

**T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

HUKUKTA AKIL YÜRÜTME YÖNTEMİ OLARAK KIYAS (ANALJİ)

Yüksek Lisans Tezi

Fuat ALTUNTAŞ

Danışman

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan 2020

TEZ BİLDİRİMİ

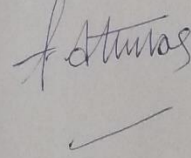
“Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas (Analoji)” isimli “**Yüksek Lisans**” tezim tarafımda intihal programı ile incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim.

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim. 18/09/2019.

Öğrencinin

Adı Soyadı

Fuat ALTUNTAŞ



HUKUKTA AKIL YÜRÜTME YÖNTEMİ OLARAK KIYAS (ANALOJİ)

Fuat ALTUNTAŞ

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu
Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2020**

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

ÖZET

“Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas (Analoji)” isimli yüksek lisans tezimiz giriş, beş ana bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır.

Hukuk biliminde akıl yürütme yöntemleri, hukuki meselelerin rasyonel bir şekilde çözülmesi bakımından önemli bir konumda yer alır. Bu kapsamda kıyas yöntemi, eski hukuk sistemlerinden beri en sık kullanılan akıl yürütme modelleri arasında yer almaktadır. Çalışmamızda kıyas yönteminin bir akıl yürütme yöntemi olarak nasıl bir zihni işleyişte ilerlediği, hukuk biliminde genel olarak ve çeşitli hukuk sistemlerinde nasıl uygulandığı ele alınmıştır.

Bu doğrultuda birinci bölümde genel mantıkta kıyasın, diğer akıl yürütme yöntemlerinden farkı ortaya konularak açıklanmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde ise genel olarak hukuk biliminde kıyasın önemi, unsurları, sınırları ve mantıksal yapısı ele alınmıştır. Üçüncü bölümde kıyasın Common Law’daki görünümü incelenmiştir. Dördüncü bölümde kıyasın Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki uygulama sahası belirtilmiştir. Son bölümde ise İslam Hukukunda kıyasın nasıl uygulandığı gösterilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukukta kıyas, kıyasta benzerlik, hukuki akıl yürütme, kıyasta illet, hukukta boşluk.

ANALOGY AS LEGAL REASONING

Fuat ALTUNTAŞ

**Erzincan Binali Yıldırım University, Institute of Social Sciences,
Department of Public Law**

M. A. Thesis, September 2020

Thesis Supervisor: Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

ABSTRACT

My master's thesis, titled "Analogy as Legal Reasoning", consists of the introduction, five main chapters and a conclusion.

Reasoning methods in jurisprudence have an important role in terms of resolution of legal issues rationally. In this context, the method of analogy is one of the most frequently used reasoning models dated from the old legal systems. In our study, how the method of analogy works as a method of reasoning and how it is generally applied in jurisprudence and in various legal systems are discussed.

In this direction, in the first part, the difference between analogy in formal logic and other reasoning methods is tried to be explained. In the second part, the importance, elements, limits and logical structure of analogy in jurisprudence are handled. In the third chapter, the appearance of analogy in Common Law is examined. In the fourth chapter, the application area of analogy in the Continental European Legal System is specified. In the last section, how analogy is applied in Islamic Law is discussed.

Keywords: Legal analogy, similarity in analogy, legal reasoning, reason in analogy, gap in law.

İÇİNDEKİLER

TEZ BİLDİRİMİ.....	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
KISALTMALAR	XIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AKIL YÜRÜTME YÖNTEMİ OLARAK KIYAS (ANALOJİ - ÖRNEKSEME)

I. Kıyasın Genel Olarak Görünümü	5
II. Kıyasın Günlük Hayattaki Görünümü	10
III. Diğer Akıl Yürütme Yöntemleri ile Kıyasın Karşılaştırılması	12
A. Tümdengelim (Dedüksiyon- Tasım-Ta'lil) Yöntemi ile Kıyasın Karşılaştırılması	13
1. Genel Mantıkta Tümdengelim (Dedüksiyon) Mantığı Olarak Tasım (Sillogizm)	13
2. Tümdengelim Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki.....	15
B. Tümevarım (İstikra- İndüksiyon) Yöntemi ile Kıyasın Karşılaştırılması	18
1. Genel Olarak Tümevarım (İstikra) Yönteminin Yapısı	18
2. Tümevarım Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki	21
C. Birikimsel (Kondüktif-Tekevarımsal) Akıl Yürütme Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki	24
D. Enevarımsal (Abdüktif-Geriçkarımsal-Heptengitmeli) Akıl Yürütme Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki	26

E. Mecazî (Metaforik) Çıkarım ile Kıyas Arasındaki İlişki	29
1. Genel Olarak Mecaz (Metafor)	29
2. Mecazî Çıkarım ile Kıyas Arasındaki İlişki	30
F. Sınıflandırma (Classification) ile Kıyas Arasındaki İlişki	32
1. Genel olarak Sınıflandırma (Classification)	32
2. Sınıflandırma İle Kıyas Arasındaki İlişki	35

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KİYASIN (ANALOJİNİN) HUKUK BİLİMİNDE KULLANIMI

I. Hukukta Akıl Yürütme Olarak Kıyasın Önemi ve Avantajları	38
A. Önemi	38
B. Avantajları	42
II. Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyasın Unsurları	43
A. Asl	43
B. Fer	44
C. İlet (Benzerlik).....	44
D. Hüküm	44
III. Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyasın Tanımı	45
A. Genel Olarak	45
B. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Kıyasın Tanımı	46
C. İslam Hukukunda Kıyasın Tanımı	48
D. Common Law Sisteminde Kıyasın Tanımı	49
IV. Hukuk Alanında Uygulanan Kıyas Yönteminin Mantıksal Yapısı.....	50
V. Hukuk Alanında Uygulanan Kıyas Yönteminde Benzerlik Meselesi: Uygun Benzerliğin Tespit Edilmesi	53

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

COMMON LAW SİSTEMİNDE KIYAS

I. Genel Olarak Common Law Sistemi	57
II. Genel Olarak Common Law Sisteminde Uygulanan Temel Akıl Yürütme Metotları	62
III. Vakıa Hukukunda Uygulanan Kıyas	65
A. Vakıa Hukukunda Kıyas Yönteminin Mantıksal Yapısı	66
B. Vakıa Hukukundaki Kıyas Yönteminin Temel Özellikleri	68
1. Tutarlılık İlkesi	68
2. Tikele Odaklanma	69
3. Düşük veya Orta Seviyede Soyutlanmış İlkeler	70
4. Eksik Kuramlaşmış Yargılar	70
C. Kıyas Yönteminin Vakıa Hukukunda Genel Uygulamaları.....	71
1. Emsal Kararların Uygun Temel Nokta Olarak Belirlenmesi	71
2. Olgusal Benzerlikler ve Farklılıklar (Emsal Karara Kıyasın Uygulanması ve Emsal Kararın Tefrik Edilmesi)	72
D. Kıyas Yönteminin Vakıa Hukukundaki Bazı Özel Uygulamaları	77
1. <i>Ratio Decidendi</i> 'nin Belirlenmesi	77
2. Emsal Kararın Soyut ya da Somut Olması Durumlarında Kıyas Yönteminin Kullanımı	79
3. Emsal Kararlar Arasında En Uygun Olanın Belirlenmesi	80
4. Emsal Kararlar Arasında Görünürde Bir Çatışma Olması Durumunda Kıyasın Kullanımı	82

5. Emsal Kararlardan İlke Elde Etmede Kıyasın (İlke Kıyasının) Kullanımı	84
E. Common Law’da Kıyas Yönteminin Kullanımının Sınırlılığı	85
IV. Mevzuat Hukukunda Uygulanan Kıyas	87

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNDE KIYAS

I. Genel Olarak.....	89
II. Kıyas Yönteminin Kıta Avrupası’nda Olağan Kullanımı	91
A. Hukuk Kurallarının İhtilafı Olayın Çözümündeki Yetersizliği (Hukuk Kurallarındaki Belirsizliğin Çözümünde Kıyasın Rolü)	91
B. Kıyas Yönteminin Uygulamadaki Ön Şartı Olarak Boşluk Kavramı	97
1. Kural İçi Boşluk- Kanun İçi Boşluk (İntra Legem)	97
2. Açık Boşluk - Kanun Boşluğu (Praeter Legem)	98
3. Örtülü Boşluk- Gizli Boşluk	100
4. Hukuk Boşluğu- İlke Boşluğu (Extra Legem)	103
a) Hukuk Boşluğu Durumunda İlke Kıyası ile Hukuk Yaratma	103
b) Bir Hukuk Boşluğu Olarak Usuli (Teknik) Boşluk Kavramı	105
C. Olumsuz Cevap Araştırması (Yatay Sınırlandırma-Negative Answer Question).....	106
D. Kıyas Yönteminde Anayasal Sınırlandırma (Dikey Sınırlandırma).....	111
E. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Kıyasın Uygulanışı.....	114
III. Kıyas Yönteminin Kıta Avrupası’nda İstisnai Tarzda Kullanımları	119
A. Emsal Kararlarda Kıyas Yönteminin Uygulanması	119
1. Genel Olarak Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Emsal Kararlarda Kıyas Yönteminin Uygulanması	119

2. Türk Hukuk Sisteminde Emsal Kararlarda Kıyas Yönteminin Uygulanması	121
a) Türk Hukuk Sisteminde Emsal Kararların Nitelikleri	121
b) Emsal Kararların Türk Hukukunda Önemi ve Bunun Kıyas Yönteminin Kullanılmasına Etkisi	122
c) Emsal Kararın Somut Olaya Uygulanması Sırasındaki Analizi	124
B. Kural İçi Boşluğun Doldurulmasında Kıyasın Kullanımı.....	125
C. Hükmün Anlamının Tespitinde Kıyasın Kullanımı	127
D. Birbirine Benzer Hukuk Kurallarının Anlamlarının Berraklaşması Amacıyla Kıyas Yöntemine Başvurma	129
E. Hukuki Kuruma Kıyas Yönteminin Uygulanması	130
F. Yabancı Hukuki Kurumlara Yapılan Kıyas Yöntemi	132
G. Hukukî Kıyasta Kullanılan Kıyas Yöntemi	133
IV. Kıyas Yönteminin Kıta Avrupası'ndaki Hukuki Niteliği.....	134
A. Kıyas Yöntemi Yasama Kuvvetinin Bir Gaspı Mıdır?	134
B. Kıyas Yönteminin Hukuki Niteliği (Yorum Mu Hukuk Yaratma Mı) .	138
C. Kıyas Yönteminin Türk Hukukundaki Hukuki Dayanağı ve Sınırı	140
V. Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyasın Sınırları.....	143
A. Kıyasın Uygulanması İçin Hakkında Düzenleme Olmayan Bir Olay Olmalı	143
B. Kıyas Yönteminde Kıyaslanan ile Kıyaslanılan Özdeş Olmamalı	144
C. Uygulanacak Hüküm Kıyaslanan Şeye Mahsus Olmamalı.....	144
D. Kural Olarak İstisnai Hükümlere Kıyas Uygulanmaz	144
E. Kıyasın Uygulanması Ödev Yükleyen ve Kişi Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırıcı Nitelikte Olmamalı	145

F. Bir Şeyi Zikretmek, Diğerini Dışlamaktır “ <i>Expressio Unius Est Eclusio Alterius</i> ” İlkesinin Uygulandığı Yerde Kıyas Yapılamaz	147
G. Kıyasın Uygulanması, İstisnai Bir Durumdur	147
VI. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Uygulanan Kıyas Yönteminin Yorum Yöntemlerinden Farkı.....	148
A. Evleviyet Yöntemi (Argumentum a Fortiori) ile Kıyas Yönteminin Karşılaştırılması	148
1. Genel Olarak Evleviyet Yöntemi	148
2. Evleviyet Yöntemi ile Kıyas Yöntemi Arasındaki İlişki	151
B. Aksi ile Kanıt Yöntemi (Argumentum a Contrario) ile Kıyas Yönteminin Karşılaştırılması	153
1. Genel Olarak Aksi ile Kanıt Yöntemi	153
2. Aksi ile Kanıt Yöntemi ile Kıyas Yöntemi Arasındaki Farklılıklar ..	155
C. Genişletici Yorum ile Kıyas Yönteminin Karşılaştırılması	157
1. Genel Olarak Genişletici Yorum	157
2. Genişletici Yorum ile Kıyas Yöntemi Arasındaki Farklılıklar	159
3. Genişletici Yorum ile Kıyas Yöntemi Arasındaki Ortak Yanlar	161
4. Ceza Hukuku Alanında Kıyas Yöntemi ve Genişletici Yorum.....	163
D. Amaca Uygun Sınırlandırma (Teleolojik Redüksiyon) ile Kıyas Yönteminin Karşılaştırılması	168

BEŞİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA KİYAS

I. Kıyas Yönteminin Tarifi, Niteliği, Şer’i ve Akli Dayanağı	172
A. Kıyasın Tarifi	172
B. Kıyasın Niteliği	173

C. Şer'i Dayanağı	174
1. Kitap (Kur'an-ı Kerim)	175
2. Sünnet (Hadisler)	176
3. Sahabelerin Uygulamaları ve Bu Uygulamalar Neticesinde Oluşan İcma	177
D. Akli Dayanağı	178
II. Kıyasın Unsurları	179
A. Asl	179
1. Genel Olarak Asl	179
2. Aslın Hükmü İle İlgili Şartlar	180
a) Aslın Hükmü Kitap ve Sünnet ile Sabit Olmalıdır.	180
b) Aslın Hükmü, Akıl Tarafından Anlaşılabilir Bir İllete Sahip Olmalıdır.	181
c) Aslın Hükmü Asla Mahsus (Muhtassun Bih) Olmamalıdır.	182
d) Aslın Hükmü Kıyasa Aykırı Olacak Nitelikte İstisnai Bir Hüküm Olmamalıdır	182
B. Hüküm	183
C. Fer'	184
1. Fer'in Şartları	184
a) Fer'in Hükmü Nassla Belirtilmiş Olmamalı	184
b) Asl'daki İllet Fer'de de Olmalı	186
2. Fer'in Başka Bir Olayda Kıyas İçin Asl Olup Olmaması Sorunu	186
D. İllet	187
1. Genel Olarak İllet	187
2. İslam Hukuku Terimi Olarak İllet	188

3. İllet İle İlgili Bilinmesi Gereken Bazı Kavramlar	189
a) Tahricu'l-Menat (İlletin Tespiti)	189
b) Tenkihu'l-Menat (İlletin Belirginleştirilmesi)	189
c) Tahkiku'l-Menat (İlletin Uygulanması).....	191
4. İlletin Şartları.....	191
a) Zahir (Açık) olması	191
b) Mazbut (İstikrarlı) Olması	192
c) Hükme Münasip (Uygun) Olması	193
d) Müteaddi (Geçişli- Sirayet Edici) Olması	193
5. İllet ve Hikmet Arasındaki İlişki	194
6. İlleti Belirleme Yolları	196
a) Kitap ve Sünnet Nasslarından İlleti Çıkarma	196
b) İcma'dan İlleti Çıkarma	197
c) İllet ile Hüküm Arasındaki Uygunluğu Araştırarak İllet Çıkarma	198
III. Münasip Vasfın Kısımları (İllet ile Hüküm Arasındaki Münasebet)	198
A. Münasib-i Müecessir	199
B. Münasib-i Mülga (Mülaim).....	199
C. Münasib-i Mürsel.....	200
IV. Kıyasın Kısım ve Dereceleri.....	200
A. Kıyas-ı Evla	201
B. Kıyas-ı Müsavi	201
C. Kıyas-ı Edna.	202
V. İslam Ceza Hukuku Alanında (Ukubat) Kıyasın Kullanımı.....	202
VI. Kıyası Uygulayacak Olan Kişinin Bilmesi Gereken Hususlar	203

VII. İstihsan	203
A. Genel Olarak İstihsan.....	203
B. Kapalı Kıyas Sebebiyle İstihsan	204
C. Kıyas ile İstihsanın Karşılaştırılması	205
VIII. Mesalih-i Mürsele	205
A. Genel Olarak Mesalih-i Mürsele	205
B. Mesalih-i Mürsele Deliline Dayanan Örnekler	207
C. Mesalih-i Mürsele ile Kıyas'ın Karşılaştırılması	207
SONUÇ.....	209
KAYNAKÇA	216
YARARLANILAN MAHKEME KARARLARI.....	232

KISALTMALAR

AK	: Askerlik Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	: Bakınız
CMK	: Ceza Muhakemesi kanunu
C.	: Cilt
Çev	: Çeviren
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E. T.	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: madde
No.	: Number
p.	: page
pp.	: pages
S.	: Sayı
s.	: sayfa
ss.	: sayfalar
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb.	: ve benzeri
Vol.	: Volume
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Bu yüksek lisans tezinde hukukta bir akıl yürütme yöntemi olarak kıyasın (analojinin) incelenmesi amaçlanmaktadır.

Tezin birinci bölümünde, genel mantıkta kıyas yönteminin niteliği ve konumu belirlenmeye çalışılmaktadır. Bu kapsamda öncelikle kıyasın genel bir görünümü ele alınmış; sonrasında ise diğer akıl yürütme yöntemleri ile farkları ortaya konulmuştur. Kıyas yöntemini (analojiyi) klasik mantıkta tümdengelimle dayanan tasımdan (sillogizmden) ayırt etmek gerekmektedir. Zira literatürde her iki akıl yürütme yöntemine de kıyas adı verilmektedir. Latincesi *argumentum a simili* olan kıyas yöntemi (analoji), benzerlik dolayısıyla bir gerekçelendirmedir. Tasım (mantıki kıyas) ise tümdengelim yönteminin bir türüdür. Dolayısıyla bu çalışmada kıyas denildiğinde benzerlik gerekçesine dayanan (*argumentum a simili*) analoji kastedilmektedir.

Tezin ikinci bölümünde hukuk biliminde genel olarak kıyas yöntemi incelenmiştir. Kıyas yöntemi, mantıkta geçerli bir akıl yürütme yöntemi olarak yer almamaktadır. Çünkü bu akıl yürütme yönteminde sonuç, öncüllerden zorunlu olarak çıkmaz. Sonuç olumsal (ihtimali) niteliktedir. Kıyas yöntemi, geçerli bir akıl yürütme yöntemi olarak görülmemesine rağmen hukukta uygulaması oldukça yaygındır. Zira hukuk alanında genellikle olaylar birbirlerine tıpatıp benzemez. Bu sebeple kimi zaman karşılaştırılan olaylar arasında benzerlikler bulunarak bir olay hakkında bilinen bir hüküm, diğer olaya uygulanır. Tezin ikinci bölümünde ilk önce kıyasın günlük hayattaki uygulamaları incelenmiştir. Sonrasında ise hukuk alanında kıyasın önemine ve ne gibi avantajlara sahip olduğuna değinilmiştir. Ayrıca bu bölümde yine kıyasın unsurları açıklandıktan sonra farklı hukuk sistemlerine göre kıyasın tanımlamaları incelenmiş ve tanımlardan hareketle söz konusu hukuk sistemlerindeki farklılıklara dikkat çekilmiştir. Bu bölümün son iki başlığında ise kıyasın mantıksal yapısı ve kıyasta benzerlik meselesi incelenmiştir.

Kıyas yöntemi, hukukta kullanılan en eski akıl yürütme yöntemlerinden birisidir. Özellikle İslam Hukukunda kıyas yönteminin büyük bir önemi vardır. Öyle ki kıyas yöntemi, İslam Hukukunda dört esas kaynaktan birini teşkil etmektedir. Aynı şekilde Common Law Sisteminde de kıyas yöntemi merkezi bir konumda yer

almaktadır. Zira Common Law Sisteminin bir bölümünü teşkil eden ve olaylar üzerinden hareketle meselelerin çözülmesine çalışılan Vakıa Hukuku'nun (*Case Law*'un) temel akıl yürütme yöntemi kıyastır. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde ise bahsedilen hukuk sistemlerine nazaran kıyas yönteminin, istisnai bir kullanımı vardır. Çünkü Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde bir meselenin çözülmesinde daha çok kural odaklı hareket edilmektedir.

Çalışmamızda yukarıda bahsedilen hukuk sistemlerindeki farklılıklar nedeniyle kıyas yöntemi, her bir sistem açısından ayrı ayrı incelenmiştir. Bu kapsamda her bir sistemde uygulanan kıyas yöntemi, ayrı bir bölüm olarak ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde Common Law Sisteminde kıyas yönteminin görünümünü incelenmiştir. Öncelikle bu hukuk sisteminin genel olarak işleyiş yapısına değinilmiş ve uygulanan temel akıl yürütme yöntemleri belirtilmiştir. Bilindiği gibi Common Law sistemi iki farklı bölümden oluşmaktadır. Birincisi kural odaklı bir çözüm içeren Mevzuat Hukuku (*Statutory Law*), ikincisi ise olay odaklı çözüm içeren Vakıa Hukuku'dur (*Case Law*'dur). Bu hukuk sisteminde kıyas yönteminin genel uygulama alanı, Vakıa Hukuku'dur. Mevzuat Hukuku'nda ise kıyas yönteminin kullanımı Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde olduğu gibi istisnai bir niteliktedir. Zira bu alanda meselenin çözümünde başvurulacak birinci yol, hukuk kurallarına bakmaktır. Vakıa Hukukunda meselelerin çözümünde kıyas yöntemi merkezi bir rol oynar. Dolayısıyla bu bölümde ağırlıklı olarak Vakıa Hukukunda uygulanan kıyas yöntemi incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle Vakıa Hukukunda uygulanan kıyas yönteminin mantıksal yapısı ve temel özellikleri ele alınmıştır. Sonrasında ise bu yöntemin genel olarak uygulama alanına, bu alandaki kıyasın diğer uygulamalarının neler olduğuna ve sınırına değinilmiştir. Nihayetinde ise kıyas yönteminin Mevzuat Hukukundaki uygulaması açıklanarak bölüm sona erdirilmiştir.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde uygulanan kıyas yöntemi ele alınmıştır. Tezimizin en önemli bölümlerinden birini bu bölüm oluşturmaktadır. Zira Türk Hukuk Sistemi, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin bir parçasıdır. Bu sebeple kıyas yönteminin Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde nasıl uygulandığını görmek, Türk Hukuk Sistemindeki uygulamalara ışık tutacak

niteliktedir. Nitekim bu bölümde daha çok Alman Hukuk Sisteminden örnekler verilmiştir. Ancak bu incelemeler yapılırken, Türk Hukuk Sistemiyle de karşılaştırmalar yapılmıştır. Bu bölümde ilk olarak kıyas yönteminin olağan kullanımı incelenmiştir. Bu inceleme sırasında kıyasın uygulanması bakımından ne gibi şartların olduğuna da değinilmiştir. Sonrasında ise kıyasın bu hukuk sisteminde istisnai uygulamaları açıklanmıştır. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyasın hukuki niteliğinin belirlenmesi, çalışmamızın diğer bir konusunu teşkil etmektedir. Kıyas yönteminin bu hukuk sistemindeki hukuki niteliği açıklandıktan sonra kıyasın bu sistemde ne gibi sınırlara sahip olduğu diğer bir alt başlıkta incelenmiştir. Son olarak ise bazı yorum yöntemlerinin kıyas yöntemi ile farkları incelenmiştir. Söz konusu farklara bu başlıkta yer verilmesinin sebebi, örneklerin daha çok Kıta Avrupası Hukuk Sistemine uygun düşmesidir.

Son bölümde ise kıyas yönteminin İslam Hukukundaki görünümüne yer verilmiştir. Kıyas yöntemi, İslam Hukukunun dört kaynağından biri olması nedeniyle, üzerinde çok durulmuş bir konudur. Literatür taraması yapıldığında bu konu hakkında genel bir değerlendirmeden ziyade, müçtehitlerin ayrı ayrı kıyasa bakışlarının incelendiği ya da kıyas başlığı altında incelen bir konunun spesifik olarak ele alındığı görülmektedir. Bu sebeple İslam Hukukunda bu kadar geniş yer tutan bir konunun çalışmamızdaki kapsamı, sadece kısa bir özet niteliğinde kalmıştır. Ayrıntılı tartışmalara girilmeksizin genel bir çerçevede konu izah edilmeye çalışılmıştır. Öncelikle kıyas yönteminin İslam Hukukundaki tarifi, niteliği, şer'i ve akli dayanağı belirtilmiştir. Sonrasında ise kıyasın unsurları ve şartları ifade edilmeye çalışılmıştır. İslam Hukukunda uygulanan kıyas yönteminde müçtehitlerin en çok ihtilafa düştüğü konu, illetin nasıl belirleneceğidir. Bu bakımdan münasip vasfın kısımlarının, yani illet ile hüküm arasındaki münasebetin ayrı bir önemi bulunmaktadır. Bu sebeple münasip vasfın kısımlarına özel bir başlık ayrılmıştır. Bir diğer başlıkta ise kıyasın kısım ve dereceleri, İslam Ceza Hukuku alanında (ukubatta) kıyasın kullanımı ve kıyas yapacak şahısta aranan şartlar incelenmiştir. Bu son hususa ayrı bir başlık ayrılmasının sebebi, yanlış yapılan bir kıyasla elde edilen bir hüküm, nasslara ve icmaya uygun nitelikte olması gerekirken tam tersi aykırı bir nitelikte olabilmesidir. Son olarak bazı mezheplerin şer'i bir delil olarak gördükleri istihsan ve mesalih-i mürsele'yi kısaca

açıkladıktan sonra bu delillerin kıyas yöntemi ile arasındaki ilişki ve farkları izah edilmeye çalışılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

AKIL YÜRÜTME YÖNTEMİ OLARAK KIYAS (ANALOJİ - ÖRNEKSEME)

I. KIYASIN GENEL OLARAK GÖRÜNÜMÜ

Kıyas, Arapçada bir tutma, denk sayma, karşılaştırma, oranlama ve örnekseme anlamlarına gelmektedir.¹ Batı dillerinde kıyasın karşılığı olarak kullanılan analogi ise Yunanca “*analogia*” kelimesinden gelmiş olup², *ana* ve *logon* kelimelerinin birleşmesi ile oluşmaktadır.³ Kelime anlamı olarak, ussal benzerlik (uyum) manasına gelmektedir. Aristo “*Analitik*” adlı eserinde kıyası, “*geleneksel bir ismi bulunmayan bir cinsin ayırt edilmesi*” olarak takdim etmektedir.⁴ Düşününürün “*Retorik*” adlı eserinde ise kıyas, ikna edici model olarak sunulur.⁵

Kıyasın formu şu şekildedir:

- (i) x, F, G... özelliklerine sahiptir.
- (ii) y, F, G... özelliklerine sahiptir.
- (iii) x ayrıca H özelliğine sahiptir.
- (iv) O halde y, H özelliğine sahiptir.⁶

Örneğin:

Dünya, güneş etrafında dönen bir gezegendir. Dünyada atmosfer mevcuttur.

Mars (Merih), güneş etrafında dönen bir gezegendir. Mars’ta atmosfer mevcuttur.

¹ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, 11. Baskının Tıpkıbasımı, Ankara 2019, s. 1432; Abdullah Batuhan Baytaç, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No:14, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 307.

² Baytaç, s. 307.

³ Fabrizio Macagno/Douglas Walton, “Argument From Analogy in Law, The Classical Tradition, and Recent Theories”, *Philosophy & Rhetoric*, Vol. 42, No. 2, 2009, s. 168.

⁴ Macagno/Walton, s. 168.

⁵ Macagno/Walton, s. 169.

⁶ Martin Golding, “Argument By Analogy in The Law”, *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, (Edited By Hendrik Kaptein, Bastiaan Van Der Velden), Amsterdam University Press, Amsterdam 2018, s. 124.

Dünyada canlılar bulunmaktadır.

O halde Mars'ta da canlıların bulunması gerekir.⁷

Bu örnekte dünya ile Mars'ın birbirleri arasındaki ortak özelliğe dayanılarak, Mars'ın bilinmeyen yönleri açısından bir yargıya varılmaktadır.⁸ Dolayısıyla kıyas yöntemi, “*bilinen benzeişlerden faydalanarak, bilinmeyen benzeişleri çıkarmaya yarayan bir akıl yürütmedir.*”⁹

Aslında kıyas, ne tümevarım ne de tümdengelimdir. Ancak işleyişine dikkat edildiğinde kıyasın, hem tümdengelim hem tümevarımın özelliklerini barındırdığı görülür. Mars'ın dünya gibi atmosfere sahip olduğu hükmü tümevarımı gösterir. Ancak bu tümevarım varsayımsal bir karaktere sahiptir.¹⁰ Sonuç önermesinde ise (Mars'ta atmosferin olması nedeniyle yaşamın var olduğu yargısı), gizli bir tümdengelimsel (dedüktif) çıkarımın varlığı söz konusudur.¹¹

Atmofere sahip gezegenlerde hayat vardır. (büyük önerme)

Mars gezegeninde atmosfer vardır. (küçük önerme)

O halde Mars'ta hayat vardır. (sonuç)¹²

Sonuç olarak diyebiliriz ki kıyas, tümdengelim ve tümevarımın karışımıdır.¹³ Ancak kıyastaki tümevarım, eksik bir tümevarımdır.¹⁴ Zira iki ayrı olaydaki bir ortak özellikten hareketle, bu iki olaydan birinde bulunan bir özellik diğerine de yüklenmektedir. Bu şekilde bir akıl yürütmede ikinci olaya yükletilen bu özellik zorunlu olarak çıkmaz.¹⁵ Ayrıca kıyasta, tekil örneklerden yola çıkılmasına rağmen,

⁷ Kıyas yöntemine dair olan bu klasik örnek, ilk olarak XIX. yüzyılda yaşayan mantıkçı W. Stanley Jevons tarafından verilmiştir. Bkz. (Golding, s. 123); İbrahim Emiroğlu, *Klasik Mantığa Giriş*, Elis Yayınları, Ankara 2017, s. 199; Necati Öner, *Klasik Mantık*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1986, s. 173; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 200; Çapak, 244.

⁸ Emiroğlu, s. 199; Öner, s. 173.

⁹ Nurettin Topçu, *Mantık*, Dergah Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2017, s. 88.

¹⁰ Öner, s. 174; Işıktaç/Metin, s. 140.

¹¹ Emiroğlu, s. 200.

¹² Emiroğlu, s. 200.

¹³ İdris Hakan Furtun, *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma- Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 80; Doğan Özlem, *Mantık: Klasik / Sembolik Mantık Mantık Felsefesi*, İnkılap Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul 2007, s. 44; Topçu, s. 89.

¹⁴ Eksik tümevarım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s. 19.

¹⁵ Özlem, s. 44.

tümevarımda olduğu gibi bir genellemeye gidilmez. Kıyas, bazı olgu, olay veya nesnelerden öteki bazı olgu, olay ve nesnelere gidilmesi ile oluşur. Dolayısıyla tümevarımda tikelden tümele bir işleyiş söz konusu iken, kıyasta tikelden tikele bir gidiş vardır.¹⁶ Netice itibarıyla kıyasta, önce tümevarım yöntemi kullanılarak genel bir hüküm elde edilir (atmosfere sahip gezegenlerde hayat olduğu hükmü). Sonrasında bu genel hükümden, tümdengelim yöntemi aracılığıyla istenilen hüküm çıkarılır (Mars'ta atmosfer olduğundan dolayı, Mars'ta hayat vardır).¹⁷ Yani kıyas, Işıktaç/Metin'in de belirttiği üzere; “tümevarıma dayanan bir tümdengelim” şeklindeki akıl yürütme işlemidir.¹⁸ Ancak bazı yazarlara göre, kıyas bir akıl yürütme yöntemi değildir. Bu yazarlar kıyası, kanıtlamanın (argümantasyonun) bir türü olarak görmektedirler.¹⁹

Dikkat edilmesi gereken bir husus, kıyasta büyük önerme ile küçük önerme arasında bir “benzerliğin” olduğu vurgulanarak sonuca ulaşılmasıdır. Kıyas ile yapılan akıl yürütmede, benzetilen iki obje (benzetilen ve benzeyen) arasında bir kısmı bilinen; bir kısmı ise varsayılan bir takım benzerlik yönleri bulunur. Sonrasında, bilinen benzerlikler vasıtasıyla bilinmeyen ve fakat varsayılan benzerlikler çıkarsanarak sonuca ulaşılır.²⁰

Benzerliklerin nicelik bakımından fazla olması, her zaman benzerlik ilişkisinin güçlü olmasını göstermemektedir. Zira herhangi iki nesne, sınırsız açıdan benzer olabilmektedir.²¹ Örneğin bir sandalye ve bir bilgisayar, bir bardaktan ağır olmaları açısından, bir odada bulunmaları bakımından; hatta bu çalışmada örnek olarak

¹⁶ Özlem, s. 45.

¹⁷ Aral, s. 202.

¹⁸ Yasemin Işıktaç/Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 2016, s. 138; Emiroğlu, s. 200.

¹⁹ Yasemin Işıktaç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 2004, s. 152-153; Ayrıca bkz. Vedat Kamer, *İnformel Mantık Açısından Akılyürütme Kavramı Üzerine Bir Araştırma*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2014, s. 96: “Analoji bu tasnife dâhil edilmemiştir. Analojinin bir idrak yeteneği (perception) mi, yoksa bir akılyürütme mi olduğu günümüzde tartışmalı bir konudur.”

²⁰ Cafer Sadık Yaran, *İnformel Mantık*, Rağbet Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2019, s. 124.

²¹ Cass R. Sunstein, “Commentary on Analogical Reasoning”, *Harvard Law Review*, Vol. 106, No. 3, 1993, s. 774; Jefferson White, “Analogical Reasoning”, *A Companion to Philosophy and Legal Theory*, (Edited by Dennis Patterson), Wiley Blackwell, Malden 1996, s. 572; Umberto Eco, *Yorum ve Aşırı Yorum*, (Çev: Kemal Atakay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017, s. 41.

gösterilmeleri bakımından benzer konumda yer alırlar.²² Dolayısıyla herhangi iki olay ya da nesnenin arasında benzerlik ilişkisi kurulurken, hangi amaçla bu iki nesne ya da olayın benzer kabul edileceği, “uygun benzerliğin” belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.²³

Dolayısıyla kıyas yönteminde, benzetilen iki obje arasındaki benzerliğin tam olmasına gerek yoktur. Aslında birbirlerinden farklı olan iki şeyin rasyonel olarak bir tutulması söz konusudur.²⁴ Bu nedenle belirlenen benzerliğin ise herhangi bir benzerlik veya tam benzerlik olmayıp “uygun bir benzerlik (relevant similarities)” olması gerekmektedir.²⁵ Örneğin:

Sonuç Önermesi: Başkan yardımcısının görevi, fikirleri uysa da uymasa da başkanın izlediği politikaları desteklemektir.

Gerekçelendirmesi: Nitekim bir futbol takımında herhangi bir futbolcu, maç esnasında takım kaptanına müdahale edip topu kapmaya çalışmaz.²⁶

Yukarıdaki örnekte verilen kıyasta, takım yönetimi ile başkanlık yönetiminin benzer olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu benzerlik elbette tam manasıyla bir benzerlik değildir. Zira bir futbol takımı on bir kişiden oluşmakta iken, başkanlık yönetimi binlerce kişiden oluşmaktadır. Buradaki esas mesele, benzerlik niteliğinin “sonuçla önemli açılardan ilişkili benzerlik” olmasıdır. Örnekte ise takımın kaç kişiden oluştuğu olgusu, sonuçla uygun açılardan ilişkili değildir. Dolayısıyla bu farklılık önemli değildir.²⁷ Ancak burada belirtilen benzerliğin önemli açılardan uygun bir benzerlik derecesinde olup olmadığı tartışılabilir. Ayrıca önemli açılardan uygun benzerliğin gücü ne kadar fazla olursa, sonuç öncülünün geçerlilik derecesi o kadar artmaktadır. Bu durum ise benzerliklerin niceliği ve niteliğinin fazla olmasına bağlıdır.²⁸

²² White, s. 572.

²³ Sunstein, s. 774.

²⁴ Furtun, s. 76.

²⁵ Antony Weston, *A Rulebook for Arguments*, Third Edition, Hackett, Indianapolis, Cambridge 2000, s. 21.

²⁶ Weston, s. 20; Yaran, s. 124.

²⁷ Yaran, s. 124-125.

²⁸ Yaran, s. 126.

Kıyasta, elde edilen çıkarım kesin bilgi niteliğinde olmayıp, olumsal (muhtemel, zannî) bilgi içermektedir.²⁹ Bu akıl yürütme yönteminde sonuç önermesi, tümdengelsel akıl yürütmedeki gibi kategorik olarak geçerli ya da geçersiz şeklinde nitelenmez. Aksine elde edilen çıkarım, sonucu garanti etmeyen bir çıkarım niteliindedir. Bu sebeple kıyas yöntemi ile elde edilen sonucun geçerlilik derecesinden bahsedilir.³⁰ Dolayısıyla sonuç önermesinde benzeşim gücü dikkate alınarak kesin iddialarda bulunmamak gerekir. Aksi takdirde kesin iddialar, çıkarımın inandırıcılığını artırmadığı gibi azaltabilir. Dolayısıyla, sonuç önermesindeki çıkarımın muhtemel ya da mümkün olduğunu ifade etmek daha uygun olacaktır.³¹  rne in:

(I) Geçen hafta Ahmet, her gün otobüs ile okula gitmiştir ve Ahmet'in yolculuğu yaklaşık kırk dakika sürmüştür.

(II) Ahmet, bugün otobüs ile okula gidecektir.

(III) O halde, Ahmet'in okula gidiş yolculuğu kesinlikle kırk dakika s recek tir.

(IV) Veya o halde Ahmet'in okula gidiş süresi, yaklaşık kırk dakika s recek tir.³²

G r ld   gibi sonuç önermesinde (III. Önermede) bu kadar kesin ifadeler kullanmak, çıkarımın kesinliğini artırmaktan ziyade zayıflatmaktadır. Hâlbuki (IV) nolu önermenin (III) nolu önermeden açık bir şekilde daha güçlü olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla kıyas yönteminde sonuç önermesindeki ifadenin ılımlılı ı (*modesty*)  ıkarımın g  l l  n  artırmaktadır.³³

²⁹ Timothy A. Crews-Anderson, *Critical Thinking and Informal Logic*, Humanities-Ebooks, Tirril 2007, s. 32; Emiroğlu, s. 196-200;  zlem, s. 41; Işıktaç/Metin, s. 24; Işıktaç, *Hukuk Normunun*, s. 150; Katja Langenbucher, "Argument By Analogy in European Law", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 57, No. 3 (Nov., 1998), s. 487.

³⁰ Emiroğlu, s. 198; Necip Taylan, *Ana Hatlarıyla Mantık*, Ensar Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2016, s. 243; Yaran, s. 114.

³¹ Yaran, s. 126.

³² Crews-Anderson, s. 39; Yaran, s. 126.

³³ Crews-Anderson, s. 39.

II. KIYASIN GÜNLÜK HAYATTAKİ GÖRÜNÜMÜ

Günlük hayatta kullanılan kıyas yönteminin en önemli özelliği, resmi olmaktan (formel) uzak olmasıdır. Zira söz konusu uygulamada temel nokta olarak sayılacak şeyin tespiti ve benzerlikler ve farklılıkların hangisinin daha önemli olduğunun belirlenmesi, kıyası uygulayan kişilerin ilgisini çeken noktaya göre şekillenmektedir.³⁴ Yani günlük hayatta uygulanan kıyas yöntemi, herhangi bir hukuki görev ile bağlı olmadan, kişinin gelenek ve diğer sosyal normları olaya uygulaması ile ortaya çıkmaktadır.

Günlük hayatta kıyas yapan kişilerin çoğu, kıyas yöntemini kullandıklarının farkında değildir. Aynı şekilde bireyler, kıyastaki akıl yürütme sürecinde temel noktanın uygunluğunu, iki durum arasındaki olgusal benzerlikleri ve farklılıkları ve bu benzerlikler ve farklılıklardan hangisinin daha önemli olduğunu analiz etmede bilinçli bir şekilde hareket etmezler.³⁵

Kıyas yöntemi günlük hayatta, hukuk dışı birçok konuda kullanılmaktadır.³⁶ Günlük hayatta kıyasın kullanımını Burton'ın verdiği örneklerle ortaya koymaya çalışalım. Birinci örnekte bir annenin büyük çocuğuna akşam “21.00”a kadar uyanık kalmasına izin vermesi üzerine küçük çocuk, aynı muamelenin kendisine de uygulanmasını talep etmektedir. Küçük çocuğun bu talebinin muhtemel dayanağı, abisinin de kendisi gibi olduğudur. Bu gerekçeye göre her iki kardeş de çocuktur.³⁷ Olaydaki her iki kardeşin de çocuk olması gerekçesi bir olguyu ifade eder. Küçük kardeş, ağabeyi gibi bir çocuk olduğu gerekçesi ile aynı muameleyi görme talebinde bulunmaktadır. Anne ise küçük çocuğun bu talebini reddetmiştir. Anne, talebin reddini, büyük kardeşin daha az uykuya ihtiyacı olduğunu ve dolayısıyla büyük kardeş ile küçük kardeşin bu noktada benzer olmadığını ve bu sebeple uyku süresi açısından aynı muameleyi görmenin mümkün olmayacağını ifade ederek açıklamıştır.³⁸

³⁴ Steven J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Little Brown and Company, 1985 Toronto, s. 27.

³⁵ Burton, s. 27.

³⁶ White, s. 572; Burton, s. 26.

³⁷ Burton, s. 26.

³⁸ Burton, s. 26.

Burton'ın verdiği ikinci örnekte ise düğüne davet edilecek kişileri belirlemek için anne ve kızın arasında geçen tartışma ele alınmaktadır. Tartışma sırasında anne, Avrupa'da bulunan kuzen A'nın çağrılmayacağı nedeniyle, ABD'de farklı bir şehirde bulunan kuzen B'nin de çağrılmaması gerektiği iddiasında bulunmaktadır. Zira anneye göre çağrılmamasını düşündüğü kişilerin her ikisi de kuzen olduğu için benzer muameleye tabi olması gerekmektedir.³⁹ Düğünü olacak kız ise annesine bu iddiasının yanlış olduğunu söyler. Kıza göre düğünün yapılacağı konuma yakın olan yerlerde yaşayanların davet edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple kız, iki kuzenin; önemli ve uygun noktalarda benzer olmadıklarını belirtir. Dolayısıyla kuzen A ile kuzen B'ye yapılacak muamelenin benzer olmaması gerekmektedir.⁴⁰

Yukarıda görüldüğü gibi kıyasın üç aşaması mevcuttur. Birinci aşamada uygun benzerliğin yani birinci örnekte büyük çocuğa ve ikinci örnekte kuzen B'ye yapılan muamelenin tespiti ile başlanmalıdır. İkinci aşamada eldeki olayımız ile temel nokta durumu arasında olgusal benzerliklerin (çocukluk statüsü ve kuzenlik statüsü) ve farklılıkların (yaş ve coğrafi yakınlık) tanımlanması gerekmektedir.⁴¹ Üçüncü aşamada ise olayda belirtilen şartlar altında olgusal benzerlikler ve farklılıklardan hangisinin daha önemli olduğu belirlenmelidir. Böylece elimizdeki olayda, verilmesi gereken hüküm bulunmuş olur.⁴² Burton'a göre ikinci ve üçüncü aşama, basit benzerlik mantığı kurularak yapılmaktadır. Hiçbir fiil, kişi veya şey tüm olgusal açılarından birbirlerine benzer değildir. Ayrıca iki kişinin, iki fiilin veya iki şeyin benzer olduğu iddiası onların özdeş olduğu iddiası anlamına gelmez. Zira zikredilen fiiller, kişiler veya şeyler özdeş olsaydı, onların karşılaştırılması hiçbir zaman mümkün olmazdı.⁴³ Nitekim böyle bir durumda tümdengelim yöntemi kullanılırdı. Yani kıyas yöntemine gerek kalmazdı. Aynı şekilde iki kişinin, iki fiilin veya iki şeyin olgusal olarak tüm açılardan farklı olması durumunda da karşılaştırma anlamsız olurdu. Dolayısıyla kıyas modelinde, iki

³⁹ Burton, s. 26.

⁴⁰ Burton, s. 26.

⁴¹ Burton, s. 26.

⁴² Burton, s. 26.

⁴³ Burton, s. 26; White, s. 571; Dan Hunter, "Teaching and Using Analogy in Law", *Ass'n Legal Writing Directors* 151 (2004), s. 152.

durum arasında benzerliklerin ve farklılıkların değerlendirilmesinde dikkatli olunması gerekmektedir.⁴⁴

Kıyas, büyük oranda bağlamsal (depend on context) ve durumsaldır (situational). Soyut olarak büyük çocuk ile küçük çocuğun benzer veya farklı olmasının değerlendirilmesi anlamsızdır. Çocukların uyuma saati örneğinde olduğu gibi benzerlikler ve farklılıkların değerlendirilmesi ancak somut olayın incelenmesinde anlam kazanmaktadır. Benzerliklere ve farklılıklara isnat, duruma göre değişebilmektedir. Mesela uyuma saati örneğinde üç yaş fark olgusuna dayanılması, küçük kardeşin üç yaşında; büyük kardeşin altı yaşında olması durumunda farklı muamele yapmayı gerektirebilmekte iken, bu olguya dayanmak üç yıl sonra benzer muameleyi gerektirebilmektedir.⁴⁵ Yani üç sene sonra küçük kardeş altı yaşında, büyük kardeş dokuz yaşında olacaktır. Bu durumda ise küçük kardeşin uyku saatinin fazla olmasını gerektirecek durum ortadan kalktığı için farklı muameleyi gerektirecek durum da ortadan kalkmış olacaktır. Ayrıca bu iki kardeş uyuma saati konusunda farklı muameleye tabi iken, doğum günü hediyesi konusunda yaş farkına bakılmaksızın benzer muameleye tabidirler.⁴⁶

Sonuç olarak, kıyas yönteminin günlük kullanımı, gayri resmi (informel), bağlamsal (contextual) ve durumsal (situational) bir özelliğe sahiptir. Hukuk alanında uygulanan kıyas yöntemi ise bağlamsal ve durumsal olmasının yanında aynı zamanda resmi bir nitelik taşır.

III. DİĞER AKIL YÜRÜTME YÖNTEMLERİ İLE KİYASIN KARŞILAŞTIRILMASI

Kıyas yöntemini daha iyi anlamak için kıyasın diğer akıl yürütme yöntemleri ile arasındaki ilişki ve farklarını belirtmek gerekir. Zira bir şeyin tam olarak anlaşılabilmesi için, ağıyarını mani olan şeylerin, yani ne olmadığının bilinmesi

⁴⁴ Burton, s. 27; White, s. 571; Hunter, s. 152.

⁴⁵ Burton, s. 27.

⁴⁶ Burton, s. 27.

önemlidir. Bu sebeple ikinci başlık olarak diğer akıl yürütme yöntemleri ile kıyas yönteminin karşılaştırılması yapılacaktır.

A. Tümdengelim (Dedüksiyon- Tasım-Ta'lil) Yöntemi ile Kıyasın Karşılaştırılması

1. Genel Mantıkta Tümdengelim (Dedüksiyon) Mantığı Olarak Tasım (Sillojizm)

Mantık bilimi, düzgün karar verme bilimi, ya da düşünmenin yasalarını inceleyen disiplin olarak dile getirilmektedir.⁴⁷ Bu kapsamda klasik mantık biliminin konusunu doğruluk değil, geçerlilik oluşturur.⁴⁸ Zira mantıkta düşünme tarzlarının, muhakeme formlarının düzgün olması nispetinde, o düşünme eyleminin mantık bilimi açısından geçerli olduğu kabul edilir⁴⁹ ki bu sebeple klasik mantığa formel mantık da denir.⁵⁰ Dolayısıyla tümdengelimsel tarzda yapılan çıkarımların ya geçerliliğinden (valid) ya da geçersizliğinden (invalid) söz edilir.⁵¹ Bir çıkarımın doğru ya da yanlış olması ise epistemolojinin konusunu oluşturmaktadır.⁵²

Klasik mantığa “Aristo mantığı” adı da verilmiş olup⁵³; bu mantık metodu, Aristo’dan Ortaçağ da dâhil olmak üzere uzun bir dönem boyunca hakikate ulaşmak adına yegâne metot olarak görülmüştür.⁵⁴ Buna göre tek geçerli muhakeme tarzı tümdengelim (dedüksiyon) tarzında yapılan çıkarımlardır. Bu başlıkta incelenecek olan tasım (mantıki kıyas) da tümdengelim metoduna dayanmaktadır.⁵⁵ Aristoteles tasımı şu şekilde tanımlamıştır: *"Kıyas bir sözdür ki kendisinde, bazı şeylerin konulmasıyla, bu verilerden başka bir şey, sadece bu veriler dolayısıyla gerekli olarak*

⁴⁷ Sururi Aktaş, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 153; Aral, s. 164.

⁴⁸ Yaran, s. 82.

⁴⁹ Ertuğrul Uzun, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*, Nora Kitap, İstanbul 2016, s. 83; Aral, s. 165; Aktaş, *Hayek*, s. 162.

⁵⁰ Işıktaç, *Hukuk Normunun*, s. 20; Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, *Metodoloji*, 1. Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1945, s. 35.

⁵¹ Crews-Anderson, s. 22; Alev Alatl, *Ben Böyle Düşünüyorum Demekle Olmuyor*, Everest Yayınları, 1. Basım, İstanbul 2018, s. 65, 82, 84.

⁵² Uzun, s. 82; Aral, s. 165.

⁵³ Rona Serozan, *Hukukta Yöntem*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi, Sayı 8 (Özel Sayı), 2013, s. 2433; Alatl, s. 81.

⁵⁴ Yaran, s. 229.

⁵⁵ Abdullah Demir, *Hukuk Metodolojisi*, Astana Yayınları, Ankara 2016, s. 33; Öner, s. 5.

çıkar.⁵⁶ Gazali ve Farabi'nin tasım tanımlarında da yapılan muhakeme sonucunda elde edilen verinin zorunlu olarak çıkması vurgulanmıştır.⁵⁷ Yaran'a göre tasım, "tümdengelimsel (ta'lil)⁵⁸ akıl yürütmenin formel mantıktaki kurallara göre yapılandırılmış kanıt/argüman hali"dir.⁵⁹ Ayrıca yazara göre formel mantığın temel konusunu teşkil eden tasım (mantiki kıyas), dedüksiyonun en mükemmel şekli olduğu için, klasik mantıkta akıl yürütme yöntemleri denildiğinde; ilk akla gelen akıl yürütme yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁰

Klasik mantıkta çıkarımlar (dedüksiyonlar) doğrudan çıkarımlar ve dolaylı çıkarımlar olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Doğrudan çıkarımlar, sadece bir öncülden sonuca gidilen, iki önermeden oluşan çıkarımlardır. Bu önermelerden birisini öncül, diğerini sonuç oluşturur. Yani bu çıkarım çeşidinde sonuç, tek bir öncüle dayanmaktadır.⁶¹ Doğrudan çıkarımlar da kendi içinde "karşı olum çıkarımı" ve "eşdeğer çıkarımı" olarak ikiye ayrılmaktadır.⁶² Ancak biz konumuz gereği bu konuda ayrıntılı bir izah yapmaksızın bir örnek vererek dolaylı çıkarıma geçeceğiz.

Örnek 1 Öncül: Bazı insanlar avukattır.

Sonuç: Bazı insanlar avukat değildir.⁶³

Örnek 2 Öncül: Bütün insanlar ölümlüdür.

Sonuç: Bazı insanlar ölümlüdür.⁶⁴

Görüldüğü gibi doğrudan çıkarımlar bir öncül ve bir sonuçtan oluşmaktadır.

Dolaylı çıkarımlar ise en az iki öncül ve bir sonuç önermesinden oluşan çıkarımlardır. Klasik mantıkta en çok önem verilen çıkarımlar, dolaylı çıkarımlardır.

⁵⁶ Aristoteles, *Organon III Birinci Analitikler*, (Çev: Ragıp Atademir) Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1996, s. 5; Taylan, s. 193; İbrahim Çapak, *Gazali'nin Mantık Anlayışı*, Elis Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 145.

⁵⁷ Çapak, s. 145.

⁵⁸ İbn Sina/İbn Tufeyl, *Hay bin Yakzan*, (Çev: M. Şerafeddin Yaltkaya/Babanzade Reşid), Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı, İstanbul 2018, s. 59.

⁵⁹ Yaran, s. 79; Crews-Anderson, s. 27.

⁶⁰ Yaran, s. 236.

⁶¹ Özlem, s. 166.

⁶² Özlem, s. 167.

⁶³ Özlem, s. 169.

⁶⁴ Özlem, s. 169.

Bu çıkarımlar mantıki kıyas, tasım ya da sillogizm olarak adlandırılmaktadır.⁶⁵ Dolaylı çıkarımlar, kategorik tasım ve kategorik olmayan tasım şeklinde ikiye ayrılır. Kategorik tasımda öncüller ve sonuç kategorik (basit) önermelerden oluşmaktadır. Kategorik olmayan tasımda ise öncüllerden veya sonuçtan birinin bileşik önermeden oluşması durumu söz konusudur. Kategorik olmayan tasım kendi içinde hipotetik, disjunktif ve ikilem (dilemma) olarak üçe ayrılmaktadır.⁶⁶

2. Tümdengelim Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki

Şimdiye kadar mantık bilminde yer alan tümdengelim formunda olan tasımı (mantıki kıyası) izah etmeye çalıştık. Ancak terminolojide çalışma konumuz olan analogi (kıyas) ile tasım (mantıki kıyas) birbirinden farklı kavramlardır.⁶⁷ Tasım, uygun kullanıldığı takdirde analogi yönteminden daha güçlü bir model olarak karşımıza çıkar. Analogi, tasım gibi kesin sonuçlar veren mantıksal zorunluluk içermez.⁶⁸

Klasik mantıkta tek geçerli muhakeme formunun tümdengelim yöntemi olduğunu ve düşünme şeklinin tasım kavramı ile özdeşleştiğini tasım başlığı altında ifade etmiştik. Ancak akıl yürütmenin izlediği tek yol tümdengelim metodu olmadığı gibi⁶⁹, bir hukuksal sorunun, salt mantıksal çıkarsamalarla çözülmesi her zaman mümkün olmamakta⁷⁰ ve pozitif hukukta somut olayın genel bir normun kapsamına sokularak (altlama/subsumsiyon⁷¹) cereyan eden tümdengelim mantığı her zaman işe yaramamaktadır.⁷² Zira hukuk sistemi, kavram hukukçularının dediği gibi kendi kendine yeten kapalı bir sistem değildir.⁷³ Kavram hukukçuları meseleyi salt lojik (mantık) açıdan değerlendirir. Halbuki kimi zaman meseleye teleolojik açıdan da

⁶⁵ Yaran, s. 80.

⁶⁶ Özlem, s. 179.

⁶⁷ Yaşar Karayalçın/Aynur Yongalık, *Hukukda Öğretim- Kaynaklar- Metod Problem Çözme*, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008, s. 146; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 96.

⁶⁸ Emiroğlu, s. 196-200; Özlem, s. 41; Işıktaç/Metin, s. 24.

⁶⁹ Ahmet Haluk Atalay, “Bir Hukuk Mantığı Var Mıdır?”, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 6, 2015, s. 32.

⁷⁰ Aktaş, *Hayek*, s. 154; Aral, s. 169.

⁷¹ Furtun altlamanın (subsumsiyon), somut olayın yasal soyut tip olay ile şüphe duyulmayacak şekilde benzer olması halinde olacağını belirtmektedir. Bkz. Furtun, s. 32.

⁷² Aral, s. 180.

⁷³ Işıktaç, *Hukuk Normunun*, s. 48.

bakmak gerekmektedir.⁷⁴ Bu bakımdan mantıkta tek geçerli akıl yürütme yöntemi olan tündengelim dışında hukuk alanında kıyas (analoji) ve tümevarım gibi farklı yöntemleri de kullanmak gerekir. Hukuk normunun tamamen belirsiz olduğu veya belirli bir kuralın olmadığı durumlarda, tündengelimsel muhakeme formunu (tasımı) kullanma imkânı yoktur. Eğer bu şartlarda formel mantığın temel ilkesini kullanırsak, aşırı formalist bir tavır takınmış oluruz.⁷⁵ Hukukun lafzına haddinden fazla bağlılık, hukukun realiteden kopmasına neden olur.⁷⁶ Ayrıca hukuk sistemi durağan bir yapıda olmadığından bu mantık formunun değişikliğe ayak uydurması zordur. Dolayısıyla mantıksal kıyas (tasım), bizlere kapsamlı bir hukuki akıl yürütme yöntemi perspektifi kazandırmaz⁷⁷ ve uyuşmazlıkların çözümünde yeterli değildir.⁷⁸ Zira hukuk bilimi diğer bilim dalları için bir araç niteliğinde ve sırf şekil ve işaretlerden oluşan mantık ve matematikten farklı olarak kendine mahsus bir konuya sahiptir. Bu konu ise gerçeklik alanında sonuç doğuran davranış kurallarına dayanan normatif önermelerdir.⁷⁹

Kıyas (analoji), klasik mantıkta yer alan tündengelimsel formda ilerlemez. Brewer'e göre kıyas, tasımsal gerekçelendirme formuna sahip iken, diğer yazarlar bu akıl yürütme şeklinin tündengelimsel forma indirgenemeyeceğini düşünürler.⁸⁰ Zira kıyasta (analoji), tasımda (syllogism) olduğu gibi büyük önerme yer almaz.⁸¹ Yani kıyasta, *“dedüktif mantığın gereği olan bir genelleştirilmiş sonucu desteklemek için örneklerin çok sayıda olmasına gerek duyulmaz.”*⁸²

Golding'e göre ise kıyas (analoji) yöntemi, sadece sonucun mantıklı olmasını garantileyecek şekilde kurulmaz. Aynı zamanda kıyasta, doğru bir sonuca götüren tündengelimsel olmayan (non-dedüktif) güçlü bir gerekçelendirme süreci vardır.

⁷⁴ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 107.

⁷⁵ Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 69.

⁷⁶ Aktaş, *Hayek*, s. 154.

⁷⁷ Aktaş, *Eleştirel*, s. 70.

⁷⁸ Aktaş, *Eleştirel*, s. 67-162.

⁷⁹ Işıktaç, *Hukuk Normunun*, s. 22.

⁸⁰ Macagno/Walton, s. 155-160.

⁸¹ Işıktaç, *Hukuk Normunun*, s. 154; Karayalçın/Yongalık, s. 146.

⁸² Yaran, s. 123.

Ancak kıyas modeli, tümdengelimsel olmayan niteliğe sahip olmasına rağmen, tümdengelimsel geçerlilik içeren gerekçelerle desteklenebilmektedir.⁸³

Kıyas, iki olay arasındaki benzerliğin bulunmasının ardından, bu olaylardan birisi için verilen hükmün diğer olay için de verilmesini ifade eder.⁸⁴ İbn Sina ve Gazali kıyası, “şahidi (görüneni/bilineni) gaibe (görünmeyene/bilinmeyene) delil gösterme” olarak tanımlamışlardır.⁸⁵ Yani bu akıl yürütme şeklinde ne t mdengelimde (dedüksiyon) olduğu gibi genelden özele, ne de tümevarımda (endüksiyon-istikra⁸⁶) olduğu gibi özelden genele bir işleyiş vardır. Kıyasta özelden özele (tikelden tikele) bir yürüyüş söz konusudur.⁸⁷ Dolayısıyla bu tür bir akıl yürütme, tümevarım ve t mdengelimden farklıdır.⁸⁸

Tümdengelim yöntemi kapalı-dünya modeli öngörürken, kıyas yöntemi açık-dünya varsayımına göre hareket etmektedir. Yani t mdengelimde kurallar, bu kapalı dünya içerisinde insicam içerisindedir (koordineli). Kıyas yöntemi ise tümdengelim yöntemi gibi kesinlik içermediği için “epistemik belirsizlikler içeren açık-dünya” varsayımında kendine uygulama alanı bulur.⁸⁹

Tümdengelim yöntemi monotondur. Zira bir çıkarımda önermelere yeni bir önerme eklenmesi ile sonuç önermesi değişmiyorsa bu mantık monoton olarak kabul edilir. Yani monoton özelliğe sahip bir akıl yürütmede, öncül kümesi genişledikçe sonuçlar kümesi de monoton bir biçimde genişler.⁹⁰  rneğin

(I) Bütün insanlar ölümlüdür.

⁸³ Golding, s. 123.

⁸⁴ Emiroğlu, s. 199;  ner, s. 172-173.

⁸⁵ Emiroğlu, s. 199; İbn Sina, s. 35; Işıktaç/Metin, s. 232. apak, s. 243.

⁸⁶ İbn Sina, s. 59.

⁸⁷ Emiroğlu, s. 199;  ner, s. 173; Aral, s. 202; Işıktaç/Metin, s. 232; Karayalçın/Yongalık, s. 146; Yaran, s. 123; Maciej Koszowski, “Analogical Reasoning in Statutory Law”, *Journal of Forensic Research*, Vol. 8, No. 2, s. 1.

⁸⁸ Macagno/Walton, s. 157.

⁸⁹ Vedat Kamer, “Feshedilebilir Akılyürütme”, *VI. Mantık alıştayı Kitabı* (Yayıma Hazırlayanlar Vedat Kamer ve şafak Ural), Mantık Derneği Yayınları Aralık 2016, s. 246.

⁹⁰ Douglas Walton, *Informal Logic*, 2nd Edition, Cambridge University Press, New York, 2008, s. 159; Vedat Kamer, *Yapay Zekâ ve Monoton-olmayan Mantık*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2009, s. 73; Kamer, *Feshedilebilir*, s. 248.

(II) Sokrat bir insandır.

(III) O halde Sokrat ölümlüdür.

Şimdi bu önermeler kümesine yeni bir önerme ekleyelim:

(I) Bütün insanlar ölümlüdür.

(II) Aristo bir insandır.

(III) O halde Aristo ölümlüdür.

Görüldüğü gibi yeni bir öncül eklenen bu akıl yürütme modelinde sonuç monoton olarak genişlemiştir.

Ancak tümdengelim yönteminin aksine kıyas yöntemi, monoton olmayan bir mahiyettedir. Zira kıyas, risk içerir ve kesin değildir. Kıyasta daha fazla öncülün eklenmesi ile sonuç öncülü değişebilmektedir.⁹¹

Son olarak tümdengelim yönteminin kıyas yönteminden diğer bir farkı, yeni bir bilgi üretmemesidir. Tümdengelim yönteminde sonuç, öncüllerdeki bilgilerden daha fazla bir bilgi içermez. Kıyas yöntemi ise yeni bir bilgi üretir ve kesin bir sonuç içermez.⁹²

B. Tümevarım (İstikra- İndüksiyon) Yöntemi ile Kıyasın Karşılaştırılması

1. Genel Olarak Tümevarım (İstikra) Yönteminin Yapısı

Tümevarım yöntemini geniş bir şekilde tanımlamak gerekirse; “*zihnin özelden genele, tikelden tümele, mümkünden zorunluya*⁹³, *misalden kaideye veya olaydan kanuna doğru hareket etmesi ve bir bütünün parçaları hakkında hüküm vermesi*”⁹⁴

⁹¹ Kamer, *Monoton*, s. 74.

⁹² Kamer, *Feshedilebilir*, s. 246.

⁹³ Emiroğlu, s. 198.

⁹⁴ Emiroğlu, s. 195.

olduğunu söyleyebiliriz.⁹⁵ Aristo ise tümevarımı; “*bölümcül hallerden bütüncüle geçmek*” şeklinde tanımlamıştır.⁹⁶

Tümevarım yöntemi, tam tümevarım ve eksik tümevarım yöntemi olarak ikiye ayrılmaktadır.⁹⁷ Bu ayrımın nedeni, akıl yürütme yapılırken incelenen öncül durumundaki tikellerin tamamının incelenip incelenmemesi gerektiği konusundaki tartışmadan kaynaklanmaktadır.⁹⁸ Tam tümevarım yönteminde tümeli oluşturan tüm tikellerin incelenmesi söz konusudur.⁹⁹ Eksik tümevarım yönteminde ise tikellerin tamamı incelenmemektedir. Mantık alanında genelde tümevarım denilince eksik tümevarım anlaşılmaktadır. Bu sebeple eksik tümevarım, gerçek tümevarım olarak da adlandırılır.¹⁰⁰ Çalışmamızda bahsedilen tümevarım yöntemi, aksi belirtilmedikçe eksik (gerçek) tümevarım yöntemi olarak anlaşılmalıdır.

Örneğin, üniversite yerleşkesindeki kırtasiyeden alınan dört adet kalemin, şehirdeki kırtasiyede daha ucuz olduğu anlaşıldığında, yerleşkedeki kırtasiyenin şehir merkezindeki kırtasiyeden daha pahalı olduğu sonucuna varmak, günlük hayatta kullandığımız tümevarıma basit bir örnektir. Tümevarım yönteminde, sınırlı sayıdaki örnekten çıkarım yapılarak, örneklerdeki hükmün genel olarak tüm türe uyarlanması söz konusudur. Diğer bir ifade ile tümevarım, bir sınıfın öğelerindeki incelenebilen özellikler aracılığıyla, sınıfın diğer öğelerini kapsayacak şekilde hüküm verilmesidir.¹⁰¹

Tümevarım yoluyla elde edilen çıkarımın sağlıklı ve güvenilir olması bazı şartlara bağlıdır. Bu şartlardan en önemlileri, incelenen örneklerin nicelik ve niteliğidir. Verdiğimiz örneği ele aldığımızda, üniversite yerleşkesinde yalnızca dört tane kalem alınmış; şehir merkezinde de dört tane kalemin fiyatı incelenerek çıkarım

⁹⁵ Emiroğlu, s. 195; Gültekin Eroğlu, *Akl Yürütme Formlarının Mantık ve Bilimlerde Yeri ve Değeri*, Hikmet Yurdu, C. 5, S. 10, Malatya 2012, s. 188; Demir, s. 77.

⁹⁶ Aristoteles, *Organon V Topikler*, (Çev: Ragıp Atademir) Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1996, s. 22. Ayrıca Aristo, tümevarım yöntemini ilk kullananın Sokrates olduğunu iddia etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, s. 77.

⁹⁷ Eroğlu, s. 188; Emiroğlu, s. 195; Öner, s. 174; Taylan, s. 249; Işıқтаç/Metin, s. 24; Işıқтаç, *Hukuk Normunun*, s. 149.

⁹⁸ Taylan, s. 239.

⁹⁹ Eroğlu, s. 188; Emiroğlu, s. 195; Taylan, s. 249; Işıқтаç/Metin, s. 25; Demir, s. 80.

¹⁰⁰ Crews-Anderson, s. 32; Taylan, s. 249.

¹⁰¹ Yaran, s. 112.

yapılmıştır. Çıkarım için kullanılan öncüllerin niceliğinin, bu bakımdan sağlıklı bir hüküm vermeye elverişli olmadığını söyleyebiliriz. Zira alınan kalemelerin sayısı sonuç öncülünde verilen çıkarımı yapmaya yeterli niceliğe sahip değildir.¹⁰²

Çıkarım yaparken öncüllerin niceliği kadar niteliği de önemlidir.¹⁰³ Örneğin yerleşkede bulunan kırtasiyede satılan malların kaliteli olduğu, şehirdeki kırtasiyede ise genellikle ucuz ithal malların satıldığı kesin olarak biliniyorsa, çıkarım yaparken uyulması gereken şartlardan “ele alınan öncüllerin niteliği” konusunda eksiklik olduğu söylenebilir. Dolayısıyla yapılan tümevarımsal çıkarımın güvenilirliğinin zayıf olduğu iddia edilebilir.

Tümevarım yönteminin tümdengelim yönteminden temel farklı, iki öncül bir sonuç değil, bir öncül ve bir sonuçla ifade edilebilmesidir:

(Öncül) Kalitesini ölçmek için yüz çuval fındık içerisinde her birisinden belli bir miktar fındığın incelenmesi sonucu; alınan miktardaki fındıkların kalitesinin A kalite olduğu görülmüştür.

(Sonuç) O halde, fındıkların alındığı tüm çuvallarda, A kalite fındık mevcuttur.

104

Görüldüğü gibi çıkarım, sınırlı grupların incelenmesi sonrasında genelleştirme yapılarak bulunmuştur.¹⁰⁵

Tümevarım yöntemini tümdengelim yönteminden ayıran diğer bir fark, zihinsel işleyişin ters yönde olmasıdır. Tümevarım yönteminde “*zihin, tikellerden tümele, olaylardan kanunlara, sonuçlardan sebeplere ve prensiplere geçiş*”¹⁰⁶ suretinde hareket eder.¹⁰⁷ Tümdengelim yönteminde ise belirttiğimiz gibi zihinsel işleyiş tam tersi yönde hareket etmektedir.

¹⁰² Yaran, s. 113.

¹⁰³ Yaran, s. 113.

¹⁰⁴ Yaran, s. 112.

¹⁰⁵ Yaran, s. 112; Özlem, s. 41.

¹⁰⁶ Emiroğlu, s. 195.

¹⁰⁷ Emiroğlu, s. 195.

2. Tümevarım Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki

Klasik görüşe göre kıyas yöntemi ne tümdengelimde (dedüksiyon) olduğu gibi genelden özele, ne de tümevarımda (endüksiyon-istikra) olduğu gibi özelden genele bir işleyişe sahiptir. Kıyasta, özelden özele (tikelden tikele) bir yürüyüş söz konusudur. Dolayısıyla bu tür bir akıl yürütme, tümdengelim ve tümevarım yönteminden farklıdır.¹⁰⁸

Kıyas yönteminde, tümevarım yöntemindeki gibi genelleştirilmiş neticeyi desteklemek amacıyla örneklerin birden fazla olmasına gerek duyulmaz. Kıyas yönteminde sonuca varmak için, tek bir tikel durum ile diğer bir tikel durum arasında benzerlik kurmak yeterlidir.¹⁰⁹ Yani kıyasta, tekil örneklerden yola çıkılmasına rağmen tümevarımda olduğu gibi bir genellemeye gidilmez. Kıyas, bazı olgu, olay veya nesnelerden öteki bazı olgu, olay ve nesnelere gidilmesi ile oluşur. Dolayısıyla tümevarımda tikelden tümele bir işleyiş söz konusu iken, kıyasta tikelden tikele bir gidiş vardır.¹¹⁰

Kıyas yönteminde, sonuç öncülüne ulaşmak için muhakkak bir benzetme işlemi yapılmaktadır.¹¹¹ Nitekim kıyas kelimesinin batı dillerindeki karşılığı olan analogi kelimesinin sözlük anlamı ussal benzeşimdir.¹¹² Ancak tümevarım yönteminde ise her zaman bir benzetme işleminin yapıldığından söz edemeyiz:

(I) Karga, kartal ve serçe kanatlıdır.

(II) Karga, kartal ve serçe kuştur.

(III) O halde bütün kuşlar kanatlıdır.

Yukarıdaki tümevarım yöntemi ile çıkarılan sonuçta bir benzetme yapılmaktan ziyade doğrudan bir genellemeye gidildiği görülmektedir. Dolayısıyla kıyas yöntemi ile tümevarım yöntemi arasındaki farklardan biri de kıyas yöntemi, muhakkak bir benzetmeye dayanırken; tümevarım yönteminde sonuca benzerliğe dayanılarak

¹⁰⁸ Emiroğlu, s. 199; Öner, s. 173; Aral, s. 202; Işıktaç/Metin, s. 232; Karayalçın/Yongalık, s. 146; Yaran, s. 123; Koszowski, *Statutory*, s. 1.

¹⁰⁹ Weston, s. 19; Sunstein, s. 743; Yaran, s. 123.

¹¹⁰ Özlem, s. 45.

¹¹¹ Yaran, s. 124.

¹¹² Macagno/Walton, s. 168.

ulaşmak her zaman gerekmez.¹¹³ Kıyas yönteminde iki şeyin birbirine tam bir benzerliği veya özdeşliği aranmamaktadır. Bu akıl yürütme yönteminde benzerliklerin tahmin edilebilir, öngörülebilir bir sonuca götürmesi kâfidir. Ancak tümevarım yönteminde çoğu zaman karşılaştırılan şeyler arasında özdeşlik aranmaktadır.¹¹⁴

Bir kısım hukukçular, kıyasın her zaman bir genelleştirmeye gitmeyi gerekmeyen tikelden tikele benzerlik karşılaştırması olduğunun; tümevarımın ise önceki deneyimlerden bir kuralın genelleştirilmesi ile yapılması gerektiğinin farkında değildir.¹¹⁵ Bu ayrımı iyi bir şekilde açıklamak için kanunu yorumlarken karşılaşılan “aynı cinsten olma (ejusdem generis)” ilkesini örnek gösterebiliriz. Bu kavram genellikle “a, b, c ve diğerleri” şeklinde biten örneklendirici sayma yönteminin kullanıldığı kanun metinlerinde karşımıza çıkar. “Diğerleri” ifadesinin içerisinde hangi şeylerin dâhil edilip, hangi şeylerin dâhil edilmeyeceği konusunda bu ilkeye başvurulmaktadır. Örneğin kanun metninde “uçaklar, trenler, otomobiller ve diğerleri” ifadesi geçmektedir. Ancak sorun, “diğerleri” ifadesi içerisine kaykay, güneş enerjisi ile çalışan araç veya ATV aracının dâhil edilmesinin gerekip gerekmediğidir.¹¹⁶ Aynı cinsten olma kuralı, açık bir şekilde tümevarım yöntemi ile ilgilidir. Zira mahkemeler, “diğerleri” ifadesinin kapsamına neyin gireceğini belirlemek için ilk başta, sayılan araçları incelemesi gerekmede ve sonrasında ise bu araçların kapsamının ne olduğuna karar vermesi gerekmektedir. Bu nedenle mahkemeler, yorumlama sürecinin ilk adımı olarak türün belirlenmesi işlemini gerekli bulmaktadırlar. Dolayısıyla yasamanın dâhil etmeye niyetlendiği kavramlar dizisi hakkındaki tümevarımsal genelleştirme yapmak için, daima türün belirlenmesi gerekmektedir. Yani tümevarım yönteminde birden çok gözlem neticesinde genelleştirme yapılmakta iken, kıyas yönteminde tikelden tikele benzerlik ilişkisi bulunarak sadece o tikel olgu üzerinde uygulanacak bir çıkarım yapılmaktadır.¹¹⁷

¹¹³ Dan Hunter, “Teaching and Using Analogy in Law”, *Ass’n Legal Writing Directors* 151 (2004), s. 154.

¹¹⁴ Hunter, s. 152.

¹¹⁵ Hunter, s. 154.

¹¹⁶ Hunter, s. 154.

¹¹⁷ Hunter, s. 154.

Yukarıdaki farklarının yanında kıyas yönteminin tümevarım yöntemi ile ortak yanlarına da değinmek gerekir. Bir kısım düşünürler, kıyas yöntemini, tümevarım yönteminin bir alt başlığında incelenmesi gereken bir akıl yürütme modeli olarak görürler.¹¹⁸ Örneğin Russell, “*Felsefe Sorunları*” adlı eserinde tümevarımsal akıl yürütmeden bahsederken “*tikelden tikele ya da tikelden genele giden tümevarımsal sürecin..*” ifadesini kullanarak tikelden tikele doğru giden süreci de, yani kıyas yöntemini de tümevarım olarak değerlendirmiştir.¹¹⁹ Russell, tümevarımsal akıl yürütme yönteminin iki bölümden oluştuğunu söyler:

- a) *Belli bir A türünden bir şey, belli başka bir B türünden bir şeyle birlikte bulunmuş ve B türünden bir şeyden ayrı olarak hiç görülmemişse, A ile B'nin birlikte bulunuşlarının sayısı büyüdükçe, bunlardan birinin görüldüğü yeni bir durumda, birlikte bulunmalarının olasılığı da büyür.*
- b) *Aynı koşullar altında, birlikte bulunma durumlarının yeterli bir sayıya ulaşması, yeniden birlikte bulunma olasılığını kesinliğe yakınlaştırır ve bu olasılık kesinliğe doğru sınırsız yaklaşır.*¹²⁰

Dolayısıyla düşünür, tümevarımsal akıl yürütme yöntemi başlığında incelediği kıyas modelini kesin bir bilgiye ulaştıracak metot olarak görmemektedir.

Kıyas yöntemi ile tümevarım yöntemi arasındaki ortak yanlardan ilki, her iki akıl yürütme yönteminin de sonuçta vardığı çıkarımın kesin bilgi niteliğinde olmayıp, olumsal (muhtemel, zannî) bilgi içermesidir.¹²¹ Yani kıyas yöntemi tümevarım yöntemi gibi, tümdengelim yönteminin aksine, bütün önermeleri doğru olsa bile kesin bir sonucu garantilememektedir.¹²² Buna bağlı olarak her iki akıl yürütme yönteminde de çıkarım, tümdengelim yöntemi gibi geçerli ya da geçersiz şeklinde nitelenmez. Aksine elde edilen çıkarımın geçerlilik derecesi vardır.¹²³ Golding’e göre kıyas

¹¹⁸ Emiroğlu, s. 200.

¹¹⁹ Bertrand Russell, *Felsefe Sorunları*, (Çev: Vehbi Hacıkadıroğlu), Say Sayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 91.

¹²⁰ Russell, s. 80.

¹²¹ Emiroğlu, s. 196-200; Crews-Anderson, s. 32; Özlem, s. 41; Işıktaç/Metin, s. 24; Işıktaç, *Hukuk Normunun*, s. 150.

¹²² Golding, s. 124; Sunstein, s. 744.

¹²³ Emiroğlu, s. 198; Taylan, s. 243; Yaran, s. 114.

yönteminde, tümevarımdaki gibi sonuç önermesine “doğru olma olasılığı, yanlış olma olasılığından daha yüksektir” şeklinde ulaşılmaktadır.¹²⁴

Diğer bir ortak özellik ise her iki akıl yürütme yönteminin de tûmdengelim yönteminin aksine zihnî ve soyut olanı değil haricî ve somut olanı incelemesidir.¹²⁵ Zira her iki akıl yürütme yönteminde de başlangıçta zihin tikelden hareket etmektedir.

C. Birikimsel (Kondüktif-Tekevarımsal) Akıl Yürütme Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki

İnformel mantıkçılardan bir kısmı, tümevarım yöntemindeki genelleştirmelerden farklı olarak bazı kanıt tipolojilerinin var olduğunu iddia etmektedirler. Birikimsel akıl yürütme yöntemi bu tarz kanıt tipolojilerden biridir.¹²⁶ Bu kavramı ilk tanımlayıp geliştiren kişi Carl Welmann’dır.¹²⁷ Birikimsel akıl yürütme yöntemini bazı düşünürlerce, “birikimsel gerekçelendirme (*cumulation of consideration*)” şeklinde de isimlendirenler olmuştur.¹²⁸ Bu akıl yürütme yönteminde sunulan kanıt kesin değildir. Fakat elde edilen bu kanıt, sonucun lehine destek sağlayan gerekçelerin birikimi ile elde edilmiştir. Nihayetinde sonucun lehine destek sağlayan gerekçeler, topluca değerlendirilerek çıkarıma varılmıştır.¹²⁹ Birikimsel akıl yürütme yöntemi, bilimsel teorilerde, hukukta, felsefede, politik ve yorumlama meseleleri gibi birçok konuda yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.¹³⁰ Özellikle bu yöntem birçok hukuki meselenin çözümünde önemli bir yere sahiptir.¹³¹ Örneğin bir cinayet vakiasında elde edilen deliller, kesin olmamakla beraber davalının suçlu olduğunu göstermektedir. Delillerden birincisi; mesela bir tanığın, tetiği çekenin davalı olduğunu söylemesidir. İkinci delil olarak sunulan balistik raporunda maktulde bulunan kurşunun davalının tabancasından çıktığı belirtilmektedir. Son olarak davalının, maktulü öldüreceğini söylediği bir takım kişilerce işitilmiştir. İşte tüm bu deliller, davalının suçlu olduğuna kesin bir kanıt sunmamakla birlikte birikimsel olarak

¹²⁴ Golding, s. 123.

¹²⁵ Emiroğlu, s. 198

¹²⁶ Taylan, s. 116.

¹²⁷ Trudy Govier, *A Practical Study of Argument*, Wadsworth 2013, s. 352.

¹²⁸ Govier, s. 353.

¹²⁹ Taylan, s. 116.

¹³⁰ Govier, s. 374.

¹³¹ Govier, s. 90.

değerlendirildiğinde sonuç için güçlü bir birikimsel (kondüktif) delil oluşturmaktadır.¹³²

Birikimsel akıl yürütmede sonuca götüren kanıtlar daima belli bir noktada birleşme eğilimindedir (convergent). Ancak bu kanıtlar birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Yani öncüller, birbirleriyle ilgili ve bağlantılı olmak zorunda olmadıkları halde sonuç lehine kanıt oluşturmaktadır.¹³³ Dolayısıyla öncüllerden biri veya birkaçının sonuç açısından değerlendirme dışı olarak görülmesi halinde bu durum, diğer kanıtların geçerliliğini etkilememektedir. Zira birikimsel akıl yürütme yönteminde öncüller, sonuç çıkarımını yakınsak olarak desteklemekte ancak birbirlerinden ayrı değerlendirilmektedirler.¹³⁴

Birikimsel akıl yürütme yöntemi ile kıyas yönteminin ortak özelliği, her iki akıl yürütme yönteminde de elde edilen sonucun kesin bilgi niteliğinde olmayıp, olumsal (muhtemel, zannî) bilgi içermesidir. Ancak birikimsel akıl yürütmede kıyas yönteminde olduğu gibi elde edilen bilgilerin benzerliğe dayanması zorunluluğu söz konusu değildir. Ayrıca, kıyas yönteminde zihni işleyiş tikelden tikele doğru giderken, birikimsel akıl yürütme yönteminde zihni işleyiş daha çok tümevarım yöntemi gibi tikelden tümele doğru işlemektedir. Ancak birikimsel akıl yürütme, elde edilen çıkarım açısından verilerin belirli bir sonucu göstermesi anlamında tümelse de, sonucun sadece somut bir olay açısından geçerli olması tikellik özelliğini de göstermektedir.

Son bir farklılık ise şudur: Birikimsel akıl yürütme yönteminde, sonuç önermesine giden kanıtların birbirinden bağımsız olarak değerlendirilir. Kanıtlardan herhangi birinin veya birkaçının yeni bir bilgi elde edilmesi sonucu değerlendirme dışı bırakılması; diğer öncülleri etkilememektedir. Ancak kıyas yönteminde, değerlendirilen öncüller birbirleri ile bağımlı ve alakalı olup, bir öncülde yeni bir bilgi elde edilmesi sonucu meydana gelen değişiklik, sonuç önermesi dâhil diğer tüm öncülleri olumsuz yönde etkilemektedir.¹³⁵

¹³² Taylan, s. 116; Govier, s. 90.

¹³³ Govier, s. 352.

¹³⁴ Taylan, s. 116; Govier, s. 90.

¹³⁵ Govier, s. 371.

Birikimsel akıl yürütme yönteminde biriktirilen çıkarımların bir kısmının ya da tamamının kıyas yöntemi ile elde edilmesi mümkündür. Dolayısıyla kıyas yöntemi, birikimsel akıl yürütme yöntemi içerisinde bir araç olarak kullanılabilir.

D. Enevarımsal (Abdüktif–Geriçıkırımsal-Heptengitmeli) Akıl Yürütme Yöntemi ile Kıyas Arasındaki İlişki

Enevarımsal akıl yürütme yöntemi, 1867 yılında ünlü Amerikalı mantıkçı Charles Sanders Peirce tarafından ortaya atılmıştır. Bu yöntem, klasik mantıkta yer alan tümdengelim ve tümevarım yöntemlerinden farklı bir tarzda hareket etmektedir. Söz konusu akıl yürütme yöntemi, tümdengelim çıkarımından türetilmekle beraber mantıksal açıdan tümdengelim gibi geçerli bir çıkarım olarak görülmemektedir.¹³⁶

Enevarımsal akıl yürütme yöntemi aşkın bir yapıya sahiptir. Bu nedenle tümdengelimden farklı olarak bilgi üretmektedir. Ancak bu bilgi, kesin bilgi niteliğine sahip değildir. Peirce, enevarımsal akıl yürütme yöntemini tümdengelim modelindeki önermelerin yerlerini değiştirerek elde etmiştir.¹³⁷ Peirce’e göre enevarımsal akıl yürütme modeli şu şekildedir:

(I) Tüm rastgele seçilen toplar beyazdır.

(II) Tüm rastgele seçilen toplar bu torbadandır.

(III) Bu torbadaki tüm toplar beyazdır.¹³⁸

Yukarıdaki öncülleri incelediğimizde, bu öncüllerin tümdengelimsel mantık kurallarına göre geçersiz ve kural-dışı olduğunu görmekteyiz. İşte geçerli tümdengelim çıkarım kalıplarına uymayan bu tarzda çıkarım çeşidine enevarımsal akıl yürütme modeli adı verilmiştir.¹³⁹

Bu akıl yürütme yönteminde zihin, nedenlerden sonuçlara gider ve olgulardan yola çıkarak “en iyi açıklamayı yapmaya yönelik çıkarımlar (inference to the

¹³⁶ Kamer, *İnformel*, s. 104; Nazlı İnönü, *Yeni Bir Çıkarım Türü: Geriçıkırım*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2006, s. 15.

¹³⁷ İnönü, s. 15.

¹³⁸ İnönü, s. 16.

¹³⁹ İnönü, s. 17.

best explanation)”¹⁴⁰ yapar.¹⁴¹ Günlük hayatta, bilimsel teorilerde, yapay zekâ gibi teknolojik gelişmelerde ve hukuki akıl yürütmelerde bu akıl yürütme yöntemi kullanılmaktadır. Nitekim enevarımsal akıl yürütme yöntemi ile çalışan bilimsel hipotez oluşturan ve tanı koyan bilgisayar programları vardır.¹⁴²

Örneğin Ali ve Mehmet’in ciddi bir kavga ettiği ve bu nedenle arkadaşlıklarının bittiği bilinmektedir. Sonrasında ise birisinin, bu iki kişinin birlikte koşu yaptıklarını gördüğünü söylemesi üzerine en iyi açıklamaya yönelik çıkarım olarak bu iki kişinin artık yeniden arkadaş oldukları söylenebilir.¹⁴³

Diğer bir örnek ise şu şekildedir: Arkadaşı ile birlikte aynı evde kalan bir kişi, sabah mutfağa gittiği zaman, masa üzerinde bir bardak, boş bir tabak, yarısı yenmiş bir ekmek ve boş bir süt kutusu görmüştür. Bunun üzerine bu kişi, arkadaşının gece yarısı atıştırdığını ve yorgun olduğu için mutfağı toparlamadığını düşünmüştür. Kişinin durumu anlamlandırma bakımından en iyi çıkarımı bu şekilde olacaktır. Elbette ki bu çıkarımın haricinde, örneğin bir hırsızın gelip birkaç şey çalmadan önce bu atıştırmayı yapması veya arkadaşının gece yarısı olmadan akşamüzeri bu tarz bir atıştırma yapması da muhtemeldir. Ancak böyle bir tablo ile karşılaşan birinin en iyi çıkarımı bu şekilde olacaktır.¹⁴⁴

Enevarımsal akıl yürütme ile elde edilen bilginin yanlış olma riskine rağmen avantajları da vardır. Zira alternatifler arasında en iyi açıklamalı olanı seçmek, o şeyin tamamen açıklamasız kalmasından daha yararlı olacaktır. Örneğin bir ağacın kesilmesi gerekiyor ve sizin de elinizde elektrikli testere yoksa bir baltanın var olması halinde o baltayı kullanmak, durumun çözümü açısından en iyi çıkarımdır. Çünkü bu, akla en uygun olanıdır.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Igor Douven, “Abduction”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), Ed: Edward N. Zalta, (Çevrimiçi), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/abduction/> (E.T: 20.05.2019); Taylan, s. 118.

¹⁴¹ Kamer, *İnformel*, s. 104.

¹⁴² İnönü, s. 106; Taylan, s. 118

¹⁴³ Douven, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/abduction/>. (E.T: 20.05.2019).

¹⁴⁴ Douven, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/abduction/>. (E.T: 20.05.2019).

¹⁴⁵ Taylan, s. 118.

Enevarımsal akıl yürütmenin tümdengelim yönteminden farkı artırıcı (ampliatif) olmasıdır. Yani bilinen bir şeye yeni bir şey ekleyerek anlamının genişlemesini sağlamakla enevarımsal akıl yürütme, tümdengelim yönteminden ayrılmaktadır. Tümdengelim yönteminde, sonuç öncüllerden çıkarıldığından yeni bir bilgi elde edilmezken, enevarımsal yöntemle sonuçta daha fazla bilgi edinilmiş olunmaktadır.¹⁴⁶

Tümevarım yöntemi ile bu akıl yürütme yönteminin arasındaki fark ise tümevarım yönteminde, zihin tikelden tümele giden bir işleyişle hareket etmekte iken; enevarımsal akıl yürütme yönteminde ise tek bir gözlemden, bu gözlemin “enevarımsal (abdüktif)” açıklaması yapılması şeklinde bir işleyiş hâkimdir. Yani tümevarım yönteminde bir gözlem kümesinin açıklanması yapılırken, enevarımsal akıl yürütmede tek bir gözlemin açıklanması vardır.¹⁴⁷

Kıyas yöntemi ile enevarımsal akıl yürütme yöntemi tikelden hareket etmesi yönünden birbirlerine benzemektedir. Tek bir gözlemden hareketle bir çıkarım şeklinde hareket eden enevarımsal akıl yürütmenin, kıyasî (analojik) niteliğe sahip farklı bir türü mevcuttur. Buna “*analojik geriçıkırım*” adı verilmiştir. Analojik geriçıkırım, mevcut hipotezlere benzeyen hipotezleri oluşturmak için geçmişteki hipotezlerin kullanılması şeklinde işler.¹⁴⁸ Örneğin şu an herkes tarafından varlığı kabul edilen bir gezegeni düşünelim. Bu kabulden önce söz konusu gezegenin, gezegen olarak kabul edilmesi bir hipotez öne sürülerek olmuştur. Yeni bir gezegenin ya da başka bir cismin var olduğuna dair bir iddiada, tek bir gözlem vasıtasıyla bu hipotezden benzerlikler dikkate alınarak faydalanılması durumunda analojik geriçıkırım yapılmış olmaktadır. Ayrıca yapay zeka teknolojisinde bilgisayar programları enevarımsal çıkarım yaparken bir takım analojik çıkarımlardan faydalanmaktadırlar.¹⁴⁹

Genel mantıkta enevarımsal akıl yürütme yöntemi kıyas gibi kesin bilgi vermemektedir. Ancak kıyasın nasıl hukuk biliminde kullanılması söz konusu ise enevarımsal akıl yürütme yönteminin de kanıtlama açısından yetersiz ve kesin bir

¹⁴⁶ Kamer, *İnformel*, s. 104; İnönü, s. 126-127; Kamer, *Feshedilebilir*, s. 246.

¹⁴⁷ Kamer, *İnformel*, s. 105.

¹⁴⁸ İnönü, s. 86.

¹⁴⁹ İnönü, s. 108.

hükmü gerektirmese bile destekleyici ve ek bir akıl yürütme olarak kullanılabileceğini düşünüyoruz.

E. Mecazî (Metaforik) Çıkarım ile Kıyas Arasındaki İlişki

1. Genel Olarak Mecaz (Metafor)

Mecazî çıkarım (metaforik çıkarım), “bir sözcüğe kendi özel anlamının dışında başka bir anlam verilerek”¹⁵⁰ yapılır. Sözcüğe verilecek anlam, dört farklı tarzda gerçekleştirilebilir. Birincisi, “cinsin anlamının türe verilmesi” ile; ikincisi, “türün anlamının cinse verilmesi” ile; üçüncüsü, “bir türün anlamının başka bir türe verilmesi” ile; sonuncusu ise kıyas (analoji-benzetme) ya da orantı ile olmaktadır.¹⁵¹

1. Cinsin anlamının türe verilmesine örnek: “Gemim burada duruyor.” Cümlede belirtilen durma eylemi aslında demirlemek anlamında kullanılmıştır. “Durmak” kelimesi cins, “demirlemek” kelimesi türdür. Dolayısıyla cinsin anlamı türe verilmiştir.¹⁵²

2. Türün anlamının cinse verilmesi: “Doğrusu, Odysseus bin bir iyi şeyler yaptı”. Cümlede “bin bir”, “çok” kelimesinin yerine kullanılmıştır. Bin bir kelimesi cins, çok ise türdür.¹⁵³

3. Bir türün anlamının başka bir türe verilmesi: “Bronz bıçakla onun ruhunu [kuyudan su çekercesine] çekmek” ve “bükülmez bronz gemi ile suyu yarmak”. Birinci

¹⁵⁰ Aristoteles, *Poetika*, (Çev: İsmail Tunalı) Remzi Kitabevi, İstanbul 1993, s. 59-60; Aristotle, *The Poetics of Aristotle*, (Translation By S. H. Butcher) The Project Gutenberg E Book of Poetics, s. 23; Christof Rapp, “Aristotle's Rhetoric”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

¹⁵¹ Aristoteles, *Poetika*, s. 59-60; Aristotle, *The Poetics of Aristotle*, (Translation By S. H. Butcher) The Project Gutenberg EBook of Poetics, s. 23; “Aristotle's Rhetoric”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

¹⁵² Aristoteles, *Poetika*, s. 60; Aristotle, *The Poetics of Aristotle*, 23; <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

¹⁵³ Aristoteles, *Poetika*, s. 60; Aristotle, *The Poetics of Aristotle*, 23; <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

cümlede çekmek fiili kesmek anlamında, ikinci cümlede yarmak fiili çekmek anlamında kullanılmıştır.¹⁵⁴

4. Kıyas (analoji-benzetme) ya da orantı ile mecaz (metafor) yapılması: Dört adet terimden, eğer ikinci (B), birinciye mukabil, dördüncü (D) üçüncüye (C) mukabil kullanılmışsa, kıyas ya da orantıya göre mecaz yapılmış olur. Örneğin yaşlılığın (D), yaşamla (C) olan ilgisi, akşamın (B), gün (A) ile olan ilişkisine benzemektedir.¹⁵⁵

2. Mecazî Çıkarım ile Kıyas Arasındaki İlişki

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki mecazî çıkarım, temelde bir akıl yürütme yöntemi değil retorik alanında kullanılan söz sanatlarından birisidir. Ancak mecazî çıkarım, kıyas yöntemi ile yakından ilgilidir. Kıyas yöntemi ile mecazî çıkarım arasında birçok ortak özellik mevcuttur. Her iki metot da herhangi iki şey arasındaki bağlantıyı açıklamakta ve bu iki şey arasındaki farklılıkları ifade etmekte kullanışlı bir yöntemdir. Her ikisinde de benzeyen ile benzetilen arasında anlam geçişi sağlanarak iki obje arasında benzerlik ilişkisi kurulmaktadır.¹⁵⁶

Ancak her ikisi de benzer biçimde kullanılmakta ise de mecazî çıkarımın kıyasa göre akıl yürütme üzerinde daha sınırlı bir etkiye sahip olduğu söylenebilir. Kıyasın aksine mecazî çıkarım, öngörülebilir bir anlama sahip değildir. Örneğin Shakespeare'in Romeo ve Jüliet adlı eserinde “Jüliet, güneştir.” mecazında Jüliet ile güneş arasında açık bir şekilde bir benzerlik karşılaştırılması yapılmıştır. Ancak hangi özellikler nedeniyle bu benzetmenin yapıldığı, çeşitli açılardan değerlendirilebilmektedir. Bu mecaza göre Romeo'nun dünyasının ısı ve ışık verici enerjisi Jüliet olarak anlatıldığı iddia edilebilir.¹⁵⁷ Dolayısıyla mecazda, kıyastaki gibi benzetmenin hangi açılardan yapıldığı her zaman net olarak bilinmemektedir.

Hukuk alanında kullanılan mecazî çıkarım da aynı tarzda işlemektedir. Örneğin “tüzel kişi perdesi” mecazının kullanılmasını ele alalım: “Şirket yöneticisi, tüzel kişi

¹⁵⁴ Aristoteles, *Poetika*, s. 60; Aristotle, *The Poetics of Aristotle*, 23; <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

¹⁵⁵ Aristoteles, *Poetika*, s. 61; Aristotle, *The Poetics of Aristotle*, 23; <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

¹⁵⁶ Hunter, s. 155.

¹⁵⁷ Hunter, s. 155.

perdesi ile korunmaktadır.” ifadesinden üç farklı anlam türetilir: ‘Şirketin yöneticiden ayrı bir varlığa sahip olduğu’, ‘şirket yöneticisinin bir takım araçlarla korunduğu’ ve ‘şirket yöneticisinin perdenin arkasında iken bir şekilde görünmez olduğu’ anlamları çıkmaktadır.¹⁵⁸ Dolayısıyla mecazî çıkarım, hukuk alanında da kıyasa nazaran bir davanın sonucunu öngörmede, açık ve güçlü bir şekilde kullanılmamaktadır.

Bir başka örnek olarak bir yolcu gemisinde, yolcuya ait eşyanın çalınmasında gemi işleteninin sorumlu olup olmadığı tartışılmaktadır. Sorunun çözümünde aşağıda belirtilecek iki emsal karar arasında kıyas yöntemi kullanılarak hangi emsal kararın uygulanacağı belirlenmektedir. Birinci emsal kararda tren işleteninin, yolcuların çalınan eşyaları konusunda sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. İkinci emsal kararda ise otel işleteninin müşterilerin konaklama esnasında eşyalarının çalınması durumunda sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵⁹ Kıyas yöntemi neticesinde birinci emsal kararın eldeki olaya daha çok benzediği yargısına varıldığında öngörülebilir bir şekilde ihtilaflı olayın sonucu belirlenmiş olmaktadır. Ancak mecazî çıkarım neticesinde benzetilen ile benzeyen arasında sonuç olarak hangi noktalarda benzerlik yapıldığı net olarak belirlenmediği için sonuç açısından öngörülebilir bir durumdan söz edemeyiz.¹⁶⁰

Kıyas ile mecazî çıkarımın uygulamadaki farklarına başka bir örnek olarak şunu verebiliriz: Bir kişinin “Kürtaj cinayettir.” dediğini düşünelim. Cümlede geçen hükmün mecazî olarak kullanıldığını varsaydığımızda kürtaj, hukuki olarak gerçekten bir cinayet olarak anlaşılmamaktadır. Yapılan fiilin sadece cinayet kadar kötü bir şey olduğu ifade edilmektedir. Ancak cümledeki hükmü kıyasî bir çıkarım olarak değerlendirdiğimizde, kürtajın uygun benzerlikler açısından gerçekten bir cinayet olarak algılanması anlamına geldiğini görürüz. Dolayısıyla böyle bir çıkarım sonucunda belirli bir hukuki netice elde edilmiş olmaktadır.¹⁶¹

¹⁵⁸ Hunter, s. 155.

¹⁵⁹ Hunter, s. 155.

¹⁶⁰ Hunter, s. 155.

¹⁶¹ Sunstein, s. 748.

F. Sınıflandırma (Classification) ile Kıyas Arasındaki İlişki

1. Genel olarak Sınıflandırma (Classification)

Varlık âlemindeki nesneleri tek tek kavrayarak zihnimize yerleştirmek oldukça zor bir süreçtir. Bu nedenle nesneleri daha iyi kavrayabilmek için bazı mantıksal araçlara ihtiyacımız vardır. Bu araçlardan biri de sınıflandırma yöntemidir.¹⁶²

Sınıflandırma, kısaca konu ve nesnelerin cins ve tür ilişkisine göre sıralanması şeklinde tanımlanabilir.¹⁶³ Sınıflandırma yapılırken konu ve nesneler, benzerlik ve farklılıklarına göre ayrıma tabi tutulur. Ardından bu ayrımla birlikte konu ve nesneler basitten karmaşığa doğru hiyerarşik bir şekilde sıralanır. Burada dikkat edilmesi gereken husus her türün kendi cinsine göre tanımlanmasıdır. Örneğin “eşkenar üçgen” türü, “üçgen” cinsine göre tanımlanmaktadır. Ancak böyle bir tanımın yapılabilmesi için cins kavramının da açık olması ve kesin olarak bilinmesi gerekmektedir. Örnekten de anlaşılacağı üzere sınıflandırma, aslında “*bir türün üstüne bir cins koymaktan*”¹⁶⁴ ibarettir. Belirtilen cins ise; aslında kaplam açısından kendinden daha üst olan bir cinsin altında yer almaktadır. Zira her tür, kendi altında olan nesne bakımından cins niteliği taşır. Böylelikle konular ve nesneler hiyerarşik bir şekilde sıralanmış olmaktadır. Nihayetinde ise en son cinsin fertlerine kadar inilmiş olunur. Ancak bu şekilde bir ayırım ve sıralama, mantıksal açıdan mümkün görünmekte ise de uygulamada bir ideal olarak yer alır.¹⁶⁵

Sınıflandırma ile tanım kavramı arasında sıkı bir ilişki vardır. Zira tanımlanması yapılan bir terimin daha rahat anlaşılabilmesi için sınıflandırma yapılmaktadır. Sınıflandırma ile birlikte incelenen nesnelerin çeşitleri ortaya konmaktadır. Örneğin gülü; çiçek cinsine ait bir tür olarak belirlediğimizde gülün bir takım özellikleri belirtilerek çiçek cinsinden olduğu anlaşılır. Bu durumda hem tanımlama hem de sınıflandırma yapılmış olur. Dolayısıyla tanım ve sınıflandırma, bir işlemin iki farklı yönü olarak değerlendirmek gerekir.¹⁶⁶

¹⁶² Taylan, s. 161.

¹⁶³ Özlem, s. 119; Emiroğlu, s. 96; Taylan, s. 161.

¹⁶⁴ Özlem, s. 120.

¹⁶⁵ Özlem, s. 120; Emiroğlu, s. 96; Taylan, s. 161.

¹⁶⁶ Özlem, s. 120; Taylan, s. 161.

Sınıflandırma yaparken dikkat edilmesi gereken iki önemli husus vardır. Bunlardan birincisi; sınıflandırılacak nesnelerin, sadece ilgili oldukları bir tür içinde yer almasıdır. Örneğin “otomobil” terimi ile “kuş” terimi aynı sınıflandırma içerisinde yer almamaktadır. “Otomobil” terimi ancak “taşıt” terimi ile; “kuş” terimi ise “omurgalı hayvanlar” terimi ile ele alınarak sınıflandırılabilir.¹⁶⁷

İkinci bir şart, yapılan sınıflandırmanın tam olmasıdır. Yani sınıflandırılma neticesinde, incelenen nesnelerin hiçbirisi dışarıda kalmamalıdır. Yapılan işlem neticesinde nesnelerin hepsi kapsanacak bir şekilde yapılmalıdır.¹⁶⁸

Sınıflandırma yapılırken belirli bir ölçüt belirlemek gerekir. Bu bakımdan en kullanışlı ölçütlerden birisi amaca uygunluk ölçütüdür. Amaca uygunluk ölçütünü, pratik amaca uygunluk ve bilgisel amaca uygunluk ölçütü olarak ikiye ayırmamız mümkündür. Yapılan bu ayırım neticesinde de aslında sınıflandırmanın temel iki farklı türü ortaya çıkmaktadır. Pratik amaca uygunluk neticesinde yapılan sınıflandırma, yapay sınıflandırma; bilgisel amaca uygunluk neticesinde bulunan sınıflandırma ise doğal sınıflandırma olarak adlandırılmaktadır.¹⁶⁹

Pratik amaca uygunluk neticesinde bulunan sınıflandırmaya örnek olarak kitapları boylarına, ciltli ve ciltsiz olmasına göre sıralayarak yapılan sınıflandırmayı gösterebiliriz. Burada yapılan ayırım neticesinde yapay bir sınıflandırma yapıldığı görülmektedir. Ayrıca yapay sınıflandırmada benzerlikler geçici niteliğe sahiptir.¹⁷⁰

Bilgisel amaca uygun şekilde yapılan bir sınıflandırmada ise incelenen nesnelerin tüm özellikleri dikkate alınıp bir ayırım yapılarak sınıflandırma yapılmaktadır. Bilgisel amaca uygun şekilde incelenen nesnelerin nitelikleri ayrıntılı olarak incelenerek önemli noktalardaki benzerlikleri bulunmaya çalışılmaktadır. Örneğin hayvanların omurgalı ve omurgasız olarak ayırım yapıp incelenmesinde, bilgisel amaca uygun şekilde bir sınıflandırma yapılmıştır. Bu sebeple yapılan sınıflandırmaya doğal ya da gerçek sınıflandırma adı verilmektedir.¹⁷¹

¹⁶⁷ Özlem, s. 120; Taylan, s. 161.

¹⁶⁸ Emiroğlu, s. 97; Taylan, s. 161.

¹⁶⁹ Özlem, s. 121.

¹⁷⁰ Özlem, s. 121; Emiroğlu, s. 97; Taylan, s. 162.

¹⁷¹ Özlem, s. 121; Emiroğlu, s. 97; Taylan, s. 162.

Hukukta akıl yürütme, ağırlıklı olarak sınıflandırma yöntemine dayanmaktadır. Sınıflandırma yöntemi hem tikelden tikele yönelerek işleyen kıyas yönteminde, hem de özelden genele hareket eden tümdengelimsel akıl yürütmelerle genel kuramların uygulanmasında önemli bir rol oynar.¹⁷²

Sınıflandırma yönteminin hukuk alanında en önemli uygulamasının normlar hiyerarşisinde olduğunu söyleyebiliriz. Aslında genel açıklamalarda da belirttiğimiz gibi sınıflandırma yöntemi ile tanım kavramı bir işlemin iki cephesini oluşturduklarından dolayı hukuk alanında herhangi bir yerde tanımlama yapılmışsa orada bir çeşit sınıflandırma yapıldığı iddia edilebilir. Ancak sınıflandırma yönteminin apaçık bir şekilde görüldüğü yer, tartışmasız olarak normların genelden özele doğru sıralanması ile oluşturulduğu normlar hiyerarşisidir.

Sınıflandırma yönteminin hukuk alanında diğer bir kullanımı yasal düzenlemenin olaylara uygulanması aşamasında gündeme gelmektedir. Örneğin hız sınırının doksan kilometre olduğu bir otoyolda X marka Y model bir arabanın yüz yirmi kilometre hızla yol aldığı bilinmektedir. Sonuç olarak tümdengelimsel bir akıl yürütme ile söz konusu arabanın belirtilen yasal düzeni ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır. Nitekim X marka Y model araba, bir taşıt niteliğindedir. Ayrıca belirlenen hız sınırını da aşmıştır. O halde düzenlenen yasal hız sınırı ihlal edilmiştir. Görüldüğü gibi söz konusu arabaya yasal düzenlemenin nasıl uygulanacağını belirlemek için arabanın bir taşıt niteliğinde olup olmadığını belirlememiz gerekmektedir. Bu işlem ise sınıflandırma yöntemi kullanılarak belirlenir.¹⁷³

Hukukta sınıflandırma yöntemine, birbirine karıştırılabilen kavramların ya da çözülmesi gereken zor olayların çözümlenmesinde de karşılaşılmaktadır. Zira bu kavramların ve olayların ayırt edilmesi için en başta bir sınıflandırma yapılarak aslında söz konusu kavramların ve olayların ayrı cinslere ait olduğu belirlenir. Sonrasında ise tartışmalı kavramlar ve olaylar birbirinden ayırt edilmiş olur. Böylece ayırt edilen olaylar hangi sınıfa ait ise, o sınıfta yer alan norma başvurularak mesele çözülmüş olur.

¹⁷² Sunstein, s. 755.

¹⁷³ Sunstein, s. 755.

Tartışmalı kavramların ve olayların birbirinden ayırt edilmesi ve çözülmesi meselesinde sınıflandırma yöntemi kullanılmakla birlikte, bilhassa kıyas yönteminin de kullanıldığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Zira kıyas yönteminin en temel özelliği tikele odaklanmasıdır. Bu ise yapılan sınıflandırma işleminde de kıyas yönteminin kullanılma olasılığını artırmaktadır.

2. Sınıflandırma ile Kıyas Arasındaki İlişki

Hukuki bir hükme veya hukuki olmayan bir hükme karar verilirken, kıyas yönteminin kullanılmasında, sınıflandırma sürecinin önemli bir yeri vardır. Yani sınıflandırma, kıyas yönteminde kullanılan bir araç olarak görülebilir. Hukuki bir hüküm vermede kıyas kullanılırken sınıflandırma yapılmasına güzel bir örnek olarak “Hukuk Alanında Uygulanan Kıyas Yönteminin Mantıksal Yapısı” başlığı altında ayrıntılı olarak bahsedilecek olan “vapur olayı (steamboat case)” gösterilebilir.¹⁷⁴

Olayda yargıç, karar verme aşamasında tatil amaçlı seyahat eden bir vapur ile otel arasında benzerlik kurmak amacıyla bir sınıflandırma yapmıştır. Bu sınıflandırma ile vapuru, yüzen bir otel olarak nitelendirmiş, otel ile vapuru aynı kategoride değerlendirmek suretiyle kararını bu sınıflandırmaya bina etmiştir.¹⁷⁵ Otel ile ilgili kararda, otel sahibinin müşterilerin mal kaybı konusunda ağırlaştırılmış bir sorumluluğu olduğu bilinmektedir. Yargıç, vapur olayını çözmeden önce vapurun belirli hukuki amaçlar çerçevesinde otel ile aynı kategoride yer alıp almaması gerektiğini tayin etmektedir. Sonuç olarak yargıcın bu sınıflandırmayı yapmasında kıyasî gerekçelendirme metodu kullanılmıştır. Aslında bu anlamda vapurda müşterilerin mal kaybı konusunda yeni bir kurala ihtiyaç yoktur. Zira vapur olayı, eski olay (otel ile ilgili) hakkında verilen kural çatısı altında değerlendirilerek karara bağlanmıştır.¹⁷⁶ Ancak vapur olayının, otel ile ilgili verilmiş karar kapsamında değerlendirilmesi, tam benzerlik neticesinde yapılan bir subsumsiyon niteliğinde

¹⁷⁴ Golding, s. 129; Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 51-52.

¹⁷⁵ Damiano Canale/Giovanni Tuzet, “Analogical Reasoning and Extensive Interpretation”, in. *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, (Edited By Hendrik Kaptein, Bastiaan Van Der Velden), Amsterdam University Press, 2018, s. 69-70; Golding, s. 129.

¹⁷⁶ Golding, s. 129.

olmayıp, uygun bir benzerliğin bulunması neticesinde olayın kıyasen karar kapsamında değerlendirilmesi niteliğindedir.

Sınıflandırma yöntemi, kıyas yönteminde kullanılan bir araçtır. Ancak kıyas yönteminde, sonuç elde edilirken sadece sınıflandırma yapılmamaktadır. Sadece sınıflandırma yöntemi yapılarak kıyasın kullanıldığı durumlarda, yanlış sonuçlara varılması muhtemeldir. Örneğin Yargıç Holmes *Buck v. Bell* davasında¹⁷⁷, zeka geriliği yaşayan bireylerin kısırlaştırılmasının zorunluluğuna yönelik bir argüman ileri sürmüştür. yargıcın kullandığı argüman, sadece sınıflandırma yöntemi kullanılarak kıyas yönteminin uygulanmasıyla elde edilmiştir. İleri sürülen düşünce şu şekilde gerekçelendirilmeye çalışılmıştır:¹⁷⁸

1. İnsanlar, savaş zamanı zorunlu olarak askere çağrılmaktadır.
2. Devletler, bireylere zorunlu olarak aşı yapmaktadır.
3. O halde zeka geriliği yaşayan bireylerin de zorunlu olarak kısırlaştırılması gerekir.¹⁷⁹

Yukarıda belirtilen gerekçelendirme, ikna edici olmayan ve determinist (casual) bir taleptir. Birçok ilke birinci ve ikinci olayı kapsadığı halde üçüncü olayı kapsamamaktadır. Holmes burada, olaylar arasındaki birçok olası uygun benzerlikler ve farklılıkları ortaya koymaksızın gerekçelendirme yapmaktadır. Ayrıca düşünür, gerekçelendirmeyi yaparken muhtemel ilkeler dizisinde, ilkerden hangisinin diğerlerine göre daha kullanışlı olduğunu belirlememiştir. Tüm bunların yerine yüksek seviyede genellik içeren bir ilke belirleyerek sonuca varmaya çalışmıştır. (Vatandaşların iyi bir şekilde yaşayabilmeleri için kamu yararı ilkesine başvurulabilir.) Hâlbuki birkaç olay arasındaki benzerliklerden yola çıkarak yüksek seviyede genellik içeren bir ilke belirlemek güçtür.¹⁸⁰ Holmes bu genel ilkeyi, basit bir sınıflandırma

¹⁷⁷ Holmes, söz konusu davada “Bu kadar embesille yaşadığımız yeter!” diyerek, öjeni uygulamalarını meşrulaştırmaya çalışmış ve yüksek mahkeme yargıcı olarak kararını bu yönde vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Alessandra Suuberg, “Buck v. Bell, American Eugenics, and the Bad Man Test: Putting Limits on Newgenics in the 21st Century”, *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 38, No. 1, 2020, s. 115.

¹⁷⁸ Sunstein, s. 757.

¹⁷⁹ Sunstein, s. 757.

¹⁸⁰ Sunstein, s. 757.

kullanarak elde etmiştir. Düşününürün sınıflandırmada kullandığı temel ölçüt ise “zorunluluk” ya da “zora başvurma”dır. Birinci olayda, savaş zamanı insanları askere almada kamu yararı gereğince hareket edilerek zora başvurulmuştur. İkinci olayda da zora başvurma meşru görölmektedir. Ancak eldeki ihtilaflı olayın da diğer olaylar gibi olduğı iddiası, basit bir sınıflandırma yapılarak elde edildiğinden dolayı zayıf bir iddia olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla ihtilaflı olayın çözümünde sadece sınıflandırma yapılarak sonuca varmak yerine, diğer ilkeleri de göz önünde tutarak bir gerekçelendirme yapılmalıdır.¹⁸¹



¹⁸¹ Sunstein, s. 757.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KIYASIN (ANALojİNİN) HUKUK BİLİMİNDE KULLANIMI

I. HUKUKTA AKIL YÜRÜTME OLARAK KIYASIN ÖNEMİ VE AVANTAJLARI

A. Önemi

Hukuk, gölgeli alanlar içeren açık metinli bir yapıdır.¹⁸² Bu bakımdan kıyas yöntemi, hukukun gölgeli alanlarında uygulanan bir akıl yürütme modelidir.¹⁸³ Bu konuya Gazali de değinmiştir. Gazali'ye göre dış dünyadaki fertlere (objektif üçüncü kişilere) nazaran her lafız, üç kısma ayrılmaktadır. Birincisi, lafzın kapsamı dışında olduğu kesin olarak bilinenlerdir. İkincisi lafzın kapsamı içerisinde olduğu kesin olarak bilinenlerdir. Üçüncüsü ise lafzın kapsamında olup olmadığı tartışmalı olanlardır. Üçüncü kısımda olanların lafzın kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeceği, mantık alanında yer alan akıl yürütme yöntemleri ile belirlenebilmektedir.¹⁸⁴ Bu bakımdan kıyas yöntemi, lafzın kapsamına dahil olup olmadığı belli olmayan kapalı durumların belirlenmesinde önemli bir yere sahiptir. Çünkü böyle durumlarda karşılaştırılan ögeler arasında benzerlikler kurularak, olayın belirlenen lafzın kapsamı dışında ya da içinde olduğu belirlenmektedir.

Genel mantıkta kıyas yöntemi, sonuç önermesinin öncüllerden zorunlu olarak çıkmaması nedeniyle, geçerli bir akıl yürütme yöntemi olarak görülmemektedir.¹⁸⁵ Ancak bazılarına göre kıyas yöntemi ile elde edilen sonucun geçerli veya geçersizliğinden değil geçerlilik derecesinden söz edilir.¹⁸⁶ Bize göre kıyas, genel mantıkta geçerli bir akıl yürütme olmamasına rağmen, hukuk biliminde ve

¹⁸² Hart, H.L.A: "Discretion", *Harvard Law Review*, 127 (2), 2013, s. 652-665, s. 661; H. L. A. Hart, *Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, New York 1994, s. 128; Zeynep İspir, H.L.A. Hart'ın "Takdir" Metni Üzerine Bir İnceleme, *İNÜHFD* 11(1), (2020), s. 332.

¹⁸³ İspir, s. 332.

¹⁸⁴ Ebu Hamid El- Gazzali, *Esasü'l-Kıyas Fıkhi Kıyasın Esası: Tevkif*, (Çev: Bayram Pehlivan) Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 82.

¹⁸⁵ Crews-Anderson, s. 32; Emiroğlu, s. 196-200; Özlem, s. 41; Işıktaç/Metin, s. 24; Işıktaç, *Hukuk Normunun*, s. 150; Langenbucher, s. 487.

¹⁸⁶ Emiroğlu, s. 198; Taylan, s. 243; Yaran, s. 114.

metodolojisiinde başvurulanan önemli bir yöntemdir. Çünkü benzerlikler ve farklılıkların bulunması, hukuki muhakeme sürecinde temel bir adımdır.¹⁸⁷ Hatta kıyas bu bakımdan, hukukta çok sık kullanılan en eski akıl yürütme yöntemleri arasında yer almaktadır.¹⁸⁸ Dolayısıyla hukuk biliminde kıyasla elde edilen sonucun (hükümün) genel mantıkta olduğu gibi mutlak anlamda geçersizliğinden değil, geçerlilik derecelerinden söz edebiliriz. Bu sebeple kıyasın hukuki akıl yürütme yöntemleri arasında, merkezi bir öneme sahip olduğu söylenebilir.¹⁸⁹ Ancak kimi zaman kıyas yöntemine başvurulmasına rağmen, kıyası uygulayan kişi bunun farkına varmamaktadır. Dolayısıyla teorikte ve pratikte kıyasın nasıl kullanılacağı, genellikle pek de bilinmemektedir.¹⁹⁰

Oliver Wendel Holmes’a göre hukuk hayatı, mantıktan çok deneyime dayanmaktadır. Keeton, Holmes’un bu sözüne atıf yaparak, yargıçların verdikleri kararlarla elde edilmiş ilkesel metotların, mantıktan ziyade kıyas yöntemi ile oluştuğunu dile getirmiştir.¹⁹¹ Kanımızca Keeton’ın burada mantıktan kastettiği; biçimsel mantıktaki tek geçerli çıkarım yolu olan tümdengelim (tasım) yöntemidir. Deneyim ise kıyasın önemini göstermektedir. Kıyas ile elde edilen bilgi, kesin olmayıp, muhtemel bilgi niteliğindedir. Bu nedenle düşünür bu yöntemi, mantık bilimi içerisinde değerlendirmemiştir. Ancak kıyas yöntemi, hukuki düşüncenin rasyonelliğine önemli bir katkı sağlar. Bu akıl yürütme modeli, karar verme, tahmin ve kanaatlere varılması açısından bir çerçeve belirleme ve olayların tanımlanması için uygun başlangıç noktalarını belirleme gibi amaçlara hizmet eder.¹⁹²

Genellikle mahkemeler, gerekçelerinde hukuk kurallarına ve ilkelere başvururlar. Dolayısıyla verilen hüküm, tanımlanan hukuk kurallarının ve ilkelerin uygulanması meselesidir. Ancak “kural” dediğimiz olgunun doğası gereği eksik

¹⁸⁷ White, s. 571; Gazzali, 78.

¹⁸⁸ Langenbucher, s. 481; Aral, s. 200; Sunstein, s. 781.

¹⁸⁹ Hunter, s. 151; Macagno/Walton, s. 154. Langenbucher, s. 481.

¹⁹⁰ Hunter, s. 151.

¹⁹¹ Robert E. Keeton, “Statutory Analogy, Purpose, and Policy in Legal Reasoning: Live Lobsters and a Tiger Cub in the Park”, 52 *Md. L. Rev.* 1192 (1993), s. 1192.

¹⁹² Burton, s. 25.

olması nedeniyle her zaman tümdengelim yöntemine başvurmak mümkün değildir.¹⁹³ Kural olgusunun eksikliğini Platon şu şekilde ifade etmiştir:

“Hukuk, herkes için en iyi olan şeyi somutlaştıracak şekilde bağlayıcı bir emir çıkaramaz ve hiçbir zaman toplumun tüm  yeleri için doğru ve iyi olacak şekilde m kemm l kesinlik içeren bir formda tanımlanamaz... İnsanoğlunun faaliyetlerinin çeşitliliği ve insan deneyimlerinin kaçınılmaz değişkenliği, tüm zamanların bütün sorunlarına cevap verecek mutlak kural koymayı imkânsız kılmaktadır.”¹⁹⁴

Hukuk kurallarının doğası gereği eksik olması sebebiyle yargıcın karar verme sürecinde farklı akıl yürütme yöntemlerine başvurması gerekmektedir. Kıyas yöntemi ise bu akıl yürütme yöntemleri arasında yer alır.       bir yargıç, kıyas yöntemi ile kelimelere şeklen bağlı kalınması ile yapılan yorumu aşarak ve kelimelerin büyüsünden kurtularak, ortaya yeni bir hüküm koyabilmektedir.¹⁹⁵ Hatta yargıcın hüküm verme sürecinde, görünürde sadece tümdengelim yöntemini kullandığı bilinse dahi; verilen hükümde, kıyas yönteminin zimni varlığından söz edilebilir.       t mdengelimde kuralın kapsamına girecek olgular, kıyas yardımıyla tespit edilir. Bu sebeple hüküm kurma sürecindeki tümdengelim aynı zamanda mantıki kıyas olarak nitelendirilir. Örneğin uyuşturucu madde satımını suç olarak belirten bir kanun maddesinin yorumlanmasında, yargıç bir maddenin “uyuşturucu” kapsamına girip girmediğini kıyas yöntemine başvurarak bulmaktadır. Zira yargıç, ilk önce bu kanun maddesinin uygulamasına bakmaktadır. Sonrasında ise uygulama ile elindeki olayın benzerliğine bakarak hükmün uygulanıp uygulanmayacağına karar vermektedir. Keza avukatların savunma sırasında gerekçelendirme yaparken kıyas yöntemine başvurması bu bakımdan kaçınılmazdır.

Ancak verilen örnekte olduğu gibi olgular arasında özdeşlik kurulan tasımı, geniş anlamda kıyas olarak değerlendirmek gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu kıyas, mantıki kıyas (tasım) olarak bilinir. Bizim ilgilendiğimiz kıyasta (analoji) ise olgular arasında özdeşlik değil benzerlik kurularak mevcut hükmün kıyasen

¹⁹³ White, s. 571.

¹⁹⁴ Plato, *In Collected Dialogues of Plato*, ed. E. Hamilton and H. Cairns, Bollingen Foundation, New York 1961, s. 1963; White, s. 571.

¹⁹⁵ Sözer, *Hukukta Yöntembilim...*, 6. Baskı, s. 203.

uygulanması söz konusudur. Dolayısıyla kıyas yönteminin hem geniş anlamında (tasım) hem de dar anlamda (analoji) uygulamasına bakıldığında yargılama aşamasında kullanılması kaçınılmaz olduğu görülür.¹⁹⁶

Kıyas yöntemini, sadece yargıçların ve avukatların hüküm vermede veya savunma sırasındaki gerekçelendirmelerinde kullandığı bir araç olarak düşünmemek gerekir. Zira insan aklı, önüne gelen bir sorun karşısında yaşadığı, gördüğü veya duyduğu olaylara kıyaslama yaparak çözüme gitmeye meyillidir. Söz konusu akıl yürütme, kaçınılmaz olarak hukuk alanında da bu tarz bir işleyişe sahip olabilmektedir.¹⁹⁷ Örneğin bir profesör sınıfta farazi bir olayı öğrencilere sorduğunda, öğrencilerden biri, dersten önceki gece okuduğu bir olaya dayanarak soruyu yanıtlamaya çalışır. Bir avukat ise daha önce tecrübe ettiği bir olaya dayanarak müvekkiline uzlaşmayı tavsiye eder. Ancak öğrencinin cevabı ve avukatın tavsiyesi dikkatlice incelendiğinde, avukat ve öğrencinin hangi benzerlikle bu kıyasları kurduğu, diğer benzer olaylardan benzerlik bakımından daha üstün olan şeyin ne olduğu gibi sorulara net bir cevap vermediklerini görürüz.¹⁹⁸ Dolayısıyla kıyas yönteminin kullanıldığı alanlar, bilinçli ya da bilinçsiz de olsa hukukta birçok yerde karşımıza çıkmaktadır.

Akıl yürütme yöntemi olarak kıyas, faydalı ve kaçınılmaz bir yöntem olmasına rağmen, zaman zaman tehlikeli ve sakıncalı neticelere sebep olabilmektedir. Çünkü çıkarılan sonucun, öncüllerin kapsamını aşma ihtimali vardır. Şayet benzer olduğu iddia edilen olgular, ilk bakışta benzermiş gibi görünüyorsa iken gerçekte benzemiyorsa ya da benzerlikler gerçek olmasına rağmen yüzeysel ise, söz konusu iki olay, olgu ya da şey arasındaki diğer benzerliklerin varlığı açısından yapılan çıkarımı (istihracı), artık “sağlam” olarak görmek güçleşecektir. Bu nedenle yapılan bu akıl yürütme yönteminin dikkatlice kullanılması gerekmektedir.¹⁹⁹

¹⁹⁶ White, s. 571.

¹⁹⁷ Hunter, s. 151.

¹⁹⁸ Hunter, s. 151.

¹⁹⁹ Işıktaç/Metin, s. 232.

B. Avantajları

Kıyas yöntemi, akıl yürütme yöntemleri arasında kesin bir hüküm verme açısından kullanışlı bir araç değildir. Ancak bu yöntemin birçok açıdan avantajının olduğundan bahsedilebilir. Kıyas yönteminin kullanımının avantajları şunlardır:

İlk olarak kıyas yöntemi, insanların kabiliyetlerinin ve zamanlarının kısıtlı olması sebebiyle, en kullanışlı akıl yürütme yöntemlerinden biri olarak sayılır. Zira kıyas yöntemi, insanların zihinlerinin kavramakta zorlanacağı genel kuramlar altında yürümektedir. Aksine kıyas yöntemi, insanların rahatlıkla kavrayabileceği belirli olaylar üzerinden hareket eder.²⁰⁰ Yani kıyas yöntemine başvuran bir kişi, kendi vardığı sonucu gerekçelendirmek için tam anlamıyla eksiksiz bir kuram geliştirmesine ihtiyaç duymaz.²⁰¹ Bu bakımdan kıyas yönteminin hukuk sisteminde de kullanışlı bir yanı olduğu görülmektedir. Zira zaman zaman yargıçların ve avukatların, kabiliyetleri ve vakitlerinin kısıtlılığı nedeniyle ihtilaflı olay hakkında ve ona uygulanacak ilkeler ve kurallar konusunda her şeyi düşünmesi mümkün görünmemektedir. Bu sebeple reel dünya standartlarında ihtilaflı olayların çözümünde kıyas yöntemine başvurulması, en iyi ve en elverişli yol olarak görülmektedir.²⁰²

Kıyas yönteminin ikinci bir avantajı, insanların belirli bir sonucu elde etme bakımından, bu yöntemi kullanırken genel ilkeler hakkında sağlanması gereken uzlaşıya ihtiyacı olmamasıdır. Zira kimi zaman insanların, kendi yargıları açısından bir genel ilke üzerinde uzlaşmaları aşırı derece zor olmaktadır. Ancak kıyas yönteminin uygulanması esnasında aynı insanların, daha düşük bir seviyedeki bir ilkede ya da belirli olaylar üzerinde uzlaşmaları muhtemeldir. Örneğin bir tarafın Kantçı diğer tarafın ise faydacı olduğu bir ihtilaflı olayın çözümünde, genel ilkelere bakılmaksızın, belirli benzerlik ve farklılıklar çerçevesinde bir uzlaşının oluşması, genel ilkeleredeki bir uzlaşılı ile karşılaştırıldığında elbette çok daha muhtemeldir.²⁰³

Kıyas yönteminin diğer bir avantajı ise, yeniliklere açık olmasıdır. Zira genel ilkelerle ilerleyen bir akıl yürütmede, her şey durağandır ve sistemin o şekilde devam

²⁰⁰ Sunstein, s. 782.

²⁰¹ Sunstein, s. 745, 791.

²⁰² Sunstein, s. 786.

²⁰³ Sunstein, s. 782.

etmesi istenir. Ancak kıyas yöntemi ise yeni olguların ve bakış açılarının gelişmesi açısından yenilikçi bir yapıya sahiptir. Kıyas, ayrıca bu yönüyle ihtilaflı ve belirsiz konuları çözmek adına bir uzlaşa sağlamaya yardımcı olmaktadır.²⁰⁴

II. HUKUKTA AKIL YÜRÜTME YÖNTEMİ OLARAK KIYASIN UNSURLARI

Kıyasın asl, fer, illet (benzerlik) ve hüküm olmak üzere dört adet unsuru bulunmaktadır. Bahsedilen unsurlar, İslam Hukuku bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.²⁰⁵ Dolayısıyla bu bölümde kıyasın unsurlarına kısaca değineceğiz.

A. Asl

Hukuk alanında uygulanan kıyas yönteminin birinci unsuru “asl”dır. Buradaki “asl”, kıyaslanılan şeydir.²⁰⁶ Kıyas yönteminin uygulanabilmesi için, ortada hakkında belirli ve sabit hükme sahip bir olayın olması gerekmektedir. Hakkında düzenleme bulunan bu olay, “yasal soyut tip” şeklinde genel bir niteliğe sahip olabilir.²⁰⁷ Nitekim Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki “asl” bu niteliktedir. Yani bu hukuk sisteminde “asl”, sadece bir olaya özgülenmiş, belirli ve tikel bir nitelikte değildir. Ancak Common Law Sisteminde uygulanan kıyasta ise Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki aksine “asl”, tikel, somut ve spesifik bir olaydır. İslam Hukukunda uygulanan kıyastaki “asl” ise; her iki şekilde de olabilmektedir. Örneğin şarabın haram olması, Ayet ile sabittir. Bahsedilen nass, yasal soyut tip niteliğindedir. Çünkü ayet, genel bir norm niteliğinde olup, sadece o an yaşanmış bir olay için nazil olmamıştır. Ancak çoğu zaman İslam Hukuku’nda uygulanan kıyas yöntemi, Common Law Sistemindeki gibi olay odaklı işlemektedir. Örneğin Hz. Peygamber’in (S.A.V) belirli bir olay için verdiği bir hüküm, kadı tarafından eldeki olay ile kıyaslanarak sorun çözülmeye çalışılmaktadır. Böyle bir durumda “asl”ın niteliği, tikel ve somut olmaktadır.

²⁰⁴ Sunstein, s. 782.

²⁰⁵ Bkz. s. 179 vd.

²⁰⁶ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Ekin Basım, 13. Baskı, Bursa 2016, s. 328.

²⁰⁷ Furtun, s. 32.

B. Fer

Fer, kıyas yönteminin unsurları arasında, hakkında düzenleme bulunmayan olayı gösterir. Bu olay, hukuk sistemlerine göre farklılık göstermez. Yani fer, hangi hukuk sisteminde olursa olsun, hakkında düzenlenmemiş olayı göstermektedir.²⁰⁸ Sonuç olarak kıyasın uygulanmasıyla fer, aslın hükmüne tabi olmaktadır.²⁰⁹

C. İlet (Benzerlik)

Benzerlik, bir şeyin karşılaştırılan diğer bir şeyle bazı açılardan aynı, bazı açılardan farklı olması anlamına gelmektedir. Yani benzerlik, özdeşlikten farklı olarak kısmi eşitlik anlamına gelir. Karşılaştırılan şeylerin, birebir örtüşmeleri söz konusu ise orada benzerlikten değil; özdeşlikten (aynılıktan) bahsedilir.²¹⁰ Dolayısıyla benzerlik, özdeşlik ile farklılık arasında yer alan bir durumdur. Nitekim Thomas Aquinas benzerliği, “*tamamen aynı olan ile bütünüyle farklı olan arasında bir durum*”²¹¹ olarak ifade etmiştir.²¹²

D. Hüküm

Hüküm, kıyas aracılığıyla asl’dan fer’e geçmesi istenilen şeydir.²¹³ Asl’da yer alan hüküm; niteliği gereği, asla özel (mahsus) olmaması gerekir. Ayrıca hüküm, istisnai bir nitelikte de olmamalıdır.²¹⁴

²⁰⁸ Soner Duman, *Şâfi’î’nin Kıyas Anlayışı*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2007, s. 35; Ali Butur, *Cessas ve Kâdı Abdulcebbar’ın Kıyas Anlayışlarının Karşılaştırılması*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2019, s. 76.

²⁰⁹ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 328.

²¹⁰ Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim Yorum Yöntemleri Hukuk Oluşturma Yöntemleri (Yargıç Hukuku)*, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013, s. 203; Furtun, s. 75-76.

²¹¹ Furtun, s. 76.

²¹² Furtun, s. 76.

²¹³ Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü*, (Çev: Abdulkadir Şener), Feqr Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 198; Abdulkadir Kışmır, *Arapçada Kıyas ve Basra İle Kûfe Dil Ekollerindeki Rolü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Rize 2018, s. 78.

²¹⁴ Şaban, s. 187; Uğur Kalkankıran, *İslâm Hukukunda Mezheplerce Benimsenen Kıyâs Çeşitleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimler Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Şanlıurfa 2019, s. 35; Abdülhakim Akyel, *Ebû İshâk El-Şirâzî’nin Kıyas Anlayışı*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Mardin Artuklu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Mardin 2019, s. 36; Nail Karagöz, *Hanefî-Mâturidî Gelenekte Kıyas İçerikli İstidlâl (Hulviyyât Örneği)*,

III. HUKUKTA AKIL YÜRÜTME YÖNTEMİ OLARAK KIYASIN TANIMI

A. Genel Olarak

Kıyasın unsurlarının içeriği, hukuk sistemine göre farklılık göstermesi nedeniyle kıyasın tanımlaması da bu bağlamda değişiklik göstermektedir. Nitekim “asl”, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde parlamento tarafından çıkarılan yasal bir düzenleme iken, İslam Hukukunda nass dediğimiz, Kur’an, Sünnet veya İcma’da yer alan bir hükümdür. Common Law Sisteminde ise “asl” Vakıa Hukukunda (Case Law) hakkında bir hüküm verilmiş, somut, tikel bir olaydır. Dolayısıyla bu çalışmada kıyas hakkındaki tanımlamalar, her bir sisteme göre ayrı ayrı ele alınacaktır.

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ile Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde uygulanan kıyas yöntemi arasında temelde bir farklılık yoktur. Mantık alanındaki işleyen süreç ve hüküm vermede benzerliğin bulunması bakımından her iki hukuk sistemi, birbirlerine benzemektedir. Ancak gerekçelendirme adımlarına daha yakından bakıldığında, her bir hukuk sisteminin kendi hukuk geleneğine göre farklılığa sahip olduğu görülmektedir. Kıta Avrupası Hukukunda kıyas yöntemi, bir kanun normunun aslında kapsamadığı bir olayı kapsayacak şekilde genişletilmesi şeklinde uygulanmaktadır. Bu hukuk sisteminde uygulanan kıyas yönteminde kanun hükmüne odaklanıldığı için bu kıyas, kural esaslı kıyas (rule based analogy) olarak adlandırılmaktadır.²¹⁵ Dar anlamda Common Law Hukuk Sisteminde (Case law) ise kıyas yöntemi, olaya dayalı (case by case basis) genel bir ilkenin geliştirilmesi ile oluşmaktadır. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde uygulanan kıyas yöntemine, ilkeye dayanan (principle based) kıyas yöntemi denilmektedir.²¹⁶ Aarnio bu sınıflandırmayı “vakıa kıyası (case analogy)” ile “norm kıyası (norm analogy)” şeklinde tanımlamaktadır.²¹⁷

(Yayınlanmamış Doktora Tezi), Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı Kelâm Bilim Dalı, Adana 2014, s. 132.

²¹⁵ Langenbacher, s. 502, 519.

²¹⁶ Langenbacher, s. 502.

²¹⁷ Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A Yayıncılık Ankara 1998, s. 175.

B. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Kıyasın Tanımı

Kıta Avrupası ve Türk Hukuk Sisteminde kıyasla (analojiyle) ilgili aşağıdaki tanımlara rastlıyoruz:

Modern biçimci (formalist) mantık alanında “*Juristische Logik*” (*Hukuk Mantığı*) adlı eseri ile tanınan²¹⁸ Klug’a göre kıyas, belirli bir olguya dönük açık bir ifade içeren bir hukuk kuralının, gerekli tüm hususlarda (in all essential respect) uyumlu başka bir olguya uygulanmasıdır. Başka bir ifade ile kıyas, bilinen bir hukuk kuralı ile, öngörülmemiş ancak kural ile uyumlu bir olay arasında, kuralın “temel düşüncesi” çerçevesinde ilişki kurmaktır.²¹⁹

Çağıl’a göre, “*kanundan çıkarılması gereken prensiplerin (ana düşüncelerin), kanunda tanzim edilmiş olan meselelerden esaslı bir şekilde inhıraf etmeyen (ayrılmayan) veyahut karakter itibariyle benzer meselelere tatbikine*”²²⁰ kıyas adı verilir.

Aral’da kıyasın tanımı, belli bir olay için konulmuş hukuki bir normun, söz konusu olayla esas noktalarda benzeyen diğer farklı bir olaya uygulanması şeklindedir. Aral’a göre kıyas ile, kanunda düzenlenmiş hükümlerin, bu hükümlerin esas fikrine uygun olan; ancak kanunda düzenlenmemiş diğer bir farklı olaya uyarlanması kastedilir.²²¹

Edis ise kıyası benzer şekilde, bir somut olay için öngörülmüş olan bir hukuk kuralında bulunan ilkenin, bu somut olaya benzer farklı bir olaya uygulanması şeklinde tanımlama yoluna gitmiştir. Edis’e göre hukuk sisteminde uygulanan kıyasta aranan benzerlik ise herhangi bir benzerlik değildir. Yargıç kıyası uygulamadan önce eldeki olay ile ilgili hükümdeki örnek olay arasında, “çıkarcı uyumsuzluğun” benzer nitelikte olup olmadığını araştırmalıdır. Dolayısıyla Edis’e göre kıyas yönteminde aranan

²¹⁸ Joseph Horowitz, “Ulrich Klug's Legal Logic A Critical Account”, *Logique et Analyse*, Nouvelle Série, Vol. 9, No. 33 1966, s. 77; Macagno/Walton, s. 156.

²¹⁹ Joseph Horowitz, *Law and Logic A Critical Account of Legal Argument*, Springer-Verlag Wien New York 1972, s. 32.

²²⁰ Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1971, s. 236.

²²¹ Aral, s. 200.

benzerlik, karşılaştırılan ögeler arasındaki çıkar uyumsuzluğunun az çok benzer nitelikte olmasıdır.²²²

Serozan ise kıyası, “*yasada şeklen ve lafzen öngörülmemiş*” bir olay hakkında yasada öngörülmüş bir kuralın uygulanması olarak ifade etmektedir. Serozan’a göre kıyasın uygulanmasında, benzerliğin ölçütü olarak “*korunan menfaatler açısından*” bir benzerlik aranması gerekmektedir.²²³

Sözer’e göre kıyas “*bir olay için konulmuş bulunan bir kuralda mevcut ilkenin, korunan menfaatler açısından benzer ama -şeklen ve lafzen öngörülmemiş- başka bir olaya uygulanması*”²²⁴dır.

Yukarıdaki tanımlara baktığımızda ortak olarak görülen şey, her bir tanımda kanuni düzenlemenin yokluğunun dikkate alınmasıdır. Ancak kıyasın uygulamasında temel ölçüt belirlemede tanımlarda farklılıklar mevcuttur. Örneğin Klug ve Aral, kıyas için “*esaslı noktalarda benzerliğin*” aranmasını nazara alarak bir tanımlamaya giderlerken, Edis, Sözer ve Serozan kıyasta temel ölçüt olarak “*korunan menfaatler açısından benzer*” olmayı esas almışlardır. Biz de hukuk da kıyasın (analojinin) yapılabilmesi için düzenlenen konu ile düzenlenmeyen olay, yani “asl” ile fer arasında esaslı noktalarda “*uygun bir benzerliğin*” olması gerektiğini kabul ediyoruz. Buna göre kıyası Kıta Avrupası ve Türk Hukuku bakımından şu şekilde tanımlayabiliriz: Kıyas, kanunda herhangi bir konu hakkında vazedilmiş bir hükmün, bu konuyla esaslı noktalarda uygun bir benzerlik içerisinde bulunan ve fakat hakkında kanunda bir düzenleme bulunmayan bir konuya uygulanması işlemidir. Bu tanımımızda önemli olan, iki konu hakkında esaslı noktalarda uygun bir benzerliğin olmasıdır. Örneğin Türk ve İsviçre hukukunda bir kişiye karşı sağlığında nafaka yükümlülüğü altında bulunan kişilerin, söz konusu kişinin cenaze masraflarının terekesinden karşılanmaması durumunda bu masrafları karşılamaları gerektiği sonucuna nafakaya ilişkin hükmün kıyasen uygulanması ile varılmıştır.²²⁵ Buradaki esas noktalar “bir

²²² Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 3. Baskı, Ankara 1987, s. 143, 146; Aynı doğrultuda bkz. Aydın Zevkliler/Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, *Zevkliler Medeni Hukuk*, Seçkin yayınları, 6. Baskı, Ankara 2000, s. 71.

²²³ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 112.

²²⁴ Sözer, s. 182.

²²⁵ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 112; Edis, 134, 143; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 71.

kişiyeye karşı nafaka yükümlülüğü altında bulunma” ve “terekeden karşılanamayan cenaze masraflarını karşılama yükümlülüğü”dür. Bu esaslı noktalardaki benzerlik, uygun bir benzerliktir. Çünkü nafakaya ilişkin konulan hükmün amacı ile cenaze masraflarını karşılama amacı birbirine uygundur.

C. İslam Hukukunda Kıyasın Tanımı

İslam Hukukunda ise kıyas tanımlamaları şu şekildedir:

Ebu Zehra kıyası, “*hakkında nass bulunmayan bir meselenin hükmünü, Kitab veya Sünnet nassı ile hükmü bilinen meseleye göre açıklamaktır.*” Diğer bir tanımında ise “*hakkında nass bulunmayan bir meselenin hükmünü, aralarındaki ortak illet dolayısıyla, hakkında nass bulunan meselenin hükmüne bağlamak*” olarak açıklamıştır.²²⁶

Aydın da Ebu Zehra’nın ifade ettiği ikinci tanımı takip ederek “*aralarındaki ortak illetten (gerekçeden)*” hareketle hakkında nass bulunmayan meselenin çözümü açısından bir tanımlamaya gitmiştir.²²⁷

Şaban’a göre kıyas, “*hükmü, kitap, sünnet ve icmada bulunmayan bir meseleye, illet ortaklığı sebebiyle, söz konusu kaynaklardan birinde yer alan bir meselenin hükmünü vermek*”²²⁸tir.

Cin/Akgündüz ise kıyası “*aralarında illet (ratio legis) benzerliğinden dolayı, hakkında açık hüküm bulunan şer’i bir meselenin hükmünü diğerine de uygulamak*” şeklinde tarif etmiştir.²²⁹

Yukarıdaki açıklamalara baktığımızda Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki kıyas tanımının, İslam Hukuk Sistemindeki kıyasın unsurlarını içerdiğini söyleyebiliriz. Ancak Kıta Avrupası Hukuk Sisteminden farklı olarak, İslam Hukukunda kıyasın uygulanmasında “asl” niteliğindeki hükümler icma hariç, beşeri nitelikte değil, ilahi

²²⁶ Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü*, (Çev: Abdulkadir Şener), Fecr Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 190.

²²⁷ Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Basım, 4. Baskı, İstanbul 2001, s. 38.

²²⁸ Zekiyüddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulü'l-Fıkıh)*, (Çev: İbrahim Kafi Dönmez), Diyanet İşleri Vakfı Yayınları: 45 İlmi Eserler Serisi 1, Ankara 2019, s. 165.

²²⁹ Halil Cin/Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s. 164.

niteliktedir. İslam Hukukunda kıyası kısaca tanımlamak gerekirse; kıyas, hakkında nass bulunmayan meseleye, illet ortaklığı sebebiyle hakkında nass bulunan meselenin hükmünü bağlamaktır.

D. Common Law Sisteminde Kıyasın Tanımı

Common Law Sistemindeki kıyasın tanımı araştırıldığında bu konu hakkında yazan düşünürlerin net bir tanımlama yapmaktan kaçındıklarını görmekteyiz.²³⁰ Bunun nedeni kanımızca düşünürlerin kıyas hakkındaki görüşlerinin farklılığından ve Common Law Sisteminde yer alan kıyasın çok geniş bir alanda hüküm sürmesinden kaynaklanmaktadır. Zira kimi düşünürlere göre kıyas, tümevarımsal akıl yürütme yönteminin bir parçası²³¹, kimilerine göre geçerli kanıt içeren tümdengelimsel akıl yürütmeye doğrudan ilişkili bir muhakeme²³², kimilerine göre ise kesin bir sonuca götürmeyen çürütülebilir (defeasable) niteliğe sahip bir akıl yürütme yöntemidir.²³³ Ancak biz yine de Common Law Sistemindeki kıyasın nasıl kullanıldığına dair kısa bir fikir vermek amacıyla bazı açıklamalara yer vereceğiz.

Macagno/ Walton’a göre “*kıyas yoluyla hukuki netice, hali hazırda belirlenmiş ve sınıflandırılmış bir olaydan diğer bir olaya benzerlik ve farklılık açısından bir çıkarsama yapmaktır.*” Adı geçen yazarlar açısından bu gerekçelendirme formu genellikle “*kurallar ve olgular arasındaki boşlukların*”²³⁴ doldurulmasında kullanılmaktadır. Dolayısıyla burada Macagno/ Walton, hem Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde uygulanan kural temelli kıyası ve Common Law Sisteminde uygulanan ilke eksenli kıyası nazara alarak bir tanımlama yapmıştır. Nitekim kurallar arasındaki boşluklardan, yasada bulunan boşluk anlaşılmaktadır. Bu ise daha çok Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde uygulanır. Olgular arasındaki boşluklar ise olay temelinde yapılan muhakemede olur. Bu tarz bir uygulama ise daha çok emsal karara dayanan Common Law Sisteminde yer almaktadır.

²³⁰ Hunter, s. 152.

²³¹ Russell, s. 91; Govier, s. 371; Sunstein, s. 743.

²³² Macagno/Walton, s. 160.

²³³ Macagno/Walton, s. 155.

²³⁴ Weinreb, s. 92; Macagno/Walton, s. 155.

Burton ise hukukta uygulanan kıyası açıklarken, başlangıçta günlük hayatta kullanılan kıyasa nazaran hukukta uygulanan kıyasın çok farklılığa sahip olmadığını dile getirir. Yazara göre kıyas yöntemi, hakkında karar verilmiş bir olay ile eldeki ihtilaflı olay arasındaki uygun temel noktalarda benzerlikler ve farklılıkların tespit edilmesi ile yapılmaktadır.²³⁵

Common Law Sisteminde kıyası, Mevzuat Hukukunda (Statutory Law) ve Vakıa Hukukunda (Case Law) olmak üzere iki farklı şekilde tanımlamak mümkündür.

Mevzuat Hukukunda kıyas, hakkında bir kanuni hüküm veya bir emsal karar bulunmayan eldeki ihtilaflı bir olaya, bu olayla esaslı noktalarda benzer olan başka bir konudaki kanun hükmünün uygulanmasıdır. Bu tanımda dikkatimizi çeken Kıta Avrupasından farklı olarak incelenen ihtilaflı olay hakkında kanuni bir hüküm olmamasının aranmasına ilaveten emsal bir kararın da olmamasının aranmasıdır. Dolayısıyla Common Law'un Mevzuat Hukuku alanında bir emsal karar varsa, kanuni bir hüküm olmasa bile kıyasa gerek yoktur.

Vakıa Hukukunda uygulanan kıyasın tanımını ise şu şekilde ortaya koymak mümkündür: Hakkında kanuni bir hüküm veya doğrudan emsal bir karar bulunmayan eldeki ihtilaflı bir olaya, bu olayla esaslı noktalarda uygun bir benzerlik taşıyan başka bir emsal kararın çözümünün uygulanmasıdır.

IV. HUKUK ALANINDA UYGULANAN KIYAS YÖNTEMİNİN MANTIKSAL YAPISI

Kıyas yönteminin iyi bir şekilde işlemesi açısından; uygun ve bilinen benzerliklerin, varacağımız hükme iyi bir neden teşkil etmesi gerekir.²³⁶ Ancak iyi bir kıyasî gerekçe için kesin bir kıstas belirlemek aşırı derecede zordur. Kıyastaki akıl yürütme sürecinde, karşılaştırılan nesneler arasında birçok benzerlikler (pozitif kıyas) olduğu gibi, bu nesneleri birbirinden ayıran birçok farklılıklar (negatif kıyas) da mevcuttur. Bu süreçte, zikredilen benzerlikler ve farklılıklar değerlendirilir. Ancak bu değerlendirme süreci oldukça yanıltıcı olabilmektedir. Esas mesele; karşılaştırılan

²³⁵ Burton, s. 27.

²³⁶ Sunstein, s. 744.

öğeler arasındaki benzerlikler ve farklılıkların “uygun” noktalarda benzer ya da farklı olmasıdır. Dolayısıyla “birkaç noktadan” uygun benzerliğe (relevant respects) sahip bir kıyasî gerekçe, “birçok noktadan” uygun olmayan benzerliğe dayanan kıyasî gerekçeden daha üstündür. Örneğin;²³⁷

- (i) x, F,G,... özelliklerine sahiptir.
- (ii) y, F,G,.... özelliklerine sahiptir.
- (iii) x ayrıca H,... özelliklerine sahiptir.
- (iv) F, G,, özellikleri H ile ilgilidir.
- (v) O halde y, H özelliğine sahiptir.²³⁸

Yukarıdaki mantıksal modelde görüldüğü gibi kıyas yönteminde karşılaştırılan öğeler arasında herhangi bir benzerlik değil uygun açılardan ilgili olan bir benzerlik aranmaktadır.

Uygun bir benzerliğin var olup olmadığı, kıyasın kullanılması bakımından en önemli sorunlardan biridir. Meseleyi daha iyi tetkik etmek bakımından *Adams v. New Jersey Steamboat Co. (1896)*²³⁹ olayını inceleyelim. Bu olayda, vapurda seyahat eden yolcuların ihmalleri olmaksızın, kendi özel vagonlarından (odalarından) paraları çalınmıştır. Sonrasında ise vapur işleten kişi, çalma eyleminden sorumlu tutulmuştur. Kararı veren yargıç, bu kanaate otel işletenin sorumluluğunu eldeki olaya kıyas ederek varmıştır. Yargıca göre olaydaki vapur, yüzen bir otel niteliğine sahiptir.²⁴⁰

*“.... İki olay, birbirleriyle özdeş olmayıp aralarında bu tür uygun bir benzerlik varsa sorumluluk bakımından aynı ilkeye tabidirler. Dolayısıyla bizim görüşümüze göre davalı, bu olayda davacının zararı bakımından (davacının ihmali yoksa) sorumludur.”*²⁴¹

²³⁷ Golding, s. 124.

²³⁸ Golding, s. 124.

²³⁹ Adam v. New Jersey Steamboat Co., 151 N.Y. 163, 45 N.E. 369.

²⁴⁰ Canale/Tuzet, s. 72; Golding, s. 125.

²⁴¹ Golding, s. 125.

Temel olarak yargıcın bu gerekçesi, gözden geçirdiğimiz kıyas formuna uymaktadır. Kısaca bahsettiğimiz formun olaya uygulanmış şeklini göstermek gerekirse;

(i) Bir otel, kişilerin çalınma ihtimali yüksek olan özel eşyalarının ve paralarının güvenliğini sağlayacak şekilde bir odayı, talep eden kişilere karşı temin etmekle sorumludur.²⁴²

(ii) Bir yolcu gemisi, kişilerin çalınma ihtimali yüksek olan özel eşyalarının ve paralarının güvenliğini sağlayacak şekilde bir odayı, talep eden kişilere karşı temin etmekle sorumludur.²⁴³

(iii) Otel sahibinin ağırlaştırılmış bir sorumluluğu vardır. Müşterinin odasından parasının çalınması durumunda, müşterinin ihmali gösteren bir iz bulunmadığı sürece yaşanan olaydan otel sahibi sorumlu tutulur.²⁴⁴

(iv) Kişilerin çalınma ihtimali yüksek olan özel eşyalarının ve paralarının, güvenliğini sağlayacak şekilde bir odayı talep eden kişilere karşı işletme sahibinin bu şartlarda bir odayı temin etmesinin gerekliliği, işletme sahibinin bu tür ağırlaştırılmış sorumluluğu olması gerektiği sonucuna götürür.²⁴⁵

(v) Dolayısıyla yolcu gemisini işleten, yolcunun ihmali gösteren bir delil olmadığı sürece, yolcunun vagondan çalınan parasından dolayı sorumludur.²⁴⁶

(iv) Bu öncülde, belirli işletme sahiplerinin (otel ve gemi işletmeleri gibi) sorumluk dereceleri bakımından aynı oldukları ifade edilmektedir. Ancak yargıç gerekçesinde önemli bir noktayı daha eklemiştir. Yargıca göre otel sahibinin sorumluluğunun temeli, kamu düzeni ilkesine dayanmaktadır.²⁴⁷ Yani sorumluluk, bahsedilen özel durumlarda bulunan kişileri korumak için yasalarca dayatılması

²⁴² Golding, s. 125.

²⁴³ Golding, s. 125.

²⁴⁴ Golding, s. 125.

²⁴⁵ Golding, s. 125.

²⁴⁶ Golding, s. 125.

²⁴⁷ Weinreb, s. 17; Golding, s. 125.

(imposed by the law) anlamına gelir. Yargıcın belirlediği otel sahibi kuralı, kamu düzenine dayanmaktadır.²⁴⁸

V. HUKUK ALANINDA UYGULANAN KIYAS YÖNTEMİNDE BENZERLİK MESELESİ: UYGUN BENZERLİĞİN TESPİT EDİLMESİ

Hukukî yargılama sürecinde ve hukukî akıl yürütmelerde benzerliklerin belirlenmesi temel bir öneme sahiptir. Nitekim Edward Levi “*An Introduction to Legal Reasoning*” adlı eserinde “*Benzerliklerin ve farklılıkların belirlenmesi, hukuki süreçte en temel adımdır.*”²⁴⁹ şeklindeki ifadesiyle meselenin önemini belirtmektedir. Bu temel adım ise adalet ilkesinin uygulanmasının gerekliliğini göstermektedir.²⁵⁰

Kıyas yöntemi bilindiği üzere sonucu garanti etmeyen, olumsal (muhtemel) bir niteliğe sahiptir. Zira karşılaştırılan ögeler arasındaki bir ya da daha fazla benzerliğin varlığı, ögelerin sahip olduğu özelliklerin tamamen benzer olduğu anlamına gelmemektedir.²⁵¹ Ancak kıyasta (analojide) olaylar arasındaki bir öge bakımından benzerlikten hareketle diğer ögeler bakımından da benzerliğin olduğu sonucu çıkarılmaya çalışılmaktadır. Örneğin:

(1) F sosyal grubuna üye olan A, hoş görülme X özelliğine sahiptir.

(2) B de F sosyal grubuna üyedir.

(3) O halde B de X özelliğine sahiptir.²⁵²

Yukarıda gösterilen akıl yürütme modeli, zayıf (kötü) bir kıyasî işleyişe sahiptir. Çünkü sonuç önermesinin yanlış olma ihtimali vardır. Sonuç önermesinin doğru çıkması halinde dahi ifade edilen yargı, insanları bu tür basit istatistiksel ölçülere göre yargıladığı için yanlıştır. Bu önerme kıyas modelinin uygulanmasında yapılan yanlış

²⁴⁸ Golding, s. 125.

²⁴⁹ Edward Hirsch Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, The University of Chicago Law Review, Spring, Chicago 1948, s. 502; White, s. 571.

²⁵⁰ John Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, s. 208; White, s. 571; Uğur Dinç, *Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum Michael S. Moore'un Kuramı*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 203.

²⁵¹ Sunstein, s. 746.

²⁵² Sunstein, s. 746.

modellemenin ne gibi sakıncalı sonuçlara varılacağını göstermesi bakımından iyi bir örnektir.²⁵³ Dolayısıyla bu gibi yanlışlıklara düşmemek için kıyas modelinde, esas alınacak benzerliği tespit etmek gerekir. Bazıları bu benzerliği “esaslı açılardan benzerlik”²⁵⁴, bazıları “menfaat çatışması açısından benzerlik”²⁵⁵ olarak görmektedir. Biz ise kıyasta kabul edilecek benzerliğe “uygun (relevant) benzerlik” adını veriyoruz. Nitekim İslam Hukukunda da illetin belirlenmesindeki şartlardan biri, illetin hükme münasip (uygun) olmasıdır. İletin hükme münasip olması, hükümde gözetilen amacı gerçekleştirebilir nitelikte olması anlamına gelmektedir.²⁵⁶

Uygun benzerliğin tespitinde amaçsal açıdan yapılan bir karşılaştırma önemlidir. Örneğin insan kolu, böcek kanadı ve kuş kanadı karşılaştırılırken hangisinin daha çok birbirine benzediği sorulduğunda verilecek cevap genellikle böcek kanadı ile kuş kanadının birbirlerine daha çok benzer olduğudur. Zira böyle bir karşılaştırmada insan zihni öncelikle amaçsal açıdan bir benzerliğe dikkat ederek hüküm vermektedir. Halbuki yapısal açıdan bakıldığında, kuş kanadı ile insan kolunun daha çok birbirlerine benzediği görülmektedir. Çünkü kuş kanadı ile insan kolu, özellikle genel kemik özellikleri bakımından birbirlerine daha çok benzemektedir. Ancak amaçsal açıdan bakıldığında kuş kanadının, insan koluna nazaran böcek kanadına daha çok benzediği açık bir şekilde görülmektedir.²⁵⁷ Çünkü her ikisi de uçma işlevini gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla insan zihni kıyas yöntemine başvurduğu zaman, doğal bir şekilde amaçsal açıdan bir benzerliği tespit etmeye çalışır.

Hukukta uygulanan kıyas yönteminde amaçsal açıdan benzerliğin büyük bir yeri vardır. Zira kıyas yöntemine başvuracak yargıç, eldeki olayın çözümü açısından uygun benzerlik taşıdığını düşündüğü emsal karara ya da hukuk kuralına her halükarda amaçsal açıdan bakarak karar vermektedir. Örneğin Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde

²⁵³ Sunstein, s. 746.

²⁵⁴ Horovitz, *Law and Logic*, s. 32; Aral, s. 200.

²⁵⁵ Edis, s. 143, 146; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 71; Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 112.

²⁵⁶ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 115; Şaban, s. 207; Kalkankıran, s. 46; Mustafa Bozkurt, *Klasik Mantıkta ve İslâm Hukuk Metodolojisinde Kıyas*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Adana 2019, s. 67; Akyel, 38; Abdurrahman Candan, *İslam Hukukunda İlet Tespit Yöntemleri (Ta’lil)*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya 2005, s. 59.

²⁵⁷ Macagno/Walton, s. 158.

ve Common Law'un Mevzuat Hukuku kısmında karşılaştırılan ögeler arasındaki benzerlik ölçütü, yasal hükmün amacına (*ratio legis*'e) göre belirlenir. Common Law'un Vakıa Hukuku kısmında ise kıyasın uygulanmasında benzerlik, emsal kararın gerekçesine (*ratio decidendi* 'ye) göre belirlenmektedir. İslam Hukukunda ise hükmün illeti yani hükmün konuluş amacı, kıyas uygulamasındaki benzerliğin bulunmasında temel ölçüt olarak yer alır. Dolayısıyla hukukta uygulanan kıyas yönteminde amaçsal açıdan bir benzerlik arandığını söyleyebiliriz.

Örneğin “parka otomobil girmesi yasaktır.” normunu ele alalım. Belirtilen yasağın konulma amacı, otomobilin çocuklar için tehlike arz etmesidir. Tartışmalı olan bir aracın yasak kapsamında değerlendirilmesi, kuralın tipik örneği temel alınarak amaçsal açıdan benzerlik aracılığıyla tespit edilmektedir. Bu kapsamda gezi amacıyla kullanılan fayton aracını, kuruyemiş satmak amacıyla parka getirilen bir seyyar satıcı aracını ve genç birisinin kullandığı motosikleti düşünelim. Söz konusu araçların kıyas yoluyla kural kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu, kuralın hangi amaçla konulduğuna bakılarak belirlenecektir. Zira araçların hiçbirisi kuralın kapsamına doğrudan girmemektedir.

Fayton aracına baktığımızda, faytonun otomobil ile yüzeysel olarak benzediği görülmektedir. Zira her iki aracın da dört adet tekeri bulunmakta ve her iki araç da insanları taşımak amacıyla kullanılmaktadır. Ayrıca faytonun otomobil kadar olmasa da çocukları ciddi bir şekilde tehlikeye atabilecek hıza çıkması mümkündür. Bu sebeple faytonun kural kapsamına kıyas yoluyla sokulması makul görülebilir. Zira kuralın konuluş amacına göre yapılan bir benzerlik karşılaştırmasında faytonun otomobile yeterince benzer olduğunu söyleyebiliriz. Fakat yasağın konuluş amacı hava kirliliğini önlemek olsaydı bu durumda, faytonun, kuralın kapsamına kıyas yoluyla sokulması mümkün olmazdı. Çünkü faytonun motorlu bir araca sahip olmaması nedeniyle, kuralın amacında belirtilen bir hava kirliliğine neden olması düşünülemez. Bu sebeple böyle bir amacı dikkate aldığımızda otomobil ile fayton arasında uygun bir benzerliğin olmadığı sonucuna varılır.

Kuruyemiş satmak amacıyla parka getirilen seyyar satıcı aracı ise sadece yüzeysel açıdan “otomobil”e benzemektedir. Zira “otomobil”in de seyyar satıcı

aracının da dört tekeri vardır. Her ikisinin de amacı bir şeyleri taşımaktır. Ancak yapısal açıdan bakıldığında seyyar satıcı aracının motoru bulunmaması ve insan taşımaması gibi noktalarda farklılığa sahip olduğu görülmektedir. Amaçsal açıdan bakıldığında seyyar satıcı aracının çocuklar için tehlike arz etmediği görülmektedir. Zira seyyar satıcı aracının, otomobil gibi çocukları tehlikeye atacak bir hıza ulaşması mümkün değildir. Ayrıca seyyar satıcı arabası, parkta bulunan insanların ihtiyaçlarını karşılamak için orada bulunmaktadır. Bu sebeplerle seyyar satıcı aracının kıyas yoluyla kural kapsamına sokulması mümkün gözükmemektedir.

Ancak bir motorsiklet, yüzeysel açıdan kuralın tipik örneğine, yani dört tekerlekli motorlu bir “otomobil”e, yukarıdaki örneklere nazaran benzememesine rağmen amaçsal benzerlik yapıldığında kural kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılır. Dolayısıyla kıyas yöntemine başvuracak yargıcın, benzerlik ilişkisi kuracağı nesneler arasında, “hükmün amacına göre bir benzerlik kurması” gerektiğini söyleyebiliriz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

COMMON LAW SİSTEMİNDE KIYAS

I. GENEL OLARAK COMMON LAW SİSTEMİ

“Common Law” tanımlaması, Anglo Sakson hukukunda dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır.²⁵⁸ Geniş anlamdaki Common Law, yalnızca Anglo Sakson hukukunun tarihsel gelişim süreci içinde XII. yüzyılda oluşumunu tamamlamış Common Law’u değil, aynı zamanda Mevzuat Hukuku /Kanun Hukuku (Statute Law) ve Hakkaniyet Hukuku’nu (Equity Law) da kapsamaktadır.²⁵⁹ Common Law’un geniş anlamı, özellikle Anglo Sakson-Kıta Avrupası Hukuku karşılaştırmasında kullanılmaktadır.²⁶⁰ Dar anlamıyla Common Law denildiğinde ise yasama organının herhangi açık beyanına bağlı olmayan ilkeler ve kurallardan oluşan²⁶¹, sadece emsallere dayanan örf adet hukuku temelinde²⁶² içtihatlar tarafından geliştirilen²⁶³ ve olay (mesele) odaklı *Case Law* yani “Vakıa Hukuku” anlaşılmaktadır.²⁶⁴

Geniş anlamda Common Law’un bölümlerinden olan Mevzuat Hukuku (Statute Law), kanunlaştırma hareketleri ile oluşmuş, parlamento tarafından konulmuş hukuk kurallarını ifade eder.²⁶⁵ Mevzuat Hukuku, XIX. yüzyıl ve sonrasında sosyal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak dar anlamda Common Law’un (Vakıa Hukuku’nun) ve Hakkaniyet Hukuku’nun yeterli olamadığı alanlarda sorunları çözmek amaçlı ortaya çıkmıştır.²⁶⁶

Hakkaniyet Hukuku (Equity Law) ise, dar anlamıyla Common Law mahkemelerindeki aşırı şekilcilikten dolayı adalet bulamayanların krala başvurmalarıyla ortaya çıkan bir kurumdur. Nitekim *Equity* nısfet, adalet veya

²⁵⁸ Cem Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, İmaj Yayınevi, 9. Bası, Ankara 2014, s. 37.

²⁵⁹ Edward King/Joseph Hawley, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, (Çev: İlhan Lütem) *AÜFHD*, Sayı 16, Ankara 1959, s. 223.

²⁶⁰ King/Hawley, s. 181.

²⁶¹ King/Hawley, s. 180.

²⁶² Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 136.

²⁶³ Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 254.

²⁶⁴ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 137.

²⁶⁵ Uğur Mumcu, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”, *AÜFHD*, C. 27, S. 1, Ankara 1970, s. 44.

²⁶⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 137.

hakkaniyet anlamına gelmektedir. Hakkaniyet Hukuku ile birlikte Common Law mahkemelerinden ayrı, krala bağlı *Chancery Mahkemeleri* kurulmuştur. Bu mahkemeler ile Common Law'un noksanlıklarını gidermek için hakkaniyet ve nesafet kuralları geliştirilmiştir.²⁶⁷

Common Law sisteminin özelliklerine kısaca bakacak olursak, ilk olarak bu hukuk sisteminin içtihadî bir niteliğe sahip olduğunu görürüz.²⁶⁸ İctihat (Jurisprudence), mahkemelerin verdiği kararlardan oluşan hukuk kurallarıdır. Kararların içerisinde yer alan ilke veya kural, bu sistemde hukukun asli kaynakları arasında yer almaktadır.²⁶⁹ Anglo Sakson Hukukunda bir mahkemenin aynı konuda daha önce verdiği kararları veya üst mahkemenin verdiği kararlar, emsal (precedent) karar niteliğindedir.²⁷⁰ Ancak burada bahsedilen “mahkeme”, yerel mahkemeleri (County Courts) kapsamamaktadır. Zira yerel mahkemelerin verdikleri kararlar, emsal karar olarak değerlendirilmezler. Her ne kadar yerel mahkemelerin de kendi kararlarında tutarlı olmaları gerekse de, yukarıda bahsedilen “mahkeme”den, hiyerarşik olarak yerel mahkemelerin üzerinde yer alan İngiliz Yargıtayı, Bölgesel Mahkemeler ve High Court’lar anlaşılmalıdır.²⁷¹

Sonuç olarak Common Law sisteminde bir mahkemenin (yerel mahkeme üstünde yer alan mahkemelerden herhangi birinin) verdiği karar, emsal (precedent) niteliğinde olup, verilen karar sadece davadaki tarafları bağlamaz; ayrıca söz konusu bu karar, mahkemenin ilerideki benzer davalardaki tüm kararlarında da bağlayıcı kuvvete sahiptir.²⁷² Karara uyma zorunluluğu, “mahkeme kararının bağlayıcı kuvveti” (binding force of precedent)’nin bir gereğidir.²⁷³ Mahkemelerin emsal karar

²⁶⁷ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 137; King/ Hawley, s. 204.

²⁶⁸ Clive Parry, “İngiliz Hukuk Sistemi”, (Çev: Fadıl H. Sur), *AÜFHD*, C. 1, S. 3, 1944, s. 445; Yahya Berkol Güleç, *Normlar Hiyerarşisi*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 411.

²⁶⁹ Parry, s. 449.

²⁷⁰ Parry, s. 449.

²⁷¹ Martin Partington, *Introduction to the English Legal System*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 60; Güleç, s. 414.

²⁷² Parry, s. 449.

²⁷³ Andreas B Schwarz, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (Çev: Bülent Davran), S. 11, C. 3-4, İstanbul, 1945, s. 189.

niteliğindeki kararlara uyma zorunluluğuna “*stare decisis*”²⁷⁴ ilkesi denir.²⁷⁵ Ancak emsal kararın metin olarak tamamı bağlayıcı (binding) değildir. Emsal kararın bağlayıcı kısmı, hükmün asıl gerekçesi olan hukuki dayanağı (ratio decidendi) dır. Kararda belirtilen yan kanıt ve destekler (obiter dictum) ise bağlayıcı (binding) değil, yol gösterici (persuasive) niteliğe sahiptir.²⁷⁶

Common Law sisteminde hâkim, önüne gelen olayda öncelikle bu konuda bir emsal kararın (*precedent*), kendi bulunduğu mahkemede veya üst mahkemede verilen kararlarda var olup olmadığını araştırır. Bu araştırma sonrasında elindeki dava ile ilgili emsal karar bulması halinde, kararını bu emsal karara göre şekillendirir. Common Law’a “Vakıa Hukuku (Case Law)” denmesinin sebebi de budur. Yani hukuki muhakemenin olaylar üzerinden gitmesi, bu sistemin Vakıa Hukuku olarak adlandırılmasına neden olmuştur. Dolayısıyla Common Law, esas itibarıyla mevzuat (kanun) hukuku değil, vakıa (case) hukukudur.²⁷⁷

Bir mahkeme, ayrıca yeterli ve inandırıcı gerekçeler ortaya koyması halinde eski emsallere dayanmaksızın yeni bir gerekçelendirme ile karar vererek yeni bir emsal oluşturabilme imkânına sahiptir. Yeni emsal kararın verilmesi ile hukuk yaratılmış olur. Bu sebeple mahkeme kararları, yalnızca *kazıyye-i muhkeme*²⁷⁸ gücüne değil, ayrıca kanun gücüne de sahiptir.²⁷⁹ Dolayısıyla Common Law sisteminde Mevzuat

²⁷⁴ Eroğul, “*stare decisis*” terimini “*karar kalsın, hükmünü sürdürsün*” olarak anlamlandırmıştır. Eroğul, s.125; Güralp ise Latince bir kavram olan *Stare Decisis*’in İngilizce’de “to stand by things decided” şeklinde olduğunu, bunun Türkçe karşılığının ise “karara bağlanmış hususların devam ettirilmesi” anlamına geldiğini ifade etmiştir. Bkz. Ayşe Gülin Güralp, *Anglo- Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemleri’ndeki Reform Çakışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 160; Jacqueline Martin, *Key Facts The English Legal System*, 4th edition, UK Company London, s. 7.

²⁷⁵ Furtun, s. 105; Güralp, s. 167; İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 127.

²⁷⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 138; Edward Jenks, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çev: Mukbil Özyörük), *AÜFHD*, C. 7, S. 1, Ankara 1950, s. 59; Eroğul, s. 38; Parry, s. 449; Fahrettin Kayhan, “Yargısal İçtihatlardan Yararlanma Yöntemi ve Türk Hukuku”, Xvi: *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999, s. 15-16.

²⁷⁷ Andreas B. Schwarz, “İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 3, 1937, s. 220.

²⁷⁸ Yeğin, kazıyye-i muhkemeyi “*Kat’i ve sağlam bozulmaz hüküm*” olarak tanımlamıştır. Abdullah Yeğin, *Yeni Lügat*, Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013, s. 558.

²⁷⁹ Schwarz, Kontinantal, s. 225; Güleç, s. 411.

Hukuku'nun yanında, hukukun gerçek yaratıcısı olarak hâkimler de yer almaktadır. Bu sebeple bu hukuk sistemine “*hâkimler tarafından yapılan hukuk*” manasında “*judge made law*” denir.²⁸⁰ Yani mahkeme kararları, bizatihi hukukun objektif kaynakları arasında yer almakta ve “*otorite*” (authority) olarak kabul edilmektedir.²⁸¹ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, Common Law sisteminin uygulandığı bir ülkede en üstün kanun koyucu yine parlamentodur. Mahkemedeki hâkimler dâhil herkes, kanunlara uymakla yükümlüdür.²⁸² Mesela hâkimler bir kanunun Common Law’a (dar anlamda) uygun olmadığını iddia ederek kanunları uygulamaktan imtina edemezler.²⁸³ Bu durum “Parlamentonun Üstünlüğü” ilkesine dayanmaktadır. Parlamentonun üstünlüğü ilkesi, XVII. Yüzyıl ve XVIII. Yüzyıl arasında oluşturulmuş Common Law kökenli bir ilkedir.²⁸⁴

Dar anlamda Common Law (Vakıa Hukuku) ile Mevzuat Hukuku, uygulamada farklı yorum metodlarına dayanmaktadır. Yargıç, ihtilafı olaya benzer gördüğü bir emsal kararı uygularken, emsal kararın *ratio decidendi*’sine bakmaktadır. Ancak aynı mahkeme, vazedilmiş bir kanunun mevcut olaya uygulanmasında, kanunu yorumlarken kanunun *ratio decidendi*’sine değil, “*litera legis*”ine²⁸⁵ yani hukuki diline bakmaktadır.²⁸⁶

Common Law’un diğer bir özelliği, Kıta Avrupası Hukukunun aksine örf adet hukukunun uygulanabilmesi için, muhakkak surette yazılı bir hukuk kuralına atıf yapılma zorunluluğunun olmamasıdır. Bu sistemde “örf-adet”, hukuk sisteminin esas kaynakları arasında yer almakta ve hukukiliğini bizzat kendisinden almaktadır.²⁸⁷

²⁸⁰ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 139; Andreas B, s. 190; Mumcu, s. 40; Golding, s. 127.

²⁸¹ Schwarz, *Kontinantal*, s. 225.

²⁸² Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 137.

²⁸³ Eroğul, s. 41; Ergun Özbudun, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, *AÜHFD*, C. 25, S. 1-2, Yıl: 1968, s. 62; Güleç, s. 357, 420.

²⁸⁴ Güleç, s. 352; Özbudun, s. 59.

²⁸⁵ Litera legis, hukuki terminoloji (lisanı) manasına gelip İngilizce karşılığı “*letter of law*”dur. Bkz. Amy Hackney, *Blackwell Essential Law Dictionary*, Sphinx Publishing, Illinois 2008, s. 291.

²⁸⁶ Jenks, s. 72.

²⁸⁷ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 138.

Common Law genel itibariyle “*yazılı olmayan hukuk*”²⁸⁸ (lex non scripto) olarak adlandırılır.²⁸⁹ Common Law’un yazılı olmaması, bu hukukun parlamento tarafından çıkarılmamış olması anlamındadır. Ancak sistemin bu özelliği, mahkeme kararlarının sözlü olarak aktarılması anlamına da gelmez. Aksine bu kararlar, yüzyıllar boyunca yazılı olarak kaydedilerek²⁹⁰ bugüne kadar korunmuştur.²⁹¹ Common Law sisteminin kendine özgü özelliğinin temelinde, parlamentonun resmi bir ifadesi değil, çok sayıda mahkeme kararlarının bir araya getirilmesi yatmaktadır.²⁹²

“*Yazılı olmayan hukuk*” nitelendirmesi ve bunun temelinde yatan mantıki alt yapıyı, çalışmamız açısından değerlendirdiğimizde, kıyasın Common Law’da ne denli önemli bir yeri olduğunu göstermektedir. Zira bu hukuk sisteminde genel, soyut bir yasanın tasım yoluyla özel bir olaya uygulanmasından ziyade özel bir olayın diğer farklı bir özel olaya uyarlanması şeklinde bir uygulama söz konusudur. Ancak bu özellik yasanın var olmadığı, dolayısıyla tümdengelimsel bir akıl yürütmenin bu hukuk sisteminde yer almadığı anlamına gelmez. Geniş anlamda Common Law sisteminde de tümdengelimsel akıl yürütmenin uygulandığı, yani genel, soyut yasaların mevcut olduğunu dile getirmek gerekir.

²⁸⁸ Common Law’un “*yazılı olmayan hukuk*” olarak nitelendirilmesinin altında, King/Hawley’e göre yargıcın bir olaya bakarken hukuki akıl yürütme olarak Kıta Avrupası Hukuku yargıcına göre farklı bir mantık süreci işletmesinden kaynaklanmaktadır. Anglo-Sakson hukukuna göre görülmekte olan olayın olguları, geçmişteki karar verilmiş diğer olayların olgularına o kadar az benzer ki önceki bir karar otorite olarak değerlendirilmez. O kadar ki bu sistemde karar verilmek üzere incelenen olayların olguları bir hukuk kuralı oluşturacak şekilde ortak bir potada eritilemez. Her dava kendi sonuçlarının altında incelenir ve belirli bir karar verilirken olayın olgularının hukuk kuralından daha önemli olduğu genellikle iddia edilir. İşte bu sebeple King/Hawley’e göre Common Law’da hukuk yazılı değildir. Bkz. King/Hawley, s. 216; Schwarz, Kontinental, s. 227; Burton, s. 12.

²⁸⁹ Furtun, s. 109.

²⁹⁰ Elif Yavuz, *Türk ve İngiliz Hukukunda ‘Hile’ Kavramına Bakış*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Programı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, s. 4.

²⁹¹ “*Kararların düzenli bir şekilde saklanması Law Report denilen kayıtlarla mümkün olmuştur. İngiliz Hukuku’nda yüzyıllarca mahkeme kararları bir kayıt sistemi içerisinde raporlanmıştır. Bu raporlara ilk olarak Year Book adı verilen kitaplarda rastlanmıştır, ama şimdi bu tarz kitaplardan düzinelere bulunmakta ve hukukun her alanına önderlik eden davalar bunlara işlenip açıklanmaktadır. Bu raporların her biri head note adı verilen bir bölümlerle başlar ve bu giriş bölümünde uzman kişilerce hazırlanmış olan dava konusuna ve mahkemenin kararına kısaca yer verilir.*” Geoffrey Rivlin, *Understanding the Law*, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 21’den Aktaran: Yavuz, s. 4. Ayrıca bkz. Fulya Teomete Yalabıyık, *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 15.

²⁹² King/Hawley, s. 216.

Common Law'un diğerk bir özelliğı teorik olarak bir bütünlüğünün ve tamlığının (completeness) olmasıdır. Vakıa Hukuku olarak adlandırılan dar anlamdaki Common Law, genel olarak sistemdeki tüm boşlukları doldurmaktadır. Mahkeme, davacıya bir kanun boşluğunun varlığından bahsedemez. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde ise bu gibi ihtimallerin varlığından söz edilebilir ve böyle bir durumla karşılaşıldığında, hâkimin karar verme sürecinde nasıl bir hukuki muhakeme süreci işleteceğı öngörölmüştür. Sözgelimi, böyle bir durumda hâkim öncelikle, genel ilkelere veya kendi bireysel adalet anlayışına vs. bakarak karar verecektir. Common Law yargıcı ise bu tarz bir yetkiye sahip değildir. O, mahkemeye başvuran her bireyin talebine, önceden belirlenmiş ve öngörölmüş kararlarda bulunan ilkelere veya kurallara göre karar verecektir.²⁹³ Ancak çözümlmesi gereken olay hakkında gerçekten vaz' edilmiş hukuk kuralı veya emsal karar mevcut değilse ne yapılacaktır? Bu soruya cevap olarak şunlar söylenebilir: Common Law ayrıntılı bir şekilde tetkik edildiğinde incelenen olaya benzer daha önceki bir vakıa muhakkak surette bulunur. Meseleyi çözmekle yükümlü hâkim, mevcut emsal kararlardan birini eldeki olaya ya özdeş olması sebebiyle uygular; ya da benzer olması bakımından kıyas yöntemine başvurarak uygular. Böylece, kıyasın yapılması ile kısmi olarak hâkime hukuk yaratma yetkisi verilmiş olur.²⁹⁴ Ancak bu yetki hem sınırlı hem de dikkat gerektiren bir niteliğe sahiptir. Zira hâkim, emsal kararlara sınırlı bir akıl yürütme kullanarak eldeki olayı çözüme kavuşturmaya çalışır.²⁹⁵

II. GENEL OLARAK COMMON LAW SİSTEMİNDE UYGULANAN TEMEL AKIL YÜRÜTME METOTLARI

Hukukta akıl yürütme, kurallar ve olaylarla ilgili hukuki problemleri çözmek için yargıçlar ve diğerk hukukçularca kullanılan zihinsel bir süreçtir. Common Law Sisteminde akıl yürütme, temel olarak iki şekilde oluşmaktadır. Bunlardan birincisi kıyas iken, diğerk tümdengelimdir.²⁹⁶ Elbette ki Common Law sisteminde tümdengelim ve kıyas haricinde akıl yürütme yöntemleri mevcuttur. Ancak burada

²⁹³ Jenks, s. 60.

²⁹⁴ Furtun, s. 106.

²⁹⁵ Jenks, s. 61.

²⁹⁶ Jaap Hage, *Studies in Legal Logic*, Springer, 2005, s. 113-284; Burton, s. 9.

bahsedilen yöntemler esas teşkil etmektedir. Bu sebeple bu başlıkta incelenen yöntemler, bahsedilen akıl yürütme yöntemleri ile sınırlı tutulmuştur.

Kıyas yöntemi, temel olarak Vakıa Hukuku ile bağlantılıdır. Tümdengelimsel formda cereyan eden akıl yürütme ise çoğu zaman Mevzuat Hukuku ile ilişkilendirilir. Ancak iyi bir hukukçu Vakıa Hukukunda tümdengelim modelini kullanabildiği gibi Mevzuat Hukukunda da kıyas modelini kullanabilmektedir.²⁹⁷

Anglo Sakson Hukuk sisteminde, kıyas yönteminin kullanımı ile tümdengelim yönteminin kullanımı arasında birkaç temel fark vardır. İlk olarak bir kuralın yasalaşması, bu kuralın uygulanmasından önce meydana gelmektedir. Dolayısıyla tümdengelim yönteminde öncelikle ele alınan şey, olay değil, kuraldır. Kıyas yönteminde ise akıl yürütme sürecinde ilk olarak dikkate alınan şey, tümdengelim aksine kural değil olaydır.²⁹⁸ Bu nedenle kıyas yöntemi genellikle Vakıa Hukukunda uygulanan akıl yürütme modelidir. Zira Vakıa Hukuku'nda zihinsel süreç, olay üzerinden işlemektedir. Mevzuat Hukuku düzeninde ise zihinsel süreç genel kurallar (anayasa, yasa, kod, yönetmelik) temelinde işlemektedir.²⁹⁹ Dolayısıyla tümdengelim yöntemine daha çok meselelerin çözümünde genel kuralların hâkim olduğu Mevzuat Hukuku'nda rastlanılmaktadır.³⁰⁰

Tümdengelim yöntemi ile kıyas yönteminin eldeki olayın çözümü açısından ne gibi bir zihinsel süreçlere sahip olduğunu anlamak için karşılaştırmalı bir örnek vermek yararlı olacaktır. Örneğin yolcuların eşyasının kaybı açısından vapur işletenin sorumluluğunda, iki akıl yürütme modelinin olaya uygulanmasındaki farklılık şu şekilde olmaktadır: ³⁰¹

Tümdengelim modelinin olaya uygulanması ile, karşımıza şu şekilde bir akıl yürütme süreci çıkmaktadır: ³⁰²

²⁹⁷ Burton, s. 59.

²⁹⁸ Burton, s. 25- 41.

²⁹⁹ Burton, s. 25.

³⁰⁰ Burton, s. 25.

³⁰¹ Macagno/Walton, s. 161.

³⁰² Weinreb, s. 61; Macagno/Walton, s. 161.

Hukuk Kuralı (Büyük Önerme): Otel işletmeleri ile karada veya denizde gecelik konaklama sağlayan diğer tüm işletmeler, müşterilerin eşya kaybını tazmin bakımından sorumludurlar.

Olay (Küçük Önerme): Vapur işleten, müşteriye gecelik konaklama hizmeti sunmaktadır.

Sonuç: Vapur işleteni, müşterinin eşya kaybını tazmin bakımından sorumludur.

Yukarıda görüldüğü üzere, sonuca ulaşmak için genel bir kuralın özel bir olaya uygulanması şeklinde bir süreç izlenmiştir. Bu tarz bir akıl yürütme genellikle Mevzuat Hukukunun uygulanmasında görülmektedir.

Vakıa Hukukundaki uygulanan kıyas modelinin uygulanmasında ise karşımıza şu şekilde bir akıl yürütme süreci çıkmaktadır:³⁰³

Birinci Olay: Otel işleteni, müşterinin eşya kaybını tazmin bakımından sorumludur.

İkinci Olay: Vapur işleteni ile otel işleten arasında, temel açılardan hiçbir farklılık yoktur.

Sonuç: Vapur işleteni, müşterinin eşya kaybını tazmin bakımından sorumludur.

Görüldüğü gibi ikinci modelde, otel işletene uygulanan hüküm, hiçbir kurala atıf yapılmadan veya formüle edilmeden kıyas yöntemi kullanılarak vapur işletene karşı uygulanmıştır.³⁰⁴

Kıyas yönteminin kullanımı ile tündengelim yönteminin kullanımı arasında ikinci temel fark şudur: Bilindiği gibi anayasal demokrasi ilkeleri üzerine kurulan yasamanın üstünlüğü ilkesi, yargıcın ikincil rol oynamasını gerektirir.³⁰⁵ Çünkü yargıçlar genellikle seçmenler tarafından daha az kontrol edilebilmektedirler. Bu nedenle bir yargıcın yetki alanı Vakıa Hukukunda genişken, Mevzuat Hukukunda dardır. Yasanın ibaresi, yasama organınca değiştirilene kadar sabit kalır. Ayrıca yargıç,

³⁰³ Macagno/Walton, s. 161.

³⁰⁴ Macagno/Walton, s. 161.

³⁰⁵ Burton, s. 41, 78.

tutarsız ve çelişik mahiyette olan Common Law kuralının yerine geçen bir kanuni düzenlemeyi görmezden gelme şansına sahip değildir.³⁰⁶

III. VAKIA HUKUKUNDA UYGULANAN KIYAS

Bir üst başlıkta da ifade ettiğimiz gibi kıyas yöntemi, genel itibariyle Vakia Hukuku ile bağlantılı iken tündengelimsel formda cereyan eden akıl yürütme ise çoğu zaman Mevzuat Hukuku ile ilişkilendirilmektedir.³⁰⁷ Bu başlıkta incelenecek olan kıyas modeli, emsaller üzerinden akıl yürütme yapılarak oluşturulan dar anlamda Common Law içerisinde yer alan akıl yürütmeyi içermektedir.

Common Law'un merkez ilkesi, kabaca “benzer olaylara benzer karar verilmelidir” anlamına gelen “*stare decisis*” ilkesidir.³⁰⁸ Bu ilkeye zaman zaman “*emsal karar doktrini*”³⁰⁹ ya da “*hukukta eşit uygulama ilkesi*” de denmektedir. Bu ilkenin akıl yürütme yöntemi ise kıyas yöntemidir.³¹⁰

Kıyas yöntemi, hâkimin karar verme sürecinde bol miktarda veri üretmesine yarayan bir yöntemdir. Ayrıca kıyas, birçok emsal kararın ürettiği ilişki ağı nedeniyle, bu hukuk sistemindeki ortak çabayı yansıtmaktadır. Bu yöntem ile hukukun muhafazakâr yapıda kalması ve tedrici bir şekilde gelişmesi sağlanmaktadır. Yargıçlar genellikle karar verirken benzetmeye dayalı bir usul izlemektedirler. Bu nedenle verilen kararlar, hukukun mevcut yapısına uyum sağlar. İşte belirtilen bu reel durum kıyasın uygulanması ile doğrudan alakalıdır.³¹¹

Günlük hayatta kullanılan kıyas ile Vakia Hukukunda uygulanan kıyas arasında temelde büyük bir farklılık yoktur. Ancak hukukta uygulanan kıyas, daha biçimsel, bilinçli ve titizdir. Gerekçelendirmede kullanılan ifadeler daha yeknesaktır. İyi bir şekilde temellendirilmiş bu tür bir akıl yürütmeye tabiri caizse oyunu kurallarına göre oynamak söz konusudur ve bu kurallar bellidir. Kuralların belli olması, gerekçe için

³⁰⁶ Burton, s. 41.

³⁰⁷ Burton, s. 59.

³⁰⁸ Burton, s. 26; Yalabıyık, s. 11.

³⁰⁹ Bu kavramı Mukbil Özyörük “*kazai emsal doktrini*” şeklinde çevirmiştir. Bkz. Jenks, s. 59.

³¹⁰ Burton, s. 26; Langenbucher, s. 490; Sunstein, s. 781; Michael Zander, *The Law-Making Process*, Cambridge University Press, New York 2004, s. 215.

³¹¹ Emily Sherwin, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, No. 4, 1999, s. 1186.

“uygun temel nokta (proper basic point) ”nın belirlenmesine yardımcı olur. Ayrıca bu kurallar, ihtilaflı olay ile karar verilmiş olay arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların titiz bir şekilde değerlendirilmesini desteklemekte; karar, kanaat ve tahmin oluşturulurken meselenin çerçevesini belirlemedeki ifade modellerinin belirlenmesine yardımcı olmaktadır.³¹²

Bu başlık altında ilk başta kıyas yönteminin dar anlamda Common Law’daki mantıksal görünümü sonrasında temel özellikleri ve genel uygulamadaki aşamaları açıklanmaya çalışılacaktır. Son iki başlıkta ise sınırları ve Mevzuat Hukukundaki uygulamaları belirtilecektir.

A. Vakia Hukukunda Kıyas Yönteminin Mantıksal Yapısı

Emsal kararların kıyas yöntemi kullanılarak uygulanmasını, zaman zaman onun kural belirten (rule-stating) ve prensip örnekleyen (principle-exemplifying) karşılığına bir alternatif olarak “kıyasın emsal karara uygulanan modeli” şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu bakımdan emsal karardan üretilen kural veya verilen emsal karardan çıkarılan ilkenin keşfedilmesine gerek yoktur. Emsal kararın olaya uygulanıp uygulanmaması açısından verilecek karar, sadece eldeki olayın olgularının emsal karara dayanan olayın olguları arasında uygun bir benzerliğin olup olmadığının belirlenmesine dayanmaktadır.³¹³

Vakia Hukukunda kıyasın mantıksal yapısını basitçe şu şekilde gösterebiliriz:

(1) a, b, c... olayları ile mahkemede görülen olay arasında p, q, r... özellikleri bakımından bir ortaklık mevcuttur.

(2) a, b, c... olaylarına, p, q, r özellikleri bakımından ortak özellik göstermeleri nedeniyle X lehinde karar verilmiştir.

(3) Dolayısıyla, mahkemede görülmekte olan olay hakkında da X lehinde karar verilmelidir.³¹⁴

³¹² Burton, s. 27.

³¹³ Maciej Koszowski, “Scope of Application of Analogical Reasoning in Precedential Law”, *American International Journal of Contemporary Research*, Vol. 7, No. 1, 2017, s. 26.

³¹⁴ White, s. 572.

Common Law'da emsal karar ve yeni bir olay, karşılaştırılan iki ögeyi oluşturmaktadır.

Önerme 1: O_x 'dir.

X , bir emsal kararı ya da emsal kararlar dizisini belirtir. “ O ” ise x olgularından çıkan özel bir hukuki sonuç olarak düzenlenen *ratio decidendi* (hükümün gerekçesi) kısmını ifade etmektedir.³¹⁵

Önerme 2: S_{xy} 'dir.

S_{xy} , yeni olayın olguları ile emsal kararın olguları arasındaki benzerlikle oluşmaktadır.³¹⁶

Önerme 3: “ $(O_x \wedge S_{xy}) \rightarrow O_y$ ” dir.

(i) Eğer bir emsal karar, “ O ” sonucu vasıtasıyla hüküm kurulan x olguları şeklinde düzenlenmişse

(ii) Eğer x olguları y olguları ile benzerlik gösteriyorsa

(iii) Hukuki sonuç olarak “ O ”, y olguları açısından da aynı hükümleri içerir.³¹⁷

Kıyas açısından S_{xy} (yeni olayın olguları ile emsal kararın olguları arasında benzerlik oluşması) ilişkisi arkasındaki hukuksal sorunlar, çoğu Anglo-Amerikan hukuk teorisini için merkezi öneme sahiptir. Düşünürler bu konu hakkında şüpheci (sceptic) ve iyimser (optimist) olarak ikiye ayrılmaktadırlar.³¹⁸

Şüpheciler iki olay arasındaki benzerliğe dayalı kesin bir hüküm verilebileceğini reddederken, iyimserler ise böyle bir hüküm vermenin mümkün olduğuna inanmaktadırlar.³¹⁹

Şüpheciler, meselenin başlangıcında iki öge arasında benzerlikler ve farklılıkların sınırsız yolla yapılabileceğini ön planda tutarlar. Yani bu düşünürler,

³¹⁵ Langenbucher, s. 493.

³¹⁶ Langenbucher, s. 493.

³¹⁷ Langenbucher, s. 493.

³¹⁸ Langenbucher, s. 493.

³¹⁹ Sunstein, s. 742; Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Law Series, Oxford 2002, s. 184; Langenbucher, s. 493; Sherwin, s. 1184.

kıyas modelinin güvenilirliğini kanıtlamak için çok sayıdaki benzerlikler ve farklılıklar arasında ilgili benzerliği belirlemenin hukuki akıl yürütenler için imkânsız olduğunu iddia etmektedirler.³²⁰ Ancak bu gerekçe çok ikna edici değildir. Farklılıkların benzerliklerle tamamen eşit olduğu durumların varlığı söz konusu olabilir. Fakat kıyas yöntemini kullanabilmemiz için, benzerliklerin önemli olup olmadığına karar verebileceğimiz, bazı davaların var olduğuna ilişkin kabule ihtiyacımız vardır. Bu kabul, iki mesele arasındaki bazı benzerliklerin, yine o iki mesele arasındaki farklılıklara üstün geldiğinin ikna edici bir şekilde gösterilmesi koşuluyla kıyasa dayanan akıl yürütmeyi anlamlı kılar.³²¹

Yeni bir olay ile bir emsal karar arasında benzerlik kurulmasında, iki olay arasındaki tüm benzerlik yollarının belirlenmesi çözüm için yeterli bir teknik değildir. Bunun yerine belirli bir benzerliği belirleyecek bir standartın olması gerekir. Bu standart, ilk olayda verilen kararda ya da emsal kararlar dizisinde temel nokta niteliğine sahip gerekçedir. İşte bu noktada Common Law sistemindeki akıl yürütme ile Kıta Avrupası Hukuku sisteminde akıl yürütme birbirine yaklaşmaktadır. Common Law Sistemindeki Vakıa Hukukuna ilişkin akıl yürütme, emsal karar *ratio decidendi*'ye dayanırken, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi hukuk kuralı, yasanın *ratio legis*'ine dayanmaktadır.³²²

B. Vakıa Hukukundaki Kıyas Yönteminin Temel Özellikleri

Vakıa Hukukunda uygulanan kıyas yönteminin birbiriyle uyumlu dört farklı özelliği vardır. Bunlar tutarlılık, tikele odaklanma, eksik kuramlaşmış yargılar ve düşük veya orta seviyede soyutlanmış ilkelere dir.³²³

1. Tutarlılık İlkesi

Kıyas yönteminin birinci ve belki de en belirgin özelliği tutarlılık ilkesidir. Tutarlılık ilkesi, belirli olaylar hakkında yapılan yargılamaların diğer kararlar ile uyumlu olması gerektiğini belirtir. Tutarlılık koşulu ya da tutarlılık ilkesi, kıyasın

³²⁰ Langenbucher, s. 493.

³²¹ Langenbucher, s. 494.

³²² Langenbucher, s. 494.

³²³ Sunstein, s. 746.

ayırıcı bir özelliğidir. Bu ilke ile birlikte, sonuçları farklı görünen kararların harmonize edilmesi sağlanmaktadır.³²⁴

Kıyas yönteminin kullanımı, bir sonraki başlıkta belirtileceği üzere tikele odaklanmakla birlikte, benzer nitelikteki sorunları da kapsayacak özellikte olmalıdır.³²⁵ Dolayısıyla tutarlılık ilkesi gereği kıyas yöntemine başvuran yargıcın vereceği kararda hem tikele odaklanması gerekmekte hem de kararın hukuk sistemi ile bir bütünlük arz edecek bir yapıda olması gerekir.

2. Tikele Odaklanma

Kıyas yönteminin diğer bir özelliği, tikelden hareket edilerek sonuca varılmaya çalışılmasıdır. Tikelden hareket edilmesi nedeniyle bu akıl yürütme yöntemi somut tartışmalar üzerinden gelişmektedir. Holmes, Common Law mahkemelerinin işleyişini anlatırken “*önce olay karara bağlanır, sonra ilke belirlenir*” diyerek yargıçların karar verme sürecinde ilk aşamada olay temelli hareket ettiklerini belirtmektedir.³²⁶ Zira ilkeler, yukarıdan aşağıya dolaysız uygulanarak değil, detaylar üzerinden gelişerek uygulanmaktadır. Sunstein’a göre bu özelliği ile kıyas yöntemi, diğer birçok akıl yürütme yöntemlerinden farklı olarak aşağıdan yukarıya (bottom-up)³²⁷ doğru düşünülerek gelişen bir zihinsel süreç içermektedir. Sunstein’ın bu iddiasının sebebi, düşünürün, kıyas yöntemini, makalesinde de belirttiği gibi tümevarım biçiminde görmesinden kaynaklanmaktadır.³²⁸

Kıyas yöntemi “tikele odaklanan” niteliğine rağmen kaçınılmaz olarak bazı genel soyut bileşenler içermektedir. Bir olay hakkında soyutlama yapılmadığı iddiası ile verilen herhangi bir kanaat dahi bu içeriğe sahiptir. Zira böyle bir soyutlama yapmamamız halinde, karar verilmiş olay ile karar verilecek olay arasında bir ortak payda bulmamız imkânsızdır. İhtilaflı olayın çözümü için muhakkak surette karar

³²⁴ Sunstein, s. 746.

³²⁵ Sözer, s. 195.

³²⁶ Sunstein, s. 746.

³²⁷ Detaylı bilgi için bkz. Richard A. Posner, “Legal Reasoning from the Top Down and from the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights”, *The University of Chicago Law Review*, 1992, s. 433. Posner’e göre de kıyas yöntemi aşağıdan yukarıya doğru (bottom up) ilerleyen bir zihinsel süreç içerisinde işlemektedir.

³²⁸ Sunstein, s. 746.

verilmiş olayın olgularından ve hükmünden yola çıkarak bir soyutlama yapmamız gerekmektedir. Dolayısıyla kıyas yönteminde zihinsel süreç sonuç açısından, tikel olaylara atfedilerek geliştirilen soyut ilkeler ışığında işlemektedir.³²⁹

3. Düşük veya Orta Seviyede Soyutlanmış İlkeler

Kıyas yönteminin son temel özelliği ise, düşük veya orta seviyede soyutlanmış ilkeler³³⁰ üretmesidir. Örneğin ifade özgürlüğü açısından Nazi marşının yasaklanamayacağını söylediğimizde aslında burada devletin doğrudan ve kesin olarak şiddete neden olmaksızın yapılan bir siyasi söylemi yasaklayamayacağını ifade etmiş oluruz. Böylelikle ifade özgürlüğüne bu tarz bir sınır belirlenmesi ile birlikte, düşük veya orta seviyede soyutlanmış ilkeler üretilmektedir. Zira belirlenen ilke, somut bir olaydan belli bir ölçüde soyutluk seviyesine ulaşmıştır. Ancak ulaşılan bu soyutluk, yüksek seviyede bir kurama dönüşecek derecede değildir. Çünkü ortaya konan ilke, vatandaşlar ve devlet arasındaki ilişki hakkında veya ifade özgürlüğünden tam olarak ne anlaşılması gerektiği hakkında yüksek seviyede soyutlanmış bir ilke belirlememektedir. Dolayısıyla kıyas yöntemi, genellikle haklar ve çıkarlar hakkındaki genel ilkelere dayanmaksızın işlerlik kazanmaktadır.³³¹

4. Eksik Kuramlaşmış Yargılar

Kıyas yöntemi, tikel sonuçlara ulaşmak açısından geniş kapsamlı kuramlara bağlı olarak hareket etmemektedir. İlgili olay hakkında verilen karardaki

³²⁹ Sunstein, s. 746-747.

³³⁰ “Posner’e göre ise kıyasın, bir standart belirlenerek temel bir ilkeyle bu kadar yakın irtibatlı şekilde değerlendirilmesi, kıyas metodunun ruhuna ters düşmektedir. Düşünüre göre bir olaya doğrudan bir ilkenin uygulanması şeklinde oluşturulan bir gerekçede, benzerlikler (analogies) kullanışlı bir işlev görmez. Ancak Langenbucher’e göre Posner, iki noktayı göz ardı etmektedir. Birincisi, bir ilke genellikle olayın tümdengelsel bir şekilde çözülmesine yarayacak kesin ve çabuk işleyen bir yapıda değildir. Dolayısıyla benzerlikler ancak bu tür ilkelerin uygulamasını gerekçelendirmede hukuki bir araç olarak görülmelidir. İkinci olarak, Common Law yargıcı bir emsal kararı kıyas yöntemine dayandırabiliyorsa, önerdiği gerekçeye dikkate değer bir katkı sağlamış olmaktadır. Olay eksenli (case-by-case) akıl yürütmenin tutarlılığı ve uygunluğu, herhangi bir emsal kararın desteklenmeksizin oluşturulan tamamen yeni bir gerekçeye değil, mevcut bir ilkenin geliştirilmesi ile oluşturulan gerekçeye dayanmaktadır. Bu şekilde oluşturulan bir gerekçe, hukuk sisteminde tutarlılık ve uygunluk açısından önemli bir işlev görmektedir. Dolayısıyla belirtilen ilkeler, kıyas yönteminin uygulanması için kullanışlı bir araç olarak görmek mümkündür.” (Langenbucher, s. 494).

³³¹ Sunstein, s. 747.

değerlendirmeler, eksik kuramlaşmış bir niteliğe sahiptir. Yani bu değerlendirmeler, yargılamayı açıklama bakımından tek başına yetecek donanımdadır. Örneğin³³² bir kişi, aile içi şiddet hakkında destekleyici kamu tedbiri (affirmative government assistant) talep etmektedir. Bu talep, bir kişinin devletten sağlık yardımı talep etmesine benzetilmektedir. Ancak sağlık yardımı talebinin, anayasal bir hak olmadığı bilinmektedir. Varılan bu sonuca göre birinci talebi değerlendirdiğimizde aile içi şiddet hakkında da destekleyici kamu tedbirlerinin anayasal bir hak olmadığı ve dolayısıyla bu talebin devletin yükümlülükleri arasında yer almadığı sonucuna varırız.³³³

Görüldüğü gibi bu akıl yürütme yöntemine başvuran yargıçlar başlangıçta, anayasada sağlık yardımı talebi ile ilgili bir hakkın yer almadığı bilgisini kesin bir şekilde kabul edip, benzerlik ilişkisini bunun üzerine bina etmektedirler. Dolayısıyla yargıçlar, elde edilmiş olan bu bilgiye nasıl varıldığına dair derinlemesine bir inceleme yaparak kuramlaştırma yapmamışlardır. Sonuç olarak hukukçuların kıyas yöntemini, eksik kuramlaşmış yargılar ışığında uyguladıkları söylenebilmektedir.³³⁴

C. Kıyas Yönteminin Vakıa Hukukunda Genel Uygulamaları

1. Emsal Kararların Uygun Temel Nokta Olarak Belirlenmesi

Common Law'da uygulanacak kıyasın ilk aşamasında ihtilaflı durumun incelenmesi ile uygun temel noktanın (proper base point) belirlenmesi yer almaktadır. Emsal karar doktrini, ortaya çıkmış ihtilaflı olayın muhakemesi esnasında yüksek mahkeme tarafından verilen kararın, hukuki olaylara “temel nokta” olarak özel bir statü vermesini ifade etmektedir. Özellikle yüksek mahkemelerce verilmiş olan geçmişteki kararlar, onların gelecekte verecekleri kararlar için en iyi emsal karar niteliğindedir. Bilindiği üzere Common Law'da emsal karara uyma, bağlayıcı (binding) niteliğe sahiptir. Emsal karar doktrininin bu özelliğinden dolayı kıyas yöntemi, Common Law Sisteminde akıl yürütme yöntemleri arasında birincil

³³² Bu örnek liberal bir niteliğe sahip ABD Anayasasına göre düşünülerek kurgulanmıştır.

³³³ Sunstein, s. 745; Sherwin, s. 1186.

³³⁴ Sunstein, s. 747.

niteliktedir.³³⁵ Yani bir muhakeme esnasında yüksek mahkemenin emsalleri, ilgili hukukî problemin kıyas modeli için en otoriter ve yetkili temel nokta niteliğine sahiptir.³³⁶

Ancak kıyas yöntemi açısından, kullanışlı temel nokta olarak görülebilecek diğer olaylar da büyük önem taşır. Örneğin diğer mahkemelerin (yabancı mahkemeler dâhil) emsal kararları da kıyasî gerekçelendirme için temel nokta olarak kullanılabilir. Bir olay, emsal karar niteliğine sahip olmasa dahi yine de mahkeme, bu olayın hükmünü, iyi gerekçelendirilmiş bir karar niteliğinde “yol gösterici temel nokta” (persuasive base point) olarak kullanabilir. Kıyas modeli kullanılırken bilimsel eserlerdeki hipotetik (farazi- varsayımsal) olaylar da “yol gösterici temel nokta” olarak kullanılabilmektedir. Buna ek olarak yargıçlar ve avukatlar kimi zaman taraflar arasında sonuçları itibariyle tartışmalı olmayan hipotetik olayları hükümlerinin inşasında kullanmaktadırlar.³³⁷

2. Olgusal Benzerlikler ve Farklılıklar (Emsal Karara Kıyasen Uyulması ve Emsal Kararın Tefrik Edilmesi)

Günlük yaşamda olduğu gibi kıyas yönteminin hukukta uygulanmasında da sonucun kesin bir şekilde garanti edilmediğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu bakımdan kıyas yönteminin uygun bir şekilde yapılabilmesi için karşılaştırılan olaylar arasındaki benzerliğin “uygun” olup olmadığını bilmemiz gerekmektedir. Fakat karşılaştırılan olaylar arasında yalnızca benzerliğin araştırılmasını yapmak, sağlam bir kıyas için yeterli olmamaktadır. Bu sebeple olaylar arasındaki farklılığın da “uygun” olmasına dikkat etmek gerekmektedir. Olaylar arasında daima bazı açılardan birbirlerinden farklı durumlar mevcuttur. Bir hukukçu “uygun bir farklılık yoktur” dediği zaman, hem bunun uygun emsal karar açısından bir farklılığa neden olmadığını; hem de gerçekten bir ayrıma göre şekillendirilemeyeceğini kastetmektedir. Yani bir olayın diğer bir olaya açık bir şekilde benzer olduğu iddiası, uygun (apposite) olduğu veya tefrik edilemeyeceği anlamına gelmektedir.³³⁸

³³⁵ Langenbucher, s. 490; Koszowski, *Scope of*, s. 22; Sunstein, s. 781.

³³⁶ Burton, s. 28.

³³⁷ Burton, s. 28.

³³⁸ Sunstein, s. 745.

Hukuki akıl yürütme yöntemi olarak kıyasta kelime bilgisinin ve sözbiliminin (rhetoric) kullanımının da önemli bir yeri vardır. Tartışmalı olaylar, hukuki beceri gerektiren ihtilaflı olaylardır. Her iki taraf da kendine göre gerekçeler sunar. Bu tür olaylarda birçok emsal karar vardır. Emsal kararlar, ihtilaflı olaya yüzeysel olarak benzemekte ancak bu durum her iki taraf için de hem lehe hem aleyhe görünmektedir. Olayları titiz bir şekilde analiz eden hukukçu, olgusal benzerlikler ve farklılıkların birçok tutarlı noktalarını belirleyerek muhakemede ilerleme kaydeder. Bir muhakemede benzerlikler ve farklılıkların hangisinin daha önemli olduğu, tutarlı temel noktalar dizisinin (range of plausible points of comparison) saptanmasından sonra belirlenebilir.³³⁹

Bir yargıç, önceki karar verilmiş olayın olgusunun ihtilaflı olaya yeterli derecede benzer olduğunu gördüğünde emsal karara uyar (önceki karar ilga edilmedikçe).³⁴⁰ Bir yargıç, önceki karar verilmiş olayın olgusunun ihtilaflı olaydan yeterli derecede farklı olduğunu gördüğünde emsal kararı tefrik eder (distinguish).³⁴¹ Ancak hemen belirtmek gerekir ki uyulması veya tefrik edilmesi hususunda belirtilen bu hükümlerin “yüzeysel olarak benzer emsal karara uyulmalı ya da tefrik edilmeli” şeklinde katı bir analiz olarak anlamamak gerekmektedir. Ayrıca “Benzer olaylara benzer muamele edilmeli” ilkesi, farklı olanlara farklı muamele edilmeli ilkesini dolaylı olarak ifade eder.³⁴² Stare decisis ilkesi yargıçların emsal kararlara uyması gerekliliğini ifade etmesiyle birlikte farklı olan emsalleri de tefrik etmesi gerekliliği anlamına gelir.³⁴³

O halde ilkesel olarak bakıldığında emsal karar doktrini, yargıcın emsal kararı ihtilaflı olayla ilişkilendirmede üç farklı yol izleyebileceğini öngörmektedir. Yargıç ilk olarak emsal karara uyabilir (to follow). İkinci olarak emsal kararı tefrik edebilir (to distinguish). Son olarak emsal kararın hükümsüz olduğuna karar verebilir (to

³³⁹ Burton, s. 29.

³⁴⁰ Larry Alexander/Emily Sherwin, “Judges as RuleMaker”, *Common Law Theory* (Edited by Douglas E. Edlin), Cambridge University Press, New York 2008, s. 40; Joanne Banker Hames/Yvonne Ekern, *School of Law, Introduction to Law*, Pearson, Boston, 2015, s. 3; Phil Harris, *An Introduction to Law*, Seventh Edition Cambridge University Press, 1980 New York, s. 200; Burton, s. 29.

³⁴¹ Alexander/Sherwin, *Judges*, s. 35, 40; Burton, s. 29.

³⁴² Langenbucher, s. 482; Burton, s. 29; Koszowski, *Scope of*, s. 23.

³⁴³ Burton, s. 29.

overrule).³⁴⁴ İyi niyet sahibi bir yargıç, uygun emsal kararı görmezden gelemmez. Zira bu halde yargıcın emsal kararı önemsememesi, başkalarının eleştirisinin temel gerekçesi haline gelir. Buna göre bir hukukçunun her uygun otorite emsal karara uyması, tefrik etmesi ya da nadiren de olsa hükümsüz bırakması adına incelemesi beklenmektedir. Eğer uygun emsal karar görmezden gelinirse, hukuki gerekçeler ciddi anlamda savunmasız ve eleştiriye açık bir hale gelir.³⁴⁵

Emsal kararı tefrik etme işlemi (distinguishing), kıyas yönteminin en göze çarpan süreçlerinden birisidir.³⁴⁶ Zira incelenen olgular, önemli ölçüde farklı görünmekte ise veya en azından hukuki olarak önemli farklılık varsa, bu olgulardaki hükmün, eldeki olaya nasıl uygulanması gerektiğini öngörmeye gerek yoktur. Böyle bir durumda önceki olay, müteferrik olarak değerlendirilir ve eldeki olayı hükmü altına alamaz. Fakat önceki olay, otorite olarak değerlendirilmese de yol gösterici olarak yorumlanabilir.³⁴⁷

Tefrik etme işleminin, Common Law Sisteminin gelişimi açısından bakıldığında itici bir güce sahip olduğu görülmekte; bu işlemle birlikte sistemde yaşanabilecek bazı katı uygulamaların önüne geçilebilmektedir. Bu konu ile alakalı Amerikan Hukuk Sisteminde yer alan “kahverengi inek emsali” hikayesi³⁴⁸ meşhur olmuştur.³⁴⁹ Hikayeye göre bir çiftçinin ineği, komşusunun ürünlerine zarar vermiştir. Komşu, bunun üzerine ineğin sahibine dava açmıştır. Davalının avukatı, konu hakkında davalının lehinde karar verilen ve tam anlamıyla benzer nitelikte olan bir emsal karar bulmuş ve savunmasını bu olay üzerine bina etmiştir. Davaya bakan yargıç ise gösterilen bu emsal olayı kabul etmekle beraber, olay açısından farklı olduğuna hükmeder yani tefrik eder. Yargıç verdiği kararın gerekçesinde emsal kararda yer alan ineğin beyaz olduğunu, davadaki ineğin ise kahverengi olduğunu ifade ederek tefrik

³⁴⁴ Alexander/Sherwin, “Judges”, s. 40; Hames/Yvonne, s. 3; Harris, s. 200; Burton, s. 29.

³⁴⁵ Burton, s. 30.

³⁴⁶ Bazı yazarlar, bu akıl yürütme işlemine “*disanalogy*” veya “*negative analogy*” şeklinde tanımlamaktadırlar. Bkz. Golding, s. 124; Koszowski, *Scope of*, s. 23.

³⁴⁷ Koszowski, *Scope of*, s. 23; Grant Lamond, “Analogical Reasoning in the Common Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34, No. 3, 2014, s. 576.

³⁴⁸ Aynı doğrultuda yasada geçen tipik örnek ile eldeki olay karşılaştırılmasında gösterilen hukuk fıkrası için bkz. Dinç, s. 219-220.

³⁴⁹ Kayhan, s. 37.

ettiğini dile getirir. Şüphesiz verilen kararda yer alan kıyas, kötü bir kıyastır. Ancak bu karar, emsal kararların bağlayıcılığının katılığının nasıl yumuşatılabildiğini ve hukukun gelişimine ne gibi fırsatlar verdiğini açıklamak bakımından güzel bir örnek teşkil etmektedir.³⁵⁰

Tefrik etme, belirli emsal kararlar dizisinin eldeki olaya uygun olmamasının gerekçeli bir delilidir. Belirli olgular dizisini, hükmün gerekçesini daraltarak tefrik etmek kolaydır. Mesela “şeffaf olmayan şişelerde içecek üreten kişinin, üretilen şişelerin içinde ölü salyangoz olmaması açısından tüketiciye karşı özen yükümlülüğü vardır.” kararında³⁵¹ olduğu gibi³⁵². Yargıcın tefrik etme işlemi emsal kararlar dizisinin yeterince soyut şartlarda olması durumunda ise daha zor olmaktadır.³⁵³

Kıyas yöntemi ile emsal kararların tefrik edilmesi işlemi, birbirlerinin yansıması olarak düşünülebilir. Verilen olaylara baktığımızda asıl sorun, iki olaya farklı bir şekilde davranılmasını gerektirecek iyi bir neden olup olmadığıdır. İncelenen emsal karar ile eldeki olay arasında farklılık arz eden iyi bir neden olmadıkça o emsal karara uyulur. Dolayısıyla tefrik etme meydana gelmez. Aynı şekilde kıyasın uygulanması esnasında da, bir emsal kararın mevcut olaydan farklılığı konusunda iyi bir gerekçe olmadıkça kararın mevcut olaya uygulanacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Ancak bu yansıma noksan olduğundan dolayı yanıltıcı olabilmektedir. “Bir emsal karar, tefrik edilemez” şeklindeki bir düşünce, yanlış bir şekilde verilmiş emsal kararın doğruymuş gibi kabul edilerek uygulanması anlamına gelebilmektedir. Yani yukarıda belirtildiği gibi tefrik etme işlemi ile emsal karara uyma işlemi birbirinin yansıması gibi görünse de her zaman için, bu iki işlemten birinin uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşıldığında, diğerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmamalıdır.³⁵⁴ Ayrıca sonraki mahkemelerin emsal kararın gerekçesini ikna edici (unpersuasive) görmemesi halinde, emsal kararın genişletilmesine gerek yoktur. Örneğin Common Law’un eski bir doktrinine göre kocanın eşine karşı tecavüz suçunu işleyemeyeceği kabul edilmiştir. XX. yüzyıla gelindiğinde bu kararın eskimiş ve mahzurlu bir niteliğe

³⁵⁰ Kayhan, s. 37.

³⁵¹ Grant v Australian Knitting Mills [1936] AC 85.

³⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 81-82.

³⁵³ Langenbacher, s. 491.

³⁵⁴ Lamond, s. 559.

sahip olduğu kanısı hukukçularca fark edilmiştir. Bu nedenle, yukarıdaki tartışılan sorunun aksine, hiç kimse evlilik dışı birlikte yaşayanlar hakkında da bu hükmün genişletilmesi gerektiğini ileri sürmemiştir.³⁵⁵ Yani emsal karar (evlilik içerisinde kocanın eşine karşı tecavüz suçunu işleyemeyeceği kararı), ikna edici görülmediğinden, evlilik dışı birliktelikler açısından bu hüküm genişletilmemiştir.

Ayrıca hukuki olarak ispatlanabilir olguların detaylı bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir. Çünkü belirli bir olgunun varlığı ya da yokluğu, bir emsal kararın önemli bir hususta benzer olması ya da farklı olmasının belirlenmesi açısından “uygun temel nokta” olabilme kabiliyetine sahiptir. Hukuki analizin ilk aşamalarında iyi hukukçular, hukuki süreçte ihtiyacı olan olguların detaylarından fazlasını topladığı için olguların hangisinin önemli olacağını bilmemektedirler.³⁵⁶

Hukuki analizci, dikkatli bir şekilde hukuksal araştırmayı yaparak yüzeysel benzer emsal kararları tespit eder ve sonrasında emsal kararların olgularını analiz eder.³⁵⁷ İşte tam burada olguların ayrıntılı bir şekilde anlaşılmasına ihtiyaç vardır. Bir mahkemenin emsal kararları inceledikten sonra, hangisine uyacağına hangisini tefrik edeceğine karar verdiği aşamada, hukukçu henüz hangi olgunun önemli olacağını veya olması gerektiğini bilmez. Yargıç, olguların hangisinin daha önemli olduğuna karar vermeden önce bütün olası benzerlikler ve farklılıkları bilmek isteyecektir.³⁵⁸ Ancak o vakit hukuki analizci ihtilaflı olayla emsal karar arasında olgusal benzerlikler ve farklılıkları belirleyebilecektir. Fakat bu belirleme, olayların tanımlanmasında özdeş durumların bulunmasındaki mekanik bir mesele değildir.³⁵⁹

Olguların katı bir analizi, hükümsüz kılınmamış tüm yüzeysel benzer emsal kararların uyulması veya tefrik edilmesinin uygulanmasıyla desteklenmektedir. İki olayın önemli noktalarda benzer ya da farklı olması durumu, ihtilaflı olay ve emsal kararın olgularına, olgular kümesi içerisinde benzerlikler ve farklılıkların olası ilişkilerine bağlıdır. Bu tür bir olgular analizinden önce, “yüzeysel benzer emsal

³⁵⁵ Lamond, s. 559.

³⁵⁶ Burton, s. 30.

³⁵⁷ Hunter, s. 153; Burton, s. 30.

³⁵⁸ Burton, s. 30.

³⁵⁹ Burton, s. 31.

kararın herhangi bir ihtilaflı olaya muhtemel uygulanması ya da uygulanmaması” şeklinde düşünülmemesi gerekir. Tüm olası olgusal ilişkileri tanımlama açısından olgular arasındaki üstünlük, kıyasta gerekli bir aşamadır.³⁶⁰

Kıyas yönteminin, birçok emsal kararda sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Ancak emsal kararların sayısı ve emsal kararlar arasındaki çatışma arttıkça olayın çözümlenmesi daha karmaşık bir hale gelmektedir. Common Law yargıcı, kıyası kullanırken emsal kararlar dizisinden bir tanesini seçerse, diğer uygun görünen emsal kararların daha az benzer ve daha az bağlayıcı olduğunu ortaya koymak zorundadır. İşte bunu “olumsuz cevap araştırmasının” (negative answer question)’ın Common Law’daki versiyonu olarak adlandırmamız mümkündür.³⁶¹

Olumsuz cevap araştırmasını şu şekilde açıklayabiliriz: Yargıç, kıyas yoluyla bir emsal kararı, ilk defa bir olaya uygulamadan önce, kıyas yapılması muhtemel eldeki olay hakkında, hukuk sisteminde olumsuz bir cevabın olup olmadığını bilmesi gerekmektedir. Diğer benzer olaylarda, yargıcın ulaşmak istediği sonucun tersine bir sonuca ulaşılması halinde olumsuz cevabın varlığından söz edilebilir. Yani konu hakkında olumsuz cevabın varlığı halinde o emsal karar uygulanmalıdır. Zira böyle bir durumda, diğer benzer emsal kararların neden uygulanmayacağına dair bir açıklama (olumsuz cevap) söz konusudur. Olumsuz cevabın bulunması genellikle diğer emsal kararların tefrik edilmesi ile ve nadiren de olsa hükümsüz bırakılması ile olmaktadır.³⁶²

D. Kıyas Yönteminin Vakıa Hukukundaki Bazı Özel Uygulamaları

1. *Ratio Decidendi*’nin Belirlenmesi

Kıyas yöntemi, “*emsal kararın hükmü*” anlamına gelen “*ratio decidendi*” olarak bilinen kavramın belirlenmesinde ve uygulanmasında kullanışlı bir yöntem olarak görülür.

Kıyas yönteminin, öncelikle emsal kararın hükmünün kuruluşuna katkıda bulunduğunu söyleyebiliriz. Emsal kararların dayandığı olayın olgularının

³⁶⁰ Burton, s. 31.

³⁶¹ Langenbucher, s. 491.

³⁶² Langenbucher, s. 491.

belirlenmesi, bir genel prensip belirlenerek yapılabilir. Bu genel prensip ise emsal kararların dayandığı olaydaki olguların sonucunu açıklar, önceki olguları belirtir ve gelecekteki birçok olay hakkında karar verilmesine kaynak teşkil eder. *Ratio decidendi*'nin kurulmasına iyi bir örnek olarak Dr. Goodhart'ın yöntemi gösterilebilir.³⁶³ Bu yöntem geçmişte verilmiş yargısal kararlardan prensip veya kural çıkarılmasından oluşmaktadır. Prensipler ve kurallar ise bir olaydaki kararı yorumlayan yargıcın gözündeki esaslı unsurlar olarak emsal karara dayanan olayın olgularının belirlenmesiyle oluşmaktadır. Belirlenen prensipten ve kuraldan sonra diğer mahkemeler, emsal kararın dayandığı olguların dışında esaslı farklı olguların varlığını tespit etmedikçe elde edilen bu prensibe bağlıdırlar.³⁶⁴

İkinci olarak kıyas yöntemi, kurulmuş olan emsal kararın hükmünün uygulanmasına yardımcı olmaktadır.³⁶⁵ Yani verilen olayda bu tür bir hükmün uygulanması için, eldeki olayın olguları ile emsal kararın olguları karşılaştırılır. Karşılaştırılan olgular temel olarak birbirlerine benzemesi halinde, emsal karar eldeki olaya uygulanır.³⁶⁶

Üçüncü olarak kıyas yöntemi, *ratio decidendi*'nin belirli anlamlarına açıklık getirmeyi sağlar ve onun tam anlamıyla uygulama alanının nereler olduğunu belirler. Emsal karar ve onun *ratio*³⁶⁷'sunun, diğer olay ve diğer olayın *ratio*'sunun sıralanmasıyla, söz konusu *ratio*'ların bağdaştırılması ve diğer olayların ışığında her bir emsal karar hükmünün anlaşılması amaçlanmaktadır.

Son olarak kıyas yöntemi, *ratio decidendi*'nin genişletilmesi ve genelleştirilmesi amacıyla kullanılabilir. Genişletme işlemi veya genelleştirme işlemi, emsal

³⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arthur L. Goodhart, "Determining The Ratio Decidendi of Case", *Yale Law Journal*, 40 (2), p. 161- 183.

³⁶⁴ Koszowski, *Scope of*, s. 25.

³⁶⁵ Koszowski, *Scope of*, s. 25; Sunstein, s. 782.

³⁶⁶ Koszowski, *Scope of*, s. 25.

³⁶⁷ Tdk'da *ratio*'nun anlamı "oran" olarak verilmiştir: *Türkçe Sözlük*, s. 1966. Cemil Meriç ise Paul Robert'in Fransız Dili Kamusundan atıfla bu kavramın Latince'de hesap, düzen yöntem, ölçüp biçme melekesi, açıklama, nazariye şeklinde anlamlandırıldığını, kelime kökeninin Yunanca logos'u karşılamak için icat edildiğini ifade etmektedir: Cemil Meriç, *Işık Doğudan Gelir*, İletişim Yayınları, İstanbul 2005, s. 206-221; Umberto Eco'ya göre ise Ratio kavramı, ragione, raison ve vernunft kavramları ile aynı anlamlara gelmemektedir. Zira bu kelimeler tarihi açıdan farklı zaman dilimlerinde farklı felsefi temellerde kullanılmış olmasından dolayı birbirlerine tam olarak karşılamamaktadır: Eco, s. 34.

kararın olguları ile eldeki olayın olguları arasında benzerlik kurularak yapılmaktadır. Böylece açık bir şekilde emsal kararın kapsamına girmeyen ihtilaflı olay, kıyas yöntemi ile kapsam dâhiline sokulmuş olmaktadır.³⁶⁸ Dworkin emsal kararın çekimsel gücünü tetkik ederken, benzer olaylara benzer şekilde davranılması gerektiği prensibi ile emsalin gücünün, onun dilinin sınırlarını aştığını ifade etmektedir.³⁶⁹ Dolayısıyla Dworkin’e göre emsal kararın çekimsel gücü öyle kuvvetlidir ki, normalde emsal karar hükmünün altında yer almayan bir olay, benzetme yoluyla emsal karar altında değerlendirmeye tabi tutulabilmektedir.

2. Emsal Kararın Soyut ya da Somut Olması Durumlarında Kıyas Yönteminin Kullanımı

Emsal kararın *ratio decidendi*’sinin, eldeki olayın olgularına uygun temel nokta olarak belirlenmesi her zaman kolay olmamaktadır. Temel noktanın belirlenmesinin zorluğu ve kolaylığı derecesine göre davaları kolay ve zor dava olarak ikiye ayırabiliriz. Kolay davalarda emsal kararın *ratio decidendi*’sinin uygun temel nokta olarak eldeki olaya uygulanırken kullanılan kıyas modeli, bu akıl yürütmenin en yalın, en sade versiyonunu oluşturmaktadır. Burada emsal karar, olaya tam olarak uymaktadır. Mesela bir yargıç, A davasının *ratio decidendi*’sini “*Malı üreten kişinin, ürünü hazırlamada kusuru olması durumunda ve tüketicinin hayatı ve mülkiyetine gelecek bir zarara sebebiyet vermesi halinde, tüketiciye karşı özen yükümlülüğü vardır.*” biçiminde belirleyebilir. Yargıç, davanın *ratio decidendi*’ni bu şekilde belirledikten sonra “*küçük çocuğa ihmalen zehirli dondurmaya satan kişinin*” ve “*tüketicinin giydiği pantolonun kimyasal madde içermesi nedeniyle deri üzerinden iltihap kapmasında, bu zehirli maddenin kaldırılmamasında ihmali bulunan üreticinin*” de özen yükümlülüğü kapsamında sorumlu olduğuna karar verebilmektedir.³⁷⁰

Aslında “*küçük çocuğun zehirlenmesi*” ve “*pantolonu giyenin enfeksiyon kapması*” olaylarında verilen kararlarda, kıyas modelinden ziyade genellikle emsal

³⁶⁸ Koszowski, *Scope of*, s. 25.

³⁶⁹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, s. 113; Koszowski, *Scope of*, s. 25.

³⁷⁰ Langenbucher, s. 490.

karara bağıllık gereği formüle edilen kuralın uygulaması şeklinde bir süreç işlendiği düşünülür. Ancak teknik olarak baktığımızda bu süreçte yalın ve sade de olsa kıyasın var olduğu görülmektedir. Hatta *ratio decidendi*'yi daha somut olarak belirlediğimizde dahi kıyasın varlığından söz ederiz. Mesela bir davada *ratio decidendi*'yi “şeffaf olmayan şişelerde içecek üreten kişinin, üretilen şişelerin içinde ölü salyangoz olmaması açısından tüketiciye karşı özen yükümlülüğü vardır” biçiminde belirlediğimizde iki olayın da belirlenen bu kuralın içerisinde doğrudan değerlendirilebileceğini söylemeyiz. Hatta *ratio decidendi*'yi daha soyutlaştırarak “yiyecek ve içecek üreticilerinin, ürünlerin içerisine fiziksel zararlı yabancı maddeler girmesini engelleme açısından özen yükümlülükleri vardır.” şeklinde yapılması halinde dahi yukarıda bahsedilen iki olayı bu kuralın içerisine sokamayız. Ancak belirlenen *ratio decidendi*'ler ne kadar somutlaşırsa somutlaşsın kıyas yönteminin kullanımına bir engel teşkil etmemektedir ve tündengelim yöntemiyle *subsumsiyon* yapılamayan *ratio decidendi*'ler kıyas yöntemiyle, olaylara kolaylıkla uygulanabilmektedir.³⁷¹

Common Law'da ilgili temel noktanın zikredilen kullanımları, hükmün verilmesinde oyunun kurallarını kolaylaştırmaktadır. Mesela bu kullanımlar, bir ihtilaflı olayla yüksek mahkemenin kendi emsal kararlarını iptal edebilmesine olanak sağlar. Önceki olayları geçersiz hale getiren yeni olay, sonrasında önceki olayların yerine geçerek gelecekteki olaylar için uygun temel nokta haline gelir. Böylece hukukta değişim olmasına katkı sağlar.³⁷² Ancak geçersiz bırakma, her olayda mümkün olmasına rağmen çok sık meydana gelmez.³⁷³

3. Emsal Kararlar Arasında En Uygun Olanın Belirlenmesi

Common Law'daki Vakıa Hukukunda kıyas yöntemi genelde emsal kararın (benzeyen) karar verilmemiş olaya (benzetilen) uygulanması şeklinde cereyan etmektedir. Ancak bazen hangi emsal kararın olaya uygulanacağını belirlemek kolay değildir. Zira ortada ihtilaflı olaya benzeyen bir tek emsal karar bulunmamaktadır.

³⁷¹ Schauer, s. 183-184; Langenbucher, s. 491.

³⁷² Burton, s. 28.

³⁷³ Burton, s. 28; Furtun, s. 106.

İhtilaflı olaya benzeyen birden fazla emsal kararın olması durumunda hangi emsal kararın seçileceği “uygun temel noktanın” belirlenmesi ile mümkündür. Bu sorunun çözümü esnasında emsal kararların hangi noktalarda ihtilaflı olaya benzediği irdelenir. Hangi emsal kararın daha çok benzer olduğuna karar verildikten sonra, seçilen emsal karar ihtilaflı olaya uygulanır.³⁷⁴

Örneğin yargıcın incelediği olayda, gün aşırı yolculuk yapan bir gemide, müşterinin kişisel eşyalarının çalındığı bilinmektedir. Eşyalar, müşterinin kompartmanındaki oturduğu koltuğun üstünde bulunan baş üstü askısından çalınmıştır. Davalı, gemi işleteninden kaybını talep etmiştir. Davalıya göre gemi işleteni, müşterilerin çantalarının emanetçisidir. Dolayısıyla müşterinin kaybindan gemi işleteni sorumludur.³⁷⁵

Şimdi, örnekte belirtilen olayla ilgili olarak iki adet emsal kararın olduğunu farz edelim. Birinci emsal kararda otel işletmesinin, müşterinin çalınan eşyasından sorumlu olduğu belirtilmektedir. Zira konaklama sözleşmesi gereği, otel sahibi konukların eşyalarını korumakla mükelleftir. İkinci emsal karar ise bir tren şirketi ile ilgilidir. Karara göre tren işleteni, yolcuların kişisel eşyalarının kaybindan sorumlu değildir. Zira tren işleteninin temel amacı konaklama hizmeti vermek değil, yolculuk hizmeti vermektir. Dolayısıyla yataklı vagon dahi olsa tren işleteni, yolcuların eşyalarının kaybindan sorumlu tutulamaz.³⁷⁶

Davacının avukatı, geminin “yüzen bir otel” olduğu tezine göre hareket etmektedir: Zira otelin odaları olduğu gibi, geminin da kabinleri (kamara) vardır. Otelde bir restoran olduğu gibi gemide de vardır. Bu örneklerde olduğu gibi otelde bulunan birçok tesis gemide de mevcuttur. Ayrıca yolcular, kaçınılmaz olarak geceyi gemide geçirmektedirler. O halde yargıç otel ile ilgili emsal karara uymalıdır.³⁷⁷

Davalının avukatına göre ise gemi, bir “su üzerinde giden tren” niteliğindedir. Zira gemideki yolcuların niyetleri, gece boyunca gemide kalmak değil, öncelikle yolculuk yapmaktır. Ayrıca davacının otel ile alakalı emsal kararın benzerliğini

³⁷⁴ Hunter, s. 153; Burton, s. 30.

³⁷⁵ Adam v. New Jersey Steamboat Co., 151 N.Y. 163, 45 N.E. 369; Hunter, s. 153.

³⁷⁶ Hunter, s. 153.

³⁷⁷ Hunter, s. 153.

belirlerken sunduğu argümanlardan restoran ve birçok tesisin ortak olması argümanı çok sağlıklı değildir. Çünkü bu bakımdan tren de bu özelliklere sahiptir. Dolayısıyla yargıç kararını tren ile ilgili emsal karara göre vermelidir.³⁷⁸

Görüldüğü gibi yargıcın problemi hangi emsal karara göre çözeceği bu bakımdan tartışmalıdır. Yargıç gemiyi, “bir yüzen otel” olarak mı değerlendirmelidir, yoksa “su üzerinde giden tren” olarak mı değerlendirmelidir? Kararın verilmesi aşamasında yargıç, kıyas yaparak her iki yönde de karar verebilir. Her iki durumda da yargıcın vereceği kararda uygulanan kıyas yöntemi ile güçlü bir sınırlandırma yapılmalıdır ve yürütülen kıyasın, olayın sonucuna öngörülebilir bir etkisi olmalıdır.³⁷⁹

Kanaatimizce olaya hangi emsal kararın uygulanacağı, geminin esas olarak hangi amaçla kullanıldığına bakılarak çözülebilir. Örneğin bazı gemiler, yolculuktan ziyade turistik amaçlı bir konaklama hizmeti vermek için işletilirler. Bu tarz gemilerde seyahat eden yolcuların amacı esas olarak bir yerden bir yere gitmek değildir. Aksine konaklamaktır. Böyle bir gemide, müşterinin eşyasının kaybolması halinde kanaatimizce geminin “yüzen bir otel” olarak görülmesi ve otel ile ilgili emsal karara uyulması gerekmektedir. Ancak yolcuların esas amacının yolculuk olduğu, yani bir yerden bir yere gitmek amacıyla bu gemiye bindikleri biliniyorsa, geminin “su üzerinde giden bir tren” olarak nitelenmesi daha uygun olmaktadır. Bu niteleme neticesinde ihtilaflı olayın trenle ilgili emsal karara dayanarak çözülmesi daha uygun olacaktır.

4. Emsal Kararlar Arasında Görünürde Bir Çatışma Olması Durumunda Kıyasın Kullanımı

İhtilaflı olayda kullanılabilecek olası iki ya da daha fazla emsal kararın birbirleriyle çatıştığı durumlarda kıyas yöntemine başvurulabilir. Hangi emsal karara öncelik verileceği konusunda, emsal kararların dayandığı olayın olguları ile eldeki olayın olguları arasındaki benzerlikler incelenip, benzerliklerin derecesine göre karar verilir. Eldeki olaya uygulanacak ve o olay hakkında emsal niteliğini haiz olarak kabul

³⁷⁸ Hunter, s. 153.

³⁷⁹ Hunter, s. 153.

edilecek olan emsal kararın hangisi olduğuna, olgular bakımından en güçlü benzerliğe sahip olan emsal karar tespit edilerek karar verilir.³⁸⁰

Kıyas yöntemi kullanılarak, sadece eldeki olaya uygulanacak emsal kararın hangisi olduğuna karar verilmemektedir. Ayrıca kıyas yöntemi yalnızca yüzeysel olarak birbirleriyle çatışan bu tür emsal kararların uzlaştırılmasına da yaramaktadır. Yani görünüşte birbirleriyle çatışan emsal kararlar (emsal kararın dayandığı olayların olgularındaki farklılığa dayanan), birbirlerinden ayırt edilebilir nitelikte ise sadece görünürdeki çatışma, giderilmiş olur.³⁸¹

Aulis Aarnio, kıyas yönteminin bu tarz işleyiş sürecini aşağıda belirtilen şekilde ifade etmiştir:³⁸²

“ A, B ve C olmak üzere üç adet olay düşünelim.

-A olayı F ise, o halde G1’dir.

-B olayı F ise, o halde G2’dir.

-C olayı F ise, o halde G1’dir.”³⁸³

Verilen kıyasta bir olay ile iki ya da daha fazla olay (genellikle emsal kararlar) karşılaştırılmaktadır. Buradaki mesele, mahkeme kararının uygulamada tezata sebep olabilmesi ya da mahkemenin karar vermede eski orijinal konumuna dönmesi durumundan kaynaklanmaktadır. Çözüm, olaylardaki F olgusunun tanımlanmasına bağlı benzerlikler ve farklılıklara göre değişmektedir. C ve A olayındaki olgular yeterince benzer ise kıyasî ilişki hüküm sürer ve böylece kararlar arasında herhangi bir zıtlık veya çatışma bulunamaz.”³⁸⁴ Dolayısıyla Aarnio’nun ifadelerinden de anlaşılacağı üzere herhangi iki veya daha fazla emsal kararın yüzeysel olarak birbirleriyle çeliştiği durumlarda kıyas yöntemi kullanılarak aslında bu kararların

³⁸⁰ Koszowski, *Scope of*, s. 24.

³⁸¹ Koszowski, *Scope of*, s. 24.

³⁸² Aulis Aarnio, “Statutory Interpretation in Finland”, *Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, s. 140.

³⁸³ Aarnio, s. 140.

³⁸⁴ Koszowski, *Scope of*, s. 24.

arasında bir çelişki veya tezatın olmadığı aksine, bu kararların birbirlerinden farklı konularda verilmiş kararlar olduğu keşfedilmiş olmaktadır.

5. Emsal Kararlardan İlke Elde Etmede Kıyasın (İlke Kıyasının) Kullanımı

Kıyasın bu kullanımında, yargıç, başlangıçta eski kararları inceler. Ardından bu kararların birbirleriyle benzer ve farklı yönlerini belirler. Söz konusu sorundan önce yargıç, önemli gördüğü farklılıklar ve benzerliklerle bir ilke³⁸⁵ geliştirir. Bu ilke, yargıcın kararında temel dayanağı oluşturur.³⁸⁶ Böyle bir kıyas uygulamasında, zihinsel süreç, “*tümevarıma dayanan bir tümdengelim*”³⁸⁷ şeklinde ilerler. Zira eski kararların incelenerek bir ilke belirlenmesi esasında bir tümevarımdır. Söz konusu olayın bu ilke çerçevesinde çözümlenmeye çalışılması da bir tümdengelim metodunu içermektedir. Dolayısıyla burada uygulanan kıyas, Kıta Avrupası Hukukunda uygulanan hukuki kıyasa³⁸⁸ benzemektedir. Çünkü hukuki kıyas da ilke kıyasında olduğu gibi aslında bildiğimiz kıyas yöntemindeki zihinsel süreci içermemektedir. Her ikisinde de zihinsel süreç, başlangıçta tikellerden hareket ederek bir tümele varacak şekilde işlemektedir. Sonrasında ise elde edilen genel hükmün ihtilafı olaya uygulanması söz konusudur.

³⁸⁵ Posner’e göre ise kıyasın, bir standart belirlenerek temel bir ilkeyle bu kadar yakın irtibatlı şekilde değerlendirilmesi, kıyas metodunun ruhuna ters düşmektedir. Düşünre göre bir olaya doğrudan bir ilkenin uygulanması şeklinde oluşturulan bir gerekçede, benzerlikler (analogies) kullanışlı bir işlev görmez. Ancak Langenbucher’e göre Posner, iki noktayı göz ardı etmektedir. Birincisi, bir ilke genellikle olayın tümdengelimsel bir şekilde çözülmesine yarayacak kesin ve çabuk işleyen bir yapıda değildir. Dolayısıyla benzerlikler ancak bu tür ilkelerin uygulamasını gerekçelendirmede hukuki bir araç olarak görülmelidir. İkinci olarak, Common Law yargıcı bir emsal kararı kıyas yöntemine dayandırabiliyorsa, önerdiği gerekçeye dikkate değer bir katkı sağlamış olmaktadır. Olay eksenli (case-by-case) akıl yürütmenin tutarlılığı ve uygunluğu, herhangi bir emsal kararı desteklenmeksizin oluşturulan tamamen yeni bir gerekçeye değil, mevcut bir ilkenin geliştirilmesi ile oluşturulan gerekçeye dayanmaktadır. Bu şekilde oluşturulan bir gerekçe, hukuk sisteminde tutarlılık ve uygunluk açısından önemli bir işlev görmektedir. Dolayısıyla belirtilen ilkeleri, kıyas yönteminin uygulanması için kullanışlı bir araç olarak görmek mümkündür. (Langenbucher, s. 494).

³⁸⁶ Sherwin, s. 1180.

³⁸⁷ Işıktaç/Metin, s. 232.

³⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 133.

Dworkin, “Hukukun Hükümranlığı” adlı eserinde geleneksel bir metod olan kıyas modelini, hukukta “bütünlük (integrity)” kaynağı olarak tanımlamıştır.³⁸⁹ Burada bahsedilen kıyas, ilke kıyasıdır. Nitekim Dworkin’e göre yargıcın görevi, önceki olaylarla uyum içerisinde olacak şekilde hukuki ilkeleri inşa etmek ve aynı zamanda kendi ahlaki ve politik görüşüne göre verdiği kararların muhtemel en iyi anlamlarını yansıtmaktır.³⁹⁰ Ayrıca Dworkin’in “uygunluk (fit)” kavramı ile de kıyas yönteminin doğrudan bağlantısı vardır. Sunstein’a göre Dworkin’in Herkül yargıcı ile kıyası uygulayan yargıç, özellikle ihtilaflı olayı çözüme kavuşturmada “ilkeleri geliştirmeleri” bakımından birbirlerine benzemektedirler. İlkelerin geliştirilmesi ise hukukta doğruluk ölçütü (criterion of truth) olarak tutarlı ve uygun olma kavramları ile alakalıdır.³⁹¹

E. Common Law’da Kıyas Yönteminin Kullanımının Sınırlılığı

Kıyas yöntemi, Common Law’da ikna edici bir araç olmasına rağmen, bu yöntemin hukuki karar verme sürecinde etkisi sınırlıdır. Sınırlı olmasının nedeni olarak, kıyas yöntemine dayalı benzer hukuki yargıların doğasını gösterebiliriz. Örneğin “A, B’ye benzer” ifadesini içeren herhangi bir iddia, özünde tamamlanmamış (incomplete) kusurlu bir yapıdadır. “Bir şeyin solunda” olduğu iddiasını desteklemek için hangi şeyin solunda olduğunu belirlememiz gerektiği gibi, benzerlik iddiasında da benzerlik iddiasını gösteren özellikleri ayırt ederek belirlememiz gerekmektedir. Ancak burada bir sorunla karşılaşılmaktadır. Bu sorun, herhangi iki nesnenin sınırsız açıdan benzer olabilmesidir.³⁹² Örneğin bir sandalye ve bir bilgisayar, bir bardaktan

³⁸⁹ Ayrıca bkz. Sevtap Metin, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 61, Sayı 1-2, 2003, s. 51-52; Dworkin, kurucu yorum tekniğini iki temel kavram üzerine bina etmektedir. Bunlar, bütünlük (integrity) ve uygunluktur (fit). Bu kavramları Dworkin şu şekilde açıklamaktadır: “Doğal hukukçu bir yargıç, yorumun iki boyutu arasındaki farkı kabul eder. Yorum teorisi iki kısma ayrılır. Birinci kısım, yorumun yorumladığı verilerle uygun olması fikrini geliştirir. Yargıcın yorum teorisinin ikinci kısmı, biçimsel uygunluktan öteye geçerek “öz”e yani içerik meselesine girilmesini gerektirir. Bu kısım, siyasal ahlakın temel esaslarını, özünü içerecektir. Yargıç, yorumda bu iki boyutu da birlikte kullanacaktır. Ancak birincisi yani “uygunluk” bir başlangıç işlemidir. Uygunluk ve bütünlük, birbiri ile rekabet eden boyutlar olmayıp, karşılıklı etkileşim halindedirler” (Metin, s. 52-53).

³⁹⁰ Sherwin, s. 1180.

³⁹¹ Sunstein, s. 784.

³⁹² Sunstein, s. 774; Langenbucher, s. 488; White, s. 572; Eco, s. 41.

ağır olmaları açısından, bir odada bulunmaları bakımından hatta bu çalışmada örnek olarak gösterilmeleri bakımından benzer konumda yer alırlar. Uygun benzerlik açısından sayılan bazı sınırlandırmaların varlığı, ayırt edilerek belirleme eylemini imkânsız hale getirmektedir. Sorun, benzerliklerin önemliliği ve alakalı olması, bazı açılardan sınırlandırma gerektirmekteyken, bu gerekli sınırlandırmanın belirlenmesinde tek bir doğru yöntemin olmamasıdır. Diğer bir ifadeyle benzerliklerin ayırt edici bir şekilde belirlenmesi, aslen değerlendirmeye bağlıdır.³⁹³ Örneğin, havaalanındaki bir yolcu, renk, tasarım ve sahiplik bakımından A, B ve C olmak üzere üç adet valiz görmüştür. Pilotun izlenimlerine göre ise bu valizler, yolcu güvenliği açısından çok ağır görünmektedir. Yani yolcu, valizleri, renk, tasarım ve kimin sahip olduğuna göre değerlendirmekte iken, pilot, valizlerin uçağın güvenliği açısından tehlikeli olup olmadığı noktasında değerlendirmektedir. Dolayısıyla benzerlik yargısı, yargılamanın kimin yaptığı ve neden yaptığına göre farklılık arz etmektedir.³⁹⁴ Havaalanındaki kişiler, valizler konusunda farklı ilgi ve bakış açılarında olduklarından dolayı aynı benzerlik açısına sahip olamadıkları gibi, hukukçular ve yargıçlar da, olaylar arasında benzerlik açısından değerlendirmelerinde de hem fikir olamamaktadırlar.³⁹⁵

Peki, emsal kararlar arasında olaya uygun olanı belirlerken, hangi emsal kararın tutarlı ve makul, hangi emsal kararın tutarsız ve aykırı olduğuna nasıl karar verilecektir? Bu soruya, “emsal kararlar dizisinden biri, karar verilmemiş olaya daha çok benzer; zira seçilen emsal karar ile olay arasında diğer emsal kararlara göre daha çok benzer noktalar mevcuttur.” şeklindeki önermeyle, kararda cevap verilmelidir. Ancak hangi emsal kararın seçileceğine dair olan sorunun çözümü açısından bu cevap gerçek bir çözüm sunmaz. Benzerlikleri saymak, hangi emsal kararın seçileceğine dair problemi çözmez. Çünkü benzerlikleri saymak için öncelikle, bizim neyin sayılması

³⁹³ White, s. 572

³⁹⁴ White, s. 573.

³⁹⁵ White, s. 573.

gerektiği ve neyin sayılmaması gerektiğini bilmemiz gerekmektedir. Dolayısıyla benzerliklerin sayılması açısından bir standart belirlemek³⁹⁶ oldukça zordur.³⁹⁷

İşte yukarıda belirtilen noktalardan kıyas yönteminin, kesin bir yargıya ulaşılması açısından elverişli bir yöntem olmadığı görülmektedir. Bu sebeple hukuk sisteminde kıyas yönteminin kullanımı sınırlıdır. Fakat bu durum kıyas yönteminin uygulanmasının önemini gölgeleyecek bir nitelikte değildir. Zira insan aklı, herhangi bir muhakeme esnasında kaçınılmaz olarak kıyas yöntemine başvurmaktadır. Dolayısıyla kıyas yönteminde uygun temel noktanın belirlenmesi açısından göreceliliği göz önünde tutmakla birlikte, bu akıl yürütme metodunun önemini de gözden kaçırmamak gerekir.

IV. MEVZUAT HUKUKUNDA UYGULANAN KIYAS

Common Law Sisteminde kıyas yöntemi, genellikle emsal kararlara dayanan Vakıa Hukuku ile ilişkilendirilmektedir. Hatta kıyas yönteminin Vakıa Hukukunun doğal bir evi olduğunu söylemek, abartı bir yorum olarak değerlendirilmez. Ancak kıyas yönteminin Common Law Sisteminde aynı zamanda, Mevzuat Hukukunda da önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir.³⁹⁸ Dolayısıyla kıyas yönteminin, kanunların (statutes) yorumlanmasında ve uygulanmasında önemsiz ve olağandışı olduğu söylenemez.³⁹⁹ Nitekim kazuistik kanun metinleri ile emsal kararlarını karşılaştıran Peczenik ve Bergholz'a göre emsal kararların yorumlanmasında kullanılan kıyas yöntemi ile kanunların yorumlanmasındaki kıyas yöntemi birbirine benzemektedir. Ancak elbette ki her iki sistemde kullanılan kıyas yönteminin belli farklılıkları vardır.

³⁹⁶ İslam hukukunda ise son bölümde görüleceği üzere kıyas yapılırken benzerliğin neye göre belirleneceği genel olarak bellidir. Uygun temel noktanın yani illetin bir takım şartları vardır. Bunlar bulunmadığı takdirde kıyasın uygulanması geçersizdir. İslam hukukunda kıyasın uygulanabilmesi için belirlenen uygun temel noktanın (illet) açık olması, istikrarlı olması ve illetin uygulanacak hüküm açısından münasip olması gerekmektedir. Belirtilen bu şartlar, kıyasın kişiye göre değişken yapısını sınırlandırmakta ve hukuk sistemindeki uygulamasını elverişli hale getirmektedir. Zira bu şartlara uygun şekilde yapılan kıyas, keyfiliğin önüne geçmektedir. Aksine hukuki güvenliğe katkı sağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 191.

³⁹⁷ White, s. 573; Dinç, s. 205.

³⁹⁸ Koszowski, *Statutory*, s. 1.

³⁹⁹ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 2003, s.193; Koszowski, *Statutory*, s. 1.

Örneğin kanunların yorumlanmasında kullanılan “*argumentum a simili*” kavramı, Vakıa Hukukunda kullanılan kıyas yönteminde kullanılmamaktadır.⁴⁰⁰

Kıyas yöntemi, Mevzuat Hukuku alanındaki uygulamaların tutarlı bir şekilde yapılabilmesi açısından geniş bir kapsamda uygulanmaktadır. Mevzuat hukukunda kıyas yönteminin uygulanması, genellikle farklı boşluk türlerinin doldurulması amacıyla kullanılmaktadır. Ayrıca kıyas yöntemi, kanun niteliğindeki kurallar arasındaki çatışmaların çözümünde ve bu kurallardaki kelimelerin anlamlarının açıklığa kavuşturulmasında da kullanışlı bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Son olarak somut olaylara kanuni nitelik taşıyan belirli hükümlerin uygulanabilirliği açısından da kıyas yönteminin önemli olduğu söylenebilir.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ Koszowski, *Statutory*, s. 1.

⁴⁰¹ Koszowski, *Statutory*, s. 8.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNDE KIYAS

I. GENEL OLARAK

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin kullanımı, esas olarak iki ana başlıkta incelenebilir. Kural odaklı işleyen bir yapıya sahip olan Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yöntemi, temelde bir boşluğun doldurulmasında kullanılan bir araç olarak görülmektedir. Bu görünüm kıyasın Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki kullanımının birinci kanadını oluşturur. Çalışmamızda bu kullanıma “kıyas yönteminin olağan kullanımı” adı verilmiştir. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyasın diğer kullanımları ise bu sistemde kıyasın bilinen kullanım kalıbına uymadığı için istisnai kullanımı olarak sınıflandırılmıştır. Zira Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde genel olarak kıyas yöntemine bir yasal boşluğun varlığı halinde, bu boşluğu doldurmak maksadıyla başvurulmaktadır. Ancak kıyasın kullanımı bu sistemde boşluk doldurma aracı olmanın dışında da kullanıldığı bilinmektedir. İşte bu kullanımda yasal boşluğun doldurulmasında kullanılan kıyasta aranan şartlar aranmamaktadır. Örneğin kıyas yöntemi, eldeki olayın çözümü sırasında kuralın uygulanması ve yorumlanmasında da yardımcı olacak bir niteliğe sahiptir.⁴⁰² Bu kapsamda takdir yetkisinin kullanılması sırasında kıyas yöntemine başvurulduğunu görmekteyiz. Ancak takdir yetkisi kullanılırken uygulanan kıyasta, bir yasal boşluğun varlığı aranmamaktadır. Dolayısıyla bu uygulamada, hakkında doğrudan düzenleme olmayan bir mesele de bulunmamaktadır. Sonuç olarak çalışmamızda Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin kullanımı, olağan kullanımı ve istisnai kullanımı olarak iki ana başlıkta incelenecektir. Ancak genel olarak kıyas yönteminden bahsedildiğinde aksi belirtilmediği sürece “bir yasal boşluğun doldurulma aracı olan kıyas” anlaşılmalıdır. Aşağıda belirtilen hukuki yorumlamanın kuralları ve bir hukuki normun yorumlanma aşamaları bu kapsamda kıyasın olağan kullanımının konumunun nerede olduğunu belirtmektedir.

⁴⁰² Burton, s. 82.

Kalinowski, hukuki yorumlamanın kurallarını şu şekilde sınıflandırmıştır: Birincisi; Hukuk normlarının otantik durumunun belirlenmesi için konulan kurallar İkincisi; Onların anlamlarının belirlenmesi için konulan kurallar Üçüncüsü; Uyumsuzlukların çözümü için konulan kurallar Dördüncüsü; Boşluğu doldurmak için konulan kurallar.⁴⁰³

Kalinowski'nin bu sınıflandırmasında kıyas yöntemi, boşluğu doldurmak için konulan kurallar arasında yer almaktadır.⁴⁰⁴ Dolayısıyla görüldüğü gibi kıyas yöntemi, bir normun yorumlanmasında kullanılan ilkeler arasında son aşamada yer alır. Yani kural esaslı bir işleyişe sahip olan bu hukuk sisteminde öncelik kuralın uygulanmasıdır, kıyasın uygulaması değildir.

Peczenik ise hukuki normların yorumlanmasını üçe ayırarak incelemiştir: Düşünüre göre “tramvaya köpekler giremez” normu birkaç farklı şekilde yorumlanabilmektedir. Norm, ilk bakışta sadece köpeklerin giremeyeceği şekilde anlaşılmaktadır. Yorumu biraz daha genişlettiğimizde tilkiler ve kurtların da dâhil olduğu tüm köpekgillerin giremeyeceği anlaşılmaktadır. Son aşamada ise kıyas yöntemi kullanılarak bu norma ayılar, filler ve maymunları kapsayan tüm zarar verebilecek hayvanların dâhil edilmesi mümkündür. Bu örnek bize, hukukçuların, bir normu uygularken farklı şekillerde yorumlayabileceklerini göstermektedir.⁴⁰⁵ Birinci yorumun uygulama alanı, normun lafzı ile sınırlıdır. İkinci yorumun uygulama alanı, normun uygun anlamının (proper meaning) ortaya çıkarılması haricinde birçok teknik metotların kullanılmasıyla yapılan yargısal yorum neticesinde belirlenmektedir. Sonuncu yorumlamada ise uygulama alanı, diğer entelektüel faaliyetler neticesinde normun uygun anlamının genişletilmesi ile oluşmaktadır. Örneğin normun uygun anlamının, faydacı değer temelinde genişletilmesi gibi.⁴⁰⁶

Kıta Avrupası Hukuku geleneğinde kıyas kavramı, “kanunlar, o alanda kanun maddesinin kapsamına giren hukuki bir sorunun çözümü için yol gösterici niteliğe

⁴⁰³ Horovitz, *Law And Logic*, s. 93.

⁴⁰⁴ Horovitz, *Law and Logic*, s. 96.

⁴⁰⁵ Aleksander Peczenik, “Analogia Legis. Analogy From Statutes in Continental Law”, *Logique et Analyse, Nouvelle Serie*, Vol. 14. No. 53/54, Le Raosonnement, s. 329.

⁴⁰⁶ Peczenik, *Continental*, s. 329.

sahiptir” inancına dayanmaktadır. Bu ön kabul, yasamanın birçok olayı önceden görmesi ve ona göre kurallar oluşturmasını varsayar. Fakat yasama organı ne kadar titiz çalışırsa çalışsın, kanun maddesinde boşluğun olmasını önleyemez. İşte kıyas yöntemi, bu tür boşlukları doldurmak için bir araç olarak görülmektedir. Bu akıl yürütme yöntemi, kanunlarda yer alan konuya dâhil edilemeyen ihmal edilmiş bir olayın, kanunlarca öngörülmüş olaya benzetilmesi suretiyle söz konusu hükmün uygulanmasını ifade eder.⁴⁰⁷

Dolayısıyla Peczenik’in hukuki normların yorumlanmasında kıyas yönteminin konumunun, normun uygun anlamının genişletilmesi ile oluşan üçüncü yorumlama teknikleri arasında yer aldığını söyleyebiliriz. Zira kıyasın olağan kullanımında, normun kapsamına lafzen ya da diğer bilinen yorum ilkeleri ile giremeyecek bir durum söz konusudur.

II. KIYAS YÖNTEMİNİN KITA AVRUPASI’NDA OLAĞAN KULLANIMI

Kıyas yönteminin Kıta Avrupası’ndaki uygulamasında süreç, üç adımda ilerlemektedir. Birinci adımda yargıç, yasada bir boşluğu tespit etmek zorundadır. İkinci adımda kıyas yönteminin söz konusu olaya uygulanmasına yönelik anayasal bir sınırlamanın olmadığı belirlenmelidir. Son adımda ise uygulanacak yasanın kapsamı ile eldeki olay arasında önemli bir benzerlik tespit edilip, yasanın hükmü olaya uygulanmalıdır.⁴⁰⁸

A. Hukuk Kurallarının İhtilafı Olayın Çözümündeki Yetersizliği (Hukuk Kurallarındaki Belirsizliğin Çözümünde Kıyasın Rolü)

Hukuk kurallarının kanun koyucunun öngördüğü tüm olayları kapsamı her zaman mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla kuralların öngörülen tüm olayları kapsadığı kanısı genellikle aldatıcı görülmektedir. Neticede çok çeşitli ve karmaşık

⁴⁰⁷ Langenbucher, s. 482.

⁴⁰⁸ Langenbucher, s. 483.

olayların meydana geldiği bir dünyada her zaman sadece kurallardan yola çıkarak bir hüküm kurmak, çok sağlıklı bir durum değildir.⁴⁰⁹

Kurallar, bireylere yükümlülük getiren veya izin veren genel ve soyut ifadeler olup birden fazla olaya uygulanması amacıyla tasarlanmaktadır. Ancak bir kural, belirli bir olayın nasıl analiz edilip yorumlanması gerektiği konusunda çok az bilgi vermektedir. Dolayısıyla kuralın uygulanmasında, dikkate değer bir yorum yapılmakta ve bu da derin bir analizi gerektirmektedir.⁴¹⁰ Kuralların yorumlanmasında öncelikle metnin lafzından hareket etmek zorunludur. Nitekim yasa koyucu, bir kuralda anlatmak istediğini, kelimelerle ifade eder. Dolayısıyla herhangi bir kuralın yorumlanmasında, metinde geçen kavramların sözcük olarak ne anlama geldiğinin araştırılması çok önemlidir.⁴¹¹ Ancak insanın zihin ve dil yeteneği açısından kısıtlı olması nedeniyle, kuralların hangi eylemleri kapsadığı yasa metnin lafzından her zaman doğrudan anlaşılamamaktadır. Bu nedenle hukuk kuralları ne kadar titiz bir şekilde hazırlanırsa hazırlansın, en basit ve anlaşılır bir kuralda dahi boşluklar olmaktadır.⁴¹² Boşluğun varlığı ise kıyas yöntemini gündeme getirmektedir.

Bu konu ile alakalı Burton'un verdiği bir örneği inceleyeceğiz. Yazarın verdiği örnekte basit ve anlaşılır bir kural ele alınmaktadır. Burton, ele alınan kuralın kapsamına girip girmediği belli olmayan bir takım basit, gündelik olayları incelemiş ve nihayetinde basit bir kuralın dahi uygulanmasında derin analizler gerektiğini göstermiştir. Şimdi verilen örneği inceleyelim:

Kural: “Park alanlarında uyumak yasaktır.”

Burton söz konusu kural ile alakalı iki farklı örneği ele almıştır. Birinci olayda bir kişi, oturur vaziyette, bankta, öğle vaktinde, çenesi göğsüne dayanmış halde bulunmaktadır. Kişi, gözlerini kapatmıştır ve sesi duyulur şekilde horlamaktadır.⁴¹³

⁴⁰⁹ Burton, s. 20.

⁴¹⁰ Burton, s. 20.

⁴¹¹ Gözler, *Genel Teorisi*, s. 166; Aral, s. 184-185; Işıktaç/Metin, s. 194.

⁴¹² Sururi Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, *EÜHFD*, C. XIV, S. 1–2, Erizncan 2010, s. 5, 9.

⁴¹³ Burton, s. 20.

İkinci olayda üstü başı dağınık evsiz bir kişi, aynı bankta gece vakti uzanmış vaziyette bulunmaktadır. Uyuyan kişinin başının altında bir yastık, üzerinde ise örtü görevi gören gazeteler vardır. Ancak bu kişinin uykusuzluk hastalığı (insomnia) olduğu bilinmektedir. Her iki örnekte de yapılan eylemler, belirtilen kural kapsamına dahil olması nedeniyle, kişiler tutuklanmış ve mahkemeye sevk edilmiştir.⁴¹⁴

Şimdi olaylara, belirlenen kuralın uygulanmasındaki ihtimalleri düşünelim. Birinci ihtimalde her iki kişinin de suçlu olduğuna karar verilebilir. İkinci ihtimalde oturur vaziyette uyuyan kişinin beraat etmesine, diğerinin suçlu olduğuna karar verilebilir. Üçüncü ihtimalde birinci olaydaki şahsın suçlu bulunup, diğerinin beraat etmesine karar verilebilir. Dördüncü ihtimalde ise her iki kişinin de suçlu bulunmadığına karar verilebilir. Bu ihtimaller haricinde beşinci bir ihtimal yoktur.⁴¹⁵

Bu kapsamda Burton'un verdiği diğer bir örnekte ise şöyle bir kural incelenmiştir:

“Park alanlarına taşıt giremez.”⁴¹⁶

Şimdi söz konusu kuralın uygulanması ile alakalı mümkün bazı sorunları düşünelim. Bir ambulans aracı, koşu yapan birisinin kalp krizi geçirmesi nedeniyle park alanına girmiştir. Yerel bir vakıf ise park alanı içerisine, o şehirde savaşta ölmüş kişiler adına anıt olması niyetiyle ikinci dünya savaşından kalmış bir tank koymuştur. Bir kısım gençler, park alanı içerisinde kaykay, bisiklet ve atv aracı kullanmaktadır.⁴¹⁷ Bir anne ise bebek arabasındaki bebeği ile parkta bulunmaktadır. Parkta bulunan bir belediye işçisi ise çim biçme makinesi ile çimleri biçmektedir.⁴¹⁸ Diğer yandan bir kamyon, ağaçların budanmış kısımlarını almak için park alanına girmiştir. Şurası

⁴¹⁴ Burton, s. 20.

⁴¹⁵ Burton, s. 20.

⁴¹⁶ Örneğin orijinali H. L. A. Hart'ın “*Concept of Law*” adlı eserde yer almaktadır. Düşünür bu örneği, hukuk kurallarının açık metin (*open texture*) olmasının sebeplerinden birisinin de dilin doğal sınırlılığından kaynaklandığını belirtmek için vermektedir. Bkz. Hart, *Concept of Law*, s. 126- 128,129. Ayrıca bu konu diğer düşünürlerce de tartışılmıştır. Bkz. Frederick Schauer, “A Critical Guide to Vehicles in the Park”, *New York University Law Review*, Vol. 83, 2008, s. 1109; Andrei Marmor, *Interpretation And Legal Theory*, Second Edition Oxford And Portland, Oregon 2005, s. 96; Tony Honoré, *About Law: An Introductio*, Clarendon Press, Oxford 1995, s. 87; Geoffrey C Shaw, “H.L.A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *Harvard Law Review*, 127(2), 2013, s. 703; İspir, s. 232; Dinç, s. 199, 236.

⁴¹⁷ Burton, s. 20.

⁴¹⁸ Honoré, s. 87; Işıktaç/Metin, s. 193.

kesindir ki yukarıda sayılan olaylardan bir kısmı söz konusu kuralı ihlal etmemektedir. Ancak her bir olay için de park alanına taşıtla girildiği söylenebilir. Dolayısıyla yukarıdaki olaylar açısından bu kuralın ihlal edildiği iddiasının yeterli derece ikna edici olduğu söylenemez.⁴¹⁹ Bu kapsamda kuralda bulunan “taşıt” kavramının analiz edilmesi gerekmektedir. Söz konusu normda, taşıtların park alanından men edilmesinin sebebinin bulunması, hangi olayda kural ihlalinin olduğunun tespitinde önemli bir rol oynamaktadır.⁴²⁰ Nitekim Türk Medeni Kanununun ilk maddesinde yer alan “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.” ifadesi, bir yasa metninin yorumlanmasında önce yasanın lafzının anlamının araştırılması ile başlanacağına işaret etmektedir. Ancak yine bu hükümden bir yasa metninin yorumlanmasında yasanın ruhuna yani *ratio legis*’ine bakılması gerektiği de anlaşılmaktadır.⁴²¹

Kamyonun park alanına girip budanmış ağaç parçalarını almasının, söz konusu kuralın ihlal edip etmediği konusunda yargıcın vereceği kararda, iki farklı sorun gündeme gelmektedir. Birincisi kamyon şoförünün bu kuralı ihlal edip etmediği, ikincisi budanmış ağaçların temizlenmesi emrini veren belediyenin bu kuralı ihlal edip etmediğidir.⁴²² Kuralı lafzi yorum çerçevesinde yorumladığımızda kamyon şoförünün bir kişi olması ve kamyonun da bir taşıt niteliğinde olması sebebiyle kuralın ihlal edildiği kanaatine varılmaktadır. Ancak belediyenin kamyon şoförünü görevlendirip budanmış ağaç parçalarını almasını sağlamak için görevlendirmesi sebebiyle kural kapsamında sorumlu tutulmasında, kuralın lafzi yorumu yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple yargıç, başka noktalara bakması gerekmektedir.⁴²³

Ambulansın park alanına girmesinin bu kuralı ihlal etmediği, sağduyu ile bakıldığında anlaşılmaktadır. Gençlerin atv araçları ile park alanına girmesinin, kuralın ihlali olduğu genel olarak kabul görececek bir değerlendirmedir. Keza bebek arabası ile parkta bulunulması da kuralı ihlali olarak değerlendirmek güçtür. Ancak kamyonun park alanına girmesinin ve çim biçme makinasının park alanında

⁴¹⁹ Burton, s. 20.

⁴²⁰ Işıktaç/Metin, s. 193.

⁴²¹ Işıktaç/Metin, s. 193.

⁴²² Burton, s. 22.

⁴²³ Burton, s. 22.

kullanılmasının, atv aracının park alanına girmesine mi, yoksa ambulansın park alanına girmesine mi daha çok benzediği tartışmalı bir konudur.⁴²⁴

Sonuç olarak neredeyse her bir olay açısından kuralın uygulanması için entelektüel bir çaba gerektiği görülmektedir.⁴²⁵ Kuralın her bir olaya uyarlanacak şekilde tümdengelimsel mantığın uygulanması her zaman mümkün değildir. Hatta genellikle olaylar, tümdengelimsel mantığın doğrudan uygulanabileceği mümkün olmayan “zor dava” niteliğindedir.⁴²⁶ Çünkü kurallar, belirsiz bir geleceği planlamakta yetersizdir. Belirli olayların, kurallar tarafından düzenlenen olaylar sınıfından olup olmadığının tespitinde söz konusu kuralın dili yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla yargıçlar karar verirken, kuralın ötesine geçip kendileri bir şekilde ikna edici bir çözüm bulmak zorunda kalmaktadırlar.⁴²⁷ Yargıçlar, olası olaylar ışığında kuralları yorumlamalı ve analiz etmelidirler. Bu konu hakkında Amerikan Hukuki Realizm akımının temsilcilerinden Karl Llewellyn’in Columbia Üniversitesinde iken öğrencilerine söylediği şu sözler önemlidir:⁴²⁸

*“Hukuk eğitiminde, genel önermelerin boş olduğunu fark ettik. Kuralları öğrenmeye istekli öğrencilerin ve onu öğrenenlerin aslında sadece kabukla uğraştığının, öze inemediğinin farkına vardık. Sadece kurallar ele alındığında kuralların, kelimelerden ibaret olan değersiz şeyler olduğunu, somut örneklerin ise genel önermelerin oluşumu açısından çok önemli olduğunu öğrendik. Dolayısıyla somut olaylar olmaksızın genel önermeler, kavranamayacak soyut bir yük ve bir ayak bağı niteliğindedir. Yani bu haliyle genel önermeler, olayların çözümüne sadece yardım etmemekle kalmaz, çözümün engellenmesine dahi sebep olabilir.”*⁴²⁹

Yukarıdaki ifadeler ele alındığında neticede boşluğu olmayan bir hukuk kuralının olamayacağı anlaşılmaktadır.⁴³⁰ Hatta Raz’a göre hukuk sisteminde

⁴²⁴ Burton, s. 22.

⁴²⁵ Burton, s. 21.

⁴²⁶ Köküarı, s. 124.

⁴²⁷ Burton, s. 21.

⁴²⁸ Anders Walker, “Bramble Bush Revisited: Llewellyn, The Great Depression and the First Law School Crisis, 1929-1939”, *Journal of Legal Education*, Vol. 64, No. 2, 2014, Association of American Law Schools, s. 161; Burton, s. 21.

⁴²⁹ Burton, s. 21.

⁴³⁰ Sözer, s. 170; Aktaş, “Pozitif”, s. 5.

boşluğun olması ihtimal değil kaçınılmaz bir durumdur.⁴³¹ Hukuk boşluğu, insanların kendilerini ifade edebilme kabiliyetlerinin yetersizliği (dilin sınırlılığı) nedeni ve kanunu düzenlerken yeterli özeni gösterememesi nedeni haricinde, toplumun dinamik yapısı ve teknolojik gelişmeler ile de alakalıdır.⁴³² Kimi zaman ise yasa koyucu boşluğu, genel bir kuralın tüm olayları kapsamasının mümkün olmaması nedeniyle hakime takdir yetkisi vermek amacıyla kasten bırakmaktadır.⁴³³ Ancak nezaket kuralları ve din gibi hukukun ilgilenmediği bir alanda, hukukun, o konu hakkında bir düzenleme yapmamış olması durumunda, hukuken bir boşluk olduğu anlamına gelmemektedir.⁴³⁴ Dolayısıyla kanun boşluğunun üç adet sebebinden bahsedebiliriz. Birincisi dilin söz konusu olayları kapsayacak şekilde bir norm inşa etmesi açısından kifayetsiz olması; ikincisi, toplumun dinamik yapısı; üçüncüsü birinci ve ikinci sebebin bilincinde olan yasa koyucunun bu boşluğu bilerek koymasıdır.

Kanun koyucunun her düzenlemediği mesele açısından bir kanun boşluğu olduğu düşünülmemelidir. Meselenin belirli bir kanun maddesinde düzenlenmemiş olması, her zaman boşluk olduğu anlamına gelmez. Kimi zaman kanun koyucu başka bir kurala atıf yapmaktadır. Kimi zaman ise kanun koyucunun açık bir atıf yapmasına gerek olmaksızın kanun sistematığı gereği zımnen böyle bir yollamaya gidildiği sezilebilmektedir.⁴³⁵ Böyle durumlarda yargıcın kıyas yapma ihtimali pek tabii yoktur. Zira hukuk alanında kıyas yönteminden söz edebilmek için, hakkında kanuni düzenlenme yapılmamış bir olay olması gerekir.⁴³⁶ Hâlbuki kanunun başka bir kurala atıf yapması, olay hakkında bir düzenlemenin olduğunu göstermektedir. Ancak yargıcın kıyas yapamaması burada kıyas yapılmadığını göstermez. Nitekim yasa koyucunun böyle bir atıf yaparken kıyas yöntemine başvurduğunu söyleyebiliriz.⁴³⁷

⁴³¹ Aktaş, “Pozitif”, s. 5; Joseph Raz, *The Authority of Law*, Clarendon-Oxford University Press, Reprinted 2002, s. 77.

⁴³² Aktaş, “Pozitif”, s. 1; Sözer, s. 170; Edis, s. 116-117; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 18. Baskı, İstanbul 2012, s. 104; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhankitabevi, 28. Baskı, Ankara 2008, s. 142.

⁴³³ Sözer, s. 170; Oğuzman/Barlas, s. 99-100.

⁴³⁴ Sözer, s. 170; Öztan, s. 145; Çiğdem Kırca, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *AÜHFD*, 50 (2001), s. 91; Edis, 124; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 102; Furtun, s. 65.

⁴³⁵ Aktaş, “Pozitif”, s. 10.

⁴³⁶ Edis, s. 144.

⁴³⁷ Öztan, s. 146.

Zira yasa koyucunun atfı hangi kurala yaptığı, kurallar arasındaki uygun benzerliğin tespit edilmesi ile meydana gelmektedir. Ayrıca kanun koyucunun yollama yapması, o hüküm hakkında konu ile alakalı bir düzenlemenin olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun düzenlenmemiş konu hakkında diğer bir kurala yollama yapmasıyla kıyas yapıldığı iddia edilebilir. Yapılan bu kıyası, yasama kıyası olarak adlandırmamız mümkündür.

Ayrıca kanun maddesinde bulunan her eksiklik nedeniyle boşluk olduğundan bahsedilemez.⁴³⁸ Kanun maddesini eleştirel yargılara göre değerlendirip boşluk tespit ettiğini iddia etmesi halinde (gerçek olmayan boşluk), yargıcın kanun koyucu gibi hareket ederek yeni bir kural ihdas etme ihtimali söz konusudur. Bu ise kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil eder. Ancak böyle bir eksiklikle karşılaşan yargıcın, Türk- İsviçre hukuk sistemlerinde genel kabul gören hakkın kötüye kullanılması aracını kullanarak sorunu çözmesi mümkündür.⁴³⁹

B. Kıyas Yönteminin Uygulamadaki Ön Şartı Olarak Boşluk Kavramı

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin kullanımı açısından boşluk kavramının önemli bir yeri vardır. Kural olarak kıyas yöntemi uygulaması, hukuk sisteminde bir boşluk söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir. Boşluk kavramını, kıyas yönteminin uygulaması açısından dörde ayırmamız mümkündür. Ancak doktrinde boşluk kavramını çeşitli açılardan ele alıp, farklı farklı sınıflandırma yapan yazarlar vardır. Çalışmamız açısından boşluk kavramı, kural içi boşluk, açık boşluk ve örtülü boşluk ve hukuk boşluğu şeklinde incelenecektir.

1. Kural İçi Boşluk- Kanun İçi Boşluk (İntra Legem)

Bu tür boşluklar, yasa koyucunun boşluğu bilinçli bir şekilde bırakması nedeniyle bilinçli boşluk olarak da adlandırılmaktadır. Kural içi boşlukta yazılı bir

⁴³⁸ Söz konusu durumda gerçek olmayan boşluktan söz edilebilir. Zira böyle bir durumda hukuk kuralının çözüm tarzı beğenilmemekte ve tatminkar bulunmamaktadır. Ancak bu durum yine gerçek boşluğun bir türü olarak görülen örtülü boşluk niteliğinde değildir. (Ancak kimi yazarlar örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluk olarak görmektedirler) Zira örtülü boşluk durumunda, söz konusu hükmün uygulanmasında açık ve ağır bir adaletsizlik mevcuttur. Bkz. Edis, 134.

⁴³⁹ Edis, 128-129.

düzenleme mevcut olup, yasa koyucu bunu bir çerçeve şeklinde belirlemiştir. Ancak bu çerçevenin içeriğini doldurma işlemi yargıca bırakılmıştır. Söz konusu boşlukta, doldurulması gereken çerçeve bir norm olması nedeniyle, burada geniş anlamda bir boşluktan bahsedilir. Kural içi boşluk, hâkime takdir yetkisi veren bir boşluk türüdür.⁴⁴⁰ Dolayısıyla kural içi boşluk, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin genel kullanımında aranan boşluk kavramı içerisine dâhil değildir. Zira kural içi boşluğun doldurulmasında söz konusu kuralın çerçevesinin genişletilmesi ya da aşılması söz konusu değildir. Hâlbuki genel olarak kıyas yönteminde, ele alınan kuralın sınırları aşılmaktadır. Ancak tüm bunlara rağmen kural içi boşluk söz konusu olduğunda boşluğun doldurulması için kıyas yöntemine başvurulamaz şeklindeki bir yaklaşım iddialı olur. Kimi zaman kural içi boşluğun doldurulmasında da kıyas yöntemine başvurmak mümkündür. Fakat bu konu bağlam bakımından “Kıyas Yönteminin Kıta Avrupası’nda İstisnai Tarzda Kullanımları” başlığı altında ele alınacaktır.⁴⁴¹

2. Açık Boşluk - Kanun Boşluğu (Praeter Legem⁴⁴²)

Açık boşluk, yasanın belirli çözüm getirmesi gereken bir soruna çözüm getirememesi durumunda oluşan bir boşluk türüdür. Böyle bir durumda eldeki olay, söz konusu yasal düzenlemenin ne lafzına bakılarak ne de onun yorumuyla ulaşılan sonuca göre çözülebilmektedir.⁴⁴³ Dolayısıyla varlık nedeni dikkate alındığında ilgili yasal düzenlemede, olması gereken bir kuralın yokluğu söz konusudur.⁴⁴⁴ Kıyas yöntemi için aranan boşluk kavramı ile kastedilen boşluk, açık boşluktur.⁴⁴⁵

Kıyas yöntemine başvurarak boşluğu doldurma işlemi, genellikle bir hukuk kuralına dâhil olmayan ihtilaflı olayı, benzerlik ilişkisi kurarak kapsamın içine dâhil

⁴⁴⁰ Aktaş, “Pozitif”, s. 14-15; Kırca, s. 93-94; Hatemi, s. 99-100; Edis, 132.

⁴⁴¹ Bkz. s. 125 vd.

⁴⁴² Sözer, “*Praeter Legem*”i yasanın metninden yola çıkarak, eldeki olayın çözülemeyeceği durumlarda, eksik kuralın tamamlanması ile oluşan yasaya bağlı yargıç hukuku anlamına geldiğini ifade etmektedir. Sözer, s. 200; Furtun ise kelime kökeninin latince olduğunu ve “*yasa yanında yer alan, yasaya uygun olmayan ancak aykırı da düşmeyen*” anlamına geldiğini dile getirmektedir. Furtun, s. 20, 42-43.

⁴⁴³ Kırca, s. 94.

⁴⁴⁴ Sözer, s. 179.

⁴⁴⁵ Furtun, 76.

edilmesi ile gerçekleşmektedir. Yani bu tür bir boşluğun varlığı kabul edildiği takdirde mahkemenin görevi, bu boşluğu, özünde birbirlerine benzer olan ihtilaflı olayları düzenleyen yasal bir hükmü kullanarak doldurmaktır.⁴⁴⁶ Peczenik bu konu ile ilgili, bir hukuk kuralının, sadece onun dilbilimsel (linguistic) anlamına göre değil, ayrıca uygun benzerlik bulunan olayları da kapsayacak şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁴⁷ Dolayısıyla düşünür, kıyas uygulamasının kaçınılmazlığını dile getirmektedir.

Hukukta açık boşluğun olduğu her alanda kıyas yöntemine başvurulması kabul edilmez. Nitekim ceza hukuku alanında “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereği, yine vergi hukukunda “kanunsuz vergi olmaz” ilkesi gereği, ihtilaflı olayın normun dahiline girmediği durumlarda, meselenin yargıç tarafından çözülmesine izin verilmemiştir.⁴⁴⁸ Ancak boşluğun çok olduğu idare hukuku alanında yargıcın çokça kıyas yöntemine başvurması mümkündür.⁴⁴⁹ Medeni hukuk alanında ise kanunda bizatihi yargıcın hukuk yaratabileceğine ve dolayısıyla kıyas yöntemine başvurabileceğine izin verilmiştir.

Bu tür boşluğun kıyas yöntemi ile doldurulması ile alakalı klasik bir örnek olarak TMK m. 507’yi gösterebiliriz. Düzenlemede terekesi borca batık miras bırakanın cenaze giderlerinin kimler tarafından karşılanacağı konusunda boşluk söz konusudur. Bu kanun boşluğunun doldurulması amacıyla TMK m. 364/365’te yer alan hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Söz konusu yasada iyi günde yardım nafakası ödemekle yükümlü sayılan yakınlar belirtilmiştir. Dolayısıyla kötü günde de bahsedilen yakınların yardım etme yani cenaze masraflarını giderme yükümlülükleri olduğuna karar verilmiştir.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ Koszowski, *Statutory*, s. 2.

⁴⁴⁷ Aleksander Peczenik/Gunnar Bergholz, *Statutory Interpretation in Sweden: Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, s. 338. Koszowski, *Statutory*, s. 2.

⁴⁴⁸ Edis, 119. Ancak Furtun’a göre vergi hukukunda verginin yasallığı ilkesi, vergi hukukunda kıyas yasağının var olması gerektiği anlamına gelmez. Dolayısıyla yazara göre vergi hukukunda boşluk dolduracak şekilde hâkimin hukuk yaratması mümkündür. (Furtun, s. 51).

⁴⁴⁹ Edis, 119.

⁴⁵⁰ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 112; Kırca, s. 94; Edis, 134, 143; Oğuzman/Barlas, s. 105,121; Öztan, s. 148,149; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 71.

3. Örtülü Boşluk- Gizli Boşluk

Örtülü boşluk, gerçek boşluk içerisinde değerlendirilmektedir.⁴⁵¹ Zira ortada gerçekten bir boşluk vardır. Aslında yasa koyucu, eldeki olayı kapsayacak bir düzenleme yapmıştır. Ancak düzenlediği kuralı gereğinden fazla geniş tutması nedeniyle düzenleme, yeterli ve tatminkar bulunmamaktadır.⁴⁵² Bu nedenle ortada gerçek bir boşluk vardır. Nitekim yargıç, bu boşluğu hukuk yaratma yoluyla amaca uygun bir sınırlandırma (teleolojik redüksiyon)⁴⁵³ ile dolduracaktır. Sonuç olarak örtülü boşlukta yargıcın doldurması gerektiği bir boşluğun varlığından söz edebiliriz.⁴⁵⁴

Örtülü boşluk ile açık boşluk arasındaki farkı, Öztan ve Serozan, ilkinde kural aksaklığı olduğunu diğerinde ise kural eksikliği olduğunu ifade ederek açıklamışlardır.⁴⁵⁵ Oğuzman/Barlas ise örtülü boşluğun olduğu durumda “kanunun sakatlığı veya yetersizliği” olduğunu ifade etmiştir.⁴⁵⁶ Bu boşluk türünde kural kapsamının gereğinden fazla geniş tutulması, adalete aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple örtülü boşluk türü, Peczenik’in sınıflandırmasına göre aksiyolojik boşluğu andırmaktadır. Nitekim Peczenik’e göre aksiyolojik boşluk, kuralın uygulanması halinde, etik problemlere yol açmaktadır.⁴⁵⁷

Örtülü boşluğa örnek olarak TMK m. 15’i gösterebiliriz. Düzenleme “*kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz*” şeklindedir. Ancak ayrık tutulmamış kimi durumlarda, adaletsiz neticeler meydana gelebilmektedir. Örneğin ayırt etme gücüne sahip

⁴⁵¹ Ancak kimi yazarlar, örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluk içerisinde değerlendirmektedir. Bkz. Aktaş, “Pozitif”, s. 20).

⁴⁵² Edis, 134, Kırca, s. 96; Aktaş, “Pozitif”, s. 20.

⁴⁵³ Kırca, amaca uygun sınırlandırmayı şu şekilde tanımlamıştır: “*Amaca uygun sınırlama (teleologische Reduktion veya Restriktion), kanunun amacı ile karşılaştırıldığında çok geniş kapsamlı, farklılaştırılmamış kelime anlamının, yorum yoluyla elde edilmiş düzenleme amacının (ratio legis’in) gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi veya bu alanla sınırlandırılmasıdır.*” Kırca, s. 98.

⁴⁵⁴ Kırca, s. 96; Aktaş, “Pozitif”, s. 20.

⁴⁵⁵ Öztan, s. 149; Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 108; Aktaş, “Pozitif”, s. 20.

⁴⁵⁶ Oğuzman/Barlas, s. 107.

⁴⁵⁷ Peczenik boşlukları, yetersizlik boşluğu (*insufficiency gap*), tutarsızlık boşluğu (*inconsistency gap*), belirsizlik boşluğu (*indeterminacy gap*) ve aksiyolojik boşluk (*axiological gap*) olmak üzere dört başlık altında incelemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aleksander Peczenik, *On Law And Reason*, Springer 2008, s. 18; Aktaş, “Pozitif”, s. 12.

olmayan birinin iş sözleşmesi yapıp bir işyerinde çalıştığını düşünelim. Kanunda belirtilen ayırık tutulan durumlar arasında ayırt etme gücü bulunmayan kişinin iş sözleşmesi yapması yoktur. Dolayısıyla böyle bir durumda yapılan sözleşme geçersiz olmaktadır. Bu ise kanunda belirtilen hükmün doğrudan bu şekilde uygulanması açık bir şekilde adaletsizliğe neden olmaktadır. Dolayısıyla kanun maddesinin amaca uygun sınırlandırılması yapılarak, ayırt etme gücü olmayan kişinin yerine getirdiği iş edimi nedeniyle talep edeceği ücretin verilmesine karar verilmelidir. Böylelikle ise boşluk doldurulmuş olmaktadır.⁴⁵⁸

Örtülü boşluğun doldurulmasında kıyas yönteminin kullanılabilmesi açısından farklı iki değerlendirme yapılabilir. İlk değerlendirme kıyas yönteminin örtülü boşluk doldurulmasında kullanılabilecek uygun bir yöntem olmadığıdır. Zira kıyas yöntemi, bir hükmün genişletilmesini sağlarken, örtülü boşluğun doldurulmasında hükmün çerçevesinin amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) yöntemi ile daraltılması amaçlanmaktadır. Her ne kadar örtülü boşlukta bir boşluktan söz etsek de bu boşluk niteliği itibarıyla kıyas yönteminde doldurulan boşluğun niteliğine uymamaktadır. Zira kıyas yöntemi açık boşlukları doldurmak amacıyla kullanılmaktadır.⁴⁵⁹

İkinci değerlendirmeye göre kıyas yöntemi, örtülü boşluğun doldurulmasında kullanılabilir. Her ne kadar örtülü boşluk, açık boşluk niteliğinde olmasa da ortada bir boşluğun varlığından söz edilmekte ve bu boşluğun doldurulması gerekliliği iddia edilmektedir. Bilindiği gibi örtülü boşluğun doldurulmasında amaca uygun sınırlandırıcı yorum kullanılmaktadır. Yani söz konusu hükmün çerçevesi kanunun amacı göz önünde tutularak daraltılmaktadır. Ancak bu daraltma işlemi için referans alınan temel nokta kimi zaman kıyasa neden olabilmektedir ki her iki yöntemde de (kıyas- amaca uygun sınırlandırma) kanunun amacı esas alınmaktadır.⁴⁶⁰ Zira yargıç, bir taraftan eldeki düzenlemeyi daraltmakta ise de diğer taraftan başka bir hükmün çerçevesini genişletmiş olabilmektedir. Bu nedenle bu açıdan örtülü boşluğun doldurulmasında kıyas yöntemine doğrudan olmasa da başvurulması mümkündür.

⁴⁵⁸ Aktaş, “Pozitif”, s. 20.

⁴⁵⁹ Kırca, s. 97.

⁴⁶⁰ Kırca, s. 99.

Örneğin taksitle satıma ilişkin tüketici yanlısı bir sınırlama, alım hakkıyla donatılmış bir kira sözleşmesi ile aşıldığında kıyas yöntemi ile amaca uygun sınırlandırma yöntemi kesişmektedir. Söz konusu durumda taksitle satım sözleşmesinin tüketici lehindeki şartlarından kaçmak maksadıyla işlem, kira sözleşmesi şeklinde yapılarak kanuna karşı hile yapılmaktadır. Kanuna karşı hileyi engellemek için yargıç ya kıyas yaparak yapılan sözleşmenin taksitle satım sözleşmesine uygun noktalarda benzer olduğunu ve bu nedenle meselenin çözümünde taksitle satım sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar verecektir. Ya da kira sözleşmesini, amaca uygun şekilde dar yorumlayıp söz konusu sözleşmenin bu kapsama dahil olmadığına karar verecektir. Dolayısıyla her iki durumda da kanuna karşı hile engellenmiş olunacaktır.⁴⁶¹ Sonuç olarak örnekte aslında kıyas yapılırken dolaylı olarak amaca uygun sınırlandırma da yapıldığı iddia edilebilir. Zira yargıç, taksitle satım sözleşmesinin çerçevesini genişletmekle, kira sözleşmesinin alanını da daraltmış olmaktadır. Kıyas yöntemi ile amaca uygun sınırlamanın kesiştiği diğer bir örnek olarak yine kanuna karşı hilenin yapıldığı kısa süreli iş sözleşmesi ile belirsiz süreli iş sözleşmesinin koşullarını dolanma gösterilebilir.⁴⁶² Böyle bir durumda işveren sözleşmeyi, işçinin bir takım haklardan (örneğin ihbar tazminatı) faydalanmasını engellemek için belirli süreli iş sözleşmesi olarak düzenleyerek kanuna karşı hile yapmaktadır. Yargıç, meselenin çözümünde yukarıdaki örnekte olduğu gibi ya kıyas yöntemine başvurarak sözleşmenin önemli noktalardan belirsiz iş sözleşmesine benzediğine ve bu nedenle meselenin belirsiz iş sözleşmesi hükümlerine göre çözülmesi gerektiğine karar verir. Ya da belirli süreli iş sözleşmesinin hükümlerinin amaca uygun olarak bakıldığında meselenin çözümüne uymadığına ve bu sebeple belirli süreli iş sözleşmesinin hükümlerinin amaca uygun sınırlandırması suretiyle olaya uygulanmaması gerektiğine karar verir.

⁴⁶¹ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 126. Serozan burada söz konusu yöntemlerin kesiştiğini dile getirmektedir.

⁴⁶² Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 126.

4. Hukuk Boşluğu- İlke Boşluğu (Extra Legem)

a) Hukuk Boşluğu Durumunda İlke Kıyası İle Hukuk Yaratma

Hukuk boşluğunda (extra legem boşluk), geniş anlamda yasa boşluğu veya ilke boşluğundan söz edilir. Geniş anlamda bir kanun boşluğunun yani hukuk boşluğunun⁴⁶³ tespit edilmesi halinde konu ile alakalı ihtilaflı bir olayın çözümünde hukuki kıyas- ilke kıyası uygulanmaktadır.⁴⁶⁴ Hukuk boşluğu ne yazılı hukukta ne de örf adet hukukunda ilgili olay ile alakalı bir hükmün bulunmadığı durumlarda oluşmaktadır.⁴⁶⁵ Böyle bir durumda yargıç, ilk olarak bir dizi kuraldan yola çıkıp bir ilke elde etmekte, sonrasında ise elde ettiği bu ilkeyi, hakkında düzenleme olmayan benzer gördüğü olaya uygulamaktadır. Dolayısıyla geniş anlamda bir boşluğun doldurulması amacıyla uygulanan kıyas yöntemi, aslında bilinen kıyastan farklı bir mantıksal işleyişe sahiptir. Zira bilindiği gibi kıyas yönteminde zihnin tikelden tikele gidişi söz konusudur. Hâlbuki ilke kıyasında tümevarım yoluyla bir ilke elde edilip, sonrasında bu ilkenin ilgili bir benzerlik görüldüğü olaya uygulanması söz konusudur.⁴⁶⁶

İlke boşluğuna örnek olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan bir mesele gösterilebilir. Türk Borçlar Kanunu'nda bir kısım sürekli borç ilişkilerinde taraflara, haklı sebeplerle bu ilişkiye son verme hakkı tanınmıştır. (TBK m. 435-639/b.7) Ancak bu genel bir hüküm olarak düzenlenmemiştir. Yani tüm sürekli borç ilişkilerinde geçerli bir haklı sebep olacak şekilde fesih imkanı tanınmamıştır. Dolayısıyla “kanunun ruhundan” faydalanılarak sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeple fesih imkanı verildiği kanaatine varılıp bir ilke oluşturmak mümkündür. Böyle bir ilke belirlenip, diğer sürekli borç ilişkilerinde de haklı sebeple sözleşmenin sona

⁴⁶³ Kimi yazarlar, hukukta boşluk kavramını kabul etmemektedirler. Bu görüşü savunan yazarlara göre hukukta boşluk ifadesi terminolojik olarak sıkıntılı bir kavramdır. Zira boşluk, pozitif hukukun bir eksikliğidir. Dolayısıyla, hukuk boşluğu tanımlaması terminolojik olarak doğru değildir. Ayrıca hukukta boşluk olsaydı, bazı ihtilaflar çözümsüz kalırdı. Halbuki çağdaş hukuk sistemlerinde, olaya uygulanacak hukuk kuralının olmaması nedeniyle, yargıca, hüküm vermekten kaçınma imkânı tanınmamıştır. (Aktaş, “Pozitif”, s. 17). Oğuzman/Barlas, s. 99.

⁴⁶⁴ Sözer, s. 200, 208-209; Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 115; Edis, 135.

⁴⁶⁵ Edis, s. 109; Aktaş, “Pozitif”, s. 7.

⁴⁶⁶ Sözer, s. 208-209; Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 115; Edis, 146, 149.

endirilmesi durumunda ilke kıyasının uygulandığı söylenebilir.⁴⁶⁷ Ancak yukarıda da belirtildiği gibi bu durumda kıyas uygulanırken yapılan zihni faaliyet, tikelden tikele giden bir işleyiş halinde değildir. Zira elde edilen ilkeye, tümevarım yöntemi ile varılmıştır. Ayrıca bu ilkenin diğer sürekli borç ilişkilerine “kıyasen” uygulanmasında da bildiğimiz kıyas yöntemine başvurulduğu söylenemez. Burada uygulanan yöntem tündengelim şeklinde oluşan tasımdır. Zira kıyas yönteminde karşılaştırılan ögeler arasında özdeşlik değil benzerlik aranmaktadır. Hâlbuki burada özdeşlik söz konusudur. Dolayısıyla eldeki olay, bulunan ilkenin doğrudan içerisinde yer almaktadır.⁴⁶⁸

Hukuki boşluk, sosyal bir ihtiyaç olmasına rağmen, ihtilaflı olaya uygulanabilir bir hukuk kuralı bulunmadığı zaman meydana gelmektedir. Bu tür bir boşluğa, genellikle dış boşluk (extra legem) da denilmektedir.⁴⁶⁹ Ayrıca bu boşluk, “evrimsel boşluk” veya “uyumsuzluk (inconsistency) boşluğu” şeklinde de nitelendirilmektedir. “Evrimsel boşluk” denilmesinin sebebi, değişen sosyal olgularla hukuk düzeninde ortaya çıkan belirsizliğin, yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmasına neden olmasıdır. “Uyumsuzluk boşluğu” şeklinde ifade edilmesinin sebebi ise, hukuk sisteminde belirli bir uyum ve bütünlük ihtiyacı olmasına rağmen, ihtilaflı olay hakkında yasal bir düzenlemenin olmamasından kaynaklanmaktadır.⁴⁷⁰

Sonuç olarak bu tarzda yapılan gerekçelendirmede uygulanan kıyasta, var olan kuralların doğrudan uygulanan alanı dışında etkisinin genişletilmesi söz konusudur.⁴⁷¹ Bu uygulama biçimsel adalet (formal justice) olarak adlandırılan ilkenin bir gereği olarak görülür. Zira biçimsel adalet ilkesi, benzer durumlarda olan şeylerin benzer muamele görmesi gerektiğini belirtir. Dolayısıyla kıyas yönteminin bu kullanımı,

⁴⁶⁷ Oğuzman/Barlas, s. 121.

⁴⁶⁸ Ancak burada kanunun ruhundan çıkarılan bir ilke ile hareket etmeyip, tek bir hükümden benzerlik kurulup hükmün diğer sürekli borç ilişkisine uygulanması durumunda kıyas yönteminin uygulanmasından söz edebiliriz. Böyle bir durumda ise gerçekten olağan kıyas yönteminden bahsetmek mümkündür.

⁴⁶⁹ Enrique Zuleta-Puceiro, *Statutory Interpretation in Argentina: Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, s. 38; Koszowski, *Statutory*, s. 1.

⁴⁷⁰ Koszowski, *Statutory*, s. 1.

⁴⁷¹ Raz, s. 199; Koszowski, *Statutory*, s. 2.

hukuk sistemindeki tutarlılık ve bütünlüğün sağlanması adına önemli bir rol oynamaktadır.⁴⁷²

Hukuk boşluğunun doldurulmasında kullanılan kıyas yöntemi, kısmen uygun kabul edildiği zamanlarda, hukuki gelişmenin hatta hukuk yaratmanın güzel bir örneği olarak görülmektedir. Örneğin Fransa, Almanya, Polonya, Finlandiya ve İtalya gibi Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin uygulandığı yerlerde bu şekilde algılanmaktadır. Ancak İngiltere ve ABD’de de ise kıyasın bu uygulaması daha az etkili görünmektedir. Zira bu ülkelerde uygulanan hukuk sisteminde, hakkında düzenleme bulunmayan bir olay, yine Common Law alanı içerisinde yer almaktadır. Çözüm ise herhangi bir hukuk kuralına değinmeksizin hukuk sistemi içerisinde var olan düzenlemeler çerçevesinde bulunmaktadır.⁴⁷³

b) Bir Hukuk Boşluğu Olarak Usuli (Teknik) Boşluk Kavramı

Teknik boşluk, belirli bir hukuk kuralının yokluğundan ziyade geniş çaplı bir boşluğun olduğu durumlarda meydana gelmektedir. Teknik boşluğa, gerçek boşluk, yapısal (constructional) boşluk, dikey (vertical) boşluk veya *sui generis* boşluk adları da verilmektedir.⁴⁷⁴ Bu tür bir boşlukta, hukuk sisteminde var olan geniş çaplı bir boşluk vardır. Örneğin Medeni Kanunda veya Ceza Kanununda bir bölüm teşkil edecek kuralların yer almaması şeklinde bir boşluk olması mümkündür. Böyle bir durumda boşluk, diğer bir bölüme atıf yapılarak doldurulmaktadır. Bu tür bir boşluğun en uç örneği, anayasal hükümlere veya başka bir alanda yer alan kanuna kıyaslanarak doldurulan boşlukları gösterebiliriz.⁴⁷⁵

Teknik boşluk, benzer amaçlara ve benzer uygulamalara hizmet etmesi dikkate alınarak uygun tüzük, yönetmelik veya kararname gibi diğer hukuki işlemlerin bulunması ve uygulanması ile gerçekleşmektedir.⁴⁷⁶

⁴⁷² Koszowski, *Statutory*, s. 2. Ayrıca bkz. s. 79.

⁴⁷³ Koszowski, *Statutory*, s. 2.

⁴⁷⁴ Koszowski, *Statutory*, s. 2-3.

⁴⁷⁵ Koszowski, *Statutory*, s. 2.

⁴⁷⁶ Koszowski, *Statutory*, s. 2.

Teknik boşluğun doldurulmasına örnek olarak, sakıncalı olmasına rağmen medeni usul hukukundaki bazı hükümlerin, ceza muhakemesinde düzenlenmemiş bir kurum için uygulanmasını gösterebiliriz.⁴⁷⁷

Türk Hukuk Sisteminde bu konu ile alakalı idare hukuku kapsamında yer alan disiplin hukukundaki bir takım boşluklar örnek gösterilebilir. Disiplin hukukunda tanığın yemin etmesi hususunda Devlet Memurları Kanunu (DMK) ve Askerlik Kanunu (AK) gibi birtakım kanunlarda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak özel hüküm bulunmayan durumlarda bir düzenleme eksikliği bulunması halinde, söz konusu boşluğun Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) ile doldurulması mümkündür. Bu şekilde yapılan bir doldurma işlemi için ise kıyas yönteminin uygulanacağı görülmektedir.⁴⁷⁸

Verilen örneklerde yapılan işlemlerin hepsi kıyas yöntemine başvurularak elde edilmektedir. Zira elimizde düzenlenmemiş bir mesele mevcuttur. Meselenin çözümü ise uygun benzerliklerin tespit edilmesi, farklı hukuk alanında yer alan hükümler çerçevesinde yapılmaktadır.

C. Olumsuz Cevap Araştırması (Yatay Sınırlandırma-Negative Answer Question)

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde her boşluk, yasanın kapsamına girmeyen yeni bir olayın varlığı neticesinde oluşan yasal boşluk olarak değerlendirilmemektedir. Yasanın kapsamına girmeyen olayın var olmasının yanında, yasanın amacının da bu olayı kapsaması ve belirli bir çözüm üretebilecek kapasitede bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile yargıç kıyası uygularken, yaptığı işlemin yasamanın yetki alanını ihlal etmemesi gerektiği bilinciyle hareket etmelidir. Bu sebeple gerekçesini “söz konusu yasanın, olayı dışlamak niyetinde olmadığı”na bina etmelidir.⁴⁷⁹ Belirtilen bu şartı, “olumsuz cevap araştırması (negative answer

⁴⁷⁷ Koszowski, *Statutory*, s. 3.

⁴⁷⁸ Veysel Candan Canoğlu, “Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat”, *TBB Dergisi*, 2018 (138), s. 234, 235, 243, 250.

⁴⁷⁹ Langenbucher, s. 483, 485.

question)'' olarak tanımlamak mümkündür.⁴⁸⁰ Yani yeni bir olaya doğrudan uygulanacak bir hukuk kuralının olmaması, her zaman yasal boşluğun olduğu anlamına gelmez. Zira kimi zaman yasa koyucunun, yasal düzenlemelerde bilerek boşluk bıraktığı durumlar bulunmaktadır. Böyle durumlarda ise ulaşılabilecek çözüme kıyas yöntemi ile değil, aksi ile kanıt yöntemi ile varılmaktadır.⁴⁸¹ Ancak bir görüşe göre eldeki olay hakkında ilgili hükmün istisnai nitelikte olması, olumsuz cevabın varlığını, yani söz konusu yasanın, olayı dışlamak niyetinde olduğunu her zaman göstermemektedir. Nitekim bu görüşe göre kimi durumlarda tahdidi (sınırlandırıcı) sayılmış bir hükmün kıyas yoluyla genişletilmesi mümkündür. Zira anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesine hizmet eden kıyas yönteminin uygulanmayacağı bir hukuk kuralı olmaması gerekir. Yine bu görüşe göre tahdidi sayımların varsayıldığı kurallar, belki de örnek vermek amacıyla yapılmış olabilmektedir. Meğerki yasa koyucu açıkça “sadece”, “yalnızca” gibi sınırlayıcı kavramlar koymuş olsun.⁴⁸² Bu görüş açısından örneğin Türk Hukuk Sisteminde Türk Medeni Kanununda mutlak butlan sebepleri sayılırken kıyası engelleyecek sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla istisna hükümlerine dayandırılarak kıyasın yapılamayacağına dair bir yasak yoktur. Neticede bu görüşe göre istisna hükümlerine kural olarak kıyas yöntemi uygulanması mümkündür.⁴⁸³

İstisnai hükümlere kıyas yönteminin uygulanması, kıyas yönteminin genel mantığı ile çelişmesi nedeniyle bir kısım yazarlarca makul görülmemektedir. Gözler’in de ifade ettiği gibi, böyle bir durumda ortada kıyasın uygulanmasını gerektirecek bir sorun yoktur.⁴⁸⁴ Kıyas yöntemi bilindiği gibi hakkında hüküm bulunmayan bir olaya, uygulanacak bir hükmün bulunması amacıyla yapılmaktadır. İstisnai hükmün uygulanmadığı yerde ise ortada olaya uygulanacak bir hükmün olmadığı söylenemez. Zira genel hüküm vardır.⁴⁸⁵

⁴⁸⁰ Serozan bu konuda ‘*yasada somut olaya uyan olumlu bir çözümün eksikliği yetmez; olumsuz bir çözümün eksikliği de gerekir*’ şeklinde bir açıklama getirmiştir. Bkz. Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 110.

⁴⁸¹ Langenbucher, s. 483.

⁴⁸² Sözer, s. 214-125.

⁴⁸³ Sözer, s. 215.

⁴⁸⁴ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 330.

⁴⁸⁵ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 330.

Kanaatimizce de “kural olarak” istisnai hükümlere kıyas uygulanmaz. Ancak bazı durumlarda, istisnai hükümlerde kıyas yönteminin uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Amaca göre sınırlandırma (teleolojik sınırlandırma) yönteminin uygulandığı durumlarda istisnai hükümlerde kıyas yöntemine başvurulması mümkündür. Amaca uygun sınırlandırma, söz konusu düzenlemenin, kanunun amacına göre bakıldığında çok daha geniş kapsamlı olması nedeniyle, düzenlemenin amacının gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi şeklinde yapılmaktadır.⁴⁸⁶ Örneğin bir genel hüküm vardır ve bu genel hükmü sınırlandıracak şekilde istisnalar getirilmiştir. Ancak getirilen istisnalar, düzenlemenin amacına göre bakıldığında eksik görülmektedir. Bu nedenle genel hüküm, olması gerekenden daha geniş nitelikte olup, kanunun amacına göre bakıldığında bazı olaylar açısından adaletsizliklere yol açıcı bir yapıdadır. Dolayısıyla yargıç, önüne gelen olayda genel hükme bir istisna getirerek amaca uygun daraltma yaptığında, aslında kıyasa da başvurmuş olmaktadır. Zira yargıç, istisnai hükümleri genişletmiş ve bu istisnai hükmü genişletirken ya düzenlenen istisnai hükümle bir benzerlik kurmuş ya da başka bir kanun maddesini elindeki olaya benzeterek kıyas yöntemini uygulamıştır. Sonuç olarak istisnai hükümlerde kural olarak kıyas yöntemine başvurulamamakta ise de bu durumun istisnaları mevcuttur.⁴⁸⁷

Olumsuz cevap araştırması kavramının temelinde kuvvetler ayrılığı düşüncesi vardır. Zira bir yasa koyucu, yasa yaparken belirli bir alanı etraflica kapsayacak şekilde düzenlemişse, yargıçların bu yasayı değiştirme veya düzeltme yetkileri yoktur. Diğer bir ifade ile yargıçların bir bahane bularak boşluk varmış gibi davranıp onu doldurma niyeti ile yeni bir yasama faaliyeti yapmaları engellenmiştir. Yargıçların görevi, sadece uygun yasal hüküm bulup uygulamaktır. Yargıç, uygun yasal hüküm bulduktan sonra, yasanın hazırlık aşamasındaki materyallerden ve anayasal değerlerden faydalanabilmektedir.⁴⁸⁸

Bazı durumlarda ortada yasal bir boşluk olduğu doğrudan anlaşılmakta ise de, kimi durumlarda boşluğun “yasal” bir niteliğe sahip bir boşluk olduğu belli

⁴⁸⁶ Kırca, s. 98.

⁴⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 172.

⁴⁸⁸ Langenbucher, s. 485.

olmamaktadır.⁴⁸⁹ Yasal boşluğun doğrudan anlaşıldığı durumlarda olumsuz cevap araştırması kolayca yapılıp, kıyasın uygulamasına geçilebilmektedir. Ancak yasal boşluğun doğrudan anlaşılmadığı durumlarda, olumsuz cevap araştırmasını yapmak önemlidir. Öncelikle yasal boşluğun kolayca anlaşıldığı duruma, sonrasında ise yasal boşluğun varlığının tartışmalı olduğu duruma bir örnek verilecektir.

Yasa koyucunun ihmali sonucu yasal bir boşluk oluşmasının doğrudan anlaşıldığı duruma, Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) yer alan bir örneği gösterebiliriz: Alman Medeni Kanununda yer alan hükme göre, bir eşyaya malik olan kişi, eşyasının bir şeyi engellemek adına kullanılmasının gerekli olduğu ve müdahale sonrası oluşacak zarar ile mevcut tehlikenin oluşturduğu zarar karşılaştırıldığında mevcut tehlike neticesinde oluşacak zararın daha fazla olduğu durumlarda, bu eşyanın kullanılmasını yasaklayamaz.⁴⁹⁰ Hükümün ikinci fıkrasında ise oluşan zararın kim tarafından tazmin edileceği açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Bu sebeple tehlikenin savuşturulması bir başkasını korumak amacıyla yapılmışsa, tazminat yükümlülüğünün kime ait olacağı tam olarak anlaşılamamaktadır.⁴⁹¹ Dolayısıyla söz konusu yasada bir yasal boşluktan söz edebiliriz. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için Langenbucher'in Larenz/Canaris'in "*Methodenlehre*" eserinden aldığı bir örneği gösterebiliriz:⁴⁹²

Örneğin ormanda geziye çıkan A, yırtıcı bir hayvanın saldırısına uğramıştır. A, tehlikeyi savuşturmak amacıyla o anda B'nin ormanda bulunan kulübesindeki küreği kullanmıştır. Böyle bir durumda B'nin eşyasında oluşan zararın tazmin edilmesinin A'ya ait olacağı hükmün ikinci fıkrasından açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Ancak A, B'nin eşyasını kendisini korumak için değil de C'yi korumak için kullandığında, oluşan zararın kim tarafından tazmin edileceği hükmün ikinci fıkrasından tam olarak anlaşılmamaktadır.⁴⁹³ İşte belirtilen hükmün ikinci fıkrasında yasal bir boşluk olduğu

⁴⁸⁹ Langenbucher, s. 483.

⁴⁹⁰ Langenbucher, s. 483.

⁴⁹¹ Türk hukuk sisteminde ise bu konuda bir boşluk söz konusu değildir. Nitekim TBK. m. 64/f. 2'de "*Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.*" denilerek, hakim her iki durumda da (yani kendisinin veya başkasının) hakkaniyete göre karar vereceği düzenlenmiştir. Oğuzman/Barlas, s. 346.

⁴⁹² Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft Dritte, neu bearbeitete Auflage*, Springer, Heidelberg 1995, s. 193; Langenbucher, s. 483.

⁴⁹³ Langenbucher, s. 483.

açık bir şekilde görülmektedir. Neticede yargıç, böyle bir durumda kimin sorumlu olduğuna karar vermelidir. Kararını ise eşya hukukunda yer alan diğer ilkeler ışığında bir çözüm geliştirerek gerekçelendirmelidir. Yargıcın verdiği karar, yasal boşluğun açık bir şekilde görülmesi nedeniyle itiraz edilebilecek bir nitelikte değildir.⁴⁹⁴ Dolayısıyla böyle bir durumda olumsuz cevap araştırması, çok fazla gündeme gelmemektedir. Zira hukuk sisteminin bu konu hakkında olumsuz bir düzenleme yapmadığı görülmektedir.

Kanun boşluğunun açık bir şekilde anlaşılmadığı birçok olayda ise yargıcın verdiği kararların meşruiyeti tartışmalı hale gelmektedir. Zira böyle bir durumda yargıcın bulduğu çözüme, davacı ya da davalı tarafından itiraz edilebilmektedir. Kanun boşluğunun açık bir şekilde anlaşılmadığı duruma, yine Alman Medeni Kanunu'nda eşya hukuku alanından bir örnek göstermemiz mümkündür. Kanunun 823. maddesinin ilk fıkrasına göre, “fiil, bir kimsenin bedeninin, sağlığının, özgürlüğünün, mülkiyetinin veya diğer haklarının tehlikede olması nedeniyle meydana gelmişse, haksız fiil hükümleri uygulanmaktadır.” Kanunda yer alan “diğer haklar” kısmının, özel hayatın gizliliği hakkını kapsamadığı bilinmesine rağmen, Federal Alman Mahkemesi bu hükmü geniş bir şekilde yorumlamış ve özel hayatın gizliliği hakkının tehlikede olması durumunda da verilen zararın, haksız fiil hükmü kapsamında değerlendirilmesine karar vermiştir.⁴⁹⁵ Ancak Alman Medeni Kanunu'nun 847. maddesinde ise haksız fiil neticesinde oluşan zararın tazmininin, yalnızca beden ve sağlık alanında zarar olduğu veya kişinin hürriyetinden yoksun kaldığı durumlarda talep edilebileceği belirtilmiştir. Yani özel hayatın gizliliği hakkının bu kapsamda belirtilen sınıflandırmalar içerisine açık bir şekilde girmediği görülmektedir. 253. maddede ise genel kural olarak, manevi ve ekonomik olmayan zararların tazmininin sadece kanunda belirtilmiş durumlarda söz konusu olabileceği belirtilmektedir.⁴⁹⁶ Dolayısıyla burada yasal bir boşluğun olup olmadığı tartışmalıdır.

⁴⁹⁴ Langenbucher, s. 483.

⁴⁹⁵ BGHZ 13, 334.

⁴⁹⁶ Langenbucher, s. 484.

Örneğin A şahsının at üstünde gizlice çekilmiş fotoğrafı, cinsel güç artırıcı ilaç reklamında izinsiz kullanılmıştır.⁴⁹⁷ Bunun üzerine A şahsı, maddi zarara uğramamasına rağmen, yapılan eylemden acı çektiğini belirterek tazminat talep etmiştir. Ancak açıkça görülmektedir ki olay, 847. maddede yer alan hüküm kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla ilk bakışta olaya, kanunun olumsuz cevap verdiği görülmektedir. Yani 847. madde, olayı tazminat yükümlülüğü kapsamında değerlendirmemektedir. Ayrıca 253. madde de olumsuz cevap verildiğini onaylar niteliktedir. Çünkü olaydaki zarar açık bir şekilde kanunda düzenlenmemiştir. Buna rağmen Alman Mahkemesi sonuç olarak bir olumsuz cevap varlığını reddetmiştir.⁴⁹⁸ Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi’nde de bu tür davalarda manevi zararın tazminat gerektirdiği belirtilmiştir. Zira Alman Anayasası’nın birinci ve ikinci maddelerinde insan onuru ve kişisel özgürlüğün etkili bir şekilde korunması gerektiği belirtilmektedir. Manevi zarar açısından tazminat yükümlülüğünün tamamen reddedilmesi, anayasal standartların yerindeliği açısından uygun düşmediği için, bu hakların anayasal düzeydeki önemli konumu sebebiyle karar, bu şekilde verilmiştir. Dolayısıyla 253. madde, olumsuz cevap verdiği yönünde yorumlanmamıştır.⁴⁹⁹ Yani eldeki olay, hakkında kanuni bir düzenlemenin var olması sebebiyle, “kanun koyucu tarafından bilerek dışlanması gibi bir durum olmadığı” şeklinde yorumlanmıştır. Sonuç olarak eldeki olayın çözümü sırasında, ekonomik olmayan zararları belirten norma kapalı bir kıyas⁵⁰⁰ (close analogy) yapılmış ya da olayda yer alan değer, anayasal koruma içeren değerler kapsamında olduğu belirtilerek hüküm verilmiştir.⁵⁰¹

Yukarıda bahsedilen örnekler göstermektedir ki yeni bir olayın yasanın kapsamına girmemesi, bizzat bir yasal boşluk olduğu anlamına gelmemektedir.

D. Kıyas Yönteminde Anayasal Sınırlandırma (Dikey Sınırlandırma)

Yasamanın üstünlüğü ilkesi ile yargısal eylemler arasındaki ilişki, kuvvetler ayrılığı ilkesine bağlı olarak kıyas yönteminin sınırlı bir alanda uygulanması

⁴⁹⁷ BGHZ 26, 394.

⁴⁹⁸ BverfGE 34, 269.

⁴⁹⁹ Langenbucher, s. 484.

⁵⁰⁰ Kapalı kıyas hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lamond, s. 567.

⁵⁰¹ Langenbucher, s. 485; Ayrıca bkz. Sözer, s. 197.

gerektiğinin belirlenmesi ile daha açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Kıyas uygulamasının sınırlandırılması, iki şekilde meydana gelmektedir. Birinci sınırlandırma, kanunun içinde bizatihi bulunan sınırlandırmadır. Bu sınırlandırma, “olumsuz cevap araştırması” kavramı ile açıklanmıştır. İkinci sınırlandırma ise yukarıdan gelen bir sınırlandırmadır. Yani bu sınırlandırma, normlar hiyerarşisinde kanunun üstünde yer alan herhangi bir anayasal hükmün, kıyasın uygulanması açısından bir engel teşkil etmesi ile oluşmaktadır.⁵⁰² Anayasal sınırlandırmada, kanunlar seviyesinde bir sınırlandırmaya tabi olmamasına rağmen, yüksek seviyedeki temel hakların ihlal edilip edilmemesine bakılır. Bu bakımdan temel olarak iki anayasal sınırlandırmadan bahsedilebilir. Birinci sınırlandırma, ceza hukukunda yer alan kanunsuz suç ve ceza olmaz (nulla poena sine lege) ilkesine dayanmaktadır.⁵⁰³ İkinci sınırlandırmaya ise hukuk devleti (the rule of law) kavramı ile bir çatışma olması durumunda karşılaşılmaktadır.⁵⁰⁴ Bu iki anayasal sınırlandırmanın ortak özelliği ise her ikisi de temel hakların ihlal edilmesi söz konusu olduğunda gündeme gelmiş olmasıdır.⁵⁰⁵ Dolayısıyla anayasal sınıflandırmadan maksat kıyasın kişi hak ve özgürlükleri kısıtlayan bir araç olarak kullanılmamasıdır.

Anayasal sınırlandırmaya vergi hukuku alanından bir örnek gösterilebilir. Vergi dairesinin vergi koyması, açıkça yasaklanmıştır. Hiçbir yargıç da kanunda belirlenen sınırların dışında bir vergilendirme yapmaya yetkili değildir.⁵⁰⁶ Dolayısıyla vergi hukukunda bu konu hakkında yargıçlar kıyas yöntemine başvurarak yetkilerini genişletemezler.⁵⁰⁷

Alman Anayasası’nın 103. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği, kimse belirli bir kanun hükmü bulunmadan cezalandırılmaz. Bu sebeple hiç kimse ceza hukuku alanında bir yasal hükmü, benzer olayları

⁵⁰² Langenbucher, s. 485.

⁵⁰³ Peczenik, *Continental*, s. 333; Langenbucher, s. 485.

⁵⁰⁴ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 55.

⁵⁰⁵ Langenbucher, s. 485.

⁵⁰⁶ Ancak Alman Federal Yüksek Vergi Mahkemesinin 1983 tarihli verdiği kararda vergi yükünü artıracak şekilde yapılan bir hukuk yaratma işleminin hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. Verilen kararda vergi hukukunun diğer idari dallarla aynı konumda yer aldığı ve bu sebeple vergi hukukunda kıyas yasağından söz edilemeyeceği dile getirilmiştir. Furtun, s. 21.

⁵⁰⁷ Langenbucher, s. 486.

kapsayacak şekilde kıyasen genişletemez. Kıyas alanındaki bu sınırlandırmayı bir örnekle açıklamak mümkündür. Alman Ceza Kanunu'nda hırsızlığın bir suç olarak düzenlendiği 242. maddeye göre bir kimsenin eşyasını-malını çalan kimse cezalandırılmaktadır. Peki güç kaynağından illegal bir şekilde elektrik elde eden bir kimsenin bu hüküm altında değerlendirilip hırsızlık suçunu işlediği kabul edilecek midir? Bu hükmün elektriğin elde edilmesini kapsayacak şekilde değerlendirilmesi çok ikna edici değildir. Elektrik ve maddi şeyler arasındaki bir benzerliğe dayanarak, hüküm eldeki olaya uygulanabilir. Ancak bu durumda da hukuka aykırı bir şekilde yeni bir normun oluşturulması ile kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin ihlal edilmesi anlamına gelir. Bu sebeple verilecek olan karar, hukuki olarak kabul edilemez.⁵⁰⁸

Nitekim Alman Yargıtay'ı bu konu hakkında elektrik enerjisinin, taşınabilir bir mal niteliğinde olmaması nedeniyle gerçekleştirilen eylemin hırsızlık suçu kapsamına girmediğine karar⁵⁰⁹ vermiştir.⁵¹⁰ Aynı şekilde Fransız Yargıtay'ının da bu doğrultuda karar verdiği bilinmektedir.⁵¹¹ Nitekim Türk Yargıtay'ı ise elektriğin taşınabilir bir mal olduğunu ve bu sebeple söz konusu suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 25.10.1976 tarihinde verdiği bu kararda, kıyasa başvurulmadığı, sadece genişletici yorum yapıldığı ifade edilmiştir.⁵¹² Ancak doktrinde genel kanaat, bu kararın kıyas yasağının delinmesi olarak görülmektedir.⁵¹³ Yargıtay kararının tartışmalara sebep olması nedeniyle 3756 sayılı Kanun ile elektrik hırsızlığının hırsızlık suçu içerisinde yer aldığına dair bir fıkra eklenmiştir. Sonrasında ise elektrik hırsızlığı, karşılıksız yararlanma suçu kapsamında tamamen yeni bir başlıkta düzenlenmiştir.⁵¹⁴

⁵⁰⁸ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 29; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım-I*, (Çev: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe), Adalet Yayınları, Ankara 2014, s. 23; Langenbucher, s. 486.

⁵⁰⁹ RGSt 32, 165.

⁵¹⁰ Heinrich, s. 23; Baytaz, s. 341.

⁵¹¹ Baytaz, s. 341.

⁵¹² YCGK'nun 25.10.1976 Tarih, 1976/6-433 Esas ve 1976/444 Karar No'lu Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (E.T. 04.04.2020); Baytaz, s. 341.

⁵¹³ İzzet Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 120-121; Koca/Üzülmez, s. 59; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler m. 1-75*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 67; Baytaz, s. 342; Hakeri, s. 29.

⁵¹⁴ Baytaz, 342-343.

Alman Anayasası'nın 20. maddesinin 3. fıkrası, ceza hukukunda kıyas uygulamasının yasaklanması ile doğrudan ilişkilidir. Belirtilen hükümde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Bu ise doğrudan kuvvetler ayrılığı ilkesi ile alakalıdır. Zira söz konusu hüküm, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca seçimle gelmiş bir meclis tarafından kanunla sınırlandırılabilmesini belirtmektedir. Dolayısıyla yargıcın görevi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile alakalı bir hüküm verirken, sadece belirlenen yasayı uygulamaktır. Yargıcın bu konuda kıyas yoluyla yeni bir kanun ihdas etmesi mümkün değildir.⁵¹⁵

Anayasamızda da, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. Bu husus Anayasamızın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*” şeklinde belirtilmiştir. Bu maddede yer alan hüküm açıkça kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, ancak yasal dayanağa başvurulmasıyla mümkün olup, kıyas yönteminin kullanılması ile hükmün genişletilmesi bu bakımdan meşru görülmemiştir.

E. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Kıyasın Uygulanışı

Bir yargıç, yasada gerçek bir boşluğun olduğunu belirleyip, anayasal bir sınırlandırmanın da olmadığına karar verdiği zaman, son aşama olarak eldeki olay ile belirlediği kanun hükmü arasında uygun bir benzerliğin olup olmadığını tespit eder. Bu aşamada yer alan akıl yürütmede daha çok, kıyas yönteminin mantık alanındaki yönü ön plandadır. Dolayısıyla bu aşamada Kıta Avrupası Hukukundaki yargıç ile Common Law (Case Law) yargıcı birbirine yaklaşılmaktadır. İlki, kanunda tanımlanan olay ile eldeki olay arasında benzerlik kurmaya çalışırken; diğeri, yeni olay ile belirlenen emsal karar arasında benzerlik kurmaya çalışmaktadır.⁵¹⁶

⁵¹⁵ Langenbucher, s. 486.

⁵¹⁶ Langenbucher, s. 487.

Kıyas yönteminin Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki görünümü, mantık bilimindeki kıyasın yapısına benzemektedir. Ancak diğer bilimlerde kullanılan kıyas ile hukukta kullanılan kıyasın bir takım farklılıkları vardır. Hukuk biliminde kullanılan kıyas yönteminde, bir ögeye belirli bir normun uygulanabilirliği, onun deontik (ödev yükleyen⁵¹⁷) niteliğini göstermektedir.⁵¹⁸ Diğer bilimlerde ise kıyas yöntemi ile elde edilen sonuç, daha çok karşılaştırılan ögelerin fiziksel özelliklerine dayalıdır ve betimleyici (*descriptive*) bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla hukukta kullanılan kıyas yöntemi, emredici (*prescriptive*) bir kararı doğrulamak için kullanıldığı için, diğer bilimlerde kıyas yöntemi ile elde edilen bulgular (*findings*) gelişigüzel hukuka aktarılamaz. Sonuç olarak hukukta yer alan kıyas yöntemi, betimleyici olmaktan ziyade normatiftir.⁵¹⁹

Hukuk alanında kullanılan kıyas yönteminin yapısı şu şekilde gösterilebilir:

Önerme 1: Ax

Önerme 2: Bxy

Sonuç Önermesi : $(Ax \wedge Bxy) \rightarrow Ay$ ⁵²⁰

Kıta Avrupası Hukuku Sisteminde x ögesi, hukuk kuralında yer alan olayın, soyut yasal tanımlamasıdır.⁵²¹ Burada x özelliği, deontik bir niteliğe sahiptir. A ise bu tanımlamanın hukuki sonucunu göstermektedir. İkinci önermede, yasanın ihmal ettiği y olgusunun, x olgusuna benzer olduğu gösterilmektedir. Sonuç önermesinde ise eşit işlem ilkesine başvurulmaktadır.⁵²²

⁵¹⁷ Atalay, s. 25.

⁵¹⁸ Perelman, hukuksal önermelerin, deontik mantık dalında biçimlendirilmiş ve çözümlenmiş kavramları içerdiğini ifade etmektedir. Chaim Perelman, “Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı”, (Çev: Tuğba Ballıgil), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 52, Sayı 1-4, s. 702; Işıktaç/Metin’e göre ise soyutlama alanında varlığın iki farklı yüzü vardır. Bunlar ontik ve deontik alanlardır. Fizik kimya, biyoloji gibi doğa bilimleri ve sosyoloji, ekonomi ve tarih gibi sosyal bilimler ontik alanda yer alırken, etik, estetik, sanat ve hukuk ve mantık deontik alanda yer almaktadır. (Işıktaç/Metin, s. 114). Bu konuda ayrıca bkz. Işıktaç/Metin, s. 111, 121.

⁵¹⁹ Langenbucher, s. 488.

⁵²⁰ Langenbucher, s. 488.

⁵²¹ Langenbucher, s. 488; Furtun, s. 32.

⁵²² Langenbucher, s. 488.

Kıyas yönteminde bilindiği gibi, karşılaştırılan ögeler arasında birçok açıdan sayısız benzerlik olabilmesi nedeniyle, asıl aranan şey uygun benzerliktir.⁵²³ Yasanın kıyas yöntemine başvurularak eldeki olaya uygulanması sırasında, uygun benzerlik tespit edilirken, yasanın amacının (ratio legis) belirlenmesi büyük önem arz eder.⁵²⁴ Zira yasanın amacı, uygun benzerliğin tespit edilmesinde temel ölçü (standard) olarak kabul edilmektedir.⁵²⁵ Örneğin bir yasada halka açık parklarda taşıtların kullanımından bahsedilmektedir. Ancak yasada belirtilen taşıt kavramı içerisinde bisikletin dahil olup olmadığı bilinmemektedir.⁵²⁶ Dolayısıyla bisiklet, normun gölgeli alanında yer almaktadır.⁵²⁷ Yargıcın bu konu hakkında karar verebilmesi için, yalnızca araba ile bisiklet arasında (tekerlerin olması, insanları taşıması vb.) ortak benzerlikleri listelemesi yeterli değildir. Zira makul bir karara varılabilmesi için, ilgili yasal hükmün *ratio legis*'i ışığında hareket edilmesi gerekmektedir.⁵²⁸ Dolayısıyla *ratio legis*'in içeriği, kıyas yöntemi açısından önemlidir.⁵²⁹

Örnekte belirtilen yasadaki *ratio legis*'in içeriğine bağlı olarak yapılan kıyas da farklı olacaktır. Yasa koyucu bu düzenlemeyi birçok farklı amaçla yapmış olabilir.⁵³⁰ Birinci ihtimalde düzenleme, yayaların gürültüden rahatsız olmaması amacıyla yapılmış olabilir. İkinci ihtimal olarak, motorlu taşıtların çıkardığı egzoz nedeniyle böyle bir düzenleme yapılmış olabilir. Üçüncü ihtimalde, bu yasaklamanın yayaların yürüyüşünü engellediği için konulmuş olabilir. Başka bir ihtimalde taşıtlar, yayaların hayatını tehlikeye atacak kadar hız yapabilmesi nedeniyle düzenlenmiş olabilir.⁵³¹

⁵²³ Sunstein, s. 774; White, s. 572; Eco, s. 41; Langenbucher, s. 488.

⁵²⁴ Ancak kanun koyucunun niyetinin tam olarak belirlenebilmesi tartışmalı bir konudur. Zira her hangi bir kişinin bir konudaki niyetinin belirlenebilmesi görece kolay olsa da, bir grup insanın toplu bir şekilde niyetinin belirlenmesi zordur. Bu bakımdan bir kısım yazarlar, kanun koyucunun (parlamentonun) niyetinin belirlenemeyeceğini iddia ederler. (Bkz. Dinç, s. 209-210, 233; Marmor, s. 129; Işıқтаç/Metin, s. 220).

⁵²⁵ Langenbucher, s. 488.

⁵²⁶ Hart, *Concept of Law*, s. 126; Marmor, s. 96.

⁵²⁷ İspir, s. 232.

⁵²⁸ Yasa koyucunun bu yasada bisikleti dahil edip etmemesiyle ilgili şu ihtimaller söz konusudur:

a) Bisiklet, yasa düzenlenirken öngörülmemiş olabilir.

b) Yasa koyucu, bu konu hakkında yargıca takdir yetkisi vermiş olabilir.

c) Son ihtimal olarak, bisikletin bu kapsamda değerlendirilmesi konusunda yasa koyucunun net bir tavrı olabilir. Marmor, s. 129; Işıқтаç/Metin, s. 220.

⁵²⁹ Langenbucher, s. 488.

⁵³⁰ Işıқтаç/Metin, s. 219.

⁵³¹ Işıқтаç/Metin, s. 219.

Belirtilen ihtimaller dışında da birçok olasılık sayılabilir.⁵³² Dolayısıyla Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde yasal boşluğun varlığında uygulanacak kıyas yönteminde, amaçsal benzerliğe dayanan bir akıl yürütme söz konusudur.⁵³³

Kıyas yönteminde *ratio legis*'in temel ölçü olarak kabul edildiği durumlara örnek olarak Alman Özel Hukukunda yer alan bir hüküm gösterilebilir: Alman Medeni Kanunu madde 463, satış sözleşmesinde kusurlu davranış neticesinde oluşan zarar hakkındadır. Maddenin birinci fıkrasında, garanti kapsamındaki malda oluşan zarar sonrası sorumluluk düzenlenmiştir. İkinci fıkrası ise satıcının satılan maldaki kusuru kasten gizlemesi durumunda oluşacak sorumluluk hakkındadır. Ancak kanun metninde satıcının, sattığı mal hakkında, olmayan bir özelliği varmış gibi söylemesi neticesinde oluşan sorumluluk düzenlenmemiştir.⁵³⁴

Örneğin bir satıcı, arabasının motorundaki arızasını gizlemiş ve arabasını müşteriye satmıştır. Bu durumda satıcının, madde 463'ün ikinci fıkrası gereği sorumlu olduğu açıktır. Fakat arabasında öyle bir özellik olmamasına rağmen koltuk ısıtmasının olduğunu iddia ederek arabayı müşteriye sattığı durumda, satıcının sorumlu olduğunu 463. maddenin ikinci fıkrası kapsamına sokarak tespit edemeyiz. Zira böyle bir olayda, satıcının sattığı mal hakkında kusurlu bir durumu gizlemesi söz konusu değildir. Dolayısıyla satıcı, malda bulunan kusur nedeniyle sorumlu tutulamaz.⁵³⁵ Yargıç, önüne gelen böyle bir olay karşısında, öncelikle bir yasal boşluğun olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Söz konusu olayın kanunda değinilmediği açık bir şekilde görülmektedir. Ayrıca kanunun bu olayı kasten dışlamış olduğuna dair bir bilgi de yoktur. Yargıç, kanunu yorumlayarak olumsuz cevabın yokluğuna ulaşmaktadır. Dahası, parlamento kayıtlarına ve tutanaklarına bakıldığında (legislative history)⁵³⁶, satıcının bilerek bu tür bir hile ile satış yapmasının serbest olduğunu destekleyecek bir hükme de rastlanılmamaktadır. Nihayetinde kanunun

⁵³² Diğer ihtimaller için bkz. Işıқтаç/Metin, s. 219.

⁵³³ Langenbucher, s. 488.

⁵³⁴ Langenbucher, s. 489.

⁵³⁵ Langenbucher, s. 489.

⁵³⁶ Gözler bu kavramı teşrii tarih, yasama tarihi olarak çevirmiştir. Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 293.

genel amacında bu tür bir olayı meşrulaştıracak bir belirti mevcut değildir.⁵³⁷ Dolayısıyla olayımız açısından yasal bir boşluğun mevcut olduğu görülmektedir.⁵³⁸

Alman Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan boşluğun kıyasen doldurularak olayın çözüme kavuşturulması için ayrıca, anayasal bir sınırlandırma olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan söz konusu olay açısından temel hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı bir durum olmadığı için anayasal bir sınırlandırmanın da yokluğu anlaşılmaktadır.⁵³⁹

Tüm bu şartlar belirlendikten sonra yargıç, yasal hüküm ile eldeki olay arasında uygun benzerlikleri tespit etmeye çalışmaktadır. Bu kapsamda satılan malda olmayan bir özelliğin kasten var gibi gösterilmesinin, bilerek maldaki kusurlu bir durumu gizlemek ile benzer olup olmadığı araştırılır. Araştırma neticesinde verilecek cevap, olumlu olacaktır. Zira her iki olay için de satış sözleşmesinde, satıcının neden olduğu bir yanlış anlaşılma söz konusudur.⁵⁴⁰ Dolayısıyla 463/2'nin *ratio legis*'i, "satıcının, alıcının bilgisizliğinden kasten bir yarar elde etmek" olarak belirlemek mümkündür. Bu bakımdan her iki olay da (arabanın hasarlı olduğunun satıcı tarafından gizlendiği olay ile arabada olmadığı halde koltuk ısıtmasının var olduğunun iddia edildiği olay) birbirine benzemektedir. Yasal sorumluluk açısından her iki olayda da hatadan elde edilen fayda mevcut olduğu için, uygun benzerlikten bahsedilebilir. Dolayısıyla sonuçta yargıç, kıyas kullanarak 463/2 kapsamında satıcının sorumluluğuna karar vermelidir.⁵⁴¹

⁵³⁷ Langenbucher, s. 489.

⁵³⁸ Türk Hukukunda ise bu konuda bir boşluk olduğunu söyleyemeyiz. Zira Tüketici Kanunu'nun 8. maddesinde "*Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması halinde ... sözleşmeye aykırı olan maldır.*" ifadesi ile böyle bir durumda sorumluluğun olduğu düzenlenmiştir.

⁵³⁹ Langenbucher, s. 489.

⁵⁴⁰ Langenbucher, s. 489-490.

⁵⁴¹ Langenbucher, s. 490.

III. KIYAS YÖNTEMİNİN KİTA AVRUPASI'NDA İSTİSNAİ TARZDA KULLANIMLARI

A. Emsal Kararlarda Kıyas Yönteminin Uygulanması

1. Genel Olarak Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Emsal Kararlarda Kıyas Yönteminin Uygulanması

Geleneksel Kıta Avrupası Hukukunda bilindiği gibi kural odaklı kıyas yöntemi uygulanmaktadır.⁵⁴² Bu sistemde istisnai olarak Common Law Sistemindeki gibi kıyasın, olay odaklı kullanımları da mevcuttur. Ancak Langerbucher'e göre bu istisnai uygulama, Kıta Avrupası'nda yazılı bir yasal hüküm çerçevesinde uygulanan kıyas şeklinde cereyan etmediğinden, "kıyas" olarak nitelendirilmemektedir.⁵⁴³

Bir hukuk normunun belirsiz bir şekilde ifade edildiği yerde akıl yürütme, olay ekseninde cereyan eder. Zira böyle bir durumda yargıç, belirsiz normun anlamını somutlaştırmak için ilgili gördüğü her bir olayı tek tek incelemesi gerekir. Yargıcın bu şekilde belirsiz olan normu yorumlaması, Common Law'da uygulanan kıyas yöntemine benzemektedir. Zira Common Law'daki kıyas yönteminde süreç, emsal kararlar ışığında eldeki olayı çözümlemek şeklinde işlemektedir.⁵⁴⁴

Bu istisnai uygulamaya, Alman Anayasa Mahkemesi'nin (Bundesverfassungsgericht) içtihatlarından örnekler göstermek mümkündür.⁵⁴⁵ Alman Anayasasının 5. maddesinde "herkes, söz, yazı ve simge ile düşüncesini ortaya koyma hakkına sahiptir" ibaresi ile ifade özgürlüğü koruma altına alınmıştır. Hükümde "düşünce (opinion)" kavramı, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek birçok yerde karşılaşılabileceğinden dolayı kasten belirsiz bırakılmıştır. Mahkemenin görevi ise bu temel hakkın sınırını, içeriğini ve kapsamını belirlemek için adım adım ilerleyerek söz konusu belirsizliği ortadan kaldırmaya çalışmaktır.⁵⁴⁶ Belirsizliği

⁵⁴² Joseph Dainow, "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, No. 3 (1966 - 1967), Oxford University Press, s. 427, 431; Langenbucher, s. 496.

⁵⁴³ Langenbucher, s. 496.

⁵⁴⁴ Langenbucher, s. 496.

⁵⁴⁵ BverfGE 12, 205, at p. 260, 61, 1, at p.8, 85, 23, at p. 31.

⁵⁴⁶ Langenbucher, s. 496.

ortadan kaldırmaya çalışırken mahkeme, genel bir ilkeden kural oluşturmaya çalışan Common Law mahkemesi gibi hareket etmektedir. Ancak buradaki temel farklılık, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan yargıcın, emsal kararlara göre değil, yazılı anayasal hükme göre hareket etmesidir. Zira Kıta Avrupasında uygulanan kıyas yöntemi kural esaslı kıyastır.⁵⁴⁷ Dolayısıyla bu sistemde yargıcın, geniş anlamda kanun metinlerine yani yasama tarihine (legislative history) ve anayasanın ruhuna bağlı olduğu görülmektedir.⁵⁴⁸

Önceki kararlardaki ifade özgürlüğü ilkesinin yorumlanma şekli, yukarıda belirttiğimiz geleneksel yorum yöntemlerine (yasama tarihine ve anayasanın ruhuna göre sorunları çözümlemesine) ek olarak düşünülebilir. Başlangıçta “düşünce” kavramı, kişisel görüş ve inancın (idea) karışımı olarak tanımlanmıştır.⁵⁴⁹ Sonrasında ise m. 5, “düşünce” kavramına girmeyen olguların madde kapsamına dâhil edilmesi ile genişletilmiştir. Bir ileri aşamada m. 5’in, “düşünce”nin ön koşulu olarak değerlendirilen söz konusu olguları da koruduğuna karar verilmiştir.⁵⁵⁰ Günümüzde ise görünürde sözlü, yazılı ya da simgesel olmasa dahi mahkemenin “düşünce” kavramını geniş yorumlayarak⁵⁵¹ bu kapsamda birçok fiili de koruduğu bilinmektedir.⁵⁵² Dolayısıyla madde beş kapsamına neyin dahil edilip neyin dahil edilmeyeceğine karar verilebilmesi için muhakemenin olay odaklı olması gerekmektedir.⁵⁵³

Bu kapsamda uygulanan kıyas yönteminin bir işlevi, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde belirsiz normların uygulanmasında hukuki belirliliği sağlamaktır. Eğer bir olay, emsal karara benzer ise Kıta Avrupası yargıcı genellikle o alanda yapılmış yorumsal çalışmayı tekrarlamak yerine önceden verilmiş kararlara başvurur. Ancak bu durum, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde uygulamada nadir görülmektedir.⁵⁵⁴

⁵⁴⁷ Langenbacher, s. 505, 519

⁵⁴⁸ Langenbacher, s. 496; Köküarı, s. 38.

⁵⁴⁹ BverfGE 12, 205.

⁵⁵⁰ BverfGE 61, 1, at p. 8.

⁵⁵¹ BverfGE 85, 23, at p. 31.

⁵⁵² Reyhan Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s. 11.

⁵⁵³ Langenbacher, s. 496.

⁵⁵⁴ Langenbacher, s. 496.

2. Türk Hukuk Sisteminde Emsal Kararlarda Kıyas Yönteminin Uygulanması

a) Türk Hukuk Sisteminde Emsal Kararların Nitelikleri

Türk Hukukunda mahkemelerin verdikleri kararları, niteliği itibariyle ikiye ayırmak mümkündür. Birincisi, bir kanunun yorumu veya boşluğun doldurulması açısından bir özelliğe sahip olmayan, sadece uyumsuzluğa, kanun hükmüne göre çözüm getiren olay kararlarıdır. İkincisi ise bir kanun hükmünün yorumunu ya da kanun boşluğunun doldurulmasını sağlayan ve bir ilkeyi ortaya koyan, ilke kararlarıdır. Hakimlerin bir meselenin çözümünde faydalanacakları ve emsal alacakları kararlar ilke kararlarıdır. Bu bakımdan Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları büyük öneme sahiptir.⁵⁵⁵ Belirtilen ilke kararlar, kıyas yönteminin kullanılması ile doğrudan ilgilidir. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin kullanımı genellikle hakkında düzenleme yapılmamış bir olayın, var olan bir “genel norm” dahiline sokularak yapılması ile oluşmaktadır. Yani kural olarak burada uygulanan kıyas yöntemi, düzenlenen bir norma dayanarak yapılmaktadır. Buna kural esaslı kıyas yöntemi adı verilir. Ancak içtihadı birleştirme kararlarında kıyasın uygulanması, bu bakımdan istisnai bir nitelik taşımaktadır. Zira burada uygulanan kıyas, ilkeye dayanan kıyastır.

Genel olarak bir hukuk normu, birleşik önermelerin bir türü olan koşullu önerme niteliğindedir. Bu önermenin ön bileşeni kanuni olay, ard bileşeni ise hukuksal sonuçtur. Emsal kararlar da esasen bir hukuk normu niteliğindedir. Dolayısıyla bahsedilen bu unsurların da emsal kararlarda mevcut olduğundan bahsedilebilir.⁵⁵⁶ Ancak emsal kararlar, niteliği itibariyle genel ve soyut bir norm niteliğinde değildir. Aksine elde edilen karar, tekil ve somut bir özelliktedir. Dolayısıyla emsal karardaki unsurlar kanuni olay ve hukuki sonuç şeklinde ifade edilmemektedir. Emsal kararın unsurları, illet ve hükümdür. Zira emsal karardaki illet, genel bir hukuk normundaki

⁵⁵⁵ Oğuzman/Barlas, s. 131-132; Öztan, s. 171.

⁵⁵⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 138; Parry, s. 449; Kayhan, s. 21-22.

kanuni olaya göre daha özel ve tikel niteliktedir. Aynı şekilde emsal kararın hükmü de genel hukuk normunun hukuki sonucuna göre daha özel ve tikel niteliktedir.⁵⁵⁷

Bir emsal kararın gerekçesinde yer alan her yargısal beyan, hükmü tayin etmez. İlet, kararın gerekçesini tayin eden yargısal beyanlardır. Nitekim tespit edilen illet, yargısal kararlar kendisine hukuki sonuç bağlanan somut olaya ilişkin nitelikler taşır. Bir kısım yargısal beyanlar ise sadece tavsiye edici niteliktedir. Zira bu beyanlar, esasla doğrudan ilgili ve zorunlu olmayıp, faydalı görüldüğü için kararın içerisinde yer alırlar. Bu tür beyanlara Common Law Sisteminde “*obiter dictum*” adı verilmektedir.⁵⁵⁸

Bir emsal kararın diğer olaylara uygulanabilmesi için, emsal karardaki hükmün illetinin açık, belirli, uygun ve tam olması gerekir. İletin açık olması, gerekçede esas teşkil eden beyanın açık bir şekilde anlaşılabilmesini ifade eder. İletin belirli olması, kişilere ve olaylara göre değişiklik göstermemesi ve belirli somut gerçekliğe sahip olmasını ifade eder. İletin uygun olması, kurulan hükümle illet arasındaki bağın mantıksal olarak uygun olması gerektiğini gösterir. Son olarak illetin tam olmasından gerekçede illet olarak tespit edilen vasıfların, hükmü zorunlu kılmaya yeterli olması anlaşılmalıdır.⁵⁵⁹

b) Emsal Kararların Türk Hukukunda Önemi ve Bunun Kıyas Yönteminin Kullanılmasına Etkisi

Emsal kararlardan yararlanma konusunda Yargıtay Kanununda geçen bir takım ifadeler bize, kıyas yönteminin kullanılması gerektiğini göstermektedir. Örneğin Yargıtay Kanununun 15. maddesinde geçen “*benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar*”, 16. maddesinde geçen “*benzer olaylardan birbirine aykırı kararlar*” ve 45. maddesinde geçen “*benzer hukuki konular*” ifadeleri bize, yapılan içtihadın emsal karar olarak uygulanmasında hukuki mesele ile incelenen somut olay arasındaki

⁵⁵⁷ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 138; Parry, s. 449; Kayhan, s. 21-22.

⁵⁵⁸ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 138; Jenks, s. 59; Eroğul, s. 38; Parry, s. 449; Kayhan, s. 22.

⁵⁵⁹ Işıktaç/Metin, s. 239-240; Kayhan, s. 22; Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 195.

benzerliğin önemini göstermektedir.⁵⁶⁰ Bu ise kıyas yönteminin kullanılmasını zorunlu kılmaktadır.

Türk Medeni Kanunun 1. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.*” şeklindeki ifade, hakimın karar verme sürecinde yargı kararlarından yararlanmasının diğer bir yasal dayanağını oluşturmaktadır. Gerçekten hakimler, verecekleri karar öncesinde özellikle üst derece mahkemesinin o konu hakkında verdiği kararlara bakmaktadırlar. Hatta üst derece mahkemesinin kararı ile kural olarak bağlayıcı olmasa da hakimler, bu konuda üst derece mahkemesinin verdiği kararlara göre kararlarını şekillendirme zorunluluğu hissetmektedirler.⁵⁶¹ Nitekim bu konu hakkında somut bir düzenleme yoktur. Ancak uygulamada, *de facto* hakimler yüksek derece mahkemelerinin önceden vermiş oldukları kararlara göre gerekçelerini oluştururlar.⁵⁶²

Bu durumun en önemli sebeplerinden birisi, hakimlerin derece ve terfi alma endişesi ile verdikleri kararların üst derece mahkemelerince bozulmamasına dikkat etmeleridir. Yani bir hakimın verdiği kararlar, ne derece Yargıtay’ca kabul görürse hakim o kadar yükselmektedir. Nitekim üst derece mahkemelerinin kararları örnek alınmadan verilmiş bir karar, temyiz edilip üst derece mahkemesinde bozulması halinde hakimın olumsuz not almasına neden olabilmektedir.⁵⁶³ Dolayısıyla bu nedenden ötürü hakimler dolaylı yoldan da olsa, üst derece mahkemelerinin verdikleri kararlara uymak zorunluluğunu hissedebilmektedirler.⁵⁶⁴ Bu zorunluluk duygusu Cumhuriyet Savcıları ve avukatlar açısından da geçerlidir. Sonuç olarak bu durum, uygulamada hakimlerin verdikleri kararların, Yargıtay ve Danıştay’ın verdikleri kararlara çok yakın olduğu kanısına neden olmaktadır.⁵⁶⁵

⁵⁶⁰ Kayhan, s. 9.

⁵⁶¹ Fırat Gedik/Emel Koç, “Hüküm Kurma ve İçtihat”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67, S. 2, 2009, s. 159.

⁵⁶² Köküsarı, s. 128.

⁵⁶³ 6217 sayılı Kanunun 18. Maddesinde 2011 yılında yapılan değişiklikle beraber kanun yolundan geçen işlere not verme kaldırılması nedeniyle, söz konusu baskının bir nebze kalktığından söz edilebilmekteydi. Sonrasında ise 30.09.2016 tarihinde düzenlenen 29843 sayılı yönetmelikle tekrar eski uygulamaya yeniden dönmüştür.

⁵⁶⁴ Akipek/Akıntürk, s. 145; Gedik/Koç, s. 160.

⁵⁶⁵ Gedik/Koç, s. 160.

Aslında bu durumu, benzer davaların benzer şekilde çözülmesi gerekliliğini, kesinlik, hukuki öngörülebilirlik gibi ilkeler nedeniyle, bir sorun olarak görmemek gerekir.⁵⁶⁶

Emsal kararların kural olarak Kıta Avrupası Hukukunda bağlayıcılığı olmamasına rağmen, uygulamada hakimlerin bunlara uyma zorunluluğu hissetmesi sebebiyle bağlayıcı gibi görünmesi, iki özel olay arasındaki uygun benzerliğin tespitine dayalı olan kıyas yönteminin uygulanmasını gündeme getirmektedir.

c) Emsal Kararın Somut Olaya Uygulanması Sırasındaki Analizi

Emsal karardaki hükmün asıl gerekçesinin somut olaya uygun olup olmadığının belirlenmesinde iki farklı yöntem izlenebilir. Birinci yönteme göre hukuku değişim olgusundan soyutlayarak emsal karar ile somut olayın aynı zaman diliminde olduğu varsayılarak, uygun benzerliğin var olup olmadığı saptanır. İkinci yöntemde ise değişim olgusu dikkate alınarak emsal karar ile somut olay arasında uygun bir benzerliğin var olup olmadığı araştırılır.⁵⁶⁷

Emsal karardaki hükmün, somut olaya uygulanabileceğine karar verilmesi durumunda somut olay, emsal kararın hükmü doğrultusunda çözülür. Yapılan bu eyleme “emsal karara uyma” denir.⁵⁶⁸ Common Law sisteminde de bu durum aynı şekilde -yani emsal karara uyma şeklinde- adlandırılmıştır.⁵⁶⁹

Emsal kararda yer alan hükmün, eldeki olayın olguları ile uygun benzerlik açısından uyuşmaması durumunda söz konusu emsal kararın tefrik edilmesi gerekmektedir. Ancak bu durum emsal kararın iptal edilmesine ya da içtihat uyuşmazlığına sebep olmaz.⁵⁷⁰ Zira Mecelle’de de belirtildiği gibi “*ic̣tihatla ic̣tihat nakzolmaz.*” Aksine eldeki olay ile emsal kararın uyuşmaması durumu, içtihatların ayrı konularda olduğunun gösterilmesi yoluyla bir belirlilik sağlar.⁵⁷¹

⁵⁶⁶ Köküarı, s. 84,88,89,93,94; Gedik/Koç, s. 160.

⁵⁶⁷ Kayhan, s. 35-36; Işıktac̣/Metin, s. 240.

⁵⁶⁸ Işıktac̣/Metin, s. 241.

⁵⁶⁹ Burton, s. 30.

⁵⁷⁰ Kayhan, s. 35; Işıktac̣/Metin, s. 241.

⁵⁷¹ Kayhan, s. 35.

Tefrik etme işlemi emsal kararların hukuk sisteminde uygulanabilirliği açısından itici bir güç oluşturur. Tefrik etme işleminin gerçekleşebilmesi için iki özel durumun varlığına ihtiyaç vardır. Birincisi emsal kararın kendi konusuna özgü olması durumudur.⁵⁷² Böyle bir durumda emsal karardaki hükmün farklı bir konudaki olaya uygulanması mümkün değildir.⁵⁷³ İkinci özel durum ise emsal kararın dayandığı hukuki kaynak ile eldeki olayın dayandığı hukuki kaynağın farklı olmasıdır. Örneğin bilindiği gibi özel hukuk alanında kuralların çoğu emredici değil, tamamlayıcı niteliktedir. Bu sebeple özel hukuk alanında kişiler sözleşme şartlarını, sözleşme serbestisi ilkesi gereği, kanuna ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla istedikleri gibi düzenleyebilirler. Dolayısıyla aynı konuya sahip iki sözleşmede yaşanan bir sorunu ayrı mahkemelerin farklı şekilde çözmesi mümkündür. Böyle bir durumda iki olayın hukuki kaynakları farklı olmaktadır. Bu sebeple sözleşmeye dayalı kararların emsal karar niteliğine sahip olup olmadığı tartışmalıdır.⁵⁷⁴

B. Kural İçi Boşluğun Doldurulmasında Kıyasın Kullanımı

Bilindiği gibi kural içi boşluğun doldurulması, hakime takdir yetkisi veren durumlarda oluşmaktadır.⁵⁷⁵ Dolayısıyla Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde “olağan” kıyas yönteminin kullanımı, kural içi boşluğun doldurulmasında söz konusu olmamaktadır. Zira kıyas yöntemi, genel olarak bir yasal düzenlemede açık bir boşluk olması durumunda gündeme gelmektedir. Kural içi boşlukta ise ortada bir kural olduğu için yapılan işlem, tasım niteliğindedir. Yani somut olay, genel kuralın kapsamında değerlendirilip, hüküm olaya uygulanır. Ancak hakimin somut olay açısından takdir yetkisi kullanırken yaptığı zihinsel faaliyette kıyas yönteminden faydalanması mümkündür. Dolayısıyla kural içi boşlukta, genel mantıkta yer alan kıyas (analoji) yöntemine başvurulabildiği söylenebilir.

Hakim, bir olay hakkında takdir yetkisini kullanarak karar verirken, söz konusu olayın bundan önce vermiş olduğu kararı veya diğer mahkemelerin vermiş olduğu

⁵⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Şaban, s. 187; Kalkankıran, s. 35; Akyel, s. 36; Karagöz, s. 132.

⁵⁷³ Kayhan, s. 37; Işıktaç/Metin, s. 241.

⁵⁷⁴ Kayhan, s. 38; Işıktaç/Metin, s. 242.

⁵⁷⁵ Edis, s. 197-200; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 360; Sözer, s. 199; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 91; Karataş, s. 10.

kararları esas alarak bir muhakeme yapabilmektedir. Örneğin soyadının değiştirilmesi ile ilgili “Çakal” soyadına sahip olan birisinin değiştirme talebi kabul edildiğini⁵⁷⁶ bilen bir hakim, bundan sonra önüne gelen bir davada “Sırtlan” soyadında birinin değiştirme talebini iki olay arasında benzerlik kurmak münasebetiyle kabul edebilmektedir. Dolayısıyla gerek şartlarda olsun gerek hükümde olsun hakimin yapmış olacağı takdirin, ister istemez “benzer olaylara benzer muamele edilmeli” ilkesine dayanacağı söylenebilir.

Hakimin kural içi boşluğu doldurmak için kullandığı takdir yetkisi, “*benzer durumlarda da uygulanabilir bir çözüm*” göstermesi gerekmektedir.⁵⁷⁷ Zira yasa koyucu, kendi öngördüğü kural içinde yine kendisinin benimseyebileceği bir çözümü sağlaması için hakime takdir yetkisi vermiştir.⁵⁷⁸ Dolayısıyla hâkimin, bu yetkiyi kullanırken benzer durumları tespit etmesinde kıyas yöntemine başvurduğunu söylemek mümkündür.

Kıyas yönteminin, hukuk içi boşluğun doldurulmasında kullanımının diğer bir çeşidi, yargıcın takdir yetkisini kullanırken, iki farklı yasada belirtilen farklı takdir yetkilerini karşılaştırması durumunda meydana gelmektedir. Cezai şart ile ilgili eski Medeni Kanunun 158. ve 161/3. maddelerinde yer alan takdir yetkilerini bu bağlamda örnek olarak göstermek mümkündür. 158. maddede borçlunun edimini zorlama amacı güden bir takdir yetkisi verilmişken, diğer maddede yargıcın fahiş bulduğu cezai şartı indirebilmesi düzenlemiştir. Dolayısıyla m. 161/3’ün düzenlenme sebebi, borçlunun sömürülmesini önlemektir. Şu halde yargıç, bu iki maddede yer alan hükümleri bir arada düşünüp, ne borçlunun borcunu ödememesini teşvik edecek şekilde cezai şartı az bir miktar olarak belirleyecek, ne de borçlunun sömürülmesine neden olacak kadar yüksek bir miktar belirleyecektir.⁵⁷⁹ Sonuç olarak yargıcın bu dengeyi sağlaması açısından genel mantıkta yer alan kıyas yöntemine (analoji) başvurması gerektiği söylenebilir. Zira yargıç burada genelden özele ya da özelden genele bir zihinsel faaliyet yapmayıp, özelden özele bir zihinsel süreç takip etmektedir.

⁵⁷⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 360.

⁵⁷⁷ Edis, s. 206.

⁵⁷⁸ Edis, s. 207.

⁵⁷⁹ Edis, s. 200.

Hakime takdir yetkisi verip, kural içi boşluğun doldurulduğu diğer bir alan ise kanun maddesinde kuralın, kıyasen uygulanması gerektiğinin belirtildiği yerlerde karşımıza çıkmaktadır.⁵⁸⁰ Örneğin Türk Borçlar Kanunu m. 246 “*Taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır.*” şeklindedir. Burada kanun koyucu kıyasın uygulanmasını öngörmekle birlikte, hükmün ne ölçüde uygulanacağını hakimın takdir yetkisine bırakmıştır. Dolayısıyla burada bir kural içi boşluk vardır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun doğrudan yollama yaptığı durumlarda, hakimın atıf yapılan hükmü uygulamaktan başka bir görevi bulunmamaktadır. Yani kanunun doğrudan yollama yapması ile kıyas yapılacak hükme yaptığı yollama bu bakımdan farklılık teşkil etmektedir.⁵⁸¹

Kıyas yöntemini, örneklerden de anlaşılacağı üzere kural içi boşluğun doldurulması amacıyla başvurulanan bir akıl yürütme yöntemi olarak görmek de mümkündür. Sonuç olarak Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde esas olarak tündengelim metodu uygulanmakta ise de açık boşluk dışında kural içi boşluğun varlığı halinde de genel kıyas yöntemine başvurulduğu anlar olmaktadır.⁵⁸²

C. Hükümün Anlamının Tespitinde Kıyasın Kullanımı

Hükümün anlamının tespit edilmesi için kullanılan yorumlama faaliyeti⁵⁸³ ile yargıcın hüküm içi boşluğu doldurmak için kullandığı takdir yetkisi aynı şey değildir. Zira bir hükümün anlamının belirlenmesi için, örneğin bir kelimenin anlamının tespitinde, kanun koyucunun yargıca takdir yetkisi vermesi söz konusu değildir. Burada bir yorumlama faaliyeti vardır. Ancak hüküm içi boşlukta ise kanun koyucu doğrudan hakime bir takdir yetkisinin kullanılacağı boş bir alan bırakmıştır.⁵⁸⁴ Örneğin “Taşıtların parka girmesi yasaktır” şeklindeki bir kuralda takdir yetkisi söz konusu değildir. Yargıç, “taşıt” kavramını diğer maddelerdeki kullanımına kıyaslayarak ya da kanunun sistematığıne göre belirleyecektir. Yani yorum yapacaktır. Ancak başka bir

⁵⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 134.

⁵⁸¹ Oğuzman/Barlas, s. 92.

⁵⁸² Koszowski, *Statutory*, s. 5.

⁵⁸³ Alman Hukukçu Larenz’e göre yorum, “tartışmalı olan bir metnin anlamının açıklanmasını sağlayan faaliyettir. Yorumun konusu yasa metnidir ve bu yüzden yorumun sınırı da yasanın mümkün olan kelime anlamıdır.” (Furtun, s. 46).

⁵⁸⁴ Oğuzman/Barlas, s. 94; Öztan, s. 164.

kuralda “somut olayın şartlarına göre” şeklindeki bir ifade ile yargıca takdir yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır.

Hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasında genellikle tümdengelim yöntemi kullanılmaktadır.⁵⁸⁵ Tümdengelim yönteminin kolaylıkla kullanıldığı durumlarda, hukuk kuralının somut olaya uygulanmasında zorlanılmamaktadır. Zira bu durumda somut olay, uygulanacak kuralın tipik  rneği niteliğindedir. Ancak kimi zaman eldeki olay, uygulanacak olan hukuk kuralı için tipik örneğe tam olarak uymamaktadır. Diğer bir ifade ile bir hukuk kuralının uygulanması sırasında “*maddi olguların hukuken nitelendirilmesi*”⁵⁸⁶ her zaman kolaylıkla altlama (subsumsiyon) yapılarak mümkün olmamaktadır.⁵⁸⁷

Tümdengelim yönteminin uygulanmasının kolay bir şekilde yapılamadığı bu durumlarda, kıyas yöntemine başvurarak ihtilaflı olayı çözmek mümkündür. Böyle bir durumla genellikle yargıç, önüne gelen olayın, uygulanmasını gerekli gördüğü kuralın içerisine dâhil etme konusunda tereddüt yaşamakta ve sonrasında ise daha öncesinde bu kuralın uygulandığı olaylara bakarak hükmünü gerekçelendirmeye çalışmaktadır.⁵⁸⁸ Dolayısıyla burada uygulanan kıyas yöntemi, bir boşluğun doldurulması faaliyeti niteliğinde olmayıp hükmün anlamının tespiti niteliğindedir.⁵⁸⁹ Sonuç olarak burada uygulanan kıyas yöntemini, tümdengelim yönteminin uygulanmasına yardımcı bir yöntem olarak görmek mümkündür.

Durumu daha iyi açıklamak için bir örnek verelim: A hukuk kuralının, X olayına uygulanabileceği bilinmektedir. Ancak A hukuk kuralının Y olayına uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır. Bu durumda olayı çözmek için kıyas yöntemine başvurulabilir. Yani kıyas yöntemi aracılığıyla sonuç elde edilirken, zihin tikelden tikele doğru bir yöneliş içerisinde olup, X olayı ile Y olayı arasında ilgili bir benzerliğin var olup olmadığı incelenerek istenen sonuç elde edilmektedir. Ayrıca

⁵⁸⁵ Burton, s. 68; Koszowski, *Statutory*, s. 5.

⁵⁸⁶ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 105.

⁵⁸⁷ Koszowski, *Statutory*, s. 4.

⁵⁸⁸ Zenon Bankowski/D. Neil MacCormick, *Statutory Interpretation in The United Kingdom: Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, s. 369; Koszowski, *Statutory*, s. 4.

⁵⁸⁹ Oğuzman/Barlas, s. 91-92.

tümdengelim yönteminin yetersiz kaldığı durumlarda kıyas yönteminin yanında, yasa koyucunun niyeti de büyük önem taşımaktadır. Kıyas yöntemi kullanılırken bu yorum yöntemini bir “temel benzerlik ölçütü” olarak almak mümkündür.⁵⁹⁰

Hükmün anlamının tespit edilmesi ile hüküm içi boşluğun doldurulmasının farklı olduğunu ifade etmiştik. Ancak Aarnio’ya göre hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasında yaşanan bu belirsizlik aslında kural içi (intra legem) boşluk kavramı ile alakalıdır. Nitekim o, bu tür boşluğun, eldeki olaya hangi hukuk kuralının uygulanacağı konusundaki belirsizliğe dayandığını ifade etmiştir.⁵⁹¹ Kural içi boşluğa, “belirsizlik boşluğu” veya “yorumsal boşluk” adı da verilmektedir. Hukuk içi boşluk terimi genellikle Kıta Avrupası Hukukunda yer alan bir kavram olarak değerlendirilmesine rağmen, Common Law Sisteminde de kavram olarak yer alması dahi kullanıldığını söyleyebiliriz.⁵⁹²

D. Birbirine Benzer Hukuk Kurallarının Anlamlarının Berraklaşması Amacıyla Kıyas Yöntemine Başvurma

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin diğer bir kullanımı, birbirleriyle bağlantılı, iki veya daha fazla hukuki hükmün, uygun anlamlarını ortaya çıkarmak şeklindedir. Örneğin Summers/Taruffo’nun da belirttiği gibi bir hukuk kuralı, diğer bir hukuk kuralının nasıl anlamlandırıldığına bakılarak çözümlenebilmektedir.⁵⁹³ Diğer bir ifade ile bir hukuk kuralında bulunan bir hükmün kavramı, diğer ilgili bir hukuk kuralında bulunan hükmün yapısına dayandırılacak şekilde kullanılabilir. Dolayısıyla burada hukuk kurallarının anlamlarının berraklaşmasında kıyas yöntemine başvurulmaktadır. Zira bu kapsamda ilk aşama, söz konusu kuralların birbirlerine uygun noktalarda benzer olduğunu tespit etmektir. Böylece bu tür hükümlerin yan yana getirilmesi ile bir hükmün ışığında diğer bir hükme baktığımızda, her bir hükmün anlamının berraklaştırıldığı ve hukuk sisteminde

⁵⁹⁰ Sunstein, s. 785; Koszowski, *Statutory*, s. 4.

⁵⁹¹ Aarnio, s. 132; Koszowski, *Statutory*, s. 5.

⁵⁹² Koszowski, *Statutory*, s. 5.

⁵⁹³ Robert S. Summers/Michele Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis: Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, s. 467; Koszowski, *Statutory*, s. 3.

bir bütünlük oluştuğu görülmektedir.⁵⁹⁴ Ayrıca bir hukuk kuralından diğer bir hukuk kuralının nasıl işlediğini bulmak, sadece hukukta bir bütünlük ve tutarlılık oluşturmak amacının dışında, öncelikle eşitlik ilkesinin bir gereği olarak düşünülmektedir.⁵⁹⁵

Kıyasın bu kullanım şekli, özellikle bir hükmün diğer bir hükme göre daha anlaşılabilir, sade ve belirlenebilir olduğu zamanlarda kullanışlı olmaktadır. Belirsiz, müphem bir kelime veya deyim içeren bir hükmün uygun anlamını belirlemek için, bu kelime veya deyme benzer olan ya da özdeşlik içeren ve uygulamasının net olduğu ilgili diğer bir hüküm bulunmakta; sonrasında da kıyas yapılabilmektedir.⁵⁹⁶

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, kıyas yönteminin bu kullanımı sadece yol gösterici ve tavsiye edici niteliğe sahiptir. Zira hukuki hükümlerin yorumlanması ile elde edilmiş bir yargısal karar, bu hüküm içerisinde yer alan kelime veya deyimler özdeş olsalar dahi, diğer hukuk kurallarının da bu hükümle bağlayıcı olarak yorumlanması gerektiği şeklinde düşünülmemesi gerekmektedir.⁵⁹⁷

Bu başlıkta incelenen kullanımı açısından kıyas yöntemi, niteliği itibariyle “yorum kıyası” olarak değerlendirilebilir. Ayrıca kıyas yönteminin bu kullanımı, sistematik yorum metodu içerisinde sayılabilir. Zira sistematik yorum metodu, hukuk kurallarının, bağımsız bir varlığa sahip olarak belirli bir boşluğu dolduran bir niteliğe sahip olmasına dayanmasından ziyade, birbirleriyle bağlantı içerisinde ve büyük resmi tamamlayıcı bir niteliğini temel alarak işlemektedir.⁵⁹⁸

E. Hukuki Kuruma Kıyas Yönteminin Uygulanması

Kanun koyucu kimi zaman, kanun metinlerinde aynı veya çok benzer olan hükümleri tekrar etmemek için, belirli hukuk kurallarını, tam olarak kapsamına girmemesine rağmen bir kanunda belirtilen hüküm altında değerlendirilmesini kasten düzenlemektedir. Örneğin kanun koyucu, malların değişimi hakkındaki sözleşmenin, malların satım sözleşmesi hakkındaki kanuni düzenlemeye kıyasen uygulanmasını öngörmüştür. Sonuç olarak, aslında iki kurum için düzenlenen bir kanuni hüküm

⁵⁹⁴ Koszowski, *Statutory*, s. 3.

⁵⁹⁵ Summers/Taruffo, s. 467; Dinç, s. 203.

⁵⁹⁶ Koszowski, *Statutory*, s. 3.

⁵⁹⁷ Bankowski/MacCormick, s. 377; Koszowski, *Statutory*, s. 4.

⁵⁹⁸ Koszowski, *Statutory*, s. 4.

mevcuttur. Bu hüküm birinci kurum için doğrudan uygulanırken, diğer kurum için ise bu hükmün amacına uygun bir şekilde dolaylı olarak uygulanmaktadır.⁵⁹⁹ Kanun koyucunun bir düzenlemeyi kıyasen başka bir kuruma uygulanmasını, hâkime ödev olarak yüklediğine ikinci bir örnek olarak TBK m. 98/2’yi gösterebiliriz. Düzenleme, “*Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler, kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır*” şeklindedir.⁶⁰⁰

İlgili hukuk kurumunun da uygulama kapsamına alınması, dâhil olan kurumların doğasının ve özünün benzerlik ve farklılıkları temelinde karşılaştırılmasına dayandığından, kıyas yönteminin burada da uygulanmasından söz edilebilmektedir. Nitekim yasa koyucunun kanun maddesini bu şekilde düzenlemesinin sebebi, ilgili kurumlar arasında benzerlik görmesi nedeniyledir. Ancak bu tarz bir uygulamayı, kanunda açıkça belirtilmesinden dolayı bir hukuk boşluğunun doldurulması şeklinde değerlendirmemek gerekmektedir.⁶⁰¹ Yani burada kıyas yöntemini bizzat kanun koyucu yapmaktadır. Mahkemeye ise bu konu hakkında somut olay açısından bir hukuk yaratma yetkisi verilmeyip, sadece takdir yetkisi verilmektedir. Hatta bazı durumlarda kanun koyucu açıkça belirtmese de, ilgili hükmün görünürde hakkında bir düzenleme yapılmamış olaya uygulanmasında da bu husus görülmektedir. Böyle bir durumda yine hukuk boşluğundan söz edilemez. Örneğin Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenmemiş bir olay, borçlar kanununda yer alan genel bir hükmün kapsamına girmesi halinde, olayın kıyasen uygulanması mümkündür. Ancak söz konusu uygulamada kanunda boşluk olduğundan söz edilemez. Hatta Zevkliler/Acabey/Gökyayla’ya göre Türk Medeni Kanunu m. 5’te yer alan hüküm olmasa dahi boşluğun olmadığı kabul edilmelidir. Bilindiği üzere Türk Medeni Kanunun m. 5’e göre Türk Medeni Kanunda ve Türk Borçlar Kanununda yer alan genel hükümler, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hükümlere uygulanmaktadır. Yani burada söz konusu olayın nasıl çözümleneceği belirtilmiştir. Ancak böyle bir hüküm olmasa dahi Türk Borçlar Kanunu’nun 646. maddesi gereğince Türk Borçlar

⁵⁹⁹ Koszowski, *Statutory*, s. 6.

⁶⁰⁰ Hatemi, s. 95.

⁶⁰¹ Koszowski, *Statutory*, s. 6.

Kanunu'nun Türk Medeni Kanunun beşinci kitabı olup tamamlayıcısı olduğunu belirtmesi söz konusu uygulama için yeterli görülmektedir.⁶⁰²

F. Yabancı Hukuki Kurumlara Yapılan Kıyas Yöntemi

Kıyas yönteminin Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde uygulanabilecek bir diğer şekli, karşılaştırmalı gerekçe temelinde oluşmaktadır.⁶⁰³ Örneğin, iç hukukta yer alan bir hukuk kuralının anlamının belirlenmesi amacıyla yorumcu, zaman zaman yabancı hukuk sistemindeki düzenlemelerden faydalanabilmektedir.⁶⁰⁴ Oğuzman/Barlas'a göre bir hakimin, sadece yabancı hukukta yer alan düzenlemelerden değil, yabancı mahkeme kararlarından da faydalanması mümkündür, hatta gereklidir. Özellikle İsviçre Federal Mahkemesi bu bakımdan ayrı bir öneme sahiptir.⁶⁰⁵ Yorumcu, yabancı hukuk sistemindeki düzenlemelerden faydalanırken, kıyas yöntemine başvurmaktadır. Ancak bu girişimin iki adet ön şartı bulunmaktadır. Birinci şart, yabancı hukuk sisteminde yer alan düzenleme, iç hukukta düzenlenen mesele ile ya benzer ya da özdeş olmalıdır. İkinci şart ise, faydalanılan yabancı hukuk sistemini oluşturan sosyal çevre ile iç hukuk sisteminin beslendiği sosyal çevrenin benzerliğidir.⁶⁰⁶ Dolayısıyla karşılaştırmalı gerekçelerde kıyas yöntemine başvurma açısından değerlendirilen ön şartlarda dahi kıyas yöntemine başvurulmaktadır. Zira her iki ön şartta da zihnin işleyişi açısından, benzerliğin bulunmaya çalışılmasında tikelden tikele doğru yöneliş mevcuttur.

Örneğin, eski MK m. 552'de en yakın mirasçıların mirası reddetmesi durumunda durumun ne olacağı düzenlenmiştir. Ancak yapılan düzenlemede yanlış bir çeviri yapılmış, kanunun lafzı ile ruhu birbirleriyle çelişmiştir. Bu sebeple kanun boşluğu oluşmuştur. Bu boşluğun, İsviçre Medeni Kanunu m. 573 ile doldurulması önerilmiştir.⁶⁰⁷

⁶⁰² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 55.

⁶⁰³ Oğuzman/ Barlas, s. 122; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 101; Koszowski, *Statutory*, s. 4.

⁶⁰⁴ Peczenik/Bergholz, s. 330; Koszowski, *Statutory*, s. 4.

⁶⁰⁵ Oğuzman/Barlas, s. 139.

⁶⁰⁶ Koszowski, *Statutory*, s. 4.

⁶⁰⁷ Oğuzman/Barlas, s. 122.

G. Hukukî Kıyasta Kullanılan Kıyas Yöntemi

Öncelikle belirtmek gerekir ki hukuki kıyas-ilke kıyası (analogia iuris- gesetzeanalogie) ile kanuni kıyas- kural kıyası (analogia legis- rechtanalogie) farklı kavramlardır.⁶⁰⁸ Kanuni kıyas, kanunda var olan bir uygulamanın, düzenlememiş bir olaya uygulanması şeklinde meydana gelmektedir.⁶⁰⁹ Hukukî kıyas ise, genel olarak kanun koyucunun temel düşüncesine, hukuk düzeninin ruhuna ya da genel ilkelere dayanmaktadır.⁶¹⁰ Bu tür kıyas yöntemini uygulayan bir kimse, hukuk kurallarının tamamına hâkim bir bakış açısına sahip olmalıdır. Bu bakımdan hukuki kıyasın, genel olarak kıyas yönteminin işleyişine benzeyip benzemediği konusu tartışmalıdır. Dolayısıyla “hukukî kıyas” kavramı yerine, eldeki olayların tümüne uygulanması bakımından, “serbest boşluk doldurma (free gap filling)”⁶¹¹ veya “serbest hukuk yaratma”⁶¹² şeklinde ifade etmek daha uygun durmaktadır.⁶¹³

Klasik kıyas yönteminin işleyişi şeklinde olsun ya da olmasın hukukî kıyas, genellikle aksiyoloji ve hukuk sistemindeki tutarlılık ihtiyacı ile ilişkilidir. Zira bir hukuk sisteminde takip edilen değerler ya da amaçlar, hakkında bir düzenlemenin var olduğu olaylar ile düzenlemenin mevcut olmadığı olaylara aynı ya da benzer şekilde davranılması gerektiğini hedeflemektedir.⁶¹⁴

Dworkin’in teorisinde yer alan genel, soyut ilkeler bütününe göre karar veren herkül yargıç, hukuki kıyasın uygulanmasının bir örneği olarak gösterilebilir. Raz’a göre Dworkin’in teorisinde yer alan herkül yargıç, karar verme sürecinde kıyas

⁶⁰⁸ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 114; Robert Alexy / Ralph Dreier, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany: Statutory Interpretation in The United Kingdom: Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, s. 89; Michel Troper, *Statutory Interpretation in France: Statutory Interpretation in The United Kingdom: Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, s. 201; Alexy/Dreier, s. 89; Koszowski, *Statutory*, s. 7; *The Use of Analogy in Criminal Law*, s. 616.

⁶⁰⁹ Alexy/Dreier, s. 89; Troper, s. 201.

⁶¹⁰ Troper, s. 201; Koszowski, *Statutory*, s. 7; Massimo La Torre/Enrico Pattaro/Michele Taruffo, *Statutory Interpretation in Italy Statutory Interpretation in The United Kingdom: Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, s. 225; Koszowski, *Statutory*, s. 7; Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 115.

⁶¹¹ Aarnio, s. 132; Koszowski, *Statutory*, s. 7.

⁶¹² Aarnio, s. 161; Koszowski, *Statutory*, s. 7.

⁶¹³ Koszowski, *Statutory*, s. 7.

⁶¹⁴ Koszowski, *Statutory*, s. 7.

yöntemine başvurmaktadır.⁶¹⁵ Nitekim Raz, “*Hukukun Otoritesi*” adlı eserinde bu konuyu, “*Dworkin’in ileri sürdüğü görüşe göre bir yargıç, var olan tüm vakıa hukuku ve mevzuat hukukunda yer alan kurallara göre kıyas yaparak önüne gelen olayı çözmekle yükümlüdür.*” şeklinde yorumlamaktadır.⁶¹⁶

IV. KIYAS YÖNTEMİNİN KİTA AVRUPASI’NDAKİ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Kıyas Yöntemi Yasama Kuvvetinin Bir Gaspı Mıdır?

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi geleneğinde ise kıyas yöntemi, yasama gaspı (usurpation of legislative power) olarak değerlendirilmemektedir.⁶¹⁷ Aksine kıyas yöntemi, bu hukuk sistemindeki uygulamaya bakıldığında, genel iradeye tam bir bağlılığın (volonté generale) yansıması olarak görülmektedir.⁶¹⁸ Sözer’e göre yargıcın boşluk doldurma amacıyla hukuk yaratması, yasa koyucu ile giriştiği bir güç kavgası değil, aksine “*bir yardım ve düzen tesisinde bir ortaklık*”tır. Dolayısıyla yargıcın boşluğu doldurma amacıyla kıyas yöntemine başvurması, yazar açısından kuvvetler ayrılığının ihlali anlamına gelmemektedir.⁶¹⁹

Yasamanın üstünlüğü ve eşit işlem ilkesi birlikte düşünüldüğünde, kıyas yönteminin bir yasama gaspı olmadığı anlaşılmaktadır. Zira iki benzer olay, benzer muameleye tabi ise ve bu olaylardan birinin, nasıl muameleye tabi olduğu yasamanın çıkardığı bir kanunda belirtilmişse, diğer olay da bu olayın uygulanmasına göre muamele görmelidir.⁶²⁰ Dolayısıyla kıyas yönteminde, yasamanın koyduğu yasalar temel alınarak hareket edilmektedir. Ayrıca yasama, bir kural oluştururken esas itibarıyla eşit işlem ilkesine dayanmaktadır. Eşit işlem ilkesi, benzer olanlara benzer muameleyi gerektirdiğinden⁶²¹, yasama bu kapsamda genel bir çerçeve belirleyerek

⁶¹⁵ Koszowski, *Statutory*, s. 7.

⁶¹⁶ Raz, s. 203; Koszowski, *Statutory*, s. 7.

⁶¹⁷ Langenbucher, s. 482; Edis, 117; Sözer, s. 170, 225; Öztan, s. 160.

⁶¹⁸ Langenbucher, s. 482.

⁶¹⁹ Sözer, s. 170, 225.

⁶²⁰ Langenbucher, s. 482.

⁶²¹ White, s. 571.

normu düzenlemektedir. Bu ise kıyas yönteminin uygulamadaki esas düşüncesini yansıtmaktadır.

Yargıcın kıyas yöntemi ile bir yasal hükmü genişletmesi ile bireysel hak ve özgürlükleri engelleyici kararlar verme ihtimali vardır. Kıyas yöntemine yöneltilen en önemli itiraz bu konu üzerinden gelmektedir. Özellikle cezai sorumluluk alanını genişletmek veya bir yasa ile kolluk gücünün alanını genişletmek bu bakımdan hukuka aykırı bir durum oluşturabilmektedir.⁶²²

Ancak yukarıda bahsedilen alanlar dışında kıyası yasaklamaya neden olacak bir durum bulunmamaktadır. Zira yoğun çalışmalar içerisinde bulunan yasama organının normalde yasaya dahil etmesi gereken belirli olayları gözden kaçırmaması mümkündür. Ayrıca eşit işlem ilkesi ile iki benzer olayın keyfi bir şekilde ayrıma tabi tutulması önlenmektedir. Sonuç olarak her iki benzer olayın anayasal bir sınırlandırma olmadığı takdirde aynı kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bir olayın açık bir şekilde kanun kapsamına girdiği görülmekte ise yasamanın üstünlüğü ilkesi, yargıcın buna göre karar vermesini gerektirir.⁶²³ Eğer diğer bir olay tüm ilgili yönleri ile benzer, fakat kanunun lafzına göre kapsam dahiline girmiyorsa, eşit işlem ilkesi gereği yargıcın her iki benzer olaya da aynı kararı uygulaması gerekir. Yasamanın üstünlüğü ilkesi nedeniyle verilecek karar, yasamanın düzenlediği şekilde olması gerekir. Bu sebeple kıyas yöntemini kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak değerlendirmek çok ikna edici değildir.⁶²⁴

Kıyas yöntemine getirilen diğer bir itirazda ise bu yöntemin, yasa koyucunun niyetine göre şekillendiği ile alakalıdır. Buna göre yasa koyucunun niyetinin⁶²⁵ belirlenmesi sırasında “kaba bir tahmin (wild guess)” yapılmaktadır. Zira yasa, hazırlık aşamasında çeşitli çıkar gruplarının mücadelesi ve pazarlığı sonucu oluşmaktadır. Dolayısıyla yasa koyucunun niyetini belirlemek güçtür. Kıyas

⁶²² Langenbucher, s. 506.

⁶²³ Langenbucher, s. 506.

⁶²⁴ Langenbucher, s. 485, 506.

⁶²⁵ Yasa koyucunun niyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Robert Alexy, *A Theory Of Legal Argumentation The Theory Of Rational Discourse As Theory Of Legal Justification*, (Translated By Ruth Adler And Neil MacCormick), Oxford University Press, Newyork 2011, s. 238-239; Işıktaç/Metin, s. 215 vd.

yönteminin uygulanabilmesi için yasa koyucunun niyetinin tespit edilmesi gerektiğinden, uygulanan akıl yürütme yöntemi bu görüşe göre temelden zayıf görülmektedir.⁶²⁶ Ancak bu zayıflık kıyas yönteminin tamamen reddedilmesi anlamına gelmemektedir. Bir yasada açıkça, yargısal yorum açısından bir esas teşkil edecek şekilde çıkar grupları arasındaki pazarlığın kapsamından bahsedilmiş olabilir. Böyle bir durumda söz konusu yasanın *ratio legis*'ini belirlemek mümkün olmaktadır. Ancak *ratio legis*'in özel bir olaya göre şekillendiği bir durumda kıyas yöntemine başvurmak başarısızlıkla sonuçlanacaktır.⁶²⁷ Zira belirlenen *ratio legis*'e dahil olacak şekilde benzer olayları bulmak zorlaşacaktır. Dolayısıyla *ratio legis*'in tam olarak belirlenmesi, bu bakımdan kıyas yönteminin uygulanmasını kolaylaştırmaktan çok zorlaştıran bir duruma neden olabilmektedir.⁶²⁸

Yasama organının, yasanın hazırlanması sırasındaki çıkar gruplarının pazarlıkları ile alakalı tartışmayı yasanın içerisinde bahsetmemesi durumunda, yargıcın yasayı görüldüğü gibi değerlendirmesi ve elde ettiği materyaller ışığında *ratio legis*'i yorumlaması gerekmektedir. Böyle bir durumda yargıç, yasanın bu alandaki kurallar bütünüünün bir parçası şeklinde oluştuğunu farz edip, bu bütünlüğü koruyarak kıyas yöntemini uygulaması gerekmektedir.⁶²⁹ *Ratio legis* bu yolla belirlenmesi ve yasal hükmün kıyasın diğer benzer olayları kapsayacak şekilde genişletilmesi halinde, yargıç meşru bir şekilde süreci işletebilecektir. Dolayısıyla kıyas yöntemi “kaba bir tahmin”e değil, iki benzer olayın benzer muamele görmesi ilkesine dayanmaktadır.⁶³⁰

Kıyas yöntemini amaçsal yorumun bir adım ötesi olarak belirli bir normun anlamının genişletilmesi faaliyeti olarak görmek mümkündür.⁶³¹ Zira kıyas yönteminde amaçsal yorumda olduğu gibi kanunun *ratio legisi* esas alınmaktadır. Bu bağlamda kıyas yönteminin uygulanmasında kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edilme ihtimali vardır. Zira Gözler'e göre amaçsal yorumda aşırıya kaçılması durumunda

⁶²⁶ Marmor, s. 129; Dinç, s. 209-210, 233; Işıқтаç/Metin, s. 220; Langenbucher, s. 507.

⁶²⁷ Aynı doğrultuda Common Law Sistemindeki uygulamaya bkz. s. 81-82.

⁶²⁸ Langenbucher, s. 507.

⁶²⁹ Langenbucher, s. 507.

⁶³⁰ Langenbucher, s. 507.

⁶³¹ Langenbucher, s. 482.

kuvvetler ayrılığı ilkesi ihlal edilmiş olur.⁶³² Bu bakımdan kıyas yöntemi ile aşırı amaçsal yorum yapılarak elde edilmiş bir hüküm, kuvvetler ayrılığı ilkesi ihlali olarak değerlendirilebilir. Ancak kıyas yöntemi ile mahkeme, anayasada veya kanunda olmayan yeni bir norm koymadığı müddetçe, bu yöntem kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çatışmaz. Nitekim, uygun bir şekilde yapılan bir kıyas uygulaması ile yeni bir norm yaratılmamakta, mevcut bir normun alanı genişletilmektedir.

Gözler'e göre hukuk yaratma faaliyeti, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmez. Zira hakimin hukuk yaratması ile elde edilen kural, kanun niteliğinde ve gücünde değildir.⁶³³ Kıyas yöntemi ise bir sonraki başlıkta ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz gibi hukuk yaratma ile yorum yöntemleri arasındaki bir sınırdaki bir noktada yer aldığından dolayı, evleviyetle kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olmadığı söylenebilir.

Ayrıca bir hakimin yeni bir kural ihdas etmesindeki saik ile yasa koyucunun yeni bir kural koyması aynı kaygılardan kaynaklanmamaktadır. Yargıç yeni bir kural oluştururken adaleti ön planda tutarken, yasa koyucu kimi zaman politik kaygılarla bu işlemi yapmaktadır.⁶³⁴ Bu bakımdan kıyas yöntemi ile yeni bir norm yaratılsa bile kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bir çatışma olarak görülse bile, adalete aykırı olduğu anlamına gelmemektedir.

Serozan'a göre hukukta boşluk doldurma, doğrudan doğruya yasama kuvvetine bir müdahaledir. Kıyas yöntemi ise bir boşluk doldurma aracı olduğu için yazara göre kıyas yönteminin, yasama kuvvetinin bir gaspı olarak değerlendirdiğini söyleyebiliriz.⁶³⁵ Ancak yazar, bir kanun boşluğunun varlığı halinde kıyas yöntemine başvurulmamasının, anayasal eşitsizliğe neden olabileceğini ifade etmiştir. Zira hukuk kuralının öngördüğü olayın haricinde kalmış ancak benzer muamele gerektiren bir olayın bu kapsamda değerlendirilmemesi, bir ayırım gözetildiği ve eşitsizliğe neden olduğu anlamına gelir.⁶³⁶

⁶³² Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 271-272.

⁶³³ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 358.

⁶³⁴ Sözer, s. 170; Furtun, s. 235.

⁶³⁵ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2008, s. 109.

⁶³⁶ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2008, s. 109.

B. Kıyas Yönteminin Hukuki Niteliği (Yorum Mu Hukuk Yaratma Mı)

Yorumun bittiği yerde, bir boşluğun varlığı kabul edilmektedir. Bu bakımdan Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin olağan kullanımının, genellikle hukuk yaratma olarak görüldüğünü söyleyebiliriz.⁶³⁷ Zira ortada bir açık boşluk söz konusu ise, bu boşluğun doldurulması hukuk yaratma niteliğindedir.⁶³⁸ Kıyas yöntemi de bir boşluk doldurma aracı olarak görüldüğüne göre, kıyasın bir hukuk yaratma işlemi olduğu söylenebilir. Ancak kıyas yöntemi ile tamamen yeni bir hüküm yaratılmamakta, sadece kıyasen uygulanan hükmün alanı genişletilmektedir.⁶³⁹ Nitekim Sözer'e göre kıyas yönteminde yeni bir kural oluşturulması söz konusu olmayıp, mevcut ama gizli bir hükmün ortaya çıkarılması söz konusudur.⁶⁴⁰ Bu sebeple kıyas işleminin "tamamlayıcı hukuk yaratma (ergaenzende rechtsfortbildung)" olarak adlandırmak mümkündür. Zira bu yöntemle yasanın tamamlanması söz konusudur.⁶⁴¹

Kıyas yöntemi, Kıta Avrupa'sında genellikle geleneksel yorum yöntemleri ile hukuk yaratma arasında (sınırında) yer almaktadır.⁶⁴² Zira bu durumda, kanun koyucunun öngörmediği bir olayın kanun maddesinin hükmü altına sokulması ile açıkça kanunun genişletilmesi söz konusudur. Bu ise amaçsal yorumun bir adım ötesine gidildiğini göstermektedir. Fakat kıyası hala bu şekli ile yorum yöntemleri arasında görmek mümkündür. Zira kıyas yönteminde diğer kaynaklardan ziyade,

⁶³⁷ Öztan, s. 143; Kırca, s. 102.

⁶³⁸ Oğuzman/Barlas, s. 99; Ancak hukukta boşluk doldurmanın bir hukuk yaratma niteliği olduğu da tartışmalıdır: Bkz. Işıқтаç/Metin, s. 191- 192; Yasemin Işıқтаç, "Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 62, S. 1-2-3, 1988, s. 82-85; Tuba Dilşat Karataş, *Teorik Açından Hakim'in Hukuk Yaratması*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan 2019, s. 25.

⁶³⁹ Öztan, s. 156; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Us-A Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 110; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 122; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınları, Ankara 2015, s. 81; Ömer Gedik, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2013, s. 40.

⁶⁴⁰ Sözer, s. 205.

⁶⁴¹ Furtun, s. 43; Heinrich, s. 23.

⁶⁴² Langenbucher, s. 482.

kanunda yer alan hukuki ilkeler uygulanmaktadır.⁶⁴³ Ayrıca Larenz/Canaris'e göre boşluk doldurma şeklinde yapılan bir hukuk yaratma (hukuk geliştirme) özünde yorumdan farklı değildir. Zira her ikisi de aynı zihin sürecinin farklı basamaklarını oluşturmaktadırlar.⁶⁴⁴

Bilindiği gibi yargıca hukuk yaratmasına daha çok imkan sağlayan Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin kullanımı merkezi bir niteliktedir. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin yargıçların yarattığı hukuk (judge made law) olarak nitelendirilmesinin en önemli sebebi kıyas yönteminin kullanımıdır.⁶⁴⁵ Dolayısıyla kıyas yöntemi, Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde de bir hukuk yaratma olarak görülmektedir.⁶⁴⁶ Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde ise yargıcın kıyas yöntemine başvurarak elde ettiği hukuk kuralı, kural olarak bağlayıcı nitelikte olmayıp, “oluş halinde olan hukuk” niteliğini taşımaktadır.⁶⁴⁷ Kıyas yöntemi, gerçek bir kanun boşluğunu (açık boşluk) doldurduğu için bir hukuk yaratma faaliyeti kapsamında değerlendirilmektedir.⁶⁴⁸

Kıyas yöntemine başvurularda elde edilen karar, bağlayıcılık açısından bir hukuk kaynağı olarak değerlendirilmemektedir. Her ne kadar kıyas neticesinde elde edilen karar, taraflar arasında “*özel bir hukuk kaynağı*” olarak nitelendirilebilse de, verilen karar bir yasa etkisine sahip değildir. Dolayısıyla kararı, yepyeni bir norm koyma faaliyeti niteliğinde değil, bir hukuki telakkinin açıklanması olarak görmek gerekir.⁶⁴⁹ Ayrıca kıyasla elde edilen hüküm, bir kanun boşluğunu doldurmasına rağmen, yapılan bu hukuk yaratma faaliyeti yine de kıyas edilen norma bağlı ve sadece eldeki olay açısından geçerliliğe sahip bir niteliktedir. Edis, yargıcın yarattığı hukukun, bir yasa hükmü taşımadığını belirtmiş; iddiasını yasaların yapılma şekli, bağlayıcılığı ve geleceğe yönelik oluşu açısından yargıcın hukuk yaratmasından farklı

⁶⁴³ Langenbucher, s. 482.

⁶⁴⁴ Sözer, s. 169.

⁶⁴⁵ Ancak belirtilen bu husus, meselenin çözümünde olay temelli (case by case) hareket edilen Vakıa Hukuku (Case Law) alanında geçerlidir. Mevzuat Hukuku alanında böyle bir durum söz konusu değildir. Langerbucher, s. 505.

⁶⁴⁶ Aktaş, “Pozitif”, s. 28.

⁶⁴⁷ Edis, s. 153.

⁶⁴⁸ Kırca, s. 102.

⁶⁴⁹ Sözer, s. 170

olması sebebine bağlamıştır.⁶⁵⁰ Nitekim Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın boşluk doldurma işleminin (içtihadı birleştirme kararlarını) diğer alt mahkemelerin boşluk doldurma faaliyetlerine nazaran bağlayıcılığa sahip olmasına rağmen, kanun maddesi koyma kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği bilinmektedir.⁶⁵¹

C. Kıyas Yönteminin Türk Hukukundaki Hukuki Dayanağı ve Sınırı

Yukarıda görüldüğü gibi kıyas yöntemi, genel olarak bir hukuk yaratma olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple hukuk yaratmanın hukuki dayanağının tespit edilmesi, kıyas yönteminin de hukuki dayanağının bulunması anlamına gelmektedir.

Anayasanın 138. maddesinin ilk fıkrasına göre “*Hakimler Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” Buna göre hakimlerin öncelikle Anayasada, kanunda açık bir hüküm olması halinde o hükmü uygulamaları gerekmektedir. Ancak kanunda konu ile alakalı açık bir hükmün bulunmaması halinde yargıç, hukuk düzenine aykırı olmayacak şekilde vicdani kanaatine göre hükmünü verecektir. Nitekim düzenlemede “*hukuka uygun olarak*” ifadesinden böyle bir anlam çıkmaktadır. Ayrıca Anayasanın 36. maddesine göre “*hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz*” hükmü gereği, kanunda oluşan bir boşluk söz konusu olduğunda, yargıcın bu boşluğu doldurmaktan imtina edemeyeceği anlaşılmaktadır.⁶⁵²

Türk Medeni Kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrası ise hakimnin belirli şartlar altında kanun koyucu gibi kural koymasını mümkün kılmıştır. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*”⁶⁵³ Ancak bu hükümden kıyas yöntemine başvurulabileceği sonucunu çıkarmak tartışmalıdır. Zira kıyas yönteminde yargıcın esas alacağı şey, olay ile ilgili benzerliğinin olduğunu düşündüğü mevcut bir hukuki düzenlemedir. Dolayısıyla yargıç, kıyası uygularken “kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyardı”

⁶⁵⁰ Edis, s. 152, 153; Sözer, s. 170

⁶⁵¹ Öztan, s. 161.

⁶⁵² Sözer, s. 171; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 356; Edis, 117; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 69.

⁶⁵³ Sözer, s. 171.

şeklinde bağımsız hareket etmeyip, ilgili gördüğü hükmün konulma sebebine dayanarak sorunu çözmeye çalışacaktır.⁶⁵⁴

Türk Medeni Kanunun 5. maddesinde ise “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” ifadesi ile yasa koyucunun kıyası öngördüğü iddia edilebilir. Zira genel hükümlerin nerede uygun düşüp nerede uygun düşmediğine karar verecek olan yargıç, somut olay hakkında özel olarak düzenlenen kanun maddesinde bir düzenleme olmadığını tespit edecek, sonrasında ise hangi genel hükmün ilgili olduğuna karar verecektir. Nihayetinde belirlediği genel hükmü eldeki olaya uygulayacaktır. Genel hükmün tespit edilmesinde ise Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyasın olağan kullanımı değil, genel mantıktaki kullanımına başvurulduğu görülecektir. Zira kıyasın olağan kullanımında ortada bir hukuk boşluğundan söz etmek gerekmektedir. Ancak söz konusu durumda bir boşluk yoktur.

Türk Medeni Kanunun 23. maddesinde aslında aksi ile kanıt yöntemine örnek teşkil edecek bir durum söz konusudur. Ancak elde edilen sonucun, kıyas yöntemine hukuki bir dayanak niteliğini taşıdığı iddia edilebilir. Şöyle ki, kanunun ikinci fıkrasında “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*” denilmektedir. Bu hükmü aksi ile kanıt yöntemine göre değerlendirdiğimizde ise özgürlüklerin hukuka ve ahlaka uygun olarak sınırlandırılabilceği sonucu çıkmaktadır.⁶⁵⁵ Dolayısıyla hukuka ve ahlaka aykırı olmamak şartıyla, özgürlüğü sınırlandırıcı bir hükmün, özel hukukta kıyas yöntemine başvurularak, hakkında düzenleme bulunmayan bir olaya uygulaması mümkün görünmektedir. Nitekim aşağıdaki paragrafta ayrıntılı olarak değineceğimiz İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir karar, bu duruma örnek teşkil etmektedir. Ancak bu durum, kişi hak ve özgürlüklerine keyfi sınırlandırma getirme ihtimaline binaen tartışmalı bir karar olarak değerlendirilebilir. Nitekim kişi hak ve özgürlüklerinin

⁶⁵⁴ Edis, 140.

⁶⁵⁵ Akipek/Akıntürk, s. 129.

sınırlandırmasının yoğun bir şekilde uygulandığı, kişiye ödev yükleyici niteliğe sahip ceza hukuku ve vergi hukukunda⁶⁵⁶ kıyasın yasaklanması sebebi de budur.

Kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı bir hükmün, kıyas yoluyla hakkında hüküm bulunmayan bir olaya uygulanmasına İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararı örnek olarak göstermek mümkündür. Olayda kiralayanın, taşınmazın ısıtılmasından doğan hakkının hapis hakkı ile güvence altına alınıp alınmayacağı konusunda kanunda bir düzenleme olmaması nedeniyle kanun boşluğu bulunmaktadır. Federal Mahkeme, taşınmazın ısıtılmasından doğan hakkın, hapis hakkı ile güvence altına alınabileceğine karar vermiştir.⁶⁵⁷ Dolayısıyla verilen hükümde, kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması kıyas yoluyla genişletilmiştir. Zira hapis hakkı, mülkiyet hakkından doğan bir hak olup, kanunda kiralama bedelinin ödenmemesi durumunda gündeme gelmektedir. Mahkeme burada mülkiyet hakkının kısıtlanması kararına (hapis hakkı) kıyas yöntemine başvurarak varmıştır. Ancak kanaatimizce böyle bir sınırlandırmanın Türk Hukuk Sisteminde uygulanması pek mümkün görünmemektedir. Çünkü Anayasanın 13. maddesinde belirtildiği üzere, kişi hak ve özgürlükleri ancak kanunla sınırlandırılabilir. Olayda ise sınırlandırma kanun boşluğu olduğu bir durumda bu boşluğun mahkeme kararı ile doldurulması söz konusudur. Bu ise Anayasanın 13. maddesine açıkça aykırıdır. Ayrıca Türk Medeni Kanununda belirtilen maddenin (TMK m. 23) konuluş amacına baktığımızda, düzenlemenin sözleşme serbestisinde kişilik hakkını koruma kaygısı ile yapıldığı görülmektedir.⁶⁵⁸ Dolayısıyla kişilik hakkını korumak amacıyla düzenlenmiş bir maddeden, bu amacın tam aksine olarak kişi hak ve özgürlüğü sınırlandırıcı bir şekilde sonuç çıkarmak çok tutarlı görünmemektedir. Sonuç olarak Türk Medeni Kanunun 23. maddesinin, kıyasın hukuki dayanakları arasında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

Yukarıda sayılan tüm bu hukuki dayanaklara istinaden denilebilir ki; yargıcın gerekli gördüğü yerlerde kıyas yöntemine başvurması eylemi, ihtiyari bir nitelikte

⁶⁵⁶ Bir görüşe göre kıyas yasağı, ceza hukukunda uygulandığı şekli ile vergi hukukunda da uygulanmamalıdır. Bu iki hukuk dalının uygulama alanları farklıdır. Ceza hukukunun amacı, cezai olay tiplerinden şahısları caydırmak iken, vergi hukukunda bu amaç istisnai niteliktedir. Furtun, s. 174.

⁶⁵⁷ Akipek/Akıntürk, s. 136.

⁶⁵⁸ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 457.

olmayıp, ödev niteliğindedir.⁶⁵⁹ Ayrıca kıyas yöntemi ile kişi hak ve özgürlükler aleyhine yorumlanacak şekilde yasal hükmün genişletilmesi, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil etmesi açısından uygun görülmemektedir. Kıyas yöntemi ile yasal hükmün genişletilmesi ancak, kişi hak ve özgürlüklerin korunması ve genişletilmesi amacıyla kullanılabilir. Böyle bir durumda yargıcın yaptığı yorumun niteliği, hak temelli yorumdur.⁶⁶⁰

Yukarıda bahsedilen hukuki dayanakların haricinde kıyasın genel olarak düzenlendiği bir kanun maddesi bulunmamaktadır.⁶⁶¹ Ancak böyle bir genel hükmün bulunmaması, kıyasın hukuki dayanağının olmadığı anlamına gelmez. Nitekim genel bir hüküm bulunmasa da yasa koyucu kimi durumlarda doğrudan kıyas yöntemine başvurulması gerektiğini de belirtmiştir. Neticede kıyas yönteminin hukuki dayanağı olarak gerek Anayasa'daki gerek Türk Medeni Kanunundaki hükümlerden çıkarmak mümkündür. Ayrıca bazı özel durumlar için yasa koyucu kıyas yöntemine başvurulabileceğini doğrudan ifade etmektedir.

V. HUKUKTA AKIL YÜRÜTME YÖNTEMİ OLARAK KIYASIN SINIRLARI

A. Kıyasın Uygulanması İçin Hakkında Düzenleme Olmayan Bir Olay Olmalı

Kıyas uygulamasının aslında ilk şartı ortada bir hukuki sorunun olmasıdır. İkincisi bu sorunun, yasada düzenlenmemiş bir sorun olmasıdır. Yani ortada bir yasa boşluğu olması gerekir. Ayrıca sorun, acil çözülmesi gereken bir konuda olması gerekmektedir.⁶⁶² Kıyas yöntemi (analoji), klasik mantıkta bilineni bilinmeyene delil gösterme olarak tanımlanmaktadır.⁶⁶³ Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde bu tanımın bir yansıması olarak, hakkında bir düzenleme olmayan bir olaya, önemli bir benzerlik bulunması şartıyla ilgili bir hükmün uygulanması şeklinde anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kıyas yönteminin uygulanması için, olay açısından hakkında bir

⁶⁵⁹ Edis, 118.

⁶⁶⁰ Gedik, s. 134; Köküsarı, s. 122.

⁶⁶¹ Sözer, s. 205.

⁶⁶² Sözer, s. 225.

⁶⁶³ Emiroğlu, s. 199; İbn Sina, s. 35; Işıktaç/Metin, s. 232; Çapak, s. 243.

düzenlemenin olmaması şarttır. Bu sebeple kıyas yöntemine başvurmadan önce eldeki olay açısından hakkında özel ya da genel bir düzenleme olup olmadığı dikkatli bir şekilde araştırılmalıdır.⁶⁶⁴

B. Kıyas Yönteminde Kıyaslanan ile Kıyaslanılan Özdeş Olmamalı

Kıyaslanan ile kıyaslanılan şey arasında tam benzerlik olması durumunda yani karşılaştırılan şeylerin özdeş olması durumunda kıyas yönteminin uygulanmasına gerek yoktur.⁶⁶⁵ Çünkü böyle bir durumda ortada hakkında düzenleme olmayan bir olaydan söz edilemez. Söz konusu olay doğrudan ilgili hüküm çerçevesinde çözümlenir. Dolayısıyla kıyas yönteminin uygulanabilmesi için kıyaslanılan olayın, kıyaslanan olay hakkındaki düzenlemenin hükmü açısından uygun bir benzerliğe sahip olması gerekmektedir.⁶⁶⁶

C. Uygulanacak Hüküm Kıyaslanan Şeye Mahsus Olmamalı

Kıyas yönteminin uygulanabilmesi için, kıyaslanan şeye bağlanan hükmün, yalnızca o şeye mahsus bir hüküm olmaması gerekir. Böyle bir durumda yapılan kıyas geçersiz olur. Yani kıyaslanacak olan düzenleme, özellikle bir kişi veya bir şeye mahsus kılınmışsa burada kıyasın yapılması mümkün olmaz.⁶⁶⁷ Örneğin 6 Nisan 1976 tarih ve 1980 sayılı “Anka Ajansı Muhabirlerinden Şehit Adem Yavuz’un Annesine Vatani Hizmet Tertibinden Aylık Bağlanması Hakkında Kanun”, bu şekilde özel olarak Şehit Adem Yavuz’un annesine özgülenmiş bir düzenlemedir. Dolayısıyla bir başka şehit muhabirin annesine de bu kanun hükmüne kıyasen aylık bağlanması mümkün değildir.⁶⁶⁸

D. Kural Olarak İstisnai Hükümlere Kıyas Uygulanmaz

İstisnai hükümlere kural olarak⁶⁶⁹ kıyas uygulanmaz. Çünkü istisnai bir hüküm, genel bir hükmün ayrık durumu olduğu için, eldeki olay hakkında zaten genel bir

⁶⁶⁴ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 329.

⁶⁶⁵ Furtun, s. 76.

⁶⁶⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 328.

⁶⁶⁷ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 329.

⁶⁶⁸ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 329-330.

⁶⁶⁹ Bazı yazarlara göre istisnai hükümlere kıyasın uygulanması mümkündür. Bkz. Sözer, s. 214-125; Kırca, s. 98; Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 168 vd.

düzenlemenin olduğundan bahsedilir.⁶⁷⁰ Bu sebeple eldeki olay, genel kural çerçevesinde çözümlenir. Dolayısıyla ortada kıyasın uygulanmasını gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Örneğin Anayasanın 89. maddesinde “Kanunların Cumhurbaşkanınca Yayımlanması” düzenlenmiştir.⁶⁷¹ Bu hükme göre Cumhurbaşkanı, kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları bir daha görüşülmek üzere meclise gönderme hakkına sahiptir. Bu kuralın istisnası yine aynı maddenin devamında belirtildiği üzere bütçe kanunlarıdır. Şimdi bu istisnai hükme kıyas yapılarak kesin hesap kanunlarının da dahil edilmesi mümkün müdür? Kesin hesap kanunları, bütçe kanunlarına uygun noktalarda benzemektedir.⁶⁷² Zira kesin hesap kanunları, bütçe kanununun denetlenmesi hakkındadır. Ancak bu şekilde uygun benzeliklerin tespit edilmesi ile kıyas yapılması mümkün değildir. Çünkü kesin hesap kanunlarının Cumhurbaşkanınca geri gönderilip gönderilemeyeceği konusunda bir boşluk söz konusu değildir. Nitekim bu konuda genel bir kural mevcuttur. Bu sebeple bütçe kanunu hakkındaki istisnai hükmün kıyasen kesin hesap kanunu için uygulanması düşünülemez.⁶⁷³

Sonuç olarak istisnalar dar yorumlanır (singularia non sunt extendenda) ilkesine göre istisna içeren normlar genişletilerek kıyasen uygulanmaması gerektiğini söyleyebiliriz. Genellikle bir norm detaylı bir şekilde düzenlenmişse, o normun genişletici yoruma tabi tutulmasında daha dikkatli olmak gerekmektedir. Kıyas uygulaması ise genişletici yorumdan daha dikkatlice kullanılabilecek bir yöntemdir.⁶⁷⁴

E. Kıyasın Uygulanması Ödev Yükleyen ve Kişi Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırıcı Nitelikte Olmamalı

Kıyas yöntemi, pozitif hukukun değerlerine göre uyumlu bir nitelikte olmalıdır.⁶⁷⁵ Kıyas, bilindiği gibi hukuk sisteminde düzenlenmemiş bir olayın, önemli noktalarda benzer görüldüğü bir kuralın kapsamı altına konulması çabasıdır. Uygun açılardan benzer görülen kural ise niteliği gereği ödev yükleyen ve kişi hak ve

⁶⁷⁰ Ayrıca bkz. s. 107.

⁶⁷¹ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 330.

⁶⁷² Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 330.

⁶⁷³ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 330.

⁶⁷⁴ Peczenik, *Continental*, s. 333; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 331.

⁶⁷⁵ Kırca, s. 109.

özgürlükleri sınırlandıran bir yapıda olmaması gerekir. Yani ele alınan düzenlemenin niteliği, kıyasın uygulanmasına izin vermelidir. Zira bu bakımdan hukuki belirlilik ve güvenlik, somut olay hakkaniyetinden önce gelmektedir.⁶⁷⁶ Bahsedilen bu şart, kıyasın anayasal sınırını teşkil eder.⁶⁷⁷ Nitekim ceza hukukunda ve vergi hukukunda kıyasın yasaklanmasının sebebi de budur. Sonuç olarak bahsedilen diğer şartlar da göz önünde tutularak denilebilir ki, kişi hak ve özgürlükleri sınırlandırmayan ve kişiye ödev yüklemeyen bir düzenleme kıyasın konusu olabilir.

Ancak kimi durumlar vardır ki, kıyas yöntemine başvurulması halinde bir yandan kişinin hak ve özgürlüğü kısıtlanmış olmakta, diğer taraftan başka bireylerin hakları korunmuş olmaktadır. Böyle durumlarda yani kişiye yükümlülük yükleyecek veya kişinin hak ve özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde yapılan bir kıyas tartışmalara sebep olmaktadır. Örneğin eski Alman Medeni Kanununda yer alan hükme göre alkolik olanların, hacir altına alınmaları hususu düzenlenmiş, ancak uyuşturucu bağımlılarının bu hüküm altında değerlendirilip değerlendirilmemeleri ise tartışılmıştır. İlk başlarda bu hükmün yorumlanmasında hacir altında olanlar, sınırlı sayılı belirtilmesi nedeniyle doktrinde aksi ile kanıt yöntemi ile uyuşturucu bağımlıların sayılmaması gerektiğine hükmedilmiştir. Sonrasında ise uyuşturucu bağımlıları da düzenleme kapsamına alınarak problem çözülmüştür. Ancak Canaris'e göre yeni düzenleme getirilmese dahi, uyuşturucu bağımlılarının bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira kanun maddesinde “sadece” gibi sınırlandırıcı bir ifade yer almamaktadır. Ayrıca kıyas yasağının kişiyi korumaya yönelik olduğu bilinmektedir. Yasanın konulma amacı ise hem kişiyi hem de ailesini yoksulluktan korumaktır. Dolayısıyla burada koruyucu bir kıyas yapmak mümkündür.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ Kırca, s. 111.

⁶⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 111 vd.

⁶⁷⁸ Sözer, s. 216.

F. Bir Şeyi Zikretmek, Diğerini Dışlamaktır “*Expressio Unius Est Eclusio Alterius*” İlkesinin Uygulandığı Yerde Kıyas Yapılamaz

Hukukta özellikle de kamu hukukunda, “bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır” ilkesinin geçerli olduğu alanlar mevcuttur.⁶⁷⁹ Böyle bir durumda yasa koyucu, “sadece”, “yalnızca” vb. kelimelerini kullanmasa dahi, yasada zikredilenler dışında kalan kişilerin, yerlerin, yetkilerin vb. bilerek dışladığı anlamı çıkmaktadır. Ancak bu durum formel mantıkta geçerli olan bir şey değildir. Yani bu durum hukuka özgüdür. Dolayısıyla hukuk metninde sadece, yalnızca gibi kelimeler geçmese dahi bazı durumlarda sezgisel olarak bahsedilen olaylara hasredilmiş bir durum olduğu anlaşılabilmektedir.⁶⁸⁰

Örneğin Anayasamızın 54. maddesinde “*İşçiler, grev hakkına sahiptir.*” hükmü yer almaktadır. Düzenlemeye bakıldığında grev hakkına sahip olarak sadece işçilerden bahsedildiği görülmektedir. Bu durumda düzenlemenin sadece işçileri kapsadığı, işçiler dışında kalan tüm meslek sınıflarının dışlandığı sonucuna varmaktayız. Dolayısıyla bu hükme, kıyas yapılarak uygun benzerliklerin tespit edilmesi ile memurların da dahil edilmesi söz konusu olamaz.⁶⁸¹

G. Kıyasın Uygulanması, İstisnai Bir Durumdur

Kıyas yöntemi, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde olağan kullanılan bir akıl yürütme yöntemi olarak görülmemektedir. Zira Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde uygulanan kıyasta, öncelikle kanun metninde bir boşluğun varlığı aranmaktadır. Halbuki bir olay hakkında kuralın mevcut olması olağan, kuralın yokluğu ise istisna niteliktedir. Bu sebeple bir boşluk doldurma aracı olan kıyas yönteminin kullanımı, istisnai bir nitelikte olduğu rahatlıkla söylenebilir.⁶⁸²

Kıyasın kullanımında üç farklı ihtimalden söz edebiliriz. Birincisi kıyasın açıkça yasaklanması, ikincisi kıyasa izin verilmesidir. Sonuncusu ise yasa koyucunun bu konuda bir şey söylememesidir. Birinci ve ikinci durumlarda yasa koyucunun açık bir

⁶⁷⁹ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 308.

⁶⁸⁰ Horovitz, *Law and Logic*, s. 98.

⁶⁸¹ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 307, 331.

⁶⁸² Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 334.

beyanı olması sebebiyle bu alanlarda kıyasın yapılıp yapılamayacağına dair bir tartışma söz konusu değildir.⁶⁸³ Örneğin Türk Ceza Kanununun 2. maddesinde kıyasın yasaklandığı açıkça belirtilmiştir. İzin verilmesine ise Türk Borçlar Kanununun 246. maddesindeki taşınır satışına ilişkin kuralların kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanması hükmünü gösterebiliriz. Üçüncü ihtimalde ise yani kanunda kıyası yasaklayan veya izin veren bir durum söz konusu değilse yukarıdaki başlıklarda bahsedilen şartlar da göz önüne alınarak kıyasın yapılabileceğini söylememiz mümkündür.⁶⁸⁴

"Kanunun ruhu ortadan kalktığında, kendisi de ortadan kalkar" ilkesine göre kanunu tam düzeltme, kıyas yöntemi ile yapılamaz. Hukuk sisteminde kimi zaman bazı değişiklikler ve gelişmeler, önceleri rasyonel olarak açıklanabilen bir normu, makul olmayan bir duruma düşürebilir. Yargıç, kanun koyucunun düzenlemeyi yürürlükten kaldırmasını beklemelidir. Böyle bir durumda yargıç, kıyas yöntemine başvurarak kanunu tam düzeltme şeklinde bir yetkiye sahip değildir. Aksi halde bu durum hukuki güvenliğin aşırı zedelenmesine neden olur. Nitekim bu tarz bir uygulama kıyas yönteminin ruhuna da aykırıdır. Zira kıyas yöntemi ile sadece belirli bir olay açısından bir hüküm elde edilmektedir. Dolayısıyla bu yöntemde kanunu tam düzeltme niteliğinde bir uygulama söz konusu değildir.⁶⁸⁵

VI. KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİNDE UYGULANAN KİYAS YÖNTEMİNİN YORUM YÖNTEMLERİNDEN FARKI

A. Evleviyet Yöntemi (Argumentum a Fortiori) ile Kıyas Yönteminin Karşılaştırılması

1. Genel Olarak Evleviyet Yöntemi

Evleviyet iki farklı şekilde oluşabilmektedir. İlki *argumentum a maiori ad minusdur*. Bu ifade çoğuna izin veren azına da izin verir anlamına gelmektedir. Örneğin parlamentoda yapılan oturumda geçen konuşmaların yazılı bir şekilde

⁶⁸³ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 335.

⁶⁸⁴ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 335.

⁶⁸⁵ Kırca, s. 113

yayınlanmasına izin verilmiş ise, bu izinin daha azını ifade eden oturumda geçen konuşmaların doğrudan yayınlanmasına da izin verildiği anlamına gelir.⁶⁸⁶ Ancak bu çeşit bir evleviyet yönteminin devlet organlarının yetkileri hakkında kullanımı tartışmalıdır. Zira kural olarak “*devlet organlarının yetkisiz olması asıl, yetkili olmaları istisnadır.*”⁶⁸⁷ Yani Anayasada ya da kanunda özellikle bir yetki verilmediği sürece söz konusu organın yetkili olmadığı anlaşılmaktadır.⁶⁸⁸ Buna örnek olarak Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğü durdurma kararı yetkisi olmamasına rağmen evleviyet yöntemi kullanarak oluşturduğu kararı gösterilebilir. Söz konusu kararda, alt derece mahkemelerinin böyle bir yetkiye (yürütmeyi durdurma yetkisi) sahip olması nedeniyle evleviyetle yargıç hiyerarşisi içinde üst derece mahkemesi olarak Anayasa Mahkemesi’nin de böyle bir yetkiye sahip olması gerektiğine hükmedilmiştir.⁶⁸⁹ Ancak kimi yazarlara göre “devlet organlarının yetkisizliği asıl, yetkili olmaları istisnadır” ilkesi gereği gerekçeli hükmün evleviyet ile değil, aksi ile kanıt yöntemine başvurularak çözülmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu yetkiyi yorum yoluyla elde etmesi söz konusu olamaz. Yani Anayasa Mahkemesi’nin görevleri ayrıntılı bir şekilde 148 ila 153. maddelerde sayılmıştır. Bunun dışında kalan durumlarda Anayasa Mahkemesi’nin yetkisiz olması kuraldır.⁶⁹⁰

Argumentum a minori ad maius ise az bir şeyin açıkça yasaklanması çoğunun da evleviyetle yasaklandığı anlamına gelmektedir. Örneğin çimenlere basmanın yasak olduğu bir yerde evleviyetle çimenlerin koparılması da yasaklandığı anlaşılmaktadır. Zira birinci eylem nazaran ikinci eylem, normun konulma amacı açısından daha çok yasaklanması gereken bir eylem olarak görülmektedir.⁶⁹¹

⁶⁸⁶ Jerzy Wroblewski, *The Judicial Application of Law*, (Edited By Zenon Bankowski And Neil MacCormick), Springer 1992, s. 227; Koszowski, *Statutory*, s. 6; Horovitz, *Law and Logic*, s. 96.

⁶⁸⁷ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 316.

⁶⁸⁸ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 316.

⁶⁸⁹ Işıktaç/Metin, s. 243; Hatemi, s. 103.

⁶⁹⁰ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 316; Işıktaç/Metin, s. 243.

⁶⁹¹ Wroblewski, s. 227; Koszowski, *Statutory*, s. 6; Horovitz, *Law and Logic*, s. 96.

Akipek/ Akıntürk, evleviyet yöntemine örnek olarak evlenmenin yasaklandığı hısımlar arasında nişanlanmanın da evleviyetle yasak olmasını göstermektedir.⁶⁹² Ancak Hatemi'ye göre bu hüküm, evleviyet yöntemi ile değil kıyas yöntemi ile bulunmuştur. Zira yazara göre eğer nişanlanmanın yasaklandığı hısımlar belirtilmiş olup, evlenmede yasaklanma düzenlenmemiş olsaydı, o zaman evleviyetle evlenmede de bu şartlarda yasaklanmış olduğu düşünülebilirdi.⁶⁹³ Kanımızca her ne kadar *argumentum a maius ad minus* genellikle izin vermek kapsamında, *argumentum a minori ad maius* yasaklama kapsamında yorumlansa da bu kesin bir kaide niteliğinde görülmemelidir. Yani *argumentum a maius ad minus* genellikle çoğa izin veren aza da izin verir şeklinde anlaşılrsa dahi, çoğu yasaklayan azı da yasaklar olarak da yorumlanabilmektedir. Dolayısıyla evlenmenin yasaklandığı durumlar (çoğun yasaklandığı durum) nişanlanmanın da yasaklandığı durumları evleviyetle kapsadığı düşünülebilir.⁶⁹⁴ Ancak “çoğu yasaklayan bir durum her zaman azı da yasaklamaktadır” şeklinde kesin bir hüküm vermemek gerekir. Zira bazı durumlarda çoğun yasaklandığı bir durumda az, yasaklanmamış olabilir. Çünkü böyle bir durumda az olan şey, daha az, daha hafif zarar vermiş olabilir ve bu sebeple yasaklanmamıştır.

Yasa koyucu kural koyarken kimi zaman tüm olayları kapsayacak bir norm düzenlemek yerine norm açısından en çok karşılaşılan spesifik olayı belirterek düzenleme yapmaktadır. Evleviyet yönteminin kullanımı da burada ortaya çıkmaktadır.⁶⁹⁵

Kıyas yönteminde (*argumentum a simili ad simile*) ise yasaya dahil olmayan olayın, yasanın öngördüğü olay ile, ilgili yönlerden benzer olması aranmaktadır.

⁶⁹² Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Birinci Cilt, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 130.

⁶⁹³ Hatemi, s. 97.

⁶⁹⁴ Evlilik ile nişanlanmanın gerek evleviyet yöntemi ile olsun gerek kıyas yöntemi ile olsun karşılaştırılarak ilgili bir hükmün diğeri için uygulanması her zaman mümkün olmamaktadır. Nitekim, nişanlanan kişilerden birisinin başka biriyle yeniden nişanlanması, kural olarak ilk nişanlanmayı sona erdirmekte iken, evli birinin yeni biriyle evlenmesi durumunda yeni yapılmış olan evlilik mutlak butlan sebepleri arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla kural olarak nişanlanmada ilk nişanlılık bozulmakta iken, evlilikte ikinci yapılan evlilik yok hükmündedir. Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku*, 4. Baskı, AÜFHD, No:499, Ankara 1996, s. 36- 65- 70; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 21.

⁶⁹⁵ Horovitz, *Law and Logic*, s. 96.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, karşılaştırılan olaylar arasında tüm yönlerden benzerlik ilişkisi kurulma çabasına girilmemesidir. Nitekim olayların tüm yönlerden birbirlerine benzer olması, olayların birbirleri ile özdeş olması anlamına gelmektedir.⁶⁹⁶ Böyle bir durumda ise kıyas yöntemine başvurulmadan tümdengelim yöntemi ile mesele çözülmektedir.

Perelman, kıyas yöntemi olarak gördüğü evleviyet yönteminin, yasanın ruhuna dayanarak yapıldığını ifade etmektedir. Buna paralel olarak Lechinak, her iki yöntemin uygulanmasında, kanun koyucunun niyetinin dikkate alınmasının gerektiğini belirtmektedir.⁶⁹⁷ Kimi yazarlara göre ise evleviyet yönteminin kullanımı ile elde edilen çıkarım, duruma göre kıyas yönteminin farklı bir versiyonu olarak görülmektedir.⁶⁹⁸ Nitekim İslam Hukuku'nda evleviyet yöntemi, kıyasın bir çeşidi olan kıyas-ı evla olarak anılmaktadır. Zira evla kelimesi, öncelikle, evleviyetle anlamına gelmektedir. İmam Şafii, bu tür kıyasın en kuvvetli kıyas olduğunu ifade eder.⁶⁹⁹

2. Evleviyet Yöntemi ile Kıyas Yöntemi Arasındaki İlişki

Kaçınılmaz olarak evleviyet yöntemi ile kıyas yönteminin birçok ortak yanı bulunmaktadır. Koszowski'e göre bu ortak yanlardan birincisi her iki yöntemin de bir yasal boşluk söz konusu olduğu durumda uygulanmasıdır. İkincisi, evleviyet yöntemi ile elde edilen sonuç ile kıyas yönteminin kullanılması ile elde edilen sonucun her ikisinde de değerlendirmeye dayalıdır. Üçüncü ortak özellik, her iki yöntemde de bir takım hukuk kuralı veya kurallarına atıf yapılarak hukuk boşluğu doldurulmaktadır.⁷⁰⁰ Son olarak ise her iki yöntemde de esas alınan şey, yasanın amacı (*ratio legis*)'dir.⁷⁰¹ Ancak kanaatimizce kıyas yöntemini bir boşluk doldurma aracı olarak görmek mümkün iken, evleviyet yöntemini her zaman bir boşluk doldurma aracı olarak

⁶⁹⁶ Horovitz, *Law and Logic*, s. 97.

⁶⁹⁷ Koszowski, *Statutory*, s. 7.

⁶⁹⁸ Larry Alexander/Emily Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press 2008, s. 67; Koszowski, *Statutory*, s. 7; Hatemi, s. 97; Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 114; Öztan, s. 157; Furtun, s. 85.

⁶⁹⁹ Şafii, s. 276; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 125; Ebu Zehra, 213.

⁷⁰⁰ Wroblewski, s. 227; Koszowski, *Statutory*, s. 7; Wroblewski, s. 227.

⁷⁰¹ Hatemi, s. 97; Koszowski, *Statutory*, s. 7.

görmek mümkün değildir. Zira evleviyette çoğu zaman kuralın içerisinde zaten olduğu düşünülen bir durum söz konusudur.

Örneğin “çimenlere basmak yasaktır” kuralını ele alalım. Bir kişinin çimenlere oturması bu yasak kapsamına evleviyetle girmektedir. Ancak evleviyetle kural kapsamına giren bu eylemin, kuralın içerisinde zaten var olduğu düşünülmektedir. Yani burada evleviyet yönteminin kullanımı, kuraldaki bir boşluğun doldurulmasıyla yapılmamıştır. Ancak bir başka örnekte evleviyet yöntemi, kuralda yer alan bir boşluğun doldurulması ile elde edilmiş olabilir. Örneğin “apartmana evcil hayvan giremez” denildiğinde vahşi hayvanların da evleviyetle girmeyeceğine hükmedilir. Fakat kuralın kapsamında vahşi hayvanlardan söz edilmediği için burada bir boşluğun olduğu düşünülebilir. Aynı şekilde “trene köpek giremez” şeklindeki bir kuralda, trene ayının da girmeyeceği evleviyetle anlaşılmaktadır. Ancak bu hüküm, kuralın lafzından doğrudan anlaşılmadığı için kuralda bir boşluğun varlığından söz edebiliriz.

Bu iki yöntem arasındaki diğer bir fark, karşılaştırılan olaylardan elde edilmesi gereken benzerlik türlerinde ortaya çıkmaktadır. Evleviyet yönteminin uygulanmasında, karşılaştırılan olaylar arasında yeterli bir benzerliğin var olmasının yanında, karşılaştırılan öğeler arasında büyüklük-küçüklük gibi (dikey benzerlik) bir oranın olması da aranmaktadır. Diğer bir ifade ile burada eldeki olayın kendisi, hakkında düzenlenmiş olaya göre, uygulanan kural açısından daha fazla benzer ve uygun olarak sunulmaktadır. Dolayısıyla, evleviyet yönteminde eldeki olayın olguları, uygulanan kural açısından diğer olayın olguları ile eşit seviyede değil (yatay benzerlik), daha üstün bir seviyede bulunmaktadır.⁷⁰² Oysa kıyas yönteminde karşılaştırılan öğelerin eşit seviyede olması ihtimali vardır. Örneğin kiracının ev sahibini yaralaması durumunda, yaralama eylemi tahliye nedeni olarak sayılmamaktadır. Ancak iş yerinde işverenin işçi tarafından yaralanması, iş sözleşmesinin feshi için haklı neden olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla eşit seviyede yer alan iki fiilin (ev sahibini yaralama- işvereni yarama) de aynı sonuçları doğurması

⁷⁰² Koszowski, *Statutory*, s. 7.

beklenmektedir.⁷⁰³ Neticede eşitler arasında kıyas yapılarak kira sözleşmesinin de tıpkı iş sözleşmesi gibi feshedilmesine karar verilmektedir.⁷⁰⁴

Sonuç olarak her iki olgular dizisinin, benzerliklerinin güçlülük derecesinin karşılaştırılması açısından ya da her iki olaydaki olguların benzerlik seviyesini belirleme açısından, evleviyet yöntemini, kıyas yönteminin farklı bir şekli olarak görmek mümkündür.⁷⁰⁵ Ayrıca belirtmek gerekir ki evleviyet yöntemi, Kıta Avrupası Hukuku Sistemine has bir yöntem değildir. Common Law Sisteminde de uygulanan bir yöntem olarak karşımıza çıkar. Örneğin Common Law'un bir bölümü olan Mevzuat Hukukunda evleviyet yöntemi, tıpkı Kıta Avrupası Hukuku Sistemindeki gibi uygulanmaktadır. Vakıa Hukuku'nda ise evleviyet yönteminin uygulaması şu şekildedir: Yeni olayın emsal karara uygulanması, emsal olay için verilmiş karar açısından daha güçlü olması durumunda, emsal kararın hükmü evleviyetle yeni olaya uygulanmaktadır.⁷⁰⁶ Ancak Mevzuat Hukukunda uygulanması için aranan hukuk boşluğu, Vakıa Hukukunda aranmamasıdır.

B. Aksi ile Kanıt Yöntemi (Argumentum a Contrario) ile Kıyas Yönteminin Karşılaştırılması

1. Genel Olarak Aksi ile Kanıt Yöntemi

Aksi ile kanıt yöntemine göre bir hukuk kuralının, belirli bir olaya belirli sonuç bağlaması durumunda, düzenlenen durumun dışında kalan tüm diğer olaylar, aksi hukuki sonuçlara tabi olur.⁷⁰⁷ Aksi ile kanıt yöntemi genellikle uygulanacak olan normda “yalnızca”, “sadece” gibi kelimelerin geçmesi durumunda gündeme gelmektedir. Böyle durumlarda kıyas yönteminin kullanımı ise engellenmiş

⁷⁰³ Aslında burada elde edilecek hükmün yine karşılaştırılan ögeler arasında büyüklük küçüklük içeren evleviyetle elde edildiği de söylenebilir. Şöyle ki olay ile alakalı kira sözleşmesinin fesih nedeni olarak sayılan eylemlerin “kira verenin yaralanması” eylemine göre daha hafif eylemler içermesi, kira verenin yaralanması ile hayli hayli sözleşmenin feshedilmesini göstermektedir. Sözer, s. 213.

⁷⁰⁴ Sözer, s. 211.

⁷⁰⁵ Sözer, s. 209; Alexander/Sherwin, *Demystifying*, s. 67-76; Hage, s. 114; Koszowski, *Statutory*, s. 7.

⁷⁰⁶ Alexander/Sherwin, *Demystifying*, s. 67-76; Hage, s. 114; Koszowski, *Statutory*, s. 7.

⁷⁰⁷ Sözer, s. 64.

olmaktadır.⁷⁰⁸ Yani evleviyet yöntemi, yukarıdaki başlıkta açıklandığı üzere kıyas yönteminin uygulanmasına müsaade ederken, aksi ile kanıt yöntemi kıyası engellemektedir.

Kıyas yönteminde olduğu gibi aksi ile kanıt yönteminde de kanunun *ratio legis*'inin doğru tespit edilmesi önemli bir husustur. Nitekim *ratio legis*'in belirlenmesi ile kıyas mı aksi ile kanıt mı uygulanacağı belli olmaktadır.⁷⁰⁹ Ancak kanunun *ratio legis*'i kimi zaman o kadar kolay bulunmamaktadır. Böyle tartışmalı durumlarda toplumsal değer yargılarının *ratio legis*'i belirlemede önemli bir etken olduğu görülmektedir. Örneğin eski Medeni Kanunda m. 148'te yer alan hükümde “*ana-baba ve çocuklar arasında, boşanma veya ayrılık vukuunda, şahsi münasebetlere ilişkin gereken tedbirlerin alınacağı*” düzenlenmiştir. Ancak yasada sadece anne ve baba belirtilmiş olup, amca, dayı, hala, teyze, büyükanne veya büyükbabadan söz edilmemiştir. Sonuç olarak kanunda yer alan hüküm, uygulamada büyükanne ve büyükbabanın da çocuklar ile görüşme ve şahsi münasebet talep hakkı olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Ancak bu kanunun iktibas edildiği İsviçre’de ise hükmün bilerek sınırlandırıcı şeklinde düzenlendiği ve diğer yakınların böyle bir hakka sahip olamayacağı şekilde yorumlanmıştır.⁷¹⁰ Yani söz konusu düzenlemede yasa koyucunun kasıtlı bir şekilde sustuğu iddia edilmiştir.⁷¹¹ Dolayısıyla kanunun *ratio legis*'inin tespiti yaşanan toplumun değer yargılarına göre farklı farklı şekillenmektedir ki Yargıtay’ın verdiği kararda Türk toplumunun özelliklerinin, sosyal yapısının ve örf ve adetlerin gerektirdiği ölçülerin dikkate alınarak hüküm verildiği ifade edilmiştir.⁷¹²

Aksi ile kanıt yönteminin uygulaması genelde fiillere ve faillere yönelik olarak iki farklı şekilde görülmektedir. Bu yöntemin hem fiile yönelik uygulamasında olsun hem de faile yönelik uygulamasında olsun iki sonucu vardır. Birincisi olumludur

⁷⁰⁸ Horovitz, *Law and Logic*, s. 97; Sözer, s. 64; Ancak Edis’e göre aksi ile kanıt yöntemi, kıyas yöntemini engellese de, kanunun sınırlandırıcı saydığı ve aksi ile kanıt yönteminin uygulanmasına elverişli bir kuralda, kanun boşluğunun olması mümkündür. Edis, s. 124.

⁷⁰⁹ Hatemi, s. 98.

⁷¹⁰ Hatemi, s. 101-102; Edis, 128; Oğuzman/Barlas, s. 101; Akipek/Akıntürk, s. 128.

⁷¹¹ Edis, aksi ile kanıt yöntemini yasa koyucunun ilgili maddede kasıtlı bir şekilde susup susmadığına göre belirlendiğini dile getirmiştir. Edis, 124.

⁷¹² Oğuzman/Barlas, s. 102.

(affirmative). Yani normun, “sadece” kelimesi ile nerelerde uygulanabileceğini göstermektedir. İkincisi ise olumsuzdur. Bu ise normda izin verilen durumlar haricinde kalan yerlerde uygulanmamasını ifade eder.⁷¹³

Ancak aksi ile kanıt yönteminin yukarıda bahsedilen işleyişi, çok da tatmin edici değildir. Genel olarak “yalnızca” kelimesi birçok kullanıma sahiptir. Uygulamada yalnızca eylem ve özneler için değil, özellik, zaman, mekan, sayı ve ilişki gibi şeylerde de uygulanmaktadır.⁷¹⁴

“Yalnızca P’ler Q’dur.” formu genellikle “bütün x’ler için, x, P değilse o halde x, Q değildir.” şeklinde kullanılmaktadır. Ancak bu tür durumlarda “Yalnızca P’ler, Q’dur” kalıbı “P’ler, Q’dur” sonucunu doğurmamaktadır.⁷¹⁵ Bu durum formel mantıkta bu şekilde olmakla birlikte aslında hukuk metinlerinde böyle bir ihmal sorun oluşturmamaktadır. Zira hukuk metninde sadece, yalnızca gibi kelimeler geçmese dahi bazı durumlarda sezgisel olarak bahsedilen olaylara hasredilmiş bir durum olduğu anlaşılabilmektedir.⁷¹⁶ Örneğin “işçiler grev hakkına sahiptir” şeklindeki bir hükümde aslında sadece işçilerin grev yapma hakkına sahip olduğu sezgisel olarak anlaşılmaktadır.⁷¹⁷

2. Aksi ile Kanıt Yöntemi ile Kıyas Yöntemi Arasındaki Farklılıklar

Aksi ile kanıt yöntemi ile kıyas yönteminin farkını⁷¹⁸ kısaca şu şekilde açıklamak mümkündür: Eldeki olay ile kıyas edilmesi için belirlenen kuralın kapsadığı olay arasında hukuki açıdan önemli bir benzerlik bulunması durumunda kıyas yöntemine, böyle bir benzerliğin bulunmaması durumunda ise aksi ile kanıt yöntemine başvurulmaktadır. Dolayısıyla benzer koşullar benzer sonuçlara neden olmakta iken, farklı koşullar da farklı sonuçları doğurmaktadır. Bu sebeple aksi ile kanıt yöntemine “karşıt kıyas (disanalogy)” da denilmektedir.⁷¹⁹

⁷¹³ Horovitz, *Law and Logic*, s. 98.

⁷¹⁴ Horovitz, *Law and Logic*, s. 98.

⁷¹⁵ Horovitz, *Law and Logic*, s. 98.

⁷¹⁶ Horovitz, *Law and Logic*, s. 98.

⁷¹⁷ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 331.

⁷¹⁸ İslam Hukuku’da aksi ile kanıt ile kıyas arasındaki ilişki için bkz. Duman, *Şafii*, s. 46 vd.

⁷¹⁹ Sözer, s. 217.

Aksi ile kanıt yöntemi ile kıyas yönteminin farkını açıklamak için aşağıdaki önerme kalıpları incelenecektir. Aksi ile kanıt yöntemi için oluşturulan önerme kalıbı şu şekilde oluşmaktadır:

Birinci Önerme: M, P olmalıdır.

İkinci Önerme: C, M'ye dahil olan bir olay değildir.

Sonuç: O halde “C, P olmalı” değildir.

Bu sonuca birinci öncülün “Sadece M, P olmalıdır” şeklinde yapılmadıkça tümdengelim yöntemi ile varılmaz.⁷²⁰ Zira C, M'ye dahil olmasa dahi P olma ihtimali vardır. Fakat “Sadece M, P olmalıdır” şeklinde bir önerme olması halinde sonuca tümdengelimsel şekilde varılabilir.

Kıyas yöntemi için oluşturulan önerme kalıpları şu şekildedir:

Birinci Önerme: M, P olmalıdır.

İkinci Önerme: C, M'ye dahil olan bir olay değildir.

Üçüncü Önerme: C, M'ye özünde benzerdir.

Sonuç: C, P olmalıdır.

Burada kıyas yöntemi kullanılarak C'nin P olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak aksi ile kanıt kullanıldığında ise tam tersi bir sonuç çıkmaktadır. Bu sebeple kıyas ve aksi ile kanıt yöntemlerinin kullanımları doktrin tarafından sınırlandırılmıştır.

721

Bu sınırlamalar kimi zaman dilbilimsel yollarla söz konusu olmaktadır. Örneğin Danimarka, İsveç ve Finlandiya'da yer alan sözleşme kanununda şu hüküm yer almaktadır:⁷²²

⁷²⁰ Peczenik, *Continental*, s. 333.

⁷²¹ Peczenik, *Continental*, s. 333.

⁷²² Peczenik, *Continental*, s. 333.

*“Bir kimse, niyetlendiği şeyin dışında yanlış yazım ya da diğer hatalara bağlı bir vaatte bulunduğunda, karşı taraf, bu hatayı biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, vaatte bulunan kimse vaadin içeriği ile bağlı değildir.”*⁷²³

Yasama tarihinin (legislative history) açıkça belirttiği gibi bu hüküm, aksi ile kanıt yöntemi ile gerekçelendirilmektedir. Yani karşı taraf hatayı bilmiyor ya da bilmesi gerekmiyor ise vaat eden kişinin, verilen vaatle bağlı olduğu anlamına gelmektedir. Ancak “karşı taraf, bu hatayı biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa” ibaresinin iki ayrı anlama gelebileceği akla gelmektedir. Birinci ihtimalde “sadece ve sadece vaat edilen kişi biliyorsa” anlamına gelmektedir. İkincisinde ise “örneğin vaat edilen kişi biliyorsa” anlamına gelmektedir.⁷²⁴ Ancak ikinci yorum, hükmün bağlamı açısından “ise” kelimesinin kullanımı göz önüne alındığında dilbilimsel (linguistic) kuralların ihlal edilmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla sadece ilk ihtimale göre hüküm yorumlanmalıdır. Bu sebeple aksi ile kanıt yöntemi tümdengelimsel bir karakter arz etmektedir ve kıyas yöntemi dışlanmaktadır.⁷²⁵

Bu karşılaştırmada söylenebilecek diğer bir husus ise şudur: Uygulamada kavramlar içtihadı ekolüne bağlı hukukçular, hukuk normlarının soyut içeriğinden hareket ettikleri için⁷²⁶, genellikle aksi ile kanıt yöntemi ile sonuç çıkarmaya meyilli iken⁷²⁷, menfaat (değerlendirme) içtihadı ekolüne bağlı hukukçular, her hukuk uyuşmazlığının altından bir menfaat çatışması olduğunu iddia ettikleri için⁷²⁸, genellikle kıyas yöntemine yatkındırlar.⁷²⁹

C. Genişletici Yorum ile Kıyas Yönteminin Karşılaştırılması

1. Genel Olarak Genişletici Yorum

Kıyas yöntemi gibi genişletici yorum da bir normun lafzi okuması üzerine kurulan sınırların dışında uygulanmasına neden olan bir yöntemdir.⁷³⁰ Genişletici

⁷²³ Peczenik, *Continental*, s. 333.

⁷²⁴ Peczenik, *Continental*, s. 333.

⁷²⁵ Peczenik, *Continental*, s. 333.

⁷²⁶ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 272.

⁷²⁷ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 111.

⁷²⁸ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 273.

⁷²⁹ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 111.

⁷³⁰ Peczenik, *Continental*, s. 334.

yorumda, hukuk kuralında yer alan söylemin dışına çıkılarak, kuralın *ratio legis*'ine göre yorumlanması söz konusudur. Örneğin kanunda yer alan çocuk terimi, kanunun konuluş amacına (*ratio legis*) göre yorumlandığında fûru (altsoy) olarak yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla burada genişletici yorum bulunmaktadır. Zira çocuk teriminin sözlük anlamına baktığımızda torun ve torun çocuğunu kapsamadığı görülmektedir.⁷³¹

Hukuk literatüründe kıyas yöntemi ile genişletici yorum yönteminin, iki ayrı yöntem olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda söz konusu yöntemler arasında iki tür farklılık olduğu iddia edilmiştir. Birincisi, genişletici yorum uygulamasında, yargıç normun uygun yargısal anlamını (*proper juristic meaning*) aşmamaktadır. İkinci olarak genişletici yorumda her zaman benzerlik kurma ihtiyacı görülmemektedir. Ancak her iki farklılık da eleştiriye açıktır. Zira birinci farkta belirtilen “uygun yargısal yorum” ifadesi belirsizdir. Bu belirsizliğin nedeni ise yorum kurallarının birçok açıdan tartışmalı olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim bahsedilen bu kuralların birincil işlevi ile kıyas yönteminin birincil işlevi aynıdır. Her ikisi de genel olarak hayatın ve adaletin gerektirdiği şeyleri sağlamaya çalışmaktadır.⁷³² İkinci olarak genişletici yorumda, normu eldeki olay için genişletmede, norm ile eldeki olay arasında bazı bağlantıların olduğu farz edilir. Aksi takdirde normun eldeki olaya uygulanması, yorumlanarak değil, serbest etik değerlendirmelere bağlı olarak gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla eldeki olay ile norm arasındaki bağın kurulabilmesi için asgari düzeyde dahi olsa bir benzerlik ilişkisi kurulması gerekmektedir. Ayrıca amaçsal yorum çerçevesinde de genişletici yorumun uygulanmasında benzerlik ilişkisi kurulması gerekmektedir.⁷³³

Genişletici yorum ile kıyas yöntemi arasındaki sınır oldukça siliktir.⁷³⁴ İki yöntem arasındaki sınırın silik olmasının sebebini Serozan, bir kuralın anlamının belirlenmesinde nerede yorumlamanın bittiğinin, nerede boşluk doldurmanın başladığının tam olarak belli olmamasından kaynaklandığına bina etmektedir.⁷³⁵ Bu

⁷³¹ Hatemi, s. 88; Sözer, s. 102.

⁷³² Peczenik, *Continental*, s. 334.

⁷³³ Peczenik, *Continental*, s. 334.

⁷³⁴ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 112; Baytaz, s. 340; Canale/Tuzet, s. 82.

⁷³⁵ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 126-127, 143.

sebeple bazı yazarlar, genişletici yorum ile kıyas yöntemi arasında pek fark olmadığını; hatta bu iki yöntemin özdeş olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedirler. Ancak Peczenik'e göre böyle bir özdeşlik, mantık açısından gerekli değildir. Nitekim tüm teorik zorluklara rağmen, kıyas ile genişletici yorum kabul edilebilir bir şekilde birbirlerinden ayırt edilebilmektedir. İkincisi kıyas ile genişletici yorumun özdeş olduğu iddiası pratik zorluklara neden olmaktadır.⁷³⁶

Genişletici yorum ile kıyas arasında yapılan ayırım, medeni hukuk açısından çok önemli olmasa da 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesinin hakim olduğu ceza hukuku ile 'kanunsuz vergi olmaz' ilkesinin işlediği vergi hukuku alanlarında büyük bir öneme sahiptir.⁷³⁷ Ayırımın ceza hukuku ve vergi hukukundaki önemi, bir sonraki başlıkta ele alınacaktır.

2. Genişletici Yorum ile Kıyas Yöntemi Arasındaki Farklılıklar

Kıyas yöntemi ile genişletici yorum arasında⁷³⁸ dört adet farklılıktan bahsedilebilir. Birincisi, her iki yöntem de kaynak ve hedef arasında ilgili benzerliğin tespitine dayanmaktaysa da, hangi açıdan önemli bir benzerlik olacağı noktasından birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Zira genişletici yorum, kaynağa, yani ilgili kanun maddesine anlamsal (semantic) açıdan bakmaktadır.⁷³⁹ Yani yorumlama yapılırken, eldeki olay ile kanunun uygun olup olmadığı, düzenlemede yer alan dilin bağlamsal sınırları (contextual constraints) kapsamında değerlendirilmektedir.⁷⁴⁰ Ancak kıyas yöntemi ile yapılan genişletme faaliyetinde ise bu uygunluk, anlamsal (semantic) açıdan değil, daha çok pragmatik açıdan bir değerlendirme içermektedir. Yani kıyas yönteminde uygun noktalar, amaçsal yorum kapsamında daha geniş bir şekilde ele alınmaktadır. Kıyas yönteminde uygun hükmün genişletilmesindeki benzerlikler, bağlam ve dil temelinden ziyade hukuk sistemi ve yasama organına göre belirlenmektedir.⁷⁴¹ Yine kıyas yönteminde uygun benzerlikler, yasal düzenlemenin

⁷³⁶ Peczenik, *Continental*, s. 335.

⁷³⁷ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 113; Gedik, s. 41.

⁷³⁸ İslam Hukuku'nda genişletici yorum kıyas karşılaştırması için bkz. Duman, *Şâfi*, s. 41 vd.

⁷³⁹ Hakeri, s. 28.

⁷⁴⁰ Canale/Tuzet, s. 81.

⁷⁴¹ Canale/Tuzet, s. 81.

verilen bağlamındaki diline göre değil, yorumcunun “benzer olaylara benzer muamele edilir” ilkesi ışığında kendisinin belirlediği amaca göre tespit edilmektedir.⁷⁴²

İkincisi, kıyas yönteminin uygulanabilmesi için hukuk sisteminde bir boşluktan söz edilmelidir. Ancak genişletici yorum yapılabilmesi için böyle bir boşluğa gerek duyulmaz.⁷⁴³ Kıyas yönteminde eldeki olayın hukuk düzeni tarafından düzenlenmemiş olması, diğer bir ifade ile eldeki olayın geçerli hukuki hükümlerin yorumlamasına uygun olmaması, onu kapsayacak bir norm üzerine bina edilebilmesi gerektiğini göstermektedir. Bu ise yorumsal sürecin bizzat kendisine bağlı olduğunu gösterir.⁷⁴⁴

Üçüncüsü, genişletici yorum, uygun hükmün standart okumasının bağlamını genişletmekte iken, kıyas yönteminin kullanılması ile boşluğu doldurmak için yeni bir norm yaratılmaktadır.⁷⁴⁵ Konuyu daha iyi anlayabilmek için Tuzet/Canale’nin verdiği örnekteki iki ayrı normu inceleyelim: N₁ normu, A ve B olaylarını hakkındadır. Genişletici yorum kullanılarak elde edilen N₂ normu ile C olayı da bu kapsam dâhiline alınmaktadır. Kıyas yöntemi kullanılarak A ve B olaylarını düzenleyen N₁ normundan N₂ normu elde ettiğimizde ise N₂ normunun da genişletici yorumda olduğu gibi C olayını çözümlediğini görürüz. Ancak buradaki fark genişletici yorum ile elde edilen N₂ normu A, B ve C olaylarının hepsine uygulanabilmekte iken, kıyas yöntemi ile elde edilen N₂ normunun sadece C olayının çözümü için kullanılabilmektedir. Dolayısıyla genişletici yorum yöntemi ile elde edilen N₂ normu, N₁ normuna göre haklı olarak daha geniş bir norm iken, kıyas yöntemi ile elde edilen N₂ normu böyle bir genişliğe sahip değildir.⁷⁴⁶

Aslında her iki yöntem ile de söz konusu norm genişletilmekte, ancak kıyas yöntemi ile yapılan genişletmenin derecesi daha fazla olduğu için, bu genişletme ile yeni bir norm elde edilmektedir. Bu sebeple Serozan, genişletici yorum ile kıyas yöntemi arasında nitelik bir farklılıktan ziyade nicelik itibarıyla bir farklılık olduğunu iddia etmektedir.⁷⁴⁷ Ancak kanaatimizce kıyas yöntemi ile genişletici yorum arasında

⁷⁴² Canale/Tuzet, s. 81.

⁷⁴³ Soyaslan, s. 125.

⁷⁴⁴ Heinrich, s. 23; Canale/Tuzet, s. 70, 82.

⁷⁴⁵ Canale/Tuzet, s. 70.

⁷⁴⁶ Canale/Tuzet, s. 70.

⁷⁴⁷ Serozan, *Medeni Hukuk*, 2005, s. 118.

niceliksel farklılığın yanında nitel bir farklılık da mevcuttur. Zira kıyas yöntemi ile elde edilen hüküm, inşai nitelikte iken; genişletici yorum ile elde edilen hüküm ise belirleyici- tespit edici niteliktedir.⁷⁴⁸

Dördüncüsü neredeyse tüm çağdaş hukuk sistemlerinde ceza hukuku alanında kıyas yöntemi yasaklanmışken, genişletici yorum yasaklanmamıştır.⁷⁴⁹ Bu yasaklama Common Law Sisteminde hukuk devleti (the rule of law) ilkesi ile Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde ise kanunilik (legality) ilkesi ile sağlanmaktadır.⁷⁵⁰ Bu yasaklamaya göre yargıçlar, ceza hukuku alanında yeni bir hukuk kuralı yaratamazlar; sadece yasa temelinde karar verebilirler. Bu fikir genellikle “kanunsuz suç ve ceza olmaz” özdeyişi (maksimi) ile sunulmaktadır. Bu ilke yargıçların, hiçbir şekilde takdir yetkilerinin olmadığı anlamına gelmemektedir. Fakat yargıçların ceza hukuku alanında takdir yetkilerini kullanırken diğer alanlara göre daha dikkatlice davranmaları gerekmektedir. Dolayısıyla kimi zaman ceza kanununda yer alan müphem (belirsiz) bir ifade, uygulamada daha kullanışlı, hatta bazen gerekli olabilmektedir. Sonuç olarak hukuk bilimcileri genişletici yorumu, ceza hukuku alanında yeni bir normun yaratılması için değil, söz konusu hükmün uygun anlamının belirlenmesi için geçerli kabul etmişlerdir.⁷⁵¹

3. Genişletici Yorum ile Kıyas Yöntemi Arasındaki Ortak Yanlar

Kıyas yöntemi ile genişletici yorumun farklı yönleri olduğu gibi ortak özellikleri de vardır. Birincisi her iki yöntemde de ortada çözülmesi gereken bir olay vardır. Bu olay, bir hukuki hüküm tarafından açıkça düzenlenmemiş bir olaydır.⁷⁵²

İkincisi kıyas yöntemi ve genişletici yorum, aynı pratik sonuca sahiptir. Zira her iki yöntem için de eldeki olay bakımından normun genişletilmesi söz konusudur.⁷⁵³ Hangi yöntem öne sürerek elde edilirse edilsin, varılan pratik sonuç, aynıdır. Örneğin “Park alanına taşıtlar giremez” normunun genişletici yorum yapılarak “kaykay”ın da

⁷⁴⁸ Furtun, s. 63.

⁷⁴⁹ Canale/Tuzet, s. 70, 81.

⁷⁵⁰ Canale/Tuzet, s. 70.

⁷⁵¹ Canale/Tuzet, s. 71.

⁷⁵² Canale/Tuzet, s. 71.

⁷⁵³ Hakeri, s. 28.

dahil edildiğini düşünelim. Normun standart okumasına göre taşıt kavramı içerisine motorlu taşıtlar girmektedir. Genişletici yorum yönteminde, normun standart okuması genişletilerek kaykayın da bir araç olarak değerlendirilmesi sağlanmıştır.⁷⁵⁴ Ancak kimi hukukçulara göre taşıt kelimesi sadece motorlu taşıtları kapsayacak şekilde okunmalıdır. Çünkü yasamanın bu normu koyma niyetinden veya normun gramatik anlamından motorlu taşıtların kastedildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu norm, kaykayı kapsamamaktadır. Bu nedenle hukuk düzeninde bir boşluk vardır. Ancak kaykay ile motorlu taşıtlar arasında yayaları rahatsız etmesi bakımından uygun bir benzerliğin olduğu görülmektedir. Bu yüzden boşluk “park alanına taşıtlar giremez” nomunun kıyas yoluyla genişletilmesi neticesinde elde edilen “kaykaylar park alanına giremez” şeklindeki bir norm ile doldurulmaktadır. Görüldüğü gibi her iki yöntemle de aynı sonuca varılır.⁷⁵⁵

Kıyas yöntemi ile elde edilen sonuç ile genişletici yorum yöntemi ile elde edilen sonucun aynı olduğuna diğer bir örnek olarak *Adams v. New Jersey Steamboat Co. 1896*)⁷⁵⁶ olayını gösterebiliriz. Olayda mahkeme, hukuk sisteminde bir boşluk olduğunu, otel ile geminin ilgili noktalarda benzer olduğunu ve bu nedenle kıyas yöntemi ile geminin yüzen bir otel olarak düşünülebileceğini ifade ederek kararını vermiştir.⁷⁵⁷ Şimdi bu olayın “otel ve otel benzeri işletmelerde müşterinin kişisel eşyalarında meydana gelebilecek hasar ya da kaybolma durumlarında işletme sahibi sorumlu tutulur” şeklinde bir norma dayandığını farz edelim.⁷⁵⁸ Böyle bir durumda gemi işletmesinin sorumluluğuna karar verilmesinde kıyas yöntemine değil, genişletici yorum yöntemine başvurulacaktır. Zira bu durumda yasal bir boşluktan söz edilemez. Burada hüküm içi boşluk (intra legem) söz konusudur. Dolayısıyla kararı veren yargıç, böyle bir durumda yasanın çerçevesi dışına çıkmayıp sadece yasanın alanını genişleterek hükme varmaktadır. Sonuç olarak her iki yöntemde de yargıç aynı sonuca ulaşmaktadır. Kural-hüküm dışı boşluk (extra legem) doldurmada kıyas yöntemine

⁷⁵⁴ Canale/Tuzet, s. 72.

⁷⁵⁵ Canale/ Tuzet, s. 72.

⁷⁵⁶ Adam v. New Jersey Steamboat Co., 151 N.Y. 163, 45 N.E. 369.

⁷⁵⁷ Canale/ Tuzet, s. 72.

⁷⁵⁸ Canale/ Tuzet, s. 72.

başvurulurken, hüküm içi boşluğun doldurulmasında genişletici yorum yöntemine başvurulur.⁷⁵⁹

Tüm bu anlatılan ayrımlar teorik tartışmalarla ilgilenen düşünürlerce bir problem oluşturmamakta ise de soruna pragmatik açıdan yaklaşan düşünürlere göre bu ayrımlama çabaları sorunludur. Zira her iki kavramın (genişletici yorum- kıyas yöntemi) uygulanması ile pratikte aynı sonuca ulaşılıyorsa, aslında bu kavramlar farklı isim altında aynı kavramı ifade etmektedir. Dolayısıyla aynı iddialar ile aynı sonuca ulaşılmakta ise, birisinin yasaklanması, diğerinin kullanımına izin verilmesi akla uygun görülmemektedir.⁷⁶⁰

Ancak kanaatimizce soruna pragmatik açıdan bakıp iki kavramın aynı olduğunu iddia edenlerin gerekçelendirmeleri yerinde değildir. Zira her iki yöntem de aynı sonuca ulaşsa dahi zihinsel işleyişleri farklı olduğundan böyle bir ayrımın yapılması önemlidir. Örneğin belirli bir amaca ulaşmak adına iki farklı yolu kullanan iki şahsı düşünelim. Birinci şahsın kullandığı yol hukuka uygun iken, diğerinin bu amaca ulaşmadaki araçları hukuka aykırıdır. Bu durumda her iki şahsın da aynı sonuca ulaşması sebebiyle yapılan eylemin aynı niteliğe sahip olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Bu sebeple bu iki yöntemin aynı sonuca ulaşması nedeniyle farklılıklarını göz ardı etmek makul değildir.

4. Ceza Hukuku Alanında Kıyas Yöntemi ve Genişletici Yorum

Kıyas yöntemi ile genişletici yorum arasındaki farkın oldukça silik olduğunu ifade etmiştik. Bu muğlaklık ceza hukukunda da görülmektedir. Bu sebeple ceza hukukunda özellikle pratikte hangi hükmün kıyas yöntemi ile elde edildiği, hangi hükmün genişletici yorum ile elde edildiği konusunda tartışmalar mevcuttur. Ancak kısaca yeniden belirtmek gerekirse, genişletici yorumda normun lafzının genişletilmesi söz konusu iken, kıyas yönteminde normun lafzını aşan bir yorumlama faaliyeti yapılmaktadır.⁷⁶¹

⁷⁵⁹ Canale/Tuzet, s. 72.

⁷⁶⁰ Canale/Tuzet, s. 73.

⁷⁶¹ Soyaslan, s. 124; Baytaş, 336.

Çoğu hukuk sisteminde⁷⁶² (Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi) ceza hukuku alanında kıyas yönteminin kullanımı yasaklanmışken, genişletici yorum yönteminin kullanımında bir mahsur görülmemiştir. Her iki yöntem de aynı amaca hizmet etmesine rağmen, ceza yargılamasında bu yöntemlerin birbirleri arasındaki farkı ortaya koymak önemli bir husustur. Gerçekten ceza yargılamasında mahkemenin verdiği karar, kıyas yönteminin kullanılması ile oluşması halinde, kararın üst derece mahkemelerince bozulacağı bilinmektedir. Ancak aynı kararın genişletici yorum yoluyla elde edilmesi durumunda ise üst derece mahkemesi aynı tutumda olmayacaktır. Buradaki asıl sorun, bu iki yöntemin hukuk pratiğindeki ayrımının güçlüğünden kaynaklanmaktadır.⁷⁶³ Kıyas yöntemi ile genişletici yorum arasında gerçekten bir ayrımın var olup olmadığı oldukça zor bir konudur. Bir kısım hukukçuya göre böyle bir ayrımı yapmak teorik olarak mümkündür. Zira bu yöntemler, aynı gerekçelendirme yapısına sahip değildir. Diğer bir kısım yazarlara göre ise her iki yöntemde de aynı hukuki materyalleri kullanılarak aynı sonuca varılmaktadır. Yani her iki yöntemde de kanunun açıkça öngörmediği bir durumun, belirli bir kuralın genişletilmesi vasıtasıyla çözülmesi söz konusudur.⁷⁶⁴

Genişletici yorum ile kıyas arasındaki ayrımın net olmaması nedeniyle, ceza kanunlarının dar yorumlanması, esas kabul edilmektedir. Yani bu alanda genişletici yoruma mümkün olduğunca başvurulmaması gerekir. Zira böyle bir durumda kıyasa neden olacak genişletici yorum yapılma ihtimali vardır.⁷⁶⁵

Örneğin Alman Ceza Kanununun 224. maddesinde kasten yaralama suçu düzenlenmiştir. Maddede silahla yapılan kasten yaralama ise suçun nitelikli halini oluşturmaktadır. Ancak TCK'nın 6. maddesindeki gibi Alman Ceza Kanununda da "silah" kavramı açık bir şekilde tanımlanmamaktadır. Kavramdaki muğlaklık sebebiyle neyin silah kavramı içerisinde görüleceği, neyin görülmeyeceği hakim yorumuna kalmaktadır. Bu sebeple suçta kullanılan eşyaların hangisini silah olduğu,

⁷⁶² Sovyetler Birliğinde 1958'e kadar, Çin'de ise 1998'e kadar ceza hukukunda kıyas yasağı yoktu. Hakeri, s. 28; The Use of Analogy in Criminal Law." *Columbia Law Review*, vol. 47, no. 4, 1947, s. 615.

⁷⁶³ Canale/Tuzet, s. 66.

⁷⁶⁴ Canale/Tuzet, s. 67.

⁷⁶⁵ Akbulut, s. 80.

hangisinin silah olarak değerlendirilemeyeceği bir takım tartışmalara neden olmaktadır.⁷⁶⁶ Örneğin mağdurun yüzüne tuz ruhu dökülmesi ile meydana gelen kasten yaralama fiilinde tuz ruhunun silah olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Alman Yargıtayı bu konuda tuz ruhunun bir silah olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Alman Yargıtayına göre kanunda silah kavramının mekanik bir silah olarak anlaşılmasına neden olacak bir sınırlama bulunmamaktadır. Nitekim niteliği gereği tuz ruhunu, kimyasal silah olarak değerlendirmek mümkündür. Ayrıca kanunun silah ile işlenen yaralamaları nitelikli hal olarak saymasının amacı, silah ile işlenen yaralamaların daha tehlikeli görmesidir. Bu açıklamalar ışığında Alman Yargıtayı tuz ruhu ile işlenen yarama eyleminin silah ile işlenen kasten yaralama kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Görüldüğü gibi söz konusu olayda kıyasa yol açacak derecede kanunun lafzı aşılmamış, sadece normda yer alan kelimenin anlamı genişletilmiştir.⁷⁶⁷

Genişletici yoruma Türk Hukuk Sisteminde, eski TCK'da düzenlenmiş bir hükmü örnek gösterebiliriz. 765 sayılı TCK'nın 461. maddesine göre meşru müdafaa halleri örneklendirilmiştir. Bu hükümde meşru müdafaa halleri olarak “merdiven kurup çıkma”, “duvar delme” ve “kapı kırma”dan söz edilmiştir. Ancak söz konusu düzenlemede “balkondan girme” veya “bacadan girme”den bahsedilmemiştir. İşte burada bahsedilemeyen bu fiillerin genişletici yorum yapılarak meşru müdafaa halleri içerisinde değerlendirilmesi mümkündür.⁷⁶⁸

Ceza kanunlarının dar yorumlanması esas olarak kabul edilse de ceza hukuku alanında genişletici yorumunun uygulanması mümkündür. Ancak genişletici yorum ile kıyasın farkının net olarak belirlenememesi nedeniyle Türk Hukuk Sisteminde “kıyasa yol açacak genişletici yorum” da yasaklanmıştır.⁷⁶⁹ Kıyasa yol açacak genişletici yoruma, yine kasten yaralama suçunun nitelikli hali olan silahla kasten yaramanın olup olmadığı konusunda tartışmalara neden olan başka bir örnek göstermek mümkündür.

⁷⁶⁶ Baytaz, 337.

⁷⁶⁷ Baytaz, 337.

⁷⁶⁸ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 115.

⁷⁶⁹ Akbulut, s. 83; Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 27-28.

Olayda fail, suçu mağdurun kafasını duvara vurmak suretiyle işlemiştir. Burada duvarın bir silah olarak nitelenip nitelenemeyeceği tartışılmaktadır.⁷⁷⁰ Olayda failin bu fiili mağdurun kafasını duvara vurmak suretiyle işlemesi, davranışın tehlikeliliğini artırmaktadır. Bu bakımdan duvarın silah olarak nitelendirilmesi kanunun düzenleniş amacına uymaktadır. Ancak duvarın, üzerinde hakimiyet kurulamayan ve yerinden oynatılamayan özellikleri nedeniyle bir silah (tehlikeli araç) olarak nitelenmesi makul değildir. Bu sebeple duvarı bir silah olarak görmek, kanunun lafzını aşan bir yorum niteliğindedir ve ceza hukukundaki kıyas yasağını ihlal eden bir durumdur.⁷⁷¹

“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi, kıyas yönteminin, sanığın lehine olacak durumlarda kullanılabilmesine müsaade ederken⁷⁷², sanığın aleyhine durumlarda kullanılmasını yasaklamaktadır. Bu ilke hukuk sistemlerinde sıkı bir şekilde uygulanmaktadır.⁷⁷³ Örneğin elektrik hırsızlığının hırsızlık olarak düzenlenmediği dönemde, verilecek kararın bu ilkeye aykırı olacağı nedeniyle hırsızlığa hükmedilmemiştir. Aynı şekilde jetonla çalışan telefonun, sahte jeton ile çalıştırılması olayında, bu fiilin kanunda düzenlenmemiş olması sebebiyle ve ceza kanununun motorlu taşıtların çalınması hakkındaki kanunda uçağın motorlu taşıt olarak tespit edilmemiş olması (*McBoyle v. Ashworth* olayı) nedeniyle işlenen fiiller (sahte jeton kullanılması- uçak motorunun çalınması), hırsızlık olarak nitelendirilmemiştir.⁷⁷⁴

McBoyle v. United States olayında davalı, 1919 tarihli “Ulusal Motorlu Taşıtların Çalınması Hakkındaki Kanuna” göre ilk derece mahkemesince verilen kararla suçlu bulunmuştur. Kanun, bir kimsenin eyalet sınırları boyunca, çalındığını bildiği halde çalıntı bir motorlu taşıtı kullanmasını yasaklanmıştır. Olayda McBoyle,

⁷⁷⁰ Baytaz, 337.

⁷⁷¹ Baytaz, 338.

⁷⁷² Aksi görüş için bkz. Birtok, s. 27-28; Hakeri, s. 28; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I*, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 38.

⁷⁷³ Hafızogulları/Özen, s. 110; Soyaslan, s. 125; Akbulut, s. 82; Heinrich, s. 23; Ö. Faruk Karacabey, *Uygulamalı Hukukta Yöntem ve Araştırma*, Ajans- Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara 1976, s. 54.

⁷⁷⁴ *The Use of Analogy in Criminal Law*, s. 615.

çalıntı olduğunu bildiği halde bir uçağı Illinois eyaletinden Oklahama Eyaletine kadar kullanmıştır. Söz konusu yasaya göre motorlu taşıtlar şu şekilde tanımlanmıştır:⁷⁷⁵

*“Motorlu taşıt terimi, otomobili, kamyonu, yük taşıyabilen taşıtları, motosikleti ve buna benzer kendiliğinden gidebilen ve raylar üzerinde sürülmeye göre dizayn edilmemiş diğer taşıtları kapsamaktadır.”*⁷⁷⁶

O dönemde uçaklar genellikle motorlu taşıtlar kapsamında değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla uçak, yasanın tûmdengelimsel bir akıl yürütme yapılması ile, yani kelimelerin sıradan anlamlarına göre değerlendirildiğinde, yasada belirtilen motorlu taşıt kavramı kapsamında görûlmemektedir.⁷⁷⁷

Ancak uçağın, *“buna benzer kendiliğinden gidebilen ve raylar üzerinde sürülmeye göre dizayn edilmemiş diğer taşıtlar”* kapsamında kıyasen taşıt olarak nitelendirilmesi mümkündür. Yasanın amacı doğrultusunda uygun noktalar açısından çalıntı uçak, otomobil ya da kamyonu benzemektedir. Yasada otomobil ve kamyon gibi taşıtların süje olarak görûlmesi, çalınan taşıtın eyalet dışına kolayca çıkarılabilmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla çalınan bir uçak, kolayca eyalet dışarısına götürülebileceğı nedeniyle ve otomobil ve kamyonu uygun noktalarda benzerliğe sahip olduğundan dolayı, yasanın kapsamına girmektedir.⁷⁷⁸

Yüksek Mahkeme’ye taşınan olay için Yargıç Holmes, verilen kararın ikna edici güce sahip ve kabul edilebilir görûndüğünü dile getirmiştir. Ancak Holmes, verilen kararı reddetmiştir:⁷⁷⁹

*“Yasa, uçağı kapsayacak şekilde genişletilmemelidir. Zira düzenlenen yasa, yasama organınca daha geniş bir şekilde düzenlenmesi düşünülseydi, o şekilde düzenlenebilirdi.”*⁷⁸⁰

⁷⁷⁵ McBoyle v. United States, 283 U.S. 25 (1931) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/> (E.T: 07.02.2019); Burton, s. 78.

⁷⁷⁶ McBoyle v. United States, 283 U.S. 25 (1931) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/> (E.T: 07.02.2019); Burton, s. 78.

⁷⁷⁷ Burton, s. 79.

⁷⁷⁸ Burton, s. 79.

⁷⁷⁹ McBoyle v. United States, 283 U.S. 25 (1931) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/> (E.T: 07.02.2019); Burton, s. 79.

⁷⁸⁰ Burton, s. 79.

Holmes bu kararı, taşıt kelimesinin günlük kullanımındaki olağan anlamına göre düşünerek vermiştir. Zira ona göre bir kelimenin anlamı, tüm dünyada herkes tarafından nasıl anlaşıldığına göre şekillenmelidir. Bu sebeple Holmes kararını, kelimenin olağan anlamı ışığında vermiştir.⁷⁸¹

D. Amaca Uygun Sınırlandırma (Teleolojik Redüksiyon) ile Kıyas Yönteminin Karşılaştırılması

Amaca uygun sınırlandırma, kanuni düzenlemenin, konuluş amacını aşacak derecede geniş kapsamlı olması durumunda, düzenlemenin amacının gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi şeklinde yapılmaktadır.⁷⁸² Düzenlemenin alanının daraltılması⁷⁸³ ile eldeki olay, istisnai bir norm ile çözülmektedir.⁷⁸⁴

Kıyas yönteminin uygulanması, pozitif eşitlik ilkesinin bir gereği iken, amaca uygun sınırlandırma işlemi, negatif eşitlik ilkesinin gereğidir.⁷⁸⁵ Yani kıyas yönteminde “benzer olanlara benzer muamele edilmelidir” ilkesi geçerli iken, amaca uygun sınırlandırma yönteminde “benzer olmayanlara farklı muamele edilmelidir” ilkesi geçerlidir.

Kıyas yöntemi ile amaca uygun sınırlandırma yöntemi, kanunun amacını esas almaktadır. Ayrıca her iki yöntemde de hukuk sisteminde gerçek bir boşluğun varlığından söz edilir. Amaca uygun sınırlandırma yöntemine başvurulması ile dolaylı olarak kıyas yöntemine başvurulması mümkündür.⁷⁸⁶

Amaca uygun sınırlandırmada kıyas yönteminin kullanımı iki şekilde olabilir. Birincisinde söz konusu düzenleme, amaca uygun sınırlandırılırken, eldeki olay bir başka hukuk kuralına benzer görülerek çözülmektedir. İkinci seçenekte ise söz konusu düzenlemede yer alan istisnai hükümler arasında yer almayan, ancak yer alması gereken hüküm genel hükme eklenerek amaca uygun bir sınırlandırma yapılmaktadır. Bu şekilde bir sınırlandırmada, eldeki olaya uygun olan ve istisnai hükümlere

⁷⁸¹ Burton, s. 79.

⁷⁸² Kırca, s. 98.

⁷⁸³ İslam Hukuku’da daraltıcı yorum ile kıyas arasındaki ilişki için bkz. Duman, *Şafii*, s. 44 vd.

⁷⁸⁴ Kırca, s. 99.

⁷⁸⁵ Furtun, s. 86.

⁷⁸⁶ Kırca, s. 99, 113-114.

eklenmesi gereken hüküm, diğer istisnai hükümlerden birine benzetilerek oluşturulmaktadır.

Birinci seçeneğe şöyle bir örnek vermek mümkündür: Türk Borçlar Kanunu m. 510/2'ye göre vekalet sözleşmesi gereği vekil, vekaleti ifa ederken uğradığı zararları, müvekkilin kusurlu olmadığını ispat etmesi hali dışında müvekkilden isteme hakkına sahiptir. Ancak bu kural, ücretsiz vekalet sözleşmesi yapan vekil için eşitliğe ve hakkaniyete aykırı bir durum olabilmektedir. Zira vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde, vekaletsiz iş gören bir kişi, hakkaniyet gereği uğradığı zararları kusur aranmaksızın talep edebilmekte iken, ücretsiz vekillik yapan bir kişi için kusur olması durumunda müvekkilden zararın tazmini talep edememesi açık bir şekilde adaletsiz görünmektedir. Bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu hükmün, ücretsiz vekalet sözleşmelerine uygulanmayacağına karar vermiştir. Konuyu daha iyi anlamak için somut bir örnek verelim.⁷⁸⁷ Örneğin, kişinin kendi bahçesindeki meyveleri toplaması için komşusuna ricada bulunduğunu, komşunun da bu ricayı kırmayarak, meyveleri toplamaya başladığını düşünelim. Meyvelerin toplanması anında komşunun, ağacın dalından düşerek kolunu kırması durumunda oluşan zararın kim tarafından tazmin edileceği tartışmalıdır. Söz konusu hükme göre bakıldığında vekalet sözleşmelerinde müvekkilin kusurlu olmadığı durumda vekil, zararın tazminini müvekkilden talep edememektedir. Olayda da müvekkilin kusuru görünmemektedir. Dolayısıyla bu hükmün uygulanması halinde hakkaniyete aykırı bir durum oluşacaktır. Bu nedenle yargıç burada kanunun amacına uygun sınırlandırma yaparak ücretsiz vekalet sözleşmelerini hükmün dışında sayacak ve kıyas yoluyla vekaletsiz iş sözleşmeleri hükmünü uygulanacaktır.⁷⁸⁸ Görüldüğü gibi amaca uygun sınırlandırma yönteminin kullanımı ile birlikte dolaylı olarak kıyas yöntemine başvurulmaktadır.

İkinci seçeneğe ise şöyle bir örnek verilebilir: TMK m. 15'e göre "*Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.*" Kanundaki ayırık durumlar arasında TBK m. 394/3'ü

⁷⁸⁷ Kırca, s. 102; Akipek/Akıntürk, s. 136; Yaşar Karayalçın, *Hukukda Öğretim- Kaynaklar-Metod Problem Çözme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Genişletilmiş 4. Baskı, 1994 Ankara, s. 110.

⁷⁸⁸ Kırca, s. 103.

örnek olarak göstermek mümkündür. Söz konusu düzenlemede, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğu anlaşıldığında, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla TMK m. 15'e istisna getirilmiş olmaktadır. Konuyu bir örnek ile açıklayalım. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi, vekalet sözleşmesi yapmıştır ve sözleşmenin edimini yerine getirmiştir. Ortada istisnai bir hüküm olmadığı için, kural olarak sözleşmenin geçersiz olduğu varsayılmaktadır. Ancak söz konusu olayda (ayırt etme gücü olmayan birinin vekalet sözleşmesi yapması) yapılan sözleşmenin iş görme sözleşmesi başlığı altında incelenen bir sözleşme olması, hizmet sözleşmesinin de bir iş görme sözleşmesi olması nedeniyle bu istisnai hüküm, kıyasen uygulamak mümkün olabilir. Nitekim vekalet sözleşmesi ile alakalı Türk Borçlar Kanunun 502. maddesinde "*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*" ifadesi ile vekalet sözleşmesinin tipik bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Yani böyle bir hüküm olmadığı takdirde hakkında bir düzenleme olması nedeniyle kıyas yapmaya ihtiyaç kalmadan doğrudan bu hükmün uygulanması mümkündür. Ancak vekalet sözleşmesinin tipik bir sözleşme olması nedeniyle, istisnai nitelikte olan hizmet sözleşmesinin kıyas yapılarak vekalet sözleşmesine uygulanması mümkün olmaktadır. Dolayısıyla burada ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin yaptığı vekalet sözleşmesi, uygun benzerlikler nedeniyle hizmet sözleşmesi hakkındaki hüküm çerçevesinde değerlendirilerek çözülmüştür. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, söz konusu olayda istisnai hükme kıyas uygulanması, kanunun amacına göre bakıldığında yine makul karşılanmaktadır. Zira kanun koyucunun amacı burada ayırt etme gücü olmayan kişiyi korumaktır. Sonuç olarak istisnai hükmün kıyas yöntemine başvurularak genişletilmesi bu şekilde mümkün olmaktadır.

İstisnai hükmün kıyas yöntemine başvurularak genişletilmesine farklı bir örnek olarak şu gösterilebilir: Genel prensibe göre bir kimse yalnız kusuru ile meydana gelen zararlardan sorumludur. Ancak Alman Medeni Kanunu'nun 701. maddesine göre otel sahibi kusursuz da olsa, müşterinin uğrayacağı zarardan sorumludur. Görüldüğü gibi istisnai hüküm olarak sadece otel sahibinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak ayrıntılı olarak bakıldığında turistik gezi amacıyla kullanılan bir geminin de bu

kapsamda değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir. Zira gemi ile otel, artırılmış sorumluluk açısından uygun benzerliğe sahiptir. Bu nedenle istisnai hükmün kıyas yoluyla genişletilmesi gerekmektedir.⁷⁸⁹ Bu genişletme ile birlikte genel ilke de amaca uygun bir şekilde daraltılmış olmaktadır.



⁷⁸⁹ Aral, s. 204.

BEŞİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA KIYAS

I. KIYAS YÖNTEMİNİN TARİFİ, NİTELİĞİ, ŞER’İ VE AKLİ DAYANAĞI

A. Kıyasın Tarifi

Kıyas kelimesi İslam Hukuk literatüründe genel olarak üç farklı anlamda kullanılmaktadır.⁷⁹⁰

Birincisi, fıkıh usulünde bilinen terim anlamında kullanılmaktadır. Bu kullanım, kıyas kavramının en yaygın kullanımıdır. Buradaki anlamından, hükümde yer alan illetin ortak olması sebebiyle fer’in asl’a ilhak edilmesi kastedilmektedir.⁷⁹¹ İkincisi, kapsam olarak genel nitelikli (nass-ı âm) şer’i nas anlamında kullanılmaktadır. Üçüncüsü ise fıkıhta veya bazı mezheplerce kabul görmüş genel kural anlamında kullanılmaktadır.⁷⁹²

Fıkıh usulünde kıyas, “*hükmi, kitap, sünnet ve icmada bulunmayan bir meseleye, illet ortaklığı sebebiyle, söz konusu kaynaklardan birinde yer alan bir meselenin hükmünü vermek*”⁷⁹³ anlamına gelmektedir. Dolayısıyla burada karşılaştırılan meseleler, hüküm bakımından “eşitlenmiş” olmaktadır. Bu işleme fıkıh usulünde kıyas denilmektedir.⁷⁹⁴

İbn Sina ve Gazzali kıyası, “*şahidi (görüneni/bilineni) gaibe (görünmeyene/bilinmeyene) delil gösterme*” olarak tanımlamışlardır.⁷⁹⁵ İmam Şafii ise kıyası açıklarken şöyle bir örnek vermiştir: Kabe’yi göremeyecek kadar uzakta yaşayan bir kimsenin namaz kılarken kıyas yoluyla Kabe’ye yöneldiği gibi, müçtehit

⁷⁹⁰ Şaban, s. 235-236; Gazzali, s.177 vd.

⁷⁹¹ Duman, Şafii, s. 18; Şaban, s. 235-236.

⁷⁹² Şaban, s. 235-236; Gazzali, s.177 vd.

⁷⁹³ Şaban, s. 165.

⁷⁹⁴ Diğer tanımlar için bkz. Ebu Zehra, s. 190; Kişmir, s. 22-23; Akyel, s. 31.

⁷⁹⁵ Çapak, 243; Emiroğlu, s. 199; İbn Sina, s. 35; Nail Karagöz, *Haneft-Mâturidî Gelenekte Kıyas İçerikli İstidlâl (Hulviyyât Örneği)*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı Kelâm Bilim Dalı, Adana 2014, s. 57.

de hükmü açık bir şekilde nasslarda yer almayan bir olayın çözümlenmesinde, kıyas yoluyla bir hükmü olaya uygulamaktadırlar. Bir şeyi araştırmak, bir kısım delaletlerle olur. Delaletler yani delil olan şeyler ise kıyasın esasını oluşturmaktadır.⁷⁹⁶

Fıkıh usulündeki kıyas ile elde edilen hüküm, mantık alanında kesinliği göstermemektedir. Ancak bu durum, kıyas yönteminin önemsiz olduğu anlamına gelmez. Zira bir hüküm verilirken, benzerlikler üzerinden hareket edilir. Bu sebeple fıkıhta kıyasın uygulanması kaçınılmazdır. Ayrıca benzerlik ölçütünün yani illeti belirleme yollarının farklı farklı olması sebebiyle, fıkıhçılar tarafından yapılan her kıyasın aynı sonucu vermemesi doğal bir sonuçtur.⁷⁹⁷

B. Kıyasın Niteliği

Kıyas, İslam Hukukunda re'yin daha gelişmiş ve sistematik halidir. Re'y ise içtihadın çeşitli şekillerini kapsayan genel bir terimdir. Bu terimin, Hz. Peygamber (S.A.V) döneminde ve sonrasındaki sahabe döneminde de kullanıldığını bilinmektedir.⁷⁹⁸ Nitekim “kıyasın şer’i dayanağı” başlığında da ifade edileceği gibi Hz. Peygamber (S.A.V)’in Muaz Bin Cebel’i Yemen’e vali olarak tayin ettiği sırada aralarında geçen konuşmada Muaz Bin Cebel, “*bir meselenin çözümü sırasında kitap ve sünnette bir hüküm bulamadığımda reyimle içtihat ederim*” ifadesini kullanmıştır. Burada zikredilen re'y, uygulama alanında kıyas ile aynıdır.⁷⁹⁹

İslam Hukukçularının çoğunluğuna göre kıyas, bir kaynak niteliğindedir. Bir kısım hukukçular ise İslam Hukuku’nda uygulanan kıyası, başlı başına bir kaynak olarak görmezler. Onlara göre kıyas, bir kaynak olmaktan çok, Kur’an, Sünnet ve

⁷⁹⁶ Muhammed b. İdris eş-Şafii, *Er-Risale (İslam Hukukunun Kaynakları)*, (Çev: Abdulkadir Şener- İbrahim Çalışkan), Türk Diyanet Vakfı Yayınları, 6. Baskı, 2018 Ankara, s. 273-274.

⁷⁹⁷ Butur, s. 42, 49, 54; Fazlı Arslan, *İslam Ceza Hukukunda Suç ve Cezalarda Kıyas*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Bölümü İslam Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 1998, s. 8; Çapak, s. 252; Ahmet Hasan, *İlk Dönem İslam Hukuk Biliminin Gelişimi*, (Çev: Haluk Songur), Rağbet Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 82.

⁷⁹⁸ Hasan, s. 81; Arslan, s. 8.

⁷⁹⁹ Hüseyin Çaldak, “İlk Devir İslâm Dünyasında Akıl Yürütmelerin Mantık Açısından Değerlendirilmesi”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 22, 2008, s. 8,11. Şaban, s. 172-173; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 97; Cin/Akgündüz, s. 164-165.

icmanın uygulama alanını genişleten ve bu kaynaklarda bulunan bir hükmü ortaya çıkaran bir metottur.⁸⁰⁰

Fıkıhta uygulanan kıyas yöntemi (analoji) ile mantıkta yer alan kıyas (tasım-syllogizm) birbirinden ayrı iki kavramdır. Fıkıh usulünde uygulanan kıyas yönteminde zihin, tikelden tikele hareket ederken, mantıktaki kıyasta zihin, tümelden tikele hareket etmektedir.⁸⁰¹

Kıyas, mantıkta kesinliği (yakini) ifade etmez.⁸⁰² Fıkıh usulünde uygulanan kıyas; yani şer'i kıyas, mantıkta zannı galibi gösterir.⁸⁰³ Ancak kesinliği göstermese de kıyasın fıkıhta önemli bir yeri vardır. Nitekim fıkıhta verilecek hükümler benzerlikler üzerinden hareket edilerek bulunur.⁸⁰⁴ Dolayısıyla farklı kimseler tarafından yapılan kıyasın aynı sonucu doğurmasının zorunlu olmadığı dikkate alınması gereken önemli bir husustur. Bunun en temel sebebi, illetin tespit edilmesindeki farklı görüşlerdir.⁸⁰⁵

C. Şer'i Dayanağı

Kıyas yöntemi İslam hukukçularının çoğunluğuna göre kabul edilen bir yöntemdir. Nazzam, Zahiriler ve İmamiye mezhebi mensupları bu yöntemi şer'i bir delil olarak görmemektedirler. Kıyası kabul etmeyenlerin esas karşı çıktıkları nokta, hükümlerde illetin belirlenmesi meselesidir. Nitekim kıyası kabul etmeyenler, hükümde yer alan illetin tespit edilemeyeceğini iddia ederler.⁸⁰⁶ Dolayısıyla bu görüşü savunanlara göre kıyas, İslami bir delil niteliği taşımaz. Çünkü naslardaki illetler belirlenemeyeceği için; hüküm, kıyas yapılacak olayları kapsamaz. Ancak kıyası kabul edenlere göre kıyas uygulaması ile nassın dışında, yeni bir hüküm konulmuş

⁸⁰⁰ Aydın, s. 39.

⁸⁰¹ Butur, s. 15.

⁸⁰² Ancak buradaki yargı genel olarak kıyasa dair bir yargıdır. Ayrıntılı olarak incelendiğinde kıyasın türlerine göre kesinliğinin değiştiği görülmektedir. Söz gelimi celi kıyas, sadece belirli bir manayı içerebilir. Dolayısıyla bu kıyas hükmüne aykırı olarak verilen bir hüküm, nass ve icmaya aykırı hükmün bozulması gibi bozulur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Duman, *Şafii*, s. 31.

⁸⁰³ Butur, s. 42, 49, 54; Arslan, s. 8.

⁸⁰⁴ Çapak, s. 252.

⁸⁰⁵ Hasan, s. 82.

⁸⁰⁶ Şaban, s. 177; Ebu Zehra, s. 194.

olmamaktadır. Kıyas yapılması ile ancak nassın uygulama alanı belirlenmiş olmaktadır. Yani Ebu Zehra'nın da ifade ettiği gibi "kıyas, nassın tatbikidir."⁸⁰⁷

Ancak belirttiğimiz gibi İslam hukukçularının çoğunluğu kıyası şer'i bir delil olarak görmekte ve hükümlerin elde edilmesinde çokça kullanılmaktadırlar.⁸⁰⁸ Zira şer'i hükümler ya bizzat nassa dayanır ki bunu İmam Şafii "ayniyle hak" şeklinde ifade etmiştir; ya da kıyas yoluyla nass üzerine bina edilir.⁸⁰⁹ Dolayısıyla çalışmamız, kıyas yönteminin şer'i bir delil olarak kabul edildiği üzerine bina edilecektir. Kıyas yönteminin şer'i dayanağı, Kur'an-ı Kerim, Hadisler, sahabelerin uygulamaları ve bunun neticesinde oluşan icmadır.⁸¹⁰

1. Kitap (Kur'an-ı Kerim)

Kıyas yönteminin şer'i dayanağı olarak başta Kur'an-ı Kerim gelmektedir. Konuya işaret eden Haşır suresinin ilgili ayetin meali şu şekildedir: "*Ey akıl sahipleri ibret alın.*"⁸¹¹ Bu ayet, Medine'de bulunan bir Yahudi kabilesinin başına gelen durumu bildirdikten sonra mü'minleri bu şekilde uyarmaktadır. Ayette, akıl sahiplerinin düşünmesi gerektiği, eğer söz konusu topluluk gibi davranmaları halinde onlar gibi felakete düşecekleri anlatılmaktadır. Zira onlar da Ayete muhatap olanlar gibi insanlardır. Yani Ayette mü'minlerin Yahudi kabilesine kendilerine kıyas ederek ibret almaları gerektiği belirtilmektedir. Sonuç olarak Ayetten de anlaşılacağı üzere birbirlerine benzeyen iki olaydan biri hakkında meydana gelen uygulama, diğeri hakkında da caridir. İşte kıyas ile kastedilen de budur.⁸¹²

⁸⁰⁷ Kıyasın kabul eden ve reddedenlerin delilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Muhsin Koçak/Nihat Dalgın/Osman Şahin, *Fıkıh Usûlü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2013, s. 100 vd.; Şaban, s. 177 vd; Ebu Zehra, s. 194,195 vd; Ahmet Selman Baktı, "Kıyasın Meşrûiyetinde Beşer Olmanın Rolü ve Kıyas Karşısı Bir Zihniyetin Analizi", *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 32 (Aralık 2015); Muhammet Ali Acar, *İbn Hazm'ın Hanefîlere Yönelik Kıyas Eleştirisi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimler Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Sakarya 2018, s. 38 vd.

⁸⁰⁸ Şaban, s. 169; Koçak/Dalgın/ Şahin, s. 95.

⁸⁰⁹ Ebu Zehra, s. 190.

⁸¹⁰ Şafii, s. 275; Şaban, s. 169; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 95; Duman, *Şafii*, s. 22.

⁸¹¹ Haşr, 53/2

⁸¹² Şaban, s. 170-171; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 96; Ali Butur, s. 25; Bozkurt, s. 56-57; Arslan, s. 16.

Cessas’a göre Nisa Suresinin 59. Ayeti kıyasa bir delil oluşturmaktadır. Ayetin meali ise şu şekildedir: “Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz, onu Allah’a ve Resul’e götürün.”⁸¹³ Ayette açık bir şekilde ifade edildiği gibi bir mesele hakkında anlaşmazlığa düşülmesi halinde meselenin Allah’a ve Resul’e götürülmesi emredilmiştir. Buradaki emir, ancak hakkında nass bulunmayan meseleler içindir. Nitekim hakkında nass bulunan hüküm açısından ihtilafa düşülemez. Dolayısıyla Allah Teala bu emirle, hakkında nass bulunmayan meselenin, hakkında nass bulunan meselenin kapsamına girmesini murad etmiştir. İncelenen kıyas yöntemi de bundan ibarettir.⁸¹⁴

İmam Şafii ise kıyasın kullanımının gerekliliğini, Bakara suresinin “Nerede olursanız yeryüzünü oraya çevirin ki, insanların aleyhinde (kullanabilecekleri) bir delili olmasın.”⁸¹⁵ şeklindeki 150. Ayetine dayandırmaktadır.⁸¹⁶ İmam Şafii ayeti tefsir ederken “Kabeden uzakta olan kimse yıldızlar ve dağlar gibi işaretlere dayanır. Benzer şekilde kesin bir sonuca ulaşmak için birisinin işaretlere dayanması gerekir.” diyerek kıyasın gerekliliğine delil getirmiştir.⁸¹⁷

2. Sünnet (Hadisler)

Kıyas yönteminin ikinci şer’i dayanağı ise sünnettir. Hz. Peygamber (SAV), sahabeden Muaz Bin Cebel’i Yemen’e kadı olarak tayin ettiği vakit, Muaz bin Cebel’e bir meselenin çözümü konusunda kendisine başvurulduğunda nasıl hükmedeceğini sormuştur. Muaz bin Cebel ise Allah’ın kitabı ile hükmedeceğini, meselenin çözümünü Kitaptan bulamadığı takdirde Allah’ın Resul’ünün sünnetine göre hükmedeceğini dile getirmiştir.⁸¹⁸ Bunun üzerine Hz. Peygamber (SAV) bu iki kaynaktan da bir şey bulamaması durumunda ne ile hükmedeceğini sormuştur. Muaz Bin Cebel ise “Reyimle (görüşümle) içtihad ederim, vazgeçmem.” şeklinde cevap vermiştir. Bu cevap üzerine Hz. Peygamber (SAV) memnuniyetini “Rasülünün

⁸¹³ Nisa, 4/59

⁸¹⁴ Butur, s. 24; Ebu Zehra, s. 191; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 96;

⁸¹⁵ Bakara, 2/150.

⁸¹⁶ Hasan, s. 82.

⁸¹⁷ Şafii, s. 272; Hasan, s. 83; Butur, s. 39.

⁸¹⁸ Şaban, s. 172-173; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 97; Cin/Akgündüz, s. 164-165; Butur, s. 29; Bozkurt, s. 57; Arslan, s. 17, 40; Karagöz, s. 120.

elçisini, Rasûlünün razı olduğu –hüküm tarzına- cevaba muvaffak kılan Allah’a hamdolsun.” ifadeleri ile dile getirmiştir. Dolayısıyla kıyas yönteminin şer’i dayanağı olmasaydı, Hz. Peygamber (SAV) bu şekilde bir memnuniyetle değil, tam tersi bir karşılık verirdi. Zira kıyas, rey içtihadının bir çeşididir.⁸¹⁹

Bahsedilen hadis dışında Hz. Peygamber, yanına bir meselenin çözümü için gelen insanlara, çözüm sunarken de kıyas yöntemine başvurduğu görülmektedir. Örneğin, bir gün Hz. Peygamber (SAV)’e bir adam gelip babasının çok yaşlı olduğunu, yeni müslüman olduğunu, hacc vazifesinin de üzerine farz olduğunu, ancak yaşlılığı sebebiyle hacc vazifesini yapamayacağı dile getirmiştir.⁸²⁰ Meseleyi bu şekilde anlatan adam, bu sebeple onun yerine kendisinin bu vazifeyi yapıp yapamayacağını Hz. Peygamber (SAV)’e sormuştur. Hz. Peygamber (SAV) ise soruyu soran adama babasının borcunun olması durumunda kendisinin ödeyip ödeyemeyeceğini sormuştur. Adamın bu soru karşısında olumlu cevap vermesi üzerine Hz. Peygamber (SAV) *“O halde onun yerine hac edebilirsin”* şeklinde karşılık vermiştir. İşte görülmektedir ki Hz. Peygamber (SAV), burada vekaleten hac yapmayı, vekaleten borç ödemeye kıyas etmiştir.⁸²¹

3. Sahabelerin Uygulamaları ve Bu Uygulamalar Neticesinde Oluşan İcma

Kıyas yönteminin diğer bir şer’i dayanağı olarak sahabelerin uygulamaları ve bu uygulamalar neticesinde oluşan icma’yı gösterebiliriz.⁸²² Hatta bu konuda Gazzali, tıpkı hocası Cüveyni gibi kıyasın en güçlü ve temel şer’i dayanağı olarak sahabelerin icmasını göstermektedir.⁸²³ Fakih sahabelerin, kıyas yöntemiyle hükmü elde ettikleri birçok örnek göstermek mümkündür. Öyle ki bu rivayetler manevi tevatür derecesine çıkacak kadar fazla sayıdadır. Örneğin, Hz. Ömer Basra’ya tayin ettiği Ebu Musa’l Eş’ari’ye yazdığı mektupta kıyas yöntemini kullanmasını emretmiştir. Mektupta geçen ifadeler şu şekildedir: *“Kitap ve sünnette bulunmadığı konusunda mütereddit olduğun*

⁸¹⁹ Şaban, s. 172-173; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 97; Cin/Akgündüz, s. 164-165; Butur, s. 29; Bozkurt, s. 57; Arslan, s. 17, 40; Karagöz, s. 120.

⁸²⁰ Gazzali, s. 140; Şaban, s. 171; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 98.

⁸²¹ Gazzali, s. 140; Şaban, s. 171; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 98.

⁸²² Ebu Zehra, s. 192, 194; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 99; Şaban, s. 1175-176; Gazzali, s. 108; Butur, s. 34.

⁸²³ Bozkurt, s. 58.

hükümlerde çok uyanık ve kavrayışlı ol, sonra benzerlikleri bil de ona göre kıyas yap ve Allah katında en makbul ve doğruya en çok benzediğini düşündüğünü seç.”⁸²⁴

Diğer bir olayda bir kadın iki kişi ile birlikte, üvey oğlunu öldürmüştür. Bu olayın gerçekleştiği yerin valisi (Ya’la Bin Ümeyye) ise olayın nasıl çözüleceği konusunda tereddüte düşmüş ve durumu dönemin Halifesi Hz. Ömer’e mektupla bildirmiştir. Hz. Ömer ise konunun çözümü için Sahabeyi toplayıp görüşlerini almıştır. Hz. Ömer toplantı sırasında bir kişiye karşılık birden fazla kişinin öldürülmesinin uygun olmayacağını dile getirmiştir.⁸²⁵ Bunun üzerine Hz. Ali ise birden fazla kişinin bir deveyi çalmak amacıyla boğazlamaları ve her birinin birer parça almaları durumunda her biri için hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağını sormuş ve Hz. Ömer’den olumlu cevap almıştır. Sonrasında ise bu olayın da bunun bir benzeri olduğunu dile getirmiş, hükmün buna göre olması gerektiğini ifade etmiştir. Hz. Ömer de bunun üzerine ikna olmuş ve öldürme olayına iştirak edenlerin öldürülmesini valiye yazdığı mektupta belirtmiştir. Olaydan anlaşılacağı üzere Hz. Ali öldürme suçundaki iştirakı, hırsızlık suçundaki iştiraka kıyas yapmıştır.⁸²⁶

Yukarıda verilen örnekler gibi birçok örnek göstermek mümkündür. Ayrıca bir sahabenin kıyasa başvurusunun diğer sahabeler tarafından karşı çıkıldığına dair bir rivayet bilinmemektedir. Dolayısıyla sahabelerin bu konuda bir icma oluşturdıkları söylenebilir.⁸²⁷

D. Akli Dayanağı

Kıyasın meşru bir delil olduğuna dair birçok akli delil göstermek mümkündür. Herkeşçe bilinmektedir ki Allah’ın koymuş olduğu hükümlerin hepsi, kulların yararı (maslahatı) ve iyilikleri içindir. Bahsedilen yarar ve iyilikler ise mazbut illetlere dayanmaktadır. İşte bir hükmün dayandığı nassın illeti biliniyor ise ve hakkında bir nass bulunmayan; ancak bahsedilen illete uygun farklı bir olay mevcut ise; eldeki hükmün, hakkında nass bulunmayan olaya uygulanması adaletin ve hikmetin bir

⁸²⁴ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 99; Şaban, s. 175-176.

⁸²⁵ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 99; Şaban, s. 176.

⁸²⁶ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 99-100; Şaban, s. 176.

⁸²⁷ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 100; Şaban, s. 176.

gereğidir. Aksi halde gözetilmesi gereken iyilik ve yarar gözetilmemiş olur. Bu ise Allah'ın kulları için koyduğu hükümlerin konuluş amacına ters düşer.⁸²⁸ Ayrıca Şehristani'nin de belirttiği gibi “*Nasslar sınırlı, olaylar ise sınırsızdır.*”⁸²⁹ Sınırlı sayıda nasslardan sınırsız sayıda olaya çözüm bulmak; ancak nasslardan elde edilen illetlere başvurarak mümkün olur. Zira elde edilen illet ile hakkında nass bulunmayan olayın illetinin benzer olması durumunda, hakkında nass bulunmayan olay çözüme kavuşturulabilir. Aksi halde yani, kıyas yöntemine başvurulmaması durumunda, pek çok olay çözümsüz kalacak, bu ise İslam Hukuku açısından büyük bir eksiklik anlamında gelecektir.⁸³⁰ Nitekim Cessas'a göre yeni meydana gelmiş olaylara “hadise” denilmesinin nedeni de budur. Dolayısıyla eldeki olay, hakkında nass olan bir olay ise; yeni meydana gelmiş bir hadise niteliğinde değildir. Bu sebeple olay, asl niteliğini taşıdığı için zaten kıyasa ihtiyaç kalmayacaktır.⁸³¹ Ebu Zehra ise kıyasın insan aklının doğal olarak kabul ettiği bir şey olduğunu, zira kıyasın benzer ve sebepleri aynı olan şeyleri birbirine bağlamak esasına dayandığını ifade etmiştir.⁸³²

II. KIYASIN UNSURLARI

A. Asl

1. Genel Olarak Asl

Asl kelimesinin sözlük anlamı, üzerine başka şeylerin bina edildiği temeldir.⁸³³ Kelime fıkıhta, “*hükümü, nass veya icma ile belirlenmiş mesele*” olarak tanımlanmıştır.⁸³⁴ Asl, “*el-makisu aleyh*”, yani başkası kendisine kıyas edilen şey veya “*el-müşebbehü bih*” yani başkası kendisine benzetilen şey veya hükmün kaynağı olarak da bilinir.⁸³⁵

⁸²⁸ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 100.

⁸²⁹ Ebu Zehra, s. 224; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 100.

⁸³⁰ Duman, *Şafii*, s. 23; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 100; Şaban, s. 177; Arslan, s. 18.

⁸³¹ Soner Duman, “Modern Hukukta “Kıyas – Yorum İlişkisi”nin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Hikmet Yurdu*, C. 3, S. 5, Malatya 2010, s. 278.

⁸³² Ebu Zehra, s. 191.

⁸³³ Şaban, s. 237; Karagöz, s. 131.

⁸³⁴ Şaban, s. 166; Duman, *Şafii*, s. 34; Butur, 70.

⁸³⁵ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 106; Ebu Zehra, s. 198; Kışmır, s. 30.

Ayette şarabın (hamr) haram olduğu belirtilmiştir. Şarap (hamr) üzüm suyunun ateşte kaynatmadan bekletilmesi ile elde edilen özel bir içkidir. Burada şarap (hamr), asl'dır. Şarabın haram olması ise aslın hükmünü teşkil eder. Viskinin haram olduğu hükmüne, şarabın haram olduğu hükmünün kıyas edilmesi ile varılmaktadır. Zira viski ile şarabın haram olmasının illeti (sarhoş edici olması)⁸³⁶ aynıdır. Ancak bu kıyas Hanefi mezhebine göredir. Diğer mezheplere göre burada kıyas yoktur. Nitekim onlara göre ayette geçen hamr kelimesi tüm sarhoş edici içkileri kapsamaktadır.⁸³⁷ Dolayısıyla ortada kıyası gerektirecek bir durum yoktur. Sonuç olarak aslın belirlenmesi bu bakımdan çok önemlidir. Görüldüğü gibi mezheplere göre “asl” teşkil edecek şeyin belirlenmesi kıyası yapıp yapmamayı dahi belirlemektedir.

İmam Şafii, asl ile ilgili olarak kıyasın ikiye ayrıldığını ifade etmiştir. Birincisinde fer', bir adet asla benzerlik gösterir. Bu tarz yapılan bir kıyasta farklı ihtimaller söz konusu değildir. Ancak ikinci durumda fer', birkaç asl'a benzemektedir. Bu durumda ise fer', hangi asl'a daha çok benzerlik gösteriyorsa, o asl üzerinden kıyas yapılmaktadır. İşte bu tarz bir kıyasın uygulanmasında alimlerin ihtilafa düşme ihtimalleri söz konusudur.⁸³⁸

2. Aslın Hükmü İle İlgili Şartlar

a) Aslın Hükmü Kitap ve Sünnet ile Sabit Olmalıdır.

Aslın hükmünün kitap ve sünnet ile sabit olması gerekliliği konusunda aslında bir ihtilaf söz konusu değildir. Müçtehitlerin ihtilafa düştüğü konu, icmanın aslın hükmünü teşkil edip edemeyeceğidir. Bu konuda iki ayrı görüş vardır. Birinci görüşe göre icma ile elde edilen hüküm, kıyas yoluyla başka bir olaya uygulanamaz. Çünkü evvela kıyasın uygulanabilmesi için aslın hükmünde yer alan illetin bilinmesi gerekmektedir. Hükmün illetinin bilinebilmesi için ise senedin bilinmesi gerekir.

⁸³⁶ Ancak burada Şaban, şarabın haram olmasının illetini, “insanlar arasında düşmanlık ve buğza yol açma” şeklinde olduğunu iddia etmektedir. Biz, genel kanıya göre şarabın haram kılınmasının illeti olarak “sarhoş edici” vasfının kabul edilmesine katılmaktayız. (Şaban, s. 167.)

⁸³⁷ Şaban, s. 167.

⁸³⁸ Şafii, s. 258.

Halbuki senet, icma edilmiş hükümle birlikte zikredilmemektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre icma ile elde edilmiş hüküm ile kıyas yapılması olanaksızdır.⁸³⁹

Fakihlerin çoğunun katıldığı ikinci görüşe göre ise icma ile elde edilmiş hüküm, kıyas yoluyla diğer olaylara uygulanabilir. Çünkü kitap ve sünnet gibi şer'i kaynaklar ile kıyas yapılabiliriyorsa, diğer bir şer'i kaynak olan icma ile de kıyasın yapılabilmesi mümkündür. Bu görüşü savunanlara göre icma ile elde edilmiş hükmün illetini tespit etme imkanı vardır.⁸⁴⁰ Yukarıda belirttiğimiz gibi icma ile elde edilen hükmün kıyasa asl olamayacağını düşünenlere göre illetin tespit edilebilmesi için her zaman senedin zikredilmiş olması gerekir. Ancak icma ile kıyasın yapılabileceğini savunanlara göre ise illetin tespit edilmesi için tek yol icmanın senedinin zikredilmesi değildir. Zira illetin tespit edilmesinde başka yöntemler de mevcuttur. Örneğin illet, şeriatın tayin ettiği genel amaçlardan, hükümle ilgili olaylardan veya hükmün güttüğü gayelerden de tespit edilebilir.⁸⁴¹

Ancak kıyas ile elde edilmiş bir hüküm üzerine yeni bir kıyas yapılmaz. Zira kıyas ile elde edilen bir hüküm asl niteliğinde değildir. Yani kıyasın bir rüknü olan asl, ancak Kur'an, Sünnet ya da İcma ile belirlenmiş bir nass olmalıdır.⁸⁴²

b) Aslın Hükümü, Akıl Tarafından Anlaşılabilir Bir İllete Sahip Olmalıdır.

Aslın hükmünün akıl tarafından anlaşılabilir bir illete sahip olması gerekliliği, kıyasın temelinde aslın hükmüne ait illetin yer almasından kaynaklanmaktadır. Zira illet anlaşılmadığı takdirde, diğer olaylara hükmün nasıl uygulanacağı ve ne münasebetle aktarılacağı bilenemez. Dolayısıyla aslın hükmünün neden konulduğuna dair akli bir açıklama yapılamadığı takdirde, kıyasın yapılması da olanaksızdır. Zaten bu sebeple taabbüdi hükümlere kıyas yapılmamaktadır. Taabbüdi hükümler, illetin yalnızca Şari (Şeriatı Koyan – Allah) tarafından bilinen hükümlerdir. Örneğin beş vakit namaz, Kabe'de yedi defa tavaf etmek gibi emirler taabbüdi nitelikteki

⁸³⁹ Koçak/ Dalgın/Şahin, s. 107; Butur, s. 72; Akyel, 36; Aydın, s. 38

⁸⁴⁰ Ebu Zehra, s. 198-199; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 107-108; Şaban, s. 182.

⁸⁴¹ Ebu Zehra, s. 198-199; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 107-108; Şaban, s. 182. İletinin belirlenmesinde hangi yöntemlerin olduğu ayrı bir başlık altında inceleneceğinden dolayı burada ayrıntılı bahsedilmemektedir. (Bkz. s. 196 vd).

⁸⁴² Ebu Zehra, s. 198-199.

hükümlerdir. Taabbüdi hükümlerin illetleri tam olarak bilinemeyeceğinden dolayı bu gibi durumlarda kıyas yapılamamaktadır.⁸⁴³

c) Aslın Hükümü Asla Mahsus (Muhtassun Bih) Olmamalıdır.

Kıyas yapılabilmesi için aslın hükmünün sadece asla mahsus olmaması gerekir. Bu tahsis, aslın hükmünde işaret edilen şer'i delile dayanır. Böyle bir tahsisinin varlığı halinde kıyas yapılamaz. Zira kıyas yapılırsa şer'i delilde sadece ona hasredilen hüküm genişletilmiş olur ki bu da şer'i delile aykırı olur.⁸⁴⁴

Örneğin Hz. Huzeyme bin Sabit'in bir alım satım konusunda şahitliğinin Hz. Peygamber (SAV) tarafından tek başına yeterli olarak kabul edilmesi, Hz. Huzeyme'ye mahsus bir durumdur. Dolayısıyla bu olayın hükmü, kıyasen Huzeyme'den daha üstün bir kişiye uygulanması söz konusu olamaz.⁸⁴⁵

d) Aslın Hükümü Kıyasa Aykırı Olacak Nitelikte İstisnai Bir Hüküm Olmamalıdır

Bu şart Mecelle'de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Ala hilafil-kıyas sabit olan şey, saire makisun aleyh olamaz.*” Yani aslın hükmü, kıyasa aykırı olarak sabit olmuş bir hükümse, kıyas yapılamaz.⁸⁴⁶ Örneğin kural olarak imsaktan önce yemek yiyenin orucu bozulur. Fakat Hadis nassı ile sabittir ki unutarak yemek yiyen bir kimsenin orucu bozulmaz. Burada genel bir kurala istisna getirilmiştir.⁸⁴⁷ Dolayısıyla unutarak yeme içmeye kıyasen kazara yeme içmenin de orucu bozmayacağına karar verilemez. Zira aslın hükmü kıyasa aykırı olarak konmuş istisnai bir hüküm niteliğindedir.⁸⁴⁸

İkinci bir örnek olarak Bakara Suresinin 185. Ayetinde bir kimsenin yolculuk esnasında orucunu kaza edebileceği gösterilebilir. Ancak bu durum sadece oruç vazifesi açısından bir serbesti getirmektedir. Dolayısıyla eldeki hüküm, istisnai bir

⁸⁴³ Şaban, s. 184; Gazzali, s. 176; Kalkankıran, s. 38; Akyel, 36; Karagöz, s. 132.

⁸⁴⁴ Şaban, s. 187; Kalkankıran, s. 35; Akyel, 36; Karagöz, s. 132.

⁸⁴⁵ Şaban, s. 187-188; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 109; Fırat Orğun, *Fethu'l-Gaffâr Bi-Şerhi'l-Menâr Adlı Eseri Çerçevesinde İbn Nüceym'in İctihad, Kıyas ve İstihsan Konusundaki Görüşleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bingöl 2018, s. 49.

⁸⁴⁶ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 109.

⁸⁴⁷ Hadiste “*Oruçlu iken unutup da bir şey yiyen veya içen kimse orucunu tamamlasın. Zira onu Allah yedirip içirmiştir.*” buyurulmuştur. Şaban, s. 186; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 109.

⁸⁴⁸ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 109.

hüküm niteliğindedir. Bu sebeple bir kimse yolculuk esnasında namazın da kaza edilebileceğini söyleyemez. Orucun kaza edilebilmesi hükmüne kıyasen namazın da kaza edilebileceği şeklinde bir iddia doğru olmaz. Dolayısıyla yapılan kıyas geçersizdir. Zira bu konu hakkında bir icma vardır.⁸⁴⁹

B. Hüküm

Hüküm, kıyas aracılığıyla asl'dan fer'e geçmesi istenilen şeydir.⁸⁵⁰ İki çeşit hüküm vardır. Birincisi illetin akıl ile kavranamayan ibadetle ilgili (taabbudi) hükümler, ikincisi ise akıl ile kavranabilen (makul-ül mana) hükümlerdir. İbadetle ilgili hükümler, hükmün neden konulduğu ancak Şari tarafından bilinen hükümlerdir. Kıyasa konu olan hüküm çeşidi ise akıl ile kavranabilen hükümlerdir.⁸⁵¹ Ebu Hanife'ye göre aksine bir delil olmadığı müddetçe, dini nassların hepsi akıl ile kavranabilir.⁸⁵² Modern kanunlarda ise bu çeşit ikili bir ayrım yoktur. Çünkü kanunları oluşturan ve düzenleyenler insanlardır. Bu sebeple düzenlenen kanunların hepsinin illeti, gerekçesi bilinebilir ve kanunda belirtilen hüküm üzerine kıyas yapılabilir. Ancak bilindiği üzere ceza kanunlarında “kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralı gereği kıyas yasağı mevcuttur. Örneğin modern ceza kanununda içkinin sarhoş ediciliği nedeniyle yasaklanması nedeniyle esrarın da sırf bu illet birliği nedeniyle yasaklanması kıyas yasağına aykırılık teşkil eder.⁸⁵³

Hükmün asl'dan fer'e geçmesi için bazı şartları taşınması gerekir. Öncelikle kıyasın uygulanabilmesi için hükmün şer'i ve ameli olması gerekir. Çünkü fıkhi kıyas, ancak ameli hükümlerde söz konusu olabilir. İkinci olarak hükmün, akılla kavranılabilir olmasını gösterebiliriz. Aslında bahsedilen ikinci şart birinci şartla ilgilidir. Zira kıyastaki hükmün amel ile alakalı meselelerde olması, hükmün akılla

⁸⁴⁹ Şaban, s. 192.

⁸⁵⁰ Ebu Zehra, s. 198; Kişmir, 78.

⁸⁵¹ Şaban, s. 184; Ebu Zehra, s. 202; Gazzali, s. 176; Zekeriya Abdulazizoğlu, *Hanefi Doktrinde İbadet ve Ceza Konularında Kıyas Yönteminin Kullanılışı (Bedaiu's-Sanai' Çerçevesinde)*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2010, s. 14-17; Bozkurt, s. 64.

⁸⁵² Ebu Zehra, s. 202.

⁸⁵³ Ebu Zehra, s. 203.

kavranabilir olmasını gösterir.⁸⁵⁴ Ancak ibadetlerle ilgili (taabbudi) hükümler ameli olmasına rağmen akıl ile kavranamadığı için kıyasa konu olmazlar. Örneğin akşam namazının farzının üç rekat olması bu niteliktedir. Bu nedenle söz konusu hükmün illetinin belirlenip diğer bir ibadete kıyas yapılması gibi bir durum fıkhen mümkün değildir.⁸⁵⁵ Hükmün asl'dan fer'e geçmesinin diğer bir şartı ise sabit olup neshedilmemiş olmasıdır. Ayrıca kıyasa konu olan hükmün ittifak edilmiş olan bir hüküm olması da başka bir şarttır. Son olarak ise ele alınan hüküm açısından aslı ispat eden hükmün, fer'i ispat etmemesi gerekmektedir. Nitekim bu halde kıyas yapmayı gerektirecek bir durum söz konusu olmaz.⁸⁵⁶

C. Fer'

Fer' (makis), hükmü; naslarla belirlenmemiş meseledir.⁸⁵⁷ Diğer bir ifade ile “*ortak bir illet sebebiyle makîsun aleyhe ait hükmün kendisine verildiği rükündür*”.⁸⁵⁸ Bu sebeple fer'i, “hakkında hüküm bulunmayan mesele” şeklinde adlandırmak da mümkündür.⁸⁵⁹

1. Fer'in Şartları

a) Fer'in Hükmü Nassla Belirtilmiş Olmamalı

Kıyas uygulanırken fer'de aranan şartlardan biri, fer'in hükmünün nassla belirtilmemiş olmasıdır. Nitekim fer'in hükmünün nass ile belirtilmesi durumunda, kıyasın uygulanmasına gerek yoktur. Zira hakkında bir düzenlemenin olduğu bir meselenin kıyasta fer' olarak değerlendirilmesi mantıksızdır.⁸⁶⁰ Böyle bir durumda kıyas yapılması halinde; bu kıyas, nass ve icma ile çatışması nedeniyle geçerli olmaz. Fıkıh usulünde bu tür kıyasa, “*kıyas fasidü'l-i'tibar*” yani geçersiz sayılan kıyas

⁸⁵⁴ Ebu Zehra, s. 202; Şaban, s. 184.

⁸⁵⁵ Kemal Davutoğlu, *İbadetlerde Kıyas*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Isparta 2019 s. 9; Ebu Zehra, s. 202; Şaban, s. 184.

⁸⁵⁶ Duman, *Şafii*, s. 35.

⁸⁵⁷ Şaban, s. 166.

⁸⁵⁸ Kişmir, s. 55.

⁸⁵⁹ Duman, *Şafii*, s. 35; Butur, s. 76.

⁸⁶⁰ Ebu Zehra, s. 204; Duman, *Şafii*, s. 36; Kalkankıran, s. 42; Bozkurt, s. 62; Akyel, 37; Karagöz, s. 134.

denilmektedir.⁸⁶¹ Bu sebeple kıyas ancak zorunlu durumlarda; yani hakkında bir nass bulunmayan bir meselenin varlığı halinde başvurulacak bir delildir. Nitekim İmam Şafii; konuyu “*yolculukta su bulunmaması koşuluyla teyemmüm yapılabileceği, suyun bulunması halinde teyemmümün geçersiz olacağına*” benzetmiştir. Yani meselenin çözümünde doğrudan bir nassın bulunması halinde, yapılan kıyasın fasid olacağını ifade etmiştir.⁸⁶²

Bu konu ile alakalı olarak Endülüs’lü bir fakihin verdiği yanlış kararı gösterebiliriz. Dönemin halifesi (Endülüs’te) Ramazan orucu sırasında cinsi münasebete girdiğini, bunun kefaretinin ne olduğunu fakihe sorar. Fakih ise altmış gün oruç tutması gerektiğini söyler. Halbuki rivayet edilen hadiste, yani nassta öncelikle köle azat edilmesi, buna gücü yetmeyenine ise oruç tutması emredilmiştir. Fakih, vermiş olduğu kararda iki ay oruç tutmayı köle azat etmenin önüne alarak maslahata uyup karar vermiştir. Zira ona göre halifenin köle azat etmesi kolay bir şeydir. Çünkü birçok kölesi vardır. Ancak oruç tutması onun için daha zordur. Dolayısıyla kararı veren fakihe göre orucu bozmayı önlemek açısından halifenin altmış gün keffaret orucu tutması daha uygun görülmektedir. Ancak burada verilen kararda fer’in hükmü nassla belirtilmiş olması hali söz konusudur. Yani fakih, konu ile alakalı bir nass bulunmasına rağmen halifenin durumuna göre bir kıyasa başvurmuştur. Bu sebeple yapılan kıyas geçersizdir.⁸⁶³

Fakih olayda, hem nassa muhalefet etmiş, hem de hükmün illetini anlamamıştır. Nitekim fakihe göre altmış gün keffaret orucu, köle azat etmekten daha üstündür ve hükmün illeti orucun bozulmasını önlemektir. Hal böyle iken halife açısından altmış gün keffaret orucu daha tesirlidir. Ancak nassta köle azat etmenin önde yer almasından anlaşılacağı üzere Şari açısından köle azat etmek daha önemli görülmektedir.⁸⁶⁴

⁸⁶¹ Şaban, s. 190.

⁸⁶² Şâfiî, *er-Risâle*, s. 296, 297; Duman, *Şafii*, s. 52; Duman, *Modern*, 283.

⁸⁶³ Ebu Zehra, s. 204; Şaban, s. 214-215.

⁸⁶⁴ Ebu Zehra, s. 204.

b) Asıldaki İlet Fer’de de Olmalı

Kıyas uygulamasında fer’de aranan diğer şart ise asıldaki illetin fer’de de bulunmasıdır. Yani fer’, hükmün illeti bakımından asla denk olmalıdır ki kıyas yapılabilirsin.⁸⁶⁵ Zira eldeki olayın (fer’) hükümle ilgili olaya (asl) denk ya da benzer olmaması durumunda kıyasın uygulanması mümkün değildir. Örneğin şarabın, yani aslın haram olmasının illeti “sarhoş edici” olmasıdır. Fer’ olan viskinin de haram olabilmesi için asl ile illet ortaklığına sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla fer’de yer alan illet “sarhoş edici” değil de herhangi bir sebepten aklın geçici olarak gitmesine sebep olan bir şey olsaydı asl ile fer’ arasında illet birliğinden söz edilemezdi.⁸⁶⁶ Böyle bir durumda ise kıyas caiz olmazdı.

Asıldaki illetin fer’de olmamasına rağmen yapılan kıyasa, “kıyas-ı maa’l-farık” denilmektedir. Bu şekilde yapılan kıyas örneklerini, fıkıh kitaplarında görmek mümkündür. Şöyle ki bir fakih, kendi yaptığı kıyasın doğru, aksinin ise yanlış olduğunu savunurken, aksi şeklinde yapılan kıyasın, “kıyas-ı maa’l-farık”⁸⁶⁷ olduğunu iddia eder.⁸⁶⁸

2. Fer’in Başka Bir Olayda Kıyas İçin Asl Olup Olmaması Sorunu

Bu konuda genel kanaat, kıyas ile elde edilen hükmün yeni bir kıyas için asl olmayacağı yönündedir. Yani fer’e uygulanan hüküm, esas alınıp yeni bir kıyas yapılamaz. Zira ilk yapılan kıyasta asl ile fer’ arasında doğrudan bir illet birliği olduğu için zaten ikinci yapılan kıyas da ilk baştaki asla dayandırılır. Bu sebeple ilk yapılan kıyastaki fer’in asl olması düşünülemez.⁸⁶⁹ Fer’, ikinci kıyasta asl olup, yeni bir kıyas yapıldığında farklı bir illet söz konusu ise kıyas batıldır. Zira böyle bir durumda fer’in illeti değişmiştir.⁸⁷⁰

Bir kısım Malikiler kıyasla elde edilen hükmün yeni bir kıyas için asl olabileceğini savunmuşlardır. Bu görüşü savunanlara göre hakkında kitap, sünnet veya

⁸⁶⁵ Ebu Zehra, s. 204; Şaban, s. 189; Duman, *Şafii*, s. 35; Bozkurt, s. 62; Karagöz, s. 133.

⁸⁶⁶ Ebu Zehra, s. 204; Şaban, s. 189.

⁸⁶⁷ Ayrıntılı bilgi bkz. Şaban, s. 189-190.

⁸⁶⁸ Şaban, s. 189.

⁸⁶⁹ Şaban, s. 183; Aydın, s. 38.

⁸⁷⁰ Ebu Zehra, s. 201.

icmada nass bulunmayan bir mesele, bu kaynaklara göre yapılmış bir kıyasla çözülmüşse, yine hakkında şer’i kaynaklarda nass bulunmayan bir mesele, kıyasla elde edilmiş bu hükme kıyas edilmek suretiyle çözülebilir.⁸⁷¹

Fer’in başka fer’ üzerine kıyas yapılmasına, günümüz Kıta Avrupa Hukuk Sisteminde rastlamak mümkündür. Örneğin hakimin hakkında bir düzenleme olmayan bir meselenin çözümünü, ilgili gördüğü hükmü kıyasen uygulayarak varması sonrasında, bu karar hakkında İçtihadı Birleştirme Kararı verildiğini düşünelim. Böyle bir durumda söz konusu hüküm; kaziye-i muhkeme haline gelmekte, hakimler açısından bağlayıcı bir niteliğe bürünmektedir. Dolayısıyla başlangıçta fer’ niteliğinde olan olay, içtihadı birleştirme kararı ile asl niteliğini kazanmıştır.⁸⁷²

D. İlet

1. Genel Olarak İlet

İlet, kelime anlamı olarak, “*bulunduğu yerde değişiklik yapan şey*”dir. Hastalığa illet denmesinin sebebi de budur. Zira hastalık, kişinin bedeninde değişikliğe sebep olur.⁸⁷³ Muhtemelen illet’in “sebeup, gerekçe” anlamına gelecek şekilde kullanılmasının sebebi budur. Çünkü hükmün illeti, hükmün o şekilde verilmesini sağlayan şeydir.⁸⁷⁴

İlet, nahiv ilminde ise “*makîsun aleyhteki (nass) hükmün; makîse (fer’e) verilmesini gerektiren sebep*” olarak ifade edilmektedir.⁸⁷⁵ Fıkıh usulünde illet yerine, menat, sebep, delil, bâis gibi terimler de kullanılmaktadır.⁸⁷⁶ İlet, nasstaki hükmün konuluş sebebine⁸⁷⁷ denilmektedir.⁸⁷⁸ Daha geniş bir tanım olarak bazı alimler illeti, “zahir, mazbut ve hüküm için münasip bir vasıf” olarak tarif etmişlerdir.⁸⁷⁹

⁸⁷¹ Ebu Zehra, s. 200.

⁸⁷² Ebu Zehra, s. 202.

⁸⁷³ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 112; Şaban, s. 193; Kayhan, s. 21;

⁸⁷⁴ Butur, 77-78; Bozkurt, s. 64; Karagöz, s. 135.

⁸⁷⁵ Kişmir, s. 65.

⁸⁷⁶ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 112.

⁸⁷⁷ Common Law Sisteminde ise illet kavramını kısmen karşılayan kelime olarak, “*holding*” kavramı gösterilebilir. Zira bu kavramın anlamı “*mahkemenin gerekçesinden çıkarılan hukuki ilke*”dir. (Kayhan, s. 22).

⁸⁷⁸ Şaban, s. 166.

⁸⁷⁹ Ebu Zehra, s. 204-205; Duman, Şafii, s. 36.

Kıyas yapılabilmesi için illetin mevcut olması ve bilinmesi gerekmektedir. Zira illet, hem asl hem de fer’de bulunan ortak vasıftır. Bu sebeple kıyas işlemi illet üzerine bina edilir. Dolayısıyla illet, kıyasın en temel unsurunu teşkil eder.⁸⁸⁰

2. İslam Hukuku Terimi Olarak İlet

İslam Hukukunda terim olarak “illet” kavramının üç farklı anlamı mevcuttur. Birinci anlamı, hükmün konulmasına münasip durumu ifade eder. Örneğin Ramazanda yolculuk yapan bir kişinin orucu tutmamasına cevaz veren hükmün illeti, meşakkat ve sıkıntıdır. Zira bu illet, hükmün verilmesine münasip bir vasıftır. Sıkıntının bulunması, hükmün konulması açısından uygun düşmektedir.⁸⁸¹

İslam hukukunda “illet” teriminin ikinci bir anlamı, hükmün konulmasıyla amaçlanan sonucun korumak istediği menfaattir. Yine Ramazan orucunun yolculuk esnasında tutulmamasına cevaz veren hükmü düşünersek, burada korunmak istenen menfaat, sıkıntı ve meşakkatin giderilmesidir.⁸⁸²

İslam hukukunda “illet” kavramının son anlamı ise hükmün konulmasını uygunluk gösteren durumu içeren açık ve istikrarlı vasıftır. Örneğin Ramazan orucunda yolculuk esnasında oruç tutulmamasına müsaade edilmesinin illeti bu anlamda, yolculuktur. Zira yolculuk, var olup olmadığı açıkça (zahir) anlaşılabilen bir vasıftır. Yine bu illet, kişiden kişiye değişmeyen, yani istikrarlı (munzabıt) bir vasıftır. Ayrıca hükmün konulmasına uygun (münasip) düşen bir vasıftır.⁸⁸³

İşte yukarıda sayılan anlamlar, İslam hukukunda “illet” terimi olarak kullanılmaktadır. Fakat, fıkıh usülcüleri illet kavramını sadece son olarak belirtilen anlamda kullanmaktadırlar. Onlara göre ilk iki anlam, illet değil hikmettir.⁸⁸⁴

⁸⁸⁰ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 111; Şaban, s. 192; Kişmir, s. 65.

⁸⁸¹ Şaban, s. 193.

⁸⁸² Şaban, s. 194.

⁸⁸³ Şaban, s. 194.

⁸⁸⁴ Şaban, s. 194.

3. İlet İle İlgili Bilinmesi Gereken Bazı Kavramlar

a) Tahricu'l-Menat (İletin Tespiti)

“Tahric” kelimesinin sözlükteki anlamı “çıkarmak”tır. Menat ise yukarıda da beyan ettiğimiz gibi illet manasına gelmektedir. Fıkıh usülcüleri bu kavramı, nass veya icma ile belirlenmiş bir hükmün, nass veya icmadan doğrudan çıkarılamayacak illetini ortaya çıkarmak üzere yapılan içtihat olarak tanımlamışlardır. Örneğin bir nassda bir şeyin haram olduğu hükmü verilmiş, ancak bunun nedeni doğrudan ifade edilmemiştir. Bu hükmün diğer olaylara da uygulanabilmesi için illetinin belirlenmesi gerekmektedir. İşte içtihat eden kimsenin illeti belirleme yollarından birini kullanarak illeti tespit etmesi faaliyeti, tahricu'l-menat olarak tarif edilmektedir.⁸⁸⁵ Buna örnek olarak Kur'an-ı Kerim'de şarabın haram olduğunu belirten ayeti gösterebiliriz.⁸⁸⁶ Zira bu ayette şarabın zararlı olduğu belirtilmiş ancak sarhoş edici vasfı doğrudan dile getirilmemiştir. Dolayısıyla müçtehit, şarabın haram olması hükmünün illetini istidlal yoluyla “sarhoş edicilik” olarak bulması, bir tahricul menat örneği olarak gösterilebilir.

b) Tenkihu'l-Menat (İletin Belirginleştirilmesi)

Tenkih, sözlükte bir şeyi ayıklamak, arındırmak anlamına gelmektedir. Tenkihu'l-menat ise terim olarak bir hükme illet olabilecek vasıflardan, uygun olmayanların ayıklanması ile en uygun vasfın belirlenmesi anlamındadır.⁸⁸⁷

Tenkihü'l-menat işleminin yapılmasında, nassla belirlenmiş bir hüküm vardır. Söz konusu hükümde, hükme illet olacak vasıf da belirtilmiştir. Ancak hükmün içerisinde, hükme illet olacak vasıfla birlikte, illet olmaya elverişli olmayan vasıflar da bulunmaktadır. Bu sebeple müçtehit, söz konusu illet olmayan diğer vasıfları, uygun olan vasıftan ayırması gerekmektedir. İşte bu ayırma işlemine tenkihü'l-menat adı verilmektedir.⁸⁸⁸

⁸⁸⁵ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 122; Bozkurt, s. 75.

⁸⁸⁶ Bakara, 2/219.

⁸⁸⁷ Gazzali, s. 78; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 122; Şaban, s. 218; Kalkankıran, s. 56; Bozkurt, s. 74.

⁸⁸⁸ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 123; Şaban, s. 219; Ebu Zehra, 212.

Örneğin, bir gün Hz. Peygamber'in (SAV) yanına bir bedevi gelip, ramazan ayında oruçlu iken eşiyle cinsel ilişkiye girdiğini söyler. Hz. Peygamber (SAV) ise bir köle azat etmesi gerektiğini ifade eder. Hadis incelendiğinde, verilen hükmün illetine işaret edildiği görülmektedir. Ancak olayda hakiki illeti kendisi ile birlikte zikredilen, ama hükmün illeti olabilecek nitelikte olmayan diğer vasıflar da belirtilmiştir.⁸⁸⁹ Örneğin:

- Fiili yapan kişinin bedevi olması
- Fiil Ramazan ayında gündüz vakti gerçekleşmesi
- Olay Medine'de gerçekleşmesi
- Kişinin kendi eşiyle ilişkide bulunması⁸⁹⁰

Müçtehit yukarıda sıralanan vasıflar arasında hakiki illet olabilecek nitelikte olmayan vasıfları ayırıp, hakiki illeti belirler. Böylece tenkihü'l-menat yoluyla illet belirlenmiş olur. Şafiiler ve Hanbeliler, hükmün illetinin "kişinin ramazan gününde eşi ile oruçlu iken ilişkide bulunması" olarak belirlemişlerdir. Hanefiler ve Malikiler ise olaydaki tenkihi'l-menat işleminde daha da ileri giderek, "cinsel ilişkide bulunmak" vasfını da ayırmış, illetin "orucu bozan işlerden birini kasten yapmakla Ramazan'ın saygınlığını ihlal etmek" olarak belirlemişlerdir. Dolayısıyla Hanefiler ve Malikilere göre oruç için keffaret gerektirecek haller sadece "cinsel ilişkide bulunmak" olmayıp, kasten yeme içme gibi haller de bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁸⁹¹

Sebr ve taksim yoluyla illet bulma ile tenkihi'l-menat yoluyla illetin belirlenmesi birbirine benzemektedir. Ancak her iki yöntem arasında şöyle bir farklılık mevcuttur: Sebr ve taksim yoluyla illet bulunurken hükümde illet olacak vasıflara yer verilmemişken, tenkihi'l-menat yoluyla illet elde edilmesinde hükümde illet olacak vasıflara yer verilmektedir. Dolayısıyla sebr ve taksim yoluyla illet belirlenirken müçtehit, ilk başta hükme illet olabilecek vasıfları belirleyecek sonrasında ise bunlar

⁸⁸⁹ Gazali bu örneği Esasü'l-Kıyas adlı eserinde daha ayrıntılı olarak incelemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gazzali, s. 88.

⁸⁹⁰ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 123; Şaban, s. 219; Kalkankıran, s. 57; Bozkurt, s. 75.

⁸⁹¹ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 123-124.

arasında bir ayırma işlemi yapacaktır. Tenkihü'l-menat yönteminde ise müçtehit zaten belli olan vasıflar arasında bir tenkihte (ayırmda) bulunacaktır.⁸⁹²

c) Tahkiku'l-Menat (İlletin Uygulanması)

Tahkik kelimesinin anlamı, bir şeyi gerçekleştirmek, belirlemek veya uygulamaktır. Tahkiku'l-menat ise belirlenmiş illetin, başka meselelere uygun olup olmadığının tespit edilmesi ile illetin uygun görünen diğer meseleye de uygulanması anlamına gelmektedir. Yani bu eylemle müçtehit, bir hükmün kıyas yoluyla fer'e uygulamasını gerçekleştirmiş olmaktadır. Müçtehit bu işlemi yaparken, aslın illetinin fer'de bulunduğunu tespit edip, hükmü fer'e uygulamaktadır.⁸⁹³ Örneğin şarabın haram olmasının illeti "sarhoş edici" olması vasfıdır. Kıyası uygulayacak müçtehit, bu illete uygun olan herhangi bir içeceği tespit etmesi ile aslın hükmünü (haram olması), fer'e (diğer sarhoş edici içeceğe) uygulayarak meseleyi çözüme kavuşturur. Sonuç olarak yapılan bu işleme tahkiku'l-menat denilmektedir.⁸⁹⁴

4. İletin Şartları

a) Zahir (Açık) olması

İletin zahir olması, illetin açıkça anlaşılabilir ve belirli bir ölçü ile tespit edilebilir özellikte olmasını ifade eder. Yani illetin, varlığına veya yokluğuna kesin olarak hükmedilebilecek bir açıklıkta olması gerekir. İletin zahir olması gerekliliği, hükmün alameti ve varlığının belirleyicisi olması nedeniyledir. Zira illet, tam olarak anlaşılabilir açıklıkta değilse kendisinin tespiti de mümkün olmaz. Bu sebeple kıyasın en temel rüknü olan illet, tespit edilemediği takdirde kıyasın uygulanması da mümkün görünmemektedir.⁸⁹⁵

Örneğin şarabın haram kılınması ile ilgili hükmü incelediğimizde illetin "sarhoş etme" olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu sebeple illetin tespit edilmesi ile kıyasın uygulanması da mümkün hale gelmektedir. Nitekim sarhoş edici diğer içeceklerin de

⁸⁹² Koçak/Dalgın/Şahin, s. 124.

⁸⁹³ Gazzali, s. 78; Şaban, s. 206; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 124-125; Ebu Zehra, s. 212.

⁸⁹⁴ Şaban, s. 206; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 124-125; Ebu Zehra, s. 212; Bozkurt, s. 72-73.

⁸⁹⁵ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 115; Kalkankıran, s. 44; Bozkurt, s. 67; Akyel, 38; Karagöz, s. 138; Candan, s. 58.

bu yolla haram kılındığı kıyasen tespit edilmektedir. Ancak alım satım sözleşmesinde illetin “karşılıklı rıza” olarak belirlenmesi durumunda illetin açık olmaması nedeniyle kıyas yapmak da zorlaşacaktır. Zira “rıza”nın tespit edilmesi zordur. Çünkü rıza insanın içsel yapısı ile alakalı gizli bir durumdur. Dolayısıyla alım satım sözleşmesinde “karşılıklı rıza” illet olmaya elverişli bir vasıf teşkil etmemektedir. Halbuki “icab ve kabul” yani tarafların karşılıklı irade beyanları, illet olmaya elverişlidir. Zira bu, herkes tarafından anlaşılabilir açıklikta bir vasıftır.⁸⁹⁶ Diğer bir örnek olarak nesebin (soybağının) sübutunda illetin, nikah akdinin bulunması veya bu akdin bulunduğu ikrar edilmesini gösterebiliriz. Nitekim bu konuda nikah akdinin bulunup bulunmadığı açık bir şekilde tespit edilebilmektedir.⁸⁹⁷

b) Mazbut (İstikrarlı) Olması

İlletin, kişilere, durumlara veya çevreye göre değişmemesi ve istikrarlı olması gerekmektedir. Bu ise illetin mazbut olması anlamına gelir. Bir illetin mazbut olmaması durumunda, yani kişiden kişiye, halden hale veya yerden yere göre değişmesi durumunda, eşitliği sağlamak mümkün olmayacak ve kıyasın yapılmasına engel olacaktır. Bu sebeple illetin mazbut olması önemli bir husustur.⁸⁹⁸

Örneğin yolculuk sırasında orucun tutulmamasına cevaz (izin) verilmiştir. Bu bir hükümdür. Hükümün illetinin “meşakkat” olması durumunda, meşakkatin kişilere, yerlere, hale göre değişmesi sebebiyle tam olarak belirlenmesinde güçlük çekilecektir. Dolayısıyla yolculuk esnasında orucun tutulmamasına dair cevazın illeti, meşakkat olamaz. Zira meşakkat mazbut bir illet değildir. İlletin durumlara, yere ve kişilere göre değişiklik göstermemesi gerekir. Bu sebeple söz konusu hükümün illeti “yolculuk” olarak belirlenmiştir.⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 115; Şaban, s. 206; Bozkurt, 67.

⁸⁹⁷ Kalkankıran, s. 45.

⁸⁹⁸ Ebu Zehra, s. 201; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 115; Şaban, s. 206; Duman, *Şafii*, s. 37; Kalkankıran, s. 45; Akyel, 37; Karagöz, s. 137.

⁸⁹⁹ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 115-116; Şaban, s. 206.

c) Hükme Münasip (Uygun) Olması

İlletin hükme münasip olması, hükümde gözetilen amacı gerçekleştirebilir nitelikte olması anlamına gelmektedir. İlletin hükme münasip olması, hükmün konulmasında bir yararın gözetilmesi ya da zararın giderilmesi şeklinde bir amaca hizmet etmesini gösterir. Örneğin, kısasın uygulanması için kasten adam öldürme eylemi uygun ve münasip bir illettir. Zira kısas hükmünde gözetilen amaç, insanları kasten adam öldürmekten sakındırmak ve can güvenliğini sağlamaktır. Aynı şekilde şarabın haram kılınmasında illetin “sarhoş edicilik” olarak belirlenmesi münasiptir. Zira bu yasaklama ile insanların akıllarının korunması gözetilmektedir.⁹⁰⁰ Diğer bir örnek olarak murisi öldürenin, mirastan mahrum bırakılmasında, aralarında miras bırakılmaya neden olacak bir akrabalığın olmasının illet olarak belirlenmesi, hükme münasip görülmektedir.⁹⁰¹

İlletin hükme münasip olması şartı, aralarında münasip bulunmayan vasıflarla talil yapılamayacağını dolaylı olarak göstermektedir. Örneğin şarabın haram olmasının illeti, şarabın kırmızı ve akıcı olması şeklinde gösterilemez. Yine aynı şekilde hırsızlığın cezalandırılmasının hükmünde illet, hırsızın fakir, malı çalınanın zengin olması şeklinde belirlenemez.⁹⁰²

d) Müteaddi (Geçişli- Sirayet Edici) Olması

İletler geçişlilik bakımından müteaddi (geçişli) ve kasır (geçişsiz) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁹⁰³ İlletin müteaddi oluşu, onun fer’e sirayet edebilecek vasıfta olmasını ifade eder. Yani illet, asla mahsus (kasır) münhasır bir vasıfta olmamalıdır ki kıyas yapılabilsin. Örneğin Ramazan orucunun tutulmamasına izin verilen durumlar hastalık ve yolculuktur. Yani hükmün illeti ya hastalık ya yolculuktur. Bu illetlerden başka bir nedene sahip olan bir kişi bu ruhsattan faydalanamaz. Çünkü hükmün illeti müteaddi (geçişli) değildir. Dolayısıyla aslın hükmünün fer’e uygulanabilmesi için,

⁹⁰⁰ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 115; Şaban, s. 207; Kalkankıran, s. 46; Bozkurt, s. 67; Akyel, 38; Candan, s. 59.

⁹⁰¹ Karagöz, s. 137; Aydın, s. 38

⁹⁰² Şaban, s. 207; Kalkankıran, s. 45.

⁹⁰³ Akyel, 85.

hükümün illetinin müteaddi (sirayet edici) olması gerekir. Bu şart olmadığı takdirde kıyası uygulamak mümkün değildir.⁹⁰⁴

5. İlet ve Hikmet Arasındaki İlişki

Fıkıh usülcülerince hikmetin iki farklı anlamı ortaya koyulmuştur. Birinci anlamı, hükümün konusuna münasip düşen durumdur. Yolculukta meşakkat gibi. İkinci anlamı ise hükümün konulması ile amaçlanan menfaattir. Yolculuk esnasında orucun tutulmasına izin verilmesinde meşakkatin giderilmesi gibi.⁹⁰⁵

Fıkıh usülcüleri, illet ile talil yapılabileceği noktasında ittifak etmişlerdir. Ancak hikmet ile talil yapılması konusunda üç farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre hikmetin açık ya da istikrarlı olup olmadığına bakılmaksızın hikmetle talil yapılamaz. Hikmetle talil yapmayı mutlak olarak reddeden bu görüş, genel olarak usülcülerin çoğunluğunca kabul edilmektedir.⁹⁰⁶ İkinci görüş ise birinci görüşün aksine hikmetle talilin yapılabileceğini mutlak anlamda kabul etmektedir.⁹⁰⁷ Son görüş ise, hikmetin açık ve istikrarlı olması halinde hikmetle talil yapılabileceğini, diğer durumlarda yapılamayacağını savunmaktadır.⁹⁰⁸

Hikmet yukarıdaki anlamlarından da anlaşılacağı üzere kişiden kişiye ve olaydan olaya göre değişebilen yani istikrarlı olmayan ve karışıklığa sebep olabilecek nitelikte kapalılık içeren bir şeydir. Yani mazbut değildir.⁹⁰⁹ Bu sebeple hükümün illeti olma vasfına sahip değildir. Halbuki şer'i hükümün bilinmesinden ibaret olan bir illet, karışıklığa sebep olmayacak şekilde açık, kişilere ve durumlara göre değişiklik göstermeyen, istikrarlı (munzabıt) bir vasıftadır. Örneğin alım-satım aktinin hikmeti bir ihtiyacı gidermektir. Halbuki bu hikmet, her zaman açık bir şekilde bilinemez. Dolayısıyla bu hikmet her zaman açık (zahir) değildir. Yolculuk esnasında oruç tutulmamasına müsaade edilmesinde hikmet, meşakkattir. Halbuki meşakkat denen durum, kişiden kişiye, olaydan olaya değişiklik arz eden bir vasıftadır. Dolayısıyla

⁹⁰⁴ Ebu Zehra, s. 206; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 116; Şaban, s. 207; Butur, s. 85-94; Kalkankıran, s. 47; Akyel, 38.

⁹⁰⁵ Şaban, s. 195.

⁹⁰⁶ Şaban, s. 195.

⁹⁰⁷ Şaban, s. 195.

⁹⁰⁸ Şaban, s. 196.

⁹⁰⁹ Ebu Zehra, s. 206, 215; Şaban, s. 196.

istikrarlı (munzabıt) değildir. Sonuç olarak hikmetin bazı olaylarda açık olmaması, bazı olaylarda ise kişiden kişiye, olaydan olaya değişebilmesi yani istikrarlı (munzabıt) olmaması sebebiyle, hükmün hikmete göre talil edilmesi doğru değildir.⁹¹⁰

Sonuç olarak bu konuda usülcüler hikmetle illet arasındaki farkı göz önüne alarak şu şekilde bir kural geliştirmişlerdir: “*İleti varsa hüküm de vardır, hikmete aykırı olsa bile; illeti yoksa hüküm de ortadan kalkar, hikmeti mevcut olsa bile.*”⁹¹¹

Kural haline getirilmiş bu sonuca aşağıda gösterilecek olan hükümler neticesinde varılmıştır.

- Şer'an yolcu sayılan bir kişi, ne durumda olursa olsun, dört rekatlık bir namazı kasredebilmektedir (kısaltabilmektedir). Bahsedilen hükmün hikmeti meşakkattir. Halbuki hükmün illeti yolculuktur. Bu sebeple çok rahat imkanlarla yolculuk yapan zengin bir kişi hakkında da bu hüküm geçerlidir.⁹¹²
- Şer'an yolcu sayılmayan bir kişi ne kadar meşakkat çekse de namazı kasretme (kısaltma) imkanına sahip değildir. Zira hükmün illeti meşakkat değil, yolculuktur.⁹¹³
- Satılan gayrimenkul bir malın üzerinde şufa hakkı, müşterek malike ve komşuluk vasfına sahip olan kişiye aittir. Belirtilen hükmün hikmeti, müşterek malikin veya komşunun zarar görme ihtimalidir. Ancak hükmün illeti, gayrimenkul malın satımı sırasında mal üzerinde müşterek malik sıfatına sahip olma ya da komşu sıfatını haiz olmaktır. Bu sebeple belirtilen kişiler hakkında zarar görme ihtimali olmasa dahi, bu kişiler için şufa hakkı mevcuttur.⁹¹⁴
- Müşterek malik veya komşu olmayan kişiler, satılan gayrimenkulde şufa hakkına sahip değildir. Müşterek malik ya da komşu olmayan bir kişi, zarar ve uyuşmazlık tehlikesini ispat etseler dahi, şufa hakkı iddiasında bulunamazlar.

⁹¹⁰ Ebu Zehra, s. 206; Şaban, s. 196.

⁹¹¹ Şaban, s. 197; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 116.

⁹¹² Şaban, s. 197.

⁹¹³ Şaban, s. 197.

⁹¹⁴ Şaban, s. 197.

Zira burada hükmün illeti, zarar ve uyuşmazlık tehlikesi değil, müşterek malik ya da komşu olma durumudur.⁹¹⁵

6. İleti Belirleme Yolları

İleti belirleme yollarına, mesalik-i ille adı verilmektedir. Alimler, ileti belirleme yollarının üç farklı yolla tespit edilebileceğini ifade etmişlerdir. Bunlar naslardan ileti belirleme, icmadan ileti belirleme ve son olarak illet ile hüküm arasındaki uygunluğu araştırarak ileti belirlemektir.⁹¹⁶

a) Kitap ve Sünnet Nasslarından İleti Çıkarma

Birinci yöntemde, Kitap veya Sünnetteki nassta herhangi bir vasıf, hükmün ileti olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yolla bulunan bir illete, “*nassla bildirilmiş illet*” ya da “*mansus illet*” denilmektedir.⁹¹⁷ Nasslarla belirlenen illet, ileti belirleme yolları arasında en kuvvetli olanıdır.⁹¹⁸ Ancak Kitap ve Sünnetteki nassta, hükmün illetinin bulunması her zaman açık bir şekilde yer almamaktadır. Kimi zaman sarih (açık) bir şekilde illet çıkarılmakta iken, kimi zaman ise ima yoluyla illet bulunmaktadır.⁹¹⁹

Nasslarda açık bir şekilde illetin belirlenmesi, Arap dilindeki bazı kelime kalıplarının kullanılmasından anlaşılmaktadır. Bu kelimeler talil anlamını taşımaktadır. Belirlenen nassta “*li keza, li ecli keza, li keylâ yekune keza*” vb. gibi ta’lil lafızlarından birisi varsa illetin, sarih (açık) bir şekilde bildirildiğini gösterir. Bu gibi ifadeler yalnızca ta’lilin kastedildiği ve bunun için tayin edilmiş kat’i (kesin) lafızlardır.⁹²⁰

Örneğin Maide Suresinin 32. Ayetinin meali şu şekildedir; “*Bundan dolayıdır ki İsrailoğulları’na şöyle yazmıştık: Kim, bir cana veya yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya karşılık olarak olmaksızın (haksız yere) bir cana kıyarsa, bütün insanları*

⁹¹⁵ Şaban, s. 197.

⁹¹⁶ Ebu Zehra, s. 210.

⁹¹⁷ Akyel, 84; Şaban, s. 208; Butur, s. 84, 107; Kalkankıran, s. 50.

⁹¹⁸ Karagöz, s. 141.

⁹¹⁹ Şaban, s. 208; Butur, s. 84, 107; Kalkankıran, s. 50.

⁹²⁰ Kalkankıran, s. 50; Şaban, s. 208; Yasemin Yıkar, *Eş ‘Arî Usûlünün Oluşum Sürecinde Kıyas*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2018, s. 124.

öldürmüş gibi olur. Kim de, bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur."⁹²¹ Ayette geçen (*min ecli zalik*) ifadesi, kasten adam öldürmenin çok ağır bir suç olarak kabul edilmesinin illetini göstermektedir.⁹²²

Sünnette geçen açık ifadelerden illetin çıkarıldığı duruma örnek olarak ise şu hadisi gösterebiliriz: “(*Kurban etlerini biriktirip saklamanızı*), o sırada (*Medine’ye*) gelen muhtaç kafileden *ötürü yasaklamıştım. Artık (dilerseniz) yiyin, (dilerseniz) biriktirip saklayın ve tasadduk edin.*” Yukarıdaki ayetteki gibi bu hadiste de (*min ecli*) ifadesi kurban etlerinin saklanması yasak edilmesindeki illeti göstermektedir.⁹²³

İma yolu ile nasstan illetin bulunmasına Kitap’tan örnek olarak şu ayet mealini gösterebiliriz: “*Hırsızlık yapan erkek ve hırsızlık yapan kadının ellerini kesin.*”⁹²⁴ Ayette, hırsızlık ile belirtilen cezanın birlikte zikredilmesi, illetin ima yoluyla hırsızlık olduğunu göstermektedir.⁹²⁵

İma yoluyla nasstan illetin bulunmasına Sünnet’ten örnek olarak şu hadis gösterilebilir: “*Hakim, kızgın olduğu halde iken hüküm vermesin.*” Hadiste hüküm vermekten yasaklama ile kızgınlığın bir arada verilmesi, yasaklanan hükmün illetinin kızgınlık olduğunu göstermektedir.⁹²⁶

b) İcma’dan İleti Çıkarma

Bir vasfın, hükmün illeti olduğu konusunda müçtehitlerce fikir birliği edilmesi halinde, bu hükmün illetinin icma ile belirlendiği kabul edilir. Örneğin müçtehitler, miras konusunda anne-baba bir kardeşin; baba bir kardeşe takdim edilmesinde fikir birliği etmişlerdir. Yani bu konu hakkında bir icma oluşmuştur. Burada takdim edilmede, yani öncelik hakkına sahip olmada illet, iki nesebin birleşmesidir. Zira anne-baba bir kardeş, hem anne hem baba yoluyla miras bırakana (*muris*) bağlanmaktadır.

⁹²¹ Maide, 5/32.

⁹²² Şaban, s. 208-209; Bozkurt, s. 76. Ayrıntılı bilgi için bkz. Candan, s. 81 vd.

⁹²³ Ebu Zehra, 210; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 118.

⁹²⁴ Maide, 5/38.

⁹²⁵ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 118; Şaban, s. 210-211; Kalkankıran, s. 51.

⁹²⁶ Koçak/Dalgın/Şahin, s. 118; Şaban, s. 211; Kalkankıran, s. 51.

Bu hükme kıyasla velayet konusunda da anne-baba bir kardeşin, baba bir kardeşe önceliğinin olduğuna karar verilmiştir.⁹²⁷

İkinci bir örnek olarak hakimin öfkeliyken hüküm vermesinin haram oluşunun illetinin “hakikatten sapmaya yol açacak şekilde zihnin karışması” olarak belirlenmesini gösterebiliriz. Zira illet olarak “hakikatten sapmaya yol açacak şekilde zihnin karışması”nın belirlenmesi noktasında alimler ittifak etmişlerdir. İcma ile illet belirlendikten sonra, bu hükme kıyasla, korku, üzüntü gibi zihni karışıklığa yol açacak durumlarda da hakimin karar vermesinin haram olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁹²⁸

c) İlet ile Hüküm Arasındaki Uygunluğu Araştırarak İlet Çıkarma

Bu yöntemle illet belirlemede, hükmün illetini gösteren bir nass veya icmanın bulunmamasına dikkat edilir. Zira hükmün illeti nass ya da icma ile belirlenmişse, bu tarz bir yöntemle zaten ihtiyaç yoktur. Ancak belirlenecek olan illet yine de, Kitap ve Sünnetten çıkarılan illetlerin tespit edilmesine uygun olarak çıkarılmalıdır.⁹²⁹ Bu şekilde belirlenen illete “*müstenbat illet*” adı verilmektedir.⁹³⁰

Böyle bir uygunluğun araştırılmasında illet ile hüküm arasında öyle bir uyum olmalıdır ki, Şari’in bu hükmü koymada kastettiği faydanın gerçekleşmiş olduğu kanaatine ulaşılmalıdır. Bahsedilen maslahat ise ya bir faydanın sağlanması ya da bir zararın giderilmesidir.⁹³¹

III. MÜNASİP VASFIN KISIMLARI (İLLET İLE HÜKÜM ARASINDAKİ MÜNASEBET)

Vasfın münasip olması, hüküm ile illet olarak kabul edilen vasıf arasındaki uygunluğu ifade etmektedir. Vasfın münasip olup olmadığının tespiti ile illet belirlenmektedir. Bu sebeple kıyasın uygulanması açısından vasfın münasib olmasının tespit edilmesi hayati bir öneme sahiptir. Nitekim kıyas yoluyla hüküm çıkarılması konusunda İslam hukukçuları arasında meydana gelen tartışmaların merkezinde bu

⁹²⁷ Şaban, s. 212; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 118-119; Ebu Zehra, s. 209; Karagöz, s. 141-142.

⁹²⁸ Şaban, s. 212.

⁹²⁹ Şaban, s. 213; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 119.

⁹³⁰ Akyel, 85.

⁹³¹ Şaban, s. 212; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 119.

konu yer almaktadır. Örneğin Hanefi mezhebine göre şuf'a hakkı konusunda münasip vasıf *“rahatsız edici davranış veya geçimsizlik, uyumsuzluk gibi yollarla gelmesi muhtemel zarar”* olarak belirlenmiştir. Şafilere ise bu hak konusunda münasip vasfın, *“paylaştırılmanın masrafı gerektirmesi ve paylaşırma halinde evde daralma meydana gelmesi gibi gayrimenkulün eski ve yeni paydaş arasında taksiminden doğacak özel zarar durumu”* olduğunu dile getirmişlerdir.⁹³²

Münasip vasfın Şari tarafından kabul görmesi açısından (muteber olması bakımından) münasebet üç kısma ayrılmaktadır. Bunlar, münasib-i müessir, münasib-i mülga ve münasib-i mürseldir.⁹³³

A. Münasib-i Müessir

Şari tarafından muteber olan vasa münasib-i müessir adı verilir. Şari tarafından bir vafın muteber olması, vaf hakkında şer'i bir delilin varlığı ile anlaşılmaktadır. Münasip vasıfların en üstün olanı bu kısımdır. Alimler bu tür münasip vafıla talil yapılacağı noktasında ittifak etmişlerdir. Nitekim bu kısım münasip vafa, münasib-i müessir adının verilmesinin sebebi, hükmün illetinin belirlenmesindeki etkisinin kuvvetinden kaynaklanmaktadır.⁹³⁴

B. Münasib-i Mülga (Mülaim)

Şari tarafından muteber olarak sayılmadığına dair şer'i delil bulunan vafa münasib-i mülga adı verilmektedir. Böyle bir vafıta müçtehit, maslahatın gerçekleştiği kanaatine varmaktadır. Ancak bu vafın Şari tarafından dikkate alınmadığı ve geçersiz sayıldığı açıkça nasslardan anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu tür bir vaf ile talil yapılamayacağı konusunda alimler ittifak etmişlerdir.⁹³⁵

Münasib-i mülga örnek olarak yukarıda fer' başlığında incelenen Endülüslü fakihin verdiği yanlış hükmü gösterebiliriz. Olayda Endülüslü fakih özürsüz orucunu bozan halifeye, bu davranışının keffareti olarak iki ay peşpeşe oruç tutması gerektiğini dile getirmiştir. Halbuki böyle bir durumda öncelikle orucunu bilerek bozan kişinin

⁹³² Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 120; Kalkankıran, s. 53.

⁹³³ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 120; Ebu Zehra, s. 208.

⁹³⁴ Şaban, s. 213; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 120; Ebu Zehra, s. 208.

⁹³⁵ Şaban, s. 214-215; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 120; Ebu Zehra, s. 208; Bozkurt, s. 82.

köle azad etmesi, böyle bir imkanı yoksa peş peşe iki ay oruç tutması gerektiği bilinmektedir. Ancak fakihe göre halifenin günah işlemekten alıkonması ve Allah'ın koyduğu sınırlara uymasını sağlamak amacıyla köle azad etmesi yerine oruç tutması daha uygun görünmektedir. Zira halifenin köle azad etmesi kolaydır. Ancak fakihe göre münasip düşen vasıf, Şari tarafından geçerli sayılmamıştır. Nitekim söz konusu hüküm verilirken, Hz. Peygamber (SAV) orucunu bilerek bozan bedveden ilk başta köle azad etmesi gerektiğini söylemiştir. Verilen bu hükümde köle azad edilmesinin kolay ya da zor olduğu dikkate alınmamıştır. Dolayısıyla burada müçtehitte göre maslahatı gerçekleştiriyor gibi görünen bir vasıf, Şari tarafından dikkate alınmamış, geçersiz sayılmıştır.⁹³⁶

C. Münasib-i Mürsel

Münasip vasıfta, Şari tarafından geçerli ya da geçersiz sayıldığına dair herhangi bir delil bulunmamaktadır. Bu sebeple bu kavram “*müçtehitlerin takdirine bırakılmış ve münasip olan*” anlamına gelen münasib-i mürsel adı verilmiştir. Bu vasfın üzerine illetin belirlenip hükmün kurulması ise tartışmalıdır. Malikiler ve Hanbeliler bunu “mesalih-i mürsele” olarak adlandırmış ve hüccet kabul etmişlerdir. Hanefiler ve Şafiiler ise böyle bir şeyi hüccet olarak kabul etmemişlerdir.⁹³⁷

IV. KIYASIN KISIM VE DERECELERİ

Kıyası, farklı açılardan farklı şekillerde sınıflandırmak mümkündür. Örneğin kuvvet ve zayıflık bakımından celi kıyas, hafî kıyas olarak; illetin zikredilip zikredilmemesine göre illet kıyası, delalet kıyası, kıyas fî ma'ne'l-asl ve şebah kıyası olarak ayrılması gibi.⁹³⁸ Ancak tezimizde kıyasın kısım ve derecesi, asl ile fer' arasındaki illet birliğinin derecesine göre incelenmektedir. Bu bakımdan asl ile fer' arasındaki illet birliğin güçlülüğüne göre kıyası üçe ayırmak mümkündür.⁹³⁹

⁹³⁶ Şaban, s. 214-215, 223; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 120.

⁹³⁷ Şaban, s. 215; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 121; Ebu Zehra, s. 209.

⁹³⁸ Duman, *Şafii*, s. 26.

⁹³⁹ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 125; Ebu Zehra, s. 213; Duman, *Şafii*, s. 30.

A. Kıyas-ı Evla

Kıyas-ı evlada, asl'da yer alan hüküm, fer'de illet açısından daha açık ve kuvvetli olarak yer almaktadır.⁹⁴⁰ Bu sebeple İmam Şafii, bu çeşit kıyasın en kuvvetli kıyas olduğunu dile getirmiştir.⁹⁴¹ Dolayısıyla böyle bir durumda asl'da yer alan hükmün fer'e uygulanmasına evleviyetle karar verilir.⁹⁴² Örneğin ayette “*Onlara (anne ve babana) öf bile deme, onları azarlama*”⁹⁴³ buyurulmuştur. Söz konusu nassdaki hükmün illeti “eza (eziyet)”tir. Anne veya babanın dövülmesi durumunda yukarıdaki hükmün uygulanmasına evleviyetle karar verilir. Zira anne ve babanın dövülmesi durumundaki illet, nassın hükmünde bulunan illete göre daha açık ve güçlü görünmektedir. Dolayısıyla burada daha açık ve kuvvetli bir kıyasla anne ve babanın dövülmesinin haram olduğu tespit edilmektedir.⁹⁴⁴

B. Kıyas-ı Müsavi

Müsavi, sözlükte olarak eşit anlamına gelmektedir. Kıyas-ı müsavi ise asl ile fer'de illetin benzerlik derecesinin eşit olduğu durumlarda uygulanan kıyastır. Örneğin ayette “*Haksızlıkla yetimlerin mallarını yiyenler, şüphesiz karınlarına ancak ateş tıkmış olurlar. Zaten onlar alevlenmiş ateşe gireceklerdir.*” buyurulmuştur. Buradaki hükmün illeti, “*yetim malını haksız yere yemektir*”. Dolayısıyla birisinin “yetim malını haksız yere yakması” olayında yer alan illet ile yukarıda illet derece olarak eşit seviyede benzerliğe sahiptir ve burada yapılan kıyas, kıyas-ı müsavidir.⁹⁴⁵ İkinci bir örnek olarak Hz. Peygamber (SAV)'in “*Bir kimse, köleden kendisine ait olan kısmı azad ederse, geri kalan kısmı buna göre takdir edilir.*” hadisindeki hükmün cariyelelere de uygulanmasını gösterebiliriz. Zira köle (hür olmayan erkek) ile cariye (hür olmayan kadın) eşit seviyede yer alırlar.⁹⁴⁶

⁹⁴⁰ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 125; Ebu Zehra, s. 213; Şafii, s. 276; Hasan, 228.

⁹⁴¹ Şafii, s. 276.

⁹⁴² Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 125; Ebu Zehra, s. 213; Çapak, s. 231.

⁹⁴³ İsrâ 17/23.

⁹⁴⁴ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 125; Butur, s. 64; Arslan, s. 12.

⁹⁴⁵ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 126; Ebu Zehra, s. 213; Arslan, s. 12.

⁹⁴⁶ Çapak, s. 231.

C. Kıyas-ı Edna

Edna, sözlükte aşağı anlamına gelmektedir. Kıyas-ı edna ise fer'deki illetin asl'daki illete göre benzerlik olarak daha az açıklıkta olması durumunda uygulanan kıyas çeşitidir. Ancak bahsedilen daha “az açıklıkta olma” durumu illetin vasfı açısından değil, illetteki vasfın niceliği açısındandır. Zira illetin vasfı her ikisinde de eşittir ki kıyas uygulanmaktadır. Örneğin şarabın haram olmasının illeti “sarhoş edici” olmasıdır. Bir başka içki çeşitinin sarhoş edici vasfı bulunmakla birlikte şaraba göre daha az sarhoş etmesi, hükmün eşit olarak uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla burada illetin asla göre fer'deki derecesi daha az açıklıkta olmakla birlikte kıyas yoluyla fer'de de hükmün uygulanması söz konusudur.⁹⁴⁷

V. İSLAM CEZA HUKUKU ALANINDA (UKUBAT) KIYASIN KULLANIMI

İslam Hukuk Sisteminde ceza alanında kıyasın kullanımı yasaklanmamıştır. Fakihler, cezaların kıyasa başvurularak belirlenebileceğini kabul ederler.⁹⁴⁸ Ancak cezalar iki bölümden oluşur: Ukubat-ı Mukaddere ve Ukubat-ı Gayrimukaddere⁹⁴⁹

Ukubat-ı mukaddere, miktarının bizzat Şari tarafından belirlendiği cezalardır. Bu sebeple belirlenen cezalar bakımından hakimın takdir yetkisi yoktur.⁹⁵⁰ Ukubat-ı gayr-ı mukadderede ise cezaların miktarı, Şari tarafından belirlenmemiştir. Miktarı Şari tarafından belirlenmeyen cezalara, ta'zir adı verilir. İşte kıyasın uygulanabileceği alan, ukubat-ı gayr-ı mukaddere niteliğindeki cezalardır.⁹⁵¹

Ukubat-ı gayr-ı mukadderenin kıyasla sabit olacağı konusunda alimler ittifak etmişlerdir. Ancak ukubat-ı mukaddere alanında kıyasın yapılabileceği konusunda yani Şari tarafından miktarı tayin edilmiş cezalarda kıyas yapılabileceği konusunda ihtilaflar söz konusudur. Bu konuda Şafiiler, ukubat-ı mukadderede kıyasın

⁹⁴⁷ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 126-127; Ebu Zehra, s. 213; Arslan, s. 13.

⁹⁴⁸ Ebu Zehra, 222.

⁹⁴⁹ Ebu Zehra, 222.

⁹⁵⁰ Melik Işık, *Klasik Fıkıh Usûlü Açısından Ceza Hukukunda Kıyasın Geçerliliği*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Kayseri 2005, s. 38.

⁹⁵¹ Ebu Zehra, s. 222-223; Arslan, s. 28.

yapılabileceğini iddia ederler. Örneğin Şafilere göre, Şari tarafından cezasının miktarı tayin edilmiş kasten adam öldürme suçu, hata ile adam öldürmeye kıyas edilebilir.⁹⁵²

Ukubat-1 mukadderede kıyasın yapılamayacağını iddia eden Hanefilere göre örneğin, birisine dil uzatmak (sövmek), cezasının Şari tarafından tayin edildiği kazfe (zina iftirasına) kıyas edilemez.⁹⁵³

VI. KIYASI UYGULAYACAK OLAN KİŞİNİN BİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

İmam Şafii, kıyası uygulayacak olan kişinin bazı hususlarda dikkatli olması gerektiğini belirtmiştir. Şayet kıyası uygulayacak kişide aşağıda belirtilecek özellikler mevcut değil ise İmam Şafii'ye göre yapılan kıyas, hakiki bir kıyas değildir.⁹⁵⁴ Bu özellikler şunlardır:

- Kitab'ı yani Kur'an-ı Kerim'i iyi bilmesi.
- Kitab'ın nasihini, mensuhunu, hassını, amm'ını ve edebini bilmesi.
- Hz. Peygamber (SAV)'in sünnetlerini bilmesi.
- Kendisinden önce gelmiş alimlerin (selefin) görüşlerini bilmesi.
- İnsanların icmalarını ihtilaflarını bilmesi.
- Arap dilini bilmesi.
- İlgili meseleye vakıf olması.
- Aklı başında olup, kıyası yapabilecek muhakeme yeteneğine sahip olmasıdır⁹⁵⁵

VII. İSTİHSAN

A. Genel Olarak İstihsan

Şaban, istihsanı şu şekilde tanımlamaktadırlar: *“İstihsan, müçtehitin bir meselede kendi kanaatine o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini*

⁹⁵² Ebu Zehra, s. 223.

⁹⁵³ Ebu Zehra, s. 223.

⁹⁵⁴ Şafii, s. 275-276; Ebu Zehra, s. 212.

⁹⁵⁵ Şafii, s. 275-276; Ebu Zehra, s. 212; Hasan, s. 227.

gerektiren nass, icma, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir.”⁹⁵⁶

İstihsan, temelde iki şekilde meydana gelebilmektedir. Birincisinde müçtehit, açık kıyası bırakıp gizli kıyası tercih etmektedir. İkincisinde ise müçtehidin, genel bir kuraldan veya külli bir asldan cüz’i bir hadiseyi istisna etmesi ile meydana gelmektedir. Her iki durumda da yapılan işlem bir delile dayanmakta ve bu delil kalben tatmin edici nitelikte olmaktadır. Müçtehit birinci durumda, açık (celi) kıyasın hilafına bu hükmü kurmakta, ikincisinde ise külli kaidenin hilafına⁹⁵⁷ hükmü kurmaktadır.⁹⁵⁸

İstihsan, tanımda da yer aldığı gibi altı farklı yolla yapılabilmektedir. Bunlar; nass sebebiyle istihsan, icma sebebiyle istihsan, zaruret sebebiyle istihsan, kapalı kıyas sebebiyle istihsan, örf sebebiyle istihsan ve maslahat sebebiyle istihsandır.⁹⁵⁹ Ancak tezin konusu gereği burada sadece kapalı kıyas sebebiyle istihsan incelenecektir.

B. Kapalı Kıyas Sebebiyle İstihsan

Bu istihsan türü Hanefi mezhebine en çok kullanılan istihsandır. Hatta istihsanın mutlak zikredilmesi halinde kapalı kıyas sebebiyle istihsan anlaşılır.⁹⁶⁰ Kapalı kıyas sebebiyle istihsanda, ortada meselenin çözümü açısından hem kapalı kıyas yoluna, hem de açık kıyas yoluna başvurma imkanı vardır. Ayrıca bu iki yol birbirleriyle çelişmektedir. Müçtehit, bu iki kıyas yolundan kapalı kıyası tercih etmesiyle kapalı kıyas sebebiyle istihsan gerçekleşmiş olmaktadır. Kapalı kıyas sebebiyle yapılan istihsanda, kapalı kıyasın açık kıyasa tercih edilmesinin sebebi, kapalı kıyas neticesinde oluşan etkinin, diğerine göre daha güçlü olmasıdır.⁹⁶¹

Örneğin bir satış işleminde malın teslim edilmesinden önce meydana gelen bedel üzerindeki anlaşmazlığın çözümünde iki farklı yolla hüküm çıkarmak mümkündür.

⁹⁵⁶ Şaban, s. 239; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 130; Ebu Zehra, s. 225.

⁹⁵⁷ Bu çeşit istihsan yoluyla elde edilmiş hükme “kıyasın aksine sabit olmuş hüküm” denilmektedir. Ancak burada bahsedilen kıyas ile, genel nitelikli şer’i nass veya fıkıhta kabul görmüş genel kurallar kastedilmektedir. (Şaban, s. 240; Koçak/Dalgın/Şahin, s. 129).

⁹⁵⁸ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 129; Şaban, s. 240.

⁹⁵⁹ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 130; Şaban, s. 240-241.

⁹⁶⁰ Abdurrahim Kozalı, (Kıyas) İstihsan ve Doğal Hukuk İlişkisi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Bursa 2004, s. 142.

⁹⁶¹ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 135-136; Şaban, s. 247; Ebu Zehra, s. 227.

Meselenin çözümü için açık kıyasa başvurulduğunda sadece müşterinin yemin etmesi aranmaktadır. Zira yeminin inkar edene, şahidin de iddia edene gerekeceği genel bir kural olarak bilinmektedir. Bu kural açık kıyas yoluyla belirlenmiştir. Dolayısıyla burada açık kıyas ile müşterinin yemin etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak olay ayrıntılı olarak incelendiğinde aslında satıcının da iddia edilen bedel verilmedikçe “malın teslimi” borcunu inkar etmektedir. Bu sebeple satıcının da yemin etmesi gerektiği düşünülebilir. Bu hüküm ise kapalı kıyas yoluyla bulunmuştur.⁹⁶²

C. Kıyas ile İstihsanın Karşılaştırılması

Kıyas ile istihsanın ortak yanı her ikisinde de mesele hakkında şer’i bir delilin mevcut olmasıdır.⁹⁶³ Aralarındaki fark ise şu şekildedir: Kıyasta asl olarak belirlenen şer’i delilin hükmü fer’e uygulanmaktadır. İstihsanda ise belirlenmiş olan genel kuraldan çıkan hüküm ya da benzer olarak görülen hüküm vardır. Söz konusu bu hükmün dışında tutulması amacıyla yine şer’i bir dayanağı olan istisnai bir hüküm belirlenmiştir. İstihsanda belirlenen bu istisnai hüküm uygulanır. Dolayısıyla kıyasta meselenin bir hükme dahil edilmesi söz konusu iken, istihsanda meselenin dışlanması; istisnai tutulması söz konusudur.⁹⁶⁴

VIII. MESALİH-İ MÜRSELE

A. Genel Olarak Mesalih-i Mürsele

Mesalih-i Mürsele, muteber veya geçersiz olduğuna dair herhangi bir delil bulunmayan durumlarda, hükmün kendisine bağlanmasının bir fayda sağlaması ya da zararı gidermesine bina edildiği gerekçedir. Mesalih-i mürselede hüküm, açıkça Şari tarafından açıklanmamıştır. Bu sebeple bu durumda kıyasa olanak sağlayacak nass veya icma ile sabit bir hükmün de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yani mesalih-i mürsele, Şariin hükmünü açıklamadığı ve kıyasın yapılamayacağı (hakkında bir nass ya da icma ile sabit bir hükmün bulunmadığı) durumlarda söz konusu olabilir. Ayrıca bu olumsuz şartların yanı sıra, mesalih-i mürselenin uygulanabilmesi için, kendisinde

⁹⁶² Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 136.

⁹⁶³ Şaban, s. 256.

⁹⁶⁴ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 142.

bir şer'i hükmün gerekçesi olmaya elverişli ve üzerine hüküm bina edilebilecek münasip bir vasfın bulunması gerekmektedir.⁹⁶⁵

Mesalih-i mürselenin kaynak değeri yani hüccet olarak değerlendirilmesi açısından öncelikle ikili bir ayrım yapmak gerekir. İletlerinin akıl ile anlaşılması mümkün olmayan; yani taabbudi nitelikte olan ibadetler alanında, mesalih-i mürseleye göre hüküm verilemeyeceği konusunda bir ihtilaf olmadığı görülmektedir. Yani ibadetler alanında mesalih-i mürsele, kaynak olarak görülmemektedir.⁹⁶⁶ Ancak muamelat kısmında mesalih-i mürselenin müstakil şer'i bir delil olup olmadığı konusunda alimler arasında görüş ayrılığı vardır. İmam Malik, mesalih-i mürselenin müstakil bir delil olduğunu savunmaktadır.⁹⁶⁷ Ancak diğer mezhep imamları, mesalih-i mürselenin diğer içtihat yöntemleri altında değerlendirmişler, müstakil bir delil niteliğinde olmadığını savunmuşlardır. Bir kısım alimler ise mesalih-i mürselenin bir delil olmadığını ve bu nedenle bunun üzerine hükmün bina edilemeyeceğini dile getirmişlerdir. Bu düşünceyi savunanlar Zahiriler, Şafilardan Amidi ve Malikilerden İbn Hacib'dir.⁹⁶⁸

Mesalih-i mürsele'yi şer'i bir delil olarak görenler, bu delilin hiçbir şarta bağlı olmaksızın kullanılabileceğini iddia etmezler. Aksine mesalih-i mürseleyi delil olarak kabul edenlere göre bu delille hüküm verilebilmesi için birtakım şartların olması gerekmektedir.⁹⁶⁹

Birinci şart, bu delilin uygulanabilmesi için, belirli şer'i deliller tarafından geçersiz kılınmamış olması gerekir. Aksi takdirde maslahata göre amel edilmesi caiz olmaz.⁹⁷⁰

İkinci şart, mesalih-i mürselede bulunan maslahatın vehme dayalı olmamasıdır. Yani maslahat esasına göre hüküm verileceği zaman, bu hükmün bir faydayı gözeteceği ya da bir zararı def edeceğinden emin olunması gerekir.⁹⁷¹

⁹⁶⁵ Şaban, s. 224.

⁹⁶⁶ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 146; Şaban, s. 225.

⁹⁶⁷ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 146; Şaban, s. 225.

⁹⁶⁸ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 146; Şaban, s. 225.

⁹⁶⁹ Şaban, s. 225; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 152.

⁹⁷⁰ Şaban, s. 225; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 152.

⁹⁷¹ Şaban, s. 226; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 153.

Üçüncü şart, maslahatın genel olmasıdır. Yani belirlenen maslahat sadece bir kişiyi ya da birkaç kişiyi ilgilendiren bir zarar ya da menfaatle ilgili ise bu maslahat özel kabul edilir ve buna göre hüküm verilemez. Hükümün maslahata göre verilebilmesi için maslahatın genel nitelikte olması gerekir.⁹⁷²

B. Mesalih-i Mürsele Deliline Dayanan Örnekler

Mesalih-i mürsele genellikle Malikilere atfedilen bir delil olmasına rağmen diğer mezheplerde de farklı isimlerle maslahata dayalı olarak bu delilin uygulama alanı mevcuttur. Örneğin Hanefilere göre bir kimse “Tüm mallarım sadakadır” dediğinde, burada sadece kişinin zekata tabi mallarının sadaka olarak görülmesi gerekmektedir. Bu hüküm, maslahat esasına göre bulunmuştur. Zira bir kimsenin tüm mallarını vermesi sonucunda dilenci konumuna gelmesi “sadaka kurumu”nun ruhuna aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla kişinin mallarının hepsini sadaka olarak vermesi maslahata zıt bir durum olarak görüldüğünden, malların sadece zekata tabi olan kısmının sadaka olarak verilebileceğine hükmedilmiştir.⁹⁷³

Malikilere göre başka kaynaklar bulunmadığı takdirde zenginlerden ek bir vergi konularak devletin zaruri ihtiyaçları karşılanabilir. Dolayısıyla burada şer’i bir delilin bulunmadığı bir durumda sadece maslahata binaen bir hüküm mevcuttur.⁹⁷⁴

Şafiiler, savaşta ihtiyaç olması durumunda düşmanın mallarının telef edilmesi hükmünü, diğer esas delillerin yanında mesalih-i mürsele delilinden de faydalanarak elde etmişlerdir.⁹⁷⁵

Hanbelilere göre yaşadığı yerde fesada sebep olan kimseler, kötülüklerinden emin olunabilecek bir yere sürgün edilebilirler. Verilen bu hükümde de görüldüğü gibi kişinin sürgün edilmesi hükmü, bir zararın def edilmesi maslahatına bina edilmiştir.⁹⁷⁶

C. Mesalih-i Mürsele ile Kıyas’ın Karşılaştırılması

Mesalih-i mürsele ile kıyas arasındaki ortak özellikler şunlardır:

⁹⁷² Şaban, s. 226; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 153.

⁹⁷³ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 154.

⁹⁷⁴ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 154; Şaban, s. 233.

⁹⁷⁵ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 154.

⁹⁷⁶ Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 154.

1. Her iki yöntemde de eldeki somut mesele hakkında Kitap, Sünnet veya İcma'da bir hüküm bulunmaması gerekmektedir.
2. Her ikisinde de hüküm, münasip vasfın üzerine bina edilmektedir.⁹⁷⁷

Mesalih-i mürsele ile kıyas arasındaki farklar şunlardır:

1. Kıyas sonucu verilen hüküm, hakkında Kitap, Sünnet veya İcma'daki bir hükme kıyas edilerek elde edilmiştir. Yani kıyasın uygulandığı olay, Kitap, Sünnet veya İcma'da yer alan benzer bir olaya dayanmaktadır. Ancak mesalih-i mürsele ile elde edilen hüküm, kendisine kıyas edilebilecek şer'i dayanağı olan bir olaya dayanmaksızın doğrudan doğruya bir maslahata bina edilmektedir.⁹⁷⁸
2. Kıyasta, hüküm kurulması sırasında illette aranacak maslahat açısından özel deliller mevcuttur. Mesalih-i mürselede ise maslahat açısından olumlu ya da olumsuz bir delil mevcut değildir. Bu konuda Şari bir hüküm vaz' etmemiştir.⁹⁷⁹

⁹⁷⁷ Şaban, s. 233.

⁹⁷⁸ Şaban, s. 233.

⁹⁷⁹ Şaban, s. 233.

SONUÇ

Latincesi *argumentum a simili* olan kıyas (analoji), klasik mantıkta genelde bir akıl yürütme yöntemi olarak görülmektedir. Bir kısım düşünörlere göre ise bu yöntem, mantık alanında değil; epistemoloji alanında yer almalıdır. Çünkü mantık alanında tek geçerli muhakeme formu tümdengelimdir. Kıyas ile elde edilen bilginin ise kesin değil, olumsal (ihtimali) bir niteliğı vardır.

Zihinsel işleyiş bakımından kıyas, tikelden tikele doğru hareket etmektedir. Bu yönüyle kıyas, tümdengelim ve tümevarım yönteminden ayrılmaktadır. Zira tümdengelim yönteminde tümelden tikele, tümevarım yönteminde ise tikelden tümele doğru bir zihni işleyiş söz konusudur.

Literatürde kıyas kavramının hem tümdengelim yöntemine dayanan tasım için, hem de tikelden tikele bir işleyişe sahip analoji için kullanılması, kafa karışıklığına neden olmaktadır. İslam ilim literatüründe bu iki kavram, tasıma, kıyas-ı mantıki, kıyasa, (analojiye) kıyas-ı fikhi denilerek ayırt edilmiştir.

Kıyas yöntemi, günlük hayatta olsun, bilim dünyasında olsun birçok alanda kullanılmaktadır. Bir sorunla karşılaşıldığında, bir tartışma sırasında karşı tarafa güçlü bir arguman üretmeye çalışıldığında ve nihayetinde mahkemede bir tarafın savunulmasında bu yönteme başvurulması mümkündür. Ancak kıyas yöntemi, çoğı zaman bilinçli bir şekilde yapılmamaktadır. İnsanlar bir yargıya varırken kaçınılmaz olarak belirli olguları, nesneleri veya olayları kıyaslamaktadırlar. İster bilinçli olsun ister bilinçsiz olsun kıyas yöntemi ile elde edilen yargıları değerlendirirken, bir takım hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Örneğın elde edilen bilginin kesin bir bilgi olmadığını bilmesi belki de en önemli hususlardan biridir. Nitekim İbn-i Sina ve Gazali'nin de belirttiğı üzere kıyas, bilinenin bilinmeyene ve görünenin görünmeyene delil gösterilmesidir. Dolayısıyla kıyasla elde edilen sonuç, her ne kadar güçlü görünürse görönsün, mantıken kesin bir bilgi vermemektedir. Bu sebeple bu yöntem ile elde edilen sonucun, olumsal niteliğının dikkate alınması gerekmektedir.

Genel mantıkta geçerli bir akıl yürütme olmamasına rağmen kıyas, hukuk biliminde ve metodolojisinde başvuru olan önemli bir yöntemdir. Çünkü benzerlikler ve

farklılıkların bulunması, hukuki muhakeme sürecinde temel bir adımdır. Hatta kıyas bu bakımdan, hukukta çok sık kullanılan en eski akıl yürütme yöntemleri arasında yer alır. Dolayısıyla hukuk biliminde kıyasla elde edilen sonucun (hükmün) genel mantıkta olduğu gibi mutlak anlamda geçersizliğinden değil, geçerlilik derecelerinden söz edebiliriz.

Kıyasın asl, fer, illet ve hüküm olmak üzere dört adet unsuru bulunmaktadır. Bu unsurların içeriği çeşitli hukuk sistemlerindeki uygulamalara göre değişiklik göstermektedir. Örneğin Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde “asl”, yani kıyasta temel alınan şey, bir kanun maddesi iken, İslam Hukukunda Kur’an, Sünnet veya İcma’da yer alan bir hükümdür. “Fer”, yani kıyasa konu olan ihtilaflı olay, her bir hukuk sisteminde hakkında doğrudan bir düzenleme mevcut olmayan olaydır.

Kıyas yönteminin iyi bir şekilde işlemesi açısından, uygun ve bilinen benzerliklerin, varacağımız hükme iyi bir neden teşkil etmesi gerekir. Ancak iyi bir kıyasî gerekçe için kesin bir kıstas belirlemek zordur. Kıyastaki akıl yürütme sürecinde, karşılaştırılan nesneler arasında birçok benzerlikler olduğu gibi, bu nesneleri birbirinden ayıran birçok farklılıklar da vardır. Bu süreçte, zikredilen benzerlikler ve farklılıklar değerlendirilir. Esas mesele, karşılaştırılan öğeler arasındaki benzerlikler ve farklılıkların “uygun” noktalarda benzer ya da farklı olmasıdır. Dolayısıyla “birkaç noktadan” uygun benzerliğe sahip bir kıyasî gerekçe, “birçok noktadan” uygun olmayan benzerliğe dayanan kıyasî gerekçeden daha üstündür.

Hukukta uygulanan kıyas yönteminde uygun benzerliğin tespit edilmesinde temel alınan şey, “hükmün amacına göre uygun bir benzerliğin” bulunmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, uygun benzerliğin tespit edilmesinde “amaca” göre bir benzerliğin bulunmaya çalışılmasıdır. Zira kıyas yönteminde aslında çoğu zaman aranan şey, amaçsal açıdan bir benzerliktir. Nitekim günlük hayatta, bilimsel çalışmalarda vb. alanlarda yapılan kıyasta da bu durum, açık bir şekilde görülmektedir. Örneğin kuş kanatının, böcek kanatına mı yoksa insan koluna mı daha çok benzediği sorulduğunda verilecek cevabın böcek kanatı olarak yanıtlanması makul görülmektedir. Zira insan zihni bir şeyleri kıyaslarken genellikle amaçsal açıdan bir

karşılaştırma yapmaktadır. Bu sebeple kanaatimizce hukukta uygulanan kıyasta aranması gereken benzerlik herhangi bir benzerlik olmayıp, “asl”da yer alan hükmün amacına göre bir benzerliktir.

Common Law Sisteminde kıyas yönteminin uygulaması iki farklı şekilde gündeme gelmektedir. Kıyas yönteminin Common Law Sisteminde esas uygulaması Vakıa Hukuku alanındadır. Mevzuat Hukukunda da ise kıyasın aşağıda belirtileceği üzere Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde olduğu gibi istisnai bir kullanımı vardır.

Vakıa Hukukunda kıyas, merkezi bir konumda yer alır. Zira bu sistemde akıl yürütme, olay (emsal karar) odaklı işlemektedir. Nitekim bu alana “Vakıa Hukuku (Case Law)” denilmesinin sebebi de budur. Kısaca açıklamak gerekirse bu alanda kıyas yönteminin işleyişi şu şekildedir: Öncelikle elimizdeki olay hakkında, doğrudan uygulayabileceğimiz bir emsal kararın olmaması gerekir. Bu ön koşul sağlandıktan sonra eldeki ihtilaflı olayın çözümü açısından benzer nitelikli emsal kararlar tespit edilir. Sonrasında ise eldeki olayın olguları ile emsal kararlardaki olgular, uygun benzerlik temelinde incelenerek karşılaştırılır. Yargıç bu işlemler sonrasında eldeki ihtilaflı olay açısından en uygun bulduğu emsal kararın hükmünü, olaya uygulayarak kıyas işlemini tamamlar. Burada dikkat edilmesi gereken şey, yargıcın benzer bulduğu emsal kararlardaki olguları uygun benzerlikler bakımından incelerken, emsal kararın gerekçesini (ratio decidendi’yi) esas alması gerektiğidir. Bu hususa dikkat edilmediği takdirde yapılan kıyasla elde edilen hükmün geçerliliği tartışmalı hale gelir. Yargıcın benzer görmesi nedeniyle seçtiği emsal kararlardan birini seçip diğerlerini ayırmasında iki adet işlem gerçekleşmektedir. Yargıcın uygun benzerlik bulduğu emsal kararı seçip olaya uygulamasına, emsal karara uyma işlemi; diğer emsal kararlara uymayarak ayırmasına ise emsal kararı tefrik etme işlemi denilmektedir.

Vakıa Hukukunda kıyas yöntemi sadece emsal kararın eldeki ihtilaflı olaya uygulanması şeklinde cereyan etmemektedir. Emsal kararın gerekçesinin (ratio decidendi’nin) tespit edilmesinde, emsal kararlardan ilke elde etmede, emsal kararlar arasında çatışma olması durumunda da kıyasın uygulanmasını bu sistemde görmek mümkündür.

Common Law'un diğ er bir alanı olan Mevzuat Hukukunda ise yukarıda belirttiğ imiz üzere kıyas, istisnai olarak kullanılmaktadır. Zira bu alanda meselelerin çözümünde esas olarak tümdengelim yöntemi kullanılmaktadır. Mevzuat Hukukunda kıyas yönteminin uygulanması, hakkında düzenleme (hukuk kuralı) olmayan bir meseleye, çözümü açısından uygun benzerlik taşıyan yasal bir hükmün uygulanması ile gerçekleşmektedir. Söz konusu uygulama Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki genel kıyas uygulaması ile aynıdır.

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyasın uygulanması istisnai niteliktedir. Zira bu sistemde meselelerin çözümü, temelde hukuk kurallarına göre olmaktadır. Ancak hukuk kurallarının her zaman meselelerin çözümünde kuşatıcı bir nitelikte olması mümkün değildir. Zira insanların kendilerini ifade edebilme kabiliyetlerinin yetersizliğı (dil n sınırlılığı) ve kanunu düzenlerken yeterli özenin gösterilememesi, toplumun dinamik yapısı ve teknolojik gelişmeler, hukuk kurallarının olası bütün meseleleri kapsamayacağını göstermektedir. Bu sebeple hukuki bir uyuşmazlığın çözümünde hukuk kurallarının yetersiz kaldığı durumlarda tümdengelim yönteminden başka akıl yürütme yöntemlerine başvurmak gerekebilir. Bu akıl yürütme yöntemlerinin başında ise kıyas yöntemi gelmektedir. Bilindiğı gibi kıyasta tikelden tikele bir işleyiş söz konusudur. Bu hukuk sisteminde kıyas yönteminin kullanımında karşılaştırılan tikel ögeler ise hakkında düzenleme bulunmayan olay ile uygun benzerlik olduğı düşünülen kanundaki tipik olaydır.

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyasın uygulanmasının temelde iki farklı kullanımı vardır. Birinci uygulamasında kıyas yöntemi açık yasa boşluğunu doldurmak için bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu kullanım, kıyasın Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki olağan kullanımını gösterir. İkinci kullanım ise olağan kullanımdaki açık yasa boşluğunu doldurma işleminden farklı olarak bir amaca hizmet etmektedir. Bu sebeple bu çeşit bir kullanıma Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin istisnai kullanımı adı verilmiştir.

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyas yönteminin olağan kullanımı özetle ş  şekilde olmaktadır: Öncelikle eldeki ihtilaflı olay hakkında bir hukuki düzenlemenin olmadığı tespit edilir. Böyle bir olayın tespit edilmesi, kanunda açık boşluğun varlığını

göstermektedir. Yani kıyasın bu sistemde olağan kullanımı açısından ilk şart kanunda açık bir boşluğun var olmasıdır.

Yasada ihtilaflı olay hakkında bir açık boşluğun bulunmasından sonra anayasal bir sınırlandırma olup olmadığına bakılmalıdır. Zira kıyas yönteminin uygulanabilmesi için, kıyasla elde edilen hükmün, anayasaya aykırı olmaması gerekir. Söz konusu sınırlandırma böyle bir ihlalin olup olmadığının araştırılmasını göstermektedir.

Açık boşluğun tespit edilip, anayasal bir sınırlandırmanın da olmadığı anlaşıldığında artık kıyasın son aşamasına geçilmektedir. Bu aşamada yapılan işlem, eldeki olay ile belirlenen kanun hükmü arasında “uygun bir benzerliğin” tespit edilip, hükmün olaya uygulanmasıdır.

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde kıyasın istisnai kullanımı çeşitli şekillerde olabilir. Bu kullanımlar; emsal kararlarda, kural içi boşluğun doldurulmasında, hükmün anlamının tespitinde, birbirine benzer hukuk kurallarının anlamlarının berraklaştırılmasında, karşılaştırmalı hukuktan faydalanılması alanlarında kendini göstermektedir.

Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde yargıcın kıyas yöntemine başvurarak elde ettiği hüküm, kural olarak bağlayıcı bir nitelikte olmayıp, “*oluş halinde olan hukuk*”⁹⁸⁰ niteliğini taşımaktadır. Kıyas yöntemi, yasada yer alan açık bir boşluğun doldurulmasında kullanılması sebebiyle bir hukuk yaratma işlemi olarak görülebilir. Ancak kıyas yöntemi ile tamamen yeni bir hüküm yaratılmayıp, sadece belirlenen hükmün alanı genişletildiği için kıyas işlemini “tamamlayıcı hukuk yaratma”⁹⁸¹ olarak görmek mümkündür. Nitekim bu boşluğun doldurulması sırasında yine başka bir hukuk kuralının esas alınması nedeniyle aslında kıyası, bir yorum olarak da görmek mümkündür. Dolayısıyla kıyas yönteminin, hukuk yaratma ve yorum arasında bir konumda yer aldığını söyleyebiliriz. Ayrıca yöntem, temelde bir kanuni hükme dayanarak yapılması nedeniyle kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık teşkil etmemektedir. Nitekim kanun koyucu birçok yerde bizzat kendisi, bu yöntemin

⁹⁸⁰ Edis, s. 153.

⁹⁸¹ Furtun, s. 43.

kullanılmasını yargıca ödev olarak yüklemektedir. Bu sebeple kurallarına göre yapılan bir kıyası, yasama işlevinin gaspı olarak değerlendirmek güçtür.

İslam Hukukunda kıyas yöntemi, Common Law Sisteminde olduğu gibi merkezi bir konumda yer alır. Öyle ki kıyas, İslam Hukukunda dört esas kaynaktan birisini teşkil eder. Kıyas yönteminin, bu hukuk sisteminde metodolojik olarak kurumsallaşmış bir uygulaması vardır. Ancak her bir mezhebin ve müçtehitin kıyasa olan bakış açısı farklıdır. Bu farklılık daha çok talil meselesinde ortaya çıkmaktadır. Talil, illetin belirlenmesi işlemine denir. Aslında diğer hukuk sistemlerinde de meselenin en önemli noktası burasıdır. Dolayısıyla kıyasın en can alıcı noktası, benzerlik kurulması sırasında uygun benzerliğin tespit edilirken hangi noktanın referans alınacağıdır. Kıyası uygulayacak olan kişi, uygun benzerliğin tespit edilmesinde yukarıda da belirttiğimiz gibi kanaatimizce amaçsal açıdan bir benzerliği dikkate alacaktır. Ancak amaçsal açıdan bir benzerlik kurulsa dahi, kıyasın uygulanmasında çekincelere neden olan keyfiliğin önüne geçilmesi zordur. Hatta keyfi uygulamalara neden olabileceği sebebiyle İslam Hukukunda bazı alimler kıyasın uygulanmasını caiz görmemişlerdir. Ancak söz konusu sakıncaları gidermek için İslam Hukukçuları kıyasın belirli şartlarda yapılması gerektiğini sistematik bir şekilde açıklamışlardır. Nitekim İmam Şafii, kıyası uygulayacak olan kişinin ne gibi özellikler taşıması gerektiğini de ayrıca belirtmiştir. İslam Hukukunda kıyasın uygulanmasında her bir unsur açısından birçok şart vardır. Bu şartlardan en önemlileri ise illet hakkında olan şartlardır.

Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi kıyasın en önemli aşaması, illetin belirlenmesidir. İlet unsurunda aranan en önemli şartlar, illetin zahir, mazbut ve münasip olmasıdır. İlet zahir olması, “asl”da yer alan hükmün herkes tarafından açık bir şekilde anlaşılabilir olmasını göstermektedir. İlet mazbut olması, illet olarak belirlenen şeyin, kişiye, hale ve yere göre değişiklik göstermemesini ifade eder. İlet münasip olması ise, hükümde gözetilen amacı gerçekleştirebilir nitelikte olması anlamına gelmektedir. Bu durum, hükmün konulmasında bir yararın gözetilmesi ya da zararın giderilmesi şeklinde bir amaca hizmet etmesini gösterir.

İslam Hukukunda kıyasın uygulanmasında dikkat edilmesi gereken şeylerden biri de illet ile hikmetin ayırt edilmesidir. Bununla alakalı genel bir kaide olarak şu kural geliştirilmiştir: *“İlleti varsa hüküm de vardır, hikmete aykırı olsa bile; illeti yoksa hüküm de ortadan kalkar, hikmeti mevcut olsa bile”*⁹⁸².

İslam Hukukunda uygulanan kıyasta, her bir unsur açısından sistematik bir şekilde şartların belirlenmiş olması, bu hukuk sisteminde kıyas yönteminin ne kadar gelişmiş olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla kıyasın istisnai olarak kullanıldığı ve bu konuda ne gibi hususlara dikkat edileceği tam olarak belirlenmemiş olan hukuk sistemlerinde, kıyasın sistemleşmiş bir şekilde kullanıldığı İslam Hukukundan metodolojik olarak faydanılması kanaatimizce mümkündür. Nitekim bazı günümüz hukukçuları, kıyasın unsurları ve bu unsurların şartlarını İslam Hukukundaki bahsettiğimiz metodolojisinden faydalanarak açıklamaktadırlar.

Kıyas yönteminin, her bir hukuk sisteminde kullanılabilme derece ve şartları farklıdır. Ancak bazı hukuk sistemlerinde istisnai olarak kullanılsa da her hukuk sistemi açısından kullanılmasının kaçınılmaz olduğu da açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Kıyas yöntemi, benzerliğe dayalı bir gerekçelendirme (argumentum a simili)’dir. Bu yöntemin kullanılması sırasında hukukçular arasında en yoğun tartışmalar, karşılaştırılan olaylar arasındaki benzerliğin derece ve önemi konusunda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de hangi derece ve hangi noktalardaki benzerliğin kıyas için gerekli olacağı, en önemli meseledir. Kanaatimizce benzerliğin tespit edilmesinde temel alınması gereken şey, herhangi bir benzerlik olmayıp kıyaslanacak olan kuralın ya da emsal kararın hükmündeki amaca göre uygun bir benzerliktir.

⁹⁸² Şaban, s. 197; Koçak/ Dalgın/ Şahin, s. 116.

KAYNAKÇA

- AARNİÖ, Aulis, “Statutory Interpretation in Finland”, *Interpreting Statutes a Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, pp. 123-170.
- ABDULAZİZÖĞLU, Zekeriya, *Hanefi Doktrinde İbadet ve Ceza Konularında Kıyas Yönteminin Kullanılışı (Bedaiu’s-Sanai ‘ Çerçevesinde)*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2010.
- ACAR, Muhammet Ali, *İbn Hazm’in Hanefilere Yönelik Kıyas Eleştirisi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimler Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Sakarya 2018.
- AKBULUT, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınları, Ankara 2015.
- AKINTÜRK, Turgut, *Aile Hukuku*, 4. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:499, Ankara 1996.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, *Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, C. 1, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- AKTAŞ, Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, *EÜHFD*, C. XIV, S. 1–2, Erzincan 2010, ss. 1-28. (Boşluk)
- AKTAŞ, Sururi, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2011, (Eleştirel)
- AKTAŞ, Sururi, *Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Liberte Yayınları, Ankara 2018, (Hayek)
- AKYEL, Abdulhakim, *Ebû İshâk El-Şirâzî’nin Kıyas Anlayışı*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Mardin Artuklu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Mardin 2019.

- ALATLI, Alev, *Ben Böyle Düşünüyorum Demekle Olmuyor*, Everest Yayınları, 1. Basım, İstanbul 2018.
- ALEXANDER, Larry/SHERWIN, Emily, “Judges as Rule Make”, *Common Law Theory*, (Edited by Douglas E. Edlin), Cambridge University Press, New York 2008, pp. 2-27, (Judges).
- ALEXANDER, Larry/SHERWIN, Emily, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press 2008.
- ALEXY, Robert/Dreier Ralph, “Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany: Statutory Interpretation in The United Kingdom”, *Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, pp. 73-223.
- ALEXY, Robert, *A Theory Of Legal Argumentation The Theory Of Rational Discourse As Theory of Legal Justification*, (Translated By Ruth Adler And Neil MacCormick), Oxford University Press, Newyork 2011.
- ARAL, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- ARİSTOTELES, *Organon III Birinci Analitikler*, (Çev: Ragıp Atademir) Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1996.
- ARİSTOTELES, *Organon V Topikler*, (Çev: Ragıp Atademir) Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1996.
- ARİSTOTELES, *Poetika*, (Çev: İsmail Tunalı) Remzi Kitabevi, İstanbul 1993, (Poetika).
- ARSLAN, Fazlı, *İslam Ceza Hukukunda Suç ve Cezalarda Kıyas*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Bölümü İslam Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 1998.
- ATALAY, Ahmet Haluk, “Bir Hukuk Mantığı Var Mıdır?”, *Hukuk Kuramı*, C. 2, S. 6, 2015, ss. 22-40.
- AYDIN, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Basım, 4. Baskı, İstanbul 2005.

- BAKTI, Ahmet Selman, “Kıyasın Meşrûyetinde Beşer Olmanın Rolü ve Kıyas Karşıtı Bir Zihniyetin Analizi”, *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 32, Sakarya 2015, ss 1-23.
- BANKOWSKI, Zenon/MACCORMICK, D. Neil, “Statutory Interpretation in The United Kingdom”, *Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, pp. 9-28.
- BAYTAZ, Abdullah Batuhan, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No:14, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- BİRTEK, Fatih, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2016.
- BOZKURT, Mustafa, *Klasik Mantıkta ve İslâm Hukuk Metodolojisinde Kıyas*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Adana 2019.
- BURTON, Steven J., *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Little Brown and Company, Toronto 1985.
- BUTUR, Ali, *Cessas ve Kâdı Abdulcebbar’ın Kıyas Anlayışlarının Karşılaştırılması*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2019.
- CANALE, Damiano/TUZET, Giovanni, *Analogical reasoning and Extensive Interpretation, Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, (Edited By Hendrik Kaptein, Bastiaan Van Der Velden), Amsterdam University Press, Amsterdam 2018, pp, 65-87.
- CANDAN, Abdurrahman, *İslam Hukukunda İllet Tespit Yöntemleri (Ta’lil)*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Konya 2005.

- CANOĞLU, Veysel Candan, “Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat”, *TBB Dergisi*, (138), Ankara 2018, ss: 231-272.
- CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.
- CREWS-ANDERSON, Timothy A., *Critical Thinking and Informal Logic*, Humanities-Ebooks, Tirril 2007.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1971.
- ÇALDAK, Hüseyin, “İlk Devir İslâm Dünyasında Akıl Yürütmelerin Mantık Açısından Değerlendirilmesi”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 22, Kütahya 2008.
- ÇAPAK, İbrahim, *Gazali'nin Mantık Anlayışı*, Elis Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2011.
- DAINOW, Joseph, “The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison”, *The American Journal of Comparative Law*, Oxford University Press, Vol. 15, No. 3 (1966 - 1967), pp. 419- 435.
- DAVUTOĞLU, Kemal, *İbadetlerde Kıyas*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Isparta 2019.
- DEMİR, Abdullah, *Hukuk Metodolojisi*, Astana Yayınları, Ankara 2016.
- DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- DİNÇ, Uğur, *Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum Michael S. Moore'un Kuramı*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014.
- DOUVEN, Igor, “Abduction”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2011 Edition), Ed: Edward N. Zalta, <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/abduction> (E.T: 20.05.2019).

- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I*, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- DUMAN, Soner, “Modern Hukukta “Kıyas – Yorum İlişkisi”nin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Hikmet Yurdu, C. 3, S. 5, Malatya 2010, ss. 271-291, (Modern).
- DUMAN, Soner, *Şâfiî'nin Kıyas Anlayışı* (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2007, (Şafii).
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 12. Baskı, İstanbul 2016.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Boston 1977.
- EBU ZEHRA, Muhammed, *İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü*, (Çev: Abdulkadir Şener), Fecr Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2017.
- ECO, Umberto, *Yorum ve Aşırı Yorum*, (Çev: Kemal Atakay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2017.
- EDİS, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 3. Baskı, Ankara 1987.
- EL- GAZZALİ, Ebu Hamid, *Esasü'l-Kıyas Fıkhi Kıyasın Esası: Tevkif*, (Çev: Bayram Pehlivan), Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 1. Baskı, İstanbul 2019.
- EMİROĞLU, İbrahim, *Klasik Mantığa Giriş*, Elis Yayınları, Ankara 2017.
- EROĞLU, Gültekin, *Akıl Yürütme Formlarının Mantık ve Bilimlerde Yeri ve Değeri*, Hikmet Yurdu, C. 5, S. 10, Malatya 2012, ss. 183 – 196.
- EROĞUL, Cem, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2014.
- EŞ-ŞAFİİ, Muhammed b. İdris, *Er-Risale (İslam Hukukunun Kaynakları)*, (Çev: Abdulkadir Şener- İbrahim Çalışkan), Türk Diyanet Vakfı Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2018.

- FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri, *Metodoloji*, Birinci Cilt, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1945.
- FURTUN, İdris Hakan, *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma- Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- GEDİK, Fırat/KOÇ, Emel, “Hüküm Kurma ve İçtihat”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67, S. 2, 2009, ss. 157-163.
- GEDİK, Ömer, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2013.
- GOLDING, Martin, “Argument By Analogy in The Law”, *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse*, (Edited By Hendrik Kaptein, Bastiaan Van Der Velden), Amsterdam University Press, Amsterdam 2018, pp 123-135.
- GOODHART, Arthur L., “Determining The Ratio Decidendi of Case”, *Yale Law Journal* 40 (2), pp. 161- 183.
- GOVIER, Trudy, *A Practical Study of Argument*, Wadsworth 2013.
- GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Basım, 13. Baskı, Bursa 2016, (Hukuka Giriş).
- GÖZLER, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A Yayıncılık Ankara 1998, (Genel Teorisi).
- GÜLEÇ, Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- GÜRALP, Ayşe Gülin, *Anglo- Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemleri’ndeki Reform Çakışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- HACKNEY, Amy, *Blackwell Essential Law Dictionary*, Sphinx Publishing, Illinois 2008.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Us-A Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2015.
- HAGE, Jaap, *Studies in Legal Logic*, Springer, Dordrecht, The Netherlands 2005.
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınları, 17. Baskı, Ankara 2014.
- HAMES, Joanne Banker/EKERN Yvonne, *School of Law, Introduction to Law*, Fifth Edition, Pearson, Boston 2015.
- HARRIS, Phil, *An Introduction to Law*, Seventh Edition, Cambridge University Press, New York 1980.
- HART, H. L. A., *Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, New York 1994, (Concept of Law).
- HART, H.L.A., “Discretion”, *Harvard Law Review*, 127 (2), Boston 2013, s. 652-665.
- HASAN, Ahmet, *İlk Dönem İslam Hukuk Biliminin Gelişimi*, (Çev: Haluk Songur), Rağbet Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1999.
- HATEMİ, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- HEINRICH, Bernd, *Ceza Hukuku Genel Kısım-I*, (Çev: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe), Adalet Yayınları, Ankara 2014.
- HONORÉ, Tony, *About Law: An Introductio*, Clarendon Press, Oxford 1995.
- HOROVITZ, Joseph, “Ulrich Klug's Legal Logic A Critical Account”, *Logique et Analyse*, Nouvelle Série, Vol. 9, No. 33 1966, pp. 78-144.
- HOROVITZ, Joseph, *Law and Logic A Critical Account of Legal Argument*, Springer-Verlag Wien, New York 1972, (Law and Logic).
- HUNTER, Dan, “Teaching and Using Analogy in Law”, *Ass’n Legal Writing Directors 151*, 2004, pp. 151-168.

- İŞİK, Melik, *Klasik Fıkıh Usûlü Açısından Ceza Hukukunda Kıyasın Geçerliliği*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Kayseri 2005.
- İŞIKTAÇ, Yasemin/METİN Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, İstanbul 2016.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, “Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 62, S. 1-2-3, 1988, ss. 1-5.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 2004, (Hukuk Normunun).
- İBN SİNA/İBN TUFEYL, *Hay bin Yakzan*, (Çev: M. Şerafeddin Yaltkaya/Babanzade Reşid), Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı İstanbul 2018.
- İNÖNÜ, Nazlı, *Yeni Bir Çıkarım Türü: Geriçıkırım*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2006.
- İSPİR, Zeynep, “H.L.A. Hart’ın “Takdir” Metni Üzerine Bir İnceleme”, *İNÜHFD 11 (1)*, Malatya 2020, ss. 228-241.
- JENKS, Edward, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çev: Mukbil Özyörük) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, Ankara 1950, ss. 40-79.
- KALKANKIRAN, Uğur, *İslâm Hukukunda Mezheplerce Benimsenen Kıyâs Çeşitleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimler Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Şanlıurfa 2019.
- KAMER, Vedat, *Feshedilebilir Akılyürütme*, VI. Mantık Çalıştay Kitabı (Yayın Hazırlayanlar Vedat Kamer ve Şafak URAL), Mantık Derneği Yayınları Aralık 2016, ss. 245-354, (Feshedilebilir).

- KAMER, Vedat, *İnformel Mantık Açısından Akılyürütme Kavramı Üzerine Bir Araştırma*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2014, (İnformel).
- KAMER, Vedat, *Yapay Zekâ ve Monoton-olmayan Mantık*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, İstanbul 2009. (Monoton).
- KARACABEY, Ö. Faruk, *Uygulamalı Hukukta Yöntem ve Araştırma*, Ajans- Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara 1976.
- KARAGÖZ, Nail, *Hanefî-Mâturidî Gelenekte Kıyas İçerikli İstidlâl (Hulviyyât Örneği)*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı Kelâm Bilim Dalı, Adana 2014.
- KARATAŞ, Tuba Dilşat, *Teorik Açidan Hakimın Hukuk Yaratması*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan 2019.
- KARAYALÇIN, Yaşar/YONGALIK Aynur, *Hukukda Öğretim- Kaynaklar- Metod Problem Çözme*, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008.
- KARAYALÇIN, Yaşar, *Hukukda Öğretim- Kaynaklar- Metod Problem Çözme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 1994.
- KAYHAN, Fahrettin, “Yargısal İçtihatlırlardan Yararlanma Yöntemi ve Türk Hukuku”, Xvi: *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999, ss. 7-72.
- KEETON, Robert E., “Statutory Analogy, Purpose, and Policy in Legal Reasoning: Live Lobsters and a Tiger Cub in the Park”, *52 Md. L. Rev.*, 1993, pp. 1192-1214.
- KIRCA, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *AÜHFD*, 50, Ankara 2001, ss. 91-119.

- KING, Edward/HAWLEY, Joseph, “İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi”, (Çev: İlhan Lütem) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol: 16, Ankara 1959, ss. 178-233.
- KİŞMİR, Abdulkadir, *Arapçada Kıyas ve Basra İle Kûfe Dil Ekollerindeki Rolü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Tayyip Erdoğan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı, Rize 2018.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- KOÇAK, Muhsin/DALGIN, Nihat/ŞAHİN, Osman, *Fıkıh Usûlü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2013.
- KOSZOWSKI, Maciej, “Analogical Reasoning in Statutory Law”, *Journal of Forensic Research*, Vol. 8, No. 2, pp. 1-10. (Statutory).
- KOSZOWSKI, Maciej, “Scope of Application of Analogical Reasoning in Precedential Law”, *American International Journal of Contemporary Research*, Vol. 7, No. 1, 2017, pp. 1-32. (Scope of).
- KOZALI, Abdurrahim, *(Kıyas) İstihsan ve Doğal Hukuk İlişkisi*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Bursa 2004.
- KÖKÜSARI, İsmail, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- LAMOND, Grant, “Analogical Reasoning in the Common Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 34, No. 3, 2014, pp. 567–588.
- LANGENBUCHER, Katja, “Argument By Analogy in European Law”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 57, No. 3, 1998, pp. 481-521.
- LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft Dritte, neu bearbeitete Auflage*, Springer, Heidelberg 1995.
- LEVI, Edward Hirsch, *An Introduction to Legal Reasoning*, Spring, Chicago 1948.

- MACAGNO, Fabrizio/WALTON, Douglas, “Argument From Analogy in Law, The Classical Tradition, and Recent Theories”, *Philosophy & Rhetoric*, Vol. 42, No. 2, 2009, pp. 154-182.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 2003.
- MARMOR, Andrei, *Interpretation And Legal Theory*, Second Edition, Oxford And Portland, Oregon 2005.
- MARTIN, Jacqueline, *Key Facts The English Legal System*, 4th edition an Hachette, UK Company, London 2002.
- MERİÇ, Cemil, *Işık Doğudan Gelir*, İletişim Yayınları, İstanbul 2005.
- METİN, Sevtap, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 61, S. 1-2, 2003, ss. 35-83.
- MUMCU, Uğur, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”, *AÜFHD*, C. 27, S. 1, Ankara 1970. ss. 37-66.
- OĞUZ, Arzu, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- OĞUZMAN, Kemal/Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 18. Baskı, İstanbul 2012.
- ORĞUN, Fırat, *Fethu’l-Ğaffâr Bi-Şerhi’l-Menâr Adlı Eseri Çerçevesinde İbn Nüceym’in İctihad, Kıyas ve İstihsan Konusundaki Görüşleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bingöl 2018.
- ÖNER, Necati, *Klasik Mantık*, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1986.
- ÖZBUDUN, Ergun, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, *AÜHFD*, C. 25, S. 1-2, Ankara 1968, ss. 59-79.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

- ÖZLEM, Doğan, *Mantık: Klasik/Sembolik Mantık Mantık Felsefesi*, İnkılap Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul 2007.
- ÖZTAN, Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Turhankitabevi, 28. Baskı, Ankara 2008.
- PARRY, Clive, “İngiliz Hukuk Sistemi”, (Çev: Fadıl H. Sur), *AÜHFD*, S. 3, C. 1, Ankara 1944, ss. 442-458.
- PARTINGTON, Martin, *Introduction to The English Legal System*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- PECZENIK, Aleksander/Bergholz Gunnar, “Statutory Interpretation in Sweden”, *Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, pp. 311-358.
- PECZENIK, Aleksander, “Analogia Legis. Analogy From Statutes In Continental Law”, *Logique et Analyse, Nouvelle Serie*, Vol. 14. No. 53/54, Le Raonnement, pp. 329-336, (Continental).
- PECZENIK, Aleksander, *On Law And Reason*, Springer 2008.
- PERELMAN, Chaim, “Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı”, (Çev: Tuğba Ballıgil), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, İstanbul 1987, ss. 701-724.
- PLATO, *In Collected Dialogues of Plato*, ed. E. Hamilton and H. Cairns, Bollingen Foundation, New York 1961.
- POSNER, Richard A., “Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights”, *The University of Chicago Law Review*, Chicago 1992, pp. 433- 450.
- PUCEIRO, Enrique Zuleta-, “Statutory Interpretation in Argentina”, *Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, pp. 29-73.
- RAPP, Christof, "Aristotle's Rhetoric", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL =

<<https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/aristotle-rhetoric/>>. (E.T: 24.08.2019).

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts 1971.

RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Clarendon-Oxford University Press, Oxford 2002.

RIVLIN, Geoffrey, *Understanding The Law*, Oxford University Press, Oxford 2004.

RUSSELL, Bertrand, *Felsefe Sorunları*, (Çev: Vehbi Hacıkadıroğlu), Say Sayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017.

SCHAUER, Frederick, “A Cirtical Guide To Vehicles In The Park”, *New York University Law Review*, Vol. 83, 2008, pp. 1109-1134.

SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Law Series, Oxford 2002. (Playing).

SCHWARZ, Andreas B, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (Çev: Bülent Davran), C. 3-4, S. 11, İstanbul 1945, ss. 180-202.

SCHWARZ, Andreas B, “İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 3, İstanbul 1937, ss. 215-236.

SEROZAN, Rona, “Hukukta Yöntem”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Dergisi*, S. 8 (Özel Sayı), İzmir 2013, ss. 2423-2441.

SEROZAN, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

SEROZAN, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

SHAW, Geoffrey C, “H.L.A. Hart’s Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *Harvard Law Review*, 127 (2), 2013, pp. 666-727.

SHERWIN, Emily, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, no. 4, Chicago 1999, ss. 1179-1197.

- SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- SÖZER, Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim Yorum Yöntemleri Hukuk Oluşturma Yöntemleri (Yargıç Hukuku)*, 6. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013.
- SUMMERS, Robert S./TARUFFO, Michele, “Interpretation and Comparative Analysis”, *Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, pp. 461- 510.
- SUNAY, Reyhan, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001.
- SUNSTEIN, Cass R., “Commentary On Analogical Reasoning”, *Harvard Law Review*, Vol. 106, No. 3, 1993, pp. 741-791
- SUUBERG, Alessandra, “Buck v. Bell, American Eugenics, and the Bad Man Test: Putting Limits on Newgenics in the 21st Century”, *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol, 38, No. 1, 2020, pp. 115-134
- ŞABAN, Zekiyüddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulü'l-Fıkh)*, (Çev: İbrahim Kafi Dönmez), Diyanet İşleri Vakfı Yayınları: 45 İlmi Eserler Serisi 1, Ankara 2019.
- TAYLAN, Necip, *Ana Hatlarıyla Mantık*, Ensar Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2016.
- “THE USE OF ANALOGY IN CRIMINAL LAW”, *Columbia Law Review*, Vol. 47, No. 4, 32 Entscheidungen in Strafsachen 165 (1899), 1947, pp. 613–629.
- TOPÇU, Nurettin, *Mantık*, Dergah Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2017.
- TORRE, Massimo La/PATTARO, Enrico/TARUFFO, Michele, “Statutory Interpretation in Italy Statutory Interpretation in The United Kingdom”, *Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, pp. 213-257.
- TROPER, Michel, “Statutory Interpretation in France”, *Statutory Interpretation in The United Kingdom: Interpreting Statutes A Comparative Study*, (Ed: D. Neil

- MacCormick and Robert S. Summers), Ashgate Publishing, New York 1991, pp. 171-213.
- TÜRK DİL KURUMU, *Türkçe Sözlük*, 11. Baskının Tıpkıbasımı, Ankara 2019.
- UZUN, Ertuğrul, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*, Nora Kitap, İstanbul 2016.
- WALKER, Anders, “Bramble Bush Revisited: Llewellyn, The Great Depression and the First Law School Crisis, 1929-1939”, *Journal of Legal Education*, Vol. 64, No, Association of American Law Schools, 2014, pp. 145-180.
- WALTON, Douglas, *Informal Logic*, 2nd Edition, Cambridge University Press, New York 2008.
- WESTON, Antony, *A rulebook for Arguments*, Third Edition, Hackett, Indianapolis, Cambridge 2000.
- WHITE, Jefferson, “Analogical Reasoning”, *A Companion to Philosophy and Legal Theory*, (Edited by Dennis Patterson), Wiley Blackwell, Malden 1996, pp. 571-577.
- WROBLEWSKI, Jerzy, *The Judicial Application of Law*, (Edited By Zenon Bankowski And Neil MacCormick), Springer, 1992.
- YALABIYIK, Fulya Teomete, *İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanmasında Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- YARAN, Cafer Sadık, *İnformel Mantık*, Rağbet Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2019.
- YAVUZ, Elif, *Türk ve İngiliz Hukukunda ‘Hile’ Kavramına Bakış*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.
- YEĞİN, Abdullah, *Yeni Lügat*, Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul 2013.

- YIKAR, Yasemin, *Eş‘Arî Usûlünün Oluşum Sürecinde Kıyas*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2018.
- ZAFER, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler m. 1-75*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- ZANDER, Michel, *The Law-Making Process*, 6. Baskı, Cambridge University Press, New York 2004.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, *Zevkliler Medeni Hukuk*, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2000.

YARARLANILAN MAHKEME KARARLARI

Adam v. New Jersey Steamboat Co., 151 N.Y. 163, 45 N.E. 369.

BverfGE 12, 205, at p. 260, 61, 1, at p.8, 85, 23, at p. 31.

BverfGE 12, 205.

BverfGE 61, 1, at p. 8.

BverfGE 85, 23, at p. 31.

Grant v Australian Knitting Mills [1936] AC 85.

Karar No: 36845/2008

YCGK'nun 25.10.1976 Tarih, 1976/6-433 Esas ve 1976/444 Karar No'lu Kararı,
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (E.T: 04.04.2020).

YCGK'nun 25.10.1976 Tarih, 1976/6-433 Esas ve 1976/444 Karar No'lu Kararı,
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (E.T: 04.04.2020).

McBoyle v. United States, 283 U.S. 25 (1931)
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/> (E.T: 07.02.2019).