

## MAKALE ÇEVİRİSİ

JOHN MAKDISI

### İSLAM HUKUKU'NDA HUKUKSAL MANTIK VE EQUITY

Prof. Dr. Haluk Songur\*

#### İRRASYONEL HUKUK İMAJI

Joseph Schacht, kitabının giriş kısmında şunları söyler: “*İslam Hukuku, İslam düşüncesinin bir hulasası, İslam yaşam biçiminin en tipik manifestosu, bizatihi İslam'ın öz ve esasıdır. Fıkıh, 'bilgi' terimi göstermektedir ki; ilk dönem İslam'da, kutsal hukuk bilgisi mükemmel bilgi olarak ele alınmaktadır*”.<sup>1</sup>

İslam Hukuku'nun bu şekildeki karakterizasyonu (tanımlanması) İslamcılar<sup>2</sup> arasında genel kabul görmüştür. Fakat Amerikan hukuk çevrelerinde, tuhaf ve yanlış

---

\* Prof. Dr., SDÜ Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Hukuk Tarihi Anabilim dalı öğretim üyesi. [hasongur@hotmail.com](mailto:hasongur@hotmail.com). Ayrıca tercümenin son halini almasında çok önemli katkıları olan yüksek lisans öğrencim Furkan Aşvar'a teşekkür ederim.

John Makdisi, “The American Journal of Comparative Law”, vol:33, 1985, sayfa 63-92 sayfalarında yer alan “Legal Logic and Equity in Islamic Law” adlı makalenin çevirisidir. (Taraflımızdan yapılan ilave katkılar ÇN. (çevirenin notu) şeklinde belirtilmiştir).

John Makdisi, Cleveland-Marshall Üniversitesi Hukuk bölümünde Yardımcı Doçent'tir. Bu çalışma için fon, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Pennsylvania Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Franklin B. Gowen Anma Bursu) ile (Uluslararası İletişim Ajansı tarafından finanse edilen) Mısır'daki Amerikan Araştırma Merkezi tarafından hibe yoluyla sağlanmıştır. Makalenin değişik bir versiyonu 10 Şubat 1983'te Ohio Devlet Üniversitesi'nde ve 11 Ekim 1983'te Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ders olarak verilmiştir. (Taraflımızdan yapılan ifadeler ÇN. (çevirenin notu) şeklinde belirtilmiştir).

<sup>1</sup> Schacht, *An Introduction to Islamic Law* 1 (1964). *Fıkıh* (veya *fikh*) pozitif İslam hukuku için kullanılan Arapça bir terimdir. (Arapça terimler, düzyazı olarak tırnak içinde ve dipnotlarda değilse metinde vurgu imleriyle birlikte düzenlenerek aktarılmıştır.)

<sup>2</sup> Bkz, ör; Anderson, *Law Reform in the Muslim World* 1 (1976); Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law* 16 (4. Baskı, 1974); Gibb, *Mohammedanism: An Historical Survey* 7 (Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 1970); Makdisi, *The Rise of Colleges: Institutions of Learning in Islam and the West* 284 (1981); Ramadan, *Islamic Law: Its Scope and Equity* 24 (2d ed. 1970).

"İslamcı" (*islamist*) terimi bu makalede bir İslam araştırmacısı olan âlimi betimlemek için kullanılır; "İslam hukukçusu" (*Islamic jurist*) veya "hukuk âlimi" (*juristconsult*) ise bir yargı sistemi içinde yalnızca

bir İslami Yargıç (*kadı*) imajı sürüp gitmektedir. Birleşik Devletler yargıçları *kadı adaleti* terimini rastgele hukukun bütünüyle inkârı olacak bir şekilde, kuralsız, kişisel menfaate uygun, keyfi hukuk yapımını sembolize etmek için kullanırlar.

Dördüncü Bölge İstinaf Mahkemesi yargıcı Dobie, bir Virjinya yasasının lafzının yasa koyucunun niyetinin aksine yorumlanmasını reddederken şöyle söylemiştir: “*Bu kelimeleri, her şekilde ifade edilen ama belirsiz fantastik manalarıyla tahrif edemeyiz; sert fakat kurulgan biçimde beliren yasamaya ilişkin ayırt edici özelliği asla göz ardı edemeyiz. Bütün bunlardan sonra, bizler (yargıçlar) kişisel, başıboş, keyfi kurallara göre kaba ve hazırlop bir hakkaniyet dağıtan eski doğu kadısı olarak değil, hukuka göre adalet dağıtan bir istinaf mahkemesi olarak karar veririz*”.<sup>3</sup>

Sekiz yıl sonra Temyiz hâkimi Frankfurter, *Terminiello v. Chicago*<sup>4</sup> kararındaki muhalif görüşünde, daha önce ne eyalet mahkemelerinde ne de yüksek mahkemede görülmemiş bir federal davaya mahkemenin bakamayacağını ileri sürdü. Sonra şunu ilave etti: “*Bu bir tetkik mahkemesidir, kurallarla bağlı olmayan bir mahkeme değildir. Bizler mahkemede, bir ağaç altında kendi kişisel kanaatlerine göre adalet dağıtan bir kadı gibi davalara bakmıyoruz*”.

Benzer görüşler diğer mahkemeler tarafından da dile getirilmiştir.<sup>5</sup>

---

davaları hükme bağlayan *kadının* aksine İslam hukuk sisteminin yorumlanması (oluşturulması) ve geliştirilmesine faaliyetinde bulunan âlimi ifade eder. (Yazarın İslamcı diye ifade ettiği İslamcı alimlerden zaman zaman şarkiyatçıları kastettiği anlaşılıyor. Ç.N.)

<sup>3</sup> Clark v. Harleysville Mut. Casualty Co., 123 F.2d 499, 502 (1941). Bu istinaf kurumunun İslam'da olmaması dikkat çekicidir. Bkz, Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* 194-222 (1981).

<sup>4</sup> 337 U.S. 1, 11 (1949).

<sup>5</sup> Ör; Colonial Trust Co. v. Goggin, 230 F.2d 634, 636 (9th Cir. 1955); Boston and Maine Corp. v. Illinois Central R.R. Co., 396 F.2d 425, 425 (2d Cir. 1968); U.S. of A. v. Murray, 621 F.2d 1163, 1169 (1st Cir. 1980).

Amerikan yargıçlarının *kadı adaletine* ilişkin ifadeleri İslamcıların eleştirileri ile yeni karşılaşmıştır. Profesör Farhat Ziadeh, bu türden atıflarla açığa vurulmuş önyargılı görüşler hakkında fikrini söylemiş ve “ispat ile usule dair katı kurallara uygun olarak tarafların haklarının korunmasında kadının hassasiyetine” dikkat çekmiştir. “Presidential Lecture - MESA 1980,” 15 *M.E. Stud. Ass'n. Bull.* 1-2 (Temmuz 1981). Benzer şekilde Lawrence Rosen, Yargıç Frankfurter'in ifadesinde, keyfi veya systemsiz olmaktan uzak *kadı adaleti* anlayışımızdaki sınırlamaları belirttiğini iddia etmektedir. Rosen, “Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System,” 15 *L. & Soc. Rev.* 217, 218 (1980-81).

Yargıya ait *kadı adaleti* kavramı, daha önceleri Max Weber'in İslam Hukuku'na dair "kutsal hukuk" tanımlamasını anımsatır. Max Weber orada şöyle söyler: "hukuki yeknesaklığı veya tutarlılığı hedefleyen sistematik bir kanun yapımı imkânsızdır".<sup>6</sup> Weber'e göre İslam hukukçularının görüşleri "*herhangi bir rasyonel gerekçeden yoksun verilmişler ve böylece onun rasyonelliğine bir nebze katkıda bulunmaktan ziyade kutsal hukukun irrasyonelliğini artırmışlardır*".<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Rheinstein (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, s. 241, 1954 (Weber'den tercüme, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Baskı, 1925. Max Weber'in İslam hukuku tartışması şu eserde ciddi bir şekilde tenkit edilmiştir: Turner, *Weber and Islam: A Critical Study*, 1974.

<sup>7</sup> Rheinstein (ed.), a.g.e. s. 241, 1954. Kanun yapımındaki rasyonel-irrasyonel ikilemi Weber tarafından aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır: "*Kanun yapma ve vaz-ı kanun kavramlarının her ikisi de rasyonel ya da irrasyonel olabilir. Biri, kanun yapımı ya da kanun bulma (icadını) faaliyetini gerçekleştireceğinde ki örneğin başvuru kaynak zorunlu olarak akılla denetlenemeyen (akıl-dışı, akl aşkın) olan vahiy ve benzeri (ilham) olacağı için 'şekil (usûlî) bakımdan irrasyonel' olacaktır. Öte yandan, genel normlardan ziyade kararın politik, duygusal ya da etik bir temelde değerlendirilen belli bir vakianın somut faktörlerinden birinden etkilenmesi boyutuyla kanun yapma ya da kanun bulma 'maddi bakımdan (esâsen) irrasyonel'dir. 'Rasyonel' kanun koyma ile vaz-ı kanun şekli veya maddî bir nitelikte olabilir. Resmi hukukun tanımı hiç değilse nispeten şekli bakımdan rasyoneldir. Hukuk, maddî ve usulî meseleler bakımından 'şekli' olmasına rağmen, vakianın yalnızca belirsizliğe mahal vermeyen genel unsurlarının özellikleri göz önüne alınır. Bu şekilcilik de iki farklı şekilde olabilir. Hukuki bakımdan ilgili özelliklerin maddî bir niteliğinin olması mümkündür. Başka bir deyişle, duyu verileri olarak algılanabilirler. Unsurların harici özelliklerine bu bağlılık, örneğin bazı sözcüklerin telaffuzu, bir imzanın yürürlüğe konulması veya karışık anlamı olan bazı sembolik hareketlerin sergilenmesi, hukuki formalizmin en katı şeklini temsil eder. Şekilci hukukun diğer bir türü, anlamın mantıksal analizi vasıtasıyla ortaya çıkarılan unsurların hukuki açıdan ilgili özellikleri ile düzenlenen ve uygulanan son derece soyut kurallar şeklindeki karmaşık hukuki kavramlarda ortaya çıkar. Bu 'mantıksal rasyonalite' süreci harici elementlerin önemini azaltır ve böylelikle maddî şekilciliğin katılığını yunusatır. Fakat aksine 'maddî bakımdan rasyonalite'yi keskinleştirir çünkü bu; hukuki meselelere ilişkin kararın, anlamın soyut yorumlarının mantıksal genellemesi vasıtasıyla elde edilen farklı normlardan etkilenmesi anlamına gelir. Baskınlığı uyumlu hale getiren maddî bakımdan rasyonel normlar, tümü mantıksal soyutlamada kullanıldığı kadar çeşitlilikte 'harici özelliklerin' şekilciliğinden sapan etik zorunluluklar, faydacılık anlayışı ve diğer yarar amacı güden kuralları ve politik faydaları içerir. Modern düşüncede, hukuka, alışılmışın dışında profesyonelce, kanunlara harfiyen bağlı ve soyut yaklaşılmasına rağmen bu sadece hukukun şekli karakteri ölçüsünde mümkündür. "Duyu-veri karakteristiği"ne göre mutlak şekilcilik sınıflandırması bir dereceye kadar geçerli olur; bu, vicdan muhasebesinde kendi kendini tüketir. Sadece anlamın mantıksal yorumunu benimseyen bu soyut yöntem, spesifik olarak sistematik bir vazifenin icrasına olanak sağlar. Başka bir deyişle, soyut yasal önermelerin dâhili, tutarlı bir birleşimi bakımından, yasalarca geçerli olarak tanımlanmış muhtelif bütün*

Bu *kadı adaleti* imajı, klasik İslam Hukuku için tamamen bir yanılgıdır. Yargıcın takdir yetkisi, kendisinin de bir parçası olduğu fıkıh mezheplerinin ileri düzeyde gelişmiş ve ayrıntılı doktrinleri tarafından sıkı bir kontrol altındadır.<sup>8</sup> İslam'ın ilk yıllarını dışarıda bırakacak olursak,<sup>9</sup> yargıç herhangi bir hukuk geliştirme ve yorumlama yetkisi olmaksızın, sürekli bu doktrinlerle bağlıydı. İslam Hukuk

---

*kuralların mantiki vasıtalarla derlenmesi ve rasyonelleştirilmesidir". A.g.e. s. 63-64 (vurgular ilave edilmiştir).*

Daha sonra, Weber hukuk ilminin azami ölçüde metodolojik ve mantıksal rasyonelleştirmeye devam edeceğini iddia ederek beş önermeden bahseder: "...İlk olarak her somut hukuk kararı, soyut bir hukuk önermesinin, somut bir 'vakıa' için "uygulanması" olur. İkincisi, her somut olayda hukuksal mantık marifetiyle, soyut hukuk önermelerinden bir karar elde etmek mümkün olmalıdır. Üçüncüsü, hukuk gerçekten ya da fiilen hukuki önermelerden 'boşluksuz' bir sistem oluşturmalı veya en azından boşluksuz bir sistemmiş gibi işlemelidir. Dördüncüsü, her ne ki hukukten rasyonel terimlerle "anlamlandırılmıyorsa"; o aynı zamanda yasal açıdan da mevzu dışıdır. Beşincisi, insanın her sosyal eylemi daima ya hukuki önermelerin bir "uygulama" veya "icra"sı olarak ya da bunlarla ilgili bir 'ihlal' olarak görselleştirilmelidir". A.g.e. s. 64.

<sup>8</sup> Dört Sünni hukuk ekolü Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli'dir. Şii ekolleri ise şunlardır: İbadiye, Zeydiye, İsnâ Aşeriye ve İmamiye. Coğrafi konumları hakkında bilgi için bkz. Schacht, a.g.e. s. 65-67; Liebesny, *The Law of the Near & Middle East*, 22, s. 44-45, 1975.

<sup>9</sup> *Introduction to Islamic Law*, s. 25-26, 1964, adlı eserinde Joseph Schacht şöyle der: "Emeviler yönetimindeki memurlar olan ilk Müslüman kadınlar, kararlarıyla İslam hukukunun temel esaslarını oluşturdular. Kadınların isimleri bilinmekle beraber, onların hayatları ile hükümlerine dair kayda değer miktarda bilgi bulunmaktadır; ancak hangilerinin gerçek olduğunu hangilerinin imgesel olduğunu ayırt etmek zordur. İslam'ın birinci yüzyılına kadar tarihlendirilebilen hukuk doktrinleri ender rastlanır olsa da, doğruyu söylemek gerekirse, bu kadulara atfedilen ve sonraki ölçütlere göre usulsüz olan bazı hükümlerin bu erken döneme kadar götürülebilmesi mümkündür. Çok az bir süre sonra, hicri ikinci asrın başında, hukuki teamüllerden kaynaklanan tanık delilinin münhasır kullanımı karşılığında, davacıya bir koruma tedbiri olarak yemin ettirilmesi temayülünün nasıl olduğunu gerçekten anlayabilmekteyiz. İlk Müslüman kadınlar, uygun olduğunu düşündükleri ölçüde, tabiatıyla idari düzenlemeleri bünyesinde barındıran örfi teamülleri kendilerine esas almanın yanı sıra, Kuran hükümlerinin lafzı ve ruhu ile İslam inancına ait diğer muteber normları da göz önünde bulundurarak kendi sağduyularına/temyiz güçlerine (discretion) ya da isimlendirildiği üzere 'fikir yürütme'ye (sound opinion) (rey) göre kararlarını verdiler. Kadınların başvurduğu örfi teamül, yargı yetkileri altındaki topluluğun ya da kendi bölgelerindeki insanların teamülüdür ve bu ikinci durumdaki vakalarda ihtilafların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Hukuki konular henüz büyük ölçüde Kuran'da ulaşılan seviyenin ötesindeki bir boyutta İslamleştirilmesine rağmen bizzat kadılık makamı, başlangıç düzeyinde yönetimsel etkinliğin hedeflendiği ve İslami düzen getirmeye çok yaklaşan Emeviler dönemine ait özgün bir İslami müessesedir. İlk kadınların onun temellerini oluşturmada oynadığı rolün, nihai olarak yürürlükte olan hukuk teorisi doktrininde tasvip edilmemesi ile önceki bir yargı kararının salahiyeti anlamına gelen kazai içtihat kavramının gelişme göstermemesi, İslam hukukunun sonraki inkişafına istinaden görünürlük kazanacaktır".

Külliyatı, hukukun iki asli kaynağı olan Kur'an ve sünnet<sup>10</sup> ile teyit edici bir kaynak olan icmadan<sup>11</sup> çeşitli hukuki akıl yürütme yöntemlerini uygulayan İslam Hukukçuları tarafından geliştirilmiştir. Akıl yürütme yöntemleri, öncelikle *kıyası* (analoji yoluyla akıl yürütme), ikincil olarak *istishabı* (devamlılığın öngörülmesi), *istislahı* (kamu yararının gözetilmesi) ve özellikle Hanefi mezhebindeki *istihsanı* içerir.

## HUKUKUN BİR KAYNAĞI OLARAK EQUITY İMAJI

Amacımız, İslam Hukuku'nun düşünsel muhtevasını açıkça olduğundan daha eksik bir durumda gösteren *kadı adaleti* imajını incelemek değildir. Bu imaj zaten pek çok defa eleştirilmiş ve İslam Hukukunun rasyonalitesi sağlam bir şekilde tesis edilmiştir.<sup>12</sup> Esas gayemiz İslam hukukunun diğer bir yorumunu incelemektir.

---

<sup>10</sup> Müslümanların kutsal kitabı Kur'an'dır ki onlar ilahi bir şekilde Peygamber Muhammed'e tecelli ettiğine inanırlar. "Sünnet", bir yaşam biçimi demektir; daha açık bir ifadeyle, klasik İslami nazariyede Peygamber'in örnek davranışdır. Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, s. 58, 1953. Sünnet, muhtelif derlemelerde yer alan hadislerin somut bir şekilde dışı vurulmasıdır. Bunlardan altısı Sünniler arasında bilhassa güvenilirlerdir; bunlar Buhari, Müslim, İbn Mace, Ebu Davud, Tirmizi ve Nesai'nin eserleridir.

<sup>11</sup> *İcma*, Müslüman toplumun hukuk âlimlerinin fikir birliğidir. Bu kaynağın ilk harici gerekçelendirmesi, hususi bir kararla ilgili ifadeye bulunan Şeybani (Hanefi hukukçu, 189/804) tarafından yapılmıştır: "Müslümanlar bunun üzerinde mutabık kaldılar ve onu tasdik ettiler. Bu, Allah'ın Müslümanlar için bir şeyin iyi ya da kötü olduğuna onay veren Peygamber'in otoritesi ile ilgilidir". A.g.e s. 86. İslam hukuku, Lawrence Friedman'ın terminolojisinde kapalı bir sistemdir: *The Legal System: A Social Science Perspective*, s. 234-247, 1975. Karar vericiler, kararlarını sadece "yasal" önermelere dayandırmak zorundadır; yani Kuran ve sünnete. Ancak, Friedman'ın İslam hukukunu gelişmeyi reddeden bir kutsal hukuk olarak sınıflandırma teşebbüsüne rağmen İslam hukuku, gelişmeyi onaylayan Hukuk Bilimi olarak adlandırdığı sınıfta yer alır. *İstihsan* bahsinde göstereceğimiz üzere "hukukçular yeni önermeler 'keşfedebilirler', eskilerini geliştirebilirler ve yeni bağlantılar gösterebilirler." A.g.e. s. 241.

<sup>12</sup> Çok sayıda yazar İslam hukukunda analogiyle akıl yürütme sürecini izah etmiştir ve süreç, Yunan ile Roma hukuk sistemlerindeki kullanımıyla karşılaştırılmıştır. Bkz. örneğin, Abdel-Rahman, "L'argument a maiori et l'argument par analogie dans la logique juridique musulmane", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, s. 127, 1971; Aghnides, *Mohammedan Theories of Finance with an Introduction to Mohammedan Law and a Bibliography*, 1916; Brunschvig, "Logique et droit dans l'Islam classique", 2

Bu ikinci yorum şunu iddia eder: Kur'an ve sünnetten çıkan hukukun gelişiminde analogiyle akıl yürütmenin önceliğine rağmen, "equity" (hakkaniyet) üzerine dayanan ve onun tarafından doğrulanmış bir hüküm lehine, bu tür bir akıl yürütmeyle (analojik) çıkarsanmış fıkhi bir çözüm, İslam Hukukçuları tarafından reddedilebilir. Hâlbuki bizim bildiğimize göre batıdaki equity kavramı, bütün hukuk, Kur'an ve sünnet vasıtasıyla Allah'tandır İslami görüşünün antitezidir. Equity, pozitif hukuktan bağımsız ve önceden elde edilmiş bir dizi norm olarak adalet hissine dayanan ahlaki kaideler üzerine temellendirilmiştir. Bununla birlikte o, iyi düzenlenmiş karmaşık kurallar, prensipler ve pozitif hukukun bir parçası olan kararlar şeklinde de olabilir. (Nitekim Birleşik Devletler'de böyledir.) Equity meşruiyetini, doğal hak inancından veya pozitif hukuku aşan bir adaletten alır. Bu kavram, İslam Hukukunun en temel prensibi olan hukukun biricik öncelikli kaynağı olarak Kur'an ve sünnette vahyedilmiş olan Allah'ın kelamına bütünsel inanç prensibiyle çelişir.

Bazı İslam Hukuku araştırmacıları, equity kavramının, *istihsan* kavramında vücut bulduğunu (mücessem hale geldiğini) iddia ettiler. Kelime olarak *istihsan*, *hasen* kökünden gelir ve "(bir şeyi) iyi saymak" anlamındadır, hukuki anlamı ise tanımlanması daha zor ve hatta İslam hukukçuları arasında bir tartışma konusu olagelmıştır. Bununla birlikte, bizim göstereceğimiz üzere, *istihsan* hiçbir zaman İslam Hukukçuları tarafından Kur'an ve sünnetten bağımsız olacak şekilde equity temeline dayalı bir akıl yürütme olarak kabul edilmemiştir. Bu makalede öncelikle *istihsan*, 'equity'ye dayalı bir akıl yürütme olarak yanlış yorumlayan İslamcılarının çalışmaları incelenecek, ardından, kavramı İslam Hukuk Sistemi içerisinde kullanan İslam Hukukçularının gözüyle *istihsan*'ın mahiyeti hakkında bir soruşturma

---

*Etudes d'Islamologie*, s. 347, 1976; Chehata, "Logique juridique et droit musulman", 23 *Studia Islamica*, s. 5, 1965; Goldziher, "Fikh", *Shorter Encyclopaedia of Islam*, s. 102, 1953; Kourides, "Traditionalism and Modernism in Islamic Law: a Review", 11 *Colum. J. Transnat'l L.* s. 491, 1972; Makdisi, "The Scholastic Method in Medieval Education: An Inquiry into its Origins in Law and Theology", 49 *Speculum*, s. 640, 1974; Rabie, *La Doctrine Comme Source Créatrice de la Règle Juridique en Droit Musulman*, 1949(?); Tyan, "Méthodologie et sources du droit en Islam (Istihsan, Istislah, Siyasa sar'iyya)", 10 *Studia Islamica*, s. 79, 1959; Weiss, "Interpretation in Islamic Law: The Theory of *Ijtihad*", 26 *Am. J. Comp. L.* s. 199, 1978.

yapılacaktır. Son olarak da Amerikan Hukukunda *istihsana* mukabil benzer bir kavramın karşılaştırmasını yapan analizden çıkarsama yapılarak *istihsan* için hukuki bir tanım yapılmaya teşebbüs edilecektir.

### *Tyan*

Konu hakkındaki özgün eserlerden birini kaleme alan Emile Tyan, equity üzerine temellendirilmiş bir akıl yürütme olarak *istihsan* yorumunu destekleyen İslamcılar arasındadır.<sup>13</sup> Tyan, *istihsanı* İslam hukukunun *corpus jurisine* (hukuk külliyatına) yeni kuralları sokmanın (kabul etmenin) bir yöntemi veya zaruret, ihtiyaç, maslahat, kolaylık ve fayda gibi pratik sosyal değerlendirmelere dayalı olarak önceden beri var olan kuralların yorumunun genişletilmesi ya da daraltılması şeklinde tanımlar.<sup>14</sup> Tyan'a göre *istihsan*, *kıyas* kavramının sınırlı kullanımını dengelemek (telafi etmek) için geliştirilmiştir. Esas itibarıyla *kıyas*, analogi (benzetme), *a fortiori* (evleviyet), *a majore ad minus* (büyükten küçüğe), *a minore ad majus* (küçükten büyüğe) ve *a contraria* (mefhumu muhalif-zıt kavram) argümanları gibi öncelikli kaynaklar vasıtasıyla akıl yürütülen değişken bir kavramdı.<sup>15</sup> Bu, *kıyas* yoluyla akıl yürütme yöntemi, hukukta esnek bir gelişme sağlamak noktasında yeterli genişliğe sahipti ve o, bütün türleriyle birlikte, önceden beri var olan kuralların daraltılmasına ve genişletilmesine müsaade etti. Bununla birlikte *kıyas*, gerçek anlamının yanlış yorumlanmasıyla hukukun dar veya lâfzî yorumuyla sınırlandırıldı. Tyan'a göre *istihsan*, insan ihtiyaçlarının karşılanmasını temin eden hukukun temel sosyal ve manevi gayelerini geliştirerek bu (kıyastaki) sonraki daralmayı telafi için geliştirilmiştir.<sup>16</sup>

Tyan, *istihsanın* İslam Hukukçuları tarafından hukukun dar biçimde uygulanması anlamına gelen "açık" *kıyasın* tersine "gizli" *kıyas* olarak

---

<sup>13</sup> Tyan, "Méthodologie et sources du droit en Islam", 10 *Studia Islamica*, s. 79, 1959.

<sup>14</sup> A.g.e. s. 84-85.

<sup>15</sup> A.g.e. s. 82.

<sup>16</sup> A.g.e. s. 85, 88, 93-94.

isimlendirildiğini belirtir. İslam Hukukçularının eserlerinden klasik bir *istihsan* örneği nakleder: “Bir kuralın esası, vahşi, etobur hayvanların arttığı olan suların necis olduğunu hükme bağlar. Keza, birisi iki mesele arasındaki açık analogi deliline dayanarak kıyas yoluyla, etobur yırtıcı kuşların arttığı suların da necis olduğunu söyleyebilir: etobur (kuş) vahşi bir hayvan gibi vahşi bir kuştur; onun eti, etobur (hayvan)unki gibi necistir. Bu, ‘açık kıyas’ın ulaştığı sonuçtur. Ancak meselenin daha dikkatli incelenmesiyle şu fark edilecektir ki, etobur (hayvanın) içtiği su, hayvanların dilleriyle yalamalarından dolayı ve salyanın oluşumu etle bağlantılı olduğu için onu necis hale getirir. Diğer taraftan, kuş ise necis olmayan, kemikten oluşan gagasıyla suyu alır. İşte bu daha önceki açık analogi delilini kaldıran ‘gizli’ delildir. İkinci durumda suyun temizliğinin ‘gizli kıyas’ olarak adlandırılan *istihsan* yoluyla olduğu kabul edilecektir”.<sup>17</sup>

Hukukçular (jurist) "gizli" kıyas işleyişiyle, *istihsan* yöntemiyle ulaşılmış ve İslam Hukukunun kabul edilen kaynaklarına dayandırılan fikhî çözümleri doğrulayabilirler. Tyan bu dayandırılmayı, önceki yerleşik kuralların lafzına değil de bu kuralların amaçlarını da dikkate almayı gerektiren hukukun ruhuna dayanmak olarak yorumlar.<sup>18</sup>

*İstihsan*ın "açık" kıyasa karşıt bir biçimde "gizli" kıyas olarak tanımlanmasında bir sorun yoktur. İslam Hukukçuları bu terimleri kendileri kullanmışlardır. Bununla birlikte Tyan'ın şunu iddia ettiği görülür; *istihsan*ın "gizli" kıyas biçimi, kendisiyle aynı olan equity prensibinin Batı Hukuk sistemlerinde uygulandığı şekliyle uygulanır.<sup>19</sup> Tyan, "kamu yararı" ve "ortak menfaat" gibi düşünceler de dâhil Kur'an ve sünnetten çıkarılan hakkaniyet prensiplerinin müphem (kapalı-muğlâk) oluşuna işaret eder. Böylece bu prensipler üzerine inşa edilen *istihsan*ın kendisi, analogik akıl yürütmeye hatta Kur'an veya sünnetten doğrudan bir kural yoluyla farklı çözümlerin bulunduğu bir durumda fikhî bir soruna

<sup>17</sup> A.g.e. s. 88-89 (yazarın tercümesi).

<sup>18</sup> A.g.e. s. 82-83, 87-88, 93-94.

<sup>19</sup> Bkz. dipnot 109.



çözüm bulmak amacıyla pratik ihtiyaçlar, örf ve adet<sup>20</sup> gibi farklı durumları dikkate almayı gerektirdiği için "sübjektif" ve "göreceli"dir.<sup>21</sup> (Tyan'ın *istihsan* hakkındaki "sübjektif" nitelemesi, bu noktada Amerikan Yargısının *kadı adaleti* kavramıyla<sup>22</sup> örtüşmektedir). Tyan'a göre, *istihsan* yöntemiyle hataya düşmeksizin birden fazla çözüm mümkündür; öte yandan tamamen önceki yerleşik kuralların metnine (lafzına) dayalı olmasından ve şartların değişimiyle çeşitlenmemesinden dolayı *kıyas* yöntemiyle ancak tek bir çözüm mümkündür.<sup>23</sup> *İstihsan*'ın bu yorumu, "equity"nin durumunun, Kur'an ve sünnetin buyruklarından çok hukukçuların vicdanına bağlı olduğunu iddia eder.

### *Diğer İslamcılar*

Bir hukuk kaynağı olarak equity kavramı (diğer yandan kamu yararı veya ortak iyi olarak da ifade edilir) diğer bazı İslamcıların yazılarında da destek bulur. Noel Coulson şunu ifade eder: "*Şâfi'nin tezi, İslam Hukuk teorisinin klasik yorumunun temelleri oldu. Onuncu yüzyıl ve sonrasında hukuki icma' (juristic consensus), Kur'an veya sünnetten istidlal edilmesi gereken ya da bu ikisinden analogik tümdengelime ulaşılan bir hukuk prensibiydi. Klasik hukuk teorisi tarafından tanınan bir ek vasıtasıyla, bazı durumlarda sert analogik akıl yürütme (kıyas) adaletsizliğe yol açabilir ve öyleyse daha serbest bir akıl yürütme formuna müsaade edilebilir. Diğer yandan, bu durum eskilerin reyine benzer bir hale gelmiş oldu, şimdi o (rey) daha sofistike terminoloji ile donatılmış ve istihsan ('en uygun çözümü arama') veya istislah ('umumun menfaati için en iyi çözümü arama') olarak isimlendirilmişti. Fakat bu durum artık teoride insan aklına ilahi bir rol verme olarak algılanmıyordu. Artık 'equity' ve 'kamu yararı', Kur'an ve sünnette özel-tikel bir talimatın bulunmaması*

---

<sup>20</sup> Tyan, 13. dipnotta a.g.e. s. 95.

<sup>21</sup> Bkz. ör; a.g.e. s. 85-87.

<sup>22</sup> Başka bir deyişle, belki doğru olmayan fakat elverişli bir hüküm verilmesi.

<sup>23</sup> A.g.e. s. 95.

halinde gerçekleştirilmesi hukuk biliminin görevi olan Allah'ın amaçları (murad-ı ilahi) olarak görülmekteydi".<sup>24</sup>

A. Qadri daha da ileri giderek şunu ifade eder: "İstihsan prensibi, İngiliz Equity'si ile mukayese yapılabilmesi maksadıyla geliştirildi".<sup>25</sup>

Bazı İslamcılar ise *istihsanı*, equity ile akıl yürütme olarak açıkça eşleştirmekten kaçınır, ancak onların *istihsanın* mahiyeti hakkındaki fikirleri kavramı kapalı bırakır. S. Mahmasani *istihsanı*, metnin "önceliği" ve zayıfın yerine daha güçlü hukuki dayanak olarak tanımlar. Hanefilerin bunu, gizli analoginin (açık ve bariz analogiyle kıyastan ayrı olarak) önceliği düşüncesi olarak kullandıklarını tespit eder: "Onlar bunu 'yorumcunun iç dünyasında oluşan ve kendisini kelimelerle ifade etmekte veya başka araçlarla izahta aciz kalacağı (hukuk için) bir kaynak' ya da 'analogiyi bir tarafa bırakıp insanlar için daha faydalı olanın araştırılması' yahut örf, kamu yararı, zaruret veya güçlüğün hafifletilmesi dolayısıyla belirli bir (hukuki) kaynaktan vazgeçilmesi olarak açıkladı".<sup>26</sup> (dipnot kaldırılmıştır)

### **Paret & Schacht**

R. Paret, *istihsanı* kabul eden İslam Hukukçularının onu şöyle tanımladıklarına dikkat çeker: "Onların bir takım meselelerde kıyastan ayrılmaları ve *istihsanı* kullanmaları, -onların söylemiyle- kişisel eğilimle kararlaştırılmış veya sistemli düşünmedeki eksiklikten kaynaklanan bir durum değildir, tam tersine bütünüyle hukukun öngörmüş olduğu malzemenin dikkate alınmasıdır. Bu 'gizli kıyas'tır (kıyas-ı hafî), haricen açık kıyastan, dâhili ve kendinden şartlanmış karara dönüşür. İstihsanı tercihin sebebi Kur'an'dan, sünnetten, icma'dan veya zaruret (gereklik) kaidesinden olabilir fakat her haliükarda genellikle kabul görmüş ispat yöntemleri tarafından tasdik

<sup>24</sup> Coulson, *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence*, s. 6-7, 1969.

<sup>25</sup> Qadri, *Islamic Jurisprudence in the Modern World*, s. 77-78, 1963. Ayrıca bkz. Goldziher, "Fikh", *Shorter Encyclopaedia of Islam*, s. 102, 105, 1953; Rahim, *The Principles of Muhammeden Jurisprudence*, s. 163-166, 1911; 1 Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, s. 72, 1926.

<sup>26</sup> Mahmassani, *Falsafat al-Tashri fi al-Islam: The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, s. 85-86, Ziadeh tercümesi, 1961.

*edilmelidir. Ne (metinde aynı böyle geçer) istihsanın kökeninin tahsis (daraltıcı yorum) prensibine kadar götürülebileceği ne de böylelikle özgün kıyasın alanı içerisine dâhil edilebileceği doğrudur. Aslında o, bu dar alanın dışında kalır ve bu nedenle tümdengelimini özel bir şekli olarak kabul edilmelidir”.*<sup>27</sup>

Joseph Schacht önce Tyan'ın "hukukçunun kendi yerindelik fikri doğrultusunda kişisel tercihini gösteren" ve "kamu yararı, maslahat veya benzeri gerekçelerle katı analoginin ihlali anlamına gelen" bir muhakeme olarak ifade ettiği *istihsan* tanımını takip etmiştir.<sup>28</sup> Fakat daha sonra Paret'in görüşüne yaklaşmıştır: "İlk dönem fakihlerinin görüşleri içerisine hakkaniyet ve yerindelik mülahazaları girmiş olsa da, tam anlamıyla gelişmiş sistemde, *istihsan* (ve *istislah*) prensibi, çok dar bir alanla sınırlandırılmıştır ve hiçbir suretle esas kaynakların (Kur'an ve sünnet) muteber kurallarının, bunların ilk dönem otoriteleri tarafından kabul görmüş yorumlarının ve onlar tarafından çizilmiş kaçınılmaz sonuçlarının yerini alamaz; bu çoğu zaman yalnızca ilk dönem otoriteleri tarafından ortaya konulmuş olan görüşler arasından birini tercih etmek anlamına gelmektedir ki buna *ihtiyar* (tercih) denir".<sup>29</sup>

Schacht'ın görüşü değerlendirecek ve Paret'in görüşünü kabaca özetleyecek olursak; yaygın bir şekilde var olan *istihsan*, equitydir görüşünün aksine, *istihsan* sıkı bir biçimde Kur'an ve sünnetin sınırları içinde kontrol altına alınmıştır. Tyan ve diğerlerinin işaret ettiği gibi böyle bir kavram hukukun üstünde midir veya Schacht ve Paret'in öngördüğü gibi hukukun kontrolü altında mıdır? Chafik Chehata bu sorunu, *istihsan* kavramının kullanıldığı doktrin ve davalarla ilgili bir çalışmasında irdeler.<sup>30</sup> Onun araştırması Schacht ve Paret'in doğruya daha yakın olduğunu göstermektedir.

---

<sup>27</sup> Paret, "Istihsan and Istislah", 4 *Enc. of Islam*, s. 255, 256, 1978.

<sup>28</sup> Schacht, 10. dipnotta a.g.e. s. 98-99. Schacht, 9. dipnotta a.g.e. s. 37 ile uyumludur.

<sup>29</sup> Schacht, 9. dipnotta a.g.e. s. 204.

<sup>30</sup> Chehata, "L' 'équité' en tant que source du droit hanafite", 25 *Studia Islamica*, s. 123, 1966.

### **Cehata**

Cehata, "İslam Hukuku tabii hukuka referansı tamamen engeller"<sup>31</sup> önermesiyle başlar. Hukuk, Kur'an ve sünnet metninin temelleri üzerine kurulmalıdır. Bu nedenle, analogi bu metinlerdeki belirli meselelerden hukuk üretmek için kullanılabilir,<sup>32</sup> fakat hukuk üretmek için tek başına birinin inisiyatifine başvurulmasına müsaade edilmemiştir. Çünkü analogi bazen çok ağır sonuçlar doğurabilir, ancak *istihsan* hafifletici bir etken olarak öne sürülmüştür.

Cehata'ya göre *istihsan*, adalet ve yarar görüşlerini içeren kompleks bir kavramdır.<sup>33</sup> Fakat o equity temelli bir akıl yürütme midir? Eğer equity, yazılı veya geleneksel yasal düzenlemelerin üstünde olan bir doğal hukuk olarak tanımlanacak olursa, bu mümkün değildir. Çünkü İslam Hukukunda tabii hukuk düşüncesi yoktur.<sup>34</sup> Bu nedenle Cehata *istihsanı* bu şekilde tanımlamaz, daha ziyade bütün bunlarla uyum içinde yeni vakıaları düzenleyecek bir bakış açısıyla hukuk metinleri içerisinden hukuk teorilerinin ruhunu (özünü) -o bunu *ratio legis* olarak deyimler-bulup çıkarmak için bir yöntem olarak tanımlar.<sup>35</sup> Cehata'ya göre *istihsan*, metinlere uygun, yakın çözümleri bulup çıkarmak için hukukun belirgin (zahir) yargılarını kullanan analogiyle akıl yürütme yönteminin tersidir. Hatta bu gizli analogi (kıyas) karşısında açık analogi de (kıyas) değildir. O, analogi işlemi sınırları dâhilinde bulunamayan bir çözümü benimser.<sup>36</sup>

Cehata'nın yorumu Tyan'dan farklılık gösterir. Tyan, *istihsanı* bir kuralın ruhu (*esprit*) içerisinde kalmak olarak tanımlar, fakat beşeri ihtiyaçların giderilmesi prensibi gibi, hukukta yaygın biçimde bulunduğu varsayılan müphem prensiplere

<sup>31</sup> A.g.e. s. 123 (yazarın tercümesi). Bu önermenin dayanaklarının ayrıntılı açıklaması için ayrıca bkz. Cehata, "Logique Juridique et Droit Musulman", 23 *Studia Islamica* 5, s. 7-8, 24, 1965.

<sup>32</sup> Cehata, 30. dipnotta a.g.e. s. 123.

<sup>33</sup> A.g.e. s. 136.

<sup>34</sup> A.g.e. s. 137.

<sup>35</sup> A.g.e. s. 138. Cehata tarafından alıntılanmış olan *fikh* üzerine yapılmış çalışmalardaki vakıalara bakınız. A.g.e. s. 129-135.

<sup>36</sup> A.g.e. s. 135, 138.

atıfta bulunur.<sup>37</sup> Diğer yandan Chehata, *istihsan*ın hukuk metninden hukuk teorilerinin ruhunu (*l'esprit des théories légales*) bulup çıkarmanın bir yöntemi olduğunu ifade eder ve bu "ruh"un (öz) hukuk metninin bizatihi içinde aranması gerektiği hususu üzerinde durur.<sup>38</sup> Böylece Kur'an ve sünnet hükümlerinin yorumlanması konusunda, Chehata'nın yaklaşımı, Tyan'a göre, Kur'an ve sünnetin direktifleri üzerine daha fazla vurgu yapar bir konumdadır. Fakat buna rağmen *istihsan*ın, analogiyle kıyastan daha değişken olan hukuk metninin şahsi bir yorumu olarak meşrulaştırılabileceğini ileri sürer.

Cehata'nın söylediklerinden şu neticeyi çıkarabiliriz: *İstihsan*, hukuktan bağımsız bir şekilde var olan tanımlanmış kurallar bütünü şeklindeki bir equity anlamında bir akıl yürütme olmadığı gibi ona göre, hukuki metninden analogiyle akıl yürütme de değildir. O, analogiyle akıl yürütme yöntemiyle elde edilmiş çözümlerin tersine, hukuki metin ve çözüm prensiplerinin ruhu üzerine temellendirilmiş bir doğrulama (meşrulaştırma) yöntemidir. Öyleyse *istihsan*la elde edilen çözümün yöntemi nedir? *İstihsan*ın kullanımı (uygulanması), analogiyle akıl yürütmeye veya aksi yönde (analogiyle akıl yürütme *istihsana*) üzerine hangi sınırları koyar? *İstihsan*ın zıddı, hukuki akıl yürütme tekniği olarak ikincinin durumu yani analogiyle akıl yürütme üzerindeki ne tür bir etkisi vardır? Eğer *istihsan* gerçekten diğer muteber bir *kıyas*a baskın idiyse, en azından Hanefi Mezhebinde, neden *kıyas* gibi aynı yöntemlerle tanınmadı?

## İSLAM HUKUKÇULARINA GÖRE İSTİHSAN

İslam hukukçularının çalışmalarının incelenerek,<sup>39</sup> genel akademik görüşün aksine *istihsan*ın equityden doğan bir akıl yürütme olmadığına ortaya konulması bu

---

<sup>37</sup> Tyan, 12. dipnotta a.g.e. s. 88, 91-94.

<sup>38</sup> Chehata, 30. dipnotta a.g.e. s. 136-138.

<sup>39</sup> Chehata, hukukçular için *istihsan*ın, belirli bir vakiada bize en iyi çözüm olduğunu söyleyen bir sezgiyi ifade edeceğini ileri sürerek onların teliflerini küçümsemektedir. Chehata, 30. dipnotta a.g.e. s.

makalenin iddiasıdır. *İstihsan*, hukuki bir problemin şu gerekçelerden biri temelinde çözümünün belirlenmesidir; (1) Kur'an, sünnet veya icmadan doğrudan bir hükümle ya da (2) bu üç kaynaktan biri üzerine analogik kıyasla. Hukuki akıl yürütme yöntemi olarak *kıyastan* (analogik akıl yürütme) farklı olan mantık, *istihsan*la ulaşılan çözümün, aynı olay için analogik akıl yürütmenin diğer bir işleminin önermiş olduğu çözüme aykırı olabileceği faktörünün ilave edilmiş olmasıdır. Kur'an, sünnet veya bir icma' hükmü analoginin önerdiği çözümden daha üstün olabilir veya analogik akıl yürütmenin bir işlemi bir diğerine üstün olabilir. Bu işlemin *istihsan* olarak isimlendirilmesinin tek sebebi, Kur'an, sünnet, icma' veya analogiyle akıl yürütmeye aykırı olarak bir çözümün diğerine karşı "hukuki evleviyet"<sup>40</sup> (*juristic preference*) gerektirmesidir. Bununla beraber izah edeceğimiz üzere bu evleviyet, vicdana (adalet duygusu) başvurarak değil Kur'an ve sünnet tarafından belirlenmektedir.

### Şâfi'

Dört Sünni mezhebin fakihleri, *istihsan*ın hukuki tanımı üzerinde uzlaşamadılar ve onların bu ihtilafı *istihsan*ın gerek bir kaynak olarak gerek bir hukuki akıl yürütme yöntemi olarak kullanımı konusunda ciddi anlaşmazlıklara sebebiyet verdi. Şâfi'ye göre *istihsan* İslam hukukunun bağımsız bir kaynağı olarak var olamaz.<sup>41</sup> İslam Hukuk Teorisi buna müsaade etmez. Müslüman'ın içinde bulunduğu her durum, Kur'an, sünnet veya icma' tarafından bağlayıcı bir hukuk normu (*hükmü lazım*) ile belirlenmiştir. Durumla ilgili doğrudan bir hukuk normu yoksa dahi en azından bu üç kaynaktan (Kur'an, sünnet, icma) birinde ilgili duruma bir işaret (*delale*) vardır. Böyle bir durumda, hukuk normunun delaleti yerleşik

127-128, 137. Bu metinlerle ilgili benim çalışmam onların *istihsan* hakkındaki tahlillerinin Chehata'nın onlara verdiği payeden çok daha fazla derinlikli olduğunu göstermektedir.

<sup>40</sup> "Hukuki evleviyet", birtakım İslamcı müellif tarafından *istihsan*ı tanımlamak için kullanılmıştır fakat can alıcı soru neyin tercih edilecek olduğudur. Bkz. ör; Mahmassani, 26. dipnotta a.g.e. s. 85-87; Schacht, 10. dipnotta a.g.e. s. 98; Tyan, 13. dipnotta a.g.e. s. 84.

<sup>41</sup> Şâfi', *Kitab ar-Risala*, s. 66, (4-5, 18-20), 69 (17-18), 70 (31-33), H. 1321. (tercümesi; Khadduri, *Treatise on Moslem Jurisprudence*, 1961); 7 Şâfi', *Kitab al-Umm*, s. 270 (33) - 271 (3), 271 (15), 272 (30-33), H. 1325. Şâfi', (v. 204/820) İslam hukukunun dört Sünni ekolünden birine adını vermiştir ve fıkıh ilminin öncüsü olarak anılmaktadır. Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 61, 1964.

içtihatlardan akıl yürütme (istidlal) yoluyla bulunacaktır. Şâyet karşı karşıya kaldığımız olay, yerleşik bir içtihadın anlamına (*mana'*) dâhilse bu olayın hukuki hükmü (yerleşik içtihat) belirler; eğer karşı karşıya kaldığımız olay birden fazla yerleşik içtihada benzer ise bu durumda en çok benzeyen içtihadın hükmü belirleyici olur. Bu akıl yürütme işlemi Şâfiî' tarafından *icthâh* olarak adlandırılır ve bu ona göre analogiyle akıl yürütmeye (*kıyas*) denk görülür. Bir dava hakkında hüküm verirken (*hüküm*) veya fikhî görüş beyan ederken (*fetva*) Kur'an, sünnet, icma' veya analogiyle akıl yürütme yöntemleri dışında başka bir akıl yürütme yöntemi yoktur. Bu nedenle *istihsana* başka bir terim anlamıyla da olsa müsaade edilmemiş ve bir *hata* olarak telakki edilmiştir. *İstihsanın* bağımsız bir hukuk kaynağı olarak kullanımının yasaklanmasıyla Şâfiî', keyfi görüşün (*rey*) bir ifadesi olarak onun kullanılmasına karşı olduğunu beyan etmiştir.<sup>42</sup>

### *Gazâlî*

Şâfiî' doktrini taraftarları *istihsan* konusundaki tartışmayı devam ettirdiler. 1109 yılının yazında meşhur usul eseri *Kitabu'l-Mustesfa* ortaya çıktı. Şâfiî' bir hukukçu olan Gazâlî tarafından yazılan bu eserde Gazâlî, *istihsanın* üç farklı anlamını tanımlamış ve keyfi görüş mülahazasını bünyesinde barındıran bu anlamları sistematik bir biçimde reddetmeyi sürdürmüştür.<sup>43</sup>

Onun *istihsan* için var olduğunu iddia ettiği ilk tanım şöyledir: "*anlayışa (akla) ilk gelen şeydir*".<sup>44</sup> Gazâlî, ilahi hukukun (*şeriat*) böyle bir tanım yapmadığı gerekçesiyle bir hukuk kaynağı olarak bu tür bir *istihsanın* geçerliliğini reddetmiştir ve hatta konsensüs (*icma'*) bize bir alimin, hukukun kaynaklarının (*şeriat*) yönlendirmesinden bağımsız bir şekilde kendi duygu ve düşüncelerine dayanarak hüküm veremeyeceğini öğretir. Çünkü bu kaynakları bilgisiyle imtiyaz eden âlimin

<sup>42</sup> Bkz. Schacht, 10. dipnotta a.g.e. s. 120-122.

<sup>43</sup> 1 *Ghazali, Kitab al-Mustasfa*, s. 274-283, H. 1322. (Bundan sonra *Mustasfa* olarak alıntılanacaktır.) (Profesör Roger Arnaldez'e Gazali'nin *Mustasfa*'sındaki bazı bölümlerin aydınlatılmasındaki yardımı için şükranlarımı sunarım.)

<sup>44</sup> "*Al-ladhi yasbiq ila 'l-fahm.*", *Mustasfa*, s. 274 (5).

*içtihat* (sadece önde gelen İslam âlimlerinin yapabileceği kişisel akıl yürütme için güçlü bir çaba gösterilmesi) etmesine müsaade edilmiştir.<sup>45</sup>

İkinci tanım ise, "*müçtehidin* (*içtihat* eden kişi) zihninde canlanan fakat ifade edemediği veya açığa çıkaramadığı bir delil" şeklindedir.<sup>46</sup> Bu tanım da Gazali tarafından reddedilmiştir. Çünkü ortaya konulamayan şey olsa olsa bir hayal ürünüdür. Şâyet onun meşru olup olmadığı bilinmek istenirse, hukukun kaynakları temeli üzerinde test edilmelidir.<sup>47</sup>

Gazali *istihsanın* "sezgisel" bu iki tanımını reddederken, Kur'an veya sünnetten çıkarılmış bir işarete (*delil*) dayanarak belli bir analogiyle akıl yürütmeye muhalefet ediyor olsa bile, üçüncü tanımını da kabul ediyor değildir.<sup>48</sup> Bu *delil* öyle bir şey ki, önümüzdeki meseleye uygulanması gereken fıkhi hükmün, o meselenin benzerlerinin hükmünün olmaması gerektiğine, buna karşılık önümüzdeki meselenin Kur'an veya sünnetteki bir kural tarafından doğrudan düzenlendiğine işaret eder. Örneğin, analogiyle akıl yürütmeye (kıyasa) göre bir kişi "benim malım sadakadır" dediğinde bütün malının sadaka olarak verilmesi sonucu doğar. Fakat Kur'an'daki belirli bir ayet, onun sadaka olarak verdiğini, *zekât* olarak isimlendirilen sadaka vergisi miktarıyla sınırlandırmasına izin verir.<sup>49</sup>

Şâfiî'ye Gazali'nin, keyfi görüşün bir enstrümanı olarak *istihsanın* kullanılmasına karşı oldukları açıktır. Sonuçta *istihsan* olacaksa bile o sadece, önümüzdeki meseleye analogiyle akıl yürütmenin (kıyas) dikte ettiği çözüm yerine Kur'an veya sünnetin uygulanmasının evleviyeti için olabilir. Bu perspektiften

<sup>45</sup> *Mustasfa*, s. 275 (1) - 276 (2).

<sup>46</sup> "*Dalil yanqadihu fi nafsi 'l-mujtahid la tusa'iduhu 'l-'ibara 'anhu wa la yaqdir 'ala ibrazihi wa izharithi.*" *Mustasfa*, s. 281 (1).

<sup>47</sup> *Mustasfa*, s. 281 (1-3).

<sup>48</sup> *Mustasfa*, s. 282 (5).

<sup>49</sup> *Mustasfa*, s. 282 (4) – 283 (5). Fakat bkz. Tyan, 13. dipnotta a.g.e. s. 87.



baktığımızda, Gazali'nin onu niçin mevhum delil (*el-usûlü'l-mevhume*) olarak isimlendirdiği kolayca anlaşılır.<sup>50</sup>

### *Pezdevî ve Serahsî*

Şâfiî'nin reddetmesine karşın *istihsan*, Ebu Hanife<sup>51</sup> taraftarları nezdinde hukuki akıl yürütmenin varlığını sürdüren bir kavramdı. Pezdevî (v. 482/1089)<sup>52</sup> ile Serahsî'nin (v. 483/1090)<sup>53</sup> çalışmaları *istihsan*ı yeniden tanımladılar ve bu kavramı ilgili yerlerdeki detaylı tartışmalarda birçok örnekle meşrulaştırmaya çalıştılar. Onlara göre *istihsan* şu iki şeyden biri olabilirdi: (1) (a) Kur'an veya sünnetteki bir gelenek (*athar*), (Gazali'nin üçüncü tanımında kabul ettiği anlamda) ya da (b) icma' veya zaruret (*darura*)<sup>54</sup> nedeniyle analogiyle kıyasın terk edilmesi yahut (2) iki kıyastan (analogiyle akıl yürütme) daha güçlü olanı. Her iki durumda da *istihsan* bir delile diğer delil karşısında öncelik verilmesidir. Bu, belli bir olay hakkında hukuki delillerin dikte ettiği hukuki çözümün yerine equity nosyonunun dikte ettiği hukuki çözümün tercih edilmesi sorunu değildir. Hüküm olan (uygulanan) çözüm, İslam Hukukunun muteber bir delili ile temellendirilmiş ve bir delilin diğerine olan önceliği ya daha önceden belirli öncelikler ya da hukukun gerekçeli yorumu üzerine dayandırılmıştır.

Pezdevî ve Serahsî tarafından tanımlanan birinci tür *istihsana* gelince, burada Kur'an, sünnet veya icma' tarafından dikte edilen çözümün analogiyle akıl

---

<sup>50</sup> *Mustasfa*, s. 274 (4).

<sup>51</sup> Ebu Hanife (v. 150/767), İslam hukukunun Sünni bir ekolüne adını vermiştir.

<sup>52</sup> *Pezdevî, Kanız al-Wusûl ila Ma'rîfat al-Usûl*, 4 Buhari, *Kashf al-Asrar*, s. 1125 (1) - 1126 (10), (şerhte) H. 1307. [bundan itibaren (şerhe işaret ettiğimizde) Pezdevi olarak aktarılacak ve Buhari (metne işaret ettiğimizde)]. Buhari'nin çalışması, Pezdevî'nin şerhi üzerine yorum (şerh) çalışmasıdır.

<sup>53</sup> 2 *Serahsî, Usûl as-Sarakhsi*, s. 202 (20-21), 204 (1-2), 1973. (Bundan sonra *Usûl as-Sarakhsi* olarak atıf yapılacaktır.) Serahsî'nin vefat tarihi kesin değildir. Farklı olarak 438, 483, 490 ve 500 tarihleri verilmektedir. Bkz. Brockelmann, *Geschichte der Arabischen Litteratur*, Supplementband I, s. 638, 1937.

<sup>54</sup> Zaruret, hukukun bir kaynağı değildir ancak hüküm için Kuran, sünnet ve icmadan elde edilen meşru bir dayanaktır. Bkz. metnin devamı s. 14-15. Zarurete ilişkin vakıalara bakıldığında katı bir zorunluluk ve kamu politikası olmadığı anlaşılmaktadır.

yürütmenin dikte ettiği çözüme olan önceliği, bu kaynaklardan olan asli delillerin tali delillere olan önceliği üzerine temellendirilmiştir. Şâyet birisi unutarak oruçlu iken bir şeyler yerse, analogiyle akıl yürütmeye (kıyasa) göre o kişinin orucu bozulur, fakat onun orucunun geçerli olduğu ve devam etmesi gerektiğine dair Peygamberden bir hadis vardır.<sup>55</sup> Aynı şekilde analogiyle akıl yürütmeye (kıyasa) göre, akit yapılırken akdin mevzuunun mevcut olması gerektiği kuralı, selem akdine (akdin mevzuunun tesliminin sonra gerçekleşmesi üzerine yapılan akit) cevaz veren bir hadisle aşılmıştır.<sup>56</sup> Kıyas kira akdinin geçerliliğini de reddeder. Çünkü akit henüz varlığı olmayan bir menfaatin yani zamanın geçmesi üzerinedir. Tam iki taraflı akitler zamanın geçmesi üzerine yapılamaz. Fakat bu konudaki bir hadis kıyası bozar ve akde izin verir.<sup>57</sup>

İcma' lehine *kıyastan* ayrılışın en tipik örneği iş görme akdidir. Bir kişi ayakkabıcıya giderek ondan bir çift ayakkabı yapmasını isterse, kıyasa göre burada ürünün son haliyle ilgili ortaya çıkabilecek olan bir hata ihtimali nedeniyle bir alışveriş akdi yoktur. Akdin konusu hakkında nizaya sebebiyet verecek bir belirsizlik olduğu için akit geçersizdir. Hâlbuki insanların ticari örfüyle bu meseledeki muhtemel hataların tolere edilebileceği konusunda ittifak oluşmuş ve akde izin verilmiştir.<sup>58</sup>

Zaruret halinin gerektirdiği bir çözüm, analogiyle akıl yürütmeye (kıyas) göre ortaya konulan bir çözümden üstün telakki edilir. Örneğin, bir kuyu necis atıklarla kirletilmişse suyun içilip içilemeyeceği sorusu gündeme gelir. Normalde fıkha göre kirli su içilemez. Necis atıkların kuyu suyuna karışması onu kirli hale getirecektir. Fakat kuyunun suyu kirli kısmın ayrıştırılmasıyla artılamamaktadır. Buna rağmen

<sup>55</sup> Pezdevî, s. 1125 (3-4), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1125 (20-23); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 202 (21-24).

<sup>56</sup> Pezdevî, s. 1125 (3), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1125 (13-17); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 203 (1-2).

<sup>57</sup> Pezdevî, s. 1125 (3), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1125 (17-20). Serahsî, bu örneği zaruret başlığı altında tasniflendirir. *Usûl as-Sarakhsi*, s. 203 (12-13). Bkz. Mahmassani, *Falsafat al-Tashri fi al-Islam: The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, s. 85-86, Ziadeh tercümesi, 1961 ki bu eser böyle bir durumda "evleviyet"i, metinlere ve zayıf olan karşısında güçlü olan hukuki dayanaklara öncelik tanınması olarak izah eder.

<sup>58</sup> Pezdevî, s. 1126 (2), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1125 (24) – 1126 (1); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 203 (3-7).

birçok insanın bu suya ihtiyaç duyması sebebiyle fikhın kirli su hakkındaki genel çözümü, kıyas yoluyla zaruret lehine reddedilir.<sup>59</sup>

Zaruret halinin bizzat kendisi elbette İslam hukukunun bir kaynağı değildir. Buhari (v. 730/1329), Pezdevî'nin çalışmaları üzerine yaptığı şerhinde, zaruret dolayısıyla akıl yürütmenin Kur'an ve sünnet tarafından ortaya konulan bir prensip olarak meşrulaştırıldığına dikkat çekmiştir.<sup>60</sup> O, bunun icma ile savunulduğunu belirtmekle beraber<sup>61</sup> *icma* kavramı yerine *ittifak* kavramını kullanır.<sup>62</sup> Öyleyse zarureti esas alan bir çözümü tercih, hukukçunun hukukun muteber kaynaklarıyla bir bağı olduğunu reddetmez.

Pezdevî ve Serahsî tarafından tanımlanan istihsanın ikinci türü, eldeki bir olayda mevcut olduğu görülen iki analogiyle akıl yürütmeden "güçlü" olanın diğerine tercih edilmesidir. Davayı hükme bağlamak için gerekli yasal norm tespit edilirken bir çözüm, analogiyle akıl yürütme yoluyla belirgin hale gelebilir. Ancak derinlemesine bir incelemeyle şu daha net bir hale gelir ki çözüm için esas alınan hadis zayıf iken bariz olmayan diğer bir hadis daha güçlü olabilir yani daha uygun olarak kabul edilebilir. Bu gizli ama daha güçlü hadisten analogiyle akıl yürütme, *istihsan* olarak, zayıf olan hadisten analogiyle akıl yürütmeye üstün kabul edilir. Bu durumda güçlülük ya da zayıflığa, gerek hadisteki hukuki norma (hüküm) vücut veren sebebin (illet) doğru bir şekilde tespit edilip edilmediğinin ve somut olayı çözmekte olup olmadığının gerekse eldeki vakıa ile hadis arasında sadece yüzeysel

---

<sup>59</sup> Pezdevî, s. 1126 (3-4), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1126 (2-7); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 203 (8-12).

<sup>60</sup> Buhari, s. 1126 (7).

<sup>61</sup> Ancak bkz. Tyan, 13. dipnotta a.g.e. s. 84.

<sup>62</sup> Ebu Hanife'yle (Allah rahmet eylesin) karşıt görüşte olanların, hadis, icma veya zaruret vasıtasıyla *istihsam* inkâr etmediklerini bilmekteyiz çünkü bu delillere (*dela'il*) dayanarak, analogiyle akıl yürütmeden (*kıyas*) ayrış genel (*ittifak*) bir kabul görmüştür (*müstahsen*). Bilakis, onlar, Ebu Hanife'nin tersine kanaat (*rey*) ile *istihsam* kabul etmediler. *Wa-'lam aydan an al-mukhalifin lam yankiru 'ala Abi Hanifa -rahimahu'llah- al-istihsan bi 'l-athar wa 'l-ijma' aw ad-darura li-anna tarka 'l-qiyas bi hadhihi 'd-dala'il mustahsan bi 'li-ttifaq wa innama ankaru 'alayhi 'l-istihsan bi 'r-ra'y*. Buhari, s. 1124 (5-7) (yazarın tercümesi).

bir benzerliğin olup olmadığının belirlenmesiyle karar verilir.<sup>63</sup> Bu gerekçeli açıklamaya dayanan bir kıyas diğerine tercih edilir.

Örneğin, Pezdevi ve Serahsi'ye göre ve “gizli” bir kıyas olarak Tyan tarafından ilişkilendirilen vakıa anımsanırsa, İslam hukuku yırtıcı hayvanların artıklarının yenmesini yasaklar çünkü bu tür hayvanların etleri temiz değildir (necis) ve bu, onların temas ettiği besinleri necis hale getirir. Bu ilkeye istinaden analogiyle akıl yürütme yoluyla şahin, doğan gibi yırtıcı kuşlardan arta kalan besinlerin de yasak olduğu, bunların etlerinin necis olması sebebiyle ileri sürülebilir. Bu hayvanların ve kuşların etleri yırtıcı oldukları için necis kabul edilir. Bununla birlikte İslam hukuku yırtıcı hayvanların ve kuşların belirli kullarımlarına ruhsat vermektedir; bunların derileri, kemikleri ve tüyleri temiz kabul edilir. Bunların sadece etleri necis kabul edilir ve yenmeleri yasaktır. Mademki bir kuşun gagası temiz o zaman neden gagasıyla dokunduğu besin necis olmaktadır? İstihsan ile akıl yürütme yırtıcı hayvanlardan arta kalan besinlerin necisliğindeki gerçek sebebi (illet) derinlemesine araştırır. Yırtıcı hayvanların ve kuşların necis etleri ile bu etlerden kaynaklanan salya, yırtıcı hayvanların dokunduğu besinleri necis haline getirmekte ve bunların yasaklanmasına sebep olmaktadır. Yırtıcı kuşlardan arta kalan besinler bu salya ile karışmamaktadır çünkü bunlar salya salgılamayan gagaları ile yer ve içerler. Bu nedenle, bu gizli (hemen anlaşılamayan) ama güçlü analogiyle akıl yürütme vasıtasıyla bunların dokundukları besinler temizdir. İstihsan, belirgin fakat daha zayıf analogiyle akıl yürütmeden üstün kabul edilir.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Pezdevî, s. 1122 (1) – 1124 (5), 1126 (6-19), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1122 (2) – 1123 (5), 1124 (22) -1125 (8), 1126 (7-15); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 201 (18-20), 203 (16-21), 204 (1-2); 10 *Sarakhsi, Kitab al-Mabsut*, s. 145 (8-10), 1978. Chehata, “Pezdevî'ye göre bu böyledir..., istihsan, kıyas olarak isimlendirilen analogiden daha güçlü bir analogidir.... Bütün tümevarımların kökten temizlenmesini ihtiva eden bir akıl yürütmeyi gizlemek için o, “haft” nitelemesiyle bezenmiştir. Aslına bakılırsa iki benzer olayda, açık bir sebep olmaksızın yani herhangi bir benzerlik ileri sürmeden, bir çözümden diğerine geçilmiştir” derken Pezdevî'ye açık çek vermiyordu. Chehata, 30. dipnotta a.g.e. s. 126-127, (kendi tercümem).

*Kıyasın kurucu unsurlarının (asli (orjinal) vakıa, fer'i (yeni) vakıa, illet (sebeup) ve hükiim (norm) bir izahı için bkz. Nour, “Qias as a Source of Islamic Law”, 5J. Islamic & Comp. L. 18, s. 22-30, 1969-76.*

<sup>64</sup> Pezdevî, s. 1126 (23) – 1127 (12), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1126 (20) – 1127 (27); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 204 (1-9).

### *Amidi*

İstihsan, İslam hukukunun muteber kaynakları kapsamında elde edilen yasal çözümlerden, somut olaya dair olası iki çözümden birini seçmek için kullanılan bir yöntemdir. En azından kavramsal düzlemde, bu kavramın kullanımı üzerinde Şafii'ler ve Hanefiler arasında ihtilaf olmadığı görülmektedir. Ancak Şafii'nin eleştirisini daha çok onun (istihsanın) suistimaline, doğrusunu söylemek gerekirse onun bir *kadı adaleti* biçimi almasına yönelttiği görülür. Sonraki bir Şafii yazar bu konuda iki okulun görüşlerini uzlaştırmak için çalışmıştır. Amidi (v. 631/1233),<sup>65</sup> Gazali'nin İslam hukukundan herhangi bir dayanağı olmaksızın, duygular veya sezgilerden meydana gelen olarak nitelendirdiği istihsanı reddetmesine katılmaktadır. Ancak bunun fukaha arasında ihtilafı bir konu olmadığını belirtmiştir.<sup>66</sup> Keyfi görüş herkes tarafından reddedilmiştir. Amidi, istihsanı, müçtehidin zihninde doğan ve açıklamaktan aciz olduğu bir kanaat olarak tanımlayan bazı Hanefiler olduğunu ifade etmiş fakat istihsanın bu anlamının meşruluğunu haksız bularak reddeden Gazali'nin aksine farklı bir sonuca ulaşmıştır: Müçtehidin zihnindeki kanaatin dayanağının hukuk olduğu şüpheli ise ya da sadece bir heves ise bu düşüncenin reddedilmesi hususunda herkes hemfikirdir. Buna mukabil İslam hukukunda bunu destekleyen bir delilin varlığı kesinse buna müsaade edildiği hakkında hiçbir tartışma yoktur. Herhangi bir pürüz varsa bu sadece istihsanın terminolojik bir adlandırmasındadır.<sup>67</sup> Hakeza, bir olayda analogiyle akıl yürütmeden daha güçlü olan bir diğeri için vazgeçilir, Amidi ikincisinin etkinliğini Kur'an, sünnet veya icmadan bir metne (referansa) bağlı olmasına dayandırır ve istihsanın isimlendirilmesi dışında bu kavram üzerinde hiçbir ihtilafın olmadığını belirtir.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> 1 *Amidi, Al-Ihkâm fî Usûl al-Ahkâm*, s. 136-138, (bundan sonra *Ihkâm* adıyla atıfta bulunulmuştur).

<sup>66</sup> *Ihkâm*, s. 136 (25-29).

<sup>67</sup> *Ihkâm*, s. 136 (30) - 137 (1).

<sup>68</sup> *Ihkâm*, s. 137 (2-28). Gelenekten (*adet*) analogiyle akıl yürütmeden vazgeçiş için bir sebep olarak bahsedilir ancak icma kavramı dâhilinde yer aldığı görülmektedir. *Ihkâm*, s. 137 (3, 8-9, 25-28).

### Şatibi

Maliki mezhebine bakacak olursak, Maliki<sup>69</sup> doktrininin takipçileri *istihsan* kavramı ile önemli ölçüde ilgilenmemişlerdir. Onlar daha çok hukuk boşluklarını doldurmak için kullanılan hukuki bir akıl yürütme süreci olarak *istislah*<sup>70</sup> kavramı üzerinde durmuşlardır. *İstihsan* kavramı şu kapsamda tartışılmıştır; Maliki hukukçular, hukuki bir çözüm olarak tercihen *istihsan* kabul ettiler ancak olası hukuki çözümler, *istislah* olarak bir hukuki akıl yürütme yöntemi olan *istidlal mürsel* (kamu yararının gözetilmesi) yoluyla elde edilenleri de içermektedir. Bir Maliki müellif Şatibi (v. 790/1388), Maliki doktrininde “*genel kanaatin aksine istihsana özel bir ilgi ile bağlılık olduğunu iddia etmektedir. Bu, analogiyle akıl yürütmeyle kıyaslandığında tercihen istidlal mürsel başvurulmasını gerektirir*”.<sup>71</sup> Şatibi *istihsan*ı daha güçlü kabul edilen diğeri lehine vazgeçilen bir kaynak olarak tanımlamış ancak daha güçlü delilin yalnızca sarıh (açık) olmadığını aynı zamanda zımni (gizli) de olduğunu vurgulamıştır ve *istislah* ikinci kategoride yer almıştır.<sup>72</sup> Doğruyu söylemek gerekirse Maliki ekolü olası alternatifler üzerinde *istislah* yoluyla çözümlemeyi tercih ederek *istihsana* yeni bir boyut kazandırmıştır. *İstislah* sadece kişinin hislerine dayalı olmamakla birlikte daha ziyade bir bütün olarak Kanun koyucunun maksudından

<sup>69</sup> Malik, (v. 179/795) İslam hukukunun Sünni bir ekolüne adını vermiştir.

<sup>70</sup> Tyan, makalesinde (13. dipnotta a.g.m. s. 96) *istislah* kavramını şöyle tanımlar: “*Orjinal yapısı içinde bu yöntem şu ifadelerle özetlenebilir: İdarenin meseleleri düzenlemedeki amacını gösteren genel “menfaatler” (mesalih) üç sınıfa ayrılır. İlki hukukun yazılı ve muayyen metinleri tarafından etkin bir şekilde kabul edilmiş ve düzenlenmiştir. İkinci sınıfta yer alanlar muayyen bir metinde yer almasalar da hukukta atıfta bulunulmuş olanlardır. Üçüncü sınıftakiler ise yazılı ve muayyen bir düzenlemede yer almadığı gibi herhangi bir hükmün konusu da olmayan meseleleri temsil etmektedir*”. Bu son sınıftaki menfaatler *mesalih-i mürsel* (herhangi bir yazılı hükümle “bağı olmayan menfaatler”) olarak isimlendirilir. Buna binaen insan aklı, yazılı hükmün yokluğunda, kendi menfaatlerinin himayesi bakımından zorunlu hale gelen muhtelif hukuk kuralları bulmak için kaynaklarını azaltarak, kendiyile baş başa kalır. Ayrıca, benzer şartlar altında uygulanacak normların ve yargısal çözümlerin tesis edilmesinde yol açan akıl yürütme, hükme “bağı olmayan (*istidlal mürsel*)” bir araştırma yöntemi olarak nitelendirilir. (yazarın tercümesi)

<sup>71</sup> 4 *Shâtibi, Al-Muwâfaqât fi Usûl ash-Sharî'a*, s. 205 (17) - 206 (2), (bundan sonra *Muwâfaqât* ismiyle atıfta bulunulmuştur): “*Al-akhdh bi-maslaha juz'îya fi muqâbalat dalil kulliy. Wamuqtadâhu 'r-rujû' ulâ taqdim al-istidlâl al-mursal 'alâ 'l-qiyâs.*”

<sup>72</sup> Bkz. *Muwâfaqât*, s. 207 (18) - 209 (2).

derlenir,<sup>73</sup> Malikiler haricindeki *istihsan* tasavvuru Kuran ve sünnet tarafından bu kadar bağlayıcı bir şekilde sınırlandırılmış gibi görülmemektedir.

Örneğin, borç prensipte faizdir çünkü dirhem<sup>74</sup> dirhemle takası bir zaman faizidir. Fakat borç akdine zorda kalanların ihtiyaç ve zorunluluğu olduğu için müsaade edilmiştir. Aksi takdirde, sorumluluk altında olanlar üzerinde baskı olurdu.<sup>75</sup> Baskının hafifletilmesi faiz kuralından daha önemlidir çünkü iyilik ilkesini savunan yasanın ruhu, bu yasanın lafzına göre daha saygındır.

İstislah kavramı detaylıca ele alınmadan Maliki tanımındaki kaynağın İslam hukuk ruhu olduğu fark edilmeyebilir, en yakını şu olabilir ki *istihsan* diğer kaynaklara karşı istislahı tercih yoluyla *equity*nin nosyonlarını yerine getirebilir. Bununla birlikte, istislahın dayandığı genel ilkeler kişinin bağımsız olarak kendi vicdani yorumu vasıtasıyla değil vahyi kaynaklardan zımnen çıkarılır. Kuşkusuz, istislahın keyfi görüş için bir araç olmaktan hangi ölçüde sınırlandırıldığının saptanması adına bu alanda daha fazla araştırma yapılması gerekir.

### *İbn-i Teymiyye*

Dört Sünni ekolden son olarak Hanbelî ekolünü ele alacağız. İbn-i Hanbel<sup>76</sup> doktrininin savunucuları arasında Şafî eğilimi, *istihsan* kavramını çürütmek için yeniden ortaya çıkar.<sup>77</sup> Ancak, İbn-i Teymiyye'nin (v. 728/1328)<sup>78</sup> çalışması birkaç Hanbelî âlimin bu kavramı kabul ettiğini gösterir. İbn-i Hanbel, *mudarebe*

---

<sup>73</sup> *Muwâfaqât*, s. 206 (2-3).

<sup>74</sup> Gümüş madeni para.

<sup>75</sup> *Muwâfaqât*, s. 207 (3-5, 7-8).

<sup>76</sup> İbn-i Hanbel (v. 241/855) İslam hukukunun dört Sünni ekolünden birine ismini vermiştir.

<sup>77</sup> Bkz. ör; İbn Qudâma (v. 620/1223) Gazali'nin üç yönlü *istihsan* tasvirinin esasını neredeyse kelimesi kelimesine yeniden şekillendirmiştir. İbn Qudâma, *Rawdat an-Nâzir wa Junnat al-Munâzir*, s. 407-411, H. 1343.

<sup>78</sup> İbn Taymiya, *Mas'alat al-Istihsan*, editör: Makdisi, "İbn Taimiya's Autograph Manuscript on *Istihsan*: Materials for the Study of Islamic Legal Thought", Makdisi (ed.), *Arabic and Islamic Studies in Honor of Hamilton A. R. Gibb*, s. 446, 1965, (bundan sonra *İstihsan* adı ile atıfta bulunulmuştur).

sözleşmesi,<sup>79</sup> *teyemmüm*,<sup>80</sup> Sevad -Irak'ın eski adı- arazisinin elde edilmesi<sup>81</sup> ve ekim için araziye el konulması<sup>82</sup> olaylarında analogiyle akıl yürütmeden (kıyas) ziyade *istihsan* yoluyla çözümü savunmaktadır. Kadı Ebu Ya'la (v. 458/1066), Ebu'l-Khattab el-Kalwadhawî<sup>83</sup> (v. 510/1116) ve İbn-i Akil (v. 153/1119) gibi Hanbelî hukuk âlimleri *istihsan*, Kuran, sünnet veya icma nezdinde daha üstün addedilen bir hukuki normun (*hüküm*) diğeri için terk edilmesi olarak açıklamışlardır. Bir esastan tündengelimli akıl yürütme (*istidlal*) diğerinden daha büyük öneme sahip olduğu için iki kıyas (analogiyle akıl yürütme) arasında daha tercihe şayandır.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> *Mudarebe* sözleşmesinde temsilci, vekâlet veren dinlemeyip onun siparişi haricinde bir şeyler satın alırsa, analogiyle akıl yürütmeye göre, kâr, vekâlet verenin; hakkaniyete uygun bir ücret de temsilcinin olmalıdır. *İstihsan*, vekâlet veren ile temsilcinin her ikisine de kârdan pay verecekti. İbn Hanbel, kârın vekâlet verenin olması gerektiği fikrini savunan ilk kişi idi ve kendisi *istihsan* yoluyla daha farklı bir sonuca varmıştı. *İstihsan*, s. 456 (14-16).

Bu sermaye anlaşmasının bir açıklaması için bkz. Udovitch, *Partnership and Profit in Medieval Islam*, s. 170-248, 1970.

<sup>80</sup> *Teyemmüm*, su bulunmadığı durumlarda, temiz toprak veya kum ile temizlenmektir. *The Holy Qur'an*, s. 242/704, tefsir ve tercüme eden Ali, 1946. Analogiyle akıl yürütmeye göre toprak, su bulununcaya kadar bu statüye sahiptir. Ancak İbn-i Hanbel'in *istihsan* yoluyla yaptığı muhakemeye göre *teyemmüm* her ibadet için uygulanabilir. *İstihsan*, s. 456 (17-18).

<sup>81</sup> Sevad (Irak) arazisinden gelir elde edilmesine müsaade edilmiştir ancak satın alınması söz konusu değildir. Analogiyle akıl yürütme bir nesnenin onun sahibi olmayan bir kişiden alınmasına izin vermez fakat İbn-i Hanbel *istihsan*ın bu vakıda arazinin satın alınmasına müsaade edilmesi için benzer şekilde; Kuran'ın satışının yasak olmasına rağmen, Kuran nüshalarının satın alınmasına olanak tanınması hususuna başvurduğunu ifade eder. *İstihsan*, s. 456 (19) - 457 (2).

<sup>82</sup> Zorla birinin arazisine el koyarak üzerinde ekim yapmaya ilişkin olarak İbn-i Hanbel, *istihsana* göre ve analogiyle akıl yürütmeye zıt olarak; bitkilerin arazi sahibine kalacağını fakat masrafları el koyan kişiye ödemesi gerektiğini ifade eder. *İstihsan*, s. 457 (3-4).

<sup>83</sup> Metinde, "Ebu'l-Khattab el-Kalwadhawî (v. 510/1116) şeklinde aktarılan isim Ebu'l-Hattab Mahfûz b. El-Hasen el-Kelvezânî el-Bağdâdî olmalıdır. 432/1041 tarihinde dünyaya geldi. Nisbesinden çok Ebu'l-Hattab künyesiyle tanınmıştır. Zirikli kaynak göstermeden Bağdat'ta doğduğunu söylemektedir. Ancak eserlerini yayımlayan araştırmacılar klasik kaynaklardaki "Kelvazalı, sonra Bağdatlı" ifadesinden hareketle Bağdat'ın ı fersah güneyindeki Kelvezâ köyünde doğmuş ve küçük yaşta Bağdat'a göç etmiş olmasını daha kuvvetli bir ihtimal olarak görmektedir". Geniş bilgi için bakınız: Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), Kelvezânî maddesi, (2002), cilt:25, s. 217-218. Buradan hareketle Kelvezâ beldesine nisbet, metinde "Kelvezâvî" şeklinde, DİA'da ilgili maddede ise "Kelvezânî" olarak yapılmıştır.. (ÇN.)

<sup>84</sup> *İstihsan*, s. 457 (5-10).



Eğer bir olayda, kıyas (analojiyle akıl yürütme) ile *istihsanı* ayırt edebilmek için ciddi bir dayanak varsa, İbn-i Teymiyye, bu tür bir *istihsanın* meşruluğu hakkında herhangi bir ihtilaf olmadığını belirtmiştir. Örneğin, dini usule göre kesilmemiş haldeki etin tüketilmesine, zaruret gerekçesiyle yemek durumunda kalanlar müstesna, kural olarak müsaade edilmez. Bu olayda, kıyasa (analojiyle akıl yürütme) sınırlama gerektiren önemli dayanak zarurettir (*darura*).<sup>85</sup> Ancak, ne zaruretin ne de herhangi bir haklı dayanağın olduğu *istihsan* hakkında, kıyastan (analojiyle akıl yürütme) ayrıştığı yönünde bir ihtilaf olmuştur ve bu *istihsan* kavramı hakkında illetin tahsisi (*tahsis el-'illa*) şeklinde bir tartışmayı ortaya çıkarmıştır.

İlletin tahsisi kavramı, İslam hukuk ilminin başlarında ortaya çıkmıştır. İbn-i Teymiyye'nin tezine geçmeden önce bunun kökeninden bahsetmek yararlı olacaktır. Pezdevî ve Serahsî bu fikri, ilk Hanefi müelliflerden Kerhi'ye (v. 340/952)<sup>86</sup> dayandırdılar. Bu, "illetin varlığına bir mani nedeniyle hukuk normunun (fıkhi hüküm) mevcut olmaması"<sup>87</sup> manasında anlaşılmıştır. Diğer bir deyişle, Kur'an ya da sünnetteki bir olaya ilişkin hukuk normu, kendi üzerine bina edildiği illeti açıkça belirten bir metin olmadan var olabilir. Hukuk âlimleri sonra onu bir illete bina etmiş ve bu illetin diğer olaylarda mevcut olduğu görüldüğünde analojiyle akıl yürütme (kıyas) asıl olaydaki hukuk normunun (hükümün) yeni meselede de uygulanması gerektiğini belirler. Ancak bazı olaylarda diğer muteber kaynağın hükümleriyle çelişmesi hukuk normunun uygulanmasına bir engel teşkil edebilir. Bu durum meydana geldiğinde yeni meselede (fer') illetin varlığı bulunur ama asıl olaydaki hüküm uygulanmaz. Başka bir deyişle, asıl olayın temelindeki kaideler

---

<sup>85</sup> *İstihsan*, s. 458 (3-5). İletin tahsisi meselesiyle ilgili bakınız: Songur H., "From Mu'tazila-Hanafi Tradition to Maturudi-Hanafi Tradition: The Case of Specificization (Tahsisu'l-İllah)", BRISMES Annual Conference, Faith, Politics and Society, 23-26 July 2006, Dept. Of Teology & Religion University of Birmingham, Birmingham, England. (ÇN.)

<sup>86</sup> Pezdevî, s. 1133 (9-11), Buhari, s. 1123 (21-26) – 1160 (9-14); *Usûl as-Sarahsi*, s. 207 (19-20).

<sup>87</sup> "Wujûd al-'illa ma'adam al-hukm li-mani". Buhari, s. 1160 (10-11).

mantıksal olarak yeni olayda uygulanabilir ancak diğer bir kaynağa dayalı elde edilen karşıt pozitif norm (diğer fihhi hüküm) önceliklidir.

İbn-i Teymiyye illetin tahsisinin bu nosyonundan bahsetmiş ve bunu Ebu Hanife takipçilerine isnat etmiştir. Ayrıca, illetin tahsisinin, illeti yok edeceğini iddia edenler ile istihsan kavramını kabul etmekle beraber istihsanın illetin tahsisi kavramı olduğunu reddedenlerden söz etmiştir.<sup>88</sup> İbn-i Teymiyye tarafından değinilmeyen Pezdevî ve Serahsî bu ikinci grupta yer alır gibi gözükmemektedir ancak onlar ayrıca bir inceleme gerektirir. Onlar, (asıl meseledeki hükmün yeni meseleye uygulanmasındaki) engelin varlığının, asıl olay için yanlış illet belirlenmesi anlamına geleceğini iddia ederek illetin tahsisi kavramı varlığını reddetmişlerdir. İletinin tespiti, hatası olağan insani akıl yürütmeye dayanır ve hata, hukukun diğer bir kaynağıyla hukuki normun tatbikinin yeni olayda karşı karşıya gelmesiyle ispatlanmış olur.<sup>89</sup> İletinin ortaya çıktığı her olayda hukuki normun tatbikine olanak sağlayacak yeni bir illet bulunmalıdır.

İbn-i Teymiyye'nin akıl yürütmesi (içtihadı) Pezdevî ve Serahsî ile uyum içindedir ama o illetin tahsisine dair yeni bir anlayışı benimser ve dolayısıyla onu, istihsanın bir tanımı olarak kabul edilebilir hale getirir. İbn-i Teymiyye'ye göre analogiyle akıl yürütme bünyesindeki bileşik tasım (*tard*) geçerli bir illete (*'illa sahiha*) dayanmalı ve bu geçerli illet bir İslam hukuku metnine aykırılık ile yerini almamalıdır. Bu durumda metin dayanakları ve analogiyle akıl yürütme hükümsüz (*fasid*) olur.<sup>90</sup> Bu cihetle bir İslam hukuku metninin aleyhine olarak yerini alan analogiyle akıl yürütmeye izin veren her istihsan telakkisi hükümsüzdür.<sup>91</sup> Böyle bir durumda analogiyle akıl yürütmenin hükümsüzlüğünü gerekçelendirme Pezdevî ve Serahsî'nin söz ettiği ile aynıdır. İslam hukuk metinleri, hususi bir olaydaki hukuki normu meydana getiren illeti her zaman ayrıntıları ile belirtmez ve arka planındaki

<sup>88</sup> *İstihsan*, s. 458 (5, 13-17), 458 (19) - 459 (4), 459 (10-11).

<sup>89</sup> Bkz. Pezdevî, s. 1160 (1-21), Buhari'nin şerhi ile birlikte s. 1160 (12-26); *Usûl as-Sarakhsi*, s. 213 (4-13), 215 (8-16).

<sup>90</sup> *İstihsan*, s. 455 (6-8).

<sup>91</sup> Bkz. *İstihsan*, s. 454 (22-24), 455 (2-5).

anlamı açıklamaz. İslam hukukunda illetin neler olabileceğine ilişkin yani; benzerlik (*munasaba*) ya da hükmün belirleyici faktörü (*manat al-hukm*)<sup>92</sup> olarak kabul edilen illet ve hukuki tesir arasındaki diğer bazı ilişki türleri gibi bir işaret (*dalil*) olabilir ancak yanılması olağan beşeri düşünce nihayetinde hukuki normun (fikhi hükmün) üzerine bina edildiği illetin arkasındaki manayı tespit eder. Yeni bir olayda illetin varlığının anlaşılması ve hukuk normunun İslam hukukunun diğer metinlerine aykırılık teşkil etmeden uygulanamamasına binaen mevcut olması için kısmen veya tamamen değiştirilebileceği başlangıçta belirlenmiş olan illet, anlamı bakımından uygun bir şekilde sınırlandırılabilir.

İlletin tamamen terk edileceğini veya sadece belli olayları kapsayacak şekilde değiştirileceğini belirleyen faktör, İslam hukukundan elde edilebilen ve yeni olayı asıl olaydan ayırt edebilen illete dair bir anlamın (ma'na) var olmasıdır. İki olay yeterince ayırt edilebilirse, illet, asıl olayın mevcut dar anlamının yerini alan olaylar hakkındaki hukuki çözümler değiştirilmeden sınırlanabilir. İki olay arasında kural olarak herhangi bir ayırım yapılamazsa, illet külliyen geçerli olmadığı için akim kalması gerekir. İbn-i Teymiyye istihsanı ya illetin tahsisinin değiştirilmesi ya da bütünü geçersizliği olarak adlandırır. Ayırt edici bir faktör ile izah edilemeyen illeti haiz olduğu olaydaki hukuk normunun uygulanması hakkında bir istisna olarak kabul etmek mümkün değildir.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Brunshvig'de tarif edildiği şekliyle İbn-i Teymiyye'nin, Gazali'nin 'illa tasavvuru ile uyumuna dikkat ediniz; "Valeur et fondement du raisonnement juridique par analogie d'après al-Gazali", 2 Brunshvig (ed.), *Études d'Islamologie*, s. 363, 370-371, 1976: "Diğerlerinden çok daha fazla ihtimam edilmiş ve detaylandırılmış olan kıyas al-'illa (kıyas ash-shabah'ın aksine olarak), temel sorunda, 'normun belirleyici faktörü' (manat al-hukm) olan bir 'sebe'p' veya 'illa ile ilgili olarak sırasıyla mevcudiyete ya da seçime göre hüküm verilmesi üzerine tesis edilen bir iç hiyerarşiyi kabul eder. Elbette, bu ne bir maddi sorun ne de bütünüyle rasyonel bir nedendir fakat hukuki saik -ratio legis- dini-yasal bir düzlemedir ki bu İslam'dır. Bu 'illa tarafından, otorite ve itibar sırasını azaltmak ve İslam hukuku kaynaklarının alışılmış olan sınıflandırmasını yeniden yapılandırmak suretiyle, kabul ve tesis edilen -bu eylem ta'lil olarak isimlendirilir- yöntemler üç çeşittir: yazılı kaynak (nakil), konsensüs (icma), mantıksal çıkarım (istinbat)". (yazarın tercümesi). Bu üç tür hakkındaki bir açıklama için bkz. a.g.e. s. 371-386.

<sup>93</sup> Bkz. *İstihsan*, s. 459 (21), 460 (4-11), 463 (1), 464 (6-8, 13-19), 468 (7-10), 469 (9-13).

Doğru analogiyle akıl yürütme, benzer şeylerin eşleştirilmesi ve farklı şeylerin ayrıştırılmasıdır. İstihsan, İslam hukuku dâhilinde çalışırken meydana gelmiş bir hatanın veya ihmalin düzeltilmesine elverişli metodolojik bir araç olarak bu çerçeve kapsamına girer.<sup>94</sup> Çok geniş olarak tasavvur edilmiş illeti sınırlar ve istisnai olay için izin verecek ekilde yeniden tanımlar.<sup>95</sup> İbn-i Teymiyye'nin ifade

---

Gazali'nin Brunschvig'de izah edilen *tahsis el-'illa* görüşüyle karşılaştırınız, 91. dipnotta a.g.e. s. 383-384.

<sup>94</sup> Bkz. *İstihsan*, s. 464 (20-23), 469 (2-13).

<sup>95</sup> *İstihsanın* doğasına ait bu açıklamayla, İbn-i Teymiyye, Ahmed bin Hanbel'in analogiyle akıl yürütmeye zıt olarak yorumladığı *istihsan* vakalarının yeniden değerlendirmeye devam etmektedir. Bkz. 79-82 dipnotlar. İbn-i Teymiyye şu sonuçlara ulaşmaktadır:

(a) *Mudarebe* sözleşmesi vakasında, analogiyle akıl yürütme ile *istihsan*, ilk olayın sebebi olmanın yanı sıra sonraki olayın da ayırt edici yorumu olarak hâsıl olmuşlardır (*mustanbat*). Sebeplerin biri ya da her ikisi -asıl *kıyas* ve yeni *kıyas* (*istihsan*)- geçersiz olabilir. Bu vakada, tatbik edilen *istihsan* isabetlidir çünkü analogiyle akıl yürütme, temsilcinin bedel karşılığında hareket eden bir kişi olduğu görüşünü esas kabul etmektedir, fakat aslında o, kazanca ortaktır. İşte bu, ayırt edici yorumdur. Bir bedel karşılığında hareket eden kişi kendisine tevcih edilenden başka bir şey yapmaya yetkili değildir fakat bu, onun eyleminin neticesiz olduğu anlamına gelmez. Bu durum vekâlet verenin icazet vermesi koşuluna bağlıdır. Vekâlet veren kendi kazancını elde edebilmek için temsilcinin bağımsız tasarrufuna onay vermek durumundadır aksi takdirde satış hükümsüzdür. Temsilcinin fiiline icazet verildiğinde o, kendi hakkını yani ücretini, vekâlet veren de kendi hakkı olan kazancı elde eder. Ancak, kazanca ortak olan temsilcinin eyleminin onaylanması, onun örneğin kazançtan belli bir pay gibi kendi hakkını alabilmesine müsaade edildiği anlamına gelmektedir. Bu nedenle o, hakkı olan bedeli almaktansa bu payı alır. *İstihsan*, s. 472 (16) - 474 (17). Fakat bkz. Udovitch, 79. dipnotta a.g.e. s. 245-246; Şeybânî'ye atıfla (v. 187/803, Hanefi bir müellif), temsilcinin, sermaye sahibinin kendisine getirdiği meşru bir kısıtlamayı ihlal etmesi hâlinde, *mudarebe* sözleşmesinin bir kira (*icare*) akdi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

(b) *Teyemmüm* vakasında, *istihsan* değil; analogiyle akıl yürütme sahihtir. *İstihsan*, s. 469 (19) - 472 (15).

(c) Bir kimsenin arazisine el konulması ve ekim yapılması olayında *istihsan*, bir *hadise* dayanır ve *istihsanla* çelişen analogiyle akıl yürütme geçersizdir çünkü onun sıhhatini gösteren hiçbir belge yoktur. Analogiyle akıl yürütme, ekim yapan kişiyi gasıp olarak değerlendirdiği için masraflar hakkında onu sorumlu tutar, fakat aslında böyle değildir çünkü ektiği tohumlar ona aittir. Dolayısıyla kendisi araziye ne kattıysa geri almak hakkına da sahiptir. *İstihsan*, s. 475 (10) - 476 (9).

(d) Sevad arazisinin elde edilmesi olayında, satım ile elde etme arasında bir ayrım yapılır çünkü haklı neden ilkinde değil, ikincisinde mevcuttur. Elde etme (purchase/iştirâ) dünyevi bir amaç için olmadığından cevaz verilebilir. *İstihsan*, s. 476 (10) - 477 (1).

ettiği gibi "İslam hukukunda doğru bir analogiyle akıl yürütme aleyhinde herhangi bir şey yoktur."<sup>96</sup>

Hukuki muhakeme sürecinde istihsanın kullanımı hususunda İslam hukuk âlimleri arasındaki tartışma, hakkında görüş birliği olan asgari iki öncülü ortaya çıkarır. İstihsan, doğru biçimde kullanıldığında, eldeki olay hakkında İslam hukukunun muteber dört kaynağından<sup>97</sup> herhangi birine dayanan iki veya daha fazla olası çözüm arasında bir seçim yöntemidir (Kur'an ve sünnetin zımni manasına dayanan bir kaynak olarak istislahı içeren Maliki tanımı hariç olmak üzere<sup>98</sup>). Buna ek olarak, bu seçimin yapılmasına ilişkin yöntemin bir dizi tutarlı önceliklere ya da kuralların temelindeki anlamın mantıksal analizine dayalı bir rasyonelliği olmalıdır.

### “İÇTİHATTAN GEREKÇELİ AYRILIŞ”

Esas itibarıyla, sadece karşıt taraflar arasındaki uyumsuzluğu değil aynı zamanda hukuki karar verme yoluyla birbiriyle çatışan hukuk normları arasında uyumsuzluğun da çözümlenmesi düşüncesi hukukun doğasında vardır. Çatışma sabit hukuk kaideleri arasında ortaya çıkarsa hukuki belirlilik, süreklilik ve tutarlılık mefhumları bu kaidelerin uzlaşmasını veya birinin lehine diğerinin reddini icap ettirir. Amerika Birleşik Devletleri'nde bu çatışma bir mahkeme içtihatı (case precedent) ile yeni yasalaşmış bir hüküm arasında olabilir ki bu durumda bir hukuk kaynağı olarak daha büyük önceliğe sahip olarak yasa geçerli olacaktır. Çatışma iki içtihat arasında da olabilir ki bu durumda nadir ve olağandışı olanın diğeri lehine geçersiz kılınması yoluna başvurulmadan önce onların esaslarını uzlaştırmak için bir

---

<sup>96</sup> "Laysa fi 'sh-shari'a ma yukhalifu qiyasan sahi han." Ibn Taymiya, *Al-Qiyas fi 'sh-Shar' al-Islami wa Ithbat annahu lam Yarid fi 'l-Islam Nass Yukhalifu 'l-Qiyas as-Sahih*, s. 7 (5-6), H. 1346, Fransızca'ya Laoust tarafından tercüme edilmiştir; *Contribution a une étude de la méthodologie canonique de Taki-d-Din Ahmad b. Taimiya*, s. 113-115, 1939. (Accord) *İstihsan*, s. 465 (4-5).

<sup>97</sup> Kuran, Sünnet, İcma ve Kıyas (analogiyle akıl yürütme).

<sup>98</sup> Bkz. bu metin s. 6-10.

girişimde bulunulur.<sup>99</sup> Birbiri ile çelişen iki içtihadın esaslarını uzlaştırma süreci, Anglo-Sakson hukukunda çok geniş bir kabul görmüş olan hukuki akıl yürütme yöntemini (teknikliğini) kullanır. Bu yöntem "içtihadattan gerekçeli ayrılış" olarak 1958 yılında Henry Hart ve Albert Sacks tarafından tanımlanmıştır.<sup>100</sup> Hukuki muhakemenin rasyonel bir yöntemi olarak istihsanı değerlendiren karşılaştırmalı bir temel oluşturmak için bu tekniği ilk olarak *Berenson v. Nirenstein*<sup>101</sup> (davası) örneğinde inceleyeceğiz.

### ***Berenson & Nirenstein***

Berenson davası, bir şirketin hisse senetlerini "satın almak için arayış içinde olan davacı namına temsilcilik ve komisyonculuk yapmak üzere" teklifte bulunan bir davalıyı ihtiva eder. Davacı, "hisselerin alımını gerçekleştirmek üzere davalıyı (Nirenstein) temsilcisi ve komisyoncusu olarak tutmuş... Ve davalı (Nirenstein) komisyoncu ve temsilci sıfatıyla davacı adına hareket etmek ve söz konusu hisse senetlerini satın almak için elinden gelenin en iyisini yapmak üzere anlaşmışlardır."<sup>102</sup> Davacı tarafından 4704 hisse için hisse başına 70\$ olacak şekilde kesin bir teklifte bulunmak üzere yetkilendirilmiştir. Fakat bundan sonra davalı, adına hareket ettiği davacıyı temsil etmesine rağmen hisseleri kendi adına satın almak için şirketin belli başlı mütevellileri ile yazılı bir anlaşma yapmıştır. Davacı, ihtiyati tedbir ile diğer mağduriyetlerinin giderilmesi talebinde bulunmuş ama ilk derece mahkemesi *Salter v. Beal*<sup>103</sup> arasındaki bir davayı emsal olarak gösterip başvurusunu reddetmiştir. Dava, aralarında bariz bir çatışma sorunu ortaya çıkan

---

<sup>99</sup> "İçtihat birliği" ilkesine uyma zorunluluğu, yargıçların emsal kararları hükümsüz bırakacak eğilimlerini katı bir şekilde sınırlamaktadır.

<sup>100</sup> Hart & Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, s. 407-426 (yayınlanmamış eser, 1958).

<sup>101</sup> 326 Mass. 285, 93 N. E. 2d, s. 610, 1950. Bu dava, Hart & Sacks'te bahsedilen tekniği örneklendirerek açıklamak için kullanılmıştır.

<sup>102</sup> 93 N. E. 2d, s. 610-611, 1950.

<sup>103</sup> 321 Mass. 105, 71 N. E. 2d, s. 872, 1947.

Salter anlayışı ile diğer bir yaklaşımı içeren *Spritz v. Brockton Savings Bank*<sup>104</sup> davalarına da bakmış olan Massachusetts Yüksek Yargı Mahkemesi'ne gelmiştir.

Salter davası, her ne kadar davacı tarafından bazı makinelerin son tasarımlarının alımı hakkında bilgilendirilmek için istihdam edilmiş olsa da makineleri kendi için satın alan davalının güven sorumluluğunun olmadığını ispat ettiğini hükme bağlamıştır. Davanın esasında *“bir başkası adına alımda başka bir kanut göstermeye ihtiyaç duyulmadan yalnızca bir taahhüdün, güven ilişkisi tesis ettiği kabul edilemez”*<sup>105</sup> şeklinde karara varılmıştır. Diğer taraftan, Spritz davasının olaylara yaklaşımı komisyoncuya vekâlet verilmesi ilişkisinin bazı yükümlülükleri içerdiğini tespit etmektedir: *“Davacı (komisyoncu) müşteri temin ederken ve emlak satışı gerçekleştirirken sadece davalının (vekâlet veren) menfaatine hareket etmekle bağlıdır. Kendisi alıcı konumuna gelemeyen, yükümlülüğüyle çelişecek herhangi bir şekilde alıcıyla gizli bir anlaşma da yapamaz. Bütün iyi niyetle davalının çıkarını gözetmeyi üstlenmiştir”*.<sup>106</sup>

Davalardaki bu iki yaklaşımı uzlaştırmak ile karşı karşıya kalan Massachusetts Yüksek Yargı Mahkemesi görülmekte olan davayı Spritz olayındaki yaklaşım içinde değerlendirip Salter olayındaki yaklaşımı uygun görmeyerek alt mahkemenin kararını bozmuştur. Bunun hukuki argümanları aşağıda belirtildiği biçimde okunabilir: *“Mülk alımı ya da satımında tam manasıyla komisyoncu gibi hareket eden birinin vekâlet verene karşı güven sorumluluğu, varlığında yüksek kamu yararı bulunan ticari ahlak ve itibar gibi temel ilkelere dayanır ve bozulmaması korumak mahkemelerin zorunlu görevidir. Olaya ilişkin karar verirken (Salter içtihadındaki görüşte) vekâlet veren ile komisyoncu arasında tam bir ilişkinin bulunduğu dair bir düşüncenin mahkemenin zihninde var olduğu kanısında değiliz. ... Burada en azından vekâlet veren ve komisyoncunun iradesiyle, alıcı ile satıcı arasındaki anlaşmanın sürdürüleceğini içeren tam bir ilişki meydana gelmiştir.*

<sup>104</sup> 305 Mass. 170, 25 N. E. 2d, s. 155, 1940.

<sup>105</sup> Salter v. Beal, 321 Mass. 105, 71 N. E. 2d, s. 872-873, 1947.

<sup>106</sup> Spritz v. Brockton Sav. Bank, 25 N. E. 2d, s. 155-156, 1940.

*Komisyoncunun vekâlet verene karşı olan ödevini ihlal edecek şekilde kendisi adına iktisap ettiği mülkiyetin, temsil olunan lehine değerlendirilmesi yönünde yoruma dayanan bir itimada mahal veren hususi ve güvene dayalı bir ilişkinin ortaya çıkması söz konusudur. Katiyen ilk dosyadaki tüm olgular hakkında hatalı bir şekilde karar verildiği iddiasında değiliz ancak davada da ifade edildiği üzere "bu tür ifadeler burada söylenenler bağlamında anlaşılmalı" denildiği üzere bunlardan bazılarındaki genel ifadeler nedeni ile farklı düşünülebilir".<sup>107</sup>*

Böylelikle Massachusetts Yüksek Yargı Mahkemesi, emsal kararların vakaya yaklaşımındaki ayırt edici unsurun davaların tarafları arasındaki ilişkinin doğasında mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, bir güven ilişkisi kurulabilmesi için temsil olunan ile komisyoncu arasında yeterli bir ilişkinin olmasını gerekli görmüştür. Burada, Spritz kararında mevcut olan fakat Salter kararında bulunmayan "vekâlet veren ile komisyoncu arasındaki tam bir ilişkiden" söz edilmektedir. Bu nedenle vekâlet verenin komisyoncuya dava açması uygun bulunmuştur.

### ***Kazai Takdir Yetkisi***

Berenson davasında bir hukuki muhakeme tekniği olarak "içtihattan gerekçeli ayrılış" ne kadar rasyoneldir? Spritz yaklaşımı çizgisindeki kararlarda genel olarak ifade edilen prensibin sınırlandırılmasıyla Salter kararının esası ile olan uyumsuzluğu giderilecektir. Böylece üst mahkemenin kararlardan birini bozması suretiyle emsal karar mefhumu ihlal edilmeden ve hukuki yeknesaklık muhafaza edilmiş olarak ihtilaf çözülecektir. Hukuk ilkelerinin nasıl bir şekilde daraltıldığı veya genişletildiği derinlemesine incelenirse, eldeki bir vaka için hukuken isabetli verilmiş içtihat kararlarında gerçek olayda bulunmasa bile olgusal benzerliklere ve farklılıklara dair kayda değer bir vurgunun yapıldığı görünür hale gelir. Yargıç elindeki vakaya ilişkin başvurabileceği emsal davalardaki ilkeleri ayıklayıp seçerek takdir yetkisini kullanabilmek için belirli bir hareket alanına sahiptir ve yargıcın gidebileceği sınırlar açıkça tanımlanmış değildir. Hart ve Sacks şöyle ifade etmiştir:

<sup>107</sup> Berenson v. Nirenstein, 326 Mass. 285, 93 N. E. 2d, s. 610- 612, 1950.



*“Davacının veya davalının delillerinden bazılarının onaylanması ya da reddedilmesi gerektiğini farz edersek hangi tarafın bu işlemlere tabi olacaktır? Söz konusu düzenlemelerin başlıca hususi etkinliğinin işlevi, bilinen topluluk tutumları ve karşılaştırılabilir problemler hususunda hukukun yerleşik politikaları dikkate alındığında bu soru büyük bir güvenle cevaplanabilir demek bir abartı mıdır?”<sup>108</sup>*

Yargıcın içtihadattan çıkarsama yapıp hukuki bir karar verirken kullandığı takdir yetkisi salt kıyas ile hukuki kıyas arasında bariz bir ayrımın yapılmasını gerektirir. Bu durum şu ifadelerle örneklendirilebilir: Bütün insanlar ölümlüdür; Sokrates bir insandır; bu nedenle Sokrates ölümlüdür. Hesaba katılması gereken bir dizi rakip değişken bulunduğu için hukuki mantık bu şekilde çalışmaz. Karar verme sürecinde bu değişkenlerin önceliği en nihayetinde yargıcın o husustaki kendi eğilimlerine göre tayin edilebilir. Aslına bakılırsa yargıcın sezgisine dayanarak kararını verip daha sonra bunu destekleyecek hukuki bir gerekçe bulup bulmadığı ya da kararını hukuki normlardan çıkarsama yoluyla meydana getirip getirmediği konusu gündeme gelmektedir. Süreç her iki yaklaşımın bir bileşimi gibi görünmektedir: *“Esasen insanlar düşünmeye öncüllerle değil, görünüşte alternatif çözüm ve uygulama olanakları sağlayan, muğlak ve karmaşık bazı olay (dava) ile başlarlar. Öncüller sadece toplam durum analiziyle tedricen su yüzüne çıkarlar. Sorun, verilen öncüllerle bir sonuç çıkarmak değildir ki bu, (öyle olsaydı ÇN.) klavye kullanılarak ruhsuz bir makine parçası tarafından en iyi şekilde yapılabilirdi. Sorun, öncüllerin işlevini görecektir değerinde olan ifadelerin genel esasını ve hususi durumunu tespit etmektir. Doğrusu biz fülülyatta genellikle bazı anlaşılması güç öngörüler içeren bir hükümle (veya alternatif asgari hükümlerle) başlarız ve peşi sıra bunu destekleyecek ya da karşıt hükümler arasında bize akıllıca seçim yapma olanağı sağlayacak esasları ve verileri araştırırız. Hiçbir avukat müvekkilinin davasını bir kıyas işlemi olarak değerlendirmez. Elbette o müvekkilini tatmin edecek bir hükme ulaşma niyetiyle harekete geçer ve sonra lehte bir ifade tesis edebilecek malzemeyi bulmak, küçük bir önerme meydana getirmek için duruma dair olguları inceler. Aynı zamanda, emsal*

<sup>108</sup> Hart & Sacks, 99. dipnotta a.g.e. s. 420.

olarak ileri sürülebilecek kararlarda kullanılmış, olguları açıklayacak ve araştırmayı kati bir şekilde destekleyecek hukuk kurallarını tespit etmek için önceki davaları gözden geçirir. Ayrıca önceki davalarda hükmedilmiş, tatbik edilebilir hukuk kurallarına aşinalığı arttıkça muhtemelen ispata ilişkin bilgileri oluşturmak amacıyla olguları ayıklama sürecinde bakış açısı ve vurgusu değişiklik gösterecektir. Davaya ilişkin daha fazla olguyu öğrendikçe de davasını dayandırdığı hukuk kuralları seçiminde değişiklik yapabilir.

*Bu usulü asla bilimsel yöntemin bir modeli olarak ileri süremem; bu durum böyle bir modelin hususi ve taraflı kararlar tesis etmesine de hizmet eden bir yol açılmasına sebep olur. Ancak bu durum, noksanlığına rağmen burada yapıldığı gibi hususi bir noktayı (meseleyi) tanıtmamaktır yani; öyle ki düşünme, delalet ettiği sonuca nispetle belirsiz ve müphem olan az çok karışık bir durumdan yola çıkar ve bu durumun ve öncelikli kuralların analizi esnasında büyük ve küçük her iki önermenin formasyonu geçici ve bağlantılı olarak işler. Kabule şayan önermeler verilmesiyle beraber, kuşkusuz yargıç ve jüri de sonuç olarak bunların yerinde olduğuna katılır ve karar verilir. Kuralcı bir mantıkta, önermelerden bir karar elde edilmez; kararlar ve önermeler aynı şeyi belirten iki yoldur. Düşünme, önermelerin geliştirilmesi faaliyeti olduğu kadar bir kararın geliştirilmesi faaliyeti olarak da tanımlanabilir”<sup>109</sup>*

## KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ

Herhangi biri hukuki muhakeme kavramını, emsal olayın kıyasla (syllogistic) yorumlanması ve öncüllerin sonucu olabildiği kadar şekillendirmesi gerektiği görüşünü kabul ederse de bu yol rasyonel olarak tanımlanabilir. "İçtihatın gerekçeli ayrılış" bahsinde belirtildiği gibi, sistemin istikrarına katkıda bulunan hukuk prensiplerinin tatbikinde geçmişle tutarlılık ve süreklilik sağlayan belirli

<sup>109</sup> Dewey, "Logical Method and Law", 10 *Cornell L. Q.* s. 17-23, 1924. Dewey, daha sonra bu süreci okyanustaki fırtınalı bir dizi dalgaya benzetir: "öneriler uzanır ve bir çarpışmada kırılır ya da işbirliği içindeki bir dalgayla ileri doğru taşınır." Dewey, *Art as Experience*, s. 38, 1934.

ölçüdeki mantığa bir bağlılık söz konusudur. İçtihat terk edildiğinde yargıç, kendi eliyle kararını kuralsızca, çıkarıcı veya keyfi olduğu ithamına açık hale getirir fakat yargıcın esasen karar verirken sahip olduğu bağımsızlığa rağmen içtihat birliği prensibine riayet bu ithamı ortadan kaldırır.

Diğerlerine kıyasla, çelişik kurallar (hükümler) mütalaa için yarıştığında İslami hukuk muhakemesinde istihşanın kullanımı kararların tespiti için rasyonel bir yöntem olarak tanımlanabilir. İstihşan hüküm yapımı İslam Hukukunun geçerli ve muteber bir deliline dayanır, istihşan sadece bu delilin seçimini belirler ve bunu öncelikler sistematığı ile ya da kavramların özündeki maksadın (anlamın) mantıksal bir analizi vasıtasıyla yapar. Maksadın analizi sıkı bir mantıki çerçevede olmayabilir. Berenson davasında, aracı ile temsil olunan arasında güvene dayalı bir ilişkinin bulunması karar için bir neden veya gerekçe (İslami terminolojide; illet) oluşturmuştur. Benzer bir şekilde, yırtıcı kuşların artığı besinler (onların bulaştığı gıdalar) olayında da necis et (kuşlar gaga ile besine dokunur, gaga da et değil kemiktir ÇN.) ile bir temasın olmayışı hüküm için bir gerekçe teşkil etmiştir. Her ne kadar vakalara ilişkin rağbet edilmeyen yaklaşımda ve Berenson davasında bir gerçeklik bulunuyor olsa da kuşların yırtıcılığının İslami vakalarda belirleyici olmadığı kabul edilmesinde olduğu gibi bir başkası namına alım yapmak için salt bir taahhüt de belirleyici değildir. Olayda muhtelif değerlendirmelere atfedilen öneme bağlı olarak farklı argümanlar farklı sonuçlara ulaşılmasını sağlayabilir. Fakat yine de takdir yetkisi için sağlanan bu hareket alanı İslam hukukunu irrasyonel hale getirmez. Bu, Amerikan hukuk sisteminde ve hukuki gelişmelerin topluma ayak uydurmaya çalıştığı her sistemde bulunur. Hukuki bir muhakeme yöntemi olarak istihşan mefhumu hakkaniyet (equity) kavramına tam bir tezat oluşturur. Hakkaniyet, İslam'da hukukun belirlenmesinin esası (dayanağı) olarak kabul edilebilir değildir. Oysa belki de hala istihşan ile hakkaniyet arasında bir benzerlik bulmak için bazı dayanaklar vardır. Her iki kavram da yarara yönelik bir araştırma fikrini içermektedir. Bu kavramların kullanılmasındaki motivasyon öncelikli olarak, mevcut bir hukuk kuralına uygun olmayan salt hissiyattan kaynaklanıyor olabilir.

Yarara yönelik araştırmayı bir kez hissiyat harekete geçirdi ise benzerlik orada sona erer. Equity, hukuki salahiyetinin dayanağını hukuk sistemi dışında mevcut olan birtakım yerleşik normlarda bulur.<sup>110</sup> İstihsan ise dayanağını, mevcut hukuk kuralları altında yatan illetlerin tespitinde ve bu tespitte esas alınan kurallar arasındaki bariz ihtilafların giderilmesinde bulur.

İstihsan, yeni bir hukuk kaynağı değildir. Sadece birinin vicdani tecrübelerinden kaynaklanan bir kavram değildir. Kamu yararının gözetilmesi, ihtiyacın dikkate alınması, zaruret, menfaat, uygunluk ve kolaylık gibi bir fayda vasıtasıyla harekete geçirilebilir ancak bir Kur'an, sünnet veya icma hükmü ya da bu kaynakların metinlerinin (nasların ÇN) incelenmesi vasıtasıyla çıkarılan bir sebeple (illet) gerekçelendirilebilir.<sup>111</sup> Tyan'ın beşeri menfaatlerin giderilmesi örneğinde ifade ettiği gibi istihsanı hukuk ruhundaki müphem genel esasların subjektif bir yorumu olarak göstermek meşrulaştırmak için yeterli değildir. Bu mefhumlar, kaynakların

<sup>110</sup> *Black's Law Dictionary*, s. 634, 4. basım, 1968; equity kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: “*En geniş ve en genel ifadeyle, bu terim, hakkaniyet ruhu ve itiyadına, dürüstlüğe, insanoğlunun diğer insanlarla münasebetlerini tanzim eden adalet dağıtmına, -insanlara bize davranmalarını arzuladığımız şekilde muamele etmek ya da Justinian tarafından ifade edildiği gibi “dürüstçe yaşamak, hiç kimseye zarar vermemek, herkesin kendi görevini yapmasını sağlamak” düsturuna- delalet eder. (Institutiones 1. 1. 3) Dolayısıyla doğal hak ya da adalet kavramları ile eş anlamlıdır. Fakat bu bağlamda, onun kanuni açıdan ziyade etik açıdan bir zorlayıcılığı bulunur ve hakkındaki tartışmalar ahlaki alana ait bir husustur. Equity, pozitif hukukun herhangi bir müeyyidesi kapsamında değil vicdani ahlak ilkelerinde yer edinmiştir.*”

*Dar anlamda bu sözcük, hakları veya iddiaları bakımından anlaşmazlık içinde olan iki insan arasında eşit ve tarafsız bir adalete ve böylelikle şematize edilmiş yürürlükteki hukuktan bağımsız olarak akt-ı selim ya da etik kavrayış ile adaletin ortaya çıkarılmasına işaret eder. Bu, hakkaniyeti gerçekleştiren mahkemelerin bir dereceye kadar onu yukarıda bahsedilen kurumları ortaya çıkarmak suretiyle araştırması ya da pozitif hukukun katı sınırlarının ötesinde hakkaniyete başvurması halleri dışında, terimin teknik bir manası değildir”.*

<sup>111</sup> Becker'ın, Yargıç Cardozo'nun bir kararıyla ilgili (Hynes v. N.Y. Central Railway Co. 231 N. Y. s. 229, 1921) “*Analogy in Legal Reasoning*” (83 *Ethics*, s. 248-255, 1972-73) adlı makalesinde yer alan şu yorumu ilgi çekicidir: “*Virgulamak istediğim, politika düşüncelerinin, elverişliliğin ve adaletin bu kararda yer almaması değil, sadece onların mantığa aykırı şekilde ve daha belirgin bir biçimde analojik argümanlara zıt olarak kayda geçmemesidir. Doğrusu onlar, rekabet eden iki dinamik analojinin değerlendirilmesindeki unsurlar olarak tamamen uygun bir şekilde yazıldılar. Bence, bunu fark etmek, yargısal akıl yürütmeyi daha isabetli şekilde anlamaya yönelik ve yargısal kararlarda tesis edilen analojik argümanların meşruluk ölçütünün ayrıntılı bir şekilde izah edilmesine nasıl başlanılabileceğini kavramaya doğru çok önemli bir adımdır”.*

yorumlanmasında işin içine karışan insan unsurunun ifade edilmesi alışkanlığı haline gelmediği sürece Tyan'ın nitelendirmesinin aksine istihsan ne subjektif ne de tesadüfidir. Teorik olarak aynı problem için iki farklı çözüm istihsan yoluyla mümkün değildir. İbn-i Teymiyye, bir vakada “gizli” ve “açık” birer kıyas değil yalnızca bir tane muteber kıyasın olabileceğini savunur. İnsan unsuru, bir hukuksal olayda iki farklı hukukçudan iki farklı çözümün hâsıl olmasını mümkün kılarak probleme belirsizlik katsa da tek bir çözüm teorik olarak doğru olabilir.

Chehata, istihsan ile hakkaniyet arasındaki çatışmanın spesifik bir problemi olarak İslam hukukunun bir doğal hukuk düşüncesini kabul etmediğini ortaya atar. Bu nedenle İslam hukukunda hakkaniyet gibi bir kavramın olmadığından ve istihsanın hukuk metinlerinden hükmün amacını çıkarmak için kullanılan bir yöntem olduğundan bahseder. Ancak istihsanın analogiyle akıl yürütmeye (kıyas) benzediğini reddettiğinde onun açıklaması belirgin olmayan bir hâl alır.<sup>122</sup>

Hanefi ekolünden Pezdevî ve Serahsî ile Hanbelî ekolünden İbn-i Teymiyye başta olmak üzere hukukçularla ilgili bir çalışma istihsanın Kur'an, sünnet veya icmaya aykırı bir hükmü ya da tutarsız bir kıyası esas alan kıyasın değiştirilmesi ya da terk edilmesi olabileceğini ortaya koymaktadır. Terk edilecek ya da değiştirilecek olup olmaması Kur'an, sünnet veya icmadan bir delile dayanılarak çatışan iki argüman arasında bir ayrım yapılabilecek olup olmamasına bağlıdır. Herhangi bir ayrım bulunamaz ise bu durumda kıyas terk edilmelidir. Bu bağlamda istihsan, hukukta mevcut hükümler arasındaki ihtilafı ortadan kaldırmak için kullanışlı bir yöntem haline gelir.

İstihsan, İslam hukukunun rasyonel bir ögesi midir? Weberyen

---

<sup>122</sup> Chehata, Kuran, sünnet ya da *icmada* yer alan bir kuralın *kyasa* muhalif olduğu bir durumda neden *istihsana* başvurulması gerektiğini sorgular (30. dipnotta a.g.e. s. 125). Bu, *istihsanın* bir konuda emin olmak için doğru bir yöntem olduğunu ve sadece bu yönetime dayanarak geliştirilmiş bir çözüm olmadığını gösterecektir.

terminolojiye göre<sup>13</sup> İslam hukuku rasyonel bir gerekçesi olmaksızın kendisini mantık dışı kılacak derecede ilahi kaynaklara bağlıdır. Kur'an ve sünnet hükümleri ilahi bir şekilde meydana getirildiğinden İslam hukukunda başka bir gerekçeye ihtiyaç duyulmamaktadır. Fakat bütün olarak ele alındığında bu hükümler genel yapının küçük bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu kaynaklardan kıyas yoluyla elde edilen ve istihsan yoluyla değiştirilen hukuk kuralları oldukça makul bir metodu kullanmaktadır. Bu şekilde elde edilen kurallar, İslam hukuk külliyatında (*corpus juris*) büyük çoğunluğu teşkil etmektedir. Bazı Amerikalı bilim adamlarının görüşlerinin aksine,<sup>14</sup> İslam'daki hukuki muhakeme yöntemi keyfi, takdiri veya sistemsiz değildir. O, istihsan biçimiyle Amerika'ya özgü içtihattan gerekçeli ayrılış kavramına oldukça benzemektedir. İstihsana Amerikan hukuk terminolojisi bağlamında bir tercüme yapılacak olursa "kıyastan (analojiyle akıl yürütme) gerekçeli "ayrılış" olarak adlandırılabilir.

---

<sup>13</sup> Bkz. 7. dipnotta a.g.e.

<sup>14</sup> Bkz. bu metin, s. 1-2.