

## “İstihsan” Ne Değildir?

Ahmet YAMAN\*

Özellikle Hanefî usul eserlerinde anlatıldığı biçimiyle istihsanın, baskın gerekçelere bağlı kalarak standart hükmün dışına çıkmayı ve meseleyi hakkaniyet esasları çerçevesinde çözümlenmeyi disipline eden bir yöntem olduğu söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında istihsanın bir hafî kıyas olduğu, ya da bir kıyastan başka bir kıyasa udûl olduğu, gözden geçirilmesi gereken bir tanımlamadır. İstihsan aslında bunu aşan ve kıyas temeline bağlı olmayan bir çözümlenme biçimidir. Zira hafî de olsa celî de olsa kıyasda, adına illet denen bir müessir vasıf vardır ve bu vasıf hükmün varlığını ya da yokluğunu gerektirir. Hafî kıyas diye isimlendirilen ve istihsanın bir türü olarak anlatılan hüküm çıkarma yönteminde de esasen bir illet vardır; ne var ki bu illet, çözümü aranan meselenin çok da tahlilî olmayan ilk bakışta-ki benzerlerinde bulunmayan yani onların sahip olduğu illetten farklı bir illettir. Dolayısıyla hüküm de, o zahiren benzeri olduğu meselelerin hükümünden farklı olacaktır.

Literatürde bahis konusu edilen ve etrafında büyük atışmalar yapılan istihsan, bu hafî kıyas çözümlenmesi değildir. İlet odaklı bir çıkarım olduğu için bunun zaten kıyas kapsamında değerlendirilip tartışma dışı tutulması, usûl eserlerinde bu tipe verilen örneklerin istihsan karşıtlarınca eleştirilmemesi de istihsana eklenen bu türün, gerçek istihsan olmadığını göstermektedir.

Aynı şekilde genel hatlarıyla bakıldığında kıyas olarak ifade edilen genel kuralın çözüm alanına girmekle birlikte, hakkında kanun koyucunun özel bir beyanı/düzenlemesi olduğundan dolayı daha farklı bir çözüme ulaşma

işlemine de istihsan denmesinin doğru olmadığı düşüncesindeyim. Binaenaleyh “nas istihsanı” veya “sünnet/eser istihsanı” denen içeriğin gerçek anlamda istihsan olmadığı kanaatindeyim. Çünkü istihsan, müctehidin udûlüdür, yani yerleşik genel kuralın, bir başka deyişle kıyasın dışına çıkmasıdır. Oysa burada müctehid değil, şârî udûl etmektedir. Kanun koyucunun kendi takdiri olduğu içindir ki, buna kimse itiraz etmemektedir. Müstenedi nas olan icmaya dayanan istihsan (istihsanü’l-icma) da aynı değerlendirmeye tâbidir.

Hanefilerin istihsanın gerekçeleri (vechü’l-istihsan) konusunda ayrıntıya inerek nas/eser ve icma istihsanından bahsetmeleri, kanaatimce, istihsan denen yöntemin aslında şârî tarafından da benimsenip uygulandığını gösterip ona şârî üzerinden bir meşruiyet kazandırma kaygısından kaynaklanmakta ve böylece ona yöneltilen hücumları savma amacını taşımaktadır.

Öyleyse nedir gerçek istihsan?

Çok kabaca istihsan, yerleşik genel kurala yani kıyasa göre hükme bağlanması halinde hukuk düzeninin istemediği katılıkları ve adaletsizlikleri doğuracak bir sorunun, örf ve maslahat gibi gerekçelerle değerlendirilip kanun koyucunun hedefleri doğrultusunda hakkaniyet esaslarına göre çözümlenmesidir. Şöyle ki:

Ortada yeni karşılaştığımız bir sorun vardır; bu sorun hakkında tafsîlî bir nas çözümlenmesi yoktur; müctehid hüküm verirken bu sorunu içine katabileceği bir kategori, daha teknik terimiyle bir kıyas arar; hüküm üzerindeki müessir vasıfıyla, sebep ve sonuçlarıyla aynı düzlemde bir kıyas imkanı bulursa onu uygular ve çözüme ulaşır. Fakat genel hatlarıyla benzerliği kategoriye dâhil ettiği takdirde hiç de hakkaniyete sığmayan bir sonuç elde edeceğini fark ederse, bu durumda, o kategorinin dışına çıkar ve meseleyi örf, maslahat, ihtiyaç ya da ihtiyat gibi gerekçelere bağlayarak adil bir biçimde çözer. İşte bütün bu ameliye, *istihsan* adını taşımaktadır.

Hüküm çıkarma kaynak ve yöntemleri arasında başlangıçta müstakil olarak ele alınmayan örf, istislah vb. fer’î istidlal yolları, görüldüğü üzere istihsan teriminin içinde mütalaa edilmiştir. Neredeyse her mezhep imamında örnekleri görülen “uhibbu”, “estahsinü”, “yenbağî”, “ehabbü ileyye”

\* Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku ABD Öğretim Üyesi (Prof. Dr.), yamanahmet@hotmail.com

gibi kalıplarla başlayan normlar, başlangıç itibariyle işbu yöntemi ifade eder gibidir.

Söylediklerime birkaç örnekle açıklık getirmeye çalışayım:

Kanun koyucu, kocasının ölümünü takiben vefat iddeti bekleyen bir kadının makyaj yapmasını ve süslenmesini yasaklamıştır. Gözlere sürme çekmek de makyaj kategorisindedir ve yasaktır. Fakat gözlerinde rahtsızlık bulunan ve bunun tedavisi için sürme çekmek zorunda kalan bir kadının durumuyla ilgili tafsilî yani doğrudan bir düzenleme yoktur. Acaba bu kadın da vefat iddeti süresince tedaviye ara verecek ve sürme kullanmayacak mıdır? Vefat iddeti beklemek ortak özelliğini esas (makisün aleyh) alıp meseleye kıyas yöntemi ile “evet kullanamaz” cevabını vermek bir çözümdür. Hatta şekil itibariyle de kusursuz gibidir. Ama bu cevap, hükümden beklenen amaç, bireyin âcil ihtiyacı ve hakkaniyetle uyumlu bir çözüm değildir. İşte bu uyumsuzluğu gören müctehid, mezkûr kategoriden udûl eder ve tedavi amacıyla sürme kullanmak zorunda kalan kadına farklı bir hüküm verir.

“Teterrus” örneği de istihsanın mahiyetini kavramaya yardımcı olabilir. Suçsuz bir müslümanı öldürmek, genel hüküm itibariyle haramdır ve çok büyük bir günahdır. Fetih suresinin 25. ayeti, farkında olmadan Müslümanlar da zarar görür ve öldürülebilir endişesiyle içlerinde Müslümanların da bulunduğu bir şehre savaşa girmeyi çok ağır bulmuş ve bunun caiz olmadığı yönünde bir genel kural/kıyas koymuştur. Buradan hareketle şu olaya çözüm bulmaya çalışalım:

Düşman, yeryüzündeki Müslümanların sığındığı bir şehri kuşatsa, Müslüman esirleri de canlı kalkan olarak (teterrus) kullansa; şehirdeki Müslümanların erzakı ile suyu tükense ve hayatta kalmak için düşman kuşatmasını yarmaktan başka seçenek kalmasa, acaba canlı kalkan olarak kullanılan Müslümanlara isabet edeceğini bile bile düşmana ateş edilir ve yarma harekâtına girişilebilir mi? Genel kuralı uygulasak cevabımız “hayır”dır. Fakat bu cevap, bir adım sonra, hem kalkan olarak kullanılan hem de şehirde muhasara altında bulunan Müslümanların bütünüyle ölmesini sonuçlayacak bir hüküm olacaktır. Bunun yanında şehirdeki çoğunluğu kurtarmak ve dolayısıyla Kanun Koyucu'nun “ölümleri azaltmak” maks-

dını gözetip “evet” cevabını vermek, daha az sayıda müslümanın ölümünü göze alıp çoğunluğu kurtarmak hedefiyle daha uyumlu olacaktır. İşte bu “evet” cevabını verdiren yöntem istihсандır.

H.z.Peygamber'in teşrî siyasetinde de bu yöntemin izlerini bulmak mümkündür. Mesela bir genel kural olarak o, mevcut olmayan şeyin satımını yasaklamışken, ihtiyaç sâikiyle örf haline gelmiş selem/selef akdine onay vermiştir. Söz konusu selem yumuşatması, insanların genel olarak benimsedikleri işlemlerin, kurallarını sağlam tesbit etmek kaydıyla genel hükümlerin dışında değerlendirilebileceği ilhamını vermektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken hemen "nassın zâhirine ters düşmemek" diye bir ön şart koşmanın anlamlı olmayacağı açıktır. Çünkü böyle bir vasatta önemli olan, nassın ilgili olduğu hukuk alanının genel tabiatı ve Kanun Koyucu'nun bu nas ile hedeflediği sonucu birlikte düşünerek hakkaniyete bağlı çözüme ulaşmaktır. Bu yol, son derece dikkat isteyen, istihsan karşıtlarının diliyle "telezzüz" riski taşıyan ve müctehidi Kanun Koyucu gibi yetkilendiren bir yoldur; ne var ki, Kanun Koyucu'nun muradı ile akl-ı selim sahibi toplumların ihtiyaçlarını da bir noktada buluşturmak mecburiyeti bulunmaktadır.

Bu noktada istihsan uygulamaları ve örnekleri ile ilgili bazı problemlere de kısaca temas etmek istiyorum:

Fıkıh literatüründe yer bulan birçok istihsan uygulaması, aslında ya bu yönetime gelmeden önce, deliller hiyerarşisindeki daha üst bir delil ile çözümlenebildiği için ya da genel kuralın/kıyasın başlangıçta kusurlu veya yanlış tesbit edilmesi dolayısıyla istihsan kapsamında değerlendirilmesi bakımından tartışmaya açık bir özellik taşımaktadır. Mesela Irak'ın fethinden sonra Hz.Ömer'in Sevad arazisini ganimet kapsamında görmeyişi ve gazilere dağıtmayı onun istihsanı ile izah edilmektedir; oysa böyle bir uygulama öncelikle Hz.Peygamber'in (s.a) Hayber arazisine uyguladığı rejimle temellendirilmelidir. Aynı şekilde onun, kıtlık döneminde hırsızlık haddini uygulamaması da bir istihsan değil; suçun unsurları oluşmadığı için unsurları tam olarak oluşmamış bir suça kıyas uygulamasıdır.

Fukahanın istihsan uygulamalarının önemli bir kesimi de, az önce dile getirdiğim gibi, başlangıçta yanlış tesbit edilmiş olan genel kuralın zamanla

karşılaşılan ihtiyaçlara mukavemeti kırıldıkça gündeme gelmiştir. Söz gelimi Hanefiler, rivayet tekniği açısından son derece zayıf bir hadise dayanarak şartlı alışverişin yasak olduğu yönünde bir genel kural tesbit etmişlerdir. Zaman içerisinde birçok şart, pazar örfü haline gelince de bu kuralı istihşanen esnetmişler ve örf haline gelen şartlar koşularak yapılan akitlerin, kuralın istisnası olarak geçerli olacağı hükmünü vermişlerdir. Aynı şekilde süreklilik niteliğini kaybetmemesi için vakfın ancak gayrimenkuller üzerinde tesis edilebileceği şeklinde kusurlu bir genel kural tesbit edilmiş; zamanla ihtiyaca binaen yerleşik hale gelen menkul vakfı da istihşanen onaylanmıştır.

İşte ilkenin çok sağlam ve kuşatıcı olmaması veya esas alınan rivayetin sahih olmaması, daha sonraları özellikle örf baskısıyla yapılmak zorunda kalınan istisnaları istihşan yöntemine bağlama formülünü doğurmuş, bu da müstahsen hükümlerin ve istisnaların çoğalmasına sebep olmuştur.

Bazen de tam tersi bir görünümle, konuyu kendisine bağlayacağımız bir nas ve buna bağlı bir ilke/kıyas varken, belli sebeplerle bu nassın devreye alınmaması da meseleyi istihşanın çözüm alanına itmiştir. Mesela kulleteyn hadisi ile üç özelliğinden birisi değişmedikçe suyun necis olmayacağını beyan eden hadis devreye alınmayınca kuyuların ve belli orandaki durgun suların hükmü istihşana havale edilmiştir. Keza vadeli satım akdinde satıcının rehin alabilmesi, müdâyene ayetlerine göre yani nassa ve bundan elde edilecek ilkeye göre tecviz edilebilecekken, Allah'ın kitabında bulunmayan her şartın bâtil olacağı ilkesini koyan hadisin maslahat istihşanı ile esnetilmesi yoluyla tecvîz edilmiştir.

Burada son olarak istihşanın, bireysel icthad yeterliliğini yer yer aşan ve toplu ustalık gerektiren bir yöntem olduğunu belirtmek isterim. Çünkü istihşanla sonuç itibariyle, hukuku hukuk yapan ve ona kimlik kazandıran yerleşik kurallardan ve Fıkhın ana kaynağını teşkil eden naslardan istisna yapılmakta; bunlarla hukukun ruhu ve Şâriin maksadı tevhid edilmeye çalışılmaktadır. Bu işlem eğer, ortak akılla ve kurul sorumluluğuyla yapılmazsa bireysel hataları telafi sıkıntısı başgösterecek, dolayısıyla "men istahsene fekad şere'a" diyenleri de ikna edecek çözümlere ulaşmak kolay olmayacaktır...