

**TÜRK HUKUK TARİHİ
ARAŞTIRMALARI**

Journal of Turkish Legal History

ISSN: 1306-6889

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Journal of Turkish Legal History

Sayı 27, 2019 (Bahar)

Sahibi ve Yazı İşleri Müdürü	Fethi Gedikli (İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü)
Kurucular	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mustafa Şentop, Mürteza Bedir
Yayın Kurulu	M. Âkif Aydın, Mehmet Akman, Ekrem B. Ekinci, Fethi Gedikli, M. Macit Kenanoğlu, Mürteza Bedir, Sami Erdem, Ayhan Ceylan, Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu
Danışma Kurulu	İdris Bostan (İstanbul Ü.), Feridun Emecen (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Mehmet İpşirli (İstanbul Medipol Üni.), İsmail E. Erünsal (İstanbul 29 Mayıs Üni.), M. Emin Artuk (İstanbul Medipol Üni.), İbrahim Kâfi Dönmez (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Kemal Beydilli (İstanbul 29 Mayıs Üni.), Engin Deniz Akarlı (İstanbul Şehir Üni.), Sevgi Gül Akyılmaz (Ankara Hacı Bayram Veli Üni.), Mustafa Avcı (Ankara Sosyal Bilimler Üni.), Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üni.), Nevin Ünal Özkorkut (Ankara Üni.)
Editör	Fethi Gedikli
Yardımcı Editör	Ali Adem Yörük
Sekreterlik	Furkan Şahan
Baskı	Pelikan Basım, Odin Topkapı Center no: 28/1a, Topkapı / İstanbul Tel: 0212 613 79 55
Baskı Tarihi	Aralık 2019

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları yılda iki sayı yayımlanan hakemli bir dergidir.
Dergide yer alan yazıların ilmî ve fikrî sorumluluğu yazarlarına aittir.

Yönetim

İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal
Hukuk Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Merkez Bina
Oda 58 Beyazıt/İstanbul/Türkiye
e-posta: hukuktarihimerkezi@istanbul.edu.tr

Bu sayı Sancaktepe Belediyesi'nin katkılarıyla basılmıştır.
Belediye Başkanı Av. Şeyma Döğücü'ye teşekkür ederiz.

Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları

Sayı 27 • 2019 (Bahar)

İçindekiler

Türkiye'deki İsviçre Medeni Kanununun Osmanlı ve İslami Altyapısı <i>Ruth A. Miller - Çev. Elif Kaplan</i>	5
Hüseyin Naci'nin Darülfünun Hukuk Fakültesindeki Son Fıkıh Usulü Ders Takrirleri (1924-1925) <i>Sami Erdem</i>	35
<i>Belgeler/Notlar</i>	
Hukuk Reformu Metinleri 6: 35. Madde Tartışmalarının Gölgesinde Kanuna Dair Üç Metin (Diran Kelekyan, Affan Osman, Kostaki Vayani) <i>Haz. Göktuğ İdiz</i>	93
Vakfa Dair Bir Tedkik: Vakfın Mahiyet-i Hukukiyesiyle Tevessü ve İntişarı ve Avrupa Ulema-yı Hukukunun Vakfı Suret-i Telakkideki Hataları <i>Hüseyin Naci - Haz. Ali Adem Yörük</i>	101
Modern Bir İmam-ı Âzam Menâkıbı <i>Hüseyin Naci - Haz. Ali Adem Yörük</i>	119
Hüseyin Naci Bey'e Dair Birkaç Not <i>Ali Adem Yörük</i>	165

HÜSEYİN NACİ'NİN DARÜLFÜNUN HUKUK FAKÜLTESİNDEKİ SON FIKIH USULÜ DERS TAKRİRLERİ (1924-1925)

HÜSEYİN NACİ'S LAST LECTURE NOTES ON USUL AL-FIQH AT DARÜLFÜNUN LAW SCHOOL (1924-1925)

Sami Erdem*

ÖZ

II. Meşrutiyet dönemi sonrasında başta aile hukuku olmak üzere yeni ihtiyaçları karşılamak üzere yapılması tartışılan kanun hazırlıklarıyla ilgili gelişmeler, Fıkıh usulü alanında yeni tartışmaların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Darülfünun Hukuk Fakültesi Fıkıh usulü hocası Hüseyin Naci'nin bu yazıda incelenen ders notları, alışılmış bir usul-i fıkıh kitabında bulunan tüm konuları içermez. Metinde üç temel konu ele alınır. İlk olarak Usul-i fıkıh dersinin hukuk fakültesi müfredatından çıkarılması girişimlerine karşı bu ilim dalının güncel hukuku anlamak ve yorumlamak için önemli bir araç oluşuna vurgu yapılır. Bu sebeple Hüseyin Naci eski ve eksik yönlerinin gözden geçirilmesi durumunda usul-i fıkıh verilerinden yararlanılabileceğini tartışır. İkinci olarak usul-i fıkıh karşısındaki mevcut tarihsel yaklaşımları ikiye ayırarak tasnif eder. Bunlardan ilki taklide dayalı dogmatik özellikleri barındıran "Klasik ve Teolojik Mektep", ikincisi ise ictihad serbestliğini savunmakla beraber felsefi yönlerden de tam olarak kurtulamamış "Müdafaaacıların Mektebi"dir. Kendisi bir adım daha ileri giderek bu iki yaklaşımda gördüğü sorunlar sebebiyle tenkid özelliği bulunan üçüncü ve "Lâyik" bir yaklaşım önermiştir. Bu görüşler modernleşme dönemi İslam Hukuku tartışmalarının önemli noktalarını göstermesi bakımından dikkate değerdir. Hüseyin Naci bu tasniflerini temellendirmek için dönemin diğer bazı yazarları gibi Fıkıh tarihine özel bir önem atfeder. Ders notlarının üçüncü eksenini, dersin esas konusu olan geleneksel tasnifteki fıkıh usulü konuları oluşturmakla beraber eserde, bu konuların çok küçük bir kısmını oluşturan "hüküm" bahsinin bazı sınırlı meseleleri ele alınabilmiştir.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Bu metnin kopyasını paylaşarak metinden haberdar olmamı sağlayan ve bu çalışmayı mümkün kılan hocam İsmail Kara'ya ve metinle ilgili bazı problemlerin halinde ve Hüseyin Naci ile ilgili bibliyografik bilgilerde cömert yardımlarını esirgemeyen meslektaşım Ali Adem Yörük'e teşekkür borçluyum.

Anahtar Kelimeler: Hüseyin Naci, Modernleşme ve İslam Hukuku, Usul-i fıkıh, Darülfünun Hukuk Fakültesi, Hukuk Eğitimi

ABSTRACT

A host of new legal issues led to the emergence of debates primarily on family law during the Second Constitutional Era, which in turn brought up new ideas in the field of Islamic Law Methodology, Usul al- fiqh. This article examines the Lecture notes by Huseyin Naci, a Usul al-fiqh Professor at the Darulfunun Law School, which do not contain all the subjects found in a standard Usul al-fiqh book. Instead they cover three main subjects: First, they emphasize the significance of Islamic Law Methodology in terms of understanding and interpreting the contemporary law, against the attempts to remove Usul al-fiqh courses from the Law School's curriculum. Huseyin Naci thus argues that Usul al-fiqh data will be beneficial once its old and deficient aspects have been reviewed. Secondly, he classifies existing historical approaches to Usul al-fiqh into two groups: The first one is the "Classical and Theological School" that entails dogmatic features based on imitation (taqlid), and the second one is the "School of Defenders", which, along with advocating the freedom of ijihad, failed to get rid of its philosophical aspects. He takes one step further proposing a third, critical approach, which he prefers to call "laique", due to the problems he observes within the first two approaches. These arguments are worth for consideration in terms of showing important turning points within modern Islamic Law debates. Here Huseyin Naci, like some other contemporaneous authors, makes special references to the history of Islamic Law to justify his classifications. The third axis of the lecture notes consists of traditional Usul al-fiqh subjects, which are the main topic of the course, though it remained limited to certain matters of the question of hukm, which itself constitutes a small part of these subjects. Keywords: Hüseyin Naci, Islamic Law and Modernization, Usul al-fiqh, Darulfunun Law School, Legal Education

*

II. Meşrutiyet dönemi sonrasında İslam hukukunun güncel değeri ve özellikle usul-i fıkıhla ilgili olarak ortaya konan eleştirel yorumların ve "İctimai Usul-i Fıkıh"¹ örneğinde olduğu gibi yeni öneriler içeren tartışmaların, erken Cumhuriyet dönemindeki bir tezahürü olarak, bir süre Darülfünun'da Usul-i fıkıh müderrisi olarak çalışmış olan Hüseyin Naci'nin² yeni bir usul-i fıkıh

¹ Geniş değerlendirme için bkz. Sami Erdem, "Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuk Düşüncesinde Fıkıh Usulü Kavramları ve Modern Yaklaşımlar", Doktora Tezi, Marmara Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003, s. 116 ve devamı.

² Hüseyin Naci hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ali Adem Yörük, "Hüseyin Naci Bey'e Dair Birkaç Not", bu sayı.

tanımlama iddiasını yansıtan iki metni bulunmaktadır. Bunlardan birisi Darülfünun Hukuk Fakültesinde okuttuğu usul-i fıkıh derslerine ait ders notlarından³ oluşmaktadır ki aşağıdaki sayfalarda latin harflerine çevrilmiş metni okuyucunun dikkatine sunulmaktadır. İkinci metin ise bu ders kitapçığıyla yaklaşık aynı zaman diliminde bir makale formatında kaleme alınarak “Usul-i Fıkıh Nasıl Tedris Edilmeli?” başlığıyla neşredilmiş ve daha önce tarafımızdan bir inceleme yazısıyla birlikte latin harfleriyle yayınlanmıştır.⁴ Bu iki metinden *Usul-i Fıkıh* ders notları 1340-1341 (1924-1925), makalenin neşredildiği mecmua ise Mayıs 1341 (1925) tarihini taşımaktadır. Ders notlarında, 8 Mart 1925 (1341)'de vefat ettiğini bildiğimiz Seyyid Bey'in⁵ büyük bir kayıp olarak vefatına atıflar bulunmaktadır. Bu durumda ders notlarının yayını Mart 1925'ten sonraki bir tarihte ve muhtemelen makale ile hemen hemen aynı tarihlerde olmalıdır. Makalede ortaya konan fikirler, ders notuyla büyük ölçüde örtüşmekle beraber, daha derli toplu, ancak usul-i fikhin tabiatına dair daha mesafeli ve daha hukuki dil kullanan bir özelliğe sahiptir. Aşağıda kısmen işaret edilecek olan bu içerik ve vurgu farkları gözönüne alındığında, makalenin ders notlarından sonraki bir zamanda hazırlandığı düşünülebilir. Ayrıca ders notlarının aksine makalede, yeni bir tasarıma konu edilen usul-i fıkıha dair müstakil bir program listesine de yer verilmektedir. Bu program listesinin bazı farklılıklarla beraber önemli ölçüde benzeri olan bir ders içeriği, 1925-1926 ders yılı usul-i fıkıh müfredatı olarak aynı yılın son aylarında neşredilen *Darülfünun Talebe Rehberi*'nde⁶ yayınlanmıştır. Bu listenin yer aldığı usul-i fıkıh başlığının altında “Vekaleten müderris muavini Hüseyin Naci Bey tarafından tedris edilmektedir.” notu bulunmasına karşılık programın son kısmında bu dersin Hukuk Fakültesi programından kaldırılarak yerine Türk Tarih-i Hukuku dersinin ihdas edildiği kararı not edilmiştir.⁷

³ *Usul-i Fıkıh: Usul-i Fıkıh Müderris-i Muhteremi Hüseyin Naci Beyefendinin Dördüncü Sınıftaki Takrir-i Aliflerinden*, Talebe-i Hukuk Cemiyeti Neşriyatından, İstanbul Darülfünun Matbaası, [1]340-[1]341, 110 s.

⁴ *Dârü'l-Fünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sene 3, Sayı 18, (Mayıs 1341/1925), s. 695-705. Bu yazının tarafımızdan bazı notlar ilavesiyle latin alfabesiyle neşri için bkz. Sami Erdem, “Yeni Usul-i Fıkıh Arayışları Çerçevesinde Bir Metin: Hüseyin Naci ve Lâik Usul-i Fıkıh”, *Divan*, 1997/1, s. 213-223. Ayrıca bu metni ictimai usul-i fıkıh tartışmaları bağlamında ele alan bir değerlendirme için bkz. Erdem, “Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuk Düşüncesinde Fıkıh Usulü Kavramları ve Modern Yaklaşımlar”, s. 241-249.

⁵ Bkz. Sami Erdem, “Seyyid Bey”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, c. 37 (2009), s. 54-56.

⁶ *İstanbul Darülfünunu Talebe Rehberi 1341-1342*, İstanbul, Yeni Matbaa, s. 91-93.

⁷ İlgili kararname için bkz. “Darülfünun talimatnamesinin 5. maddesinde münderic ‘Usul-i fıkıh’

Usul-i fıkıhla ilgili eleştiri ve öneriler içeren ilk iki metin ve bunlara bağlı olarak şekillenen ders programı örneği, dönemin gelişmeleri ve bu metinlerin üretilme maksatlarına bağlı olarak bazı önemli farklılıkları yansıtmaktadır.

Usul-i Fıkıh başlığını taşıyan ders notları, alışılmış bir usul-i fıkıh kitabında bulunan tüm konuları içermez. Metnin üç ana konuyu ele aldığını söyleyebiliriz. İlk olarak, o dönemde gündemde olan Usul-i fıkıh dersinin Hukuk Fakültesi müfredatından kaldırılarak yerine Hukuk tarihi dersinin ikamesi düşüncesine karşı savunmacı bir yaklaşımdan bahsedebiliriz. Bunun için, usul-i fıkıhın aslında hukuk eğitimi ve hukuk hayatı için çok önemli bir teknik araç vazifesi gördüğü varsayımı, eleştirel bir yeniden tanımlama ile birlikte vurgulu biçimde dile getirilmiştir. İslam hukukuna dayalı kanunların büyük ölçüde tartışmalı hale geldiği, bir kısmının tadil komisyonlarında yeniden düzenlenmesi ya da ikmalî denenirken öte yandan Batılı kanun örneklerinin iktibasının hazırlıklarının yapıldığı bir ortamda Usul-i fıkıhın İslam hukukuna dayalı bir anlama ve yorumlama metodu olmanın ötesinde bazı yeni fonksiyonlarıyla tanımlanması zarureti hissedildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple Hüseyin Naci, usul-i fıkıhın tamamen müfredattan kaldırılması yerine, onda görülen eski ve eksik yönlerin gözden geçirilerek yeni bir tanımlamayla bu birikimden yararlanılabileceğini tartışmaktadır. Yeni hukuk ve toplumbilim kavramlarından da istifade ederek teklif ettiği bu tasfiye işleminde, usul-i fıkıhın, nasları günün gereklerine göre anlama ve yorumlamada yeni bir yaklaşımla işletilebileceğini düşünmektedir.

Sonraki makaleden farklı olarak ders notunda usul-i fıkıhın tedrisinin ilk gayesi olarak Kur'an ve hadisten hüküm çıkarılmasına işaret edilir. Makalede ise usul-i fıkıhın İslam hukuku ve naslarla ilişkisine hiç dokunmadan onun, "teşri'in esasları", yani hukuk ve ahkâmın nereden ve nasıl elde edileceği sorusuna bir cevap teşkil ettiği üzerinde durulur.⁸ Burada şer'i kaynaklar ve naslar yerine, fıkıhla irtibatı kurulmadan sadece teşri, hukuk, ahkâm ve kanun kelimelerinin tercih edildiğine dikkat etmek gerekir. Başka bir ifadeyle usul-i fıkıhın gayesi ve niçin hukuk talebesine tedris edilmesi gerektiği yönündeki açıklamaların, makalede bir önceki ders notu metnine göre daha cesur bir

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.

⁸ Erdem, "Yeni Usul-i Fıkıh Arayışları Çerçevesinde Bir Metin: Hüseyin Naci ve Lâik Usul-i Fıkıh", s. 217.

dille dini ahkam alanı dışına çıkarılmaya başlandığını söyleyebiliriz.

Ders notunda, usul-i fıkha dönük eleştiriler, daha çok onun geleneksel yorumlarına yöneliktir. Dolayısıyla bu yanlış ve geçmişte kalmış tavırların terkedilmesi durumunda usul-i fıkıhın yeni dönem için önemli hizmetler ifa edebilecek bir araç olduğu vurgulanmaktadır. Buna karşılık makalede, usul-i fıkıh büyük ölçüde teknik bir metin ve hukuki içerik yorumlama metodolojisine indirgenmiş durumdadır. Böylece kanunların tefsirinde bir yöntem ve hukukçulara hukuki meleke kazandıran bir araç olarak usul-i fıkıhtan hala değerli katkılar almak mümkün görülmektedir.

Ders notlarında önerilen başlıca yenilik, usul-i fıkıhta ve dolayısıyla İslam hukukunda eskiye dair sorunlu yaklaşımların tasfiyesidir. Buna karşılık makalede önerilen yeni usul-i fıkıh programında usul-i fıkha yüklenen güncel fonksiyonlardan birisi "İslam ve Türk hukukiyatının tarihi"ni ortaya koymak ve bu alanda derinlemesine tetkikler yürütmektir.⁹ İctimai usul-i fıkıh tartışmasında ve yine II. Meşrutiyet sonrası dönemde Fıkıh tarihine artan ilginin bu noktada yeniden gündeme geldiğini ve esaslı bir mihver olarak programa dahil edildiğini söyleyebiliriz. Bu anlayış, usul-i fıkıh dersinin Türk Hukuk Tarihi dersiyle ikame edilmesindeki arkaplanı da açıklayacak hususlar içermektedir. Nitekim Hüseyin Naci, ders notlarında da fıkıh tarihine dönük çalışmaların usul-i fıkıh içinde ele alınması gereğine işaret ederek bu yöndeki öncü katkıları dolayısıyla Seyyid Bey'in rolünün önemine defaatle işaret eder. Ancak makalede bu tarih çerçevesi daha çok Türk tarihinin ve hukuki geleneklerinin araştırılmasına yöneltilmiştir.¹⁰

Hüseyin Naci, ders notlarında usul-i fıkıh tarihinde farklı yaklaşım sahiplerini belli başlıklar altında tanımlayarak tasnif eder. Esas itibarıyla iki meslekten bahseder: 1. Klasik ve Teolojik Mektep. 2. Müdafaacıların Mektebi. Kendisi bu iki meslekte gördüğü sorunlar sebebiyle tenkid özelliği bulunan üçüncü ve "Lâyik" bir meslek önererek bu alandaki yaklaşımları üç grupta tasnif eder. İlk grupta, taklide dayalı, dogmatik özellikli ve metafizik fikirlere meyilli geleneksel fukaha grupları yer alır. İkinci grupta ise ictihad serbestliğini savunan

⁹ Erdem, "Yeni Usul-i Fıkıh Arayışları Çerçevesinde Bir Metin: Hüseyin Naci ve Lâik Usul-i Fıkıh", s. 219.

¹⁰ Anılan dönemde Fıkıh tarihine ilginin gerekçeleri ve sonuçlarına dair tespitler için bkz. Sami Erdem, "Fıkıh Tarihi: Osmanlı Hukuk Düşüncesinde Modern Yorumlar İçin Yeni Bir Referans Çerçevesi", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* [Türk Hukuk Tarihi Sayısı], cilt III, sayı 5 (2005), s. 85-105.

ama bununla birlikte felsefi düşünce ve kayıtlardan tamamen kurtulamamış isimlere yer verir. “Az ilmî çok felsefî” diye etiketlediği bu meslek müntesipleri arasında Seyyid Bey, Muhammed Abduh ve Carullah Bigiyef’in isimlerini sitayişle zikreder. Ancak bu grubun tenkidi yaklaşımını da içinde bulunan yeni dönem için yeterli bulmaz. Üçüncü ve yeni teklif edilen usul anlayışı, aşağıdaki metinde etraflıca görüldüğü üzere, geleneksel fıkıh usulü çerçevesine tarihi uygulama ve örflerin araştırılmasını görev olarak ilave etmekte, yeni hukuki kaynaklar olarak, kanunlar, meclis müzakereleri ve mahkeme icthadları gibi unsurların önemini vurgulamaktadır.

Usul-i fıkıhın anlamı ve tarihsel durumu hakkındaki ilk bölümün ardından müellif, klasik ve kendi dönemindeki belli başlı fıkıh usulü eserlerinde konu edilen “İrade” meselesini ele alarak bu konudaki temel yaklaşımları özetle tasvir eder. Bu kısımda büyük ölçüde Seyyid Bey’in eserinden yararlandığı anlaşılmaktadır. Ancak aktardığı görüşlere ilişkin yeterince yorum ya da eleştiri yaptığı söylenemez.

Eserin üçüncü ana eksenini hüküm bahisleri oluşturmaktadır. Yine geleneksel fıkıh usulü eserlerindeki tasnife uygun olarak burada hüküm, hâkim, mahkum bih ve mahkum aleyh başlıklarını esas alarak konuları ele almaya başlar. Ancak eserde bu başlıklardan sadece hüküm bahsinin ele alınabildiğini görüyoruz. Muhtemelen ders döneminin bitmesi sebebiyle sonraki konuların takriri yetişmemiş görünmektedir.

Öyle anlaşılıyor ki, Hüseyin Naci ders takririnde, muhtemelen kendisinin de eğitim sürecinde derinlemesine mütalaa ettiği üç eseri kendisine temel alıyor: Seyyid Bey’in kapsamlı usul eserinin ikinci cildi,¹¹ Mahmut Esad Seydişehrî’nin *Telhîs-i Usul-i Fıkıh*¹² isimli kitabı ve Büyük Haydar Efendi’nin usul-i fıkıh takrirlerinin Hacı Adil Bey tarafından neşredilen notları.¹³ Bu metinler üzerinden kimi zaman özellikle tarif kısımlarını aynen kimi zaman da metin üzerinden geçerek muhtasar aktarımlarda bulunuyor, örnekleri özetleyerek sadece isim veya başlık düzeyinde alıyor ve daha çok ibadetler dışındaki muamelata dair örnekleri tercih ediyor. Zaten geçmiş usul-i fıkıha yönelttiği eleştirilerin başında, usul konularının belli misallere münhasır olarak ele alınması olduğu için, esas aldığı eserlerin usulü-

¹¹ Seyyid Bey, *Usûl-i Fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrade, Kaza ve Kader*, Kader Matbaası, Dersaadet, 1338 [1922].

¹² Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkıh*, 2. Bsk., M. Nikolaydi Matbaası, İzmir, 1313.

¹³ *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, der. Hacı Adil [Arda], Matbaa-i Âmire, Dârü’l-hilâfeti’l-aliyye, 1326.

ne uyararak kendisi de kanundan yani *Mecelle*'den örneklere işaret ederek bu çerçevenin dışına çıkmaya çalışıyor. Nitekim müellifin *Telhi's*'te ve Büyük Haydar Efendi'de yer alan *Mecelle* atıflarını büyük ölçüde dikkate alarak takrirlerinde kullandığını görüyoruz.

Eserdeki konu sıralaması bakımından ifade etmek gerekirse, ilk kısımda usul-i fıkıhla ilgili genel değerlendirmeler dışında irade ve sorumluluk tartışmalarında Seyyid Bey'in eserindeki geleneksel konu ve meselelerin esas alındığını görüyoruz. Usul-i Fıkıh ders notlarının ikinci ana bölümünde ise "Aksâm-ı Sâni" diye isimlendirilmiş olan hüküm bahisleri kısmında esas itibarıyla konu ve ifade akışları büyük ölçüde Mahmud Esad ve Büyük Haydar Efendi'nin eserleri çerçevesinde şekilleniyor. Hüseyin Naci, özellikle bazı kavram tanımlarında, zaman zaman bu üç esere de somut bazı konularla ilgili kimi zaman eleştirel yönleri olan atıflarda bulunuyor.

Müellifin, teknik usul konularını ele alırken kıyasıya eleştirdiği geleneksel konu ve örneklerin dışında kalamadığı ve kendisinin de, büyük ölçüde yukarıda zikredilen metinleri esas alarak, küçük tasarruflarla onları farklı biçimde yeniden ifadelendirme yoluna gittiği anlaşılmaktadır. Güncel kaygıları yansıtan bu tavrın, esaslı bir usul-i fıkıh yaklaşımı tesis etme konusunda yeterince malzeme sağladığı veya tutarlı ve yeterli bir ilmi derinliği sergilediği söylenemez. II. Meşrutiyet döneminde özellikle Ziya Gökalp'in başını çektiği ictimai usul-i fıkıh tartışmasından da beslendiğine yukarıda işaret ettiğimiz bu yaklaşım, eski ile yeni hukuk anlayışları arasındaki fiili çekişmenin ve zihin karışıklığının ilginç bir örneğini göstermektedir. Ayrıca şer'i kanunlarla Meclis yasamasına dayalı yeni kanunları aynı hukuki değerle temellendirmeye çalışan bu yorum biçimi, dayandığı ilkeler ve yararlandığı gelenek bakımından klasik usul-i fıkıhın en temel varsayımlarından kopmamakta ve güncel uygulama örneği olarak da *Mecelle* dışında bir atıf imkanı bulamamaktadır.

Hüseyin Naci'nin, önerdiği yeni ders müfredatında da yer aldığı üzere genel olarak tarihe ve Türk tarihine, örfü, mahkeme ictheadlarına, meri kanunlara, hikmet-i teşri ve güncel ihtiyaçların dikkate alınması prensibine yaptığı vurgular dışında kapsamlı bir öneri sunduğunu söylemek zor görünmektedir. Son olarak, *Darülfünun Talebe Rehberi*'nde yer alan usul-i fıkıh müfredatında da önceki metinlerden kısmen farklılaşan bir dil dikkat çekmektedir. Şer'i hukuk çağrışımlarının neredeyse tamamen ortadan kalktığı bu listede, İslam hukukunun yerini genel olarak İslam ve Türk tarihinin aldığı ve dinle irtibatı asgariye indirilmiş bir hukuk tarihi ve metodolojisi şeması oluşturulmaya çalışıldığını söyleyebiliriz.

USUL-İ FIKIH

Usul-i Fıkıh müderris-i muhteremi Hüseyin Naci Beyefendinin
dördüncü sınıftaki takrîr-i âlîlerinden (1340-1341)¹⁴

Bismillahirrahmanirrahim

Mukaddime

1. Usul-i fıkıhın lüzumu; lüzum-i tedrîsi
2. Usul-i fıkıhın usulü
3. Şimdiye kadar Hukuk Fakültesinde ve medreselerde takip edilen usul-i fıkıh tedrisatı, bu tedrisatın son safha-i tekâmülü
4. Bu safha-i tekâmülün bugünkü telakkiyatımıza ve serbestî-i ictihad devrine nazaran adem-i kifâyesi
5. Yeni usul-i fıkıhın lüzumu ve bu ilmin yeni hudutları, yeni usulleri; usul-i fıkıhın Kur'an ve hadisten başka bi'l-umum kavânîne tatbiki, yeni ictihad usulleri (Vacibât Komisyonu'nun zabıtnameleri) (Komisyon talimatnameleri ve bu husustaki mukarrerât), ictihad-ı mehâkim
6. Usul-i fıkıh tedrisatında takip edilmesi mümkün olan meslekler: Klasik ve dinî meslek, Müdafaacıların mesleki, Tenkidî meslek. Tenkidî bir meslekin evsâfi, usul-i tetkiki, nemûzecler, diğer mesleklerin noksanları
7. Lâyik mesleke göre fıkıhın, menâbi-i fıkhiyenin tetkiki, kable'l-İslam medeniyetlerin ve hukuk ve felsefenin, İslam medeniyeti, hukuku ve felsefesi üzerinde tesirleri, izleri, ittisal noktaları; İslam hukukunun evsâf-ı esasiyesi ve bidâ'î¹⁵ (*orijinal*) cihetleri.

¹⁴ Müellife ait olduğuna dair not içeren bir dipnot dışında bütün dipnotlar ve köşeli parantez içindeki açıklamalar tarafımızdan ilave edilmiştir. Metinde silik veya eksik olan kelime ya da kelimeler için (...), okunuşundan emin olamadığımız bazı kelimelerin sonunda da [?] işareti kullanılmıştır. Ders notu olarak teksir edilen metnin başka bir nüshası elimizde mevcut olmadığından problemli kısımları mukayese imkanından mahrumuz. Metnin son kısmı, konuların tamamlanmadığını göstermekte ise de elimizdeki nüshanın son sayfası çoğaltılan metnin burada sona erdiğini göstermektedir. Giriş kısmında işaret ettiğimiz üzere metinde yararlanılan üç usul-i fıkıh metni ile birebir iktibas ve fikri etkilenme oranları hakkında fikir vermek üzere bazı yerlerde bu eserlere somut atıflar yapılarak elimizdeki metnin genel çatısı hakkında fikir vermek amaçlanmıştır.

¹⁵ Aynı kelime aşağıda ibdâ'î şeklinde yazılmıştır.

I. Usul-i Fıkıhın Lüzumu

1. Usul-i fıkıhın tedrisinde başlıca üç lüzum, üç gaye vârid-i hâtır olabilir:

2. Birincisi: Kur'an ve hadisten istinbât-ı ahkâm etmektir. Bu gaye, usul-i fıkıhta şimdiye kadar takip edilen yegâne gayedir. Fî'l-hakika İslam hukuku aslında nakle müsteniddir. Usul-i fıkıh, nakilden usul-i istihrâcı bildiren aklî kaidelerdir. Kur'an ve hadisin hafî, mücmel, müşkil ibarelerinden nasıl mana çıkarılacaktır, zâhiren mütebâyin gibi görünen hükümler nasıl telif edilecektir... ilh. gibi meseleler bu birinci gaye itibariyle usul-i fıkıhın mevzûunu teşkil eder.

3. İkincisi: Ale'l-umum kavânînden istihrâc-ı mana etmek. Tabir-i âharla vâzı'-ı kanunun maksadına vukuf ve intikali temin etmektir.

Bu, birinciye nazaran daha umumi ve şümüllü bir gayedir. Birincisi usul-i fıkıhın "gaye-i hâssı", ikincisi "gaye-i âmmı" diyebiliriz. Usul-i fıkıhın ilk sebep-i vaz'ı şüpheşiz ki gaye-i hâssı temin etmektir. Fakat hiçbir ilim, vaz' u tesis edildiği mahdut dairede kalamaz. Ya şümülünü tezyîd veya mevzûunu tağyir ve tadil ederek tekâmül eder. Binaenaleyh bugün usul-i fıkıhta böyle bir gaye-i âmm tasavvur edilebilir. Bundan maksat nedir? Ale'l-umum "kanun"un ruhunu anlamak imkânını temin etmektir. Kanunun fûlan ibaresinden ne için fûlan mana maksuddur? İfadede hasr ve tahsis mi vardır, ta'mîm mi vardır, müphemiyet neden neşet ediyor ve bu müphemiyet nasıl izale edilebilir? Vâzı'-ı kanun bu ibare ile, bu kelime ile ne kasetmiştir? Niçin böyle kasetmiştir?... ilh.

Burada lisan, belağat, mantık kaidelerinden, ictimaiyât, ruhiyât mu'tayâtından, ictihad-ı mehâkim esaslarından, tarih-i hukuk tetkikatından istifade edilerek kaideler, usuller vaz' ve tesis edilebilir. Nitekim usul-i fıkıhın malum ve müdevven kaideleri, lisan, belağat ve mantık kavâidinin hukuka mezc ve te'lifinden başka bir şey değildir. Fakat elyevm mevcut olan bu kaideler mevzu-i bahsimiz olan şu ikinci gayeyi tamamıyla temin edebilir mi? Bu nokta şayân-ı tetkiktir. Eğer kafi gelirse fe-ni'me'l-matlub. Kafi gelmezse yeni bazı esaslar ve kaideler vaz'ına imkân yok mudur? Buna imkân tasavvur etmemek terakki mefhumunu inkâr etmek demektir. Bu ise hakâyık-ı ahvâl ile gayrı kâbil-i telif bir iddia olur. Binaenaleyh yeni esaslar ve kaideler vaz'ı imkânı bizim nazarımızda mevcuttur. Ancak bu ümniyye-i âliye bugün bize değılse de yarın haleflerimize müyesser olacaktır, kanaatindeyiz.

Bu yeni kavâidin vaz' u tesisi halinde usul-i fıkıh şimdikinden daha mühim ve daha şümüllü bir ilim haline gelecektir. Yeni usul-i fıkıh hem Şark hem Garb hukukuna kâbil-i tatbik bir mecmû'a-i kavâid olacaktır. Bu yeni ilmin vaz'ı şerefi şüphesiz ki daima usul-i fıkıh müessislerine ait ve râci' olacaktır. Dünyanın başka cihetlerinde nazîri bulunmayan bu ilm-i celîl, bu suretle yeni mıntıklar feth ve zabt edecek ve gayesine doğru daha müttekâmil ve emin hatvelerle yaklaşacaktır.

4. Üçüncüsü: İslam hukukunun evsâf-ı mümeyyizesini, ibdâ'î (*original*) cihetlerini göstermek, İslam'a has esaslarla medeniyet-i kadîmeden intikal eden fikirleri tefrik, bu fikirler arasında asrî telakkiyâta uymayan skolastik ve metafizik nazariyâtı tayy ve ihraç, hulasa İslam hukukunun ruh-ı İslamiyete, terakki ve medeniyete muvafık bir tasfiyesini icra etmektir.

Buna usul-i fıkıhın ilmî gayesi itlak edebiliriz. Bu gayenin temini hayli cesurâne bir sa'y ve ictihada mütevakkıf olduğu bedihîdir. Usul-i fıkıhın en lüzumlu cihetlerinden birisi de bu gaye olduğu halde bu cihet şimdiye kadar asla nazar-ı itibara alınmamıştır. İslam hukukunun menâbi' ve esasâtı teşrî edilirken eski Yunan ve Roma medeniyetlerinden intikal etmiş bazı efkâr ve nazariyâta tesadüf ediliyor. Fukaha ve ulema-yı İslam bu nazariyeleri, bu fikirleri olduğu gibi kabul etmişler, onları birer nass-ı kâtr' gibi telakki etmişlerdir. Onları tenkîdî bir fikir ile tetkik etmeğe hiç kimse heves etmemiştir. Eflatun veya Aristo ne demiş ise onlar lâ-yetegayyer düsturlar halinde, İslam felsefesine o felsefeden İslam ilm-i hukukuna, İslam ilm-i ahlakına geçmiştir. Mesela Aristo'nun felsefede tesis ettiği ilel-i erba'a nazariyesi aynen ve bilâ-ta'dil İslam hukukuna nakl ve tatbik edilmiştir. Malumdur ki Aristo hadisât-ı tabîyedeki esbabı dört kısma ayırır: 1. Esbab-ı maddiye (*causa materialis*), 2. Esbab-ı gâ[i]ye (*causa fialis*), 3. Esbab-ı şekliye (*causa formalis*), 4. Esbab-ı âmile (*causa effiecius*).

Bu esbabın bu vechile taksimini ve buna müstenid tarz-ı izahını en yeni usul-i fıkıh eserlerinde de kabul edilmiş görüyoruz. Bu nazariyât-ı kadîme böylece bilâ-ta'dil nakledilirken ekseriyâ me'haz ve menba'ları da gösterilmez. Bu fikirlerin nereden geldiği söylenmez. Ve onlara hemen hemen dinî ve Kur'anî bir renk verilmek istenildiği görülür. En büyük imam ve fakihler bile bu nakîsadan kurtulamamışlardır.

5. Ulema ve fukahanın, furu-ı fıkıhta gösterdikleri nüfuz-ı nazar ve ızhar ettikleri yüksek ta'mîk ve ihtisas gözönüne getirilince bu cihetleri neden bu kadar tenkitsiz ve ta'mîksiz bıraktıklarına akıl ermiyor. Onların muhayyiru'l-

ukûl sa'y-i zekaları âsâr-ı bâhiresiyle meydandadır. Bunu inkâr gayri kabildir. Fakat medeniyet-i kadîme ile ittisal noktalarının müphem, meşkur, muzlim kalmış olmasını nasıl izah edeceğiz?

Mesela İmam Gazzâlî gibi felsefede, hukukta, ulûm-i şettâda yed-i tûlâ bulunan bir dâhî, Aristo'nun ve Eflatun'un nazariyelerini bütün tetkikâtına esas ittihaz ediyor. Bunları bir hakikat-i kat'îye, lâ-yetegayyer bir düstur gibi kabul etmekten çekinmiyor. Fazla olarak menba'larını ve me'hazlarını vuzûh ve sarâhatle göstermiyor. Binaenaleyh Gazzâlî'nin eserini okuyanlar bu fikirlerin nereden geldiklerini sarâhaten göremiyorlar. Bu fikirler tamamen orijinal midir, yoksa bir eser-i nakl ve iktibas mıdır veya sadece de tercüme midir, bu cihet anlaşılıyor. Bu fikirlerin ruh-ı İslam ile, itikad ve hukuk-ı İslam[la] derece-i lüzum ve irtibatı, münasebeti nedir, bu noktalar fıkıh ve usul-i fıkıh ve ilm-i kelimelerinde asla mevzu-ı bahs edilmemiştir.

İşte "Yeni Usul-i Fıkıh"ın gayelerinden birisi bu muzlim noktaların tenviri olacaktır. Usul-i fıkıh buna muvaffak olduğu gibi İslam hukuku daha iyi anlaşılmalı, ebâtîl [ve] hurafâttan tecrid ve tenzih, hulasa tasfiye edilmiş olacaktır. Bu da yarının genç hukukşinaslarına mev'ûd ve mukadder bir vazife-i mukaddesdir.

Bu üç gaye gözönüne getirilecek olursa usul-i fıkıhın lüzum-ı tahsili teslim edilmek lazım gelir.

6. Bugün "serbestî-i ictihad" devr-i mes'ûduna dahil olduğumuzdan dolayı usul-i fıkıhın birinci gayesini vazifesine [yerine getirmesine] lüzum ve ihtiyaç kalmamış olduğu dermeyan edilebileceği vârid-i hâtır olmasa bile ikinci ve üçüncü gayelerinin temini başlıbaşına tahsilimiz için bir lüzum ve zaruret teşkil ettiği şüphe edilemez.

Bâlâda bu gayelerin izahı esnasında serdettiğimiz mevzular ve meseleler o kadar mühimdir ki İslam hukukunun ilmî ve tenkîdî bir nazarla tetkiki ancak bu meselelerin halli ile mümkündür. Bunu ise ancak izah ettiğimiz tarzda yeni tesis edilecek bir usul-i fıkıh ilmi mütekeffildir.

İkinci ve üçüncü gayelerin ehemmiyet-i ilmiyesi meydandadır. Birinci gayeye gelince: Serbestî-i ictihad devrinde bu gaye üzerinde evvelce olmadığı kadar tevakkuf etmeğe ve bu gayenin hüsn-i temini için ince yollar, vasıtalar aramağa ve birtakım bî-lüzum tetkikât ve tahlilât ve ta'lîlât ile vakit geçirmeğe bî't-tabî lüzum yoktur. Bu cihetler ilmî ve tarihî bir nokta-i nazardan süratle gözden geçirilerek ikinci ve üçüncü gayelerin temini için sarf-ı mesai edilir.

Yeni tarzda usul-i fıkıh, mahz-ı felsefe-i hukuk demek değildir. Felsefe-i hukuktan istifade edeceği cihetler bulunabilir. Fakat ondan tamamen ayrı bir şeydir, sâha-i iştigâli müstakildir. Felsefe-i hukuk “mahz-ı hak” ile meşgul olur. Usul-i fıkıh ise “ruh-ı kanun”u ızhara çalışır.

II. Usul-i Fıkıhın Cem'i

7. Usul-i fıkıh kavâidinin vaz' ve tesisinde nasıl bir usul takip edilmiştir?

İlimde usul, muvaffakiyetin, hakikate vusûlün şart-ı esasîsidir. İyi intihab ve tatbik edilmiş bir usul ilmi hakikate; yanlış ve noksan bir usul ilmi hatalara sürükleyebilir. Eski tıp ile yeni tıbbın, eski [hukuk] ile yeni hukukun başlıca farklarından birisini “usul-i tetkik” teşkil ettiğine şüphe yoktur. Mesela tecrübe ve istikrâyı istihkâr (...) usulüne atf-ı ehemmiyet eden bir ilm-i tıbbın veya ilm-i iktisadın bugünkü terakkiyâta mazhar olması kabil miydi? Her ilim, mevzûunun icab ettiği bir tarzda muhtelif usullere, icabında pek hususi usullere müracaata mecburdur. Bu suretle hareket edildiği takdirde muvaffakiyet, aksi takdirde akâmet muhakkaktır.

Usul-i fıkıh kavâidini tesiste şimdiye kadar tatbik edilen usul, belağat-i Kur'âniyenin ve lisan-ı Arabın tahkikidir. Bu esasa bir de mahdud bir şekilde mantık ve istidlal kaideleri ilave edilerek usul-i fıkıhın esasları kurulmuştur.

8. Bugün için bu esaslar, bu usul-i tetkik kâfi midir? Tasvir ettiğimiz şümulle, yeni usul-i fıkıh için bu usul-i tetkik lazımdır, fakat kâfi değildir. Lisan ve mantık kaidelerinden başka ictimâiyât ve hatta ruhiyât mebâdisinden, mu'tayâtından da istifade edilebilir.

Bilhassa tenkîdî ve tarihî usule, mukayese ve tetkik esaslarına ehemmiyet verilmelidir. İslam hukukunun menâbi'i ve esasları tetkik edilirken gayet bî-arafâne bir “tenkid”e ihtiyaç vardır. Bu sayede yeni hakikatlerin keşf edilebileceği görülecektir. Bu noktada fukaha-yı ızâm hazerâtı tecâhül ve tesâmî göstermişlerdir. Âtîde bu usul-i tetkike dair bir misal irâ'e edileceği gibi eski usul-i tetkikin noksanları da gösterilecektir.

III. Usul-i Fıkıh Tedrisatı

9. Şimdiye kadar Hukuk Fakültesinde ve mülga medreselerde usul-i fıkıh tedrisatı Seyyid Bey merhumun eser-i âlîsi müstesna olmak üzere

bir eser-i tekâmül göstermemiştir. Usul-i fıkıh kitapları skolastik devir ve teselsüllerden, lafız mücadelelerinden, bî-lüzum ve hukuktan ziyade teolojiye ait münakaşalardan kurtulamamıştır. Misaller o kadar mahdut, o kadar azdır ki bir mesele için muhtelif eserlerde aynı misallerin îrâd edildiği görülür. Ve zannedilir ki o kaide, o misal için icad edilmiştir. Fi'l-hakika kavâid misaller üzerine müsteniddir. Fakat bir kaideyi bir misale hasr etmemelidir.

10. Usul-i fıkıhın terakki etmemesinde fıkıhın terakki etmemiş olmasının tesiri derkârdır. İctihadın mesdûd veya münsedd olduğuna itikad edilen bir devirde usul-i ictihad demek olan usul-i fikhî tevsî'e ne lüzum vardır? Bu itikada bağlı ve mu'âsırînin cehli ile kudemânın irfanına kâil olan bir usul-i fıkıh hocası için asırlarca mukaddem yazılmış âsârı aynen, bilâ-tetkik ve lâ-tenkid tekrar etmekten başka bir yol var mıdır? Onun nazarında beşeriyet, fukahanın eserlerinde hadd-i kemalini bulmuştur, artık daha ileri gidemez. Binaenaleyh daha ileri gitmek için usul-i tetkikte tevsî' ve tecdide lüzum yoktur. Bu fikir ile hareket eden bir hoca nazarında usul-i fıkıh mukaddes mefhûmât sırasına dahildir. Halbuki fukahanın müessis-i âlîsi olan İmam-ı A'zam nazarında usul-i fıkıh mevcut bile değildi.

Usul-i fıkıhın teessüsü ve tekâmülü hususunda mühim hizmetleri görülen fukahanın isimleri ve şahsiyetleri az çok malumunuz olduğundan bu ciheti tekrara lüzum görmüyorum.

IV. Bugünkü Safha-i Tekâmülün Adem-i Kifâyesi

11. Bahs-i sâbıkta usul-i fıkıhın tekâmülünden mahrumiyetini söylerken Seyyid Bey merhumu istisna etmiştim. Bu istisnayı yalnız bir hâtıra-i hürmet eseri olarak değil, bir hakikat olarak kaydetmelidir. Fi'l-hakika üstad-ı muhterem-i merhum, usul-i fikhî serbestî-i ictihad cari olmadığı bir devirde layık olduğu derecede yüksek bir maharet ve nüfuz-ı nazarla ta'mîk etmiş ve istihrâc-ı ahkâm için amîk ve dakîk çareler bulmuştur. Zamanına kadar ihmal edilen âsâr-ı kudemâyı tetkik ederek onlarda meknûz bulunan hazâin-i irfanı meydana çıkarmış ve usul-i fıkıh yolunu şu'le-i irfan ve zekası ile tenvir etmiştir. Binaenaleyh Seyyid Bey üstadımızın eserini ve tedrisatını usul-i fıkıh tarih-i tedrisinde bir merhale-i tekâmül addetmek zaruridir. Ve bu, üstadın hakk-ı harîmidir.

Seyyid Bey merhumun gösterdiği teceddüdât çoktur. Bir kere usul-i fıkhıta tarihi ve mukayeseyi nazar-ı itibara almıştır. Muhtelif akvâli mukayese ve tenkidde ve onlardan bir semere-i hilaf, bir netice çıkarmakta maharet-i kâmile sahibidir. Bu usul, zamanına gelinceye kadar[ki] usul-i fıkıh müderris ve müelliflerince meçhul idi. Sâniyen, üstad-ı muhterem eski müderrisler ve müelliflerin ekserisi gibi kendinden evvel gelen fukaha ve ulemanın fikirlerine esir kalmamış, Allah'ın en büyük nimet ve atıyyesi olan akıl ve zekasını taharrî-i hakikat yolunda hürriyet-i tâmmeye ile isti'mal etmiştir. İslam hukuku tarihinde nice mütebahhir ve yüksek zekalı fukaha görülmüştür ki bütün zeka ve irfanlarını mahdud birkaç kaidenin taht-ı tahakkümünde, belki ebâtıl ve hurâfâtın vâdî'-i tehakkümünde bırakmışlardır. Onlar serbest düşünmek saadetine nail olsalardı feyyaz dimağlarından ne mühim istifadeler temin edilebilirdi. Asırlarca uyuşuk kalan böyle bir zihniyetin zincirini kıranlardan birisi Seyyid Bey merhumdur. Bu itibarla eseri, bir eser-i teceddüddür. Sâlisen, Seyyid Bey, zamanına kadar ihmal edilen tettebbu'ât-ı tarihiyeyi ileriye götürmüştür. Tarihsiz usul-i fıkıh pek nâkıstır. Ma'a't-teessüf bu noksanı kudemayı fukaha hissetmemişlerdir. Fıkıhın ve usul-i fıkıhın tenkidî ve ilmî bir tarihine şiddetle ihtiyaç vardır. Eski fukahanın nazarında bu usul kâmilin meçhuldü. Onlar yalnız terâcim-i ahvâlin kaydıyla iktifa ederlerdi. Bu hususta da Seyyid Bey ilk eser-i teceddüdü göstermek şerefini ihraz etmiştir.

İşte şu birkaç nokta-i nazardan bakılınca Seyyid Bey'in eserine bir merhale-i tekâmül demek zaruridir. Ancak bu safha-i tekâmül bugünkü mes'ûd serbestî-i ictihad devrinin ihtiyacâtını tatmine müsait değildir. Şurasını hemen ilave etmeliyim ki, merhum yaşasaydı, zamanımızın icab ettiği tekâmülâtı en ziyade sürat ve salâhiyetle temine muvaffak olurdu. Tâli' bizi, sizi ve zamanımızı bu saadetten kiskandı ve büyük müceddid üstadı aramızdan aldı. Fakat biz onun arkasından gideceğiz. Bize gösterdiği ve tenvir ettiği yoldan yürüyeceğiz ve gösterdiği hedef-i kemale bugün değilse yarın vâsıl olacağız.

12. Bu safha-i tekâmül bugünün ihtiyacâtını tatmine niçin müsait değildir?

Bu safha-i tekâmülde en ziyade serbestî-i ictihad esasını mehmâ-emken temin edecek kavâid ve usul tetkik ve ta'mîk edilmiş, usul-i fıkıhın mütedavil olan birçok mebâhisi ihmal olunmuştur. Zamanın ihtiyac[ın]a nazaran bu usulü takip etmek zaruri idi. O zaman hedef-i aslî ve gaye-i yegâne "serbestî-i ictihadı mehmâ-emken temin" etmekti. Mebâhis ve nazariyât hep bu hedefe tevcih edilmişti. Bu gayenin temini için Seyyid Bey merhum hakikaten üstâdâne fasıllar tahrir etmiştir.

Ezcümle istihsan ve maslahat-ı mürsele, irade kaza ve kader, hüsün ve kubuh, zaruriyyât, hâciyyât, hikmet-i teşrîf bahislerinde nice mesâil-i mühimmeyi tetkik eylemiştir. Üstad, serbestî-i ictihada çareler, vasıtalar bulmak için çok çalışmış, eski fukahanın tecrid ettikleri mazîk-i fikir ve ictihaddan kurtulmak için çabalamıştır. Bu mesai ve tetkikât, hiç şüphesiz, büyük istifadeleri mücib olmuş, genç dimağlara münevver bir yol açmıştır.

Bugün vaziyet böyle değildir. Serbestî-i ictihad resmen ve tamamen kabul edilmiş olduğu için san'atkarâne ve mahirâne yollar bulmak için yorulmağa lüzum yoktur. Binaenaleyh bu gibi mebâhis üzerinde fazla tevakkuf edilecek yerde usul-i fıkıhın ahkâm ve elfâz kısmına ait olan mebâhisin izahıyla beraber bugünkü ihtiyacın istilzâm edeceği bazı yeni esaslar ilave edilebilirse etraflı ve daha tam bir usul-i fıkıh programı tesbit edilmiş olur.

V. Usul-i Fıkıh İçin Yeni Bir Programın Tesisi Zarureti

13. Mütala'ât-ı sâbıka nazar-ı itibara alınırsa yeni bir usul-i fıkıhın vaz' ve tesis zarureti teslim edilmek lazım geldiği anlaşılır.

Fî'l-hakika yeni bir usul-i fıkıha ihtiyaç vardır. Fakat bu noktada iki mesele ile karşılaşılıyor:

1. Yeni usul-i fıkıhın hududu ve usulleri ne olmalıdır?
2. Bu müşkil ve cesurâne teşebbüs nasıl iktihâm edilecektir?

Birinci suale cevap vermek kolaydır. Bu hududu ve usulleri şimdiden mehmâ-emken tespit etmek mümkündür. İkinci meselenin halli ise zamana aittir. Birinci şık teslim edilince ikinci şıkkın da uzak yakın bir âtîde sâha-i imkâna girmesi ba'îdü'l-ihtimal değildir.

Şimdi birinci meseleyi tetkik edelim. Usul-i fıkıhın yeni hududunu çizelim.

14. Yeni usul-i fıkıh Kur'an ve hadisle beraber ale'l-umum kavânînin ruh ve mezâyâsına vakıf olmak, meânî-i asliyesini anlamak, onlardan ahkâm istihrâc etmek için tatbiki lazım gelen kavâidin hey'et-i mecmuasıdır.

Evvelâ: Bu kaideler tesis ve izah olunurken misaller kanunlardan alınmalı ve mümkün olduğu kadar teksîr ve tenvî olunmalıdır.

Sâniyen: Usul-i fıkıh kaideler[in]in tesisi kavlinde skolastik münakaşalar

bertaraf edilmeli, zevâid tayy ve ihrac olunmalıdır.

Sâlisen: Felsefe-i atıkanın bugün yanlış oldukları tahakkuk eden telakkileri usul-i fıkıh sahasından çıkarılmalı. Usuliyyûn bazen istidlallerini sahih göstermek için bazı felsefi deliller vaz' ederler. Bu delâil Eski Yunan felsefesinin za if ve nâkıs in ikâsâtından başka bir şey değildir. Mesela hüsün ve kubuh bahsinde Eş arîler şu delile istinad ederler: "Kıyâmü'l-araz bi'l-araz batıldır." Bu fikr-i felsefî nereden neşet ediyor ve hakikati nedir, bu gibi mebâhiste şayân-ı ihticac olacak hakiki bir kıymet-i ilmiye ve felsefîyesi var mıdır? Usuliyyûn bu cihetleri tetkike lüzum görmeden bu delili zikrederler. Fikrimizce bunlar gayri ilmî münakaşa ve cedelden ibarettir. Bu kabilden cedeliyât ve muğâletât artık kâle alınmağa bile değmez.

Kezalik cevher ve araz telakkileri de Eski Yunan felsefesinin bekâyâ-yı fikriyesidir. Bunları mebâdî şeklinde kabul etmek ilmî bir usul için mümkün değildir.

Râbian: Usul-i fıkıhın tevsî'i ve bunun için yeni birtakım esasların vaz'ı lazımdır. Yeni program meselesinde bu, en mühim noktayı teşkil ediyor. Bu esaslar ne gibi şeyler olabilir? Bunu şimdiden beyan edecek vaziyette değiliz. Bu, zamanın lütfuyla olacak bir eser-i tekâmüldür, ancak şimdiden vârid-i hâtır olan bazı esasların beyanını fâideden hâlî görmüyoruz.

Bu esaslar şunlardır: *Evvelâ*: Ta'dîl-i Kavânîn Komisyonlarının tarz-ı mesaisini tayin eden hukuki [umdeler?]. *Sâniyen*: Vâcibât ve Ahkâm Komisyonunca kabul ve teyid edilen hukuki umdeler. Bu esâsât-ı cedîdeyi ictihad babında tafsîlen beyan edeceğiz.

Hâmisen: Kavânîn'in suret-i tekevünü, tefsiri hakkında "ictihad-ı mehâkim" in ifâ ettiği hizmetler izah olunmalı, bu esastan istifade edilmeli ve Avrupa hukuk-ı medenîyesinin bu husustaki ahkâmı bi't-tetkîk usul-i fıkıh kavâidiyle mezc olunmalıdır.

Sâdisen: Usul-i fıkıhın malum ve mazbût olan taksîmâtı ve mebâhisi aklî ve istikrâî esaslara müstenid olduğundan ibkâ olunabilirse de tevsî'ât-ı cedîdenin icab ettiği bazı aksâm ilave olunabilir. Bu ihtiyacın derecesi ancak derslerin teferruatı esnasında takdir olunabileceği cihetle şimdiden bu hususta bir fikir dermeyer edemeyeceğiz.

İşte yeni bir usul-i fıkıh için tasavvur edebildiğimiz esasât şimdilik bunlardan ibarettir.

VI. Usul-i Fıkıh Tedrisatında Takip Edilmesi Mümkün Olan Meslekler

15. Usul-i fıkıh tedrisatında şimdide [kadar] takip edilen meslekler iki şekle ırcâ olunabilir.

Birincisi Klasik ve Teolojik Mekteb tedrisatı, ikincisi Müdafaacıların mektebidir.

Bunlara takip etmek istediğimiz tenkidî “lâyik” meslek ilave olunacak olursa bu husustaki mezhepler üçe bâliğ olmuş olur.

Bu mekteplerin evsâf-ı esasiyesini ayrı ayrı zikredelim.

16. Evvelâ: Klasik ve Teolojik Mekteb

Bu, usul-i fıkıh müessislerinin ve onları takip eden fukahanın mesleğidir. Bu mektebin ilk vasf-ı bârizi dogmatik olmasıdır. Onların nazarında bütün hakâyık şer'î ve dinîdir. Din ve şer'at da onlara göre ictimâî bir mahiyet olmaktan ziyade fevka'l-beşerî bir mahiyet suretinde tecelli eder. Fukaha bazı telakkilerinde dinin ve şer'atın ictimâî ve hukukî evsâfını sezdiklerine delalet edecek bir istikamet göstermişlerse de bu vadede çok ileriye gidememiş ve bazı cihetlerde attıkları terakki adımlarına mukabil diğer taraflarda ırticâî hareketlerde bulunmuşlardır. Bu mezheb erbabı meyanında bazen İsa b. Eban gibi zamanına göre hayli cesurâne ve mübdî'âne fikirler dermeyan edenler görülmüştür. Ancak bu kısım mübdî'iler [mübdî'ler] ekalliyette kalmışlar ve ekseriyet ise dar ve muzlim bir vadede sergerdan olmuşlardır.

17. Bu mektebin ikinci vasf-ı mümeyyizi “taklid”dir. İtiraf etmeli ki bu mekteb müntesiplerinin bir kısmı serbestî-i tefekkür ve serbestî-i ıctihad esasına riayet etmişlerdir. Bu itibarla Klasik Mekteb iki zümre arz eder:

Birinci zümre: Serbestî-i ıctihad taraftarlarıdır. Usul-i fıkıh müessisleri ve onları takip eden fukaha bu zümredendir. Ez-cümle İmam Şâfi'î, İsa b. Eban, Kadı Ebu Zeyd Debûsî, Fahrü'l-İslam Pezdevî, Şemsü'l-eimme Serahsî bunlardandır.

İkinci zümre: Bab-ı ıctihadın mesdûdiyetine kâil olan mukallidlerdir. Bunlar usul-i fıkıhın tedennîsine, inhitatına sebep olmuşlardır. Bu zümre erbabının asırlarca hüküm-fermâ oldukları görülür. Akli tevakkufa sevk eden bu merhale-i inhitatta usul-i fıkıh aynı yeknesak şekilde tedris edilir, aynı misaller yüzlerce defa tekrar olunur ve hiçbir ciheti tetkik ve tenkid olunmazdı. Körükörüne bir taklid bu zümrenin vasf-ı mümeyyizidir. Bu zümrenin nazarında bütün hakâyık ve bütün kemâlât fukaha ve müessisînin eserlerinde

nihayet bulmuştur. Artık onları tekrardan başka yapacak bir şey yoktur. İbdâ' ve teceddüd bunların nazarında gayri mümkün belki de bir küfürdür. Bunlar kendi kendilerini bir mazîk-ı zulmet ve fikrinde(?) habs ve tevkîf etmişlerdir. Bu zihniyetin muhtelif avâmil ve esbabı bulunduğu derkârdır. Bu müessirâtın bütün vuzûhuyla ve netâyiciyle meydana ihrâcı İslam hukuku tarihinin en mühim vezâifindedir. Tarih-i hukuk bahsinde bu meseleye rücu edeceğiz. Şimdilik bu kadar bir işaretle iktifa ediyoruz.

18. Klasik Mektebin üçüncü vâsıf-ı mümeyyizi skolastik ve metafizik efkâr ile mâlî olmasıdır. (Misaller bulunacak). Mesela “irade mahlûk mudur değil midir?” münakaşât[1], “teklîf-i mâ-lâ-yutâk” ve “ta'zîb-i mutî” faraziyâtı bu mektep mücâdillerini hayli meşgul eden mebâhistendir. Kezalik “kıyâmü'l-araz bi'l-araz” gibi istidlaller, (...) faraziyeleri bu kabildendir.

19. Müdafacıların Mektebi

Bu mektep erbabı serbestî-i ictihadı şiddetle müdafaa edenlerdir. Bab-ı ictihadın asırlarca devam eden mesdûdiyeti bu müdafacıların hürriyetperverâne mücâhedâtıyla kısmen nihayet bulmuş oluyordu. İctihadın kapalı kalmasıyla zihinler bunanmış, İslam hukuku tevakkufa, atâlete, hatta inhitâta dûcâr olmuş, esaret-i fikriye son dereceye varmıştı. İşte bu muzlim devrin nihayetlerine doğru İslam ülkelerinde hukuk ilminde bir intibah hâsıl olmağa başladı. Münevver hukukşinâsân yetişti. Usul-i fıkıh bu tenevvürden âzâde kalamazdı. O da bu umumi intibah içinde terakki etmeğe başladı. Hararetli müdâfi'ler usul-i fikhî layık olduğu mertebe-i refî'aya yükseltmeye çalıştılar. Türkiye'de Seyyid Bey, Mısır'da Şeyh Muhammed Abduh, Rusya'da Musa Carullah Bigiyef bu mektebin alemdârânıdır.

Müdafaa Mektebinin birinci vâsıf-ı mümeyyizi serbestî-i ictihad taraftarı olmasıdır. Kavâid-i mevzû'a-i muayyenesine riayet etmek şartıyla ictihad, bunların nazarında İslam hukukunun terakkisi için elzem olan bir vasıtaadır. “Kavâid-i mevzû'a”ya riayet müdafacıların esas-ı hatt-ı hareketini teşkil etmekle beraber onlar işbu kavâidi eski dar hudutlarından kurtarmaya çalışmışlardır. Usul-i fıkıh kavâid ve esasâtını geniş, müteceddid bir nazarla görmüşler, o kaideleri istinbat-ı ahkâm hususunda serbest bir surette istimal etmişlerdir.

20. Bu mektebin ikinci vâsıf-ı mümeyyizi az ilmî ve çok felsefî olmasıdır. Bu noktada biraz tevakkuf edelim.

Bu mektep erbabı İslam hukuku tarihine layık olduğu ehemmiyeti vermekle beraber bu hukuku ilmî ve tenkidî bir nazarla tetkik etmemişlerdir. Tarihi

olduğu gibi tavsif ve tasvir etmek var, bir de tarihî malumatı tenkid ve mukayese ve tahlil usulleriyle tetkik ederek hakiki kıymetleri meydana çıkarmak var. Bu ikinci şık ilmî bir görüştür. Hakiki malumat-ı tarihiye ancak bu görüşle meydana çıkar. Bu ilmî tetkiktir ki hataları tashih eder, her şeyi yerli yerine kor, hakiki menba'lara kadar çıkar, asıllarla taklidleri tefrik eder. Her meseleye layık olduğu kıymeti verir. Metafizik telakkiyâta sed çeker, felsefe rengine bürünen vâhî fikirleri izale eder, hulasa hakikati meydana çıkarır. İşte bu ilmî tetkik, bu ilmî görüş Müdafaa Mektebinde nâkıs bir halde mevcuttur. Ona mukabil felsefi telakkiler ziyadedir. Ancak bu felsefe telakkileri de asrî olmaktan ziyade kudemâ-perestânedir.

Şu mesrûdâtımızı bir misal ile izah edelim: Yeni bir usul-i fıkıh kitabında¹⁶ deniliyor ki:

"Müellefât-ı usûliyyeden *Tavzîh* ile şerhi *Telvîh*'de beyan olduğu vechile hukemâ-yı İslam nefsi-i insânîde üç kuvvet tasavvur ediyorlar. Biri kuvve-i akliye, diğeri kuvve-i şehevâniye, üçüncüsü kuvve-i gazabiyedir. Kuvve-i akliyyeye kuvve-i melekiye, kuvve-i şehevâniyyeye kuvve-i behîmiye ve nefsi-i emmâre, üçüncüsüne yani kuvve-i gazabiyeye de kuvve-i sebû'iyeye dahi itlak ediyorlar.

Kuvve-i akliye hakâyık ve avâkıbı idrakin ve mesâlih ile mefâsîd beynini temyîzin mebbeididir. Kuvve-i şehevâniye celb-i menâfi' ve arzû-yı lezâizin mebbeididir. Kuvve-i gazabiyeye de korkulu ve tehlikeli şeylere ikdamın, tasallut ve tereffü'e meyl ve şevkin mebbeididir.

Kuvve-i akliyenin i'tidâlinden hikmet, kuvve-i şehevâniyenin i'tidâlinden iffet, kuvve-i gazabiyenin i'tidâlinden şecâat hâsıl olur. İşte ümmehât-i fezâil bu üç şeyden ibarettir.

Bu üç faziletin biri ifrat, diğeri tefrit olmak üzere iki tarafı vardır ki onlara rezileteyn denir. Hikmetin ifratına cerbeze ve tefrit cihetine gabâvet itlak olunur..."¹⁷

Bugün hiçbir kıymeti olmayan şu (...) ve tarifler Aristo'nun felsefe-i ahlakiyesinden alınmıştır. *Tavzîh* sahibi bu mefruzâtın hepsini(?) İslam'a atfediyorsa da doğru değildir. Fî'l-hakika hukema ve felâsife-i İslam eserlerinde bu malumat-ı ahlakiyeyi ve felsefiyeyi zikretmişlerdir. Fakat onları kendileri

¹⁶ İktibas edilen metinden hareketle, ismi zikredilmeyen bu kitabın Seyyid Bey'in *Usûl-i Fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrade, Kaza ve Kader*, (Kader Matbaası, Dersaadet, 1338 [1922]) isimli eseri olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁷ Seyyid Bey, *Usûl-i Fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrade, Kaza ve Kader*, s. 259-260. Alıntının ilk bölümleri birebir örtüşmekle birlikte son paragraf tasarruflarla alınmıştır. Seyyid Bey, meseleyi "Adaletin Mana-yı Ahlakisi" başlığı altında ele almaktadır. Seyyid Bey'i genel olarak büyük bir takdirle zikreden Hüseyin Naci'nin bu olumsuz örneği verirken kitab ve müellifine işaret etmemesinin, Seyyid Bey'e bu yaklaşımı yakıştıramamış olmasından kaynaklandığı düşünülebilir.

icad etmemiştir. Nereden devr aldıklarını onlar sarâhaten beyan etmezlerse de eski Yunan felsefesinden intikal ettikleri muhakkekât-ı tarihiyedir. Hukema-yı İslam için menba' ve me'haz zikretmeksizin bu malumatın zikir ve beyanı, ilmî bir nakîsa olduğunda şüphe yoktur. Fakat o zamanlar bu gibi ilmî usullere riayet edilmezdi. Hele felsefe-i atîka metrûkâtı emvâl-i mübâhadan addolunurdu. Onun için hukema-yı İslamî ve onlara kıyasen fukaha ve usuliyyûnu bir dereceye kadar mazur görmek mümkündür.

Fakat intibah devrinde yetişen müdafaa erbabı bize bu hakikatleri göstermeli idiler. Halbuki onların da bilâ-tetkik bu gibi malumatı bir hakikat-i ilmiye gibi kayd ve tasrih ettiklerini görüyoruz. İşte bu sebeptir ki bu mesleke "az ilmî çok felsefi" vasfını veriyoruz. Bu vasfın tesiriyledir ki medeniyet-i kadîme ile medeniyet-i İslamiyenin ittisal ve iftirak noktaları tetkik edilmemiş, İslam hukukunun menba'ları ilmî bir surette tahkik olunmamıştır.

21. Bâlâda serdettiğimiz izahât mezkûr mekteplerin bugünkü ihtiyaca kâfi gelmediğini ispat eder. Binaenaleyh tenkidî ve ilmî lâyük bir mektebe ihtiyaç vardır. Böyle bir mezhebin ne gibi esasâta müstenid olması lazım geleceği (Fıkra 14) bir dereceye kadar izah edilmiştir. Onları tekrardan sarf-ı nazar ederiz. Yalnız tenkidî ve ilmî bir nazarla tetkikât icra etmenin ne gibi hakâyıkı meydana çıkaracağını anlamak için nice misallerin îrâdı fâideden hâlî değildir. Ancak tettebbuât-ı tarihiye ve ilmiyede usul-i tenkid müfid olabilmek için bî-tarafâne icra edilmek lazımdır. Bî-tarafâne icrası için de dogmatik telakkilerden mümkün merteye zihin kurtarılmış olmalıdır.

22. Usul-i tenkidin tatbiki sayesinde İslam hukuku tarihinde birçok yanlış telakkiler tashih edilebildiği gibi bazı hatalar ve ittıratsızlıklar keşf olunur. Bilahare bu hataların esbabı araştırılır. Bu tetkikâttan din-i mübîn-i İslam zarar görmez, bilakis istifade eder, müphem kalan noktalar bu suretle meydana çıkar, hatalar tashih olunur, bazı eşhâs ve vekâyi'e layık olmadıkları ehemmiyet verilmez, bazı zevata ise layık oldukları makam-ı tevkîr verilir.

Körükörüne bir taklid ve nakil, tenkidî ve ilmî usulün meçhulüdür. Bu usul, anlamadan, görmeden, tartmadan, menba'ını tahkik etmeden hiçbir şey kabul etmek istemez. Yüzlerce eserler tarafından bilâ-tetkik ve lâ-tahkik asırlardan beri nakledilmiş nice şeyler vardır ki tenkidî ve ilmî bir usul ile tetkik olundukta bulunduğu meçhuliyet ve zulmetten kurtularak nazarlara ıyân bir surette görünür. Ve şimdiye kadar bunların neden böyle mestûr kaldıklarına hayret edilir. O mestûriyet tenkidsiz bir tetkikin eseridir, başka bir şey değildir. Az bir

cehd o mestûriyeti kaldırır.

Hulasa bu usul, tarihi hurafâtın tecrid ederek vaziyet-i hakikiye ve sâlimesine ircâ' eder. Bundan istifade edecek olan şüphesiz "hakikat" ve "İslamiyet"tir.

23. Tenkidî usulün fıkdanı yüzündendir ki asırlarca müddet, İslam memleketleri birtakım mevzu' hadislerin ve hurafâtın esîr-i ahkâmı olup kalmıştır. Bugün bile nice kimseler ehâdîs-i mevzu'aya bir kıymet-i diniye veriyorlar. İnsanı atâlete, dünyadan nefrete, tevekküle, kör bir taassuba sevk eden nice sözler Hazreti Peygambere atıf ve isnad olunmuş ve asırlarca Müslümanlarca mâ-bihî'l-amel tanınmıştır.

Bu gibi mevzu'âtın din ile münasebeti olmadığı ancak son zamanlarda anlaşılmağa ve bildirilmeğe başlamıştır.

Malum olduğu üzere muhaddisîn ve fukaha hadis nakil ve rivayetine ehemmiyet-i fevkalade vermişler ve isnad usulünü vaz ederek hadislerin sahihini fâsidinden tefrike çalışmışlardır. Bu mesai derin fakat nâkısı. Hadis uleması tahlil-i tenkidîyi isnaddan ileriye vardiymağa cesaret edememişlerdi. Mesela bunlar metin hakkında her türlü tenkidden ictinab ettiler. Kezalik silsile-i ruvâtın son haddini teşkil eden ashabı da hâdde-i tetkikten geçir[me] diler. Onları alel-ıtlak masum telakki ettiler. İşte bu iki sebeple onların tetkiklerine "nâkısı" diyoruz. Bu sebeplerin izahı güç değildir. Hadislerin metninin tenkid edilebileceğini kabul etmek mu'tekid ve dindar adamlar için caiz addolunmuyordu. Kezalik ashabın yalan söyleyemeyeceği esasından hareket ettiler. İsnad, kavâid-i rivayete muvafık olursa artık o hadis bir hakikat-i diniye olarak kabul edilirdi. İsnad muntazam değilse bunun taalluk ettiği metin sahih diye telakki edilmezdi. İlm-i hadisın bütün noksanları işte insanî ile ilahî olan şeylerin böyle garib surette birbirlerine karıştırılması neticesi olarak tevellüd etmiştir.

Böyle nâkıs bir usul ile hareket edilecek yerde hadislerin metni ve silsile-i ruvâtın son haddini teşkil eden zevâtın şahsiyetleri tetkik ve tahlil cesareti gösterilseydi birçok mevzu'âtın ve hurafâtın din namına kabulüne mahal kalmazdı. Vâkıa hadis uleması şüpheli isnadların, mevzu hadislerin mevcudiyetini teslim ettiler. Fakat bunu yalnız raviler silsilesinde tarih itibariyle noksan yahut manasız bir şey, yahut vücutları olmadığı halde ömür verilmiş eşhâs isimleri keşf ettikleri zaman yaptılar. İsnad tam bir sıra arz ediyorsa, iyi isimlerden tereküb ediyorsa her türlü şüphe bertaraf oluyordu. Herhangi bir

hadîse en mükemmel ve en iyi bir isnad izâfe etmenin dünyada en kolay bir iş olacağını hiçbir zaman akıllarına getirmediler. Bu sebeple hadis mecmuaları binlerce hadis ile doldurulmuştur.

Mevzu hadislerin suret-i vaz' ve îcâdını, sahih itibar olunanların da derece-i kıymetlerini tenkidî ve tahlilî bir surette izah eden asâr-ı İslamiye ma'a't-teessüf yoktur. Birçok muhaddisîn ve fukaha sadece ehâdis-i mevzû'anın mevcudiyetine kâil olmuşlar ve bu hususta fazla tetkikâta bulunmağa lüzum görmemişlerdir. Halbuki bu tetkikâta şiddetle lüzum vardır. Bu gibi ilmî ve tenkidî tetkikât ilm-i hukuka mensub müsteşrikîn tarafından bir dereceye kadar ifa edilmiştir. Gerçi bu nevi tetkikât bizim istînâs ettiğimiz itikadât-ı diniyemize nazaran biraz yabancı görünüyorsa da, ekseriya birçok hakikatler meydana çıkarıldığı gayri kâbil-i inkârdır. Bu eserler içinde bizim İslamî nokta-i nazarımızca merdud olacak bazı tafsilat mevcut olabilir. Fakat biz bu tetkikâtın her noktasını kabule mecbur değiliz. Ve bilakis onlara karşı bizim de söyleyeceklerimiz bulunabilir. Ancak, bu usul tetkimize rehberlik edebilir. Bu eserler okunursa bir devr-i tarihî hukukiyâtının nasıl tetkik olunduğu anlaşılır. Bu usul-i tenkidî biz de tatbik edebilirsek İslamiyet için nâfi' nice hakikatlere dest-res olacağımız şüphesizdir. Binaenaleyh bu usulü cesurâne kabul edelim.

24. Bu usul-i tetkike bir nümune olmak üzere İtalyancadan (...) ¹⁸

“İsnad nedir? Arap asâr ve edebiyatını tetkik eden zevâtın kâffesi bu hususî istilahın manasını bilirler. Bu kelime gerek tarihî gerek dinî Müslüman edebiyatının en garip safhalarından birine delalet eder. İsnad bir hadisi Peygamberin kendisinden yahut muasır olan ashabın birinden başlayarak metnini tahrîren tesbit etmiş zâta gelinceye kadar şifahen rivayet eden bütün kimselerin zaman sırasıyla ta'dâdından ibarettir (Yahut daha doğrusu ibaret olduğu iddiasındadır). Asıl numune addedilmeğe layık isnad, ta Peygambere kadar erişen birtakım esâmînin cedvelinden ibaret olmak lazım gelir. Bu da Peygamberin sözlerinin ve hareketlerinin hatırasını şifahen başka birine nakletmek ve bu hatıratı rivayet eden kimselerin isimlerini aklında tutmak usulü Peygamber vefat ettiği zamanda carî ve mer'î olduğunu farzetmek esası üzerine müsteniddir. Me' hazları tetkik edince derhal böyle bir zannın yanlışlığına kanaat getiririz. Bu me' hazlar bize gösteriyor ki isnad, ehâdisin teşekkülünü takip ediyor, ¹⁹ ona müterâfık bulunmuyor. Sahih ehâdisin kısım-ı a'zamında isnad kadîm bir metne çok sonradan vuku' bulmuş bir ilaveden ibarettir. İsnad yeni medeniyetin ihtiyacâtının neticelerinden biri oldu.

İbn Hişâm'ın matbu metninin son cildinde Wüstenfeld²⁰ terceme-i hal içinde bulunan bütün

¹⁸ Sayfanın son satırı silik ve okunaksızdır.

¹⁹ Bu eseri baştan başa takdir ettiğimiz anlaşılmasın. İçinde şâyân-ı red ve cerh birçok istidlâlât mevcut bulunan bu esere ancak usul-i tenkidin faidesini göstermek için müracaat ediyoruz. [Hüseyn Naci].

²⁰ Alman şarkiyatçı Wüstenfeld (1808-1899) hakkında bilgi için bkz. Hilal Görgün, “Wüstenfeld, Heinrich Ferdinand”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, c. 43 (2003).

isnadları huruf-i heca sırasıyla toplamıştır. Bu cedvele sathî surette bile atf-ı nazar edince gayet mühim uzun bir metin için pek hafif ve ehemmiyetsiz kalan isnadların çokluğundan hayretler içinde kalırız (*Hişam* ikinci cilde bakınız). Sonra isnadların kendilerini tetkik edince İbn İshak'ın isnadları isti'mâli, Buhârî (vefatı 256 hicri) devrinin mükemmel nümuneleriyle mukayese edildiği takdirde pek gayri muntazam, nâkıs ve keyfî olduğunu, birçok gayri tabî'îlikler bulunduğunu görürüz. Wüstenfeld, metnine ilave ettiği notlarda isnadın bu hususi halinden hayret ettiğini söyler ve bunun nasıl izah edileceği hususunda mütereddid kalır. Faraza(?) Wüstenfeld nasıl birçok ahvalde 'kâle fûlan' yahut 'fûlan aileden biri söyledi' yahut daha garib olmak üzere 'itimat ettiğim biri söyledi' demekle iktifa ettiğini söylüyor.

İbn İshak, kitaplarından istihsâl-i malumât ettiği bu adamların ismini neden dolayı söylememiştir (?) (...) İbn İshak yalnız isimleri tamamen meskût geçmekle kalmaz, ne gibi menâbi den istihsâl-i malumat etmiş olduğunu bile velev gayet müphem surette olsun göstermez.

İbn İshak'ta görülen son hususiyet-i hâl de bazı yerlerde muhtelif rivayetleri tek bir rivayet haline kalb etmesidir.

Bu verdiğimiz izahâta nazaran sonraki hadis uleması tarafından takip edilen hatt-ı harekete göre merdûd addolunacak böyle bir serbestiyi isti'mal ettiğinden dolayı birçok Müslüman müelliflerin İbn İshak'ı pek şayân-ı itimat olmayacak bir müellif addetmelerinde şayân-ı hayret bir şey yoktur. Bizim nazarımızda ise İbn İshak'ın bu hususiyeti metnin doğruluğu, eskiliği hakkında bir delil teşkil eder. İbn İshak ilm-i isnaddan haberdar değildi. Vakaları mür[a] iyâne tefsirlere ve izahlara kalkmaksızın, ilk telakkilerine (?) göre serbestçe hikaye etmiştir”.

Müellif isnad bahsinden sonra diğer bir meseleye geçerek diyor ki:

“... Neccârî'nin eserinde olduğu gibi tam bir hadis mecmuasında yahut Taberî'ninki gibi bir tarih kitabında görülen isnadların başında gelen sahabelerin isimlerini tertib ederek bir istatistik yaparsak hiç beklemediğimiz bir neticeye vasıl oluruz. Cedvelin başına en yüksek adedi koyup ve diğerlerini böyle adet sırasıyla tertib edersek listenin başında bulunan yani Peygamber hakkındaki malumat için bir menba-ı istişhâd olarak en çok zikredilen sahabelerin en genç sahabeler olduklarını, kıymette en sonra gelenlerin yani bir menba-ı ihticâc olmak üzere en az zikredilenlerin de en kadîm ve en meşhur ashab olduklarını görürüz. Tabîr-i diğerle Peygamber hakkında en çok malumat verenler kendisini en az tanımış olanlardır. Mantıken bunun tamamıyla aksi olmak lazımdı. Bu keyfiyet nasıl izah olunur? Vâkîdî 'Peygamberin başlıca ashabi arasında birçoğunun pek az hadis rivayet etmiş olmaları kendilerinden bir şey sormağa hacet hissedilmeden evvel vefat etmelerinden ileri gelmiştir' diyorsa da bu izahat کافی değildir ... ilh.”

Şu satırları tenkîdî ve tahlîlî usul-i tetkike bir nümune olmak üzere naklediyoruz. Bu naklimiz müellifin fikrine her hususta iştirak ettiğimize delalet etmez. Maksadımız sade bir usul-i tetkik göstermektir.

Avrupa müsteşrikleri İslam hukukunu tetkik ederken bazen insanı o tetkikâtın sahîhiyetinde şüpheye düşürecek aykırı ve garib fikirler dermeyen ettikleri görülüyor. Bunlar ilmî bir surette reddedilebilmek için aynı silah-ı tenkid ve tahlili kullanmak lazım geleceğini hatırdan çıkarmamalıyız.

25. Usul ve tarih-i fıkha ilmî bir tenkit ve tahlilin idhaliyle şimdiki kadar meçhul kalan birçok hakikatler keşf edilecektir.

Bu usul tatbik edildiği takdirde İslam hukukunun evsaf-ı (...) ²¹ iktibasâtı ve bu iktibasât içinde manevî bünyesine tetâbuk edenlerle tevâfuk etmeyenleri tesbit etmek ve büyük müctehidler devrinde İslam hukukunun bir defada vukubulan inkişâfı[nın] esbabını tahkik gibi İslam hukukuna ait birçok mesâili halletmek mümkün olacaktır.

Hulasa, yeni usul bize gerek fıkıhta ve usul-i fıkıhta, gerek usul-i hadiste yeni ufuklar küşâd edecektir.

Evvelâ: İrade, kaza ve kader bahsinin muhtasaran tekrarı

Sâniyen: Hüküm bahsi, hüküm, hâkim, mahkûm bih, mahkûm aleyh, avârız[-ı ehliyet] bahsi

Sâlisen: Hikmet-i teşrî' ve makâsıd-ı Şâri'

Râbi'an: İctihad bahsi (Yeni bazı esasat: Komisyon zabıtnameleri)

İrade (mücmelen)

1. İrade Bahsinin Ehemmiyeti, Lüzum-ı İzahı

26. İrade meselesi; 1. Din ve şerî'at; 2. ilim; 3. ale'l-ıtlak hukuk ve İslam hukuku nikât-ı nazarından lâzımü't-tetkiktir.

27. Evvelâ din ve şerî'at cihetiyle: İnsan, dinine ve Cenab-ı Hakk'a karşı birtakım vezâifile mükelleftir. Bu vezâifini ifa etmezse mesul olur mu? Eğer iradesi varsa mesuldür, yoksa mesul değildir. İşte bu nokta-i nazardan iradenin vücûdu veya adem-i vücûdu meselesinin tetkiki lazım gelmektedir.

28. Sâniyen ilim cihetiyle: İrade meselesi metafizik bir mesele midir, yoksa bugünkü ilmin sâha-i iştigâline dahil midir? Eğer metafizik bir bahis ise üzerinde o kadar tevakkuf etmeğe değmez. Yok ilmî bir mesele ise, o halde bugün ilmin bu meselede mütalaası nedir? Bu cihetin tetkiki icab eder. Bugün bilhassa psikoloji, terbiye gibi mütenevvi ulûm-ı hâzırada irade meselesi kemal-i dikkatle mevzu-ı bahs edilmektedir. İrade kuvvâ-yı ruhiye ve maneviyenin isti'mâli demek olduğundan o kuvvetlerin evsâf ve ahvâlından bahseden psikoloji ile o kuvvetlerin hüsn-i isti'mali esbabını tetkik eden ilm-i

²¹ Sayfanın son satırı okunamayacak derecede siliktir.

terbiye iradenin mahiyeti, evsâfi, suret-i tezahürü gibi cihetlerini tetkik ederler. Psikoloji ilm-i ahvâlî'r-ruhtur. Ruhun veya nefsin en mühim tezahürâtından birisi ise iradedir. Bu itibar ile irade meselesi psikolojinin mevzuları meyânına dahildir.

29. Sâlisen ale'l-umum hukuk ve İslam hukuku cihetiyle: Malum olduğu üzere ilm-i hukuk birtakım mesuliyetlerin suret-i ta'yiniyle iştigal eder. İnsanlar hukuka mâlik oldukları gibi birtakım vezâifle de mükelleftir. Bu vazifelerini ifa etmeyenler ilm-i hukuk nazarında mesul addolunur. Fakat bu mesuliyet hakikaten insana taalluk edebilmek için insanın efâl ve harekâtında serbest olup olmadığını tetkik etmek lazım gelmez mi? Bu ise insanın iradeye malik olup olmadığı meselesidir. Bu cihetle bu bahis ilm-i hukukun esasını teşkil eder. İrade var mı yok mu? Varsa mesuliyet ve bi'n-netice vezâif ve hukuk vardır diyeceğiz. Yoksa insana mesuliyet teveccüh etmemek icab edecek.

İrade meselesi ilm-i hukukta ve bilhassa hukuk-ı cezada pek çok tetkik edilmiş ve mûcib-i münakaşa olmuş, muhtelif mesleklerin ve mekteplerin tekevvününü intac etmiş bir mebhastir.

Malumdur ki hukuk-ı cezada (ilm-i ictimâ'-ı cezâî / *Sociologie crimenelle*), (ilm-i beşer-i cezâî / *Anthropologie criminelle*) namlarıyla iki meslek zuhur etmiştir. Bu mektepler mücrimlerin ne gibi esbâb ve müessirât altında hareket ettiklerini yani iradelerinde serbest olup olmadıklarını tetkik ederler.

İlm-i ictimâ'-i sırf(?) sâliklerine göre birtakım hadisât karşısında insanların iradesi büsbütün ortadan kalkar. Her türlü mesuliyetin ve ale'l-husus mesuliyet-i cezaiyelerin esası "iradenin serbest olarak taalluk ve teveccüh etmesidir". Eğer insan iradesinde serbest değilse o şahsı mesul addetmek, cezaya düçâr etmek de doğru olmaz. İlm-i ictimâ'-ı cezâî bu neticeye vâsıl olmak için birçok tetkikâta gidilmiştir. Bunlara göre cerâimin ikâ'ında üç âmil vardır: Birincisi avâmil-i şahsiyedir; vücûd-ı teşekkülâtı. İkincisi avâmil-i ictimâiyedir; muhît ve terbiye, muhît-i cerâim. Üçüncüsü avâmil-i tabîiyedir; mevsimlerin iklimlerin tesiri. Bu tesirâtı ikiye kasr etmek mümkündür: Şahsî, ictimâî.

Şahsî tesirâtı nazar-ı dikkate alan mesleke ilm-i beşer-i cezâî (*Anthropologie crimenelle*); ictimâî tesirâtı nazar-ı itibara alan mesleke ilm-i ictimâ'-i cezâî (*Sociologie crimenelle*) denilir.

İlm-i beşer-i cezâî müntesipleri insanların iradesi birçok müessirât ve esbâba tâbi olduğunu beyan ederek neticede: "Bir hulkî mücrim mesul değildir, çünkü fiilinde kendisinin irade ve ihtiyarı yoktur. Cisminde ve ruhunda mevcut

olan gayri tabîilikler kendisini bil-mecburiye îkâ'-ı cürme sevk etmektedir. Madem ki mesuliyetin esası serbest iradeye mâlikiyettir, madem ki bunlar iradelerinde serbest değildir, şu halde kendilerini mesul addetmek, ceza vermek doğru olmaz” diyorlar. Fakat bu meslek erbabı ceza tayini bahsinde şu mukaddimâta külliyyen muhalif bir neticeye varıyorlar. Hulkî mücrimleri ya müebbeden cemiyet-i beşeriye haricine çıkarmalı veya idam etmelidir, diyorlar.

İlm-i ictimâi-i cezâi erbabı da “ihtiyâr, tabiatın ve ahvâl-ı ictimâiyenin müsâadesinden dolayı münselib olduğu cihetle” failleri mesul tutmuyor. Mamafih, bu adem-i mesuliyeti derece derece nazar-ı itibara alanlar vardır. İşte esbab-ı muhaffife ve müşeddide bu muhtelif derecelerin tayini lüzumundan neşet etmektedir.

Görülüyor ki irade meselesi, hukukun ve bilhassa hukuk-ı cezanın esasını teşkil ediyor. Bu ehemmiyet-i mahsûsasına binaendir ki fıkıhta ve usul-i fıkıhta uzun uzadıya mevzu-i bahs edilmektedir. Usul-i fıkıhta mevzu-i bahs edilmesi hem dinî hem hukukî nokta-i nazardandır.

2. İrade Meselesinde Dört Mezhep

30. Nusûs-ı şer'iyenin zâhiren te'âruzu ve efkârın ihtilafı dolayısıyla dört mezhep tekevün etmiştir:

1. Cebr-i Mutlak: Cebriye Mezhebi
2. Cebr-i Mütevassıt: Eş'ariye Mezhebi
3. Tefvîz-i Mutlak: Mu'tezile= Kaderiye Mezhebi.
4. Tefvîz-i Mütevassıt: Matürîdiye.

Hulasa ve telhis edilecek olursa ikiye ircâ' olunur: Cebr, tefvîz.

Cebre kâil olanlar insanın ef'âlinde mecbur ve muztar olduğunu ve binaenaleyh iradesi bulunmadığını söylerler. Şu halde mesuliyet de yoktur: “İrade yoksa mesuliyet yoktur.”

Tefvîze kâil olanlar, insanın irade ve ihtiyarına malik olduğunu söylerler. Binaenaleyh mesuliyet vardır: “İrade var[sa] mesuliyet var.”

3. Evvelâ: Cebriye Mezhebi: Cebr-i Mutlak

Bu mezhep erbabı delil-i aklî ve delil-i naklî ile istidlal ederler. Delil-i aklîleri: “Her şeyin hâlıkı Allah'tır, O'ndan başka hâlık yoktur”. Bu mukaddime şuur ve

vicdan ile sabittir.

Delil-i nakîleri: "Allâhu hâliku külli şey'..."²², "Kul küllün min indillâh"²³, "Vallâhu halakaküm ve-mâ ta'melün"²⁴ ayetleridir.

Cebriye bu mukaddimelerden hareketle her şeyi kaza ve kadere haml ederler. Neticede insanın, fiilinden mesul olmaması lazım gelir.

Bu mezhebin neticesi: Mesuliyeti, iradeyi, hikmet-i teşrî'i, maksad-ı hilkati, hüsn-i ef'âli inkârdır. Böyle bir telakki intizâm-ı ictimaîyi haleldar eder. Binaenaleyh bedâhетен merdûddur. Aklen böyle olduğu gibi diğer birtakım nusûs-ı şer'îye de insanın mesuliyetine delalet etmektedir. Ezcümle: "Men ya'mel sût'en yücze bih,"²⁵ "Lâ yökellifullâhu nefsen illâ vüs'ahâ"²⁶, "Fe-men şâ'e fe'l-yü'min ve-men şâ'e fe'l-yekfur"²⁷ ayetleri bu kabildendir. Cebriye erbabı bunları niçin nazar-ı itibara almıyorlar?

4. Sâniyen: Eş'ariye Mezhebi: Cebr-i Mütevassıt

32. İrade mahlûktur. İnsanın yalnız "kesb"i vardır. Kesb ise, kudret-i abdin bilâ-tesir ef'âle mukârenetinden ibarettir.

Kudretin tesirini inkâr ettikten sonra vücûdunu ikrarda ne faide var? Kudret var, fakat tesiri yok! Bu mütenakız veya manasız bir sözdür. Zira kudret her halde müessir olmak lazımdır.

Eş'arîlerin bir kısmı da imamları Ebu'l-Hasen el-Eş'arî'nin "İnsan, fiilinde muhtar, iradesinde muztardır." sözüne istinad ederek diyorlar ki: "İrade-i beşeriyenin tesiri vardır fakat o tesir kuvvede kalıp fiile çıkmamıştır. İnsan birtakım esbâb ve devâfînin taht-ı tesirindedir, hâiz-i hürriyet değildir. İnsan vâkıa, iradesiyle hareket eder, fakat o iradesini isti'mâle mecburdur. Bu sebeple fâil-i muztardır". Hulasa bu irade bir "şevk-i müte'ekkid"dir. Bu iştiyak da devâfî[nin tevlid] ettiği ıztırârî bir keyfiyettir, ihtiyârî değildir.

33. İtiraz: İnsan muztar olunca tekâlîf-i şer'iyenin sukûtu lazım gelir. Şâri' ise tekâlîf etmiştir. Bu halde Şâri'e abes isnadı icab eder.

Eş'ariye'nin cevabı: "La yüs'elü ammâ yef'al."²⁸

²² "Allah her şeyin yaratıcısıdır..." Zümer, 39/62.

²³ "Hepsi Allah'tandır de.", Nisa, 4/78.

²⁴ "Oysa sizi de yaptıklarınızı da Allah yarattı.", Sâffât, 37/96.

²⁵ "Kim bir kötülük yaparsa onun cezasını görür.", Nisa, 4/123.

²⁶ "Allah hiçbir kimseyi, gücünün yetmediği bir şeyle yükümlü kılmaz.", Bakara, 2/286.

²⁷ "Artık dileyen iman etsin dileyen inkâr etsin.", Kehf, 18/29.

²⁸ "Allah, yaptığından sorumlu tutulamaz.", Enbiya, 21/23.

Ebu Bekir Bâkılânî ve İmamü'l-Harameyn gibi bazı esâtize-i Eş'ariye daha mülâyim fikirler dermeyân etmek istemişlerdir. Hulasa bu meseleyi en ziyade Eş'arîler karıştırmıştır.

4²⁹. Sâlisen: Mu'tezile = Kaderiye Mezhebi: Tefvîz-i Mutlak

34. Mu'tezile iradenin tam bir surette mevcudiyetine kâildir. Binaenaleyh mesuliyet vardır. Cenab-ı Hak insanların ef'âl ve harekâtına karışmaz. Mu'tezile, irade-i beşeriyenin hürriyet ve muhtâriyeti, nefsü'l-emirde hüsün ve kubhun vücudu, hikmet-i teşrî'in lüzum-i sübût-i esbâbını kabul etmişlerdir.

Görülüyor ki iradeye kâil olup olmamak diğer birtakım esasâtın da kabul veya reddini intâc ediyor: İrade tam bir surette mevcut olunca murad edilecek bir şey bulunmalıdır. O şey ise haddizatında hüsün veya kubuh ile muttasıf olmalı ki iradenin ta'alluku veya adem-i ta'alluku makul olsun. Kezalik irade mevcut olduğundan tekâlîf-i şer'îye vardır. Ve tekâlîfin vürûdu bir maslahata, bir hikmet-i teşrî'e müstenid olmak lazım gelir. İşte irade kabul edilince bu neticeler gelir. Kezalik "ta'zîb-i mutî" ve "teklîf-i mâ-lâ-yutâk" kaziyeleri caiz olmaz.

Bilakis irade inkâr edilirse, mesuliyet olmaz, teklîf bulunmaz, sebab-i teklîf yani hikmet-i teşrî kalmaz, nefsü'l-emirde hüsün ve kubuh bulunmaz. Bu fikre göre ta'zîb-i mutî ve teklîf-i mâ-lâ-yutâk caizdir.

5. Râbian: Matürîdiye = Tefvîz-i Mütevassıt

35. En mutedil ve makul fikir Matürîdîlerin fikridir. Matürîdiye'ye göre insan, fâil-i mürîddir. Allah hâlıktır.

Kesb: İrade-i külliyyenin isti'mâlidir. Bu itibarla kesb ve irade mahlûk değildir, sun'-i beşerdir. Demek ki insanın iradesi var. Fakat Mu'tezile'nin telakkisi gibi ale'l-ıtlak değil. Matürîdiye, mesuliyet, hikmet-i teşrî gibi bazı mebâhislerde Mu'tezile ile birleşiyorsa da ta'zîb-i mutî ve teklîf-i mâ-lâ-yutâk gibi bazı mesâilde itfirak ediyor. Bu da irade meselesinin suret-i telakki farkından neşet etmektedir.

36. Matürîdiye'nin Delâili

Delil-i Aklî: İradeyi inkâr, şu'ûn ve hakâyıkı inkâr (...) ³⁰ ve bi'l-müşâhede

²⁹ Metinde "4" iki kere yazılmış, sonraki numaralar buna göre devam etmiştir.

³⁰ Sayfanın son satırı eksiktir.

sabittir: Nabzın hareketiyle yürümek gibi. Yürümek kudreti netice itibariyle Allah'ın kudretiyle oluyor. Fakat ibtidâen insan onu kasd ve irade ediyor. Bu hususta serbesttir. Fakat bir kere irade edince neticenin husûlü meşiyet-i İlahiyeye aiddir.

Delil-i naklî: “Men ya'mel sût'en yüzce bih,”³¹ “Lâ yükellifullâhu nefsen illâ vüs'ahâ”³², gibi ayetlerdir.

37. Matürîdiye mezhebine itiraz: Birinci itiraz: İrade mahlûk değilse insan onun hâlıkıdır. Bu ise “Allahtan başka hâlık yoktur” mealindeki nusûsa münâfidir.

Cevab: Bu nass şey'e ta'alluk eder. İrade-i cüziye ise şey değildir. Yahut üç türlü şey vardır: Mevcud, ma'dûm, beyne'l-vücut ve'l-adem. Kable'l-ikâ fiiller bu üçüncü nevidendir ve “hal” denir. Böyle beyne'l-vücut ve'l-adem olan haller “halk”a da muhtaç değildir. İrade ve kasd ikâ'ât cümlesindedir. Ona halk ta'alluk etmez.

Diğer cevap: Mezûr nass, nusûs-ı müteşâbihedendir. Nusûs-ı âmme kâideten tahsîs-i aklî ile tahsis olunur. Nass istisnâya muhtemeldir. Mesela “Allah her şeyin hâlıkıdır” nassından “Allah zat-ı ülûhiyetinin hâlıkı değildir” manası istisnâ-i aklî ile müstesnâdır. İrade-i cüz'îye de aynı vechile o nasdan müstesnâ olmak lazım gelir.

İkinci itiraz: Ma'lûm ilme tâbidir. Binâberîn ef'âl-i beşer ıztırarîdir. İrade olmamak lazım gelir. Yani hâdisâta ilm-i İlahî lâhıktır. Şu halde hâdisât muayyendir demek olur. O hâdisâtın ilm-i İlahî vechile zuhûru muktezîdir. Aksi takdirde cehl isnadı lazım gelir. Böyle olunca ef'âlde iradenin dahl ve tesiri olmamak neticesi husul bulur.

Cevab: Takdîr iradeye, irade ilme, ilim de ma'lûma tabidir. Fi'l-hakika bahsin en ince noktası burasıdır: İlim mi ma'lûma tâbidir, ma'lûm mu ilme? Matürîdiye'ye göre ilim ma'lûma tâbidir. Husûf ve küsûf hadiseleri buna delildir. Bir sene sonra husûf olacağını biliriz. Fakat bizim bildiğimiz için mi husûf olacak? Yoksa husûf olacağı için mi biz biliyoruz? Şüphesiz husûf vâki olacağı için ilmimiz lâhık olmuştur. İşte ilm-i İlahî ve hadisâtın vukû'u bu vechiledir.

6. Mezhepler Arasındaki Fark

(..) fark da zahirdir. Yekdiğerinin zıdd-ı kâmilidir. Yekdiğerine yaklaşan Matürîdilerle Eş'arîler arasındaki farklar ise şunlardır:

1. Eş'ariye'ye göre kudretin hâdisiyette tesiri yoktur. Matürîdilere göre

³¹ Nisa, 4/123.

³² Bakara, 2/286.

tesiri vardır. İnsanın ef'âl-i ihtiyâriyesi kudret-i beşeriye ile kudret-i İlâhiyenin mecmû'uyla vâki olur.

2. Kasıt ve irade fiil ve terke karşı bir meyl ve şevktir. Matürîdiye'ye göre ise kasıt ve irade kudret sınıfının fiil ve terke ta'allukudur.

3. Eş'ariye'ye göre irade ibtidâen mahlûktur ve ıztırârîdir. Matürîdiye'ye göre mahlûk değildir.

4. Eş'arilerin nazarında kesb bilâ-tesir ta'alluk eder. Matürîdiye'ye göre müessir bir taalluktur.

Maksad-ı Sâni: Ahkâm Beyanındadır

İşbu maksad dört rüknü hâvîdir:

Rükn-i evvel: Hüküm

Rükn-i sâni: Hâkim

Rükn-i sâlis: Mahkûm bih

Rükn-i râbi: Mahkûm aleyh

Rükn-i Evvel: Hüküm Beyanındadır

Hükümün Tarif ve Taksimi

1. Hüküm, hitab-ı Şâri'in eseridir. Hitab-ı Şâri'le sabit olan şey hükümdür, hüküm-i şer'îdir. Şâri'den maksat, şâri'-i hakîkî olan Cenab-ı Hakk'tır. Ancak takip ettiğimiz esasâta göre tevsî'-i me'âl ederek diyebiliriz ki, şâri'-i hakîkî veya mecâzî ale'l-ıtlak vâzı'-ı kanun manasınadır. Bu halde, Allah'ın ve peygamberinin sözlerinden sabit olan şey hüküm olduğu gibi Teşkilat-ı Esasiye Kanunu mücebince vâzı'-ı kanun salâhiyetini hâiz olan makamın hitabının eseri de hüküm olmak lazım gelir.

Hulasa, hüküm şer'î veya dünyevî kanunun eser-i hitabıdır, hitabı üzerine terettüb eden eserdir. Hitab söz olduğuna göre kelim-ı İlâhinin veya kelim-ı kanunînin her nevinin eserine hüküm ıtlak olunamaz. Yani hüküm denilebilmek için mücerred kelim-ı İlâhî veya kanunî eser olması kafî değildir. Fazla olarak ef'âl-i mükellefîne taalluk etmeli, bir vecîbe ihdâs etmelidir.

Mesela, Kur'an'da "Lâ ilâhe illâ hüve'l-hayyü'l-kayyûm"³³ ayeti bir kelâm-ı ezelîdir, hitab-ı Rabbânîdir. Fakat bunun eseri ef'âle değil, itikadiyâta taalluk ettiğinden hüküm değildir.³⁴

Kezalik kanunlarda mevcut bazı tâlî cümleler hüküm değildir. Mesela, misaller ale'l-umum hüküm addolunamaz. Bundan anlaşılıyor ki Kur'an'da veya kanunda mezkûr olan her sözün eserine hüküm denilemez. Hüküm ef'âl-i mükellefîne ta'alluk eder; o ef'âl gerek ibadet, gerek muamelât nevinden olsun. Şu halde namazın vacib olması bir hükm-i şer'î olduğu gibi, bey'in cevazı hakkındaki ayetin eseri de bir hükm-i şer'îdir. Kezalik *Mecelle*'nin "Bey' îcâb ve kabul ile mün'akid olur"³⁵ maddesi bir hükümdür, hükm-i kanunîdir.

2. Şu izahâta nazaran sözlerin hangi nevine hüküm denileceği anlaşılıyor: Hitab-ı şer'î veya kanunîde bir iktizâ veya bir tahyîr bulunmalıdır. Bundan başka muamelâtın mütevakkıf olduğu kuyûd ve şurût dahi hüküm nevindedir. Binaenaleyh tarif daha tam ve mükemmel olmak için şu vechile îrâd edilmelidir: "Hüküm, iktizâ veya tahyîr veya vaz' tarîkiyle eşhâsın ef'âline ta'alluk eden hitâb-ı kanunînin eseridir."

İktizâ kaydıyla vücûb, hürmet, nedb, kerâhet gibi ahkâm; tahyîr kaydıyla cevaz ve ibâhayı mütezammın olan ahkâm; vaz' kaydıyla da şurût ve kuyûda sıhhat ve in'ikâda müte'allik ahkâm sâbit olur.

Binaenaleyh ahkâmı "ahkâm-ı iktizâiye", "ahkâm-ı tahyîriye", "ahkâm-ı vaz'ıye" namıyla üçe ayırabiliriz.

Bu madde taksim Fransa hukuk-ı medeniyesinde mevcut olan bir tarz-ı taksime pek müşâbihtir.

Malum olduğu üzere Fransız hukuk-ı medeniyesi şârihlerinden (...) *Disposition*'u üçe tefrik etmiştir:

1. *Dispositions dispositives*: Hüküm-i vaz'î
2. *Dispositions prohibitives*: Hüküm-i iktizâî
3. *Dispositions interpretatives*: Hüküm-i tahyîrî

³³ "O'ndan başka tanrı yoktur; diridir, her şeyin varlığı O'na bağlı ve dayalıdır.", Bakara, 2/255.

³⁴ Hükümün ef'âl-i mükellefîn ile irtibatına yapılan vurgu ve misal içeren bu paragraf Büyük Haydar Efendi'den alınmıştır. Bkz. *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 414.

³⁵ Maddenin doğru şekli şöyledir: "İcâb ve kabul ile bey' mün'akid olur.", *Mecelle* md.167.

Hükmün Taksimi

3. Yukarıdaki taksimâta iktizâi ve tahyîriyi bir kısım addedip buna hükm-i teklîfi unvân-ı umûmisini verirsek hüküm iki nevi olmuş olur: Hükm-i teklîfi, hükm-i vazî.

Evvelâ: Hükm-i Teklîfi

4. Hükm-i teklîfi insanlar için bir mükellefiyet, bir vecîbe ihdâs eden hükümdür.

5. Hükm-i teklîfi iki türlüdür: Biri fiil-i mükellefin eseri, diğeri fiil-i mükellefin sıfatıdır.³⁶

6. Eser-i fiil yani hükm-i teklîfnin birinci nevi mülkiyet ve ona müteallik şeylerdir. Mesela bey'in hükmünü mutazammın madde-i kanuniye bir hükm-i teklîfidir ve bu nevidendir. Yani eser-i fiil nevidendir. Kezalik icarenin in'ikâdını mübeyyin madde-i kanuniye yine bu neviden bir hükm-i teklîfiyi mutazammındır. Mesela icarenin hükmü, müste'cir bedel-i icâr mukabelesinde me'cûrun menfatine malik olmaktır. İşte bu menfaate mâlikiyet bir hükümdür, vecîbe ihdâs eden emirdir. Tabir-i âharla alâ-tarîki'l-iktizâ vârid olan hitab-ı kanunî üzerine terettüb eden eserdir. Şu izahattan anlaşılır ki ale'l-umum akidler mükellefin fiilidir.

Eser-i fiil mülkiyet veya ona müteallik şeyler olabileceği gibi bazen da zimmet kabîlinden olur. Nitekim kefaletin hükmü mutâlebedir. Keza havâlenin hükmü nakl-i zimmettir.³⁷

7. Fiilin [fiil-i] mükellefin sıfatı olan hükm-i teklîfiye gelince bu da vücûb ve sıhhat gibi sıfat mahiyetinde olan hükümlerdir ve iki türlüdür:

Birincisi: Mefhûmunda olan ve bizzat makâsıd-ı dünyeviye[de] muteber olan sıfattır. Sıhhat, in'ikâd, nefâz, lüzûm gibi.

İkincisi: Mefhûmunda olan [ve] bizzat makâsıd-ı uhreviye[de] muteber olan sıfattır. Vücûb, hürmet, kerâhet gibi.

Makâsıd-ı dünyeviye, dünyada hâsıl olan şeylerdir. Tefrîğ-i zimmet ve ihtisâsât-ı şer'îyye gibi.

³⁶ Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkh*, s. 438.

³⁷ Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkh*, s. 438-439.

Tefrîğ-i zimmet, uhdesine müterettib olan deyni îfâ ile zimmetini deyn-den berî kılmaktır. İhtisâsât-ı şer'îye, akidlerin ve fesihlerin üzerine terettüb eden garazlardır. Mesela bey' üzerine mülkiyetin, ikâle üzerine zevâl-i mülkiyetin sübûtu, sıhhat-i kazâ üzerine sübût-ı hakkın terettübü hep bu ihtisâsât-ı şer'îyedendir.³⁸

Makâsıd-ı uhreviye, ahirette hâsıl olan şeylerdir. Fasl-ı vâcib üzerine sevabın, haram üzerine ikâbın terettübü gibi.

8. Fiil nevinden olan ahkâm ale'l-umum kanunlarda müdevven olan ahkâmıdır.

9. Sıfat nevinden olan ahkâm-ı dünyeviye şunlardır: Sıhhat, butlan, fesad, in'ikad, adem-i in'ikad, nefâz, adem-i nefâz, lüzûm, adem-i lüzûm.

Ahkâm-ı Dünyeviye

10. Sıhhat, bir fiilin maksûd-ı dünyevîye mûsıl olmasına denilir. O fiile sahih ıtlak olunur. Bu da o fiilin aslen ve vasfen yani hem zatı itibariyle hem de evsâf-ı hâriciyesi itibariyle meşrû olmasıyla tahakkuk eder. Bu cihetle sıhhat, "bir fiil aslen ve vasfen meşrû olmaktır" diye de tarif olunur. Misal: Cüzâfen bey' sahihtir (*Mecelle* [md.] 217). Bir fiil ne zaman sahih olur? Şerâit-i kanuniyesini câmi' olduğu vakit!

11. Butlan: Bir fiil-i mükellefin maksûd-ı dünyevîye aslen mûsıl olmamasına butlan ve o fiile bâtil denilir. Butlan, bir fiilin hem vasfen hem aslen gayri meşru olmasıyla tahakkuk eder. Misal: "Cinsi beyan olunarak satılan şey başka cinsten çıksa bey' batıl olur." (*Mecelle* [md.] 208).³⁹

12. [Fesad,] bir fiil ve tasarrufun maksûd-ı dünyevîye aslen mûsıl olup vasfen mûsıl olmamasıdır. Bu da o fiilin aslen meşrû ve vasfen gayrimeşru olmasıyla tahakkuk eder. Misal: "Meçhûlün bey'î fâsiddir" (*Mecelle* [md.] 213). Mesela meçhul bir atın bey'î fâsiddir. Atın bey'î esas itibariyle meşrû ise de meçhuliyet-

³⁸ Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkıh*, s. 439. Benzer ifadeler için bkz. İsmail Hakkı, *Usul-ı Fıkıh Dersleri* [Dördüncü Sene], Dersaâdet: Matbaa-i Hukukiye, 1329, s. 103-104. Makasid-i dünyeviye konusu ile ilgili açıklamalarda benzer ifadeler Büyük Haydar Efendi'nin eserinde de yer alır, bkz. *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 420. Ancak elimizdeki metinde genellikle ibadetlerle ilgili ayırım ve tanımlamalara yer verilmediği görülmektedir. Kaynak metinlerde ise böyle bir ayırım olmaksızın örnekler ve tanımlamalar her iki alanı da birlikte kapsayacak biçimdedir.

³⁹ Krş. *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 422-423; Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkıh*, s. 430.

ten dolayı târî olan şu sıfatı itibariyle “vasfen gayri meşrûdur” diyoruz.

13. [İn'ikad,] bir fiil ve tasarrufun müte'allakında eseri zâhir olacak vechile vücûd bulmasıdır. Tabir-i âharla icab ve kabulün müte'allakında eseri zâhir olacak vechile yekdiğere ta'alluk ve irtibatıdır.

İcab ve kabulün yekdiğere ta'alluku âkidlerin eser-i fiilidir, eser-i siygadır. Biri “aldım” ve diğeri “verdim” der. İşte icab ve kabul, bu gibi akdi inşâyâ delalet eden sözlerdir. Fakat âkidlerin bu kabilden her türlü sözleri bir hükm-i kanûnî ifade eder mi? Bir kıymet-i kanuniyeyi hâiz olur mu? İşte bu nokta “kanun”un hakkıdır. Bu noktanın, bu hudûdun tayini kanunun salahiyetine aittir. Velhasıl icab ve kabul eğer kanunen bir kıymeti hâiz olacaksa o vakit in'ikad vardır, diyeceğiz.

Kanunen bir kıymeti hâiz olması demek müte'allakında eseri zâhir olması demektir. Müte'allaktan maksat icab ve kabulün ta'alluk ettiği şeydir. Mesela akd-i bey'de icab ve kabul “aldım”, “verdim” sözleridir. Bunların müte'allakı yani ta'alluk ettiği şey de bu sözlerin hükm-i kanûnîsi olmak lazım gelen intikâl-ı mülkiyet ve husûl-i zimmettir.

Yani bu sözlerle bu icab ve kabul ile bir taraftan müşteri mebî'e, bâyi' seme-ne malik olacaktır. İşte bu malikiyetin husulü icab ve kabulün tezahür eden eseridir. Bu eser tezahür ve tahakkuk edebilmek için icab ve kabulün ber-vech-i kanunî yekdiğere ta'alluk etmiş olması lazımdır. Yoksa ale'l-ıtlak her icab ve ta'allukun sübûtu bir in'ikad vücûda getirmez. Öyle olsaydı kanunlarda birtakım şerâit ve ahkâm dercine lüzum görülmezdi. Herkesin her söyleceği sözler, kıymet-i kanuniyeyi haiz bir icab ve kabul olurdu. Halbuki öyle değildir. Misal: (Mecelle [md.] 369)⁴⁰.

14. Nefâz: Bir fiil ve tasarrufun maksûd-ı dünyevîye fi'l-hâl mûsıl olmasına nefâz ve o fiil ve tasarrufa nâfiz denilir. Bey'-i mün'akidin ya derhal eseri zâhir olabilir, eğer bir mâni'î yoksa. Yahut bir mâni'den dolayı eseri derhal zâhir olmaz. Eseri fi'l-hâl zâhir olursa o akid “akd-i nâfiz” denilir.

Artık o akdin mücebinin icrasına hiçbir mâni'î kanunî yoktur. Misal: “Müşteri mebî'î kabz ederken bâyi'in görüp de men etmemesi kabza ruhsattır.” (Mecelle [md.] 276). [Ayrıca bkz.] Mecelle [md.] 274⁴¹.

Böyle fi'l-hâl nâfiz olmayan akde akd-i mevkûf denilir. Akd-i mevkûf, gay-

⁴⁰ “Bey'-i mün'akidin hükmü mülkiyettir.”

⁴¹ “Urûzun teslimi müşterinin eline itâsıyla yahut yanına koymak veya meydanda olup da bi'l-irâe kabzına ruhsat vermekle olur.”

rın hakkı taalluk eden bir akiddir. Ve bu itibar ile hükmü mevkûftur. O gayrın hakkı zâil olunca hükmü cereyâna başlar, mevkûfiyetten nefâza geçer. O gayrın hakkı zâil olmazsa o akdın mücebi hiçbir suretle kabil-i icrâ olmaz. Şu halde akid infisaha uğrar. Binaenaleyh fi'l-hal hükmü cârî yani nâfiz olmayan bir akdın (... ..) (*Mecelle*, [md.] 111⁴², 303⁴³, 304⁴⁴) şart-ı nefâz *Mecelle*'nin 365. maddesinde⁴⁵ beyan edilmiştir. (...).

Akd-i fuzûlî bir akd-i mevkuftur. *Mecelle* [md.] 112⁴⁶, 178(?), 368⁴⁷).

Akd-i fuzûlîden başka ne gibi akidler mevkuftur? Mevkûfiyet gayrın hakkı taalluk etmekten neşet ediyor. Binaenaleyh gayrın hakkı taalluk eden bilumum ukûd mevkuf olmak lâzım gelir. Mesela bey-i me'cûr, bey-i merhûn bu kabildendir. Bir kimse birisine icâr ettiği bir mülkünü diğer bir şahsa bey' edebilir. Fakat müste'cirin müddet-i istîcâr için o mülke hakkı taalluk etmiştir. Bu sebeple o akid bir akd-i mevkûf olur. Müddet-i isti'cârın hitâmıyla veya müste'cirin izin ve icazet vermesiyle o mevkûfiyet nihayet bularak akid nâfiz olur. Bey-i merhûn da böyledir. Kezalik bey-i mağsûb da bu kabildendir. Sabiyy-i mümeyyiz-i mahcûr ile ma'tûh-i mahcûrun ukûdu da ukûd-i mevkûfedendir. Velî ve vasîlerinin icâzetine mevkûftur.

15. Lüzûm: Bir fiil ve tasarrufun terâzî-i tarafeyn olmaksızın ref u ilgâsı mümkün olmayacak surette vâki olmasıdır.

Hıyârâttan ârî olan ukûd bu kabildendir. Şu halde mesela hıyârâttan ârî bir bey', bey'-i lâzım olduğu gibi hıyârâttan ârî olan bir icâre dahi icâre-i lâzimedendir.

Hıyârât, malum olduğu üzere tarafeyne bir hakk-ı fesih veya hakk-ı infâz veren kuyût ve şurûttur.

Ukûd ve muamelât şu lüzum itibariyle üç kısımdır:

Birincisi: Tarafeyn hakkında lâzım olan akidlerdir: Bey', icâre, havâle, sulh bu kabildendir. Bunlar tarafeyn hakkında lâzım olduğundan muhayyerlik

⁴² "Bey'-i mevkuf, gayrın hakkı taalluk eden bey'dir, bey'-i fuzûlî gibi."

⁴³ "İcazet-i kavliye icazet verdim ya razı oldum gibi rızaya ve fesh-i kavli feshettim ya vazgeçtim gibi adem-i rızaya delalet eden sözlerdir."

⁴⁴ "İcazet-i fiiliye rızaya ve fesh-i fiili adem-i rızaya delalet eden fiildir."

⁴⁵ "Bey'in nâfiz olması için bâyi' meb'e mâlik yahut mal sahibinin vekili ya vasîsi olmak ve gayrın hakkı olmamak şarttır.", *Mecelle* md. 365.

⁴⁶ "Fuzûlî, bi-gayri izn-i şer'î diğer bir kimsenin hakkında tasarruf eden kimsedir."

⁴⁷ "Bey'-i fuzûlî ve bey'-i merhûn gibi gayrın hakkı taalluk eden bey', ol gayrın iznine mevkufen mün'akid olur."

bulunmadıkça tarafeynden yalnız birisi bu akidleri fesh edemez.

İkincisi: Yalnız bir taraf için lâzım olan akidlerdir: Kefâlet, rehin gibi.

Kefâlet yalnız kefil hakkında lâzım olup, ba'de'l-akd kefil kefâletten rücû edemez. Fakat mekfûl leh hakkında lâzım olmadığından dilediği zaman kefil azledebilir. Rehin de böyledir.

Üçüncüsü: Tarafeynin her ikisi hakkında da gayri lâzım olan akidlerdir. Âriyet, ved'â, vekâlet bu kabildendir.

Âriyette gerek mu'îr, gerek müsta'îr diledikleri zaman akd-i âriyeti feshedebilirler. Ved'â [ve] vekalette de böyledir. Müvekkil vekilini istediği zaman azledebilir. Fakat bu hal, ücretle olmadığı zamandır. Ücretle olursa iş başkalaşır. Nitekim *Mecelle*'nin "Kitâbü'l-vekâle"sinde tafsil edilmiştir.

Ale'l-umum ukûdun lâzım olup olmadığını anlamak için akdin tarafeyni mi yoksa yalnız bir tarafı mı ilzâm ettiğine bakmalıdır. Her iki taraf için bir vecîbe bir lüzûm ihdâs eden akidler, hıyârâtta ârî olduğu takdirde akd-i lâzımdır. Yalnız bir taraf için vecîbe ihdâs eden akidler o taraf hakkında lâzım, diğer taraf hakkında gayri lâzımdır. Tarafeyn için de vecibe ihdas etmeyen akidler ise tarafeyn için gayri lâzımdır.

16. Şu izahattan anlaşılmıştır ki akidler müspet ve menfi olmak üzere iki türlü netice husule getiriyor.

Müsbet neticeler kuvvet itibariyle dört derecedir:

În'ikâd, sıhhat, nefâz, lüzûm. Bu dört derece nâzilen yekdiğerini istilzâm etmez ise de sâ'iden birbirini istilzâm eder. Şöyle ki: İn'ikâd diğer üçünü yani sıhhati, nefâzı, lüzûmu istilzâm etmez. Mün'akid bir akid sahih veya gayri sahih, nâfiz veya gayri nâfiz, lâzım veya gayri lâzım olabilir. Kezalik sıhhat diğer ikisini yani nefâz ile lüzûmu istilzâm etmez. Sahih bir akid nâfiz veya mevkûf, lâzım veya gayri lâzım olabilir. Aynı vechile nefâz lüzûmu istilzâm etmez. Bir akd-i nâfiz lâzım veya gayri lâzım olabilir.

Bu tertibin aksi böyle değildir. Aks-i tertibde biri diğerini istilzâm eder, bunlara mütevakıftır. Bir akid lâzım olmak için o akid hem nâfiz, hem sahih hem mün'akid olmak icab eder. Kezalik nefâz, sıhhat ile in'ikâda mütevakıftır. Sıhhat de in'ikâda mütevakıftır. İn'ikâd da akdin şerâit-i kanuniyeyi câmi' olmasına mütevakıftır.

Menfi neticeler zaaf itibariyle iki derecedir: Fesad, butlan.

Bu iki neticeden zayıfı, zayıfını istilzâm etmez. Yani fesad butlanı intâc etmez. Bir akd-i fâsid batıl değildir, mevcuttur. Fakat bozuktur. Butlan ise fesa-

dı müstelzimdir. Bir akd-i bâtil, evleviyetle fesadı mütezammındır. Akd-i bâtil bir akdin aslen ve vasfen mevcut olmaması demektir. Ortada bir akid yoktur. Akd-i fâsid ise esasî itibariyle mevcuttur, ancak bazı evsâfî cihetiyle bozuktur, kâbil-i fesh bir haldedir.

Butlan üzerine hiçbir hüküm terettüb etmez veyahut butlan üzerine “hiçbir şey yapılmamak” hükmü terettüb eder.

Hulasa, batıl bir akde “yoktur” vasfını isnad ederiz, ona adem hükmü müterettibdir. Fesad ise böyle değildir. Fesad iki hâle müsaittir: Ya tashih olur, o halde fesad sıhate münkalib olur. Yahut fesad infisâha müntehî olur. O takdirde yine ma'dûmiyet-i akd neticesi husûle gelir. Mesela meçhûlün bey'i fasiddir. Fakat meçhûliyet zâil olursa fesad sıhate münkalib olarak o bey' sahih olur. Bi'l-aks meçhûliyet devam eder ve müşteri bu fesada binâen hakk-ı feshini bi'l-isti'mâl akdi fesh ederse artık ortada bir akid kalmaz (*Mecelle* [md.] 371⁴⁸, 372⁴⁹).

17. Tasarrufât ve İhtisâsât-ı Şer'îye

Fıkıh ve usul-i fıkıh lisanında bütün tasarrufât ve ef'âl-i mükellefn “şer'îye” sıfatıyla mevsûftur. Bu tavsif, din nazarında bütün hakikatler ve mahiyetlerin şer'î olmasından neşet etmektedir. Eşyâ ve mâhiyyât, din nazarında hâiz-i kıymet ise şer'î, değil ise gayri şer'î itibar olunur. Hukukta da bu vasıf muteberdir. Esasen İslam dîni hukuk gibi ahkâm-ı dünyeviyeyi de muhtevî olduğundan dünyevî ve uhrevî hiçbir şey, hiçbir hüküm onun sâha-i tesirinden hariç bırakılmamıştır. Herşey dinin dâire-i tesiri dahilindedir. Ale'l-husus nizam-ı ictimâiye taalluk eden bütün tesîsât hep dinî ve şer'î telakkî edilmiştir.

Din ve şer' bu mana ile bugün “kanun”un isti'mâl edildiği manayı ifade eder. Şu halde tasarrufât-ı şer'îye demek tasarrufat-ı kanuniye demektir. Tasarrufat-ı şer'îye, şer'an caiz olan tasarrufat; tasarrufat-ı kanuniye, kanunen mevcut olan tasarrufattır. Kanun şer'in bir nevi olmak itibariyle ikisi bir hükmündedir. Hulasa usul-i fıkıhta ve fıkıhta mevcut tasarrufât-ı şer'îye gibi tabirlerden hep tasarrufât-ı kanuniye, tasarrufât-ı hukukiye manası anlaşılacak lazımdır geldiği âşikârdır.

⁴⁸ “Bey'-i fasid inde'l-kabz hüküm ifade eder.”

⁴⁹ “Bey'-i fasidde âkideynden herbirinin bey'i fesh etmeğe hakkı vardır. Fakat meb' eğer müşteri yedinde telef olur ise yahut müşteri onu istihlâk veya diğere bey'-i sahih ile bey' ya hibe gibi bir sûretle elinden çıkarırsa veyahut meb' hane olup da tamir olunmak veya arsa olup da ağaç dikilmek gibi bir suretle müşteri tarafından meb'e bir şey ilave veyahut buğday olup da tahn ile un edilmek gibi meb'in ismi değişecek surette tağyîr edilirse hakk-ı fesih kalmaz.”

Bu tasarrufâtın icabâtına yani o tasarruf üzerine müterettib makâsıd ve aġrâz-ı mahsûsaya da “ihtisâsât-ı şer’iye” veya aynı mûlahazâta binaen “ihtisâsât-ı kanuniye ve hukukiye” ıtlak olunur. Mesela bey’den maksad ve garaz mülkiyet-i rakabenin husûlü olduġu gibi icare akdinden garaz da menfaat istihsâlidir. Kezalik nikahtan maksad “milk-i müt’a”ya nâiliyettir. İşte bu akidlerden mütevellid “mülkiyet”, “menfaat”, “müt’a” gibi maksatlar ihtisâsât-ı kanuniyedir.

Ahkâm-ı Uhreviye

18. Takip edilen maksada göre ahkâmın “ahkâm-ı dünyeviye” ve “ahkâm-ı uhreviye” namıyla ikiye taksim edildiğini söylemiştik. Ahkâm-ı dünyeviye bâlâda beyan edildi.

Ahkâm-ı uhreviye şunlardır: Vücub, nedb, ibâha, hürmet, kerâhet.

Ancak malum olduġu [üzere] hüküm bir mükellefiyet ve bir vecîbe demek olduğuna nazaran bu ahkâm içinde şu sıfatı haiz olmayanları vardır. Mesela, ibâhada bir mükellefiyet yoktur. Kezalik nedb ve kerâhette bir vecîbe yoktur. Onun için esas itibariyle mübah, mendub ve mekruh tekâlîf-i şer’iye veya kanuniyeden hâriç olmak lazım gelir. Bunlar ahkâm-ı teklîfiyeden değildir. Böyle olduġu halde ahkâm ve tekâlîf-i şer’iye meyânında ta’dâd edilmeleri taġlıb tarîkiyle ve diġerlerine imtisâlen vâki olmuştur.

Şu hükümlerin tariflerine gelince; Vacib, nazar-ı Şârî’de işlenmesi matlûb ve terki memnû’ olan fiildir. Mendûb, işlenmesi matlûb fakat terki gayri memnu’ olan fiildir. Haram, terki matlûb, işlenmesi memnu’ olan fiildir. Mekruh, terki matlûb, fakat işlenmesi gayri memnu’ olan fiildir. Mübah ise işlenip işlenmemesi müsâvî olan fiildir.

Fıkıhta vacib iki kısımdır: Bir kısmı farz, diġeri vacibdir. Usuliyûn indinde ise vacib, mana-yı e’ammında müstameldir, her iki kısmı anlaşılır.

Nedb ve kerâhet, vücub ve hürmetin dûnundadır. Onun için ıstılâhen mendub, me’mûrun bih; mekruh da menhiyyûn anh deġil. Mendubu terk ma’siyet teşkil etmez. Vacibin fâili nâil-i sevab, târiki müstahikk-i ikâb olur. Haram da bunun aksinedir.

19. Haram li-aynihi, Haram li-gayrihi.

Haram iki kısımdır: Li-aynihi, li-gayrihi. Haram li-aynihi, aynı ve zâtı haram olan şeydir; lâşe ve kan gibi. Haram li-gayrihi, zâtı haram olmayıp mahi-

yetinden hariç bir sebepten dolayı haram olan şeydir; gayrın malını ekl etmek gibi.

Birincisinde menşe-i hürmet, sebep-i hürmet ol şeyin zâtı ve mahiyetidir. Ekle sâlih olmamakla beraber nefse muzır ve tab'a mugâyir olmasıdır. Şarap içmek gibi. Şarabın hürmeti mahiyetinden mütevelliddir. Bizzat muzırr-ı sıhhat olması dolayısıyladır⁵⁰.

Haram li-gayrihide menşe-i hürmet, haram olan şeyin zâtı ve mahiyeti değildir, diğer bir şeydir. Mesela başkasına ait bir malı yemek haramdır. Bu hürmet o malın zâtından değil, başkasına ait olmasından neşet ediyor.

Bütün memnû'ât-ı kanuniye ve şer'iyeye böyledir. Ya esasen memnû'dur veya dolayısıyla memnû'dur. Esasen memnû' olanlar "li-aynihi memnû'", dolayısıyla memnû' olanlar "li-gayrihi memnû'" demektir.

20. Mübah li-aynihi, Mübah li-gayrihi

Mübah veya helal ikisi bir manadadır. Bu da iki türlüdür: Li-aynihi, li-gayrihi.

Li-aynihi mübah veya helal, zâtı ve mahiyeti itibariyle mübah olan ef'âl ve harekâttır. Li-gayrihi mübah: Mahiyetinden hariç bir sebepten dolayı bir zaruret-i hâriciyeden nâşî helal olan ef'âl ve harekâttır. Mesela bir kimse şaraptan başka içecek bir şey bulunmadığı takdirde lokmayı boğazından izâle maksadına mebnî o şaraptan bir miktar içecek olsa bu caiz olur. İşte bu cevaz ve ibâha nefsin telef olması tehlikesini def' etmek zaruretine mübtenîdir.

21. Azîmet, Ruhsat

Ahkâm-ı uhreviye, teklîf veya tahfif itibariyle ikiye münkasimdir: Azîmet, ruhsat.

Azîmet: Hiçbir özre mübtenî olmayarak re'sen ve ibtidâen teşrî' olunan hükümdür. Bu gibi hükümler hüküm-i aslîdirler. Şarabın haram olması gibi.

Ruhsat: Bir özre mebnî sâniyen meşru kılınan hükümdür. Bu teshîl ve tahfif maksadıyla mevzû' bir müsâadedir. Zarûreten şarap içmenin cevazı gibi.

Ruhsat iki kısımdır:

Birincisi: Hürmet ve sebep-i hürmet mevcut olmakla beraber hakkında mübah muamelesi icra olunan şeydir. Gayrın malını itlâfa ikrâh-ı mülcî ile mükreh olan kimsenin ol malı itlâf etmesi gibi. İşte bu halde hürmet bâkîdir. Şu

⁵⁰ Son iki cümle, bir sonraki sayfanın başlangıcında yer almaktadır ancak mana olarak buraya uygun düşmektedir. Ayrıca "şarap içmek gibi" ifadesinin üzeri çizilmiştir.

kadar ki ikrâh-ı mülcî sebebiyle damân ve mücâzât gibi hükümler, ikrâh olunan zâta teveccüh etmez, onu icbâr eden kimseye teveccüh eder. Fiil-i mükreh hakkında ise mübah muamelesi icra olunur.

İkincisi: Hem hürmet, hem sebab-i hürmet bi'l-külliyeye sâkit olan şeydir. Zarureten lâşenin ekli ruhsatı gibi. Böyle bir zaruret halinde lâşe eklindeki hürmet külliyyen sâkit olur, tamamen mübah haline gelir.

Sâniyen: Hükmi Vaz'î

Hükmi vaz'î usûliyyûn indinde şu vechile tarif olunmaktadır:

Hükmi vaz'î: Hükmi teklîfinin mahalli olan ef'âl-i mükellefine bir şeyin taallukuna dair bir eser-i hitâb ve ol şeye işbu ef'âl itibariyle hâsıl olan bir vasıftır.⁵¹

Netice itibariyle hükmi vaz'î, ale'l-ıtlak hüküm gibi bir eser-i hitâb ve bir vasıftır. Rükniyet, sebebiyet, illiyet gibi.

İşte bir fiilin, bir muamelenin mesela rükün veya sebebi o şeyin vücuduna müteallik olduğu bir şeydir. Demek ki burada bir müteallik, bir de müteallak vardır. Müteallik hükmi vaz'î, müteallak hükmi teklîfidir. Müteallik ile müteallak arasındaki münasebât şu vechile ir'â'e olunursa hükmi vaz'î aksâmı daha vuzûh ile meydana çıkar: Şöyle ki:

Zîrde mündemiçtir.

Bir şey diğer şeye taalluk ettikde şey-i müteallik şey-i müteallakta ya dahildir (rükün 1) veya hâriçdir. Bu halde dahi ya müessirdir (illet 2), ya tarîk-i mûsıldır (sebepe 3) veya müessir değildir. Bu halde dahi ya müteallak müteallikin vücûduna tevakkuf eder (şart 4), veya tevakkuf etmez (alamet 5).⁵²

Hükmi vaz'înin yukarıda serdettiğimiz tarifini tahlil edelim: Hükmi vaz'î mevcut olmak için bir kere bir hükmi teklîfi bulunmalıdır. Bu hükmi teklîfi şüphesiz ki bir fiil ve tasarrufa taalluk etmiştir. İşte bu hükmi teklîfi hangi fiil ve muameleye ait bulunmuş ise o şeye o fiile diğer bir şey taalluk edecektir. İşte bu şeyin sûret-i taallukunu ve münasebetini bildiren hitâb-ı kanûnînin eseri hükmi vaz'î olmuş olur. Kezalik o şeyin evsâfı da hükmi vaz'îdir. Bu tahlilimizi bir misale tatbik edelim. Mesela: Bey' icab ve kabul ile mün'akid olur. Burada

⁵¹ Krş. Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkh*, s. 445.

⁵² Bu tablo aynen *Usul-i Fıkh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi* isimli eserden alınmıştır, s. 434.

bey'in in'ikadı beyan ediliyor. Bu bir hükm-i teklifdir. Fakat aynı zamanda burada bir hükm-i vaz'î var: Bey'in rüknü icab ve kabul olduğu bildiriliyor. Şu halde iki şey var. Biri in'ikad, diğeri icab ve kabul. İn'ikad müteallak, icab ve kabul mütealliktir. Yani in'ikad, icab ve kabule muallak bulunmaktadır. İşte bu hükm-i teklifi yani in'ikad, bey' fiiline taalluk etmiştir. Bu hükm-i teklifinin bu fiile sûret-i taalluku yine ibâre-i kanuniye ile yani hitâb-ı Şâri'le malum olmaktadır. Yani bunun icab ve kabul ile tahakkuk edeceği anlaşılmaktadır.

İşte bu hitabın eseri yani mahsulü ve neticesi -ki icab ve kabuldür- bir hükm-i vaz'îdir.

Keza vakit, vücub-i salâta sebeptir. Bu bir hükm-i vaz'îdir. Bu da şu suretle tahkik olunur. Vaktin vücûb-i salâta sebep olması şu ayet-i kerîmenin hitabından anlaşılmıştır: "Akimi's-salâte li-dülûki'ş-şems"⁵³. Nasıl ki bey'in rüknünü yukarıda zikrettiğimiz maddeden çıkardık, bu ayetten de salâtın sebebini bulacağız. Diyeceğiz ki: Burada salât me'mûrun bihtir. Binaenaleyh vücub sıfatını hâiz bir hükm-i teklifdir. Bu hükm-i teklifî salâta aittir. Bunun, vücûbun suret-i taalluku da yine ayet-i kerimeden münfehim olmaktadır. Yani "li dülûki'ş-şems" kaydı o suret-i taalluku göstermektedir. Demek güneş doğunca salât kılınacaktır. Şu halde güneşin doğması salâtın vücûduna mûsıl oluyor demektir. Bu ise sebeptir, bir hükm-i vaz'îdir. İşte hükm-i vaz'îler böyle izah olunur.⁵⁴

Hükm-i Vaz'î Hakkında İzahât

Hükm-i vaz'î bahsi bihakkın anlaşılabilmek için tarifi dikkatle tahlil etmek lazımdır. Bu hususta serdedilen tarifler yekdiğerinin hemen aynıdır. Bazılarını nakledeyim:

Hükm-i vaz'î, bir şeyin hükm-i teklifiye taallukuyla hâkim olan -taallukuna mülâbis olan- hitâbın eseri ve o şeyin bu taalluktan hâsıl olan sıfatıdır. Rükniyet, şartiyet, sebebiyet gibi. (Büyük Haydar Efendi merhum).

Hükm-i vaz'î, hükm-i teklifinin mahalli olan ef'âl-i mükellefine bir şeyin taallukuna dair bir eser-i hitâb ve ol şeye işbu ef'âl itibariyle hâsıl olan bir vasıftır. (Mahmud Esad Efendi merhum).

Hükm-i vaz'î, rükniyet ve illiyet gibi bir suretle hükm-i teklifiye taalluku

⁵³ "Gündüzün güneşin gün ortasını aşmasından gecenin karanlığına kadar namazı kıl", İsra, 17/78.

⁵⁴ Krş. *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 433.

olan şeydir. (Seyyid Bey merhum).

Şu tarifler meyânında sonuncu yani Seyyid Bey'in tarifi en evzahıdır. Diğer tarifler biraz muğlaktır. Fakat bu iğlâk biraz mükemmeliyet addolunmalıdır. Çünkü bu iğlâk bazı kayıtların zikr ve îrâdından neşet ediyor. Son tarifte bu kayıtlar bulunmamakla beraber tarife temsil ile başlamıştır. Bu ise misalin yani muarrifin malum olmasına mütevakkıftır.

Halbuki tarif edilmek istenilen de odur. Binâberîn bu sonuncuyu bir tariften ziyade bir izah makamında telakki etmek daha münasiptir.

Diğer tariflerdeki iğlâkın ref ve izâlesine gelince: Kuyûdun ibkâsı, iğlâkın ref ve izâlesiyle yeni bir tarif bulmak, mezkur tarifleri izaha girişmekten daha muvafıktır.

Ale'l-umum tariflerden evvelemerde şurası anlaşılmıştır ki hükm-i vaz'î bulunmak için bir hükm-i teklifî bulunacaktır. Sonra bu hükm-i teklifiye bir şey taalluk edecektir. İşte bu şeyin nasıl taalluk ettiğini bildiren hitâbın eseri de hükm-i vaz'î olacaktır. Şu halde hükm-i vaz'î, "Hükm-i teklifiye bir şeyin nasıl taalluk ettiğini bildiren hitâbın eseridir." diye tarif olunabilir.

Kavanînin bütün ahkâmı bu tarife nazaran tahlil olunursa hükm-i teklifi ile hükm-i vaz'î tefrik edilmiş olur. Dikkat ile görülür ki, hükmü mütezammın olan mevâdd-ı kanuniye daima böyle ikiye kâbil-i tefrîktir: Hükm-i teklifi, hükm-i vaz'î. Bu iki hükümden hâlî bir hükm-i kanunî yoktur.

Birkaç misal ile fikrimizi izah edelim:

Madde-i Kanuniye	Tahlili		
"İcab ve kabul ile bey' münakid olur" (Mecelle 167)	Hükm-i teklifiye bir şeyin taallukuna mütedâir hitâbın eseri		
	İn'ikâd (hükm-i teklifi)	İcab ve kabul	Bey'in icab ve kabul ile mün'akid olması (Hükm-i vaz'î: Rükün)
"Akimi's-salâte li-dülûki's-şems"	Vücub-i salât	Vakit	Vaktin hulûlüyle vücüb-i salâtın tahakkuku (Hükm-i vaz'î: Sebep)
"Yavrular mülkiyette analarına tabidir" ([Mecelle] madde 1074)	Cevaz	Tebean tasarruf	Yavruların tebean tasarrufunda cevazın tahakkuku (Hükm-i vaz'î: Sebep)
"Şirket-i mülkte müteşârikler/in[den] herbiri yekdiğerinin hissesinde ecebîdir" ([Mecelle] madde 1075)	Adem-i nefâz	Hisse-i şerikte tasarruf	Böyle bir tasarrufta adem-i nefâzın vücudu (Hükm-i vaz'î: İlet)

Hüküm-i Vaz'î: Ef'âl ve [mu'â]melâtın evsâf ve şerâitini bildiren hükümlerdir. Dört kısımdır:

1. Rükün
2. İllet
3. Sebep
4. Şart

Bunları ayrı ayrı izah edeceğiz.

1. Rükün

Bir şeyin kıvâmında dahil olan ve onun cüzü bulunan şeydir.⁵⁵ Mesela bey' ve icarenin rüknü icab ve kabuldür. İcab ile kabul akd-i bey'in cüzü olup onun kıvâmında dahildir. Bu mana mahsüsâtta da böyledir. Mesela duvar, odanın rüknüdür. Hulasa rükün mevcudiyetin esasıdır. O şeyin cüz-i aslîsidir. Rükünsüz bir şey mevcut olamaz. Rükün ibadâtta olduğu gibi muamelâtta da vardır. Mesela kıyam salâtın rüknüdür. İbadâtta rükün şer'in, muamelâtta rükün şer'in, kanunun eser-i ihdasıdır. Ta'bîr-i âharla muamelât ve tasarrufâtta ne gibi şeylerin rükün itibar olunacağını kanun tasrih etmiştir. İşte o sarâhat vechile muamelâtın rükünleri taayyün eder. Misal: "Rükün-i[ül-] bey' yani meb'in mahiyeti malı mala değışmekten ibaret olup ancak buna delalet etmek hasebiyle icab ve kabule dahi rükün-i bey' ıtlak olunur." (*Mecelle* [md.] 149).

23. Rükün iki kısımdır: Rükün-i aslî, rükün-i zâid. Rükün-i aslî, hâl-i intifâsında onunla tekavvüm eden şeyin dahi hükmünün bâkî itibar olunmasıdır; imana nisbetle tasdik gibi.⁵⁶ Tasdik bir rükündür. Fakat bir rükün-i zâiddir. Zira intifâsı halinde iman bi'l-küllüye hükümsüz kalmıyor, iman hükmü yine mevcut oluyor. İman kalb ile tasdik ve lisanen ikrardan ibarettir. Ancak ikrar rükün-i zâiddir. Tasdik-i kalbî ise rükün-i aslîdir. Onsuz iman olmaz. Yalnız lisan ile ikrar kafi değildir. Fakat tasdik-i kalbî umûr-ı bâtınadan olduğu için delîl-i zâhirisıyla amel etmek zarurîdir, onun için ikrar, tasdik makamına ikâme edilir.

Rükün-i zâid: Bir özürden dolayı kendisinin intifâsı halinde onunla tekavvüm eden şeyin hükmü bâkî olmaktır; imana nisbetle ikrar gibi. İkrar, mesela hâl-i ikrahta yani bir özür halinde sâkıt olur. Sâkıt olduğu halde iman yine

⁵⁵ *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 435.

⁵⁶ Mahmud Esad, *Telhis-i Usul-i Fıkıh*, s. 446.

bâkîdir. Fakat rükn-i aslî böyle değildir, özr ile de sâkit olmaz. Ve herhangi bir sebeple sâkit olsa iman kalmaz.

Rüknü yukarıdaki tabloda bulunan tavzihâta tatbik edersek anlarınız ki rükün yani şey'-i mütallik, taalluk ettiği şeyde dahildir. Mesela icab ve kabul mütealliktir, bey'a taalluk ediyor. Ve taalluk ettiği bu fiilin vücudunda dahildir. Yani o fiilin vücudu onunla kâimdir. Bu cihetle rükündür.

Ale'l-umum kavâninde muamelât ve tasarrufâtın rükünleri tasrih edilmiştir. Ve bunlar rükn-i aslîdir. Bunlarsız o muamelat tahakkuk etmez, vücud bulmaz.

Misal: 1. "Bey' gibi icare dahi icab ve kabul ile mün'akid olur." (Rükn-i icâre, *Mecelle* [md.] 433).

2. "Yalnız kefilin icâbıyla kefâlet mün'akid ve nâfiz olur..." (Rükn-i kefâlet, *Mecelle* [md.] 621).

3. "Râhin ve mürtehinin icâb ve kabulü ile rehin mün'akid olur. Fakat kabz bulunmadıkça tamam ve lâzım olmaz." (*Mecelle* [md.] 706).

Bu maddelerden anlaşılıyor ki bazı tasarrufâtın rükn-i aslîsi icâb ve kabûldür. Bazılarında yalnız icâbdır. Bir kısmında da rükn-i in'ikaddan başka rükn-i lüzum ayrıca zikredilmiştir; rehinde olduğu gibi. Bunun tamâm ve lüzûmu için diğer bir rükün yani kabız rüknü mevcut olmalıdır. Malum olduğu üzere in'ikad başka, lüzum başkadır.

Evvelkisi ikincisini istilzâm etmez. Nitekim bahs-i mahsûsunda izah olunmuştur.

4. "[Sarâhaten yahut delâleten] icâb ve kabul ile idâ' mün'akid olur." (*Mecelle* [md.] 773).

5. "Hibe icâb ve kabul ile mün'akid ve kabz ile tamam olur." (*Mecelle* [md.] 837).

6. "Şirket-i akdin rüknü lafzen yahut ma'nen icâb ve kabuldür." (*Mecelle* [md.] 1330).

24. İşbu rükn-i zâid iki türdür:

1. Bihasebi'l-keyfiyye zâiddir; ikrar gibi.

2. Bihasebi'l-kemmiyye zâiddir; ekser ile ekalden mürekkebe olan şeyde ekall gibi. Hatta "Ekser için hükm-i küll vardır" denilir.⁵⁷ Mesela meclislerde müzakere-lerde ekseriyet-i ârâ' rükn-i aslîdir. Ekalliyet-i ârâ' rükn-i zâiddir. Halbuki meclis, o ekseriyetle ekalliyetin hey'et-i mecmûasından terekkeb eder.⁵⁸

⁵⁷ Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkh*, s. 446.

⁵⁸ Büyük Haydar Efendi, *Telhîs'teki rükn-i zaidle ilgili ikili tasnife örnek olarak "meclis-i idare"deki müzakereleri zikreder*, bkz. s. 413.

2. İllet

1. İllet, sübût-i hüküm kendisine nisbet ve izâfe olunan şeydir. Bu tariften anlaşıldığına göre illet bir hükmü vücuda getiren âmildir, bir hükmün husûlüne müessir olan şeydir. Hükm-i vaz'ının diğer bir nevi olan sebep de hükmün vücûdunda nev'an-mâ müessir bir illettir. Lakin asl-ı illetten başka bir şeydir. Sebep hükmün illeti olmayıp, olsa olsa illetin illetidir. Bunun içindir ki illet ile sebep ictimâ' ettikte hüküm mübâşire yani illete muzâf kılınır, sebebe nisbet olunmaz. Demek oluyor ki hükmün vücuduna tesir noktasında illet sebepten daha kuvvetlidir.

Mecelle'de "Mübâşir ile mütesebbib ictimâ' ettikte hüküm mübâşire muzâf kılınır"⁵⁹ denilmesi bundandır. Mübâşir illet demektir. Mütesebbib de sebep demektir. Hulâsa illet âmîl-i müessirdir, sebep vasıttan ibarettir.

2. İllet birkaç yerde müsta'meldir. İllet-i teşrî', kıyasta illet gibi. Ukûda füsûha da illet denilir. Bunlardan illet-i teşrî' tabîr-i âharla hikmet-i teşrî' ve maksad-ı Şâri' burada mevzû-ı bahsimizden hâriçtir. Onu ayrıca bir fasılda beyan edeceğiz. Burada muteber olan diğer iki manadır. Kıyastaki illet ile akid-ler, fesihler, mesela bey' ve hibe milk-i rakabenin, icâre ve i'âre de milk-i menfa'atin illetidirler. Şâri' bunların her birini bir hükümde müessir ve onun illeti olmak üzere vaz' etmiş olduğundan bu gibi illetlere "illet-i vaz'ıye" ıtlak olunur.

3. İllet-i vaz'ıye iki nevidir: İllet-i tâtme, illet-i nâkısa. İllet-i tâtme: Bir illet bir hükümde müessir olmakla beraber onun üzerine terettüb edecek olan hüküm kendisinden terâhî yani te'ahhur etmeyecek olursa bu illet illet-i tâtme demektir. Buna usuliyûnca "ismen ve ma'nen ve hükmen illet" denilir. Vech-i tesmiye: İsmen, vaz' suretiyle; ma'nen, tesir itibariyle; hükmen, adem-i terâhî sebebiyle.

İsmen: Bu hüküm şu illetin hükmüdür.

Ma'nen: Bu hükmün müessir ve âmîli şu illettir.

Hükmen: Bu illet tamamdır, hükmü te'ahhur etmez. Şerâit-i lâzimesini câmi' akidde muamelât gibi.

Misal: Akd-i bey' Şâri' tarafından bir illet olmak üzere vaz' edilmiştir (ismen). Bu akd-i bey', bir tesir husûle getirir ki mülkiyettir (ma'nen). Bu akd-i

⁵⁹ Maddenin aslı şöyledir: "Mübâşir yani bizzat fail ile mütesebbib müctemî' oldukda hüküm ol faile muzâf kılınır." (*Mecelle* md. 90).

bey'in şu tesiri yani mülkiyet hükmü te'ahhur etmez ve (hükmen) yani derhal müşteri meb'â ve bâyi' semene mâlik olur. İllet artık tamamdır, teslim ve tesellüm gibi başka bir şeye lüzum kalmaz. Bunun içindir ki akidden itibaren meb'âde hâsıl olan zevâid müşterinin malı olur.

4. İllet-i nâkisa: Hükmün illet üzerine terettübü te'ahhur etmesidir. Ma'lûlün illetten ayrılıp ayrılmaması. Bey'-i mevkuf gibi mâni'dir.

Ukûd-i mevkûfede istinâd kaidesi: İcâzet verilen akdin hükmü, akdin tarîh-i vukû'una istinâd eder, yoksa icâzetten başlamaz.

Hıyâr-ı şart ile bey', icâre-i muzâfe dahi bu kabildendir.

5. Ale'l-umum mevânî' bulunan yerlerde hep illet nâkıs demektir. Bu gibi yerlerde "Manî' ile muktezî..." kaidesi⁶⁰ carîdir. İllet-i nâkısaya diğer misaller:

1. Maraz-ı mev't: Birtakım ahkâmın (sülûsten ziyâde vasiyet... gibi) illetidir. Lakin hükmü marazın vücûduyla beraber tahakkuk etmez. Bundan sonra tahakkuk eder.

2. İcâre-i muzâfe: Hükmü zamân-ı izâfede başlar.

3. Karîne-i kâtı'a: Delîlin medlûl makâmına ikâmesi. Kan bulaşmış olduğu halde (...). Haberi munkatı' [olan] gâibin taksîm-i emvâli.

4. Sefer: Kasr-ı salât, nakz-ı savm gibi ahkâmın yani ruhsatların illetidir.

5. Şarta mu'allak kefâlet, şartın tahakkuku.

6. İcâb ve kabulden her biri.

7. Sübût-ı nesebe nazaran nikah ismen ve hükmen illet ise de ma'nen değildir.

8. Şarta mu'allak icâbât.⁶¹

İllet Bahsinin Ehemmiyeti

Bu bahis İslam hukukunun ve usulünün en ince mebâhisindedir. Tekayyüd-kârâne birtakım ta'lîlât ve tefsirâta müsait olduğu gibi müsâhele-kâr bir tarîke de müsaittir. Muhafazakarlar "illet"te bir hareketsizlik vasıtası, terakkiperverler ise bunda bir hareket kuvveti müşahede edebilirler. Bu bahsi iyice anlamak için Haydar Efendi merhumun eserinin 451'inci sahifesindeki "İllet-i Riba" bahsi tetkik edilmelidir. Orada görülecektir ki birtakım me'kûlâtın

⁶⁰ "Mâni' ve muktezî te'âruz ettikde mâni' takdim olunur." (Mecelle md.46).

⁶¹ Buradaki örnekler, çok daha teferruatlı olarak *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi* içinde yer almaktadır, bkz. s. 441-450.

ta'lîlât ile mesela bey'-i nesî'e denilen vâde ile satışın hürmeti yani adem-i cevazı isbat ediliyor. Bugün ise vade ile satış âlem-i ticarete en mühim ve müsta'mel ukûddan birisini teşkil etmektedir. Bunu nasıl tahrım edeceğiz? Bu nasıl mümkünüdür? Birtakım skolastik mülahazât ile muâmelât-ı mu'tebere-i nâsı fesâda haml etmek nasıl caiz olur? Buna "menâfi-i âmme" "hikmet-i teşrî", "maslahat", "örf", te'âmül-i nâs" gibi esasât-ı hukukiye külliye münâfi değil midir? Hatta biz daha ileriye giderek diyeceğiz ki bunu tecviz yalnız bir "maslahat" ve örf işi değil, aynı zamanda ma'kûl ve kıyasa muvâfık olan da budur. Bu neticeyi şu vechile istidlâl ediyoruz:

Vade ile satış caizdir. Çünkü bu bir akd-i bey'dir. Bu akid ehlinde sâdır. Rızaya müsteniddir. Mümkün olan bir mahalle muzâftır. Şu halde şerâitini câmi'dir. İntizâm-ı âmme'yi de muhill değildir. İşte bu muâmele nakl-i mülkiyet hükmünün illetidir. Ancak nakl-i mülkiyet illetten terâhî etmiştir. Bir illet-i nâkısasıdır. Hükmü, vâdenin hitamında tahakkuk edecektir. Aklen hareket ettiğimiz takdirde işte bu neticeye vasıl oluyoruz. Halbuki muhafazakar usuliyûn böyle yapmıyorlar. Onlar evvel emirde bir nakil buluyorlar. Sonra o nakli te'vîlât-ı dûrâ-dûr ile öteye beriye çekerek, birtakım taksîmât ve tefrî'ât-ı tâliye ile iştigâl ederek garib neticelere varıyorlar. Mesela İsmail Hakkı Efendi'nin *Usul-i Fıkıh Dersleri*⁶² nam eserinin 150-166 sahifelerinde "riba" bahsi bütün tafsilatıyla mezkûrdur. Bu türlü tefsîrât ve ta'lîlâta ne lüzum var? Bir kere bu hususta hadisler tam ve gayri kâbil-i itiraz bir merci teşkil edemez. Kur'an'a gelince: Orada sarâhaten memnu'iyeti bildiren ayet şudur: "Lâ te'külû'r-ribâ ez'âfen muzâ'afeh"⁶³. Ez'âf-ı muzâ'afe ile ribâ, iktisadın da merdûd gördüğü "ihtikâr"dan başka bir şey değildir. Binaenaleyh bugün "ihtikâr" olabilecek muâmele gerek nukûd, gerek emvâlde olsun gayri caiz olmak lazım gelir. Hem dine, hem iktisada, hem de hukuk mebâdisine tevâfuk etmez. Şu halde ihtikârı mütezammın bir akid, bir hükmün, mülkiyet hükmünün illeti olamaz. Çünkü dînen sarâhaten memnû' olduğu gibi aklen de, iktisâden de makdûhtur.

6. Fransız hukuk-ı medeniyesinde "illet"ten (*cause*) bahsedilir. Fakat o illet başka bir şeydir. Şöyle ki: İslam hukukunda ukûdun anâsır-ı mürekkipesi üçtür: Ehliyet, rıza, mahal.

Roma ve Fransız hukukunda ise dördüncü bir unsur daha kabul edilmiştir

⁶² [Dördüncü Sene], Matbaa-i Hukukiye, 1329.

⁶³ "Kat kat faiz yemeyin.", Al-i İmran, 3/130.

ki illettir (*cause*). Fransız Kod Siviline meşru bir illetin vücûdu akdin sıhhatinde şarttır. İlet, müte'ahhidin sebep-i te'ahhüdüdür. Sünâ'ıyyüt-taraf bir akidde tara-feynden her birinin taahhüdü diğerinin taahhüdünün illetidir. Mesela müşterinin te'diye-i semeni taahhüd etmesi bâyi'in teslim-i meb'î taahhüd etmesi yekdiğerinin illetidir.

3. Sebeb

7. Sebeb, bilâ-tesir hükme tarîk-i mûsıl, müessir olursa illet olur. Aradaki fark budur: Tesir. İlet müessirdir, sebep müessir değildir, yalnız mûsıldır. Lisan-ı âdiyede sebep, illet-i muzâfede müsta'meldir, usûlden ayrıdır. Sebeble illete misal: Kuyu hafri ile bir atın ilkâsı.

8. Sebeble illet ictimâ' ederse hüküm illete izâfe olunur.

Mecelle madde (...)64.

Misal: Sirkate delâlet. Tazmîn sârika aittir, delâlet edene de bu fiilinden dolayı ceza.

9. Sebeb ikidir: Sebeb-i mahz, illet hükmünde sebep. Sebeb-i mahz = sebep-i hakikî: Kendisiyle hüküm arasında hükme muzâfun ileyh olmağa sâlih ve sebebe gayri muzâf bir illet bulunan şeydir.

İlet hükmünde sebep: Kendisiyle hüküm arasında muzâfun ileyh olmağa sâlih bir illet bulunmayan sebebedir.

10. Sebeb ile hüküm arasında her halde bir illetin tavassut ve tehallül ettiği görülüyor. Şu muhakkaktır ki sebep ile hüküm arasına mutlaka bir illet tahallül edecektir. Bu çaresizdir. Sebeb denilince mutlakan bu anlaşılır. Eğer illet girmeyecek olsa o vakit sebep dediğimiz şey illet olurdu. Sebebin bir mîzanı da işte budur. Sebebin her iki nevinde de illet mevcuttur, mütehallildir. Şu kadar ki birinci nevinde yani sebep-i mahzda illet sebebe muzâf değildir. İkinci nevide yani illet hükmünde olan sebebde illet sebebe muzâftır. İşte iki nevi sebep arasındaki fark budur.

Bu fark hükümlerimizde de farkı istilzâm ediyor. Şöyle ki: Sebeb-i mahzın hükmü, eser-i fiil kendisine muzâf olmayıp illet-i mutavassıtaya muzâf olmaktır. (*Mecelle* [md.] 9065, 9166, 9367).

64 Bu kısım metinde boş bırakılmıştır.

65 "Mübâşir yani bizzat fâil ile mütesebbib müctemi' oldukda hüküm ol fâile muzâf kılınır."

66 "Cevaz-ı şer'î damâna münâfi olur."

67 "Mütesebbib müteammid olmadıkça dâmin olmaz."

Binaenaleyh sirkat veya katl üzerine mücerred delalet, damânı mücib olmaz. Burada delâlet fiili sebebidir. Sirkat de illettir. Görülüyor ki sebep ile müsebbeb arasında yani delalet ile hükm-i sirkat arasında fâilin fiil-i sirkati giriyor ki hükümde müessir olan illet de budur. Delaletin hükümde tesiri yoktur. Delaletsiz dahi fiil-i sirkat vücut bulabilir. Şu halde eser-i fiil, illet-i mütevessitaya muzâf olur da yalnız sârıka damân lazım gelir.⁶⁸

Velhasıl bu nevi sebeplerde dikkat edilecek nokta şudur: Sebeb illetin vücuduna bâdî değildir. Tabîr-i âharla illet sebebe muzâf değildir. Diğer bir misal: Bir kimse bir çocuğa tutmak üzere bir silah verse de çocuk kendisini veya başkasını öldürse, silahı veren kimseye damân lazım gelmez. Zira sabînin bu fiili ihtiyâridir. Hüküm kendisine yani illete muzâf kılınır. Fakat çocuk düşse de helak olsa silahı verene damân lazım gelir. Zira sabînin bunda ihtiyârı yoktur. Ona silah vermek tesaddî olduğundan helâkinin illeti hükmünde olur. (Haydar Efendi).⁶⁹

Diğer misal: Bir kimse bir çocuğa “Şu ağaca çık, meyvesini silk de ye veya yiyelim” deyip de sabî çıkararak ağaçtan düşse âmire damân lazım gelmez. Zira sabînin hareketi ihtiyârı ile ve kendi menfaati içindir. Burda hüküm illete muzâf kılınır. (Haydar Efendi merhum).⁷⁰

Li-müellifihi: Bu ahkâm şayân-ı nazardır. Çocuğa silahı vermek bir taksîr-i mühim değil midir? Çocuk ihtiyârına malik ise de temyiz-i tamma malik değildir. Bu cihetle silahı vermek adeta mübâşeret menzilesinde bir sebebidir. Binaenaleyh sebebe bir üçüncü nevi daha ilave etmelidir: Mübâşeret hükmünde sebep. Bunun hükmü eser-i fiilin mübâşerete muzâf olmasıdır. Adalet ve mantık bunu icâb eder. Nitekim bu cihetler Ta'dîl-i Kavânîn Komisyonunun umdelelerinde kabul edilmiştir. Mezkûr umde ber vech-i zîr nakl olunur:

“5. Bir fiilin hükmü fâiline muzâf kılınır. Fâil ile mukassır ictimâ edip de fâil mukassırın taht-ı mürâfa'asına veya nezaretine mevdû' ise nazar olunur. Eğer zarar-ı vâkî' murâkîb-ı mukassırın mümeyyiz olmayan fâili fiile emr u teslîl veya teşvik etmesi veya zararı müeddî olacağı meczûm olan bir fiil ile zarara sebebiyet vermiş ise murâkîb-ı mezkûr, mübâşir hükmünde addolunarak zarar-ı vâkîi bizzat tazmine mecbur olacaktır. Murâkîb-ı mukassıra yalnız te-seyyüb ve ihmal isnad olunabildiği halde âzâdan biri zarar-ı vâkiden murâkîb ile mümeyyiz olmayan failin münâsafeten mes'uliyetini ve şu kadar ki fâil-i mezkûrun damânen vereceği

⁶⁸ *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 458-459; Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkıh*, s. 453.

⁶⁹ *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 459; Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkıh*, s. 454.

⁷⁰ *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 459; Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkıh*, s. 454.

meblağı murâkıb-ı müsebbibden rücû'an almağa hakkı olmasını teklif etmiştir. Fakat münakaşât-ı [medîde] neticesinde işbu tesebbüb halinde fâilin fiili ve murâkıb-ı müsebbibin tesebbübü sebebiyle münâsafeten tazmîn-i zarara mecbur olmaları esası kabul edilmiş ve hiçbirinin diğerine hakk-ı rücû'u olmamasına ekseriyetle karar verilmiştir. Hulasa murâkıb-ı mukassırın bu babdaki taksiri yalnız teseyyüb ve ihmalden ibaret ise bu surette fâil ile murâkıb münâsafeten tazmin-i zarara mecbur olacaklar ve hiçbirinin diğerine hakk-ı rücû'u olmayacaktır.

Murâkıbın teslîti, teseyyübü ve nisbeti [Zabıtlarda: tesebbübü] dahi yok ise hüküm tamamen mümeyyiz olmayan fâile izâfe edilecektir. Eğer fâil ile mukassırdan her biri mümeyyiz olup da fâil, mukassırın taht-ı murâkabesinde (istîcârında) ise mutazzarır olan şahıs dilerse fâile, dilerse mukassıra mürâcaat edebilecek ve mukassıra mürâcaat halinde onun fâile hakk-ı rücû'u olacak, ve fakat fâilin mukassıra hakk-ı rücû'u olamayacaktır.

Bir maldan mütevellid olan zararlı o malın mâlik veya vâzı'u'l-yedi olan şahıs mukassır olmak şartıyla tazmine mecbur olacaktır. Kezalik bir şahsın taht-ı murakabesinde olan eşhâs tarafından ikâ' olunan veyahut ol şahsın mülkünde veya yedinde bulunan emvâlden mütevellid olan zararların tazmini mesâilinde murâkıb veya mâlik veya sâhib-i yedin mukassır olması asıl olmak ve kendisi tarafından aksi isbat olunabilmek esası tensîb edilmiştir".⁷¹ İntehâ.

İhtar: Bu üçüncü nevi sebepler yani mübâşeret hükmünde sebepler şayân-ı dikkattir. Böyle sebeplerde hüküm sebebe muzâf olur, sabî misalinde olduğu gibi. Kezalik müstevdâ', nezdinde vedî'a olarak mahfûz olan altınların yerini sârıkâ haber verse dâmin olur. Burada vedî' müsebbibdir, fakat mübâşir hükmündedir.⁷²

İkinci Nevi Sebebin Hükümü

İllet hükmünde olan sebebin hükümü, eser-i fiil kendisine muzâf olmaktır. Tarîk-i âmmda sâik ve kâidin fiilleri gibi. (*Mecelle* [md.] 933)⁷³. Böyle bir sebepte eser-i fiil yani hüküm, mütehallil olan illete değil, o illetin muzâf olduğu sebebe muzâf olur. Mesela bir kimse tarîk-i âmmda hayvana râkib olup giderken veyahut hayvanı sevk ederken hayvanın mümkün't-teharrüz olan ziyânını dâmin olur. Çünkü hayvan râkib veya kâidin sevkine göre meşy eder. Burada telefin illeti hayvanın çarpmasıdır. Ve sebebi de rükûb

⁷¹ Komisyonunda tartışılan umdeler ve burada aktarılan 5. umde ve ilgili tartışmalar için bkz. "Vacibat Komisyonu Zabıtnameleri", *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sene 2, sayı 14 (Şevval 1342/Mayıs 1340), s. 330 ve devamı.

⁷² *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 460.

⁷³ "Tarîk-i âmmda kâid ve sâik dahi râkib gibidir."

veya sevtir. Fakat bu öyle bir sebebdir ki illet hüküm ve kuvvetini hâizdir. Çünkü illet-i mütehallile rükûb veya sevkten ibaret olan sebebe muzâftır. Yani ondan nâşîdir. Zira hayvanın meşyi umûr-i ihtiyâtiyeden olmayıp râkib ve kâidinin iradesine tâbidir. Şu kadar [ki] müteebbibin mesuliyeti bi'z-zarûredir. Zarûretler ise miktarlarınca takdir olunacağından⁷⁴ sâik ve râkibe ancak cezası tessebbüb olan bedel-i mahal yani damân lazım gelir. Yoksa cezâ-yı mübâşeretle de mahkûm edilmez.

Kezalik kandilin ipini kesmek, derûnunda bir mâyi' bulunan tulumu yırtmak, yola taş koymak... da bu kabildendir.⁷⁵

Li-müellifihi: Bu, ahkâm-ı cezâ mesâilinde de şayân-ı dikkattir. Bir hayvana râkib olarak yoldan giden bir kimse diğer bir kimse telefine sebep olsa bakılır: Ya kazâen veya kasden sebep olmuştur. Kazâen sebep olmuş ise bu bir sebep-i mahzdır. Mübâşeret cezası verilemez. Olsa olsa daha hafif bir ceza verilir. Fakat o ceza fiil-i katlin hükmü değildir, daha hafif bir hükümdür. Eğer tessebbüb, kasdî ise o halde o sebep illet ve mübâşeret hükmünde olarak hüküm ona muzâf kılınır ve mübâşeret cezası verilir. Görülüyor ki "sebeb" bahsi usul-i fıkıhın çok ince işlenmiş bir bahsidir.

Bu iki nevi sebepler arasında geçen fark bârizdir. Misallerinden de anlaşılıyor ki birincisinde mesela kuyuyu kazmakla hayvanı oraya atmak faslında illet "hayvanı atmak"tır. Bu illet, sebebe yani kuyunun kazılmasına nispet olunamaz. Yani kuyunun kazılması mutlaka hayvanın oraya ilkâsını intâc etmez. Kuyu kazılır da hayvan atılmayabilir. Bundan dolayıdır ki burada "İllet sebebe merbut değildir" diyoruz ve buna sebep-i mahz diyoruz.

İkincisinde mesela avizenin ipini kesmek meselesinde yani ipin kesilmesiyle avizenin düşüp kırılması hadisesinde illet avizenin sikleti merkez-i arza doğru tabîî bir incizâba tâbiyyeti, hulasa câzibe-i arzidir. Sebep de ipi kesmektir. Fakat burada illet sebebe merbûttur, ondan neşet etmektedir. İp kesilince mutlaka avize düşer. Kuyu hafri gibi değildir. Yani kuyu hafri edilince mutlaka hayvan düşmez. Fakat ip kesilince mutlaka avize düşer. İşte illetin sebebe merbût olup olmaması bu demektir. Bu itibar ile ikinci nevi sebeplerde sebep, tam illet hükmündedir. Zira o olmasaydı fiil olmayacaktı. Binâberîn hüküm de o sebebe isnâd olunur.⁷⁶

⁷⁴ İlgili *Mecelle* maddesi şöyledir: "Zarûretler kendi miktarlarınca takdir olunur.", md. 22.

⁷⁵ Örnekler için bkz. *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 460-461; Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkıh*, s. 455-456.

⁷⁶ Krş. *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 464-466.

Rükün, İllet, Sebeb: Müselles-i Hukukî

Hulasa rükün, illet, sebeb bir müselles-i hukukî teşkil eder. Müsellesin kâidesini teşkil eden dıl' rükündür. Dıl'-i kâimi illettir. Dıl'-ı sâlisi de sebebedir.

Rükün: Bir şeyin cüz-i aslîsidir. "Bu nedir?" sualine cevap olur.

İllet: Hükmü îcâb eden şeydir. "Bu neden dolayı?" sualine cevap olur.

Sebeb: Hükme sâik olan şeydir. "Bunun sâiki nedir?" sualine cevap olur.

Görülüyor ki hüküm için muzâfun ileyh olmak nokta-i nazarından üç derece kuvvet vardır: Rükün, illet, sebeb. Her akid bir müselles-i hukukî şeklinde nümâyân olur. Çünkü evvelâ rükünsüz bir akid tasavvuru muhaldır. Sâniyen bunun muhakkak bir illeti, bir müessiri, bir âmili bulunacaktır. O akid kendi kendine vücûda gelemez. Onun vücûda gelmesinde müessir ne ise işte âmîl ve illet odur. Sâlisen sebeb de her fiil ve akid için lazımdır. Zâhiren sebebsiz ve tesâdüfî gibi görünen fiiller varsa da bu, kâide-i külliyyeyi ihlâl etmez. Hulasa bu üç hüküm yekdiğerinden lâ-yenfektir. Zaten malum olduğu üzere sebebin vücûdu için illet be-herhâl mütevassıt olacak yani mevcut olacaktır. Rükünün mevcudiyeti ise evlâ bi't-tarîk sabittir. Hulasa akdin temâmiyeti için müselles-i hukukî tam olmalıdır. Başka türlü bir akid tasavvur edilemez. İşte böyle olan bir akdin, bir fiilin hükmü ya illete veya sebebe izâfe olunur.

Misal: Şerâitini câmi' bey' sahihtir. Bu fiilin rükünü icab ve kabuldür. Hükmün illeti bey'-i mün'akiddir. Hükmün sebebi ihtisâsât-ı şer'iyedir.

Diğer misal: Bey', rızâ-yı tarafeyn ile ikâle olunur. İkâlenin rükünü icab ve kabuldür. Cevaz, hükmün illeti, akd-i ikâledir. İkâlenin sebebi ihtisâsât-ı şer'iyedir.

Misal 3: Mâl-i gayrı itlâf damânı mûcibdir. Damân hükm-i teklîfisinin illeti, fiil-i itlâf.

Damân hükm-i teklîfisinin sebebi, malın başkasına ait olması, fiil-i itlâfın rükünü, şekl-i itlâf.

Damân hükmü kime terettüb [eder]? Mütesebbib ki mübâşirdir, ona.

Misal 4: Kelime-i şehadet getiren mü'mindir.

Bu iman hükmünün illeti: Kelime-i şehadetin îrâdı.

Bu iman hükmünün sebebi: Hudûs-i âlem.

İman fiilinin rükünü: Tasdîk-i kalbî.

İmandan terettüb edecek ahkâm mü'mine râcidir.

Misal 5: Hac farzdır.

Haccın illeti: Beytullâha kadar intikâl ve seyahat

Haccın sebebi: Beytullâhın vücûdu

Haccın rüknü: Tavaf ve ziyaret.

Misal 6: Şerâitini câmi' olan kefâlet sahihtir.

Bu sıhhat hükmünün illeti: Akd-i kefâlet

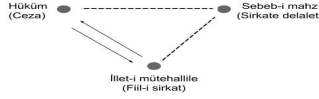
Bu sıhhat hükmünün sebebi: İhtisâsât-ı şer'îye

Akd-i kefâletin rüknü: İcab ve kabul.

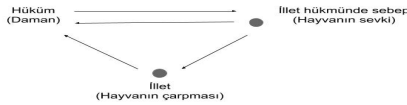
Sebeblerin Şeması

Sebebin iki nev'i ber-vech-i âtî şemalarla gösterilebilir.

1. Sebeb-i Mahz Şeması



2. İllet Makamında Sebeb Şeması



1. İllet sebebe merbûttur

2. Hüküm sebebe muzâftır.

4. Şart

11. Şart, tesir ve ifzâ bulunmaksızın bir şeyin mevkûfun aleyhi olan şeydir.

İllet de bir şeyin mevkûfun aleyhidir.

Sebeb de bir şeyin mevkûfun aleyhidir.

Aralarındaki fark:

Şartta aslâ tesir ve ifzâ bulunmaması: Gayri müessir ve gayri muzfî.

İllette hem tesir hem ifzâ bulunması: Müessir ve muzfî.

Sebebde tesir yok, fakat ifzâ ve îsâl var.

Hissî bir misal: Odadan çıkmamızın illeti, yürümeye iktidarımız ve irâdemizdir. Şartı da kapının açık olmasıdır: Yalnız muzfî.⁷⁷

12. Şart üç kısımdır. Şart-ı mahz, illet hükmünde şart, sebeb hükmünde şart.

Evvela: Şart-ı Mahz

13. Şart-ı mahz: Kendisinde aslen ma'nâ-yı illiyet ve sebebiyet bulunmayan şarttır. İki türlüdür:

1. Şart-ı hakîkî

2. Şart-ı ca'î

14. Şart-ı hakîkî: Nefsülemirde veya nazar-ı şürû'da [şer'de] ve kanunen⁷⁸ bir şeyin vücûdu kendisine tevakkuf eden şarttır. Ale'l-umûm arandığı şurû bu kabildendir.

Mesela akd-i nikahın mütevakıf olduğu şartlardan şehadet gibi.

15. Şart-ı ca'î: Âkidlerin itibar ve dermeyân ettikleri şartlardır. İki kısımdır:

1. Şart-ı ta'likî

2. Şart-ı takyîdî

⁷⁷ *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 471. Şartla ilgili kısım Büyük Haydar Efendi'nin eserinde daha geniş ele alınmıştır. Ancak Hüseyin Naci'nin metninde bu son kısım çok muhtasar geçilmiştir.

⁷⁸ *Usul-i Fıkıh Dersleri ve Merhum Büyük Haydar Efendi*, s. 472. Krş. Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkıh*, s. 459. Haydar Efendi'nin ifadesinde sadece "nazar-ı şer'de" ifadesi yer alırken burada kanun da ilave edilmiştir ki metnin genelinde Hüseyin Naci'nin yaklaşımını ortaya koyan önemli bir örnektir.

Şart-ı Ta'likî

16. Şart-ı ta'likî, bir şeyin vücûdu kendisine muallak olan şarttır. “Eğer” ve “ise” edatlarıyla veya bir sığa-i şartiye ile zikr olunur.

17. Ukûdun şart-ı ta'likîye isnâdı

Bu itibar ile ukûd üçe taksim olunur:

Birinci kısım: Temlikât kabîlinden olup şarta ta'likî aslâ sahih olmaz. Bey' ve îcâr bu kabîldendir.

Mesela bir kimse diğere “Fulan iş olursa bu haneyi sana bin liraya sattım” dese bey' mün'akid olmaz. Çünkü ta'lik bey'in hükmüne münâfidir.

İkinci kısım: İskâtât kabîlinden olup şart-ı ta'likîye ta'likî caizdir. Talâk ve itâk bu kabîldendir.

Üçüncü kısım: Temlikâtтан olmayan ukûd olup bunların da şarta ta'likî sahihtir. Kefâlet ve vekâlet bu kabîldendir.

Şart-ı Takyîdî

18. Şart-ı takyîdî: Takyîdi müfid bir suretle dermeyân olunan kayıt ve şarttan ibarettir. “Şartıyla” veya “olmak üzere” gibi bir kayıt ile îrâd olunur. Misal: “Bedeli bir ay sonra tediye edilmek şartıyla veya edilmek üzere bu malı senden bin kuruşa satın aldım” gibi.

19. Şart-ı takyîdî, üç kısımdır:

Şart-ı caiz, şart-ı lağv, şart-ı müfsid.

Şart-ı takyîdînin cevazı bahsinde başlıca iki nazariye-i fikhiye vardır.

Birinci nazariye: Şart-ı takyîdîyi üçe taksim ederek bir kısmını caiz, bir kısmını lağv, bir kısmını müfsid addeden nazariyedir. Bu kavle göre caiz olan şartlar:

Muktezâ-yı akidden olan veya muktezâ-yı akdi teyid eden şartlardır. Mesela kefil vermek şartıyla bir mal satmak gibi.

Şart-ı lağv: Ehad-i âkideyne hiç nefi olmayan şarttır. Mesela başkasına satmak şartıyla bey' gibi. Bu şart ile bey sahihtir, şart lağvidir.

Şart-ı müfsid: Muktezâ-yı akidden olmamak ve muktezâ-yı akdi teyid etmemekle beraber ehad-i âkideyne nefi olan şarttır. Mesela bâyi', içinde bir müddet ikâme etmek şartıyla bir hâneyi satmak gibi. Böyle bir şart ile bey' sahih olmaz, fasid olur. Meğer ki böyle bir şart beyne'n-nâs müte'âref olsun. O

takdirde akid sahih ve şart mu'teber olur. Mesela kürkü kaplamak şartıyla bey' gibi.

İkinci nazariye: Serbestî-i mukâvele esasını tervîc edenlerin kavlidir. Bu kavle göre ale'l-umum şurût ve kuyûd-ı mümkinine caiz ve mu'teber ve akidler sahihtir.

Muhakkıkîn-i Hanbeliyeden İbn Kayyim'ın beyanına nazaran cumhûr-ı fukahâya göre eşyâda asıl olan ibâha ve efâlde asıl olan adem-i mükellefiyettir. Onun için herhangi bir fiilin şer'an gayri meşrû olduğunu bir delîl-i şer'î ile isbât etmek lazım gelir. İsbât edilemediği takdirde o fiil cevâz-ı aslîsinde kalır. Bu kavil ashâbı "Yâ eyyühellezîne âmenû evfû bi'l-ukûd"⁷⁹ ve "Evfû bi'l-uhûd"⁸⁰ ayetleriyle istidlâl ediyorlar. Kezâlik "Ve'l-müslimûne inde şurûtihim"⁸¹ hadis-i şerifini de zikrediyorlar.

Müstakil müctehidlerden İmam İbn Şübrüme dahi bu fikirdedir. Bu fikir ihtiyacât-ı asriyemize ve serbestî-i mukâvele esasına muvâfık olduğundan *Mecelle*'nin tadîlinde nazar-ı itibara alınması şayân-ı temennidir.

Saniyen: İlet Hükmünde Olan Şurut

20. Bir hâdise-i hukûkiyede, bir fiilde hüküm kendisine izâfe olunmaya sâlih bir illet ve bir sebep bulunmayıp da yalnız şart bulunacak olursa o şarta "illet hükmünde şart" denilir.

Misal: ---

Sâlisen: Sebep Hükmünde Şart

21. Kendisiyle meşrût arasında kendisine nisbet ve izâfe olunamayan bir fiil-i ihtiyârî haylûlet eden şarttır. İçinde kuş bulunan kafesin kapısını açmak gibi.

⁷⁹ "Ey iman edenler! Sözleşmeleri yerine getirin.", Maide, 5/1.

⁸⁰ Kur'an'da "Evfû bi'l-uhûd" şeklinde bir ifade bulunmamakla beraber bir önceki ayette ifade edilen "ukûd" kelimesinin "uhûd" olarak tefsir edilmesi ve ahde vefayı farklı ifadelerle emreden ayetlerin mevcudiyeti sebebiyle müellifin bunu ayet gibi ifade etmiş olması bir zühul eseri olmalıdır. Esasen bu ibare aynı kullanımla Seyyid Bey'in kitabından alınmış görünmektedir. Bkz. *Usûl-i Fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrade, Kaza ve Kader*, s. 204.

⁸¹ "Müslümanlar koştukları şartlara bağlıdır.", Buhari, İcâre 14. Seyyid Bey bu hadisi "Müslümanlar şartlarında sabittirler." şeklinde tercüme ederek Tirmizi'nin naklettiği benzer bir rivayete de işaret eder. Bk. *Usûl-i Fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrade, Kaza ve Kader*, s. 204.

Damân lazım gelmez. İmam Muhammed ile Şâfiî'ye göre damân lazım gelir. *Mecelle* bu kavli almıştır.⁸²

⁸² Bkz. *Mecelle* md. 922. Büyük Haydar Efendi, bu şart hakkında da diğerlerinde olduğu gibi etraflı bilgi vermektedir, s. 477-481. Krş. Mahmud Esad, *Telhîs-i Usul-i Fıkh*, s. 460 ve devamı. Büyük Haydar Efendi'nin eserinde "şart" bahsinden sonra "alamet" başlığı yer alır. Ardından "mahkum bih" ve sonra da "mahkum-i aleyh" bahislerine yer verilir. Burada ehliyet arızaları uzun uzun anlatılmaktadır, s. 490-549. Son olarak da icthadla ilgili meseleler özet olarak ele alınmıştır, s. 550-558.