



**T.C.  
KAHRAMANMARAŞ SÜTÇÜ İMAM ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**

**İSLAM HUKUK USULÜNDE HANEFİ VE  
MALİKİLERE GÖRE İSTİHSAN METODU**

**Mustafa BÖLÜKBAŞI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**KAHRAMANMARAŞ  
OCAK-2012**



**T.C.  
KAHRAMANMARAŞ SÜTÇÜ İMAM ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**

**İSLAM HUKUK USULÜNDE HANEFİ VE  
MALİKİLERE GÖRE İSTİHSAN METODU**

**DANIŞMAN: Yrd. Doç. Dr. İzzet SARGIN**

**Mustafa BÖLÜKBAŞI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**KAHRAMANMARAŞ  
OCAK-2012**

**KAHRAMANMARAŞ SÜTÇÜ İMAM ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**

**İSLAM HUKUK USULÜNDE HANEFİ VE  
MALİKİLERE GÖRE İSTİHSAN METODU**

**Mustafa BÖLÜKBAŞI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Kod No:**

**Bu Tez .../.../... Tarihinde Aşağıdaki Jüri Üyeleri Tarafından**

**Oy Birliği/Oy Çokluğu ile Kabul Edilmiştir.**

**Yrd. Doç. Dr. İzzet SARGIN**

**BAŞKAN**

**Doç. Dr. Nuri KAHVECİ**

**ÜYE**

**Yrd. Doç. Dr. Şaban ÖZ**

**ÜYE**

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

**Doç. Dr. Murat KARABULUT  
Enstitü Müdürü**

Not: Bu tezde kullanılan özgün ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki hükümlere tabidir.

**KAHRAMANMARAŞ SÜTÇÜ İMAM ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**

**ÖZET**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**İSLAM HUKUK USULÜNDE HANEFİ VE  
MALİKİLERE GÖRE İSTİHSAN METODU**

**Mustafa BÖLÜKBAŞI**

**Danışman : Yrd.Doç. Dr. İzzet SARGIN**

**Yıl : 2012, Sayfa: 78+VI**

**Jüri : Yrd. Doç. Dr. İzzet SARGIN (Başkan)**  
**: Doç. Dr. Nuri KAHVECİ (Üye)**  
**: Yrd. Doç. Dr. Şaban ÖZ (Üye)**

İstihsan metodu kıyasın aşırılığını önlemek için başvurulan bir metoddur. Özellikle Hanefiler, birçok meselenin çözümünde bu metoda başvurmuşlar ve bu metodun sistemleşmesine öncülük etmişlerdir. Malikiler de karşılaştıkları bazı meselelerin çözümünde istihsan metodunu kullanmakla beraber, istihsanı müstakil bir delil olarak görmeyip onu maslahat-ı mürselenin bir cüz'i olarak değerlendirmişlerdir. İmam Şafii başta olmak üzere diğer Şafii hukukçular ve İbn Hazm istihsanı delilsiz zevke göre fetva vermek olarak değerlendirerek, istihsana göre fetva veren hukukçuları ağır bir dille eleştirmişlerdir. Sonraki dönem Hanefi imamlarının çabalarıyla istihsanın gerçek mahiyeti anlaşılmış ve İslam hukukçuları arasındaki ihtilaf da büyük ölçüde sona ermiştir.

**Anahtar Kelimeler: İstihsan, icma, kıyas, zaruret, maslahat, örf, delil.**

**DEPARTMENT OF ISLAMIC SCIENCES  
INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCE  
KAHRAMANMARAŞ SÜTÇÜ İMAM UNIVERSITY**

**ABSTRACT**

**MATHESIS**

**ISLAMIC CIVIL PROCEDURE HANAFIS AND MALIKIS  
ACCORDING TO METHOD OF SARCASM**

**Mustafa BÖLÜKBAŞI**

**Supervisor : Asst. Prof. Dr. İzzet SARGIN**

**Year : 2012, Pages: 78+VI**

**Jury : Asst. Prof. Dr. İzzet SARGIN (Chairperson)  
: Assc. Prof. Dr. Nuri KAHVECİ (Member)  
: Asst. Prof. Dr. Şaban ÖZ (Member)**

The method of sarcasm is a method used in order to avoid extreme comparison. Especially Hanafis used this method in the solution of various issues and they blazed a trail in systematizing this method. Malikis, too, used sarcasm method in tackling some of the problems, as well as considering it as a part of “maslahat-ı mursal”. Other shafii legists, mainly Imam Shafii and Ibn Hazm, severely criticized legists who give fatwa according to sarcasm since they considered sarcasm as giving fatwa arbitrarily without any proof. By the efforts of later Hanafi imams, the real nature of sarcasm is understood and the dispute among the Islam Scholars came to an end on a large scale.

**Keywords:Sarcasm,consensus,comparison, necessity, maslahat,common usage,proof**

## ÖNSÖZ

Yeryüzünde insanlık tarihi boyunca birçok hukuk sistemi var olmuştur. Bunlardan bir kısmı ilahi kaynaklı diğer bir kısmı ise insanlar tarafından vazedilmiş ilahi olmayan beşeri hukuk sistemleridir. İster ilahi isterse beşeri olsun bir hukuk sisteminin insanlar tarafından içselleştirilip, bireylerin gündelik yaşamlarında tatbik edilebilmesi için adalet temelinde insanların ihtiyaçlarını karşılayıp, onların maslahatlarını sağlaması gerekmektedir. İnsan ihtiyaçlarının ve beklentilerinin sürekli artıp, değiştiği bir ortamda adaletten ayrılmadan bu ihtiyaç ve beklentileri karşılayacak bir hukuk düzeninin ancak değişime açık, dinamik bir hukuk sistemi olması gerekir.

İlahi ve evrensel olma özelliğine sahip olan İslam hukukunda yer alan hükümler umûmi ve hususi hükümler olmak üzere ikiye ayrılır. Genel ilkeler şeklinde düşünülebilecek umûmi prensipler değişime kapalı ve sayısı da azdır. Özel hükümler diyebileceğimiz hususi hükümler ise, umûmi prensiplere ters düşmemek kaydıyla değişime açıktır. Çünkü bu prensipler beşer aklının faaliyeti neticesinde icthad yoluyla veya örf, maslahat ve zaruret gibi prensipler nazara alınmak suretiyle tesbit edilmiştir. Bu prensipler, karşılaşılan problemlerin çözümü konusunda İslam hukukuna esneklik ve hareket genişliği sağlamaktadır. Özellikle Ebu Hanife başta olmak üzere diğer Hanefi hukukçular karşılaşılan bazı meselelerin çözümünde insanları sıkıntıya ve zorluğa iten onların maslahatlarına zarar veren katı kıyas kurallarını, nasslara dayanan ve onlarla çelişmeyen istihsan adını verdikleri bir yöntemle aşmaya çalışmışlardır.

Malikiler de istihsanı şer'i bir delil olarak kabul etmişler ve meselelerin çözümünde istihsan metoduna başvurmuşlardır. Malikiler, istihsanı daha çok maslahat-ı mürsele metodunun bir alt dalı olarak değerlendirmişler, Hanefilerin istihsan metoduna dayanarak çözdükleri birçok meseleyi Malikiler, maslahat-ı mürsele delilini kullanarak çözüme kavuşturmuşlardır. Onlar sadece kıyasla çelişen bir durum söz konusu olunca bu delile istihsan adını vermişlerdir. Kıyasın olmadığı yerlerde kullandıkları delili maslahat-ı mürsele olarak adlandırmışlardır. Dolayısıyla her iki hukuk ekolu de meşakkati ve zorluğu insanların üzerinden kaldırmak, onların maslahatlarını sağlamak için istihsan metoduna başvurmuşlardır.

İmam Şafii başta olmak üzere Şafii hukukçular ve Zahiri mezhebinin önde gelen hukukçusu İbn Hazm, istihsanı şer'i bir delil olarak kabul etmemiş çünkü istihsanı delilsiz zevke göre fetva vermek olarak değerlendirmişlerdir. Bu eleştirileri dikkate alan sonraki Hanefi hukukçuları istihsanın delilsiz zevke göre fetva vermek değil daha güçlü bir delil sebebiyle kıyası terk etme olduğunu örneklerle ortaya koymaya çalışmışlar bu gayretlerin sonunda istihsana karşı çıkan hukukçular tarafından istihsanın gerçek mahiyeti anlaşılmış ve böylece küçük bir azınlık grup dışında İslam hukukçuları istihsanın şer'i bir delil olduğunu ittifakla kabul etmişlerdir.

İçinde bulunduğumuz zaman diliminde sosyal, teknoloji ve kültürel alanda yaşanan hızlı gelişim ve değişim beraberinde çözümü nasslarda belirtilmeyen birçok yeni meseleyle bizi karşı karşıya bırakmaktadır. Bu meselelerin en azından bir kısmının çözümünde istihsan metodunun önemli bir katkısının olacağı düşüncesiyle bu metodu araştırmak istedim. Konumuzun tespitinden yazılmasına kadar geçen tüm aşamalarda her türlü yardım ve katkılarını esirgemeyen danışman Hocam Yrd. Doç. Dr. İzzet SARGIN ve değerli hocalarım Doç. Dr. Nuri KAHVECİ ve Yrd. Doç. Şaban ÖZ'e teşekkürü bir borç bilirim.

Mustafa BÖLÜKBAŞI  
2012

## İÇİNDEKİLER

ÖZET .....	I
ABSTRACT .....	II
MATHESIS .....	II
ÖNSÖZ .....	II
İÇİNDEKİLER .....	IV
KISALTMALAR LİSTESİ .....	VI
1. GİRİŞ .....	1
2. KONUYLA İLGİLİ ÖNCEKİ ÇALIŞMALAR .....	3
3. İSLÂM HUKUKUNDA KAYNAK KAVRAMI .....	5
4. ASLİ KAYNAKLAR .....	6
4.1. Kitap (Kur'an) .....	6
4.1.1. Kur'an-ı-Kerim'in Teşri Temeli .....	6
4.1.2. Kitap - İstihsan İlişkisi .....	7
4.2. Sünnet .....	9
4.2.1. Sünnet-İstihsan ilişkisi .....	9
4.3. İcma .....	11
4.3.1. İcma-İstihsan İlişkisi .....	12
4.4. Kıyas .....	13
4.4.1. Kıyas-İstihsan İlişkisi .....	13
5. Fer'i Kaynaklar .....	15
5.1. Örf .....	15
5.2. Maslahat-ı Mürsele .....	15
5.2.1. Mâliki Mezhebi ve Maslahat-ı Mürsele .....	15
5.2.2. Hanefî ve Mâlikilere Göre Maslahat-ı Mürsele ve İstihsan Arasındaki İlişki .....	16
5.3. Sahabe Sözü .....	18
5.3.1. Sahabe Sözü ve İstihsan .....	18
5.4. İstishab .....	19
5.5. Şer'u Men Kablena .....	19
6. İSTİHSAN KAVRAMININ İLK KULLANIMLARI VE TERİMLEŞME SÜRECİ .....	20
6.1. İstihsan Metodunun İlk Kullanımları .....	20
6.2. İstihsanın Terimleşme Süreci .....	20
6.3. İstihsanın Tanımı .....	20
6.4. İstihsanın Terim Anlamı .....	21
6.4.1. Hanefî Hukukçularının İstihsan Tanımları .....	21
6.4.2. Mâliki Hukukçuların İstihsan Tanımları .....	24
6.4.3. Şâfiî Hanbelî ve Diğer İslâm Hukukçularına Göre İstihsan Tanımları ...	24
6.5. İstihsanın Huccet Değeri .....	26
6.5.1. İstihsanı Şer'i Delil Olarak Kabul Edenler .....	27
6.5.2. Cumhuriyet Üzerinde İttifâk Ettiği İstihsan Tanımları .....	29
6.5.3. Tartışmalı İstihsan Tanımları .....	30
6.5.4. İstihsanın Kapsamına Girmeyen Bazı Tanımları .....	31
6.5.5. İstihsanı Reddedenlerin Görüşleri .....	32

6.5.6. Şâfiî Hukukçuların Görüşleri.....	32
6.5.7. Zahirilerin Görüşü.....	36
6.6. İstihsanın İşlevi ve İstihsana Başvurulma Nedeni .....	38
6.7. İstihsan Türleri.....	40
6.7.1. Hanefilere Göre İstihsan Türleri.....	40
6.7.2. Nass Sebebiyle İstihsan .....	42
6.7.3. Sahabe Sözü Sebebiyle İstihsan.....	45
6.7.4. İcma Sebebiyle İstihsan .....	45
6.7.5. Zarûret ve İhtiyaç Sebebiyle İstihsan.....	47
6.7.6. Maslahat Sebebiyle İstihsan.....	48
6.7.7. Örf Sebebiyle İstihsan.....	49
6.8. Mâlikî Mezhebi ve İstihsan.....	50
6.9. Mâlikîlere Göre İstihsan Türleri .....	52
6.9.1. Zarûret sebebiyle istihsan .....	52
6.9.2. Maslahat Sebebi ile İstihsan .....	53
6.9.3. Örf Sebebiyle İstihsan.....	54
6.10. Hanefî ve Mâlikîlere Göre İstihsan Türlerinin Değerlendirilmesi.....	54
6.11. İstihsanla İlgili Bazı Problemler .....	55
6.11.1. İstihsan Hükümünün Başka Meselelere Taşınması (Tadiye) .....	55
6.11.2. Kıyas Hükümünün İstihsana Tercih Edilmesi .....	55
6.11.3. İllet .....	56
6.11.4. İlletin Şartları .....	57
6.11.5. Tahsis .....	58
6.11.6. Sebeb.....	59
6.11.7. İstihsan ve İlletin Tahsisi .....	59
6.12. Fûrû Kitaplarında İstihsana Göre Verilmiş Bazı Hükümler .....	62
6.13. İstihsanın Bazı Kavramlarla İlişkisi.....	64
6.13.1. Sedd-i Zerâi ve İstihsan .....	64
6.13.2. Sedd-i Zerâie Göre Verilen Bazı Hükümler .....	64
6.13.3. Sedd-i Zerâi ve İstihsan İlişkisi .....	65
6.13.4. Ruhsat ve İstihsan .....	65
6.13.5. Ruhsat ile İstihsanın ilişkisi .....	66
6.14. Günümüzde İstihsana Göre Değerlendirilecek Bazı Meseleler .....	67
7. SONUÇ ve TARTIŞMA.....	70
KAYNAKLAR .....	72
ÖZ GEÇMİŞ .....	78



## KISALTMALAR LİSTESİ

as.	: Aleyhisselam
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
DİB	: Diyanet İşleri Başkanlığı
Hz.	: Hazreti
KSÜİF	: Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
md.	: Maddesi
MÜİFV	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı
ö.	: Ölümü
ra	: Radıyallahu anh
s.	: Sayfa
s.	: Sayı
sav	: Sallallahu aleyhi ve sellem
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
tsz.	: Tarihsiz
vd.	: Ve Diğerleri
yay.	: Yayınları

## 1. GİRİŞ

### Problem, Amaç ve Yöntem

İslâm hukukunun kaynakları pek çok tasnif altında incelenebilirse de en meşhur olanı asli ve fer'i şeklindeki tasniftir. Asli kaynaklar : Kitap, sünnet, icma ve kıyastır. İslâm hukukçuları, asli kaynakların şer'i delil olarak kabulü konusunda büyük oranda ittifâk etmelerine rağmen asli kaynakların kapsamına dahil edebileceğimiz istihsan, maslahat-ı mürsele, örf, ıstishab, şer'u men kablena, sedd-i zerâi, sahabe sözü gibi fer'i kaynakların hem sayısında hem de şer'i delil oluşunda ihtilaf etmişlerdir. İstihsanı şer'i bir delil olarak kabul eden hukukçular, istihsana daha ziyade kıyas karşısında daha kuvvetli bir delilin bulunması, (nass, icma, gizli kıyas) kıyasın istenmeyen olumsuz sonuçlara yol açması, güçlük ve zorluğun kaldırılması, kolaylığı sağlanması ve zararın giderilmesi sebebiyle başvurmuşlardır.

Önceden olduğu gibi günümüzde de yaşanan veya ortaya çıkacak bazı meselelerin çözümünde külli kaidelerin uygulanması halinde bir takım zorlukların ve sıkıntıların yaşanmasının kaçınılmaz olması çalışmamıza temel teşkil eden proplemdir.

İslam hukukunun her şart ve zeminde uygulanabilir olduğunu, karşılaşılan her türlü proplem ve soruna adelet temelinde ve insanların gönül hoşnutluğu ile kabul edeceği çözümler sunacağını bir kez daha göstermek ve kanıtlamak amacıyla bu çalışmayı yapmaya karar verdik.

Hanefi ve Maliki ekollerine göre istihsan metodunu incelerken istihsan metodunun başta Kur'an-ı Kerim olmak üzere sünnet, sahabe uygulaması, usul ve fıkıh kitaplarında yer alan uygulanış biçimini esas almak suretiyle bu metodu ele alıp değerlendirmeye çalıştık.

İstihsanın ilk kullanımlarına kitap ve sünnette rastlansa da onun bir hukuk terimi olarak literatüre girmesine Ebû Hanife ve ilk öğrencileri öncülük etmiştir. İstihsan, çoğunlukla Hanefî hukuk ekolü tarafından, özellikle ekolünün kurucusu İmam Ebû Hanife ve mezhebin diğer önde gelen hukukçuları tarafından sıkça kullanılmıştır. Mâlikiler de istihsanı şer'i bir delil olarak kabul etmekle birlikte onu bağımsız bir delil olarak görmek yerine, maslahat-ı mürselenin bir cüz'i olarak kabul etmeyi tercih etmişlerdir. Hanefiler, istihsanı gizli kıyas sebebiyle istihsan ve umûmi prensiplerden yapılan istisnâ şeklinde istihsan olmak üzere iki kısımda değerlendirmişlerdir. İstihsan konusunda asıl tartışma gizli kıyas çeşidi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu yüzden Hanefi hukukçular, İmam Şâfiî başta olmak üzere diğer Şâfiî hukukçular ve İbn Hazm tarafından ağır eleştirilere maruz kalmışlardır.

İmam Şâfiî, istihsanla hüküm verenleri : “Kim istihsana dayanarak hüküm verirse (Allah adına) hüküm koymuştur.” diyerek, ağır bir şekilde suçlamış, mezhebin önde gelen diğer bir hukukçusu Gazâlî, istihsana göre hüküm vermeyi, bir delile dayanmaksızın heva ve hevese göre hüküm vermek olarak değerlendirerek eleştirmiştir.

Zahiri mezhebinin meşhur hukukçusu İbn Hazm, “kıyasla hüküm vermek, dinde söz söylemek batıldır.” diyerek hem kıyası hem de kıyasın bir türü olan istihsanı reddetmiştir. Bu eleştiriler, Hanefilerin kullandıkları istihsan metodunun, muhalifleri tarafından delilsiz zevke, hevese göre fetva vermek olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Sonraki dönem Hanefî hukukçuları arasında sayacağımız Kerhi, Cessâs, Pezdevi, Serahsi, gibi usulcülerin çabalarıyla istihsanın mahiyeti anlaşılmış istihsan delilsiz heva hevese göre hüküm vermek olmayıp aksine daha güçlü bir sebep veya daha kuvvetli delile dayanarak fetva vermek olduğu belirtilmiş ve böylece istihsan

konusunda mezhepler arasındaki ihtilafın özde olmayıp kavli bir ihtilaf olduğu ortaya çıkmıştır.

## 2. KONUyla İLGİLİ ÖNCEKİ ÇALIŞMALAR

İslam hukuk kaynaklarından olan istihsan metodu hakkında pek çok çalışma yapılmıştır. Bu çalışmalardan bazıları şunlardır :

**Abdul Kadir Şener, 1981. Kıyas İstihsan İstislah, DİBY, Ankara.**

Dört bölüm ve 183 sayfadan oluşan bu eserde, ilk bölümde rey ve icthad; ikinci bölümde kıyas; üçüncü bölümde istihsan ve son bölümde de istislah konuları genel hatlarıyla ele alınıp incelenmiştir.

**Ali Bardakoğlu, 1986. Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 3, Kayseri.**

Yaklaşık otuz sayfa olan bu makalede ilk olarak tabii hukuk düşüncesinin gelişim sürecine, mahiyetine ve İslâm hukukunda tabii hukuk düşüncesine değinilmiş daha sonra istihsan ve istislah metodları ve bunların işlevleri ele alınmış, bu metodlara başvurma nedenleri veciz bir şekilde özetlenmiştir.

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

Yaklaşık üçyüz sayfadan oluşan bu eserde Hanefilerin istihsan anlayışı, istihsanı hangi anlamda kullandıkları ve istihsan türleri derinlemesine anlatılmış, diğer mezheplerin istihsan anlayışlarına kısaca değinilmiş, istihsanın bazı şer’i delillerle benzer ve farklı yönleri ele alınmış. Bu eser için yakın dönemde istihsan konusunda en kapsamlı ve derin çalışma diyebiliriz.

**Fatih Orum, 2003. İstihsan metodunun Kâsânînin Bedâiu’s-Sanâyisinde Kullanımının Tahlihi Tenkidi (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul**

Bu eser üç bölüm ve yaklaşık yüz yirmi sayfadan oluşmaktadır. İlk bölümde istihsan kavramının işlevi ve kullanımına dair teknik tesbitlere yer verilmiş, ikinci bölümde istihsan türleri detaylı bir şekilde incelenmiş ve son bölümde de “ Bedau’s-Sanai” adlı eserde tespit edilen istihsan çeşitlerine değinilmiştir.

**Mustafa Yamuk, 2007. İslâm Hukuk Usûlünde İstihsan ve Maslahat-ı Mürsele İlişkisi, (Basılmamış yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.**

Bu tez İki bölüm ve yaklaşık yüz yirmi sayfadan oluşmaktadır. İlk bölümde istihsan metodu ve çeşitleriyle ile maslahat kavramı ve çeşitleri incelenmiş, ikinci bölümde ise maslahat-ı mürsele ve istihsan arasındaki farklı ve benzer yönler ele alınmıştır.

**Osman Yalnız, 2007. “İslâm Hukukunda İstihsana Dayalı İctihadların Sosyolojik Karakterleri” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) Gazi Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.**

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 istihsanla hükme bağlanmış bir çok örnek zikredilmiş, tezin amacı olarak da istihsan göre verilen bu hükümlerin hukuk sosyolojisi verileriyle değerlendirilmesi ve hukuk sosyolojisi açısından ifade ettiği anlam ele alınmıştır.

**Hasan Güçlü, 2008. “Şeybâni’nin el-Asl İsimli Eserinin Kitabul Buyu ve’s-Seleem Bölümünde İstihsan Metodunun Uygulanışı” (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) Sakarya Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Sakarya**

Üç bölüm ve yaklaşık yüz yirmi sayfadan oluşan bu eserin ilk bölümünde kısaca imam Muhâmmed ve kitabı el-Asl tanıtılmış, İmam Muhâmmed’in kıyası ve istihsanı nasıl kullandığına değinilmiş, ikinci bölümde aktin şartları, muhayyerlikler, selem ve şartları ile istihsan kavramı ve çeşitleri hakkında bilgi verildikten sonra üçüncü bölümde de El-Asl’ın selem ve buyu bölümünde İmam Muhâmmed’in istihsan metoduna göre verdiği fetvalara yer verilmiş, çalışmanın amacı olarak da istihsan metodunun El-asl kitabının selem ve buyu bölümünde nasıl uygulandığı, uygulanırken hangi kriterlerin etkili olduğu ve istihsan ile neyin kastedildiğinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

**Hey’et, 2009. “İslâmi İlimlerde Metodoloji (Usul) Mes’elesine -3 İstihsan ve Metin Tenkidi” İstanbul.**

İslâmi İlimler Araştırma Vakfı tarafından düzenlenmiş sempozyumda aralarında, Ali BAKKAL, İbrahim Kâfi DÖNMEZ, Yunus APAYDIN, Beşir GÖZÜBENLİ, Yunus Vehbe YAVUZ, Ahmet YAMAN, Hamza AKTAN gibi daha birçok akademisyen tarafından “İstihsan Metodu’nun mahiyeti, türleri, ona başvurma sebepleri, mezheplerin istihsan konusundaki bakış açıları ele alınıp değerlendirilmiştir.

### 3. İSLÂM HUKUKUNDA KAYNAK KAVRAMI

Yüce Allah, insanları gayesiz-amaçsız, boş yere yaratmamıştır. Tam aksine onlara bazı sorumluluklar yüklemiş, onların her bir fiiline vacib, sünnet, mubah, gibi bazı şer'i hükümler getirmiş; bu hükümlerden çıkaracağı deliller va'z etmiştir. Bu cümleden anlaşıldığına göre İslâm hukukunda hâkim, kanun koyucu Allâhtır (Ebû Zehra, 1997: 71). Bu manaya delâlet eden birçok ayet (En'am 6/57, Mâide 5/49) vardır. Kur'an'da ve bir nevi Kur'an'ın açıklaması olan Hz. Peygamber'in (sav) sünnetinde yer alan hükümler genel nitelikte olup meselelerin detaylarına dair fazla hüküm bulunmamaktadır. Bu boş bırakılan alanları İslam Hukukçuları Kur'an ve sünnetten aldıkları ilhamla geliştirdikleri yeni metodlara başvurarak doldurmuşlardır. Bu metodların başında da kıyas, icthad, rey, istihsan gibi metodlar gelmektedir. Bu metodların kullanılması için aklın kullanılması zorunludur. O zaman akla şöyle bir soru gelmektedir. Aklın İslâm hukukundaki yeri nedir?

İslâm hukukçuları, aklın şer'i hükümler konusunda bir rolünün olup olmadığı konusunda ihtilaf etmişlerdir. Şii hukukçular, hakkında kitap ve sünnette bir hüküm bulunmayan konularda, akli, bir hukuk kaynağı olarak kabul ederken; Diğer İslam hukukçuları ise akli bir hukuk kaynağı olarak kabul etmeyerek, hakkında nass bulunmayan meseleleri kıyas, istihsan, maslahat-ı mürsele gibi İslam hukuku açısından muteber kabul edilen değişik metodlarla nassa bağlamışlardır (Ebû Zehra, 1997 : 71-72).

İslâm hukukçuları, hem şer'i hükmün çıkarıldığı aslı, hem de şer'i hüküm elde etmede kullanılan yöntemi ve genel prensipleri kaynak veya delil olarak adlandırmışlardır. Şer'i hükümle şer'i delil arasında sıkı bir bağ mevcut olup İslam hukuk literatüründe şer'i delil denildiği zaman İslâm hukukuna ait hükümlerin doğrudan veya dolaylı olarak elde edildiği tafsili ve icmali deliller anlaşılır. Tafsili diğer bir tabirle cüz'i deliller, özel bir meseleyle ilgili belirli bir şer'i hükmü bildiren delillerdir. Meselâ domuz etinin, kendiliğinden ölen hayvanın etinin haramlığını ifade eden (Mâide 5/ 3), boşanan kadının iddet süresini bildiren (Bakara 2/ 231 ), miras paylarını belirleyen (Nisa 4/ 11-12) ayetler, münferit konularda şer'i hüküm bildirmeleri bakımından birer tafsili delildir. İcmali deliller ise şer'i hükümlerin aslını oluşturmaktadır. Bunlarda ilk planda "edille-i erbaa" denilen kitap, sünnet, icma ve kıyastır. Sahabe sözü, istihsan, maslahat-ı mürsele, gibi diğer icmali delillerle bu dört ana delilin kapsamına dâhil edilir (Bardakoğlu, 1994: IX,139).

Şer'i deliller, usulcüler tarafından değişik şekillerde sınıflandırılmıştır. Şer'i delilleri, akli-nakli, kat'i-zanni ve üzerlerinde ittifâk ve ihtilaf edilen deliller şeklinde yapılan taksim daha isabetli gibi görünmektedir. Nakli deliller, oluşumunda hukukçunun katkısı olmayan Kur'an ve sünnet'ten nakledilen delillerdir. Akli deliller ise nakli delil ile bağlantılı olmakla birlikte akli muhakeme ve beşeri yorumun ağırlıkta olduğu, oluşmasında hukukçunun katkısının bulunduğu delillerdir. Diğer bir ifâdeyle şer'i akli delil, hukukçunun nakli delillerin dolaylı ifâdelerini, genel ilke ve amaçlarını veya boş bıraktığı alanları gözeterek yeni şer'i hükümler elde etmede kullanılan istidlal metotları ve akıl yürütmeleridir. Bu zihni faaliyetin genel adı kıyastır. Re'y, icthad, istinbat, isdidlal gibi terimler de buna yakın anlamlar taşır. İstihsan, ıstıslah, istishab, sedd-i zerâi gibi deliller de bu grupta değerlendirilir (Bardakoğlu, 1994: IX,139 ).

Şer'i deliller bir başka ayrıma göre sübut ve delâlet yönünden iki kısımda incelenir. Kur'an'ın Allah'tan Peygamber (sav )'e gelişinde ve bizlere kadar naklinde hiçbir şüphe ve kesinti olmadığından sübut yönüyle kat'idir. Hadisler ise belli türleri hariç sübut yönünden genelde zannidir. Bu ayrımların sonucu olarak nakli deliller sübutu ve delâleti kat'i, sübutu kat'i delâleti zanni, sübutu zanni delâleti kat'i, sübutu ve delâleti de zanni şeklinde dörtlü bir ayırım ve derecelendirmeye tabi tutulur. Bu aynı zamanda deliller ve delillerin alt türleri arasındaki hiyerarşiyi ve çatışma halinde hangisine öncelik tanınacağını belirlemede yardımcı olması açısından önemlidir. (Bardakoğlu, 1994: IX,139 ).

Son olarak şer'i deliller ittifâk edilen ve ihtilaf edilenler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kur'an ve sünnet'in şer'i delil olarak kabulü konusunda İslâm hukukçuları arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır. İslâm hukukunun bütün kaynakları aslında Kur'an ve sünnete irca edilebilir. Bu ikisinin dışında kalan kaynaklar da bu iki kaynaktan doğmuştur. Diğer iki asli kaynak olan icma ve kıyas da büyük çoğunluğa göre şer'i delildir. Bunların dışında kalan fer'i deliller diye isimlendirilen; istihsan, örf, maslaht-ı mürsele, sahabe kavli gibi deliller hakkında ise İslâm hukukçuları ihtilaf etmişlerdir (Ebû Zehra, 1997: 75).

Kitap ve bunun etrafında kademe kademe yer alan diğer şer'i deliller, netice itibariyle insanlığa doğru yolu gösterme, selim aklın ve fitratında gerektirdiği bir hayat tarzını tesis etme, ferdi ve sosyal dengeyi ve düzeni sağlama gibi gayelere matuftur. Bu sebeple şer'i deliller hem kendi içinde bir bütünlük ve tutarlılık arzeder, hem de akliselimle ve fitratla insanlığın ortak ideal değerleriyle tam bir uyum gösterir. Deliller arasında, akıl ile nakil arasında gerçekte bir çatışma yoktur. Bir çatışma gözüküyorsa bu subjektif bakış açılarından çatışan delillerden birinin yanlış algılanmasından ve değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır (Bardakoğlu, 1994: IX,140). Görüldüğü gibi İslam hukukunun kaynaklarını çeşitli yönlerden farklı kısımlara ayırmak mümkünsede (Atar,1988:23-24) konumuzla daha yakın ilişkisi olması hasebiyle biz, İslam hukukunun kaynaklarını asli ve fer'i (üzerinde ittifak ve ihtilaf ) kaynaklar olmak üzere iki kısma ayıran görüşü tercih etmeyi daha uygun gördük.

#### 4. Asli Kaynaklar

İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından kabul edilen asli kaynaklar: Kitap, sünnet, icma ve kıyastr.

##### 4.1. Kitap (Kur'an)

Kur'an, lügatte kıraetten (okumak) mastardır (İbn Manzûr, tsz: I,128).

İstilahda ise Kur'an: "Mütevatir olarak bize nakledilmiş, mushaflarda yazılı Fatiha suresiyle başlayıp Nass suresiyle biten dili arapça okunması ibadet olan Cebrail (as) tarafından Peygamber (s.a.v)'e indirilen Allah kelimidir" ( Hallaf, 2002:23). Başka Kur'an tarifleri için bkz. (Pezdevî, 1997: I, 36-37; Gazâlî, 1993 I,101; Âmidî, 2003: I, 215; Şevkani,1997: I,169; Kattan, 1996: 39; Hasan, 1997:220).

##### 4.1.1. Kur'an-ı-Kerim'in Teşri Temeli

Kur'an-ı- Kerim'de hükümler vaz' edilirken, muhatapların maslahatı ve teşri kılınan hükümlere intibaklarının kolay olması için üç prensibe özellikle riayet edildiği

görülmektedir. Bu prensipler: Güçlüğün olmaması, tekliflerin az olması ve teşride tedric şeklinde sınıflandırılmaktadır (Zeydan, 2001: 111-113).

#### **a- Güçlüğün olmaması**

İslâm hukukunda vaz' edilen hükümlerin bu temel üzerine kurulduğu söylenebilir. Bu konuyla ilgili Kur'an da pek çok ayet bulunmaktadır. Bu konuya işaret eden ayetlerin bazıları şunlardır:

“Allah size kolaylık diler, zorluk dilemez” (Bakara 2/185).

“Allah kimseye gücünün yeteceğinden başkasını yüklemez” (Bakara 2/286).

“Allah (ağır teklifleri) sizden hafifletmek ister zaten insan da zayıf yaratılmıştır” (Nisa 4/28).

“Allah din konusunda üzerinize hiçbir güçlük yükledi” (Hacc 22/78).

#### **b- Tekliflerin azlığı**

Aslında bu prensip “güçlüğün olmaması” prensibinin tabii bir sonucudur. Çünkü teklifler artınca güçlükler de artar. Kur'an ile meşgul olanlar Kur'an'da yer alan emir ve yasakların ne kadar az olduğunu görmüşlerdir. Kur'an'da tekliflerin az olduğunu işaret eden bir ayette Allah cc. şöyle buyurmaktadır: “Ey iman edenler! Açıklanırsa hoşunuza gitmeyecek olan şeyleri sormayın, eğer Kur'an inerken onları sorarsanız size açıklanır (açıklanmadığına göre) Allah onları affetmiştir (siz sorup da başınıza iş çıkarmayın) Allah çok bağışlayıcıdır, aceleci değildir” (Mâide 5/101).

#### **c- Teşride tedric**

Peygamberimiz (sav), araplarda birçok âdetin kökleştiği bir zaman diliminde peygamberlik vazifesini ifa etmiştir. Bu adetlerin bir kısmı örnek bir ümmetin oluşmasına zararlı olmadığı için olduğu gibi bırakılırken zararlı olanlar ise özelliğine göre hemen veya zamanla yasaklanmıştır. Bu yasaklardan tedrici olarak yasaklamaya içki yasağı örnek olarak verilebilir. Rasulullah'a içki ve kumar hakkında sorulunca: “...Onlarda (içki ve kumar) insanlar için hem fayda hem de zarar vardır. Fakat zararı faydasından çoktur” (Bakara 2 /219) ayeti nazil oldu. Bu ayetin indirilmesinden sonra zararının daha çok olduğunu öğrenen bazı sahabiler içkiyi terk etmişlerdir. Fakat içki içenlerde günah işlememektedir. Çünkü kesin yasak yoktur. Bir müddet sonra “Siz sarhoşken ne söyleyeceğinizi bilinceye kadar namaza yaklaşmayın” (Nisa, 4/43) ayetinin nazil olmasıyla beraber içkiyi terk eden insanların sayısı daha da artmış ve artık içkinin kesin olarak yasaklanması için insanlar hazır hale getirilmiş ve “Ey İman edenler içki kumar dikili taşlar ve fal okları şeytan işi birer pisliktir. Onun için bunlardan kaçının ki muradınıza eresiniz” ( Mâide 5/90-91) ayeti indiği zaman zaten içki yasağına hazır hale gelmiş olan sahabe içkiyi toptan ve zorlanmadan terk etmiştir. Teşrideki tedric prensibi diğer bir temele daha dayanır ki o da önce icmal sonra tafsilat metodudur. Bu durum mekki teşri ile medeni teşriin karşılaştırılmasında açıkça görülür. Çünkü Mekke'deki teşri nadiren tafsilatlı hükümlere temas eder, genellikle mücmeldir. Medeni ayetlerde tafsilat durumu apaçık görülür. Bu nedenle şer'i hükümlerin çıkarıldığı ayetlerin çoğu Medine'de nazil olmuştur (Hudârî, 1987: 22-23).

#### **4.1.2. Kitap - İstihsan İlişkisi**

Bilindiği gibi müslümanların öncelikle uymak zorunda olduğu kaynak Kur'an-ı Kerim'dir. Kur'an, çoğu zaman beşeri münasebetleri değerlendiren ve bütünleştiren



genel prensipler getirmiş, gerek gördüğü konularda özel hukuk kuralları koymuş ve bütün bunların, benzeri olaylar için bir ölçü, bir hareket noktası olmasını ögütlemiştir. Nasslar sınırlı, olaylar ise sınırsızdır. Sınırlı yazılı hükümlerin zamanla ortaya çıkan sınırsız olaylara intibakı ise akıl tarafından sağlanacaktır. İslamın ilk yıllarında “rey ve ictihat” daha sonra ise kıyas, istihsan, istıslah, istıshab örf gibi değişik isim ve kalıplar içinde şekillenen akıl yürütme ve hüküm koyma faaliyeti, asli kaynaklarla çelişmeden İslam hukukunun her devirde toplumların ihtiyaçlarına cevap veren canlı bir hukuk sistemi haline gelmesine imkân tanımıştır (Bardakoğlu,1986:122-123).

İslam hukukunun ana kaynağı olan Kur’an’ın bir çok hükmünde genel nitelikli hukuk kurallarının yanı sıra adalet ve hakkaniyetin gerektirdiği istisnâî düzenlemelere de yer verildiği görülmektedir. İslâm hukukunda genel olarak tekil olayın gerektirdiği istisnâî düzenleme olarak nitelenebilecek olan istihsanın bir prensip olarak ortaya çıkışı Hz. Peygamber (sav) ve daha sonra da sahabe uygulamalarına dayandırmak doğru olsa da (Yavuz,1986:85). Daha doğru olanı istihsanın menşeinin Kur’an’a dayandırılmasıdır. Kur’anda yer alan bu tür istisnalara örnek olarak Nur suresi 4, 6. ayetleri ve Bakara suresinin 284. ayetini örnek gösterebiliriz. Nur suresinin 4. ayetinde namuslu kadınlara zina isnadında bulunup daha sonra bunu ispat için şahit getiremeyenler için seksener sopa vurulması ifâde edildikten sonra kocanın karşılaşıcağı maduriyeti önlemek için 6. ve müteakip ayetlerde bu isnadı kocanın yapması durumunda cezasının gerekmeceğinin bildirilmesi; genel kural gereği ergenlik çağına giren müslümanın oruç tutması farz kılınmış olmasına rağmen, zorluk ve sıkıntıyı kaldırmak için “sizden kim hasta ya da yolcu olursa tutamadığı günler kadar diğer günler kaza eder” (Bakara 2/184) mealindeki ayetin hasta ve yolcuları karşılayacakları muhtemel zorluklardan dolayı istisnâ etmesi, gerek teknik gerekse gaye bakımından istihsanla örtüşen örneklerdir (Orum, 2003: 11). Sözelimi herkes işlediği suçları sebebiyle suçun misliyle cezalandırılırken, (En’âm 6/160) Hz. Peygamber’in hanımlarının iki katıyla cezalandırılması; Kur’an da yer alan başka bir istisnâ örneğidir (Ahzâb 33/30). Şahin buradaki cezanın uhrevî olduğunu belirtmiştir. (Şahin, 2008: 61). Kur’anda yer alan diğer istisnalara şu örnekleri verebiliriz:

#### **a- Hz. Peygamber (sav)’in mihirsiz olarak evlenmesine izin verilmesi**

Evlilik konusundaki yerleşik kurala göre evlenirken veya daha sonra müslüman erkeklerin mihir vermeleri şarttır. Bu konuda Kur’anda şöyle buyrulmaktadır: “Kadınlara mihirlerini gönül rızası ile verin” (Nisa 4/4). “Kadınlardan faydalanmanıza karşılık kararlaştırılmış olan mihiri verin” (Nisa 4 /24). Yine Kur’anda yer alan “Ey Peygamber! Mihirlerini verdiğin hanımlarını, Allah’ın sana ganimet olarak verdiği ve elinin altında bulunan cariyeleri, amcanın, halanın, dayının, teyzenin seninle beraber göç eden kızlarını sana helal kıldık. Bir de Peygamber kendisiyle evlenmek istediği takdirde, kendisini Peygambere hibe eden mümin kadını, diğer müminlere değil, sırf sana mahsus olmak üzere (helal kıldık).....” (Ahzab 33/50). Ayet-i kerimenin gereği olarak Peygamberimiz diğer müslüman erkeklerden istisna edilmiş ve mihirsiz olarak evlenmesine izin verilmiştir.

#### **b- Hz. Peygamber (sav)’in vefatından sonra hanımlarının evlenmelerinin yasaklanması**

Genel kıyas hükmüne göre, kocası vefat eden hanımlar istedikleri takdirde iddet süreleri olan dört ay on günlük (Bakara 2/234) süre dolduktan sonra başka bir

müslüman erkekle evlenebilir. Fakat Hz. Peygamber diğer müslüman erkeklerden istisna edilerek vefatından sonra hanımlarının evlenmeleri “Peygamber, müminlere kendi canlarından daha yakındır. Eşleri, onların analarıdır” (Ahzab 33/6) ayeti kerimesinin gereği olarak yasaklanmıştır.

#### **c- Peygamber (sav)’e teheccüd namazının farz kılınması**

İbadetler konusunda geçerli olan yerleşik kıyas hükmüne göre Hz. Peygamber (sav)’e emredilen bir ibadet diğer Müslümanlara da emredilmektedir. Fakat Kur’an’ın : “Gecenin bir kısmında uyanarak, sana mahsus bir nafile (fazladan) olmak üzere namaz kıl. (Böylece) Rabbinin, seni, övgüye değer bir makama göndereceğini umabilirsin” (İsra 17/79). Emrine binaen bazı İslam hukukçuları teheccüd namazının sadece Hz. Peygamber (sav)’e farz kılındığı hükmüne varmışlardır. Gece geç vakitlerde uyanıp teheccüd namazı kılmanın zor olacağından hareketle bu ibadet müslümanlara farz değil sünnet kılınmıştır.

Kur’anda geçen bu türden hükümler incelendiğinde, Şari’in öncelikle aynı özellikleri taşıyan olayları düzenleyen genel nitelikli hükümler koyduğu, daha sonra bu düzenlemelerin bir kısım tekil olayda kullar açısından aşırı zorluğa, dünyevi veya uhrevi bir maslahatın kalkmasına sebep olmasından dolayı genel kuraldan istisnâ şeklinde hükümler koyduğu görülmektedir. Kur’an ayetlerinde yer alan bu kabil istisnâların hepsinin teknik anlamda istihsan sayılamayacağı, bunun yerine tahsis, takyid, nesih, ruhsat gibi konular çerçevesinde değerlendirilmelerinin daha yerinde olacağı açık olmakla birlikte, söz konusu istisnâi hükümlerin, istihsanın, kıyasın mutlak uygulanması sırasında çıkabilecek olumsuzlukları gidermek amacıyla geliştirilmiş bir delil olduğu dikkate alındığında, öz itibarıyla istihsanla oldukça benzeştikleri görülmektedir (Kozalı, 2003:129).

## **4.2. Sünnet**

Sünnet, lügatte gidilen yol demektir (Necâr vd, 2004: 456). İstılahta ise sünnet, alimler tarafından birbirinden farklı olarak şu şekilde tarif edilmiştir :

Fıkıh usulü âlimleri ve muhaddisler göre sünnet, Hz. Peygamberden Kur’an dışında sadır olan söz, fiil ve takrirlerdir (Zeydan,1999: 161; Koçyiğit, 1997: 1-2).

İslâm hukukçuları ise sünneti, farz, vacib, mendub, haram, mekruh gibi şer’i ahkâmın bir çeşidi, vacib ve bid’atin karşılığı olarak kullanmışlardır (Zuhâyli, 1986: I, 450).

### **4.2.1. Sünnet-İstihsan İlişkisi**

İslâm’ın bidayetinde hukuki uygulamalar daha sonraki devirlerde görüleceği üzere müsamahasız ve nassta yer aldığı gibi tıpa tıp uygulanır bir karakterde değildi. Bir çok mesele ile ilgili farklı ve hatta birbirine zıt hukuk kaidelerine, karşılıklı müzakere temeline dayalı olarak müsamaha gösterilebiliyordu. Bu husus, Hz. Peygamber’in vefatından sonra sahabi ve daha sonra da tabiunun ihtilafından ve tatbikatından da açıkça anlaşılmaktadır. Hatta Hz. Peygamber’in genel karakterli talimat vermek suretiyle veya aynı durumla ilgili biri diğerinden ayrı iki fiili de sahih kabul ederek, farklı görüşler için geniş bir saha sağlamış olduğu anlaşılmaktadır. O devir, gelecek nesiller için örnek alınacak bir modelin gelişme devri olduğundan Hz. Peygamber, farklı durumlarda insan düşüncesinin kullanılmasını ve ortak duygu ve düşünce imkânlarını

sağlamayı hedeflemiştir. Eğer Hz. Peygamber, her mes'ele için değişmeyen bir takım katı kaideler koymuş olsaydı sonraki nesiller, akıl yürütmeden ve zamanın acil ihtiyaçlarına göre kurallar geliştirmekten mahrum bırakılmış olurlardı (Hasan, tsz:314).

Hz. Peygamber'in peygamberlik görevi yanında devletin teşri, icra ve kaza fonksiyonlarının da kendisinde toplandığı bu dönemde, hukuki faaliyetlere hakim olan temel prensiplerden biri: "Maslahat-ı celb mefsedet-i def" ilkesidir. Bu ilke İslâm hukukunun en önemli asıllarından biri olarak kabul edilmiştir. Yine bu dönemde hukuki faaliyetlere hakim olan ilkeler arasında tedric, kolaylık ve nesih de sayılabilir (Zeydan, 2001:110-113). Tedric, kolaylık ve nesih, istihsan metoduna başvurmanın en önemli nedeni olan "maslahat-ı celb mefsedet-i def" ilkesinin (Kâfi, 2004: 60) hayata geçmesi için zorunlu olan aşamalardır. Hz. Peygamberin hayatında bu ilkeye göre bir çok hüküm vermiştir. O hükümlerden bazıları şunlardır:

#### **a- İzhir otunun yasaktan istisna edilmesi**

İbn Abbas'ın rivayetine göre, Mekke'nin fethedildiği gün Hz. Peygamber şöyle buyurdu: "Mekke'nin dikenini kesilmez, avları ürkütülmez, eşyaları yerden kaldırılmaz. Otları da biçilmez. Rasulullah'ın bu sözü üzerine amcası Abbas: Ya Rasulallah! İzhir müstesna. Çünkü o demirciler ve evler için gereklidir" dedi. Rasulullah da izhir müstesna buyurdular (Buhârî,1987: II, 652; Abdurrezzak,1983: V, 140; Ebu Şeybe,1989: VII, 404; Dârekutnî,1966: III, 97; Beyhâkî,1994:VIII;52; Ebu Ya'la, 1984: X, 362). Hz. Peygamber, insanların izhir otuna olan ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak izhir hakkında istisnâi bir hüküm vermiştir (Ferfur,1987: 43).

#### **b- Hz. Peygamber (sav)'in münafıkları öldürtmemesi**

Abdullah b. Ubey bir gazve sırasında "Medineye döndüğümüzde şerefli olanlarımız (münafıklar), zelil olanları (müslümanlar) Medine'den çıkarıp atacak" bu sözleri duyan Hz. Ömer (ra): Bırak ya Rasulallah şu münafığı öldüreyim dediğinde Hz. Peygamber (sav): "Muhammed arkadaşlarını öldürüyor dememelerinden emin olsaydım sana izin verirdim" (Tirmizi, tsz: V, 417; Müslim, tsz: IV,1998; Nesâî, 1991:V, 271; Ahmet, tsz: III, 392) demiştir. Bu hadis-i şerif, İslâma, Hz.Peygamber'e hakaret eden ve fitne çıkaran münafıklarla ilgili hükümler açısından değerlendirildiğinde genel kıyas hükmündedir. Fakat münafıkların buna benzer bir çok hakaret ve yanlışları olmasına rağmen Hz.Peygamber (sav) fitneye sebep olmamak ve İslâmı tam olarak bilmeyen insanlar nezdinde dinin yanlış anlaşılmasına vesile olur endişesiyle bu konudaki genel kıyas hükmünü uygulamaktan vazgeçmiştir.

#### **c- Peygamber (sav) hicr kısmının dışarıda kaldığını bildiği halde kabeyi yıktırmaması**

Peygamber (sav): Ya Aişe! Senin kavmin Kâbeyi İbrahim'in (as) temelinden eksik yaptılar. Hz. Aişe: Ya Rasulallah! İbrahim (as) temeli üzerine kabeyi tekrar yapsanız? Peygamberimiz (sav): Kavmin küfürden daha yeni çıkmış olmasaydı bunu yapardım. (Abdurrezzak, 1983:V,130; Buhârî,1987:IV,1630; Nesâî,1991:III, 354) dedi. Peygamberimiz (sav)'in bu sözünden asıl olanın kabenin olduğu gibi kalmayıp yıkılarak Hz.İbrahim (as)'ın temeli üzerine yeniden yapılması olduğu anlaşılmaktadır. Hz.Peygamber, küfürden yeni çıkan kavminin yanlış anlayıp bir takım olumsuzlukların yaşanmasına yol açar endişesiyle asıl olan hükmü terkederek kâbe'nin olduğu gibi kalmasına müdahale etmemiştir. Burada maslahat sebebiyle istihsandan bahsedebiliriz.

#### **d- Seferde el kesme cezasının tehir edilmesi**

Kur'an-ı Kerim, hırsızlık yapan kimsenin elinin kesilmesini emretmektedir (Mâide, 5/38). Fakat Hz. Peygamber (sav), sefer sırasında el kesme cezasını, "sefer

sırasında el kesilmez” (Beyhâkî, 1994: IX,104; Ebu Davud, tsz: IV, 142). Emriyle yasaklamıştır. İslâm hukukunda yerleşik kurala göre hadler suç sabit olduğunda hemen tatbik edilirken, Hz. Peygamber (sav), sefer halini yerleşik olma durumundan istisnâ ederek, hemen tatbik edilmesi gereken el kesme cezasını tehir etmiştir (Ferfur,1987: 43).

#### **e- İpek elbise giyilmesine izin verilmesi**

Hz. Peygamber (sav), erkeklerin ipek elbise giymelerini yasaklamıştır (Ebu Ya’la,1984: I, 273; Nesâî, 1991:V, 437; İbn Hibban, XII, 249). Sahabeden Abdurrahman b. Avf ile Zübeyr b. Avvam’ın vücudundaki kaşıntı sebebiyle Peygamberimiz bu iki sahabenin ipek elbise giymelerine izin vermiştir (Buhârî, 1987: III, 1069; Beyhâkî, 1994: III, 268; Nesâî, 1991:V,476; Ebu Şeybe, 1989:V,154). Verilen bu hüküm, genel kıyastan yapılan bir istisnâdır (Ferfur,1987: 44).

#### **f- Kedinin artığının temiz kabul edilmesi**

Kıyasa göre kedinin artığıda diğer eti yenmeyen yırtıcı hayvanlar gibi necis sayılması gerekirken Hz. Peygamber (sav): “Onun artığı necis değildir. Çünkü o evlerinizde ve etrafınızda dolaşır” (Ahmet b. Hanbel, tsz: V, 296; Abdurrezzak,1983: I, 100; İbn Rahuveyh,1991:II,458; Beyhâkî,1994: I, 246). Hz. Peygamber (sav), kediden sakınmanın zor olduğundan hareketle onu diğer yırtıcı hayvanlardan istisna ederek artığının temiz olduğunu belirtmiştir.

#### **g- Ramazanda orucunu bozan fakir kişinin durumu**

Hz. Peygamber (sav)’in huzuruna bir adam geldi ve ey Allah’ın Rasulü, işe yaramaz bir adam Ramazan’da karısıyla cinsel ilişkiye girdi dedi ve sonra Hz. Peygamber (sav) ile aralarında şu konuşma geçti: Hz. Peygamber: Bir köle azat edebilir misin? dedi. Adam: Hayır dedi. Hz. Peygamber: Peki iki ay peşpeşe oruç tutabilir misin? Adam: Hayır dedi. Peygamberimiz, altmış fakiri doyurabilir misin? Adam yine hayır dedi. Bu sırada Hz Peygamber’e bir sele dolusu hurma getirildi. Peygamberimiz: “Bunu al ve kendi adına muhtaçlara dağıt” buyurdu. Bunun üzerine adam: “Medine de bizden daha fakir olan kimse yoktur, ey Allah’ın Rasulü deyince, Peygamberimiz: “İyi öyleyse bunu ailene yedir” dedi (Ahmed b. Hanbel, tsz: II, 516; Beyhâkî,1994:IV, 222). İslam hukukundaki yerleşik kurala göre suç işleyen kişiye uygun bir ceza verilir. Fakat Peygamberimiz (sav) karşısındaki kişinin çaresizliğini görünce zaruret sebebiyle genel kıyas hükmünden vazgeçmiştir.

Bu örneklerde de gördüğümüz gibi Hz. Peygamber (sav), insanların zorluklarla karşı karşıya kalmaması ve bir takım maslahatlarının zarar görmemesi için bir çok meselenin çözümünde genel nitelikli nasslardan istisnâlar yapmıştır. Daha önce de Kur’an-ı Kerimdeki istisnâ nitelikli örneklerden bahsederken de dediğimiz gibi bu kabil istisnâları teknik anlamda istihsan sayılamayacağı, bunun yerine tahsis, takyid, nesih, ruhsat gibi konular çerçevesinde değerlendirilmelerinin daha yerinde olacağı açık ise de söz konusu istisnâların öz itibarıyla istihsanla oldukça benzeştikleri de bir gerçektir (Kozalı, 2003:129 ).

### **4.3. İcma**

Asli kaynaklardan biri olan icma şer’i deliller sıralamasında kitap ve sünnetten sonra gelir (Tûfi, 1993: 49).

Lügatte iki manaya gelir: Azmetmek ve ittifâk etmek (İbn Manzûr, tsz : VIII, 53). İcmanın ıstılah anlamı hakkında usulcüler birbirine yakın şu tarifleri vermektedirler:

Razi ve Kârafiye göre icma: “Müslüman olan ehli’l- hal ve’l- akdin bir konu üzerinde ittifak etmeleridir.” Âmidî de buna yakın bir tarif yapmıştır (Âmidî, 2003: I, 254; Kârafi, tsz: VI, 2544).

Diğer bir grup alim ise icmayı: "Hz. Peygamber (sav)’in vefatından sonraki her hangi bir asırda şer’i bir hüküm konusunda müslüman olan müctehidlerin fikir birliği içinde olmaları” (Şakirul Hanbelî, 1948: 271 ; Urmevî, 1988: II, 39; Zeydan, 1999: 179) şeklinde tarif etmiştir.

#### 4.3.1. İcma-İstihsan İlişkisi

Hz. Peygamber (sav)’in vefatıyla beraber nass dediğimiz kitap ve sünnet tamamlanmış ve böylece mukaddes metinler sınırlanmış olmakta buna mukabil cevabı kitap ve sünnette olmayan yeni problemler ortaya çıkmaya devam etmiştir. Hz. Peygamber geride tedvin edilmiş bir fıkıh veya bir kanun bırakmamıştır. Kur’an ve sünnette bazı umûmî ve hususî kaideler, prensipler ve hükümler olmakla beraber bunlar bütün beşeri hadiseleri teferruatıyla muhtevi değildi. Gerek Hz. Peygamberden hemen sonra ortaya çıkan problemler ve gerekse yeni fetihlerle değişik soy ve ırktan insanların Müslüman olmalarıyla birlikte daha önce görülmemiş bir çok meseleyle karşı karşıya kalınması ictihad faaliyetini zorunlu hale getirmiştir (Karaman,1996: 48-49). Özellikle dört halife İbn Mes’ud, Hz. Aişe, Zeyd b. Sabit, Muaz b. Cebel gibi sahabîler bu ictihat faaliyetinin öncüleri kabul edilebilir. Başta sahabe olmak üzere onları takip eden İslâm hukukçuları, Kur’an ve sünnette buldukları bazı hükümlerin lafızlarına bağlanmak yerine daha çok lafızların altında yatan gaye ve hedefleri anlamaya çalışmışlardır. Bunun sonucunda sıkıntı ve zorlukları kaldırıp maslahatı gerçekleştirmek için bazı küllî kaidelerden istisnalar yapılması konusunda icma etmişlerdir. Çünkü bu istisnalar dinin özüne ve Şari’in maksadına daha uygundur. İstihsan sonucu varılan bu icma daha çok sukût-i icma şeklinde olmuştur. Bu istisnâlara şu örnekleri verebiliriz:

**a-** Kısas hakkındaki genel kurala göre kısas uygulaması cana can şeklinde olmalıdır. Çünkü kısas demek eşitlik demektir. Bu yüzden bir kişiye ancak bir kişi eşit olduğundan bir kişiye karşılık birden fazla kişi öldürülemez. Ancak Hz. Ömer, San’a da yedi kişinin bir kişiyi öldürmesi üzerine olaya karışan yedi kişinin öldürülmesini emretmiş ve “Eğer onun öldürülmesine bütün San’a halkı iştirak etmiş olsaydı hepsini öldürürdüm” demiştir. (Beyhâkî,1994:VIII,40; Dârekutnî,1966: III, 202 ). Hz. Ömer’in bu görüşüne sahabeden itiraz eden olmamıştır. Bu hükmüyle Hz. Ömer, genel kıyas hükmünü terk ederek istihsana göre fetva vermiştir. Hz. Ömer’in bu fetvasında gözettiği öncelikli durum maktülün hukukunu koruma ve kötü niyetli kişilerin birleşerek birini öldürüp sonrada kısas cezasından kurtulma planlarının önüne geçmektir.

**b-** Genel kıyas hükmüne göre bir kişi karısını boşadıktan sonra vefat derse, kadın her durumda mirastan mahrum olur. Çünkü bâin talak nikâh ilişkisini baştan itibaren keser. Fakat koca ölüm hastalığında iken karısını bâin talakla boşarsa ve koca, kadın iddet beklemekteyken, vefat ederse bâin talaka rağmen karı kocasına mirasçı olur. Zira Hz. Osman zamanında Abdurrahman b.Avf ölüm hastalığında iken karısını bâin talakla boşamış ve karısı iddet beklemekteyken de vefat etmişti. Hz. Osman, kadının Abdurrahman’a mirasçı olacağı hükmünü vermiş ve sahabe arasında da bu görüş benimsenmiştir (Zeylaî, tsz: XI, 431-432; Ferfur, 1987: 52).

**c-** Birlikte dinden dönüp sonra tekrar müslüman olan karı kocanın nikahları kıyasa göre bozulması gerekirken, istihsanen bozulmaz. İstihsan hükmünün gerekçesi sahabe

icmadır. Şöyleki Hz. Ebû Bekir döneminde bazı arap kabileleri irtidat edip tekrar müslüman oldukları zaman hanımlarıyla ayrılmadılar hiçbir sahabe de buna karşı çıkmadı (Serahsî, 1989: V, 49).

#### 4.4. Kıyas

Kıyas, sözlükte ölçmek, eşitlemek, takdir etmek, değerlendirmek, benzetmek gibi anlamlara gelmektedir (İbn Manzûr, tsz: VI, 185 ).

Usulcülerin ıstılahında ise kıyas: “Hakkında nass bulunmayan bir meselenin hükmünü aralarındaki ortak illet sebebiyle hakkında nass bulunan meselenin hükmüne bağlamaktır” (Berdisi, tsz: 231; Bağdadi, 1990: 174; Köse,1997: 162; Zeydan, 1999: 194; Hallaf, 2002: 52; ).

Kıyas, deliller hiyerarşisinde kitap, sünnet ve icmadan sonra gelir. Karşılaşılan bir meselenin çözümü kitap, sünnet ve icmada bulunmadığı zaman kıyasa başvurulur. Kıyas bazan sırf re’y ve akla dayalı bir delil olarak nitelendirilmekle birlikte bu onun nass karşısında bağımsız ve nassa alternatif bir delil olduğu anlamına gelmez. Kıyasın meşruluğunun akli gerekçelerle değil sırf nakli olan kitap ve sünnet sayesinde ispat edilmesi yine kıyas işleminin yapılabilmesi için kitap ve sünnetten bir asla dayanmasının zorunlu oluşu kıyasın nakle bağımlı bir delil olduğunu gösterir. Kıyasla amel etme konusunda İslâm hukukçuları ittifâk ettikleri halde kıyasla diğer zan ifâde eden şer’i deliller tearuz ettiği zaman hangisinin tercih edileceği konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Hanefi, Şâfiî ve Hanbelîler, haber-i vahidle kıyas çeliştiği zaman haber-i vahidi kıyasa tercih etmişler; Mâlikiler ise bu durumda kıyası, haber-i vahid’e tercih etmişlerdir. Sahabe sözünü kıyas çeliştiği zaman, Hanefi ve Mâlikiler, sahabe sözünü kıyasa tercih ederken, Şâfiî ve Hanefilerden Kerhi kıyasın sahabe sözünden üstün olduğunu dolayısıyla da kıyasın tercih edileceğini belirtmişlerdir (Apaydın, 2002: 534-535). İslâm hukukçuları, kıyası kuvveti esas alarak ikiye ayırmışlardır:

##### a- Celî (açık) kıyas

Celî kıyastaki illet, fer’de asl’dakinden daha kuvvetli ve açık olduğundan buna celi kıyas denir. Celi kıyasta asl ile fer arasında bulunan farkın kaldırılmış olduğu kesinlikle bilinir. Buna “kıyası evla” da denir. Mesalâ, Kur’an’da ana baba ya “öf” bile denilmesi yasaklanmıştır (İsra 17/22). Buna kıyasan ana babaya sövmek, onları dövmek evleviyetle yasak edilmiş demektir. Kıyası kabul etmeyen bazı usucüler de, “nassın delâleti” adı altında bu tür kıyası kabul etmişlerdir (Şener,1981:108)

##### b- Hafî (kapalı) kıyas

Bu tür kıyas da asl ile fer arasındaki farkın kaldırıldığı zanni olarak bilinir. Bu kıyas “kıyası edna“ olarak da adlandırılır. Mesalâ demir cinsinden olan bir şeyle kasden adam öldürmenin cezası kısastır (Bakara 2/178-179; Mâide 5/45). Sert bir cisimle öldürmede buna kısas edilir. Hanefi hukukçuları ise kıyası illetin açık ve kapalı olmasına göre ikiye ayırmışlar ve kapalı olan kıyasa istihsan adını vermişlerdir (Şener, 1981: 108).

#### 4.4.1. Kıyas-İstihsan İlişkisi

Şiiler, Zahiriler Mutezile’nin bir kısmı dışında kalan İslâm hukukçuları, kıyası şer’i delil olarak kabul etmişlerdir. İslâm hukukunun, toplumda karşılaşılan yeni meselelere çözüm bulmasında kıyasa başvurulması gerekmektedir. Ancak zamanla

ortaya çıkan toplumsal gelişme ve değişimler sorunların çözülmesinde kıyasın da yetersiz kalmasına neden olmuştur. Öyle ki; kitap ve sünnetten benzer bir hüküm var olduğu halde zarûret, maslahat ve umûmi belva gibi sebeplerle, bazı konularda kıyasın hükmünü uygulamak güçleşmiştir. Bu gibi zorlukları ortadan kaldırmak, maslahatı gözetmek için İslâm hukukçuları başta da Hanefiler, istihsan metoduna başvurmak suretiyle celi (açık) kıyasla amel etmemişlerdir (Yavuz,1987: 87).

Hanefilere göre, ilk akla gelen açık kıyasın hükmünden, ondan daha kuvvetli olan delilin hükmüne dönmek, yapılması gereken ve güzel (müstahsen) olan davranıştır ve böyle yapmakla istihsan teriminin manası ifâde edilmiş olmaktadır (Debûsî, 2001: 404-405; Serahsî, 1984: II, 2000). Açık (celî) kıyas karşısında illeti daha kuvvetli olan gizli (hafî) kıyası tercih etmeye kıyas, genel kural veya umûmî nassın genel hükmünden ayrılarak, cüzî mesele hakkında varid olan husûsi delile (nass, icmâ, zarûret gibi) dayanıp başka bir hükme varmaya (udûl) istihsan adını vermelerinin bir başka gerekçesi olarak da, teâruz eden deliller arasını tefrîk etmeyi göstermişlerdir (Debûsî, 2001: 404-405; Serahsî, 1984: II, 2000). Fakihler arasında asıl tartışma ilk planda akla gelen açık kıyası bırakıp daha dikkatli düşünmeyle anlaşılıp ulaşılabilen gizli kıyası tercih etme konusunda olmuştur. Çünkü bu gizli kıyasa göre hüküm veren fakihin yanında kendince geçerli sabit delili vardır. Ama bu delil diğer hukukçular tarafından kabul görmemektedir. Ebû Hanife ‘nin istihsan tarzındaki ictihadlarının çoğu, meseleye ilk bakışta hemen akla gelen kıyası, genel kuralı terketme esasına dayanmaktadır. Ebû Hanife bir mesele hakkında hüküm verirken önce nassa sonra icma sonra sahabe kavline sonrada kıyasa başvurmuştur. Kıyasla hükmetmek insanları meşakkete düşürdüğünü veya kıyas hükmüne aykırı yerleşik bir örf ve uygulamanın olduğunu yada aynı meselede maslahatı daha etkin olarak gerçekleştirecek daha kuvvetli başka bir kıyas hükmünün var olduğunu gördüğü taktirde önceki kıyas hükmünü yani celi kıyası terk ederek kapalı kıyası tercih etmiş ve bunu da istihsan olarak adlandırmıştır (Önder, 2000: 54). Gizli kıyas sebebiyle istihsana şu örnek verilebilir:

#### **a- Rehin bırakılan malın vedia yada ifâ sayılması**

Hanefi bilginlerine göre, mal konusunda veli bazı hukuki işlemleri yapmaya yetkilidir. Meselâ velayeti altındaki kişinin bir malını emanet bırakmak üzere vedia sözleşmesi yapması bu türdendir. Yine Hanefi bilginleri, bu velinin diğer bazı hukuki işlemleri yapma hususunda ise yetkili olmadığı fikir birliği içerisindeyler. Velayeti altında bulunan kişinin malından kendi borcunu ödemesi (ifâ) böyle bir işlemdir. Teslim şartlı rehin ise hem vediaya hem borç ödemeye benzemektedir. Şöyle ki başkasının yanında mal bırakma açısından rehin de vedia gibidir. Borçlunun borcunu ödeyememesi halinde ortaya çıkacak sonuç açısından ise rehin ifâya (borç ödemeye) benzer. Çünkü böyle bir durumda rehnedilen mal satılır ve alacaklı alacağını alır. Buna göre rehin hususunda iki kıyas bulunmaktadır; birisi, rehinin vediaya kıyas edilmesidir ki bu kıyastan çıkan sonuç, mal konusunda velinin vediaya yetkili olduğu gibi rehine de yetkili olmasıdır. İkincisi, rehinin ifâya kıyas edilmesidir. Bu takdirde veli ifâya yetkili olmadığı gibi rehine de yetkili sayılmayacaktır. Bunlardan hangisi açık kıyas, hangisi istihsan diye isimlendirilen kapalı kıyastır? Hanefi hukukçularına göre, rehinin vediaya benzetilmesi kapalı kıyastır. Ebû Hanife ve İmam Muhâmmed bu kıyası benimsemiştir. Rehin bırakılan malın ifâya benzetilmesi ise açık kıyastır. Ebû Yusuf ve imam Züfer ise bu kıyasa göre hükmetmişlerdir (Şa’ban, 1996: 188-189).

## 5. FER'İ KAYNAKLAR

İslâm hukukunda, asli kaynakların bir nevi yardımcısı olarak sayabileceğimiz fer'i kaynaklar bulunmaktadır. Asli kaynaklarda çözümü olmayan veya asli kaynaklardan istisnâ yoluyla bazı fetvalar söz konusu olduğunda fer'i kaynaklara başvurulabilir. Fer'i kaynakların sayısı konusunda usülcüler ihtilaf etse de en çok kabul görenleri; örf, maslahat-ı mürsele, istihsan, sedd-i zerâi, istishab, şer'u men kablena, sahabe kavlidir (Seyyid Bey,1333: 87). Tûfî, fer'i delillerin sayısını ondokuza kadar çıkarmaktadır (Tûfî, 1993: 13-18).

### 5.1. Örf

Örf, lügatte bilinen, tanınan şey (İbn Manzûr, tsz: IX, 239). İbni Faris; örfü, aralıksız bir şeyin devam etmesi (İbni Faris, 1979:IV, 281) olarak tarif etmektedir.

Istılahta ise örf; insanlar arasında alışkanlıkla yapılagelen ve akliselim yanında güzel kabul edilen uygulamalardır (Hallaf, 2002: 89; Mahmesânî, 2009: 161; Atar, 1988: 87).

### 5.2. Maslahat-ı Mürsele

Maslahat, arapça “salah” kökünden gelmektedir. Salah kelimesi salaha kelimesinin mastarıdır. Salah ve maslahat: fayda, yarar, uygunluk anlamlarına gelir (Neccâr vd, 2004:520).

Mürsele kelimesi rasele fiil kökünden türemiş ve rasele fiilinin if'al kalıbındaki ism-i mef'ulüdür. Sözlükte herhangi bir kayıt ve şarta bağlanmamış, (Neccâr vd, 2004:344) manasında kullanılmıştır. Bu iki kelimedenden meydana gelen maslahat-ı mürselenin sözlük anlamı herhangi bir kayda bağlanmamış fayda, menfaat demektir.

Istılahta ise maslahat-ı mürsele “yararlı olanı elde etme zararlı olanı def etme” (Celbi menafî defî mefasid) anlamında kullanılmıştır (Gazâlî,1993,I: 286; İbn Kudame, 1981: 86; Zeydan, 1999: 236; Zerkâ,1998: I , 90).

Başka bir tarif ise “İslâm'ın amaçlarına uygun olan, hakkında muteber veya ilga edilmiş olduğuna dair özel bir delil bulunmayan maslahatlardır” (Ebû Zehra,1997:239).

#### 5.2.1. Mâlikî Mezhebi ve Maslahat-ı Mürsele

Mâlikîler, maslahat-ı mürsele metoduna meselelerin çözümünde en geniş yer veren mezheptir. İstihsan nasıl Hanefîlerle adeta özdeşleşmiş ise maslahat-ı mürselede Mâlikîlerle özdeşleşmiştir. İmam Mâlik, maslahat-ı mürseleyi müstakil şeri bir delil olarak kabul etmiş ve ona çoğu zaman kıyastan kaynaklanan aşırılık ve katılığı gidermek için başvurmuştur. İmam Mâlik'e göre delâlet ve senet bakımından kat'i olan nasslar karşısında maslahatla hüküm vermek câiz değildir (Şener, 1981: 151). Delâlet veya senet bakımından zanni olan nasslar ise maslahatla tahsis edilebilir. Yani maslahat-ı mürsele Kur'an'ın âmmını tahsis edebilir, maslahata aykırı olan haber-i vahitleri hükümsüz bırakabilir (Zehra, tsz: 274).

İmam Mâlik'in maslahata başvurma nedenlerinden biri de zarar vermeme, insanlara kolaylık sağlama ve onlardan zorluğu def etmedir. Şâtıbiye göre, şeriatın vaz'edilme nedeni de budur (Şâtıbî, 1993: II, 6, 37).



Şâtıbî, İmam Mâlik'in maslahat-ı mürseleyi nasıl kullandığı hakkında bize şu bilgiyi vermektedir: Mâlik, maslahat-ı mürseleye göre hüküm verirken maslahatın şeriat sahibinin amaçlarına uygun olup olmadığını, kavrayışlı bir delil adamı edasıyla anlamaya çalışmıştır. Mâlik hiçbir zaman şeriat sahibinin amacı dışına çıkmamış onun temel ilkelerinden birisiyle çelişmemiştir (Ebû Zehra, tsz: 417).

Mâliki mezhebinde maslahat konusunu en iyi anlayıp değerlendiren hukukçulardan biri de Şâtıbî'dir. Şâtıbî'nin bu konudaki görüşlerini şöyle özetlememiz mümkündür: Dünya hayatında karşılaştığımız maslahat ve mefsedetlerin tümü yüzde yüz maslahat veya mefsedet değildir. Dünyevi anlamda maslahat veya mefsedet denince galip olan anlaşılmalıdır. Bir tasarrufun maslahat yönü ağır basıyorsa o maslahattır. Mefsedet yönü ağır basıyorsa o da mefsedettir. Bu yüzden fiiller iki yönlüdür ve hangi taraf ağır basıyorsa fiil o tarafa nisbet edilir (Şâtıbî, 2001: II, 25-26).

İmam Mâlik, bir meselede Kur'an ve sünnet gibi bir nass bulunmadığı zaman maslahatın hükmüne tabi olmuştur. Çünkü şeriatın geliş gayesi insanların maslahatlarına olanak sağlamaktır. Şeriatın her nassı mutlaka bir maslahatı içinde barındırmaktadır. Dolayısıyla hakkında nass bulunmayan bir meselede şeriatın amaçlarına uygun olan maslahat, Allah'ın şeriatıyla aynı niteliği kazanmaktadır. Buna karşın İmam Mâlik'in maslahat-ı mürsele anlayışı zaman zaman eleştirilmiştir (Ebû Zehra, tsz: 417). Bu bağlamda İmam Cüveyni, maslahatı, üzerinde ittifak edilen bir asıl bulunmaksızın akli düşüncenin gereği olarak hükmü gösteren munasip mana diye tarif etmiş ve İmam Mâlik'i bazen şeriatın hedeflediği maslahatlardan uzak olan maslahatları da kabul etmekle itham etmiştir (Cüveyni, 1997: II, 1113).

### 5.2.2. Hanefi ve Mâlikilere Göre Maslahat-ı Mürsele ve İstihsan Arasındaki İlişki

İmam Mâlik ve diğer Mâliki hukukçularının bu iki delili nasıl kullandıkları hakkında iki farklı görüş vardır. Bunlardan ilki istihsanın maslahat-ı mürsele ve her türlü maslahatı içerdiği görüşü, diğeri de bu görüşün zıddı olarak, maslahat-ı mürselenin istihsanı içine aldığı ve istihsanın maslahat-ı mürselenin bir alt dalı olduğu görüşüdür. Bu görüşlerden ilkinin Ebû Zehra, ikincisini ise Mustafa Zerkâ savunmaktadır. İmam Mâlik, istihsanı "cüz'i maslahatın kıyasın hükmüne tercih edilmesi" olarak tarif etmektedir. Eğer kıyas hükmü hakkında nass bulunmayan bir meseleyi, hükmü hakkında nass bulunan bir meseleye bağlamayı gerektiriyor fakat cüz'i maslahat ise bunun tersini söylüyorsa, bu durumda İmam Mâlik, maslahatın hükmünü tercih ederek bu hükme istihsan adını vermektedir. İmam Mâlik, istihsanı her türlü maslahatı kapsayacak şekilde genişletmiştir. Dolayısıyla ona göre, istihsan ortada bir kıyas bulunsun veya bulunmasın, hakkında nass olmayan her türlü maslahatı içine almaktadır. Öyle görünüyor ki İmam Mâlik'in istihsan anlayışı, hem terim anlamda istihsanı hem de maslahat-ı mürseleyi içine almaktadır. İmam Mâlik, istihsanı ve maslahat-ı mürseleyi rey'in içinde kabul etmiş ve onu hakkında nass bulunmayan konularda; uygulandığı takdirde bir sıkıntıyı gidermesi ve İslâm şeriatınca itibar edilen maslahatları sağlaması şartıyla delil olarak kullanmıştır. İmam Mâlik'in, İstihsanı "ilmin onda dokuzu olarak" değerlendirmesi, maslahat-ı mürselenin, istihsanın bir cüz'i olduğu görüşünü desteklemektedir (Ebû Zehra, tsz.417).

Bu konuda Mustafa Zerkâ ise şunları söylemektedir: Hanefiler istihsanı ikiye ayırmışlardır. Biri kıyas istihsanı yani celi ve hafi kıyasın çelişmesi durumunda gizli ama etkisi daha fazla olan hafi kıyası tercih etme, diğeri ise, zarûret istihsanıdır.

Hanefilerin zarûret istihsanı Mâlikilerin kullandığı maslahat-ı mürsele ile aynıdır (Zerkâ, 1998: I, 112).

Mâlikilerde istihsan, daima mesalih teorisinin bir alt bölümüdür. Çünkü onlara göre istihsan bir tek çeşittir ve o da, muayyen bir mesele de maslahatın çatışmasını nazara alarak, kıyastan dönmektir. Onlar, gizli kıyası, Hanefiler gibi istihsan olarak adlandırmak yerine gizli kıyasın da sonuçta bir kıyas olduğundan hareketle kıyas olarak adlandırılmasının daha doğru olacağını belirtmişlerdir (Zerkâ, 2007:171). İki mezhebin, istihsan ve maslahat-ı mürselenin değeri mevzuunda bakış açıları farklıdır: Hanefiler, kıyasın ifratından kaynaklanan sıkıntıları bizzat dinin metodlarından, adalet ve ıslah mevzuundaki maksatlarından yardım alarak adına istihsan dedikleri bir metoda başvurarak çözüme yolunu benimsemişlerdir. Hanefilere göre zarûret sebebiyle istihsan, kıyas zorluğa sebep olduğu zaman kıyastan vazgeçerek maslahata riayet etmektir. Çünkü dinin ilkelerinden biri de “zorluğu kaldırmaktır.” Yani Hanefilere göre istihsan, ıslah arzu edildiği zaman, dinin genel maksatlarına iltifâttir. Bu iltifât hicri birinci asırda “rey” daha sonra “ıstıslah” veya “maslahat-ı mürsele” olarak adlandırılmıştır. Hanefiler İslâm hukukunun dört ana kaynağına ilave ve müstakil bir delil eklemek yerine istihsanı, “maslahat-ı celb mefsedeti def” kaidesi üzerine dayanarak, kıyasın ortaya çıkan zararlarını tedavi etmek üzere kıyasın bir alt metodu olarak kullanmışlardır (Zerkâ, 2007: 179).

Mâlikî hukukçular ise istihsanı kıyasın yol açtığı sıkıntılardan korunmak için her hangi bir maslahat, kıyas kaidelerine aykırı davranmayı gerektirdiğinde maslahatın bir alt bölümü olarak kullanmışlardır. Mâlikiler, maslahat-ı mürseleyi, nassların kıyasa delâlet ettiği gibi, onun da muteber olduğuna delâlet ettiği müstakil bir kaynak olarak kabul etmişlerdir. Bu sebeple, bir hadise veya benzeri bir olayda hakkında dini- hukuki bir nass bulunmadığı zaman hukuki hükümler, maslahat-ı mürsele üzerine bina edilir. Böylece maslahat-ı mürsele kendisinden başka delil olmadığı zaman müstakil bir delil olur (Zerkâ, 2007:179-180).

Kârafî de istihsanla maslahat-ı mürselenin farkını belirtirken şunları dile getirmektedir: İstihsan, çatışan iki delilin çatışması durumunda tercih edilen şer'i delildir. İstihsan bir tahsistir. Maslahat-ı mürselede ise, çatışan iki delilin olması şart koşulmaz (Kârafî, tsz: IX, 4095). Mâlikiler “maslahatı celb ve mefsedeti def” ilkesi ile kıyasın hükmü çatıştığı zaman kıyası terkedip bu ilkeye göre hüküm vermeyi istihsan, kıyasla çatışmayıp ve hakkında da bir nass ya da icmanın olmadığı meselelerdeki verdikleri hükümlere de maslahat adını vermişlerdir (Yamuk, 2007: 72).

Mâlikiler, istihsan ve maslahat-ı mürsele hakkındaki görüşleri açısından önemli olan bir diğer bir nokta da maslahat-ı mürselede genel maslahatın özel maslahata takdim edilmesi, istihsanda ise özel maslahatın genel kurallara takdim edilmesi söz konusudur (Yamuk, 2007: 73). Genel maslahatın özel maslahata takdim edilmesine şu örneği verebiliriz: Hz. Ömer, kendi mallarıyla devlet otoritesine dayanarak aldıkları malları birbirine karıştıran valilerin mallarının yarısına el koymuştur. Hz. Ömer, valilerin vali olmadan önceki mâli durumlarını bildiği için onların vali tayin edildikten sonra sahip oldukları malın nereden geldiğini makul bir sebebe dayandıramadıkları takdirde ellerinde bulunan malın yarısını alıp hazîneye devrederek vâlilerin haksız mal iktisâbının önüne geçmiş, maslahat-ı mürsele prensibi gereği kamunun yararının, şahsi yarara, yani valinin yararına tercih etmiştir. Cüz'i, şahsî maslahatların, genel maslahata takdîmi için bey'ul araya aktini örnek verebiliriz. Bey'ul araya, kuru hurmayla taze hurmanın takası veya kurutulmuş sebze ve meyvenin aynı cinsten taze sebze ve meyva

ile takas edilmesidir. Ölçeği ölçeğine ve başa başlık imkânı bulunmadığından faizli bir işlem yapmış olma ihtimaline binaen bu alış verişin ittifâkla câiz olmaması gerekir. Ancak Hz. Peygamber (sav) insanların bu muameleye ihtiyac duymasından dolayı bu akte cevaz vermiştir (Buhârî,1987: II,764; Abdurrezak,1984:VIII,103; Nesâî,1991:IV, 21). Bu uygulama ile, cüz'i, şahsî maslahat, genelin maslahatına takdîm edilmiştir (Yamuk, 2007: 73-74).

W. Hallag'ın dediği gibi aslında hem maslahat hem istihsan rey'in bir ürünüdür. Ebû Hanife, İmam Mâlik, İmam Şâfi gibi ilk dönem hukukçular ve sonraki müctehitler fetvalarını daha sonra kavramlaşan maslahat ve istihsan metotlarını da içine alan re'y ve nazar üzerine dayandırmışlardır (Hasanova, 2006: 57).

Özetle, Mâlikî hukukçularına göre istihsanla maslahat-ı mürsele arasındaki en büyük fark şudur: İstihsan, genel nitelikli kıyas delilinin maslahat ile tahsisidir. Maslahat-ı mürsele ise hakkında özel bir nass bulunmayan bir konuda maslahat sebebi ile yeni bir delilin inşası, meydana getirilmesidir (Şâtıbî, 1997: I,34; Yamuk, 2007: 74 ). Malikilere göre, maslahat-ı mürsele istihsandan daha kapsamlıdır. Aralarında âmm, has ilişkisi vardır (Hamevî,1992:859).

### 5.3. Sahabe Sözü

Sahabe, Peygamber (sav)'i görmüş O'na inanmış örfte arkadaş denecek kadar bir süre peygamberimize arkadaşlık etmiş kimselere denir (Zeydan, 1999: 260). Sahabe sözünün huccet olması konusunda İslâm bilginleri ihtilaf etmişlerdir (Urmevî, 1988:II, 319; Hudârî, tsz: 410).

#### 5.3.1. Sahabe Sözü ve İstihsan

Sahabe hukukçuları özellikle de Hz. Ömer, Hz. Ali, İbn Mes'ud'un genel nitelikli nasları belli bir olaya tatbik ederken böyle bir uygulamanın dinin genel amaçlarına, hak ve adalet fikrine uygun düşüp düşmediğini göz önünde bulundurduğu ve genel kuraldan vazgeçip o olaya mahsus veya ikinci bir kuralın tesisine imkân veren farklı uygulamaya gittiğinin bir çok örnekleri vardır (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 340). Bu örneklerden bazıları şunlardır:

##### a- İhramlı bir kişinin ihramlı olan veya olmayan kişiye avı göstermesi

İhramlı olan kişi, ihramlı olan veya olmayan bir kişiye avı gösterir o kişi de avı öldürürse kıyas hükmüne göre ihramlı kişinin bir ceza ödemesi gerekmez. Çünkü bu konuyla ilgili ayette "Kim onu bilerek öldürürse" ( Mâide 5/95 ) buyurularak cezanın bilerek öldürene ait olduğu belirtilmektedir. Bu konuda Hz. Ömer, Hz. Ali, Abdurrahman b. Avf ve İbn Abbas kıyası terk ederek, o gün henüz adı konmamış fakat daha sonra istihsan olarak adlandırılacak delile dayanarak, işaret eden kişiye de ceza verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir (Serahsî, 2000: IV,79).

##### b - Mazmaza ve istinşakın gusul abdestinde farz olması

Genel kıyas hükmüne göre gusul abdesti alırken, namaz abdesti gibi ağıza ve buruna su vermenin sünnet olması gerekir çünkü her ikisi de namaz için şart olan abdestlerdir. Hanefiler, İbn Abbas (ra)'tan gelen bir rivayet sebebiyle kıyas hükmünü terk ederek gusul abdesti alırken ağıza ve buruna su vermenin farz olduğunu kabul etmişlerdir (Serahsî,1984: II,105-106 ).

**c- Bir gün veya daha az süre baygın yatan kimsenin kaçırdığı namazları kaza etmesi**

Genel kıyas hükmüne göre bu durumda olan birinin hiçbir namazı kaza etmemesi gerekir. Çünkü baygın olan kişi dinen sorumlu değildir. Fakat Hanefiler, Âmmar b.Yasir'in uygulamasına dayanarak, bu durumda olan bir kişinin istihsanen bir günlük veya daha az kaçırdığı namazları kaza etmesi gerektiği yönünde fetva vermişlerdir (Serahsî,1984: II,106). Bu örneklere ek olarak Hz. Ömer'in müellefe-i kulubun zekât paylarını kaldırması, kıtlık zamanı hırsızlara yada efendilerinin malını çalan köle ve hizmetçilere had cezası uygulamaması, bazı durumlarda ehl-i kitap kadınlarıyla evliliği yasaklaması, iktisadi durumda ki değişikliği göz önüne alarak diyet oranlarını yeniden düzenlemesi (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 340) Hz. Osman'ın, Hz. Ömer'in şehit edilmesi üzerine öfkeyle babasının öldürülmesinden sorumlu tuttuğu Hüzmüzan'ı öldüren Ubeydullah'a sahabeden bir grubun ısrarlarına rağmen kısas cezası uygulamaması. Hz. Ali'nin, Hz. Osman'ın katillerinin kısas cezalarını uygun bir zamana kadar tehir etmesi (Kardavî, 1997: 59-60). Gibi örnekler de istihsan delili içinde zikredilebilir.

**5.4. İstishab**

Sözlükte, istishab, sahabe kelimesinden türemiş olup, birlikte olmak, ayrılmamak, (Menavi,1990: 445) demektir.

Istilahda ise, geçmişte sabit olan bir durumun değiştiğine dair bir delil bulunmadıkça hali hazırda varlığını koruduğuna hükmetmek anlamında kullanılmıştır (Şevkânî, 2000: II, 974; Şa'ban, 1996: 217 ).

**5.5. Şer'u Men Kablena**

Peygamberimiz (sav)'den önceki Peygamberler (a.s), aracılığıyla geçmiş ümmetler için vaz edilmiş ilahi hukuk sistemleridir (Zuhâyli,1999:101).

## 6. İSTİHSAN KAVRAMININ İLK KULLANIMLARI VE TERİMLEŞME SÜRECİ

### 6.1. İstihsan Metodunun İlk Kullanımları

İstihsan, kelimesinin türediği "hüsün" sözcüğü Kur'an-ı Kerim'de birçok ayette geçmektedir. Ba Hüseyin, bu sayıyı yaklaşık iki yüz olarak vermektedir (Ba Hüseyin, 2007: 14) "hüsün" sözcüğünün geçtiği bazı ayetler şunlardır: (Bakara, 2/236; Al-i İmran, 3/37; Nisa, 4/128; En'am, 6/154; Araf, 7/145; İsra, 17/53; Kehf, 18/104; Kasas, 28/77; Zümer, 39/17-55).

Aynı sözcük hadis-i şeriflerde de geçmektedir. O hadislerin birinde "Müslümanların güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir" (Ahmet b. Hanbel, tsz: I, 379; Hâkim,1990: III, 83). Fakat ne Kur'an-ı Kerim'de ne de hadis-i şerifler de geçen "hüsün" kelimesinden türeyen kelimelerle istihsanın terimsel anlamı arasında bir ilişki kurmanın imkânı yoktur. Daha önce Kur'an, sünnet ve sahabe uygulamalarıyla istihsan arasındaki ilişkiden bahsederken bu kaynaklarda istihsanın nasıl kullanıldığına dair örnekler zikredilmişti. Bu sebepten dolayı istihsanın lafız olarak değilde uygulama olarak ilk ortaya çıkışını Kur'an ve sünnetle başlatmak doğru bir tesbit olacaktır.

### 6.2.İstihsanın Terimleşme Süreci

İstihsanın fıkıh terminolojisine girmesi hicri II (m. VIII). Yüzyılda Ebû Hanife önderliğindeki Irak fıkıh ekolünün öncülüğünde olmuştur. Kaynaklar bir istidlal yöntemi olarak istihsanın Ebû Hanife ile başladığında adeta müttefikler. Ancak istihsanın teknik bir usul terimi olarak kullanımdaki yerini alması, ehl-i hadisin özellikle imam Şâfiî, sonraki Şâfiî hukukçuları ve İbn Hazm'ın sert eleştirileri karşısında istihsanı tanımlamaya çalışan Kerhi, Pezdevi, Debûsi ve Serahsî gibi Hanefi hukukçuların gayretleriyle olmuştur (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 340).

### 6.3. İstihsanın Tarifi

İstihsan, (الإِسْتِحْسَانُ), sözlükte "güzel oldu" anlamına gelen (حَسُنَ) fiilinin istif'al babından mastarı olup, " bir şeyi güzel bulmak güzel saymak, güzel olduğuna inanmak" anlamına gelir (İbn Manzûr, tsz: XIII,117; Menavi,1990: 55; Neccâr vd, 2004: 174). Zıddı ise (فَبِحْ) fiilinin istif'al babından mastarı "bir şeyi kötü ve çirkin bulmak anlamına gelen istikbah (حَابِقْتَسَا) kelimesidir (İbn Manzûr, tsz: II, 552; Neccâr vd, 2004: 710).

İstihsanın bir başka anlamı da bir şeye meyledip onu arzulamaktır. Bu arzulama, duyu organlarıyla olabileceği gibi, akıl gibi manevi hasselerle de olabilir (İbn Manzûr, tsz: XIII, 114-118).

İstihsanın terim anlamı hususunda İslâm hukukçuları ihtilaf etmişlerdir. Bu konuda bir fikir birliğine varılamamasının en önemli nedeni istihsan kavramını en çok kullanan Ebû Hanife ve ilk taleberinin istihsana dair açık bir tarif yapmamış olmalarından ileri gelmektedir.

## 6.4. İslâm Hukukçularına Göre İstihsanın Terim Anlamı

### 6.4.1. Hanefi Hukukçularının İstihsan Tanımları

Hanefi mezhebinin ilk müctehidlerinden günümüze intikal eden kayıtlarda, özellikle İmam Muhammed'in el-Asl adlı eserinde istihsandan sıkça söz edilip bir çok çözümün istihsanla açıklanmasına rağmen ve istihsan adeta kıyas karşıtı veya katı kuralcılığın yanlış sonuçlara götürmesini önleyen bir istidlal tarzı olarak tanıtılmasına rağmen ilk Hanefi imamlarının (Ebû Hanife, Ebû Yusuf, İmam Muhâmmed) istihsan tanımına rastlanmaz (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 340).

Kaynaklar, Hanefi hukukçuları arasında yapılan ilk istihsan tanımının Iraklı Hanefi fakihî Ebû'l-Hasan el-Kerhi'ye (ö.340/951) ait olduğunu bildirmektedir (Dönmez,1981:127). Bazı İslam hukukçuları, Kerhi'nin, istihsanı "bir meselede daha kuvvetli bir delil sebebiyle o meselenin benzerlerine verilen hükümden vazgeçmek" (Pezdevî, 1997: IV,4; İbnu'l Hacib, 1307: 207; Âmidi, 2003: IV, 193; Gazâlî, 1993: I, 283; Buhârî, 1997: IV, 4; Subki,1984:III,188; Hallaf, 1993: 70; İbn-i Neccâr, 1997: IV, 431; Ferfur, 1999: II, 209; Zeydan, 1999: 230; İbn Abidin, 2000:I,219; Zuhâyli;1986: II, 737; Bardakoğlu, 2001: XXIII, 341; Dönmez,1981:127) olarak tarif ettiğini belirtmişlerdir.

Kerhi'nin istihsan tarifi, Hanefi Mezhebi içerisinde istihsanın mahiyetini açıklayan en iyi tarif olduğu belirtilmiş ve birçok usulcü tarafından güzel bulunup benimsenmiştir (Zerkâ, 1998: I, 87). Ebû Zehra, Kerhi'nin tarifinin neden güzel olduğunu şöyle açıklamaktadır: Bu tarif istihsanın bütün çeşitlerini, esas ve özünü içine almaktadır. İstihsanın esası, hükmün külli bir kaideye aykırı düşmesidir. Bazen külli kaidenin dışına çıkarak, istihsana başvurmak dinin gözettiği gayelere daha uygundur. (Ebû Zehra, 1997: 225).

Hanbelî hukukçularından Tûfî, Kerhi'nin tanımını istihsan hakkında yapılan tanımların en güzeli olarak nitelendirmektedir (Tûfî, 1999: III, 197-198).

Gazâlî, Kerhi'nin bu tarifini naklettikten sonra "bu tanıma karşı çıkılmaz" (Gazâlî,1993: II, 477) demiştir. Bir başka Şâfiî hukukçusu olan Şirâzî de Kerhi'nin bu tanımını takdir ederek: İstihsan, Kerhi'nin ve başka kimselerin söylediği gibi "iki delilden kuvvetli olanı ile amel etmek" ise bizde buna katılıyoruz ve bizimle (istihsana karşı çıkanlarla) istihsanı şeri bir delil olarak kabul edenler arasında her hangi bir ihtilafın kalmadığını belirtmektedir (Şirâzî, 1983: II, 970). Kerhi'nin bu tarifi sayesinde istihsanın gerçek mahiyeti anlaşılmış ve böylece istihsanın delilsiz zevke fetva vermek olduğunu zannederek karşı çıkan başta Gazâlî, Razi, Şirâzî gibi Şâfiî hukukçularda, istihsanın şer'i bir delil olduğunu kabul etmişlerdir (Gazâlî,1993: II, 477; Tûfî, 1999: III, 197-198; Şirâzî, 1983: II, 970).

Bazı usulcüler, Kerhi'nin istihsan tanımı umumun tahsisi sonucunu doğurduğu ve nasihten mensuha dönülmesine neden olduğu için eleştirmiştir. Âmm lafzın tahsisi nasihten mensuha gidilmesi istihsanın dışında bir şeydir. Hanefiler bunu zaten istihsan diye isimlendirmemişlerdir (Âmidi, 2003: IV, 193). Bu istihsan tarifi Ebû Hanife'nin "istihsanı kıyasla terk ettim" sözüyle de çelişir çünkü Ebû Hanife'nin bu sözü kuvvetli delili veya kuvvetli kıyası zayıf kıyas karşılığında terk etmek gibi anlaşılır ki bu câiz değildir (Buhârî, 1997: IV, 5).

Kerhi'den bir nesil sonra gelen Iraklı Hanefi fakihî Cessâs (ö. 370/980) istihsanı, "kendisine nisbetle üstünlüğü bulunan bir delil sebebiyle kıyasın terk edilmesi

”olarak tanımlamaktadır (Cessâs, 1985: IV, 234). Cessâs tanımladığı istihsanın iki çeşidinden söz eder. Birincisi iki olayda (asıl) benzerlik gösteren ve bunlar arasında kalan bir fer’in vacib olan bir delâlet sebebiyle bu iki olayın hükümden birine ilhak edilmesidir. İkincisi de illet bulunduğu halde hükmün tahsisidir (Cessâs, 1985: IV, 234). Fakat başta Serahsî ve Pezdevî olmak üzere Hanefî usulcülerinin çoğu istihsanın illetin tahsisi olarak değerlendirilmesini hatalı bir tanımlama olarak kabul edip, bu görüşü reddetmişlerdir (Serahsî, 1984: II, 204; Buhârî, 1997: IV, 4). Maveraünnehir Hanefileri’nin aksine Iraklı Hanefiler ictihad ürünü (müstenbat) illetin tahsisini, yani böyle bir illet bulunduğu halde hükmün bulunmamasının cevazını kabul ettiklerinden Cessâs istihsanı, illet bahsinin devamında illetin tahsisi konusuyla bağlantı kurarak açıklar. Çünkü illet hükmün alameti olup arada zorunlu bir birtelikelik yoktur. Böyle olunca illetin varlığıyla birlikte hükmün terk edilmesi gerektiğini gösteren bir başka delil bulunduğu hüküm terkedilir ki bu delil istihsandır (Bardakoğlu, 2001: XIII, 341).

Bir başka Hanefî hukukçusu olan Debûsiye göre, (ö.430/1038) istihsan: “Celi kıyasla çelişen delildir” (Debûsi, 2001: 404). Debûsi’nin celi kıyas nitelendirmesi, İmam Muhâmmed’in eserlerinde sıkça kullandığı, “kıyası bırakıyor ve istihsana göre hüküm veriyorum” (Şeybânî, tsz: I, 356; II, 278; III, 422; IV, 243, 244, 256). İfadesindeki kıyasa açıklık getirmiş olduğu gibi, istihsanın geniş anlamıyla bir tür kıyas işlemi olduğunu göstererek fikhin asıllarından olan kıyasın delilsiz terk edildiği şeklindeki eleştirileri de cevaplandırmış olmaktadır ( Bardakoğlu, 2001: XXIII, 341). Ayrıca Debûsi yaptığı tanımda delilin hangi anlama geldiğini de şöyle açıklamaktadır: Bu tanımdaki delil, nass, icma, zarûret veya kıyası hafiden ibarettir. Debûsiye göre istihsanla kıyasın tercih sebebi kıyasın açık istihsanın kapalı olma yönü değil tesir yönünün etkili olmasıdır. Bu yüzdendir ki tesir yönünden üstün olan istihsan kıyasa tercih edilmiştir (Debûsi, 2001: 404). Debûsi’nin istihsan tarifinde yeni olan taraf istihsanın sebebi olan şeyin nass, icma, zarûret veya kıyası hafî delillerinden birisi olduğunu ilk defa belirtilmiş olmasıdır (Bakkal, 2009: 22).

Diğer bir Hanefî usulcüsü olan Pezdevî (ö. 482/1089) istihsanı: “İki kıyastan birisi” olarak tarif ettikten sonra diğer kıyasla amel etmek câiz olduğu halde, istihsanla amel etmenin evla olduğuna işaret etmek için istihsanı kıyas diye isimlendirmiştir (Pezdevî, 1997: IV, 4-6). Pezdevî’ye isnat edilen bir başka istihsan tanımı da şöyledir: “Kıyasın gereği ile hüküm vermeden o kıyastan daha güçlü bir kıyasa udul etmek veya kıyası kendinden daha güçlü bir delille tahsis etmektir” (Hallaf, 1993: 69; Zuhâyli, 1999: 77). Bu tanım, bir nevi Kerhi ve Cessâs’ın tanımının birleştirilmesinden ibarettir.

Önde gelen bir başka Hanefî hukukçusu olan Serahsî (Ö.490/1096), istihsanı tanımlamadan önce onun çeşitlerini izah ederek söze başlar: Fakihlere göre istihsan iki çeşittir: Birincisi Şari’in takdirini müctehide bıraktığı konularda müctehidin ictihad etmesi ve zannı galiple amel etmesidir ki bu konuda hukukçular arasında bir ihtilaf yoktur. İkincisi ise zahir (açık) kıyasa muhalif olan delildir. Bu açık kıyasa muhalif olan hafî (kapalı) kıyas hemen akla gelmez müctehid iyice düşünüp araştırınca akla gelen ve açık kıyasla çelişen kıyastır ve bu kıyasla amel etmek vacibdir. Açık kıyasla çelişen bu delil istihsan olarak adlandırılır (Serahsî, 1984: II, 200; Hudârî, tsz: 383; Dönmez,1981:129). Serahsî, “Mebcut” adlı fıkıh kitabında istihsanın amaç ve gayesini veziz bir şekilde özetleyen hocası Hulvani’den (ö.448/1050) naklettiği şu tanımlara yer vermiştir:

a- İstihsan, kıyas'ı terk edip insanlar için en uygun olan ciheti almaktır.  
b- İstihsan, şahıs ve umumun mübtela olduğu şeylerle ilgili hükümlerde kolaylık istemektir.

c- İstihsan, genişliğe göre hareket etmek ve kolaylık talep etmektir.

d- İstihsan, müsamaha ve ruhsat esasına göre hareket etmektir (Serahsî, 1989: X, 145; Şener, 1981: 117). Serahsî, bütün bu tanımların özetinin “ kolaylık için zorluğu terk etmek olduğunu ” belirtmektedir (Serahsî, 1989: X, 145). Bardakoğlu, ise Serahsî'nin zikrettiği tanımların istihsanın tanımından ziyade onun amaç ve işlevini açıklamakta ve Hanefi mezhebinde o zamana kadar zarûret, umumu'l belva, kamu yararı gibi istihsanın dayandığı temel tezler esas alınarak verilen fetvaları da içine aldığı öne sürmektedir (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 342).

Berdisi, hanefi fakihlerinden biri olan Nesefî'nin, istihsanı: “Bir kıyastan daha kuvvetli bir kıyasa göre hüküm vermek veya açık kıyasla çatışan başka bir kıyasa göre hüküm vermek” (Berdisi, tsz: 305; Hallaf, 1993: 69; Şener, 1981: 118) olarak tarif ettiğini iddia ederek bu tanımın nass, icma ve zarûret sebebiyle istihsanı dışarıda bıraktığı için eksik bir tanım olduğunu (Berdisi, tsz: 305) belirtmektedir. Nesefî, kendi usul kitabında İstihsanı: Celi (açık) kıyası, ondan daha üstün başka bir delil sebebiyle terk etmek (Nesefî, 1986: II, 291) şeklinde tarif etmiştir.

Bardakoğlu, İmam Maturudî'nin, istihsanı: “Müctehidin iki cevihle karşılaştığında kıyası terk edip, kalbine doğan baskın tercihle ve zann-ı galiple hüküm vermesi veya olayın irca edilebileceği bir aslın bulunmadığı durumlarda hukukçunun takdir hakkını kullanarak en güzeli seçmesi” (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 341) şeklinde tarif ettiğini bildirmektedir.

Ameli konularda Hanefî olan Ebû'l Hüseyin el-Basri'ye göre istihsan: “Daha kuvvetli bir yön sebebiyle lafızların kapsamı gibi kapsamı olmayan ictehad yönlerinden bir yönü terk etmektir ki; birincisinin üzerine sonradan gelen hükmündedir” (Basri, 1983: II: 296; Âmidi, 2003: IV, 193).

Basri'nin istihsan tanımındaki “lafızların kapsamı gibi kapsamı olmayan” sözünden kastı istihsanın umumun tahsisi olmadığını belirtmek içindir. Basri, tanımda geçen: “Birincisinin üzerine sonradan gelme” sözüyle de istihsanı terk edilip kıyasla hüküm verildiğinde bunun istihsan olmayacağını belirlemek için söylemiştir (Basri, 1983: II, 296; Âmidi, 2003: IV, 193; Subki, 1984: III, 188).

Ebû'l Hüseyin el-Basriye göre Ebû Hanîfe ve talebelerinin kabul ettikleri istihsan iki türdür ya manâda veya ibarede meydana gelir. Manâda olan istihsan şöyledir: Bazı deliller, belirtiler diğerlerinden daha kuvvetli olur. O zaman zayıf olan delil fasit olmadan bir delilden diğer delile dönmek câiz olur. Bu tür istihsan illetin tahsisidir. Ebû Hanifenin istihsan tanımı da budur. İbarede meydana gelen istihsan ise istihsanın sözlük anlamda kullanılmasıdır (Basri, 1983: II, 296).

Usul kitaplarında istihsanla ilgili olarak kime ait olduğu bilinmeyen fakat Şâfiî hukukçuların, Hanefilere nisbet ettiği istihsan tariflerinden biri de şöyledir: “ Müctehidin vicdanını etkileyen fakat onu ifâde etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delildir ” (Gazâlî, 1993: II, 474; Âmidi, 2003: IV, 192).

İstihsana karşı çıkanlar bu tanımın, Hanefilere ait olduğu fikrinden hareketle onları ağır bir şekilde suçlamışlardır. Bu tanımda geçen “yengadihu” sözcüğü vehim, şüphe anlamında kullanılmışsa bu istihsan tarifinin ittifâkla reddedileceği çünkü şer'i hükümlerin mücerred vehim ve şüphleyle sabit olmayacağını bütün hukukçular kabul etmektedir. Fakat “yengadihu“ kelimesinden maksatın yakîn, gerçekleşmek anlamında



kullanılmışsa bu istihsan tarifinde ittifâkla kabul edileceği belirtilmiştir (Razi, 1968: VI,123; Âmidi, 2003: IV,192; Zuhâyli, 1986: II, 737).

#### 6.4.2. Mâliki Hukukçuların İstihsan Tanımları

Hanefilerden sonra istihsanı, şer'i bir delil olarak kabul edip, birçok meselenin çözümünde ona başvuran mezheplerden biri de Mâlikilerdir. Mâliki hukukçular, istihsanı maslahat-ı mürselenin bir fer'i olarak kabul etmişler ve istihsana özellikle genel kural niteliğindeki kıyasın aşırılığını önlemek için başvurmuşlardır. İmam Mâlik ve diğer önde gelen Mâliki hukukçuları, istihsanı daha çok genel kaideden istisnâ edilmiş, cüz'i maslahatlara göre hüküm verme olarak değerlendirmişlerdir. Özetle Mâliki mezhebine mensup hukukçular, istihsanı "maslahat-ı celb, mefseteti def" ilkesi içerisinde kabul etmişlerdir. İmam Mâlik ve bazı önde gelen Mâliki hukukçularının istihsan tanımları şöyledir:

İmam Mâlik, istihsanı: “Külli kaide karşısında cüz’i maslahata göre hüküm verme” olarak tarif etmiştir. Bu tarifin sonucu istihsan, mürsel istidlalin kıyas üzerine takdim edilmesinden ibarettir. (Şâtübî, 1997: V, 194)

İmam Mâlik, istihsanı “İlmin onda dokuzu” (Şâtübî, 1997: V, 198; Şâtübî, 2001: III, 64; Zuhâyli, 1999: 77; Zuhahli, 1986: II, 738) olarak nitelendirmesi istihsana ne kadar değer verdiğini göstermesi açısından önemlidir.

Bazı İslam hukukçuları, İbnu'l- Arabî'nin, istihsanı çeşitlerini de içine alacak şekilde tanımladığını nakletmişlerdir. Ona göre İstihsan: “ İstisnai olarak kıyasın gerekliliğini terk etmeyi tercih etmek ve kıyasın gerektirdiği hükme ters düşen hükme ruhsat vermektir (Hallaf, 1993: 70; Ebû Zehra, 1997: 225; Zeydan, 1999: 230; Zuhâyli, 1986: II, 738). İbnu'l- Arabî istihsanı dörde ayırmıştır:

- a- Örf sebebiyle delili terk etmek
- b- İcma sebebiyle delili terk etmek
- c- Maslahat sebebiyle delili terk etmek
- d- Güçlüğü kaldırmak için delili terk etmek (Şâtübî, 2001: III, 65; Ebû Zehra, 1997: 225).

Bir başka Maliki hukukçusu olan İbn Rüşd'ün istihsanı: “Hükümde aşırılığa götüren kıyası reddedip istisnâi olarak o konuda hükme müessir başka bir manaya yönelmek” (Hallaf, 1993: 70; Zehra, 1997: 225; Zuhâyli, 1986: II, 738; Kâfi, 2004: 60) olarak tarif ettiği bildirilmiştir.

Diğer bir Mâliki hukukçusu olan Şâtübî göre istihsan: “İki delilden daha güçlü olan delille amel etmek ve âmm olan hükmü her hangi bir delille tahsis etmek suretiyle kıyastan istisnâ etmektir” (Şâtübî, 1997: V, 193).

Mâliki hukukçular arasında istihsanın en önde gelen savunucularından biri olan Asbağ b. Ferec, istihsanı “İlmin direği” olarak nitelendirmiş ve “ kıyasa fazla dalan kişi neredeyse sünnetten ayrılacaktı” (Şâtübî, 1997: V, 198-199) diyerek kıyasta direktmenin bazen insanı yanlış yollara götürebileceğini anlatmak istemiştir.

#### 6.4.3. Şâfiî Hanbelî ve Diğer İslâm Hukukçularına Göre İstihsan Tanımları

Hanbelîler de istihsanı şer'i bir istinbat metodu olarak kullanmışlardır. Ahmed b. Hanbel ve Tûfi, istihsanı: “Kitap ve sünnette yer alan özel bir delil sebebiyle bir meselede o meselenin benzerlerine verilen hükümden dönmek ” (İbn Kudame,1981: 85; Hallaf, 1993: 70) olarak tanımlamıştır. İbn Kudame bu tarif dışında istihsanın iki

tarifine daha yer vermiştir: “İstihsan müctehidin aklıyla güzel gördüğü şeydir”. İbn Kudame, bu tarifi Ebu Hanifeye nisbet edildiğini belirtmektedir. İstihsan: “Müctehidin vicdanını etkileyen fakat onu ifâde etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delildir” (İbn Kudame,1981: 85).

İbn Teymiyye, Meymune'nin rivayetine istinaden, teyemmüm konusunda Ahmed b. Hanbel'in istihsana göre şöyle fetva verdiğini bize haber vermektedir: “Her namaz için teyemmüm yapmak istihsana göre verilmiş bir fetvadır. Çünkü bu konudaki yerleşik kıyasa göre teyemmüm, su ile abdest almadan bedel olduğu için onu ancak abdesti bozan şeylerin bozması gerekir; namaz vaktinin çıkması normal abdesti bozmadığı gibi teyemmümde bozmaz. Fakat Ahmet b. Hanbel, bu konuda yerleşik kuralı bırakarak istihsanen her namaz vakti girdiğinde teyemmümün yenilenmesi gerektiği yönünde fetva vermiştir (İbn Teymiyye, 1998:II; 134-135; İbn-i Neccâr, 1997:IV,427).

Genelde istihsana karşıymış gibi görünse de Şâfiî mezhebine mensup bazı hukukçularda başka isimler adı altında istihsana göre hüküm vermişlerdir. İmam Şâfiî, istihsanın şer'i bir delil olduğunu kabul etmemiş ve istihsanla hüküm vermeyi yeni bir din icat etmek olarak değerlendirek, istihsanla amel edenleri sert bir şekilde eleştirmiştir. (Gazâlî,1993: II, 467; Şa'ban, 1996: 181; İbn Kudame, 1981: 86)

Şâfiî'nin bu sert eleştirisi sonraki Şâfiî hukukçuların istihsana bakışını da menfi yönde etkilemiştir. İmam Gazâlî İstihsanı: Müctehidin hiç bir şer'i delile dayanmadan akli ve hevasına göre hüküm verme şeklinde yorumlamış ve istihsanın delil olamayacağını savunmuştur. (Gazâlî,1993: II, 467-468; Zuhâyli,1999: 78)

Âmidi istihsanı: “Nass, icma veya başka yerde bulunan daha güçlü bir delil sebebiyle genel kuraldan özel hükme dönmek” (Âmidi, 2003: IV, 193; Zuhâyli, 1986: II, 739; Zuhâyli, 1999: 78) olarak tarif etmiştir.

Taftazânî, istihsanı, celi kıyasın mukabili olan gizli kıyas olarak tanımlamıştır (Taftazânî, 1996:II,171).

Şevkânî, buraya kadar değişik İslâm âlimlerince yapılan istihsan tariflerini âlimlerin isimlerini zikretmeksizin vermiştir. O tariflerden birkaçı şöyledir:

a- Müctehidin vicdanını etkileyen fakat onu ifâde etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delildir.

b- Bir kıyastan ondan daha kuvvetli bir kıyasa dönmektir.

c- Kıyası kendinden daha kuvvetli bir kıyas ile tahsis etmektir.

d- Külli kaide karşısında cüz'i bir maslahatla amel etmektir (Şevkânî, 2000: II, 985).

İslâm hukukçularının çoğunluğu, istihsanın tanımında ihtilaf etseler de istihsanın bazı durumlar da bir hükümden başka bir hükme dönmek, bir hükmü başka bir hükme tercih etmek, bir hükmü terk edip diğer bir hükümle amel etmek, külli delilden cüz'i bir meseleyi istisnâ etmek, âmm hükmü özel bir delille tahsis etmek anlamlarına geldiği konusunda ittifâk etmişlerdir. Yine bu hukukçular bir hükümden başka bir hükme dönmeye, bir hükmü diğerini karşı tercih etmede, külli kaidenin özel bir delille tahsisinde istihsan şer'i bir senedinin olduğunda da ittifâk etmişlerdir. Bu sened, nass, icma, kıyas, akıl, zarûret, maslahat ve örf olabilir.

Buraya kadar verilen istihsan tanımlarında görüldüğü gibi kullanılan söz kalıpları veya vurgulanan hususlar hem istihsan yanlısı ve karşıtı usûlcülere göre hem de aynı ekol içinde dönemlere ve ilim muhitlerine göre değişiklik göstermektedir. İstihsanın her bir çeşidi ona hâkim özellikleri yansıtabilecek biçimde farklı tanımlarını

vererek konuya girerler. Yapılan tanımların ortak noktasını fıkhi bir meseleye çözüm arayan müctehidin güçlü bir gerekçeye dayanarak bu meselenin benzerlerine bağlanan sonuçtan vazgeçip başka bir sonuca yönelmesini teşkil etmektedir. Aslında istihsanın mahiyetinin kavranması biraz da onun her bir türüne hâkim özelliklerin bilinmesiyle mümkün olur. Burada sözü edilen “meselenin benzerlerine verilen hüküm” ya da çoğu usûlcünün kullandığı şekliyle “kıyas” terimi, sadece usûl-i kıyastan ibaret olmayıp bir nass üzerine illet kıyası yapılmaksızın varılan sonuçları da kapsayacak tarzda, genel nitelikli bir delilin gereği veya nassın lâfzî yorumu anlamındadır. Güçlü gerekçe ise çok defa örf, özel ve genel yarar, zarûret, kolaylığı sağlama ve sıkıntıyı giderme, ihtiyatla amel veya nassların ruhu ve hukukun genel prensipleri gibi müctehidin bakış açısına bağlı olarak da değişiklik gösteren sebeplerdir. Bunlar müctehidi genel kuraldan ve ilk akla gelen çözümden vazgeçirip başka bir çözüm arayışına yöneltecek güçte olduğu için öncelikli ve kuvvetli delil, “gizli fakat tesiri kuvvetli kıyas” gibi nitelendirmelerle anılmıştır. Bu gerekçe hemen formüle edilebilecek biçimde açık olmadığı için “müctehidin vicdanını etkileyen, fakat ifâde etmekte zorlandığı” bir delil olarak nitelendirilmesinden dolayı müctehidin takdir hakkı devreye girdiği için belli bir sübjektivite taşır. İstihsana karşı çıkanların en çok eleştirdiği yönlerden biri de budur. Bununla birlikte müctehid bu eleştiriye de göze alarak kendi adalet ve hakkaniyet fikrine göre davranır ve kendini karşılaştığı olaya genel kuraldan ayrı bir çözüm getirme zorunluluğu içerisinde hisseder (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 341-342).

Hallaf'a göre, istihsan hakkında verilen bütün bu tanımların birleştiği ortak nokta istihsanın bazı olaylarda şer'i bir delilden dolayı bir hükümden başka bir hükme dönmek, bir hükmü başka bir hükme tercih etmek veya külli bir hükümden cüz'i bir istisnâda bulunmaktır (Hallaf, 1993: 71).

### 6.5. İstihsanın Huccet Değeri

İstihsanın şer'i bir delil olarak kabulü konusunda usûlcüler ihtilaf etmişlerdir. Bu konuda birbirleriyle çelişen birçok rivayet vardır. Bu rivayetleri şöyle özetlemek mümkündür:

a- Hanefiler ve Hanbeliler, istihsanı şer'i bir delil olarak kabul etmiş, diğer hukukçular ise bu görüşü reddetmişlerdir (Âmidî, 2003: IV, 190; Beydâvi, 1968: III, 138; Subkî, 1999: IV, 520; İsnevî, 1999: IV, 399; İbn Hacib, 1307: III, 575; Şevkânî, 2000: II, 986).

b- İstihsan, cumhur tarafından şer'i bir delil olarak kabul edilip, Şâfiîler ve Zahiriler tarafından reddedilmiştir (Zühâyli, 1999: 90; Schacht, 1981: 91 ).

c- Hanefiler dışında fakihlerin cumhuru, istihsanı şer'i bir delil olarak kabul etmemişlerdir (Şirâzi, 1983: II, 77; Gazâlî, 1993: II, 468; Cüveyni, 1996: III, 310; Subkî, 2003: 110).<sup>1</sup>

d- Hanefilerin, Mâlikilerin ve Hanbelilerin, istihsanı şer'i delil olarak kabul ederken, Şâfiîlerin ise bu görüşü kabul etmemiş, üçüncü bir grub ise istihsanı şer'i bir delil kabul etmekle birlikte onun müstakil bir delil olarak kabulüne karşı çıkmışlardır. Şevkânî, Hallaf, Zühâyli gibi âlimler üçüncü grupta zikredilebilir (Şevkânî, 2000: II, 989; Hallaf, 2002: 82; Ferfûr, 1987: 72; Şelebi, 1985: 257; Hallaf, 1993: 77; Zühâyli, 1999: 91)

e- İbn Teymiyye, istihsan konusunda usûlcüleri üç gruba ayırmıştır. İstihsanı kabul edenler: Ebû Hanife ve İmam Malik, İstihsanı reddedenler: Zahiriler, Şiilerin çoğunluğu, Mu'tezile kelamcılarının çoğunluğu, istihsanı bazı hallerde huccet olarak kabul edip bazı hallerde kabul etmeyenler: İmam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel (İbn Teymiyye, 1998: II;137).

### 6.5.1. İstihsanı Şer'i Delil Olarak Kabul Edenler

İstihsanı şer'i bir delil olarak kabul edenler, haklılıklarını ispat için kitap, sünnet, icmadan delillerle bazı akli deliller getirmişlerdir.

a- Kitap ve sünnet delili

“Sözü dinleyip de onun en güzeline tabi olanlar var ya onları müjdele” (Zümer, 39/17). İstihsanı şer'i bir delil olarak kabul edenlere göre, ayet güzel olana uyulmasını emretmektedir. (Serahsî, 1984: II, 200; Serahsî, 1989: X, 145; Nesefi, 1986: II, 299). İstihsan da güzel olduğu için ona uymak vacibtir. “Onları, (kadınları) zengin olan mali durumuna, darda olan da maddi durumuna göre örf'e uygun şekilde faydalandırın. Bu, takva sahiplerinin üzerine bir borçtur” (Bakara, 2/236). Bu ayetin hükmüne göre, kendileriyle cinsi münasebette bulunulmadan boşanmış ve mihrî kararlaştırılmamış olan kadınlara verilecek mut'anın miktarı bizim takdirimize bırakılmıştır. Serahsî, istihsana dayanarak hüküm verilirken bu ayette olduğu gibi bizim takdirimiz söz konusudur. Bu yüzden buna hiçbir hukukçunun itiraz edeceğini tahmin etmiyoruz (Serahsî, 1984: II, 200) demiştir.

“Sözü dinleyip de onun en güzeline tabi olanlar var ya onları müjdele” (Zümer, 39/17). “Rabbinizden size indirilenin en güzeline tabi olun” (Zümer, 39/55) Hz. Peygamber: “Müslümanların güzel gördüğü Allah katında da güzeldir” (Ahmet b. Hanbel, tsz: I, 379; Hakim, 1990: III, 83). Zikredilen iki ayette “ahsene” hadis-i şerif de ise "hüsnen" lafzının istihsanla aynı kökten gelmiş olması istihsanın şer'i bir delil olduğuna delalet etmektedir.

“Allah size kolaylık diler zorluk değil” (Bakara, 2/185). İstihsan metoduna başvurulmasının en önemli sebebi, insanlara faydalı olanı seçip onlardan zorluğu gidermektir. Bu manada istihsan, zikredilen ayetin kapmasına dahil edilebilir.

Şeriatte bazı hükümler vardır ki kıyasın gereğinden dönülmüş veya genel hükümden tahsis edilmiştir. Bunun sebebi yukarıda belirtildiği gibi insanlara fayda sağlamak ve onlardan zorluğu meşakkâti def etmek içindir. Bu bağlamda şu örnekler verilebilir: Şari domuz etinin yenilmesini yasakladığı halde “Zarûrette kalan kimseye aşırı gitmemek ve azgınlık etmemek kaydıyla günah yoktur” (Bakara, 2/173) buyurmaktadır. Allah'ı inkâr edenlerin en büyük azaba çarptırılacağı bildirildiği halde “gönlü imanla dolu olupda zor altında kalan kimseler müstesnadır.” (Nahl,16/106) denilmek suretiyle tehlike karşısında kalıp sadece sözlü olarak küfrü kabul edenler, azaba uğrayacaklardan istisnâ edilmiştir. Hz. Peygamberde sözleşme anında mevcut olmayan bir malın satışını yasakladığı halde, selem akdine (Buhârî,1987:II,782; Beyhâkî, 1994:VI, 25; İbn Hibban,1993: XI, 294). Müsade etmiştir. Hz. Peygamberin, selem akdine insanların ihtiyaç duyması sebebiyle cevaz vermesi de istihsanın cevazını göstermektedir (Hallaf, 1993: 78).

“Müslümanların güzel gördüğü Allah katında da güzeldir” (Ahmet b. Hanbel, tsz: I, 379; Hâkim, 1990: III, 83). Bu hadisi istihsan için delil getirenler şöyle yorumlamışlardır: Müslümanların güzel gördüğü demek yani akıllarıyla adetleriyle

güzel gördükleri demektir ve bu bazı olaylarda vuku bulmuştur. İstihanda müctehidin güzel bulduğu güzel olduğuna inandığı bir yol olduğuna göre istihsan, peygamberimiz tarafından kabul edilmiş bir delil demektir (Âmidi, 2003: IV, 195).

b- İcma delili

Bir çok İslâm hukukçusu, bazı meselenin çözümünde istihšana göre hüküm vermiş ve bu fetvalara karşı çıkan olmamıştır. Mesalâ kalacağı zamanı kullanacağı suyu takdir etmeden hamama girmenin cevazı, istisnâ ve icare akti gibi muamelelerde icma vaki olmuştur (Âmidi, 2003: IV,194; Gazâlî, 1993: I, 279; Zerkeşî, 1992: VI, 94; Şâtıbî, 2001: III, 62; Ferfûr,1987: 74).

c- Akli delil

İstihsan üzerinde ittifâk edilen bir delile dayanmaktadır. Bu delil bazen nass bazen icma bazen zarûret bazen maslahat bazen de kıyastır. Bunlar aynı zamanda istihsanında senedini meydana getirmektedir. Bazen de kıyas külli kâideden istisnâ şeklinde de olmaktadırki buna da şer'an karşı çıkan yoktur (Şâtıbî, 2001: II, 173; İbn Kudame, 1981: I, 407 ; Zühâyli, 1999: 90).

Kıyas ve yerleşik kuralın uygulanması durumunda bazen insanların maslahatlarının haleldar olması veya zarara uğramaları söz konusu olmaktadır. Müctehid, insanların maslahatlarını korumak (celbi masalih defî mefset) için celi kıyastan hafî kıyasa genel hükümden tahsise ve genel kuraldan istisnâya udul etmek zorunda kalmaktadır (Hallaf, 1993: 77). Çünkü bu dinin özüne daha uygundur. Bu bağlamda Maliki hukukçular şunları söylemektedir: Genel kıyasın düz bir mantıkla her olaya uygulanması özel bir takım menfaetlerin kalkmasına ve haksızlıklara yol açmaktadır. İstihsanın hakkaniyet düşüncesiyle paralelliğinin ortaya çıkmasını gerektiren bu kaygıdan dolayı müctehit, genel kuralları, tekil olayları dikkate alarak esnetmelidir ki, istihanda zaten budur. Daha önce gördüğümüz gibi bu esnetme hem Kur'an hem de sünnet tarafından yapılmış bir uygulamadır (Dönmez,1981:170; Kozalı, 2003:152). Hanefiler, nass, icma ve akli delilleri dışında istihsanın şer'i delil olduğunu ispat için getirilen delillerden bazıları şunlardır:

Pezdevî, bu konu ile ilgili olarak bize şu bilgiyi vermektedir : " Bazı kimseler ashabımızın yaptığı istihсандan delilsiz zevke göre kıyasın terk edildiği zehabına kapıldıklarından onlara muhalefet etmişlerdir (Pezdevi,tsz:277; Buhârî, 1997: IV, 4; Simani, 1998: II, 268). Abdulaziz Buhârî de " İstihsan konusunda bize muhalif edenler Ebû Hanife'nin nass, icma veya zarûret sebebiyle istihsan yapmasına karşı çıkmamışlardır. Çünkü bu delillerle kıyasın terki güzel görülmüştür (Buhârî, 1997: IV, 4; Hamevî,1992:105). Çünkü bu deliller kıyastan daha üstündür. Fıkıh usûlünde kuvvetli delil varken zayıf delille amel edilmez. İstihsan konusunda ağır ithamlarla karşı karşıya kalan müteahhirun Hanefî usûlcüleri istihsanın aslında ne olduğunu ve niçin istihšana başvurduklarını izah etmek zorunda kalmışlardır. Onların bu ikna edici açıklamalarından sonra aslında istihsan konusunda ihtilafın sadece lafzi olduğunu hem istihsanı kabul edenler hem de reddeden usûlcüler tarafından beyan edilmiştir (Âmidi, 2003: IV, 191-195).

İstihsanın hüccet olduğu konusunda bir başka ispat yolu ise, istihsanı rededenler tarafından bu terimin ya da aynı anlama gelen bir takım terimlerin önceden beri kullanılmış olduğudur. (Kozalı, 2003:153). Mesala İmam Şafii, müt'anın otuz dirhem olarak takdir edilmesi, şufa hakkının üç güne sınırlandırılması, hırsızın, sağ el yerine sol elini uzatması halinde kesilen kolun sol olduğu anlaşılırsa kıyasa göre sağ elinin de kesilmesi gerekirken sol elle yetinilmesi, mushaf üzerine yeminin kabul edilmesi gibi

konularda istihsana göre hüküm vermiştir (Âmidi, 2003: IV, 191; Subkî, 1984: III, 192; Zerkeşî, 1992: VI, 95; İbn Hazm, tsz: I, 413; Hamevî, 1992: 110; İsmail, 1988: 40-41).

İstihsanı şer'i bir delil olduğunu kabul edenler, başta muhalifleri tarafından en çok eleştirildikleri istihsan türü olan gizli (hafî) kıyas istihsanını da (Pezdevî, 1997: IV, 4; Serahsî, 1984: II, 200) açıklamışlar ve gizli kıyasın, birbiri ile çatışan (teâruz) iki kıyastan biri olduğunu, istihsanın bunlardan kapalılığından dolayı hemen akla gelmeyen fakat illeti bakımından, açık (celî) kıyastan daha kuvvetli olan gizli kıyas olduğunu ifâde etmişlerdir (Buhârî, 1997: IV, 4). Sonra da nass veya icmâ sebebiyle istihsana başvurmalarının gerekçesini izah ederlerken, yapılan kıyasın, (genel kural) "hem nass hem de icmâ tarafından geçersiz sayıldığını ortaya koymaya çalışmışlar (Serahsî, 1984: II, 203; Buhârî, 1997: IV, 5).

Açık (celî) kıyas karşısında illeti daha kuvvetli olan gizli (hafî) kıyası tercih etmeye, kıyas, genel kural veya umûmî nassın genel hükmünden ayrılarak, cüzî mesele hakkında varid olan husûsi delile (nass, icmâ, zarûret gibi) dayanıp başka bir hükme varmaya (udûl) istihsan adını vermelerinin bir başka gerekçesi olarak da, teâruz eden deliller arasını tefrîk etmeyi göstermişlerdir. Onlara göre, ilk akla gelen açık kıyasın hükmünden, ondan daha kuvvetli olan delilin hükmüne dönmek, yapılması gereken ve güzel (müstahsen) olan davranıştır ve böyle yapmakla istihsan teriminin manası ifâde edilmiş olmaktadır (Debûsî, 2001: 404- 405; Serahsî, 1984: II, 200).

İstihsanın şer'i bir delil olarak kabulü veya reddi konusunda en önemli konu istihsandan ne kastedildiği olduğuna göre istihsan tanımlarının istihsanın şer'i bir delil olarak kabulü veya reddi konusunda hayati bir önem taşıdığı bir gerçektir, bu sebeple bu bölümde istihsan tanımlarını tekrar ederek hukukçuların bu tanımlar hakkındaki görüşlerini özetlemeye çalışacağız.

### 6.5.2. Cumhuriyet Üzerinde İttifâk Ettiği İstihsan Tanımları

İslam hukukçularının üzerinde ittifak ettiği istihsan tariflerini şu şekilde özetlemek mümkündür:

a- İstihsan: Bir kıyastan daha kuvvetli olan diğer bir kıyasa udul etmektir (celî kıyastan hafî kıyasa). Taftazânî, İbn Teymiyye, Suyuti, Subkî, İbn Hacib, Şevkânî, gibi alimler bu tanıma itiraz eden kimsenin olmadığını belirtmişlerdir (Âmidi, 2003: IV, 192; Buhârî, 1997: IV, 4; Taftazânî, 1996: II, 171; Subkî, 1999: IV, 522; İbn Hacib, 1307: III, 575; Suyuti, 2000: II, 332 ; Şevkânî, 2000: II, 987; Hallaf, 1993: 81; Bedevi, 1999: 409; Zerkâ, 1998: I, 88; Ferfur, 1987: 78).

b- İstihsan: İki delilden daha kuvvetli olanla amel etmektir. Şîrâzi, Şelebi ve Ferfur, bu istihsan tarifine karşı çıkan kimseyi bilmiyoruz demiştir (Bâci, 1989: 564; Şîrâzi, 1983: II, 77 ; Ferfur, 1987: 78; İsmail, 1988: 90; Nur, 2004: II, 78; Simani, 1998: III, 271; Şelebi, 1985: 257; Akberi, 2007: 88; Şevkânî, 2000: II, 987; Hallaf, 1993: 81; Bağdadi, 1990: V, 1604; Ferfur, 1987: 78).

c- İstihsan: Bir meselenin benzerlerine verilen hükümden daha kuvvetli bir delil sebebiyle udul etmektir. Gazâlî, bu tanıma karşı çıkan kimsenin olmadığını bildirmişlerdir (Taftazânî, 1996: II, 172; Âmidi, 2003: IV, 193; Subkî, 1999: 522; İbn Kudame, 1981: 85; Razi, 1968: VI, 124; Gazâlî, 1993: I, 281; Hallaf, 1993: 81; Sim'ani, 1998: III, 271; Zerkâ, I: 1998: 87; Şelebi, 1985: 257; İsmail, 1988: 94; Bedevi, 1999: 404; Hadimi, 2001: 39).

### 6.5.3. Tartışmalı İstihsan Tanımları

a- İstihsan: Bir delilin hükmünden insanların maslahatı için örf'e dönmektir (Suyuti, 2000: II, 333; Kârafî, tsz: VII, 382; İbn Hacib, 1307: III, 576; Gazzâlî,1989: 193; Âmidi, 2003: IV, 193; Subkî, 1999: 522 ; Şevkânî, 2000: II; 688-689; Hallaf, 1993: 81;Ferfur,1987:78).

Şevkânî bu tanımın tartışmalı bir tanım olduğunu belirterek, eğer örf, Hz. Peygamber zamanında sabit olmuş ise bunun sünnet ile sahabe zamanında olan bir örf ise bunun icma ile ve kıyas ile sabit olmuş ise bunun kıyas ile ifade edileceğini belirtmiştir. Eğer bunların dışında başka bir şeyle sabit olmuş ise bu durumda huciyeti sabit olmamıştır ve kesin olarak reddedilmesi (Şevkânî, 2000: II, 988-989) gerektiğini öne sürmüştür.

b- İstihsan: Zarûret veya maslahat sebebiyle kıyastan udul etmek ve zorluğu defetmektir. Kıyasa başvurmak kötü sonuç verince maslahat veya şeriatin genel maksatlarına yönelmek, bu tür istihsan aslında maslahat-ı mürsele içinde kabul edilmiştir. Maslahatı mürselenin şer'i bir delil olup olmadığı âlimler arasında ihtilaf olduğu için bu tanımda ihtilaf tanımlar arasında zikredilebilir (Zerkâ,1998: I, 91).

c- İstihsan: Kıyasın daha güçlü bir delille tahsis edilmesidir (Buhârî,1997:IV,4; İbn-i Neccâr, 1997: IV, 432). Bazı usûlcüler bu tanımın ittifâkla kabul edildiğini iddia etseler de (Âmidi, 2003: IV, 193;Şevkânî, 2000: II, 987; Hallaf, 1993: 81;Ferfur,1987: 78) bu tanıma karşı çıkanlarda olmuştur. Razi, tahsis eden delilin sahih olması durumunda bunun da sahih olacağını belirtmiştir (Razi, 1968: VI, 124). Simani ise bunun batıl olduğunu ve istihsanın illetin tahsisi olmadığını söylemiştir (Simani, 1998: 271). Bu konuda Hanefî fakihleri arasında da ihtilaf vardır. Serahsî, Pezdevî ve sonraki Hanefî usûlcülerinin çoğunluğu, istihsanın illetin tahsisi olduğu görüşüne şiddetle karşı çıkmışlar ve bunun bir yanılğı olduğunu belirtmişlerdir (Serahsî, 1984: II, 204-207; Buhârî,1997: IV,5; Pezdevî, 1997: IV, 11,18).

d- İstihsan: Müctehidin vicdanını etkileyen fakat onu ifade etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delildir (Âmidi, 2003: IV, 211; Gazzâlî,1993: II, 474; İbn Kudame,1981:86 Şevkânî, 2000: II, 687; Subkî, 1984: III, 188; Bedevî, 1999: 404; Suyuti, 2000: II, 332; Hamevî,1992:107; Nur, 2004:II, 119). Subki ve İsnevî, Ebu Hanife'nin istihsanı bu anlamda kullandığını belirtmiştir (Subki,1984:III;188; İsnevî, 1999: II, 247). Merdavî ise isim zikretmeksizin bu tanımın bazı Hanefî usulcülerine ait olduğunu söylemiştir (Merdavî, 2000: VIII; 3825). Bu tanımla ilgili olarak Şevkânî, Âmidi ve İbn Hacib tanımdaki "yenkadihu" kelimesinin sabit olmak ve gerçekleşmek anlamına gelmesi halinde ittifâkla kabul edileceğini ve kendisiyle amel edilmesi gerektiğini; sabit bir vehim ve şüphe anlamına gelmesi durumunda ise ittifâkla reddedilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir (Suyuti, 2000: II, 332; Gazzâlî, 1993: II, 474; Âmidi, 2003: IV, 192; Şevkânî, 2000: II, 687; Subkî, 1999: IV, 520; Razi, 1968: VI, 123; İbn Hacib, 1307: III, 575; Hamevî,1992:107-108).

Subki'nin İsnevî'den naklettiğine göre istihsan konusunda ihtilaf bu tanım üzerinde dir (Subkî,1999: IV, 520).

Mahmesânî de İsnevî'ye paralel olarak şunları söylemektedir: İstihsan konusunda ihtilafın sebebi Hanefilerin istihsanı, daha önce geçen açık kıyastan ayırmak için, gizli kıyas anlamında kullanmaları ve istihsanı müctehidin aklında bir kıvılcım gibi çakan fakat onu ifade etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delil olarak ifade etmelerinden kaynaklanmaktadır (Mahmesânî, 2009: 114).

Gazzâli bu şekilde tanımlanan istihsanı tamamen reddetmekte ve onun ifâde edilememesi, ortaya apaçık konamamasından dolayı hayal ve vehim olduğunu ifâde etmektedir. Şer'i bir delilin, diğer şer'i delillerle doğruluğunun veya zayıflığının ispatlanabilmesi için ortaya çıkarılmasının zorunlu olduğunu belirterek şer'i anlamların akıllara yansması durumunda, dillerin onu ifâde edeceğini, lisan ile ifâde edilemeyen bir delilin akılla kavranamayacağını ifâde ederek zihinde var olan bir şeyin ortaya konması gerektiğini, aksi takdirde delil olamayacağını ifâde etmektedir (Gazâlî, 1989: I, 375; Gazâlî, 1993: II, 474). İsnevî de bu tanımı eleştirerek bu tanım ile şer'i hüküm sabit olmaz demektedir (Beydâvi, 1968: IV, 399). Razi bu istihsan tanımının delil olarak kabulü veya reddi konusunda karar verebilmek için müctehidin verdiği fetvaya bakarak karar verilebileceğini (Razi, 1968: VI, 123-124) belirtmiştir. Bizce de Razi'nin görüşü isabetli bir görüştür.

e- İstihsan: “Müctehidin, iki vecihle karşılaştığında kıyası terk edip kalbine doğan baskın tercihle ve zann-ı galible hüküm vermesi veya olayın irca edilebileceği bir aslın bulunmadığı durumlarda alimin takdir hakkını kullanarak en güzel olanı seçmesidir” (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 341). Bu tarif de bir önceki istihsan tarifine çok yakın olduğu için tartışmalı istihsan tanımları arasında zikretmeyi uygun gördük.

#### 6.5.4. İstihsanın Kapsamına Girmeyen Bazı Tanımlar

Hanefilerin istihsana dayanarak verdiği bazı fetvalar, özellikle Şafii ve diğer istihsana karşı çıkan İslam hukukçuları tarafından delilsiz, heva ve hevese göre hüküm verme olarak değerlendirilmiş ve bu fetvalardan hareketle Hanefilerin yapmadıkları istihsan tarifleri onlara nisbet edilmiştir. Bu tanımlardan bazıları şunlardır:

a- İstihsan: delilsiz heva ve hevese göre hüküm vermektir. Bu istihsan tarifini delil kabul etmek ittifâkla merduttur (Şirâzi, 1983:II, 77; Nesefi, 1986: II, 299 ; Subkî, 1999: IV, 522; Simani, 1998: II, 268; İbn Hacib,1307: III, 576; Hallaf,1993: 81 Ferfur,1987:78; İsmail,1988:47).

İstihsan: Kişilerin akıyla güzel gördüğü ve ona uyduğu bir delildir. (Akberi, 1990: 88, Razi, 1968: VI, 124). İmam Şafii, bu tanımın Ebu Hanife'ye ait olduğunu öne sürmektedir (Subki, 1984: III,190).

Gazzâli, yukarıdaki tarife yakın olarak istihsanı “müctehidin akıl ile iyi ve güzel bulduğu şey “ olarak tanımlamaktadır. Bu tanımdan hareketle Hanefileri şiddetle eleştirmekte, onun delil olmasına dair akli ve mütevatir ya da ahad nakli her hangi bir delilin olmadığını iddia etmektedir (Gazâlî, 1993: I, 274). Sim'ani de “istihsanın bu olması halinde bunun batıl (Sim'ani,1998:II,268; Gazâlî,1993: II, 469; Âmidi, 2003: IV, 191) olduğunu söylemiştir.

b- İstihsan: Delilsiz kendi aklına göre fetva vermektir. İbn Teymiyye, bu şekilde tarif edilen istihsanın delil olamayacağını (İbn Kudame,1981: 85; Bedevi, 1999: 409) belirtmiştir. Simani de böyle bir istihsan tarifini hiçbir hukukçunun kabul etmediğini belirtmektedir (Sim'ani,1998:II, 268; Ferfur,1987: 78). İbn Kudame bu tanımın Hanefilere nisbet edildiğini belirttikten sonra istihsanın bu olması durumunda onun reddeceğini belirtmiştir (İbn Kudame,1981: 85).

c- İstihsan: Müctehidin bir delile dayanmadan kendi akıyla güzel gördüğüyle kıyası terk etmesidir. Bu tanım Şâfiî hukukçular tarafından, Hanefî fihından belli örneklerle desteklenmeye çalışılsa da aslında kendi eleştirilerini haklı çıkarmaya yönelik bir yorum gibi görünmektedir (Bardakoğlu, 20001: XIII: 341). Esasen ne



Hanefilerden ne de istihsanı kabul eden diğer hukukçulardan istihsanı bu şekilde tanımlayan bir rivayet bize gelmemiştir.

### 6.5.5. İstihsanı Reddedenlerin Görüşleri

### 6.5.6. Şâfiî Hukukçuların Görüşleri

Şâfiî hukukçuları arasında istihsanı en ağır eleştirenlerin başında mezhebin kurucusu İmam Şâfiî gelmektedir. Şâfiî iki önemli kitabı olan El-Ümm ile Risale'de istihsan konusunu ele almıştır. el-Ümm'de "İbtalül-istihsan" (Şâfiî, 1973: VII, 293, 294, 298, 300, 301) ve er-Risale'de "Babül istihsan" (Şâfiî, 1979: 503) adında bir bölüm ayırarak istihsan hakkındaki görüşlerini ifade etmektedir. İmam Şâfiî, istihsanı hüküm çıkarma hususunda kendisine güvenilmesi doğru olmayan fasit delillerden saymakta ve istihsanı delilsiz keyfi ve zevkine göre hüküm verme hak yoldan sapma ve şahsi karar olarak değerlendirmektedir (Şâfiî, 1979: 507; Şâtıbî, 2001: III, 62; Şevkânî, 2000: II, 986; Schacht, 1981: 87). Şâfiî, eleştirilerine şu sözleriyle devam etmektedir: Bir kişinin ben istihsan yapıyorum diye kitap ve sünnette yer alan bir hükme muhalefet etmesi doğru değildir. Hz. Peygamber ichtihadı emretmiştir. İctihad, bir şeyi delillere dayanarak talep etmektir; talep edilen bu delil ise kıyastır. Bundan dolayı kıyasa dayanmayan istihsan câiz değildir. Eğer kıyası bir tarafa bırakmak câiz olsaydı ilmi olmasa bile her akıl sahibinin haber olmayan konularda kendi akıllarına göre istihsanla hüküm vermeleri uygun olurdu. Şayet kıyas hak ise, siz bile bile hakka muhalefet etmiş olursunuz. Dolayısıyla bilmediğiniz konularda ilmi açıklama yaptığınız için günaha girersiniz. Eğer kıyası terkederek kalbinize doğduğu, aklınıza düştüğü veya kulağınıza hoş geldiği için görüş bildirmeniz câiz olduğunu savunuyorsanız, biliniz ki Kur'an, sünnet ve icmanın delâletine göre, hiç kimsenin bir bilgiye dayanmaksızın hüküm verme hakkı yoktur (Şâfiî, 1973: VII, 298). Uyulması zorunlu bir habere veya kıyasa dayanmadan hüküm veren kişi ilmi olmadan hüküm verenden günaha daha yakındır (Şâfiî, 1979: 503-508).

Bazı İslam hukukçuları, İmam Şâfiî'nin istihsan hakkında: "Kim istihsanla hüküm verirse yeni bir şer'iat ortaya koymuş olur." Dediğini rivayet etmişlerdir (Cüveynî, 1996: III, 310; İbn Hazm, tsz: I, 413; Suyuti, 2000: II, 333; Gazâlî, 1989: I, 477; Nesefî, 1986: II, 299; Kârafi, tsz: VII, 381; Âmidî, 2003: IV, 191; Razi, 1968: 123; 477; Şâtıbî, 2001: III, 80; Subki, 1991: II, 196; San'ani, 1986: 220; Şevkânî, 2000: II, 986; Hudârî, tsz: 383; Hallaf, 2002: 83; Zeydan, 1999: 234; Zuhâyli, 1999: 90).

İmam Şâfiî'nin istihsana karşı çıkmasının en önemli nedeni şer'i bir delil olan kıyasın devre dışı bırakılmış olmasıdır. İmam Şâfiî, istihsanın şer'i bir delil olmadığını ispat için kitap, sünnet ve icmadan getirdiği deliller şunlardır:

#### a- Kitaptan delili

"İnsan kendinin başıboş (südâ) bırakıldığını mı sanıyor" (Kıyame 75/36). Tefsirciler ayette geçen "südâ" başıboş olmanın emre veya nehye muhatap olmayan kişi olduğunu bildirmişlerdir. Emredilmediği halde bir şeyle fetva ve hüküm veren kişi Allah'ın onu serbest bırakmadığı halde kişi kendini serbest bırakılmış sayıp (südâ) isteğine göre hüküm verdiği takdirde sünnet ve icmaya muhalefet etmiş olur Hâlbuki Kur'an bu konuda "Rabbinden sana vahyedilene uy" (En'âm 6/106). "Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet ve onların arzularına uyma" (Mâide 5/49) hitabıyla Hz. Peygamber'i (sav) uyarmıştır. (Şâfiî, 1973: VII, 298).

## b- Sünnetten delili

Peygamberimiz (sav) sorulmuş bazı sorulara hemen cevap vermemiş o konuda gelecek olan vahiy beklemiştir. Bir grup insan Hz. Peygamber'e gelerek Ashab-ı Kehf ve onlardan başka kişiler hakkında soru sorduklarında Hz. Peygamber (sav)'de Cibril'e sorup öğrendikten sonra size cevap vereceğim demiştir. Bunun üzerine Allahü Teala "Asla hiçbir şey için ben bunu muhakkak yarın yapacağım deme, ancak Allah'ın dilemesiyle yapacağım de" (Kehf 18 /23-24) ayet-i kerimesini nazil buyurmuştur. Evs b. Samit'in karısı Peygamber'e (sav) gelip kocası Evs'i şikayet etmişti (Beyhaki,1994:VII,382). Peygamber (sav) de "Allah, kocası hakkında seninle mücadele eden kadını işitti" (Mücâdele 58/1-4) ayeti ininceye kadar cevap vermemiştir. Peygamberimiz (sav), önce Allah'a sonra Rasülüne itaati, daha sonra da ictihadı emretmiştir. Hz. Peygamber, Muaz (ra) Yemen'e gönderirken Muaz'a ne ile hükmedeceksin? diye sorunca, Muaz: Allah'ın kitabı ile, Peygamberimiz: Orada bulamazsan? Rasülü'nün sünnetiyle, Peygamberimiz: Orada da bulamazsan? Muaz, ictihat ederim dedi. Peygamber (sav) bu cevaptan memnun olmuş ve Rabbine hamd etmişti (Beyhâkî, 1994: X, 115; Nesâî, 1991: III; 468; Hakim, 1990: I, 216). Bu konuşmada Peygamber (sav), delil olarak istihsandan bahsetmemiştir (Şâfiî, 1973: VII, 298).

## c- İcmadan delili

İmam Şâfiî, ilim ehlinde hiç kimsenin, akıl ve adab ehlinde hiç kimseye, kendine kapalı gizli olan bir meselenin iç yüzünü öğrenmek için kıyasın uygulanacağı kitap, sünnet, icma ve akli delil bilmediği taktirde, kendi şahsi görüşüyle fetva ve hüküm vermesine ruhsat verdiğini bilmiyorum (Şâfiî, 1973: VII, 300) demektedir.

Bir hakim veya müfti nass veya kıyas olmayan bir mesele hakkında ben istihsana göre hüküm veriyorum dediği zaman kendi görüşüne muhalif olan başka birinin de hüküm vermesini kabul etmesi gerekir. Dolayısıyla her memleketin müftü ve hakimi kendi istihsanına göre hüküm verecek bir mesele hakkında çok sayıda fetva ve hüküm verilmiş olacaktır. İstihsanı câiz görenler bunun doğru olduğunu kabul ediyorlarsa kendilerini başıboş bıraktıklarını kabul etmiş ve isteklerine göre hüküm veriyorlar demektir. İstihsanı savunanların, bu şekilde kendi arzularına göre fetva vermemeleri gerekir. İstihsanla hüküm vermeyi kabul eden ve kıyası terketmeyi câiz gören kişi, insanlar benim söylediklerime uymak zorundalar gibi bir görüşe sahipse ona şöyle cevap verilir: Kim sana itaati emretti ki insanlar senin dediklerine itaat etsin, sana biri böyle bir emirde bulursa sen ona itaat eder misin? Yoksa ben ancak itaat etmeye emrolduğum kişiye mi itaat ederim dersin. İşte sen nasıl başkasına itaat etmezsen onlar da sana itaat etmez zira itaat ancak Allah ve Rasülü'nün emrettiği kişiye yapılır. Hak olan da Allah ve Rasülünün uymayı emrettiği veya nass yoluyla gösterdiği veya delillerden istinbat yoluyla elde edilen hükümlere uymaktır (Şâfiî, 1973: VII, 301).

İmam Şâfiî istihsanın batıl olduğunu ispat için verdiği örneklerden biri kiblenin tahvili meselesidir. Kur'an bize kabe'ye yönelmeyi emretmektedir (Bakara 2/144). Kâbe'yi gören doğrudan kabe'ye yönelecektir. Fakat göremeyen bir kişi delil ile Kâbe'nin yerini tespit edecek ve ondan sonra ona yönelecektir. Yoksa istihsan yaparak (güzel bulduğu bir yere) kendi isteği doğrultusunda veya aklına geldiği gibi yönelmeyecektir. Bir delile dayanarak hareket edecektir. İmam Şâfiî, Hz. Peygamberin (sav) hakkında vahiy olmayan meselelerde istihsana başvurmadığını yani peygamberimizin istihsan yapmadığını ifade etmek için zihar ve liân meselelerinde Hz.Peygamber'in tutumunu örnek göstermektedir (Şâfiî, 1973: VII, 301). İmam

Şâfiî'nin istihsanı reddetme gerekçelerini Ebu Zehra ve Vehbe Zuhayli şu şekilde özetlemiştir:

a- Şer'iatin hükümleri doğrudan veya kıyas yoluyla nasslara dayanır. Bu arada istishan nedir? Nass veya kıyasa dahil midir? Dahilse istihsandan neden ayrıca bahsedelim. Dahil değilse o zaman istihsan ne demek oluyor. Allah, insanların bazı işlerini devre dışı bırakmış olur. Bu ise "İnsan, başıboş bırakıldığını mı sanır." (Kıyame, 75/36) ayetine aykırıdır. İstihsan kıyasında dışında olduğuna göre bu ayetle bağdaşması mümkün değildir (Zuhâyli, 1999: 91).

b- Kur'an, Allah ve Hz. Peygambere itaat etmeyi emrederken nefse uymayı yasaklamakta (Mâide, 5/49) ve bir konu hakkında tartışma çıktığı zaman Kur'an'a sünnete başvurmamız emredilmektedir. Bu konuda Allahü Teala "Bir şey hakkında ihtilafa düşerseniz onu Allah'a ve Rasûlüne götürün" (Nisa 4/59) istihsan ise ne kitap ne de sünnete ırcadır. Hakkında kitap ve sünnette hiçbir delil bulunmayan bir şey kabul edilemez. (Zuhâyli, 1999: 91).

c- İstihsanın esası akıldır. Bu konuda âlim ve cahil eşittir. Nassa dayanmayan veya nass üzerine hamledilmeyen ve sadece akla dayanan istihsan bir müctehid için câiz olsaydı kitap ve sünneti bilmeyen kişilerin istihsanla fetva vermeleri de câiz olurdu. Çünkü akıl, kitap ve sünnet bilgisi olmayanlarda da vardır. Hal böyle olunca her insana yeni bir şeriat vaz etmesi câiz olur (Zuhâyli, 1999: 91).

d- Hz. Peygamber, istihsanla fetva vermemiştir. Mesala karısını zina ile itham eden şahısla ilgili durum hakkında her hangi bir görüş belirtmemiş ve "Liân" ayetini beklemiş eğer bir kimse için kendi fıkhi zevki veya istihsanı ile fetva vermesi câiz olsaydı o kimse Hz. Peygamber olurdu. O'nun istihsandan kaçınması bizimde kaçınmamızı gerektirir, çünkü Hz. Peygamber (sav) bize en iyi örnektir (Zuhâyli, 1999: 91). e- İstihsan'ın bir kuralı hak ve batılı mukayese edecek bir ölçüsü yoktur. Hâlbuki kıyas böyle değildir. Her hâkim her müftü ve her müctehid için gelişi güzel istihsan yapmak câiz olsaydı bütün işler karışır.

f- Hz. Peygamber, arkadaşları yanında yok iken onların istihsanla hüküm vermelerini tasvib etmezdi. Mesalâ; Üsame (ra)'nin eman dileyen ve kılıç korkusuyla "Lailahe illallah" diyen adamı öldürmesini de tasvib etmemiştir. Bundan da anlaşılıyor ki istihsanla hüküm vermek câiz değildir. İmam Şâfiî'nin bu delilleri örf sebebiyle istihsan hariç, Hanefilerin istihsanları aleyhine varid olamaz. Örf konusu, Hanefi ve Şâfiîler arasında ihtilaf alanıdır. Hanefilerin diğer istihsan çeşidlerinin dayandığı asıllar üzerinde bir ihtilaf yoktur. Çünkü bu asıllar nass, icma, kıyas, zarûret gibi delillerdir (Ebû Zehra, 1997: 231-233).

Gazâlî de bazı Hanefilerin istihsanı: "delile dayanmayan görüş" olarak tanımladıklarını ve bunun da heva ve hevese uymak olduğunu iddia ettikten (Gazâlî,1993:II, 469) sonra istihsanın bu şekilde olması durumunda bu delile dayanarak fetva verenin küfre düşeceğini belirtmektedir (Gazâlî,1989: I, 477).

Gazâlî, Amidi ve Maverdi gibi önde gelen Şafii hukukçular, istihsan'ın şer'i bir delil olarak ispatı için getirilen Zümer suresindeki ayetlere şu şekilde cevap vermektedir: Gazalî, İlk ayette geçen "sözün en güzeli" (Zümer 39/17) ibaresinden maksat şer'i delildir. Dolayısıyla bize istihsana başvuran müctehide değil şer'i delile uymamız emredilmektedir (Gazâlî, 1993: I, 277; Şâtîbî, 19935: II, 130).

Diğer ayette geçen “Size indirilenin en güzeline uyun” (Zümer 39/55). emrinden kasıt hususi olarak üzerlerine ayetin indiği kimselerdir. İstihsan ise indirilmiş bir delil değildir (Gazâlî, 1993: I, 277 ; İbn Hacib, 1307: II, 289).

Âmidi, birinci ayette geçen “sözün en güzel uyarlar” lafzından kastedilenin emir değil senâ ve medih olduğunu bildirmiştir. “Size indirilenin en güzeline uyun” (Zümer, 39/55). Bu ayette Allah, bize indirdiği güzel şeye uymayı emretmektedir. istihsana başvuran müctehide değil (Âmidi, 2003: IV, 195). Ba Hüseyin, bu ayetin istihsan için delil olamayacağını Maverdi'nin üç madde de şu şekilde özetlediğini bildirmektedir:

a- Ayette indirilenin en güzeline uyma emrediliyor. İstihsana başvuran müctehidin güzel gördüğüne değil.

b- En güzeline uymadan kasıt onlara emredilen güzel şeylere uyarlar günahlardan kaçınırlar demektir.

c- Ayette emredilen güzel uyma imandan haktan nasipdar olmak yani müslüman olmaktır (Ba Hüseyin, 2007: 144-145).

İstihsanın şer'i bir delil olduğunu ispatlamak için getirilen “Müslümanların güzel gördüğü Allah katında da güzeldir” (Ahmet b. Hanbel, tsz: I, 379; Hâkim, 1990: III, 83). Mealindeki hadisin istihsan için delil olamayacağını Gazâlî, şu sözleriyle belirtmiştir: Bu hadis bütün müslümanlardan bahsettiği için sadece âlimlerle tahsis edilemez. Bilakis hadisin kapsamına ami, çocuk ve mecnun da girmektedir bunların güzel gördüğünün Allah katında da güzel olduğunu söylememizin imkânı yoktur. Bundan dolayı istihsan şer'i bir delil değildir (İbn Hacib, 1307: III, 576; Âmidi, 2003: IV, 195; Gazâlî, 1993: I, 289)

İstihsanın şer'i delil olduğunu ispat için getirilen ve üzerinde icma vaki olduğu iddia edilen istisna, selem, icare gibi akitlerin varlığına Gazali ve Amidi şöyle cevap vermektedir: Bu hükümler istihsanla değil, Hz. Peygamber (sav) dönemindeki cari örf, adet ve O'nun bilgisi dâhilinde ve takrirleriyle olmuştur. Yani bu fetvaların kaynağı istihsan değil sünnet veya icmadır. Sünnet ve icmanın olduğu yerde istihsandan bahsedilmesi abestir (Âmidi, 2003: IV,195; Gazâlî, 1993: I, 279).

Âmidi, ayet ve hadiste geçen lafızlardan hareketle istihsanın şer'i delil olduğunu kabul etmezken Kur'an ve sünnette kullanılan istihsan örneklerini vererek bunları kabul etmektedir. Âmidi, İslâm hukukçularının unutarak bir şey yiyip içen kişinin orucunun bozulmayacağına, icare aktine, kullanılan suyun bedelinin ve içeride kalma süresinin takdir edilmeksizin hamama girilmesine, sakinin miktarı ve bedeli takdir edilmeksizin sunduğu suyun içilmesine de istihsanen cevaz verdiklerini ifâde etmektedir (Âmidi, 2003: IV, 191).

Âmidi'ye göre, istihsan konusunda ihtilaf lafzîdir. Ona göre, eğer “istihsan, nefsi arzulara, heva ve hevese göre hüküm vermek” ise bu şekilde bir delile dayanılarak hüküm vermek doğru değildir. Bu durumda müctehid ile sıradan halk arasında bir ayrım bulunmamaktadır. Eğer istihsan nass, icma, zarûret gibi esasa dayanıyorsa bu durumda bir ihtilaf olamaz ve böyle bir şeye istihsan adı verilmesi gereksizdir. Âmidi, istihsan ile ilgili asıl tartışmanın delile dayanan bir hükmü (kıyası) bırakıp örf, adete sapmak şeklinde tezahür eden istihsan olduğunu ifâde etmekte ve âdet ile kastedilenin ehl-i hal ve'l-akd olması durumunda bunun icmaya dahil olup delil olduğunu onunla sonradan çıkan cahil halkın âdeti kastediliyorsa bunun da delil olamayacağını ifâde etmektedir (Âmidi, 2003: IV, 191-195).

### 6.5.7. Zahirilerin Görüşü

Kıyası reddeden Zahiriler aynı şekilde kıyasın bir türü olan istihsanı da reddetmişlerdir. İbn Hazm'a göre dinde kıyasla hüküm vermek söz söylemek batıldır (İbn Hazm, 1981: 62). İbn Hazm'ın istihsan konusundaki görüşleri şu şekilde özetlenebilir: İbn Hazm, istihsanın şer'i bir delil olduğunu ispat için getirilen ayetlerin (Zümer 39/17-55) istihsanın şer'i bir delil olmadığına bir delil olabileceğini ve ayette geçen "sözün en güzelinden" maksatın Kuran-ı Kerim (İbn Hazm, 1984: VI, 758) olduğunu ileri sürmektedir. İstihsan hâkimin kendi görüşüyle zevkine göre hüküm vermesidir. Allah (cc) "Onlar güzel olanına tabi olurlar" (Zümer 39/17) buyurmuştur. Bu ayetten istihsanın şer'i bir delil olduğu sonucuna varılamaz. Çünkü Kur'an, istihsan ettiklerine tabi olurlar dememiştir. Başka bir ayette "eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz Allah'a ve ahiret gününe gerçekten inanıyorsanız onu Allah'a ve Resulüne götürün" (Nisa 4/59) buyurulmaktadır. Ayetlerde, istihsana başvurulmasından bahsedilmemektedir. İbn Hazm'a göre delil olmaksızın, istihsanla bir şey hakkında doğrunun bulunması imkânsızdır. Böyle bir şey olsaydı, Allah (cc) bizleri güç yetiremeyeceğimiz şeylerle mükellef kılmış olur, deliller bir biriyle çelişir, burhanlar çatışır ve Allah bize yasakladığı şeyi emretmiş olurdu ki bu da imkânsızdır (İbn Hazm, 1984: VI, 193-196).

İstihsanın şer'i bir delil olduğunu ispat için getirilen "müslümanların güzel gördüğü Allah katında da güzeldir" (Ahmet b. Hanbel, tsz: I, 379; Hâkim,1990: III, 83) hadis-i şerifi hakkında İbn Hazm: Bu hadisin Rasulullah'a ait olup olmadığını bilmediğini, İbn Mesud'dan merfu olarak değil mevkuuf olarak İmam Mâlik, tarafından nakledildiğini ve hadisin hasen olduğunu iddia etmektedir. Diğer taraftan da İbn Hazm bu hadisin sahih yoldan gelse dahi sadece müslümanların icmanın ispatı için delil olacağını ifâde etmektedir. (İbn Hazm, 1984: VI, 194; Âmidi, 2003: IV, 195).

İbn Hazm, sahabenin reyle fetva vermesini istihsanın şer'i bir delil olduğunu ispat için delil getirenlere cevaben: "Durum sizin söylediğinizin tam tersinedir. Onlardan gelen rivayetler, onların reyle hareket etmeyi kabul etmeyip zemmettikleri yönündedir" (İbn Hazm, 1984: VI, 193).

İstihsanı kabul eden âlimler bile istihsanın ne olduğu konusunda ittifâk edememişlerdir. Bir grup, istihsanı şiddetle savunur bir grup ihtiyatlı davranır dolayısıyla aralarında ittifâk mümkün olmaz. İnsanların anlayış ve düşünce biçimleri de ayrı ayrıdır. Hanefilerin güzel bulduğunu, Mâlikîler çirkin bulabilir; Mâlikîlerin güzel bulduklarını da Hanefiler çirkin bulabilir. Bu durumda bazılarının istihsanına göre hüküm verilmekte ve hak reddedilmiş olmaktadır. İstihsana başvuran kişi sanki bu din eksikte o tamalamış gibi olmaktadır (İbn Hazm, 1984: VI, 193-196).

Her iki tarafın ayet ve hadis-i şerif etrafında ihtilafı şöyle değerlendirilebilir: Her iki ayette geçen "ahsene" sözcüğünün istihsanın ıstılahi anlamıyla ilişkisinin kurulması çok zorlama bir yorum olur. İstihsanla aynı kökten gelmek dışında her hangi bir bağ kurulması zor görünmektedir. "Size indirilenin en güzeline uyun" (Zümer, 39/55). Bu ayetle müctehidin hüküm verirken kullandığı istihsan metodunun hiç bir benzerliği yoktur, olsa olsa bu Şarinin istihsanı olabilirki buda ancak nassla sabit olur. Başka bir delile ihtiyacı yoktur. Zümer Suresi 17. ayette geçen "Sözün en güzeline uyarlar." İfadesinden bir vaciplik hükmünden ziyade câizlik hükmü öne çıkmaktadır (Ba hüseyin, 2007: 150).

İstihsanın “iki delilden kuvvetli olanla amel etme” olarak tanımlanması halinde bütün alimler bu tanıma kabul etmekte ve arada hiçbir ihtilaf kalmamaktadır. (Zühâyli, 1999: 91). Şevkânînin de dediği gibi istihsan konusunda aslında bir ihtilaf yoktur. İhtilaf istihsanın tefsirindeki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Daha önce de verilen bazı istihsan tanımlarına muhalefet eden hiçbir âlimin olmadığı görülmüştü. Şevkânî, istihsanın şer’i bir delil olduğunu fakat müstakil bir delil olmadığını öne sürerek, istihsanın müstakil bir delil olarak kabul edildiği takdirde şeriate uydurulmuş bir delilin sokulmuş olacağını ve bunun şeriate karşı gelme olduğunu belirtmektedir (Şevkânî, 2000: II, 986). Hallaf ve Hameviye göre, istihsanın şer’i bir delil olarak kabulü konusunda ihtilaf, her iki tarafın istihsandan farklı şeyleri kastetmelerinden kaynaklanmaktadır. İstihsan ona karşı çıkanların dediği gibi, heva hevese göre fetva vermek değil, aksine bir delilden zorunlu olarak başka bir delile dönerek ona göre hüküm vermektir. Bu istihsan tanımı herkes tarafından kabul edildiğinden aradaki ihtilaf sona ermiş (Hallaf, 2002:83; Hamevî, 1992: 111; İsmail,1988: 87) demektir. Subkî de istihsan konusunda ihtilafın manadan çok lafzi olduğunu bildirmiştir (Subkî, 1999: IV, 521).

Şevkânî, Hallaf, Zühâyli, istihsanı müstakil bir delil olarak kabul etmemiş, Şevkânî, istihsanı kitap, sünnet, icma ve kıyas içinde bir delil olarak değerlendirmiştir (Şevkânî, 2000: II, 989 ; Hallaf, 2002:82; Ferfûr, 1987:72; Zühâyli, 1997: 91). Bu görüş nass, icma gizli kıyas sebebiyle başvuru olan istihsan için doğru olmakla beraber bütün istihsan türlerini kapsamamaktadır

Bize göre gerçekten istihsan şu dört tanım içinde aranmalıdır. Çünkü istihsanla ilgili bütün tartışmalar bu dört tanım üzerinde yoğunlaşmaktadır:

a- İstihsan: Bir delilin hükmünden insanların maslahatı için örfe dönmektir (Kârafî, tsz: VII, 382; İbn Hacib, 1307: III, 576; Gazâlî, 1989: 193; Âmidi, 2003: IV, 193; Subkî, 1999: IV, 522; Şevkânî, 2000: 688-689; Hallaf, 1993: 81).

b- İstihsan: Müctehidin vicdanını etkileyen fakat onu ifâde etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delildir (Âmidi, 2003: IV, 193; Gazzâlî, 1993: I, 281; Şevkânî, 2000: II, 687).

c- İstihsan: Müctehidin iki vecihle karşılaştığında kıyası terk edip kalbine doğan baskın tercihle ve zann-ı galible hüküm vermesi veya olayın irca edilebileceği bir aslın bulunmadığı durumlarda alimin takdir hakkını kullanarak en güzel olanı seçmesidir (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 341).

d- İstihsan: Bir meselede biri diğerine zıt iki çeşit kıyası gerektiren iki vasıf bulunur. Kıyaslardan birincisi, zahir ve ilk akla gelen şey olup, bu istilahi kıyası teşkil eder. İkincisi gizli (hafî) kıyas olup başka bir esasa bağlanması gerekir ki buna da “istihsan” adı verilir (Serahsî,1989: X,145;Serahsî, 1984: II, 203; Ebû Zehra, 1997: 227; Zuhâyli, 1999: II, 741; Şener, 1981: 122).

Tartışmaların bu istihsan tarifleri üzerinde yoğunlaşmasının en önemli nedeni bu tariflerin hepsinde belli bir göreceliğin olmasıdır. Bu tariflerin hangisinin şer’i delil olup olmadığını da bu dört tanıma göre verilen fetvalara bakılarak karar vermek en doğrusudur. Nass, icma, zarûret sebebiyle istihsan tanımları daha önce belirtildiği gibi aslında ya bir nass ya bir icma ya kıyas ya da başka bir delilin içinde zikredilebilir. Hanefî usûlcüleri ( Kerhî, Debûsi, Serahsî, Pezdevî) ehl-i hadisin istihsana karşı şiddetli eleştirilerine karşı koymak ve istihsanın da şer’i bir delil olduğunu ispatlamak için nass, icma, zarûret sebebiyle istihsanı gündeme getirmek zorunda kalmışlardır.

### 6.6. İstihsanın İşlevi ve İstihsana Başvurulma Nedeni

İslâm hukukçularına göre, İslâm hukuku va'z edilirken gözettiği üç gaye vardır. Bu gayeler şunlardır:

a- Müslümanların kötülüklerden arındırılması

Kötülüklerden arındırılmış olan bir müslüman, yaşadığı toplumda emniyet ve güvenin temin edilmesinin yanı sıra her türlü iyilik ve hayrın da kaynağı olacaktır.

b- Adaleti gerçekleştirmek

İslâm hukukunun en önde gelen hedeflerinden biri de insanlar arasında adaleti gerçekleştirmektir. Çünkü adaletin olmadığı bir toplumda anarşi, karışıklık ve daha başka birçok hukuksuzluk meydana gelmesi kaçınılmazdır. Bunun sonucunda o toplumda güvenden, kardeşlikten, sevgiden, özgürlükten bahsetmenin imkânı kalmaz. Böyle bir toplum meydana getirmek İslâm hukukunun olmadığı gibi hiçbir hukuku sisteminin de hedef ve gayesi olamaz.

c- Toplumunda maslahatı gerçekleştirme

Maslahat denince ilk akla gelen zaruriyyat dediğimiz dinin, canın, neslin, aklın ve malın korunmasıdır. Dini hükümlerde gözetilen maksatların iyi bilinmesi ictihat ehli bir hukukçu için aranan önemli şartlardan birisi olarak kabul edilmiştir. İşte istihsana başvuran bir müctehid asıl hedefide adaleti gerçekleştirip toplumun maslahatına göre yeni çözüm yolları bulmaktır (Çalışkan, 2009: 149-150).

İstihsanın işlevi ve istihsana başvurmanın nedeni konusunda özellikle Kerhi ve Serahsî'nin istihsan tanımları bize çok önemli ipuçları vermektedir. Serahsî, " mebsut " adlı fıkıh kitabında istihsanın amaç ve gayesini çok güzel özetleyen hocası Hulvani'den (ö.448/1050) naklettiği şu tanımlara yer vermektedir:

a- İstihsan, kıyası terk edip insanlar için en uygun olan ciheti almaktır.

b- İstihsan, şahıs ve umumun mübtela olduğu şeylerle ilgili hükümlerde kolaylık istemektir.

c - İstihsan, genişliğe göre hareket etmek ve kolaylık talep etmektir.

d- İstihsan, müsamaha ve ruhsat esasına göre hareket etmektir (Serahsî, 1989: X, 145; Şener, 1981: 117). Serahsî, bu tanımlardan sonra bütün bu sözlerin özeti "kolaylık için zorluğu terk etmekten ibaret" (Serahsî, 1989: X, 145) olduğunu belirtmektedir. Zerkâ, bu konuda şunları söylemektedir : İstihsan, gerçekte kıyas üzerine terettüp eden ahkâmın müşkilatını çözmek için başvurulmuş bir çaredir. Yani kıyastan doğan aşırılığı önlemek için başvurulmuş bir çözüm yoludur (Zerkâ, 1998:I, 94-96).

Apaydın, istihsanın iki işlevi olduğunu belirterek bu konuda şu görüşleri öne sürmektedir: İstihsanın işlevlerinden ilki, nassların düzenliliklerinin araştırılması (istikra) sürecinin sonunda oluşan genel kurala aykırı düşen (bu genel kural Hanefî ve Mâlikilere göre "kıyas" olarak adlandırılır) onunla bağdaştırılamayan ve kuvvetli oluşu sebebiyle ihmalde edilemeyen istisnâî durumları nitelemektedir. Bu yönüyle istihsan, genel kuraldan ayrılışı anlatan ve istisnâ mahiyeti taşıyan bir kavramlaştırmadır. Bu kavramlaştırma sayesinde hukukun sistematize edilmesi ve uygulanması sürecinde ortaya çıkan kural dışılıkları açıklama imkânı doğmuş olmaktadır. İstihsanın bu işlevini en iyi anlatan Kerhi'den nakledilen şu tanımdır: İstihsan birinci (kıyas) tan vazgeçmeyi gerektiren daha kuvvetli ve üstün görülen bir sebepten dolayı müctehidin, bir meselede benzerlerine verdiği hükmü vermektense vazgeçmesidir. Hanefilerin anlayışlarına göre istihsan çeşitlerine bakıldığında kuvvetli oluşun neye tekabül ettiği ve daha kuvvetli gerekçenin ne olduğu anlaşılır. Hanefilere göre istihsan, "eser sebebiyle", " icma

sebebiyle”, “zarûret sebebiyle” ve “hafî kıyas sebebiyle” olur. Bunlar istihsana hangi durumlarda dönüleceğini de gösterir. Özellikle eser ve icma sebebiyle istihsan tamamıyla zarûret sebebiyle istihsandanda kısmen istihsanın istisnâ işlevini açıkça göstermektedir. Bu yönüyle istihsan, müstakil olmaktan çok, genel kuralın, özel bir meselede niçin uygulanmadığını açıklamaya yarayan bir hukuk tekniği, bir hukuk ensturmanı mahiyetinde gözükmektedir (Apaydın, 2009:128-130).

İstihsanın ikinci işlevinde de bir istisnâ söz konusudur. Fakat bu kez söz konusu olan istisnâ, daha çok teknik usûli anlamdaki kıyastan yapılan istisnâdır. Bu işlevinde istihsan, teknik usûli kıyasın uygulanması durumunda, ulaşılabilecek sonucun zorluk ve sıkıntı doğurucu olması, kamu vicdanını tatmin edememesi, hukukun genel kabullerine aykırılığın söz konusu olması, kısacası İslâmın temel amaçlarına aykırı olan bir durumla karşılaşılması halinde, bu sonucun bırakılarak, daha derin ve etkili bir illetten hareketle başka bir kıyasa (hâfî kıyas) başvurulması durumunu anlatır. Serahsî'nin “Hanefiler, kıyas ve istihsan tabirlerini, tearuz eden iki delilin arasını ayırt etmek için kullanmışlar ve bunlardan birine, kendisiyle amel daha güzel olduğu için ve zahir kıyas metodundan ayrıldığı için istihsan adını tahsis etmişlerdir.” İfadesi daha çok istihsanın bu işlevi ile ilgilidir. Kıyasın bazı durumlarda terk edilmesi, hatta bu terkin gerekli görülmesi, genel olarak kıyas delilinin bir zaafî değil, tikel olarak sadece o kıyas işleminin bir zaafî bulunduğu anlamına gelir. Bu zaafî gösteren şey ise, o tikel kıyas işleminin sonucunun, adalet ve maslahatın gözetilmesi gibi şeriatın ruhu olarak nitelendirilen genel ilkelerin denetim süzgecine takılmasıdır. Bu durum, yani kıyasın, genel olarak uygun ve tatmin edici olmayan bir sonuca götürebilme ihtimali hiçbir şekilde, bir yöntem olarak kıyasın güvenilir olmadığı anlamına gelmez (Apaydın, 2009:128-130).

Maliki hukukçulardan Asbağ b. Ferec, istihsana başvurmanın gerekçesini şöyle açıklamaktadır: “İlimde istihsan bazen kıyastan daha galib (önde) olabilir.” “Kıyasa fazla dalan kişi neredeyse sünnetten ayrılacaktı” (Şâtîbî, 1997: V, 198-199) diyerek kıyasta direktmenin bazen insanı yanlış yollara götürebileceğini anlatmak istemiştir.

Bu konuda Muharrem Kılıç da şunları söylemektedir: “İstihsanın temel işlevi insanlar için en uygun, yararlı ve kolay olanın tercihi ile karakterize edilmektedir. Toplumsal yarar ve kolaylık ilkesi, hukukun etik doğruluk ya da adalet değeri bağlamında yorumlanmasını öngörür. Mantıksal formalizmin yol açabileceği adaletsizlik ve toplumsal sıkıntılar, doktrinde hukuk bilginlerince istihsan formu ile varlık kazanan bir yöntem bilimsel araçla çözümlenmeye çalışılmıştır. Genel kıyasa dayalı olarak hüküm verilmesi kamu yararını ve hakkaniyet ilkelerini zedeleyici nitelikte ise daha güçlü bir delile dayanarak hüküm inşa edilir (Kılıç, 2003: 161).

Muharrem Önder istihsana başvurmanın üç sebebinden bahsetmektedir:

a- Kıyas karşısında daha kuvvetli bir delilin bulunması kuvvetli delilden maksat, nass, icma, gizli kıyas gibi delillerdir.

b- Kıyasın istenmeyen olumsuz sonuçlara yol açması

Kıyasla amel etmek bazen yanlış olabileceği karşısında daha kuvvetli bir delil olmasıyla anlaşılabilir. Bunun da terk edilmesi gerekir. Bu konuda Serahsî bize şu bilgileri vermektedir: “Selem ve istisnâ akti kıyasa göre câiz olmaması gereken muamelelerdir. Fakat biz nass ve icma sebebiyle kıyası terk ettik. Çünkü bu muameleler Hz. Peygamber (sav) döneminden beri insanların teamüllerine dayanmaktadır. Bu konuda kıyasta hata ve yanlışlık ihtimali var. Nassa ve icma ile bu yanlışlık ortaya çıkmaktadır. (Serahsî,1984:II,203)



c- Güçlük ve zorluğu kaldırma, kolaylığı sağlama ve zararı giderme daha önce zikredilen Serahsî'nin istihsan tanımı bu maddeyi özetlemektedir (Önder, 2000: 81-84).

Son olarak Bardakoğlu, İslâm hukukçularının istihsana başvurma nedeni şöyle açıklamaktadır: İstihsanın yaygın, fakat şahsen fazla teknik bulmadığı sünnete, örfe, icmaya ve zarûrete göre üçlü taksime tabi tutulması ve bunun “istihsanul kıyasın” dışında düşünülmesi istihsanın dayandığı hukuki gerekçeyi tam izah edememektedir. Aslında istihsan metodolojik kâideler sonucu ulaşılan hükümleri Kur'an ve sünnetin umûmi esaslarına arzetme, daha doğrusu insan ruhunda mündemic hakkaniyet ve adalet idesi açısından yeniden inceleme ameliyesidir. Dikkat edilirse istihsanla karşı çıkılan ve çoğu zaman “açık (celi) kıyas” diye adlandırılıp fazla itibar edilmeyen hüküm, İslâm hukukundaki kâidelerden birinin fer'i bir olaya tatbikinden ibarettir. Fakat istihsan sadece hukuki yön göz önünde bulundurulup da uygulama alanında doğuracağı sonuçlar hakkaniyet ve adalete ne derece uygunluğu gibi noktalar hesaba katılmadan uygulandığında çok isabetli bir sonuç elde edilmemektedir. İşte bu sonuç nassların yorumlanmasında ve yeni hükümler konmasında daima göz önünde bulundurulan hak ve adalet ölçüsü ile yeniden ele alınmakta ve mahzurlar telafi edilmektedir. Böylece İslâm hukukunun yazılı kaynakları açısından söz konusu edilmeyen, olması gereken dualizmi burada, pozitif hukuk adil hukuk şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu bir bakıma adalet kavramında dağıtıcı ve “denkleştirici adaletten” sonra “hakkaniyet” esasında gözetme aşamasıdır (Bardakoğlu, 1986: 130-131).

## 6.7. İstihsan Türleri

### 6.7.1. Hanefilere Göre İstihsan Türleri

Hanefiler, istihsanın türleri ve her bir türün örneklendirilmesi üzerinde özenle durmuşlardır. Bu özenin nedeni biraz da istihsana yönelik yapılan eleştirileri cevaplandırmaya veya hiç değilse sınırlı bir alana hapsetmeye yöneliktir. Hanefilerin, kendi dönemlerine kadarki fıkhi birikim içinden istihsan anlayışının temeli sayılabilecek örnekleri ayırt etmeleri ve bunların her birini istihsan çeşidi olarak adlandırmaları istihsan çeşidinin artmasına neden olmuştur (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 342). Hanefiler istihsanı önce ikiye ayırırlar:

#### a- Kıyasla çatışan istihsan (kapalı kıyas sebebiyle istihsan)

Kapalı (hafî) kıyas şöyle tarif edilebilir: Bir meselede biri diğerine zıt iki çeşit kıyası gerektiren iki vasıf bulunur. Kıyaslardan birincisi, zahir ve ilk akla gelen şey olup, bu ıstılahi kıyası teşkil eder. İkincisi gizli (hafî) kıyas olup, hükme tesiri daha kuvvetlidir. Hanefiler, bu kıyası “istihsan” diye adlandıırırlar. Buna göre fakihin ele aldığı mesele hüküm bakımından iki yönden çözümlenebilir:

1- Zahir kıyas: Bu türlü kıyasın hükmü benzeri meselelerde geçerli olur.

2- Hafî kıyas: Bu çeşit kıyas da tesir bakımından zahir kıyastan kuvvetli olur ve benzeri her mesele için geçerli olmaz. Bu konuda Serahsî şöyle demektedir: “Gerçekte istihsan iki kıyastan ibaret olup birisi açık (celi) ve tesiri zayıftır. Bu kıyas olarak adlandırılır. Ötekisi kapalı (hafî) ve tesiri kuvvetlidir. Buna da istihsan adı verilir (Serahsî, 1989: X, 145; Serahsî, 1984: II, 203; Zehra, 1997: 227; Zuhâylî, 1999: II, 741; Şener, 1981: 122).

Kuvvet ve tesir bakımından açık illetten üstün olan, gizli bir illet sebebiyle celi (açık) kıyası terk ederek başvuru istihšana kapalı kıyas denir (Şener, 1981: 122 ). Bu istihsan türüne şu örnekler verilebilir:

#### **a- İrtifâk haklarının alıcıya geçmesi**

Hanefî mezhebindeki yerleşik kurala göre, sözleşme sırasında özel kayıt konulmadıkça, zirai arazinin satımı ile bu araziye ait irtifâk hakları olan şirb, (su hakkı) mürûr (geçiş hakkı) ve mesil (fazlalık suyu dışarı akıtma hakkı) alıcıya geçmez. Hanefî mezhebindeki yerleşik kurala göre sözleşme sırasında ayrıca belirtilmese dahi böyle bir arazinin kira sözleşmesine konu olması halinde, irtifâk haklarından faydalanma sözleşmeye dâhil sayılır; yani kiracı bunlardan faydalanabilir. Bir de hem satım hem kira sözleşmesine benzeyen üçüncü bir hukuki işlem bulunmaktadır ki bu vakıftır. Vakıf işlemini yapan kimse açısından bakılırsa, vakıf satım sözleşmesine benzer çünkü her ikisinde de mülkiyet elden çıkmaktadır. Vakfın lehtarları açısından bakıldığında ise vakıf, kira sözleşmesine benzer zira ikisinde de hukuki işlemin konusu olan maldan faydalanma imkânı sağlanmakta ama o malın mülkiyeti karşı tarafa devredilmez. Demek oluyor ki zirai arazinin vakfedilmesi halinde iki farklı kıyasla karşı karşıya gelinmektedir. Satım sözleşmesine kıyas edilirse özel kayıt olmadıkça irtifâk hakları vakıf işleminin kapsamına dâhil sayılamayacaktır. Kira sözleşmesine kıyas edilirse, bu haklar vakfın kapsamında kabul edilecektir. Hatıra ilk anda satım sözleşmesine olan benzerlik gelmekte, kira sözleşmesi ile vakıf arasındaki benzerliği belirlemek için biraz düşünüp tahlil yapmak gerekmektedir. O yüzden vakfın satıma kıyası celi (zahir) kıyas, kiraya kıyasa ise hafî (gizli ) kıyas olarak nitelendirilmiştir. Bu konuda Hanefiler şöyle derler: Vakıf yapan kişinin özel kaydı olmadığı halde irtifâk haklarının vakıf işlemine dahil işlemine dahil sayılması istihсандır; özel kayıt olmadıkça bu hakların vakfa dahil sayılmaması ise kıyastır. Bu ifadeden anlaşılmaktadır ki örnekteki istihсандan maksat kapalı kıyasın açık kıyasa tercih edilmesidir (Kattan, 1996: 332-333; Zeydan, 1999: 234 Şa'ban, 1996: 187-188; Bardakoğlu, 2001: XXIII, 342).

#### **b- Yırtıcı kuşların atığı**

Kartal, doğan, akbaba ve atmaca gibi yırtıcı kuşların etleri kurt, aslan ve benzeri yırtıcı hayvanlar gibi leş yemelerinden ötürü hem etleri hem de artıkları necistir. Bundan dolayı bu kuşların artığıyla abdest alınmaz. Bu, zahir kıyasın bir neticesidir. İstihšana göre ise hafî kıyasa yönelinerek başka bir sonuca varılmaktadır. Yırtıcı hayvanların artıkları, salyaları karıştığı için pistir. Yırtıcı kuşlara gelince; bunlar suyu kemik olan gagalarıyla içtikleri için artıkları salyalarıyla temas etmez ve suda herhangi bir eser bırakmaz. Bu sebeple istihsanen yırtıcı kuşların içmesiyle su pislenmez. Ancak ihtiyat bakımından böyle bir suyla abdest almak mekruh kabul edilmiştir (Serahsî, 1984: II, 204; Nesefî, 1986: II, 291; Buhârî, 1996: II, 173; Hüsrev, 1321: 251; Şâtübî, 2001: III, 66; Tûfî, 1999: III, 200; Yuba, 1998: 40; Ferfur, 1999: II, 212; Zeydan, 1999: 234; Hudârî, tsz: 198; Hallaf, 1993: 73 Şa'ban, 1996: 187; Hasan, 1997: 32; Ebû Zehra, 1997: 228).

#### **c- Satılan mal teslim edilmeden önce bayi ve müşterinin ihtilaf etmesi**

Müşteri satılan malı almadan önce satıcı ile aralarında fiyat üzerinde ihtilaf çıkması durumunda celi (açık) kıyas hükmüne göre bir şey iddia edenin delil getirmesi gerekir. Çünkü bu konudaki yerleşik kural olarak kabul edilen hadis-i şerifte Hz. Peygamber, "Müddei delil getirmekle karşı taraf ise yemin etmekle yükümlü" olduğunu bildirmiştir. Satıcı müşterinin söylediğinden fazla bir parayı iddia etmektedir. Bu duruma göre satıcı davacı, müşteri davalıdır. Delili, satıcı getirecek, müşteri de

yemin edecek ve mesele çözülecektir. İstihsana göre ise delil bulunmadığı zaman alıcı da satıcı da yemin eder. Çünkü her ikisi de hem bir şeyi iddia etmekte ve hem de bir şeyi inkâr etmektedir. Satıcı, fazla bir para iddia ve alıcının mala sahip olmayı hak ettiğini inkâr etmekte, alıcı ise, ileri sürülen fazla parayı inkâr etmekte ve malın kendisine teslim edilmesini talep etmektedir. Şu halde her ikisinin de yemin etmesi gerekir (Debûsi, 2001: 406; Buhârî,1996:II,178; Ferfur,1999: II, 218-219; Atar, 1988: 73).

#### **d- Tedavi için avret yerlere bakılması**

Hür bir kadının bütün bedeni mahremdir. Fakat zarûret olduğu takdirde kadının mahrem yerlerine bakmak mubah olur. Bu meselede iki kıyas çatışmaktadır: Birincisi, fitneye sebep olacağı için hür kadının vücuduna bakmanın mahrem olduğunu bildiren genel kaide niteliğindeki kıyas, diğeri ise muayene ve tedavi gibi bir durum vuku bulunca meşakkâte yol açan vasıftır. Burada kadının tedavi olması ve sağlığına kavuşması onun bedeninin mahrem yerlerine bakmadan daha önemli olduğu için kapalı kıyas hükmüne göre hüküm verilerek açık kıyas hükmü terk edilir (Serahsî, 1989: X, 145; Ebû Zehra, 1997: 227).

Fakihler arasında asıl tartışma ilk planda akla gelen açık kıyası bırakıp daha dikkatli düşünmeyle anlaşılan ulaşılabilen gizli kıyası tercih etme konusunda olmuştur. Çünkü gizli kıyasa göre hüküm veren fakihin yanında kendince geçerli bir delili vardır. Ama bu delil diğerk hukukçular tarafından kabul görmemektedir. Ebû Hanife'nin istihsan tarzındaki icihadlarının çoğu meseleye ilk bakışta hemen akla gelen celi kıyası terketme esasına dayanmaktadır. Ebû Hanife bir mesele hakkında hüküm verirken önce nassa sonra icmaya sonra sahabe kavline sonrada kıyasa başvurmuştur. Kıyasla hükmetmenin insanları meşakkete düşürdüğünü veya kıyas hükmüne aykırı yerleşik bir örf ve uygulamanın olduğunu yada aynı meselede maslahatı daha etkin olarak gerçekleştirecek daha kuvvetli başka bir kıyas hükmünün var olduğunu farkettiğinde önceki kıyas hükmünü yani celi kıyası terk ederek kapalı kıyası tercih etmiş ve buna da istihsan adını vermiştir (Önder, 2000: 54).

#### **b- İstisnâ Yoluyla İstihsan**

Hanefilere göre istihsanın ikinci kısmı istisnâ yoluyla yapılan istihsandır. Hanefilerle, istihsana karşı çıkan usulcüler arasında bu istihsan türünde her hangi bir ihtilaf yoktur. Çünkü bu tür istihsana başvurulurken çoğu zaman yerleşik kural niteliğindeki kıyas kendinden daha üstün şer'i deliller olarak kabul edilen nass, icma zarûret sebebiyle terk edilmektedir. Genel kuraldan yapılan bu istisnâları Hanefilerin istihsan şeklindeki isimlendirmesine karşılık diğerk İslam hukukçuları maslahat-ı mürsele, ruhsat, zarûret, örf olarak isimlendirerek aynı sonuca varmışlardır. İstihsana göre hüküm veren kişi yeni bir din va'z etmiştir. Diyen İmam Şâfî de bu istihsan türüne ileride göreceğimiz gibi bir itirazda bulunmamıştır (Önder, 2000: 54). Şimdi istisna yoluyla yapılan istihsan çeşitlerine geçilecektir

#### **6.7.2. Nass Sebebiyle İstihsan**

Nass sebebiyle hemen hatıra gelen kıyastan vazgeçmeye yada bir meselede nassla sabit olan genel hükme veya nasslardan çıkarılmış olan genel kurala aykırı olan bir nassla hüküm vermeye "nass sebebiyle istihsan" denir.

Nass sebebiyle istihsan, daima nassla sabit olan genel hükümden veya nasslardan elde edilen kuraldan istisnâ yapma şeklinde ortaya çıkar. Hanefilerin

terminolojisinde, kendisinden istisnâ yapılan genel hüküm veya genel kural kıyas, özel nass da istihsan olarak adlandırılır (Bakkal, 2009: 40). Nass sebebiyle istihsan kitap ve sünnet sebebiyle istihsan olmak üzere ikiye ayrılır:

### a. Kitap Sebebiyle İstihsan

Genel kural veya umûmi bir nass hükmünün kitaptan bir delil sebebiyle terk edilmesi olan bu istihsan türüne şu örnekler verilebilir:

#### a - Vasiyet

Vasiyet, mülkiyetin ortadan kalkacağı zamana bağlanmış bir temlik işlemidir. Oysa temlik konusundaki yerleşik kurala göre, temlik mülkiyetin ortadan kalkacağı zamana bağlanamaz. Fakat bu konuda özel nassa dayanılarak vasiyet için geçersizlik hükmünden vazgeçilerek onun câiz olduğuna hükmedilmiştir (Yuba,1997:564; Şa'ban, 1996: 183; Zuhâyli, 1999: 88; Zuhâyli, 1986: II, 743). Bu konuda nasstaki özel delil: "Bütün bu paylar, ölenin yapmış bulunacağı vasiyet yerini getirildikten ve borcun ifâsından sonra" (Nisa 4/11) meâlindeki ayettir.

#### b- Süt anne kiralamak

Bir kişi yiyeceği ve içeceği karşılığında bir süt anne kiralayacak olsa icare aktinde kabul edilen yerleşik kıyas hükmüne göre bu aktin câiz olmaması gerekir. Çünkü kararlaştırılan yiyecek ve giyeceğin miktarı bilinmemektedir. Bundan dolayı aktin fasit olması gerekir. Fakat Ebû Hanife nass ile bu icare aktinin istihsanen câiz olduğunu söylemiştir. Bu meselede Ebû Hanife'nin dayandığı nass "Çocuklarınızı (süt anne tutup) emzirtmek istediğiniz taktirde süt anneye vermekte olduğunuzu iyilikle teslim etmeniz şartıyla üzerinize bir vebal yoktur....." (Bakara 2 /233) ayettir. Ebu Hanifeye göre, Kur'an, süt emzirme hususunda zorluğu mutlak olarak kaldırmıştır. Ücretin bu durumda bilinmemesi tarafları anlaşmazlığa götürmez. Çünkü örfen süt annelere müsamaha ile muamele edilir ve çocuklara şefkat dolayısıyla bu akte izin verilmiştir (Zeylaî, tsz: XIV, 462; Zuhâyli, 1994: VI, 37- 38).

### b-Sünnet Sebebiyle İstihsan

Peygamberimiz'in (sav) bir uygulaması veya söylemiş olduğu bir sözden dolayı genel kıyas hükmünün terk edilerek sünnete veya hadise göre fetva verilmesiyle bu tür istihsandan söz edebiliriz. Sünnet sebebiyle istihsana şu örnekler verilebilir:

#### a- Selem akti

Selem akdi, diğer adıyla selef akdi nass sebebiyle verilen istihsan örneği için kitaplarımızda en sık tekrar edilen örneklerin başında gelmektedir. Selem sözleşmesi, peşin para karşılığında belirli vasıfları taşıyan malın zimmette sabit bir borç olduğu kabul edilerek ve ileride teslim edilmek üzere satılması demektir. Bu sözleşme, kişinin "halen sahip olmadığı bir şeyi satmasını yasaklayan" yerleşik kuralı niteliğindeki hadis-i şerife aykırı türden bir sözleşme olması sebebiyle caiz olmaması gerekir. Fakat Hz. Peygamber, Medine'ye geldiğinde, Medinelilerin meyveleri hakkında bir veya iki yıllığına selem: (peşin para-vadeli teslim) sözleşmesi yaptıklarını gördü. Bunun üzerine Allah Rasülü (sav) şöyle buyurdu: "Selem yoluyla satış yapan, bunu belirli ölçüye belirli tartıya göre ve belli bir süre tayin ederek yapsın" (Buhârî,1987:II,782; Beyhâkî, 1994:VI, 25;İbn Hibban,1993:XI,294). Bu hadise binaen fakihler, selem geçersiz sayılmasını icap ettiren genel nasstan ayrılarak özel nassa göre hüküm vermişlerdir. (Pezdevî, 1997:IV, 6; Serahsî, 1984: II, 203; Semerkândî,1984,II,8;Merdavî, 2000: VIII;

3828;İbn Emiri'l Hacc, tsz: V, 447 ; Hüsrev,1321:251; Hallaf, 1993: 74; Ferfur,1999: II, 216 ; Hasan, 1997: 30-31; Zuhâyli, 1986:II, 743;Ekinci, 2006:109).

#### **b- Oruçlu kimsenin unutarak yiyip içmesi**

İstihsan hükmüne göre unutarak yiyip içmek orucu bozmaz. Hâlbuki bu konudaki yerleşik kurala göre orucun bozulması gerekir. Çünkü bir şeyin rükünlerinden biri yerine getirilmezse o şey yok kabul edilir. Bilindiği gibi, imsak (orucu bozan şeylerden sakınmak) orucun rüknüdür (Şeybânî,1985:139; Serahsî,1984: II, 202; Pezdevî, 1997: IV, 7; Debûsi, 2001: 405 ; Âmidi, 2003: IV, 192; Pezdevî, tsz: 276; Kârafî, tsz: IX, Hüsrev,1321:251; Merdavî, 2000: VIII, 3828-3829; Zuhâyli,1999: 86 ;4029; Ebû Zehra, 1997: 229; Şa'ban, 1996: 176; Zuhâyli, 1986: II, 743). Ancak "Oruçlu iken unutarak yiyip içen kimse orucunu tamamlasın, zira Allah onu yedirip içirmiştir" (Abdurrezzak,1984: IV, 41; Dârekutnî,1966:II,178) meâlindeki hadis-i şerifinin gereği olarak unutarak bir şey yiyip içen kişinin orucu bozulmamış olur.

#### **c- Namaz da kahkaha ile gülmek**

Namaz konusundaki yerleşik kıyas hükmüne göre namaz kılarken kahkaha ile gülmekle sadece namazın bozulması abdestin ise bozulmaması gerekir. Bu konuda varid olan hadis-i-şerif (Beyhâkî,1994:I,147;Tabarani,1985:II,185) sebebiyle Hanefiler, istihsanen bu kişinin namazı ile birlikte abdestinin de bozulacağı yönünde hüküm vermişlerdir (Kâsânî, tsz: I, 144; Ebû Zehra, 1997: 229).

#### **d- Alışverişlerde muhayyerlik şartı ileri sürmek**

Kıyasa göre muhayyerlik şartı akdin ta'lik edilmesi demektir. İvazlı akitler hakkındaki yerleşik kurala göre bu akitlerin ta'like ihtimali yoktur; akdin muktezası ne ise o devam eder. Bu da akdin lâzım olması demektir. Bunun da gereği mülkiyettir. İstihsana göre ise muhayyerlik şartı câizdir. Bunun iki dayanağı vardır. Birincisi, Hz. Peygamber'in (sav) alış-verişlerinde çokça aldanan Hibbân b. Münkız'e dediği şu sözdür: "Alış-veriş yaptığın zaman aldatma yok de" (Beyhâkî,1994:V,273; Dârekutnî,1966:III,54; Hâkim,1990:II, 26). İkincisi ise insanların buna olan ihtiyacıdır. Bu sebeplerden dolayı istihsanen muhayyerlik şartı câiz görülmüştür (Serahsî, 1984: II, 206; Zeydan, 1999: 233).

#### **e- Arafatta öğle ve ikindi namazının cem edilmesi**

Bu konuda genel kural "namaz müminler üzerine vakitleri belli bir farzdır"(Nisa 4/103). Ayeti kerimenin gereği olarak her namazın vaktinde kılınmasıdır. Fakat Hz. Peygamber (sav), arafatta öğle ve ikindiye, müzdelifede akşamla yatsıyı cem ederek kılmak suretiyle (Kâsânî, tsz: II, 11-12) bu namazları genel kuraldan istisna etmiştir.

#### **f- Mestlerdeki küçük yırtıkların affedilmesi**

Hz. Peygamber ( sav ), arkadaşlarına mest edebileceklerini haber vermiştir. Peygamberimiz (sav) bu mestlerde yırtık olduğunu bildiği halde buna müsaade etmesinden dolayı Hanefî fakihleri, mestlerdeki küçük yırtıkların istihsanen meshe engel olmayacağı yönünde fetva vermişlerdir. Bu konudaki yerleşik kural hükmüne göre bunun câiz olmaması gerekir. Çünkü mest yapmak ayakları yıkama yerine geçer nasıl ayakta en küçük bir kuruluk abdeste mani olursa mestlerdeki küçük yırtıklarda sanki ayaklardaki kuru yerler gibi sayılır ve abdestin tam olmasına engel olur (Kâsânî, tsz: I, 42).

### 6.7.3. Sahabe Sözü Sebebiyle İstihsan

Daha öncede değindiğimiz gibi sahabe karşılaştığı bazı meselelerin çözümünde genel kural niteliğindeki kıyasın yetersiz kaldığı veya bu kıyas hükmünün mükelleflere bir takım zorluklar getirdiklerini fark ettikleri taktirde kıyası terk ederek istihsana göre fetva vermişlerdir. Genel kural veya umûmi bir nass hükmünün, sahabenin sözü sebebiyle terk edilmesiyle bu tür istihsandan bahsedilebilir. Sahabe sözü sebebiyle istihsana şu örnekleri verebiliriz:

#### a- İhramlı bir kişinin ihramlı olan veya olmayan kişiye avı göstermesi

İhramlı olan kişi, ihramlı olan veya olmayan bir kişiye avı gösterir o kişi de avı öldürürse bu konudaki yerleşik kıyas hükmüne göre ihramlı kişinin bir ceza ödemesi gerekmez. Çünkü bu konuyla ilgili ayette “kim onu bilerek öldürürse” (Mâide 5/95) buyurularak cezanın bilerek öldürene verileceği belirtilmektedir. Bu konuda Hz. Ömer, Hz. Ali, Abdurrahman b. Avf ve İbn Abbas, genel nitelikli kıyas hükmünü terk ederek işaret eden kişiye de ceza gerektiğini söylemişlerdir (Serahsî, 2000: IV,79).

#### b- Bir gün veya daha az süre baygın yatan kimsenin kaçırıldığı namazları kaza etmesi

Genel kıyas hükmüne göre bu durumda olan birinin hiçbir namazı kaza etmemesi gerekir. Çünkü baygın olan kişi dinen sorumlu değildir. Fakat Hanefiler, Âmmar b.Yasir'in uygulamasına dayanarak, bu durumda olan bir kişinin istihsanen bir günlük veya daha az kaçırıldığı namazları kaza etmesi gerektiği yönünde fetva vermişlerdir (Serahsî,1984: II,106 ).

#### c- Had cezası gerektiren bir suçta halife veya hakimin şahit olması

Halife veya onun tayin ettiği hâkim had gerektiren zina veya hırsızlık gibi bir suçun tek şahiti olması durumunda kendi tanıklıklarıyla had cezasına hükmedemezler. Bu konuda Ebû Yusuf şöyle söylemektedir: “Bu bize gelen sahabe eserine dayanan istihsan hükmüdür. Biz, bu konuda Hz. Ebû Bekir ve Hz. Ömer'den gelen rivayete göre hüküm verdik. ”Kıyasa göre ise bu görevliler kendi şahitliklerine göre had cezasını infaz edebilirlerdi (Cessâs,1985: III, 361-362; Serahsî, 1984: II, 106-110; İsmail,1988: 36).

#### d- Hamile kadının üç talakla boşanması

Ebû Hanife ve Ebû Yusuf hamile kadının üç talakla sünnete uygun olarak boşanabileceğine adetten kesilmiş olan kadın ve hayız görmeyen küçük kıza kıyas ederek hüküm vermişlerdir. İmam Muhammed ise bu konuda sahabeden Cabir b. Abdillah ve İbn Mesud'un (ra) sözlerine binaen bu konudaki yerleşik kıyas hükmünü terk etmiş ve hamile olan bir kadının sadece bir talakla boşanabileceği görüşünü benimsemiştir (Serahsî, 1984: II, 106).

### 6.7.4. İcma Sebebiyle İstihsan

Bir meselede bir grup hukukçunun o meselenin benzerlerine uygulanan genel kuralın aksine hüküm vermeleri veya bu hukukçuların, insanların genel bir kurala aykırı davranmaları karşısında sükût etmeleri ve buna karşı çıkmamaları halinde bu tür istihsandan bahsedilebilir. (Ebû Zehra, 1997: 229). İcma sebebiyle istihsana şu örnekler verilebilir:

#### a- İstisna akti

İstisna akti, bir kimsenin bir zanaatkârla belirli bir bedel karşılığında kendisi için bir eşya yapması üzerine kurulan sözleşmedir. Selem sözleşmesinde olduğu gibi burada da “ma'dumun satışının yasak olması” genel kuralı gereği bu sözleşmenin geçersiz

olması gerekmektedir. Çünkü akit yapıldığında sipariş verilen eşya yoktur. Fakat eskiden beri insanlar bu çeşit sözleşmeleri yapı geldikleri halde İslâm âlimlerinden kimse bu akte karşı çıkmamıştır. Şu halde fakihler bu sözleşmenin geçerli olması üzerine icma etmişlerdir (Pezdevî, 1997: IV, 7; Pezdevî, tsz: 272; Serahsî, 1984: II, 203; Nesefî, 1986: II, 292; Taftazânî, 1996: II, 172; Buhârî, 1997: IV, 7; İbn-i Emîrî'l Hacc, tsz. V, 447; Tûfî, 1999: III, 19; Debûsî, 2001: 405; Hüsrev, 1321: 251; Zerkâ, 1998: I, 94; Hasan, 1997: 31; Köksal, 2000: 182; Zeydan, 1999: 233; Ansay, 2002: 38; Ekinci, 2006: 110).

#### **b- Hamamlarda yıkanma ile ilgili sözleşme**

Hamamlarda yıkanma bir çeşit kira sözleşmesidir. Fakat bu sözleşmede ücret, kullanılacak su ve hamamda kalınacak süre ile ilgili hususlar baştan belirlenmemektedir. Sözleşmenin konusu ile ilgili olan bu hususlardaki belirsizlik sebebiyle, genel kurala göre sözleşmenin geçersiz sayılması gerekir. Zira kullanılacak su ve kalınacak zaman kişiden kişiye değişir. Bilinmezlik (cehalet) ise sözleşmeyi fasit kılan durumlardan biridir. Fakat insanlar bu uygulamayı teamül haline getirdiği için ictihad ehlinde hiç kimse buna karşı çıkmamıştır (Şirâzî, 1985: 67; Gazâlî, 1993: II, 472; Âmidî, 2003: IV, 193; Tûfî, 1999: III, 195; Şâtîbî, 2001: III, 62; Şa'ban, 1996: 186; Zeydan, 1999: 233).

#### **c- Birlikte ihtida eden karı kocanın nikahının devam etmesi**

Birlikte dinden dönüp sonra tekrar müslüman olan karı kocanın nikâhları kıyasa göre bozulması gerekirken, istihsanen bozulmaz. İstihsan hükmünün gerekçesi sahabe icmaidır. Şöyleki Hz. Ebû Bekir döneminde bazı arap kabileleri irtidat edip tekrar müslüman oldukları zaman hanımlarıyla ayrılmadılar hiçbir sahabede buna karşı çıkmadı (Serahsî, 1989: V, 49; Hamevî, 1992: 34).

Ayrıca dinar ve dirhemlerle diğer mevzun tartıyla ölçülen eşyaların vadeli olarak satın alınmasının câiz olması (Cessâs, 1985: IV, 247) necasetin kendisi gidince, izi kalsa bile elbisenin temizlenmiş sayılması, (Cessâs, 1985: V, 248) ikinci defa hırsızlık yapan kişinin sol elinin yerine sol ayağının kesilmesi gibi fetvaların dayanağı da icma sebebiyle istihsandır (Serahsî, 1989: IX, 166-167).

Bazı âlimlere göre icma ve örf sebebiyle meydana gelen istihsan aslında aynıdır." Bu görüş isabetli görünmektedir. Zaten istihsan çeşitlerini bir birinden keskin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. İbn Humam, nassın olmadığı yerde örf, icmanın yerindedir (İbn Humam, tsz: VI, 282) diyerek örf ile icmanın birbirine ne kadar yakın olduğunu ifade etmiştir. İcma âlimlerin ittifâkı, örf de halkın ittifâkıdır. Yine örf sebebiyle istihsan ile maslahat sebebiyle istihsan ve zarûret sebebiyle istihsan iç içe girmiştir. Çünkü zarûret ve maslahatı çoğu zaman örf belirlemektedir.

Mustafa Zerkâ, eser ve icma sebebiyle yapılan istihsana istihsan veya kıyas isminin verilmesini doğru bulmamakta bu bizzat Şari'nin istihsanı diyerek bu tezini şöyle temellendirmektedir: Usul-i fıkhda şer'i delil hiyerarşisi; Kur'an, sünnet, icma, kıyas diye devam eder. Bir meselenin çözümünde de bu sıra takip edilir. Dolayısıyla meselenin çözümü kitap, sünnet ve icma da ise bu deliller zikredilir, istihsan zikredilmez (Zerkâ, 1998: I, 95-96). Çözümü kitap, sünnet ve icma da bulunan şeye istihsan denmesi boşunadır. Buna göre eser ve icma sebebiyle istihsan demek doğru değildir.

### 6.7.5. Zarûret ve İhtiyaç Sebebiyle İstihsan

İnsanların karşılaştığı bazı sıkıntı ve ihtiyacın giderilmesi sebebiyle genel nitelikli kıyastan vazgeçilip istihsana göre hüküm vermeye zarûret sebebiyle istihsan denir. Zarûret sebebiyle istihsana şu örnekler verilebilir:

#### a- Pislener kuyuların ve havuzların temizliği

Pislener kuyular ve havuzların temizlenmesi konusunda yerleşik kurala göre amel ettiğimiz takdirde kuyu ve havuzların temizlenmesi imkânsız hale gelir. Çünkü suyun bir kısmının boşaltılması halinde, bu boşaltmanın geride kalan suyun temizlenmesine bir etkisinin olmayacağı açıktır. Suyun tamamının boşaltılması durumunda ise sonuç çok fazla değişmez. Şöyle ki kuyuya gelen veya havuza dökülen yeni su kuyunun veya havuzun duvarlarında ve zemininde kalan pisliklere mutlaka temas eder, bu sebepten dolayı fakihler, temizlikle ilgili genel kuralı terk ederek, bir miktar su boşaltılınca kuyuların istihsanen temizleneceği hükmüne varmışlardır (Pezdevî, 1997: IV, 7; Serahsî, 1989: I, 90; Debûsi, 2001: 405 ; İbn-i Emiri'l Hacc, tsz: V, 447; Nesefî, 1986: II, 292; Taftazânî,1996:II,172; Tûfi, 1999: III, 199; Merdavî, 2000: VIII; 3829; Hasan, 1997: 31; Zeydan, 1999: 234; Atar, 1988: 73; Ebu Zehra, 1997: 229; Bardakoğlu, 2001: XXIII, 344).

#### b- Küçük idrar damlalarının affedilmesi

Genel kıyasa göre idrar damlaları ne kadar küçük olursa olsun namaza engel olur. Fakat bundan kaçınmak mümkün olmadığından istihsanen küçük idrar damlaları affedilmiştir (Zeydan, 1999: 234; Hallaf, 1993: 74).

#### c- Alış-verişte küçük aldanmalar

Alış-veriş konusunda genel kıyas hükmüne göre her çeşit aldanmadan dolayı akit fasit olur. Fakat küçük aldanmalardan kaçınmanın mümkün olmadığına gören fakihler, zarûrete binaen bu aldanmalardan dolayı alış-verişin geçerli olacağı yönünde hüküm vermişlerdir (Zeydan, 1999: 234; Hallaf, 1993: 74).

#### d- İki veya daha fazla camide cuma namazının kılınması

Bu konuyla ilgili yerleşik kural hükmüne göre, cuma namazının tek bir camide kılınması gerekir. Daha sonra müslümanların yaşadıkları şehirler büyüüp insanlar çoğalınca tek camide cuma namazı kılmak imkânsız hale gelmiştir. Bu durumu gören Ebû Yusuf ve diğer bazı fakihler bir şehirde birden fazla camide cuma namazı kılınmasına zarûret sebebiyle istihsanen izin vermişlerdir (Serahsî, 1989: I, 120).

#### e- Müsakât ve müzarât akidleri

Alış-veriş onusundaki genel nitelikli kıyas hükmüne göre, akitler yapılırken malın ve paranın teslim zamanının belirtilmesi gerekir. Çünkü zamanda belirsizlik taraflar arasında nizaya sebebiyet verebilir. Her yörenin hasat zamanı farklı olması sebebiyle müsakât ve müzarât akidlerinde zaman belirsiz olacağı için bu akitlerin câiz olmaması gerekir. Fakat insanların bu akitlere olan ihtiyacı göz önüne alınarak, istihsanen bu akitlere izin verilmiştir (Serahsî, 1989: I, 87-88).

#### f- Kurban keserken istemeyerek hayvanın bir uzunun kesilmesi

Kurban hakkındaki yerleşik kurala göre kurban olarak kesilecek hayvanın kurban olmasına mani olan kulağının kesilmesi, gözünün çıkması gibi durumlarda bu hayvan ayıplı olacağı için kurban olmaması gerekir. Hanefî mezhebine göre, kurban kesilirken hata ile hayvanın kurban olmasına mani olan bu gibi kazalardan kaçınmak zor olduğu için istihsanen bu hayvanın kurban olacağı yönünde fetva verilmiştir (Serahsî, 2000: XII, 17).



### **g- Namazda ilk oturuşu terketme**

Dört rek'atlı nafil namaz kılan kimse ilk oturuşta teşehhüt miktarı oturmasa Ebû Hanife ve Ebû Yusuf 'a göre namaz sahihtir. Bu iki imam dört rek'atlı nafil namazı dört rek'atlı farz namaza kıyas etmişlerdir. Dört rek'atlı farz namazın ilk teşehhüdünde oturulmadığında namazı sahih olduğu gibi farz namazdan daha hafif olan nafil namazda da ilk oturuş terk edildiğinde namazın evveliyetle sahih olması gerekir (Serahsî, 1989: I, 183). Dört rek'atlık bir namazda ilk oturuş terk edildiğinde namazın tekrar kılınması zorluğa sebep olacağından bu konudaki yerleşik kural terkedilmiş ve istihsana göre fetva verilmiştir.

### **6.7.6. Maslahat Sebebiyle İstihsan**

Bazı durumlarda bir meseleyi genel nass ve kuralın hükmünden ayrı tutmayı gerektiren özel bir yarar ve faydanın bulunması halinde maslahat sebebiyle istihsandan bahsedebiliriz. Aslında ilk dönem Hanefî usûl literatüründe bu tür bir istihsandan bahsedilmemektedir. İleriki dönemlerde karşılaşılan yeni problemler bu tür bir istihsanın kullanılmasını zorunlu kılmıştır. Aslında maslahat kavramı Mâlikî mezhebinde çok daha ağırlıklı olarak kullanılmıştır. Hanefîler de Mâlikîlerden etkilenerek bu kavramı karşılaşılan yeni sorunların çözümünde kullanmışlardır (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 344). Maslahat sebebiyle istihsana şu örnekler verilebilir:

#### **a- Emanet edilen malların tazmin edilmesi**

Kendisine bir şey emanet edilen kimsenin kastı ve kasta yakın bir kusuru olmadığı sürece emanet mala gelen zararı tazmin etmeyeceği genel kuraldır. Zamanla emanetlere gereken hassasiyetin gereği gibi gösterilmediğini gören sonraki fakihler, genel kural niteliğindeki kıyası terkederek bu malları emanet olarak alanların yanında zarar görmesi halinde tazmin etmeleri yönünde fetva vermişlerdir (Zeydan, 1999: 234; Hasan, 1997: 32; Hallaf, 1993: 73).

#### **b- Din görevlilerine ücret ödenmesi**

İbadetler konusundaki yerleşik kıyas hükmüne göre imamlık, müezzinlik, Kur'an öğretme gibi din hizmetlerinin ifâsı karşılığında ücret alınmaz. Çünkü bu görevleri yapmak ibadettir. İbadet karşılığında ücret alınmaz. Sonraki fakihler, dönemlerinde bu görevlerin ücretsiz ifâ edilmediğini görünce bu görevler karşılığında ücret alınması yönünde fetva vermişlerdir. Bu fetvanın gerekçesi halkın genel yararını korumaya yönelik bir tedbir niteliğinde olup istihsanen verilmiş bir hükümdür (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 344).

#### **c- Kişinin mülkünde isteği tasarrufu yapamaması**

İslâm hukukundaki yerleşik kurala göre kişi özel mülkiyetinde istediği gibi tasarruf hakkına sahiptir. Arazisini istediği gibi kullanır. Fakat Ebû Hanife, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed, bir kişinin arazisinde tuvalet yapmak, lağım açmak gibi komşusuna fahiş zarar veren şeyleri yapmasının uygun olmadığı yönünde fetva vermişlerdir. Bu fetvanın dayanağı maslahat düşüncesidir (Köse, 1997: 203).

#### **d- Elindeki küçük çocuğun kendisinin olduğunu söyleyen kişinin durumu**

Elinde konuşamayacak kadar küçük bir çocuk olan bir kişi, bu benim kölem azat ediyorum diye iddia ettikten sonra çocuğun oğlu olduğunu ileri sürse İmam Muhammed'e göre istihsanen çocuk o kişinin oğlu kabul edilir bu konusundaki yerleşik kıyas hükmüne göre, bu kişi çocuğun kendi oğlu olduğunu ispat için şahit getirmesi

gerekirdi. Bu konuda İmam Muhammed, çoğunun maslahatını düşünerek, istihsana göre hüküm vermiştir (Şeybâni, tsz: V, 241).

### 6.7.7. Örf Sebebiyle İstihsan

İnsanlar, kıyasla belirlenen bir hükme veya yerleşik bir genel kurala aykırı düşen bir uygulamayı örf haline getirdikleri takdirde bu çeşit istihsan söz konusu olur (Şa'ban, 1996: 190). Örf sebebiyle başvuru istihsana şu örnekler verilebilir:

#### a- Hasat zamanına kadar meyvaların dalında kalması

Hanefiler, akdin gerekli kıldığı bir şart olmadıkça ileri sürülecek şartların geçersiz olmasını genel bir kural olarak kabul etmişlerdir. Hanefiler, bu genel kurala aykırı olmasına rağmen örfle dayanarak alıcı tarafın meyvenin iyice olgunlaşmasına kadar dalında kalmasını şart koşmasını câiz görmüşlerdir. Burada sosyal ihtiyaçlar örf şekline bürünerek varlığını müctehide hissettirmiş, müctehit de bu yönde fetva vermiştir (Bardakoğlu, 2001: XXIII, 343).

#### b- Menkul malların vakfedilmesi

Hanefi mezhebindeki yerleşik kurala göre vakfin ebedi olması gerekir. Bu genel kural aynen uygulanırsa gayrimenkul mallar dışındaki malların vakfedilemeyeceği sonucu çıkar. Çünkü menkul malların ebedi olarak kalması mümkün değildir. Buna karşın kitap ve benzeri şeylerin vakfedilmesi örf haline geldiği için İmam Muhâmmed yerleşik kurala aykırı olmasına rağmen menkul malların vakfa konu olabileceğine hükmetmiştir (Hallaf, 1993: 74; Zuhâyli, 1986: II, 745; Zeydan, 1999: 233; Zuhâyli, 1999: 88).

#### c- Su hakkı

Hanefi fakihlerinin çoğunluğuna göre, su hissesinin (şirb hakkının) tek başına mülkiyetten bağımsız olarak satılması câiz değildir. Çünkü meb'ide belirsizlik vardır. Diğer taraftan satıcının meb'ide o anda sahip olduğu söylenemez. Çünkü suyun mülkiyeti ancak ele geçirmekle kazanılabilir. Mecrasında iken suyun ele geçirilmesi mümkün değildir. Özetle şirb hakkının satışının câiz olmaması hükmü, satım sözleşmesi ilgili yerleşik kuralın zorunlu kıldığı bir hükümdür. Fakat bazı yerlerde su hissesi satışının örf haline gelmesiyle Hanefiler, buna cevaz vermişlerdir (Şa'ban, 1996: 190).

#### d- Ölçek ve tartıların örfle göre değişmesi

Ebû Hanife ve İmam Muhâmmed'e göre Hz.Peygamber (sav), faiz yasağı ile ilgili olarak bir maddenin ölçekle (keyli) veya tartıyla (vezni) alınıp satılmasını belirttiği takdirde bu maddenin her zaman bu şekilde alınıp satılacağı görüşünü savunmuşlardır. Onlar, bu konuda nass varken örfle itibar edilmeyeceğini belirtmişlerdir. Buna karşın Ebû Yusuf örfün değişmesi halinde ölçekle ölçünenin tartıyla tartılabileceğini, tartıyla tartılanında ölçekle ölçülebileceğini söylemiştir (Öğüt, 1994: X, 263).

#### e- Kabeye yürümeyi adayan kişi

Bir kimse Kâbe'ye kadar yürümeyi nezretse, bu konusundaki yerleşik kıyas hükmüne göre, şartlar yerine geldiğinde bu adağını yerine getirmesi lazımdır. Fakat Ebû Yusuf ve İmam Muhammed kıyası bırakıp istihsan hükmüne göre fetva vererek bu adağı adayan kişiye hac veya umre yapmanın gerekli olduğunu söylemişlerdir. Bu iki imam böyle bir adağın insanların örfünde hac veya umre yapmak için kullanıldığına dikkat çekerek bu yönde fetva vermişlerdir (Pezdevî, 1997: II, 97; Serahsî, 1984: I, 191).

**f- Namaz kılmamaya yemin eden kişi**

Bir kişi namaz kılmamaya yemin etse sonra başlama tekbiri alıp kıraat yapsa fakat daha sonra konuşsa bu kişi yeminini bozmuş sayılmaz hatta bir rek'atı tamamlasa da yemini bozulmaz. Çünkü bir rek'at namaz olmaz. Örfte göre ise bu kişi namaza başlamakla yemini bozmuştur. Çünkü örfte namaza başlamak namaz kılmak anlamına gelir. Bu sebeple bu kişinin yemin kefareti ödemesi gerekir (Şeybâni, tsz: III, 397-398).

**g- Malının tamamını tasadduk eden kişi**

Bir kişi malının tamamını tasadduk ettiğini söylese bu konudaki yerleşik kıyas hükmüne göre, bütün malını vermesi gerekir. Fakat örfte bu tasadduktan malın tamamı değil zekat miktarı anlaşıldığından bu kişi zekat miktarı malını verdiği takdirde sözünü yerine getirmiş olur (Hamevî,1992: 40).

Örf ve icma sebebiyle istihsan, ya zarûret ya da maslahat sebebiyle meydana gelen istihsan içinde düşünülebilir. Zira insanlar örf haline getirdikleri bazı muamele ve uygulamalara, kıyasa aykırı olduğu halde izin verilmesinin sebebi ya insanlara gelebilecek bir zararı önlemek veya onlara bir fayda sağlamaktır. Daha önceki örneklerde gördüğü gibi zarûret ve maslahat sebebiyle istihsana da bu sebepten dolayı başvurulmaktadır.

Zerkâya göre, Hanefilerin kabul ettiği istihsan çeşitlerinden nass ve icma sebebiyle istihsanın aslı sünnet ve icmadır. O zaman burada kıyas ve istihsandan bahsetmemiz abestir. Çünlû sünnet ve icma gibi bir delil varken kıyas ve istihsana gidilmez. Burada bizzat Şari'nin koyduğu bir hüküm vardır. Fıkıh usûlünde kitapta, sünnette ve icmada bir delil yoksa ancak o zaman kıyasa gidilir ve diğer delillere başvurulur. Nasstaki icmadaki bir delil sebebiyle kıyasın terkedilmesine ancak Şarinin istihsanı diyebiliriz ki zaten dikkat edilirse istihsanı kabul etmeyen diğer usûlcüler de nass, icma, kıyas sebebiyle başvuru istihsana itiraz etmemektedirler. O zaman istihsan konusunda asıl tartışma müctehidin istihsanı konusunda olmaktadır (Zerkâ,1998: I, 94-96).

**6.8. Mâliki Mezhebi ve İstihsan**

Mâlikilerin, istihsanı şer'i bir delil olarak kabulü konusunda usûlcüler ihtilaf etmişlerdir. Bu konuda birbirleriyle çelişen birçok rivayet vardır. Bu rivayetleri şöyle özetlemek mümkündür:

a- Hanefiler ve Hanbeliler, istihsanı kabul ederken, diğer hukukçular, istihsanı reddetmişlerdir (Âmidî, 2003: IV, 190; İbn Hacib, 1307: III, 575; Beydâvi, 1968: III, 138; Subkî, 1999: IV, 520; İsnevî, 1999: IV, 399; Şevkânî, 2000: II, 986).

b- Cumhur, istihsanı şer'i bir delil olarak kabul etmiş, Şâfîiler ve Zahiriler ise bu görüşü reddetmişlerdir (Zühâylî, 1999: 90; Şelebi, 1985: 257; Hallaf, 1993: 77; Ferfûr,1987:72).

c- Hanefiler dışında kalan fakihlerin cumhuru, istihsanı şer'i bir delil olarak kabul etmemişlerdir (Şirâzi, 1983:II, 77; Gazâlî, 1993: II, 468 Subkî, 2003: 110).

d- İbn Teymiyye, istihsan konusunda usûlcüleri üç gruba ayırmıştır. İstihsanı kabul edenler: Ebû Hanife ve İmam Malik, İstihsanı reddedenler: Zahiriler, Şiilerin çoğunluğu, Mu'tezile kelamcılarının çoğunluğu, istihsanı bazı hallerde huccet olarak kabul edip bazı hallerde kabul etmeyenler: İmam Şâfîî, Ahmed b. Hanbel (İbn Teymiyye, 1998: II;137).

Bu konuda usûlcülerin ihtilaf etmelerinin sebebi Mâliki hukukçulardan bir birbiriyle çelişen rivayetlerin gelmesidir. Kârafî, İbn Cüzey, Tilimsani, Kurtubi, İbnü'l Hacib gibi Mâliki âlimler istihsanın şer'i bir delil olduğunu kabul etmemişlerdir. Kârafî, istihsana şiddetle karşı çıkarak onu “delilsiz olarak hüküm verme, heva ve hevese tabii olma” olarak değerlendirmiştir. İbn Cüzey de istihsanı “müctehidin akıyla güzel gördüğü şey” şeklinde tarif ederek delil olamayacağını belirtmiştir (Bakkal, 2009: 49-50).

İmam Mâlik ve bazı tabîlerinin istihsanı kabul etmediklerine dair nakledilen bu rivâyetler mukabilinde; daha sahih ve meşhur olan, mezhebin tatbikatında da yaygın olarak görülen, istihsanın hem İmam Mâlik hem de tabîlerinin çoğu tarafından kabul edildiğidir. İmam Mâlik ve bazı tabîlerinden nakledilen olumsuz görüşler, istihsanın delile dayanmayan mücerred görüş (re'y) ve hevaya dayanan bir delil zannedilmesinden kaynaklanmaktadır (Önder, 2000:121). Ayrıca bu usûlcülerin istihsanı kabul etmeme sebepleri arasında İmam Mâlik'in fetvalarında istihsanın zikredilmemesi, İmam Mâlik'in istihsana göre verdiği fetvalar, bu usûlcüler tarafından, maslahat-ı mürsele veya ruhsat bağlamında değerlendirilmesi ve bu hukukçuların istihsana şiddetle karşı çıkan Şâfiî hukukçularından etkilenmiş olmaları gibi sebepler sayılabilir.

İmam Mâlik, istihsanı: “Küllî kaide karşısında cüz'i maslahata göre hüküm verme” olarak tarif etmiştir. Bu tarifin sonucu istihsan, mürsel istidlâlin kıyas üzerine takdim edilmesinden ibarettir (Şâtıbî, 1997: V, 194).

İmam Mâlik, istihsanı “ ilmin onda dokuzu” (Şâtıbî, 1997: V, 198; Şâtıbî, 2001: III, 64; Zuhâyli, 1999: 77; Zuhâyli, 1986: II, 738) olarak değerlendirmiştir.

Şâtıbî'ye göre, İmam Mâlik'in istihsan anlayışı, daima genel hükümden veya genel kuraldan bir istisnâ özelliği taşımaktadır. Mâlikilere göre, bir hükümden başka bir hükme dönerken dayanılan şer'i delil örf, icma, maslahat veya kolaylık sağlama, zorluğu kaldırmak esaslarından biri ile olabilir (Şâtıbî, 1997: V, 197).

Mâlikiler, kıyasın aşırılığını üç şeye başvurarak telafi etmeye çalışmışlardır:

a- Yaygın olan örf b- İslâm dinince kabul edilen maslahat c- Güçlük ve zorluğu kaldırmak (Ebû Zehra, tsz: 378; Zerkâ, 1998: I, 96).

Şâtıbî, istihsan konusuna giriş yaparken şunları söylemektedir: “İmam Mâlik istihsanı, küllî delile mukabil, cüz'i maslahatın alınması olarak kabul etmektedir. Bunun gereği de mürsel istidlâlin kıyasa yani genel kurala takdim edilmesidir. Mesalâ bazı meseleler vardır ki, kıyasa (yerleşik kural) göre hüküm verildiği taktirde bir maslahatın ortadan kalkması veya bir mefsedetın meydana gelmesi söz konusu olmaktadır. Çoğu kez bu, zaruri bir aslın haci ile hacinin de tekmili ile birlikte olmasıdır. Bu durumda kıyasın (genel kural) zaruri asıl hakkında mutlak surette tatbiki, bazı cüz'i asıllar hakkında sıkıntı ve maşakkatin doğmasına sebebiyet verir. Bu yüzden de sıkıntı ve meşakkât alanlarında genel kuraldan istisnâ yoluna gidilir (Şâtıbî, 1997: V, 194). Mâlikiler, istihsanı “kâide dışı bir ruhsat” olarak değerlendirmişlerdir. Mâlikiler kıyasın gereği verilen hükümlerde güçlük olduğu zaman kıyası terk etmişler, bu durumda zorluğu kaldırmak için verdikleri bu hükme istihsan adını vermişlerdir. Mâlikiler “Maslahatı celb veya mefsedet-i def” ilkesi ile genel kural niteliğindeki kıyasın hükmü çatıştığı zaman maslahat-ı celb veya mefsedet-i terk etmek için verdikleri bu hükme istihsan, kıyasla çatışmayıp veya hakkında bir nass ya da icma olmayan durumlarda verdikleri hükümleri maslahat içerisinde değerlendirmişlerdir (Zerkâ, 1998: I, 121).

## 6.9. Mâlikilere Göre İstihsan Çeşitleri

Mâlikiler, istihsanı zarûret, maslahat ve örf sebebiyle istihsan olmak üzere üç kısma ayırmışlardır (Hallaf, 1993: 75).

Şâtıbî ise istihsanın on kadar çeşidinden bahsetmektedir. Şâtıbî nass sebebiyle istihsanı kabul etmemektedir. Şâtıbî 'ye göre bu gerçekte istihsan olmayıp, istihsanın delil olduğunu gösteren şer'i bir delildir. Bizce de bu görüş isabetli bir görüştür. Şâtıbî'nin kabul ettiği istihsan çeşitleri şunlardır:

- İcma sebebiyle istihsan
- Sahabe kavli sebebiyle istihsan
- Kıyas-ı Hafî istihsanı
- Örf sebebiyle istihsan
- Maslahat sebebiyle istihsan
- Zarûret sebebiyle istihsan
- Meşakkâtî kaldırma ve kolaylık sağlama sebebiyle istihsan
- Muhalif görüş sebebiyle istihsan
- Mercuh görüş sebebiyle istihsan (Şâtıbî, 2001: III, 66-76)

Şâtıbî'nin bu taksimini esas aldığımızda en geniş istihsan anlayışının Mâlikilere ait olduğunu söylenebilir. Şâtıbî burada her hangi bir mezhebin istihsan anlayışını vermek yerine en geniş manada nelerin istihsana dâhil edilebileceğini göstermek istemiştir (Bakkal, 2009: 53-55).

### 6.9.1. Zarûret sebebiyle istihsan

Kıyas veya genel kural zarûret sebebiyle terk edilirse zarûret veya ihtiyaç sebebiyle sabit olan istihsan söz konusu olmaktadır. Mâlikilerin zorluğu kaldırmak için başvurdukları istihsan örneklerinden bazıları şunlardır:

#### a- Alış verişte küçük aldanmalar

Mâliki hukukçular, altın veya dirhem değişimde az olan fazlalıktan kaçınmanın zor olacağından hareketle az olan fazlalığı yok saymışlar ve aktin fasit olmayacağına hükmetmişlerdir. (Şâtıbî, 2001: III, 71; Hallaf, 1993: 75). Bu konudaki genel kıyas hükmüne göre ise, bu alış-verişin fasit olması gerekir. Çünkü Peygamberimiz (sav): "Altın ve gümüş misli misline göre değiştirilir; fazlalığın ise faiz" (Müslim, tsz: III, 1211; Tabarani, 1983: I, 177; Tahavi,1979:IV,76; ) olacağını belirtmiştir.

#### b- Ariyye satışı

Ariyye satışı da insanların ihtiyacından ve onlara kolaylık olması sebebiyle izin verilen bir alış veriştir. Ariyye akti kısaca şöyle tanımlanabilir: Kuru hurmayla taze hurmanın takası veya kurutulmuş sebze ve meyvenin aynı cinsten taze sebze ve meyveyle takas edilmesidir. Bu konudaki genel kıyas hükmüne bu aktin caiz olmaması gerekir. Çünkü Ölçeği ölçeğine ve başa başlık imkânı bulunmadığından faizli bir işlem yapmış olma ihtimali çok büyüktür. Ancak bu akte duyulan ihtiyactan dolayı Hz. Peygamber (sav) buna cevaz vermiştir (Buhârî,1987: II,764; Abdurrezzak, 1984: VIII, 103; Nesâî,1991:IV, 21).

#### c- Hasat zamanına kadar borçlanma

Bu konudaki yerleşik kıyasa hükmüne göre bir mal hasat zamanı bedeli ödenmek üzere satılamaz. Çünkü hasat zamanı yöreden yöreye değiştiği için taraflar arasında nizaya sebep olur. Fakat insanların bu tür akitleri yapmak zorunda olduklarını

gören Mâliki hukukçular, insanlara kolaylık olması hasebiyle kişinin malını hasat zamanına kadar satmasına cevaz vermişlerdir (Şâtıbî, 2001: III, 75).

#### **d- Kadınların özel hallerinde Kur'an okumaları**

Genel kurala göre gusül abdesti olmayan kimselerin Kur'an okumaları câiz değildir. Ancak Malikiler, hayızlı kadınları bu hükmün dışında tutmuşlar ve bu durumda olan kadınların istihsanen Kur'an okumalarına cevaz vermişlerdir. (İbn Rüşd, 1995: I, 43; Aktan, 2009:116). Burada daha ziyade Kur'an okumalarına fetva verilen kadınlar hafızlık yapan ve Kur'an öğreten veya öğrenen kadınlardır. Bu kadınlar özel günlerinde Kur'an okumaya ara verdikleri taktirde bir takım zorluklarla karşılaşacakları açıktır.

#### **e- Karz akti**

Yerleşik kurala göre, karz aktinin caiz olmaması gerekir. Çünkü karz, dirhem dirhem karşılığında vadeli olarak mübadelesi olması hasebiyle faizli bir akitir. Değiştirilen bedelin az olması ve bu akte insanların ihtiyaç duymaları sebebiyle karz aktine izin verilmiştir (Sahnun, 1994: III,19; Şâtıbî, 1997: V, 194-195).

#### **f- Namazların cem edilmesi**

“Namaz müminler üzerine vakitleri belli bir farzdır”(Nisa 4/103). Bu konuda yerleşik kural hükmündeki bu ayete göre her namazın vaktinde kılınması gerekir. Fakat Mâlikiler, fırtına, aşırı yağmur ve şiddetli soğuk gibi olağan dışı hava olaylarının sebep olduğu sıkıntı ve zorluk sebebiyle akşam ve yatsı namazının camide cemaatle cem edilmesini, câiz kabul etmişlerdir (Şâtıbî, 1997: V, 195).

#### **g- Yolculukta namazların kısaltılması**

İslam hukukunda bu konuda uygulanan yerleşik kurala göre namazın rek'at sayıları azaltılamaz. Fakat yolculukta bir takım zorluk ve sıkıntılarla karşılaşıldığından yolcuların, dört rek'atlı farz namazları iki rek'at olarak kılmalarına izin verilmiştir (Şâtıbî, 1997: V, 195).

#### **h- Şahitlikte adalet şartının kalkması**

Genel kurala göre şahitlerin adil olması gerekmektedir. Mâliki hukukçular, adil şahit bulunmadığı yerde davaların sonuca bağlanamamasının toplumda güçlük ve meşakkâte sebep olacağı düşüncesiyle adil olmayan şahitlerin de şahitliğini istihsanen kabul etmişlerdir (Ebû Zehra, tsz: 376). Aslında zaruret sebebiyle başvuru istihsan örneklerinin hemen hemen hepsi Mâlikilerin söylemiyle kâide dışı ruhsatlardır (Ebû Zehra, tsz: 376).

### **6.9.2. Maslahat Sebebi ile İstihsan**

Bir meselede maslahat düşüncesi, genel nassa veya kıyasa göre uygulanacak hükümden istisnâ yapmayı ve aksi yönde bir hüküm vermeyi (insanların maslahatlarından dolayı) gerekli kıldığı durumlarda bu çeşit istihsandan sözedilir (Hallaf, 1993: 75) bu tür istihsana şu örnekler verilebilir:

#### **a- Haşimoğullarına zekât verilmesi**

Hâşimoğullarına zekât vermenin yasak olduğunu bildiren açık yerleşik kural niteliğinde bir nass olmasına rağmen (Beyhâkî,1994:VII,31;Müslim, tsz: II,752;Tahavi, 1979: II; 7). Hanefi ve Mâliki bilginleri, yönetimin Emevilere geçmesiyle birlikte Haşimoğullarının humustaki payları kendilerine ödenmediğini görünce değişen şartları göz önüne alarak fakir durumda olan Hâşimoğullarına istihsanen zekât verilebileceği görüşünü benimsemişlerdir (Zühâyli, 1986: II, 746; Bardakoğlu, 2001, XXIII, 344; Zühâyli, 1999: 89).

**b- İhram tekbirini unutmak**

Başlama tekbiri namazın bir rüknüdür Namaz konusundaki yerleşik kurala göre namazın her rüknü yerinde ve zamanında yapılması gerekmektedir. Bu hükme rağmen Mâlikiler, bir kişi imamla beraber namaz kılarken başlama tekbirini unutup rukûya giderken tekbir alması durumunda bunun yeterli olacağını belirtmişlerdir. İmam selâm verince başlama tekbirini iade eder ve namazı tamam olur. Bu hüküm mükelleflerin maslahatı için daha uygun görülmüş ve yerleşik kuralla amel edilmemiştir. (Şâtıbî, 2001: III, 77).

**c- Çocuğu olan ümmü veledin mükâteb meselesi**

Ümm-ü veledi (efendisinden çocuk doğuran cariye) mükâteb yapan kişi öldüğü zaman ümm-ü veledin serbest kalıp kalamayacağı meselesi Mâliki hukukçular arasında tartışılmıştır. İbn Kasım ümm-ü veledin çocuğu varsa azat edileceğini çocuğu yoksa azat edilmeyeceği yönünde fetva vermiştir (İbn Rüşd, tsz. II, 263). Bu fetva da gözetilen temel saik çocuğun maslahatıdır.

**6.9.3. Örf Sebebiyle İstihsan**

Karşılaşılan hukuki bir meselede örf sebebiyle genel kuraldan istisnâ etmek veya örften kaynaklanan bir zorunluluk veya yüzünden kıyasın terkedilmesidir. Bu çeşit istihsana şu örnekler verilebilir:

**a - Yemin Meselesi**

Yemin lafız olarak bir şeyi yapmaya veya yapmamaya delâlet etse de, yeminin lafzına değil, örfte o yeminden anlaşılan şeye göre hüküm verilir (Şâtıbî, 2001: III, 68, Şa'ban, 1996: 171). Meselâ geçmiş zamanlarda Irak'da yaşayan bir kişi, hayvan eti yememeye yemin etse ve ardından koyun veya inek eti yese genel kurala göre ve yeminin lafzına göre yemini bozulmuş olur. Fakat örfte yemini bozulmamıştır. Çünkü o dönemlerde Irak'da hayvan denilince at kastedilirdi.

Bir kişi ben filan kişiyle hiçbir eve girmem diye yemin etse ardından bu kişiyle mescide girse yerleşik kıyas hükmüne göre yemini bozulmuş olur. Çünkü Kur'an mescidi ev diye isimlendirmiştir (Nur 24/36). Örfte göre bu kişinin mescide girmesiyle yemini bozulmaz. Çünkü örfte mescid ev olarak isimlendirilmemiştir (Furfur, 1987: 88).

Mâliki Hukukçuları istihsanı bazen zorunlu olmayan müstehab anlamında kullanmışlardır. Bu manada şu örneği verebiliriz: Namaz kılarken rukû ve secdede zikirleri söylemeyen kişinin namazı bu konudaki yerleşik kurala göre câizdir. Çünkü rukû ve secdede zikirleri söylemek sünnettir. Sünnetin terki namazı ifsat etmez. Fakat İsa b. Dinar ve Yahya, bu durumda olan kişinin namazı istihsanen tekrar kılması yönünde fetva vermişlerdir (İbn Rüşd, 1988: I, 362)

**6.10. Hanefilerle ve Mâlikilerin İstihsan Türlerinin Değerlendirilmesi**

Hanefilerle ve Mâlikilerin istihsan taksimlerini karşılaştırdığımız zaman şu sonucu görürüz: Hanefiler'in zarûret, örf veya icma sebebiyle istihsanları ile Mâlikiler'in icma, maslahat, örf, kolaylık sağlama ve güçlüğü kaldırma esasına dayanan istihsanları, hemen hemen aynıdır. Çünkü Hanefilerin zarûret deyimleri Mâlikilerin, maslahat "kolaylık sağlama ve güçlüğü kaldırma" deyimlerini içine alır. Hanefiler, kıyas ve nass sebebiyle istihsan tabirlerine Mâlikiler katılmazlar. Esasen celi kıyası bırakıp hafî kıyası almaya veya genel bir kâideye karşılık bir nass ile istisnâ edilen

hükümlere uymaya istihsan adını vermek için bir sebep yoktur. Çünkü birinci haldeki hüküm kıyasla, ikinci haldeki hüküm de nass ile sabit demektir (Hallaf, 193: 75; Şener, 1981:125; Ferfur,1987: 87-88; Hamevî,1992: 60-61).

İstihsanın türü olarak sayılan nass, icma, örf, gizli kıyas gibi şer'i deliller aslında istihsan türü olmaktan çok istihsanın şer'i bir delil olarak kabul edilmesi açısından önemlidir. Bu kaynaklar tarafından kabul edilmesi istihsan metodunu şer'i bir delil olarak kabul eden hukukçulara sağlam bir dayanak oluşturmakla birlikte bu kaynaklarda zikredilen istihsan uygulamalarını istihsan türü olarak kabul etmeleri doğru değildir. Çünkü bu kaynaklarda zikredilen istihsan örneklerinin büyük bir kısmına baktığımızda istihsana çoğu zaman adalet ve hakkaniyet ilkeleri temelinde karşılaşılan bir zorluğu aşmak veya maslahatı gerçekleştirmek için başvurulduğunu görmekteyiz. Bu sebeple istihsanı zaruret sebebiyle istihsan ve maslahat sebebiyle istihsan olmak üzere iki ana gruba ayırmak bize göre daha isabetli görünmektedir.

### 6.11. İstihsanla İlgili Bazı Problemler

İslâm hukukçularının çoğunluğu tarafından istihsan şer'i bir delil olarak kabul edilmiştir. Bununla beraber istihsan metoduna dayanarak yeni bir hüküm ortaya koyarken bir takım sorular akla gelmektedir. Mesala İstihsanla hükmü belirlenen meselenin hükmü o meselenin benzerlerinin çözümünde de kullanılabilir mi ? istihsanla çelişen kıyas hükmü, tercih edilerek istihsan hükmü terk edilir mi ? istihsan, illetin tahsis edilmesi midir ? Şimdi bu sorulara cevap vermeye çalışalım.

#### 6.11.1 İstihsan Hükmünün Başka Meselelere Taşınması (Tadiye )

Hanefi usûlcüleri, kıyas sebebiyle yapılan istihsan hükmünün başka meselelere taşınması (tadiye) konusunda ittifâk etmişlerdir. Çünkü bu istihsan çeşidinin adına her ne kadar istihsan adı verilse de aslında bu bir kıyastır. Kıyasın hükmü başka olaylara taşınmasıdır (Pezdevî, 1997: IV, 10; Serahsî, 1984: II, 206 Merdavi, 2000: VIII; 3830 ). Buna karşın Hanefi usûlcüleri, nass, icma ve zarûret gibi delillere dayanarak ulaşılan istihsan hükmünün başka olaylara uygulanamayacağını (tadiye edemeyeceğini) belirtmişlerdir. Serahsî bu konuyla ilgili olarak şunları söylemektedir: Nass ve icma yoluyla yapılan istihsan ile kıyas-ı hâfi yoluyla yapılan istihsan arasındaki fark nass ve icma sebebiyle yapılan istihsanın hükmünün tadiye edemeyeceği iken kapalı kıyas sebebiyle yapılan istihsanın ise tadiye edeceğidir (Serahsî, 1984: II, 206; Nesefî, 1986: II, 296). Pezdevî de bu görüştedir (Pezdevî, 1997: IV, 14).

Abdulaziz Buhârî, fakihler arasında genel kurala aykırı istisnâi bir hüküm üzerine başkası kıyas edilemez sözünün meşhur olduğunu belirtmektedir (Buhârî,1997: III, 347).

#### 6.11.2. Kıyas Hükmünün İstihsana Tercih Edilmesi

Pezdevî, hâfi ve celi kıyası kasederek istihsanı “iki kıyastan biri” olarak tanımladıktan sonra istihsanla amel etmek evla olmakla beraber kıyasla da amel etmenin câiz olduğunu (Pezdevî, 1997: IV, 6) söylemiştir.

Pezdevî'nin Usûl adlı eserinin şarihi olan Abdulaziz Buhârî, Pezdevî'nin sözlerine Serahsî'den de alıntı yaparak şu şekilde itiraz etmiştir: Kıyas hükmü istihsan hükmüyle çatıştığı zaman istihsan kadar güçlü olmadığından kıyasın hükmü yok sayılır



(Buhârî, 1997: IV, 6). Serahsî de Pezdevî ve onun gibi düşünenlerin yanıldıklarını şu sözleriyle dile getirmektedir: “Arkadaşlarımızdan bazıları istihsanla amel evla olmakla beraber kıyasla da amel etmenin câiz olduğu zehabına kapılmışlardır. Fakat biz istihsan sebebiyle kıyası terk ediyoruz. Terk edilen bir hükümle amel yapılmaz dolayısıyla kıyasla amelin terk edilmesi gerekir, ayrıca bazen de istihsan tercih edilirken ben kıyasla ameli çirkin görüyorum denilmektedir. Şer’an amel edilmesi câiz olan şeyi çirkin görmek küfürdür” (Serahsî, 1984: II, 201; Buhârî, 1997: IV, 6; Ebû Zehra, 1997: 231).

Debûsi’ye göre istihsan, “kıyası celiye muarız olan delilin adıdır.” Bu delil, nass, icma, zarûret ve kıyası hâfiden biridir. Her ne kadar bu muarızlardan bazen kıyas bazen istihsanın tercih edilebileceği hatıra gelse de muaraza eden iki kıyas olması halinde birisine istihsan isminin verilmesi, onunla amel edilip diğerinin terk edilmesi veya onunla amelin durdurulması sebebiyledir (Debûsi, 2001: 404).

Ebû Zehra da nass icma ve zarûret sebebiyle başvuru olan istihsan karşısında kıyasın hükmünün yok sayılması gerektiğini (Ebû Zehra, 1997: 231) belirtmiştir.

Buna karşın özellikle Hanefîlerin furû kitaplarında az da olsa kıyasın istihsana tercih edildiği görülmektedir. Burada kasdettiğimiz celi (açık) kıyasın, hâfi (gizli) kıyasa takdim edilmesidir. Pezdevî ve Serahsî istihsana takdim edilen kıyas türünün çok az olduğunu buna mukabil istihsanın kıyasa tercih edilmesinin ise sayılmayacak kadar çok olduğunu belirtmişlerdir (Pezdevî, 1997: IV, 14; Serahsî, 1984: II, 206). Serahsî’nin daha önce istihsan karşısında kıyasla ameli küfür olarak nitelemesinden sonra burada az da olsa kıyasla amel edilebilir demesini şöyle telif edebiliriz. Serahsî, nass, icma, zarûret sebebiyle istihsanın kıyasa tercih edileceğini bunda bir ihtilaf olmadığını fakat gizli kıyas sebebiyle başvuru olan istihsanda ise çoğu zaman gizli kıyas olan istihsanın tercih edileceğini fakat azda olsa bazen celi kıyasla amel edilebileceğini söylemiştir. Çünkü İstihsanla kıyasın birbirine tercihinde önemli olan etken etkisi kuvvetli olanın tercih edilmesidir. Kıyasın gizli veya açık olması değil (Serahsî, 1984: II, 205-206; Pezdevî, 1997: IV, 8). Bazı durumlarda açık kıyas, gizli kıyas sebebiyle istihsandan güçlü olduğu için tercih edilmektedir. Mesalâ iki kişi bir kumaş üzerine selem akti yapsalar sonra kumaşın kendinde değilde uzunluğunda ihtilaf etseler, kıyasa göre her ikisine de yemin teklif edilir. Çünkü her iki taraf da selem akdi ile yeni vücut bulan bir hak üzerinde ihtilaf etmişlerdir. İstihsana göre ise malı vermekle yükümlü olan kişinin sözüne itibar edilir. Çünkü selem akti ile bu kumaşın satışı yapılmıştır. Kumaşın uzunluğu ile tartışma malın aslı ile ilgili değil sıfatı ile ilgilidir. Bundan dolayı her iki tarafında yemin etmesi gerekmez. Bu akitte kıyas istihsana tercih edilir, çünkü kıyasın tesiri istihsandan daha güçlüdür. (Serahsî, 1984: II, 205-206; Pezdevî, 1997: IV, 8).

İstihsanla ilgili olarak usûlcülerin ihtilaf ettiği önemli konulardan biri de istihsan’ın illetin tahsisi olup olmadığı meselesidir. Bu meseleye geçmeden önce illet,sebeb ve tahsis terimleri üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

### 6.11.3. İlet

Genel olarak usûlcüler illeti şu üç anlamda kullanmışlardır:

a- Hükümün konulmasına münasib (uygun) durum anlamında.

Sıkıntı ve meşakket, ramazan ayında yolculuk eden kişinin oruç tutmamasına müsaade edilmesi hükmü için bu manada bir illettir. Çünkü bu durum belirtilen hükme uygun düşmektedir (Şa’ban, 1996: 147).

b- Hükümün konulmasından amaçlanan sonuç veya hükümün korumak istediği menfaat anlamında. Alıcı ve satıcıdan her birinin menfaat sağlaması ve ihtiyacının giderilmesi, alım satımın câiz kılınmasının illetidir.

c- Genellikle hükümün konulmasını münasib gösteren durumu ihtiva eden açık ve munzabıt (istikrarlı) vasıf anlamında. Örneğin yukarıda yolcu için oruç tutmamasına müsaade edilmesi hükümünün bu anlamdaki illeti yolculuktur. Çünkü yolculuğun var olup olmadığına kolayca karar verilebilir. Ayrıca yolculuk istikrarlıdır, kişiden kişiye değişiklik göstermediği gibi, genellikle hükümün konulmasına münasip olan durumu ihtiva eder, çünkü yolculuk çoğunlukla sıkıntı ve meşakkâtî içerir. İletin doğru tesbit edilmesi hükümün de doğru olmasını sağlar. Bu özellikle kıyasla varılan hükümler de çok daha önem arz etmektedir. Bundan dolayı Ebu Zehra, Pezdevî'nin, illeti kıyasın hükmü ve dayandığı esas olarak tanımladığını bildirmektedir (Ebû Zehra, 1997: 204-205).

Usûlcüler, illet kelimesini kullandıklarında genellikle açık, munzabıt ve hükümün konulmasına uygun olan durumu ihtiva eden vasfı kastederler (Şa'ban, 1996: 147-148).

#### 6.11.4. İletin Şartları

Ebû Zehra, illetin şartlarını beş maddede şöyle özetlemiştir:

a-) İlet zahir bir vasıf olmalıdır.

İlet, bir şeyi isbat etmek için elverişli olmalıdır. Mesalâ, küçüklük vasfı, velinin veya hâkimin mal üzerindeki velayet hakkının illetidir. Nesebin subutu için illet, nikâh akdinin bulunması veya ikrardır.

a- İlllet mazbut olmalıdır.

İletin mazbut olmasından kasıt, illetin kişiler, durumlara ve çevreye göre değişmemesi ile illetin ifâde anlamının sınırlı olmasıdır. Örneğin, sarhoş etme, hamrın haram kılınışının illetidir. Sarhoş edicilik vasfı her kişi, çevre ve durum için geçerlidir. Bazı insanların olmaması sarhoş ediciliğini ortadan kaldırmaz.

c-) İlet ile hüküm arasında bir münasebet (uygunluk) bulunmalıdır.

Murisini öldürmek katil için mirastan mahrum olmaya münasib bir illettir. Böylece illetle hüküm arasında bir uygunluk meydana gelmektedir.

d-) Kıyas yapılabilmesi için illeti teşkil eden vasfın müteaddi (geçebilir, sirayet edici) olması gerekir. Yani illet ait olduğu hükme münhasır olmamalıdır. Sarhoşluk vasfı hamr dışında başka maddelerde sirayet edebilir dolayısıyla onlarda hamrın hükmünü alır. Fakat yolcu için oruç tutma ruhsatı varken bu ruhsatı başka bir ibâdet olan namaz için kullanamayız. Yani yolculuk vasfı orucu kazaya bırakmak için illet sayılırken, namazı kazayı bırakmak için illet sayılmaz.

e -) Vasfın muteber olmadığını gösteren bir delil bulunmamalıdır.

İlet sayılan vasıf dini bir nassa aykırı olursa böyle bir vasfın tediye edemeyeceği aşikârdır. Mesalâ Endülüslü bir fakihin, zamanın halifesi için oruç keffareti olarak köle azadı yerine altmış gün oruç tutması yönünde fetva verirken öne sürdüğü sebep muteber değildir. Çünkü nass önce köle azadını en son oruç tutmayı emrettiği için orucu başa almak nassa aykırıdır (Ebû Zehra, 1997: 206-208).

#### 6.11.5. Tahsis

Cumhura göre tahsis, âmın umum anlamından çıkarılıp bazı fertlerine hasredilmesine mutlak olarak tahsis denir. Umum anlamını engelleyen delil ister

müstakil ister gayr-ı müstakil olsun, yine bu delil ister âmma mevsul, yani hemen onun akabinde zikredilmiş isterse âmmdan ayrı olsun, fark etmez. Fakat âmmdan ayrı olan bu delil âmm ile amelden sonra gelmiş olmamalıdır. Çünkü böyle olması halinde nesih olur, tahsis değil (Zeydan, 1999: 310; Ebu Zehra, 1997: 146; Şa'ban, 1996: 349) âmmı tahsis eden deliller iki çeşittir:

1- Müstakil muhassıs: Müstakil muhassıs âmmı ihtiva eden nassın bir cüz'ü olmayan tahsis delili demektir ve kendi içerisinde üçe ayrılır:

a-) Akıl : Nassta geçen hükmün bazı kimseleri içine almadığı yani tahsis edildiği başka bir muhassısa gerek kalmaksızın akılla anlaşılabilir mesala Kur'anda : "Kim ramazan ayına ulaşırsa o ayda oruç tutsun" (Bakara 2/185) buyurulmaktadır. Bu ayet ramazan ayına ulaşan her müslümanı içine almaktadır. Fakat insan akıllı, çocuğun, delilin, hastanın bu hükmün dışında olduğunu kolayca anlayabilir (Zeydan, 1999: 311; Şa'ban, 1996: 359-350).

b-) Âmmden ayrı munfasıl kelam

"Boşanan kadınlar üç hayız dönemi beklerler" (Bakara, 2/228) ayette geçen "boşanan kadınlar" lafzı umum ifâde eder. Zifâfa girmiş ve girmemiş herkesi içine alır. Fakat "Ey İman Edenler! Mümin kadınları nikâhlayıp da henüz onlara dokunmadan boşarsanız, onlar üzerinde sayacağınız bir iddet (bekletme) yoktur. (Ahzab, 33/49) ayeti zifâftan önce boşanmış kadının iddet beklemesi gerekmediğini belirtmiştir. Bu ayet birinci ayette geçen "Boşanmış kadınlar " lafzını umum anlamından çıkarıp kapsam açısından daraltan bir muhassıstır. (Zeydan, 1999: 312; Şa'ban, 1996: 350-351; Atar, 1988: 198)

c-) Âmm ile muttasıl-(müstakil) kelam

"Kim ramazan ayına ulaşırsa oruç tutsun" (Bakara, 2/185). Bu ayetin hükmüne göre, ramazan ayına ulaşan her mü'min üzerine oruç tutmak farzdır. Ancak hemen bu ayet arkasından muttasıl ve müstakil bir kelam olan "Kim hasta ve seferi olursa" ayetiyle tahsis edilmiştir. Şu halde ramazan ayına ulaşan orucun farz olduğu hükmündeki hassın umûmiliği, hasta ve yolculara şamil değildir (Şa'ban, 1996: 350; Zeydan, 1999: 311; Atar, 1988: 198).

b-) Örf ve Âdet

Âmm, örf ile de tahsis olunabilir. Mesalâ herhangi bir sözleşmede geçen lira, kuruş gibi kelimeler o bölgede liradan ve kuruştan ne anlaşılıyorsa ona hamledilir (Şa'ban, 1996: 350).

2- Gayr-i müstakil muhassıs

Âmmı ihtiva eden nassın bir cüz'ünü oluşturan tahsis delili demektir. Kendi arasında dörde ayrılır:

a- İstisna ile âmmın tahsisi: "Leyse, ma, hala, ada, gayru, illâ gibi istisnâ edatlarıyla âmm hükmün fertlerinden bazıları çıkarılır. "Kim iman ettikten sonra Allah'ı inkâr ederse-kalbi iman ile dolu olduğu halde (inkara) zorlanan başka" (Nahl 16 /106) ayette geçen "Kim inkar ederse" bu lafız umum ifâde eder fakat istisnâ edatıyla zorlanan bunun dışında tutulmuştur (Şa'ban, 1996: 351; Zeydan, 1999: 315).

b- Şart ile Âmmın Tahsisi: "İn, iza, men, eyne ma, haysü ma, mehma" gibi şart edatlarıyla âmm tahsis edilir. "Çocuklarınızı emzirmek isterseniz, ücreti uygun verdiğiniz takdirde size vebal yoktur ( Bakara, 2/ 233). "Size bir günah yok" lafzı âmmdır. Sonra gelen şart kısmıyla tahsis edilmiştir (Atar, 1988: 197).

c- Sıfat ile âmmin tahsisi: Bu nevi delil, âmmin yalnız bu sıfatı taşıdığı durumlara hasredilmesini gerektirir. Mesalâ Hz. Peygamber (sav) "saime olan koyunlardan zekât verilmesini emretmiştir ( Beyhâkî, 1994: IV, 89; Hâkim, 1990: I, 552; İbn Hibban, 1993: XIV, 501). Koyun lafzı bütün koyunlara şamildir. Fakat saime sıfatıyla sadece otlaklarda otlatılan koyunlar zekâta tabii olduğu anlaşılmaktadır (Şa'ban, 1996: 352).

d- Gaye: "Hatta, ila" gibi sigalarla yapılır. "Orucu geceye kadar tamamlayın "(Bakara 2/183) ayeti orucun geceye kadar devam ettiğini gösterir. (Atar, 1988: 197) "Kollarınızı dirseklerinize kadar yıkayınız" ( Mâide, 5/6). Emri, kolların dirseklerle kadar yıkanmasını gerekli kılmaktadır. Cumhura göre dirseklerde dahildir (Zeydan, 1999: 317).

Hanefilere göre, âmmin umum anlamından çıkarılıp bazı fertlerine hasredilmesi ancak şu durumda tahsis olarak isimlendirilir: Delil, şart, istisnâ ve sıfat gibi gayri müstakil ise, bu yolla âmmin umum anlamından çıkarılmasına tahsis değil kasr denir. Buna göre Hanefiler, tahsisi, müstakil ve âmna mukarin bir delil ile âmmin kapsamına giren bazı fertlerin kastedilmiş olması olarak değerlendirmişlerdir.

Hanefilere göre âmmin muhassısları: Akıl, örf, âdet ve âmna mukarin müstakil nasstır (Şa'ban, 1996: 352-353).

#### 6.11.6. Sebeb

İslâm hukukçuları sebebi şöyle tarif etmektedirler: Hükümün varlığı için Şari tarafından bir emare olarak belirtilen mazbut ve açık bir şeydir. Yani sebeb varsa hükümde var sebeb yoksa hüküm de yoktur. Bu tariften sebeple ilgili olarak şu sonucu çıkarabiliriz: Sebebi yalnız Şari belirleyebilir. Şer'i teklifler Allah'ın emir ve nehiyledir. Sebebler teklifi emirlerin varlığına müessir değildir; sadece onların çıkması için birer emaredir (Ebû Zehra, 1997: 59; Zeydan, 1999: 55).

#### 6.11.7. İstihsan ve İletin Tahsisi

İstihsanla ilgili olarak usûlcülerin ihtilaf ettiği önemi konulardan biride istihsanın illetin tahsisi olup olmadığı meselesidir.

İletin tahsisi: İletin mevcut olmasıyla beraber bir maniden dolayı hükümün illete zıt olarak ortaya çıkmasıdır (İbni emiri'l Hacc, tsz: V, 309). İletin tahsisi konusunda İbn Emiril Hacc, Sadrul İslâm Ebû'l Yüsr Muhâmmmed'e (ö.493/1100) atfen şu bilgiyi vermektedir: "Âlimler eskiden olduğu gibi bu gün de illetin tahsisi konusunda ihtilaf etmişlerdir. Fakat Ebû Hanife, Ebû Yusuf, Muhâmmmed, Züfer ve diğer öğrencilerinden bu konuda hiçbir söz bize ulaşmamıştır (İbn Emiri'l Hacc, tsz: V, 308).

Usûlcüler arasında illetin tahsisi mevzuunda asıl tartışma, icthad metoduyla belirlenen illetlerin (illet-i müstanbata) tahsisi konusundadır. Nassla bildirilmiş illetler (illet-i mansuse) konusunda her hangi bir tartışma yoktur. Nass ile belirtilmiş olan illetin tahsisini, hem icthad metoduyla illetin tahsisini câiz görenler, hemde caiz görmeyenler kabul etmektedirler (Nesefi, 1986: II, 311; Semerkandî, 1984: 631). İbn Teymiyye, Hanefilerin illetin tahsisini câiz gördüğünü; Şâfîiler ve Ahmed b.Hanbel'in buna karşı çıktığını (İbn Teymiyye: 1998: II, 134, 136) bildirmektedir.

Hanefi usûlcüleri Pezdevî ve Serahsî'ye kadar illetin tahsisini câiz görmüşlerdir. Kerhi, Debûsi, Cessâs, gibi Hanefi usûlcüleri bir maninin olması veya gerekli olan şartı taşınamaması sebebiyle illetin tahsisini caiz kabul etmişlerdir (İbn Emiri'l Hacc, tsz: V,

309). Ayrıca İmam Mâlik, Subki, Ahmet b. Hanbel, Âmidi, Şîrâzi, Razi, Ebûl Hüseyin Basri, Şevkânî de bu görüşü paylaşmışlardır (Âmidi, 2003: II, 259; İbn Teymiyye, 1998: II, 141; Şîrâzi, 1983: II, 822; Basri, 1983: II, 298; Subki, 1984: III, 189). Kârafî, İmam Mâlik'in ve Ebû Hanife'nin illetin tahsisini kabul ettiğini, İmam Şâfiî'nin ise kabul etmediğini belirtmiştir (Kârafî, tsz: VII, 381-382). İbn Teymiye bu konuda Ahmed b. Hanbel'den iki rivayetten birine göre illetin tahsisini kabul etmediğini, İmam Mâlik'in ve Ebû Yağla'nın da bu görüşte olduklarını (İbn Teymiyye, 1998: II, 141) bildirmektedir.

Hanefilerden özellikle Semerkant ve Buhara fakihleri, Serahsî, Pezdevî, Semerkandî, Buhârî, Nesefî ve Şâfiî hukukçularından Taftazânî ile bazı Mutezile usûlcüleri illetin tahsisini câiz görmemişlerdir (Taftazânî, 1996: II, 178; Pezdevî, 1997: IV, 32-36; İsnevî, 1999: II, 380; Şîrâzi, 1983: II, 881; Buhârî, 1996: II,178).

Âmidi, Hanefilerin çoğunluğu ile İmam Mâlik ve Ahmet b. Hanbel'in illetin tahsisini kabul ettiğini, Şâfiîlerin çoğunluğunun ise bunu reddettiklerini (Âmidi, 2003: III, 274) bildirmektedir. Semerkandî, illetin tahsisini kabul edenler arasında Ebû Hüseyin Basri, Muhâmmed b. Ali Sahib dışında Mutezile, Hanefilerden Iraklı fakihler Kadı İmam Ebû Zeyd'i saymış, illetin tahsisini câiz görmeyenler arasında ise Hanefilerden Semerkantli fakihler, İmam Maturudi, Buharalı Hanefi fakihler ve İmam Şâfiî'yi saymıştır (Semerkandî, 1984: 630-631). İsnevî ise Şâfiîler ve cumhurun illetin tahsisini câiz görmediklerini (İsnevî, 1999: I, 396; İsnevî,1980:368) bildirmektedir.

İlletin tahsisini câiz görenlerin başında Cessâs gelmektedir. O bu konuda şunları söylemektedir: "İstihsan illetin tahsisinden ibarettir." Biz bu görüşü Bağdat'ta yaşayan mezhebimizin önde gelen âlimlerinden aldık. Selefimiz, illetin tahsisini kabul etmiş, hiçbiri, inkâr etmemiştir. Fakat şimdi bazı âlimler illetin tahsisinin imamlarımıza ait olduğunu inkâr etmektedirler." (Cessâs, 1985: IV, 255-256). İlletin tahsisini câiz görenlere göre o, âmm olan bir lafız gibidir. Âmmın tahsisi nasıl câizse illetin tahsisi de câizdir. Bazı meselelerde kıyas, nass, icma ve zarûret sebebiyle terkedilir, illetin tahsis edilmesi de buna benzemektedir. İlet olarak kabul edilen vasıf bazı yerlerde bir mani sebebiyle hüküm üzerine müessir olmaya bilir. Hükümün olmamasını gerektiren manileri Serahsî beş kısma ayırmıştır:

- a- İlletin in'kiadına engel olan mani
- b- İlletin tamam olmasına engel olan mani
- c- Hükümün başlangıcına engel olan mani
- d- Hükümün tamam oluşuna engel olan mani
- e- Hükümün lazım oluşuna engel olan mani (Serahsî, 1984: II, 208-209).

İlletin tahsisini câiz görenlere göre, Hanefilerin yaptığı istihsan illetin tahsisidir. Çünkü illetin tahsisi illetin bulunmasıyla birlikte bir maniden dolayı hükümün olmamasıdır. İstihsan da böyledir. Şöyleki celi kıyas (yerleşik kural) başlangıçta herkesi kapsacak tarzdadır. Fakat istihsan suretinde bir maniden dolayı bu kapsam daralmış kıyasın hükmü illetin olmasına rağmen gerçekleşmemiştir. Buradaki o manide istihsandır (İbni Emiri'l Hacc, tsz: V, 309). İlletin tahsisini câiz görenlere göre, olayların hükümlerini asıl olarak belirleyen illetler değildir. İletler sadece olayların hükümlerini belirlemede ortaya konmuş emmarelerdir. Bunlar mecazen ve hüküm kendilerine mecburen bağlandığı akli illetlere benzetilerek illet diye isimlendirilmişlerdir. İletler hükümlerin emareleridir. Emare bulunduğu halde hüküm bulunmayabilir. Mesalâ bulutlar yağmurun alametidir. Fakat bazen bulut olduğu halde

yağmur yağmaya bilir. Yağmurun yağmaması bulutu yağmurun emaresi olmaktan çıkarmaz (Cessâs, 1985: IV, 259).

İlletin tahsisini câiz kabul etmeyenler de görüşlerini şöyle savunmaktadırlar: Bir meselede, hükmün yokluğu illetin yokluğu sebebiyledir. Bu yüzden illetin tahsisi câiz değildir. Çünkü illet kitap, sünnet ve icmanın zıddına illet olarak konmamıştır. Nass, icma ve zarûretin olduğu yerde celi kıyasın hükmünün olmaması bu deliller karşısında celi kıyasın geçerli olmamasından dolayıdır. Kıyas-ı celinin, kıyası hâfi karşısında terkedilmesinin sebebi kıyası celinin hüküm üzerinde müessir olamaması illetin yokluğu sebebiyledir. Kıyas-ı hâfi, kıyası celiden kuvvetlidir. Racih karşısında mercuh yok hükmünde kabul edildiğinden dolayı celi kıyas yok sayılır. Yani kıyası celiye göre hüküm verilmemesinin sebebi illetin yokluğu sebebiyledir (Bakkal, 2009: 58).

İstihsanın, illetin tahsisi olduğuna karşı çıkan diğer bir usûlcü de Serahsîdir. O'na göre, istihsanı kabul eden illetin tahsisini de kabul etmiştir, iddiasında olanlar yanılmıştır. Serahsî, Pezdevî ve sonraki Hanefî usûlcülerinin çoğunluğu, istihsanın illetin tahsisi demek olduğu görüşüne şiddetle karşı çıkmışlar ve bunun bir yanılğı olduğunu belirtmişlerdir (Serahsî, 1984: II, 204-207; Pezdevî, 1997: IV, 7-13, 32).

Şer'i illetlerin hükmü teaddi etmeleridir. Başka meselelere taşınamayan illet kesinlikle sahih değildir. Bir maniden dolayı illetin bazı meselelerde teaddi etmediği kabul edilirse bu illet sebebiyle hükmün hiçbir fer'e geçmediğini söylemek imkân dâhilinde olur ki, bu illetin hükmüne aykırıdır. Kıyası celide hükmün olmaması illetin tahsisini kabul edenlere göre onların mani adını verdikleri vasıfta bir noksanlık veya fazlalık sebebiyle olmaktadır. İlet olan vasfın azalması veya artması şüphesiz illeti değiştirir. Bu durumda hükmün illeti hükmen yok sayılır. İlet yok iken hükmün olmaması illetin tahsisi değil mucib olan illetin olmaması sebebiyle hükmünde bulunmaması demektir. Serahsî, illetin nassla tahsisine karşı çıkmazken rey sebebiyle olan tahsise karşı çıkmaktadır. Bu konudaki gerekçesini şöyle açıklamaktadır: İlet nassla tahsis edilmesinde tahsis delilinin fesada ihtimali yokken illetlerin rey ile istinbatında ise tahsis delilinin fesada ihtimali vardır. Bu yüzden nassla tahsis câiz, rey ile tahsis ise câiz değildir. Ayrıca nassla tahsis de tahsis eden delil tahsis edilen delille aynı zamanda olurken rey ile tahsis bir maniden dolayı sonradan gerçekleşmektedir (Serahsî, 1984: II, 210- 213).

Serahsî, rey ile tahsisi aslında tahsis değil nesh olarak değerlendirmekte ve nesh de Hz. Peygamber (sav)'den sonra câiz olmayacağı gerekçesiyle rey ile tahsisi kabul etmemektedir. Bu konunun ve aradaki ihtilafın daha iyi anlaşılması için istihsanla verilmiş bir hüküm üzerinden iki tarafın görüşlerini vermek daha anlaşılır olacaktır. Unutarak orucunu bozan kişinin orucunun bozulmamasının nedeni illetin tahsisini kabul edenlere göre mani bulunması ki bu konuda varid olan (Abdurrezzak,1984:IV,41; Dârekutnî,1966:II,178; Darimi, 1987: II, 23) hadis-i- şer'if sebebiyle hüküm yok kabul edilmiştir. İlet tahsisini câiz görmeyenlere göre ise unutanın orucunun bozulmamasının sebebi, illetin yokluğu sebebiyledir (Serahsî, 1984: II, 213).

Gizli kıyas sebebiyle istihsan bir yana bırakırsak istihsanın diğer türleri olan nass, icma, maslahat, örf ve zarûret sebebiyle istihsan illetin tahsisidir. Çünkü hükmün bulunmadığı zaman illet mevcut değilse genel kıyastan nasıl udul edilmiş olmaktadır. Bize göre istihsan zaten yerleşik kuraldan ayrılarak başvuru bir metod olduğu için yerleşik kuralların anlaşılması için önemli bir vasıf olan illetin, kâide dışına çıkılarak başvuru bir metod da tartışılması doğru değildir. Gizli kıyas sebebiyle istihsanı

dışarda tutuyoruz çünkü sonuç da o da bir kıyas ve bazen gizli kıyas terk edilerek celi kıyasa göre hüküm verilmektedir. Diğer istihsan türleri böyle değildir. Nass, icma zarûret, örf, maslahat sebebiyle istihsan başvurulurken orada illet var mı, İlet tahsis mi edilmiş gibi sorular müctehidin aklına gelmemektedir. Nass sebebiyle istihsan da Şari diğer meselelerin anlaşılması için koyduğu illet olma vasfını geçerli bir sebepten dolayı istihsana başvurulurken dikkate almamaktadır. Bu durumda illet tahsis ediliyor veya edilmiyor bunun verilen hükme hiçbir etkisi ve yararı yoktur. Diğer taraftan zarûret, maslahat, örf sebebiyle istihsana başvuran bir müctehit, Şari'nin gözettiği gaye çerçevesinde insanların karşılaştığı zorluğu aşmak ve onların maslahatlarını sağlamak için istihsana başvururken illetle ilgilenmez. Ben illetin yokluğuna göre mi, tahsisine göre mi hüküm veriyorum diye düşünmez. Daha doğrusu düşünemez. Düşündüğü takdirde istihsana göre fetva veremez.

### 6.12. Fürû Kitaplarında İstihsana Göre Verilmiş Bazı Hükümler

Başta Hanefî ve diğer mezheplere ait fürû kitaplarında istihsana göre verilmiş bir çok fetva vardır. Bu fetvalardan bazıları şunlardır:

#### a- Kansız doğum yapan kadının gusûl abdesti alması

Bir kadın doğum yaptıktan sonra kanaması olmadığı takdirde gusûl abdesti alması farz değildir. Bu konudaki yerleşik kura hükmüne göre, gusûl abdesti kanamadan dolayı alınır, çocuğun doğmasından dolayı değil fakat Eşbeh, bu durumda olan bir kadının istihsanen gusûl abdesti alması gerektiği yönünde fetva vermiştir (Şehir, tsz: I, 200 ). Bu konuda istihsanın sabebi ihtiyattır.

#### b-Bütün malını tasadduk eden kişi

Bir kişi, zekâta niyet etmeksizin bütün malını tasadduk etse istihsanen bu kişiden zekât yükümlülüğü kalkar. Yerleşik kıyas hükmüne göre ise kalkmaz çünkü zekât ancak niyet ile yerine getirilen bir ibadettir (Baburti, tsz. III, 67). Bütün malını tasadduk eden kişiye bir de zekat borcu yüklemek o kişiyi zor durumda bırakacağı için burada zaruret sebebiyle istihsana başvurulur ve genel kıyas hükmü terk edilir.

#### c- İhramlı iken kişinin av hayvanını yaralaması

Bir kişi ihramlı olduğu halde bir hayvanı yaraladığında hayvanın ölüp ölmediğini bilmezse bu konudaki yerleşik kıyas hükmüne göre, bir şey lazım gelmezken istihsana göre hayvanın kıymetinin tamamı kadar tasadduk etmesi gerekir (Şeyh Nizam, 1991: I, 248). Bu meselede ihtiyaten istihsanla hüküm verilmiştir.

#### d- Kişinin malını komşularına vakfetmesi

Bir kişi bütün malını komşularına tasadduk etse, kıyas hükmüne göre bu vakıftan sadece bitişik komşular faydalanabilir. İstihsana göre ise mahalle camisine giden bütün komşular bu vakıftan faydalanır. (Şeyh Nizam, 1991: II, 390). Bu konuda istihsana başvurulmasının nedeni diğer komşuların maslahatıdır.

#### e-Pislenmiş elbiselerin temizliği

İstihsana göre pislenmiş bir elbise üç farklı kapa daldırılıp çıkarılınca zarûrete binaen temizlenmiş kabul edilir, bu konudaki yerleşik kurala göre ise on farklı kaptan yıkansa bile bu elbise temiz olmaz. Çünkü yıkandığı her kaptan elbiseye azda olsa tekrar necaset bulaşır bundan kurtulmak imkânsızdır. (Serahsî, 2000: I, 167)

**f- Velisiz evlenen kadının mihri haketmesi**

Cumhura göre velisiz nikâh batıl olduğu için hukuken hiçbir sonuç doğurmaz bu kıyas hükmüne göre verilmiş bir fetvadır. İstihsan hükmüne göre ise bu şekilde evlenen kadının mihri hak edeceği yönünde hüküm verilmiştir (Tusûli, 1998: I, 22).

**g- İhramlı iken şehvetle bakıp inzal olma**

Mâliklere göre, ihramlı iken bir kişinin yabancı bir kadına şehvetle baksa ve inzal olsa haccı tamdır. Ceza olarak kurban gerekir, bu istihsana göre verilmiş bir hükümdür. Bu konudaki yerleşik kurala göre ise haccı batıldır. Bu yüzden haccını kaza etmesi gerekir (Şehir, tsz: IV, 101).

**h- Küçük yaşta müslüman olup sonra irtidat eden kişi**

İslâm hukukundaki genel kıyas hükmüne göre, mürtet öldürülür. Fakat bulûğ çağına girmeden küçük yaşta müslüman olan sonra irtidat eden kişiye istihsanen ölüm cezası verilmez (Şeyh Nizam, 1991: XVII, 74).

**ı- Verilen hükümden sonra şahitlerin gerekli şartları taşımadığının ortaya çıkması**

Bir kişi kasıtlı olarak bir başkasını öldürdüğü takdirde bunun cezası kısas veya diyettir. Hâkim, cinayet işleyen kişiye kısas cezası verdikten sonra şahitlerin köle, gayri müslim veya iftira suçundan kazf cezası almış biri olduğu ortaya çıkarsa bu konudaki yerleşik kurala göre yine cinayet işleyen kişiye had cezası uygulanır. İstihsanen ise suçluya kısas yerine diyet cezası takdir edilir (Şeyh Nizam, 1991: XV, 251). Çünkü bu kişiler şahitliğe ehil olmadıklarından dolayı şahitliklerine itibar edilmez.

**i- Hamile bir kadın çocuğu karnında iken ölmesi**

Hamile olarak ölen kadının, karnındaki çocuğun yaşadığına dair bir belirti varsa annenin karnı yarılr ve çocuk çıkarılır. (Abdusselâm: 2006: 133)

Bu durumda iki kıyas çatışmaktadır. İlki açık olan kıyastır. Onun hükmüne göre, ölü de olsa bir insanın organlarına zarar verilemez, diğeri ise kapalı kıyastır. Meseleyi onun hükmüne göre değerlendirdiğimizde ise bir insanın hayatı söz konusu olmaktadır. Bu durumda hükme etkisi daha tesirli olan kapalı kıyas açık kıyasa tercih edilir ve istihsanen annenin karnı yarılr ve çocuk çıkarılır.

**j- Bir grub insanın hırsızlık yapıp çaldıkları malı bir kişiye yüklemeleri**

Bir grub insan hırsızlık yaptıktan sonra, çaldıkları malı içlerinden bir veya iki kişiye yükleseler genel kıyas hükmüne göre sadece malı yüklenip çıkaranlara had cezası verilir. Çünkü hırsızlık suçu ancak bir malı yerinden alıp çıkarmakla mümkün olur. İstihsana göre ise hırsızlığa katılan herkese had cezası uygulanır (Semerkândî,1984: III,152).

**k- Yeni müslüman olup namazın farzietini bilmeyen kişi**

Halkı müslüman olan bir beldede İslâma giren bir gayri müslim bilmediğinden dolayı birkaç vakit namazı vaktinde kılmasa bu kişi bu konudaki yerleşik kıyasa göre kaçıracağı namazları kaza etmez. Çünkü bu durumda bilmemek geçerli bir mazeret sayılır. Fakat istihsanen bu kişinin kaçıracağı namazları kaza etmesi gerekir. Çünkü bu kişi müslüman bir beldede İslâm'ı kabul etmiş, ezanları duymuş ve insanların camilere gittiğine şahit olmuştur. Bundan dolayı bilmeme özrü geçerliliğini kaybetmiştir (Cessas: 1985: V, 17).

**l- Taşla istinca yapmak**

Genel kıyas hükmüne göre necasetin tam olarak giderilebilmesi için temizliğin su ile yapılması gerekir. Fakat su bulunmadığı zaman taş ve benzeleri maddelerle de temizlik yapılabilceği bildirilmiştir. Bu konudaki yerleşik kurala göre bu cisimlerle



yapılan temizlik sonucunda necaset tam olarak temizlenemediğinden yapılan ibadetin caiz olmaması gerekir, fakat bu maddelerle tam temizliğin yapılmasının zorluğu sebebiyle istihsanen kalan necasetin affedileceği bildirilmiştir ( Nevevi, tsz: I, 97).

İstihsan metodunu daha iyi anlaşılmasında onun bazı kavramlarla benzeyen ve farklı yönlerinin iyi kavranması çok önemlidir. Bu başlık altında istihsanla yakın ilişkisi olan ruhsat ve sedd-i zerâi, metotlarının istihsanla ortak ve farklı yönleri ele alınacaktır.

### 6.13. İstihsanın Bazı Kavramlarla İlişkisi

#### 6.13.1. Sedd-i zerâi ve istihsan

Sözlükte, sedd: Kapatmak, önleme, engel olmak anlamlarına gelmektedir (İbn Faris, 1979: III, 66; Neccâr vd, 2004: 422) Zerayı, ise: Vesile anlamına gelir, zeria'nın çoğuludur (Neccâr vd, 2004: 311).

İstilahta ise: Mefsedete yol açan fakat bizzat kendisinde herhangi bir mefsetet bulunmayan amellerin iptal edilmesi için kullanılan bir tabirdir (İbn Aşur, 1988: 208).

Mesalâ zina haramdır. Zinaya aracı olduğu için kadının mahrem yerine bakmak da haramdır. Alış veriş yapmak mubahtır. Fakat cuma namazına engel olacağı düşüncesiyle cuma namazı vakti alış veriş yasaklanmıştır (Ebû Zehra, 1997: 246). Sedd-i zerâi' ye daha çok mefsetete giden yolları kapamak için başvurulur, Şâtîbî, bu vesile yi şöyle izah etmektedir: Câiz olan bir işi câiz olmayan bir şeye vesile olduğu için yasaklanması sedd-i zerâinin aslının mubah olduğunu gösterir. Mubah olan şey harama vesile olduğu için yasak edilebilir. Mefsedetin terki maslahatın celbinden daha önceliklidir (Kattan, 1996: 355).

#### 6.13.2. Sedd-i Zerâiye Göre Verilen Bazı Hükümler

Ku'ran-ı Kerim'de yer alan “Ey iman edenler raina demeyin” (Bakara, 2/104) buyruğu gereğince, Hz. Peygamber'e (s.a.v) hitap ederken, anlamında bir kötülük olmamasına rağmen raina denilmesinin müslümanlara yasaklanmasının sebebi raina kelimesini yahudilerin, Peygamber (sav)'e hakaret için kullanmalarıdır. Bir hadis-i şerifde Peygamberimiz (sav) şöyle buyurmaktadır: “Çoğu sarhoş edenin azıda haramdır” (Ahmed b. Hanbel, tsz., II, 91; İbn Mace, tsz: II,1124; Dârekutnî,1966: IV, 254; Ebu Ya'la,1984:VII, 50). Bir damla içki sarhoş etmediği halde sedd-i zerâi prensibi gereği yasak edilmiştir. Ayrıca halvetin yasaklanması, bir akitte selem ve bey'in bir araya gelmesi riba şüphesi sebebiyle yasaklanması, birinin istediği kızı başkasının istemesi, bir alış veriş üzerine alış veriş yapılması, kişinin birine verdiği zekâtı parasıyla geri alması, alacaklının borçludan hediye alması, müslüman kadınların ehli kitapla evlenmesi, müşriklerin ilahlarına küfür edilmesinin yasaklanması gibi hükümler sedd-i zeraî prensibine dayanılarak verilmiş hükümlerden bazılarıdır (Zeydan, 1999: 247-248). Sedd-i zeraî prensibini diğer mezheplere göre daha fazla kullanan İmam Malik'in bu delile dayanarak verdiği fetvalara şu iki örneği verebiliriz: Ebû Cafer kabe'yi Hz. İbrahim 'in yaptığı temeller üzerine yapmaya niyetlendiğinde bu konuda İmam Mâlik'in görüşünü sorduğunda, İmam Mâlik: Bunu yapma senden sonraki halifelerin ellerinde Allah'ın evini oyuncak haline getirme diyerek sedd-i zeraî prensibine dayanarak halifenin bu fikrine karşı çıkmıştır (Şâtîbî, 1997: IV, 113; Kattan, 1996: 356). İmam Mâlik, Ramazandan sonra Şevval ayında altı gün oruç tutulmasını insanlar farz zanneder gerekçesiyle kerih görmüştür (Kattan, 1996: 356).

Bazen de maslahat için sedd-i zerâiye başvurulur ki buna feth-u zerai denilir. Bu bağlamda Kârafî şunları söylemektedir: Bilmiş ol ki zerayi ile kötülüğe vasıta olan yolları kapamak vacib olduğu gibi zerayiyi fethetmekte iyiliğe vasıta olan yolları açmakta vacib veya mendup olabilir. Mesala cuma vakti alış verişin yasaklanması ve cuma namazına koşma emri de bu bağlamda düşünülebilir (Zehra, 1997: 247-248; Hasan, 1997: 146-147).

### 6.13.3. Sedd-i Zerâi ve İstihsan İlişkisi

Sedd-i zerai, ıstılahta mefsetete yol açması durumunda hukuken izin verilmiş (yani mubah olan şeyler) yolların kapatılmasıdır (Kattan, 1996: 355; Köse, 1997: 176). Sedd-i zerâi'nin bu tanımıyla maslahat, zarûret, zorluğun kaldırılıp kolaylığın sağlanması sebebiyle başvuru istihisan örtüşmektedir. Bu konuyla ilgili olarak Bakkal şunları ifade etmektedir: Hem istihisan hem de sedd-i zerâi ile bir meselede hüküm verirken iki delil karşı karşıya gelmektedir. Birbiriyle çelişen bu delillerden biri terkedilip diğeri tercih edilmektedir. Bu yönüyle sedd-i zerâi ne kadar genişletilirse genişletilsin, tamamiyle istihisana dahildir. Bütün sedd-i zerâiler istihisan fakat her istihisan, sedd-i zerâi değildir. Özellikle iki kıyastan birinin tercihi meselesi, bazı hallerde sedd-i zerâi ile uyum halinde olsa da, prensip olarak kıyas-ı hâfi şeklinde ortaya çıkan istihisan, tamamen sedd-i zerâiden farklı bir yöntemdir (Bakkal, 2009: 248).

İstihisanla sedd-i zerâi aralarındaki farklarından biri de sedd-i zerâiye daha çok olay meydana gelmeden o meselenin yol açacağı bir mefseteti önlemek için başvuru olan bir metod olmasına karşın, İstihisan ise hem mesele vuku bulduğu zaman hem de vuku bulmadan başvuru olan bir methodur. Her iki methodta “maslahat-ı celb mefsetedi def” ilkesinden doğmuştur. Sedd-i zerâi ve istihisana göre verilen fetvalardan hareketle istihisanla sedd-i zerâinin ortak ve farklı yönleri daha iyi görülebilir. Bu iki delile dayanarak verilen hükümlerden bazıları şunlardır: Unutarak bir şey yiyip içen kimsenin orucunun bozulmaması, selem, istisnâ, icare aktinin câiz olması, vasiyetin geçerli olması, pislenen kuyuların belli miktar su çekilince temizlenmesi, bu sayılan hükümler istihisana verilen hükümlere örnektir. Bu örneklerle sedd-i zerâi' arasında herhangi bir benzerlik yoktur. Ölüm hastalığında boşamanın muteber kabul edilmemesi, şarap üreticisine üzüm satımının yasaklanması, fitne döneminde silah satımının yasaklanması, kumar oynatan kişiye, meyhaneciye gayri menkul kiralamanın yasaklanması, borçlunun alacaklısına hediye vermesinin yasaklanması, kişinin sadaka verdiği kişiden parayla verdiği sadakayı almasının yasak edilmesi, müşriklerin ilahlarına sövmenin yasaklanması, bu fetvalarda istihisanla sedd-i zerâi ortaktır. Bu fetvalara bakarak istihisanın sedd-i zerâiyi kapsadığı söylenebilir.

### 6.13.4. Ruhsat ve İstihsan

Sözlükte, kolaylık (Neccâr vd, 2004: 336 ) manasına gelir. Mesala bir mal kolay bulunup alınabildiği durumlarda “Rahusas Sihru” fiyat ucuzladı ifadesi kullanır (Serahsî, 1984:II, 117; Semerkandî, 1984: 55; Şa'ban, 1996: 255).

İstilahta ise: Haram kılan delilin baki kalmasıyla beraber bir özre binaen yasak bir hükmün mubah kılanmasıdır (Serahsî, 1984: II, 117). Buna yakın bir tarif de şöyledir: Şari, kolaylaştırmayı gerekli kılan bir sebepten dolayı genel kuralda istisnâ yaparak mükelleflerin yükümlülüğünü hâfifletmesidir. Yolcular için ayakların

meshedilmesine izin verilmesini, bu bağlamda sayabiliriz (Şakiru'l Hanbelî, 1948: 331) genel olarak usûlcüleri ruhsatı dört kısımda incelemişlerdir :

a- Azimet hükmü baki kalmakla beraber ruhsat hükmünde geçerli olduğu durumlar

Bu gibi durumlar da hem azimet hemde ruhsata göre amel edilebilir. Fakat asli hüküm olan azimetin kalması açısından onunla amel etmek daha evladır. Mesalâ Allah'a imanın farz oluşu bir azimettir. Allah'ı inkar etmek ise haramdır. Fakat Allah (cc.) kalben inanmak kaydıyla zor şartlarda, ölüm tehlikesinin olduğu durumlarda müslümanların dilleriyle Allah'ı inkar etmelerine izin verilmiş olması bir ruhsattır. Bu durumda ruhsatla amel edip diliyle inkar eden günaha girmez. (Nahl 16/106) Ruhsatla amel etmeyip azimet hükmüne seçip diliyle de inkar etmeyen kişi ise daha güzel bir amel işlemiş olur (Serahsî, 1984: II, 118-119 ; Semerkandî, 1984: 56 ; Şaşı, 1982: 385; Atar, 1988: 131).

b- Azimet hükmü sona erip sadece ruhsat hükmü bulunan durumlar

Mükellefin canını veya bir uzvunu kaybetmekten endişe etmesi durumunda ruhsata göre amel etmesi vacibtir. Ruhsatla amel etmez bunun sonucunda da ölür veya bir uzvunu kaybederse günah işlemiş olur. Mesalâ susuzluktan veya açlıktan ölüme karşı karşıya gelen kimse bu durumda yanında olan leş, domuz, içki gibi. Yiyecek ve içecekten yararlanmadan ölürse günah işlemiş olur. Bu durumda azimetle amel etmek yasaklanmıştır (Serahsî, 1984:121; Şaşı, 1982: 385; Semerkandî, 1984: 57; Şa'ban, 1996: 256; Atar, 1988: 131-132).

c- Genel kurallara aykırı bazı sözleşmeler ve hukuki muameleleri yapabilme ruhsatı

Selem, istisnâ, beyu'l araya gibi bazı akitler insanların bunlara olan ihtiyaçlarından dolayı genel kuraldan istisnâ edilerek câiz kabul edilmişlerdir. Ruhsatın bu çeşidinde hem azimetle hemde ruhsatla amel edilmesi câizdir (Serahsî, 1984: II, 121, Şa'ban, 1996: 258-259).

d- Önceki ümmetlere ağır gelen hükümlerin bizden kaldıran ruhsatlar (Serahsî, 1984: II, 120; Semerkandî, 1984: 60). Bu gibi ruhsatlara şu örnekleri verilebilir: Bizden önceki ümmetler namaz için ayrılan yerlerin dışında namaz kılmaları câiz değilken bizim için yer yüzü mescid kılınmıştır. Onlara ganimet malı yasaklanmış, bizim bu mallardan yararlanmamıza ise izin verilmiştir. Önceki ümmetler zekât olarak mallarının dörtte birini verirken bizim için bu oran kırkta bire düşürülmüştür (Şa'ban, 1996: 259).

### 6.13.5. Ruhsat ile İstihsanın ilişkisi

Ruhsat ve istihsan arasındaki benzer ve farklı yönleri ortaya koymak için her iki metodun ıstılahi anlamlarını hatırlamamız faydalı olacaktır.

Ruhsat: Haram kılan delilin baki kalmasıyla beraber bir özre binaen yasak bir hükmün mubah kılınmasıdır (Serahsî, 1984: II, 117).

İstihsanın bilindiği birçok tanımı yapılmış burada özellikle bütün usûlcüler tarafından kabul edilmiş olan Serahsî ve İbn Ârâbi'nin istihsan tariflerini vermekle yetinilecektir. Serahsî istihsanın anlamını dört madde de şöyle özetlemiştir :

a- İstihsan, kıyas'ı terk edip insanlar için en uygun olan ciheti almaktır.

b- İstihsan, şahıs ve umumun mübtela olduğu şeylerle ilgili hükümlerde kolaylık istemektir.

c- İstihsan, genişliğe göre hareket etmek ve kolaylık talep etmektir.

d- İstihsan, müsamaha ve ruhsat esasına göre hareket etmektir ( Serahsî, 1989: X, 145; Şener, 1981: 117).

Serahsî, bu tanımlardan sonra, “Bütün bu sözlerin özeti kolaylık için zorluğu terk etmekten ibaret” (Serahsî, 1989: X, 145; Zeydan, 1999: 230) olduğunu belirtmiştir.

Bu tanımlar istihsanla ruhsatın büyük ölçüde örtüştüğünü daha doğrusu istihsanın, ruhsattan daha kapsamlı bir metod olduğu ortaya çıkmaktadır. Şöyleki ruhsata karşılaşılan bir zorluk bir meşakket sebebiyle başvurulurken istihsan zorluk ve meşakketin yanı sıra maslahatı sağlamak içinde başvuru bir yöntemdir. İstihsanın ruhsattan bir farkı da Hanefilerin taksiminde gizli kıyas sebebiyle başvuru bir istihsan türü daha var ki onun genel kuraldan istisnâ ile bir alakası olmayıp gizli fakat etkisi daha kuvvetli olduğu için başvuru bir kıyastır ve ruhsatla hiçbir benzer yönüde yoktur. İstihsanla ruhsat arasındaki benzerlik ve farklı yönler altı madde de şöyle özetlemek mümkündür:

a- Ruhsat ve istihsan külli kâideden istisnâ edilmiş hükümler olarak örtüşmektedir.

b- İstihsanın bir çeşidi olan gizli kıyas istihsanı genel kuraldan istisnâ edilmeği için ruhsattan farklıdır.

c- Çoğu zaman kişi ruhsatla azimet arasında bir tercih yapabildiği halde istihsan da böyle bir tercih söz konusu değildir. Çünkü kıyas karşısında kendinden daha kuvvetli bir delil sebebiyle terkidiliyor ki bu nass, icma bazen de gizli kıyastır. Bu sebepten dolayı istihsanı bırakıp kıyasla amel etmek câiz değildir.

d- Ruhsatları yalnız Şari vazedip belirlediği halde istihsan Şari'nin izniyle olabileceği gibi müctehidlerin icthadiyla da olabilir.

e- İstihsan kapsam olarak ruhsattan daha geniştir. Ruhsattan farklı olarak maslahat, gizli kıyas gibi sebeplerle de istihsana başvurulabilir (Önder, 2000: 110-111;Hamevî,1992: 77).

f- Ruhsatla verilen hükme başka bir olay kıyas edilemezken örf, maslahat ve gizli kıyas sebebiyle başvuru istihsanın hükmüne başka olaylara kıyas (ta'diye) edilebilir.

#### 6.14. Günümüzde İstihsana Göre Değerlendirilecek Bazı Meseler

İslâm hukuku kıyamete kadar insanların meşru olan ihtiyaçlarına cevap verecek bir şekilde vaz edilmiştir.Yaşadıkları her dönemde müslümanlar değişik sorunlarla karşılaşmış, İslâm âlimleride bu sorunları Kur'an ve sünnet ışığında çözüme kavuşturmuşlardır. İçinde yaşadığımız çağ ise gelişmenin ve değişimin daha hızlı olduğu bir dönemdir. Bu hızlı gelişme ve değişimin doğal sonucu olarak karşılaşılan sorunlarda artmaktadır. Bu sorunlardan en azından bir kısmının çözümünde istihsan metodunun önemli bir rol oynayacağı şüphesizdir. Bu bölümde istihsan metoduna başvurarak çözülebilecek bazı sorunlar ele alınacaktır.

##### a- Gizli telefon dinleme

Genel kıyas hükmüne göre kimsenin gizli halleri araştırılmaz. Bu yasaklanmıştır. Fakat bir kişinin halka, devlete zarar verdiğinden zannı galip ölçüsünde şüphelenildiği taktirde bazı mahrem konuşmalarına muttali olunması pahasına dinlenmesine mahkemece izin verilebilir. Çünkü kamunun zarar görmemesi bir kişinin zarara uğramasından daha önceliklidir. Burada maslahat sebebiyle istihsandan bahsedilebilir.

**b- Tek eşliliğe zorlama**

İslâm hukukundaki yerleşik kıyas hükmüne göre bir erkeğin adeleti ve gerekli olan şartları sağlaması koşuluyla dörde kadar evlenmesine izin verilmiştir (Nisa 4/3). Fakat örfümüzde özellikle ilk hanımından çocuğu olan bir erkeğin evlenmesi çoğu zaman aile içerisinde huzursuzluğa neden olmaktadır. Bu huzursuzluk babayla evlatlar arasında olduğu gibi üvey çocuklar arasında bazan da hanımlar arasında olmaktadır, bu sebepten dolayı aileler parçalanmakta akrabalık ilişkileri bozulmakta ve toplum bundan büyük zarar görmektedir. İşte bu gibi büyük olumsuzluklara neden olan ikinci evlilik çok önemli bir sebep (kadının doğuramaması, ağır hasta olması, şiddetli geçimsizlik) olması hali dışında örf sebebiyle istihsana dayanılarak yasaklanabilir.

**c- Büyük zatların kabirlerine ziyaretlerin yasaklanması**

Mezar ziyareti sünnet olan bir ibadettir. Peygamber (sav) : “Mezarları ziyaret edin, çünkü bu ölümü hatırlatır” (Nesâî, tsz: III, 225; Ahmet. b. Hanbel, 1999:17, 429) sözüyle bize mezarları ziyaret etmeyi tavsiye etmiştir. Bu hadis-i şerif bu konuda yerleşik kıyas hükmünde olduğu için bununla amel etmek gerekir. Günümüzde ise özellikle büyük zatların mezarlarını ziyaret sırasında çabut bağlama, orada bulunan zattan yardım isteme, mezarın üstündeki örtüyü yüze sürme, oradaki taş ve toprağı kutsal kabul edip eve getirmek gibi bir takım İslâm'a aykırı olan uygulamalar yapılmaktadır. Bu sebeple bu ziyaretlerden, fayda ummak bir yana bir takım itikadi proplemlere bile yol açacak yanlışlıklar yapılmaktadır. Bu yanlışlar düzeltininceye kadar maslahat sebebiyle istihsanen bu ziyaretler yasaklanabilir.

**d- Kadavralar üzerinde tıbbi çalışmalar yapılması**

Genel kıyasa göre insanın ölüsünde dirisi gibi muhterem ve saygı değerdir. Dolayısıyla dirisi gibi ölüsüne de zarar verilemez, organları kesilemez, parçalanamaz. Diğer taraftan da doktorların hayatta olan insanların hastalıklarını tedavi etmek için bu kadavralar üzerinde tıbbi çalışma ve deney yapmaları zorunlu hale gelmiştir. İşte bu zorunluluktan dolayı genel kıyas hükmü terkedilerek istihsanen doktorlara kadavralar üzerinde tıbbi çalışma ve deney yapabilme izni verilebilir.

**e- Zinanın tespit edilmesi**

Bu konudaki yerleşik kıyas hükmüne göre, zina suçunun sabit olması için dört şahidin bulunmaması gerekmektedir (Nesâî,1991:III 372). Günümüzde ise özellikle tıp alanında çok büyük gelişmeler yaşanmaktadır. Bu gelişmeler ışığında yapılan bazı test ve yöntemlerle dört şahide gerek kalmadan zina veya tecavüz suçu ortaya çıkarılabilmektedir. Bu sebeple genel kıyas hükmü terkedilerek zaruret sebebiyle istihsanen hüküm verilebilir. Fakat bu yola daha çok tecavüze uğradığını iddia ettiği halde şahit getiremeyen kadınlar ve kocası tarafından zinayla suçlanan kadınlar hakkında başvurulması daha doğru olur.

**f- Kızların kendi başlarına evlenmelerinin yasaklanması**

Hanefilerin dışındaki fakihler zaten kızların velileri olmadan evlenmelerini câiz görmemişlerdir. Hanefiler ise kızların kendi başlarına velilerinden izin almadan evlenmelerini câiz görmüşlerdir. Fakat günümüzde gençler İslâm'ın öngördüğü şekilde yetiştirilip terbiye edilemediğinden dolayısıyla eş seçerken birçok hatalar yapılmaktadır. Gençler evlenecekleri kişinin daha çok dış görünüş ve maddi özelliklerine değer verdikleri için sağlıklı yuvalar kurulamamakta bunun sonucunda aile içi şiddet ve boşanmalar artmaktadır. Ayrılan tarafların çocukları zor şartlar altında ana baba sevgisinden mahrum olarak büyümek zorunda kalmaktalar. Bu durum ise o toplumda bir çok maddi ve manevi olumsuzlukların yaşanmasına yol açmaktadır. Kızların

korunması ve bu kötü sonuçlara sebep vermemek için kendi başlarına evlenmeleri istihansenen yasaklanabilir.

**g- Küçük çocuklara işletilen cinayetler**

Günümüzde özellikle kan davası ve töre cinayetlerinde ceza ehliyeti bulunanlar cezaya çarptırılmamak için cinayetleri çocuklara işletmektedirler. Genel kıyas hükmüne göre suçu sabit olmadan kimseye ceza verilemez. Fakat bu tip cinayetlerin o toplumda yaygınlaşması halinde çocuğu bu suça itenlerin ortaya çıkması için çocuk yerine o aileden ceza ehliyetine sahip birinin bu suçun cezasını çekeceği bir yasa getirilebilir veya aileden birkaç kişi hapse atılarak gerçek faillerin bu yolla bulunması sağlanabilir. Bu hükmün dayanağı maslahat sebebiyle istihсандır.

**h- Zengin olan yolcuların kurban kesmekle yükümlü tutulmaması**

İslâm hukukundaki yerleşik kurala göre yolcular, kurban kesmekle yükümlü değildir. Çünkü yolculuk esnasında kurban bulmak veya kurbanı yanında götürmek zorluk ve sıkıntıya sebep olmaktadır. Günümüzde ise bu zorlukların çoğu ortadan kalkmış durumdadır. Yolcu olan kişi telefonla birini arayıp vekâletini verip banka, ptt vs. aracılığı ile kurban parasını o kişiye gönderebilir. Bu imkânlarla sahip olan yolcuların istihansenen kurban kesmeleri hem bu ibadetleri yapmaları açısından hem de fakir ve dar gelirli kişilere faydası olması hasebiyle daha uygundur.

**ı- Zengin olan yolculara zekât verilmesinin yasaklanması**

İslâm hukukunda genel kıyas hükmüne göre zekât verilecek sekiz sınıftan biride yolculardır (Tevbe 9/60). Yolcunun zengin veya fakir olmasında fark yoktur. Fakat günümüzde zengin olan yolculara istihansenen zekât verilmeye bilir. Çünkü bu yolcular, günümüzde teknolojik imkânları kullanarak yakınlarına ulaşım kolayca ihtiyacı olan maddi olanaklara ulaşabilir. Tabii ki bu imkânların olmadığı veya kullanılmadığı yerlerde bu yolculara zekât verilebilir.

**i- Geçerli bir sebep olmadığı halde boşanan tarafa tanzimat cezası verilmesi**

İslâm hukukundaki yerleşik kurala göre boşanma hoş karşılanmamakla beraber mubah kabul edilmiştir (Ebû Şeybe,1989: IV, 187; Ebu Davut, tsz: II, 254; Hâkim,1990:II,214; Abdurrezzak, 1983: VI, 390; Dârekutnî, 1966: IV, 35 ). Fakat günümüzde bilhassa çocuklu ailelerin boşanması halinde özellikle çocuklar bundan çok büyük zararlar görmektedir. Bunun yanı sıra boşanan kadın ve erkek de hem manevi hem de maddi yönden büyük sıkıntılarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu zararlara geçerli bir neden yokken sebep olan tarafa istihansenen para veya başka bir ceza takdir edilebilir. Boşanmada hangi tarafın suçlu olduğu, bu suçun cezayı gerektirip gerektirmeyeceği ve cezanın miktarını hâkim veya yetkili organ belirlemelidir.

## 7. SONUÇ ve TARTIŞMA

İslâm hukukunda genel nitelikli kıyasın aşırılığı sebebiyle doğabilecek bir takım zararların önlenmesi veya kaybolacak maslahatların korunması için başvurulan fer'i kaynaklardan biri de istihsan metodudur. Bu metod İslam hukuçularının çoğunluğu tarafından kabul edilmiş ve meselelerin çözümünde kullanılmıştır. İslâm hukukçuları, istihsanın tanımı üzerinde ihtilaf etse de genel olarak istihsanı “genel nitelikli kâidelerden adelet ve hakkaniyet temelinde ve maslahat-ı celb mefseleti ilkesi ışığında yapılan istisnâlar” olarak değerlendirmeye konusunda birleşmektedirler.

Genel nitelikli düzenlemelerin özel durumlara göre esnetilmesi uygulamasını İslâm hukukunun ilk kaynakları olan Kur'an ve sünnette görmek mümkündür. Kur'an-ı Kerim'de; vasiyyet, sütanne, kiralama, zina isnadında kocanın dört şahit getirmesinin zorunlu olmaması gibi uygulamalarla, Hz. Peygamber'in (sav), cilt hastalığı sebebiyle erkeklerin ipek elbise giymelerine ve selem aktine izin vermesini genel kuraldan yapılan istisnâlara birer örnek teşkil etmektedir. Hz. Peygamberden (sav) sonra başta Hz. Ömer, Hz. Ali, İbn Mes'ud olmak üzere sahabe, karşılaştıkları meselelerin çözümünde nasslarda yer alan uygulamalardan etkinelerek, İslâmın ruhuna ve gayesine daha uygun gördükleri istisnâlar yapmışlardır. Hz. Ömer, fethedilen arazileri savaşa katılanlar arasında pay etmeyerek ilk sahiplerinde bırakması, kıtlık zamanı hırsızlık suçundan dolayı had cezasını tatbik etmemesi, müellefe-i kulubun zekât payını iptal etmesi gibi uygulamalar bu bağlamda değerlendirilebilir.

İstihsanın ilk kullanımlarına kitap ve sünnette rastlansa da onun bir hukuk terimi olarak literatüre girmesine Ebû Hanife önderliğindeki Hanefi ekolü öncülük etmiştir. Ebû Hanife, içerisinde yaşadığı toplumun ihtiyaçlarını çok iyi kavramış, mevcut nassları sosyal realite ile bağdaştırarak, katı kıyas kurallarının, sosyal hayatta olumsuz sonuçlar doğurmasını önlemek için istihsan adını verdiği bir metoda başvurmuştur. Hanefiler, istihsanı açık kıyasla çelişen gizli fakat etkisi kuvvetli olduğu için tercih edilen kıyas ve umûmi prensiplerden istisnâ edilen istihsan olmak üzere iki kısma ayırmışlardır. İstihsan konusunda asıl tartışma gizli kıyas çeşidi üzerinde yoğunlaşmıştır.

Diğer mezheblere nazaran Hanefî mezhebi, rey, kıyas ve içtihat, gibi metodlara daha çok başvurmuştur. İstihsanında bir rey, içtihat yöntemi olması hasebiyle Hanefiler özellikle İmam Şâfiî, Gazzâlî ve İbn Hazm gibi Ehl-i hadis âlimleri tarafında sert bir şekilde eleştirilmiştir. Gazzâlî, istihsanla hüküm vermeyi zevke, heva ve hevese göre delilsiz hüküm verme olarak değerlendirmiş. Şâfiî daha ileri giderek istihsana göre hüküm vermeyi “ yeni bir din ortaya çıkarma” olarak nitelendirmiştir. Bu eleştirilerin altında yatan ana sebep, Hanefilerin kullandığı istihsan metodunun, muhalifleri tarafından delilsiz zevke göre fetva vermek suretiyle kıyasın terk edilmesi olarak değerlendirilmesidir. Sonraki dönem Hanefî hukukçuları arasında sayacağımız Kerhi, Cessâs, Pezdevî, Serahsî gibi usûlcülerin çabalarıyla istihsanın mahiyeti anlaşılabilir istisnâ delilsiz heva hevese göre hüküm vermek olmayıp aksine daha güçlü bir sebep veya daha kuvvetli delile dayanarak hüküm vermek olduğu belirtilmiş ve böylece istihsan, küçük bir grup dışında diğer İslâm hukukçuları tarafından şer'i bir delil olarak kabul edilmiştir.

Mâlikiler de istihsanı şer'i bir delil olarak kabul etmekle birlikte onu müstakil bir delil olarak değil, maslahat-ı mürselenin bir cüz'i olarak kabul etmişlerdir. Kıyasla maslahat ve zarûret çeliştiği zaman kıyası terkederek maslahat veya zarûret sebebiyle

aldıkları bu delili istihsan olarak adlandırmışlar, kıyasla çelişmeyen durumlarda ise kullandıkları delile maslahat-ı mürsele ismini vermişlerdir. Mâlikiler, istihsanı zarûret sebebiyle, maslahat sebebiyle ve örf sebebiyle istihsan olmak üzere üç kısma ayırmışlardır.

Hanefiler ve Mâlikiler, istihsanın türleri konusu ve müstakil bir delil olup olmadığı konusunda farklı düşünceler de; kıyasın aşırılığını önlemek için istihsana başvurulması gerektiği konusunda aynı görüşü paylaşmışlardır.

Sonuç olarak İslâm hukukuna değişim ve yeni meselelerin çözümünde esneklik kazandıran metodlardan bir olan istihsanın bu özelliğinden yararlanan İslâm hukukçuları, birçok meselenin çözümünde istihsana başvurmuşlardır. Günümüz İslâm hukukçuları da seleflerinden alacağı ilhamla karşılaşacakları sorunların çözümünde de istihsan metodunu kullanarak, İslâm'ın maksadına uygun çözümler bulacaklarında şüphe yoktur.



## KAYNAKLAR

- ABDURREZZAK, E.B.,1983. Musannef, Mektebetü'l İslami, Beyrut, I-X.
- ABDUSSELÂM, İ., 2006. İslâmi Hükümlerin Esas ve Hikmetleri, Çev : Süleyman Kaya, Soner DUMAN, İz Yayıncılık İst, 712s.
- AKBERİ, H., 2007. Şerh-u Risaleti fi Usûli'l Fıkh, Dar Kunuz Esbelia, Riyad,180 s.
- AKTAN, H., 2009. "İslam Usul Hukukunda İstihsan Ufku" İslâmi İlimlerde Metodoloji (Usûl) Mes'elesi, III, Ensar Neşriyat, İstanbul, 71-125ss.
- ÂMİDÎ, S.,2003. el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm, Daru's- Semii, S. Arabistan, I-IV.
- ANSAY, S. Ş., 2002. Hukuk Tarihinde İslâm Tarihi, Ankara, 4. Baskı, 374s.
- APAYDIN, Y. 2002. " Kıyas" DİA, 25., s.525-539
- \_\_\_\_\_, Y., 2009. "İstihsan'ın Mahiyeti ve İşlevi" İslâmi İlimlerde Metodoloji (Usûl) Mes'elesi, III, Ensar Neşriyat, İstanbul, ss.126-131
- ATAR, F., 1988. Fıkıh Usûlü, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 428s.
- BABURTİ, M.,tsz., el-İnaye Şerhu Hidaye, I-XVI.
- BÂCİ,S.,1989. Ahkâmu'l Fusul fi Ahkâmi'l Fusul, Müessetü'r-Risale, Beyrut,982s.
- BAHÜSEYİN, Y., 2007. İstihsan, Mektebetü'r-Rüşd, S. Arabistan, 247s.
- BAĞDADİ, F., 1990. el -Ferra, Üdde fi Usûli'l Fıkh, S.Arabistan, I-V.
- BAKKAL, A., 2009. "İstihsanın Mahiyeti ve Çağdaş Problemlere Çözüm Getirmedeki Önemi" İslâmi İlimlerde Metodoloji (Usûl) Mes'elesi, III, Ensar Neşriyat, İstanbul, ss.15-70
- BARDAKOĞLU, A., 2001. "İstihsan" DİA, 23., s. 339-346.
- \_\_\_\_\_,A.,1986, Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve Istıslah Görüşü, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 3, Kayseri, ss.111-138
- \_\_\_\_\_,A.,1994. "Delil" DİA, 9., s. 138-140
- BASRİ, E. H., 1983. el-Mutemed fi Usûli'l Fıkh, Tah: Halil Meyyis, Dâru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut, I-II.
- BEDEVİ, M., 1999. Makasidu's-Şer'iatı inde İbnTeymiyye, Daru'n-Nefais, Ürdün, 607s.
- BERDİSİ, M.,tsz., Usûl-i Fıkh, Daru's-Sakafe, Kahire, 481s.
- BEYDÂVİ, N.,1968. Şerhu'l Bedahşi Menahicu'l Ugul Şerhu'l İsnevî, I-IV.
- BEYHAKİ, A.,1994. Sünen-i Kübra, Mektebetü Daru'l Baz, Mekke, I-X.
- BUHARİ, M., 1987. el-Câmiu's-Sahîh, Dar-ı İbni Kesir, Beyrut, I-VI.
- BUHARİ, A. A.,1997. Keşfu'l Esrar an Usûli Fahri'l İslâm, Beyrut, I-IV
- BUHARİ, U., 1996. Şerhu Telvih ala Tevdih li Mutuni'l Tenkih fi Usuli'l Fıkh, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut,I-II
- CESSÂS, E.B.,1985a. el-Fusûl fi'l-Usûl, Tah : Acil Casim Neşemi, Kuveyt, I-V
- \_\_\_\_\_,E.B., 1985b. Ahkâmu'l Kur'an, Daru İhyau't- Turas, Beyrut, I-V
- CÜVEYNİ, İ.H.,1997. Şerhu Varakat, Dâru'l Basairu'l İslâmiyye, 423s.
- \_\_\_\_\_,İ.H., 1996. Telhis fi Usûli'l Fıkh, Daru'l Beşairi'l İslamiyye, Beyrut,I-III.
- ÇALIŞKAN,İ., 2009. "İstihsan" İslâmi İlimlerde Metodoloji (Usûl) Mes'elesi, III, Ensar Neşriyat, İstanbul, ss.149-162
- DÂREKUTNİ, A.,1966. Sünen, Dâru'l Marife, Beyrut, I-IV.
- DARİMİ, E. M.,1987. Sünen, Daru'l Kütübi'l Arabi, Beyrut, I-II.

- DEBÛSÎ, E. Z., 2001. Takvimu'l Edille, Dâru'l Kütübü'l İlmiyye, Beyrut, 472s.
- DÖNMEZ, İ.K.,1981. İslam Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslam Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları,( Basılmamış Doktora Tezi) Atatürk üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, İstanbul
- EBÛ DÂVUD, S., tsz., Sünen, Daru'l fikir, Dimeşk, I-IV.
- EBU ŞEYBE, E.B., 1989. Musannef, Mektebetü'r- Rüşt, Riyad, I-VII.
- EBU YA'LA, A.,1984. Müsned, Daru'l Me'mun lit-Turas, Dimeşk, I-XIII.
- EBÛ ZEHRA, M.,1997. İslâm Hukûku Metodolojisi, Çev. Abdulkadir Şener, Fecr Yayınları, Ankara, 384s.
- \_\_\_\_\_,M., tsz., Mezhepler Tarihi, Çev. Sıbğatullah Kaya, Anka Yayıncılık, İstanbul, 680s.
- \_\_\_\_\_,M., tsz. İmam Mâlik, Dâru'l Fikir, Beyrut, 500s.
- EKİNCİ, E.B.,2006. İslâm Hukuku, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 215s.
- FERFÛR, V.,1999. Mezheb fi Usûli'l Mezheb ala Müntehabi, Dimeşk,I-II.
- FERFÛR, S.,1987. Nazariyyetü'l İstihsan, Dâru'l Dimeşk, Dimeşk,151s.
- GAZZÂLÎ, H., 1993. Mustasfa fi İlm-i Usûli'l Fıkh, Tah: Hamza b. Züheyr Hafız, Medine, I-II
- \_\_\_\_\_,H.,1989. el-Menhu'l min Ta'likati İlmi Usûl, Tah : Muhâmmmed Hasan Heyto, Daru'l Fikir, Beyrut,I-II
- HADİMÎ, N., 2001. İlmü Makasidu'ş- Şeria, Riyad, 208s.
- HAKİM, M.,1990. Müstedrek, Daru'l Küyübi'l İlmiyye, Beyrut, I-IV.
- HALLAF, A., 1993. Mesadiru't-Teşrii'l- İslâmi fima lâ Nassa fih, Mısır, 180s.
- \_\_\_\_\_,A.,2002. İlmü Usûlü'l-Fıkh, Mektebetü Da'vetü'l İslami, İskenderiye, 229s.
- HAMEVÎ, Ü.,1992. Nazariyyetü'l İstihsan, Daru'l Hayr, Dimeşk,193s.
- HANBELÎ, Ş., 1948. Usûlu'l-Fıkhî'l-İslâmi, Suriye, 397s.
- HANBEL,A.,tsz., Müsned, Müessesetür-Risale, Mısır, 1c,2c,5c.
- HASAN, A., tsz., İlk Fıkh Mezheplerinin Kaynakları, Çev: Selahattin Eroğlu, Ankara Üniv İlahiyat Fak. Dergisi, c.29, ss.313-328
- HASAN, H.,1997. Mucem Usûli'l Fıkh, 341s.
- HAYDAR EFENDÎ, A., 1966, Usûlu Fıkh Dersleri, Üç Dal Neşriyat, Fatih Matbaası, II. Baskı, İstanbul,525s.
- HASANOVA,S., 2007. Modernleşme Sürecinde İslâm Hukukunda Maslahat Tartışmaları (Basılmamış Doktora Tezi) Marmara Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- HUDARÎ, M.,1987., İslâm Hukuk Tarihi, Çev. Haydar Hatipoğlu, Kahraman Yayınları İstanbul, 375 s.
- \_\_\_\_\_,M.,tsz., Usûl-i Fıkh, Dâru'l Hadis, 451s.
- HÛSREV, M.,1321, Mir'atil' Usûl, Sahâfiyye Osmaniye, İstanbul, 368s.
- İBN ÂŞUR, M. 1998. İslâm Hukuk Felsefesi, çev. Vecdi Akyüz, Mehmet Erdoğan, İklim yayınları, İstanbul, 341s.
- İBN ABİDİN,M.,2000. Haşiyetü Reddi'l Muhtar ala Dürrü'l Muhtar, Daru'l Fikir, Beyrut, I-VIII.
- İBN EMİRİ'L HACC M., tsz. Şerhu Emiri'l Hacc, ala Tahrir İbn-i Humam fi İlmi Usûli'l Cami Beyne Istılahi'l Hanefiyyeti ve eş-Şâfiyyeti,I-V.
- İBN HACİB, H., 1307. Muhtasaru'l-Münteha,I-III.
- İBN HAZM, A., 1984., el-İhkam fi Usûli'l-Ahkâm, Dâru'l Hadis, Kahire, I-VIII.

- \_\_\_\_\_, A., 1981. *Nebûz fi Usûl-i Fıkh*, Tah: Ahmed Hicazi Essaya, Kahire, 75s.
- \_\_\_\_\_, A., tsz., *İhkam fi Usûli'l Kur'an*, 461s.
- İBN HİBBAN, M., 1993. *Sahih, Müessesetü'r-Risale*, Beyrut, I-XV.
- İBN HUMAM, K., tsz. *Fethu'l Kadir*, 6c.
- İBN FARİS, A., 1979. *Mucem Makayısı'l Lüga*, Tah: Abdusselâm Muhâmmmed Harun, Dâru'l Fikir, Beyrut, I-IV
- İBNU'L KAYYIM, C., 2003. *İ'lâmu'l- Muvakkiin*, Dar-ı İbni Cevziyye, Riyad, I-VI.
- İBN KUDÂME, M., 1981. *Ravdatü'n-Nâzir ve Cennetü'l-Menâzir fi Usûli'l-Fıkh*, (Ravda) Beyrut, 216s.
- İBN MÂCE, M., tsz. *Sünen*, Daru'l Fikir, Beyrut, I-II.
- İBN MANZÛR, M., tsz., *Lisânu'l-Arap*, Daru-s- Sadır, Beyrut, I-XV.
- İBN-İ NECCÂR, T., 1997. *Şerhu Kevkebi'l Münir*, Tah: Muhammed Zuhayli, Nezihammad, Mektebetü Abikan, I-IV
- İBN RAHUYEYH, İ., 1991. *Müsned*, Mektebetü'l İman, Medine, I-V.
- İBN RÛŞD, M., 1995. *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Tah: Halid Attar, Dâru'l-Fikir, Beyrut, I-II
- \_\_\_\_\_, M., 1988. *el- Beyan vet-Tahsil ve Şerhu't- Tevcih vet-Tağlil li Mesaili'l Müstahrece*, Beyrut, I-VIII
- İBN TEYMİYYE, A., 1998. *Müstedrek ala Mecmu Fetava*, I-II
- İSMAIL, Ş., 1988. *İstihsan Beynen-Nazariyyeti vet-Tatbik*, Daru's-Sakafe, Katar, 108s.
- İSNEVÎ, M., 1999. *Nihâyetü's- Sûl fi Şerhi Minhâci'l-Vusûl ilâ İlmi'l-Usûl thk: Şa'bân Muhâmmmed İsmail, Dâr-ı İbn Hazm*, Beyrut, (Nihâyetü's-sûl) I-IV.
- İSNEVÎ, A., 1980. *Temhit fi Tahricil Fürûğ alel Usûl*, Tah : Muhammed Hasan Heyto Müessesetü'r- Risale, Beyrut, 534s.
- İSNEVÎ, C., 1999. *Hayetüs-Sü'li Şerhü Minhaci'l Vusul*, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut, I-II
- KÂFÎ, A., 2004. *Hacetüş-Şer'iyyetü Hududuha ve Guuduha*, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut, 205s.
- KARÂFÎ, E.A., tsz., *Nefâisül-Usûl fi Şerhi'l- Mahsûl*, thk: Adil Ahmed Abdulmevcûd – Ali Muhâmmmed Muavvid Mektebü'l-Asriyye, Beyrut, I-VII
- \_\_\_\_\_, E. A., 1998. *Envaru'l Buruk fi Envari'l Furuk*, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut, I-VII.
- KARAMAN, H., 1996. *İslâm Hukukunda İctihad*, MÜİFV Yayınları, İstanbul, 244s.
- KARDAVÎ, Y., 1997. *İslam Hukuku*, Çev: Yusuf Işıcık, Ahmet Yaman, Marifet Yayınları, İstanbul, 230s.
- \_\_\_\_\_, Y., 1993. *Medhal, Müessesetü'r-Risale*, Beyrut, 274s.
- KÂSÂNÎ, A., tsz. *Bedâi'us-Sanâi*, I-XVII.
- KATTAN, M., 1996. *Tarihu Teşri'il İslâm*, Riyad, 434s.
- KILIÇ, M., 2003. "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem İstihsan ve Equity" *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 1, ss. 147-165
- KOÇYİĞİT, T., 1997. *Hadis Usûlü*, TDV, Ankara, 304s.
- KOZALI, A., 2003. *İstihsan ve Doğal Hukuk İlişkisi*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış Doktora Tezi), Bursa
- KÖKSAL, İ., 2000. *Teğayyuru'l -Ahkâm fi Şer'iati'l - İslâm*, Beyrut, 384s.
- KÖSE, S., 1997. *Hakkın Kötüye Kullanılması*, MÜİFV Yayınları, İstanbul, 287s.

- MAHMASANİ, S., 2009., İslâm Hukuk Felsefesi, Çev:Yaşar Çolak, İbrahim Paçacı, Dursun Aygün, Mustafa Baş, Ömer Gülden, TDV, Ankara, 266s.
- MENAVİ, M.,1990. et-Tevgifu ala Muhimmat et- Tearif, Dâru'l Fikir, Beyrut, Dimeşk,752s.
- MERDAVİ, A., 2000. Tahbir Şerhu Tahrir, Mektebetü'r- Rüşd, Riyad,I-VIII.
- MEVSİLÎ, A., 2005. İhtiyar li Ta'lilil Muhtar Dâru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut,I-II.
- MÜSLİM, H.,tsz. Sahîh, Daru İhyau't-Turas Arabî, Beyrut,I-IV.
- NECCÂR, M., İbrahim , M., Ahmed, Z., H, A., 2004. Mu'cemu'l Vasit, Mektebetü Şurugi'l Düveliyye, Mısır 1068s.
- NESÂÎ, A.,1991. Sünen, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut, I-VI.
- NESEFÎ, E.B.,1986. Keşfü'l-Esrâr Şerhi'l-Musannif ale'l-Menâr, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, IV.
- NEVEVÎ, M.,tsz. Mecmu Şerhu'l Mühezzeb, XX.
- NİZAM, Ş., ve Hind Ulemâsı,1991. Fetavay-ı Hindiyeye, Dâru'l Fikir, Beyrut,I-VI.
- NUR, M., 2004. Ra'yu'l Usûliyyine Fi Mesalihil Mürsele vel İstihsan, Dâru'l Buhus, Dubai,I-II
- ORUM , F., 2003. İstihsan metodunun Kâsânînin Bedâiu's-Sanâyisinde Kullanışının Tahlili Tenkidi ( Basılmamış Yüksek Lisans Tezi ) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- ÖĞÜT, S., 1994. "Ebu Yusuf " DİA, 10.,s. 60-64
- ÖNDER, M., 2000. Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması, ( Basılmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- PEZDEVİ, E. H.,tsz., Usûl, 392s.
- \_\_\_\_\_,E. H.,1997, Keşful Esrar, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut,I-IV.
- RÂZÎ, Z., 1968. Mahsul fi İlmi'l Usûl, Tah: Cabir Feyyad Alvani, Müessesetü'r Risale, Mısır,I-VI.
- SAHNUN,A., 1994. Müdevvenetü'l Kübra, Darul Kütübi'l İlmiyye, Beyrut,I-IV.
- SAN'ANİ, M., 1986. Usuli'l Fıkh Müsemma İcabetü's- Saili Şerhu Bağyeti'l Amil, Müessetü'r-Risale, Beyrut, 444 s.
- SCHACHT, J.,1981. Usûl-i Fıkh, Dâru'l Kütübi'l Benani, Beyrut,151s.
- SERAHSİ, M.,1984. Usûl, Kahraman Yayınları, İstanbul, I-II.
- \_\_\_\_\_, M.,1989. Mabsut, Daru'l Mağrife Beyrut,I-X.
- \_\_\_\_\_,M., 2000. Mabsut, Dâru'l Fikir, Beyrut,I-XII.
- SEMARKANDİ, A.,1984a. Mizanu'l Usûl fi Netaciu'l Ukul,802 s.
- \_\_\_\_\_, A.,1984b. Tuhfetu'l Fukaha, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut,I-III.
- SEYYİD BEY, M., 1338. Medhal, Matbaa-ı Âmire, İstanbul, 324 s.
- SİMANİ, C.,1997. Kavatiu'l edille fil Usûli Simani Tah: Muhâmmmed Hasan Muhâmmmed Hasan İsmail Şâfiî, Dâru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut, I-III.
- SÜBKÎ, T., 2003. Cemul-Cevâmi fi Usûlil fikh, Dâru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut ,142s.
- \_\_\_\_\_,T.,1991. Eşbah ven-Nezair, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, I-II
- \_\_\_\_\_,T.,1999. Ref'u'l-Hâcib an Muhtasarı İbn Hâcib thk. Ali Muhâmmmed Muavvid – Adil Ahmed Abdulmevcûd), Alimu'l-Kütüb, Beyrut (Ref'u'l-Hâcib) I-IV.
- SUBKÎ, A., 1984. İbhac fi Şerhi'l Minhac ala Minhacil Vusul ila İlmi'l Usûl lil Beydavi, Daru'l Kütübi'l İlmiyye Beyrut,I-III.
- SUYUTİ, C., 2000. Şerhu Kevkebis - Satiğ, Tah: Muhâmmmed İbrahim Hafenavi, Mektebetül Eyman, Mısır,I-II.

- ŞA'BAN, Z., 1996. İslâm Hukuk İlminin Esasları, Çev : İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara, 472s.
- ŞÂFÎ, M.,1979. Risale, Daru's-Şûras, Kahire, 672s.
- \_\_\_\_\_, M.,1973. Ümm, Dâru'l Marife, Beyrut,I-VII.
- ŞAHİN, O., 2003. " İbtalü'l İstihsan " Ondokuz Mayıs. Üniv. İlahiyat. Fak. Dergisi, Sayı :16 Samsun, 389-414 ss.
- \_\_\_\_\_, O., 2008. İstihsan Yönteminin Aklî Gerekçeleri ve Bazı Uygulama Şekilleri Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi, c. VIII, sayı: 4, 41-75ss.
- ŞÂTİBÎ, E. İ., 1993. Muvâfakat, Çev. Mehmed Erdoğan, İz Yayıncılık, İstanbul, I-IV.
- \_\_\_\_\_, E. İ.,1997. el- Muvâfakat fî Usûli'sh'Şerîa Tah: Ebû Ubeyd b. Hasan Ali Selman, Daru İbni Affan,I-V.
- \_\_\_\_\_, E.İ., İtisam, 2001 Tah: Ebû Ubeyd İbn Hasan el- Salman, Mektebü't-Tevhid, I-III.
- ŞAŞÎ, A., 1982. Usûl, Dâru'l Kitabi'l Ârâbi, Beyrut, 394s.
- ŞEHİR, Y., tsz. et-Tac vel-İklil li Muhtasarı Halil,I-IV.
- ŞELEBÎ, M.,1985a. Medhal fi Usûli'l Fıkh, Beyrut,321s.
- \_\_\_\_\_, M.,1985b. Medhal fi Fıkhı'l İslâmi, Beyrut, 672s.
- ŞENER, A.,1981. Kıyas İstihsan Istislah, DİBY, Gaye Matbaası, Ankara, 187s.
- ŞEVKANİ, M., 2000. İrşadu'l Fuhu'l Tahkiku'l Hakkı min İlmi'l Usûl, Dâru'l Fadile, Riyad, I-II.
- ŞEYBANÎ, M.,tsz. Mebsut, Tah: Ebû'l Vefa Efgani, Neş: İdaretü'l Kur'an ve Ulumu'l İslâmiyye,I-IV.
- \_\_\_\_\_, M.,1985. Camiu's-Sağır ve Şerhuhu Nafiu'l Kebir, Alimu'l Kütüb, Beyrut, 534s.
- ŞİRÂZİ, E.İ.,1983. Tabsira fi Usûli'l Fıkh Dâru'l Fikir, Tah: Muhâmmad Hasan Heyto, Dimeşk, I-II.
- \_\_\_\_\_, E.İ., 1985. Lem'u fi Usûli'l Fıkh, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut, 75s.
- TABARANİ, E.K, 1996. Mu'cemü'l Evsat, Dâru'l Harameyn, Mektebü'l İslâmi, Kahire,I-IX.
- \_\_\_\_\_, E.K, 1984. Müsned-i Şamiyeyn, Müessesetü'r Risale, Beyrut, I-IV.
- \_\_\_\_\_, E.K, 1985. Mu'cemü's- Sağır, Mektebü'l İslami, Dar Ammar, Beyrut, Amman, I-II.
- \_\_\_\_\_, E.K, 1983. Mu'cemü'l Kebir, Mektebü'l Ulum vel Hüküm, I-XXV.
- TAFTAZANİ, Ö.,1996. Şerhu Telvih ala Tavdih li Mutuni Tetkik fi Usûli'l Fıkh, Daru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut, I-II.
- TAHAVİ, E. C., 1979. Şerhu Meani'l Asar, Tah: Muhâmmad Zühri Neccâr,Dar Mektebü'l İlmiyye Beyrut, I-IV.
- TİRMİZİ, M., tsz., Sünen, Daru İhyai-t Turas Arabi, Beyrut, I-V.
- TÛFÎ, N.,1993. Risaletün fi Riayeti'l Maslahah, Tah: Ahmed Abdurrahman Salih, Lübnan, 61s.
- \_\_\_\_\_, N.1998. Şerhu Muhtasaru-r Ravda, Tah: Abdullah b. Abdullah Türki, S.Arabistan,I-III.
- TUSÛLİ, E.H.,1998. Behçetü fi Şerhit-tuhfe, Dâru'l Kütübi'l İlmiyye, Beyrut,I-II
- URMEVÎ, S.,1988. et-Tahsîl mine'l-Mahsûl, Tah : Abdülhamit Ali Ebû Züneyd, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut (et-Tahsîl) I-II.

- YAMUK, M., 2007. İslâm Hukuk Usûlünde İstihsan ve Maslahat-ı Mürsele İlişkisi, (Basılmamış yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- YUBA, M.,1998. Makasidu's-Şer'iatî'l İslâmiyye, Dâru'l Hicret, S.Arabistan,708s.
- YAVUZ,Y,V.,1986 " Hanefî Müctehitlerinde İstihsan Metodu " Uludağ Üniv.İlahiyat Fak. Dergisi, s,1,c,1,ss.85-93
- ZERKÂ, M.,1998. Medhalu'l-Fikhi'l Âmme, Dâru'l Kalem, Dımeşk, I-II.
- \_\_\_\_\_, M., 2007. İslâm Hukuk Ekolleri ve Maslahat Prensibi, Hazırlayan: Ali Pekcan, Rağbet Yayınları, İstanbul,198s.
- ZERKEŞİ, B., 1992. Bahru'l Muhit, Kuveyt , I-VI.
- ZEYDAN, A., 1999. el-Veciz fi Usûli'l Fıkh, Müessetü'r-Risale, Beyrut, 435s.
- \_\_\_\_\_, A., 2001. Medhal, Dar İbn-i Ömer Hattab, Kahire, 425s.
- ZEYLAİ, F., tsz. Tebyinu'l Hakaik Şerhu Kenzi'd Dakaik, I-XIV.
- ZÜHAYLÎ, V., 1986. Usûlu'l Fikhi'l İslâmiyye, Dâru'l Fikr, Dımeşk,I-II.
- \_\_\_\_\_, V. 1999. Veciz fi Usûli'l Fıkh, Dâru'l Fikr, Dımeşk, 246s.

**ÖZ GEÇMİŞ****Kişisel Bilgiler**

Adı – Soyadı : Mustafa BÖLÜKBAŞI  
Doğum Yeri ve Tarihi : K.Maraş-Elbistan-20-10-1973

**Eğitim Durumu**

Lisans Öğrenimi : Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi  
Yüksek Lisans Öğrenimi : KSÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Doktora Öğrenimi :  
Bildiği Yabancı Diller : Arapça  
Bilimsel Faaliyetleri :

**İş Deneyimi**

Stajlar :  
Projeler :  
Çalıştığı Kurumlar : MEB

**İletişim**

E-Posta Adresi :  
Tel. : 0-541-2529336  
Tarih : 11- 01- 2012