayret etmelidir. Her kâsib'e (gayret sahibine) kendi kesbi vardır : Ya muvaffak olur ya olmaz. Akıl yanılabilir : Bulunmuş her çözüm aynı şekilde geçerlidir (küllühüm alâl-hakk : «hepsi hak yoldadır»).

Buradan şu sonuç çıkmaktadır ki, ehl-i sünnet kelâmcılarına göre, kanun yoksa asla mükellefiyet yoktur. Mükellefiyet, mecbur edici gücünü sadece kanundan alır (BAĞDÂDÎ, Usûl, s. 201).

Bu şekilde tasvir olunan tutumlar, modern çağda Mısırlı büyük reformcu Muhammed Abduh tarafından hücumu uğramıştır. Bu reformatör ve onun ardından bütün öğrencileri, günümüzde hür irade mefhumuna yeniden canlılık kazandırmaya ve onun bütün nüfuzunu tekrar tabîî akla vermeye çalışmaktadırlar. Bu bir çeşit «Neo-Mutezilizm» (Yeni Mutezilecilik) hareketidir.

7. — 1933 yılında Archives de la Philosophie du Droit (Cahier 3-4, 15 ve n. 3)'da yayınlanan bir makalede, sabık dekan GÉNY, İslâmın, hukuku dine tâbi kılacak derecede hukuk ve dini birbirine bağlar bir görünüm arzettiğini yazmakta ve şu soruyu ortaya atmaktadır : «Acaba bizimkine benzer bir tabîî hukuk mefhumundan mı hareket edilmiştir?»

Şu girişin sonucu yerine geçmek üzere kısaca cevaplamaya niyet ettiğim soru işte budur.

Bilindiği gibi, Saint Thomas D'Aquin'e göre, tabîî hukuk, ezelf ve ebedî hukukun insan aklıyla kavranabileceği kısmıdır. Âşikârdır ki, tabîî

1 Mâturidîlik, insanın müdahalesine daha önemli bir rol oynatır. Fakat umumiyetle Hanefi Mâturidîler Eş'arîliğin tutumunu muhafaza ederler.

hukuk mefhumu sıkı bir şekilde bilgi problemine bağlanmış bulunmaktadır. Saint Thomas, hukukun («jus») hakk ve doğru («juste») olduğu için böyle isimlendirildiğini yazabilmiştir (II, II, 57). Pozitif beşerî hukuk —şayet sahîh ise—, tabîî hukuktan neş'et eder; nasıl ki tabîî hukuk, ezeli ve ebedî hukuktan, kâinatı idare eden ilâhî ezeli ve ebedî akıldan hasıl olduysa.

Fakat Saint Thomas, bir ilâhî kanunun zaruretini de kabul eder. Bizzat bu ilâhî kanun, pozitif hukukun bir nevinden başkası değildir : Bu, Allah'ın, insanın kendisine karşı davranışını nizamlamak için belirlediği kanundur. O, herkes için aynı ve umumî prensiplerinde değişmez olan saf tabîî hukuku olduğu şekilde bırakır.

Kelâmcılar, tabîî hukuk ile ilâhî hukuk arasındaki bütün ayırmaları tamamen sükût geçmektedirler. Ve herşeyden önce, onların eserlerinde, pozitif beşerî hukuk sözkonusu olamaz. Pozitif dîni kanun, kısaca, insanın bütün faaliyet sahalarını kucakladığından, teoride, teşrîf iktidar icrası için hiçbir yer bırakmaz. Dîni hukuk. (Şerî'a), Saint Thomas'ın terminolojisinde, her ilâhî kanun gibi, pozitif bir kanundur. Fakat bu pozitif ilâhî hukuk, acaba, aynen pozitif beşerî hukuk gibi tabîî hukuktan mı müştaktır?

Saint Thomas'ya göre, pozitif beşerî hukuk, muteber olabilmek için, tabîî hukuktan istikak etmelidir. Bu pozitif beşerî kanunun varlığı düşünencesi iledir ki, tabîî hukuk mefhumu bütün değerini kazanır.

Oysa, kelâmcıların nazarında böyle bir kanun asla mevcut değildir. Onlar, pozitif beşerî hukukun, adalet mefhumuna veya ilk derecedeki tabîî hukuk prensiplerine mutabık olup olmadığını düşünme mecburiyetini hissetmediler.

Onlar için tek pozitif dîni kanun önünde sadece bir tek problem mevcuttu : O da bilgi problemiydi. Bu pozitif ilâhî kanun, bu ezeli ve ebedî hukukun insan aklınca kavranabilen bir parçası mıdır? Bu, kâinatı idare eden bu ezeli ve ebedî akıl tarafından mı konmuştur? Hulâsa, tabîî hukuk problemi asla vazedilmiş değildir. Kelâmcılar için sadece ezeli ve ebedî hukuk problemi mevcuttu.

Onların cevaplarını biliyoruz : Aristo felsefesiyle meşbû olan Mutezilîler, bir objektif nizamın varlığını, aklın icaplarına tâbi bir ilâhî iradenin varlığını kabul ederler. İyi ve kötü, kendiliğinden (li-zâtihi) mevcuttur. Dîni kanun sadece, aklın kendiliğinden (li-zâtihi) iyi veya kötü olarak mülâhaza ettiğini te'yit için gelir. O halde, ezeli ve ebedî bir hukuk

vardır. Ve aklın rehberliği altındaki hür insan iradesi iyiyi seçebilir ve kötüyü defedebilir.

Eş'arflere göre, akıl iyiyi kötüden ayıramaz. Bunu ilâhî kanun yapar. İlâhî kanun bunu yaparken, herhangi bir ezeli ve ebedî hukuka tâbi değildir. Allah, kendi iktidarı dahilinde, büsbütün başka bir kanunu yürülmüşe koyabilir veya hiçbir kanunu yürülmüşe koymayabilirdi. Her şey, her an, yaratıcı Allah'ın daima hür olan iradesine bağlıdır. GAZZÂLÎ, sarahaten, tabiat kanun olmadığını söyleyecektir². İyi ve kötü kendiliğinden var olmadığı için, herşey ilâhî kanun koyucunun (Şâri') tasarrufuna bağlı olacaktır.

Biliyoruz ki, kelâmda galebe çalan doktrin budur. Bu doktrinde bir ezeli ve ebedî hukukun inkâr edilmiş olması, «tâbiî kanunlar»ın, kâinata merbûat objektif bir nizamın inkârını mantıken intâc eder. Ve şayet tabiat kanunları yoksa, aklın gayreti neye yönelecektir ?

8. — O halde, Grek ruhu ile Arap ruhunun bir sembiyozu olan ehl-i sünnet kelâmı (AHMED EMİN, Duhâ'l-İslâm, s. 8'den naklen : GARDET ve ANAWATI), bu noktada, bilhassa Saint Thomas D'Aquin tarafından temsil edilen batılı katolik ilâhiyatından açıkça uzaklaşmaktadır. Fakat şunu kaydetmek düşündürücüdür ki, Saint Jean Damascène tarafından temsil edilen şarkî ilâhiyat literatürü içinde, tâbiî hukuk prensipleri nadiren hatıra getirilmiştir. Bu prensipler, Bizanslı yazarlar nezdinde hiç görülmez. Alexeiev'in, Archives de Philosophie du Droit (Cahiers 1-2, 1935, s. 135-136)'da yazdığı gibi, «Allah'ın, mümine olduğu kadar müşrike de keşfettiği tâbiî hukuka, şarkî ilâhiyat herhangi özel bir değer atfetmemektedir».

Açıklayalım ki, Saint Augustin'de, tâbiî hukuk konusundaki Grek nokta-i nazarı ile, Allah'ın lûtfu konusundaki Kitâb-ı Mukaddes'e âit nokta-i nazarın bir karışımı vardır. O, hernekadar bir tâbiî hukukun varlığını inkâr etmezse de, insandan, mükemmel kanunlar yaratmasını beklemenin delilik olacağını kabullenir. Bu güvensizliğe, protestan ilâhiyatının belirli bir kısmında raslanmaktadır.

9. — Bu ciddî problem üzerinde batı düşüncesi ile doğu düşüncesi arasındaki farklılık, herşeye rağmen yeterince açıktır.

Grek mirası, bilhassa, Toledo, Sicilya ve Napoli'de XII. asır sıralarında müslüman filozofların eserlerinden yapılan tercüme sayesinde ba-

2 bkz. ANAWATI ve GARDET, s. 63-64. İliyet değil, basit teselsül vardır. İlet kavramının yerine, irtibat kavramı konmuştur.

tıya geçmiştir. Şu halde, bu tercümeleri bilen Saint Thomas, İslâm düşüncesi hakkında malûmat sahibidir (O, İbn Rüşd'ü «sublime esprit = büyük kafa» diye tavsif eder). Fakat, tercüme edilen eserler, filozofların eserleridir. Kelâm kitapları ve özellikle temel fıkıh eserleri, ortaçağ Avrupasında meçhul kalmışlardır. Bunlar, Araplar tarafından batıya aktarılan Grek mirasına asla dahil olmamışlardır.

Böylece, hristiyan ilâhiyatçıların hemen tamamı, hukukî pozitivimin temel öncüllerine (mukaddimât) karşı müttefik durumdadır.

Bunun içindir ki, Gratien'in Dekretalleri bizzat hukukî plânda tabii hukuku iyiden iyiye tanıyacaktı: «Bütün anayasalar, -orada okunur-, şayet bunlar tabii hukuka aykırı iseler, ... terkolunmalıdır».

10. — Şimdi, kelâm ve İslâm felsefesinin, müslüman hukukçuların düşüncesi üzerinde hangi tesire sahip olacağını düşünmemiz gerekmektedir. Şayet tabii hukuk mevcut değilse, İslâm hukuk tefekküründe muhakemenin tabiatı ne olacaktır?

Fakat burada, hemen iki plâni ayırdetmek gerekir. Bir kısım müslüman düşünürler, İslâm hukukunun kaynaklarını tetkikte gerçekten ihtisâşlaşmışlar ve hukuk sahasında takip edilecek muhakeme şekillerini belirlemek zaruretini hissetmişlerdir. Onlar, «usûlü'l-fıkıh» (hukuk metodolojisi) adıyla bağımsız bir disiplin meydana getirmek için kelâmcılardan ayrılmışlardır. İşte bunlar, İslâm hukuk mantığının prensiplerini tanıyabilmemiz için bize yardım edecek olan mahza teorisyenlerdir.

Fakat gerçekten bu ilim, hukuk (yahut «fıkıh») ilminden bile tamamen bağımsızdır. İslâm hukukçuları tarafından İslâm hukuk külliâtını meydana getirmek için fiilen kullanılan metodları, asla usûlcüleri kendi dedüksiyonları içinde takip etmeksizin doğrudan doğruya saf hukuk eserlerinden araştırmak, sıhhatli bir yol olurdu.

Ama herşeyden önce, «usûlcüler» diye anılan İslâm hukuku teorisyenleri nezdinde hukuk mantığının ne olduğunu görelim.

İSLÂM HUKUKU TEORİSYENLERİNDE HUKUK MANTIĞI

11. — «Usûlü'l-fıkıh» diye isimlendirilen ilim teşekkül ettiği sırada, İslâm hukuku zaten şekillenmiş ve «hukukî hâdise» kolleksiyonları şeklinde zuhur etmiş bulunuyordu. Bu durumda, saf teori eserlerinin «usûl»

(racines, principes = kökler, prensipler) adıyla tanınmasına mukabil, saf hukuk eserleri «furû» (branches = dallar) diye adlandırıldılar. Fakat bu terimlerin muhtevaları hakkında yanlışlığa düşülmemelidir. Saf hukuk eserleri, gizli fakat kesin bir prensipler heyet-i mecmûasını önceden farz ederler. Teori eserleri bu prensipleri araştırmazlar; onlar, daha çok, hukuk kaynaklarının tetkikini ve yine -umumi bir tarzda- süje ve obje gibi muhtelif unsurları arasından hukuk kaidesinin araştırılmasını konu edirler.

Kaynakların tetkiki, başından beri, açıkça hukukun kaynakları arasında sıralanmış bulunan «kıyâs» (analoji) adıyla maruf hukukî muhakemenin tahlilini ihtiva edegelmıştır.

Bu sebeple, «usûlü'l-fıkıh» diye adlandırılan ilim, bazılarınca bir nevi metodoloji olarak telâkki edilmiştir. Diğer bazılarına göre, felsefeye nisbetle mantık ne ise hukuka nisbetle de usûlü'l-fıkıh odur. Bize göre bu, görüleceği gibi, hukukun basit bir «prensipioloji»sidir; bir nevi «epistemoloji»dir.

12 — Hukuk prensipiolojisinin ilk sistematik eseri, Şâfiî mezhebini kurucusu eş-Şâfiî'ye (vefatı 204/820) aittir (Bu eser, yakın bir geçmişte MÂJİD KHADDURI tarafından «Islamic Jurisprudence, Shâfiî's Risâla» adı altında İngilizceye tercüme edilmiştir, Baltimor, 1961).

Klâsik müellifler, Şâfiî'yi bu ilmin öncüsü olarak tanımakta mütefiktirler. Bazı tarihçilere göre ise, (el-HATİB el-BAĞDÂDÎ'den naklen : SCHACHT, Origins of Muhammadan Jurisprudence, s. 132), Hanefî mezhebi imâmlarından EBÛ YÛSUF'a (vefatı 183 H.) bir «usûl» eserini borçluyuz. Bu kayda göre O, Şâfiî'ye tekaddüm etmiş olacaktı; fakat eski kaynaklarda bu iddiayı doğrulayan hiçbir şey mevcut değildir (SCHACHT, aynı yer).

En azından şurası bir gerçektir ki, sonraları Hanefîler diye anılan Iraklılar, hukukî muhakeme yolunda, sonraları Mâlikîler diye isimlendirilen Medinelilere tekaddüm etmişlerdir (SCHACHT, aynı yer). Umumiyetle nakledildiğine göre, (Hanefî mezhebinin habercilerinden biri olan) İbn Abbâs, daha o zaman «âmmı» «hâss»dan ayırdetmekteydi (bkz. NEŞ-ŞÂR, s. 57).

Hukuk mantığı, Şâfiî'den çok önce mevcut idi; fakat Şâfiî, bu mantığı, ilk «usûl» eseri olan «Risâle» adlı kitabında ilk defa sistematize eden kişi oldu. İbn Rüşd, din ile felsefe arasındaki uyum üzerine yazılmış olan «Faslü'l-makâl fî beyne's-şerîa ve'l-hıkme mine'l-ittisâl» adlı eserinde (G.

F. HOURANI tarafından yapılmış İngilizce tercümesi, Londra, 1961), bize, hukukî kıyâsın tetkikinin tarih olarak birinci asırdan sonra olduğunu söylemektedir (NEŞŞÂR, a.g.e., s. 56). er-RÂZÎ de (vefatı 606 H.) bize nakletmektedir ki, Şâfiî'den önce insanlar tartışıyorlar ve muhakemeyi uyguluyorlardı; ama kendi görüşlerinin haklılığını isbat için başvuracakları kaidelere sahip değillerdi; Şâfiî ise, «usûl» ilmini ortaya koyan kişi oldu (NEŞŞÂR, a.g.e., s. 58).

13. — Hemen işaret etmek gerekir ki bu ilim, kelâmın tekâmülünden daha önce doğmuştur. Tasavvur edilebilecek olanın aksine, İslâm düşünce tarihinde, zihinler, akîdenin ortaya koyduğu problemlere yönelmeden önce pratik hukuk ilminin ortaya koyduğu problemler istikametine yönelmiştir (NEŞŞÂR, a.g.e., s. 53-54). Fakat İslâm hukuku dînî bir hukuk olduğundan, Kur'ân ve Peygamberin Sünneti ile başlayan hukuk kaynaklarının tetkiki, kelâmcıları da («mütakellimûn») önemli derecede ilgilen-dirmeliydi.

İşte böylece, Şâfiî'den sonra bu yeni ilim, hukukçular tarafından olduğu kadar kelâmcılar tarafından da geliştirilmiş oldu. Fakat, «usûlü'l-fık»ın (hukuk prensipiolojisi), saf teolojiden ibaret olan «usûlü'd-dîn» den (din ilmi prensipiolojisi) net bir şekilde ayırdolunmasına devam edildi. Bu iki dalı birbirine karıştırma, ancak daha sonraları gerileme devirlerinde oldu. Lâkin, bu iki disiplin arasında dar bir bağlantı daima mevcuttu. Şu bir vâkıdır ki, kelâm, İslâm hukuku metodolojisinden çok şey almıştır.

14. — İfade ettiğimiz üzere, Şâfiî'den sonra hukuk metodolojisi, zaman zaman kelâmcılar tarafından tetkik edilmiştir. Bunun içindir ki, İBN HALDUN, «Mukaddime»sinde (s. 247) bu disiplin içinde iki cereyanı ayırdeder. Kelâmcı cereyan, bazen Mutezilî ve bazen Eş'arî temayüllü eserler tarafından temsil edilir. Eş'arî temayüllü en büyük müellifler arasında, ilk defa Aristo mantığını usûl ilmine sokmaya gayret eden ve İmâmü'l-Harameyn (vefatı 487 H.) lâkabıyla anılan el-Cüveynî'yi zikretmek gerekir³. O, hukuk prensipiolojisine ait büyük eserinde (el-Mustasfâ), ictihâd etmek isteyen kimsenin Aristo mantığını bilmesini şart koşan büyük GAZZÂLÎ'nin (vefatı 505 H.) müjdecisi olmuştur!

Fakat, İslâmî bilginin bu dalına kendini veren Mutezilî temayüllü kelâmcılar da mevcut olmuştur. el-BASRÎ bunların başında zikredilebilir.

3 el-Burhân (delîl) adlı eserinde.

Nihayet, el-Âmidî (vefatı 631 H.) tarafından temsil edilen telifçi kelâmcılar da vardır.

15. — Lâkin, İbn Haldun'un daha önce işaret ettiği gibi, bütün bu müellifler, hukuk problemlerini kendi hukukî durumları içinde ele almaktan uzaktır. Bazen, saf hukuk (furû') eserleri tarafından verilen çözümlerden açıkça uzaklaşmakta, onlara hiç itibar etmemektedirler.

Buna karşılık, yine İbn Haldun'un dediği gibi, hukuk prensipiolojisi eserleri meydana getiren hukukçular, bilhassa Hanefiler, hadiselere çok yakındırlar; onlar, fıkıh eserlerince verilen çözümler arasından kaideler elde etmeye çalışırlar. Bunların en önemlileri arasında, el-Cessâs (v. 370 H.), ed-Debûsî (v. 430 H.)⁴ ve es-Serahsi zikredilebilir. Fakat günümüze kadar, kendisinin bu sahada otorite olduğu mulâhazasını koruyan müellif el-Pezdevî'dir⁵.

Bir de, Hanefî metodunu mütekellimîn metodu ile meczeden müellifler dizisi vardır. Biz bunlardan İbnü's-Sâ'âtî (v. 694 H.) ile muâsır müelliflerin sık sık başvurdukları meşhûr «Tenkîh»ın yazarı Sadru's-Şerî'a Abdullah b. Mes'ûd'un (v. 747 H.) isimlerini vereceğiz.

Hanefî olmayan müellifler arasında, Mâlikîlerden Şâtıbî (v. 780 H.) ve Karâfî (v. 684 H.) ile Şâfiîlerden Sübkî'yi zikrederim.

İşaret etmeli ki, Şâfiî ve Mâlikî müelliflerin hepsi, Eş'arîliğin tesiri altındadırlar. Buna mukabil Hanefî müellifler, Mâturîdîlikten etkilenmişlerdir. Bilindiği gibi, Mâturîdîlik yumuşatılmış bir Eş'arîliktir.

16. — Daha yukarıda, İslâm hukuk külliyyâtının, İbn Haldun'un ifadesiyle bu «yeni» ilmin doğuşundan daha önceleri teşekkül etmiş olduğunu yazmıştık.

Bu külliyyât, yeni ilimden asla etkilenmiş değildir. Daha önce teşekkül etmiş olan mezheplerin her biri, fıkıh (saf hukuk) ilminden bağımsız olarak inkişâf eden «usûl» ilminin doğuşundan sonra da durumlarını devam ettirmişlerdir.

Her ne kadar «usûl» ilmını ilk olarak ortaya koyan Şâfiî ise de, bunu, Şâfiî mezhebenin kurucusu sıfatıyla yapmamıştır. Bunun içindir ki,

4 «Te'sisü-nazar»ın müellifi.

5 «Keşfü'l-esrâr»ın müellifi. Esasen Pezdevî'nin (v. 482/1089) eseri «Kenzü'l-vusûl ilâ ma'rifeti'l-usûl» olup, kısaca «Usûlü'l-Pezdevî» diye de anılır. «Keşfü'l-esrâr» ise, Abdülâzîz el-Buhârî (v. 730/1329) tarafından bu esere yapılan şerhin adıdır. (mütercim).

Şâfiî'den sonra —umumiyetle— müellifler, O'nun çizdiği hattı takip etmekle beraber, pozitif hukukî doktrinlerini asla tadil etmemişlerdir. Hanefî ve Mâlikîler, «usûl» eserlerini meydana getirirlerken, Şâfiîler kadar hadiscidirler. Zaten bunların hapsi Eş'arî veya Mâturîdîdirler ve Mutezili değildirlere.

O derece ki, «usûl» ilmi, hukuk ilmine tesir etmeksizin ve kendisi de usûlcü hukukçuların mensup oldukları hukuk mezheplerinin farklılıklarından tesire uğramaksızın doğmuş ve inkişâf etmiş olan bağımsız bir ilim görünümünü taşımaktadır.

Her ne kadar Hanefîler, umumiyetle söylendiği gibi, —başka mezheplere mensup ve özellikle kelâmcı müelliflerden farklı olarak— hukuk metodolojisi (usûl) problemlerini hadiselerden ve hukuk (fıkıh) eserlerinde kendilerine verilen çözümlerden hareketle incelemişlerse de, gerçekte, «usûl» eserleri tarafından incelenen problemler sahasında bu iki cereyan arasında mevcut olan farklılıklar çok azdır.

Tanınmış bir Hanefî müellif olan el-HAMEVÎ, hukukî bir metni şerh ederken (el-Eşbâh, I, 245) kesinlikle ifade etmektedir ki : «Furû' eserlerinin aksini söylediklerinde «usûl» eserlerinde bulunanları nazara almamak gerekir». Müellifin ifadesine göre, bu, doğruluğu herkes tarafından teyid edilen bir prensiptir.

Hanefîlerinki de dahil olmak üzere şu sonuç çıkarılabilir ki, «usûl» eserleri saf hukuk ile ilgili umumî kaideler vazetmezler. Bunlar hukuk kitapları değildirler. Onlardan herhangi bir çözüme varılamayacaktır.

İslâmî literatürde «usûl» ilmi, esasen hukuk ilminin bir epistemolojisini teşkil eder. O, tam tamına, metodolojinin konusu olan ve mantığın bir bölümünü meydana getiren metodların tetkikinden ibaret değildir; bir sentez hiç değildir. Esas itibarıyla o, prensiplerin, mantıkî kaynaklarını, değerlerini ve objektif muhtevalarını belirlemeye tahsis edilmiş tetkikidir. O, bilgiyi, teferruatlı ve «a posteriori» (mâ ba'dî, sonradan) tetkik eder (bkz. LALANDE, Vocabulaire).

MASSIGNON'a göre (L'Année Sociologique, 1952, s. 356-357), «Usûl, Aristoculuktan ziyade Stoacılığa daha yakın; özel, deneyci bir mantığı kullanarak sosyal hadisler yığınına terkip etmeye mecbur olmuştur».

Şimdi bu mantığın ne olduğunu görelim.

USÛLCÜLERE GÖRE HUKUK KAYNAĞI OLARAK «KIYÂS»

17. — Bilindiği gibi, bu teorisyenlere göre İslâm hukukunun kaynakları dörttür : 1. Kur'ân, 2. Sünnet, 3. İcmâ', 4. Kıyâs (analoji).

Klâsik doktrinin, muayyen bir muhakeme usûlünü, basit bir zihîn ameliyesini hukukun kaynakları arasına yerleştirmiş olması hayret vericidir. Bu da hemen, aklî muhakemenin, hukukun teşkilinde bile önemli bir rol oynaması gerektiğini tesbite imkân vermektedir.

Maamafih, kıyâsın hukuk kaynağı olarak ortaya çıkışı, bizzat usûlcülerin kendi aralarında canlı münazaralara konu olmuştur. Daha ileride göreceğiz ki, Sünnî bir mezhep kurmuş olmakla beraber Hanbelîler, böyle bir kabulün doğru olmadığını ileri sürmektedirler. Diğer taraftan, muhtelif mezheplerin usûlcüleri arasında, hukuk kaynağı olarak mülâhaza edilebilecek muhakemenin mahiyeti hakkında ayrılıklar vardır.

18. — Şurası bir gerçek ki, İslâm hukuk külliyâtının teşekkülü, muhakemeye çok şey borçludur. İslâm'ın ilk zamanlarında, zuhur eden meseleler, serbestçe yaygınlaşan muhakeme sayesinde çözümlenmişlerdir. Kur'ân nassları ve Peygamber'in hadisleri, pratik hayatta ortaya çıkan bütün meseleleri muhtevi değildi : Onun için, bütün cehti mutazammın zihnî bir gayret olan ve «ictihâd» adı verilen vasıtayla, hadiselere çözümler araştırma mecburiyetinde kalındı. Umumiyetle söylendiği üzere, usûlcülerin diliyle, «ictihâd» kapıları o sırada tamamen açıldı.

Böylece ictihâd, icmâ' tarafından tanınmış olan ve pozitif hukukun bünyesine girebilen çözümler ortaya koymayı mümkün kıldı. O, aklî bir temele, akl-ı selîme (el-ma'kûl) dayanıyordu. Bu, daima makbul olan saf haldeki muhakemeden ibaretti : O, «re'y» şeklini alıyordu.

Şâfiî ilk usûl eserini yazdığı anda, bu kanaat (re'y) hürriyeti O'nun hücumuna uğradı. O, hukuk kaynağı olarak re'y'i açıkça mahkûm eder. O'nun, şer'î hukukun boşluklarını doldurmak gayesiyle kabul ettiği tek muhakeme usûlü, zaten sıkı bir disipline tâbi kıldığı kıyâs (analoji)tan ibarettir.

19. — Fakat Şâfiî, asla «kıyâs»ı icat eden kimse değildir. Kıyâs, daha önce özellikle Iraklılar tarafından tatbik edilen «re'y»in en çok kullanılan şekillerinden biriydi. Onların nezdinde kıyâs, «re'y» ile karışık halde bulunuyordu. Şâfiî, onlara boşuna «ehlül-kıyâs (kıyâs taraftar-

ları)» lâkabını vermiştir. Gerçekte onların literatürü terimi bilmemektedir. İsim vermeksizin «kıyâs»ı kullanmakta olan Medîneliler ve Suriyeliler (bkz. SCHACHT, *Ésquisse d'une Histoire du Droit Musulman*) de aynı durumdadırlar.

20. — Irak doktrini, Ebû Hanîfe ile (v. 150 H.) mezhep haline gelince, kıyâsın tam bir vukufuyla kullanılması Hanefî literatüründe sıklaşır. Fakat bazı oryantalistlerin haksız yere yaptıkları gibi, bu muhakeme usûlünü kullanan tek mezhebin bu olduğu sonucunu varılmamalıdır. Profesör SCHACHT'ın işaret ettiği üzere, Mâlikîler de aynı derecede kıyâsı kullanırlar. Mâlik, «Muvatta'»ında kıyâs terimini dahi kullanır. Şâfiî, muhakeme serbestisine muhalefet ederse de, ortadaki gerçek şudur ki, Şâfiî mezhebi kıyâsı diğer mezheplerinki ile aynı ölçüde kullanır. Hanbelîler prensip olarak kıyâsı inkâr ederler; fakat diğer mezheplerin müellifleri ile aynı tarzda akıl yürütmeye devam ederler. Onlar, nassların basit bir geniş yorumu gibi mülâhaza ettikleri bir yolla aynı neticeyi elde ederler. Ehl-i sünnetin dışında olan ve prensip olarak nassın lâfzına (zâhir) bağlanan Zâhirîler ise, kıyâsın verdiği neticeleri elde etmek için, «el-mefhûm» (zımnî manâ) denen eşdeğerde bir kavrama başvurma mecburiyetinde kalmışlardır.

Gerçekte, bu konuda mezhepler arasındaki muhalefet tamamen sun'îdir. Bazı klâsik metinlerin yaptığı gibi, onları, hadis taraftarları (ehlül-hadîs) ve re'y taraftarları (ehlür-re'y) şeklinde ayırdetmek doğru değildir. Kendilerinden hadîs taraftarları diye sözedilenler (Hanefî mezhebi dışındaki mezheplerin mensupları), —görüleceği üzere— tıpkı re'y taraftarları gibi kıyâsı ve hatta bazen diğer muhakeme usûllerini geniş ve semereli bir şekilde kullanırlar.

21. — Fakat kıyâs nedir? Bu, kapalı bir terimdir ve tesrihe muhtaçtır. Geniş manasıyla kıyâs, —umumî bir tarzda— çok kısa muhakemedir. Hukuk (fıkıh) dilinde bu terim, hususî bir mana kazanmıştır : O, mahza analogidir. Bu, hukukçu usûlcüler tarafından da kabul edilen manadır. Kelâmcı usûlcüler ise, bazen, bir çeşit endüktif silojizm olabilen kıyâsı, daha ziyade «temsîl» adını verdikleri mezkûr analogiden ayırdederler.

Bu tetkikin konusunu teşkil eden kıyâs, pozitif İslâm hukukunu tekevün ettirme gayesiyle müctehidler tarafından takip edilmiş bulunan muhakeme usûlüdür. Hukukçu usûlcülerin, İslâm hukukunun kaynakları arasında sıralayacakları kıyâs da işte budur.

Kıyâs adı verilen usûlü iyice analiz edecek olursak, görürüz ki, burada, cüz'iden cüz'îye giden ve yeni bir hadiseyi daha önceden bilinen eski bir hadiseye irca eden bir mahakeme sözkonusudur. (ANAWATI ve GARDET, a.g.e., s. 412). O, hususi bir hadiseyi bir başka hususi hadiseye geçirir (ta'diye ettirir). Bu, daima iki terimli bir akıl yürütmedir. Paralel olarak konmuş iki çiftten herbiri içinde iki terimin görünmesi gerekli olduğundan, bilinmek istenen terim, çiftlerden birinin iki teriminin ve ikinci çiftin terimlerinden birinin bilinmesiyle taayyün eder. Bazı oryantalistlerin haksız olarak zanettikleri dedüktif silojizmden epeyce uzakta bulunmaktadır (NALLINO). Onlardan birisi üzerine yapılmış müşahedeleri aynı nevideki bütün hadiselerle yaymayı hedef almadığına göre, o, endüktif bir muhakeme olarak da mülâhaza edilemeyecektir (meselâ, KANT tarafından verilmiş bulunan endüksiyon tarifi ile mukayese ediniz).

İşaret olunmalıdır ki, Hanefiler ve Mâlikiler, kıyâs vasıtasıyla elde edilmiş sonucun temel alınarak yeni bir kıyâsa gidilemeyeceğini kesinlikle açıklarlar. Kıyâs üzerine kıyâsın değeri yoktur. Şâfiiler ve Hanbeliler bunu kabul etseler de, bu daima, ancak cüz'î bir hadiseden bir başka cüz'î hadiseye geçiş için olacaktır.

Zaten, kıyâs yoluyla elde edilmiş neticenin, sadece iğreti bir netice olabileceğini ifade etmekte herkes mutabıktır. Usûlcüler umumiyetle söylerler ki, fıkıh sahasında kıyâs asla kat'î sonuç sağlamaz.

İbn Haldun, Mukaddime'sinde (s. 318) bunun tarifini şöyle verir : «Kıyâs, sarîh nassların bulunmaması halinde kullanılan bir vasıta. O, iki hadise arasında mevcut olabilen benzerliklere dayanır. Kesinlik değil, zan, yani Şâri'in (Allah'ın) her iki hadise için aynı çözümü murad ettiği ihtimalini tevliid eder».

22. — Usûlcüler, kıyâsı analiz etmek istediklerinde, onun dört unsurunu ayırırlar : 1. Prensip («asl»), 2. Mesele («fer'»), 3. Koz («illet»), 4. Netice («hukm»). Fakat bu terminolojinin muhtevası hakkında katıyen yanlışlığa düşülmemelidir. «Asl», asla umumi kaide manasında prensip değildir : Bu, basitçe ilk hadise, daha önce iki tarifi içinde bilinen hadisedir. Şâfiî, mutlak olarak, bu ilk hadisenin, bir Kur'ân veya Sünnet nassına yahut bir icmâyâ konu olmasını ister. İşte bu, bütün kıyâs amelîyesinin hareket noktasıdır. Bu amelîye, fer' denilen ve kıyâsın ikinci unsurunu teşkil eden tâbi meselenin çözümlenmesiyle sonuçlandırılmalıdır.

Üçüncü unsur olan tayin edici sebebe («illet») gelince, bu kıyâs denen mantikî amelîyede bir üçüncü terimin var olduğu inancını verebilecektir.

Gerçekte, hiç de öyle değildir. Şâfiî, bu unsura «illet» veya sebep adını vermekten çok sakınır. O, «ma'nâ»dan bahsetmekle yetinir. Zaten bu unsurun muhtevası hakkında usûlcüler arasında pek karışık ihtilâflar ortaya çıkmıştır. İşte, Mutezîlî temayüllü usûlcüler, Eş'arî temayüllü ehl-i sünnet usûlcülerinden bu noktada ayrılacaklardır. Ehl-i sünnet doktrinine göre, «ratio legis» yani verilen bir çözümü tayin edici sebep var olamaz. Vahyedilmiş bir metinde yazılı çözümü tamamen hür olarak vazeden, Allah'ın iradesidir. O halde, ikinci çiftin ikinci terimini bulmak için, —kendisini kabul etmek şartıyla— birinci çiftin iki terimi arasında herhangi bir illiyet bağı aramaya gerek yoktur. Sadece, müşabehet, iki çifti birleştiren benzerlik noktası aranmalıdır. Şu halde illet, asla bir illiyet bağı değil, iki çiftten birini diğerine bağlayan basit bir irtibatır. Bu bağı keşfetmek için, emareler («ed-delâil») yardımıyla bir çeşit paralelizme başvurulur.

Söylemek gerekir ki, diğer münasebet bağları arasında, motif («el-bâis») muhafaza olunabilir. Şayet kıyâsı yapanın zihnine birden fazla mülâhaza gelecek olursa, gerçeğe en yakın olanı seçebilir.

Ancak, daima, kıyâsın dayanağı olan bir bağdan hareket etmek gerekir. Açık bir şekilde böyle bir bağa dayanmayan bir muhakeme vasıtasıyla bir hadiseden bir başkasına geçildiğinde, bu halde, kıyâstan başka bir kaynak sözkonusu olacaktır. Bu, kıyâsın sonuçlandıramayacağı bir çözüme ulaşmanın dolambaçlı bir vasıtası olacaktır. Yine de bu, —görüleceği üzere— en azından bazı mezheplerde kabul olunabilmektedir. Belirtelim ki, bu dolambaçlı vasıta, bazen, açık kıyâsın zıddı olmak üzere «kıyâs-ı hafî» (gizli analogi) adı altında ifade edilebilmektedir. Gerçekte o, ayrı bir akli kaynak teşkil etmektedir.

23. — Şimdi, yapılan tahlilleri aydınlatacak bir kaç misal vermemiz gerekiyor. En eski literatürden alınmış bir kaç misal, bize, başlangıçta kıyâsın nasıl silik ve ibtidâî bir şekil altında tatbik edilmiş olduğunu gösterecektir.

Bilindiği üzere, zina halinde verilecek recm cezası, bir Kur'ân âyetine göre, suç iddiasının aynı zamanda dört kişinin şahitliği ile isbat edilebilmiş olması dışında uygulanamaz. Kıyâsen, bu dörtlü şahadetin bulunmaması halinde maznunca dört defa tekrar edilen ikrarın yeterli bir delil olarak kabul edilebileceği sonucu çıkarılabilmektedir.

Başka bir misal : Hırsızlık, hırsızın elinin kesilmesi suretiyle cezalandırılır. Elin beş parmağına kıyâsen, çalınan şeyin değerinin en az beş dirhem olması gerekeceği sonucu çıkarılmıştır.

Fakat hukuk ilminin inkişafı ile, kıyâs bir başka açıklık kazanır. İrtibat bağı, özellikle «bâis» (sâik) şekli altında ortaya çıkar. Böylece, kanun boşluklarını dolduran pozitif çözümlere ulaşılır. Buna tipik misal olarak, kendi lehine bazı mallar vasiyet eden kişiyi (mûsî) öldüren mûsâ-lehin (lehine vasiyet yapılan) durumunu vereceğiz. Nass, mûrisini öldüren kanunî mirasçının miras hakkının düşmesi hükmünü derpîş etmektedir. Kıyâsa göre bu, mûsâ-leh hadisesine ve hatta lehine düzenleme yapmış vakıf kurucusunu öldüren bir vakıf meşrût'un-lehi hadisesine teşmil edilebilmiştir. Açıktır ki, mirasçı meselesinde hakkın sona ermesini uygun gösteren ratio legis (mûcip sebep), mûsâ-lehin halefiyeti hadisesinde veya vakıf şekli altında yapılmış ölüme bağlı tasarruflar hadisesinde kıyâsen verilen çözümü de haklı gösterici niteliktedir.

Bu uygulamalar içerisinde, kabul etmek gerekir ki, gördüğümüz kıyâs, kendisinin, modern hukukta «kanunî kıyâs» denen kıyâsla uyuştuğunu kuvvetle hatıra getirmektedir. Modern hukukta olduğu gibi, o, kanun boşluklarını doldurmaktadır. Hatırlayalım ki, prensip olarak kıyâs, bir Kur'ân metninden, hadis mecmuaları tarafından nakledilen bir metinden veya İslâm ümmeti tarafından «icmâ'» şekli altında kabul edilmiş bir hükümden hareketle yapılmalıdır. Bundan dolayı usûlcüler kesinlikle ifade etmişlerdir ki, kıyâs bir nassı değiştiremez veya onun muhtevasını sınırlandıramaz. Nassın hususi bir hadise için istisna yoluyla bir çözüm getirdiği durumda kıyâsın rolü olamaz. Aynı şekilde, şayet ilâhî kaide, beşerî idraki aşan veriler üzerine dayalı hususi (muhtass'un-bih) bir çözüm vazetmişse, bu durumda da kıyâs kullanılamaz.

24. — Tanınmış oryantalistler (Snouck-Hurgronje, Nallino), basit bir muhakeme tarzının, usûlcüler tarafından nasıl hukuk kaynakları arasında sıralanabildiği hakkında düşünmüşlerdir. Nallino, bunu garip karşılar. Snouck-Hurgronje, kendi kanaatine beşerî mantığı temsil eden kıyâsın, gramer kaidelerinden ve aritmetik prensiplerinden ayırđedilebileceği bir nokta görmez. Şer'î metinlerin (nassaların) anlaşılmasına o derece yardımcı olduklarına göre, bütün bu ilimlerin aynı şekilde birer kaynak olarak mülâhaza edilmeleri gerekirdi. Bundan, kıyâsın hukuk kaynağı derecesine yükseltilmesinin, sırf tarihî sebeplere bağlanması gerekeceği sonucu çıkmaktadır. «Re'y» şekli altında serbest araştırma teâmülünün yer verdiği suiistimaller sebebiyledir ki, usûlcüler, hukuk mantığını bazı kaidelere tâbi kılmayı arzuladılar; böylece o, kıyâs şekli altında belirdi ve o şekliyle hukuk kaynağı mertebesine çıkarılmış oldu.

Fakat, daha önce, kıyâsın sırf kanunî kıyâs olduğunu tesbit etmiştik. Bizim de aralarında olduğumuz diğerk bazı hukukçulara göre ise, kanunî

kıyâsın kaynak unvanına yükselişinin bizi şaşırtacak bir yanı yoktur. Halen yürürlükte bulunan 1865 tarihli Avusturya Medenî Kanunu, 7. maddesinde, kıyâsın bir hukuk kaynağı olduğu hükmünü koymaktadır. «Şayet ihtilâflı bir mesele —der madde—, bir kanunun ne lâfzına ne ruhuna göre halledilemezse, kanunlar tarafından halledilmiş benzer meselelere ve diğer kanunların esbâb-ı mücibelerine bağlanılmalıdır». (DOUCET tercümesi, Paris, 1947). Alman Medenî Kanunu'nun ilk tasarısı da aynı şeyi yapmıştı.

Sabık Dekan GÉNY, «Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Pozitif» (Yorum Metodu ve Pozitif Hususi Hukukta Kaynaklar) adlı büyük eserinde, kanunun genişletici yorumundan açıkça ayırdettiği kıyâsın önemini yeniden ortaya çıkarmıştır⁶ : «O (kıyâs), diye yazar, hukukî sebebin aynılığı üzerine kurulu yeni ve farklı bir kaide yaratmayı hedef tutar. Kıyâs, verilen bir durum için, bu durum ile kanunun düzenlemiş olduğu durum arasındaki temel bir benzerlikten, bir çözüm çıkarır» (a.g.e., 2. baskı, Paris, 1954, I, 304). Ve GÉNY sonuç olarak şöyle der : «Bana gelince, şu anlayışı bütünüyle kabul etmekte tereddüt göstermeyeceğim : Bu, hukukî tekâmülün bağımsız bir vasıtasıdır».

Daha önce SAVIGNY, «Système du Droit Romain» adlı eserinde (I, 284) kıyâsa bütün bir parağraf tahsis etmişti ki, O'na göre de kıyâs «kanunun yorumu sahasını aşar ve mevzuatın gerçek boşluklarını doldurur».

25. — Şayet İslâm hukukunun, nazariyâtı bilmeyen sırf amprik (tecrübeye dayalı) bir hukuk olduğu hatırlanırsa, usûlcüler tarafından kıyâsa verilen önem daha iyi anlaşılacaktır. Demek oluyor ki o, ancak hususi hadiselerden hareketle ve kıyâs vasıtası ile işlenebilir. Diğer taraftan, daha önce görüldü ki İslâm hukuku, her türlü tabîî hukuk düşüncesinden tecerrüd eden pozitif bir sistemdir. Şeklî hukuk sisteminin bu önemli özelliği, temelini nasslarda bulan kıyâsî tekâmülü gerekli kılar. Tabîî hukuka müracaatı bütünüyle bertaraf etmek içindir ki, Alman Medenî Kanunu'nun ilk tasarısının müellifleri, kıyâsı, pozitif hukukun boşluklarını doldurmakla görevli bir kaynak olarak kabul etmişlerdir.

Nihayet unutmayalım ki, şayet kıyâs vasıtasıyla elde edilen çözüm, modern hukukta olduğu gibi İslâm hukukunda da aynı tesirle kendini hâkime kabul ettirmiyorsa, bu, İslâm hukukundaki bu çözümün, modern hukukların analoji (kıyâs) adını verdikleri zihnî ameliyeye her

6 Fransız müellifler (AUBRY ve RAU hariç) umumiyetle kıyâs ile genişletici yorumu birbirine karıştırırlar.

noktada benzer özel bir ameliyeden neşet etmeyen iğreti bir çözüm olmadır. Kıyâs, çözümlerden, kendilerini açıklayan prensibi, daha sonra aynı prensibin şartlarını dedüksiyon yoluyla diğer hipotezlerde araştırmak için çıkarmak değildir (GÉNY, II, 121). O, —işaret ettiğimiz gibi— yeni baştan bir özel hadiseye doğru tekrar inmek için özelden genele varmayan iki terimli basit bir ameliyedir. Demek oluyor ki, İslâm hukuk mantığı, Aristo mantığından ziyade Stoaist veya Neo-Platonist mantık tarafından etkilenmiştir.

Usûlcülerin kıyâsı, zaten daima nasslara dayalı kanunî bir kıyâstır. O, asla bir hukukî kıyâs (Rechtsanalogie) değildir. Bu beriki kıyâs türü, muhtelif hususî durumları gerekli kılan umumî prensiplerin varlığını önceden farzeder. Saf hukuk eserlerinin müellifleri, kıyâsın bu son türünü kullanmak zorunda kalacaklardır. Fakat bundan sonra bazı usûlcüler, basit kıyâsın doldurmaya asla kâfi gelmeyeceği boşluklara çare aramaya çalışacaklardır. Onlar, kıyâsın sertliklerini düzelterek diğer muhakeme usûllerine başvuracaklardır. Bazen «istihsân»a (iyi görme), bazen de «ıstıslâh»a (âmme menfaati) müracaat edeceklerdir. Ve böylelikle, hakkaniyet veya müşterek hayır mefhumları, herşeye rağmen, birdenbire pozitif hukuk sahasına gireceklerdir.

Fakat bu yumşatıcı mefhumların, ya da daha çok yine İslâm hukukunun kaynakları olarak mütalâa edilebilen bu diğer muhakeme usûllerinin tetkiki, yakın gelecekteki bir araştırma yazısı için sakladığımız hususi bir incelemeye değer.