

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

NEDİR GERÇEK İSTİHSAN?

Prof. Dr. Ahmet YAMAN*

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

Literatürde bahis konusu edilen ve etrafında büyük atışmalar yapılan istihsan, bu hafî kıyas çözümlemesi değildir. İlet odaklı bir çıkarım olduğu için bunun zaten kıyas kapsamında değerlendirilip tartışma dışı tutulması,

* Selçuk Ü. İlahiyat Fakültesi, ayaman@selcuk.edu.tr

usûl eserlerinde bu tipe verilen örneklerin istihsan karşıtlarınca eleştirilmesi de istihsana eklemelenen bu türün, gerçek istihsan olmadığını göstermektedir.

Aynı şekilde genel hatlarıyla bakıldığında kıyas olarak ifade edilen genel kuralın çözüm alanına girmekle birlikte, hakkında kanun koyucunun özel bir beyanı/düzenlemesi olduğundan dolayı daha farklı bir çözüme ulaşma işlemine de istihsan denmesinin doğru olamadığı düşüncesindeyim. Binaenaleyh "nas istihsanı" veya "sünnet/eser istihsanı" denen içeriğin gerçek anlamda istihsan olmadığı kanaatindeyim. Çünkü istihsan, müctehidin udûlüdür, yani yerleşik genel kuralın, bir başka deyişle kıyasın dışına çıkmasıdır. Oysa burada müctehid değil, şârî udûl etmektedir. Kanun koyucunun kendi takdiri olduğu içindir ki, buna kimse itiraz etmemektedir. Müstened-i nass olan icma'a dayanan istihsan (istihsanü'l-icma') da aynı değerlendirmeye tâbidir.

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

Öyleyse nedir gerçek istihsan?

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

Ortada yeni karşılaştığımız bir sorun vardır; bu sorun hakkında tafsîlî bir nas çözümlemesi yoktur; müctehid hüküm verirken bu sorunu içine katabileceği bir kategori, daha teknik terimiyle bir kıyas arar; hüküm üzerindeki müessir vasfıyla, sebep ve sonuçlarıyla aynı düzlemde bir kıyas imkânı bulursa onu uygular ve çözüme ulaşır. Fakat genel hatlarıyla benzettiği kategoriye dâhil ettiği takdirde hiç de hakkaniyete sığmayan bir sonuç elde e-

deceğini fark ederse, bu durumda, o kategorinin dışına çıkar ve meseleyi örf, maslahat, ihtiyaç ya da ihtiyat gibi gerekçelere bağlayarak adil bir biçimde çözer. İşte bütün bu ameliye istihsan adını taşımaktadır.

Hüküm çıkarma kaynak ve yöntemleri arasında başlangıçta müstakil olarak ele alınmayan örf, istislah vb. fer'î istidlal yolları, görüldüğü üzere istihsan teriminin içinde mütalaa edilmiştir. Neredeyse her mezhep imamında örnekleri görülen "uhibbu", "estahsinü", "yenbağî", "ehabbü ileyye" gibi kalıplarla başlayan normlar, başlangıç itibariyle işbu yöntemi ifade eder gibidir.

Söylediklerime birkaç örnekle açıklık getirmeye çalışayım:

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

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

Düşman, yeryüzündeki Müslümanların sığındığı bir şehri kuşatsa, Müslüman esirleri de canlı kalkan olarak (teterrus) kullansa; şehirdeki Müslü-

manların erzakı ile suyu tükense ve hayatta kalmak için düşman kuşatmasını yarmaktan başka seçenek kalmasa, acaba canlı kalkan olarak kullanılan Müslümanlara isabet edeceğini bile bile düşmana ateş edilir ve yarma harekâtına girişilebilir mi? Genel kuralı uygulasak cevabımız "hayır"dır. Fakat bu cevap, bir adım sonra, hem kalkan olarak kullanılan hem de şehirde muhasara altında bulunan Müslümanların bütünüyle ölmesini sonuçlayacak bir hüküm olacaktır. Bunun yanında şehirdeki çoğunluğu kurtarmak ve dolayısıyla Kanun Koyucu'nun "ölümleri azaltmak" maksadını gözetip "evet" cevabını vermek, daha az sayıda müslümanın ölümünü göze alıp çoğunluğu kurtarmak hedefiyle daha uyumlu olacaktır. İşte bu "evet" cevabını verdiren yöntem istihсандır.

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

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

Fıkıh kaynaklarında yer bulan birçok istihsan uygulaması, aslında ya bu yönetime gelmeden önce deliller hiyerarşisindeki daha üst bir delil ile çözümlenebildiği için ya da genel kuralın/kıyasın başlangıçta kusurlu veya yanlış tesbit edilmesi dolayısıyla istihsan kapsamında değerlendirilmesi bakımından tartışmaya açık bir özellik taşımaktadır. Meselâ Irak'ın fethinden sonra

Hız. Ömer'in Sevad arazisini ganimet kapsamında görmeyişi ve gazilere dağıtmayışı onun istihsanı ile izah edilmektedir; oysa böyle bir uygulama öncelikle Hız. Peygamber'in (s.a.v.) Hayber arazisine uyguladığı rejimle temellendirilmelidir. Aynı şekilde onun, kıtlık döneminde hırsızlık haddini uygulamaması da bir istihsan değil; suçun unsurları oluşmadığı için unsurları tam olarak oluşmamış bir suça kıyas uygulamasıdır.

Fukahânın istihsan uygulamalarının önemli bir kesimi de, az önce dile getirdiğim gibi, başlangıçta yanlış tesbit edilmiş olan genel kuralın zamanla karşılaşılan ihtiyaçlara mukavemeti kırıldıkça gündeme gelmiştir. Söz gelimi Hanefiler rivayet tekniği açısından son derece zayıf bir hadise dayanarak şartlı alış-verişin yasak olduğu yönünde bir genel kural tesbit etmişlerdir. Zaman içerisinde birçok şart pazar örfü haline gelince de bu kuralı istihsanen esnetmişler ve örf haline gelen şartlar koşularak yapılan akitlerin, kuralın istisnası olarak geçerli olacağı hükmünü vermişlerdir. Aynı şekilde süreklilik niteliğini kaybetmemesi için vakfın ancak gayr-i menkuller üzerinde tesis edilebileceği şeklinde kusurlu bir genel kural tesbit edilmiş; zamanla ihtiyaca binaen yerleşik hale gelen menkul vakfı da istihsanen onaylanmıştır.

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

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

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