



**DİNİ ve DİNİ OLMAYAN KÜLTÜRLERDE HUKUKİ AKIL
YÜRÜTMENİN MANTIĞI: İSLÂM HUKUKU ve İNGİLİZ HUKUKU
(COMMON LAW) ÖRNEĞİ**

*Wael B. HALLAQ** / *Çev. Mubarrem KILIÇ***

I. GİRİŞ

Birbirinden farklı hukuk sistemlerinin farklı hukuki akıl yürütme yollarına sahip olduğunu varsaymak makuldür. İki hukuk sistemi kendi yapı ve fonksiyonlarında farklılık arz ettikleri gibi kendi hizmetlerinde kullandıkları argüman türleri açısından da farklılık arz ederler. Nihai tahlilde hukukun, kendisinden çıkarıldığı öncüller ve yöntemlerin ürünü olduğu öne sürülebilir. Böyle, baştan başa kendi yapı ve fonksiyonlarında geniş bir farklılık arz eden iki hukuk sistemi, İslâm hukuku ve İngiliz hukukudur (common law).¹ Bu makale, her iki sistemdeki hukuki akıl yürütmenin mantığı üzerine ışık tutmayı ve aynı zamanda akıl yürütme yöntemlerindeki farklılıkları ve benzerlikleri doğuran nedenleri ve bunun arka planını analiz etmeyi amaçlar. Bu, yargısal (judicial) süreç düzeyinde işlev gören ve hukuk düzenlerinde farklılıkların doğmasına

* McGill Üniversitesi Öğretim Üyesi, Prof. Dr.

** Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Arş. Gör. Dr.

¹ Burada İslâm hukuku ve İngiliz hukuku eş süremliler olarak değil, daha çok art süremliler bir şekilde ele alınmıştır. Bu makale açısından konuya uygun başlangıç noktası, İslâm hukukunda onuncu yüzyıl sonrası döneme ve İngiliz hukukunda geçen yüzyıl ve içinde yaşadığımız zamana karşılık gelen her iki sistemin entelektüel olgunluk aşamasıdır. İngiliz hukukunun entelektüel olgunluğa yalnızca on dokuzuncu yüzyıl sonuna doğru ulaştığı ima edilmemektedir; bu makalenin ilgi alanı analitik hukuk bilimi ve hukukta mantığın rolüdür. Bu yüzden kimse geçen yüzyılın son bölümünde İngiliz hukukunda böyle olgun bir teoriden bahsedemez.

katkıda bulunan bazı ana faktörleri açığa çıkarmak amacıyla yapılacaktır. Böyle bir çalışmada karşılaştırmanın odağı, seküler ve dini kültürlerde sosyal değişime yapılan vurgunun oranı ile hukuk mantığı arasındaki ilişki olmalıdır.

Belirtilmelidir ki bu, daha geniş ve kapsamlı bir çalışmayı bekleyen bir giriş araştırmasıdır- zira, İslâm'da hukuk mantığı henüz daha analiz edilmemiştir ve genelde *kıyas* olarak bilinen yöntem altında toplanan hukuki akıl yürütme yöntemleri konusundaki bilgilerimiz hala daha başlangıç düzeyindedir. Bu durum kendisini, oldukça az olan istisnaları dışında modern İslâm hukuk bilginlerinin *kıyası*, bu terminoloji ile karşılanan diğer argümanların (örneğin, her iki formuyla *a fortiori* argümanı, *a minori ad maius* ve *a maiori ad minus*, *reductio ad absurdum* ve indüksiyon) varlığını göz ardı ederek, analogi olarak tercüme etmeleri gerçeğinde de kendini gösterir. Bu makale *kıyasta* bu argümanların varlığını tartışmayı amaçlamaz; daha çok bunları önceden varsayar. Ancak bu varsayım, burada zikredilen kaynaklarca tümüyle haklı kılınmıştır.²

Girişte şu belirtilmelidir ki, İslâm ve İngiliz hukukçularının³ mantığına yaklaşımı, olumlu olarak nitelendirilemez. Her iki sistemin hukukçuları tarafından mantık, hukuk kavramlarının ve doktrinlerinin sistematizasyonu ve tutarlılığı açısından onsuz olmaz bir araç olarak kabul edilmesine rağmen, genel olarak yine de kuşkuyla karşılanır.⁴ Her iki örnekte, kesinlikle bu yaklaşım farklı nedenlerin sonucudur. İslâm hukukçusu mantığı Grek felsefesinin bir dalı

² Bu makalenin basımı için tesliminden önce *kıyas* başlığı altında toplanan argümanlar konusundaki daha ileri bir araştırma, linguistik bir argüman olarak değerlendirilen *argumentum a contrario*'nun dışında, kıyasın yukarıda sayılan argümanları içerdiği sonucuna ulaştırmıştır. Bu araştırmanın belgelenmesi için bkz. yazarın makalesi, "Non-Analogical Arguments in Sunni Juridical Qiyas".

³ Kolay kavranması amacıyla, bu makalede "hukukçular/lawyers", "yargıçlar/judges" ve "hukuk bilgini/jurist" terimleri kabaca kullanılacaktır. Yargıçlar İngiliz hukukunun gelişiminden öncelikle sorumlu iken, İslâm'da bu sorumluluk hukuk bilginlerinin üzerindedir. İslâm hukuku, Roma hukuku gibi hukuk bilginlerinin hukukudur. "İslâm hukukçuları/lawyers" gibi kullanımlara rağmen, bu ayırım daima zihinde tutulmalıdır. İslâm hukukunun, hukuk bilginlerinin hukuku olduğu konusunda bkz., J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, 209 (Oxford 1964); Weiss, *Interpretation in Islamic Law: The Theory of Ijtihad*, 26 AM. J. COMP. L. 199, 201-03 (1978).

⁴ H.J.M., BOUKEMA JUDGING 180 (1980); Goldziher, *The Attitude of Orthodox Islam Toward the "Ancient Sciences"*, in *Studies on Islam 198-209* (M.L. Swartz basım ve çev. Oxford 1981); Guest, *Logic in The Law*, in *Oxford Essays on Jurisprudence* 176 (1961); Simitis, *The Problem of Legal Logic*, 3 Ratio 1, 94 (1960).

olarak gördüğü için reddeder. Ona göre mantığın şartsız kabulü, bir Müslüman olarak onun inancının esaslarına karşı olacak olan metafizik sonuçların kabulünü gerektirir. İslâm hukukçusu mantığı yalnızca, teolojik imalarından arındığı ve salt bir araç olarak kullanıldığı zaman geçerli kabul eder.

İngiliz hukukunda ise, çıkarımın katı bir aracı olarak anlaşıldığı zaman, mantık reddedilmiştir. Mantığın sürekli değişen sosyal realiteye zıt sonuçlara ulaştırması noktasında büyük kaygılar vardır. Yargıç Holmes der ki; hukuk “mantık ve akliselim arasındaki her aşamada bir çatışmanın sonucudur- birisi tutarlı hükümler çıkarmak için kurgu oluşturmaya çabalarken, diğeri bu hükümler açıkça adil olmadığı zaman bu çabadan uzak durur ve sonuçta vazgeçer.”⁵ Bu ifadeyle yargıç Holmes, mantığın somut olaylara uygulandığında sonuçlarına bakmaksızın kavramların formel tutarlılığını sağladığını ima eder. İngiliz hukukçularının tartıştıkları problemin can alıcı noktası, çağdaş olmayan öncüllerden yapılan zorunlu mantıksal tümdengelimi, çağdaş sorunlarla aynı zamanda sosyal ve etik sorunları da göz önünde tutarak uzlaştırmaktır.⁶ Bu, İngiliz hukukçusunun karşılaştığı temel bir problem olmasına rağmen, normatif bir sistem olarak hukukta mantığın⁷ yararlı olabilirliği sorunu, bir diğer başa çıkılamaz zorluğu meydana getirir. Bu son noktaya daha sonra döneceğiz.

II. MANTIĞIN ROLÜ

Bir hukuk kaynağı olarak “yüksek otoritenin/high authority” fikrinin İngiliz hukuku geleneğinin arka planında yer almasına rağmen, aslında burada İngiliz hukukunun temelinde sosyolojinin yer aldığını belirtmemiz her türlü

⁵ Dewey, *Logical Method and Law*, 10 CORNELL L.Q. 17, 20 (1924).

⁶ J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings* 285-86 (1964); J. Stone, *The Province and Function of Law*, 170 (1946).

⁷ Normatif bir sistem olarak hukuk, tasımlarda/kıyasta büyük öncüller olarak fonksiyon icra eden önermeler içerir. Normlar ifadeler değildir; bu yüzden ne doğru ne de yanlışlardır. Dedüktif mantık öncüllerin ve hükümlerin doğruluğu arasındaki zorunlu ilişkiye dayandığı için güçlük bu olgudan çıkmaktadır. Bkz. C. Wellman, *Deduction in Legal and Moral Reasoning*, in *Reasoning on Legal Reasoning* 193 (A. Peczenik and J. Uusitalo eds. Helsinki 1979); Guest, yukarıdaki dipnot 4, 183-86'da. Hukukun normatif karakteri konusunda genel tartışma için, bkz. F. Castberg, *Problems of Legal Philosophy*, 24 (Oslo 1957).

amaç ve niyet açısından doğru olacaktır. Bu haliyle o, sosyolojik bağlamda yorumlanmalıdır. İngiliz hukuku sosyal kontrolün bir aracıdır ve onun topluma uygunluğu mahkemede olduğu gibi dava vekilinin zihninde de daima var olan bir unsurdur. Diğer yanda İslâm'da hukuk, toplumun hizmetinde değil, toplum için en iyisini bilen 'Tanrı'nın hizmetinde kullanılan bir araç olarak algılanmaktadır. İslâm hukuku İlahi iradenin emirlerini tasvir eder ve kişinin yaratıcısına ibadet edebileceği ideal yol olarak algılanır. O, ibadet şekillerinden komşuluk ilişkilerine, ortaklığa ve adam öldürmeye kadar düşünülebilecek her insan fiilini kuşatıcı bir hukuktur. Bu hukukun kaynakları, Kur'an, Peygamberin sünneti, toplumun ve bilginlerin icması ve *keyyas* olarak bilinen çıkarım yöntemleridir. Bu makalenin temel ilgisi olan *keyyas* aracılığıyla, hukuk ilk üç kaynaktan çıkarılır. Bu kaynakların emrettikleri, bütün Müslümanları yöneten hukuku oluşturur. En azından teoride, değişen sosyal realite hukuki akıl yürütme süreci üzerinde hiçbir biçimde etkiye sahip değildir. Bu dini kaynaklar, belli bir insani gereksinimin korunmasını emrettiği zaman ancak, hukuk bu gereksinimi ve ona benzeyenlere (analogous) izin vermektedir. Yeni şartlar ve durumlar nedeniyle bu gereksinim değiştiğinde İslâm hukukçusu her şeye hakim kaynaklar karşısında çaresizdir. Örneğin, açık bir metinsel emre dayalı olan bir kuralı değiştirip sonra da bu kuralı İslâmî olarak nitelemeye devam edemez. İslâm hukuku, Müslümanlar tarafından yapılmış bir hukuk değildir. Beşeri akıl, hukuk yapamaz; o sadece kendisiyle hukukun keşfedildiği bir araç olarak fonksiyon icra eder. Böylece, sosyal ihtiyaçlara organik olarak bağlı olmak yerine, İslâm hukuku ilahi irade ve otoritede, bu otoritenin sosyal realiteyi dikkate alıp almadığına bakılmaksızın temellenmiştir.

İngiliz hukukunda hukuki akıl yürütme, sonuçla ilişkili olan ama tamamen öncüllerde içkin olmayan olgular ve normlarla bağlı olma noktasında İslâmî benzerinden ayrılır. İngiliz hukukunda akıl yürütme, norm tümüyle verili, kurulu kurallardan (öncüllerden) çıkmamasına rağmen, bu hukuki normun (sonuç) geçerliliğini tanır. Bu bir tür, gevşek usulün İngiliz hukukunda ısrarla vurgulanmasının da değişime açık ve esnek bir hukuk yaratma amacı güttüğü kabul edilir. Diğer yanda İslâm hukukunda hukuk bilgini, yalnızca dini kaynaklar tarafından belirlenmiş öncüllerle bağımlıdır ve öncüllerde belirli bir

muğlaklık veya belirli maddi olguları dahil etme ya da hariçte tutmaya izin vermedikçe öncüllerden çıkarılan hiçbir şey, sonuca eklenemez ya da eklenmemelidir.

İngiliz hukukçuları mantığı, kişinin verili öncüllerden çıkarılan bir sonucun şartlarını kendisiyle keşfetmeyi amaçladığı bir organ olarak değerlendirirler. Diğer bir ifadeyle mantığın, çıkarıldığı öncüllerle ilişkisi dahilinde sonucun geçerliliğiyle ilgilendiği kabul edilir. Hukuki öncüllerin doğruluğu ve geçerliliği ile olduğu kadar, onların değişen şartlara uygunluğu ile de ilgili olan İngiliz hukukçuları daima hukukta formel mantığın fazla kullanımına engel olmaya çalışmışlardır. Belli bir düzeye kadar Müslüman hukukçular mantık konusunda kendi çekincelerini ifade etmiş olsalar da, mantığın hukuk üzerindeki etkisine direnişte daha az başarılı olmuşlardır.

III. İNGİLİZ HUKUKU ve İSLAM HUKUKUNDA KULLANILAN ARGÜMAN TÜRLERİ

A. Tümdengelîm (Dedüksiyon)

Kabul edildiği üzere, her iki hukuk sistemi, özellikle genel ilkeler ve kurallar ortaya koyarken tümdengelmisel/dedüktif mantığı kullanırlar.⁸ Yargıç bir çözüme gereksinim duyan olayı genel bir ilke altına yerleştirir ve genel hukuki ilkeyi o özel olaya uygular. Böyle bir etkinlik, pür dedüktif olmasına rağmen, kişinin onu uygulamak için tamamen mantığa aşına olmasına gerek duyurmayacak kadar sezgisel görünmektedir. Örneğin, Kur'an'da sarhoş edici şeyler yasaklandığı zaman, viski, votka ve benzerlerinin de bu hükümle yasaklandığı sonucuna ulaşmak basit bir analizi gerektirir. Benzer biçimde, “deniz avı ve onu yemek size helal kılındı...” (V:96) ayetinden denizde yaşayan balık, kabuklu hayvanlar ve diğer hayvanlardan beslenmenin caiz olduğunu

⁸ O. C. Jensen, *The Nature of Legal Argument* 25 (1957); R. Cross, *Precedent in English Law* (3. Ed. Oxford 1977); Ebû Hâmid el-Gazâlî, *Mîyârü'l-İlm fi Fenni'l-Mantık*, 154 (H. Sharara ed. Beyrut 1966); İbnü'l-Hâcib, *Mubtasarü'l-Münteha'l-Usulî*, 9-16 (Kahire 1326 H.); Abdurrahman, *La Place du Syllogisme Juridique dans la Methode Exegetique chez Gazali*, LE RAISONNEMENT JURIDIQUE, 185-94 (H. Hubien ed. Bruxelles 1971). Aynı zamanda bakınız aşağıdaki dipnot 43 (bazı *keyyas* argümanlarının dedüktif karakteri konusunda).

çıkarmak için sağduyu yeterlidir. Yargıç Cardozo, Anayasa ya da bir yasa, olaya uygun bir kural sunuyorsa, “yargıcın daha ileri gitmeyeceğini” iddia etmiştir.⁹ İslâm hukuk teorisi ve hukuk bilimi çalışmalarında, hukuki akıl yürütmede dedüktif mantığın rolü oldukça az tartışılmıştır. Belki de bu yüzden, Müslüman hukuk bilginleri, dedüktif-hukuki etkinliklerde oldukça az zihni çabanın yer aldığını düşünmüşlerdir. Onlara göre bu, basit bir kapsam (*subsumtion*) sorunudur. Ancak, dedüksiyonun kullanıldığı olaylarda yargıcın rolü hala önemlidir. Bir karara ulaşmak için, yargıç öncelikle uygun yasanın kesin anlamını belirleme gibi zor bir görevi üstlenir ve daha sonra pür hukuki bakış açısından onun yeni olaya uygulanabilirliğini belirler.

Muhtemelen, modern formel mantığın etkisinin bir sonucu olarak, İngiliz hukukçuları ve aynı şekilde diğer Batılı hukuk teorisyenleri dedüktif mantığın hukuka uygunluğunu tartışmada Müslüman meslektaşlarını geçmişlerdir. Batılı hukukçular konuyu bir ölçüde başarısız olarak ele almış olsalar da, bu konu düzenli bir biçimde İslâm’da¹⁰ ele alınmamıştır. ‘A, X suçunu işlemiştir ve bu yüzden Y cezasına çarptırılmalıdır’ hükmü, büyük öncülü bir yasa ve küçük öncülü ise, A hakkındaki olaylar toplamını içeren tasımın bir sonucu olabilir. Bu sonuç kesinlikle klasik tasımdaki, “Her insan ölümlüdür; Sokrat insandır; bu yüzden Sokrat ölümlüdür” sonucundan farklılık arz eder. Sonraki sonuç, olgusal bir ifade iken, ilkinin olgusalılığı, yerine getirilmesi gereken bir takım şartlara bağlıdır. Hukuki ve hukuki olmayan tasım arasındaki böyle bir ayırımın bazı İngiliz hukuku hukukçularını rahatsız ettiği görülmez. Örneğin, Sir Rupert Cross şu değerlendirmede bulunmuştur, “bu ayırım için kesinlikle (bir) istisna (allowance) getirilmelidir, fakat her birini tündengelsel akıl yürütmenin bir örneği olarak görmemizi haklı kılacak oranda bu ikisinin sonuç elde etme yöntemi arasında yeterli benzerliğin varlığı söz konusu olabilir”.¹¹ Hukuki dedüksiyonda olgusal olmayan ya da normatif olan ifadelerin kabulü, normlar mantığının henüz çözümlenemediği gerçeğinin neticesidir.¹²

⁹ B. Cardozo, *The Nature of The Judicial Process*, 14 (1964).

¹⁰ Bu problemi tartışan birkaç hukuk bilgininden ikisi, Ebû Hâmid el-Gazâlî ve Takıyyüddin İbn Teymiyyedir. Bkz. yukarıdaki dipnot 8 ve aşağıdaki dipnotlar 37 ve 48.

¹¹ R. Cross, yukarıdaki dipnot 8, 178’de.

¹² Guest, yukarıdaki dipnot 4, 185’de; Summers, *Logic in the Law*, 72 MIND 257 (1963).

Tümdengelsel hukuki akıl yürütmede bu ve diğer problemlerin¹³ pratik bir çözümünün bulunmaması, İngiliz hukukçularının bunlar üzerinde daha ayrıntılı durmalarına engel olmuştur. Tümdengelim, genel hukuki ilkelerin olguyu ilgilendiren meselelere uygulanmasında asla yegane yöntem değildir, ancak en merkezi olanıdır. Bütün zorluklarına rağmen, her iki hukuk sistemi dedüksiyonu hukuki akıl yürütmenin vazgeçilmez aracı olarak görürler.

Tasımlara ilaveten, Müslüman ve İngiliz hukuku hukukçuları tümdengelim formunu alan diğer argümanları da kullanırlar. İlki, sıklıkla bir olayda belirli bir varsayımda bulunarak ve daha sonra bu varsayımın kurulu bir hukuk normuyla çeliştiğini kanıtlayarak herhangi bir mesele hakkında sonuca ulaşmak için genellikle kullanılan *reductio ad absurdum* dur.¹⁴ Örneğin yargıç, X'in yasanın gerçekleştirmesi *gereken* bir amacı olduğunu ileri sürer; ancak Y, X'in gerçekleşmesini engeller ya da engelleyebilir; Y'yi yasal olarak değerlendirmek X'in gerçekleşmesini önleyecektir; bu yüzden Y yasa tarafından engellenmelidir. Bu argümanın bir diğer örneği ise şudur: X yasanın gerçekleştirmek zorunda olduğu bir gayedir; Y'nin yasal kabul edilmesi X'in gerçekleşmesini engelleyecektir; bu yüzden Y yasal kabul edilmemelidir. Bu argüman her iki hukuk sisteminde de bulunur.¹⁵ Aynı zamanda çok yaygın olanlardan biri de, belirli bir durumu düzenleyen yasanın daha açık bir duruma uygulanmasını sağlayan *a fortiori*/evleviyet argümanıdır. Bunun iki türü bulunur: *a minori ad maius*¹⁶ ve *a majori ad minus*¹⁷ İlk türünün örneği, “sakın onlara (yani aileye)

¹³ Aulis Aarnio'yu izleyen Carl Wellman hukuki ve aynı zamanda moral dedüktif akıl yürütmede ortaya çıkan sekiz problemi kısaca analiz etmiştir. Bkz. C. Wellman, yukarıdaki dipnot 7, 193-98'de.

¹⁴ Ç.n. Bir şeyin mantıksızlığını ispat; aksinin yalan olduğunu ispat yoluyla bir fikrin doğruluğunu gösterme; saçmaya irca: mantiki sonucunun saçmalığını göstererek bir öncülün yanlışlığını ispat yöntemi.

¹⁵ M. Golding, *Legal Reasoning*, 55-60 (1984). Müslüman hukuk bilginleri bu argümanı *kyasül-aks* mantıkçılar ise *kyasü'l-hulf* olarak isimlendirirler. Bkz. Seyfüddin Âmidî, III *el-İhkâm fi Usûli'l-Abkâm*, 3 (Kahire 1968); Ebû Hâmid Gazali, yukarıdaki dipnot 8, 118-19'da; İbnü'l-Hâcib, yukarıdaki dipnot 8, 15'de; İbn Ebi's-Salt ed-Dani, *Takvimu'z-Zibn*, 48 (C. G. Palencia ed. Madrid 1915). Bu argümanın uygulanması da *makâsüd* ya da (*makâsüd*) eş-Şer' (hukukun amaçları) genel prensibinin formülasyonunda belirgindir. Bkz. örneğin, Ebu İshak eş-Şâtibî, II *el-Muwâjakât fi Usûli'l-Abkâm*, 127-28 (Kahire 1970); Seyfüddin el-Âmidî, III *el-İhkâm fi Usûli'l-Abkâm*, 71-76 (Kahire 1968); Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, *İrşâdii'l-Fühûl ilâ Tabkiki'l-Hak min İlmi'l-Usul*, 214 (Kahire 1909).

¹⁶ ç.n. küçükten büyüğe düşünme şekli

‘öf deme, onları azarlama. Onlara güzel söz söyle’,¹⁸ Kur’anî emrinden aileye kötü davranmanın ve dövmenin yasaklandığının çıkarılmasıdır. Burada hukuki hüküm, sınırlı bir fiilden daha genel olana taşınır. İkinci tür sürecin tersine çevrilmesini gerektirir; yani genelden özele. Örneğin, çok oranda şarap tüketimini yasaklayan kuraldan, bir damla bile olsa şarap içiminin yasak olduğu kuralı çıkarılmıştır.¹⁹

İslâm hukuku ve İngiliz hukuku geleneklerinde hukukun mahiyeti ve kaynakları, hukuki kavramların yalnızca formel argümanlar aracılığıyla çözümlenmesini güçleştirir. Her iki hukuk sisteminden hukukçular, hukuki akıl yürütmede kullanılan dedüksiyonu birkaç argümandan yalnızca biri olarak kabul etmişlerdir.²⁰ Aslında, tümel veya genel ilkelerin yokluğu, katı formel argümanların ikincil, genellikle önemsenmeyen, bir konuma indirilmesinde önde gelen etken olmuştur. Yasa koyucunun İngiliz hukuku üzerindeki artan müdahalesine rağmen, mahkeme kararlarına dayanan hukuk (*case law*), İngiliz hukuk sisteminin hala büyük bölümünü oluşturur. Benzer biçimde İslâm hukuku, iki asıl kaynak olan Kur’an ve Sünnetin maddi yapısından ortaya çıkan bir sonuç olan genel ilkelerden çok bireysel olgularla ilgisi ile karakterize edilir. Kur’an, Muhammed’e parça parça peygamberliği dönemindeki belirli ihtiyaçları karşılamak ve cevaplandırmak amacıyla vahy edilmiştir. Aynı şekilde Peygamberin sözleri ve fiillerinin aktarıldığı bir koleksiyon olarak Sünnet, daha sonraki benzer ihtiyaçları karşılamak için gelmiştir. Bu iki kaynağın ayrıncı nitelikte spesifik meselelerle ilgilenmeleri ve tam manasıyla ifade edilecek olursa, nispeten az dar anlamda hukuki ilke içermeleridir. Bu yüzden, geniş anlamda İslâm hukukunun da İngiliz hukuku gibi mahkeme kararlarına dayanan bir

¹⁷ ç.n. büyükten küçüğe düşünme şekli

¹⁸ İsrâ, 23.

¹⁹ Sonraki dönem Müslüman bilginleri *a fortiori* argümanına *bi'l-abrâ* olarak sıklıkla başvururlar. İslâm hukuk biliminin “baş mimarı” Şafî bunu *keyas* genel terimi ile kullanır. Bkz. *Risale, Islamic Jurisprudence* 307-08 (M. Khadduri çev. 1961) (Khadduri’nin *keyası* daima analogi olarak tercüme ettiğine dikkat çekilmelidir); İbn Habib el-Maverdî, *I Edebül-Kadî*, 587-92 (Bağdat 1971); İmamü’l-Harameyn el-Cüveynî, *el-Varakât*, (Celalettin el-Mahallî’nin şerhiyle birlikte, Şevkânî’nin hamisinde basılmıştır, yukarıdaki dipnot 14, 199-200’de) (Kahire 1909).

²⁰ C. Wellman, yukarıdaki dipnot 7, 193’de. Bkz. Ebû Hâmid el-Gazâlî tarafından tartışılan argüman türleri için, yukarıdaki dipnot 8, 102-37’de.

hukuk (*case law*) olduğu açıktır. Bu gerçek, *genel emsal hukukuna (common case law)* ve İslâm hukukuna en iyi uyan ve hizmet eden argüman ve mantık türünü belirler.

B. Hukuki Analoji

Her iki sistemde en yaygın biçimde kullanılan argümanlardan biri ve hukukun ihtiyaçlarına en çok cevap vereni olan, hukuki analogi olarak bilinen, parçadan parçaya ya da olaydan olaya doğru yapılan akıl yürütmedir.²¹ Akıl yürütmenin temel gidişatı, yargıç tarafından maddi bir benzerlik olarak değerlendirilen bir benzerlik nedeniyle hukuki hükmü bir olaydan diğerine uzatmaktır. Bu argümanın formu şöyledir:

A; X, Y.... özelliklerine sahiptir.

B; X, Y... özelliklerine sahiptir.

A'nın hükmü J'dir.

X, Y... J'ye sebep olacak uygun özelliklerdir.

O halde, B'nin hükmü J olmalıdır.

Böyle bir argüman ciddi sorunlar doğurur. Mantıkçıya göre bu argüman, çok titizce görülüyor olsa bile en iyi ihtimalle yetersizdir. Müslüman mantıkçılar ve filozoflar bu argümanı farazi olduğu ve salt *zanni* bilgiye ulaştırdığı için reddetmişlerdir. Müslüman ve İngiliz hukuku hukukçularının, onun kusurlarını ortaya koyarken, onu kabul etmekten başka seçenekleri yoktur. Şüphesiz, böyle bir argümanın doğasının empoze ettiği sınırlar içerisinde, onun azami gücünü ortaya koymak niyetiyle, destekleyici argümanlarla onu güçlendirmeye çalışmışlardır. Karşı karşıya kalınan can alıcı sorun, bir olayın hükmünün bir diğerine geçişini meşru kılan benzerlik unsurunu belirlemektir. Çünkü, sonucun geçerliliğini belirleyen unsur budur.²² Bu değerlendirmeler ışığında, İslâm hukuku ve İngiliz hukukunda analogideki ortak unsura nasıl karar verildiği, belki

²¹ Seyfüddin Âmidî, yukarıdaki dipnot 14, 3-10'da; L. Carter, *Reason in Law*, 12 (1984); E. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, 1-2 (1949).

²² Alman bilgin Ulrich Klug analogik argümanın kullanımındaki zorluğun, gerekli (essential) ve gereksiz (unessential) yönleri arasındaki ayrımın belirsizliğinde yattığına haklı olarak işaret etmiştir. Bkz. J. Horowitz, *Law and Logic*, 32 (1972).

de yalnızca her iki sistemdeki hukuki akıl yürütmenin değil, fakat aynı zamanda onların fonksiyon ve amacında en açıklayıcı farklılaşmasıdır.

“Kararın temeli veya nedeni” veya “bir olayda hükmü belirleyen nokta”²³, ya da Müslüman hukuk bilgininin belirteceği üzere “hükme götüren”²⁴ *ratio decidendi* ve İslâmi *illet* (aslın hükmünün yeni olaya geçişini meşru kılan uygun benzerlik) İngiliz hukuku ve İslâm hukukunda en aldatici (illusive) doktrinler olarak kalmıştır. Britanya ve Birleşik Devletlerde bu doktrin, bu yüzyılın başından bu yana, bir çok uzmanın büyük ilgisini çekmiştir; o, İslâm’da da birkaç yüzyıl boyunca hukuk-bilimsel teorilerin büyük kısımlarını işgal etmiştir. Bir olayın *ratiosunu* bulma kurallarını tanımlama girişimi Profesör Goodhart tarafından 1930’da yapılmıştır. O, *rationun* ne yargıcın görüşünde verilen nedenlerde bulunacağını, ne de bu görüşte ortaya konmuş olan hukuk kuralında yer alacağını ileri sürmüştür. Ne de bir vakıanın belirlenebilir tüm olgularının ve yargıcın kararının düşünülmesi ile zorunlu olarak bulunacaktır. Tersine Goodhart *ratio’nun*,

1. Yargıç tarafından maddi olarak değerlendirilen olguların ve

2. ve bu olgular üzerine bina edilen yargıç kararının dikkate alınmasıyla bulunabileceğini ileri sürmüştür. *Ratio’yu* bulmada, hangi olguların yargıç tarafından maddi kabul edildiğini tespit etmekte zorunludur.²⁵ Diğer bir ifadeyle, Goodhart önceki kararda belirlenmiş maddi olguların yargıç tarafından dikkate alınmasının bir sonucu olarak, sonraki mahkemenin uygulanabilir saydığı örnek uygulama/emsal ve onun kuralı ile bağlı olduğunu öne sürer.

Modern Law Review’de *ratio decidendi* konusunda uzun polemiklerden sonra,²⁶ Profesör Julius Stone, Goodhart’ın *ratio decidendi’yi* belirlemek için, tasvir edici

²³ Black’s Law Dictionary 1135 (5. Baskı 1979). Aynı zamanda bkz. R. Cross, yukarıdaki dipnot 8, 76-79’da (herhangi bir hukuk kuralının açıkça ya da zımnen yargıç tarafından hükme ulaşımda kullanılmasını zorunlu bir adım olarak kabul eder ve bir olaydaki *ratio decidendi’yi* belirleme araçlarını konu edinir.)

²⁴ Bkz. örneğin, Ebu Hüseyin el-Basrî, II, *el-Mu’temed fi Usuli’l-Fıkıh*, 704-05 (Damascus 1964-65); Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, yukarıdaki dipnot 14, 207’de.

²⁵ Goodhart, *Determining The Ratio Decidendi of a Case*, 40 Yale L. J. 161 (1930). Bu makalenin bir özeti, Goodhart’ın, *The Ratio Decidendi of a Case*’inde bulunabilir, 22 Mod. L. Rev. 117 (1959).

²⁶ Makalelerden bazıları şunları içerir: Goodhart, *The Ratio Decidendi of a Case*, 22 Mod. L. Rev. 117 (1959); Montrose, *The Ratio Decidendi of a Case*, 20 Mod. L. Rev. 587 (1957); Montrose, *The Ratio Decidendi and The House of Lords*, 20 Mod. L. Rev. 124 (1957);

(descriptive) bir izahattan çok, yargısal bir teori ortaya koymaya çalıştığını ileri sürmüştür.²⁷ Stone bunu kabul edilemez bulur. O, her bir emsal kararda örtülü (implicit) bir çok *ratio decidendi* bulunduğunu ve yeni olayda hakim olması gereken emsaldeki “uygun genelleme düzeyini” belirleme yetkisinin mevcut şartlar altında (örneğin, kamu politikası, ahlak, adalet) yargıçta olduğunu savunmuştur.²⁸ Sonraki mahkemenin kararını belirlemesi gereken ilk olayın maddi olguları değildir, aksine, “ilk olay tarafından sunulan olasılıklar arasında sonraki mahkemenin seçim yapmasını” gerektiren “önceki kararın sonraki olayla analogik bağlantısıdır”.²⁹ “Sosyolojik hukuk bilimi okulu” olarak isimlendirilebilecek olan ekolü temsilen Stone, sonraki mahkemenin sorun olan olaya uygulanabilecek *ratio*’nun ne olduğu konusunda son söz sahibi olduğunu ısrarla ileri sürmüştür.³⁰

Kısaca, emsalden (precedent case) çıkan bir “kural” ya da “ilke”, benzerlikler (analogies) ve farklılıklar (differences) ışığında tekrar kullanıldığında sürekli bir incelemeye tabidir, fakat bu, sadece olgu koşulları arasındaki mantıksal ilişkilerde ve bunlardan çıkan sorunlarda değil; ancak aynı zamanda, “siyaset”, “etik”, “adalet” “politika” veya hukukun kendisine hizmet ettiği düşünülen diğer arzu edilir normlara dayanarak, daha sonraki mahkemece oldukça kabul edilebilir bir sonuç doğurduğu düşünülen bu benzerlikler ve farklılıkların delaleti (import) ışığında da incelenmelidir. *Stare decises*³¹ kuralının mahkemeleri ve özellikle temyiz mahkemelerini karşı karşıya bıraktığı alternatiflerle sonuçta uygulanan şey kaçınılmaz bir mantık değil de hukuki önermeler arasında görülen ilişkilerin olgu ve sonuçlara dair gözlemin ve bu sonuçların kabul edilebilirliğiyle ilgili değer yargılarının bir bileşimidir. Ve bu yüzden nihai olarak onların çalışmalarının ürününü hikmetten daha az

Simpson, *The Ratio Decidendi of a Case*, 20 Mod. L. Rev. 413 (1957); Simpson, *The Ratio Decidendi of a Case*, 21 Mod. L. Rev. 155 (1958).

²⁷ Stone, *The Ratio of the Ratio Decidendi*, 22 Mod. L. Rev. 597 (1959); Bu makalenin ana tezinin yararlı bir özeti için bkz. J. Farrar, *Introduction to Legal Method*, 69-71 (1977).

²⁸ Stone, yukarıdaki dipnot 24, 618’de.

²⁹ Aynı eser, 604-05’de.

³⁰ Aynı eser, 618’de.

³¹ ç.n. mahkeme kararlarının daha sonra gelen olaylarda emsal teşkil etmelerini öngören ilke.

kompleks her hangi bir nitelik bağlamında değerlendiremeyeceğimiz düşünülebilir.³²

Böylece Yargıç Holmes'un ifadesiyle, *ratio*'yu belirlemede mekanik ya da belirlenmiş mantıksal kurallar bütünü değil, "bilgelik/hikmet" veya "aklı selim" kullanılmalıdır.³³ Anglo-Amerikan hukuk geleneğinde bir olayın *ratiosuna* karar verilebilecek yöntemleri "belirlemek" için ciddi girişimlerin azlığı İngiliz hukukçularının daima tanımlanmış ve katı kurallar bütününe olan ilgisizliğinin açık bir kanıtıdır.³⁴

Diğer yandan, hukuklarının dini karakterinin kesin bilincinde olan İslâm hukukçuları, "uygun" çözümler bulmaya çalıştıkları yeni olayların gereksinimlerinden çok, hukuk kaynaklarının emirlerini vurgularlar. Tanrı iradesini, sadece insan yaşamının ideal yol göstericileri olarak değil de, aynı zamanda insanlığa son vahiy olarak kabul edilen, Kur'an ve sünnette açıklamıştır. Böylece, yeni bir olayı hükme bağlama söz konusu olduğunda, Müslüman hukuk bilgini bu iki kaynağın tabiatı tarafından belirlenen iki düzeyde hareket edebilir. İlk düzeyde, hukuk bilgini açık nass ve emirlerle bağımlıdır. Yeni olayda hükmü belirleyen orijinal metindeki salt açık *ratio*dur; yani örnek uygulamadır/emsaldır. Güncel gereksinimler ışığında olaya hüküm vermek için oldukça az müsamaha gösterilir. Ancak, ikinci düzeyde, hukuk bilginine sınırlı da olsa, metinsel örnek uygulamaların kapalı (ambiguous) doğası

³² Aynı yer.

³³ Aynı eser, 619'da.

³⁴ Hukukun esnekliği konusunda artan ilgi Lordlar Kamarasında örnek uygulamanın (precedent) etkisinde belirli değişimler meydana getirmiştir. Temyiz mahkemesini (Lords of Appeal) temsil eden Lordlar Kamarası başkanı Lord Gardiner 1966'da şunları deklare etmiştir:

Efendiler, örnek uygulamanın (precedent) kullanımını yasanın ve onun bireysel olaylara uygulanmasının belirleneceği vazgeçilmez bir temel olarak değerlendirin. Bu en azından bir ölçüye kadar, bireylerin kendi işlerini gerçekleştirmekte ve aynı zamanda hukuki kuralların düzenle (orderly) gelişimi için bir esas olarak dayanabilecekleri bir kesinlik sunar.

Efendiler, bununla beraber örnek uygulamaya (precedent) çok katı bir bağlılık özel bir olayda adaletsizliğe ve aynı zamanda hukukun uygun gelişimini aşırı derecede sınırlandırmaya da yol açabileceğine dikkat edin. Bu yüzden onlar varolan uygulamayı modifiye etmeyi ve Kamaranın (House) eski kararını normal olarak bağlayıcı kabul ederken, bunun doğruluğuna inanırlarsa eski karardan ayrılmayı önerirler.

nedeniyle yeni olayın hükmünü vermede belirli bir yorumlama özgürlüğü tanınmıştır.

Bu makale, *illeti* belirlemede rol oynayan linguistik prensiplerle ilgili değildir; daha çok bu amaç için kullanılan mantıksal ve belki de yarı-mantıksal araçlar üzerinde odaklanır. *İleti* bulmak ve kurmak için ileri sürülen ilk şart, *illetin* tesiridir (efficiency), yani, onun hükümlerle olan nedensel (casual) ilişkisidir. *İleti* oluşturan özellik veya özellikler bir hükmü ortaya çıkarmalıdır. *İllete* etkisiz (inefficient) bir özelliği eklemek şüphesiz, bu *illeti* bozacaktır. Örneğin, sarhoş edicilik şarap tüketimini yasaklama hükmünü gerektiren etkin bir özelliktir. Kırmızı şarabın yasaklanması hükmüne etki eden sarhoş edicilikle birlikte kırmızılık özelliğini de var kabul etsek, herhangi bir sarhoş edicinin yasaklanması hükmünde de kırmızılık özelliği sarhoş edicilikle birlikte sürekli var olması gerekmektedir. Aksi takdirde, yeni bir olaya uygulanan *illet*, örneğin beyaz şarapta olmaması nedeniyle kırmızılık özelliği *illet* etkisiz (inefficient) olduğu için geçersiz olurken, aynı yasaklama hükmü geçerli kalır. *İletin* bir kısmı kırmızı şarap olayı dışında bir etkinliğe sahip olmadığı için, bir bütün olarak *illet* geçersiz olur.³⁵

İkinci yöntem, *illetin* kaplamadaşlık (coextensiveness) (*illet* bulunduğunda hüküm bulunur) ve eşdışlayıcılığdır (coexclusiveness) (*illet* bulunmadığında hüküm bulunmaz).³⁶ Etkinlik gibi bu yöntem de, hüküm ve onun *illeti* arasındaki nedensel ilişkiyi vurgulamaya çalışır. Geçerli bir nedensel ilişkide, nedenin ve onun etkisinin bir arada varolması (coexistence) ve biri yok iken diğersinin de yok olması gereklidir. Aynı zamanda bu yöntem ilave, gereksiz bir *illetin* dışlanması da (exclusion) temin eder. Eğer farklı iki *illetin* hükmü çıkardığı öne sürülüyorsa, *illetin* birinin yokluğunda hükmün de aynı anda yok olması düşünülemez.³⁷

Bu yöntemlerle birlikte Müslüman hukuk bilginleri “birleşik farklılık ve uygunluk yöntemi” olarak isimlendirilebilecek olan üçüncü bir teoriyi

³⁵ Ebu Hüseyin el-Basrî, yukarıdaki dipnot 21, 789-90'da.

³⁶ Ali Sami Neşşar, *Menâhicü'l-Babs inde Müfekkiri'l-İslâm*, 111 (Kahire 1966).

³⁷ Aynı eser, 112'de.

kullanırlar.³⁸ Farklılık yöntemiyle, örneğin, A, B, C..., gibi bir takım özelliklerin emsaldeki *illet* ile yeni olaydaki *illet* arasındaki tek farkı oluşturduğu gösterilmiştir. Böylece bu özelliklerin hükmün çıkarılmasında yetersiz (inefficient) ve alakasız olduğu kanıtlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, böyle bir analogi önce X ve Y *illetleri* arasındaki farklılıklar bütününe A, B, C.... olduğunu varsayar. İkinci varsayım, A, B, C'nin, J hükmüne ilişkin hiç bir ağırlığının olmadığıdır. Çünkü X ve Y, A, B, C dışında aynıdır. J ise hükümdür.

Farklılık yönteminin bir ön koşulu olarak, uygunluk yöntemi kullanılmalıdır. Bu yöntemle, X ve Y arasındaki benzerlik bulunur. Daha sonra emsalin hükmü yeni olaya geçer.³⁹ Farklılık ve uygunluk yöntemi yalnızca mantıkçıların ayırık ve bileşik tasım olarak adlandırdıkları şeylerin kullanımıyla uygulanabilir. Analogi yoluyla akıl yürütme sürecinin şematik ifadesi şöyledir:

P; A, B, C, D, E, F, özelliklerine sahiptir.

Q; A, B, C, D, E, özelliklerine sahiptir.

P'nin hükmü J'dir.

F, Q'nun bir özelliği değildir.

A, B ve C uygun/münasip benzerlikler değildir.

D ve E uygun/münasip benzerliklerdir ve J için etkilidir.

J varken, D ve E var olur, J yokken yok olurlar.

O halde, Q'nun hükmü J'dir (ya da olmalıdır).

Bir olayın hükmünün bir diğerine geçirilmesinin geçerliliğini belirleyen, münasip benzerliğin kurulması yönünde harcanan çaba, formel mantık ve hukukun gerçek gereksinimleri arasındaki çelişki (*conflict*) ışığında değerlendirilmelidir. Batılı ve Müslüman hukukçular, analogiyle ulaşılan sonuçların doğurduğu başa çıkılmaz güçlüklerin farkına varmışlardır. Batı'da bazı idealistler analogiyle ulaşılan bir sonucun yalnızca *modus barbara*'dan (öncüller ve sonucun tümel-olumlu olduğu mantıki kıyas) sonra geçerli olabileceğini söylemeye kadar gitmişlerdir.⁴⁰ Müslüman mantıkçı Farabi de,

³⁸ Bu Mill'in uygunluk ve farklılık yöntemini hatırlatır. Bkz. E. Nagel, *John Stuart Mill's Philosophy of Scientific Method*, 211 (1974).

³⁹ Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, yukarıdaki dipnot 21, 213-14, 219, 220-22'de.

⁴⁰ Simitis'deki tartışmaya bkz., yukarıdaki dipnot 4, 70'de; Ebu Nasr el-Farabi, *Kitâbü'l-Kıyas es-Sağır*, 6 Revue De La Facultes Des Langues, D'Histoire, Et De Geographie De

analojinin geçerli olabilmesi için şu tasımsal formuna dönüştürülmesinin gerektiğini öne sürmüştür: Bütün S'ler X'tir; bütün A'lar S'dir; o halde bütün A'lar X'dir. Geçerli bir analogi tasımsal çıkarıma yol açtığı için bunun böyle olduğunda ısrar etmiştir. Ve bir tasım işlevi görmediğinde analogi geçerli olamaz.⁴¹ Ancak, hukuki önermelerin kesin olmayan doğası ve hukukun gerçek talepleri hukuk bilginlerinin bu tür argümanları bırakın benimsemelerini, kabul etmelerini bile engeller. Gerçek hayatta, iki olayın bütün yönleri arasında kesin olarak tam bir benzerliği belirlemek oldukça nadirdir. Böylece, bir analogiyi katı tasıma dönüştürmek, hem asıl/emsal olaydaki hem de yeni olaydaki olguların desteklenemeyecek uydurma bir bağ kurmak anlamına gelecektir.

Müslüman ve İngiliz hukukçularının başvurdukları diğer bir argüman ise, *argumentum e contrario*'dur (ç.n. zıt kavram; mefhûm-i muhâlif).⁴² Analogide iki olay, hükmün asıl/emsalden yeni olaya geçişini meşru kılan bir benzerliğe sahiptirler. *Argumentum e contrario*'da böyle bir bağın yokluğu ve iki olayın taban tabana zıtlığı sonuç ortaya çıkarmaktadır.⁴³ Bu argüman iki formdan birini alır. İlki, "S, P'dir; o halde S olmayan P değildir." Bunun örneği şöyle olabilir: özel kişiliklere birden çok yasal ikamete izin veren kuraldan, tüzel kişilikler için birden çok yasal ikamete izin verilmediği çıkarılır.⁴⁴ İkinci formu, sıklıkla İslâm hukukunda analogiden sonra⁴⁵ en önemli argüman olduğu iddia edilen, argümandır ki bu, çok iyi bilinen evcil hayvanların temizliği –ya da pis oluşu- hakkındaki örnekle en güzel biçimde örneklendirilebilir. Köpeklerin pis

L'Université D'Ankara 266-68'de (1958); *Al-Farabi's Short Commentary on Aristotle's Prior Analytics*, 93-98 (N. Rescher çev. 1963).

⁴¹ Ebu Nasr el-Farabi, yukarıdaki dipnot 36, 267-68'de; *Farabi's Short Commentary*, yukarıdaki dipnot 36, 95'de. Aynı zamanda bkz., Ebû Hâmid Gazali, yukarıdaki dipnot 8, 123-25'de; Ebû Hâmid Gazali, *Mibekkü'n-Nazar*, 31 (Kahire---). Ulrich Klug da, geçerli bir analogide herhangi bir tasımda olduğu gibi küçük öncülün büyük öncül altında sınıflanacağını ileri sürer. Horovitz, analogik çıkarımın sonuç olarak tasıma dönüştüğünü ve onun kendine özgü özel mantıksal yapısının olmadığını kabul eder ve ileri sürer. Bkz., J. Horovitz, yukarıdaki dipnot, 19, 33'de.

⁴² Seyfüddin Âmidî, yukarıdaki dipnot 14, 3'de; J. Farrar, yukarıdaki dipnot 24, 50-51'de; J. Horovitz, yukarıdaki dipnot 19, 44'de.

⁴³ Ebu Hüseyin el-Basrî, yukarıdaki dipnot 21, 698-99'da; Ebu Hüseyin el-Basrî, *Kitâbü'l-Kıyas eş-Şer'i, Mutemed* ile birlikte basım, 1031-32.

⁴⁴ J. Horovitz, yukarıdaki dipnot 19, 44'de.

⁴⁵ Ebu Hüseyin el-Basrî, yukarıdaki dipnot 39, 1031-32'de; Seyfüddin Âmidî, yukarıdaki dipnot 14, 3'de.

olduğuna dair kurala, Peygamberin köpeğin bulunduğu bir meskeni ziyareti yasakladığına, fakat ona kedinin bulunduğu bir diğer mekanı ziyareti serbest kıldığına dair nebevi haber temelinde ulaşılmıştır. Ardından Peygamber şöyle demiştir; “kedi pis değildir”. Bu ifade, onun köpek sahibinin mekanını ziyaretten geri durması olgusuyla birleştiginde, köpeklerin pis olduğu sonucuna götürmüştür.⁴⁶

C. Tümevarım

Her iki sistem için ortak olan temel argümanlardan sonuncusu, dedüksiyon veya analoginin tersine, çoğunlukla kendisini diğer argümanlarla ulaşılan sonuçlara dayandırmayan tümevarımdır/indüksiyondur.⁴⁷ Hazır çözümlerin verildiği Kur’an ve sünnetteki birkaç nispi olay haricinde, İslâm hukukunda olaylar çoğunlukla ya olaydan olaya yapılan analogi ya da bir olayın genel bir ilke altına sokulması yoluyla çözümler. Tümevarımda birden çok olay için genel olan bir kural, başka bir olaya bu olay bazı münasip/ilgili (relevant) yönleri açısından

⁴⁶ Ebu Hüseyin el-Basrî, yukarıdaki dipnot 39, 1036’da.

⁴⁷ Guest, yukarıdaki dipnot 4, 188-90’da; Ebû Hâmid el-Gazâlî, yukarıdaki dipnot 37, 62-63’de. Dikkate değerdir ki, Müslüman hukuk teorisyenleri *kıyas* altında sınıflanan argümanlar konusunda her zaman görüş birliğinde değillerdir. Yalnızca, Ebu Nasr el-Farabi, Ebû Hâmid el-Gazâlî ve Takıyyüddin İbn Teymiye gibi bazılarının birkaç çalışmasında bu argümanların oldukça tam bir listesi sunulmuştur. Ancak, hukuk bilginlerinin eserlerindeki *kıyas* tanımlarının derin bir tahlili, bu tanımların bir çok argüman türlerini kapsama konusunda yeterince bir genişliğe sahip olduğunu ortaya koyar. Kıyasın bazı genel tanımları şöyledir: 1. (*hamlu ma'lumin ala ma'lumin fi isbatı hukmin lebuma ev nefyibi anbuma bi emrin camin beynebuma min hukmin ev sıfâ*); 2. (*tahsilu hukmil-asli fil-fer'i liş-tibabihima fi illetil-hukmi*); 3. (*idracü hususin fi umum*). Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, yukarıdaki dipnot 14, 198’de. Aynı zamanda bkz. Ebu Velid el-Bacî, *el-Hudud fi'l-Usul*, 69-70 (N. Hammad ed. 1973). Diğer benzer tanımlar için bkz. F. Kholeif, A Study on Fahrüddin Razi, 151-52 (1966).

Bu tür tanımlar, *kıyasın* kapsayıcılığına (inclusiveness) işaretler. Hukuki akıl yürütme konusunda Abdülcabbar, hukuki kıyas formunun hukuki olmayan kıyastan (*ve tarikatü'l-kıyasi's-şerıyyi la tübâlişü suratübâ surate'l-kıyasi'l-akli*) farklı olacağını belirtir. Gazali de aynı görüşe sahiptir ve bu ikisi arasındaki tek farkın öncüllerde olduğunu ekler. Rasyonel *kıyas* için elverişli olan öncüller hukuki *kıyas* için de elverişlidir ancak hukuki *kıyas* için elverişli bütün öncüller, rasyonel *kıyas* için elverişli değildir.” (*la muhalefete beynebuma fi surâti'l-kıyasi ve innema yetebâleşâni fi'l-madeti, bel ma yeslubu en yekune mukaddimeten fi'l-akliyyati yeslubu fi'l-fıkhiyyati, velâkin kad yeslubu fi'l-fıkhiyyati ma la yeslubu li'l-akliyyati*). Abdülcabbar el-Esedebadi, XVII, *el-Muğni fi ebrâbi't-Tevhid ve'l-Adl*, 280 (Kahire 1963). Bkz. Ebû Hâmid el-Gazâlî, yukarıdaki dipnot, 8, 154’da. Aynı zamanda yazarın şu makalesine bkz., *Non-Analogical Arguments in Sunni Juridical Qiyas*.

benzer ya da özdeş olduğu için uygulanır. Böylece tümevarım, ancak birden çok özdeş olay var olduğunda söz konusu olabilir. Bu argümanın formu şöyledir: A, B, C, D... X karakteristiğine ve J hükmüne sahip olan olaylardır; bütün X karakteristiğine sahip olan olayların hükmü J'dir; S, X karakteristiğine sahiptir; o halde, S'nin hükmü J'dir (ya da olmalıdır). İslâm furû fihhındaki (substantive law) somut indüksiyon örneği faizdir (*ribâ*). Peygamberin, altının altınla, gümüşün gümüşle, hurmanın hurmayla, buğdayın buğdayla ve arpanın arpayla değişimini, aynı oranda ve hemen teslim edilmedikçe yasakladığı söylenmiştir. Bu yasağın *illeti* (örneğin Hanefî ekolde), bunların ölçü ve tartı ile satılan mallar olmasıdır. Bu nedenle, eşit olmayan oranların değişimi yasaklanmıştır.⁴⁸ Bu akıl yürütme yöntemine uygun olarak, bu *illete* sahip olan kuru üzüm gibi tüm malların yukarıda zikredilen şartlar altında değişimi söz konusu ise, yasağa konu olmalıdır.

Bunun üzerine, şu soru gündeme gelir: hukuki akıl yürütmede tümevarımı analojiden ayıran nedir? Bu soruyu haklı kılan şey, yeni olayla önceden çözüme kavuşturulmuş olaylar arasındaki münasip benzerliğin aynı olduğu gerçeğidir. Böyle olunca, yeni olay ve tek bir emsal arasında analogi kurmak yeterli olacaktır. Ancak İngiliz hukukçuları, tümevarım yoluyla bir hükmün uygulanmasının, analogide ulaşıldan daha fazla bir kesinlik derecesine ulaştıracağı görüşündedirler. Olayların (örneklerin) çokluğu, yeni olayın hükmüne analogik çıkarımın sunmada başarısız kaldığı, tümevarımsal desteği verir. Böylece, bilimsel indüksiyonda olduğu gibi, İngiliz hukukundaki hukuki indüksiyon, analogik argümanlardan daha üstün bir argüman sınıfına aittir; analogik ve dedüktif argümanların arasında orta bir konumda durur.

İslâm hukukunda, tümevarım daha da yüksek bir kesinlik düzeyinde yer alır. O, tündengelimün ürettiği aynı kesinlik derecesine ulaştırarak tamamlanır. Pratik açıdan, bütün İngiliz hukuku külliyatı, tam (complete) indüksiyonu uygulanamaz kılan bir sınırsızlığa sahiptir. Ancak İslâm'da hukukun kaynakları tanımlanmış ve tüketilebilir özelliktedir. Bir hukuk kuralını destekleyen ya da olumsuzlayan örneklerin tam bir sayımı karşı delil olmadıkça, bu konu hakkında kesin bilginin en üst düzeye çıkmasını sağlar. Kaynaklardaki son noktayı koyma

⁴⁸ Abdullah, b. Mevdud el-Mavsili, II *el-İbtihar li Ta'li'l-Mubtar*, 30-33, (Kahire 1951).

yetkisine sahip, tek bir açık ifadenin olduğu dini bağlamda ise, çoklu önermelerin (olayların) en azından dedüksiyonla elde edilene eşit bir kesinlik derecesine ulaştıracağı öne sürülebilir. Böyle bir tümevarımsal süreç, basit bir çoklu-dedüksiyon argümanı oluşturacaktır. Bu nedenle, bir çok Müslüman hukuk bilgini tam (complete) hukuki indüksiyonun dedüktif argümanlara eşit bir güce sahip olduğunu öne sürer. Ancak tam olmadığı (incomplete) zaman bile, indüksiyon gücünü özel bir olaya ilişkin olarak gözlemlenen oldukça çok sayıdaki örneklerden alır. “Metinsel delilin/nassın parçalarının sayısı çoğaldıkça bizim bilgimiz güç kazanır.”⁴⁹

İslâm hukukunda tümevarım, bir akıl yürütme yöntemi olarak fonksiyonuna ilaveten, zayıf veya kesin olmayan öncüllerin güçlendirilmesinde de (reinforcement) önemli bir rol oynar. İngiliz hukukunda buna eşit bir rol bulunmaz. İslâm hukuk sisteminde sünnetin (ki, tek başına hukuk kaynaklarının en büyük kısmını oluşturur) kesin olmayan önermeler, onları kesin öncüllere dönüştüren tümevarımsal yöntemin kullanılmasıyla, ilave toplam bir destek kazanabilir.

Bu süreç nasıl işler? Bu soruyu yanıtlamak için, öncelikle sünnet iki temel kategoriye ayrılmalıdır: *mütevâtir* ve *âbâd*. *Mütevâtir* hadisler (traditions), Peygamber belli bir şeyi söylerken ya da yaparken işiten veya gören sayısız kişiler tarafından aktarılmıştır. Ravilerin sayısının çokluğu, şahitlerin ya da ravilerin yanlış bir haber üzerinde anlaşmış olmalarını ihtimal dışı bırakır. Böyle bir haberin sahihliği ve onun rivayetini çevreleyen kesinliği nedeniyle, *mütevâtir* hadislerin kesin bir bilgiye ulaştırdığı söylenir. *Mütevâtir* hadislere tanıklık eden ve onları rivayet edenlerin sayısından daha az kişi tarafından rivayet edilen hadisler *âbâd* olarak adlandırılmıştır. Tek tek ele alındığı zaman, *âbâd* hadisler taşıdıkları haberin kesin bilgisine ulaştırmazlar. Buna binaen, bir argümanda öncüller şeklinde kullanıldığı zaman, *mütevâtir* hadis açık anlamıyla kesinliğe ulaştırırken, aynı anlamsal açıklığa sahip olan *âbâd* hadis yalnızca olası bir bilgiye götürür. Böylece, tek tek *âbâd* hadislere dayanan hükümler yalnızca zanni ve deneyseldir. Ancak, bir çok Müslüman hukuk bilgini *âbâd* hadislerin, aynı tip diğer hadislerle ve kesin olmayan (indecisive) veya ihtimalli Kur’an ayetlerini

⁴⁹ Bkz. Ebû Hâmid el-Gazâlî, yukarıdaki dipnot 8, 120’de.

içeren diğer *karinelerle* desteklenirse, kesin bilgiye ulaştıracağını savunurlar.⁵⁰ Bu nassi deliller yorumlandığı zaman, anlamını pekiştirmeyi amaçladıkları hadisle aynı anlama sahip olmalıdır. Böyle bir düzenlemede kesinliğe ulaşmak için diğer bir ön şart, destekleyici hadisler ve ayetlerin sayısıdır: Bunlar bütün olarak *mütevâtir* kategorisinde olduğu kadar çok sayıda olmalıdır. Ancak tek tek ya da bütün halinde şüpheli olmayan, *mütevâtir* hadisten farklı olarak, bir *âbâd* hadis sahihliği açısından yalnızca olası olabilir. Ancak, hadislerin toplamı şüpheli olamaz, çünkü Müslüman hukuk bilginleri, bir çok kanal yoluyla ve birbirlerini bilmeyen bir çok ravi tarafından rivayet edilen haberlerin çokluğunun bir haberin uydurulması için komplo olduğu ihtimalini veya yalan olma olasılığını ortadan kaldırdığına inanılır. Toplu halde *âbâd* hadisler *mütevâtire* müsavi bir güç kazanır.⁵¹

Şüphesiz, tümevarımsal destekleme (inductive support) doktrini hukuki argümandaki biçim ve maddi öz unsurlarının harmanlanmasına dönük uzlaşmacı bir yaklaşımın ürünüdür. Öncelikli olarak biçimle ilgilenen Aristo mantıkçılarından farklı olarak Müslüman hukuk bilginleri öncüllerin maddi içeriğine de onların neden olduğu kesinlik derecesiyle bağlantılı olarak dikkat çekmişlerdir. İslâm hukukunun, sonucun kesinlik derecesinin belirleyicisi olarak öncüller üzerindeki vurgusu, ünlü İbn Teymiye'nin konuya dair görüşlerinin tartışılmasıyla örneklendirilebilir.

İbn Teymiye'nin argümanı, tasımlar mantığını/mantık kıyasını (syllogistics) analogiye/fikhi kıyasa üstün tutan geleneksel görüşe bir cevap olarak görülmelidir. Bu görüşe karşı olarak o, tasımın/mantıki kıyasın ve analoginin birbirine eşit olduğunu, çünkü analogik argümanın ilk tasım figürüne

⁵⁰ İndicisive veya kapalı (*mütesâbihât*) ayetler birden fazla yoruma açıktır. İndicisive bir ayet bir *âbâd* hadisin anlamını destekleme biçiminde yorumlanabilirse bu ayet, *karine*, destekleyici bir kanıt parçası olarak adlandırılır. *Mubkem* bir Kur'an ayeti bir ahad hadisi desteklemek için *karine* olarak kullanılamaz çünkü, onu kendisi herhangi bir *karineye* gerek duymaksızın tartışılmaz bir kanıtı oluşturur. Ancak *mubkem* bir ayete dayanan dedüktif ya da analogik bir argüman eğer aynı anlamı taşıyan başka kapalı (ambiguous) ayetler bulunuyorsa daima indüktif olabilir.

⁵¹ Ebu Bekir es-Serahsi, I, *Usul*, 292, (Ebu'l-Vefa el-Efgâni, ed. Kahire 1372 H.); Beydavi, II, *Minhâcü'l-Vusûl*, 197-205, Sh. İsmail'in II, *Tebzîb Şerhil-İsnevi*, ile birlikte (özellikle s. 205'in son paragrafı). (Kahire 1976). Gerçekte, Şatibi indüksiyonun hukukta kesinliğe ulaştırabilecek tek yöntem olduğunu söyleyecek kadar ileri gitti. Bkz. Şâtibi, I *Muvafakat* 10-15 (1969).

dönüştürülebileceğini ileri sürer.⁵² İslâmi gelenekte yazan İbn Teymiye analogik argümanın dört terim içerdiğini kabul eder: 1. *Asl*, metinden çıkarılan örnek uygulama (precedent); 2. *Fer'*, çözüm bekleyen yeni olay (case); 3. *İllet*, *asl* ve *fer'* için ortak olan benzerlik; ve 4. *Hüküm*, ilkinden ikincisine geçirilen kural. Tasıma dönüştürülebildiği için, analoginin zayıflığı onun biçiminde yatmaz. Zayıflık daha çok öncüllerin maddi içeriğinde ve özellikle *illet*tedir. “Argümanın formu ister analogi isterse tasım olsun, eğer (öncüllerin) konusu kesinse, (sonucu da) kesindir.”⁵³ Örneğin, hukuk bilgini sarhoş edici olduğu için Kur'an'da şarap tüketiminin yasaklandığını kesin olarak tespit ederse, bu olası analogiyi; büyük öncülü, “bütün sarhoş ediciler yasaklanmıştır”; küçük öncülü “votka bir sarhoş edicidir”; sonucu, “votka yasaklanmıştır”; ve son olarak orta terimi sarhoş edicilik özelliği, olan bir mantıksal kıyasa dönüştürülebilir.⁵⁴ Burada sonuç formel ve maddi olarak geçerlidir. Böylece ne tür argüman formu kullanılırsa kullanılsın *kesin* bir orta terim, şüphesiz *kesin* bir sonuca götürecektir. Tümel bir önermenin doğru olup olmadığını kesin olarak nasıl bilebileceği sorusuna cevabında İbn Teymiye, yanılmaz bir kaynaktan (mesela, Kur'an) çıkarılan ifadelerin daima kesin olduğunu ileri sürer.

İbn Teymiye'nin genelde mantık, özelde ise hukuk mantığı teorisinin temelini oluşturan esas düşünce, dış dünyanın bilgisinin tekil şeylerin gözleminden çıkarıldığıdır.⁵⁵ Tümel önermeler, tekil önermelerden analogi ve tümevarım yoluyla çıkarılır. Analogi ve tümevarımın olası/zanni bilgi üreteceği doğru ise, dış dünya bilgimiz de yalnızca olası olabilir. Ancak, bunun tek istisnası Tanrı tarafından emredilmiş olması sebebiyle nassi bilgidir ki, yalnızca bu kesin olabilir.⁵⁶

⁵² Takıyüddin İbni Teymiye, *Cebdü'l-kariba fi tecridi'n-nasiba*, (Celaleddin es-Suyuti'nin muhtasarı, *Nasihatü Ehlil-İman fi Reddi ala Mantki'l-Yunan*, 289, 299-300, 328, 331 (Kahire 1947). Aynı zamanda bkz., N. Heer, *Ibn Taymiyah's Empiricism*, basılmamış.

⁵³ Takıyüddin İbni Teymiye, yukarıdaki dipnot 48, 289'da.

⁵⁴ Metinsel öncüllerin sınıfları konusunda bkz. Ebû Hâmid el-Gazâlî, yukarıdaki dipnot 8, 155-56'da. Zikredilen örnekler İbn Teymiye'ye ait olmamakla birlikte tam olarak onun argümanlarına benzemektedir.

⁵⁵ Takıyüddin İbni Teymiye'nin, J. S. Mill'in teorisini öncelediği söylenebilir. Bkz. E. Nagel, yukarıdaki dipnot 34, 120-35'te.

⁵⁶ Takıyüddin İbni Teymiye, yukarıdaki dipnot, 48, 319, 341'de; N. Heer, yukarıdaki dipnot 48.

IV. SONUÇ

İslâm hukuku ve İngiliz hukukunda hukuki akıl yürütmenin mantığı konusunda bu özet analiz, iki sistem arasındaki farkın temel nedenlerinin, İslâm hukukunun dine dayanırken, İngiliz hukukunun esas olarak seküler bir kültürün ürünü olma gerçeğinden kaynaklandığını göstermiştir. Bu temel farklılığın etkisi, iki ana alanda kendisini gösterir ki bunlardan ilki, tûmdengelsel ve analogik akıl yürütmedir. İngiliz hukuku geleneğinde hukuk, sosyal değişimle sürekli bir yenilenme (modification) gereksiniminde olan ve insan-yapımı toplumsal bir kontrol olarak algılanır. Bundan dolayı, İngiliz hukukunda yargıçlar hukukun çağdaş gerçekliğe uyarlanması gereksinimini göz önünde bulunduran bir düşünme çabası içinde olmuşlardır. Dedüktif mantık, bir akıl yürütme yöntemi olarak hukuki formülasyonlarda tedrici bir değişime izin vermeyecek kadar katı algılanmıştır. Bu yüzden dedüksiyon sıklıkla reddedilmiş ve “kuru mantık” olarak adlandırılmıştır. Bu tutumun sonuçları analogik akıl yürütmede daha açıktır. İki olay arasındaki benzerlik, ilk olayda yargıcın belirlediği bir *ratio* temelinde olmaktan çok, yeni olayın dikte ettiği *ratio*'nun temelinde bir analogiyi meşru kılabılır. Bu yüzden iki olay arasındaki benzerlik mevcut “ahlak” ve “adalet” politikasının gerektirdiği benzerlik olur. Bu politikanın değişmesi, büyük ihtimalle farklı bir hükme yol açacak olan benzerlikte de değişimi gerektirir.

Esasen, İslâm hukukunda değişim unsurunun marjinal önemi nedeniyle, İslâm hukukunun mantıksal prensiplerin uygulanmasında daha ısrarlı olduğu söylenebilir. Katı dinsel niteliği hukuku, kendisinden çıkarıldığı belirlenmiş kaynakların lafzı ve ruhu ile bağımlı kılmıştır. Hukuku oluşturma sürecinde Müslüman hukuk bilgini, bu kaynakların emirleri ile bağılı olmak dışında bir seçeneğe sahip değildir. Bu düşünce nedeniyledir ki, toplumun güncel gereksinimleri, iki olay arasındaki benzerliği belirlemede özel bir öneme sahip değildir. Maddi benzerlik, kaynaklar tarafından dikte edilen benzerliktir; daha sonra yapılan (ve bilginler tarafından geçerliliği belirlenmiş olan) herhangi bir analogi halihazırda var olan bir benzerliğe dayanmalıdır. Böylece, mantıksal tutarlılık, değişimi de içeren diğer mülahazalardan üstün tutulmuştur.

Tümevarım, dinsel bir sistem olarak İslâm hukuku ve seküler bir sistem olarak İngiliz hukuku arasındaki farklılıkta kendisini gösteren ikinci alandır. İngiliz hukukunda tümevarım bir hukuki akıl yürütme yöntemi olarak hizmet ederken, İslâm hukuku tümevarımı bu sınırlı alanı dışında, kesin olmayan hukuki önermelerin güçlendirilmesi için kullanır. Yukarıda gösterildiği üzere, İslâm'da hukuk kaynaklarının bütünü tanımlanır ve tükenebilir olduğu için tümevarım hukuka daha büyük bir kesinlik getirebilir.

Her şeyi hesaba katarsak, İslâm hukuku İngiliz hukukundan daha “mantıksal” olarak tanımlanabilir. Açıktır ki bu, İslâm hukukunda değişim düşüncesinin yokluğunun sonucudur. “Mantıkçılığın/*logicism*” görünüşteki bu pozitif karakteristiği, işlemeyen geleneksel kanunlar yerine, modern çağda Avrupa kodlarının toptan alınmasını da kapsayan ağır reformlarda kendisini göstermesiyle İslâm hukukuna pahalıya mal olmuştur. Diğer yanda ise, İngiliz hukuku bu tür radikal reformlara olan gereksinimi karşılayacak yeterli esnekliği kanıtlamıştır.