



İZMİR
KÂTİP ÇELEBİ
ÜNİVERSİTESİ

T.C.

İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

HANEFÎLERDE SENEDİ ÖRF OLAN İSTİHSÂN

Yüksek Lisans Tezi

İbrahim DEMİRCAN

İZMİR-2019

T.C.
İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

HANEFÎLERDE SENEDİ ÖRF OLAN İSTİHSÂN

Yüksek Lisans

İbrahim DEMİRCAN

DANIŞMAN: DOÇ. DR. MEHMET DİRİK

İZMİR-2019



YEMİN METNİ

~~Doktora tezi~~/Yüksek Lisans Tezi/Projesi olarak sunduğum “*Hanefilerde Senedi Örf Olan İstihsân*” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

...../...../2019

İbrahim DEMİRCAN

İmza

 TS EN ISO 9001:2015	T.C. İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü	
	TEZ SINAVI TUTANAK FORMU	Dok. No: FR/604/21 İlk Yayın Tar.: 03.10.2017 Rev. No/Tar.: 00/.. Sayfa 1 / 1

GÖNDEREN : Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Başkanlığı
GÖNDERİLEN : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Anabilim Dalımız Yüksek Lisans Programı öğrencisi İbrahim DEMİRCAN ile ilgili Tez Sınav Tutanağı aşağıdadır.

Tarih:
Sayı :

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Başkanı V.

Doç. Dr. Mehmet DİRİK
İmza

SINAV TUTANAĞI

Tez Sınav Jürimiz tarafından incelenen “*Hanfîlerde Senedi Örf Olan İstihsân*” başlıklı tezli yüksek lisans tezi ile ilgili olarak jürimiz 14.03.2019 tarihinde toplanmış ve adı geçen öğrenciyi Tez Sınavına tabi tutmuştur. Sınav sonucunda adayın tezi hakkında OYBİRLİĞİ ile aşağıdaki karar verilmiştir.




KABUL

Kabul Edilen Tezli Yüksek Lisans tezi:

- i) Bilime yenilik getirmiştir
- ii) Yeni bir bilimsel yöntem geliştirmiştir
- iii) Bilinen bir yöntemi yeni bir alana uygulamıştır
- iv) Uygulama yapmıştır (sadece Yüksek Lisans'ta geçerlidir)

RED

DÜZELTME *

Tez Sınav Jürisi	Unvanı ve Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı	Doç. Dr. Mehmet DİRİK	
Üye	Doç. Dr. Ahmet AYDIN	
Üye	Dr. Öğr. Üyesi Temel KACIR	
Üye		
Üye		

Eki : Tez Değerlendirme Formu (Her bir jüri için).

* Tez sınavında düzeltme kararı verilmesi halinde jüri tarafından öngörülen düzeltmelere ilişkin bir jüri raporu eklenmelidir. Düzeltmeler için Ek süre her defasında en fazla yüksek lisans öğrencileri için 3 ay, doktora öğrencileri için 6 aydır.

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Hanefilerde Senedi Örf Olan İstihsân

İbrahim DEMİRCAN

İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı

Bu araştırma, Hanefilerle özdeşleşen istihsân metoduna gerekçe olan nass, icmâ, kıyas, zaruret, örf, maslahat vb. konulara değinmektedir. Konu bununla birlikte senedi örf olan istihsânlar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için istihsân ile alakalı olan kıyas ve örf kavramları da ayrıca örneklerle açıklanmıştır.

Çalışma; giriş, iki bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. Giriş kısmında araştırmanın konusu, yöntemi ve araştırma nedenine değinilmekte, birinci bölümde ise istihsân ve kıyas hakkında genel bilgiler, istihsânın terimleşme süreci, istihsânı kabul ve reddedenlerin görüşleri ele alınmaktadır.

İkinci bölüm, tezin ana bölümünü oluşturmaktadır. Bu bölümde istihsânın senedini oluşturan örf hakkında genel bilgiler verilmekte daha sonra senedi örf olan istihsân örnekleri, konularına göre tasnif edilerek sunulmaktadır. Sonuç kısmında ise, tezde işlenen konunun bir değerlendirmesi yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: İstihsân, Örf, Kıyas, Senet, Maslahat,

ABSTRACT

Ph. Majester Program Thesis

İstihsan Wich It's Sanad İs Urf İn The Hanafis

İbrahim DEMİRCAN

İzmir Kâtip Çelebi University

Graduate School of Social Sciencec

Department of Temel İslâm Bilimleri Program

This research addresses issues such as nass, ijma, Qıyas, obligation, urf, maslaha which justificate of Istihsan methodology which identificate with the Hanafis. The subject, however, concentrates on Istihsans that it's sanad is urf. In order to understand the subject better, the concepts of Qıyas and Urf related to the Istihsan are also explained with examples.

Work; It consists of two sections and a conclusion. In the introduction, the subject of the study, the method and the reason for the research are mentioned. In the first section, general information about Istihsan and Qıyas, conceptualisation process of the Istihsan and the views of those who accept and reject the Istihsan are discussed.

The second part is the main part of the thesis. In this section, general information about the Urf forming the sanad of the Istihsan is given and then the examples of Istihsan are classified according to their subjects and offered that their sanad is Urf. The conclusion part is including an evaluation of the subject that is presented in the thesis.

Key Words: Istihsan, Qıyas, Urf, Sanad, Maslaha.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	IX
ÖNSÖZ.....	X
GİRİŞ	1
1. ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ	1
2. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ.....	2
3. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI	3

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUK USÛLÜNDE İSTİHSÂN'IN MAHİYET VE KONUMU

1. İstihsân'ın Sözlük ve İstılahi Anlamı	8
2. İstihsân Teriminin İlk Kullanımları	9
3. İstihsânın Terimleşme Süreci	10
4. İstihsânın Kaynak Değeri	13
5. İstihsâmı Kabul Edenlerin Delilleri	13
5.1. Kitap'tan Delilleri.....	13
5.2. Sünnet'ten Delilleri.....	14
5.3. İcmâ'dan Delilleri.....	14
6. İstihsâmı Reddedenlerin Delilleri.....	15
7. İstihsâna Başvurma Sebepleri	16
7.1. Zorluğun Kaldırılması, Kolaylığın Sağlanması Sebebi İle İstihsân.....	16
7.2. Şüphe Sebebiyle İstihsân.....	18
7.3. Delalet Sebebiyle İstihsân	18

7. 4. Daha Kuvvetli Bir Delilin Bulunması Sebebiyle İstihsân	19
7. 5. Kıyasın Olumsuz Sonuçlara Yol Açması Sebebiyle İstihsân	20
8. Kıyas Hakkında Genel Bilgiler	20
8. 1. Kıyasın Sözlük Ve İstılâhi Anlamı	21
8. 2. Kıyasın Rükünleri	22
8. 3. Kıyasın Hüccet Olmasının Delilleri	23
8. 3. 1. Kıyasın Hüccet Olduğunun Kitap'tan Delili	24
8. 3. 2. Kıyasın Hüccet Olduğunun Sünnet'ten Delili	24
8. 3. 3. Kıyasın Hüccet Olduğunun İcmâ'dan Delili	25
8. 3. 4. Kıyasın Hüccet Olduğunun Akli Delili	25
9. Kıyas İstihsân İlişkisi	26
10. İstihsân Çeşitleri	27
10. 1. Nass Sebebiyle İstihsân	28
10. 1. 1. Kitap İle İstihsân	29
10. 1. 2. Sünnet İle İstihsân	29
10.1.2.1. Takriri Sünnet İle İstihsân	29
10. 1. 2. 2. Kavli Sünnet İle İstihsân	30
10.1. 2. 3. Fiili Sünnet İle İstihsân	30
10. 1. 3. Eser Sebebiyle İstihsân	30
10. 2. İcmâ Sebebiyle İstihsân	31
10. 3. Zaruret Sebebiyle İstihsân	32
10. 4. Kapalı Kıyas Sebebiyle İstihsân	34
10.5. Maslahat Sebebiyle İstihsân	35
10. 6. Örf Sebebiyle İstihsân	36
11. İstihsânın Bazı Kavramlarla İlişkisi	36
11. 1. İstihsânın Mesâlih-İ Mürsele İle Karşılaştırılması	36
11. 2. İstihsânın Kıyas İle Karşılaştırılması	37

İKİNCİ BÖLÜM

HANEFÎ MEZHEBİNDE SENEDİ ÖRF OLAN İSTİHSÂN

1. ÖRF KAVRAMI	38
1. 1. Örfün Lügat Mânası	39
1. 2. Örfün İstılâhi Mânası	39
2. ÖRF ÇEŞİTLERİ	40
2.1. Geçerlilik Açısından Örf	40
2. 1. 1. Sahih Örf	40
2. 1. 2. Fâsid Örf	40
2. 2. Yapısı Bakımından Örf	41
2. 2. 1. Amelî Örf	41
2. 2. 2. Kavli Örf	41
2. 3. Yaygınlık Bakımından Örf	41
2. 3.1. Genel Örf	41
2. 3. 2. Hususi Örf	42
3. Örfün Hücet Değeri	42
3. 1. Örfün Hücet Olduğunun Kur'ân'dan Delilleri	42
3. 2. Örfün Hücet Olduğunun Sünnet'ten Delilleri	43
4. Örfün Geçerli Olması İçin Gerekli Şartlar	45
5. HANEFİLERDE SENEDİ ÖRF OLAN İSTİHSANLAR	47
5. 1. İbadetler Konusunda Yapılan İstihsânlar	47
5. 1. 1. Yemin İle İlgili Örnekler	47
5. 1. 2. Adak İle İlgili Örnek	52
5. 1. 3. Fitre İle İlgili Örnek	52
5. 1.4. Mestlerle İlgili Örnek	53
5. 2. Muâmelât Konusunda Yapılan İstihsânlar	53
5.2.1. Bey' (alış-veriş) Akdi İle İlgili Örnekler.	53
5. 2. 2. İcâre (kiralama) İle İlgili Örnekler	55
5. 2. 3. İstisna (sipariş) Akdi İle İlgili Örnek	57
5. 2. 4. Vakıf İle İlgili Örnek	58

5. 2. 5. Malların Taksimi (miras) İle İlgili Örnek.....	58
5. 2. 6. Kefalet İle İlgili Örnekler.....	59
5. 2. 7. Şirket İle İlgili Örnek	60
5. 2. 8. Vasiyet İle İlgili Örnek.....	60
5. 2. 9. Talâk İle İlgili Örnek.....	60
5.3. Ukûbât Konusunda Yapılan İstihsânlar.....	61
5. 3. 1. Hadd Cezası İle İlgili Örnekler	61

SONUÇ.....	62
KAYNAKÇA.....	65
ÖZGEÇMİŞ.....	69

KISALTMALAR

AÜ: Atatürk Üniversitesi

a.s: Aleyhi's-selâm

bkz: Bakınız

c: Cilt

c.c: Celle Celâlüh

çev: Çeviren

DİA: Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi

DİBY: Diyânet İşleri Başkanlığı Yayınları

h: Hicri

Hz: Hazreti

m: Mîlâdi

MÜİF: Marmara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi

Nşr: Neşr Eden

v: Vefât Târihi

r.a: Radiyallâhu Anh

s: Sayfa

s.a.v: Sallallâhu Aleyhi ve Sellem

ts: Târihsiz

trc: Tercüme Eden

thk: Tahkîk Eden

vb: Ve benzeri

yy: Yüzyıl

ÖNSÖZ

Âlemlerin Rabbi olan Allah'a hamd; sevgili Rasûlüne, O'nun aile ve ashâbı güzînine selam olsun.

İlâhi bir sistem olan İslâm Hukuku'nun asli delilleri Kitap, Sünnet, İcma ve kıyastır. İstihsân ise; mesâlih-i mürsele, istishâb, örf, sahâbi kavli, şer'u men kablênâ, sedd-i zerayi' gibi tâli delillerdendir.

İslam Hukuku kaynaklarına bakıldığında, sahâbi ve tâbiûn dönemlerinde istihsânın hüküm istinbatında kullanıldığı görülmektedir. İstihsan prensibini geliştiren ise Hanefiler (Ebû Hanîfe ve talebeleri Ebû Yusuf ve İmam Muhammed) olmuştur. Hanefilerin geliştirdiği istihsanı, Şâfîiler ve Zâhirîler'in dışında hemen hemen bütün müçtehidlerin bir delil olarak kabul ettikleri görülmektedir. İşte bu çalışmada Hanefilerle özdeşleşen istihsânı ele alacaktır.

Tezimizin konusunun "Hanefilerde senedi örf olan istihsân" olması sebebiyle örfü de ayrıca açıklamak yerinde olacaktır. Tezimiz giriş ve iki bölüm ile sonuç kısmından oluşmaktadır. Bu çalışmamız va'zı cedîd değil keşf-i kadîmdir. Tez konusunun belirlenmesi ve izlenecek yolun tarifi konusunda emeği geçen danışman hocam Doç. Dr. Mehmet Dirik'e, değerli fikirlerini bizimle paylaşan Doç. Dr. Ahmet Aydın ve Prof. Dr. Saffet Köse hocalarıma teşekkürü bir borç bilirim. Gayret bizden Tefvik Allah'tandır.

GİRİŞ

1. ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ

İslâm Hukuku'nun kaynakları genel manada aslî ve fer'î (tâli) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aslî kaynaklar; Kitap, Sünnet, İcmâ ve Kıyas'tır. İslâm hukukçuları bu aslî kaynakların şer'î delil olarak kullanılması konusunda büyük oranda ittifak etmişlerdir. Ancak fakihler, istihsân, mesâlih-i mürsele, istishâb, şer'u men kablenâ, sedd-i zerâyi', sahâbî kavli gibi fer'î kaynakların hem sayısında hem de şer'î delil oluşu konusunda ihtilaf etmişlerdir. Tez konumuzun "Hanefilerde senedi örf olan istihsân" olması sebebiyle, burada istihsân ile ilgili ihtilaftan da bahsedilecektir. Ardından araştırmanın yöntemi ve kaynakları verilir birinci bölüme geçilecektir.

Başta İmam Şâfiî (v. 204/820) olmak üzere Gazzâlî (v. 505/1111) ve diğer Şâfiî hukukçularla, Zâhirîlerden İbn Hazm (v. 456/1064) istihsânın şer'î delil oluşu konusunda Hanefî hukukçulara ağır eleştirilerde bulunmuşlardır. Başta İmam Mâlik (v. 179/795) olmak üzere Mâlikîlerin ise genelde istihsân yanlısı oldukları bilinmektedir. Fıkıh mezhepleri arasında nakli kaynaklara verdikleri öncelikle bilinen¹ Hanbelîler ise maslahat ve istishâb esaslı çözümlerinde istihsânın temsil ettiği düşünceyi kullanmışlardır.

İstihsân karşıtlarının, eleştirilerinin esasını; "din hususunda delilsiz istidlalde bulunmak ve herhangi bir delile dayanmadan sadece nasıl güzel görülüyorsa ona göre hüküm vermektен ibaret olduğu fikri yatmaktadır."² İstihsâna muhalif olanların bu eleştirilerini dikkate alan Hanefî hukukçular, istihsânın anlamını ve kullandıkları manayı açıklama ihtiyacı hissetmişlerdir. Fıkıh kaynaklarında nakledildiğine göre, istihsânın ilk ve en açık tarifini Ebû'l-Hasan el-Kerhî (v. 340/952) yapmıştır: "Bir meselede daha kuvvetli bir delil sebebiyle o meselenin benzerlerine verilen

¹ **İbn Kudâme**, Ebu Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed, *Ravdatü'n-Nâzir ve Cennet'ül-Menâzir fi Usûl'il-Fıkh*, Beyrut, s. 85.

² **Şâfiî**, Muhammed b. İdris el- Mutallibi, *er-Risale* (tahkik ve şerh: Ahmet Muhammed Şakir), Kahire, 1979, s. 25.

hükümden vazgeçmektir.”³ Bu manada bir istihsân ise hemen hemen bütün hukukçular tarafından kabul edilmiş ve farklı isimler altında da olsa kullanılmıştır.

Dolayısıyla bu konuda ihtilaf özde değil sözde (kavli)dir denebilir. İstihsânın genel nitelikli kaidelerden, adâlet ve hakkaniyet temelinde ve def’i mefâsid celbi menâfi ilkesi ışığında yapılan istisnalar olarak değerlendirilmesi, bu anlamda kullanılmasının meşruluğu konusunda İslâm hukukçuları birleşmektedir.

Çalışma konumuzu “Hanefilerde senedi örf olan istihsân” olarak belirlememizin amacı, istihsân delilinin birçok alt prensipleri barındırıyor olmasıdır. Biz bu çalışmamızda istihsânın alt prensiplerinden biri olan örfü ve örfün istihsânen verilen hükümlere etkisini ele alıp değerlendireceğiz. Değişen örf ile birlikte insanların ihtiyaçlarının karşılanmasına bağlı olarak bazı hükümlerinde değişebileceğini göstermek, böylece İslâm Hukuku’nun statik değil dinamik ve evrensel bir yapıya sahip olduğunu ortaya koymak ve Hanefî mezhebinde senedi örf olan istihsân uygulamalarını bir araya toplamak bu çalışmadaki amaçlarımızdandır.

2. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

Çalışmamızda, fıkıh kitaplarının konumuzla ilgili olan örf, adet, kıyas ve istihsân bölümlerini inceleyerek Hanefî, Mâliki, Şafîî, Hanbelî ve kısmen Zeydîler ile Zâhirîlerin konumuza ilişkin görüşlerini belirleyip ele aldık. İncelediğimiz bu mezheplerin konumuzla ilgili aykırı görüşleri, farklı anlayışları ve bu anlayışlarına sebep teşkil eden amilleri ele almaya çalıştık. Ayrıca mezheplerin genel kabul görüşlerine de çalışmamızda yer verdik. Bunu yaparken mezheplerin temel eserleri ile birlikte son dönem eserlerinden de faydalanmaya çalıştık.

Yararlandığımız eserlerin kaynak olarak gösterilmesinde ise şöyle bir yol izledik; dipnotta kaynak eserin ilk olarak geçtiği yerde, yazar ve eserin tam ismini ve eserin basıldığı yer ile varsa yayın evini verdik. Metinde ismi geçen ve eserlerini kaynak olarak verdiğimiz şahısların vefat tarihlerini hicri ve miladi şekliyle vermeye

³ **Serahsî**, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Usûl*, c. II, s. 202; **Buhârî**, Abdulaziz b. Ahmed, *Keşfü’l-esrâr*, Kâhire, ts. c. IV, s. 3. Geniş bilgi için bkz. Bardakoğlu, Ali, “İstihsân”, DİA, XXIII, 340.

özen gösterdik. Kaynakça kısmında ise yararlanılan tüm eserlerin tam ismine yer verildi.

3. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI

Çalışmamızda faydalanılan kaynakları üç kategoride değerlendirebiliriz:

Klasik Fıkıh Kaynakları:

Hanefî Mezhebi: **Cessâs**, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (v. 370/981), *el-Füsul fi'l-Usûl*; **Debûsî**, Ebû Zeyd Abdullah b. Muhammed b. Ömer b. İsa (v. 430/1039), *Tak-vîmü'l- Edille*; **Pezdevî**, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Hüseyin b. Abdülkerim, Fahru'l-İslâm Ebu'l-Usr (v. 482/1089), *Kenzü'l- vusûl ilâ ma'rifeti'l-usûl*; **Serahsî**, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (v.483/1090), *el-Mebcut, Usulü's-Serahsî*; **Kâsânî**, Ebû Bekr Alaaddin Ebû Bekr b. Mes'ud el-Hanefî (v. 587/1191), *Bedâiu's-Sanâi fi tertîbi 'ş-şerâi'*; **Mergînânî**, Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir (v. 593/1197), *el-Hidâye şerhu bidâyeti'l-mübtedî*; **Mevsîlî**, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd (v. 683/1284), *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*; **Buhârî**, Abdülaziz b. Ahmed (v.730/1330), *Keşfü'l-Esrar*, Kâhire, ts., I-IV; **Sadru's-Şerîa**, Ubeydullah b. Mes'ûd (v. 747/1346), *et-Tavzîh şerhu't- Tenkîh*; **İbn Âbidîn**, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulazîz ed-Dîmaşkî (v. 1252/1836), *Neşru'l- arf fi binâi ba'zil- ahkâm ale'l- urf*.

Şafîî Mezhebi: **Şafîî**, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris (v. 204/820), *er-Risâle, el- Ümm*; **Cüveynî**, İmâmü'l-Harameyn (v. 478/1085), *Kitabü't- Telhis fi Usûli'l Fıkıh*; **Gazzâli**, Ebû Hamid Muhammed b. Ahmed (v. 505/1111), *el-Mustasfâ* (trc. Yunus APAYDIN); **Âmidî**, Ebu'l-Hasan Seyfuddîn Ali b. Ebû Ali b. Muhammed (v. 631/1233), *el- İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*.

Hanbelî Mezhebi: **İbn Kayyim el-Cevziyye**, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed (v. 751/1350), *İ'lâmü'l-Muvakkı'in An Rabbi'l-Âlemîn*; **Tûfî**, Necmüddîn Süleyman (v. 716/1316), *Şerhu Muhtasari'r- Ravdâ*.

Zahiri Mezhebi: **İbn Hazm**, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed (v. 456/1064), *el-İhkâm fi Usûli'l- Ahkâm*.

Çağdaş İslam Hukuku Çalışmaları:

Mustafa Ahmed Zerkâ, *el- Medhalu'l Fıkhıyyül- Amm*; **Zekiyyüddin Şa'bân**, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (trc.İbrahim Kâfi Dönmez)*; **Vehbe Zuhayli**, *Usûlu'l- Fıkhi'l- İslâmi*; **İbrahim Kafi Dönmez**, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı, el-Urf fi'l-fıkhi'l-İslâmi*; **Selahattin Kıyıcı**, *İslâm Hukukunda Örf ve Âdet*; **Saffet Köse**, *İslâm Hukukuna Giriş*; **Abdülkadir Şener**, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsân, Istıslâh*, DİBY, Ankara 1981. Dört bölüm ve 183 sayfadan oluşan bu eserde, ilk bölümde re'y ve ictihad; ikinci bölümde kıyas; üçüncü bölümde istihsân ve son bölümde de ıstıslah konuları genel hatlarıyla ele alınıp incelenmiştir; **Ali Bardakoğlu**, *Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsân ve Istıslâh Görüşü*, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s.3, Kayseri 1986. Yaklaşık otuz sayfa olan bu makalede ilk olarak tabii hukuk düşüncesinin gelişim sürecine, mahiyetine ve İslâm hukukunda tabii hukuk düşüncesine değinilmiş daha sonra istihsân ve ıstıslah prensipleri ve bunların işlevleri ele alınmış, bunlara başvurma nedenleri veciz bir şekilde özetlenmiştir.

Muharrem Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsân Anlayışı ve Uygulaması, (Doktora Tezi)*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2000. Yaklaşık üçyüz sayfadan oluşan bu eserde Hanefîlerin istihsân anlayışı, istihsânı hangi anlamda kullandıkları ve istihsân türleri derinlemesine anlatılmış, diğer mezheplerin istihsân anlayışlarına kısaca değinilmiş, istihsânın bazı şerî delillerle benzer ve farklı yönleri ele alınmıştır. Bu eser için yakın dönemde istihsân konusunda en kapsamlı ve derin çalışma diyebiliriz; **Fatih Orum**, *İstihsân metodunun Kâsânî'nin Bedâiu's-Sanâyi'inde Kullanışının Tahlili Tenkidi (Yüksek Lisans Tezi)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003. Bu eser üç bölüm ve yaklaşık yüz yirmi sayfadan oluşmaktadır. İlk bölümde istihsân kavramının işlevi ve kullanımına dair teknik tespitlere yer verilmiş, ikinci bölümde istihsân türleri detaylı bir şekilde incelenmiş ve son bölümde de “ Bedâiu's-Sanâ'i” adlı eserde tespit edilen istihsân çeşitlerine değinilmiştir.

Abdurrahim Kozalı, *İstihsân ve Doğal Hukuk İlişkisi (Doktora tezi)*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2004. Eser giriş ve üç

bölümden oluşup yaklaşık yüz seksen sayfadır. Eserde doğal hukuk ve istihsânın mahiyeti ve gelişimi ele alınıp birbiriyle karşılaştırılarak elde edilen veriler sonuç kısmında özetle açıklanmıştır; **Said Nuri Akgündüz**, *Merğînânî'nin el-Hidâye Adlı Eserinde İstihsân (Yüksek Lisans Tezi)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004. Bu eser bir giriş iki bölümden oluşmaktadır. Girişte Merğînânî tanıtılmış ve eserleri hakkında bilgi verilip el-Hidâye adlı eseri üzerine yapılan çalışmalardan bahsedilmiştir. Birinci bölümde istihsân ve kıyas terimlerinin el-Hidâye'de kullanıldığı biçimler ve anlamlar üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde ise istihsânın vechi ve el-Hidâye'de yer alan istihsânın gerekçeleri açısından taksimi incelenmiştir. Eser yaklaşık doksan sayfadır.

Fatma Betül Satoğlu, *İslâm Hukuku'nda İstihsân ve Kerâhiyye (Yüksek Lisans Tezi)*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2004. Üç bölümden oluşan bu çalışma yaklaşık yüz sayfadır. Birinci bölümde konuyla ilgili temel bilgiler verilmiş, ikinci bölümde istihsân kavramının fıkıh usûlündeki istihsân kavramı ile farkı açıklanmış ve son bölümde ise bazı güncel problemlere değinilmiştir. Bu çalışmada ele alınan istihsân, fıkıh usûlünde kullanılan istihsân değil kerâhiyyenin zıddı olan istihsândır; **Mustafa Yamuk**, *İslâm Hukuk Usûlünde İstihsân ve Maslahat-ı Mürsele İlişkisi, (Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007. Bu tez İki bölüm ve yaklaşık yüz yirmi sayfadan oluşmaktadır. İlk bölümde istihsân delili ve çeşitleriyle ile maslahat kavramı ve çeşitleri incelenmiş, ikinci bölümde ise maslahat-ı mürsele ve istihsân arasındaki farklı ve benzer yönler ele alınmıştır.

Osman Yalnız, *İslâm Hukukunda İstihsâna Dayalı İctihatların Sosyolojik Karakterleri (Yüksek Lisans Tezi)*, Gazi Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007. İki bölüm ve yaklaşık seksen sayfadan oluşan bu eserin ilk bölümünde hukukla sosyolojinin ilişkisi, hukuk sosyolojisinin nasıl doğduğu, konusunun ne olduğu gibi konulara yer verilmiş, ikinci bölümde ise istihsân ile hükme bağlanmış birçok örnek zikredilmiş, tezin amacı olarak da istihsâna göre verilen bu hükümlerin hukuk sosyolojisi verileriyle değerlendirilmesi ve hukuk sosyolojisi açısından ifâde ettiği anlam ele alınmıştır; **Hasan Güçlü**, *Şeybânî'nin el-Asl İsimli Eserinin Kitâbul Buyû' ve's Selem Bölümünde İstihsân Metodunun Uygulanışı (Yüksek Lisans Tezi)*, Sakarya

Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Sakarya 2008. Üç bölüm ve yaklaşık yüz yirmi sayfadan oluşan bu eserin ilk bölümünde kısaca İmam Muhammed ve kitabı *el-Asl* tanıtılmış, İmam Muhammed'in kıyası ve istihsânı nasıl kullandığına değinilmiş, ikinci bölümde akdin şartları, muhayyerlikler, selem ve şartları ile istihsân kavramı ve çeşitleri hakkında bilgi verildikten sonra üçüncü bölümde de *el-Asl*'in selem ve buyû' bölümünde İmam Muhammed'in istihsân deliline göre verdiği fetvalara yer verilmiş, çalışmanın amacı olarak da istihsân delilinin *el-asl* kitabının selem ve buyû' bölümünde nasıl uygulandığı, uygulanırken hangi kriterlerin etkili olduğu ve istihsân ile neyin kastedildiğinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

Heyet (Ali BAKKAL, İbrahim Kâfi DÖNMEZ, vd.), "*İslâmi İlimlerde Metodoloji (Usûl) Meselesi İstihsân ve Metin Tenkidi*" İstanbul 2009; **Mustafa Bölükbaşı**, *İslâm Hukuk Usûlünde Hanefî ve Mâlikilere Göre İstihsân (Yüksek Lisans Tezi)* Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kahramanmaraş 2012. Eser yaklaşık yetmiş beş sayfadan oluşmaktadır. Eserde istihsânın ilk kullanımları, Hanefî ve Mâlikî hukukçularca tarifî, kitap, sünnet, icmâ ve kıyasla ilişkisi ele alınmaktadır. Ayrıca Hanefî ve Mâlikî'lerde istihsânın nasıl anlaşıldığı ve nasıl kullanıldığı hakkında bilgi verilmiştir.

Yusuf Erdem Gezgin, *Hanefîlerde Öncelik Açısından Kıyas ve İstihsânın Tahlili (Yüksek Lisans Tezi)*, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2016. Bu eser giriş ve üç bölümden oluşmaktadır ve yaklaşık yüz on sayfadır. Eserde Hanefîlere göre kıyas ve istihsânın kullanımında öncelik sırası ele alınmış ve kıyasın, istihsâna tercih edildiği on bir maddenin tahlili yapılmıştır; **Hacı Mustafa Torun**, *Ebû Hanîfe'ye Göre İstihsânün-Nass (Serahsî'nin el-Mebsût Örneği) (Yüksek Lisans Tezi)*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016. Giriş, iki bölüm ve sonuç kısmından oluşan bu eserde; Ebû Hanîfe'nin fıkıh usûlü ilmindeki delil/yöntemlerinden istihsânın bir çeşidi olan istihsânün-nassa dair anlayışı Serahsî'nin el-Mebsût adlı eseri çerçevesinde ele alınmıştır. Eser yaklaşık yetmiş sayfadır.

Ayrıca konumuzla doğrudan veya dolaylı irtibatlı olan *DİA*'nın *istihsan*, *kıyas* ve diğer ilgili maddelerini de bu tür kaynaklar arasında sayabiliriz.

Diğer Kaynaklar:

Yukarıda belirtilen kaynakların dışında konumuzla doğrudan veya dolaylı irtibatlı lügatler, kitap, dergi ve makaleler faydalandığımız diğer kaynaklar olmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUK USÛLÜNDE İSTİHSÂN'IN MAHİYET VE KONUSU

1. İstihsân'ın Sözlük ve İstılâhi Anlamı

İstihsân, ح س ن kökünden türeyen bir kelime olup, istikbah (kötü, çirkin bulmak) kelimesinin zıddıdır ve sözlükte, “güzellik, rağbet edilen şey, bir şeyi iyi ve güzel bulmak” anlamlarına gelmektedir.⁴

İstılâhi anlamda ise istihsânın pek çok tarifi yapılmıştır. Bize ulaşan ilk tanım olması hasebiyle⁵ Iraklı Hanefî fakihi Ebû Hasan el-Kerhî'nin (v. 340/952), istihsânı: “Bir meselede daha kuvvetli bir sebebi göz önüne alarak, benzeri meselelerde kabul edilen hükmü vermekten vazgeçmektir”⁶ şeklindeki tanımı önemlidir.

Bir diğer Hanefî fakihi olan Cessâs (v. 370/981) ise istihsânı: “Kıyası terk edip ondan daha evla olanı almak”⁷ şeklinde açıklar. İstihsânın klasik usûl eserlerinde geçen tanımı, ileride istihsânın terimleşme süreci başlığı altında ele alınacaktır. Şu kadar var ki, klasik usûl eserlerinde verilen istihsân tariflerinde, kıyası terk etmeyi gerektiren delilin ne olduğuna dair net ifadeler yoktur. Bu müelliflerin, kıyası terk etmeyi gerektiren delilin neler olabileceği hakkındaki bilgiyi, tanımda değil de genel itibarıyla konuyu izah sırasında verdikleri görülür.

İstihsân; son dönem araştırmalarında, amacı, işlevi ve fûru'daki örnekleri de dikkate alınarak tanımlanmaktadır. Örneğin Şa'ban; “Müçtehidin bir meselede, kendi kanaatine o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir”⁸ şeklinde tanımlanmaktadır. Bu anlamıyla

⁴ **İbn Manzûr**, Ebu'l- Fazl Cemalüddin , *Lisânü'l-'Arab*, Beyrut, 1990, “h-s-n” md., c. XIII, s. 114, 117.

⁵ **Bardakoğlu**, Ali, “İstihsân”, DİA, c. XXIII, s. 340.

⁶ **Serahsî**, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed, *el-Usûl*, c.II, s. 202; **Buhâri**, Abdulaziz b. Ahmed, *Keşfü'l- esrâr*, Kâhire, ts. c. IV, s. 3.

⁷ **Cessâs**, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Füsul fi'l-Usûl*, İstanbul, 1994, c. IV, s. 234.

⁸ **Şa'bân**, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (trc. İbrahim Kâfi Dönmez), Ankara, 2012, s. 181.

istihsân, fıkıh usûlünde şer'î kaynaklardan hüküm istinbâtında kullanılan delillerden birini ifade etmektedir denilebilir. Görüldüğü üzere klasik usul eserlerinden verdiğimiz istihsân tanımlarında kıyası terk etmeyi gerektiren delilin ne olduğuna dair net bir açıklama yoktur. Bunun sebebi, müelliflerin klasik usul eserlerinde kıyası terk etme gerekçelerini genelde konuyu izah sırasında vermeyi tercih etmeleridir. Şa'ban'ın tanımında ise kıyası terk etmeyi gerektiren deliller de tanımda yerini almaktadır.

2. İstihsân Teriminin İlk Kullanımları

İstihsân terimi bir usûl kavramı anlamında ilk olarak Irak ekolünde kullanılmakla birlikte⁹, mana ve içerik bağlamında Hz. Peygamber (s.a.v) döneminde de mevcuttu ve yaygın olarak kullanılmaktaydı. Nitekim Hz. Peygamber Mekke'nin hürmet ve kutsiyetinden bahsederken: "...Mekke'nin ağaç ve bitkisi koparılamaz..." buyurmuş, Hz. Abbas'ın "Ey Allah'ın Resulü, kabirlerimiz, zanaatkârlar ve evlerin tavanlarını örtmek için Mekke ayrığı müstesna et" demesi üzerine Hz. Peygamber "ayrık otu müstesna"¹⁰ buyurmuştur. İnsanların ihtiyacı olan kısım, genel hükümden istisna edilmiştir. Yine Hz. Peygamber (s.a.v) savaşta burnu kesilen bir sahabenin taktığı gümüşten burun koku yapınca, bu sahabeye altından bir burun takmasını tavsiye etmesi;¹¹ erkeklerin ipek elbise giymesi ve altını süs eşyası olarak kullanması genel hükme göre haram olmakla birlikte Hz. Peygamberin, ciltlerindeki bir hastalıktan dolayı Abdurrahman b. Avf ve Zübeyir b. Avvâm'ın ipekli elbise giymelerine izin vermesi¹², istihsânın Hz. Peygamber döneminde de yaygın olarak kullanıldığını gösteren diğer örneklerdendir. Bu tür istihsân, çoğunluk tarafından kabul edilmiştir.¹³

⁹ Bardakoğlu, "İstihsân", DİA, XXIII, 340.

¹⁰ Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, *el-Câmiu's-Sahih*, İstanbul, 1981, "Cenâiz", 76, "Sayd", 9-10; Müslim b. el-Haccac, *Câmiu's-Sahih*, Çağrı Yay., İstanbul, 1992, "Hacc", 82.

¹¹ Tirmizî, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevre, *el-Câmi'us-Sahih*, Çağrı Yay., İstanbul, 1992, "Libas", 31; Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistani, *es-Sünen*, İstanbul, 1981, "Hatem", 7; Nesâi, Ebu Abdurrahman b. Şuayb, *Sünenü'n-Nesâi*, Beyrut, ts., "Zinet", 4.

¹² Buhârî, "Libas", 29; Müslim, "Libas", 3, 23.

¹³ Pezdevî, Ebu'l-Hasan Fahru'l-İslâm Ali b. Muhammed, *Kenzü'l-Vüsul*, İstanbul, 1308, c. III, s. 205; Âmidî, Seyfuddin Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed, *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm* (thk. İbrahim el-Acuz), Beyrut 1985, c. IV, s. 398-399; İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Muhammed, *İ'lâmü'l-Muvakkî'in*, Kahire, 1955, c. I, s. 257-261.

İbn Hazm (v. 456/1064) ve İbn Haldûn'un (v. 808/1405) da aralarında bulunduğu bir diğer görüş ise, Hz. Peygamber (s.a.v) döneminden sonra mevcut nassların, yeni meydana gelen olaylara açık hükümler koymada yetersiz kalması üzerine re'y (istihsân) sahabe döneminde meydana çıkmıştır.¹⁴

Yukarıdaki örnekler dikkate alındığında istihsânın, Hz. Peygamber döneminde kullanıldığı açıklık kazanmakta ve dolayısıyla birinci görüşte olan âlimlerin görüşleri daha isabetli görülmektedir.

3. İstihsânın Terimleşme Süreci

İçerik, mana ve uygulama bakımından Hz. Peygamber dönemine dayanan¹⁵ istihsânın, bir istidlal yöntemi olarak fıkıh terminolojisine girmesi ise h. II. (m. VIII) yüzyılda Ebû Hanîfe (v. 150/767) ve onun önderliğindeki Irak hukuk ekolüyle olmuştur. Nitekim kaynaklar istihsânın hususi bir delil olarak Ebû Hanîfe ile başladığı konusunda âdeta hemfikirdir.¹⁶

Ebû Hanîfe'nin istihsânı bir usûl terimi olarak literatüre kazandırmasıyla birlikte¹⁷ pek çok istihsân tanımının olmasının sebebine gelince, bunlar şu şekilde izah edilebilir:

1. Ebû Hanîfe ve öğrencilerinin istihsân hakkında bir tanım yapmamış olması.

2. İstihsân ile ilgili bir tanım olmaması sebebiyle muhaliflerin istihsânı kelime anlamı üzerinden şu şekilde tarif etmeleri; “İstihsân, din hususunda delilsiz istidlalde bulunmak, bir delile dayanmadan nasıl güzel görülüyorsa ona göre hüküm vermektir.”

3. Bu anlayışla istihsâna şiddetle karşı çıkmaları üzerine sonraki nesil Hanefî âlimlerinin bu eleştiriler karşısında istihsânı tanımlama ve ona doktrin içinde kavramsal bir çerçeve kazandırma çabaları yatmaktadır¹⁸. Nitekim İbn Hazm ve

¹⁴ **Önder**, Muharrem, *Hanefî Mezhebinde İstihsân Anlayışı ve Ortaya Çıkışı* (Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2000, s. 22.

¹⁵ **İbn Kayyim**, *İ'lâmü'l- Muvakkı'in*, c. I, s. 257-261.

¹⁶ **Bardakoğlu**, ‘*istihsân*’, DİA, c. XXIII, s. 340

¹⁷ **Kâsânî**, Ebu Bekr Alaaddin b. Mesud, *Bedâiu's-Sanâi fî tertîbi's-şerâi'*, Dârul Kitabi'l- Arabi, Beyrut, 1982, c. II, s. 219; **Hudâri**, Muhammed, *İslâm Hukuk Tarihi* (trc. Haydar Hatipoğlu), İstanbul, 1974, s. 238.

¹⁸ **Şa'bân**, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 181.

Gazzâlî, Kerhî'nin istihsân tanımı yapmasının İmam Şâfi'nin eleştirileriyle bağlantılı olduğunu ima ederler.¹⁹

Bu çerçevede ilk istihsân tanımı Iraklı Hanefî fakih Ebû'l Hasan el-Kerhî'ye ait olduğunu daha önce belirtmiştik.²⁰

Kerhî'den bir nesil sonra gelen Cessâs ise istihsânı “kıyası terk edip ondan daha evla olanı almak”²¹ şeklinde açıklamıştır.

Debûsî (v. 430/1038) istihsânı “Açık (celi) kıyasla çelişen bir çeşit delil” olarak tanımlayarak istihsânın bir çeşit kıyas olduğuna²² işaret etmektedir.

Hanefî usûl âlimleri, imamların kıyas karşısında istihsânı yöntem olarak kullanmalarının ana nedeni hakkında, hükme tesiri bakımından istihsânın illetinin daha kuvvetli olması üzerinde durmuşlardır. Debûsî bu gerçeği beyan ettikten sonra imamların, kıyasın celi (açık) oluşunu bir tercih sebebi olarak görmeyip, aksine dayanağı olan delilin kuvvetine bakarak onu dikkate aldıklarını söyler.²³

Fahru'l- İslâm **el-Pezdevî** (v. 482/1089) ise bu tanıma, Abdulazîz el-Buhârî'nin (v. 730/1329) de değindiği gibi “istihsân iki kıyastan biridir”²⁴ sözüyle işaret etmektedir.

Buna göre, bir meselede ilk akla gelen açık kıyas ile kapalı kıyasın (istihsân) çatışması halinde, etkilerine bakılır; ister açık kıyas olsun ister kapalı kıyas olsun, etkisi güçlü olan, etkisi zayıf olana tercih edilir.

Serahsî (v. 483/1090) ise istihsânı hocası Şemsü'l-Eimme, el-Hulvânî'den (v. 452/1060) nakille “kıyası terk edip insanlar için en uygun olanı almaktır.” şeklinde tanımlamaktadır. Kendi tanımını ise usûl eserinde; a) Kıyası bırakıp, insanlara en uygun olanı almak, b) Herkesin karşı karşıya kalıp sıkıntı çektiği hususlarda hüküm verirken kolaylığı talep etmek, c) Sıkıntı vereni terk edip, genişlik sağlayamı almak, d)

¹⁹ **İbn Hazm**, Ebu Muhammed Ali, *el- İhkam fi Usûli'l- Ahkâm*, I. Baskı, Kahire 1984, c. V, s. 16-20; **Gazzâlî**, Muhammed b. Muhammed, *el- Mustasfa* (çev., Yunus Apaydın), Klasik yayınları, İstanbul, 2006, c. I, s. 282.

²⁰ **Bkz.**, s. 1-2.

²¹ **Cessâs**, *el-Fusûl fi'l Usûl*, IV, s. 234.

²² **Debûsî**, Ebu Zeyd Abdullah b. Ömer, *Takvimü'l- Edille fi usuli'l-fikh*, 1. Baskı, Daru'l-Kütübî'l- İlmiyye, Beyrut, 2001, s. 404.

²³ **Debûsî**, *Takvimü'l- Edille fi usuli'l-fikh*, s. 404-5.

²⁴ **Buhârî** *Keşfü'l-Esrar*, c. IV, s. 3-7

Müsamahayı esas almak, e) Üzerinde iyice düşünmeden önce hatıra geliveren açık kıyasa aykırı delildir ki, olayın hükmü ve bunun genel kurallardan benzerleri üzerinde iyi düşünüldükten sonra bu aykırı delilin daha kuvvetli olduğu ortaya çıkar ve onunla amel etmek gerekir” şeklinde açıklamaktadır. Bu tanımların ardından ise istihsânın, zorluğun bırakılıp kolaylığın alınması noktasında birleştiğini ve kolay olanı almanın dinde genel bir prensip olduğunu vurgulamaktadır.²⁵

Daha önce de ifade edildiği üzere, istihsânı teknik anlamda ilk kullanan Ebû Hanîfe ve öğrencilerinden istihsâna dair bir tanımın olmayışı, muhaliflerin istihsânı bilinen şer’î delillerden herhangi birine dayanmaksızın şahsi görüş ve hevese göre hüküm koyma şeklinde zanna kapılmalarına neden olmuştur.²⁶ Bu eleştirilere karşı Hanefiler, istihsânın mahiyeti ve kullandıkları anlam konusunda tanımlama ihtiyacı hissetmişler ve böylece istihsân terimi hakkında yukarıda verilen muhtelif tanımlara doktrin içinde yer vermişlerdir.

Hanefî usûlcülerin yaptıkları istihsân tanımları ortak bir noktada buluşmaktadır ki o da; “bir hukuki olayın benzerlerine bağlanan hukuki sonuçtan, daha kuvvetli bir delil sebebiyle vazgeçip daha üstün başka bir hükme dönmektir.”²⁷ Kerhî’nin “bir meselede daha kuvvetli bir sebebi göz önüne alarak, benzeri meselelerde kabul edilen hükmü vermektен vazgeçmek”²⁸ şeklindeki tanımı da bu özellikleri kapsadığından birçok usûlcü tarafından beğenilmiş ve bu şekliyle istihsân kabul edilmiştir.²⁹ Nitekim Gazzâlî de bu tanımı aktardıktan sonra “bu tanıma karşı çıkılamaz”³⁰ demiştir.

²⁵ **Serahsî**, *el-Usûl*, c. II, s. 200.

²⁶ **İmam Şâfiî**; “Kim istihsân yaparsa, kendi başına din koymuş olur,” demiştir. (*el-Ümm*, Beyrut, 1990, c. VII, s. 313, 315, 316). Ayrıca bkz., Gazzâlî, *el-Mustasfa*, c. I, s. 274.

²⁷ **Hallâf**, Abdulvehhab, *Mesadiru't- teşri'il- İslâmi fima la nassa fih*, Kuveyt 1982, s. 71.

²⁸ **Bardakoğlu**, ‘*İstihsân*’, DİA, s. 340

²⁹ **Tûfi**, Necmüddin Süleyman, *Şerhu Muhtasari'r- ravza* (thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî), 1. Baskı, Beyrut 1987, c. III, s. 197; **Cüveynî**, Ebu'l- Meali Abdulmelik b. Abdullah, *Kitabü't- Telhis fi Usûli'l Fikh* (nşr. Abdullah Cevlem en- Nibali- Şübeys Ahmed el- Ömeri), Beyrut, 1417/1996 Darul- Beşairul- İslâmiyye, c. III, s. 311, 313.

³⁰ **Gazzâlî**, *el-Mustasfa*, c. I, s. 283.

4. İstihsânın Kaynak Değeri

İstihsânın Kitap, Sünnet, İcmâ ve kıyas gibi müstakil bir kaynak olup olmamasının yanı sıra, kullananların kastettikleri farklı içerik ve mana açısından da istihsân tartışma konusu olmuştur. Örneğin, ilk Hanefî fakihlerinin istihsânı fihhi sorunları çözme konusunda sıkça kullanmalarına rağmen istihsân ile tam olarak neyi kastettiklerine dair net bir bilgi aktarılmamıştır. Aynı şekilde onlardan, istihsânın karşıtı olan “kıyas” ile de ne kastettiklerine dair bir açıklama sonraki Hanefilere ulaşmış değildir. Bu kıyas ile fikh usûlündeki “şer’î delil” anlamındaki kıyası mı, “genel nitelikli şer’î nass” anlamını mı, yoksa fıkhıta veya bazı mezheplerde “benimsenmiş ve yerleşmiş genel kural” anlamını mı kastediyorlardı? İşte bu belirsizlik sebebiyle, bu konuda şüphe ve tereddütler meydana gelmiş ve Hanefî fakihlere istihsân konusunda karşı çıkılmıştır.³¹

İstihsânı kabul edenlere genel olarak bakıldığında Hanefî, Hanbelî, Mâliki ve Zeydî fakihlerin istihsânı delil olarak kabul edip kullandıkları, kabul etmeyenlerin ise Şâfiî, Zâhirî, Şia ve İmâmiyye mezheplerinin olduğu görülmektedir.³² İstihsânı kabul ve reddedenler haklılıklarını ispat için Kitap, Sünnet ve icmâdan bazı deliller getirmişlerdir.

5. İstihsânı Kabul Edenlerin Delilleri

İstihsânın hüccet olduğunu kabul edenler, delil olarak Kitap, Sünnet ve İcmâ’dan deliller sunmuşlardır. Deliller sırasıyla şu şekildedir.

5.1. Kitap’tan Delilleri

Konumuzla ilgili Kitaptan deliller şu şekildedir:

“Sözü dinleyip de onun en güzeline tabi olanlar var ya onları müjdele.”³³
“(Ey Mûsâ!) Kavmine de söyle, öğütlerin en güzelini alsınlar.”³⁴ “Rabbinizden size

³¹ Şa’bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 180.

³² Önder, Muharrem, *a.g.e.*, s. 120.

³³ Zümer, 59/55.

³⁴ A’raf, 7/145.

indirilenin en güzeline (Kur'ân'a) tabi olun."³⁵ "Allah size kolaylık diler zorluk değil."³⁶

İstihsânı şer'i delil olarak kabul edenlere göre, ayet güzel olana uyulmasını emretmektedir. İstihsân güzel olduğu için ona uymak vaciptir.³⁷ İstihsân prensibine başvurulmasının en önemli sebebi, insanlara faydalı olanı seçip zararlı olanları ve zorluğu gidermektir. Bu anlamıyla istihsân zikredilen ayetlerin kapsamına dâhil edilebilir.

5.2. Sünnet'ten Delilleri

İstihsânın hüccet olduğuna dair Sünnetten getirilen delil; "Müslümanların güzel gördükleri Allah katında da güzeldir"³⁸ hadisidir. Bununla birlikte, -daha önce de ifade ettiğimiz gibi- Hz. Peygamber (s.a.v) zamanında yapılan uygulamalara bakıldığında istihsânın mana ve içerik bakımından kullanılması³⁹, istihsânın hüccet olduğuna dair Sünnetten getirilebilecek deliller arasında sayılabileceği kanaatindeyiz.

Muhalifler ise yukarıda bahsi geçen hadisin, Müslümanların ittifakları için mümkün olduğunu, bireysel görüşler için mutlak surette Allah katında da güzeldir şeklinde bir nitelemenin doğru olmadığı görüşündedirler.⁴⁰

5.3. İcmâ'dan Delilleri

İstihsânın hüccet olduğuna dair İcmâ'dan getirilen delil ise; kalacağı zamanı, kullanacağı suyun miktarını takdir etmeden hamama girmenin cevazı, yine su miktarı ve ücreti tayin etmeden sakaların elinden su içmenin cevâzı, istisna ve icâre gibi

³⁵ **Zümer**, 59/17-18.

³⁶ **Bakara**, 2/185.

³⁷ **Serahsî**, *el-Mebsût*, Gümüşev Yayınları, İstanbul, 2015, c. II, s. 200.

³⁸ **Ahmed b. Hanbel**, *Müsned*, Mısır, ts.c. I, s. 379.

³⁹ **Bkz.**, s. 9.

⁴⁰ **Âmidî**, *el-İhkâm*, IV, 394.

akitlerin cevâzı verilmiş ve buna karşı çıkan olmamıştır.⁴¹ Dolayısıyla bu konularda istihsânen hüküm verilmiş ve karşı çıkanda olmadığından icmâ oluşmuştur.

Sıralamış olduğumuz deliller istihsânın hüccet olduğunun Kitap, Sünnet ve İcmâ'dan delilleridir. Şimdi istihsânı reddedenlerin görüş ve delillerine geçebiliriz.

6. İstihsânı Reddedenlerin Delilleri

İstihsânı şiddetle reddedenlerin başında İmam Şâfiî (v. 204/820) gelmektedir. O, ‘Allah Kur’ân’da; “*İnsan başıboş bırakılacağını mi sanır?*” buyurmaktadır. Bu ayette geçen “sudê” (başıboş) emir olunmadan, yasaklanmadan anlamındadır ve Allah resulü dışında kimsenin delillerden istidlal yapmadan, dine dair bir söz söyleyemeyeceği anlamına gelmektedir. Hiç kimsenin istihsân ediyorum deme hakkı yoktur; çünkü istihsân kelimesi önceden bilinen bir çözüme dayandırılmaksızın hüküm icat etmektir emir olunmadığı halde hüküm veya fetva veren kimse başıboş kapsamına girmektedir ki Allah onu başıboş bırakmamıştır⁴² demektedir.

Zâhirîlerden İbn Hazm (v. 456/1064) ise istihsânı ret sebebini şöyle açıklar: “Cenâb-ı Hak Kur’ân’da, “Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz (Allah ve Resulüne gerçekten iman ediyorsanız) onu Allah’a ve Resulüne götürün”⁴³ buyurmuştur. İyi ve güzel (istihsân) bulduğunuza başvurun dememiştir. Doğrunun delilsiz olarak yaptığımız istihsânda olması mümkün değildir. Eğer öyle olsaydı o zaman Allah bizi gücümüzün üzerinde bir şeyle yükümlü kılmış sayılırdı ve hakikatler yok olur, deliller birbiriyle çatışır ve Allah bize yasakladığı ihtilafı emretmiş olurdu. Bu ise mümkün değildir; çünkü hiçbir surette bütün âlimlerin istihsâna dayanan bir görüş üzerinde birleşmeleri düşünülemez. Bu şekilde istihsânın sapıklık ve nefsi arzu ile hevâyâ tabi olmak olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır⁴⁴ demektedir.

⁴¹ **Âmidî**, *el-İhkâm*, c. IV, s. 393; **Gazzâlî**, *Mustasfa*, c. I, s. 279; **Zerkeşî**, Bedruddin Muhammed b. Bahadır, *el-Bahru'l-Muhit fi Usûli'l-Fıkh* (thk. Muhammed Tamir), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2000, c. VI, s. 94.

⁴² **Şâfiî**, *er-Risale*, s. 25.

⁴³ **Nisa**, 4/59.

⁴⁴ **Önder**, Muharrem, *a.g.e.*, s. 142-143

Şia'nın İmâmiyye usûlcüleri ise kıyası reddetmeleri sebebi ile tabii olarak istihsânı da reddetmişlerdir. Ancak istihsânı neden reddettikleri üzerinde fazla durmamışlar, mesâlih-i mürsele ile istihsânı aynı kategoride değerlendirmiş ve delilsiz istidlal yolları olarak kabul edip üzerinde fazla tartışmamışlardır.

7. İstihsâna Başvurma Sebepleri

Re'y ekolünün temsilcisi kabul edilen ve kıyası kullanmakla ünlenen Ebû Hanîfe ve talebeleri, bazı durumlarda kıyasa karşı istihsânı da hüccet olarak kullanmışlardır. Belirtilmesi gereken bir diğer hususta şudur ki; Ebû Hanîfe ve diğer mezhep imamları, içtihatlarında nasslar çerçevesinde Müslümanların maslahatlarını ve işlerinin kolaylaştırılmasını kendilerine ilke edinmişlerdir. Nitekim istihsânı fer'î delil olarak kabul eden İslâm hukukçularının -İslâm Hukuku va'z edilirken gözettiği üç gaye olan-; Müslümanların kötülüklerden arındırılması, adaleti gerçekleştirme ve toplumda maslahatı gerçekleştirme ilkeleri kıyasa karşı istihsânın kullanılma nedenleri olarak sıralanabilir.

Hanefilerin, yukarıda bahsedilen sebeplerin dışında istihsânı kullanmalarının başka sebep ve gerekçeleri de vardır. Şimdi bu sebep ve gerekçeler ele alınıp örneklerle açıklanacaktır.

7.1. Zorluğun Kaldırılması, Kolaylığın Sağlanması Sebebi İle İstihsân

Zorluğun kaldırılması ve kolaylığın sağlanmasına bağlı olarak yapılan istihsânı Serahsî şu şekilde açıklamaktadır: “İstihsân, kıyası terk edip insanlar için en uygun ve faydalı olanı almaktır.” “Genişliği ve kolaylığı sağlamaktır.” “Özel ve genelde karşılaşılan zorluklarda hükümler için kolay olanı almaktır.” “Müsâmaha ve kolaylığı sağlamaktır.”⁴⁵ Serahsî'nin bu tanımlarından da anlaşıldığı üzere istihsânen verilen hükümlerin nedenlerinden biri de zorluğun kaldırılması ve kolaylığın sağlanmasıdır.

⁴⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, c. X, s. 145.

Buna Şu 6rneği verebiliriz: “Kadın 6rt6lmesi gereken avrettir”⁴⁶ had6sine binaen kıyas ve genel kurala g6re kadın baŐından ayağa kadar avrettir. Daha sonra ihtiyaç ve zar6rete binaen kadınların bazı yerlerine bakmak m6b6h kılındı. Bu h6k6mde insanlardan sıkıntıyı giderme ve kolaylığı elde etmek için istihs6nen verilen bir h6k6md6r.⁴⁷

Bir diğer 6rnek ise; ok, ava isabet edip av yere d6Őerek 6lse, avın yere d6Őme sebebiyle 6lm6Ő olma ihtimalinden dolayı kıyasen bu av yenilmezken, istihs6nen yenilir. Ç6nk6 yere d6Őmesinden sakınma imk6nı yoktur. Burada yere d6Őme sebebiyle 6lmesi ihtimalinin kabul edilmesi, insanlar için bir sıkıntı ve zorluk meydana getirmektedir.⁴⁸

Bir başka 6rnek ise, c6n6p, hayızlı veya muhdis⁴⁹ olan biri 6zerinde herhangi bir pislik olmadığı halde g6s6lden 6nce elini su kovasına soksa Ebu Hanıfe ve Ebu Yusuf’a g6re su kıyasen ifsat olurken istihs6nen ifsat olmaz. Burada istihs6nin gerekçesi olarak Őunlar s6ylenmektedir: “Ç6nk6 bu durumda olan kimselerin suya dokunmamaları m6mk6n değildir. Zira insanların su içmeye, abdest ve g6s6l almaya ihtiyaçları vardır. Herkesin de kovadan su alacak bir maŐrapası olamayabilir. Aksi halde bu durum insanlar için sıkıntı meydana getirir.”⁵⁰

Yine kıyas ve genel kurala g6re kirlenen kuyu ve havuzların temizlenmesi neredeyse m6mk6n değildir, ç6nk6 temizlenmek için kullanılan her su pislikle temas ettiğinde o su da pislenecektir. Ancak insanları b6yle bir meŐakkatten kurtarmak için kıyas terk edilmiş ve istihs6nen h6k6m verilmiştir. Bu h6k6m de, belirli bir miktar suyun kuyu ve havuzdan tahliye edilmesiyle kuyu ve havuzların temizlenmiş olmasıdır.⁵¹ G6r6ld6ę6 6zere burada istihs6nen verilen h6k6mler insanların sıkıntılarını gidermekte, genişlik ve kolaylık sağlayarak İsl6m Hukukunun dinamik ve sıkıntılara çare 6reten bir sistem olduğunu g6stermektedir.

⁴⁶ **Tirmiz6**, *Rada*, 18; **Taber6ni**, Ebu’l-Kasım M6snid6’d6nya b. Ahmed b. Eyy6b, *el-Mu’cemu’l-kebir* (nşr. Mahmud b. Ahmed et-Tahhan), Riyad, 1985-1995, c. IX, s. 295.

⁴⁷ **Serahs6**, *el-Mebs6t*, c. X, s. 250.

⁴⁸ **K6s6n6**, *Bed6iu’s-san6i*, c. V, s. 58.

⁴⁹ **Muhdis**, kendisinde abdesti gerektiren hades-i aÇar veya g6sl6 gerektiren hades-i ekber vuku bulan kimse demektir

⁵⁰ **K6s6n6**, *Bed6iu’s-san6i*, c. I, s. 69.

⁵¹ **Serahs6**, *Us6l*, c. II, s. 203; **Meręin6n6**, Burhaneddin Ali b. Ebubekr, *el-Hidaye Şerhu Bidayeti’l-M6btedi*, İstanbul, 1986, c. I, s. 21-22.

7.2. Şüphe Sebebiyle İstihsân

İstihsâna başvurma sebeplerinden bir tanesi de şüphedir. Nitekim şüphenin varlığı durumunda mümkün olduğu ölçüde ihtiyatlı davranıp kıyası terk etme yoluna gidildiği görülmektedir.

Örneğin; İslâm ülkesinde kendisine emân verilmiş harbînin malını çalanın eli istihsânen kesilmez. Oysaki harbî olan şahsa verilmiş emân sebebiyle malın mâsum hâle gelmesi ve zimmînin telef edilen malının tazmîn edilmesinde de olduğu gibi kıyâsen hırsızın elinin kesilmesi gerekirdi. Burada istihsânın gerekçesi ise çalınan malın mübâh olma şüphesidir.⁵²

Yine kâtilin muhayyer olduğu kısas sulhünde (antlaşma) kâtil akdi feshederse kıyâsen af batıl olur. Çünkü af mal şartıyla idi ve mal da teslim edilmedi. Fakat istihsânen af batıl olmaz ve kâtile diyet gerekir. Affın batıl olmamasının sebebi, velinin affetmesinin şüpheyne dönüşmesi ve kısasın da şüphelerle düşmesidir.⁵³

7.3. Delalet Sebebiyle İstihsân

Kişi bir arazi kiralasa ve sözleşmede şirb ve mesil haklarını zikretmeseler, istihsânen bu haklar delâlet sebebiyle sözleşmeye dâhil sayılır. Çünkü icâre bir bedel karşılığında menfaatin temlikidir ve şirb ile mesil hakları olmaksızın araziden faydalanmak mümkün olamayacağından bu haklar delâleten zikredilmiş sayılır.⁵⁴

Yine kişi kurban için bir koyun alsa ve bayram günü hayvanı yatırıp ayaklarını bağlasa, bu arada başka biri gelip izinsiz olarak o kurbanı kesse, bu istihsânen kâfi iken kıyâsen caiz değildir ve kıymetini tazmin etmesi gerekir. Burada istihsânın gerekçesi şudur: Kurban sahibi onu kurbanlık olarak almış ve bu iş için tayin etmiştir. Bir başkası da kesmiş olsa maksat hâsil olmuştur. Kurbanı kesen kişi delâleten izinli sayılır.⁵⁵ Dolayısıyla kurban yükümlülüğü kurban sahibinden bu vesileyle düşmüştür.

⁵² **Kâsânî**, *Bedâiu's-sanâi*, c. IV, VII, s. 71.

⁵³ **Kâsânî**, *Bedâiu's-sanâi*, c. IV, s. 55.

⁵⁴ **Kâsânî**, *Bedâiu's-sanâi*, c. VI, s. 189.

⁵⁵ **Kâsânî**, *Bedâiu's-sanâi*, c. II, s. 163.

7.4. Daha Kuvvetli Bir Delilin Bulunması Sebebiyle İstihsân

Debûsi (v. 430/1039), Hanefî usûlcülerinin, istihsânı kıyas karşısında kullanmalarının asıl nedeni olarak, istihsânın hükme olan tesirinin daha kuvvetli olmasını gerekçe gösterip, imamların kıyasın açık (celî) oluşunu bir tercih sebebi olarak görmeyip, aksine dayanağı olan delilin gizli (hafî) de olsa kuvvetine bakarak, hükme tesiri daha kuvvetli olanı dikkate aldıklarını söylemektedir.⁵⁶

Pezdevî (v. 482/1089) ise kıyas ve istihsânın hangi türünün hükmünün esas alınacağı konusunda açıklık veya kapalılığın değil tesir ve sıhhatinin esas alınması gerektiğini söyleyerek⁵⁷ aslında Debûsi ile hemfikir olduğunu beyan etmektedir.

Burada gizli kıyas istihsânının, yani çözümü araştırılan hukuki bir olayın, hükmüne delil olan tesirin, birinin açık fakat etkisi zayıf, diğerinin gizli fakat etkisi güçlü olan iki olaya birden benzemesi durumunda ikincisinin, yani gizli de olsa tesiri güçlü olanın, hüküm olarak verilmesi olduğunu bilmek gerekir. Bu konuda Serahsî ve diğer Hanefî usûlcülerde aynı görüştedir.⁵⁸ Dolayısıyla burada istihsânen verilen hüküm hevâ ve hevâse göre değil bir sebebe dayanmaktadır. Nitekim Hanefiler kapalı kıyasa istihsân, diğerine de kıyas adını vermektedirler.⁵⁹

Bu tür istihsâna; -usûl eserlerinde kapalı istihsânın vazgeçilmez örnekleri arasında yer alan- yırtıcı kuşların artığının aslan, kaplan gibi yırtıcılara kıyasla pis olması gerekirken, bu kuşların, suyu gagaları ile içmeleri ve gagalarının da temiz kemik olması sebebiyle (ibârede açıkça belirtilmemiş olsa da) insan artığına benzetilmesi sebebiyle istihsânen temiz sayılması yönünde verilen hüküm⁶⁰ örnek olarak gösterilmektedir. Ancak Kâsânî ve Şâ'bân bunun daha çok zaruret ve ihtiyaç sebebiyle istihsân olması gerektiği kanaatindedir.⁶¹

⁵⁶ **Debûsî**, *Takvîmü'l-Edille*, s. 404.

⁵⁷ **Pezdevî**, Ebu'l- Hasan Fahru'l-İslâm Ali b. Muhammed, *el- Usûl*, Kâhire, ts, c. IV, s. 2-4

⁵⁸ **Serahsî**, *Usûl*, c. II, s. 200-1-2; **Cessâs**, *Fusûl*, c. IV, s. 234.

⁵⁹ **Atar**, Fahreddin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 1992, s.73; Bardakoğlu, “*İstihsân*”, DİA, c. XXIII, s. 342.

⁶⁰ **Kâsânî**, *Bedâiu's-sanâi*, c. I, s. 65.

⁶¹ **Kâsânî**, *Bedâiu's-sanâi*, c. I, s. 65; **Şa'bân**, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s.189.

7.5. Kıyasın Olumsuz Sonuçlara Yol Açması Sebebiyle İstihsân

Hanefî fakihleri nassın olmadığı bazı konularda, meselelerin çözümünde kıyas ile amel etmişlerdir, ancak bazı konularda ise kıyas ile amel terk edildiğinde, Şâri'in, insanların maslahatlarının gerçekleştirilmesi ve onlardan zararın giderilmesi kuralına uygun olarak kıyası terk ederek istihsânen hüküm vermişlerdir. **Serahsî** (v. 483/1090), icmâ nedeni ile yapılan istihsâna istisna' akdini örnek olarak verir. Ancak bunun kıyasa göre caiz olmadığını, imamların kıyası bırakarak istihsâna göre hükmettiklerini ve istisna'nın da, Hz. Peygamber döneminden beri yapılagelen ve insanların teamülüne dayanan bir akit olduğunu belirtir. Kıyasta hata ve yanlışlık ihtimalinin olduğunu ve bu yanlışlığın şeklinin nass veya icmâ ile ortaya çıktığını ifade eder.⁶²

Yukarıda Hanefî fakihlerinden **Cessâs**, **Debûsî**, **Pezdevî** ve diğer fakihlerin istihsân tanımlarında geçtiği üzere genel olarak istihsân “kıyası terk edip ondan daha evla olanı almaktır”⁶³ şeklindeki tanımlarında geçen kıyas çalışmamızın doğrudan kapsamına girmemekle birlikte konunun daha iyi anlaşılması için kıyasa kısaca değinmek yerinde olacaktır.

8. Kıyas Hakkında Genel Bilgiler

İslam Hukuku'nda hüküm istinbâtında kullanılan şer'î delillerden biri de kıyastır. Kıyasın sözlük anlamının belirlenmesinde bir güçlük yoktur. Ancak kıyasın mahiyetinin ve terim anlamının belirlenmesi bu kadar kolay değildir.

Kıyas hem mantık ve felsefenin, hem de kelimeler, fıkıh ve fıkıh usulü ilimlerinin kullandığı bir terim olunca, farklı alanlarda kullanılan bu terimin anlamının neye tekabül ettiğinin belirlenmesi bir problem haline gelebilmektedir. Problem özellikle kıyasın mahiyeti konusundaki görüş ayrılığından kaynaklanmaktadır.

Ayrıntılara inildiğinde, ulemâ arasında öteden beri kıyasın mahiyeti ve türleri arasında ayırım yapıldığı; kimilerinin bir kıyas türünü meşru sayarken, kimilerinin diğerini meşru saymadığı görülür.

⁶² **Serahsî**, *Usûl*, c. II, s. 203.

⁶³ **Cessâs**, *el-Fusûl fi'l Usûl*, c. IV, s. 234.

İslam bilginlerinin çoğunluğu açısından kıyas, akli kıyas ve şer’i kıyas olarak ikiye ayrılır. Akli kıyas, gerçekleşmesinde aklın yeterli olduğu kıyastır. Şer’i kıyas ise şer’ sayesinde bilinen bir aslın gerekli olduğu kıyastır. Daha açık ifade etmek gerekirse şer’i kıyası akli kıyastan ayıran temel özelliklerden biri şer’i kıyasın ayet veya hadis gibi şer’i bir asla dayanmasıdır.⁶⁴

Bu açıklamalardan sonra kıyasın sözlük ve istilâhi anlamına geçebiliriz. Burada kıyasın tanımından sonra kıyasın gerçekleşebilmesi için gerekli olan şartlar ve bu şartların kısa açıklaması, kıyasın hüccet olduğunun Kitap, Sünnet, icmâ ve akli delilleri açıklandıktan sonra kıyas istihsân ilişkisine yer verilip istihsân çeşitlerine geçilecektir.

8.1. Kıyasın Sözlük Ve Istilâhi Anlamı

Kıyas sözlükte, “iki şeyin miktarının birbirine göre değerlendirilmesi, bir şeyi takdir etmek, ölçmek, karşılaştırmak ve iki şey arasındaki benzerlikleri tespit etmektir.”⁶⁵ Diğer bir ifadeyle kıyas, “ölçmek, ölçerek yapmaktır.”⁶⁶

Usûl-ü fıkıhta kıyas; “Kitap, Sünnet veya İcmâ’da hükmü bulunmayan meseleye, aralarındaki illet birliği sebebiyle, bu kaynaklardan birinde yer alan meselenin hükmünü vermektir.”⁶⁷

Çağdaş İslam Hukukçularından Yunus Apaydın ise kıyası; “hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin, başka bir mesele ile aralarındaki benzerliğe dayanılarak hükmü açıkça belirtilen meseleye göre karar vermektir” şeklinde açıklamaktadır.⁶⁸

⁶⁴ Apaydın, Yunus, *İslam Hukuk Usulü*, s. 79-80.

⁶⁵ İbnü'l-Manzûr, *Lisanü'l Arab*, c. VI, s. 185.

⁶⁶ Topaloğlu, Bekir / Karaman, Hayrettin, *Arapça-Türkçe Yeni Kâmus*, İstanbul 2015, s. 337.

⁶⁷ Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 126.

⁶⁸ Apaydın, Yunus, ‘‘Kıyas’’, DİA, XXV, Ankara, 2002, s. 529

8.2. Kıyasın Rükünleri

Kıyasın meydana gelebilmesi için bazı unsurların bulunması gerekir ki bunlara kıyasın rükünleri denilmektedir. Rükün, “bir şeyin mahiyetini teşkil eden ve o olmaz ise olmaz kabilinden bulunan unsurdur.”⁶⁹ Kıyasın rükünleri dörttür⁷⁰:

1. *Asıl*: Hükümü nass veya icmâ tarafından belirlenmiş ve kendisine kıyas yapılacak esas meseledir. Buna, “mâkisun aleyh” veya “müşebbehun bih” de denilir.

2. *Fer'*: Hükümü nasslarda belirlenmemiş olan ve önceden var olan meseleye kıyas edilecek yeni meseledir. Buna “mâkis” veya “müşebbeh” de denilir.

3. *Aslın hükmü*: Asıl mesele hakkında nassla sabit olan ve kıyas yoluyla fer'e de tatbik edilmek istenen hükümdür.

4. *İllet*: Sözlükte, bulunduğu yerde değişikliğe yol açan durum, zafiyet, sebep ve gerekçe gibi anlamlara gelmektedir. Terim olarak ise illet, asılda bulunan hükmün üzerine bina edildiği vasıftır.

İslâm hukukçuları illeti, hükmün konulmasını münasip gösteren durum, hükmün konulmasından beklenen netice veya hükmün korumak istediği menfaat ve hükmün konulmasını münasip gösteren durumu umumiyetle ihtiva eden açık (munzabıt) vasıf gibi anlamlarda da kullanmışlardır. İlet, nasstaki hükmün konmasına sebep olan ve kıyasın kendisi esas alınarak yapıldığı ortak vasıftır. Belâgattaki anlamıyla buna *vechu* 'ş-şebah denilebilir.

Kıyasın tanımının izahı ise şu şekildedir: Müçtehit yeni bir mesele ile karşılaşır ve bu meselenin hükmünü Kitap ve Sünnet'te bulamaz. Bu mesele ile ilgili daha önce yapılmış bir icmâda bulunmamaktadır. Müçtehit, karşılaştığı meselenin şer'i hükmünü belirleyebilmek için yeni bir metot kullanır ki bu metot, genel manası ve muhtevası ile “benzetme” işlemidir. Fıkıh usûlü âlimleri bu sözü edilen benzetme için kıyas tabirini kullanmayı tercih etmişlerdir. Kıyas metoduna göre müçtehit Kitap, Sünnet ve İcmâ'yı araştırarak, bu kaynaklarda yeni karşılaştığı meselenin benzerinin bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalışır. Benzer bir mesele bulunduğu yeni meseleyi, var olan meseleye kıyas ederek onun hükmüne tâbi kılar. İki meselenin birbirine benzer olduğunu belirleyebilmek için bunların ortak noktaları

⁶⁹ **Erdoğan**, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 484.

⁷⁰ **Şa'bân**, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 138.

dikkate alınmaktadır ki, usûlcüler buna illet adını vermektedirler. Aynı illeti taşıyan iki mesele birbirine kıyas edilerek müşterek hükmü almaktadır.

Sözgelimi, ribâ konusunda dariya nazaran buğday bir asıldır. Fer' aslın hükmüne tâbi olan şeydir. Buğdaya nazaran darı gibi ki, bunun hükmü kıyas ile izhar edilmiştir. Aslın hükmü kitap, sünnet, icmâ ve istihsân ile sarâhaten sabit olan hükmü şer'îdir. İlet ise hükmün konmasını münasip gösteren durumu genellikle ihtiva eden açık (munzabıt) vasıftır.⁷¹

Mesela; Kur'ân-ı Kerîm'de şarabın haram olduğu hükmü yer almış ve Allah'ın şarabı niçin haram kıldığı da aynı ayette belirtilmiştir. İlgili ayette: “*Ey iman edenler! Şarap, kumar, dikili taşlar (putlar) ve şans okları, birer şeytan işi pisliktir. Bunlardan kaçının ki kurtuluşa eresiniz. Şeytan, şarap ve kumar (yolu) ile aranıza düşmanlık ve kin sokmak istiyor. Artık bunlardan vazgeçtiniz değil mi?*”⁷² buyurulmuştur.

Bu ayette geçen *hamr* (خمر), Hanefilere göre üzüm suyundan, ateşte kaynatılmaksızın elde edilen özel bir içkinin adıdır. Buna göre, belirtilen içkinin dışında kalan viski, rakı vb. sarhoş edici maddeler ayetin kapsamına dâhil değildir. Fakat sarhoşluk veren bu içkilerin (viski, rakı vb.) içilmesi de, Kur'ân'ın hamr hakkında açıkladığı kötü sonuçları ihtiva etmektedir. O halde bu içkilere de kıyas yoluyla hamrın hükmü uygulanır.

Bu örnekte *hamr* (خمر) asıldır. Viski vb. sarhoş ediciler ise fer'dir. Sarhoşluk (aklın gitmesine sebep olan) ise illettir. *Hamr* (خمر)'in haram olması nassın bildirdiği hüküm, viski vb.nin haram oluşu ise, kıyas yoluyla fer' için belirlenen hükümdür.⁷³

8.3. Kıyasın Hüccet Olmasının Delilleri

İslâm hukukçularının büyük bir çoğunluğu, kıyasın şer'î-ameli hükümlerin bilinmesini sağlayan bir delil ve İslâm Hukuku'nun esaslarından biri olduğu konusunda fikir birliği etmişler ve kıyasın dini bir hüccet olduğuna dair Kitap, Sünnet, İcmâ ve akli deliller sunmuşlardır.

⁷¹ Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, s. 246.

⁷² el-Mâide, 5/90-91.

⁷³ Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 127-128.

8.3.1. Kıyasın Hüccet Olduğunun Kitap'tan Delili

Cumhur kıyasın hüccet olduğuna dair Kitap, Sünnet ve icmâdan birçok delil getirmiştir. Biz burada her konuya birer örnek vermekle iktifâ edeceğiz.

Kur'an-ı Kerim'de; *“Ehli kitaptan inkâr edenleri ilk sürgünde yurtlarından çıkararak O'dur. Siz onların çıkacaklarını sanmamıştınız. Onlarda kalelerinin kendilerini Allah'tan koruyacağını sanmışlardı. Ama Allah (ın gazabı), onlara beklemedikleri yerden geliverdi ve yüreklerine korku saldı. Ey akıl sahipleri, ibret alın!”*⁷⁴

Bu ayette Allah (c.c.) kendisini inkâr etmeleri ve Hz. Peygamber ile müminlere tuzak kurmalarının karşılığı olarak Nâdiroğullarının başına gelenleri bildirmekte ve bunun hemen akabinde, *“Ey akıl sahipleri ibret alın!”* Onların başına gelen felaketin sebebini iyi düşünün. Onlar gibi davranmaktan sakının. Yoksa onların başına gelen felaket sizin de başınıza gelir buyurmaktadır. Allah'ın (c.c.) bu ifadesi sonuçların sebeplere tâbi olduğunu göstermektedir. Bir diğer ifadeyle benzer sebepler aynı sonuçları doğurur. İşte konumuz olan kıyas delili de sebep sonuç ilişkisi dikkate alınarak uygulanır. Zira kıyas, sonucun, sebeb varlığına bağlamasından ibarettir.⁷⁵

8.3.2. Kıyasın Hüccet Olduğunun Sünnet'ten Delili

Has'amlı bir adam Hz. Peygamber'e gelip şöyle dedi: *“Benim babam, ileri bir yaşta İslâm ile şereflendi. Şu anda hayvan sırtında bile yolculuk yapamayacak kadar yaşlı. Hac ibâdeti ona farz. Onun yerine ben haccetsem olur mu?”*. Hz. Peygamber: *“Ne dersin, babanın bir borcu olsaydı ve sen onu ödeseydin, onun borcu ödenmiş olur muydu?”* diye sordu. Adam: *“Evet”* cevabını verince Hz. Peygamber: *O halde onun yerine hac edebilirsin, buyurdu.*⁷⁶

H. Peygamber, bu adamın, bizzat hac ibadetini eda edemeyecek durumda olan yaşlı babasına vekâleten haccı eda etmesinin geçerli olup olmadığını sorunca: *Bu sahihtir, onun yerine vekâleten hacc edebilirsin diye cevap vermemiştir.* Aksine

⁷⁴ el-Hasr, 59/2.

⁷⁵ Şa'bân, İslâm Hukuk İlminin Esasları, s. 130.

⁷⁶ Nesâî, Menâsiku'l-Hacc, 8.

ona hacca benzer bir şeyin yani borcun vekâleten ödenmesinin hükmünü sormuştur. Adam bunun borcu düşüreceğini söylemesi üzerine, Hz. Peygamber babasına vekâleten yapacağı hacın geçerli olacağını beyan etmiştir.

8.3.3. Kıyasın Hüccet Olduğunun İcmâ'dan Delili

San'alı bir kadın, dostu ile kocasının oğlunu öldürmek için anlaşmış ve onu beraberce öldürmüşlerdi. Olay Hz. Ömer'in o şehre vâli tayin ettiği Ya'la b. Ümeyye'ye intikal etti. Ancak o bir karara varamadığı için durumu bir mektupla Hz. Ömer'e bildirdi. Bunu üzerine Hz. Ömer bu meseleyi müzakere etmek üzere sahabeyi davet etti. Toplantıya katılanlar arasında Hz. Ali de vardı. Oğlanı öldüren üvey annenin ve onun dostunun buna karşılık öldürülmesi mi yoksa sadece birisinin mi öldürülmesi gerektiği konusunda müzâkerede bulundular. Hz. Ömer bir kişiye karşı iki kişinin öldürülmemesi gerektiği görüşünde idi. Hz. Ali ise tam aksini düşünüyordu. Müzâkere sırasında Hz. Ali, Hz. Ömer'e şu soruyu sordu; "söyle bakalım bir grup bir deveyi çalıp onu müşterek olarak boğazlasalar ve her biri devenin bir parçasını alsa, bunların her birine hırsızlık cezası tatbik edilir mi?" Hz. Ömer: "Evet" cevabını verince Hz. Ali şöyle dedi; "İşte bu da onun gibidir." Sonunda Hz. Ömer ikna oldu ve vâli Ya'la'ya şu tâlimatı yazdı: "İkisini de idam et. Şayet cinayete bütün San'a halkı katılmış olsaydı hepsine ölüm cezası tatbik ederdim!" dedi.

Bu rivayete göre Hz. Ali, müştereken adam öldürmeyi, müştereken hırsızlık yapma suçuna kıyas etmiştir. Hz. Ömer ve diğer sahâbiler de onun bu içtihadına itiraz etmemişlerdir. Böylece hakkında açık nass ve icma bulunmayan meselelerde kıyasın bir istidlal metodu ve hüccet olarak kullanılabileceğine dair sahabe icmâsı hâsıl olmuştur.⁷⁷

8.3.4. Kıyasın Hüccet Olduğunun Akli Delili

Kıyasın hüccet olduğunu savunanlar, akli delil olarak şu düşüncüyü ileri sürmüşlerdir: Yüce Allah'ın hikmeti gereği İslâm dini, semâvi dinlerin sonuncusu olmuştur. Artık kıyâmete kadar başka din gelmeyecektir. Buna göre, İslâm dininin

⁷⁷ **Kahraman**, Abdullah, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 2010, s. 159.

kaynaklarının, sadece mevcut olayların değil, dünyanın sonuna kadar ortaya çıkacak bütün olayların hükmünü bulmaya elverişli bir zenginlikte olması gerekir. Kur'an ve sünnetteki hukuki nasslar ise sınırlıdır, artık vahiy sona erdiğine göre bunlara başka nasslarda eklenmeyecektir. Buna karşılık, mevcut nassların insanların karşılaştıkları ve karşılaşacakları olayları karşılayamayacağına göre yeni olayların hükümlerini elde etmeyi sağlayacak başka bir kaynağın (hüküm çıkarma yolunun) bulunması zaruridir. İşte bu hükümleri elde etme yolu, hakkında nass bulunan hükümlerin hangi gerekçelerle konulduğunu belirleme ve bu hükümleri benzeri olaylara uygulama metodudur ki, böylece nassların uygulanma çerçevesi genişletilmiş olacaktır. Bu ise kıyastır.

Demek oluyor ki kıyas, hukuki nassları, hakkında hüküm bulunmayan yeni olayları da kapsamına alacak hale getiren metottur. Böylelikle İslâm Hukuku dünyanın sonuna kadar insanların ihtiyacını karşılayan her yerde ve her devirde uygulanmaya elverişli bir hukuk olarak kalır. Kıyasın kabul edilmemesi ise, İslâm hukukunun donmuş ve insanlığın ihtiyacını karşılayamaz hale gelmiş bir hukuk olduğu şeklinde ithamlara hedef olmasına yol açar. Hâlbuki böyle bir özellik İslâm dininin semavi dinlerin sonuncusu olmasını takdir etmiş bulunan ilahi hikmetle bağdaşmaz.⁷⁸

9. Kıyas-İstihsân İlişkisi

Şiiler, Mu'tezile'nin bir kısmı ve Zâhirîler'in kıyası reddettiğini daha önce zikretmiştik. Kıyas, İslâm Hukuku'nun toplumda karşılaşılan yeni meselelerin çözümü için kullanılmaktadır. Fakat gelişen, değişen ve buna bağlı olarak meydana gelen yeni soru ve sorunların çözümünde kıyasında yetersiz kaldığı görülmektedir. Mesela Kitap veya Sünnet'te benzer bir hüküm var olduğu halde, zaruret, maslahat vb. nedenlerle bu hükmün uygulanması bazen güçleşmiştir. İşte bu güçlüğü izâle etmek ve maslahatı gözetmek için başta Hanefîler olmak üzere İslâm hukukçuları, bu tür meselelerde açık kıyası bırakarak istihsân ile (gizli kıyas) amel etmişlerdir.

İstihsân bahsinde kıyas daha çok “genel nitelikli nass ve külli kaide” anlamında kullanılmaktadır. Kıyas ile istihsân arasındaki fark ise ikiye ayrılmaktadır:

⁷⁸ **Şa'bân**, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 135.

Birincisi, kıyas nassa veya icmâ ile belirlenmiş olan bir meselenin hükmünü, aralarındaki illet birliği sebebiyle, bu kaynaklarda hükmü bulunmayan başka bir meseleye vermektir. İstihsân ise bir delile dayanarak, meseleyi benzerlerinin hükmünden ayırarak ona uygun başka bir hüküm vermek veya bazen meseleyi bir benzerine bağlamaktan vazgeçip gizli ama illeti daha kuvvetli başka bir benzerine ilhak etmektir. *İkincisi* ise, kıyas ondan başka delilin bulunmadığı meseleler hakkında olur ve dolayısıyla o meselelerde bir tek kıyas hükmü bulunur. İstihsân ise, iki delilin çatıştığı meselelerde bulunur ve müçtehit bu iki delilden daha kuvvetli olanı, insanların maslahatını gerçekleştirmede daha etkili olanını, diğerine tercih eder. Dolayısıyla istihsânda, bir mesele hakkında çatışan bu iki delile ait ayrı ayrı iki hüküm bulunur ve müçtehit, bunlardan birisini, terk etmeyi gerektirecek bir delile dayanarak bırakır ve diğerini alır.⁷⁹

Ebû Hanîfe'nin verdiği istihsân hükümlerinin çoğunda meseleye bakıldığında, hemen akla gelen açık kıyasın, genel kuralın terk edilmesi (istisna') esasına dayandığı görülmektedir. Ebû Hanîfe, bir meselede hüküm verirken ilk olarak nassa, nass yoksa konuyla ilgili varsa icmâyâ o da yoksa sahâbe kavline ondan sonra ise kıyasa göre hüküm verirdi. Kıyas ile hüküm verildiğinde bu hüküm insanlar için meşakkate yol açacak ise kıyasa aykırı, yerleşik bir örf ve uygulamanın olup olmadığına bakardı. Yine aynı meselede maslahatı daha fazla olan, daha kuvvetli başka bir kıyasın olduğunu gördüğünde önceki kıyas hükmünü (açık kıyası) terk ederek, kapalı kıyası tercih eder ve bunu da istihsân olarak adlandırırdı.⁸⁰

10. İstihsân Çeşitleri

Hanefî fihhında istihsân türleri ve her bir türün örneklendirilmesi üzerinde özenle durulmaktadır. Bu konudaki çabalar birazda istihsâna yapılan eleştirileri cevaplandırmaya veya hiç değilse sınırlı bir alana hapsetmeye yöneliktir. Hanefî usûlcülerinin, kavramı geniş kapsamlı tutup, dönemlerine kadarki fikhî birikim içinden istihsân anlayışının fikri temeli sayılabilecek örnekleri ayıklamaları ve bunları birer istihsân türü olarak adlandırmaları bu çeşitliliği arttırmıştır.

⁷⁹ Önder, Muharrem, *a.g.e.*, s. 154.

⁸⁰ Önder, Muharrem, *a.g.e.*, s. 54.

Usûlcüler arasında tartışmalı olan istihsânın, ilk Hanefî usûlcülerinin belirttiği gibi başlangıçta “gizli kıyas istihsânı” ve “istisna yoluyla istihsân” şeklinde iki ana bölüme ayrıldığı görülmektedir. Klasik usûl-i fıkıh kitapları istihsânın kendisiyle gerçekleştiği delile göre dörtlü bir tasnife gitmişlerdir. Bununla birlikte zikredilen dört farklı istihsan çeşidinden başka örf ile istihsan ve maslahat ile istihsan yapıldığı da gözlemlenmektedir. Bu durum örfün icma ile maslahatın da zaruret ile sıkı bir ilişki içinde olduğu ve dolayısıyla ayrı deliller/sebepler olarak zikredilmelerine gerek duyulmadığı şeklinde açıklanmıştır.⁸¹ Ancak biz burada örf ve maslahat sebebi ile istihsana da kısaca değinmeyi uygun gördük. Bu cümleden olarak kıyasın terk edilmesiyle verilen hükmün dayanağı (me’hazı) anlamına gelen “vechü’l-istihsân” şunlardır;

- 1.Nass sebebiyle istihsân,
- 2.İcmâ sebebiyle istihsân,
- 3.Zaruret sebebiyle istihsân,
- 4.Kapalı kıyas sebebiyle istihsân,
- 5.Maslahat sebebiyle istihsân.
- 6.Örf sebebiyle istihsân,

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için istihsân çeşitleri birer örnekle açıklanacaktır.

10.1. Nass Sebebiyle İstihsân

Bir mesele hakkında belirli bir nass bulunuyorsa ve bu nass, genel nass veya yerleşik genel kural gereği o meselenin benzerleri hakkında uygulanan genel hükmün aksine bir hüküm ihtiva ediyorsa, o zaman bu çeşit istihsândan söz edilir. Bu özel nass hükmü, Şâri’in benzerlerine ait hükümden istisna ettiği bütün durumlar hakkında geçerlidir. Başka bir deyişle nass sebebiyle istihsân, bir hukuksal olayın bizzat Şâri’ (yasa koyucu) tarafından istisna edilerek olaya, benzerlerine verilmiş olan hükümden farklı bir hükmün verilmesidir.⁸² Bu bağlamda Hanefî mezhebinde

⁸¹ Bardakoğlu, “İstihsân”, DİA, c. XXIII, s. 342.

⁸² Dönmez, İbrahim Kâfi, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları* (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum, 1981, s. 137.

nass sebebiyle istihsân; Kitap, Sünnet ve eser sebebiyle istihsân olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

10.1.1. Kitap İle İstihsân

Kıyas, genel kural veya umumi bir nassın gerektirdiği bir hükmün, kitaptan başka bir delile istinaden yapılan istihsâna karşı herhangi bir ihtilaf yoktur. Bu tür istihsâna şu örnek verilebilir;

Vasiyet mülkiyetin ortadan kalkacağı zamana bağlanmış bir temlik işlemidir. Fakat temlik konusundaki yerleşik kurala bakıldığında, temlik mülkiyetin ortadan kalkacağı zamana bağlanamaz. Öyleyse bu konuda vasiyetin geçersizliğine hükmetmek gerekmektedir. Ancak bu konudaki özel naslara dayanılarak vasiyetin geçersizlik hükmü terk edilmiş ve vasiyetin caiz olduğuna hükmedilmiştir. Kur’ân’da “*Bütün bu paylar, ölenin yapmış bulunacağı vasiyet yerine getirildikten ve borcun ifasından sonradır*”⁸³ buyrulmuştur. Bu ayet ve aynı konuda gelen hadîse⁸⁴ dayanarak Hanefiler, “vasiyet, kıyasa aykırı olmakla birlikte istihsânen caizdir” demişlerdir.⁸⁵

10.1.2. Sünnet İle İstihsân

Herhangi bir olay ile ilgili genel kıyasa rağmen o olay hakkında bir sünnet (hadis) sebebiyle, benzerlerinde bulunan hükümden farklı bir hükmün verilmesine sünnet (hadis) sebebiyle istihsân denmektedir.

Malum olduğu üzere Sünnetin de takriri, kavli ve fiili olmak üzere üç çeşidi vardır. Şimdi her bir sünnet çeşidi ile ilgili istihsânı birer örnekle açıklamaya çalışalım.

10.1.2.1. Takriri Sünnet İle İstihsân

Buna örnek olarak **Kâsâni** (v. 587/1116) Bedâiu’s-Sanâi’de Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’in mestteki küçük bir yırtığın meshe istihsânen

⁸³ **Nisa**, 4/11-12.

⁸⁴ **İbn Mâce**, *Vesâya*, 5.

⁸⁵ **Merğînânî**, *el- Hidaye*, c. IV, s. 231.

mani olmayacağını ve bu istihsânın gerekçesi olarak da Resûlullah'ın (s.a.v) ashâbının mestlerinde azda olsa yırtık olduğunu bildiği halde onlara meshi emretmesini zikreder.⁸⁶

10.1.2.2. Kavli Sünnet İle İstihsân

Buna örnek Resûlullah'ın (s.a.v) Hz. Aişe (r.a) validemize hitaben “elbisende meni gördüğünde, ıslaksa yıka, kuruyrsa ufala” şeklindeki sözleridir.⁸⁷ Burada meninin elbiseye bulaşıp kuruması durumunda ufalamakla istihsânen temiz sayılacağı hükmünün mesnedini kavli sünnet teşkil etmektedir.

10.1.2.3. Fiili Sünnet İle İstihsân

Hz. Peygamber'in (s.a.v.) davranış ve uygulamalarının anlatımı⁸⁸ olarak tanımlanan fiili sünnetinde istihsâna gerekçe olduğunu görmekteyiz. Buna örnek olarak cünüp, hayızlı ya da muhdis⁸⁹ olan biri, üzerinde herhangi bir pislik olmadığı halde gusülden önce elini su kovaşına soksa ya da o sudan içse Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre kıyasen su ifsat olurken istihsâna göre ifsat olmaz. Kâsâni suyun müsta'mel olmasını kıyasın gerekçesi olarak sunar ve istihsânın gerekçesi olarak da Hz. Aişe (r.a)'ın; “hayızlı iken su içtiğim kabı Hz. Peygamber'e (s.a.v.) uzatırdım ve o da ağzımın değdiği yerden içerdi”⁹⁰ hadisini zikreder.

10.1.3. Eser Sebebiyle İstihsân

İsnadı ister muttasıl olsun ister munkatı', sahâbeden rivayet edilen söz, fiil ve takrirlere eser (sahâbe kavli) denir.⁹¹

Bir sahâbinin görüşü, sahâbi arasında yaygınlık kazanmış ve aksine bir görüş ortaya çıkmamışsa bu, Hanefîler tarafından şer'î delil ve bir nevi icmâ (sukûti) sayılmış ve bunun kıyasa takdim edileceği hususu tartışmasız kabul edilmiştir.⁹²

⁸⁶ **Kâsâni**, *Bedâiu's-sanâi*, c. I, s.11.

⁸⁷ **Kâsâni**, *Bedâiu's-sanâi*, c. I, s. 84

⁸⁸ **Çakan**, *Hadis Usûlü*, s. 27

⁸⁹ **Bkz.**, dipnot: 49.

⁹⁰ **Kâsâni**, *Bedâiu's-sanâi*, c. I, s. 69.

⁹¹ **Koçyiğit**, *Hadis Usûlü*, s.160.

Eser sebebiyle istihsâna şu örneği verebiliriz; Birden fazla kişi birine saldırıp onu öldürseler, kıyasen birlikte öldürme işini yapanların hepsine kısas uygulanmaz. Çünkü bunda eşitlik söz konusu değildir. Bir kişiye karşılık birden fazla kişiyi öldürmek zulüm ve hakkın sınırını aşarak haksızlık etmiş olmaktır. Ancak San'a da iki kişi bir olup bir kişiyi öldürmüş ve bu durum Hz. Ömer'e (r.a) bildirildiğinde o, iki kişiye kısas emrini vermiş ve şöyle demiştir; "O adamı öldürmek üzere bütün San'a halkı birleşselerdi hepsinin kısas gereği öldürülmelerini emrederdim."⁹³ Hanefî fakihleri de Hz. Ömer'in (r.a) bu uygulamasını istihsâna delil olarak alıp bu kişilerin hepsine kısas hükmünün uygulanması gerektiğini söylemektedirler.

10.2. İcmâ Sebebiyle İstihsân

İcmâ sebebiyle istihsâna ise; karı ve kocanın beraber irtidat edip sonrasında tekrar birlikte İslâm'a dönmeleri halinde nikâhlarının bozulmamasını örnek olarak verebiliriz.

İstihsânen verilen bu hükmün dayanağı; Hz. Ebûbekir (r.a) zamanında bir grup arabin eşleriyle birlikte irtidat edip tekrar birlikte İslâm'a dönmeleri ve bu olayın sahâbe huzurunda olmasına rağmen nikâhlarının tazelenmesi gerektiği hakkında sahâbeden bir görüşün gelmemesiyle oluşan (sukûti) icmâdır.⁹⁴

Burada bazı hukukçuların nass ve icmâ sebebiyle yapılan istihsâna, "gerçekte hükmün mesnedi istihsân değil nass veya icmânın kendi olmalıydı" demek suretiyle karşı çıktıklarını belirtmekte fayda var. Örneğin, Çağdaş İslam Hukukçularından Mustafa Ahmet ez-Zerkâ "dayanağı nass ve icmâ olan istihsân" ifadelerini tenkit ederek şunları söylemektedir; "Nass sebebiyle istihsân veya icmâ sebebiyle istihsân aslında nass veya icmâyâ dayanmaktadır. Yoksa kıyas veya onun mukabili olan istihsâna değil. Doğrusu istihsân, şer'î nass bulunmamasından dolayı yapılan, kıyas işleminden fakihin istidlali ile dönmekten ibarettir. Dolayısıyla Kur'ân, Sünnet ve İcmâ rütbe bakımından kıyastan üstündür, öyleyse ne kıyasa ne de kıyastan dönmek

⁹² **Önder**, Muharrem, *a.g.e.*, s. 174-5

⁹³ **Serahsî**, *el-Mebsût*, c. XXVI, s. 127.

⁹⁴ **Kâsânî**, *Bedâiu's-sanâi*, c. II, s. 656.

demek olan istihsâna (bu konuda) ihtiyaç vardır. Bunlara istihsân adını vermek yanlış bir adlandırma olur ve kavram kargaşasına yol açar.”⁹⁵

Zerkâ ile aynı görüşü paylaşan Prof. Köse ise: “Nass ve icmâ zaten kendileri birer hüküm kaynağıdır. Ele alınan meselenin hükümleri bunlarla sâbit olduğuna göre ayrıca meseleyi istihsân ile ilişkilendirmeye ihtiyaç yoktur. Ancak nass ve icmâ, istihsânın hükme ulaşmada sağlıklı bir yöntem olduğuna delil alınırca anlamlı olabilir”⁹⁶ görüşündedir.

Önder ise bu görüşe katılmaz ve şöyle der: “Hanefilerce kastedilen istihsân işleminde, bir kıyas ve onun mukabilinde illeti daha kuvvetli başka bir kıyas veya delil bulunmakta ve kuvvetli olup da tercih edilen gizli kıyas ile delilin hükmü, istihsân olarak adlandırılmaktadır. Bu onların kullandığı bir istilâhtır. Kavram ve istilâhlar üzerinde tartışmak ise doğru değildir”⁹⁷.

Konuyla ilgili bazı hukukçuların görüşlerini verdikten sonra kıyasın terk edilmesiyle verilen hükmün dayanağı (me’hası) anlamına gelen vechü’l-istihsânın üçüncüsü olan zaruret sebebiyle istihsâna geçilebilir.

10.3. Zaruret Sebebiyle İstihsân

Zaruret sebebiyle istihsânda müçtehidin, genel kuralın gereği olan hükümden vazgeçerek, zaruretin gereği olan hükme dönmesi söz konusudur. Bu durum hemen her hukuk sisteminde mevcuttur ve İslâm Hukukunda “zaruretlar memnû’ olan şeyleri mübâh kılar”⁹⁸ şeklinde ifade edilirken beşerî hukukta ise “zaruretin kanunu yoktur”⁹⁹ şeklinde ifade edilmektedir.

Zaruretin müçtehide göre değişmesi, mahiyeti, kapsamı ve benzeri konular hakkında bazı tartışmalar yapılmıştır. Konumuzla ilgisi olmadığından bu konuları

⁹⁵ **Zerkâ**, Mustafa Ahmet, *el- Medhalu’l Fıkhıyyül- Amm (el- Fıkhü’l- İslâmi fi Sevbihi’l- Cedid)*, Dimaşk 1967-68, c. I, s. 85-89.

⁹⁶ **Köse**, Saffet, *İslâm Hukukuna Giriş*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 131.

⁹⁷ **Önder**, Muharrem, *a.g.e.*, s. 165.

⁹⁸ **Mecelle**, md, 21.

⁹⁹ **Kozalı**, Abdurrahim, *Kıyas İstihsân ve Doğal Hukuk İlişkisi*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Basılmamış Doktora Tezi) Bursa, 2003, s. 148.

ilgili eserlerin ilgili bölümlerine havâle ederek, burada sadece zaruret sebebiyle yapılan istihsâna iki örnek vermekle yetinilecektir.

Hanefilere göre herhangi bir sebepten dolayı kirlenen kuyu ve havuzların temizlenmesi imkânsız olduğundan, bu kuyu veya havuzdaki su kısmen veya tamamen boşaltılsa bile bu kuyu veya havuz temizlenmiş sayılmaz. Çünkü temizlik için ilave edilen her su, kuyu ve havuzun duvarlarına karışacağı için sonuç hep aynı olacaktır. Ancak Hanefî fakihler zaruret sebebiyle temizlik hususundaki genel kuralı burada işlettirmemişler ve havuz veya kuyu suyunun tamamının veya bir kısmının boşaltılmasıyla bu kuyu ve havuzun temiz olacağı hükmünü vermişlerdir. Bu hükmü vermelerinin nedeni olarak da zaruret ve güçlüğü kaldırılmasını ifade ederler.¹⁰⁰

Yine bir dava konusunda, bir ülkedeki hâkimin başka bir ülkedeki hâkime, davanın delilleri ile ilgili yazdığı mektup, insanların buna olan ihtiyaçları dikkate alınarak istihsânen kabul edilmiştir. Çünkü iddia konusu olan şey ile delilleri ve şahitleri farklı şehir ve ülkelerde olduğunda, her zaman bunların hepsini bir araya getirme imkânı olmayabilir. Dolayısıyla insanlar bu konuda, farklı yerlerdeki hâkimlerin birbirlerine yazacakları bilgi ve delil mektuplarına ihtiyaç duyarlar. Bu, iddiaların ispatı ve hakların kaybolmaması için zaruri bir durumdur.

Kıyas hükmüne göre ise bu, hâkimin bizzat kendisinin tanıksız ve delilsiz olarak haber vermesinden farklı bir şey olmadığından dolayı kabul edilmez. Çünkü bir hâkim başka bir ülke hâkimine, filanca şahsın o ülkedeki falanca kişi üzerindeki hakkı delillerle sâbittir, diye kişisel olarak haber verse bu mahkeme nezdinde delil olmaz. Zira hâkimin görev bölgesi dışında bir dava konusunda haber vermesi delil hükmünde değildir. Fakat insanların ihtiyaçlarından dolayı istihsânen, bir hâkimin başka bir hâkime dava ile ilgili yanında yapılan şahitlikleri ve getirilen delilleri içeren mektubu delil olarak kabul edilmiştir.¹⁰¹

¹⁰⁰ Serahsî, *Usûl*, c. II, s. 203.

¹⁰¹ Önder, Muharrem, *a.g.e.*, s. 234.

10.4. Kapalı Kıyas Sebebiyle İstihsân

İstihsânın bu türüne usûlcüler “istihsânü'l-kıyas” ve “el-Kıyasu'l-hafî” tabirlerini de kullanmaktadırlar.¹⁰² Müçtehidin bu istihsân çeşidinde açık ve akla ilk gelen delili zayıf bulup açık kıyası terk ederek kapalı olduğu halde gizli kıyası tercih etmesinin sebebi, bu delilin daha tesirli ve daha kuvvetli olmasından kaynaklanmaktadır. Hanefilerin kapalı kıyasa istihsân, diğerine de kıyas dediklerini daha önce belirtmiştik.¹⁰³

Hanefilerin en çok kullandığı ve bu konuda kapalı kıyasın tercih edilmesinin temelinde yatan gayenin maslahatın gerçekleştirilmesi ve istenmeyen olumsuz ve kötü sonuçların bertaraf edilmesinin yattığı bu tür istihsâna bir örnek vermekle yetineceğiz.

Alışverişte satıcı ile müşteri arasında malın fiyatı hususunda çıkan ihtilafta gizli kıyas açık kıyasa tercih edilmektedir. Müşteri ile satıcı arasında çıkan ihtilafta satıcı, müşterinin daha fazla vermesi gerektiğini, müşteri de daha az vermesi gerektiğini iddia etseler, bu durumda ikisine de istihsânen yemin ettirilir.

Kıyasa göre satıcının yemin etmesi gerekmemektedir. Çünkü satıcı fazla istemekte, müşteri de bunu inkâr etmektedir. Delil getirmek iddia edene, yemin etmek de inkâr edene düşer.¹⁰⁴ İstihsân yönüyle bakıldığında burada satıcı kararlaştırılan miktardan daha fazlasını istemekte, müşteri de satıcının iddia ettiği fazlalığı inkâr etmekte ve kararlaştırılan miktarı ödedikten sonra malı alma hakkının olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla burada her birisi bir yönüyle iddia eden, bir yönüyle de inkâr eden pozisyonuna girmiş oluyorlar. Bundan dolayı her ikisinin de istihsânen yemin etmesi gerekmektedir. Açık kıyas, bu ve benzeri olaylarda “beyyine (delil) müddeîye (iddiacıya) gerekir, yemin ise inkâr edene düşer” genel kuralını devreye sokarak iddia sahibinden delil, inkâr eden kişiden de yemin istemektedir. Gizli kıyasa göre yani istihsânen bu tür meselelerde, hem iddia eden hem de inkâr

¹⁰² Şener, Abdulkadir, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsân, İstislah*, Ankara, 1974, s. 122.

¹⁰³ Bkz., s. 19.

¹⁰⁴ *Mecelle*, mad. 76.

eden karşılıklı yemin ederler.¹⁰⁵ Böylece yalan söyleyen kişi manevi sorumluluğa mahkûm edilerek maslahat gözetilmiş olmaktadır.

10.5. Maslahat Sebebiyle İstihsân

Maslahat, م ص ح kökünden türemiş olup fayda, yarar, çıkar, menfaat, iyiliğe sebep olan şey, elverişlilik anlamlarında mefsetetin zıddıdır.¹⁰⁶

Bir meselede maslahat düşüncesi, o meseleye genel nassa ve genel kurala göre uygulanacak hükümden istisna yapmayı ve aksi yönde bir hüküm vermeyi gerektirirse, bu çeşit istihsândan söz edilir.¹⁰⁷ Zaruret ve maslahatın birbiriyle olan yakın ilişkisi ve hatta iç içe olması sebebiyle bu iki istihsân çeşidinin bazı eserlerde tek başlık altında, maslahat ya da zaruret gerekçesiyle istihsân olarak verildiği de görülmektedir.

Bu tür maslahata örnek olarak; Hâşimoğullarına zekât vermenin caiz olmadığı, Hanefî ve Mâlikî mezheplerince ve daha başka fakihlerce benimsenmiş ve yerleşmiş bir hükümdür. Bu hükmün delili Hz. Peygamber'in (s.a.v) “Zekât, Muhammed'e ve Muhammed'in ailesine helal değildir”¹⁰⁸ ve “Beşte birin beşte birinde onlara (Hâşimoğullarına) yetecek ve başkasına muhtaç etmeyecek bir hak verilmiştir”¹⁰⁹ hadîsidir. Fakat İmam Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik kıyasa aykırı olmakla birlikte, istihsânen kendi zamanlarındaki Hâşimoğullarına zekât verilebileceğine hükmetmişlerdir. Bu istihsân, maslahat düşüncesine binaen yapılmıştır. Zira onların devrinde, Hâşimoğullarına ganimetlerden ayrılması gereken pay (ganimet) dağıtımında hak sahiplerinin hakkına riayet edilmediği için, bu pay onlara ulaşmaz olmuştur. İşte Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik, onların maslahatını korumak için bu cevaz hükmünü vermişlerdir.¹¹⁰

¹⁰⁵ Özdemir, Muhittin, *İmam-ı Şâfi'ye göre İstihsân* (Yüksek Lisans Tezi), s. 20-21

¹⁰⁶ İbn Manzûr, *Lisanü'l-arab*, “s-l-h” md. C. II, s. 516.

¹⁰⁷ Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 191.

¹⁰⁸ Müslim, *Zekât*, 168.

¹⁰⁹ Zeylaî, Cemaletdin Ebu Muhammed Abdullah b. Yusuf, *Nasbü'r-râye li-tahrîci ehâdisi'l-Hidâye*, Şebra, 1938, c. II, s. 404.

¹¹⁰ Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 191.

Buradaki istihsânın karşıtı olan “kıyas”tan maksat, yukarıda işaret edilen genel nitelikteki nassın kendisi olabileceği gibi, “Hâşimoğullarına zekât verilemez” şeklindeki genel kural da olabilir.¹¹¹

10.6. Örf Sebebiyle İstihsân

Çalışmamızın ana konusu “Hanefilerde senedi örf olan istihsân” olduğundan örf sebebiyle istihsân ikinci bölümde detaylı olarak ele alınacaktır.

Ayrıca bazı fakihler eserlerinde, istihsân sebebi olarak şüphe, ihtiyat, kıyas, evleviyet, hakka riâyet, hüsn-ü zan, sedd-i zerâyi’, delâlet ve nadire galibin hükmünün verilmesi gibi sebeplerle de istihsânen hüküm verildiğini kaydetmektedirler.¹¹²

11. İstihsânın Bazı Kavramlarla İlişkisi

İslâm Hukukunda istihsâna kapsam ve mahiyet yönünden benzeyen bazı kavramlar bulunmaktadır. İstihsân ile bu kavramların benzer yönlerinin mevcudiyetini kabul etmekle birlikte bunların birbirinden farklı şeyler olduğunu açıklamak gerekir. Kavram kargaşasından kurtulmak ve farklı yönlerini göz önünde bulundurmak için istihsân ile bu kavramlar arasındaki farklılıklara değinmeyi uygun gördük.

11.1. İstihsânın Mesâlih-i Mürsele İle Karşılaştırılması

İstihsânın mesâlih-i mürseleden farkını şöyle ifade etmek mümkündür. İstihsândan söz edilebilmesi için, bir mesele hakkında o meselenin benzerlerine verilen bir hükmün bulunması, fakat bir delile dayanılarak o hükümden istisna yapılması ve meseleye o hükmün aksine bir hüküm bağlanması gerekir.

Mesâlih-i mürseleyle göre hüküm vermede ise, hüküm bağlanan olayın, hükmü bilinen benzerleri yoktur. Bu olay ile ilgili maslahat düşüncesine binaen,

¹¹¹ Şa’bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 191.

¹¹² Kâsânî, *Bedâiu ’s-Sanâi*, c. I, s. 137., c.V, s. 58., c. IV, s. 185.

bilinen bir hükmün aksine hüküm verme söz konusu olmayıp, verilen hüküm doğrudan doğruya maslahat düşüncesine dayandırılmaktadır.¹¹³

11.2. İstihsânın Kıyas İle Karşılaştırılması

Kıyas ile istihsânı iki konuda karşılaştırabiliriz;

1. Kıyas, nass veya icmâ ile belirlenmiş olan bir meselenin hükmünü, aralarındaki illet birliği sebebiyle, bu kaynaklarda hükmü bulunmayan başka bir meseleye vermek iken, istihsân; bir delile dayanarak, meseleyi benzerlerinin hükmünden ayırıp ona uygun başka bir hüküm vermek veya bazen meseleyi bir benzerine bağlamaktan vazgeçip daha gizli fakat illeti daha kuvvetli başka bir benzerine ilhak etmektir.

2. Kıyas, ondan başka delilin bulunmadığı meseleler hakkında olur ve dolayısıyla o meselelerde bir tek kıyas hükmü bulunur. İstihsân ise, iki delilin çatıştığı durumlarda bulunur ve müçtehit bu iki delilden daha kuvvetlisini, insanların maslahatlarını gerçekleştirmede daha etkili olanını diğerine tercih eder. Dolayısıyla istihsânda, bir mesele hakkında çatışan bu iki delile ait ayrı ayrı iki hüküm bulunur ve müçtehit, bunlardan birisini terk etmeyi gerektirecek bir delile dayanarak onu bırakır ve diğerini alır.¹¹⁴

Buraya kadar istihsânın ilk kullanım şekli, onu ilk kullananlar ve ilk tanımı ile bu tanımın yapılmasına neden olan amiller ele alındı. Ayrıca istihsânın hüccet oluşunun Kitap, Sünnet ve İcmâ'dan delilleri örneklerle açıklandı. İstihsânı kabul ve redd edenlerin kabul ve reddetme gerekçesi sunuldu. İstihsân çeşitleri (nass, icmâ, kapalı kıyas, zaruret, maslahat ve örf sebebiyle istihsân) verilip birer örnekle konu açıklandı. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için istihsân ile ilgisi bulunan kıyas hakkında genel bilgiler verilip kıyas yapılabilmesi için gerekli şartlar ele alınarak incelendi ve istihsânın bazı kavramlarla ilişkisine yer verildi. İkinci bölümde ise konumuzla doğrudan ilişkili olan örf kavramı üzerinde durulacak ve sonrasında Hanefilerde senedi örf olan istihsânlara yer verilecektir.

¹¹³ Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 194.

¹¹⁴ Önder, Muharrem, *a.g.e.*, s. 119

İKİNCİ BÖLÜM

HANEFÎ MEZHEBİNDE SENEDİ ÖRF OLAN İSTİHSÂN

İslâm insanlara yaşamaları adına öngördüğü hayat modelini uygulama yollarını öğretirken, ister hukuki ilişkilerde ister hukuki olmayan ilişkilerde insanların daha önce yaşaya geldikleri örf ve âdetlerini tamamen silip atmamış aksine hüküm koyarken mevcut durumlarını da göz önünde bulundurmıştır.

Bu yönüyle fer'i delillerden olmakla birlikte İslâm hukukunun önemli kaynaklarından biri olan örf, vahiy döneminden başlayarak fikhın tedvin edildiği dönem ve sonrasında günümüze kadar değişik alanlarda ve farklı ölçülerde İslâm hukukunda verilen bazı fetvalara kaynaklık etmiştir.

Burada bir hususu açıklamak gerekmektedir. Genel anlamda örf ve âdet terimleri birlikte kullanılmakta birlikte, fakihlerin bu iki terimi aynı anlamda ve birbirinin yerine kullandıkları da görülür. Mesela, Mecelle'nin en önemli şârihlerinden biri olan Ali Haydar Efendi, Mecelle'nin 32. maddesini¹¹⁵; “şer’î bir hükmü ispat için örf ve âdet hakem kılınır”¹¹⁶ şeklinde şerh etmiş ve bu iki terimi aynı anlamda kullanmıştır.

Âdet sözlükte “dönmek, geri çevirmek, alışkanlık haline getirmek ve tekrarlamak anlamlarına gelir.¹¹⁷ İbn Âbidîn (v. 1252/1836) ise âdeti şöyle tanımlamaktadır: “Âdet muavvededen alınmıştır. O tekrar tekrar, yapıla yapıla ruhlara ve akıllara yerleşir, orada karar kılar, maruf olur. Bir alâka ve karîne aranmaksızın kabul edilir. Böylece örfî bir hakikat halini alır.”¹¹⁸

Bununla birlikte örf ile âdet arasında mahiyet bakımından bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Âdet daha genel iken örf daha özeldir. Âdet iyi bir iş

¹¹⁵ “*Âdet muhakkemdir.*” (Mecelle, mad. 32)

¹¹⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l- Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (Osmanlıca), İstanbul 1330 (3.baskı), c. I, s. 92,93.

¹¹⁷ Karaman, Hayrettin, “*Âdet*”, DİA, c. I, s. 369.

¹¹⁸ İbn Âbidîn, Muhammed Emin, *Neşru'l- arfi binâi ba'zil- ahkâm ala'l- urf*, Beyrut ts, c. II, s. 114.

hakkında olabileceği gibi kötü bir şey hakkında da olabilir. İyi bir âdet, kötü bir âdet denildiği halde kötü bir örf veya iyi bir örf cümlesine pek rastlanılmaz. Konumuzu doğrudan ilgilendiren örf kavramı, olduğundan âdetle ilgili bu kısa bilgiyle iktifâ edip çalışmamızla doğrudan alâkalı olan örf kavramı ele alınacaktır.

1. Örf Kavramı

1.1. Örfün Lügat Manası

Örf kelimesi ف ر ع kökünden bir isimdir ve birçok anlama gelmektedir. Bu anlamlardan bazıları şunlardır; iyilik, tanınan, bilinen (ma'rûf), iyi anlamlarına gelen örf “nükr”ün (bilinmeyen şey, dine ve akla aykırı olan) zıddıdır.¹¹⁹

Örf ayrıca ihsan, cömertlik, at yelesi, dağın zirvesi, horozibiği ve bir şeyin arka arkaya gelmesi gibi anlamlara da gelmektedir.¹²⁰

1.2. Örfün Istılâhi Manası

İslâm hukukçuları, yapılan en eski örf tarifinin Ebû'l- Berekât Hafızuddin en-Nesefî (v. 710/1310)'ye ait olduğunu söylerler. Nesefî, fûrû-i fıkıhla ilgili *el-Mustasfâ* adlı eserinde örfü şöyle tarif eder; “Örf akla dayalı olarak nefislerde yerleşen ve selim tabiatlarca benimsenip kabul edilen şeylerdir.”¹²¹

Ebû Sünne, ilk örf tarifine Nesefî'nin adı geçen eserinde rastladığını söylese de bazı müellifler bu tanımı Nesefî'nin eseriyle aynı adı taşıyan Gazzâlî'nin (v. 505/111) *el-Mustasfâ*'sı ile karıştırmışlardır.¹²²

İlk örf tarifine Nesefî'nin eserinde rastlanması, h. VIII. (m. XIV) yüzyılın başlarına kadar tam bir örf tanımına rastlanmadığına ve ilk örf tanımının bir usûl eseri değil de fûru eserde rastlandığını göstermesi açısından önem arz etmektedir.

¹¹⁹ **İbn Manzûr**, *Lisanü'l- Arab* (a-r-f maddesi) c. II, s. 745-8; **İbn Fâris**, *Mu'cem* (a-r-f maddesi), c. IV, s. 281-282.

¹²⁰ **Asım Efendi**, *Kamus Tercümesi*, İstanbul ts. “a-r-f” maddesi, c. III, s. 674.

¹²¹ **Ebû Sünne**, Ahmed Fehmi, *el- Urf ve'l- ade fi ra'yi'l- Fukaha*, Matbaatü'l Ezher, Kahire, 1992, s. 10.

¹²² **Dönmez**, İ.Kâfi, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları* (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum 1981, s. 202-203.

Nitekim h. VIII. asırdan sonra İslâm hukukçuları “örf” kelimesini tarif etmeye başlamışlardır. Bu tarifler lâfzen farklılıklar taşısa da mana itibariyle aynı anlamı vermektedir.

2. Örf Çeşitleri

2.1. Geçerlilik Açısından Örf

Geçerlilik açısından örf, sahih ve fasit olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

2.1.1. Sahih Örf

Sahihi örf insanların helali haram, haramı da helal kılmaksızın nasslara ters düşmeyen, kötülüğe sebep olmayan şeyleri âdet haline getirmeleridir.¹²³ Mesela evlenecek bir gencin nişanlısına elbise ve benzeri şeyleri götürmesi ile bunların mehre dâhil olmayıp hediye sayılması ve nikâhları kıyılırken kalabalık bir topluluğun davet edilerek, onlara tatlı ikram edilmesi bu kabildendir.¹²⁴

2.1.2. Fâsid Örf

Şeriat sahibinin nassına muhalif olan, zararı celbeden ve maslahatı yok eden örfür.¹²⁵

Faizli akitler, bazı dernek ve toplantılarda yapılagelen ve dinin kabul etmediği kötü âdetler, içki âlemleri, kumar ve faiz alıp vermek gibi insanlar arasında âdet haline gelen fakat nassların kabul etmediği bu tür şeyleri güzel görmek doğru değildir.¹²⁶ Bunlar örf haline gelse dahi geçersizdir. Örfün geçerli olması için gerekli şartlar ileride açıklanacaktır.

¹²³ Kıyıcı, Selahattin, *İslâm Hukukunda Örf ve Âdet*, İstanbul 1990, s. 102.

¹²⁴ Zuhaylî, Vehbe, *Usûlu'l- Fıkhi'l- İslâmi*, Daru'l- Fikr, Beyrut, 1988, c. II, s. 830.

¹²⁵ Zeydan, Abdülkerîm, *Fıkıh Usûlü*, Marmara Üniv. İlahiyat Fakültesi Vakfı yayınevi, s. 238.

¹²⁶ Atar Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 2013, s. 127.

2.2. Yapısı Bakımından Örf

2.2.1. Amelî Örf

Bazı bilginler bunu “âdet” olarak niteler. Mesela, halkın birçok şeyi sözlü ifade kullanmaksızın sadece teslim-tesellüm tarzında alıp satmayı (bey’ut-teâti), mehrin muaccel (peşin) ve müeccel (ödenmesi ileriye bırakılmış) şeklinde iki kısma bölünmesini, kadının mehrin bir kısmını peşin almaksızın zifafa girmemesini, (sözgelimi kira sözleşmesinde) henüz faydalanma gerçekleşmeden ücretin peşin alınmasını âdet haline getirmiş olmaları amelî örf kapsamına girer.¹²⁷

2.2.2. Kavli Örf

Belli kelime ve kalıpların sözlük anlamlarından birinde veya sözlük anlamı dışında kullanılmasıdır. Kelime söylendiğinde artık karîneye ihtiyaç duymaksızın bu manaya yorulur. Örnek verilecek olursa “dirhem” kelimesi eskiden ülkede tedavülde bulunan para manasında kullanılmıştır. Ancak dirhem’in sözlük anlamı “basılmış gümüş paradır.”¹²⁸ Yine halkın “veled” lafzını sadece erkek çocuğu ifade için kullanmayı âdet edinmeleri de bu tür örfte örnek olarak verilebilir.¹²⁹

2.3. Yaygınlık Bakımından Örf

2.3.1. Genel Örf

Belli bir hukuk nizamı ile ilgili bütün zaman ve yerlerde yahut belli bir zaman diliminde her yerde geçerli olan örfdür.¹³⁰

Kalma süresini ve ücreti baştan belirlemeksizin hamamda yıkanmanın ve ıstıсна’ sözleşmesinin teamül haline getirilmesi, câmilere ayakkabı ile girmenin

¹²⁷ Şa’bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 195.

¹²⁸ Karaman, Hayreddin, “*Âdet*”, DİA, c. I, s. 370.

¹²⁹ Şa’bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 195.

¹³⁰ Karaman, “*Âdet*”, DİA, c. I, s. 370.

câmiye saygısızlık olarak kabul edilmesi, ‘‘talak’’ lafzının evlilik bağının sona erdirilmesi için kullanılması¹³¹ bu kabildendir.

2.3.2. Hususi Örf

Sadece bir memlekette yahut muayyen bir zanaât ve sanat ehli, esnaf sınıfı arasında yaygınlaşan ve şöhret icra olunan örflerdir.¹³²

Buna örnek olarak ‘‘dabbe’’ kelimesinin Irak’ta sırf at için kullanılması, tüccarın tuttuğu defterin borç ispatı için delil kabul edilmesi bu kabildendir.¹³³

3. Örfün Hüccet Değeri

Fakihler örfü bir kaynak olarak ele alırken Kitap ve Sünnet’ten dayanak bulmak amacıyla bu kelimenin geçtiği metinlere başvurmuşlar ve bu başvuru sonucunda Kur’ân ve Sünnet’ten doğrudan veya dolaylı olarak örfle alâkalı ifadeler bulmuşlardır.

Bulunan bu ifadelerin, örfün delil olduğunu destekleyip desteklemediği konusunda görüş ayrılıkları olmakla birlikte örfün hüccet olduğu ile ilgili deliller genel olarak aşağıda açıklanacaktır.

3.1. Örfün Hüccet Olduğunun Kur’ân’dan Delilleri

Örf kelimesinin geçtiği ayetlerden bir tanesi ‘‘*Sen af yolunu tut ve örfle emret*’’¹³⁴ Bu ayetin ıstılâh anlamında kullanıldığını söyleyenlere göre buradaki örf, insanların ahlaklarını, insaniyet faziletlerini ve aralarında yapmayı alışkanlık haline getirdikleri iyi davranışları ifade eder.

‘‘*Annelerin yiyecek ve giyeceklerini örfe uygun olarak sağlamak, çocuk kendisine ait olan babaya aittir. Kimse, gücünün yeteceğinin fazlası ile yükümlü tutulmaz.*’’¹³⁵ Bu

¹³¹ Şa’bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 196.

¹³² Koca, Ferhat, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis*, İsam Yayınları, İstanbul, 1996, s. 253; Zeydan, Abdulkerîm, *Fıkıh Usûlü*, s. 237.

¹³³ Zuhaylî, *Fıkıh Usûlü*, s. 106.

¹³⁴ A’raf, 7/199.

¹³⁵ Bakara, 2/233

ayette şuna dikkat edilirse babanın nafaka ile mükellef olduğu belirtilmekle birlikte miktarı belirtilmemiş ve bu miktar örfе bırakılmıştır.

“...Veli veya vasilerden zengin olan, yetimin malını yemekten kaçının. Yoksul olanda örfе göre bir şey yesin...”¹³⁶ Bu ayette de anlaşıldığı üzere, yoksul olan bir veli yanında bulunan bir yetimin malından örfе göre yararlanabilmektedir.

Sütanneye verilecek olan ücret de ayetle şöyle belirlenmiştir: “Çocuklarınızı sütanne tutup emzirtmek isterseniz, ücretini örfе göre vermenizde size bir sorumluluk yoktur.”¹³⁷ Bu ayette ise, sütanneye verilecek ücretin, örf ve âdete uygun ve meşru bir şekilde olmasının gerekliliği bildirilmektedir.

“Boşanan kadınların da örfе göre bir nafaka hakkı vardır ki verilmesi Allah’tan korkanlara bir vazifedir”¹³⁸ ayeti ile cinsel temastan önce ve mehrin belirlenmediği bir evliliğin boşanma ile sonuçlanması durumunda kadına verilecek olan “mut’a”nın miktarının belirlendiği şu ayet; “Onlara zengin olan gücüne göre, darda olan da haline göre örfе uygun biçimde bir şey versin”¹³⁹ örfün hüccet oluşuna Kur’ân’dan verilen delillerdir.¹⁴⁰

Örfün şer’i bir delil olduğunu ispat için verilen bu ayetlerde geçen “ma’ruf” kelimesi ile kastedilen şeyin mevcut toplumun toplumsal kuralları olduğu açıktır. Zaman ve mekâna göre değişkenlik gösterebilen bu kurallar örf ve âdetlerdir ki, bu durum örf ve âdetin nasslardan sonra, belirli şartları da taşımasıyla şer’i bir delil olduğunu ispat etmektedir.

3.2. Örfün Hüccet Olduğunun Sünnetten Delilleri

Örfün İslâm Hukukunda delil olarak kabul edilmesinde kullanılan kaynaklık delillerinden bir tanesi de sünnettir. Hz. Peygamber Hakk’ın ve aklın kabul ettiği örfleri onaylamış ve bu ilkeler Hz. Peygamber’in söz fiil ve takrirlerinde yerini almıştır.

¹³⁶ Nisa, 4/26.

¹³⁷ Bakara, 2/233

¹³⁸ Bakara, 2/241.

¹³⁹ Bakara, 2/236.

¹⁴⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, c. V. s. 182-183.

“Müslümanların yanında güzel olan, Allah’ın yanında da güzeldir, onların yanında çirkin olan Allah’ın yanında da çirkindir”¹⁴¹ hadisi örfün hüccet olduğunun sünnetten delilleri arasında önemli bir yeri haizdir. Bunun yanında aşağıda konuyla ilgili Hz. Peygamber ile sahâbeler arasında yaşanan olaylar, örfün delil oluşu konusunda sünnetten örnekler olarak verilecektir

Örfün meşrûiyeti ile ilgili kullanılan rivayetlerden bir tanesi de Hind’in eşi Ebu Süfyân’ı cimriliği nedeniyle nafakasını karşılama konusunda ona eksiklik yaşattığı, bu yüzden kocasından habersiz cebinden para alabilmesinde bir beis olup olmadığı konusunda Hz. Peygamber’e durumu arz etmesidir. Hz. Peygamber sorulan bu soruya şöyle cevap vermiştir; “Hayır, sana ve çocuklarına yetecek miktarı örf’e göre alabilirsin, al.”¹⁴² Hz. Peygamber bu hadîs ile Hind’in ve onun nezdinde bu durumda olan Müslüman kadınların kocalarının malından nasıl yararlanacaklarını ve bu miktarın ne kadar olacağını bölgenin örfünü dikkate alarak belirlemiştir.

Bu konuda bir diğer örnek ise; Hz. Peygamber’in “*hılfü’l-fudûl*” ile ilgili olarak söylediği şu sözler delil olarak zikredilebilir: “*Abdullah b. Cüdan’ın evinde, dünyalara değişmeyeceğim bir anlaşmada hazır bulunmuştum; İslâm’dan sonrada böyle bir anlaşmaya çağrılısam hemen kabul ederim*” sözleri, Hz. Peygamber’in İslâm öncesindeki örfelere (İslâm’ın ruhuna uygun olan) karşı tavrını göstermektedir.¹⁴³

Kur’ân’ın bizzat açıklama yapmadığı konularda, Hz. Peygamber insanların aralarındaki muamelelerde onların uygulamalarına saygı göstermiş, dinin temel ilkelerine herhangi bir zarar vermeyeceğini gördüğü davranışları onaylamıştır.

Ayrıca hukuk normları oluşturulurken hükümlerin tedricen konması kolaylık ve teklifte azlık ilkelerine dikkat edilmesi ve vahyin gelme sürecinde halkın örf ve âdetlerinin de dikkate alınmasında örfün muteber bir delil oluşunun akli delilidir denilebilir.

¹⁴¹ **Ahmed b. Hanbel**, *el-Müsned* c. I, s. 379; Ebû Dâvûd, *Müsned*, s. 33.

¹⁴² **Dönmez**, *el-Urf fi’l-fikhi’l-İslâmi*, 3343. **Buhârî**, *Büyû’*, 95; **Müslim**, *Akdiyye*, 7.

¹⁴³ **İbn Hişâm**, Ebu Muhammed Abdülmelik, *es-Sîretü’n- Nebeviyye*, Beyrut ts., Dar-u İhyai’t-Turasi’l-Arabi, c. I, s. 179-180.

4. Örfün Geçerli Olması İçin Gerekli Şartlar

Örfün geçerli olabilmesi için gerekli olan şartları¹⁴⁴ şöyle sıralayabiliriz:

a) *Örfün, söz konusu muamelelerin tümünde veya büyük çoğunluğunda uygulanıyor olması gerekir.* Buna “ittirad” veya “galebe” denir. Şayet örf, muttarid (sürekli veya baskın bir çoğunlukla uygulanma) özelliği taşıyorsa, yani hükmün verileceği yer halkı, aynı konuda değişik uygulamalar ortaya koyuyorsa, örf hükme dayanak olmaz. Mesela bir belde sakinleri evlenme akitlerinde kâh mehrin tamamını peşin ödeme, kâh vâdeli bir şekilde mehri ödeme cihetine gidiyorlarsa bu durumda örf geçerli olmaz. Zira bu uygulamanın biri diğerinin toplumdaki genel kanaat ile ilgili delâletini bozmaktadır.

b) *Hakem rolü oynayacak olan örfün, söz konusu hukuki işlemin kuruluşu esnasında veya söz konusu durumun bulunduğu sırada mevcut olması gerekir.*

Hukuki işlemin kuruluşu sırasında bir örf bulunup sonra bu örf değişmiş olsa, hüküm verilirken dikkate alınacak olan, işlem yapılırken mevcut olan örfdür, daha sonra meydana gelen örf'e itibar edilmez. İbn Nüceym'in (v. 970/1563), *el-Eşbâh* isimli eserinde şöyle dediği nakledilir: “Sözlerin yorumunda esas alınacak örf, mukârin (eş zamanlı) olan örfdür, müteahhir (sonradan ortaya çıkan) örf değildir. Bu sebeple şöyle demişlerdir: Sonradan meydana gelen örf dikkate alınmaz.”¹⁴⁵

Buna göre, bir evlenme akdinde mehrin ödeme şekli, özel olarak kararlaştırılmamış ise ve o yerde hâkim olan örf, mehrin yarısının peşin ödenmesi yarısının da talak veya ölüm olayına bağlanması tarzında ise, daha sonra da bu konudaki örf değişip, mehrin tamamı peşin olarak ödenir hâle gelse, bu yeni örf o akde uygulanmaz, akdin kuruluşu esnasındaki örf'e göre hüküm verilir. Örneğin kadın bu yeni örf'e göre mehrinin tamamının ödenmesi talebiyle dava açsa, talebi kabul edilmez, sadece akdin kuruluşu sırasındaki örf'e göre (şayet teslim almamışsa) kendisine mehrin yarısının peşin olarak ödenmesine hükmedilir.

c) *Örfün açık bir irade beyanı ile çatışmaması gerekir.* Bir konuda bir örf bulunmakla birlikte akdin tarafları bunun aksini kararlaştırmışlarsa, örf'e itibar

¹⁴⁴ Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 198-199.

¹⁴⁵ Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 198.

edilmez, tarafların ortak iradesi esas alınır. Örneğin, yukarıda değinilen mehir meselesinde o yerde hâkim örf mehrin tamamının peşin ödenmesi şeklinde olsa bile taraflar yarısının peşin ödenmesine diğer yarısının da talak veya ölüm haline bağlanmasına karar vermişlerse, artık eşlerin hukuki ihtilafa düşmesi durumunda örfе başvurulmaz, yaptıkları anlaşmaya göre hüküm verilir. Zira burada örfün görevi tarafların iradesine ilişkin bir delâlette bulunmaktır. Oysa ortada açık bir irade beyanı mevcuttur. Bu hususa ilişkin genel kurala göre ise “açık, irade beyanı varken delâlete başvurulmaz.”¹⁴⁶

d) *Örfün, kesin bir şer’î delile yahut İslâm Hukukunun ilkelerine aykırı olmaması gerekir.* Sözelimi, bir toplumda sarhoşluk verici içkilerin içilmesi ve ticâreti veya ribâ muameleleri örf düzeyinde bir yaygınlık kazanmış olsa bile buna asla itibar edilmez. Çünkü bu konulardaki yasaklar toplumsal şartların değişmesi ile değişebilecek hükümler olmayıp kesin niteliktedir. Bu tür bir örfе itibar edilmesi nassın yürürlüğüne (içki içmenin haramlığı, faizin haram olması hükmüne) son verme ve yükümlülükler sistemini alt üst etmeye kapı aralama anlamına gelir. Din ise mükellefler onun hükümlerine uysunlar diye gelmiştir, yoksa din mükelleflerin örflerine ve arzularına uymak üzere gelmemiştir. Nitekim yüce Allah şöyle buyurmuştur: “Eğer hak onların arzularına tabi olsaydı, şüphesiz gökler ve yer ile bunlarda bulunanlar bozulur giderdi.”¹⁴⁷

Bu husus İslâm Hukukuna has bir durum olmayıp tüm yazılı hukuk sistemleri bakımından geçerlidir. Nitekim bu sistemlerde örf kanundan sonra kaynak olarak kabul edilse bile kamu düzenine ve genel adaba aykırı örflerde sözleşmenin bu tür bir örfе dayandırılması geçerli sayılmamaktadır.

Fakat örf, kesin bir delil ile veya İslâm Hukukunun ilkeleri ile çatışmıyor da nassın o sırada mevcut örfе dayalı olması ve daha sonra örfün değişmesi sebebi ile zahiren bir çatışma görülüyorsa bu durumda örf dikkate alınır. Nitekim ribâ ile ilgili hadiste, altın ve gümüş için “veznî”lik (tartı ile mübadele edilme), buğday, arpa, hurma ve tuz için “keyli”lik (ölçek ile mübadele edilme)¹⁴⁸ özelliği yer almış ise de, fakihler Ebû Yusuf’un icihadını esas alarak nasstaki bu ifadenin o dönemde mevcut

¹⁴⁶ *Mecelle*, madde 13.

¹⁴⁷ *Mü’minûn*, 23/71.

¹⁴⁸ *Buhâri*, *Buyû’*, 54; *Müslim*, *Müsâkât*, 81; *İbn Mâce*, *Ticârât*, 48; *Ebû Dâvûd*, *Buyû’*, 12.

örfe dayalı olduğu, dolayısıyla bu malların cârî örfte geçerli usûle göre mübadele edilebileceği sonucuna ulaşmışlardır.¹⁴⁹ Burada örf ile nass arasında zahiren bir uyumsuzluk görünüyorsa da bu özde bir çatışma olmayıp örfün esas alınması, nassın ruhuna daha çok uymaktadır ve örf nassın amacını kavramaya yardımcı olmaktadır.¹⁵⁰

Özetle örfün muteber bir delil olabilmesi için İslâm Hukuk literatüründe “süreklilik” arz etmesi, yani örfün herkes veya çoğunluk tarafından kabul ve tekrar edilir olması; örfün herhangi bir nass ile çatışmaması¹⁵¹; örfün tasarruf anında mevcut olması¹⁵² ve örfün tatbik edilmeyeceği kararlaştırılmış olmaması¹⁵³ gibi şartlar zikredilmektedir.

Örf ile ilgili verilen bu bilgilerden sonra artık tezimizin asıl konusunu teşkil eden Hanefilerde senedi örf olan istihsân örneklerine geçebiliriz.

5. HANEFİLERDE SENEDİ ÖRF OLAN İSTİHSANLAR

Kaynaklardan ulaşabildiğimiz kadarıyla Hanefilerin yaptıkları senedi örf olan istihsân uygulamalarını ibâdât, muamelât ve ukûbât olmak üzere üç başlık altında inceleyeceğiz.

5.1. İbadetler Konusunda Yapılan İstihsan Uygulamaları

5.1.1. Yemin İle İlgili Örnekler

Sözlükte “sağ el, sağ taraf, gerçek ant, kuvvet, bereket” anlamlarındaki yemin (çoğulu eymân), terim olarak bir kimsenin kararlılığını pekiştirmek ve başkalarını ikna etmek amacıyla söz ve beyanını Allah’ın adını veya bir sıfatını zikrederek kuvvetlendirmeyi ifade eder. Kelimenin kök anlamından hareketle, karşılıklı söz verme durumunda tarafların sağ ellerini kullanmaları sebebiyle yeminin

¹⁴⁹ İbn Âbidîn, *Neşru 'l- arfî binâi ba 'zil- ahkâm ala 'l- urf*, c. II, s. 119.

¹⁵⁰ Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 198-199; Atar, *Fıkıh Usûlü*, s. 130.

¹⁵¹ Ebû Sünne, *el-Urf ve 'l-âde*, s. 80.

¹⁵² Ebû Sünne, *el-Urf ve 'l-âde*, s. 85.

¹⁵³ Ebû Sünne, *el-Urf ve 'l-âde*, s. 87-88.

bu anlama geldiği zikredilir. “Vallahi bu işi yaparım”, “Vallahi bu işi yapmam”, “Vallahi borcumu ödedim” gibi ifadeler için Arapça’ da yeminin yanı sıra kasem kelimesi de kullanılır. “Bölmek” anlamındaki kasm kökünden türeyen kasemin yemin anlamını kasâme kelimesinden aldığı söylenmiştir. “İttifak ve dostluk yemini” anlamındaki hilften gelen half/halif ile kasem kelimesi, yeminle eş anlamlı olsa da fıkhıta half yemin gibi yaygın bir terim haline gelmemiştir. Fakihlerin çoğunluğuna göre yemin için söylenen kelimelerden çok, insanların bu yemin lafızlarıyla kastettiği niyetler, örf ve âdetlerinde söylenen lafzın hangi anlama geldiği esas alınmıştır¹⁵⁴. Hanefîlerin, senedi örf olan istihsan uygulamalarının büyük çoğunluğunu yemin bahsi oluşturmaktadır.

1. Helal olan her şey bana haram olsun diyen bir kimse, bu sözünden başka bir şeye de niyet etmemişse, yiyecek ve içecekleri kastettiği anlaşılır. Kıyasa göre bu sözünü bitirir bitirmez yeminini bozmuş olur. Çünkü bu yemini yaptıktan hemen sonra mübâh olan bir fiil yapmış yani nefes almıştır.

İstihsânen ise yeminden maksat ona sadık kalmaktır. Bunun ise umuma itibar edilmesi durumunda gerçekleşmesi imkânsızdır. Dolayısıyla burada umuma itibar edemeyeceğimize göre, bunu örfün delâletiyle yiyecek ve içeceğe hamlederiz. Çünkü helal ve haram sözlerinin bu şekilde kullanımı, örfte yeme, içme için alınan şeylere kullanılır¹⁵⁵. Dolayısıyla burada verilen istihsân hükmünün senedini örf teşkil etmektedir.

2. Bir kimse ‘kelle (baş) yemem’ diye yemin ederse bu yemini sadece fırınlarda pişirilip çarşılarda satılan kelleler hakkında geçerli olur. Nitekim kişi böyle yemin ettiği zaman Ebu Hanîfe’ye göre baş denildiğinde sığır ve koyun başları anlaşılıp bunların yenmesiyle yemin bozular. Ancak İmam Ebu Yusuf ve Ebu Muhammed ise bu şekilde yemin eden kimsenin yemininin sadece koyun kellesi yemekle bozulacağını söylemektedir. Bu konudaki görüş ayrılıkları zaman ve döneme göredir. Ebu Hanîfe zamanında sığır ve koyunların kellelerini pişirip satmak âdeti, ama İmameyn zamanında ise sadece koyun kellerinin pişirilip satılması âdet haline geldi. Merğînânî de bu konuyla ilgili onların görüşlerini aktardıktan sonra,

¹⁵⁴ Boynukalın, Ertuğrul, ‘Yemin’, DİA, XXXXIII, 417.

¹⁵⁵ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi*, c. III, s. 169; Merğînânî, *el-Hidâye*, c. II, s. 75.

“bizim zamanımızda ise, âdet ne ise fetva ona göre verilir” diyerek genel prensibi ortaya koymuştur.¹⁵⁶

3. Et yememeye yemin eden bir kimse balık yese, bununla yeminini bozmuş olmaz. Kıyasa göre yeminin bozulması gerekir. Çünkü Kur’ân’da bile balık eti için et (*lahm*)¹⁵⁷ kelimesi kullanılmıştır. İstihsâna göre ise bu mecâzidir. Çünkü etin menşei kan olup, balık suda yaşadığından onda kan yoktur.¹⁵⁸

Nitekim örfte et yemeği pişirileceği söylendiğinde kimsenin aklına balık gelmez. Dolayısıyla et yememeye yemin eden kimse balık yediğinde istihsânen yemini bozulmuş olmaz. Ancak içinden balığa da niyet ederse durum değişir. Burada istihsânen verilen hükmün senedi örfdür.

4. Pişmiş bir şey yemeyeceğine yemin eden kimsenin bu sözü yalnızca pişmiş ete mahsustur. Bu da örf sebebiyle yapılmış bir istihsândır. Çünkü bunda da - yukarıdaki örnekte olduğu gibi- umuma itibar imkânsızdır. Dolayısıyla örfte bu sözden kastedilen manaya gidilir ki, o da pişmiş ettir.¹⁵⁹

5. Konuşmayacağına yemin eden bir kimse, namazda yaptığı kıraatten dolayı yeminini bozmuş olmaz. Kıyasta ise bu hakikatte bir konuşma (kelam) olduğundan yeminini bozmuş olur. Burada istihsânın delili, bu şekilde konuşmanın ne örfte ne de dinde konuşma sayılmamasıdır.¹⁶⁰ Dolayısıyla burada istihsânen verilen hükmün senedi örfdür.

6. Bir kimse konuşmamaya yemin ettiği bir kimsenin arkasında namaz kılsa ve bu kişi namazda yanılrsa, onunla konuşmamaya yemin eden ve cemaat hükmünde olan bu kişi tesbîhatta bulunsa veya bu yanılmayı fâtihtik¹⁶¹ yaparak düzeltse bu durum onu hânis (yeminini bozan) yapmaz. Çünkü bu örfen bir konuşma sayılmaz.

¹⁵⁶ Merğınâni, *el-Hidâye*, c.IV, s. 34-35.

¹⁵⁷ Nahl, 16/14.

¹⁵⁸ Merğınâni, *el-Hidâye*, II, s. 80.

¹⁵⁹ Merğınâni, *el-Hidâye*, II, s. 81.

¹⁶⁰ Merğınâni, *el-Hidâye*, c. II, s. 84.

¹⁶¹ İmamın hemen arkasında namaza duran, Kur’ân bilgisi çok iyi olup imam yanıldığında ona hatırlatmada bulunan kişi.

Kıyasa göre ise yemin eden kişinin yemini bozulur. Zira tekbir ve kıraat kelamı hakikidir.¹⁶² Burada söz konusu olan örf sahih öftür ve istihsânen verilen hükmün senedini teşkil etmektedir.

7. Bir kimse, “falanca kadının büktüğü ipten bir şey giymeyeceğim” diye yemin etse, sonra onun büktüğü ipten yapılmış bir giysi giyse örfte göre yemini bozulur. Çünkü örfte göre “ipi giymek” böyle olur. Kıyasa göre ise yemin bozulmaz. Çünkü kıyafet başka ip başkadır. Burada kıyas, örften dolayı terk edilmiştir. Çünkü hiç kimse ipi vücuduna sarmaz. Böyle yapsa bile kendisine giysi kuşanmış denmez, ip sarınmış denir.¹⁶³ Dolayısıyla bu konuda verilen hükmün senedini örf teşkil etmektedir.

8. Bir kimse “Mekke’ye yolculuk yapmak, Mekke’ye gitmek, Mekke’ye gelmek, Mekke’ye binekle gitmek benim üzerime borç olsun” dese; O kimseye herhangi bir şey yapmak gerekmez. Kıyasa göre bu sözlerin hepsi aynıdır. Fakat insanların örfünde bu söz, haccetmeyi adamak anlamında olduğu için örf delili ile kıyas terk edilir ve böyle diyen kişi haccı adamıştır. Bu konuda böyle bir örf yok ise kıyasa göre hüküm verilir ki böyle diyen kimseye bir şey lazım gelmez.¹⁶⁴

9. Bütün fakihlere göre bir kimse “ekmek yemeyeceğim” diye yemin ederse o şehir halkının yemeyi âdet haline getirdiği ekmek anlaşılır ki, o da buğday ve arpa ekmeğidir. Zira dünyanın çoğunda ekmeğin bu ikisinden yapılması örf ve âdet haline gelmiştir. Eğer kadayıf (badem ve ceviz) ekmeğini kastetmişse ondan yese yemini bozulmaz. Nitekim ona ekmek denilmez. Irak gibi pirinç ekmeğinin âdet olmadığı yerde o kimse orada pirinç ekmeği yese, bu orada halk arasında âdet olmadığı için yemini bozulmaz. Fakat Taberistan gibi yediklerinin çoğu pirinç ekmeği olan bir şehirde ekmek yemeyeceğine yemin edip, pirinç ekmeği yerse, yemini bozulur. Çünkü halk arasında pirinç ekmeği âdet olduğu için “ekmek” sözünden pirinç ekmeği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla burada verilen hüküm örfte göre değişmektedir.¹⁶⁵

¹⁶² **Kâsânî**, *Bedâiu ’s-Sanâi*, c. III, s. 48.

¹⁶³ **Serahsî**, *el-Mebsût*, c. IX, s. 2.

¹⁶⁴ **Serahsî**, *el-Mebsût*, c. IV, s. 133.

¹⁶⁵ **Merğmânî**, *el-Hidâye*, c.IV, s. 33.

10. “Şu buğdaydan yemeyeceğim” diye yemin eden bir kimse, buğdayı tane olarak yememeyi kastetmişse; o buğdayın unundan veya kavutundan¹⁶⁶ yerse yemini bozulmaz. Çünkü niyet ettiği şey, sözünün gerçek anlamıdır. Dolayısıyla bu açıkça söylenmiş gibidir. Hiçbir niyeti olmasa da o buğdaydan yapılan yemekten yerse Ebû Hanîfe’ye göre yemini yine bozulmaz. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’e göre ise yemini bozulur. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’in görüşlerinin delili; örfte buğday yemek denildiğinde ekmek yemek anlaşılır. Mesela bir insan “yeryüzünün en kaliteli buğdayını yedim” dediği zaman maksadı o buğdaydan yapılan ekmektir.¹⁶⁷ Dolayısıyla böyle bir yeminde bulunana verilecek hüküm mevcut örfte göre değişebilmektedir. Mevcut örf buğdayın yenmesinden gerçek anlamda buğdayı akla getiriyorsa, yemin eden kişi kastettiği buğdaydan yapılmış ekmeği yediğinde kıyasa göre yemini bozulmuş sayılmamaktadır.

11. Yine Ebû Yusuf’a göre bir kimse “ben şu kişiyle beraber aynı evde kalmayacağım” diye yemin etse, bunun üzerine Kûfe veya Buhâra’daki gibi belli büyük evlerde ayrı ayrı odalarda otursalar, bu kişi yeminini bozmuş olmaz. Çünkü bu evler mahalle gibidir. Eğer ev bu vasıfları taşıyorsa ayrı odalarda oturmakla yeminini bozmuş olur. Evin odalarının veya dairelerinin bulunması fark etmez. Zira evler insanların örfünde bir tek mahal olarak kabul edilir.¹⁶⁸

12. Ebû Hanîfe’ye göre, bir kimse meyve yememeye yemin ederse taze hurma, üzüm, nar, acur ve salatalık yerse yemini bozulmaz. Çünkü bunlar meyveden sayılmamıştır. Nitekim taze hurma ve üzüm ile hayatın devamı mümkün olduğu için bunlarda meyvelik vasfı azalmaktadır. Fakat bu kişi elma, kavun veya erik yerse yemini bozulur. Çünkü yemekten önce veya sonra meyve olarak yenilen her şeye meyve denilir ve eğer bir şeyin meyve olarak yenmesi âdet haline gelmiş ise, o şeyin ister tazesini olsun ister kurusu olsun fark etmez, meyvedir. Ayrıca meyve zevk ve lezzet için yenilir bunlarda zevk ve lezzet en üstün seviyede bulunmaktadır. Ancak salatalık ve acurlarda bu özellikler bulunmayıp yeşilliklerden sayıldığı için bunların yenmesiyle yemin bozulmamaktadır.¹⁶⁹ Salatalık ve acurun meyve olarak yendiği bir

¹⁶⁶ *Kavut*, kavrulmuş buğday unu olup, bedevilerin yol azığı olarak çokça kullandıkları bir maddedir. Su ile ısıtılarak yenilir.

¹⁶⁷ *Serahsî, el-Mebsût*, c. VIII. s. 289.

¹⁶⁸ *Serahsî, el-Mebsût*, c. VIII, s. 161.

¹⁶⁹ *Merğmânî, el-Hidâye*, c. IV. s. 35-36.

yörede yapılan bu yemin ise acur veya salatalığın yenmesiyle bozulmaktadır. Buraya kadar verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere yapılan yeminlerde, kişiyi bağlayıcı kılan şey, yaşadığı dönem ve çevrede etrafında yaygın olan âdetlerdir. Fetva yeminin yapıldığı anda mevcut olan örfle değerlendirilerek örf'e göre verilmektedir

5.1.2. Adak İle İlgili Örnek

Bir kimse İbn Mes'ud'a (r.a) şöyle bir soru sorar; “Arkadaşım bir bedene (deve, sığır) adadı. İnek kesmesi yeterli olur mu? Bunun üzerine İbn Mes'ud “arkadaşınız hangi kabileden” diye sorar. Adam ‘Benî Ribah’ deyince, İbn Mes'ud; ‘Benî Ribah sığırı ne zaman buldu? Arkadaşınız ancak deveyi kastetmiştir’¹⁷⁰ der. İbn Mes'ud'un deve kesilmesini söylemesinin sebebi, Benî Ribah kabilesinde bedene sözünden yalnızca devenin kastedilmesidir ki bu hükmün senedini örf teşkil etmektedir.

5.1.3. Fitre İle İlgili Örnek

Kocanın hanımının fitresini vermekle yükümlü olup olmaması hakkında İmam Şâfiî, “Geçimini sağladığınız kimseler için fitre veriniz”¹⁷¹ hadîsine dayanarak kocanın karısı adına fitre vermesini vacip olarak görür. Çünkü koca, karısının geçimini sağlamaktadır. Birde kocanın karısı üzerindeki sahipliği efendinin ümmü veledi üzerindeki sahipliğine benzer. Şöyle ki; Bu sahiplikten dolayı firâş (yatak) hakkı doğar ve cinsel ilişki helal olur. Efendiye ümmü veledi için fitre vermek vacip olduğu gibi kocaya da karısı için fitre vermek vacip olur, demektedir.¹⁷²

Hanefilerde ise; kadın, kölelerinin fitresini kendi verir. Dolayısıyla başkası için fitre veren bir kimsenin kendi fitresini onun adına başkasının vermesi vacip olmaz; çünkü kendisi kendisine kölelerinden daha yakındır.

Ayrıca kocaya nafaka, akit nedeniyle gerekmektedir. Yapılan bu akit fitir sadakasını da vermeyi gerektirmez. Ancak koca karısının isteği üzerine fitresini verirse bu caizdir. Karısının isteği olmadan verirse, kıyasa göre bu caiz değildir.

¹⁷⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, c. IV, s. 137.

¹⁷¹ Dârekutnî, Ebû'l-Hasen Ali b. Ömer b. Ahmed, *es-Sünen*, Medine, 1966, c. II, s. 140;

Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin, *es-Sünenü'l- Kübra*, Mekke, 1994, c. IV.

¹⁷² Serahsî, *el-Mebsût*, c. III, s. 107.

Ebû Yusuf'tan gelen zayıf bir görüşe göre ise bu istihsânen caizdir. Çünkü âdet kadının fitresini kocasının ödemesi şeklindedir. Sanki örf ile sâbit olan istek açıkça söylenerek sabit olmuş gibi sayılır. Bu durumda âdet dikkate alınarak kadının isteği var kabul edilir¹⁷³.

Görüldüğü üzere kadının isteği olmadan kocasının, onun fitresini vermesi kıyasen caiz değil iken, örfen koca kadının nafakasını verir görüşünün hâkim olması hükmü, kadının isteği üzerine, kocasının fitreyi vermesi yönünde değiştirmiştir. Binaenaleyh istihsânen verilen bu hükmün senedini örf teşkil etmektedir.

5.1.4. Mestlerle İlgili Örnek

Mestlerdeki küçük bir yırtığın abdeste mani olup olmayacağı konusunda **Kâsânî** (v. 587/1116) *Bedâiu's-Sanâi*'de; Hanefilerin mestteki küçük bir yırtığın meshe istihsânen mani olmayacağını ve bu istihsânın gerekçesi olarak da Resûlullah'ın (s.a.v) ashâbının mestlerinde azda olsa yırtık olduğunu bildiği halde onlara meshi emretmesini zikreder.¹⁷⁴

5.2. Muâmelât Konusunda Yapılan İstihsanlar

5.2.1. Bey' (Alış-Veriş) Akdi İle İlgili Örnekler

1. Genel kural akdin gerekli kıldığı bir şart olmadıkça ileri sürülecek şartın geçersizliği yönünde olduğu halde Hanefiler örfe dayanarak alıcı tarafın meyvenin iyice olgunlaşmasına kadar dalında kalmasını şart koşulmasını caiz görmüşlerdir.¹⁷⁵ Burada sosyal ihtiyaçlar örf şekline bürünerek varlığını müçtehide hissettirmekte ve doktrinde yerini almaktadır.

2. Kişi birisine bana yiyecek (ta'am) al, diyerek para verse, bu sözüyle buğday ve buğday ununu kastetmiştir. Kıyasta ise, hakikate itibar edilerek bu sözden her türlü yiyecek maddesinin anlaşılması mümkündür. Buradaki istihsânın kaynağı; Örfte, alım satım konusunda bu kelime ile buğday unununun kastediliyor olmasıdır.¹⁷⁶

¹⁷³ **Serahsî**, *el-Mebsût*, c. III. s. 167.

¹⁷⁴ **Kâsânî**, *Bedâiu's-sanâi*, c. I, s.11.

¹⁷⁵ **Bardakoğlu**, "İstihsân", *DİA*, XXIII, s. 343.

¹⁷⁶ **Merğmânî**, *el-Hidâye*, c. III. s. 139-140.

3. Bir kimse satın aldığı eşyanın evine kadar götürülmesini şart koşa, kıyasa göre bu alışveriş fâsit olur. Fakat Ebû Hanîfe insanların uygulamalarını, örf ve âdetlerini dikkate alarak bu akdi caiz görmüştür.¹⁷⁷

4. Bir şahıs çocuğunu meslek sahibi olması için bir sanatkârın yanına verse daha sonra sanatkâr ücret istese, buna binaen anlaşmazlık çıksa örfte bakılarak hüküm verilir.¹⁷⁸ Örfte usta meslek öğrettiği için ücret alıyorsa ustaya bu ücret ödenir. Eğer örfte, meslek öğrenmekle birlikte ustanın işini hafiflettiği için çırağa para ödenmesi söz konusu ise usta çırağa para öder.

5. İâre (eğreti/ödünç) alınan hayvan, sahibinin ahırına götürülünce, onu eğreti (ödünç) almış olan istihsânen mesuliyetten kurtulur. Kıyasa göre ise o hayvan, sahibine teslim edilmediği için mesuliyetten kurtulamaz. Bu durumun istihsânen caiz olması örfte dayanmaktadır. Zira örfte göre bu hayvan sahibinin ahırına bırakılır. Çünkü sahibine teslim edilecek olsa bile sahibi onu ahıra bırakacaktır.¹⁷⁹

Bu meseleyi günümüz şartları açısından değerlendirdiğimizde kişinin eğreti (ödünç) olan eşya veya hayvanı aldığı kişinin evine veya ahırına bırakmakla sorumluluktan kurtulmaz. Zira geçmişte var olan haberleşme vasıtaları ile günümüz haberleşme vasıtaları arasındaki gelişme ortadadır. Dolayısıyla önceki hükmün verildiği ortamın şartları ve buna bağlı olarak oluşan örf ile günümüz şartları ve buna bağlı olarak gelişen örf sebebiyle, günümüzde eğreti hayvan veya eşyayı sahibinin evine veya ahırına bırakmakla kişi sorumluluktan kurtulmaz.

6. Hanefiler komşular arasında sayı ile ödünç ekmek alınıp verilmesini örf sebebiyle istihsânen caiz görürler. Hâlbuki genel kurala göre, faize konu olan malların aynı cinsleri ile alınıp verilmesinin, eşit bir şekilde yapılmasını gerekli kılmaktadır. Konuya bahis olan ekmekte ise az çok gram farklılığının olması kaçınılmazdır. Buradaki farklılık ise faize yol açmıştır ve akdi fâsit kılmaktadır. Yaygın örf az olan ölçü farklılıklarını önemli görmeyip yalnız sayıyı dikkate almakla bu tarz tasarrufları caiz olmayan faizli muameleler için suistimal edilip

¹⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, c. XII, s. 199.

¹⁷⁸ İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf fi binâi ba'zi'l-ahkâm ala'l urf*, c. II, s. 133.

¹⁷⁹ Mevsîfî, Mecdüddin Abdullah, *el-İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtar*, (trc. Celal Yeniçeri), Şamil Yayınevi, İstanbul 1978, c. III, s. 77.

kullanılabilecek bir yol olmaktan çıkarmış olmaktadır. Zira genel nassların faizi yasaklarken gözettikleri, “fazlalık, kar elde etme¹⁸⁰” illeti bu yolla gerçekleşmemektedir. Zaten hükümde illeti ile birlikte bulunur ve aranan illet burada olmadığına göre, yasak olan hükmü de olmaz.¹⁸¹

5.2.2. İcâre (Kiralama) İle İlgili Örnekler

1. Sütannenin, yiyecek ve giyeceğinin verilmesi karşılığında işe alınması kıyasa göre caiz değildir. Sebebi ise sütannenin ücretinin meçhul olmasıdır.

Ebû Hanîfe ise burada istihsân yapar ve buradaki cehâlet (belirsizlik) anlaşmazlığa götürecektir derecede değildir der. Yaptığı bu istihsânın senedini ise şöyle açıklar; Örfte sütannelere genişlikle muamele edilir ve sütanne memnun edilmeye çalışılır. Bunun sebebi ise kişinin gözbebeği olan çocuklarına sütannenin bakmasıdır. Dolayısıyla kişi severek sütanneyi memnun edecektir.

Örfte de çocuğuna iyi bakılmasını isteyenler, bakıcıya karşı iyi muamelede bulunurlar. Buda ücret konusunda bir anlaşmazlığın çıkmayacağını gösterir.¹⁸² Dolayısıyla burada istihsânen verilen hükmün senedini örf oluşturmaktadır.

2. Müste’cir (kiracı), icâre süresi bitecek olursa temizlik ve süpürme nedeniyle ortada biriken toprakları kaldırmak zorundadır. Çünkü bu topraklar onun işi sonucu meydana gelmiştir ve bu kendisinin eve koyduğu toprak hükmündedir. Kıyasa göre boruları ve pislik çukurlarını dolduran şeyleri kiracının taşıması gerekir. Çünkü bunlar onun etkisiyle dolmuştur. Bu bakımdan çöp ve kül gibi, bunları da onun nakletmesi gerekir. Ancak bu konuda Hanefiler örf ve âdetin gereğini kabul edip ev sahibinin bunları taşımasını benimsemişlerdir. Çünkü insanlar arasındaki âdete göre yerin altında görülmeyen şeyleri taşımak ev sahibine aittir.¹⁸³

3. Hanefî fakihler ücret karşılığında Kur’ân öğreticiliği yapmanın caiz olmadığı konusunda hemfikirdirler. Çünkü Kur’ân öğreticiliği bir ibâdettir ve farklı ibâdet çeşitlerinde ücret almanın caiz olmamasına kıyasla bunun da caiz olmadığını

¹⁸⁰ Bkz., Âl-i İmrân, 3/130; Nisa, 4/161; Rûm, 30/39.

¹⁸¹ Önder Muharrem, *a.g.e.*, s. 210-211.

¹⁸² Merğînânî, *el-Hidâye*, c. III, s. 241.

¹⁸³ Kâsânî, *Bedâiu’s-Sanâi*, c. IV. s. 208.

söylerler. Ancak ilk dönem fukahânın yaşadığı ortamda, Kur'ân öğreticiliği yapanlar devlet hazinesinden tahsisat almaktaydılar. Burada kıyas hükmünün devamı Kur'ân öğreticilerinin geçimlerini temin etmede yaşayacakları sıkıntı ve bu hizmetlerin yok olmasından korkulması sebebiyle bu konuda örfen istihsân yapılmış ve Kur'ân öğreticilerinin imam ve müezzinlerin ücret almalarına cevaz¹⁸⁴ verilmiştir. Nitekim köy ve mezralarda bu görevi yapanlara buldukları yöre halkı aralarında para vb. (hak) toplamış ve bu görevi icra edenlere maaş olarak verilmiştir.

4. Bir kimse kireç ve tuğla ile bir duvar örmesi için bir kişi tutsa, ona duvarın uzunluk, genişlik, derinlik ve yüksekliğini bildirse sözleşme geçerli olur. Çünkü duvar örme, örfen hizmet sözleşmesine konu olan, bilinebilir bir iştir. İşçi de bunu yapma imkânına sahiptir. İşveren “şu tuğladan şu kadar, şu kadarda kireç” diye belirttiği halde duvarın boy ve enini belirtmese kıyasa göre akit konusundaki bilinmezlik nedeniyle sözleşme geçersiz olur. Çünkü akit konusu, tuğla ve kireç değil yapılacak iştir. İş ise duvarın uzunluk ve genişlik bakımından niteliklerine göre değişir. Duvarın alt kısmında iş kolay iken yerden yükseldikçe yapması zor olur.

İmam Muhammed bu konuda istihsân deliline göre hüküm vererek şöyle der: “Buradaki bilinmezlik tarafları anlaşmazlığa götürecektir boyutta değildir. Kullanılacak tuğlanın sayısı ve kirecin miktarı bildirildiğinde bu işle uğraşanlar örfen bu malzeme ile yapılabilecek duvarın uzunluk ve genişliğini bilirler.”¹⁸⁵

5. Bir kimse kabir kazması için bir kişi tutsa, sonra da cenazeyi oraya, işçinin kazdığı yere koyduktan sonra işçiye “üzerine toprak at” dese kıyasa göre işçinin bunu yapması gerekmez. Çünkü işçi yalnızca kabri kazma işini yüklenmiştir. **Serahsî** (v. 483/1090) bu konuda “Ben bu durumda halkın uygulamasını dikkate alırım. Eğer o bölgede toprağı işçi atıyorsa, anlaşmazlık durumunda işçi bunu yapmaya zorlanır. Zira kayıtsız olarak yapılan sözleşmelerde örfeye uygun olan şey hak edilir” demiştir. Şayet toprak atmak kabir kazma işçinin yaptığı bir iş değilse, işçi bunu yapmaya zorlanmaz. Her bölgede örf ile bilinen uygulama, sözleşmede şart koşulmuş gibi kabul edilir.¹⁸⁶

¹⁸⁴ **Merğınânî**, *el-Hidâye*, c. III, s. 240.

¹⁸⁵ **Serahsî**, *el-Mebsût*, c. XVI, s. 71.

¹⁸⁶ **Serahsî**, *el-Mebsût*, c. XVI, s. 67-68.

6. Hamamlarda yıkanma ile ilgili sözleşmede ücret ve kullanılacak su miktarı ile hamamda kalınacak süre gibi hususlar baştan belirlenmediği için genel kurala göre sözleşmenin konusu ile ilgili olan bu hususlarda belirsizlik olduğundan bu akdin geçersiz sayılması gerekir. Çünkü kullanılacak su ve kalınacak süre kişiden kişiye farklılık arz eder. İşte bu bilinmezlik sözleşmeyi fâsit kılan bir durumdur.

Ancak Serahsî, insanlar hiçbir itiraz olmadan öteden beri bunu uygulaya gelmişlerdir. Dolayısıyla bu sözleşmenin örf sebebiyle istihsânen caiz olduğunu söylemektedir.¹⁸⁷

Buna, gerçekte müçtehitler tarafından teşekkül ettirilen sukûti ameli icmâya dayanır diyenler de mevcuttur.

5.2.3. İstisna' (Sipariş) Akdi İle İlgili Örnek

Bir kimse bir sanatkâra bir çift mest, başlık, tas, maşrapa veya bir bakır kap ısmarlasa bu, kıyasa göre caiz olmaz. Zira sözleşmenin konusunu teşkil eden iş (malzeme) sözleşmenin yapıldığı esnada ortada yoktur. Ortada olmayan bir şey üzerinde sözleşme yapmak ise Hz. Peygamber'in "Yanında olamayan (sahip olmadığı) şeyi satma!"¹⁸⁸ hadisiyle yasaklanmıştır.

Serahsî bu kıyası insanların yaygın uygulamalarından dolayı terk ettiğini, zira Hz. Peygamber zamanından beri hiçbir müçtehidinde itirazına uğramadan "istisna' " yoluyla bu işlemin yapıldığını, dolayısıyla Hz. Peygamber'in "Müslümanların güzel gördükleri Allah katında da güzeldir."¹⁸⁹ Ve "Ümmetim yalan üzerinde birleşmez"¹⁹⁰ hadislerini de hatırlatarak bu konuda kıyası bırakıp örf ile hüküm verdiklerini söylemektedir.¹⁹¹

5.2.4. Vakıf İle İlgili Örnek

Menkul olmaları sebebiyle ağaçların vakfedilmesi kıyasa göre caiz değildir.

¹⁸⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, c. XII, s. 248; Cessâs, *Füsûl*, c. IV, s. 248.

¹⁸⁸ Ebû Dâvûd, *Büyû'*, 70.

¹⁸⁹ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, c. I, s. 379.

¹⁹⁰ İbn Mâce, *Fiten*; *Müsned*, c. VI, s. 396.

¹⁹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, c. XII, s. 247.

Ancak insanların bu konuda teamülü olması sebebiyle ağaçların vakfedilmesi istihsânen caizdir.¹⁹² Günümüzde kitap vb. de menkul oldukları halde âdet haline geldiği için vakfedilmeleri mümkündür.

Görüldüğü üzere burada da istihsânen verilen hükmün senedini örf teşkil etmektedir. Örfün değişmesi ile hükmün değişmesi ise İslâm Hukukunun bir kuralıdır.

5.2.5. Malların Taksimi (Miras) İle İlgili Örnek

Eşlerin vefat veya herhangi bir sebepten dolayı ayrılmaları sebebiyle ev eşyalarının taksimi konusunda, Ebû Hanîfe'ye göre kocaya uygun eşya kocanın, kadına uygun eşya ise kadının hakkıdır. Zira bir şeyi kullanır olmak zilyetlik ifade eder. Nitekim bir hayvanda iki kişi hak iddia etseler de birisi hayvanın sırtında diğeri ise yularını tutmuş bulunsa, atın üzerinde olanın yani kullananın sözü üstün tutulur. Çünkü burada ikisinden birine daha uygun olan, eşyada kullananın zilyetliğinin daha kuvvetli olmasıdır. Her ikisine de uygun olabilecek mallar da ise boşanma durumunda koca tarafı tercih edilir.¹⁹³

İmam Muhammed'in bu konu da görüşü ise şöyledir; Erkek hayatta ise erkeğe ve kadına yarayan eşyalar erkeğe aittir. Erkek hayatta değil ise bu mallar erkeğin mirasçılara aittir der. Ebû Yusuf'a göre ise; Kıyas bütün eşyaların kocaya ait olmasını gerektirir. Çünkü kadın elindeki eşyalarla birlikte kocanın eli altındadır. Ancak açık olan gerçek şudur ki; bir kız, kocasının evine çevresinde emsali olan kızlar ayarında bir çeyizle birlikte gider. Bu emsal çeyiz miktarında da örf ile kıyas terk edilir. Örfün belirlediği miktardaki mal kadına verildikten sonra geriye kalanlar kıyasa göre erkeğin sözüdür.¹⁹⁴

Burada da örfе göre hüküm verildiği görülmektedir. Nitekim örf emsal mehir kadarını kadına ait kabul etmektedir. Eğer örf boşanma durumunda bütün malı kadına ait kabul görseydi hüküm de bu minvalde değişirdi.

¹⁹² **Kâsânî**, *Bedâiu's-Sanâi*, c. VI, s. 220.

¹⁹³ **Serahsî**, *el-Mebsût*, c. V, s. 214-215.

¹⁹⁴ **Serahsî**, *el-Mebsût*, c. V, s. 214-215.

5.2.6. Kefâlet İle İlgili Örnekler

1. Kadın, kocasının her ay ödeyeceği nafaka için kocasından bir kefil alsa, kefil yalnızca bir ayın nafakasına kefil olmuş sayılır. Çünkü kefil “her” sözcüğünü, sonu bilinmeyen bir şeye dayandırmıştır. Bu durumda sözcük, onun en azını kapsar. Nitekim kişi “benim falancaya her dirhem borcum var” dediğinde de aynı durum geçerlidir. Meselenin temeli icâre konusundaki şu meseleye dayanmaktadır; kişi “her aylığına” bir ev kiraladığında akit yalnızca bir ay için bağlayıcıdır.

Ebû Yusuf’tan rivayet edildiğine göre bu şekilde kefil olan kişi, istihsânen kadın, yaşadığı veya kocasıyla evliliği devam ettiği sürece nafakaya kefil olmuştur. Çünkü bu konuda yaygın bir örf bulunmaktadır. Ayrıca kadın kefillik ile hakkının tümünü güvence altına almayı istemektedir. Kefilde kadının amacını açıkça ifade ederek kefilliğinde “ebediyyen veya kadın yaşadığı sürece” demiş olmaktadır. Bu durumda kadının nafaka cinsinden hakkına kefil olduğu gibi her ay nafaka ödemeye de kefil olmuştur.¹⁹⁵

2. Bir kimse şehrin en büyük camisinde teslim etmek üzere bir başkasına kefil olsa, daha sonra kefil olduğu kişiyi şehrin meydanında, çarşıda veya şehrin herhangi bir yerinde teslim etse kefillikten kurtulur. Çünkü getirilen bu sınırlandırma bir yarar sağlıyorsa, o zaman dikkate alınır. Eğer herhangi bir yararı yok ise, böyle bir sınırlandırmaya itibar edilmez. Teslimin belli bir şehirde yapılması kaydını koymakta yarar vardır. Çünkü şehir dışında teslim yapıldığında, teslim edilen kişinin kaçma olasılığı olduğu gibi, teslim için şehir dışına çıkmaya karşı da direnebilir. Şehir dışında bir yerde teslim edilen suçlu çoğunlukla kaçma da bilir. Böylece onu hâkim karşısına çıkarma imkânı olmaz. Fakat şehirde herhangi bir yer ile kayıtlandırmanın bir faydası yoktur. Zira hâkim önüne her yerden çıkarmak mümkün olur. Ya kendisi bunu yapar ya da insanlar ona yardımcı olur. Bu sebeple, en büyük camii kaydı muteber değildir. Fakat müteahhir Hanefî âlimleri şöyle demişlerdir; Bu hüküm, önceki devirlerdeki âdete göredir. Günümüzde ise, teslimin hâkim huzurunda, mahkemede yapılması şart konulmuşsa, kefil, hâkim huzurundan başka bir yerde teslimi yaptığında, kefillik sorumluluğundan kurtulamaz. Çünkü günümüzde insanların çoğu, davalının davacıya teslim edilmemesi, mahkemeye gelmemesi için

¹⁹⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, c. V, s. 194.

yardım etmektedir. İnsanların çoğunda bozulma ve itaatsizlik hâkim olduğu için, suçlunun kaçmasına yardımcı olurlar. Dolayısıyla aynen konuşulduğu gibi suçluyu hâkimin önüne getirip teslim etme şartına riayet etmek gerekir.¹⁹⁶

5.2.7. Şirket İle İlgili Örnek

Ticaret maksadıyla iki veya daha fazla kişi tarafından sermaye konularak ve ortaklar arasında tam bir eşitlik şartının aranmadığı inân ortaklığına göre ortaklardan her birinin şirket sermayesinden yiyecek, giyecek gibi ihtiyaçlarını istihsânen karşılama hakları vardır. Kıyasa göre ise başkasının malını kullanma anlamına gelen bu uygulama caiz değildir. Buradaki hükmün senedi örf ve âdettir. Zira şirket malından harcama yapmak tüccarların âdetindedir ve maruf meşrût gibidir.¹⁹⁷ Nitekim tüccarların âdeti, belli bir meslek grubu arasında cereyan eden ve örf halini alan özel bir örfü ifade etmektedir.

5.2.8. Vasiyet İle İlgili Örnek

Komşuları için vasiyette bulunan kimsenin, komşular sözünden bitişik komşular anlaşılır. İstihsânen ise bu sözün kapsamına hem bitişik komşular hem de vasiyet eden kişi ile aynı mahallede oturanlar ve o mahallenin camiine gidenler dâhildir.

Buradaki istihsânın senedi örfdür. Nitekim örfen bu sayılanların hepsine komşu denmektedir.¹⁹⁸ Günümüzde ise komşu denince anlaşılan kişiler bu sözün kapsamına dâhildir.

5.2.9. Talâk İle İlgili Örnek

İmam Züfer, kıyasa göre “birle üç arası boşsun” diyen kimsenin sözünü bir kabul eder. Çünkü bir ve üç son noktaları ifade eder. Son nokta ise sınırdır ve sınırlanan sayıya dâhil olmaz. Mesela birisi sana “şu duvardan şu duvara kadarını

¹⁹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, c. XIX, s. 165.

¹⁹⁷ Kâsânî, *Bedâiu 's-Sanâi*, c.VI. s.72.

¹⁹⁸ Merğmânî, *el-Hidâye*, c. IV, s. 249.

sattım’’ dese, satılan iki duvar arasındır, duvarlar satış hükmüne girmez. Üzerinde durduğumuz konuda da iki gayenin arası birdir.

Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise bu konuda dilcilerin örfünü senet olarak alır ve istihsâna göre “birle üç arası boşsun” sözüyle üç tâlakın meydana geleceği görüşündedirler.¹⁹⁹ Burada ki istihsânın senedi öftür.

5.3. Ukûbât Konusunda Yapılan İstihsanlar

5.3.1. Hadd Cezası İle İlgili Örnekler

1. Hanefî mezhebinde haddi gerektiren sarhoşluğun miktarı konusunda ihtilaf vardır. Ebû Hanîfe’ye göre hadd gerektiren sarhoşluk erkek ile kadını birbirinden ayıramayacak derecede olanıdır. O, bu sözüyle, şarap dışında bir içki içene, sarhoş olmadıkça hadd gerekmeyeceğini kastetmektedir. Sarhoşluğun ölçüsü ise yer ile göğü, kürk ile abayı, erkek ile kadını birbirinden ayırt etmekle olur.

Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’e göre ise sarhoşluk sınırı, sözlerinin karışması ve dolayısıyla şaka mı, gerçek mi konuştuğunun seçilememesidir. Çünkü ancak bu dereceye ulaşıncı halk arasında, ona “sarhoş” denir. Dolayısıyla imameyn sarhoşluk ölçüsünü belirlemede örfü dikkate almıştır.²⁰⁰

2. İslâm ülkesinde kendisine emân verilmiş harbînin malını çalanın eli istihsânen kesilmez. Oysaki harbî olan şahsa verilmiş emân sebebiyle malın mâsum hâle gelmesi ve zimmînin telef edilen malının tazmîn edilmesinde de olduğu gibi kıyâsen hırsızın elinin kesilmesi gerekirdi. Burada istihsânın gerekçesi ise çalınan malın mübâh olma şüphesidir.²⁰¹

¹⁹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, c. VI. s. 208.

²⁰⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, c. IX. s. 177.

²⁰¹ Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, c. IV, VII, s. 71.

SONUÇ

Şer'i hükümlerin hangi kaynaklardan elde edileceği, Yemen'e kadı olarak gönderildiği sırada Hz. Peygamber'in sorduğu soruya Muaz b. Cebel'in verdiği cevapta en genel ve en yalın haliyle ifade edilmiştir. Bu diyalogdan anlaşıldığına göre İslam fikhının iki temel kaynağı Kitap ve Sünnettir. Kitap ve Sünnet, oluşumunda beşer katkısı olmayan, salt ilahi kaynaklı metinlerdir ve dayandığı temel kaynağın ilahi oluşu İslam Hukukunu nevi şahsına münhasır kılmaktadır. Büyük ölçüde nass üzerinde gerçekleşmesi, hata riski taşımaması ve bağlayıcı olması gibi bazı özellikler sebebiyle İcmâ da delil kapsamına alınmış ve üçüncü delil olarak zikredilmiştir. İslam Hukukunda bu asli delillerin dışında (Kitap, Sünnet ve İcmâ), hüküm istinbâtında başvuru fer'î (tâli) deliller vardır ki bunların başında Kıyas, İstihsân ve İstislâh gelir. Sözü edilen bu tâli delillerin (kıyas, istihsân, istislâh) içerisinde meşruluğu konusunda fıkıh ekollerinin görüş birliğinden söz edilebilecek tek delil kıyastır. İstihsân ve İstislâh gibi diğer delillerin meşruluğu fıkıh ekolleri arasında tartışmalıdır.

İbn Âbidîn (v. 1252/1836) *Neşru'l-arf* adlı risalesinde konuyla ilgili olarak; “Örfe bağlı birçok hüküm vardır ki, bunlar, zamanla örfün değişmesi, bir takım zaruretlerin doğması ve genel ahlakın bozulması gibi, bazı amiller sebebiyle değişebilir. Eğer daha önce verilen bazı hükümler olduğu gibi kalacak olsaydı, insanlara meşakkat verileceği gibi İslâm'ın teşrî prensipleri olan; tahfif (mükellefiyeti hafifletme), teysir (kolaylaştırma), zarar ve fesadı ortadan kaldırma gibi külli kaidelerine aykırı hareket edilmiş olurdu. Bu bakımdan mezhep âlimleri birçok konuda, müçtehit imamların görüşlerine muhalefet ederek, kendi zamanlarının hal ve örfüne göre hüküm vermişlerdir. Eğer diğer müçtehit imamlar bu zamanda yaşamış olsaydı, onlar da bunlar gibi hüküm verirdi” diyerek durumun değişmesiyle örfeye bağlı hükmünde zaruri olarak değişeceğini ifade etmektedir.

Bu bağlamda Ebû Hanîfe, içerisinde yaşadığı toplumun ihtiyaçlarını çok iyi kavramış ve mevcut nassları sosyal gerçeklik ile bağdaştırarak insanların ihtiyaç duyduğu hükümleri, katı kıyas kurallarının sosyal hayatta olumsuz sonuçlar doğurmasını önlemek için istihsan adını verdiği bir metoda başvurmuştur. Bu çerçevede İstihsânın hüccet olup olmadığı konusunda iki farklı görüş vardır. Birinci

görüş, istihsânı şer’i bir delil olarak kabul edenlerdir ki bunlar, başta Hanefiler olmak üzere Mâlikîler, Hanbelîler, Zeydîler ve Hâricî fırkalardan İbâdîlerdir. İkinci görüş ise istihsânı şer’i bir delil olarak kabul etmeyenlerdir ki bunlar da, başta İmam-ı Şâfiî olmak üzere Şâfiîler, Zâhirîler ve Şia’dan İmamiyye gelir.

Gördüğümüz kadarıyla istihsâna başvurma sebepleri arasında zorluğun kaldırılması, kolaylığın sağlanması, daha kuvvetli bir delilin bulunması ve kıyasın olumsuz sonuçlara yol açması zikredilebilir. Hanefilerde istihsânen verilen hükümlere bakıldığında, verilen bu hükümlerin senetlerinin nass, icma, zaruret, kapalı kıyas, maslahat ve örf olduğu görülmektedir. Örf ve âdetin istihsâna gerekçe oluşturması, söz konusu alışkanlıkların, toplumsal boyuta ulaştığında terk edilmelerinin zorlaşmalarından ileri gelmektedir.

Netice itibariyle, uygulama bakımından neredeyse bütün fakihlerin haberdar olduğu istihsân etrafında meydana gelen tartışmaların temelinde, söz konusu bu kavrama yüklenen anlamların farklı olması yatmaktadır. Nitekim başta Şâfiîler olmak üzere istihsâna karşı çıkanların anladığı tarzdaki istihsâna Hanefilerde karşı çıkmış, Hanefilerin kabul edip kullandıkları tarzdaki istihsânı da büyük ölçüde muhalifler de kullanmıştır. Dolayısıyla İslâm hukukunda değişim ve gelişmeye bağlı olarak ortaya çıkan yeni olayların çözümünde esneklik sağlayan istihsânı, önceki İslâm hukukçuları, sosyal ihtiyaçlara karşı çözümler sunmak amacıyla maharetle kullanmışlardır. İstihsân, hızla gelişen ve toplumsal değişmelerin olduğu dünyamızda da bundan sonra karşılaşılabilecek sorunların çözümünde, İslâm’ın ruhuna uygun çözümler üretmek amacıyla başvurulabilecek bir metot olarak karşımızda durmaktadır. Bu haliyle istihsân İslâm Hukukuna bir yumuşaklık (kolaylık) kazandırmaktadır ki bu, onun idealist, statik ve katı kurallara sahip bir hukuk sistemi olmadığını göstermektedir.

Biz çalışmamızda fıkıh ekolleri arasında tartışmalı olan istihsânı, Hanefilerde senedi örf olan istihsân başlığı altında ele alıp inceledik. Tespit ettiğimiz kadarıyla fer’i delillerden olmakla birlikte İslâm Hukukunun önemli kaynaklarından biri olan örf, vahiy döneminden başlayarak fıkıhın tedvin edildiği dönem ve sonrasında günümüze kadar değişik alanlarda ve farklı ölçülerde İslâm Hukukunda verilen bazı hüküm ve fetvalara kaynaklık etmiştir. Yine çalışmamız neticesinde, örf sebebiyle yapılan istihsânların büyük bir bölümünü, yeminler konusunda yapılan lugavî örf

itibar edilmesi şeklindeki çözümlerin teşkil ettiğini gördük. Bunun yanında, insanların örf haline getirdikleri söz ve uygulamalara itibar edilerek, kıyasın tavizsiz bir şekilde uygulanmasından vazgeçildiği ve böylece kıyas ile verilecek olumsuz sonuçların önlenildiği görülmektedir.



KAYNAKÇA

Apaydın, Yunus, *İslam Hukuk Usûlü*, Kimlik Yayınları, Kayseri, 2016.

_____, “*Kıyas*”, DİA, XXV, Ankara, 2002.

Ahmed b. Hanbel (v. 241/855), *Müsned*, Mısır, ts. I-VI.

Ali Haydar Efendi (v. 1935), *Düreru'l- Hükkam şerhu Mecelleti'l- Ahkâm*, I-IV.3.

Baskı, İstanbul, 1330. Kahire, 1967.

Âmidî, Ebu'l-Hasan Seyfuddîn Ali b. Ebû Ali b. Muhammed (v. 631/1233), *el-*

İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm. Daru İbn Hazm, Beyrut, 2008.

Asım Efendi, *Kamus Tercemesi*, İstanbul ts. I-IV.

Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 1992.

Bardakoğlu, Ali, “*İstihsân*”, DİA, c. XXIII, 2001.

Basrî, Ebu'l- Hüseyin Muhammed b. Ali (v. 436/1044), *el-Mutemed fi Usûli'l-fikh*, 1.

Baskı, I-II, thk. Halil el-Meys, Beyrut 1983.

Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin (v. 458/1066), *es- Sünenü'l- Kübrâ*, I-X, Mekke 1994.

Boynukalın, Ertuğrul, “*Yemin*” DİA, c. XXXXIII, 417-420.

Buhâri, Abdulaziz b. Ahmed (v.730/1330), *Keşfü'l- esrar*, Kahire, ts. I-IV.

Buhâri, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail (v. 216/831), *el-Camiu's- Sahih*, I-

VIII, İstanbul 1981.

Cessâs, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er- Râzi (v. 370/981), *el-Füsul fi'l- Usül*, I-IV,

İstanbul 1994.

Cüveynî, Ebu'l- Meali Abdulmelik b. Abdullah (v. 478/1085), *Kitabü't- Telhis fi*

Usûli'l Fikh, nşr. Abdullah Cevlem en- Nibali- Şübeys Ahmed el- Ömeri, Beyrut,

1417/1996 Darul- Beşairul- İslâmiyye, I-III.

Çakan, İ. Lütfî, *Hadis Usûlü*, İstanbul 2001.

Darektûnî, Ebû'l-Hasen Ali b. Ömer b. Ahmed (v. 385/995), *es- Sünen*, I-IV,

Medine, 1966.

Debûsî, Ebu Zeyd Abdullah b. Ömer (v. 430/1039), *Takvimü'l- Edille fi usuli'l-fikh*, 1. Baskı Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2001

Dönmez, İbrahim Kâfi, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları*, (Basılmamış Doktora Tezi) Erzurum 1981.

_____, *el-Urf fi'l-fikhi'l-İslâmi*, Mecelletü mecma'il-fikhi'l-İslâmi, Cidde 1988, IV/V 3297-3329.

Ebû Davud, Süleyman b. el- Eş'as es- Sicistani (v. 275/888), *es- Sünen*, I-V, İstanbul, 1981.

Ebû Sünne, Ahmed Fehmi, *el- Urf ve'l- ade fi ra'yi'l- Fukaha*, Matbaatü'l Ezher, Kahire 1992.

Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, Ensar neşriyat, İstanbul, 2015.

Gazzâli, Muhammed b. Muhammed (v. 505/1111), *el- Mustasfa* (çev. Yunus Apaydın), Klasik Yayınları, I-II, İstanbul 2006.

Hallâf, Abdulvehhab, *Mesadiru't- teşriil- İslâmi fima la nassa fih*, Kuveyt 1982.
_____, *Usûlu'l Fikh* (çev. Hüseyin Atay), AÜ İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.

Hudâri, Muhammed, *İslâm Hukuk Tarihi*, trc. Haydar Hatipoğlu, İstanbul 1974.

İbn Âbidîn, Muhammed Emin (v. 1252/1836), *Neşru'l- arf fi binâi ba'zil- ahkâm ala'l- urf*, I-II, Beyrut ts.

İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali (v. 456/1064), *el- İhkam fi Usûli'l- Ahkâm*, I. Baskı, I-VIII, Kahire 1984.

İbn Hişam, Ebu Muhammed Abdulmelik (v. 218/833), *Es- Siretün- Nebeviyye*, Beyrut ts., Dar-u İhyai't- Turasi'l -Arabi.

İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Muhammed (v. 751/1350) *İ'lâmü'l- Muvakka'in*, Kahire 1955.

İbn Manzûr, Ebu'l- Fazl Cemalüddin (v. 771/1369) *Lisanü'l- Arab*, I-XV, Beyrut 1990.

İbn Mâce, Ebu Abdullah Muhammed (v. 273/886), *es- Sünen* (thk, Muhammed Fuad Abdulbaki), Daru'l- Fikr, Beyrut ts.

Kahraman, Abdullah, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 2010.

Karaman, Hayrettin, “*Âdet*”, “*DİA*” c. I. 370.

Kâsânî, Ebu Bekr Alauddin b. Mesud (v. 587/1116), *Bedâiu's- Sanâi fi Tertibi's- Şer'ia*, I-VII, Darul Kitabi'l- Arabî, Beyrut 1982.

Kıyıcı, Selahattin, *İslâm Hukukunda Örf ve Âdet*, İstanbul 1990.

Koca, Ferhat, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis*, İsam Yayınları, İstanbul 1996.

Koçyiğit, Talat, *Hadis Usûlü*, Ankara 1997.

Kozalı, Abdurrahim, *İstihsân ve Doğal Hukuk İlişkisi*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış Doktora Tezi) Bursa 2003.

Köse, Saffet, *İslâm Hukukuna Giriş*, Hikmet evi Yayınları, İstanbul 2015.

Merğînâni, Burhaneddin Ali b. Ebubekr (v. 593/1197), *el- Hidaye Şerhu Bidayeti'l- Mübtedi*, I-IV, İstanbul 1986.

Mevsîlî, Mecdüddin Abdullah (v. 683/1284) *el- İhtiyar li Ta'lili'l- Muhtar*, trc. Celal Yeniçeri, Şamil Yayınevi, İstanbul 1978.

Müslim, b. el- Haccac (v. 216/831) *Camiu's- Sahih*, I-III, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.

Nesâî, Ebu Abdirrahman b. Şuayb (v. 303/915) *Sünenü'n-Nesâi*, Beyrut, ts.

Önder, Muharrem, *Hanefî Mezhebinde İstihsân Anlayışı ve Uygulaması*, (Doktora Tezi) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2000.

Özdemir, Muhittin, *İmama Şâfî'ye göre İstihsân* (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001.

Pezdevî, Ebu'l- Hasan Fahrulİslâm Ali b. Muhammed (v. 482/1089), *Kenzü'l- Vüsul*, İstanbul 1308.

_____, *el-Usûl*, I-IV, Kahire, ts.

Sadru's-Şer'ia, Ubeydullah b. Mesud el-Mahbubi (v. 747/1346), *et-Tavzih şerhu't- Tenkih*, Beyrut 1996, Daru'l- Kütübi'l- İlmiyye, 1-2.

Serahsî, Şemsü'l-Eimme Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl (v. 483/1090), *el-Mebsût*, I-XXX, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2015.

_____, *Usûlü Serahsi*, I-II, Daru'l Marifeh, Beyrut 1986.

Şa'bân, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, trc. İbrahim Kâfi Dönmez, Ankara 2012.

Şâfiî, Muhammed b. İdris el- Mutallibi (v. 204/819) *er- Risale*, tahkik ve şerh Ahmet Muhammed Şakir, Kahire 1979.

_____, *el- Ümm*, Beyrut 1990.

Şener, Abdulkadir, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsân, İstislah*, Ankara 1974.

Taberânî, Ebu'l-Kasım Müsnidü'dünya b. Ahmed b. Eyyüb (v. 360/971), *el-Mu'cemu'l-kebîr* (nşr. Mahmud b. Ahmed et-Tahhan), I-XI, Riyad, 1985-1995.

Tirmizî, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevre (v. 279/892) *el- Cami'us-Sahih*, I-V, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.

Topaloğlu, Bekir / **Karaman**, Hayrettin, *Arapça-Türkçe Yeni Kâmus*, İstanbul 2015.

Tûfi, Necmüddin Süleyman (v. 716/1317) *Şerhu Muhtasari'r- ravza*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türkî, 1. Baskı, I-III, Beyrut 1987.

Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el- Medhalu'l Fıkhıyyül- Amm (el- Fıkhü'l- İslâmi fi Sevbihi'l- Cedit)* I-III, Dımaşk 1967-68.

Zerkeşi, Bedruddin Muhammed b. Bahadır (v. 792/1392) *el- Bahru'l- Muhit fi Usûli'l Fıkh*, thk. Muhammed Tamir, Dâru'l- Kütübi'l- İlmiyye, I-IV, Beyrut 2000.

Zeydan, Abdulkerîm, *Fıkh Usûlü*, Marmara Üniv. İlahiyat Fakültesi Vakfı yayınevi, 1981.

Zeylaî, Cemaleddin Ebu Muhammed Abdullah b. Yusuf (v. 762/1360) *Nasbü'r-râye li-tahrîci ehâdisi'l-Hidaye*, I-IV, Şebra 1938.

Zuhaylî, Vehbe, *Usûlu'l- Fıkhî'l- İslâmi*, I-II, Daru'l- Fıkr, Beyrut, 1988.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER:

Adı SOYADI: İbrahim DEMİRCAN

Doğum Tarihi / Yeri: 23.10.1988/ KIZILTEPE

EĞİTİM DURUMU:

İlköğretim: Yapıcıoğlu İlköğretim Okulu/İzmir/2005.

Lise: Yeşilyurt Anadolu İmam Hatip Lisesi/İzmir/2010.

Üniversite: Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi/Çorum/2015.

Yüksek Lisans: Kâtip Çelebi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslâm Bilimleri, İslâm Hukuku Ana Bilim Dalı.