

TARTIŖMALI İLMÎ İHTİSAS TOPLANTILARI -II

İSLÂMÎ İLİMLERDE METODOLOJİ/USÛL MES'ELESİ II

Tartışmalı İlmî İhtisas Toplantıları, 1,2,3

15-16 Mart ; 19-20 Nisan ; 17-18 Mayıs 2008

Çamlıca Sabahattin Zaim Kùltür Merkezi

İstanbul 2009

İSTİHSAN'IN MAHİYETİ ve İŞLEVİ

Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN*

Sözlükte, bir şeyi güzel bulma, güzel sayma, güzel olduğuna kanaat getirme gibi anlamlara gelen istihsan, usulcüler tarafından değişik şekillerde tanımlanmıştır. İstihsan için a) kıyası bırakıp insanlara en uygun (evfak) olanı almak, b) herkesin karşı karşıya kalıp sıkıntı çektiği hususlarda hüküm verirken kolaylığı talep etmek, c) genişliği almak, sıkıntılı olanı terk etmek, d) müsamahayı almak, rahatlık taşıyanı istemek gibi birçok tanım veren Serahsî bu tanımların ortak noktasının "zorluğun bırakılıp kolaylığın alınması" olduğunu ve bunun dinde genel bir prensip olduğunu vurgular. Usul eserinde ise Serahsî, istihsanın gerçekte, bir kıyas olduğunu, ilk bakışta "celî" (açık, zahir) görüldüğü halde, 'eser'i (tesir) zayıf olana 'kıyas' denilmeye devam ederken; ilk bakışta "hâfî" (gizli, örtük, kapalı) görüldüğü halde, "eser"i kuvvetli olan kıyasa ise, onu birinci tür kıyastan ayırmak üzere 'istihsân' denildiğini ve bunun "güzel bulunmuş kıyas (el-kıyasu'l-mustahsen)" demek olduğunu belirtir. Serahsî'nin istihsan değerlendirmesi genel hatlarıyla şöyledir:

"İstihsanın, derin düşünmeden önce hemen akla geliveren zahir kıyasa aykırı olan delil anlamındadır. Hadisenin ve benzerlerinin hükmü hakkında

* Erciyes Ü. İlahiyat Fakültesi, yunusa@erciyes.edu.tr

derin düşünöldükten sonra, zahir kıyasa aykırı olan delilin zahir kıyastan daha kuvvetli olduğu anlaşılmaktadır. Bu delille amel etmek vaciptir. Hanefî fakihler bu tür delili, teemmülden önce hemen akla gelivören zahir kıyastan ayırd etmek amacıyla istihsân olarak adlandırmışlardır. Bunun anlamı, delilin kuvvetli oluşu sebebiyle daha güzel bulunduğu için, zahirden vazgeçip bununla hüküm vermektir... İşte Hanefîler, kıyas ve istihsan tabirlerini, teaz etmiş iki delilin arasını ayırd etmek için kullanmışlar ve bunlardan birine, kendisiyle amel daha güzel olduğu için ve zahir kıyas metodundan ayrıldığı için istihsan adını tahsis etmişlerdir..."¹

İstihsanın aşağıda sözünü edeceğimiz iki temel işlevi onun mahiyetine ilişkin olarak yapılan "zorluğun bırakılıp kolaylığın alınması" vurgusunun bir bakıma açılımı mahiyetindedir.

Hanefî usulünde verilen bilgilere dayanarak, istihsanın temelde iki işlevi bulunduğunu söylemek mümkündür. İstihsanın bu işlevlerinden birincisi, nassların düzenliliklerinin araştırılması (istikra) sürecinin sonunda oluşan "genel kural"a aykırı düşen (bu genel kural literatürde, özellikle Hanefî ve Malikî literatürde daha çok "kıyas" olarak adlandırılır), onunla bağdaştıramayan ve "kuvvetli oluşu" sebebiyle ihmal de edilemeyen "istisnaî durumlar"ı nitelemektir. Bu niteleme sayesinde, bu nitelemeyi alan hükmün genel kural ile uyuşmadığı, onun kapsamına girmediği anlatılmış olur. Bu yönüyle istihsan, "genel kuraldan ayrılış"ı anlatan ve "istisna" mahiyeti taşıyan bir kavramlaştırmadır. Bu kavramlaştırma sayesinde hukukun sistematize edilmesi ve uygulanması sürecinde ortaya çıkan kural dışlıkları açıklama imkânı doğmuş olmaktadır. İstihsanın bu işlevini en iyi anlatan tanım Hanefî fıkının teorisyenlerinden sayılan Kerhî'den nakledilen tanımıdır. Kerhî'ye göre istihsan, "bunu gerektiren daha kuvvetli bir gerekçe sebebiyle, bir meseleye, dengi meselelerde verdiği hükmü vermeyip farklı bir hüküm vermek" tir.

¹ Usul, II, 200-201.

İstihsan'ın Hanefîlerin anlayışına göre çeşitlerine bakıldığında "kuvvetli oluş"un neye tekabül ettiği ve daha kuvvetli gerekçenin ne olduğu anlaşılır. Hanefîler göre istihsan, "eser sebebiyle", "icma' sebebiyle", "zaruret sebebiyle" ve "hafî kıyas sebebiyle" olur. Bunlar istihšana hangi durumlarda kaçılacağını da gösterir. İstihsanın özellikle ilk iki türü, kısmen üçüncü türü, onun "istisna işlevini açıkça gösterir. Hanefî ekolünde, icâre akdinin "kıyasa aykırı" olup, istihsanla caiz kılındığı dile getirilmiş, ama kimileri bunu "zaruret ve ihtiyaç sebebiyle istihşân", kimileri "eser (hadîs) sebebiyle istihşân" olarak açıklamışlardır.² Serahsî'nin, el-Usul adlı eserinde söylediğinin aksine olarak, el-Mebhut adlı fıkıh eserinde, icarenin kıyasa aykırı olmadığını savunması ve bunu gerekçelendirmesi de üzerinde düşünülmesi gereken ayrı bir konudur.

Bu yönüyle istihsan, müstakil olmaktan çok, genel kuralın, özel bir meselede niçin uygulanmadığını açıklamaya yarayan bir hukuk tekniği, bir hukuk enstrumanı mahiyetinde gözükmektedir. (Kuşatıcı bu dört sebeple yetinmeyerek, istihsan sebeplerinin/türlerinin arttırılması, lafın çoğaltılması ve istihsanın mahiyet ve işlevinin sulandırılması olur. Böyle yapanlara "Başkaları tarafından pişirilen yemeğe su katmayın, becerebiliyorsanız, siz başka bir yemek yapın" denilse yeridir).

İstihsan'ın ikinci işlevinde de bir istisna söz konusudur ama bu kez söz konusu olan istisna, daha çok, teknik usûlî anlamdaki kıyastan yapılan istisnadır. Bu işlevinde istihsan, teknik usulî kıyaşın uygulanması durumunda, ulaşılabilecek sonucun zorluk ve sıkıntı doğurucu olması, kamu vicdanını tatmin edememesi, hukukun genel kabullerine aykırılığın söz konusu olması, kısacası şeriatın temel amaçlarına aykırı düşen gibi bir durumla karşılaşılması halinde, bu sonucun bırakılarak, daha derin ve etkili bir illetten hareketle başka bir kıyasa (hafî kıyas) başvurulması durumunu anlatır. Serahsî'nin "Hanefîler, kıyas ve istihsan tabirlerini, tearuz etmiş iki delilin arasını ayırd etmek için kullanmışlar ve bunlardan birine, kendisiyle amel

² Serahsî, el-Usûl, II, 203; Kenzü'l-vüüsûl, IV, 1125.

daha güzel olduğu için ve zahir kıyas metodundan ayrıldığı için istihsan adını tahsis etmişlerdir" ifadesi daha çok istihsanın bu işleviyle alakalıdır.

Bu işleviyle istihsan, adaletin gerçekleştirilmesi, maslahatın sağlanması, kamu vicdanının tatmin edilmesi, akıbetin gözetilmesi gibi esaslar üzerine oturan "siyaset-i şer'iyye" ile kesişmektedir. Her iki işlevi açısından da baktığında Hanefîler açısından, kıyastan bağımsız bir istihsan tasavvurunun mümkün olmadığı söylenebilir. Bu tesbit istihsanın, kıyasla eşdüzey bir yöntem olamayacağını da ima eder.

Kıyasla ulaşılan sonucun, istihsan karşısında terk edilmesinin bir "gereklilik" mi yoksa bir "seçenek" mi olduğu usulcülerce tartışılmıştır. Kıyasın, -anılan gerekçelerle- terk edilmesinin bir gerekliklik olarak görülmesini, şer'î bir delilin terk edilmesi olarak görenler bu gerekliklik anlayışına karşı çıkmışlar ve kıyasla ulaşılan sonucun meşru ve alınabilir bir sonuç olarak varlığını sürdüreceğini öne sürmüşlerdir. Serahsî ise, istihsanla amel edilen bir yerde, kıyasla amel etmenin artık caiz olmadığını savunmuştur. Serahsî'nin bu konudaki değerlendirmesi özetle şöyledir:

"Sonraki dönem Hanefîlerden biri (muhtemelen Pezdevî'yi kastediyor), müessir-tard ilişkisine benzeterek, -tıpkı müessir tard çatışmasında tard ile amel mümkün olmakla birlikte, müessir ile amel daha uygun olduğu gibi, kıyas ve istihsanın çatışması durumunda kıyas ile amel etmek mümkün olmakla birlikte, istihsanla amel etmenin daha uygun (evlâ) olduğu zannına kapılmıştır. Bu anlayış, bana göre, bir vehimdir. Çünkü kitaplarda birçok meselede '...Ne var ki biz bu kıyası terkettik' ifadesinin bulunmakta olup, terkedilen bir şey ile amel etmek caiz olmaz. Yine kitaplarda 'Ben bu kıyası çirkin görüyorum' gibi ifadeler de bulunmaktadır ki, amel edilmesi şer'an caiz olan bir delili çirkin görmek küfürdür. O halde doğrusu, istihsanla amel edilen konuda kıyasın kesin olarak terkedilmesidir. Yine ortaya çıkıyor ki, istihsan ile amel, muarazanın mevcudiyeti ve devamı durumunda değil, tersine, zayıfın kuvvetli karşısında düşmesi itibarıyla olmaktadır. Bir grup insan eve girip malı toplayıp içlerinden birinin sırtına yükleyip birlikte çıksalar, kıyasa göre had cezasının sadece malı sırtlanıp çıkan kişiye uygulanması gerekir, istihsana göre ise hepsine uygulanmalıdır.

Yine, şahitler, zinanın işlendiği köşe konusunda farklı beyanda bulunsalar, kıyasa göre, aleyhine şahitlik yapılan kişiye had uygulanmaz, istihsana göre uygulanır. Malumdur ki had cezaları şüphe ile düşer. Muarazanın en aşağı derecesi ise, şüphe meydana getirmektir. Şüphe bulunan bir konuda haddin uygulanması nasıl güzel görülebilir! Ebû Hanife ve Muhammed, çocuğunun dinden dönmesinin, sahih kabul edileceğini de söylemişlerdir. Halbuki tıpkı kâfir baba ve müslüman anadan doğan çocuk örneğinde olduğu gibi, muaraza delilinin olması durumunda, zayıf bile olsa, İslâm'ı gerektiren delil tercih edilir. Nasıl oluyor da, İslâm'ı gerektiren bir delil bulunuyorken çocuğun riddetine hüküm vermek güzel kabul edilebiliyor! Demek ki, istihsan ile amel edilen konuda kıyas kesinlikle terkedilmiş olmaktadır.”³

Kıyasın bazı durumlarda terk edilmesi, hatta bu terkin gerekli görülmesi, genel olarak kıyas delilinin bir zaafı değil, tikel olarak sadece o kıyas işleminin bir zaafı bulunduğu anlamına gelir. Bu zaafı gösteren şey ise, o tikel kıyas işleminin sonucunun, adalet ve maslahatın gözetilmesi gibi şeriatin ruhu olarak nitelendirilen genel ilkelerin denetim süzgecine takılmasıdır. Bu durum, yani kıyasın, genel olarak uygun ve tatmin edici olmayan bir sonuca götürebilme ihtimali hiçbir şekilde, bir yöntem olarak kıyasın güvenilir olmadığı anlamına gelmez.

İstihsanın daha çok, nassların düzenliliklerini araştırma anlamında rey ve kıyasın öncüsü kabul edilen Ebû Hanife tarafından ortaya konulması ve bu anlamda reyci sayılan Malik tarafından kullanılması, onun istisna mahiyetli bir işlem oluşunu hem açıklayan hem de teyit eden bir husustur. Şafiî ve Hanbelî ekollerinde ise, bu ekollerin hukuk mantık ve teknikleri gereği, genel kuraldan istisna anlamında bir istihsandan söz etmek oldukça zordur.

Şafiî'nin istihsan karşısında şiddetli muhalefeti de, muhtemelen, istihsan yoluyla ulaşılan hükmün kendisinden ziyade, istihsanın oturduğu “istisna mantığı”na olmalıdır. Çünkü -meseleye onun açısından bakarak söylüyoruz-, birinci işlevinde istihsan yoluyla sabit olduğu söylenen hükümler, zaten

³ Usul, II, 200-202.

şer'in delilleri arasında yer alan "eser" (sünnet) ve "icma" ile sabit olmaktadır. Bu iki delille sabit olmuş hükmü istihsanla sabit olmuş göstermek gereksiz ve anlamsızdır. (Hadisçilik mentalitesi baskın bir yaklaşım). İkinci işlevinde ise istihsan, nassların açıklanmasının temel yolu olan kıyasın yeterli olmayabileceği düşüncesi üzerine oturtulmaktadır ki böyle bir düşünce, Şer'e eksiklik atfetme anlamı içermesi yanında, keyfiliklerin de kapısını açabilecek bir potansiyel taşımaktadır. (Nassların uygulama alanını genişletme yolu olarak kıyas dışında bir yol tanımayan ve istihsan karşısındaki katı tutumuyla tanınan Şafiî'nin çizgisinde gidenlerin nasıl olup da, istihsanla keşme noktaları bulunan ıstıslah teorisine kapı araladıkları ile kıyasın bir hüccet olduğunu bile neredeyse "gönülsüz" onaylayan Ahmed b. Hanbel'in izinden gidenlerin nasıl olup da kıyasın mazbutluğunu taşımayan istihsan konusunda olumlayıcı tavır takınabildikleri araştırılması gereken ayrı bir husustur.)

Son söz: Fıkıhın her alanında, kıyas istihsan çatışmasının gündeme getirildiği bütün örnekler tek tek incelenmeden, istihsanın mahiyetinin ve işlevinin ne olduğunu tam ve kesin olarak anlamak zor olduğu gibi, istihsan yapılarak kendisinden kaçılan kıyasın mahiyetinin net ve kesin olarak tesbit edilmesi de zordur.