

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

İSTİHSÂN TEORİSİ'NİN YENİDEN İNŞÂSI

—Modern Hukuk Katkılı Bir Deneme—

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nuri GÜLER*

Giriş

Prof. Dr. Ali Bakkal Bey, "İstihsanın Mahiyeti ve Çağdaş Problemlere Çözüm Getirmedeki Önemi" başlıklı tebliğinde, Fıkıh kitaplarında, istihsanın anlaşılmasının zor olduğunu belirtmektedir. Bunun başlıca nedeni olarak da, Şafiîler'in aşırı istihsan aleyhtarlığının bulunduğunu bildirmektedir. Bu aleyhtarlık sonucunun istihsan üzerindeki etkisini ise, tarih içinde istihsân metoduna yeteri kadar sahip çıkılamaması, fakihlerin istihsan teorilerini tam ortaya koyamaması, bu bakımdan istihsanın uygulamada farklı tipler şeklinde görülmesi olarak sıralamaktadır. Çağdaş problemlere istihsan yoluyla çözüm getirebilmek için, mevcut zorluğun giderilerek, istihsan teorisinin yeniden inşa edilmesi gerektiğini ve bu yeniden inşayı gerçekleştirmede, usûl-i fıkıh kitaplarındaki bilgilerin yeterli olmadığını, bunun için fûrû-i fıkıh kitaplarındaki istihsan örneklerinin incelenmesini önermektedir.

Çağdaş problemlere istihsan yoluyla çözüm getirebilmek için, istihsanla başlamanın doğru bir yönlendirme olmadığı, istihsanın da parçası olduğu

* Harran Ü. İlahiyat Fakültesi, mnguler@harran.edu.tr

bütünle başlamanın daha doğru olacağı, Ali Bakkal Bey'in tebliğinin çözüm getirmeyip, çözüm için öneriler getirmesinden de anlaşılmaktadır; çünkü istihsan ancak bu bütünün varlığı içinde söz konusu olabilmektedir. Bu bütün de, Kur'ân ve Sünnet nasları ile sahabe görüşlerini inceleyerek istikrâ (tüme varım) yöntemi ile elde edilen benzer düzenlemeleri kapsamına alan "asıllar", diğer adıyla "genel kurallar" sistemidir. O halde, çağdaş problemlere çözüm getirebilecek yol, içinde istihsanın da bulunduğu bu bütünlük yolu olmaktadır.

Bununla birlikte, Ali Bakkal Bey'in tebliğ metnindeki istihsan teorisinin yeniden inşa edilmesi önerisine, çağdaş problemlere çözüm getirebilecek bir yol olarak değil de, bu yol içindeki istihsanın mahiyetini ve işlevini daha iyi ortaya koyabilmek için icabet ettim. Bunu, "İstihsân Teorisi'nin Yeniden İnşâsı" başlığı ile tebliğime konu edindim. Modern Hukukun konuya denk çözüm ve uygulamalarından yararlanarak, İstihsan teorisini yeniden inşağa giriştim. Bu şekilde, Fıkhî düşünceye yeni açılımlar kazandırmak istiyorum.

Modern hukukta istihsan'a denk sayılabilecek öğeleri araştırıp ortaya çıkarmak ve bu öğelere ait açıklamaların kazandıracığı görüşler ile İstihsân Teorisi'ni yeniden inşa etmek amaç olunca, burada, bir teorinin nasıl kurulabileceğini kısaca hatırlatmak gerekli olacaktır:

Bir teori, o konu ile ilgili üç bilgi türünü mantıksal bir düzene koymakla kurulmaktadır. Bu bilgi türlerinden ilki, olgular ve bu olgular arasındaki ilişkilere ait gözlemsel bilgi; ikincisi, bu olgular ve ilişkilerini açıklayabilecek, hepsini özetleyen gözlem dışı varsayım, yani temel ilke bilgisi; üçüncüsü de, ilke bilgisini gözlem bilgisine uygulayıp sağlamlığını ortaya koyan nesnel ve güvenilir ölçütler, diğer bir deyimle metoda ait bilgidir.¹

Bu hatırlatmadan sonra, şimdi, istihsanın neliği bilgisini belirlemek gerekmektedir. Bu bilgi sağlandığında, modern hukukta dengi öğelere ulaşıla-

¹ Cemal Yıldırım, *Bilim Felsefesi*, Altıncı Basım, İstanbul 1998, s. 139. Bir teori inşa örneği olarak bakınız: Mehmet Nuri Güler, "Hukukun Üstünlüğü Kuramı ve İslâm'da Hukukun Üstünlüğü'ne İlişkin Yaklaşımlar", *İslâmî Araştırmalar*, Cilt: 14, Sayı: 2, Yıl: 2001, Ankara, Tarih Yok, s. 212, 239-241.

bilip onlara ait bilgiler elde edilebilecektir. Böylece, modern hukuktan elde edilen bu malzeme de, daha iyi bir İstihsân Teorisi vucûda getirmeye imkân hazırlayacaktır.

Ancak, bu işe girişmeden önce, ben de, bir katılımcı olarak burada bulunduğum için, özellikle Sayın Prof. Dr. Bedreddin Çetiner hocam ile İSAV Mütevelli Heyet Başkanı olarak Sayın Prof. Dr. Ali Özek Bey hocama teşekkür ediyorum.

Bir tebliğin Giriş kısmına ait bu bilgileri sunduktan sonra, artık, Prof. Dr. Ali Bakkal Bey'in tebliğini oluşturduğu çalışmalarından ve Hanefî ekolünün usûl-i fıkıh ile furû-i fıkıh kaynaklarından yararlanarak belirlemeye çalıştığım, "istihsanın neliği" bilgisi ile tebliğ konumu anlatmaya başlayabilirim:

I. İSTİHSAN'IN NELİĞİ

Sayın Hocalarım, İslâm Hukuku'nun değerli profesörleri ve doçentleri sayın meslektaşlarım,

Bilindiği gibi, Ebû Hanife (ö. 150 h./767 m.)'nin, "kıyas, her şeyde cârî (geçerli) olmaz." diyerek, "kendisine göre kıyasın sonucu kötü olursa, istihsana yönelirdi." sözünde² temellendirilen "istihsan", kelime olarak bir şeyi "iyi ve güzel bulmak" anlamına gelmektedir.³ "İstif'âl" babında türetildiği için "taleb" anlattığından, Serahsî, "tâbi olunması emredilmiş olan en güzel şeyi isteme" anlamına geldiğini de söylemektedir.⁴ İstilah olarak "istihsan", Hanefî Mezhebi'nin fıkıh kitabiyâtında, önce Hanefî furû' kitap-

² El-Muvaffak b. Ahmed el-Mekkî (ö. 568 h./1172 m.), *Menâkıbu Ebî Hanife*, Beyrût 1981, s. 74, 85; Hafuzu'd-Dîn b. Muhammed el-Bazâzî el-Kerderî (ö. 827 h./1424 m.), *Menâkıbu Ebî Hanife*, Beyrût 1981, s. 170.

³ Ebû'l-Fadıl Cemâluddîn b. Mukrim (Mukerrem) b. Ali Rıdvân b. Ahmed b. Ebî'l-Kâsım b. Hubka b. Manzûr (ö. 711h./1311 m.), *Lisanu'l-Arab*, Cild XIII, Beyrût, Tarih Yok, s. 117.

⁴ Şemsü'l-eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî (ö.490/1096), *Usûl-i's-Serahsî*, Cilt II, Tahkik: Ebü'l-Vefâ el-Efgânî, İstanbul 1984, s. 200.

larında, sonra da bu furû' kitaplarının anlaşılması için yazılan Usûl kitâplarında yer almıştır.

Es-Serahsî (ö.490/1096), furû kitabı olarak yazdığı, el-Mebsût'unun "Kitâbu'l-İstihsân" bölümünde, istihsan ile ilgili şu tanımları aktarmaktadır:⁵

* Şeyhimiz el-İmam⁶ şöyle derdi: İstihsan, kıyası terkedip insanlar için en uygun olanı almaktır.

* İstihsan, özelin ve genelin içinde bulunduğu zorluklar konusunda hükümlerde kolaylığı istemektir.

* Genişliği almak ve huzuru (sükûnu) istemektir.

* Musamahayı almak ve kendisinde rahat bulunmayı istemektir.

Es-Serahsî sözüne devam ederek, bu anlatımlardan ortaya çıkanın, "zorluğu bırakıp kolaylığa yönelmek" olduğunu belirtmekte ve dinin aslının da bu olduğunu bildirmektedir.

Hanefî usûl kitaplarında ise, istihsan ile ilgili tanımlar, istihsana furû kitaplarında dinî bir ilke olarak bakmanın yerini, istihsana bir delîl, ya da bir yöntem olarak bakmanın aldığı gözlemlenmektedir:

Ebû Hanife'nin öğrencileri Ebû Yusuf (ö.182/798), Muhammed eş-Şeybânî (ö.189/805) ve Züfer (ö.158/775)'in istihsanı, "kıyasa muhalif bir delil" olarak tanımladıkları kaydedilmektedir.⁷

Hanefî fukahâsından Kerhî (ö.340/951) istihsanı, "bir hükmü terk edip ondan evlâ olan bir hükme gitmek"⁸; Cessâs (ö.370/980), "kıyası terk edip

⁵ Es-Serahsî, "Kitâbu'l-İstihsân", el-Mebsût, Cilt XII, Beyrût, Tarih Yok, s. 355.

⁶ Bu imam, Hicrî 448, Milâdî 1050 yılında ölen Şemsu'l-Eimme Abdulaziz el-Hulvânî olmaktadır.

⁷ Ali Bakkal, *İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa 2001, s. 52.

ondan evlâ olan delille amel etmek"⁹; Debûsî (ö.430/1038), "celî (açık) kıyasla muâraza halinde olan delil"¹⁰; Pezdevî (482/1089), "iki kıyastan biri"¹¹ ve Serahsî (ö.490/1096)de, "zâhir kıyasa mukabil (muhalif) olan delîl"¹² olarak tanımlamaktalar.

Burada, istihsan'ın kıyasa muhalif olmasının ne anlama geldiğine, es-Serahsî şu anlatımı ile açıklık getirmektedir¹³:

İstihsân, olayın görünenler üzerinde iyi düşünmeden ilk kuruntularla yapılan kıyasla ulaşılan hükmünün, olay ve benzerlerini kıyasın yapılabileceği diğer asıllara bağlama yönünde iyi düşündükten sonra ortaya çıkan hükme aykırılık göstermesi ve bu ikinci hükmün olaya uygunluğunun da ilk kıyasın hükmünün olaya uygunluğundan daha kuvvetli olması üzerine, zorunlu olarak olayı bu ikinci asıl ile kıyas etmektir. İşte, aslın ortaya çıkan bu ikincisi ile düşünmeden ve kuruntuların öne geçtiği görünenlere dayalı birincisi arasının ayırdedilmesinden dolayı, bu işlem "istihsan" olarak adlandırılır.

Es-Serahsî'den sonra, istihsanın Hanefiler arasında yerleşmiş olduğu veşu tanımda ittifak edildiği belirtilmektedir: "Hemen hatıra gelen zâhir (celî) kıyas mukabilinde, nass, icmâ', zaruretve kıyas-ı hafî şeklinde sabit olan delile istihsan denir."¹⁴

⁸ Ebû Bekr Ahmed b. Ali el-Cessâs, *el-Fusûl fi'l-Usûl (Usûlü'l-Fıkh)*, Cilt IV, Tahkik: 'Uceyl Câsim en-Neşemî, Kuveyt 1414 h./1994 m., s. 234.

⁹ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 234.

¹⁰ Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsâ ed-Debûsî, *Takvîmu'l-Edille fi Usûlü'l-Fıkh*, Tâkdîm ve Tahkik: Halîl Muhyîddîn el-Meys, Beyrût 2001, s. 404-405.

¹¹ Fahru'l-İslâm Ali b. Muhammed el-Bezdevî, *el-Usûl*, Cild IV (Abdulaziz el-Buhârî'nin *Keşru'l-Esrâr*'ının kenarında), s. 1123-24.

¹² Es-Serahsî, *Usûl*, II, 200.

¹³ Aynı yer.

¹⁴ Bakınız: Ali Bakkal, "*İstihsanın Mahiyeti ve Çağdaş Problemlere Çözüm Getirmedeki Önemi*", s. 7 ve Dipnot 35'de sıralanan kaynaklar. Ya da, Ali Bakkal'ın şu kitabına bakınız: Ali Bakkal, *İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa 2001, s. 61 ve Dipnot 213.

Bu tanımdaki nass, icmâ', zaruret ve kıyas-ı hafî, istihsanın bazen nass, bazen zaruret, bazen icmâ', bazen kıyas-ı hafî olarak gerçekleştiğini anlatmaktadır. Çünkü ilk kıyas (zâhir, celî kıyas) nass, icmâ', zaruret ve kıyas-ı hafî nedeniyle terk edilmiştir. Bunlar, aynı zamanda istihsan çeşitlerinin adları da olmaktadır.¹⁵ Yine, tanımdaki kıyas-ı hafî'ye gelince, o da, olay hakkında ayrıntılı bir araştırma yaptıktan ve etraflıca düşündükten sonra akla gelen kıyas olmaktadır. Fer'î bir olayın hükmüyle ilgili olarak ayrıntılı bir araştırma yapmadan ve etraflıca düşünmeden akla ilk gelen kıyasa da, zâhir kıyas veya kıyas-ı celî denilmektedir.¹⁶

Usûlde istihsan denildiği zaman kıyas-ı hafî yoluyla yapılan istihsanın, fûrûda istihsan denildiği zaman da nass, icmâ' ve zaruret sebebiyle yapılan istihsanın anlaşıldığı kaydedilmektedir.¹⁷ Nass, veya icmâ' yoluyla yapılan istihsan ile kıyas-ı hafî yoluyla yapılan istihsan arasındaki farkın da, kıyas-ı hafî istihsanının hükmünün taaddî etmesi, diğerinin hükmünün ise taaddî etmemesi olduğu belirtilmektedir.¹⁸

Buna göre, bir mesele hakkında hüküm vermeden önce aynı konuda iki kıyas yapma ihtimali bulunmaktadır. Bu iki kıyastan kıyas-ı hafî olarak isimlendirilen istihsan, tesir bakımından daha kuvvetli olup kıyas-ı celînin illetinin mevcut olmadığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla "istihsânü'l-kıyas", kıyas-ı celîyi işlevsiz hale getirmekte ve onun terki neticesini doğurmaktadır.¹⁹ Bu yüzden, istihsan yoluyla verilen hükümün terk edilip kıyasla amel edilemeyeceği bildirilmektedir; çünkü istihsan sebebiyle kıyas terk edilmektedir. Terkedilen bir şeyle de amel etmenin caiz olmadığı kabul edildiğinden,

¹⁵ Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed el-Buhârî (ö.730/1329), *Keşfu'l-Esrâr*, Cild IV, (nşr. Hasan Hilmi er-Rizevî), İstanbul 1307, s. 1123.

¹⁶ Abdülkadir Şener, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas İstihsan İstislahı*, Ankara 1974, s. 118; Ali Bardakoğlu, "Tabiî Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstahsan ve İstilah Görüşü", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 3, Kayseri 1986, s. 128; Ali Bakkal, *İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa 2001, s. 76.

¹⁷ Ali Bakkal, *İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa 2001, s. 307.

¹⁸ Es-Serahsî, *Usûl*, II, 206.

¹⁹ Es-Serahsî, *Usûl*, II, 201, 203.

buna göre, istihsanın olduğu yerde kıyas terkedilmektedir.²⁰ Bu bakımdan istihsan, kıyas-ı celîyi mânâ ve maksat cihetinden denetleyici ve lafızla maksat, nasslarla olay arasında iyi bir denge kurma metodu olmaktadır.²¹

İstihsan kullanılırken, olaylar için asıl olanın surî ve maddî benzerlikler olmayıp, gâî benzerlikler olduğu bildirilmektedir. Buna göre, genelde diğer olaylara benzeyen özel bir olay, neticede farklı sonuçlar doğuruyorsa bu olayın kendine mahsus özellikleri var demektir. O zaman, bu olay hakkında benzerlerine verilen hüküm değil, farklılığı sebebiyle kendine uygun bir hüküm verilmesi gerekmektedir.²²

Bu şekilde, istihsan'ın neliği bilgisini sunduktan sonra, şimdi, Karşılaştırmalı Hukuk'un temel araştırma yöntemi olan "görevsel karşılık" yöntemini²³ uygulayarak, modern hukukta istihsan ile birbirlerini karşılayabilen veya ona denk sayılabilecek öğeleri araştırıp ortaya koymaya çalışayım. Böylece, modern hukuka ait bu malzeme ile daha iyi bir İstihsân Teorisi'nin inşasında yeni görüşler oluşturabilecek bir katkının gerçekleştirilmesine imkân hazırlayayım:

²⁰ Aynı eser, *Usûl*, II, 201.

²¹ Bu, şu örnekte somutlaşmaktadır: Yırtıcı hayvan denildiği zaman akla arslan, kaplan, pars ve kurt gibi hayvanlar gelir. Bunların etlerinin yenilmesi haram olduğu için, etleri gibi artıkları da necis sayılmıştır. Etlerinin yenmemesi bakımından doğan, şahin, atmaca gibi yırtıcı kuşlar da diğer yırtıcı hayvanlar gibidir. *Celî kıyasa* göre bunların da artıklarının *necis olması* gerekmektedir. Yani celî kıyasa göre illet tam olduğu için hüküm de vardır. Ancak derinlemesine yapılan bir inceleme ve araştırma, yırtıcı kuşların artıklarının diğer yırtıcı hayvanların artıkları gibi olmadığını göstermektedir. Zira yırtıcı hayvanlar suyu ağızları ve dilleriyle içerler. Bu esnada, necis olan etlerinden çıkan ve ağızlarından akan salyalar suya karışır. Su, necaset yüzünden kirlenir ve necis olur. Halbuki yırtıcı kuşlar suyu gagalarıyla içerler. Gaga ise kemiktir; kemik de şer'an temiz sayılmaktadır. *Yırtıcı kuşların salyası suya intikal etmediğinden istihsana* göre su temiz kalır. İstihsan bakımından, yırtıcı kuşlarını artıklarının necis olmasını gerektiren illet mevcut değildir. (es-Serahsî, *el-Mebsût*, I, 50.)

²² Hamza Aktan, "Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslâm Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", I. Uluslar arası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya 1997, s. 210.

²³ Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul 1976, s. 8, 14.

II. MODERN HUKUK'TA İSTİHSAN'A DENK SAYILABİLECEK ÖĞELER

Modern hukukta istihsan ile birbirlerini karşılayabilen veya ona denk sayılabilecek öğeleri araştırmaya, şu soru ile başlıyorum: Fıkıh sistemindeki İstihsan'ın gördüğü iş bakımından modern hukuk istemindeki dengi ne olabilir?

Bunu cevaplamak için, modernite dönemi hukuk düzenini anlatan modern hukukçular arasında yapılan araştırmada, şu iki öğeye rastlanmıştır: "equity (ekviti)" ve "Kontranaloji".

Buna göre, İstihsan Teorisi'nin yeniden inşasında modern hukuk istemindeki bu iki öğeye ait bilgilerden, equity ile ilgili olanlar teorinin "temel ilke bilgisi" için, kontranaloji ile ilgili olanlar da teorinin "metod bilgisi" için, yeni görüşler sağlayacaktır. Şimdi, bunlara ait bilgileri açıklamaya çalışayım:

A. EQUİTY (EKVİTİ)

İslâm Hukukçuları arasında, İstahsan ile modern hukuk istemindeki "equity (ekviti)"yi ilişkilendirenler bulunmaktadır.²⁴ Ancak bu ilişkilendirmede ilişki yönü bakımından bir belirsizlik görülmektedir: Araştırmalarda, bazen, başlangıçta equity bir ilke olarak nitelendirilip istihsan ile ilke olarak ilişkilendirilirken, sonlarda equity bir yöntem olarak açıklanıp istihsanla yöntem olarak ilişkilendirilmektedir. Bazen de, başlangıçta equity bir yöntem olarak belirtilerek ilişki kurulurken, araştırmamanın ispat açıklamalarında equity bir temel ilke ve bu ilkenin uygulaması ile oluşan bir hukuk olarak ortaya konulup, istihsanla ilişkisi kurulmaktadır.²⁵

²⁴ Örnek olarak bakınız: Ali Bakkal, *İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa 2001, s. 211-216; Muharrem Kılıç, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 1, Yıl: 2003, Konya, Tarih Yok, s. 147-165.

²⁵ Bunun için bakınız: Muharrem Kılıç, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik For-

Gerçekte, equity bir yöntem değil bir temel ilkedir. Bu bakımdan, modern hukuk istemindeki "equity (ekviti)", istihsanın ilke yönünün dengi olmaktadır. Çünkü ekviti, modern hukuk kitaplarında özetle şöyle açıklanmaktadır²⁶:

Roma Hukuku (ius civile) katı, sert ve teknik nitelikler taşıyordu. Gelişen Roma toplumunda ortaya çıkan yeni ilişkiler karşısında güçlüklerle karşılaşılıyordu. Bu güçlüklerin giderilmesinde Yunan düşüncesinden alınmış olan nasafet (hakkaniyet) kavramı çare sundu. Latince "aequitas" kelimesi ile karşılanan nasafet, Roma Hukuku'nun vaz ettiği genel kuralın özel durumlara neden olduğu adaletsizlikleri bertaraf etti. Böylece, pozitif hukukun yanında "aequitas (nasafet) hukuku" daha serbest bir hukuk olarak gelişti. Sonra, bu "aequitas (nasafet) hukuku Roma Hukuku'na dâhil edildi.

Roma hukukundakine benzer bir gelişme İngiliz hukukunda da görüldü. XI'inci yüzyılda ortaya çıkan ve XII'nci yüzyılda gelişmesini tamamlayan İngiliz "ortak hukuk'u (common law'ı)", aşırı derecede sert bir hukuk sistemi niteliğini taşıyordu. Common law (komun lo: ortak hukuk) yoluna giderek haklarını elde edemeyenler, krala dilekçe ile başvuruyorlardı. Bu dilekçeleri de kral, krallık divanı üyeliği görevini yapan Lord Chancellor (Lod Çansılı)'a gönderiyordu. Bunun üzerine, XIV'ncü yüzyılda Şansölye Mahkemesi (Court of Chancery) kuruldu. Bu Mahkeme'de, biçimsel common law'un eksikliklerini gidermek için bir takım hakkaniyet ve nasafet kuralları

malizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2003, Konya, Tarih Yok, s. 147-165. Bu çalışma, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihiinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity" başlığı ile adlandırılırken, Equity (Ekviti)'i bir yöntem olarak nitelendirmektedir. Çalışma okunduğunda, içeriğinin Equity Method (Ekviti Yöntemi) değil, Equity Law (Ekviti Hukuku) olduğu anlaşılmaktadır. Böylece, Dr. Muharrem KILIÇ, Equity'i, ilke ve İstihsan'ı da metod olarak ele alıp, karşılaştırmış olmaktadır. Bu ise, Karşılaştırmalı Hukuk'un "görevsel denklik" yöntemine uygun düşmemektedir. Çünkü biri ilke, diğeri metottur. Her iki hukuk sisteminde, öğeler ilke, ya da metod bakımından işlenseydi, Karşılaştırmalı Hukuk yöntemi daha doğru uygulanacak, söz konusu yöntem semeresini verecek ve ulaşılan yargılar Hukuk Sistemleri'ne yönlendirici katkılar yapabilecekti.

²⁶ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 9. Baskı, Ankara 2003, s. 218-220; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, İkinci Baskı, Bursa 2003, s. 120-121. A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Üçüncü Bası, Ankara 1978, s. 14.

(rules of equity) geliştirildi. 1474 yılında bu hakkaniyet kuralları tam anlamıyla belirgin oldu. İşte, bu kurallardan oluşan ve bu mahkeme tarafından uygulanan hukuka "equity law (hakkaniyet ve nasafet hukuku) denildi.

Günümüzde, "equitas (nasafet, hakkaniyet)" esasına dayalı yargıların, tek başına, hukuk güvenliğine aykırı olacağı ve keyfiliğe yol açacağı belirtilmektedir. Bu nedenlerle, hakkaniyet kuralının, yasanın alt ve üst sınırları içinde uygulanmasına salık verilmektedir.²⁷ Zaten, Yeni Medeni Kanunun'a göre, "Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim hukuka ve hakkaniyete göre karar verir." Denilmektedir.²⁸ Kanunda, "hâkim hukuka ve hakkaniyete göre karar verir" denmesiyle kastedilenin, "soyut hukuk kuralının somut olayın gereklerine uygun şekilde karar verilmesi" demek olduğu ve bu kararın da ancak "soyut kural çerçevesinde gerçekleştirileceği" belirtilmektedir.²⁹ Böylece, nasafet (ekviti) ilkesi ile münferid bir olay ve münferid bir kişi için adalet gerçekleştirilmektedir.³⁰

B. EQUITY BİLGİSİNİN İSTİHSÂN TEORİSİ'NİN İNŞÂSINA KATKISI

Şimdi, equity (ekviti: Nasafet, Hakkaniyet) ilkesini, istihsanın ilke yönü ile karşılaştırmaya girişeyim: equity ve istihsanın ilke bakımından ilk kez yapılan bu karşılaştırma girişiminde, hemen şu soru öne çıkmaktadır: İslâm Hukuku'nda istihsan ilke olarak nasıl anlatılmıştır; dolayısıyla istihsan ilkesi ne olabilir?

İşte bu soru cevaplandırıldıktan sonra, equity ile İstihsan ilkesel olarak karşılaştırılabilecektir. İstihsan, Hanefî Fukahâ tarafından sistemleştirilen bir

²⁷ Niyazi Öktem, *Hukuk Felsefesi* (Ders Notları), İstanbul 1983, s. 65-66; Gözler, s. 267.

²⁸ Türk Medeni Kanunu, "Başlangıç", B. Hukukî ilişkilerin kapsamı, III. Hâkimin takdir yetkisi, Madde 4.

²⁹ Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, s. 220.

³⁰ Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Dördüncü Tabı', İstanbul 1971, s. 41.

istilâh olunca, mezhepteki yeri itibariyle es-Serahsî'nin aktarımları cevap için yeterli görülmektedir. Buna göre, es-Serahsî'nin, daha önce yaptığım İstihsan, "Özeline ve genelinde içinde bulunduğu zorluklar konusunda hükümlerde kolaylığı istemektir."; ya da "Genişliği almak ve huzuru (sükûnu) istemektir.", ve ya da, "Musamahayı almak ve kendisinde rahat bulunmayı istemektir." tanımlarından ortaya çıkardığı, İstihsan'ın "Zorluğu bırakıp kolaylığa yönelmek" olduğu sonucu aktarımları cevabı oluşturmaktadır³¹:

O halde, "İstihsan ilkesi nedir?" sorusunun cevabı, "Zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesi olmaktadır. Bu ilke, İslâm Hukuku'nda "Meşakkat Teysiri Celbeder" şekline dönüşüp, İslâm Hukuku'nda beş temel kaide arasında yerini almıştır. Bu kaidenin kendisinden çıkan kaideler olarak da şunlar sıralanmaktadır³²:

- * Bir iş di'k oldukça müttesi' olur.
- * Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar.
- * Zaruretler kendi miktarınca takdir olunur.
- * Iztrâr gayrın hakkını iptal etmez.
- * Hacet umumî olsun hususî olsun zaruret menzilesine tenzil olunur.

Bütün bunlardan, modern hukuktaki "ekviti (nasafet, hakkaniyet)" ilkesinin görevsel denginin İslâm Hukuku'nda "Zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesi, başka bir anlatımla "def-i usr ve celb-i yusr" ilkesi, ya da yerleşik temel bir kaide olarak "meşakkat teysiri celbeder" ilkesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu belirlemenin doğruluğunu denemek için de, es-Serahsî'nin *el-Mebsût* kitabından istihsan yargısı olarak aktarılan şu örneklerin³³, bu "zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesinin birer uygulamaları olup olmadığını yoklamak yeterli olacaktır:

³¹ Es-Serahsî, "*Kitâbu'l-İstihsân*", *el-Mebsût*, Cilt XII, s. 355.

³² Mustafâ Ahmed ez-Zerkâ', *el-Medhalu'l-Fikhî'l-Âmm, el-Fıkhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd*, el-Mucelledu's-Sânî, Dimeşk 1968, s. 991-999, Paragraf: 598-603)

³³ Sıraladığım örnekler ve diğerleri için bakınız: Ali Bakkal, "*İstihsanın Mahiyeti ve Çağdaş Problemlere Çözüm Getirmedeki Önemi*" başlıklı tebliğ metni ile, Muharrem Kılıç, "*Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity*", s. 161-163.

Hz. Peygamber, "Yırtıcı hayvanlardan azı dişi bulunan her hayvanın yenmesi haramdır" buyurmuş; bunun üzerine, yırtıcı hayvanların etleri ve artıkları yenilmemiş; kedi de, yırtıcı ve azı dişi olan bir hayvan olunca, Hz. Peygamber'e, kedi artığının pis olup olmadığı sorulmuş, Hz. Peygamber de, "Kedinin artığı necis değildir; çünkü o sizin etrafınızda dolaşan hayvanlardandır" diye cevap vermiştir. Hz. Peygamber'in kedinin artığı ile ilgili bu yargısında, "Zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesinin uygulamasını görmek mümkündür. Çünkü kedi bizim ile yaşayan bir hayvan olduğundan, onun artığının necis kılmak zorluk doğuracaktır.

Bir satım sözleşmesinde var olmayan şeyin (ma'dûm'un) satımı İslâm Hukuku'nda geçersizdir; ancak fukahâ', tamamen çıkmamış, ya da olgunlaşmamış yaş sebze ve meyvenin satımını hukuken geçerli kabul etmiştir. Bu yargıda da, "Zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesinin uygulaması kendini hissettirir.

Dâru'l-harb'te müslüman olan, orada senelerce kalan ve bu sürede nisap miktarı mala sahip olup, ancak zekât vermenin farz olduğunu bilmeyen bir kimse, senelerce zekât vermese, sonra dâru'l-İslâm'a gelse, kıyasa göre geçmiş yılların zekâtını vermekle yükümlü olurken, istihsana göre geçmiş yılların zekâtını vermesi gerekmez. Çünkü bu, bir zorluktur. Burada, istihsan yargısı, "Zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesine uygundur.

İslâm Hukuku'nda kişinin kendi gözüyle görmediği bir konuda tanıklığının geçerli olmamasına karşın, Hanefî hukukçuları, neseb, nikâh ve ölüm gibi konularda, işitme yolu ile elde edilen bilgiye dayanılarak tanıklık yapılabileceğini istihsan yargısı olarak kabul etmişlerdir. Bu tür konularda görmeye dayanan tanığın az ve yok olması zorluğu karşısında kolaylığa yönelinmiştir. Bunda da, "Zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesinin uygulaması görülür.

Sunulan örnek yargılar için, hemen hemen hepsinde, "Zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesinin uygulandığı söylenebilir; ancak, istihsan yargısı örneği olarak verilen şu örnekler değerlendirildiğinde, zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme ilkesinin tersi bir uygulamaya tanık olunur:

San'a halkından yedi kişinin bir adamı öldürmesi üzerine, Hz. Ömer, onların öldürülmesine hükmetmiş ve "Eğer onun öldürülmesine bütün San'a halkı iştirak etmiş olsaydı hepsini öldürürdüm." diyerek, olayda, "kisasın cana can" şeklindeki "kıyas uygulaması"nı terk etmiştir. Kıyası terk eden bu yargı, kolaylığa yönelmemiş, yedi kişinin ölüm yargısı ile "daha çok zorlaştırılmış"tır.

Bir diğer örnek; kamunun yararlandığı bir ana yolun kenarında kendisine ait arazide bir duvar yaptıran kişinin bu duvarı tehlike oluşturacak bir şekilde yan yatsa, bu durum kendisine bildirildiği halde gerekli önlemi almasa ve duvar bir insanın üzerine yıkılsa, kıyas yargısına göre, kişiye tazmin gerekmez. Zira arazi sahibinin gerçekleştirdiği bir haksız fiil yoktur. Hanefî fukahâsı, kıyas yargısının doğurduğu mağduriyeti gidermek için, istihsan yargısı ile arazi sahibinin tazmin yükümlülüğü olduğunu söylemiştir. Burada da "istihsan yoluyla verilen yargı daha ağır" olduğundan, bu hükümde kolaylık sağlanmış olduğu söylenemez.

Demek ki, "zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesi, başka bir anlatımla "def'-i usr ve celb-i yusr" ilkesi, ya da yerleşik temel bir kaide olarak "meşakkat teysiri celbeder" ilkesi, istihsan yargılarının tamamını açıklayabilecek bir ilke değildir. Bununla beraber, modern hukuktaki "ekviti (nasafet, hakkaniyet) ilkesi" ile şimdiye kadar sıraladığımız istihsan yargı örnekleri ve zannuma göre diğerleri de açıklanabilir. Çünkü ister kedi, ister ma'dum yaş sebze ve meyve, ister dâru'l-harb'te müslüman olanın zekât borcu, ister işitme tanıklığı, ister bir kişiye karşı yedi kişinin kisası ve isterse duvar çökmesinin neden olduğu tazmin yargıları olsun, hepsi münferid bir olay ve münferid bir kişi için adalet gerçekleştirilmesidir. Böylece, münferid olay için veya münferid kişi için adalet gerçekleştirilmesinin her biri, nasafet (equity) ilkesinin birer uygulaması olmaktadır.

Buna göre, modern hukuk istemindeki "equity (nasafet, hakkaniyet) ilkesi" İstihsan Teorisi'nin yeniden inşasında, istihsan yargıları denilen olguları açıklayabilecek, hepsini özetleyen gözlem dışı varsayım bilgisini, yani temel ilkeyi vermektedir. Ancak, bu ilkenin İslâm Hukuku'nda meşru olabilmesi için, nasslarda dayanağının olması gerekmektedir. Kur'ân'a

yönelindiğinde şu âyetlerde equity (nasafet, hakkaniyet) ilkesinin uygulamalarını görmek mümkün olur:

*"O gün insanlar işlerinin kendilerine gösterilmesi için bölük bölük dönerler. Kim zerre kadar iyilik yapmışsa onu görür. Kim de zerre kadar kötülük yapmışsa onu görür."*³⁴ âyetinde, Allah'ın yargılamayı, insanların bireysel özelliklerine göre yapacağı anlaşılmaktadır. İşte bu nasafettir.

Yine şu âyette de, Allah genelde infak istemekte ve infâk edenler de infakı değişik amaçlarla yapınca, Allah, infak edenleri özelliklerine göre cezalandıracağını bildirmektedir: *"Mallarını insanlara gösteriş için sarfedip, Allah'a ve âhiret gününe inanmayanları da Allah sevmez. Şeytanın arkadaşı olduğu kimse- nin ne fena arkadaşı vardır! Bunlar Allah'a, âhiret gününe inanmış, Allah'ın verdiği rızıklardan sarfetmiş olsalardı ne zararı olurdu? Oysa Allah onları bilir. Allah şüphesiz zerre kadar iyilik olsa onu kat kat artırır ve yapana büyük ecir verir."* Görüldüğü gibi Allah, sarf edenlerden kendisi için sarfedenleri diğerlerinden ayırarak ecîrlendirilmelerinde nasafet ilkesini uygulamaktadır.

Bu örnek âyetlerden başka, hataen katilin cezasını düzenleyen âyette³⁵ miras âyetlerindeki payların belirlenişi âyetlerinde³⁶, yine kölelere zina had-dini takdir âyetinde³⁷, Hz. Peygamber'in hanımlarının azâbı ve ecri âyetle- rinde³⁸ Allah'ın hep 'nasafet adâletini uyguladığı eşitliklerin deyimlendiği görülür.

Kanaatimce, ilk müslümanlar adaletin nasafet (hakkaniyet) türü anlayışına sahiptiler. Bunu, az önce verilen örnekte uygulanan adalette, yani San'a'da yedi kişinin bir kişiyi öldürmesi yargısında uyguladığı adalet ile

³⁴ 99 ez-Zilzâl, 6-8.

³⁵ 4 en-Nisâ, 92.

³⁶ Örnek olarak bakınız: 4 en-Nisâ 11-12, 176.

³⁷ 4 en-Nisâ 25.

³⁸ 33 el-Ahzâb 30-31.

Hz. Ömer'de bulmak mümkündür.³⁹ Ancak, sonraki dönemlerde bu anlayış her halde unutulmuştur. Çünkü Fıkıh kitaplarında, hatta İslâmî kitâbiyyâta egemen adalet anlayışının "nasslara uygunluk" olduğuna tanık olunmaktadır.⁴⁰ Bu biçimsel adalet anlayışının nasıl egemen olduğu ayrı bir araştırma konusu olmakla beraber, ben, bu biçimsel adalet anlayışının yerleşmesinde, Emevî ve Abbasî halifelerinin İslâm dinini yaşamalarındaki ve ahkâmını uygulamalarındaki tutumlarında görmekteyim. Zira İslâm Tarihi, o halifelerin nasslara uygun yaşayıp yaşamadıklarının, hükümlerinde nasslara uygun olup olmadıklarının sorgulanması neticesinde kaynaklanan olayların yaşantısı ile doludur.

Tebliğ sınırları içinde yapılan bu belirlemelerimin tamamını toparlayacak olursam, equity bilgisinin İstihsân Teorisi'nin inşasında kazandırabileceği görüşleri şöyle sıralayabilirim:

"Zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" ilkesi veya "def-i usr ve celb-i yusr" ilkesi, ya da "meşakkat teysiri celbeder" ilkesi, istihsân yargılarının tamamını açıklayabilecek bir ilke değildir.

Modern hukuktaki "ekviti (nasafet, hakkaniyet) ilkesi" istihsân yargılarının tümünü açıklayabilmektedir.

Buna göre, "equity (nasafet, hakkaniyet) ilkesi" İstihsân Teorisi'nin yeniden inşasında, istihsân yargıları denilen olguların hepsini açıklayabilen temel ilke olabilir. Bu ilkenin, Kur'ân'da meşruiyeti de vardır. Allah, hataen katilin cezasında, miras âyetlerindeki payların belirlenişinde, kölelere zina haddinin takdirinde, Hz. Peygamber'in hanımlarının azabı ve ecrinde hep nasafet adaleti eşitliklerini kullanmıştır.

³⁹ Benzer görüş için bakınız: Niyazi Öktem, "Hz. Ömer Adaleti ve Hukukta Yorum", Köprü, Sayı: 92, Yıl: 2005 (Güz), İstanbul, Tarih Yok, s. 59-60.

⁴⁰ İslâm âlimlerinin sahip olduğu "nasslara uygunluk" şeklindeki biçimsel adalet anlayışı belirlemesi için örnek olarak bakınız: Mehmet Nuri Güler, "Ebû Hanife'nin Hukuk Anlayışının Batılı (Avrupa) Hukuk Ekolleri Arasındaki Yeri -Çözümsel Karşılaştırmalı Hukuk Araştırması-", İslâmî Araştırmalar, Cilt: 15, Sayı: 1-2, Yıl: 2002, Ankara, Tarih Yok, s. 125, 129.

İlk müslümanlarda, Hz. Ömer örneğinde olduğu gibi adaletin nasafet (hakkaniyet) türü anlayışı ve uygulaması görülmektedir. Bu, olay ve kişilerin genel ve dış görünümüne göre yapılan kıyaslar ile aritmetik temele dayalı bir eşitliği gerçekleştirmeyi amaçlayan denkleştirici adalet uygulamasının, adaleti (eşitliği) sağlamada başarısız olması halinde, onun başarısızlığını gidermek için, olay ve kişilerin bireysel özellikleri ile farklılıklarını da göz önünde tutarak nasafet (hakkaniyet) adaletini istihsan ilkesi biçiminde uygulayıp denkleştirici adaletin uygulamada doğurduğu eksikliği gidermek şeklinde gerçekleşmektedir.

Bu şekilde, equity ilkesi ile istihsan ilkesini karşılaştırıp kazandığımız görüşleri, İstihsan Teorisi'nin bu yeniden inşâsı için sunduktan sonra, şimdi istihsana, metod bakımından 'denk sayılabilecek modern hukuk ögesi kontranaloji'nin anlatımına geçebilirim.

C. KONTRANALOJİ

İstihsan Teorisi'nin yeniden inşâsında modern hukuk istemindeki equity ögesi ile ilgili sunduğum bilgiler, teorinin "temel ilke bilgisi" için yeni görüşler sağlayacağı gibi, kontranaloji ile ilgili sunacağım bilgiler de teorinin "metod bilgisi" için, yeni görüşlere götürecektir. Şimdi, Kontranaloji'ye ait bilgileri aktarmaya çalışayım:

Kontranaloji, adından da anlaşıldığı gibi, analoginin tersidir. Analogi, "benzeti" ve bu anlamda "kıyas" demektir. Buna göre, "kontranaloji"nin Türkçe karşılığı "ters benzeti", ya da "aksi kıyas" olmaktadır.⁴¹

Görülüyor ki, kontranaloji'nin anlaşılması için analogi'yi açıklamak gerekmektedir. Analogi, bir yasal yargıyı, hakkında yargı bulunmayan, benzeri bir olaya uygulamaktır.⁴² Demek ki, analogi'de, olay için uygulanacak bir

⁴¹ Tanık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 1976 İstanbul, s. 421 (Bundan sonra "Özbilgen" şeklinde geçecektir.).

⁴² Özbilgen, s. 421, 423.

yargı yoktur. Bu durum, hukukta yasal bir boşluğun bulunduğunu göstermektedir. Oysa hukuk boşluk kabul etmez. Bu da, hukukça düzenlenecek her alana, mutlak olarak, uygulanabilecek bir hukuk kuralı var olduğu anlamına gelir. O halde olmayanı, pozitif hukuk kuralıdır, yasa yargısıdır.⁴³ Öyleyse yapılacak iş, yasa yargısının yokluğundan doğan boşluğu, var olan (pozitif) hukuk kuralı ile doldurmaktır. İşte, analogi, bu doldurma yöntemlerinden bir tanesidir. Analogi yöntemi ile bir olaya ilişkin bir yasal yargı, hakkında yasal yargı bulunmayan benzeri bir olaya aktarılmakta ve böylece, hakkında yasal yargı bulunmayan olay, hukuksal düzenleme dışında sayılmaktan kurtulmaktadır.⁴⁴

Bu şekilde, analogi yöntemi ile doldurulan boşluğa, "açık boşluk", diğer bir deyimle, "görünen boşluk" denilmektedir. Bu boşluk çeşidinin üç nedeninden ileri geldiği kabul edilmektedir: Birincisi; yasa koyucu bunu isteyerek yapmıştır. İş uygulamaya bırakmıştır. İş için, yargıcın takdir hakkını kullanmasının daha yerinde olacağını uygun görmüştür. Bu yüzden, yasada boşluk bırakmıştır. İkincisi; konu, yasa koyucunun gözünden kaçmıştır. Üçüncüsü; konu, yasanın çıkarılmasından sonra ortaya çıkmıştır. Özellikle ekonomik gelişmeler, ortaya yeni konu ve sorunlar getirmektedir. Bu ekonomik konu ve sorunları, ilgili yasalar düzenlenene kadar, açık boşluk ve doldurulması biçiminde çözümlenmektedir.⁴⁵

Şimdi, analogi'ye ait bu bilgilerden sonra, kontranaloji'yi analogi'ye dayanarak ortaya koyayım: Analogi, hakkında yargı bulunmayan olaya yargı uygulanması olarak belirtilmişti. Kontranaloji ise, analogi'nin tersi olduğuna göre, bunun mantıksal sonucu olarak, hakkında yargı bulunan bir olaya yargı uygulanmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. İşte buna, hakkında yargı bulunan bir olaya yargı uygulamamaya, kontranaloji denilmektedir.⁴⁶

Kontranaloji analogi'ye dayanarak bu şekilde ortaya konulunca, kontranaloji'nin, analogi'ye egemen olan mantıkla açıklaması da şöyle yapılır.

⁴³ Özbilgen, s. 423.

⁴⁴ Özbilgen, s. 423, 424.

⁴⁵ Özbilgen, s. 417-418.

⁴⁶ Özbilgen, s. 424.

maktadır: Yasa sözü ve anlamı ile uygulanmaktadır. Olay, yasanın hem sözüne ve hem de anlamına benziyorsa, iki yönden de, olay ile yasa uygunluk içinde olduğundan, bu durumda sorun yoktur; o olaya yasa uygulanır. Olay, yasanın sözüne benzemiyor; ancak anlamına benziyorsa, bu durumda olay için uygulanacak bir yargı yoktur. Bu yargı yokluğu, hukukta yasal bir boşluğun bulunduğunu gösterir. Açık boşluk denilen bu boşluk, benzetme mantığı ile diğer bir deyimle analoji yöntemi ile benzerlik için olayla yasa arasındaki anlam benzeşmesi yeterli görülerek, hukukça olay yasanın anlam kapsamı içinde kabul edilip, yasa yargısının olaya uygulanması biçiminde doldurulur. Bunun tersi durumda ise, olay, yasanın sözüne benziyor; amma anlamına benzemiyorsa, olayla yasa arasında anlam benzeşmesi yoksa analojinin tersi bir durum vardır, demektir. Bu durum, olay için uygulanacak bir yargı yok anlamına gelmektedir. Bu da, hukukta yasal bir boşluğun bulunduğunu gösterir. Görüldüğü gibi, bu boşluk açık değildir; hemen fark edilmemektedir. İşte bu boşluk, olayla yasa arasındaki anlam benzeşmemesi benzerlik için yeterli görülemeyince, hukukça olay yasanın anlam kapsamı içinde kabul edilmeyip yasa yargısının olaya uygulanamamasıyla ortaya çıkmıştır. Bu boşluk, yasaya karşın yasanın uygulanmaması olup, olay için uygulanacak bir yasa yargısının yokluğu demektir.⁴⁷

Anlaşılacağı üzere bu boşluk, analojinin tersi bir mantıkla, diğer bir deyimle kontranaloji yöntemi ile ortaya çıkarılmıştır. Böylece, olaya yasanın uygulanmasında, kontranaloji yöntemi ile yasaya karşın yasanın uygulanmaması sonucu, artık, olay için uygulanabilecek bir yasa yargısının yokluğu karşısında bulunmak şeklindeki boşluk çeşidine, "kapalı boşluk" denilmektedir. Demek ki, kapalı boşluğun nedeni, yasa uygulandığı zaman, yasanın anlamına ve amacına açıkça ters düşen bir sonuçla karşılaşılması, dolayısıyla, yasanın yok sayılıp uygulanmaması olmaktadır. Bu bakımdan, kapalı boşluk, açık boşluğun, diğer bir deyimle görünen boşluğun tam tersi bir boşluk olmaktadır. Kapalı boşluk, açıkça yok gibi görünen, fakat var olan bir boşluktur. Buna, modern hukukta şöyle bir örnek verilmektedir:⁴⁸

⁴⁷ Özbilgen, s. 425.

⁴⁸ Özbilgen, s. 418.

Yasa, bir zarara ortaklaşa neden olanların, müteselsil sorumlu olduklarını öngörmektedir. Durum böyle olunca, yasa, hiç denecek derecede zarara neden olan kimseye uygulandığında, tüm tazminat ondan alınacaktır. Bu sonuç ise, yasanın anlam ve amacına ters düşmektedir. Bu durumda, yasa yargısı ortadan kalkmıştır.

İşte açıklamaya çalıştığım bu kapalı boşluk çeşidi, kontranaloji yöntemi ile ortaya çıkarılıp, başka bir yasa, ya da pozitif hukuk kuralı olmayan diğer hukuk kuralları ile veya da "analoji (benzeti, kıyas)", "argumentum a kontrario (mefhum-i muhalif, ters kavram)" ve "argumentum a fortiori (evleviyet, haydisellik)" yöntemleri ile doldurulabilmektedir.⁴⁹

Kontranaloji'nin analoji esas alınarak yapılan bu açıklamalarından anlaşılacağı üzere, kontranaloji, analoginin mantığına dayanan bir terimdir. Analoji'nin esası, hakkında yargı bulunmayan bir olaya yargı uygulamak olunca, mantıksal olarak şu soruyu akla getirmektedir: Acaba, hakkında yargı olan bir olaya yargı uygulanmaması da mümkün müdür? Sorunun gerekçesinde, analoji'ninkiyle özdeş bir mantık yatmakta ve durum analoji'ninkinin tüm tersi olması cihetiyle, buna "kontranaloji" (zıt ve mukabil kıyas) adı verilmektedir. Sorunun cevabı da, yine analoginin mantığından şöyle çıkarılmaktadır: Yasa, anlam ve amacına göre yürürlükte sayıldığı için, sözü ile değinmeyip de, anlam ve amacı ile değindiği durumlarda da yürürlükte değildir. Durum böyle olunca, yasa, anlam ve amacı ile değinmediği hallerde yürürlükte olmayacaktır. Doğal olarak da, bu gibi hallerde, sözü ile değinmiş bile olsa yasa uygulanmayacaktır. Öyleyse, sorunun cevabı olumsuzdur: Hakkında yargı bulunan hallerde, eğer bu yargı yasanın anlam ve amacına uygun düşmüyorsa, bu yasa yargısı uygulanamaz. Bu cevap "kontranaloji"yi deyimlemektedir. Bu şekilde, hukukta analoji geçerli bir yöntem ise, analoji'nin tersi olan kontranaloji yöntemini de hukukta geçerli kabul etmek gerekmektedir.⁵⁰

⁴⁹ Özbilgen, s. 419.

⁵⁰ Özbilgen, s. 424-425.

Kontranaloji'nin yasayı oluşturan olgu ve hukuksal sonuç bakımından da açıklaması yapılmaktadır. Buna göre, yasal olgu, somut olaylardan soyutlanmakla meydana getirilmektedir. Bu nedenle, somut olaylara uygun düşmek zorundadır. Bu yasal olguya yüklenen yargı olan hukuksal sonuç ise, bir değer yargısı kimliği taşımaktadır. Bu bakımdan, değerlere uygun olması lazım gelmektedir. Bu ölçüler gereği, eğer sosyal koşullarda bir değişme olmuşsa, yasanın 'yasal olgu'su tikel ve somut olaylara; eğer, değer anlayışında bir değişiklik olmuşsa, yasanın 'hukuksal sonuç'u etik değerlere uygun düşmekten çıkmaktadır. Dolayısıyla yasa, varlık değerini kaybetmektedir. Çünkü yasal olgunun tikel ve somut olaylara, ya da hukuksal sonucun değerlere uygunluğunu yitirmesi ile bir yasa, anlam ve amacına uygunluğunu yitirmiş olacağından, yürürlükten kalkmış sayılmakta ve uygulamadan düşmektedir. İşte bunun içindir ki, analoji'nin tersi olan kontranaloji de geçerli olmaktadır.⁵¹

Bütün bu açıklamaların bir sonuca bağlanması istenirse, şunları sıralayabilirim: Yasa, sözü ve özüyle (lafzı ve ruhu –anlam ve amacı– ile) değindiği her konuda geçerlidir, yürürlüktedir. Hem sözü ve hem de özü ile değindiği konular bakımından ortada sorun yoktur. Eğer yasa bir konuya, bunlardan sadece biri ile değiniyorsa, yürürlük sorun haline gelir. Asl olan, öz olduğundan çözüm, öz ile değinmesi yönünde gerçekleşir. Buna göre, eğer özü ile değiniyor da sözü ile değinmiyorsa, ortaya açık bir boşluk çıkar, bunun doldurulması gerekir, bu da, analoji yöntemi ile gerçekleştirilerek yasa yürürlü ve geçerli kılınır; ancak, ortada açık bir boşluk vardır. Bunun da giderilmesi lazımdır. İşte, yasanın özü ile olaya değinmesi, dolayısıyla ortaya açık bir boşluk çıkması ve bunun giderilmesi lüzumu, analoji yönteminin gerekçesini oluşturmaktadır. Yok, eğer yasa, sözü ile değiniyor da özü ile değinmiyorsa, ortada analoji yönteminin gerekçesinin tersi bir durum var demektir. Bu durumda, mefhum-i muhalif (argumentum a kontraryo) gereği⁵²,

⁵¹ Özbilgen, s. 425.

⁵² *Argumentum a kontraryo*, sübjektif-literal (sözsel) yorumun dayandığı biçimsel mantık kurallarından biridir. Osmanlıcada, mefhum-i muhalif denmektedir. Burada, bir şeyin karşıt kavramına başvurulmaktadır. Bu bakımdan argumentum a kontraryo'ya, karşıt kavram, ya da ters kavram terimleri uygun düşmektedir. Buna göre argumentum a kontraryo şöyle

analoji'nin tüm tersi geçerli olacaktır. Yasa sözü ile değinip de, özü ile değinmediği hallerde, yürürlü, yani geçerli olmayacaktır. İşte kontranaloji yönteminin gerekçesi de budur. Demek ki, analoji'nin geçerli olduğu durumun tam tersinde, analoji'nin tam tersi geçerlidir. Bu, argumentum a kontrario, yani ters kavram (mefhum-i muhalif) yönteminin gereğidir.⁵³

Bu sonuca göre, kontranaloji yöntemi, analoji yönteminin mefhum-i muhalif'i durumudur; ancak, analoji yöntemi, hukukta açık boşluk giderme işlevi görürken, kontranaloji yöntemi de, hukukta kapalı boşluğu ortaya çıkarma işlevi görmektedir.⁵⁴ Kontranaloji yöntemi ile ortaya çıkarılan kapalı boşluğun giderilme yöntemi ise, aslında, açık boşluğun giderilme yöntemine benzemektedir.

Şimdi, bu iki boşluğu giderme yöntemlerini, daha önce geçtiği yerlerde değinmiş olmamla birlikte, burada sonuç kapsamında şöyle toplayayım: ⁵⁵

Açık boşluğun analoji yolu ile giderilmesi, benzer bir yasanın varlığına dayanmaktadır. Benzer bir yasanın varlığı anlatımı, aslında konu ile ilgili yasanın yokluğunu göstermektedir. Çünkü ortadaki yasa başka bir yasadır. Anlam ve amacı bellidir. Konuyu yasa yargısına kavuşturmak için, bir yasanın anlam ve amacında bir genişletme yapıldı mı, gerçekte, artık o yasa yok, başka bir yasa var demektir. Böylece, bir başka yasa söz konusu olunca, yargıç bunun benzerine başvurabileceği gibi, benzeri olmayan bir başka yasaya da başvurabilir. Ya da kendisini yasa koyucu yerine koyup teamül huktundan, hukukun temel ilkelerinden, bilimsel verilerden yararlanarak belirlediği yasa yargısı ile çözüme gidebilir.

Kapalı boşluğun giderilmesi ise, önce var olan bir yasaya başvurmakla başlamaktadır; ancak, bu yasa uygulandığında yasanın anlam ve amacına

tanımlanmaktadır: "Bir konuda geçerli bir yargının tüm tersinin, o konunun tüm tersi bir konuda geçerli bulunmasıdır." Özbilgen, s. 426.

⁵³ Özbilgen, s. 425-426.

⁵⁴ Özbilgen, s. 418-419.

⁵⁵ Özbilgen, s. 419.

uymayan bir sonuçla karşılaşmaktadır. Kontranaloji yöntemi ile var olan yasanın yasa yargısı ortadan kalkmakta ve ortaya, açıkça yok gibi görünen, fakat var olan bir boşluk çıkmaktadır. Bu şekilde, yok gibi görünüp var olmakla kapalı olan boşluğun ortaya çıkarılmasıyla, bu boşluk artık kapalı boşluk olmaktan çıkmakta ve açık boşluk olmaktadır. Böylece, meydana açık bir boşluk bulunmaktadır. Bu bakımdan, az önce belirtildiği gibi bu açık boşluğu gidermek için yargıç, benzer bir yasaya başvurabileceği gibi kendisinin belirlediği başka bir yasaya, teamül hukukuna, hukukun temel ilkelerine, bilimsel verilere başvurarak çözüm getirebilir.

Görüldüğü gibi, ister analoji yolu ile giderilen boşluk ve isterse kontranaloji yolu ile ortaya konulan boşluk, ortada bir yasa yok olduğu için vardılar. Çözümleri için başka bir yasa, ya da pozitif hukuk kuralı olmayan diğer hukuk kurallarına başvurulmaktadır. Bu bakımdan, iki ayrı boşluk çeşidi olmasına karşılık özdeş bir boşluk giderme yöntemi bulunmaktadır. Bir başka deyişle, iki ayrı boşluk bir tek boşluk doldurma yolu ile giderilmektedir; bu da, açık boşluğu doldurma yolu olmaktadır. Bu yola, diğer adla analoji yöntemi denilmektedir.

D. KONTRANALOJİ BİLGİSİNİN İSTİHSÂN TEORİSİ'NİN İNŞAASINA KATKISI

Kontranaloji (Aksi Kıyas, Ters Benzeti)'in, bu şekilde, bir olaya yasa, olay ile yasa sözünün benzer olması dolayısıyla uygulandığı sırada, olay ile yasa arasında anlam benzeşmesinin olmadığı görülmesi üzerine, yasa yargısını analoji'nin tersi bir mantıkla olaya uygulanmaması yöntemi olduğunu açıkladım. Başka bir anlatımla, kontranaloji yöntemi'nin, yasa uygulandığı zaman, yasanın anlamına ve amacına açıkça ters düşen bir sonuçla karşılaşılması, dolayısıyla, yasanın yok sayılıp uygulanmaması olduğunu söyledim. Analoji'nin, hakkında yargı bulunmayan olaya yargı uygulanması yöntemi olurken, kontranalojinin de, hakkında yargı bulunan bir olaya yargı uygulanmama yöntemi olduğunu bildirdim. Kontranaloji yönteminin geçerliliğinin ise, analoji'nin geçerli olduğu yerlerde, mefhum-i muhalif gereği, analoji'nin tüm tersi olan kontranaloji yönteminin geçerli olmasına dayandığını belirttim.

Şimdi, Kontranaloji yöntemini, istihsan yöntemi ile karşılaştırmaya girişeyim. Bu karşılaştırma girişimine de, şu soru ile başlayayım: İslâm Hukuku'nda istihsan yöntem olarak nasıl anlatılmıştır; dolayısıyla istihsan metodu (yolu) ne olabilir? İşte bu soru cevaplandırıldıktan sonra, Kontranaloji ile İstihsan yöntem olarak karşılaştırılabilecektir.

İstihsan, ya "kıyasa muhalif bir delil", ya "kıyası terk edip amel edilen ondan evlâ delil", ya da "iki kıyastan biri" olarak belirlenmiştir. Bu belirlemeler, es-Serahsî'nin bildirimlerine göre, olayın asılların görünen anlamlara yapılan kıyasının sonucunun (hükmünün) olaya uygunsuzluğu karşısında, olayı diğer asıllara kıyas etmeye yönelindiğinde ortaya çıkan hükmün, ilk kıyasın hükmünün olaya uygunluğundan daha kuvvetli olması üzerine, zorunlu olarak olayı bu ikinci asıl ile kıyas etmek olarak açıklanmıştır. İstihsanın üzerinde uzlaşılan tanımı da, "hemen hatıra gelen zâhir (celî) kıyas mukabilinde, nass, icmâ', zaruret ve kıyas-ı hafî şeklinde sabit olan delil" olarak yapılmıştır.

Bütün bunlardan, "İstihsan yöntemi nedir?" sorusunun cevabı, "İstihsan, 'iki kıyas yöntemi'dir." şeklinde çıkmaktadır. Buna göre, modern hukuktaki "kontranaloji yöntemi"nin "bir ters kıyas yöntemi" olurken, İslâm Hukuku'ndaki görevsel dengi olan "istihsan yöntemi"nin ise, "iki kıyas yöntemi" olduğu ve kontranaloji bilgilerinin kazandırdıklarından da, bu iki kıyasın "biri ters diğerinin de düz kıyas" türünde belirlediği anlaşılmaktadır. O halde, modern hukukta bir "ters kıyas yöntemi olan kontranaloji yöntemi"nin İslâm Hukuku'nda görevsel dengi olarak "biri ters, diğeri düz iki kıyas yöntemi olan istihsan yöntemi" karşılık gelmektedir. İstihsanın "biri ters, diğeri düz iki kıyas yöntemi" olduğunun doğruluğunu belirlemek için de, es-Serahsî'nin el-Mebsût adlı kitabından istihsan yargısı olarak aktarılan şu örneklerde denenmesi yeterli olacaktır: ⁵⁶

⁵⁶ Sıraladığım örnekler için bakınız: es-Serahsî, *el-Mebsût*, Cild III, el-Kâhire 1324-31, s. 9, c. IX, s. 140, c. XXIV, s. 92; Niyazi Öktem, "Hz. Ömer Adaleti ve Hukukta Yorum", *Köprü*, Sayı: 92, Yıl: Güz/2005, İstanbul, Tarih Yok, s. 59-60; Saffet Köse, "Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 7, Yıl: Nisan 2006, Konya 2006, s. 18-20, 22-23, 32-34.

Hz. Ebû Bekir'in hilafeti döneminde, Temîm kabilesinin başkanlarından Akra' b. Hâbis ile Fezâre kabilesinin başkanlarından Uyeyne b. Hısn, Hz. Ebû Bekir'e gelerek devlete ait çorak bir arazi parçasının kendilerine verilmesini, el-Kâsânû (ö. 587 h./ 1191 m.)'den bir başka rivâyette de, "zekât payları için verilen yazılı belgeyi yenilemesini"⁵⁷ istediler. O da bu isteği kabul ederek bir yazı ile yerine getirilmesi için Hz. Ömer'e gönderdi. Hz. Ömer bu yazıyı okuyunca yırtıp attı ve onlara şöyle dedi: "Bu, Hz. Peygamber'in muellefe-i kulûb'tan olmanız sebebiyle size verdiği bir şeydi. Bu gün, Allah İslâm'ı kuvvetli kıldı ve size ihtiyaç bırakmadı. İslâm'da sebat ederseniz ne âlâ, aksi takdirde aramızda kılıçlar konuşur. İslâm için kimseye bir şey vermeyiz. Dileyen iman etsin dileyen inkâr etsin". Burada "muellefe-i kulûb"un anlamı, "kalbi İslâm'a ısındırılmak ve müslüman olmasına teşvik amacı güdülenler; şerri (belası) defedilmek istenenler; müslümanlıkta sebat etmesi arzulanlar" olmaktadır.⁵⁸

Bu olayda, Hz. Ebû Bekir olaya, Hz. Peygamber'in uygulaması yargısını, söz benzeşmesinden dolayı "iktâ'nın, ya da zekât payının verilmesi" olarak kıyas yöntemi ile uygularken, Hz. Ömer ise, olay ile Hz. Peygamber'in uygulaması arasında, anlam benzeşmesinin olmadığını görünce, ters kıyas yöntemi ile akıl yürüterek Hz. Peygamber'in uygulaması yargısını olaya uygulamamıştır. Çünkü Hz. Peygamber dönemindeki muellefe-i kulûb kapsamı içindeki bu kimseler, Hz. Ebû Bekir'in halifeliği döneminde, Allah İslâm'ı kuvvetli kılıp onlara muhtaç kılmadığı için artık muellefe-i kulûb kapsamı dışında kalmaktadırlar. Bunun için, muellefe-i kulûb anlamı bu kimselerin Hz. Ebû Bekir dönemindeki konumlarının anlamına benzememektedir. Bu nedenle, benzeşmenin tersi yöntemle, Hz. Peygamber'in uygulaması onlara uygulanmamaktadır. Böylece, o kimselere iktâ' ya da zekât payının verilmesi olayı "o kimselerin iman etme, ya da inkâr etmeleri" anlamını kazan-

⁵⁷ Alâeddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi'*, Cilt II, el-Kâhire 1327-28, s. 45.

⁵⁸ Saffet Köse, "Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış", s. 22.

mıştır ve artık, olay için uygulanacak bir nass yargısı yokluğu karşısında bulunulmaktadır.

Nass yargısı yokluğu boşluğunu doldurmak amacıyla, yeniden nasslara yönelindiğinde, olay için, olaya anlam bakımından benzeyen "*De ki, Hakk, Rabb'inizdendir. Artık dileyen iman etsin, dileyen inkâr etsin!*"⁵⁹ âyeti bulunmuştur. Olay ile âyet anlamının benzeşmesinden hareketle olaya, âyetin yargısı düz kıyas yöntemi ile uygulamıştır. Bu yargı, "İslâm için kimseye bir şey vermeyiz. Dileyen iman etsin dileyen inkâr etsin." olmaktadır. Bu yargının sonuçlarını da Hz. Ömer, kendilerini muellefe-i kulûb sayan kimselere şöyle bildirmiştir: "İslâm'da sebat ederseniz ne âlâ, aksi takdirde aramızda kılıçlar konuşur."

Biri ters diğeri düz iki kıyasın uygulamasına bir başka örnek ise, Hz. Ömer'in hilâfeti döneminde, açlığın, kıtlığın ve kuraklığın birkaç yıl hüküm sürdüğü â'vâmu'r-ramâde'de, Hz. Ömer'in, hırsızlara hırsızlık suçunun cezasını düzenleyen, "*Erkek hırsız ve kadın hırsızın, yaptıklarından ötürü Allah tarafından ibret verici bir ceza olarak, ellerini kesin...*"⁶⁰âyetinin hükümünü uygulamamasıdır. Bunu da Hz. Ömer'in şöyle bildirdiği nakledilmektedir: "Biz, hurma salkımı için ve kıtlığın hüküm sürdüğü senede hırsızlık için hadd cezası uygulamayız."

Bu örnekte, yine önceki örnekte olduğu gibi olay ile nass söz olarak benzemekte; ama anlamca benzememektedir. Buna göre, kıtlığın hüküm sürdüğü senedeki hırsız kavramı ile âyetteki hırsız kavramı arasında anlam benzeşmesi görülmemektedir. Bu yüzden, âyetin yargısı ters kıyas yöntemi ile kıtlığın hüküm sürdüğü yıllarda hırsıza uygulanamamaktadır. Bu da, kıtlık yılları hırsız için uygulanacak bir hükümün yokluğu demektir. Bu şekilde, kıtlık yılları hırsız için uygulanacak bir nass yargısı yokluğu karşısında bulunulmaktadır. Nass yargısı yokluğunu gidermek amacıyla, yeniden, olaya anlam bakımından benzeyen nasslara yönelindiğinde, Hz. Peygamber'in,

⁵⁹ 18 el-Kehf, 29.

⁶⁰ 5 el-Mâ'ide, 38.

"Açlığın hüküm sürdüğü kıtlık yıllarında başkasının malını alma sebebiyle hadd cezası yoktur." hadisi bulunmuştur. Bunun üzerine, olaya hâdisin yargısı düz kıyas yöntemi ile uygulanmıştır. Böylece, Hz. Ömer, kıtlığın hüküm sürdüğü senedeki hırsız hakkında nass yargısı olarak şunu bildirmiştir: "Biz, kıtlığın hüküm sürdüğü senede hırsızlık için hadd cezası uygulamayız."

Yine, hırsızlık olayının cezasının yerine getirilmesi ile ilgili şu örnekte de ters ve düz kıyas yönteminin uygulaması görülmektedir: Hırsızlık olayına, "Erkek hırsız ve kadın hırsızın, yaptıklarından ötürü Allah tarafından ibret verici bir ceza olarak onların ellerini kesin..." âyetinin uygulanmasında, bir kimse ilk kez hırsızlık yaptığında sağ eli ve ikinci kez hırsızlık yaptığında da sol ayağı kesilmektedir. İkinci kez hırsızlıkta sol elin yerine sağ ayağın kesilmesinde icmâ' vardır. Şâfi'i'ye göre, üçüncü kez hırsızlık yaptığında ise, sol eli, dördüncüsünde, sağ ayağı kesilir ve beşincisinde de, hapse atılır. Şâfi'i'nin bu hükümlere (yargılara), kıyas yöntemi ile anılan âyeti olaya uygulayarak elde ettiği nakledilmektedir. Hanifiler'e göre, üçüncü kez hırsızlıkta, istihsanen el veya ayak kesilmeyeceği ve tevbe edinceye kadar hapse atılacağı bildirilmektedir.⁶¹

Görüldüğü gibi burada, Hanefiler'de üçüncü kez hırsızlık olayının yargısının elde edildiği yöntem istihsan olarak belirtilmiştir. Peki, bu istihsanda, üçüncü hırsızlık olayına âyet nasıl uygulanmıştır ki, bu yargıya varılmıştır? Âyete kıyas yönteminin mefhûm-i muhalif'i uygulandığında, ikinci elin yerine ayak anlamı icma'en verilip kesildikten sonra, bunun sonucu olarak olayın sözü el ile âyetin sözü elin anlamı icma'en değişmiş olmaktadır. Buna göre, üçüncü hırsızlıkta uygulanacak bir nass yoktur. Bunun karşısında, nass yargısı yokluğunu gidermek için, yeniden nassa yönelindiğinde, takib eden âyet, "Ettiği zulümden sonra tevbe edip düzelen kimse, bilsin ki Allah onun tevbesini kabul eder..."⁶² olaya benzer bulunmuş ve üçüncü hırsızlık olayına âyetin yargısı düz kıyas yöntemi ile uygulanmıştır. Bu şekilde, Hanefiler'ce nassın olaya istihsan yöntemi ile uygulanması sonucu elde edilen, "Üçüncü

⁶¹ Es-Serahsî, *el-Mebsût*, c. IX, s. 166-167.

⁶² 5 el-Mâ'ide 39.

kez hırsızlıkta, istihsanen el veya ayak kesme yoktur; tevbe edinceye kadar hapsedilir.” yargısı ortaya çıkmıştır. İşte bu yargı, aynı zamanda ilk âyetin mefhûm-i muhalif’i olduğundan, mefhûm-i muhalif yöntemiyle de doğruluğu sağlanabilir. Bilindiği gibi, mefhûm-i muhalif, “bir konuda geçerli bir yargının tüm tersinin, o konunun tüm tersi bir konuda geçerli bulunması” olmaktadır. Bu bakımdan, ellerin kesilmesinde geçerli olan âyet yargısı, ellerin dışında geçerliliğini kaybetmektedir. Böylece, üçüncü kez hırsızlıkta el veya ayak kesme yargısı düşmektedir. Dolayısıyla üçüncü kez hırsızlıkta el veya ayak kesme yoktur.

Görüldüğü gibi bu örneklerde, karşılaşılan bir olaya (meseleye)nass (veya icmâ’), sözü ve anlamı ile uygulanmaktadır. Eğer olay, nassın veya icmâ’ın hem sözüne ve hem de anlamına benziyorsa, iki yönden de, olay ile nass veya icmâ’ uygunluk içindedir ve bu durumda sorun yoktur; o olaya nass veya icmâ’ uygulanır. Yok, olay eğer, nassın veya icmâ’ın sözüne benzemiyor; ancak anlamına benziyorsa, bu durumda olay için uygulanacak bir yargı yoktur. Bu yargı yokluğu, kıyas yöntemi ile olay ile nass veya icmâ’ arasındaki anlam benzeşmesi yeterli görülerek, olay, nassın veya icmâ’ın anlam kapsamı içinde kabul edilip, nassın veya icmâ’ın hükmünün (yargısının) olaya uygulanması biçiminde giderilir. Bunun tersi durumda ise, olay, nassın veya icmâ’ın sözüne benziyor; ama anlamına benzemiyorsa, olay ile nass veya icmâ’ arasında anlam benzeşmesi yoksa benzemenin tersi bir durum vardır. Bu durumda da, olay için uygulanacak bir hüküm yok demektir. Bu hüküm yokluğu, açık değildir; hemen fark edilemez; ancak, şu yöntem ile ortaya çıkarılabilir:

Olay ile nass veya icmâ’ arasındaki anlam benzeşmemesi benzerlik için yeterli görülmediğinde, benzetme mantığının mefhûm-i muhalif’i yöntemine göre hareket edilir ve olay, nassın veya icmâ’ın anlam kapsamı içinde kabul edilmeyerek nassın veya icmâ’ın hükmü olaya uygulanamaz. Böylece, mesele hakkında nass (veya icmâ’) olmasına karşın, olaya (meseleye) nass veya icmâ’ uygulanmamaktadır. Bu da, mesele (olay) için, uygulanacak bir nass veya icmâ’ hükmünün yokluğu demektir. İşte bu belirleme, modern hukuktaki, kontranaloji yöntemi bilgisinin çözümleyici açıklamaları uygulanarak elde edilebilmektedir.

Aslında, İstihsan yönteminde olduğu gibi, modern hukuktaki açıklamalara göre⁶³ kıyas yönteminde de, olaya nass yargısı aktarılırken iki düz kıyas uygulanmaktadır. Birincisinde; olayın sözü ile nassın sözünün, düz kıyas yöntemi ile benzerlikleri belirlenmektedir. Bu ilk düz kıyas uygulamasında, sözlerin benzeşmediği ortaya çıkmaktadır. İkincisinde ise; bu kez, olayın anlamı ile nassın anlamının, yeniden bir düz kıyas yöntemi uygulaması ile benzerlikleri belirlenmektedir. Bu ikinci düz kıyas uygulanmasında anlamların benzerlikleri görülünce, olaya nassın hükmü taşınmaktadır. Böylece, kıyasın da, "iki düz kıyas yöntemi" olduğu ortaya çıkmaktadır.

İşte, istihsan, biri ters diğeri düz iki kıyas yöntemini, kıyas da, düz iki kıyas yöntemini kapsamaktadır. Buna göre, yöntem bakımından istihsan da kıyas da birer kıyas yöntemi olmaktadır. Bununla beraber Fıkıh'ta "istihsan" ve "kıyas" olarak ayrı ayrı terimleşmişlerdir. Peki, "İstihsan ve Kıyas birer kıyas yöntemi ise, niçin 'istihsan' ve 'kıyas' terimleriyle ayrı ayrı adlandırılmışlardır? Yine, Fıkıh kitaplarında, önce belirttiğim gibi, İstihsan için 'kıyasa muhalif bir delil', ya da 'kıyası terk edip amel edilen ondan evlâ delil', yahut da 'iki kıyastan biri' denilerek istihsanı kıyastan ayrı tutan bu değişik adlandırmada ayırt edilen ayırım nedir?"

Az önce, üç örneğin hemen ardından yaptığım değerlendirme açıklamasında, istihsanın, nass veya icmâ' uygulandığı zaman, olayda anlam değişmesiyle nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşmesi sonucu, nass veya icmâ'ın yargısının ters kıyasla geçersiz olması nedeniyle, yeni anlamında olayın diğer nass veya icmâ'a yapıldığı düz kıyas olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, istihsanın nedeni, nass veya icmâ' uygulandığı zaman, nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşen bir sonuçla karşılaşılması, dolayısıyla, nass veya icmâ'ın yok sayılıp uygulanmaması olmaktadır. Yine aynı değerlendirme açıklamasında, kıyasın da, olayın sözü ile nassın sözünün, ilk düz kıyas ile benzeşmemelerinin ortaya çıkması sonucu, bu kez, olayın anlamı ile nassın anlamının benzerliklerine bakıp anlamların benzerlikleri görülünce, ikinci bir düz kıyas uygulanması ile olaya nassın

⁶³ Özbilgen, s. 419, 425-426.

hükmünün taşınması olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre de, kıyasın nedeni ise, nass veya icmâ' uygulandığı zaman, nass veya icmâ'ın sözüne açıkça ters düşen bir sonuçla karşılaşılması, dolayısıyla, nass veya icmâ'ın yok sayılıp uygulanmaması olmaktadır. Görüldüğü gibi, ister anlam ve amaca, isterse söze açıkça ters düşme sonucu nass veya icmâ' hükmünün yokluğunda, fakihin yapacağı iş, yine aynı veya benzer bir nass ya da icmâ'a başvurarak kıyas yolu ile bu benzer nass veya icmâ'ın hükmünü uygulamak olmaktadır. Dikkat edilirse, iki ayrı nedenden kaynaklanan hüküm yokluğu bir yöntemle giderilmekte ve bu yöntemin de, kıyas yöntemi olduğu anlaşılmaktadır.

O halde, istihsan ve kıyas, bir kıyas yöntemi olmakla beraber, ad olarak istihsan ile kıyas ayrımı, istihsanın, nass ve icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas ve kıyasın da, nass ve icmâ'ın sözüne açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas olduğunu bildirmek içindir. Bu şekilde, hüküm yokluğunda başvuru olan yegâne yöntem olan kıyas yönteminin, istihsan ve kıyas diye farklı adlandırılma amacının, hüküm yokluğunun kaynaklandığı nedeni bildirmek olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna göre, "İstihsan bir kıyas yöntemi ise, niçin ona kıyas değil de, istihsan denilmiştir. Bu değişik ad ile ayırt edilen ayrım nedir?" sorusu, cevaplanmış bulunmaktadır. O cevap da, istihsan, anlam ve amaca ters düşme nedenli kıyas ve kıyas da, söze ters düşme nedenli kıyas olmaktadır.

İşte istihsan yönteminin klasik anlatımları yerine, istihsan yöntemini, ya "nass veya icmâ' uygulandığı zaman, olayda anlam değişmesiyle nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşmesi sonucu, nass veya icmâ'ın yargısının ters kıyasla geçersiz olması nedeniyle, yeni anlamında olayı diğer nass veya icmâ'a yapıldığı düz kıyas", başka anlatımı ile "tersi kıyas ile ilk asıldaki hükmün geçersiz kılınması karşısında, anlam benzerliğinden (illet ile anlatılırsa, 'illet varlığı'ndan) ikinci asıla düz kıyasla, olaya ikinci aslın hükmünün (yargısının) aktarılması" olarak; ya da "aslın anlam ve amacına açıkça ters düşen ilk kıyas nedeniyle yine aynı asıla yapılan bir ikinci kıyas", daha açık anlatımıyla, "aynı asıla yapılan ilk kıyas ile olaya denkleştirici adalet uygulanırken bunun olayda adaleti gerçekleştirmediğinin görülmesi üzerine, aynı asıla ikinci kıyas ile olaya nasafet (hakkaniyet) adaleti uygulanıp adaletin gerçekleştirilmesi" olarak yapılan bu anlatımlar, Modern Hukuk'un

kontranaloji (ters kıyas) ve equity (ekviti: nasafet, hakkaniyet) bilgileri katkısı ile ulaştığım yeni açıklamalardır.

Böylece istihsan örneklerinin her biri, klasik anlatım ile kıyas olumsuz sonuç verdiğinde kendisine başvuru, yeni açıklama ile ya biri ters diğeri düz iki kıyas, ya nass veya icmâ' uygulandığı zaman, olayda anlam değişmesiyle nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşmesi sonucu, nass veya icmâ'ın yargısının ters kıyasla geçersiz olması nedeniyle, yeni anlamında olayın diğeri nass veya icmâ'a yapıldığı düz kıyas, başka anlatımı ile tersi kıyas ile ilk asıldaki hükmün geçersiz kılınması karşısında, anlam benzerliğinden (illet ile anlatılırsa, 'illet varlığı'ndan) ikinci asıla düz kıyasla, olaya ikinci aslın hükümünün (yargısının) aktarılması olarak; ya da aslın anlam ve amacına açıkça ters düşen ilk kıyas nedeniyle yine aynı asıla yapılan bir ikinci kıyas, daha açık anlatımıyla, aynı asıla yapılan ilk kıyas ile olaya denkleştirici adalet uygulanırken bunun olayda adaleti gerçekleştirmediğinin görülmesi üzerine, aynı asıla ikinci kıyas ile olaya nasafet (hakkaniyet) adaleti uygulanarak adalet gerçekleştirilmesi yönteminin birer uygulaması olmaktadır.

İstihsanın ulaştığım yeni açıklamalarından biri ters diğeri düz iki kıyas biçiminde yapılan yeni açıklamasının doğruluğunu denetlemek için az önce üç örnek verdim. Şimdi ise istihsanın bir diğeri yeni anlatımı olan bu "nass veya icmâ' uygulandığı zaman, olayda anlam değişmesiyle nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşmesi sonucu, nass veya icmâ'ın yargısının ters kıyasla geçersiz olması nedeniyle, yeni anlamında olayın diğeri nass veya icmâ'a yapıldığı düz kıyas", kısa anlatımı ile "nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas" açıklamasının doğruluğunu denetlemek için örnek vererek incelemesine giriştim. Bunun için de, ekviti'in istihsân teorisinin inşasına katkısı açıklanırken aktarılan istihsan örneklerinin aynen verilmesi, bilinen örnekler olmaları dolayısıyla anlaşılma kolaylığı sağlayacaklarından, uygun olacaktır. Çünkü bu örnekler, istihsanın "biri ters diğeri düz iki kıyas" uygulaması olarak görülebildiği gibi, istihsanın "nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas" uygulamasını da kendilerinde gösterebilmektedirler:

Gerek kedi örneğinde, gerek ma'dum yaş sebze ve meyve, gerek dâru'l-harb'te müslüman olanın zekât borcu ve gerekse işitme şahitliğinde olsun, hepsinde, biri ters diğeri düz iki kıyas uygulaması görülmekle beraber, "nass veya icmâ'in anlamına ve amacına açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas" da tanık olunmaktadır. Örnekler üzerinde bunları göstermeye çalışayım:

Hz. Peygamber, "Yırtıcı hayvanlardan azı dişi bulunan her hayvanın yenmesi haramdır" buyurmuş; bunun üzerine, yırtıcı hayvanların etleri ve artıkları yenilmemiş; kedinin de, yırtıcı ve azı dişi bulunan bir hayvan olması kedi artığının da kıyas sonucu necis olmasını gerektirmiştir. Ancak, kedi konusunda Hz. Peygamber'in bir diğeri buyruğu daha vardır. Onda da, "kedinin artığı necis değildir; çünkü o sizin etrafınızda dolaşan hayvanlardandır" demiştir. Bu buyruğun yargısı, kedi artığına uygulandığında, kedi artığı için ilk nass yargısı "necislik" geçersiz olmuş ve bu ikinci nassın "kedinin artığı necis değildir", yargısı, kedi artığına uygulanarak kedi artığı necis sayılmamıştır. Böylece, kedinin yırtıcı ve azı dişi bulunan bir hayvan olması kedi artığına kıyas ile necis olma yargısını taşıırken, kedinin yeni anlam ve amacına bu yargının ters düşmesi nedeniyle, bu yeni anlamında kedi, diğeri bir nassa kıyas edilmesi sonucu, kedi artığına "necis değildir" nass yargısı aktarılmıştır. İşte bu istihsanın, nass veya icmâ'in anlamına ve amacına açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas" anlamının bir uygulamasıdır.

Yine, İslâm Hukuku'nda, bir satım sözleşmesinde var olmayan şeyin (ma'dûm'un) satımı kıyasa göre geçersizdir; ancak fukahâ', tamamen çıkmamış, ya da olgunlaşmamış yaş sebze ve meyvenin satımını hukuken geçerli kabul edince, istihsanın anlam ve amaca açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas anlamının uygulanması ile bu ikinci aslın hükümü geçerli olmuştur.

Benzer biçimde, dâru'l-harb'te müslüman olan, ancak zekât vermenin farz olduğunu bilmeyen ve senelerce zekât vermeyen bir kimsenin dâru'l-İslâm'a geldiğinde, kıyasa göre geçmiş yılların zekâtını vermekle yükümlü iken, Şâri'in hitabı mükellefe ulaşmadığından istihšana göre, geçmiş yılların zekâtını vermesi gerekmemiştir. Zekât vermek için, müslümanlık ilk aslın yargısı "müslümanlık" geçersiz olup, aslın anlamına ve amacına açıkça ters

düşme nedeniyle yapılan kıyas ile ikinci aslın yargısı "zekât hitabının mükellefe ulaşmaması" yargısı, zekât vermek için uygulanmış ve geçmiş yılların zekâtı verilmemiştir.

Başkaca, kişinin kendi gözüyle gördüğü konuda kıyasa göre tanıklık geçerli olurken, İslâm Hukuku'nda işitme yolu ile elde edilen bilgiye dayanılarak tanıklık yapılabileceği de kural olunca, anlam ve amaca açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas ile bu ikinci kuralın hükümü ilkin yargısını geçersiz kılıp tanıklık için kendisini geçerli kılmıştır.

Ancak, şimdi vereceğim örneklerde anlam ve amaca ters düşme nedenli kıyas uygulaması, ayrı ayrı asıllarda değil aynı asılda gerçekleşmektedir. Başka bir anlatımla, örneklerde, aslın anlam ve amacına açıkça ters düşen ilk kıyas nedeniyle yine aynı asıla yapılan bir ikinci kıyas bulunmaktadır. Diğer anlatımla, nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşen ilk denkleştirici adalet kıyası nedeniyle, aynı nass ve icmâ'a yapılan ikinci nasafet (hakkaniyet) adaleti kıyası uygulaması vardır. Bu anlatımın daha açık biçimiyle, aynı asıla yapılan ilk kıyasta olaya, denkleştirici adalete ilkesi uygulanıp yargısı belirlenirken, olay için belirlenen bu yargının olayda adaleti gerçekleştirmemesinin görülmesi üzerine, aynı asıla ikinci bir kıyas ile olaya nasafet (hakkaniyet) adaleti ilkesinin uygulanarak adalet gerçekleştirilmesi yapılmaktadır. Örneklerde açıklayayım:

Bir adamın duvarı yan yattığında veya yıkılmaya yüz tuttuğunda, yolun büyük bir kısmına gelecek şekilde yıkılıp, bir insanı da öldürse, kıyasa göre, duvarın sahibine tazmin gerekmez; çünkü onun haksız bir işi yoktur. O kendi mülkünde yapı yapmıştır. Bu yapmada da bir hakka tecavüz etmiş değildir. Eğer duvarı doğru yapmışsa, o, bu yapıyla sadece kendi mülküne ait olan hava sahanlığını işgal etmiştir. İsterse yana yatık bu duvar konusunda kendine ihtar da gönderilmiş olsun, o da duvar yıkılana ve bir insana zarar verene kadar bu duvarı yıkmamış olsun, bu bile bir tecavüz, ya da haksızlık değildir. Kıyasa göre, yine duvar sahibine tazmin yoktur. Çünkü onun haksız bir işi yoktur. İhtar etmek bunun dışında bir fiildir. O kişi üzerine tazminin gerekliliğinin sebebi olamaz. Ancak istihsana göre, tazmin gerekir. Bunun nedeni, yolun hava sahanlığı o kişinin duvarı ile işgal edilmiştir. Bunda bir

hakka tecavüz vardır. Kendisine ihtar edilmekle, bu haksızlığın giderilmesi ve duvarın düzeltilmesi istenmiştir. Bu ihtar kendisine ulaştıktan sonra, o bu ihtarın gereğini yerine getirmediğinde, tazmini gerekir. Çünkü bununla, onun duvarın yan yatma bilgisizlik özrü ortadan kalkmıştır.

Görüldüğü gibi, denkleştirici adalet ilkesi uygulamasına göre yapılan ilk kıyas yargısı, kişiye tazmin gerekmediği olmaktadır. Bu şekilde, mülk esasına göre denkleştirici adalet ilkesi uygulaması sonucu tazminin gerekli görülmemesi yargısı, bu yargının aktarıldığı asıldaki, mülkün anlam ve amacına ters düşmektedir. Çünkü duvar bu yan yatma durumu nedeniyle yolun hava sahanlığına tecavüz etmiştir. Yolun hava sahanlığı yol gibi, gidip gelenin mülkü hükmünde olmaktadır. Bu sahanlığa kim sonradan bir şey yaparsa bu gidip gelenin mülkiyetine haksızlık etmiş olup tazmini gerekmektedir.⁶⁴ Böylece, olayın asla nasafet (hakkaniyet) adalet ilkesi uygulanan ikinci kıyasında, mülkün anlam ve amacı ile olayın anlamı örtüşüp, aslın yargısı olayda adaleti gerçekleştirmektedir. İşte, olay ve kişilerin bireysel özellikleri ile farklılıkları göz önünde tutularak nasafet (hakkaniyet) adaleti istihsan ilkesi, aynı asla uygulanıp denkleştirici adaletin uygulamada doğurduğu eksiklik giderilmiştir.

Aynı şekilde, San'a halkından yedi kişinin bir adamı öldürmesi üzerine, kısasın cana can biçimindeki ilk denkleştirici kıyas uygulamasını Hz. Ömer'in terk ederek, aynı kısas âyetine yapılan ikinci nasafet kıyası ile yedi kişinin ölüm yargısında bulunması yargısı da, bir aslın anlam ve amacına ters düşen ilk kıyası nedeni ile aynı asla yapılan ikinci kıyasın uygulaması olmaktadır.

Kontranaloji Bilgisinin İstihsân Teorisi'nin İnşaasına Katkısı başlığı altında yapılan bu belirlemelerimin tamamını toparlayacak olursam, kontranaloji yöntemi bilgisinin İstihsân Teorisi'nin inşasında kazandırabileceği görüşleri şöyle sıralayabilirim:

⁶⁴ Es-Serahsî, *el-Mebsût*, c. XXVII, s. 9 ve devamı.

İstihsan, biri ters diğeri düz iki kıyas yöntemini, kıyas da, düz iki kıyas yöntemini kapsamaktadır. Buna göre, yöntem bakımından istihsan da kıyas da birer kıyas yöntemi olmaktadır.

İstihsan yönteminin klasik anlatımları yerine, istihsan yöntemi için şu yeni anlatımlar kullanılabilir: İstihsan yöntemi, ya "nass veya icmâ' uygulandığı zaman, olayda anlam değişmesiyle nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşmesi sonucu, nass veya icmâ'ın yargısının ters kıyasla geçersiz olması nedeniyle, yeni anlamında olayın diğer nass veya icmâ'a yapıldığı düz kıyas", başka anlatımı ile "tersi kıyas ile ilk asıldaki hükmün geçersiz kılınması karşısında, anlam benzerliğinden (illet ile anlatılırsa, 'illetin varlığından') ikinci asıla düz kıyasla, olaya ikinci aslın hükümünün (yargısının) aktarılması"dır; ya da "aslın anlam ve amacına açıkça ters düşen ilk kıyas nedeniyle yine aynı asıla yapılan bir ikinci kıyas", daha açık anlatımıyla, "aynı asıla yapılan ilk kıyas ile olaya denkleştirici adalet uygulanırken bunun olayda adaleti gerçekleştirmediğinin görülmesi üzerine, aynı asıla ikinci kıyas ile olaya nasafet (hakkaniyet) adaleti uygulanarak adalet gerçekleştirilmesi" dir.

İstihsanın nedeni, nass veya icmâ' uygulandığı zaman, nassın anlamına ve amacına açıkça ters düşen bir sonuçla karşılaşılması, dolayısıyla, nass veya icmâ'ın yok sayılıp uygulanmaması olurken; Kıyasın nedeni ise, nass veya icmâ' uygulandığı zaman, nass veya icmâ'ın sözüne açıkça ters düşen bir sonuçla karşılaşılması, dolayısıyla, nass veya icmâ'ın yok sayılıp uygulanmaması olmaktadır.

İstihsan ve kıyas, bir kıyas yöntemi olmakla beraber, ad olarak istihsan ile kıyas ayrımı, istihsanın, nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas, ve kıyasın da, nass veya icmâ'ın sözüne açıkça ters düşme nedeniyle yapılan kıyas olduğunu bildirmek içindir. Bu şekilde, istihsan, anlam ve amaca ters düşme nedenli kıyas ve kıyas da, söze ters düşme nedenli kıyas olmaktadır.

Böylece, kontranaloji yöntemi ile istihsan yöntemini karşılaştırıp kazandığımız görüşlerin anlatımını sunduktan sonra, şimdi sonuç kısmında eldeki

bu malzeme ile İstihsân Teorisi'nin Yeniden İnşâsı'nın prototip/ilk örnek açıklamasını yapmaya çalışayım:

SONUÇ

İstihsân Teorisi'nin yeniden inşâsı, istihsanın olgularını ve olgusal ilişkilerini açıklayan varsayımı ortaya koyup, bu varsayımın istihsan olguları ve olgusal ilişkilerine uygulamsını sağlayan metodları göstermek demektir. Buna göre;

İstihsân teorisi'nin yeniden inşâsı, nass veya icmâ'ı olaya anlam bakımından uygulama genel alanı ve lafzî yorumlama özel alanı olay için en uygun nassı veya icmâ'ı belirleme alanı içinde gerçekleşmektedir.

Bu alanın somut olguları da biri, nass veya icmâ' hükmü isteyen olay, diğeri de hükmü taşıyan nass veya icmâ'dır. Olgular arasında nitel bağlantı ise, olayın nass veya icmâ' hükmü ile nass veya icmâ'ın anlam bakımından uygulanmasının beraberliğidir. Diğer anlatımla nitel bağlantı, olayın nass veya icmâ' hükmü, olaya nass veya icmâ'ın anlam bakımından uygulaması ile belirlenir. Olgular arasında nicel bağlantıya gelince, bu da, olayın nass veya icmâ' hükmüne kavuşması, nass veya icmâ'ın anlam bakımından uygulanması ile artar, lafız uygulanması ile azalır. Bu nitel ve nicel ilişkileri açıklayan varsayım da, olay için en uygun nass veya icmâ'ın belirlenmesi, anlam benzeşmesi (kıyas) yöntemi ile gerçekleşir olmaktadır.

İstihsanın terim kavramı, istihsana verilen anlamdır. İstihsanın anlamı ise, istihsanın zihindeki tasavvurudur. Buna istihsan fikri (ide'si) de denir. Bu bakımdan, istihsan fikri, olaya nass veya icmâ' anlam bakımından kıyas yöntemi ile uygulandığında, olayda anlam değişmesi sonucu, yeni anlamında olaya aynı ya da başka nass veya icmâ'ın anlam bakımından kıyas yöntemi ile uygulanmasının, tâbi olunması emredilmiş olan en güzel uygulama olarak ayırdedilmesidir. Kısa anlatımla, nasslar veya icma'lardan olaya uygunluk bakımından bu ikincisi ile birincisi arasının ayırdedilebilmesidir.

İstihsanın tanımı için şunlar sıralanabilir:

İstihsan "nass veya icmâ' uygulandığı zaman, olayda anlam değişmesiyle nass veya icmâ'ın anlamına ve amacına açıkça ters düşmesi sonucu, nass veya icmâ'ın yargısının ters kıyasla geçersiz olması nedeniyle, yeni anlamında olayın diğer nass veya icmâ'a yapıldığı düz kıyas" dır.

İstihsan, "tersi kıyas ile ilk asıldaki hükmün geçersiz kılınması karşısında, anlam benzerliğinden (illet ile anlatılırsa, 'illetin varlığından') ikinci asıla düz kıyasla, olaya ikinci aslın hükümünün (yargısının) aktarılması" dır.

İstihsan, "aslın anlam ve amacına açıkça ters düşen ilk kıyas nedeniyle yine ayrı asıla yapılan bir ikinci kıyas" tır.

İstihsan, "aynı asıla yapılan ilk kıyas ile olaya denkleştirici adalet uygulanırken bunun olayda adaleti gerçekleştirmediğinin görülmesi üzerine, aynı asıla ikinci kıyas ile olaya nasafet (hakkaniyet) adaleti uygulanarak adalet gerçekleştirilmesi" dir.

İstihsanın kapsamına gelince, bu, olgular arası ilişki türüne yönelik bir açıklamadır. İstihsanın olguları olan olayın nass veya icmâ' hükmü ile nass veya icmâ'ın anlam bakımından uygulanmasının ilişki türü, istihsanın kapsamını vermektedir. Bu ilişki benzeşme olunca, türleri de istihsanın kapsamı olmaktadır. Olayın nass veya icmâ' hükmü ile nass veya icmâ'ın anlam bakımından uygulanması ilişkisi benzeşme de iki türde gerçekleşmektedir. Bunlardan biri, ters benzeşme (kontranaloji, ters kıyas) ve diğeri, düz (doğru) benzeşme (analoji, düz kıyas) olmaktadır.

İstihsanın temel değeri de, olay için en uygun nass veya icmâ' yargısıdır. İstihsanın temel değerinin ölçütü ise, nasafet (hakkaniyet) ilkesidir.

İstihsanın güvencelerine gelince, biri, lafızın geçersizliği ve diğeri de anlamın geçerliliğidir. Bu güvencelerden lafızın geçersizliğinin ölçütü ters kıyas yöntemi ve anlamın geçerliliğinin ölçütü ise düz kıyas yöntemi olmaktadır.

Böylece, İstihân Teorisi'nin yeniden inşâsı gerçekleştirilmiştir. Bu yeni İstihsan Teorisi ile istihsanın mahiyetinin ve işlevinin anlaşılmasına imkân

sağlanmıştır. Bu imkân da, burada, çağdaş problemlere çözüm getirebilecek yolun istihsan olmadığı ön-demesinde bulunmayı mümkün kılmaktadır.

İstihsan, çağdaş problemlere çözüm getirebilecek yol için yeterli olamayınca, bu toplanmanın amacı olan çağdaş problemlere çözüm getirebilecek yola ulaşmak için, istihsanın da parçası olduğu bütünü, yani Kur'ân ve Sünnet nasları ile sahabe görüşlerini inceleyerek istikrâ (tüme varım) yöntemi ile elde edilen benzer düzenlemeleri kapsamına alan "asıllar", diğer adıyla "genel kurallar" yolunu ve bu yolu bütünlüğü içinde tartışmak, belirlemek, güncellemek üzere yeniden bir ilmi toplantının yapılmasını öneriyorum. Yapılacak olan toplantı, amaca yönelik olarak, yaptığımız bu istihsan toplantısını da ikmal edecektir.

Bu şekilde anlatımımı tamamlıyor, sabırlarınıza teşekkür ediyorum.