

Yeni usul-i fıkah arayışları çerçevesinde bir metin: Hüseyin Naci ve *lâik* usul-i fıkah

Sunuş

Tanzimat sonrasın-
da fıkahın
düzenle-
me iddi-
asında bulunduğu
alanlarda girişilen ta-
dil ve tebdil hareketi-

nin, esas itibarıyla usul-i fıkıhtan hareket eden bir arayışın ürünü olmadığı görülmektedir. Bir içtihad süreci içinde kararlaştırılması beklenen gelişmeler, daha çok siyasi tercihler arasındaki dengelere bağlı olarak varlık alanı bulmuştur. Özellikle II. Meşrutiyet sonrasında yoğun olmak üzere sözkonusu dönemde, kendi içinde tutarlılığı olan bütüncül bir usul-i fıkah anlayışının bulunmayışı sebebiyle fıkah çerçevesindeki tartışmaların günübirlik kaygılar etrafında şekillendiğini söylemek mümkündür.

Kanunlaştırma girişimleri içinde önemli ve temsili bir değeri bulunan Mecelle gibi bir hukuki metnin ortaya konmuş olması bir yandan yerleşik fıkah anlayışının hayatiyetini sürdürmesi anlamına gelirken diğer yandan, dönemin gelişmeleri içinde ihtiva ettiği çelişik unsurlardan ötürü bu girişim, usul-i fıkah seviyesinde fıkahın yeniden tanımlanması ihtiyacının ortaya çıkmasına ve dolayısıyla yerleşik kabullerin kısmi bir gözden geçirilmesine de zemin hazırlamıştır. Hanefi mezhebi içinde kalınarak nisbeten dar bir hukuki çevrenin görüşleri doğrultusunda hazırlanmış olmakla birlikte en azından şekil özellikleri bakımından yeni (modern) unsurlar taşıyan böyle bir metnin, değişen köklü tercihler karşısında savunulması zor olmuştur. Değişen tercihlerle olan uyumsuzluğun faturası büyük ölçüde Hanefi mezhebine ve bir anlayış olarak da mezhep bağlılığına çıkarılmıştır.

Gerçekte, modernist yaklaşımların tervec ettiği mezheplerüstü iktidatî bir *İslam hukuku*¹ anlayışı bile, esas itibarıyla kaynaklandığı dünya görüşünün temel varsayımları gereği dönemin değişen isteklerine tatminkar çözümler üretmekte yeterli olamazdı. Bu çelişkili ortam içinde modern problemlere fıkah çerçevesi içinde kalınarak cevap bulma gayretleri neticede, bazı yön-

1 Burada *İslam hukuku* ifadesine özellikle dikkat etmek gerekir, çünkü bu iki kelimelik terim, fıkıhtan ayrı bir şeye işaret etmektedir ve hassaten modernizm etkisiyle malüldür.

leri gözden uzak tutulmuş, diğer bazı yönleri (özellikle ve dikkat çekici biçimde örf, zaruret ve maslahat gibi değişmeye bağlı kavramlar) ise aşırı vurgulanmış bir usul-i fıkıh anlayışının doğmasına yol açtı. Başlangıçta da belirttiğimiz üzere bu, bütüncül bir usul kabulünden çok, maksada hizmet edecek bazı kavram ve prensiplerin, anlam çerçevelerinden bağımsız olarak öne çıkarıldığı ve araçsal bir yaklaşımla değerlendirildiği münferid ve tutarsız bir yöneliş ifade etmektedir. Kaynak anlayışının tamamen yeni bir zemine taşındığı İctimai usul-i fıkıh tartışmaları,² çeşitli günlük gelişmeler dolayısıyla gündeme gelen cevaz³ ve hüsun-kubuh⁴ kavramları etrafında ortaya konan görüşler bu yaklaşımın örnekleri olarak görülebilir. Bu durum, usul-i fıkıhın bir disiplin olarak tedrisinde de zaman zaman bariz biçimde kendini hissettirmiştir. Bunun en belirgin örneği Seyyid Bey'in Darülfünun Hukuk Fakültesi'nde okuttuğu usul-i fıkıh derslerine ait notlardır. Onun meşhur *Medhal*'i⁵ mücerred bir usul-i fıkıh kitabı olarak görülemez. Aksine, tertibi, muhtevası, vurguları, konu yoğunluğu ve yaklaşımları itibarıyla Seyyid Bey'in bu usul kitabı rahatlıkla dönemin fikri yönelimlerini yansıtan siyasi bir metin olarak okunabilir.

Kısaca tasvir etmeye çalıştığımız bu yeni dönemdeki usul-i fıkıh algılamasının, Cumhuriyet'in ilk yıllarındaki bir yansımasını, Darülfünun Hukuk Fakültesi'nde eskiden beri okutulmakta olan usul-i fıkıh dersinin kaldırılması⁶ dolayısıyla kaleme alındığı anlaşılan ve takip eden sayfalarda yeni harflere çevirerek aynen aktardığımız metinde daha da ileriye taşınmış olarak buluyoruz. Hukuk Fakültesi hocalarından Hüseyin Naci⁷ tarafın-

2 Bu tartışmaların bir icmal için bkz. Abdülkadir Şener, "İctimâî Usul-i Fıkıh Tartışmaları", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam İlimleri Enstitüsü Dergisi*, V (1982), s. 231-247. Tartışmaların sosyal bilimler açısından bir değerlendirmesi ve ilgili metinler için bkz. Recep Şentürk, *İslam Dünyasında Modernleşme ve Toplum Bilim*, İstanbul 1996, s. 143-151, 297 ve devamı.

3 Bu konudaki tartışmaların ana çizgileri Mansurizade Said'in İslam Mecmuası'nda (X [1330] s. 7-15) yayınlanan "Cevazın Ahkam-ı Şer'iye'den Olmadığına Dair" başlıklı yazısı ve İzmirli İsmail Hakkı'nın *Sebilürreşad*'da (c. 12, sayı 303-307 (1332), s. 296-301, 315-319, 326-329, 345-351, 358-360; c. 13, sayı 329-332 (1333), s. 128-129, 135-137, 144-145, 152-153) yayınlanan tenkit yazılarından takip edilebilir.

4 Sözkonusu dönemde bu konuya özel önem atfeden yazarlar arasında örnek olarak Seyyid Bey zikredilebilir.

5 Mehmed Seyyid, *Usul-i Fıkıh, Cüz-i Evvel: Medhal*, Matbaa-i Amire, İstanbul 1333.

6 Konu ile ilgili düzenlemenin metni için bkz. "Darülfünun talimatnamesinin 5. maddesinde münderic 'Usul-i fıkıh' dersinin ilgasıyla yerine 'Tarih-i hukuk' dersinin ikamesi hakkında kararname" (7 Kanun-ı evvel 1341 (1925), numara 2875), *Düstur*, Üçüncü tertip, eski basılış, Ankara 1928, c.7, s. 213, no:71. Hukuk Fakültesinde okutulması öngörülen derslerin yer aldığı 21 Nisan 1340 tarihli Darülfünun talimatnamesinin metni için bkz. *Düstur*, Üçüncü tertip, ikinci bası, c.5, İstanbul 1931, s. 1098-1107, nu. 473.

7 Bu zat hakkında, Hukuk Fakültesi'nde hoca olması dışında herhangi bir biyografik malumata ulaşılmış değiliz.

dan kaleme alınmış olan ve esas itibarıyla, “yeni” ve “laik” bir usul-i fıkıh dersine olan teknik ihtiyacı dile getiren yazıda, önce yerleşik usul-i fıkıh te-lakkileri tenkide tabi tutulmuş, usul-i fıkıhın gayeleri ve bunlarla bağlantılı olarak yeni tarzda bir usul-i fıkıhın ne gibi yararlar sağlayacağı üzerinde durulmuş, ardından çeşitli usul-i fıkıh yaklaşımları değerlendirilerek, “ilmî ve laik” bir usul-i fıkıh modelinin unsurları ele alınmıştır. Müellif dile getirdiği yeni usul-i fıkıh yaklaşımını somut bir program haline getirerek üç kısımdan müteşekkil bir usul-i fıkıh müfredatı ortaya çıkarmıştır. İcma ile nassın neshedilebileceği yolunda görüş ileri süren müellif böylelikle usul-i fıkıhı, nasslara dayanmayan bir teşri için elverişli bir araç olarak görmektedir. Teklif edilen programda usul-i fıkıhın en temel konusu olan, nasslardan hüküm çıkarma metod ve prensiplerine özellikle yer verilmemiş olması bu çerçevede dikkat çekicidir. Buna karşılık “İslam ve Türk hukukiyyatı” tarihinin bu yeni usul-i fıkıhın en ehemmiyetli parçalarından birisi olarak programa dahil edilmesi, usul-i fıkıha atfedilen fonksiyonun mahiyetini ortaya koymaktadır. Usul-i fıkıh dersi kaldırılarak yerine tarih-i fıkıh dersinin ikamesinde tezahür eden bu yaklaşım, daha sonraları da Hukuk Fakültelerinde İslam hukukunun, bir hukuk tarihi konusu olarak okutulmasıyla sürdürülmüştür.

Yayınladığımız metin, gerek konuya yaklaşımı, gerekse merkeze aldığı kavramlar açısından bakıldığında, İslam hukuku etrafında Tanzimat sonrası dönemde ortaya çıkan tartışmaların nihai olarak ulaştığı noktayı sergilemesi açısından temsil gücü yüksek bir metin olarak karşımıza çıkmaktadır. Önceki dönemde cereyan eden tartışmalardan bağımsız ele alınması mümkün olmayan bu metnin mücerred, bir usul-i fıkıh çerçevesi çizmekten çok, fıkıhın kesin olarak ve topyekün terkedilmesi tercihinin belirginleştiği bir dönemde bu geçişi yorumlamaya hizmet ettiği söylenebilir.

USUL-İ FIKIH NASIL TEDRİS EDİLMELİ? 8

Hüseyin Naci

Bu mesele iki cihet arz etmektedir :

Evvela : Usul-i fıkıh dersine lüzum var mıdır ?

Sâniyen : Lüzumu halinde nasıl tedris edilmelidir?.

I. USUL-İ FIKIH DERSİNE LÜZUM VAR MIDIR?

Serdedilen İtirâzât

8 *Dârü'l-Fünûn Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sene 3, sayı 18, (Mayıs 1341/1925), s. 695-705.

Böyle bir sualin sebab-i îrâdını anlamak için evvel emirde usul-i fikhın vücûd ve lüzumu aleyhinde serdedilen itirâzâtı tetkik edelim. İtirâzât-ı mezkûre başlıca iki noktada icmal edilebilir :

1. Usul-i fikh Kur'an ve hadisten istinbât-ı ahkâm etmek fennidir. Furû'-ı fikhın vech-i meşruyyetini, suret-i istihrâcını bildirir. Halbuki bugün serbesti-i icthad devrine, tabir-i marûfu ile layık (laik) bir devre dahil olduğumuz için buna lüzum kalmamıştır. Furû'un menâbi'-i asliyyeden keyfiyet-i istinbâtını tahkik etmeğe ne hukuki ihtiyacımız ne de dini veya idari zaruretimiz var. Şu halde usul-i fikh dersi bi-lüzum, bi-fâide ve abes bir cümle-i mâlûmattır.

2. Ale'l-husus fikh mebâhisi pek çok skolastik münakaşât ve lafzi cedellerle doludur ve kavaidinin kısm-ı âzamı itibardır. Mebâhisin bir kısmı ise büsbütün mâba'de't-tabî'aya aittir ve müsbet hukuk sahasından hariçtir. Bu metafizik ve skolastik münakaşât ile vakit zayi etmek bugün katiyen doğru değildir.

İtirâzâtın Tetkiki

Usul-i fikh şimdiye kadar malum ve müdevven olan şekliyle kabul edildiği takdirde mezkûr itirâzât ve tenkîdât bihakkın vârittir. Hakikaten usul-i fikhın klasik ve kadim şekil ve hududu dahilinde tedrisine bugün ihtiyacımız yoktur. Bu itibar ile olsa olsa bu ilmin ancak bir kıymet-i târihiyyesi vardır.

Fakat usul-i fikhın bu mahdût tarz-ı telakkîsi gayri sahih ve vaz'-ı aslîsine gayr-i muvâfiktir. Bu dar tarz-ı telakkî bâb-ı icthadın münsedd kaldığı muzlim devirlerin taklîdî dimağlarında doğan hayatsız bir silsile-i elfâz telakkîsinden başka bir şey değildir. Vaz'-ı aslî büsbütün başka mahiyettedir. Gerek ilk usul-i fikh vâzı'larının eserleri ve gerek onları takibeden bir kısım serbest ve müstakil icthadlı usuliyûnun eserleri tetkik edilince görülüyor ki usul-i fikh, İslam teşrî'inde bir zamanlar pek feyyâz, pek velûd bir menba'-ı irfan ve terakkî olmuştur. Sebeb-i vaz'-ı da bundan ibarettir. Yani cemiyet ve medeniyet hayatının istilzam ettiği hukuki terakkiler imkanını temin etmektir. Usul-i fikhın bu aslî gayesini tamamıyla temin ettiği devirlerde yetişen münevver, serbest bir kısım fukahânın hukukta pek vâsi' olan tarz-ı telakkîleri düşünülecek olursa usul-i fikhın hududundaki vüs'at ve İslam hukukuna temin ettiği hizmet daha iyi anlaşılır. Mesela 'İsâ b. Ebân gibi bir takım usuliyûn icma' ile nassın mensûhiyetine kail olmuşlardır. Bu kaide bugünkü usul ve teşrî'in üssü'l-esâsını teşkil etmez mi?. Şu halde usul-i fikh vaz'-ı aslîsinde en geniş ve en serbest manasıyla usul-i teşrî', hikmet-i teşrî' etmektir [demektir olmalı -S.E.].

Usul-i Fikhın Gayeleri

Usul-i fikhın bu vâsi' manasıyla tarz-ı telakkîsinde asrî manasıyla ilm-i hukukun hürmet ve takdir ettiği bir takım gayeler ve faydeler mevcuttur. İşbu gayelerin başlıcaları ber vech-i âtî beyan olunur:

1. Usul-i fıkıh umumi manasıyla usul-i teşrî' ve hikmet-i teşrî' demek olduğundan teşrî'in esaslarını, umdelerini, kaidelerini bildirir. Hukukun ve ahkâmın nerelerden ve nasıl istinbât olduğunu bilmek hukuk tahsil edenlerin ilmini, vukûfunu derinleştirir ve takviye eder.

2. Usul-i fıkıhın bir gayesi de ale'l-umûm kavânînden mânâ istihrâcıdır. Tâbir-i âharla vâzı'-ı kanunun hakiki maksadına vukuf ve intikali temin etmektir. Usul-i fıkıhın bu hizmeti mütûn-i asliyenin bilhassa mücmel, müphem, hafî aksamının hal ve tefsirinde meşhûd olmuştur. Hatta esas itibariyle usul-i fıkıh bu ihtiyaçtan doğmuştur. Mütûn-i kânuniyye ibhâm ve işkâlden ne kadar kurtarılsın yine kârî'in keşf ve istidlâline vâbeste kalacak bir kısım mânâ mevcut bulunacaktır. İşte bu rûh-ı mânâyı, bu mezâyây-ı kânuniyyeyi bize tayin ve ifhâm edecek kavâid usul-i fıkıhtır. Mesela kanunun fûlan ibaresinden ne için şu mana maksuttur? İfadede hasr ve tahsîs mi vardır, ta'mîm mi vardır? Müphemiyet varsa neden neş'et ediyor? Bu müphemiyet nasıl izâle edilebilir? Tahsîs ve istisna varsa sebebi ve menşei nedir?..İlh. İşte bir takım meseleler ve sualler ki rûh-ı kanuna taalluk ediyor. Bu gibi mesail ancak usul-i fıkıh kaideleriyle halledilebilir. Malumdur ki şimdiki kadar müdevven olan usul-i fıkıh kavâidi kısmen lisan ve belağat, kısmen mantık kaidelerinden müteşekkildir. Halbuki yeni tarz-ı telakkisinde bu esâsâta ictimâiyat, ilm-i hukuk, ictihad-ı mehâkim netâyicinden, tarih-i hukuk tetkikâtından müstenbat bazı esâsât daha ilave olunabilir, o takdirde usul-i fıkıhın hizmet-i tenvîriyye ve izâhiyyesi daha ziyade ehemmiyet ve vüs'at iktisab etmiş olur.

Usul-i fıkıhın bu hizmeti düşünülecek olursa böyle bir ilmin ilgâsı değil, mefkûd ise ihdâsı lüzumu tahakkuk eder.

Usul-i fıkıhın isminin köhneliğinden başka bir noksanı yoktur. Bunun yerine mesela hikmet-i teşrî' veya usul-i teşrî' denilse bu mahzur da mürtefi' olur.

Velhasıl usul-i fıkıh veya usul-i teşrî' ve hikmet-i kanun denilen bu şûbe-i ilmiyye istinbât-ı ahkâm kaidelerinden, hukuk nazariyatının müstenid olduğu esâsât-ı akliyye ve nazariyyeden bâhistir. "Hak" mefhumunun izahı, bu mefhumu terkib eden anâsır-ı esâsiyenin tahlili, hakkın maddî ve zahiri neticeleri olan "ahkâm"ın tavzihî, ahkâmın rûknü gibi, illet ve şart gibi aksâmın izahıyla beraber bu nazariyatın müstenid olduğu esasat-ı hukukiyyenin bast ve teşrîhi, aksâm-ı kelâmdan her birisinin muhtemel manalara sebeb-i vaz'ı ve sûret-i delâletinin izahı..ilh.

İşte bir takım mesâil-i mühimme ki usul-i fıkıhın esaslarını teşkil eder, bunlar her vakit için, her memleket için, her türlü hukuk için daima kâbil-i tatbik ve belki lâzîmü't- tatbik bir takım nazariyât ve kaidelerdir.

Bu nazariyatın bir ders halinde cem ve tedvininden hiçbir darülfünûn müstağni kalamaz. Vâkıa, "Avrupa hukuk fakültelerinde böyle bir ders yoktur" mülâhazası vârid olabilirse de cevaben denilebilir ki, Avrupa hukuk fakültelerinde bu namda bir ders mevcut değilse de Roma hukuku gi-

bi, felsefe-i hukukî gibi, tarih-i hukuk gibi, mukaddime-i hukuk-ı medeni gibi bir takım dersler mevcuttur. Bu dersler usul-i fikhin temin ettiği hizmet ve menfaati temin etmek gayeleriyle vaz edilmişlerdir. Usul-i fikh hukukun nazariyât-ı esâsîsi ve tarihiyle beraber ahkâm-ı kanuniyyenin suver-i istinbâtiyye ve tatbikiyyesini muhtevi olduğundan şu sayılan derslere nazaran daha câmi’alı, daha ehemmiyetlidir.

Usul-i fikh ilm-i tıpta teşrihin haiz olduğu ehemmiyet kadar ilm-i hukukta ehemmiyeti haizdir. Adeta hukukun ve kanunun teşrihidir denilebilir.

3. Usul-i fikhin diğer bir gayesi İslam hukukunun evsâf-ı mümeyyizesini, ibtidâ’i (*orijinal*) cihetlerini göstermek, İslam’a has esaslarla medeniyet-i kadîmeden intikal eden fikirleri tefrik ve bu fikirler arasında asrî telakkiyâta uymayan skolastik ve metafizik nazariyât ve münakaşâtı bertaraf etmek, hulâsa İslam hukukiyyâtını ilmen tasfiye etmektir.

Şark hukukunun menâbi’-i tarihiyyesi tetkik edilirken Eski Yunan Roma medeniyetlerinden intikal etmiş bazı efkâr ve nazariyâta tesadüf edilir. Fukahâ bu fikirleri, bu nazariyeleri olduğu gibi kabul ve nakletmişlerdir. Onları tenkîdî bir usul ile kimse tetkik etmemiştir. Eflatun ve Aristo ne demiş ise bilâ tetkik velâ tahkik nakledilmiştir. İşte laik bir usul-i fikhin gayelerinden birisi de bu muzlim ve müşevveş noktaların tenvîr ve izahı olacaktır.

İslam hukukunun serbest ve laik bir tahlil ve tenkide ne kadar muhtaç olduğu aşikardır. Bu hizmeti yeni usul-i fikh ifâ edecektir.

İslam’ın ahlâki ve itikâdi aksâmı hurafelerle mâli’ olduğu gibi hukukî kısmı da hurafe-âlûddur. Onu bu hurafelerden ve lafzî cedellerden kurtaracak olan laik usul-i fikhîdir.

Tekrar edelim ki usul-i fikhin bu itibar ile lüzumu sırf ilmîdir, *unversitaire* bir zarurettir.

Hulâsa hayât-ı cemiyette asla tatbikatı olmayan “Roma hukuku”nun tedrisi nasıl bir zaruret-i ilmiyyeye istinâd ediyorsa usul-i fikhin tedrisi ondan ziyade zaruridir. Bâhusus ki yukarıda arzedildiği veçhile. Bu veçhile bu ilim bir ilm-i meyyit değil, hukukun en çok hizmet eden zî-hayat ve tatbikata müstenid bir ilmidir. Usul-i fikh yalnız nazari değil, nazari ve tatbiki bir ilim olduğundan tekamül eden hukuk ile beraber mütemadiyen tekamül edip gidecek ve usul ile hukuk bu suretle yekdiğerini ikmâl ve itmâm edecektir.

Usul-i fikh yeni tarzda tedris edilmeyecek olursa ilmen halli lazım gelen bir çok mesâil-i hukukiyye hal ve tetkik edilmemiş olur. Hukukun tekamülünü takip, bünyesini teşrih, mekanizmasını izah bu usul-i fikhin ilmî vazifesidir. Bu ise hukukun ilmî bir surette tetkikiyle mümkündür. İslam hukuku şimdye kadar ilmi ve tenkîdî bir usul ile bîtarafâne tetkik edilmemiştir.

4. Yeni usul-i fıkıhın meşgul olacağı mevzulardan birisi de İslam ve Türk hukukîyyâtının tarihidir. Bugün herhangi bir ilmin vaziyet-i hâzırasını bi-hakkın anlamak için tarihini bilmek lazımdır. Bugünkü hukuki telakkilerimizün dünkü hukuki telakkilerden çok farklı olduğu tabiidir. Fakat ne kadar farklı olursa olsun hukuki telakkîyâtın mazideki seyr-i tekâmülünü bilmek bugünün ilmini daha ziyade takviye ve tahkim eder. Bugün ekser darülfünûnlarda hemen her dersin kısm-ı tarîhîsi tedris edilmektedir. Mesele tıp fakültelerinde tıp tarihi en mühim tedrisat meyâmındadır. Hatta bir zamanlar bizde de ihtiyaç hissedilerek bir tarih-i hukuk dersi ihdâs edilmişti. Bu lüzum daima mevcuttur. Tarih-i hukuk dersi umumî mahiyeti haiz olmadıktan ziyade milli ve mahalli bir mahiyeti haiz olursa fâidesi daha çok olur. Binâberîn müstakîl ve bütün milletlerin tarih-i hukukundan bâhis bir hukuk tarihi dersi ihdâs edilecek yerde Türk ve İslam hukukunun tarihi usul-i fıkıh derslerinde münakaşalı ve mukayeseli bir surette gösterilecek olursa maksat temin edilmiş olur.

Usul-i fıkıhın tarihî kısmı bize bir çok hakâyık-ı tarihiye ve ilmiyyeyi tenvîr edecek, ulûm-i ictimâiyyeye, hukuka Türklerin ne kadar çok vakıfâne çalışmış olduklarını isbat eyleyecektir. Bu itibar[la] usul-i fıkıh Türk harsının, Türk ilminin, Türk irfanının vesâit-i tahkikiye ve tevsikiyesinin en mühimmidir.

5. Usul-i fıkıhın bir vazifesi de tefsir-i kavânin (*interpretation des lois*) bahsinde görülür. Bugün tefsir-i kavânin ve ahkâm kavâidi, garp hukuk-ı medeniyesinin mebâhis-i mühimmesinden madûd ve bu hususta hayli tetkikât mevcut olduğu halde bizim hukuk-ı medeniye derslerimizde bu kavâid sûret-i mazbûta ve müstakillede mevzubahis edilmemiştir. Bu mesele doğrudan doğruya usul-i fıkıhın mevzûuna dahil olduğundan mesâil-i mühimme-i mezkûre tafsilât-ı lâzimesiyle ancak usul-i fıkıh derslerinde tetkik olunabilir.

6. Velhasıl usul-i fıkıh, ilm-i hukuk müntesibînine “meleke-i hukukiye” denilen hâssa-i ilmiyyeyi kazandırır. Bu meleke ve mümârese-i hukukiyye sayesinde fikr-i hukuk tekemmül eder, tatbikat-ı hukukiyye suhûletle icra olunur, kanunlar suhûletle anlaşılır, ictihad kolaylıkla yapılır, mukayese fikri uyanır, tenkid ve tahlîl-i ilmî usulleri öğrenilir.

Netice:

İşte usul-i fıkıh için tasvir ettiğimiz gayeler, vazifeler bunlardır. Şu izâhât ile meselenin birinci kısmına cevap vermiş olduğumuzu zannediyoruz. Mütâla’ât-ı mezkûreye ve emsali mülâhazâta istinâden suret-i kat’iyyede denilebilir ki usul-i fıkıh dersine ilmen ve darülfünûn ihtiyacı nokta-i nazarından lüzum vardır.

Meselenin ikinci kısmı fikra-ı âtiyede tetkik olunacaktır.

II. USUL-İ FIKIH NASIL TEDRİS EDİLMELİ ?

Usul-i fıkıh yeni bir program dahilinde laik bir surette tetkik ve tedris edilmelidir. Bu yeni usulün ilk hâssa-i mümeyyezi “tenkîdî ve tahlîlî bir usul/*methode critique et analytique*” olmasıdır.

İlimde takip edilen usulün, muvaffakiyet nokta-i nazarından ehemmiyeti derkârdır. İlmin terakkisi usul-i tetkikin tekemmülüyle mümkündür. Şarkta ulûm ve fûnûnun asırlarca dûcâr-ı tevakkuf olmasının esbâb-ı mühimmesini ilmi usullerin fikdânında aramalıdır. Usulsüzlük en feyyâz dimağları bile beyhûde yere yorar çürütür. İyi bir usul ise daima terakki ve tekemmül etmek için en emin bir vasıtaadır. Bu hakikat-ı ilmîyyeyi burada isbat ile meşgul olacak değiliz. Ancak usul-i fıkıhta yeni bir usul-i tetkikin kabul ve tatbiki zaruri olduğu kanatindeyiz.

Bu usulün tatbikiyle ne derece fâide temin edileceği ve nasıl tatbik olunacağı daha iyi anlaşılacak için usul-i fıkıh tedrisatında şimdye kadar takip edilen meslekleri muhtasaran tetkik edelim.

Usul-i fıkıh tedrisatında şimdye kadar takip edilen meslekler iki şekle ircâ olunabilir : Birincisi klasik ve teolojik mektep tedrisatı, ikincisi müdafacıların mektebidir. Bugün takip edilmesi lazım gelen ilmî ve laik mektep ilave kılınacak olursa tedris mektepleri üçe bâliğ olur.

Evvela : Klasik ve Teolojik Mektep

Bu, usul-i fıkıh müessislerinin ve onları takip eden fukahânın mesleğidir. Bu meslek müntesipleri müctehid-i müstakil ve mukallid olmak üzere iki zümreden müteşekkildir. Bu mektebin ilk vasf-ı mümeyyizi “doğmatik/*dogmatique*” olmasıdır. Onların nazarında bütün hakâyık, şer’î ve dînîdir ve evvelden muayyen ve kat’îdir. Din ve şeriat onlara göre ictimâî bir mahiyet olmaktan ziyade fevka’l-beşer bir mahiyet ve mefhum suretinde tecelli eder. Hukuk da semavi bir mahiyeti haizdir. Bu mektep erbâbı bazan akıl ve istidlâlê ehemmiyet vermekle beraber ekseriyetle nusûsa bağlı kalmışlar, daha doğrusu lafzî münakaşalarla kendilerini bağlamışlardır.

Klasik mektebin ikinci vasf-ı mümeyyizi “taklid”dir. Bu meslek sâliklerinin bir kısm-ı mümtâzı, istiklâl ve serbestî-i ichtihad erbabından oldukları halde kısm-ı âzamı taklid vadisinde kalmışlardır. Asırlarca bâb-ı ichtihadın mesdûdiyyetine kâil olanlar bunlardır. Akli tevakkufa sevkeden bu merhale-i inhitâtta usul-i fıkıh aynı yeknesak şekilde tedris olunur, aynı misaller yüzlerce defa tekrar edilir ve hiç bir cihet tetkik ve tenkid olunmazdı.

Klasik mektebin üçüncü vasf-ı mümeyyizi skolastik münakaşalar ve metafizik fikirlerle meşbû’ olmasıdır. Mesela irade mahluk mudur değil midir münakaşâtı, teklîf-i mâ lâ yutâk, ta’zîb-i mutî’ ve mes’uliyet-i sabî faraziyyât-ı garîbesi bu mektep sâliklerini hayli meşgul eden mebâhistendir. Bu mektep erbâbı ekseriya skolastik ta’lîlât ve istidlâlât ile terakki mefhumuna külliyan muhalif neticelere vasıl olurlar.

Skolastik mantıkî cedeli, tıflâne ve sofestâî bir muhakeme vetiresidir. Eş-

yânın a'mâkına nüfuz etmeden, onların yalnız eşkâl-i hariciyyesini izah eder. Ve metinler üzerinde bitmez tükenmez şerhler vücuda getirir. Skolastik usulünü teşkil eden bu kelimecilik, bu münakaşât-ı lafziyye fukahâ ve usuliyûnun mesâi-i ilmiyyelerini akîm bırakan en mühim sebeplerdendir.

Malum olduğu üzere skolastik usulü garp ulum-ı hukukiyye ve ictimâ-iyyesinde de asırlarca hükümran olmuştur. Garbın asrî manasıyla tenevvür ve teceddüdü skolastik girivesinden kurtarılmasıyla başlar. Garpta skolastik devir Hristiyanlığın tevessü' ve intişârı tarihinden bed' ile röneseansa kadar devam eder. Orada en mükemmel şeklini ilm-i kelâmda, ilahiyât ilminde bulmuştur. Garp kelâmiyyûnu arasında meşhur Saint Thomas bütün ulûmu kilise hudutları dahilinde inşa etmiştir.

Şarkta skolastik, ilmin hemen her şubesine hulûl etmiş, bilhassa usul-i fıkıhta hadd-i kemâlini bulmuştur. Usuliyûn ilm-i hukuku bir takım kelimelerin dar çemberleri içine almak garâbet ve gayretini göstermişlerdir. Yeni usul-i fıkıh tedrisatında bu kurûn-i vüstâi zihniyetin külliyyen ref' ve izalesi ve hukukun ancak ilmî hudutları dahilinde tetkiki icab eder.

Saniyen: Müdafaacıların Mektebi

Bu mektep erbâbı serbestî-i ictihad esasını müdafaa ederler. Bâb-ı ictihadın asırlarca devam eden mesdûdiyeti müdafaacıların hürriyetperverâne mücâhedâtıyla kısmen nihayet bulmuş oluyordu. Bu mektebin birinci vâsf-ı mümeyyizi serbestî-i ictihad taraftarı olmasıdır. Kavâid-i mevzûa-i muayyenesine riayet etmek şartıyla ictihad bunların nazarında hukukun terakkisi için elzem bir vasıtaadır. Bu mektebin ikinci vâsf-ı mümeyyizi az ilmî, çok felsefî olmasıdır. Felsefî kanaatleri de yeni değil kudemâ-perestânedir. Mesela bunlar Aristo'nun, Eflatun'un İslam felsefesine kırık dökük intikal etmiş olan fikirlerini tetkik ve tahkike lüzum görmeksizin bir hakikat-i ilmiyye imiş gibi kabul ederler. Adaletten bahsederken Aristo'nun nazariyelerini, taksimlerini, tasniflerini, ilmin bugünkü mu'tayâtıyla mukayese ve tetkik etmeden naklederler.

Müdafaacılar esas itibariyle kavâid-i mevzû'a dahilinde serbestî-i ictihad taraftarı olduklarından tedrisatta bilhassa bu nokta-i nazarı temin edecek surette hareket etmişlerdir. Bu sebeple tercihan usul-i ictihadı tevsi' ve teshîl edecek mebâhisi ta'mika çalışmışlardır. Mesela hüsun ve kubuh, kaza ve kader, makâsıd-ı şâri' gibi hukukî-felsefî veya sadece felsefî bahisleri nisbetsiz bir derecede ta'mik ederek diğer mesâile o kadar ehemmiyet vermemişlerdir. İşte bu sebeplerdir ki bu mektep için "az ilmî, çok mâ fevka't-tabi'i" vasfını veriyoruz. Son seneler zarfındaki usul-i fıkıh tedrisatı bu mektep nazariyatını teşkil eder.

Salisen: İlmî ve Laik Mektep

Bugünün mektebi hiç şüphesiz laik olacaktır ve ancak bu sıfatı haiz olan ilimdir ki bugünün darülfünûnunda mevki-i itibar bulabilir. Aksi takdirde bir uzv-i zâid gibi lüzumsuz ve faidesiz olur.

Yeni ve laik bir usul-i fıkıh fikrimizce şu esâsâtı muhtevi olmalıdır :

1. Yeni usul-i fıkıh bilumum menâbi'-i hukukiyye ve mütûn-i kanuniyyenin ruhuna ve mezâyâsına vakıf olmak, me'ânî-yi mevzû'asını anlamak, onlardan hüküm istinbât edebilmek için tatbiki lazım gelen kaideleri göstermelidir.

Bu kaideler te'sis ve izah olunurken misaller kanunlardan alınmalıdır. Kudemânın yaptıkları gibi Kur'an ve hadisten bir kaç nümüne ve misal ile iktifâ etmemelidir.

2. Usul-i fıkıh nazariyâtından yukarıda izah edilen skolastik münakaşalar, külliyen bertaraf edilmeli, zevâid tayy ve ihrâc olunmalıdır.

3. Kadîm felsefe-i Yunaniyyeden İslam felsefesine ve hukuka intikal edip bugünün ilmi nazariyeleriyle kâbil-i te'lif olmayan efkâr ve mütâla'ât ve te-lakkiler usul-i fıkıh sahasından çıkarılmalıdır.

4. Şark ve bilhassa Türk hukukunun menâbi-i tarihiyye ve evveliyyesi ilmi usullerle tetkik ve tahlil olunmalıdır.

5. Muhtelif hukuki devirlerin yekdiğerinden farkları, tekâmül sebepleri izah edilmeli, terakkî veya inhitât amilleri gösterilmelidir. Bu nevi tetkikât-ı ilmiyye bizde şimdiye kadar hiç işlenmemiş mebâhisi tahkîke fırsat-bahş olacaktır. Mesela birinci asr-ı hicrîde büyük bir inkişâf-ı hukuki görüyoruz. Bu inkişâf ve tekâmülün sebebi nedir? Muhîtin, cemiyetin, şahsî zekaların ve metrûkât-ı kadîme-i medeniyyenin bu inkişâfta hisse-i tesirleri nedir? Kezâlik hadiste isnad usulü nasıl ve niçin vücut bulmuştur? İhtilâf-ı ehâdis nedir ve bundaki amiller nelerdir ?...İlh. Bu gibi hukuki tarihi mahiyeti ha-ziz bir çok mesâil-i mühimmenin tetkiki usul-i fıkıhın mevzuu dahilindedir.

6. Yeni usul-i fıkıh tetebbüât-ı tarihiyyede bulunarak şark hukukiyyâtının tarihini vücuda getirmelidir. Yukarıda izah ettiğimiz vechile bu nevi tetkikât-ı tarihiyye neticesinde Türklerin hukuk ve medeniyete ne büyük hizmetler ifâ ettikleri görülecek, isbat olunacaktır.

7. Usul-i fıkıh "hak" mefhumuna dair muhtelif ilmi mekteplerin telakkilerini ve nazariyelerini ve o nazariyelerin müstenid olduğu esâsâtı bast ve beyan etmeli ve bu mefhumun İslam teşrî'inde zaman zaman iktisab ettiği suver-i telakkiyi izah etmelidir.

PROGRAM

Başlıca esâsât-ı mezkûreyi muhtevi olmak üzere tasavvur ettiğimiz yeni bir programın hutut-ı umumiyesi şu cihetle gösterilebilir :

Program üç kısmı muhtevidir:

Birinci kısım : Tarihçe ve medhal.

İkinci kısım : Bazı esâsât-ı mühimme.

Üçüncü kısım : Kavâid-i istinbât.

BİRİNCİ KISIM

TARİHÇE

Birinci fasıl : Kable'l- İslam medeniyet-i alem.

1. Şark akvâmı: Türkler, İranlılar, Asurlular, Anadolu akvâmı hukukiyâtı.
2. Garp akvâmı: Yunan, Roma hukuku, Bizans hukuku, Suriye ve Irak'ta tesirâtı.
3. Musevi ve Hristiyan dinlerin ahkâm-ı esâsiyesi.
4. İskenderiye mekteb-i felsefisi ve şark ulûmunda tesîrâtı (hukuk nokta-i nazarından).
5. Hristiyanlığın intişârı, tesîrâtı (hukukiyyât)
6. Din-i İslam, menşe-i zuhûru, muhît-i intişârı, esâsâtı, tesîrâtı.

İkinci fasıl: Usul-i fıkıhın teessüsü.

1. Devr-i risâlet.
2. Devr-i ashab ve tâbiîn.
3. Devr-i müctehidîn.
4. İnkişâf-ı hukukî ve esbâbı. Te'lifât ve müellifler.
5. Bâb-ı icihadın mesdûdiyet devri, esbabı, netâyici.

Üçüncü fasıl: Osmanlı Devleti'nde usul-i adliye tarihçesi.

1. Kable't- Tanzimat usul-i teşrî', kavânîn.
2. Tanzimat devri.
3. Ba'de't- Tanzimat adli tecceddüdat.

İKİNCİ KISIM

BAZI ESASAT-I MÜHİMME

1. Din ve şeriat, mahiyet-i ictimâiyyesi.
2. Fırak-ı İslamiye, mesâlik-i fikhiye, bir mezhepten diğerine intikal.
3. Şeriat ve kanun.
4. "Hak" mefhumunun suret-i telakkisine dair muhtelif mekteplerin nazariyâtı, İslam hukukunda "hak" telakkisi. Asrî nazariyeler.
5. Roma ve İslam hukukunun umumi mukayesesıyla evsâf-ı mümeyyizeleri.
6. Usul-i fıkıh tedrisâtında takip edilen meslekler.

ÜÇÜNCÜ KISIM

KAVAİD-İ İSTİNBAT

Birinci maksat:

1. Mütûn-i kanuniyyeden ahkâmın suver-i istinbâtiyesi
2. Örf ve adât, ahkâm ve aksâmı.
3. Kıyas, tarifi, sûret-i icrası, rüknü, şerâiti.

İkinci maksat: Ahkâm

Rükn-i evvel : Hüküm, aksâm ve ahkâmı.

Rükn-i sâni: Hâkim.

Rükn-i sâlis: Mahkûm-ı bih.

Rükn-i râbi': Mahkûm-i aleyh- avâız-ı ehliyet.

Hatime: İctihad-ı mehâkim.