Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı

İslâm Hukuku Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

İSLÂM HUKUK METODOLOJİSİNDE İSTİHSÂN

Mehmet Aziz Yaşar

Diyarbakır 2012

Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslâm BilimleriAnabilim Dalı

İslâm Hukuku Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

İSLÂM HUKUK METODOLOJİSİNDE İSTİHSÂN

Mehmet Aziz Yaşar

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Muhammed Tayyib Kılıç

Diyarbakır 2012

TAAHHÜTNAME

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum "İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsân" adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım. Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

Tezimin 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

17/09/2012

Mehmet Aziz Yaşar

YÖNERGEYE UYGUNLUK SAYFASI

İslâm Hukuku Metodolojisinde İstihsân adlı yüksek lisans tezi, Dicle Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi'ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Tezi Hazırlayan

Mehmet Aziz Yaşar

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Muhammed Tayyib Kılıç

KABUL VE ONAY

Mehmet Aziz Yaşar tarafından hazırlanan "İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsân" adındaki çalışma, 17/09/2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda jürimiz tarafından İslâm Hukuku Ana Bilim Dalı, olarak yüksek lisans tezi olarak oybirliğiyle ile kabul edilmiştir.

İ m z a

Yrd. Doç. Dr. Metin Yiğit (Başkan)

İ m z a

Yrd. Doç Dr. Muhammed Tayyib Kılıç (Danışman)

İ m z a

Yrd. Doç Dr. Necmi Derin

Enstitü Müdürü

…/…./20..

ÖNSÖZ

Fıkıh usûlü, İslâmî ilimler arasında mümtaz bir yere sahiptir. Fıkıh ile uğraşan herkesin bu usûle müracaat etmesi kaçınılmazdır. Müslümanların hayatlarını İslâmî esaslara göre düzenleyebilmesi için belli bir disipline ihtiyaçları vardır. Bu disipilin de fıkıh usûlüdür.

Hz. Peygamber (sav) hayatta iken Müslümanlar karşılaştıkları her türlü soruyu Peygamberimize yöneltiyorlar, Peygamberimiz de ya hemen cevap veriyor ya da vahyi bekliyordu. Bu süreç tamamen vahyin denetimi altındaydı.

Peygamber efendimizin (sav) vefatından sonra, İslâm âleminin fetihlerle genişlemesi, başka milletlerden birçok insanın Müslüman olması ve yeni kültürlerle karşılaşmasından dolayı birçok yeni mesele ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkan bu yeni meselelere çözüm bulunması Müslümanlar için hayati derecede önemlidir. İşte bu durumda peygamberlerin vârisleri olarak nitelendirilen âlimler, ictihad faaliyeti ile lâfızların mâna ve amaçlarının anlaşılması ve nassların bıraktığı boşlukları aynı sistem içerisinde tamamlaması için geniş bir yelpazede çaba harcamışlardır. Bu çabanın da her hangi bir kayda tâbi olmadan rastgele ve insanın heva ve hevesine göre değil belirli bir disiplin, usul ve esas çerçevesinde olması gerekmektedir. Zira müctehidin ictihadı ancak bu şekilde makbul ve doğru olabilir. İşte müctehidin bağlı kalmak zorunda olduğu kaideler bütünü usûlu'l-fıkıh ilmini oluşturmuştur.

Sahâbe döneminden itibaren müctehidler, vuku bulan olaylara çözüm bulmak için, önce Kur'an'ı-Kerime başvurmuşlar, hükmü Kur'anda bulamadıklarında, Resûlullah'ın sünnetine başvurmuşlardır. Sünnette de bulamadıklarında, Resûlullah'ın kendilerine öğrettiği gibi, ictihadî uygulamaları kullanarak hüküm vermişlerdir.

Çalışmamız süresince her türlü yardım ve katkılarını esirgemeyen danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Muhammed Tayyib KILIÇ'a teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca ders döneminde kendilerinden istifade ettiğimiz Prof. Dr. Abdülkerim ÜNALAN, Prof.

Dr. Abdülaziz BEKİ, Yrd. Doç. Dr. Metin YİĞİT ve Yrd. Doç. Dr. Aydın TAŞ hocalarımıza da şükranlarımı sunarım.

Mehmet Aziz Yaşar

Diyarbakır 2012

ÖZET

Tez; giriş, üç bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Girişte araştırmanın amacı, önemi ve araştırmada izlenen yöntem ele alınmıştır.

Birinci bölümde, istihsânın kavramsal çerçevesi üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda istihsânın tanımı, tarihsel gelişimi ve Hz. Peygamber, (sav) sahâbe ve tâbiîn devirlerinde ortaya çıkan ve re'y ictihadının önemli bir parçası olan istihsân örneklerine yer verilmiştir.

İkinci bölümde, mezheplerin istihsân ile ilgili görüşleri, istihsânın İslâm hukuk usûlunün bir delili olarak kabul edilip edilmemesi ve istihsânın diğer delillerle ilişkisi ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, günümüz usûlcülerin istihsâna yaklaşımları, modern hukukta istihsâna denk sayılabilecek kavramlar ve güncel fıkhî problemlerin çözümünde istihsân metodunun kullanılması gibi konular işlenmiştir.

Tezimizin sonuç kısmında ise, çalışmamızda sonucunda ulaşmış olduğumuz hususlar ifade edilmiştir.

Anahtar Sözcükler

İslam Hukuk Metodolojisi, İstihsân, kıyas, equity, kontranoloji.

ABSTRACT

This thesis consists of an introductory chapter, three main chapters and a concluding chapter.

The introductory chapter lays down the general frame of the thesis and research methodology.

Chapter I focuses on the conceptual framework of İstihsan. In this context, It is taken the definition of İstihsan, its historical development and examples of application in the period of Prophet, Companions and Followers.

Chapter II deals with the views of the school on the İstihsan and the relationship with other evidences.

Chapter III deals with the approaches of the contemporary usul scholars. It is taken also solving modern problems with the using İstihsan.

At the conclusion of the study we have reached as a result are expressed in points.

Key Words

The Methodology of Islamic Law, İstihsan, Kıyas (Analogy), equity, kontranology

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

TAAHHÜTNAME ..... İ

YÖNERGEYE UYGUNLUK SAYFASI ..... İİ

KABUL VE ONAY ..... İİİ

ÖNSÖZ ..... İV

ÖZET ..... Vİ

ABSTRACT ..... Vİİ

İÇİNDEKİLER ..... Vİİİ

KISALTMALAR ..... Xİ

GİRİŞ 1

ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ 1

ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ 2

BİRİNCİ BÖLÜM 3

1. İSTİHSÂNIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ 3

1.1.Sözlük Anlamı 3

1.2. Terim Anlamı 3

1.3. İstihsân Kavramının Tarihsel Gelişimi 4

1.3.1. Hz. Peygamber'in İstihsân Türü İçtihad Örnekleri 5

1.3.2. Sahâbenin İstihsân Türü İçtihad Örnekleri 7

1.3.3. Tâbiînin İstihsân Türü İçtihad Örnekleri 12

İKİNCİ BÖLÜM 15

1. MEZHEPLERİN İSTİHSÂN İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİ 15

1.1. İSTİHSÂNI ŞER'İ BİR DELİL OLARAK KABUL EDEN MEZHEPLER 15

1.1.1. Hanefî Mezhebinde İstihsân 15

1.1.1.1. Hanefî Mezhebinde İsitihsân Kavramı 15

1.1.1.2. Hanefî Mezhebinde İstihsân Çeşitleri 26

1.1.1.3. Hanefî Mezhebinde İstihsânın Diğer Delillerle İlişkisi 36

1.1.1.4. Nass ve İcmaya Dayalı İstihsân İle Kıyas-ı Hafîye Dayalı İstihsân Arasındaki Fark 37

1.1.1.5. İstihsânın İlletin Tahsîsinden İbaret Olduğuna Dair Görüşler 37

1.1.1.6. İstihsân Yöntemiyle Verilen Hükmü Terk Edip Kıyasla Âmel Etmenin Câiz Olup Olmaması 38
1.1.2. Mâlikî Mezhebinde İstihsân 39
1.1.2.1. Mâlikî Mezhebinde İstihsân Kavramı 39
1.1.2.2. Mâlikîlerin İstihsân Hakkındaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi 43
1.1.2.3. Mâlikî Mezhebinde İstihsân Çeşitleri 44
1.1.2.4. Mâlikî Mezhebinde İstihsânın Diğer Delillerle İlişkisi 48
1.1.2.5. İstihsân Delilinin Mâlikî ve Hanefî Mezhebinde Karşılaştırılması 49
1.1.3. Hanbelî Mezhebinde İstihsân 49
1.1.3.1. Hanbelî Mezhebinde İstihsân Kavramı 51
1.1.3.2.Hanbelî Mezhebinde İstihsân Çeşitleri 53
1.1.3.3. Hanbelî Mezhebinde İstihsânın Diğer Delillerle İlişkisi 55
1.1.4. Zeydîyye Mezhebine Göre İstihsân 58
1.1.5. Mutezililerden Ebû'l-Hüseyin El-Basrî 60
1.2. İSTİHSANI ŞERİ BİR DELİL OLARAK KABUL EDEN MEZHEPLERİN DELİLLERİ 61
1.2.1. Kur'an 62
1.2.2. Sünnet 62
1.2.3. İcma' 63
1.2.4. Aklî Delil 63
1.3. İSTİHSÂNI ŞER'İ DELİL OLARAK KABUL ETMEYEN MEZHEPLER 64
1.3.1. Şafiî Mezhebinde İstihsân 64
1.3.1.1. İmam Şafiî'ye Göre İstihsân 64
1.3.1.2. Şirâzî 66
1.3.1.3. Cüveynî 67
1.3.1.4. İmam Gazzâlî 67
1.3.1.5. Âmidî 69
1.3.1.6. İbnü's-Sübkî 69
1.3.2. Zâhirîye Mezhebine Göre İstihsân 70
1.3.3. İmâmiyye (Ca'feriyye, İsnâ Aşeriyye) Mezhebine Göre İstihsân 71
1.5. MEZHEPLER ARASINDAKİ İTTİFÂK VE İHTİLÂF NOKTALARI 75
1.5.1. Üzerine İttifâk Edilen İstihsânın Türleri 75
1.5.2. Kabul Ve Red Arasındaki İstihsân Türleri 76
1.5.3. Cumhurun Tek Bir Hüküm Üzerinde İttifâk Ettikleri Örnekler 77
1.5.4. İstihsân Hakkındaki Tartışmanın Mahiyeti 80
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 82
1.MODERN ÇAĞDA İSTİHSÂN YÖNTEMİ 82
1.1. SON DEVİR USÛLCÜLERİN İSTİHSÂNA BAKIŞLARI 82
1.1.1. Muhammed Ebû Zehrâ 82
1.1.2. Abdülkerim Zeydân 83
1.1.3. Vehbe Zuhaylî 83
1.1.4. Zekiyyuddin Şa'bân 83
1.2. MODERN HUKUKTA İSTİHSÂNA DENK SAYILABİLECEK KAVRAMLAR 84

1.2.1. Equity 84
1.2.2. Equity Ve İstihsânın Karşılaştırılması 86
1.2.3. Kontranaloji 89
1.2.4. Kontranaloji İle İstihsânın Karşılaştırılması 90
1.3. GÜNÜMÜZ BAZI FIKIH PROBLEMLERİNİN ÇÖZÜMÜNDE İSTİHSANIN KULLANILMASI 94
SONUÇ 97
KAYNAKÇA 100

KISALTMALAR

AÜİFD	Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b.	Bin
bkz.	Bakınız
c.	Cilt
çev.	çeviren
DİB	Diyanet İşleri Başkanlığı
md.	Madde
nşr	Neşreden
ra	Radiyellahu Anh
rkm.	Rakam.
s.	Sayfa
sav.	Sallallahu Aleyhi ve Sellem
TDV	Türkiye Diyanet Vakfı
Thk.	Tahkik
Trc.	Tercüme eden
Ty.	Tarih yok
UÜİFD	Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakultesi Dergisi
Yy	Yayın yeri yok.
Şamil İA	Şamil İslâm Ansiklopedisi.

GİRİŞ

ARAŞTIRMANIN AMACI VE ÖNEMİ

Gerek beşeri hukukunun gerekse İslâm hukukunun gerçekleştirmek istediği bir takım gayeler vardır. Bu gayelerin başlıcaları, insanlara yarar sağlamak veya zararı gidermek ve böylece toplum düzenini temin etmektir. İslâm hukukunun bu amacı gerçekleştirmek için kullandığı kaynaklardan biri de istihsândır. Çalışmamızın amacı, İslam hukuk metodolojisinin önemli bir tâlî kaynağı olan istihsân delilini ele almak ve bu çerçevede istihsânın mahiyeti, çeşitleri, mezheplerin görüşleri, yeni problemlerin çözümü için istihsânın kullanımı ve muasır bilginlerin istihsâna bakışları hakkında derli toplu bilgi vermektir.

Bilindiği üzere İslâm hukuku, usûlu'l-fıkıh ve furu'u'l-fıkıh olmak üzere iki kısımdan müteşekkildir. Furu'u'l-fıkıh, hukukun dallarına ait özel hükümleri ihtiva ederken, usûlu'l-fıkıh bu hükümlerin çıkartılması için gereken genel kaideleri içermektedir. Usûlu'l-fıkhın bu ilkeleri de aslî kaynaklar ve tâlî kaynaklar olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Biz bu çalışmamızda İslâm hukuk usûlunün yardımcı kaynaklarından olan istihsânı ele aldık. Daha ziyade Hanefî usûlcüler tarafından kullanılan istihsân Mâlikî ve Hanbelî usûlcüler tarafından da kullanılmıştır. Bunlar, istihsânı hüküm çıkarmada bir delil olarak kullanmalarından dolayı muarızları tarafından eleştirilmişlerdir. Özellikle İmam Şâfiî istihsana şiddetli bir şekilde karşı çıkarak "kim istihsân yaparsa (Allah adına) hüküm koymuştur" diyerek, istihsânı heva ve hevese göre hüküm vermek olarak değerlendirmiştir.

Usûlu'l-fıkıh tarihinde istihsân, üzerinde pek çok tartışmanın cereyan ettiği bir delil olmakla birlikte ortaya çıkan birçok problemin çözümünde başvurulan önemli bir kaynak olmuştur. Biz de istihsânı bu açıdan incelemeye değer bir konu olarak ele aldık.

ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

İstihsân metodu, İslâm hukukunun teşekkül ettiği ilk dönemden itibaren mezhepler arasında tartışma konusu olagelmiştir.

Araştırmamızda bir taraftan istihsân metoduna kaynaklık etmesi bakımından fıkıh usûlünün klasik kaynaklarına, diğer taraftan konunun değişik şekillerde tasnif edilerek anlaşılmasının kolaylaştırılması açısından çağdaş kaynaklara müracaat ettik. Bu şekilde konumuzla ilgili hem Türkçe eserlere hem de Arapça eserlere yer verdik. Dipnotlarda kaynak gösterilirken, yararlanılan kaynakların ve müellifinin adı ilk geçtiği yerde tam olarak yazılmış, tekrarında ise, müellifin soyadı, meşhur adı, künyesi veya lakabı kullanılmıştır. Eser adlarının başında yer alan harf-i tarifler, hem metinde hem de dipnotta yazılmıştır. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada müellifleri, adları, kaç cilt oldukları, hangi matbaada ve varsa hangi tarihte basıldığı şeklinde belirtilmiştir. Tarih yoksa ty. ile, yayın yeri yoksa yy. ile belirtilmiştir. Kullanılan eserlerin cilt numarası Roma rakamıyla, sayfa numarası ise normal rakamla verilmiş, ayrıca cilt ve sayfa diye belirtilmemiştir.

Arapça kelime ve kavramların yazılmasında (inceltme işareti, harf-i tarif, hemze ve ayn gibi) Türkiye Diyanet Vakfı(TDV) İslâm Ansiklopedisi transkripti esas alınarak yazılmıştır.

Sûre adlarındaki "el" takıları yazılmamış, önce sûre adı, sonra sûre numarası, daha sonra da âyet numarası verilmiştir.

Hadis kaynaklarında genellikle kaynakla beraber bölümün adı ve hadisin rakamı belirtilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. İSTİHSÂNIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

1.1.Sözlük Anlamı

"İstihsân" kelimesi Arapçada "h-s-n" kökünden gelmekte olup sözlükte bir şeyi iyi ve güzel görmek, tercih etmek anlamlarına gelen bir mastardır. "k-b-h" kökünden türetilen ve bir şeyi kötü ve çirkin bulmak anlamına gelen "istikbâh" kelimesinin zıt anlamını ifade eder.[1]

1.2. Terim Anlamı

Fıkıh usûlu terimi olarak istihsânın, usûlcüler nezdinde çeşitli tanımları yapılmıştır. Biz bu çeşitli tanımlardan yola çıkarak genel mânâda şu şekilde bir tarif yapabiliriz: İsitihsân, fakîhin adâlet ve insaf ölçüleri çerçevesinde, özel bir delile dayanmak suretiyle genel ve yerleşik kuraldan ayrılarak, olayın özelliğine göre uygun çözümü bulması metodunu ifade eden fıkıh usûlu terimidir.[2]Buna göre, ortaya yeni bir olay çıktığında müctehid, bu olayın hükmünü açıklamak için, önce Kur'an ve sünnette bakar, bu iki kaynakta hükmü bulunmayan meselenin Kur'an ve sünnette o olaya benzer bir örneğinin olup olmadığını araştırır, eğer hüküm üzerindeki müessir vasfıyla, sebep ve sonuçlarıyla aynı düzlemde bir örnek bulursa, ona kıyas edip, hükmü verir. Ancak konu genel hatlarıyla benzetilen kategoriye dâhil edildiğinde çözümlenmiyorsa, bu durumda, o kategorinin dışına çıkılır ve mesele örf, maslahat, ihtiyaç ya da ihtiyat gibi

[1] İbn Manzûr Muhammed bin (b). Mukarrem (ölüm [ö]. 711/1311),**Lisânu'l-Arab I-XV**, Dâru Sâdir Beyrut Ty, XIII, 117.
[2] Buhâri Abdülaziz (ö. 730/1329), **Keşfü'l-Esrâr I-IV**, Dersaadet İstanbul 1890, IV, 2.

gerekçelere bağlanarak adil bir biçimde çözülür. İşte bütün bu âmeliye, istihsân adını taşımaktadır.[3]

Görüldüğü üzere istihsân genel kaidelerle ilgilidir ve müctehid özel durumlarla alakalı daha kuvvetli başka bir delile dayanarak, onu genel kurala ait hükmün kapsamından çıkarır. Bunu yaparken müctehidin dayanağı Kur'an ve sünnet nassları olabileceği gibi zaruret, örf, maslahat ve icma' da olabilmektedir.

1.3. İstihsân Kavramının Tarihsel Gelişimi

Goldziher (ö. 1339/1921), istihsân prensibini bizzat Ebû Hanîfe'nin (ö. 150/767) koymuş olduğunu söyler.[4] J. Schacht'a (ö. 1388/1969) göre ise, bu terim Ebû Hanîfe'den önce de vardı. Ancak istihsân metodu Ebû Hanîfe ve öğrencileri Ebû Yûsuf (ö. 182/798) ve İmam Muhammed (ö. 189/805) tarafından geliştirilmiştir.[5]

İbn Hazm (ö. 456/1044) ve Gazzâlî (ö. 505/1111) gibi İslâm âlimleri, istihsânın şer'i hüküm elde etme yöntemi olarak usûle girmesini; İmam Şafiî'nin istihsânı, delile dayanmadan keyfî hüküm verme, dinde olmayan şeyleri dine katma şeklindeki ağır eleştirilerinden sonra Hanefî usûlcülerin bu kavramı gözden geçirerek tashih etmesinden sonra olduğunu söyler.[6]

İstihsân yönteminin kullanımında Ebû Hanîfe'ye kimsenin yetişemediği, istihsânla hüküm verdiğinde herkesin sustuğu, gelen rivayetler arasındadır.[7]Ebû Hanîfe bunu yaparken, Hz. Peygamber (sav), sahâbe ve tâbiînlerin uygulamalarına dayanmıştır. Nitekim uygulamalara bakıldığında, görülür ki istihsân her ne kadar teknik anlamıyla kullanılmamış ise de, mâna ve içerik bakımından sonraki dönemlerde kavramlaşan ve

---

[3] Buhârî**Keşfü'l-Esrâr**, IV, 3–5; Yaman Ahmed, **İstihsân Ne Değildir**, **İslâm Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 8, Temmuz-Aralık 2007, sayfa [s.] 170.
[4] Özen Şükrü, **"Hicri II. YY. İstihsân ve Maslahat Kavramları", Ma'rife Bilimsel Birikim Dergisi,** 3/1 Bahar 2003, s. 33.
[5] Özen, **Hicri II. YY. İstihsân ve Maslahat Kavramları,** s. 33–34.
[6] İbni Hazm Ali b. Ahmed, **el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm I-VIII**, (Thk. Ahmed Muhammed Şakir) Dâru'l-İfâk el-cedîde Beyrut ty. VI, 16–20.
[7] Şelebî Mustafa (ö. 1362/1943)**, Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî I-II,** Dâru'l-Câmiîyye Beyrut 1905, I, 267.

müctehidin kendi vicdanî kanaatine göre genel durumdan ayrıldığı meseleyi ifade etmiştir.[8]

Şimdi Hz. Peygamber (sav), sâhâbe ve tâbiîlerin bu uygulamalarına dair kaynaklarda zikri geçen bir takım örnekler vereceğiz.

1.3.1. Hz. Peygamber'in İstihsân Türü İçtihad Örnekleri

Şüphesiz ki Hz. Peygamber (sav), insanlar için faydalı olanı celbetme ve zararlı olanı defetme hususunu herkesten daha iyi bilen biriydi. Dolayısıyla bir olay vuku bulduğunda ve Kur'anda açık ve net hükmü bulunmadığında Hz. Peygamber (sav) islâmın ruhuna uygun en doğru hükmü verirdi. Bu mânâda olmak üzere Hz. Peygamber'in (sav) sünnetinde yer alan istihsân türü ictihadî uygulamalardan tespit edebildiklerimiz şunlardır:

Cenin gurresi; Hâmile olan bir kadının herhangi bir şekilde çocuğunun düşmesine sebep olunması durumunda, buna sebebiyet veren kişinin ceza olarak ödemesi gereken diyet, İslâm ceza hukukunda "gurre" olarak ifade edilmiştir. Gurrenin miktarı ise, beş devedir. Yani diyetin yirmide biri veya buna denk olan nakit para olup, bu da Hanefîlere göre 50 dinar (200 gr. altın para) veya 500 dirhem (1400 gr. gümüş para) dir. Diğer çoğunluk hukukçulara göre ise 600 dirhem (1680 gr. gümüş) dir.[9]

Muğira b. Şû'be (ra) (ö. 50/670) şöyle rivayet etmiştir: "*Hüzeyl kabilesinden bir adamın nikâhı altında iki kadın vardı. Bunlardan birisi öbürüne bir direk (kalın bir sopa) ile vurdu. Onu ve karnındaki bebeği öldürdü. Taraflar meseleyi Rasûlullah'a getirdiler. Adamlardan birisi: 'Bağırmayan, yemeyen, içmeyen ve ağlamayan bir kimse (cenin) için nasıl olur da diyet öderiz?' dedi. Rasûlullah (sav): 'Bedevilerin seci'li konuşmaları gibi mi konuşuyorsun!' buyurup gurreyehükmetti ve onu kadının âkılesine yükledi*."[10]İşte bu olayda Hz. Peygamber (sav) genel kurala göre hüküm vermiş olsaydı,

[8] Önder Muharrem, **"İstihsân Kavramının Ortaya Çıkışı"İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 7, Nisan 2006, s. 181–208.
[9] Mergīnânî Ali b. Ebî Bekir (ö. 593/1196), **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-MübtediI-VIII**, İdâretu'l-Ku'ran ve'l-Ûlumi'l-İslâmiyye Pakistan, Tarih yok (ty.) IV, 189;
[10] Ebû Dâvûd (ö. 275/889) ,**Diyât**, 21.

ceninin hayatı kesin olmadığından, herhangi bir bedel gerekmemeliydi. Ancak Hz. Peygamber (sav) genel kurala göre hüküm vermemiş, cenin için diyet olarak bir yarım insan gurresi hükmetmiştir.

Selem akdi; Selem veya selef akdi, peşin para karşılığında, mislî bir malın vâdeli olarak satımı demektir. Bu da bir kimsenin elinde mevcut olmayan bir malı satması anlamına gelmektedir.[11] Bu ise, Hz. Peygamber (sav) tarafından yasaklanmıştır.

Hâkim b. Hizam (ra) (ö.54/674) şöyle rivayet ediyor*: "Ya Resûlallah bana birileri geliyor ve bende olmayan bir şey satın almak istiyor. Ona istediği şeyi satıyorum. Buna ne buyurursunuz? Diye sorduğumda; 'Rasûlullah (sav) bana, sahip olmadığın şeyi satma'*[12] şeklindebuyurdular. Bu yasağın mantığı şu iki hususdan ötürüdür: Birincisi, müşteriyi bekletir dolayısıyla zaman kaybı olur. İkincisi, gereksiz aracılıkla fiyatın artmasına neden olur. İşte buna göre selem akdinin câiz olmaması gerekirdi. Ancak o zaman Medinelilerin çoğu çiftçi idiler, nakit ihtiyaçlarını karşılamak için yetiştirdikleri ürünleri mevsiminden önce satmak için, bundan başka çareleri yoktu. Dolayısıyla durumu Hz. Peygamber (sav)'e götürmüşler. Hz. Peygamber (sav) de onların ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak, bu sözleşmeye *"Selem yoluyla satış yapan, bunu belirli ölçüye, belirli tartıya ve süreye göre yapsın"*[13] diyerek izin vermiştir. Bu duruma göre, selem akdi genel kurala aykırı olmakla birlikte, Hz. Peygamber (sav) Medinelilerin ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak, özel şartlarla câiz görmüştür.[14] Bu da maslahata dayalı istihsân düşüncesinden başka bir şey değildir.

Ayrık otu; Hz. Peygamber (sav) Mekke'nin hürmet ve küdsiyyetinden bahsederken, "*Mekke'nin ağaç ve bitkileri koparılmaz"* buyurmuştur. Abbâs (ra)'ın (ö. 61/680), ey Allah'ın Resûlu, "*kabirlerimiz, zanaatkârlar ve evlerin tabanlarını örtmek için Mekke ayrığı müstesna"* demesi üzerine Hz. Peygamber (sav) "*ayrık otu*

[11] Şeyhzade Abdurrahman b. Muhammed (ö. 1078/1667), **Multeka'l-Ebhür I-IV**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1998, I, 137.
[12] Ebû Dâvûd, **Büyû**, 70.
[13] Nesâi (303/915), **Büyû**, 63.
[14] Zekiyüddin Şa'bân, **İslâm Hukuk İlminin Esasları, (**Tercume[Trc.] İbrahim Kâfi Dönmez**),** TDV. Yayınları Ankara 2009, s. 183; Yunus Vehbi Yavuz**, Hanefî Müctehidlerinde İstihsânMetodu, UÜİF. Dergisi**, Cilt [c.] I, Sayı: 1, (1986) . s. 88.

müstesna"[15] buyurmuştur. Burada insanların ihtiyacı olan kısım genel hüküm olan yasak kapsamından çıkarılmıştır.[16]

Kâfirlere savaş halinde yiyecek vermenin cevâzı; Savaş halinde olan düşmana, silâh ve silâh îmâline yarayacak ve onları güçlendirecek şeylerin satılması yasaktır. Çünkü Rasûlullah (sav) bu tür uygulamaları, yasaklamıştır.[17] Zira bununla onlar, Müslümanlara karşı harp için güçlendirilmiş olur. Aynı illeti taşıdığı düşünülen yiyecek ve giyecek maddeler için de genel kuralın bu olması gerekir. Yani bunların satımının câiz olmaması gerekir. Ancak Hz. Peygamber (sav)'in bir uygulaması nedeniyle bunlar istisnâ edilmiştir. Hz. Peygamber (sav), Mekkelilerle savaş halinde oldukları halde, Sümâme isimli bir sahâbîye, onlara yiyecek götürmesini emretmiştir.[18] Bu da istihsândır.

1.3.2. Sahâbenin İstihsân Türü İçtihad Örnekleri

Hz. Peygamber (sav) hayatta iken bir olay vuku bulduğunda, kendine başvurulurdu ve olay çözülürdü. Hz. Peygamber'in (sav) âhirete irtihal ettikten sonra, sahâbe, vuku bulan olaylara çözüm bulmak için, önce Ku'ran'ı-Kerim'e başvururlardı, onda bulamadığında, Resûlullah (sav)'ın sünnetine başvururlardı. Onda da bulamadığında, Resûlullah (sav)'ın kendilerine öğrettiği gibi hakkaniyetten ayrılmadan insanlar için faydalı olduğu yönde, hem istihsân hem de diğer ictihadî uygulamaları kullanarak, hüküm verirlerdi ve bu konuda birbirini teşvik ederlerdi. Nitekim Hz. Ömer (ö. 23/644)'in Ebû Mûsa el-Eşari'ye (ö. 42/662), gönderdiği mektupta, özellikle ictihad yöntemlerinden istihsân mahiyetini çağrıştıran ifadeleri kullanmıştır.

Hz. Ömer (ra), Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye (ra) gönderdiği mektupta şöyle diyordu: "*Kur'an ve sünnette bulunmayan ve tereddüde düştüğün meseleleri çok iyi anlamaya çalış, birbirine benzeyen hususları iyice kavra ve buna göre meseleleri birbirine kıyas et.*

---

[15] Buhârî(ö. 256/870),**Cenâiz**76.
[16] Şelebî Mustafa, **Ta'lilu'l-Ahkâm,** Dâru'l-Vahdeti'l-Arabiyye Beyrut 1981, s. 33; Mergînânî, **el-Hidâye,** IV, 234.
[17]Askâlanî Ahmed b. Ali (ö. 852/1448), **ed-Dirâye fi Tahrîci Ehâdîsi'l-Hidâye I-II**, (Tahkik [Thk.] Seyyid Abdullah b. Hâşim) Dâru'l-Ma'rife Beyrut ty. II, 117
[18]Askâlanî, **ed-Dirâye fi Tahrîci Ehâdîsi'lHidâye, II,** 118.

Bulduğun sonuçlar içinde Allah katında en sevimli olan ve senin kanaatine göre hakkaniyete en yakın olan hükmü ver"[19]

Hz. Ömer (ra) sözlerinin ilk kısmında, vuku bulan olayın bir benzeri bulunduğunda ve sonucu da adâlet ve hakkaniyete uygunsa hemen kıyasın uygulanmasını istiyor. Ancak sözünün ikinci kısmında, bu mümkün olmadığı takdirde Allah'ın hoşlanacağı temel ilkelerle uyuşan, adâlet ve hakkaniyet ölçülerini gerçekleştiren bir hükme varılmasını emrediyor. Yani yapılacak kıyas şeriatın ruhuna uygun düşmeyen bir sonuç doğuruyorsa, kıyas hükmünü bırakıp, Allah nezdinde daha sevimli, bir başka ifadeyle adâlet ve hakkaniyete daha uygun olanın yapılmasını istiyor. Bu da istihsândan başka bir şey değildir.[20]

Sahâbenin istihsân türü ictihadlarına şunları örnek olarak vermek mümkündür: Mirâsta müşerreke meselesi; Mirâs konusunda yerleşik kurala göre; Asâbe[21] yoluyla mirâsçı olanlar, belli pay sahipleri, hisselerini aldıktan sonra, kalan malı alırlar. Şayet bir şey kalmazsa, mirâstan mahrum kalırlar.[22]

Hz. Ömer (ra)'de karı, anne, birden fazla ana bir kardeşler ve ana-baba bir öz erkek kardeşler bulunan bir mirâs meselesinde bu temel kurala göre hükmetmiş ve asâbeden olan öz erkek kardeşlere mirâstan bir şey kalmamıştır. Ana bir kardeşlerden vârise daha yakın olmaları sebebiyle daha kuvvetli olan ve bununla birlikte bu meselede mirâstan mahrum kalan öz erkek kardeşler: "Haydi babamızı yok say, en azından ana bir kardeşler değil miyiz?" diyerek bu hükme itiraz etmişlerdir. Bunun üzerine Hz. Ömer meseleyi tekrar incelemiş ve öz erkek kardeşlerin de ana bir kardeşlere paylarında ortak olmaları yönünde hüküm vermiştir.[23] Bu meselede genel kurala göre öz erkek kardeşlerin mirâstan mahrum bırakılması gerekmektedir. Fakat Hz. Ömer (ra) bunun

---

[19] Suyûtî Abdurrahman (ö 911/1505), **el-Eşbâh ve'n-Nezâir**, Müessesetü'l-Kutubi's-Sikâfiye Beyrut ty. s 13- 14.
[20] Önder, **İstihsân Kavramının Ortaya Çıkışı**, s. 187.
[21] Bir mirâs hukuku terimi olarak, yalnız başına olduğunda bütün mirâsı, ashabü'l ferâiz'den mirâsçı bulununca onlardan artanı alan ve ölene (mûris'e) araya kadın girmeksizin bağlanan erkek hısımlarla bu hükümde olan diğer kimselerdir. Oğlu, oğlun ilânihaye oğlu gibi. Bunların belirli mirâs hisseleri ayet ve hadislerde belirlenmemiştir (Hamdi Döndüren, **Delilleriyle İslâm Hukuku, Şahıs, Aile, Mirâs Hukuku,** İstanbul 1983, s. 495–507)
[22] Buhârî, **Ferâiz** 3; Müslim (ö. 261/875), **Ferâiz** 2; Erdoğan Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, Ensâr Neşriyat İstanbul 2005, s. 32.
[23] Şelebî Mustafa, **Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî,** I, 277.

şeri'atın genel maksadına, adâlet ve hakkaniyete uymadığına kanaat getirmiş, genel kuraldan vazgeçip, istihsân prensibine göre hüküm vermiştir. Hatta Hz. Ömer (ra)'in, "*kıyas Ali'nin söylediği, istihsân Ömer'in söylediğidir*"[24] dediği nakledilmiştir.

Hz. Ebû Bekir (ra)'in (ö. 13/634) Hz. Ömer (ra)'i halife tayin etmesi; Genel kurala göre, İslâm halifeliği ancak Müslümanların halifeye bi'at etmesiyle olur. Nitekim Resûlullah da kendi yerine hiç kimseyi tayin etmemiş, hilafet işini Müslümanlara bırakmıştır. Müslümanlar da onun vefatından sonra Hz. Ebû Bekir (ra)'i halife olarak seçmişlerdir.[25] Fakat Hz. Ebû Bekir (ra), bu kurala uymamış,[26] Hz. Ömer (ra)'i kendi yerine halife tayin etmiştir.

Hz. Ebû Bekir (ra) Hicrî 13. yılda Cemâziyelâhir ayının başında Medine'de yakalandığı hastalığının ortaya çıkması üzerine yatağa düşünce, yerine Hz. Ömer (ra)'in namaz kıldırmasını istemiştir. Sahâbe ile istişâre ederek Hz. Ömer (ra)'i halifeliğe uygun gördüğünü söylemiş ve hilâfet ahitnamesini Hz. Osman (ra)'a yazdırmıştır. İnsanlar bunu işitince, muhâcir ve ensârlardan ileri gelenler Hz. Ebû Bekir (ra)'e gelerek, Hz. Ömer (ra)'in sert olduğundan dolayı itirazda bulundular. Bunun üzerine Hz. Ebû Bekir insanların toplanmasını istedi. İnsanlar toplanınca, Hz. Ebû Bekir (ra) şu konuşmayı yaptı: "*Ey insanlar, gördüğünüz gibi hakkımdaki Allah'ın kazası yakındır, işlerinizi düzene koymak, namazınızı kıldırmak, düşmanlarınızla savaşmak için bir halifeye ihtiyacınız var. Eğer istiyorsanız siz aranızdan birini halife olarak kendinize seçin; ya da ben kendi rey'imle sizin için daha iyi olan birini seçeyim"*. Hz. Ebû Bekir (ra)'in etrafındakiler şöyle dediler: "*Ey Resûlullah'ın halifesi, sen hayırlı olanı bizden daha iyi bilirsin, sen birini seç"* dediler. Hz. Ebû Bekir (ra) onlara*, "İnşallah sizin için en hayırlısı ne ise, onu yaparım"* dedi. Yanındakiler çıktıktan sonra, bu sefer Hz. Ömer'i çağırarak ona teklifte bulundu, Hz. Ömer (ra), "*ihtiyacım yok*" dedi. Hz. Ebû Bekir (ra), senin ona ihtiyacın olmasa da onun (halifeliğin) sana ihtiyacı vardır, dedi. Sonunda Hz.

[24] İbn Kudâme Abdullah b. Ahmed, **el-Muğnî I-X,** Dâru'l-Fikr, Beyrut 1984, VII, 22.
[25] Suyûtî Abdurrahman b. Ebî Bekir, **Târihu'l-Hulefâ** Matba'atu's-Sa'ade Mısır 1952, s. 14.
[26] Suyûtî, **Târihu'l-Hulefâ,** s. 74.

Ömer (ra)'i ikna etti vasiyetnameyi ona vererek ilan edilmesini istedi. İlan edildikten sonra Müslümanlar da kabul ederek Hz. Ömer (ra)'i halife seçtiler.[27]

Hz. Ebû Bekir (ra); kendinden sonra Hz. Ömer (ra)'i tayin etmesi Muhtemelen şu düşünceden kaynaklanmıştır; o zamanda Müslüman orduları düşmanlarla savaş halindeydiler. Şayet Hz. Ebû Bekir (ra) Hz. Ömer (ra)'i halife tayin etmeyip, Müslümanları yalnız başına bırakmış olsaydı, halife seçimindeki muhtemel tartışmaların, devletin bir süre lidersiz kalmasına sebep olurdu. Bu durum da savaş halindeki Müslümanlar için büyük bir tehlike olacağı muhtemeldi. İşte bu durumu göz önünde bulunduran Hz. Ebû Bekir (ra) genel kuraldan vazgeçrek, istihsânda bulunmuş ve Hz. Ömer (ra)'i kendi yerine halife tayin etmiştir.[28]

Sevâd arazisi; Hz. Ömer (ra) devrinde Şam ve Irak fethedilince, gâziler arazinin beşte dördünün kendilerine dağıtılmasını istemişti. Nitekim yerleşik kurala göre de böyle olması gerekirdi. Çünkü Yüce Allah âyeti kerimede şöyle buyurmaktadır:***"Eğer Allah'a ve hakkı bâtıldan ayıran o günde, iki topluluğun karşılaştığı günde kulumuza indirdiğimize inanıyorsanız, bilin ki, ele geçirdiğiniz ganimetin beşte biri Allah'ın, Peygamber'in ve yakınlarının, yetimlerin, düşkünlerin ve yolcularındır. Allah her şeye Kadir'dir."***[29]Ayrıca Hz. Peygamber (sav) de Hayber fethinde böyle bir uygulamada bulunmuştur.[30]Ancak Hz. Ömer (ra) Sevâd olarak bilinen Aşağı Mezopotamya arazisini, Müslüman topluluğu için bazı tehlikelere sebep olabileceği düşüncesiyle, yerleşik kurala göre taksim etmemiştir.[31] Hz. Ömer (ra)'i bu uygulamaya sevk eden muhtemel tehlikeler ise, şunlardır: Birincisi, eğer bu arazi Sahâbelere dağıtılmış olsaydı, onlar arazinin işleyişiyle uğraşırlardı dolayısıyla bu onları cihattan men ederdi. İkincisi, bu arazinin onların mülkü olmasıyla onlardan sonra vârislerine intikal edecek bu da onlardan sonra gelenlerin o araziden mahrum kalmasına sebep olurdu. Üçüncüsü, devletin ihtiyaçlarını karşılamak için gelire ihtiyaç vardı. Şayet bu arazi sahâbeye dağıtılsaydı, devletin geliri de olmayacaktı. İşte Hz. Ömer (ra) bu nedenleri göz önüne

[27] İbn Kuteybe Abdullah b. Müslim (ö. 276/889), **el-İmâmetu Ve's-Siyâse I-II**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1997, I, 20–23.
[28] Suyûtî, **Târihu'l-Hulefâ,** s. 75.
[29] **Enfal** 8/41.
[30] Buhârî, **Sahîhü'l-Buhârî, I-VI**, Dâru İbn Kesîr Beyrut III, 1136, (Rakam[Rkm.] 2957)
[31] Ebû Ubeyd Kâsım b. Selam (ö. 251/865), **Kitabu'l-Emvâl,** Kahire 1975, S. 72.

bulundurarak, genel kural (kıyas) tan vazgeçip, o araziyi kamu malı statüsüne kavuşturmuş ve haraçlarını vermek şartıyla, eski sahiplerine bırakmıştır. Hz. Ömer'in (ra) bu uygulaması ise, maslahata dayalı istihsândan başka bir şey değildir.[32]

Hz. Ali (ra)'nin (ö. 40/661) kur'a formülü; Yemen'de üç erkek, iki hayız arasındaki bir temizlik içinde bir cariyeyle birleşmişler ve kadın da bundan hâmile kalmıştı. Çocuğun kime ait olacağı konusunda ihtilâfa düşen erkekler Hz. Ali (ra)'ye başvurmuşlar, o da, "*Aranızda kur'a çekin, kur'a kime çıkarsa çocuğu o alır ve diğer şahsa, bir tam diyetin (kan bedeli, tazminat) üçte ikisini öder*"[33] şeklinde hükmetmişti. Bilâhare bu hükmü Hz. Peygambere iletmişler, o da tasvip etmiştir.Hz. Ali (ra), çocuğun maslahatını göz önünde bulundurarak yukardaki hükmü vermiş ve çocuğun faydasını kıyasa tercih ederek müctehidlerin istihsân olarak adlandırdıkları metodu kullanmıştır.[34]

Kocanın ölüm hastasıyken boşadığı eşin mirâs durumu; İslâm hukukundaki yerleşik kurala göre, sahih bir evlilik, mirâs sebeplerinden biridir. Evlilik âkdi, ancak bâin talak ve eşlerden birinin ölümüyle sona erer. FakatHz. Ömer (ra) ve Hz. Osman (ra), (ö. 35/656) ölüm hastası olan bir erkeğin karısını bâin talakla boşaması ve kadının iddetibitmeden ölmesi durumunda, bu kadının mirâstan mahrum bırakılmayacağına hükmetmişlerdir. Hz. Osman (ra), Abdurrahman b. Avf (ra)'ın (ö. 32/652) eşi Tümâde binti Esbağ (ra)'ı hastayken bâin talakla boşadığı halde, ona mirâsçı kılmıştır.[35]

İnsanların, eşlerini sırf mirâstan mahrum bırakmak amacıyla, bu yöntemi kullanarak boşaması ve kadınların da mağdur olmasını engellemek için, hem Hz. Ömer (ra) hem de Hz. Osman (ra) genel kuraldan vazgeçmişler ve kadının menfaatini düşünerek, istihsânen bu duruma özel bir hüküm vermişlerdir.

[32] Ebû Yûsuf**, Kitabu'l-Harâc**, Dâru'l-Ma'rife Beyrut ty. s. 35–36.
[33] Ebû Dâvûd, **Talak**, 32.
[34] Önder, **İstihsân Kavramının Ortaya Çıkışı,** s. 188.
[35] İbn Kudâme, **el-Muğnî,** I, 330.

1.3.3. Tâbiînin İstihsân Türü İçtihad Örnekleri

Tâbiîn döneminde, İslâm devletinin sınırları epey genişlemiş, çeşitli milletler Müslüman olmuş veya Müslümanlarla temasa geçmiştir. Her millet ve coğrafyanın kendine göre âdet, teâmül ve şartları olduğundan, Müslümanlar yeni problemlerle ve olaylarla karşı karşıya gelmişlerdir. Bunun tabii bir sonucu olarak da tâbiîn müctehidleri karşılaştıkları problemleri çözebilmek için ictihada başvurmuşlar, Kur'an ve sünnetin nassları ışığında hükümler elde etmeye çalışmışlardır.[36] Ancak bu dönem müctehidleri, Hz. Peygamber (sav) ve sahâbe devirlerinde olduğu gibi fikir birliği içinde olamamış, ihtilâfa düşmüşlerdir. Bir kısmı, insanların problemlerini halledip, dini hükümlerini bildirmede, daha çok hadislerle yetinme yolunu tercih etmişlerdir. Bu guruba "ehl-i hadis" (Hicaz ekolu) adı verilirken, bir kısım ise, insanların problemlerini çözmede hadisleri kullanmakla birlikte, şahsî görüş ve ictihadları da kullanmışlardır. Bunlara da "ehl-i rey" (Irak ekolu) adı verilmiştir.[37]

Ehl-i hadise göre sünnet, İslâm teşri'inin Kur'andan sonraki en önemli ve tek kaynağıdır. Bu nedenle ehl-i hadis bir meselenin hükmü Kur'an ve sünnet nasslarında yoksa konuyla ilgili hükmü Allah'a havale etmiş ve içtihatta bulunmamıştır. Dolayısıyla ictihadî bir faaliyet olan istihsân uygulaması ehl-i hadis'in başvurduğu bir yöntem olmamıştır.[38]

Ehli re'y ise, teşrî' hükümlerin mâna ve gayesinin akıl ile kavranabileceği görüşündedir. Onlara göre bu hükümler için Kur'ân'ın ifade ettiği ve sünnetin teyid ettiği umûmî prensipler vardır. Ayrıca fıkhın her bölümü için kitap ve sünnetten aldıkları bir takım kaideleri ele alarak, o bölümde bulunan bütün meselelere, hakkında nass olmasa dahi, uygulamışlardır.[39]

Ehl-i re'y'in, sünnet malzemesini kullanmada kendine özgü bir takım kuralları bulunduğundan gelen rivayetlerin tamamını kullanmamış,

[36] Karaman Hayrettin **İslâm Hukuk Tarihi,** İz Yayınları İstanbul 2007, s. 157.
[37] Hamevî Ûsâme, **Nazariyyetu'l-İstihsân**, Dâru'l-Hayr Beyrut 1992, s. 14.
[38] Zerkâ Muhammed Mustafa, **el-Medhal fî'l-Fıkhi'i-İslâmî I-II**, Dâru'l-Kalem Dımeşk 1998, I, 177.
[39] Şelebî Mustafa, **el-Medhal fî't-ta'rif bi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Dâru't-Te'lif Mısır 1962, s. 95.

ictihadî faaliyet olarak aklı devreye almıştır.[40] Dolayısıyla istihsân uygulaması tâbiînden ehl-i re'y için geçerlidir.[41]

Kaynaklarda zikri geçen tâbiîn dönemi istihsân uygulamalarına şu örnekleri vermek mümkündür:

Yakın lehine şahitlik meselesi; Sahâbe ve tâbiîn devirlerinde, kişinin yakını lehine; (çocuğun babası, babanın çocuğu ve kocanın karısı) için şahitlik etmesi kabul ediliyordu. Bu husus Hz. Ömer (ra), Kâdî Şurayh (ö. 80/699) Saîd b. Müseyyeb ve Ömer b. Abdülaziz'den (ö. 101/719) rivayet edilmiştir. Bir gün Ali b. Kâhif isimli şahsın karısı Kâdî Şurayh nezdinde bir alacak davası açmıştı. Kadın bir adamdan alacaklı olduğunu iddia ediyordu. Kocası ve babası onun lehinde şahitlik edince davalı itiraz ederek*; "*biri kocası, biri de babası!"dedi. Bunun üzerine Kâdî Şurayh; "Sen bu özellik dışında onların şahitliğini reddetmeyi gerektirecek bir kusur biliyor musun? (Eğer yoksa bu özelliğin şahitliğe zararı yoktur). Müslüman olan herkesin şahitliği geçerlidir" diyerek bu itirazı dikkate almadı. Ancak insanların ahlâkı değişip kalplerde iman hâkimiyeti zayıflayınca ve toplumda başkalarını haksız yere itham eğilimi kendini gösterince, fakîhler, önceki uygulamayı aynen sürdürmenin hak kaybına yol açacağını, insanların zarara ve sıkıntıya düşeceklerini fark ettiler. Maslahat düşüncesine dayanarak ve toplumdaki kötü gidişi önlemek için yakınların birbiri lehine şahitliğini reddettiler. Diğer bir ifadeyle yerleşik kuraldan vazgeçip, kendi zamanlarının şartlarını dikkate alarak, yakınların birbiri lehine şahitlik etmesini kabul etmediler ve bu hükmü evlât-baba; kardeş ve karı-koca ile sınırlandırdılar. Şayet herhangi bir zamanda daha uzak akraba için aynı töhmet söz konusu olacak olsa, onların da şahitliği reddolunabilir.[42] Bu uygulama maslahat düşüncesine dayanan istihsân ictihadıdır.

Kapısı önünde öldürülmüş bulunan kişinin durumu; Konuyla ilgili olarak İbrahim en-Nehaî'den şöyle bir rivayet gelmiştir*: "*Kapısı önünde öldürülmüş bulunan bir kimseyi, malını veya namusunu korumak için öldürdüğünü iddia eden kimse hakkında hüküm verebilmek için maktulün durumu incelenir. Birinci durumda, maktul

[40] Ali Cum'a Muhammed, **el-Medhal lid-Diraseti'ş-Şeriati'l-İslâmiyye,** el-Me'hadu'l-Âlemî Kâhire 1996, s. 155–157.
[41] Kettân Mennâ' Halil (ö. 1417/1996), **Târihu't-Teşr'i'l-İslâmî**, Mektebetu'l-Meârif Riyâd 1996, s. 291.
[42] Şelebî Mustafa, **Ta'lilu'l-Ahkâm**. Matbaatu Ezher Mısır 1947, s. 75.

hırsızlıkla itham edilen bir kimse ise, katile kısas gerekmez, diyetini öder. Maktul iyi olarak tanınmış ise, kısas gerekir. İkinci durumda da maktul zinâ suçundan sabıkalı bir kimse ise kısas düşer, diyet gerekir. Aksine iffetli olarak tanınmış bir kimse ise, katile kısas gerekir"[43]

İbrahim en-Neha'î bu ictihadında, nassın zahirinden ziyade mâna ve maksadına bakarak, sadece iddia ile kısası uygulamamış veya ıskat etmemiştir. Bu iddiaların emâre ve karinelerle tespiti cihetine gitmiş, böylece muhtemel suistimalı önlemiştir. Ve insanların maslahatını düşünüp, genel kuralı uygulamamış, olayı kendi içinde değerlendirerek, başka bir delile dayanarak olayın özelliğine uygun başka bir hüküm vermiştir.[44]Mihrin en az miktarını belirlemesi; Bazı Iraklı müctehidler, mihrin alt sınırını belirlemede, hırsızlıkta had cezasını gerektiren miktarı esas alarak ona kıyas etmişler ve mihrin alt sınırını on dirhem veya bunun karşılığı olarak belirlemişlerdir. Nitekim hırsızlıkta, had cezasının uygulanmasını gerektiren asgari miktar, on dirhem para veya bunun kıymetidir. Ancak bazı Iraklı fakîhler "biz, önemsiz bir meblağ karşısında cinsi münasebetin meşru' sayılmasını hayretle karşılıyoruz" diyerek buna karşı çıkmışlardır. Iraklı fakîhlerin önde gelenlerinden İbrahim en-Nehâî de, mihrin kırk dirhemden az olmasını hoş görmemiş ve hükmü kıyastan daha faydalı olan istihsâna göre vermiştir.[45] Bu örnekler dikkatli bir şekilde incelendiğinde Sahâbe ve tâbiînin bu uygulamalarının istihsân kapsamına girdiği görülecektir. Çünkü bütün bu uygulamalarda şartların değişmesiyle ortaya çıkan yeni durumun gereğine göre kurallar değiştirilmiştir. Onlar bu ictihadlarında genel geçer kurallara değil, Hz. Peygamber'in rehberliğinde kendileri için bir meleke haline gelen adâlet, hakkaniyet, maslahatı benimseme, zararı def'etme gibi prensiplere dayanarak özel hükümler vermişlerdir.[46]

[43] Şeybânî Muhammed b. Hasan (ö. 189/805), **el-Âsâr,** ty, Yayın Yeri Yok (yy.) s. 676.
[44] Şelebî, **Ta'lilu'l-Ahkâm**, s. 80.
[45] Zeyla'i Osman b. Ali(ö. 743/1342),**Tebyînu'l-Hekâik I-VI,** Mektebetu'l-İslâmiyye Kâhire 1895, II, 136.
[46] Önder, **İstihsân Kavramının Ortaya Çıkışı**, S. 194.

İKİNCİ BÖLÜM

1. MEZHEPLERİN İSTİHSÂN İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİ

İstihsân, fıkıh mezheplerinin teşekkülünden itibaren üzerinde çokça tartışmanın cereyan ettiği bir delildir. İslâm hukuk tarihine bakıldığında kimi mezhepler istihsân delilini kabul ederken kimileri de kabul etmemiştir.

Şimdi konuyla ilgili olarak mezheplerin istihsân hakkındaki görüş ve açıklamalarını ele alacağız.

1.1. İSTİHSÂNI ŞER'İ BİR DELİL OLARAK KABUL EDEN MEZHEPLER

Hanefîler, Mâlikîler, Hanbelîler, Zeydîler ve Mutezileden Ebû'l Hüseyin el-Basrî'nin de içinde bulunduğu cumhura göre istihsân şer'i bir delildir.[47]

1.1.1. Hanefî Mezhebinde İstihsân

1.1.1.1. Hanefî Mezhebinde İsitihsân Kavramı

İslâm hukukunda istihsânı şer'i bir delil olarak, en çok kullananlar Hanefîlerdir. Birçok fıkhî meselede istihsan kelimesini, şer'î hüküm çıkarırken başvurulacak müstakil bir şer'î delil izlenimini verecek şekilde ve çok zaman da kıyas kelimesinin yanısıra kullanmışlardır. Meselâ, "bu meselede kıyasa göre şöyle, istihsana göre böyle hükmetmek gerekir" ya da "kıyas şöyle hükmetmeyi gerektirirdi, fakat biz istihsan

[47]Şevkânî Muhammed b. Ali (ö. 1250/1834), **İrşâdü'l-Fühûl İlâ Tahkîki'l-Hakki Min İlmi'l-Usûl**, Beyrut 1992, s. 241.

yaparak böyle hükmediyoruz" veya "kıyası çirkin buluyoruz" gibi ifadelere Hanefî fıkıh kitaplarında çok rastlanır.[48]

Şer'i hükümlerin istinbâtında kıyasa çokça başvuran Hanîfeler, şayet kıyasla vardığı hüküm, dinin ruhuna, genel prensip ve amaçlarına uygun düşmezse ilk bakışta fark edilmeyen, ancak biraz düşünüp incelemekle anlaşılabilecek olan müessir illeti kavrayarak ve daha kuvvetli bir delile dayanarak istihsân metoduyla ictihadî faaliyette bulunmuştur. [49]

İmam Ebû Hanîfe (ö. 150/767)istihsânı o kadar kullanmıştır ki, öğrencilerin hayranlığını kazanmıştır. İmam Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'den yapılan bir rivayete göre, İmam Ebû Hanîfe, kıyas yaptığı zaman arkadaşları ona itiraz ederlerdi. Fakat istihsân yapıyorum, dedi mi hiç kimse ona karşı çıkmazdı. Çünkü istihsân yapmış olduğu meselelerde öyle deliller bulurdu ki, hepsi boyun eğip ona teslim olurlardı.[50]Bunun sebebi, meselelerin inceliğini kavraması, halkla yakın bir temas içinde olmasından dolayı insanların muâmelelerini, hayattan beklentilerini ve karşılaşmış oldukları zorlukları gayet iyi bilmesidir.[51]

Ebû Hanîfe ilmî çalışmaları yanında ticaretle de meşgul olmasından dolayı sürekli olarak hayatın pek çok alanında çok çeşitli sorunlarla karşılaşmıştır. Ebû Hanîfe gerek karşılaştığı problemlerle, gerekse kendisine yöneltilen sorularla ilgili olarak çokça içtihatta bulunmuş ve hem kıyasa hem de istihsâna sıklıkla başvurmuştur.[52] Ancak Ebû Hanîfe'nin ictihad metodunu açıklayan herhangi bir eser bırakmaması ve kendisinden istihsânın mahiyetini ortaya koyacak bir tanımın nakledilmemesi sebebiyle istihsân, üzerinde ihtilâfların vaki olduğu bir konu olarak kalmıştır. Bununla birlikte onun ictihad metoduna ve kullandığı istihsân prensibine ışık tutacak mahiyette bazı nakiller de bulunmaktadır. Hatîb el-Bağdâdî (ö. 1030/1620), Târîh-u Bağdâd adlı eserinde, Ebû Hanîfe'den naklen şu ifadeleri rivayet ediyor:"Ben evvelâ Allah'ın kitabında olanı

[48] Şelebî, **Ta'lilu'l-Ahkâm**, s. 330.
[49] Özen Şükrü, **"Hicri II. YY. İstihsân ve Maslahat Kavramları", Ma'rife Bilimsel Birikim,** Sayı: 1, Bahar 2003, s. 45–46.
[50] Önder, **İstihsân Kavramının Ortaya Çıkışı**, s.195.
[51] Ebû Zehrâ (ö. 1394/1974), **Ebû Hanîfe Hayâtuhu ve Âsâruhu-Ârâûhu ve fıkhuhu**, Dâru'l-Fıkri'l-Arabî Beyrut, 1991, s. 68.
[52] Heytemî Ahmed b. Hacer(ö. 974/1567),**el-Hayrâtü'l-Hisân fî Menâkıbi'l-İmâmi'l-A'zam Ebî Hanîfe en Nu'mân,**(Thk. Halil el-Meys,) Dâru'l-Kutubi'l-ilmiyye, Beyrut 1983s. 265.

alırım. Onda bulamazsam Peygamber (sav)'in sünnetinden alırım. Allah'ın kitabında ve Peygamber (sav)'in sünnetinde bulamazsam o zaman sahâbenin sözlerini alırım. Onlarda dilediğimin sözünü alır, dilediğimi bırakırım, onların sözünden başkasının sözüne çıkmam. Fakat iş İbrahim (ö. 96/715), Şa'bî (ö. 104/722), İbn-i Sîrin (ö. 110/729), Hasan Basrî (ö. 110/729), Âtâ (ö. 114/732), Saîd b. Müseyyeb (ö. 91/710) gibilere geldi mi, bunlar ictihad yapmış kimselerdir, onlar nasıl ictihad ettilerse ben de onlar gibi ictihad ederim"[53]Bir rivayette de Ebû Hanîfe, sahâbe ve tabiînden de olsa, sahih bir hadisin bulunduğu bir meseleyle karşılaştığında o hadise uyar aksi halde kıyasa başvurur ve onu da çok güzel yapardı.[54]

İmam Şafiî: "İnsanlar kıyas ve istihsân konusunda Ebû Hanîfe'nin aile fertleri sayılır"[55] diyerek onun bu hususta vukûfiyetini ifade etmiştir.

İmam Ebû Yûsuf da İmam Ebû Hanîfe'nin istihsânı kullandığına dair şöyle bir açıklama yapmaktadır: "Ebû Hanîfe kendisine bir mesele getirildiğinde, bu konuda bildiğiniz eserler nelerdir? Diye sorardı. Biz eserleri naklettiğimizde o da bildiklerini zikreder ve meseleyi ona göre incelerdi. Mesele hakkında iki kavil oluşur ve bir tarafta eserler daha fazla olursa onu tercih eder, birbirine yakın olursa da birisini seçerdi. Sonra (eser bulunmadığında) kıyasa başvurur; kıyas kötü sonuca götürdüğünde ise, onu bırakarak istihsân yapardı." [56]

Mekkî (ö. 568/1090), Ebû Hanîfe'nin istihsân prensibini, dinin genel ilkelerine uygun bir şekilde maharetle ve ustalıkla uygulamasını şöyle ifade etmiştir: "Bir kimsenin Allah'ın dini hakkında re'yi ile söz söylemesi câiz olursa bu ancak Ebû Hanîfe'nin 'istihsân yaptım' demesiyle olur" [57]

Ebû Zehrâ (ö. 1394/1974), Ebû Hanîfe'nin istihsânı başarı ile uygulamasının arkasındaki temel âmilleri şöyle sıralamaktadır: "Ebû Hanîfe'nin istihsânı mükemmel bir şekilde uygulayıp onun vasıtasıyla istinbâtta bulunması, ancak, insanların

[53] Bağdadî Ebû Bekir el-Hatib Ahmed b. Ali, **Târihu Bağdâd** I-IV, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 2001, XIII, s. 388.
[54] İbn Hacer el-Heytemî**, el-Hayrâtü'l-Hisân,** s. 41.
[55] Özen Şükrü, **"Hicri II. YY. İstihsân ve Maslahat Kavramları", Ma'rife Bilimsel Birikim,** Sayı: 1, Bahar 2003, s. 36.
[56] Şelebî, **Ta'lilu'l-Ahkâm**, s. 330–32.
[57] Muvaffak el-Mekkî, **Menâkibu Ebî Hanîfe,** Dâru'l-Kutubi'l-Arabiyye Beyrut1981, I, 75–85.

maslahatlarını çok iyi idrak etmesi, muâmele tarzlarını bilmesi, şâri'in koyduğu temel ilkelere vakıf olması, gizli illetleri çıkartma ve münasib (hükme uygun) vasıfları bulup hükümleri onlara bağlama konusunda kudretli olmasıdır."[58]

Ebû Hanîfe'den nakledilen istihsân örnekleri incelendiğinde, onun istihsânı şu anlamlarda kullandığı anlaşılmaktadır:

1.Sabit olan bir hadise dayanarak kıyası (genel kuralı) terk etme.[59]

2.Sahâbe icmâ'ından dolayı kıyası terk etme.[60]

3. Sahâbeden nakledilen eserlere dayanarak kıyası terk etme. [61]

4. Toplumda yerleşik ve yaygın olan örfe dayanarak kıyası terk etme.[62]

5. Bir meselede hemen akala geliveren kıyası, maslahatı gerçekleştirme konusunda daha etkili başka bir illet ve öngörü sebebiyle terk etme.[63]

Muvaffak el-Mekkî, Menâkibu Ebî Hanîfe adlı eserinde EbûHanîfe'nin istihsân kullanımı hakkında şöyle bir açıklama yapmaktadır:"Ebû Hanîfe'nin kavli, güvenilir olanı almaktır, çirkin olandan kaçınmaktır. İnsanların muâmelâtına, doğru olan işlerin, onlara yararlı olan şeylere bakıp onlar için muteber olanı almaktır. İşleri kıyasla ölçer, kıyas bozuksa o zaman istihsân yapar. istihsân da yürümezse o zaman Müslümanların aralarında muteber tuttukları muâmelelere bakar. Herkesçe maruf olan Hadisi alır. Kıyas mümkün oldukça kıyas yapar, sonra istihsâna giderdi. Hangisi daha sağlamsa ona bakardı. Sehl der ki, işte Ebû Hanîfe'nin ilmi budur, umûmun ilmi de bu."[64]

Ebû Hanîfe'nin Öğrencileri ve İstihsân; Ebû Hanîfe'nin önde gelen öğrencilerinden Ebû Yûsuf'un (ö. 182/798) istihsân metodu ile ilgili görüşünü, vermiş olduğu fetvalardan ve bazı sözlerinden çıkartmak mümkündür.

---

[58] Ebû Zehrâ, **Ebû Hanîfe,** s. 364.
[59] Namazda kahkahanın abdesti bozması gibi (Serahsî, **el-Usûl**, I, 339).
[60] Karı ve kocanın birlikte dinden dönmeleri halinde kıyasa göre ayırılmaları gerekir. Ve bu durum nikâh devamına engel teşkil etmektedir. Fakat Ebû Hanîfe bu kıyas hükmünü, Benî, Hanîfe olayında sahâbe ittifâkına dayanarak terk etmiştir.(Baltacı, **Menâhicu't-Teşri'**, I,359).
[61] Ebû Hanîfe güvercin ve su kuşu pisliğinin namaza mani olmayacağı görüşünü istihsân prensibiyle benimsenmiştir (Ebû Zehrâ, **Ebû Hanîfe**, s. 311).
[62] Bir kimse satın aldığı şeyi evine kadar götürülmesini şart koşarsa, kıyasa göre bu alış-veriş fasid olur. Fakat Ebû Hanîfe insanların uygulamaları, örf ve âdetlerini dikkate alarak bu akdi câiz görmüştür. (Serahsî, **el-Mebsût**, XII, 199).
[63] Nafile kılan bir kimse namaza ayakta başlasa sonra özürsüz olarak oturmak istese Ebû Hanîfe'ye göre bu, istihsân prensibi uyarınca câizdir.(Serahsî, **el-Mebsût**, I, 208)
[64] Mekki, **Menâkıbu Ebi Hanîfe**, s. 82.

Ebu'l-Hasan el-Kerhî'den şöyle bir nakil gelmiştir: "Ebû Yûsuf bazı meselelerle ilgili şöyle derdi: Kıyas şöyledir, ancak eserden dolayı onu terk ettim".[65]Serahsî de Kerhî'den bu nakli şu ifadelerle aktarmaktadır: "Bu eser, sahâbeden bir tek kişinin sözüdür. Bu açıkça göstermektedir ki onun mezhebi, sahâbe sözünün kıyasa takdim edilmesidir."[66]

Ebû Yûsuf, eserleri günümüze kadar ulaşıp ta istihsân terimini kullanan ilk Hanefî fakîh olarak, bu prensibi hocası Ebû Hanîfe'den almış ve onu ictihatlarında ustalıkla kullanmıştır.[67] Ve istihsân terimini hocası Ebû Hanîfe gibi "kıyasa mukabil ictihadî faaliyet" olarak kullanmıştır. Bazen, "güzelbuluyorum (estahsinü)*"* ifadesini bazen de bunun yerine "çirkin buluyorum (estakbihu)" ifadesini kullanmıştır. Örneğin, başkasına ait bir kişinin devesi başka bir kişiye saldırsa ve saldırıya uğrayan kişi de o deveyi öldürse Ebû Hanîfe ve Muhammed'in kıyasa dayanan görüşüne göre sahibine kıymetini tazmin etmesi gerekir. Ebû Yûsuf ise, bu konuda "ona kıymetini tazmin ettirmeyi çirkin buluyorum (estakbihu)" diyerek tazmin ettirilmemesinin istihsân hükmü olduğuna işaret etmiştir.[68]

Ebû Yûsuf'un istihsân prensibine göre verdiği fetva ve hükümler incelendiğinde onun istihsânı başlıca şu anlamlarda kullandığı görülmektedir:

1. Nassa dayanarak istihsân yapması.[69]
2. Sahâbe ittifâkına dayanarak istihsân yapması.[70]
3. Sahâbe sözüne dayanarak kıyası terk edip, istihsân yapması.[71]
4. İnsanların teâmül ve örflerine binaen kıyası terk etmesi.[72]
5. Zaruret ve ihtiyaca binaen kolaylaştırma, zorluğu kaldırma ve zararı giderme esaslarına dayanarak istihsân yapması.[73]

---

[65]Cessâs Ahmed b. Ali (370/980), **el-Füsûl fî'l-Usûl I-IV**, (Thk. 'Uceyl Câsim En-Nuşemî) Vezaretü'l-Evkâf Ve'ş- Şüûni'l-İslâmiyye Kuveyt 1994, III, 361.
[66] Serahsî Ebû Bekir Muhammed (490/1096), **el-Usûl I-II**, Dâru'l-Kitabi'l-İlmiyye Beyrut 1993, II, 105.
[67] Matlûb, **Ebû Yûsuf**, s. 129.
[68] Tahâvî Ebû Ca'fer Ahmed (ö. 321/933), **el-Muhtasar**, (Thk. Ebû'l-Vefâ el-Afgânî,) Dâru İhyâi'l-Ulûm, Beyrut 1986, s. 211, 342, 402.
[69] Cessâs, **el-Füsûl**, IV, 116–117.
[70] Serahsî, el-**Mebsût I-XXXI,** Dâru'l-Ma'rife Beyrut ty**,** V, 49
[71] Serahsî, **el-Usûl,** II, 106, 110.
[72] Ebû Yûsuf; **el-Harâc**, s. 178
[73] Zorluk ve güçlüğü kaldırmak maksadıyla bir şehirde birden fazla yerde cuma namazının kılınmasına cevâz vermesi gibi (Matlûb, **Ebû Yûsuf,** s. 130.)

6. Bir meselede hemen akla gelen açık kıyası çeşitli itibar ve öngörülere dayanarak terk edip o konuda maslahata daha uygun, illeti daha kuvvetli gördüğü kıyası tercih etmekle istihsân yapması.[74]

Ebû Hanîfe'nin bir diğer öğrencisi olan Muhammed Hasan eş-Şeybânî, gerek ondan aldığı eğitim gerekse farazî fıkhın sağladığı esneklikle problemlere acil çözümler getirebilme ve fıkhı yaşanan hayata cevap verebilir biçimde yorumlama yeteneğine haiz bir fakîhdi.[75]Şeybânî, eserlerinin birçok yerinde istihsân ve kıyas kavramlarını birlikte kullanmıştır. Ve çoğunlukla "istihsânda bulunuyor, kıyası terk ediyorum" veya kıyas kelimesini kullanmadan, "bu istihsândır" veya "istihsâna göre böyledir" demekle yetinmiştir.[76]

Şeybânî'nin istihsân metoduna göre verdiği hükümler incelendiğinde onun istihsânı şu esaslara isnad ettiği anlaşılmaktadır:

1. Nasslara dayanarak istihsân yapıp kıyası terk etmesi.[77] ,

2. Sahâbe sözleri ve fiillerine -ister ittifâk isterse bazılarının görüşü şeklinde olsun- dayanarak istihsân yapması.[78]

3. Örfe dayanarak istihsân yapması. Şeybânî'nin istihsâna göre fetva vermesinde örfün çok büyük bir yeri ve önemi vardır.[79]

4. Zorluğu kaldırıp zararı gidermek, kolaylığı sağlamak, zaruret ve ihtiyaç gibi esaslara dayanarak istihsân yapması.[80]

5. Zaruret veya örf dışında adâlet, hakkaniyet gibi mülahazalarla istihsân yapması.[81]

---

[74] Dört rekâtlı nafile namaz kılan kimse ilk oturuşta teşehhüt miktarı oturmasa Ebû Hanîfe ve EbûYûsuf'a göre namazı sahihtir. Bu gizli kıyas türü bir istihsândır. (Kâsânî, **Bedâiü's-Sanâi'**, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1982, I, 260.)

[75] Özen Şükrü, **İslâm Hukuk DüşüncesininAklileşme Süreci,** Doktora Tezi (Basılmamış) İstanbul 1995, s. 307.

[76] Şeybânî, **el-Câmiu's-Sağîr,** İdâretü'l-Kur'ân, Karaçi-Pakistan, ty. s. 122.

[77] Şeybânî, **el-Hücce, Âlâ Ehli Medîne,** Haydarâbâd 1965,I, 316; II, 382.

[78] Şeybânî, **el-Hücce,** I, 392.

[79] Desûkî Muhammed(ö. 1230/1815)**el-İmam Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî**, Dâru's-Sikâfe, Katar 1987,s. 242.

[80] Serahsî, **el-Mebsût**, I, 87; XIV, 133

[81] Başkasının yerine hac yapan kimse müvekkilin emrine muhalif olarak hac ile birlikte umre de yapsa, kıyasa göre harcamaları tazmin eder. Ancak Şeybânî istihsân ile hükmederek bu kşiinin harcamaları tazmin etmesi gerekmediği görüşünü savunmuştur.(Desûkî, **el- İmam Muhammed**, s. 243.)

Ebû Hanîfe'nin bir diğer öğrencisi İmam Züfer de, istihsânı ustalıkla kullanan bir diğer Hanefîdir.[82] İmam Züfer (ö. 158/775) döneminde Hanefîlere karşı eleştirilerin çoğalması üzerine; "muhaliflerin sözlerine iltifat etmeyin. Çünkü Ebû Hanîfe ve arkadaşlarımız bir mesele hakkında kitap, sünnet ve sahih kavillerden başka bir şeye dayanarak konuşmamışlardır. En sonunda da bu esaslar üzerine kıyas yapmışlardır"[83] diyerek dayandıkları ictihad prensiplerini ana hatlarıyla ortaya koymuştur.

İmam Züfer'in hükümlerin istinbâtında kullandığı metotlar, arkadaşları Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed'den pek farklı değildir. Onlar ictihadlarında; kitap, sünnet, icmâ, sahâbe kavli, kıyas, istihsân ve örfü genel olarak Ebû Hanîfe'nin anladığı şekliyle kullanmışlardır. [84] Buna göre hem İmam Ebû Hanîfe hem de öğrencilerine göre istihsân; Kitap, sünnet, icmâ ve kıyas gibi muteber delillerden birine dayandırılan bir metot olup, bunlardan bağımsız bir istidlâl ve hüküm verme olayı değildir.

Gerek Ebû Hanîfe gerekse talebeleri Ebû Yûsuf, Muhammed eş-Şeybânî ve İmam Züfer eserlerinde istihsân terimini, teknik anlamıyla kullanmışlarsa da, kendilerinden istihsânın tarifiyle ilgili bir şey gelmemiştir. Ancak istihsân yöntemiyle verdikleri fetvalar incelendiğinde, istihsânı "kıyasa muhalif bir delil" olarak kullandıkları anlaşılmaktadır. İstihsânın bir İslâm hukuk terimi olarak tanımı sonraki dönem Hanefî usûlcülerine aittir.[85]

İstihsânın tanımını ilk yapan, Ebû'l-Hasan el-Kerhî'dir (ö. 340/951). O, istihsânı şöyle tarif etmiştir: "İstihsân, müctehidin daha kuvvetli gördüğü bir hususta dolayı bir meselede benzerlerinin hükmünden başka bir hükme udûl (vazgeçme) etmesidir."[86] Bu tanım, Hanefîlere göre istihsânın mahiyetini açıklayan en kapsamlı tanımdır. Zira onun bütün nevilerini, esas ve özünü içine almaktadır.

---

[82] Bağdâdî, **Târihu Bağdadi**, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut ty. XIV, 246.
[83] Mekkî, **MenâkibuEbî Hanîfe**, I, 75.
[84] Baltacı Muhammed, **Menâhicü't-Teşrîi'l-İslâmî fi'l-Karni's-Sânî el-Hicrî**, Câmiatü'l-İmâm Muhammed b. Suûd, Riyâd ty. I, 400–401.
[85] Matlûb Mahmud, **Ebû Yûsuf,** Câmiatu Bağdad, Bağdad 1972, s. 129.
[86] Buhârî Abdülaziz**, Keşfu'l- Esrâr I-IV,** Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1997, IV, 4-5; **Osman Şahin, "İstihsân Yönteminin Aklî Gerekçeleri ve Bazı Uygulama Şekilleri", Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi,** c. VIII, Sayı: 4, Ekim 2008, s. 43.

Buna göre istihsânın esası, hükmün küllî bir kaideye aykırı düşmesidir. Onun için öyle bir gerekçe olmalıdır ki kaidenin dışına çıkmak ve ona sarılmak şerîat'a daha yakın olsun. Bu takdirde ona itimad istidlâl bakımından, kıyastan daha kuvvetli olur. Bu tanım, bize istihsânın şekil ve kısımları nasıl olursa olsun, küllî kaide karşılığında nisbî de olsa, cüz'î bir hükmü almak olduğunu gösteriyor. Dolayısıyla fakîh, kıyastan ibaret olan kaideye sıkıca bağlanarak şeriatın mâna ve ruhundan uzaklaşmaya yol açacak bir durumun oluşmaması için cüz'î bir hükme başvurmak zorunda kalmaktadır.[87]

Kerhî'nin bu tanımı, istihsân sayılmadığı halde âmmın tahsîsi ve nâsihin hükmü de istihsân kapsamına dâhil olduğundan dolayı eleştirilmektedir. Çünkü bunlarda da bir hükümden başka bir hükme udûl vardır. Diğer bir ifadeyle tahsîs vardır.[88] Bazı usûl bilginleri bu itiraza şöyle cevap vermiştir: "Eğer Kerhî mutlak anlamda udûlu kast etmiş olsaydı bu itiraz da yerinde olurdu. Ancak Kerhî bunu kast etmemiştir. Aksine onun, udûldan maksadı, daha kuvvetli ve üstün bir delilden dolayı kıyasın hükmünü sınırlandırmaktır."[89]

Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessas'a (ö. 370/980) göre istihsân, "kendisine nispetle üstünlüğü bulunan bir delil sebebiyle kıyasın terk edilmesidir."
Hanefî mezhebinde istihsânı çeşitli türlere ayıran ilk kişi Cessâs'tır.O, istihsânı usûldeki anlamıyla tarif eder ve bununda iki kısım olduğunu belirtir. Birincisi, iki olaya da benzerlik gösteren ve bunlar arasında kalan bir fer'in gerektirici bir delâlet sebebiyle bu iki olayın hükmünden birine ilhak edilmesidir. Böylece gizli kıyası tanımlayan Cessâs, bunun zor ve dikkat gerektiren bir iş olduğunu belirtir, zira ortada bir tercih söz konusudur. İkincisi, illet bulunduğu halde hükmün tahsîsidir. Bu da nas, icmâ', insanların teamülü veya başka bir kıyasla olur. Cessâs, bunu da gerekçelerine göre taksim eder. O illetin tahsîsini, yani böyle bir illet bulunduğu halde hükmün bulunmamasının cevâzını kabul ettikleri için istihsânı illet bahsinin devamında illetin tahsîsi konusuyla bağlantı kurarak açıklar. Çünkü ona göre illet hükmün alâmeti olup arada zorunlu bir birliktelik yoktur. Böyle olunca illetin varlığıyla birlikte hükmün terk

[87] Hamevî, **Nazariyyetu'l-İstihsân**, s. 29.
[88] Ebû'l-Hüseyin el-Basrî (ö. 436/1044), **el-Mu'temed fî Usûli'i-Fıkh I-II,** Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1983, II, 296.
[89] Kelvezânî Mahfûz b. Ahmed (ö. 510/1116)**, et-Temhîd fî Usûli'l-Fıkh I-IV**, Merkezu'l-Bahsi'l-İlmiyye Mekke 1985, IV, 93.

edilmesi gerektiğini gösteren bir başka delil bulunduğunda hüküm terk edilir ki bu da istihsândır.[90]

Cessâs, '*el-Fusûl'* adlı eserinde, "İstihsânı reddeden muhaliflerimiz, bizim istihsânla neyi kastettiğimizi kavrayamamışlar, istihsanın, insanın kendi arzusuna göre hüküm vermek olduğunu zannetmişlerdir" [91] dedikten sonra şöyle bir olayı aktarır:

El-Muttakî-lillâh (ö. 370/968) zamanında Medine'de görev yapan kadılardan birinin bana aktardığına göre, ilmi geniş âlimlerin ihtilâflarını kaleme alan eserlerin sahibi İbrahim b. Câbir Ebû İshâk (ö. 310/922), önceleri kıyası fıkhî bir metot kabul ederken sonradan bu görüşünden vazgeçerek reddetmeye başlamıştı. Ona, önceleri kıyası kabul ederken şimdi niçin reddediyorsun? Diye sordum. O da; Şafi'nin istihsânı reddetmek için yazdıklarını okudum. Kendisini haklı buldum. Baktım ki, istihsânın reddi için ileri sürdüğü deliler, aynı zamanda kıyası da reddediyor. Ben de bu nedenle kıyası reddediyorum.[92]Cessâs devamla, bizim mezhep âlimlerimiz, delile dayalı olan istihsânı benimsemişlerdir. Yoksa insanın keyfi istek ve arzularına dayalı olarak istihsânda bulunmamışlardır. Âlimlerimizin kitaplarını inceleyenler bizim söylediklerimizin doğruluğunu müşahede edeceklerdir, demiştir.[93]

Cessâs istihsân teriminin birçok fakîh tarafından kullanıldığını söylemiştir. Rivayete göre İyâs b. Muâviye (ö. 122/740);[94] "insanlar düzenli olarak yaşadıkları sürece kararlarınızı kıyasa göre verin, bozulduklarında istihsâna başvurun. Yine, O, gördüm ki mahkemede verilecek karar, insanların güzel buldukları istihsân ettikleri şeye göre olmalıdır", demiştir.[95]Hanefîlerden Muvaffak el-Mekkî bu sözle ilgili olarak; "kıyas olumsuz sonuç verdiğinde, iki görüşten daha elverişli olanı uygulayın" şeklinde bir yorumda bulunmuştur.[96]

---

[90] Cessâs**, el-Füsûl**. IV, s. 243.
[91] Pekcan Ali, **Şafiî İstihsân Yapmışmıydı?**,**Din Bilimleri Akademik Araştırmaları Dergisi**, c. III, 2003 sayı: 3 s. 148.
[92] Cessâs**, el-Füsûl,** IV, s. 226.
[93] Cessâs, **el-Füsûl**, IV, s. 227.
[94] Ebû Vâsile İyâs b. Muâviye b. Kurre b. İyâs (ö. 122/740) Emevîler'in Basra kadılarından dedesi sahâbî, babası tâbiîndendir.
[95] Cessâs, **, el-Füsûl**, IV, s. 229.
[96] Mekkî, **Menâkibu Ebî Hanîfe**, I, 184.

Hanefî fakîh Ebû Zeyd Abdullah b. Muhammed b. Ömer b. Îsâ ed-Debûsî (ö. 430/1038), Takvîmu'l-Edille adlı eserinde, "istihsânı, celi (açık) kıyasla muarâza halinde olan delil" şeklinde tanımlar ve tanımında bahsi geçen delilin de nass, icma', zaruret veya kıyas-i hafîden ibaret olduğunu söyler.

Debûsî, şer'î illetlerin bazılarının diğerlerinden daha açık olması hasebiyle Hanefî âlimlerin zâhir olanı "kıyas", hafî olanı da "istihsân" diye isimlendirdiklerini ve mânâya delâletlerinin gücü doğrultusunda bazen kıyası, bazen de istihsânı tercih ettiklerini söyler.[97]

Ali b. Muhammed el-Pezdevî'nin (ö. 482/1089), istihsân ile ilgili açıklamalarına göre her kıyas ve istihsânın iki kısmı vardır, kıyasın birinci kısmı, etkisi zayıf; İkincisi, fesada açık, sıhhat ve etkisi gizli olandır. İstihsânın birinci kısmı ise, her ne kadar gizli de olsa etkisi daha kuvvetli olan delildir. İkincisi etkisi açık, fesadı gizli olandır. Pezdevî daha sonra kıyas-ı hafîye dayanan istihsânı ve delile dayanan istisnâistihsânını açıklar. Ancak bir bütün olarak istihsânı tarif etmez.[98]

Pezdevî kıyas-ı hafî istihsânı ile istisnâistihsânı arasında bir ölçüde tanıma benzeyen şu ifadelere yer verir: "Bize göre istihsân iki kıyastan biridir. İstihsânın bu adla ifade edilmesi, (kıyasla âmel etmek câiz olduğu halde) istihsânla âmel etmenin evla olduğuna işaret etmek içindir."

Pezdevî, istihsânı reddedenler hakkında şu ifadeleri kullanmıştır: "İnsanların bizim istihsândan neyi kast ettiğimizi kavramadan onu reddettiklerini görüyoruz. Hâlbuki onlar, bizim istihsândan kastımızın keyfî hüküm verme anlamına gelmediğini ve istihsândan kastettiğimiz gerçek manayı anlayabilmiş olsalardı tartışmaya mahal kalmayacaktı. İstihsânı reddeden Şafiî, bazı eserlerinde 'estehibbu keza' ifadesine yer vermektedir. Hâlbuki istihsân sözcüğü, dil açısından istihbab sözcüğüne göre daha açıktır." [99]

[97] Debûsî Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer, **Takvîmu'l-Edille fî Usûli'l-Fıkh,** Dâru'l-Kutubi'l- İlmiyye Beyrut 2001, s. 16.
[98] Pezdevî Ali b. Muhammed, **Kenzu'l-Vusûl İlâ Ma'rifeti'l-Usûl,** Matbaatu Cavid Paris ty. s. 276.
[99] Pezdevî **Kenzu'l-Vusûl,** II, s. 277.

Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî (ö. 490/1096) istihsânı; üzerinde iyice düşünmeden ilk anda hatıra geliveren açık kıyasa aykırı delil şeklinde tarif eder. Serahsî'ye göre olayın hükmü ve bunun genel kurallardan benzerleri üzerinde iyi düşünüldükten sonra bu aykırı delilin daha kuvvetli olduğu ortaya çıkar ve onunla âmel etmek gerekir.[100]Serahsî, hocası Şemsü'l-Eimme el-Halvânî'ye (ö. 450/1064) atfen, istihsânın, kıyası terk edip insanlar için en uygun olanı almaktır şeklinde bir tanımını daha yapıp, ardından istihsânın kolaylığı, genişliği alma anlamına geldiğine dair nakillerde bulunmaktadır. Sözlerini "istihsân, kolaylık için zorluğu terk etmekten ibarettir" şeklinde özetlemektedir.[101] Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere Serahsî, istihsânın tanımından ziyade amacını açıklamıştır. Onun bu açıklamaları, mezhep fıkhında o zamana kadar zaruret, umûmü'l-belvâ, kamu yararı gibi istihsânın dayandığı temel tezler esas alınarak, verilen fetvaları kuşatan bir genişliğe sahiptir. Ancak Serahsî, bu yaklaşımın yol açabileceği eleştirileri hesaba katarak bu sözlerinin ardından kıyas ve istihsânın hakikatte iki kıyas olduğu, gizli ve etkili kıyasın istihsân adını aldığı açıklamasını yapmayı da ihmal etmez. Bu aynı zamanda el-Mebsût'ta birçok füru' meselesinin kıyas-istihsân karşıtlığı içinde ele alınıp buralarda mezhep müctehidlerinin kıyası terk ettiğinin ve istihsânı aldığının söylenmiş olmasına da getirilmiş bir açıklama görünümündedir.[102]

Serahsî, el-Usûl adlı eserinde, istihsânı reddedenlere şöyle cevap vermiştir: "İki delilden güçlü olanı seçmek anlamına gelen istihsân, asla heva ve hevese uymak anlamına gelmemektedir."Bu bağlamda Şafiî'nin "estehibbu zâlik" (bundan hoşlanıyorum) şeklinde ifadelerine de yer veren Serahsî, "ben istihsân ediyorum" ifadesi ile "ben bunu istihbab ediyorum" ifadesi arasındaki farkı sorgulamakta ve terim olarak "istihsân ediyorum" ifadesinin daha uygun olduğunu söylemektedir. Ayrıca Serahsî, İbni Mes'ud'un da istihsân kavramını sıkça kullandığını ve İmam Mâlik'in de bu şekilde davrandığını ifade eder. Hatta İmam Şafiî'nin bizzat kendisi de "mut'anın otuz dirhem olmasını istihsân ediyorum" dediğini belirtir.[103]

[100] Serahsî, **el-Usûl,** I, 149.
[101] Pezdevî **Kenzu'l-Vusûl,** II, s. 200.
[102] Serahsî, **el-Mebsût,** X, 145.
[103] Serahsî, **el-Usûl**, I, s. 149-151.

Aralarında bazı ihtilâflar olmakla birlikte, Serahsî'den sonra gelen Hanefî usûl âlimlerinin istihsân hakkında yaptıkları tanım genel olarak şöyledir: "İstihsân hemen hatıra gelen kıyas mukabilinde, nass, icma', zaruret ve kıyas-i hafi şeklinde sabit olan delildir"[104]

1.1.1.2. Hanefî Mezhebinde İstihsân Çeşitleri

Hanefî usûl âlimleri, istihsân türleri ve her bir türün örneklendirilmesi üzerinde özenle durmuşlardır. Onların bu çabaları istihsâna yapılan eleştirileri cevaplandırmaya ve onu sınırlı bir alana hapsetmeye yöneliktir. İstihsân dayandığı delile göre çeşitlere ayrılır. Bu delil, ya mevcut Özel bir nassa binaen ya da bir icmâ, bir zaruret, bir kapalı kıyas, bir örf veya bir maslahat sebebiyle olmaktadır. İstihsânın dayandığı bu delillere "vechü'l-istihsân" adı verilir. Bu açıdan istihsan altı çeşittir: Nass sebebiyle istihsan, icmâ sebebiyle istihsan, zaruret sebebiyle istihsan, kapalı kıyas sebebiyle istihsan, örf sebebiyle istihsan, maslahat sebebiyle istihsan. Şimdi bunları örnekleriyle açıklamaya çalışacğız:[105]

Nass İstihsânı; bu, umûmî delil ile sabit olan küllî hükme veya umûmi kaideye muhalif olarak bir mesele hakkında hüküm ifade eden muayyen bir nassın bulunmasıdır.[106] Bu nass da ya Kur'an'dan veya sünnetten olur.

Kur'an'a Dayalı Nass İstihsânı; Nass sebebiyle istihsânda hükmü belirlenecek olay hakkında Kur'an'ı-Kerim'de özel bir nass vardır. Fakat bu özel nass, yerleşik genel bir kural ya da genel içerikli bir nass gereği bu olayın benzerlerine uygulanan genel hükmün aksine bir hüküm ihtiva etmektedir.

Kıyasa veya umûmî kaideye göre vasiyet câiz olmamalıdır. Çünkü vasiyet mülkiyetin bittiği an olan ölümden sonrasına izafe edilerek temlik edilmektedir. Ancak

[104] Esmendî Abdulhamid (ö. 552/1157), **Bezlu'n-Nazar fî'l-Usûl**(Thk. Muhammed Zeki Abdilber) Kâhire 1992, s. 647- 649
[105] Vehbe Zuhaylî**, el-Vecîz fi Usûli'l-Fıkh,** Dâru'l-Fikr Dimeşk 1999, S. 86.
[106] Şa'bân, **islâm hukuk ilminin esasları**, 183.

vasiyet "***yapılacak vasiyetten ve borçtan sonra"***[107] âyet-i kerimesiyle bu umûmî kaideden istisnâ edilmiştir.[108]

"Malım sadakadır" diyen kişinin, kıyasa göre bu sözüyle malının tamamını tasadduk etmesi gerekir. Ancak "***Onların mallarından zekât olarak al."***[109] âyet-i kerimesi gereğince istihsâna göre onun bu sözüyle zekâta tabi mallarını kastettiğine hükmedilir.[110]

Genel kurala göre herkesin kendi yaptığının cezasını bizzat çekmesi gerekir. Çünkü Yüce Allah âyet-i kerimede şöyle buyurmaktadır: ***"Hiçbir günahkâr başkasının günahını yüklenmez."***[111]Fakat Şari' yanlışlıkla öldürenin durumunu bu genel kuraldan istisnâ etmiş ve bu durumda diyeti[112] öldürene değil onun "âkilesine"[113] yani akrabasına yüklenmiştir.[114] Yüce Allah Kur'an'ı-Kerim'de şöyle buyurmaktadır:***"Yanlışlıkla olması dışında bir müminin bir mümini öldürmeye hakkı olamaz. Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine teslim edilecek bir diyet vermesi gereklidir."***[115] Öldüren kişinin kendi imkânları bu diyeti ödemeye yetmeyecek olursa onun akîlesi yani yakın akrabaları kendi aralarında para toplayıp öderler. Çünkü akrabalarının onu eğitmesi ve bu tür şeyleri yapmaktan engellemesi gerektiğinden onun işlemiş olduğu fiilden tüm akrabaları sorumludur. Bu sebepledir ki onun ödeyeceği diyete gücü yetmediği zaman tüm akrabaları aralarında para toplayarak o diyeti ödemesine yardımcı olmakla mükelleftirler. Nitekim cahiliye döneminde diyet âkileye yüklenmekteydi ve İslâm da bunu böyle kabul etmiştir.[116]

---

[107] **Nisâ**, 4/12.
[108] Vehbe Zuhayli, **el-Vecîz fî Usûl'l-Fıkh**, Dâru'l-Fikr Suriye 1999, s. 87.
[109] **Tevbe**, 9/103.
[110] Zuhaylî, **el-Vecîz, s.** 87.
[111] **Fâtır**, 35/18.
[112] İnsan veya insan uzvunun telef edilmesi karşılığı olarak verilmesi gereken tazminat, kan bedeli.
[113] Diyet ödemek anlamına gelen 'akl' mastarından ism-i fâil olup, diyet ödemeyi yüklenen kimse veya kimseler demektir. Kasten birisini öldürmekten veya bir organa karşı kasten işlenen cinayetten dolayı ödenmesi gereken diyet, suçu işleyenin malından ödenir. Öldürme fiili kasta benzer şekilde veya yanlışlıkla işlenmiş ise diyeti 'âkile' öder.(Şamil İslam Ansiklopedisi [Şamil İA.]Madde[Md.] Âkile).
[114] Hamevî, **Nazariyyetu'l-İstihsan,** 32–33.
[115] **Nisâ**, 4/92.
[116] Kurtûbî Yûsuf b. Abdillah (ö. 671/1272), **el-Câmiu li-Ahkâmi'l-Kur'an**, Buruç Yayınları, V, 384–385.

Sünnette dayalı nass istihsânı; İstihsânın bu çeşidi; her hangi bir olay hakkında genel kuralı veya kıyası reddetmeyi gerektiren bir sünnetin bulunmasıyla sabit olur.[117]

Unutarak yiyip içmenin orucu bozup bozmayacağı hususunda iki delil bulunmaktadır. Birincisi, "bir şeyin rükünlerinden birine halel geldiğinde o şey yok kabul edilir" şeklindeki yerleşik genel kuraldır. Bilindiği üzere, imsâk (orucu bozan şeylerden sakınmak) orucun rüknüdür. Unutarak da olsa, yeme ve içme ile bu rükün ortadan kalkmış olur. Dolayısıyla artık orucun varlığından söz edilemez. İkincisi ise, "oruçlu iken unutarak yiyip içen kimse orucunu tamamlasın, zira onu Allah yedirip içirmiştir" [118] şeklinde gelen özel nasstır. İşte burada Hanefî fakîhleri, bu özel nassa göre hüküm verirken: "Unutarak yiyip içmek kıyasa aykırı olmakla beraber istihsânen orucu bozmaz" demişlerdir. Buradaki istihsândan maksat, özel nassa binaen, unutarak yiyip içmenin orucu bozmayacağına hükmedilmesidir. Bu istihsânın karşıtı olarak zikredilen ve terk edildiği söylenen kıyasa gelince, unutarak bile olsa yiyip içmenin orucu bozacağı tarzındaki genel kuraldır. Nitekim İmam EbûHanîfe'nin "rivayet olmasaydı kıyasa göre hüküm verirdim" sözü buna işarettir. Diğer bir ifadeyle, Ebû Hanîfe, söz konusu hadis olmasaydı ister kasten ister unutarak olsun imsâk rüknünü ortadan kaldıran her şey orucu bozar, şeklinde ifade edilebilecek genel kurala göre hüküm verirdim, demiştir.[119]

Şart muhayyerliği;[120] sözleşme yapılırken, sözleşmenin taraflarına veya taraflardan birine ya da bir üçüncü şahsa belirli bir süre içinde sözleşmeyi feshedebilme yetkisinin tanınması demektir. Sözleşme sırasında yapılan bu şart, İslâm hukuk literatüründe "şart muhayyerliği" adını almaktadır. Bu şart hakkında iki delil vardır. Birincisi, sözleşmelerle ilgili genel kuraldır. O da sözleşmede asıl olan meydana geldiği andan itibaren sözleşmenin bağlayıcı olmasıdır. Muhayyerlik şartı ise, bu bağlayıcılığı

[117] Zuhayli, **el-Vecîz fî Usûl'l-Fıkh,** s. 88.
[118] Buhârî, **Savm**: 26; Müslim, **Siyam**: 171.
[119] Semerkandî Alauddin (ö. 539/1144), **Tühfetu'l-Fukahâ I-III**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1984, I, 352.
[120] Alış veriş akdinde alıcı veya satıcı veya her ikisi birden kendisi için malûm şer"î bir müddet dâhilinde alım satım akdini feshetmek veyahut infaz eylemek hakkını şart koşmuşlarsa, buna "şart koşulmuş muhayyerlik anlamında"hıyâru'ş-şart denilir. (Bakınız[Bkz.] Erdoğan, **Fıkıh ve HukukTerimleri Sözlüğü** s. 195.)

ihlâl etmektedir.[121] Şu halde böyle bir şart geçerli olmamalıdır. İkincisi Hz. Peygamber (sav)'in Hıbbân b. Munkız'e söylediği şu sözüdür: "*Alış-veriş yaptığında de ki: Aldatmaca yok! Ve benim üç gün muhayyerlik hakkım olacak!"*[122] şeklindeki özel nasstır. Bu meselede fakîhler, bu özel nassa dayanarak genel kuraldan istisnâ yapmışlardır. Hanefîler bu cevâzı şu şekilde ifade ederler: "Şart muhayyerliği kıyasa aykırı olmakla birlikte istihsânen câizdir." Bu örnekte istihsândan maksat, özel nass hükmüne binaen şart muhayyerliğinin câiz görülmesidir. İstihsâna ters düşen kıyastan maksat ise, sözleşmelerde bağlayıcılığın esas olduğu hakkındaki yerleşik genel kuraldır.[123]

Genel kurala göre namaz kılarken kahkaha ile gülmek abdesti bozmaz. Çünkü genel kural yalnız namazın bozulmasını gerektirir; abdestin bozulmaması icap eder. Zira eksiklik, bizzat namazda vâki olmuştur, bunun da namazın şartı olan abdeste geçmemesi gerekir. "Ancak, namaz kılarken bir körün düştüğünü görünce gülenlerin abdestlerinin bozulduğunu"[124] bildiren hadise dayanılarak bu genel kuraldan vazgeçilmiştir.[125]

İcma' İstihsânı; şer'î bir mesele hakkında icmâ' olması sebebiyle genel kuralın veya kıyasın muktezasından vazgeçilmesidir.[126]

Âlimlerin istisnâ' (sipariş) sözleşmenin cevâzı üzerine icmâ' etmeleri bu tarz istihsâna örnek olarak verilebilir. İstisna' bir zanaatkârla muayyen bir ücret mukabilinde bir şey yapmak üzere anlaşmaktır.

Bilindiği üzere, selem sözleşmesinde olduğu gibi burada da "ma'dumun satışının yasak olması" genel kuralı gereği bu sözleşmenin geçersiz olması gerekmektedir. Fakat eskiden beri insanlar bu çeşit sözleşmeleri yapa geldikleri halde İslâm âlimlerinden

---

[121] MeydânîAbdulgani (ö. 1298/1880), **el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitab I-IV,** Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye ty. **yy**. I, 141.
[122] Buhârî Muhammed b. İsmail, **Sahihü'l-Buhârî I-VI**, (Thk. Mustafa Dîb el-Buğe) Dâru İbni Kesîr Beyrut 1987, II, 745.
[123] Nuşemî 'Uceyl Hâkim, **el-İstihsânu Hakikatuhu ve Mezahibu'l-Ulsûliyyine Fîhi**, **yy**. ty. s. 123.
[124] Zeylâ'î Abdullah b. Yûsuf (ö. 762/1360), **Nasbu'r-Râye li Ehâdisi'l-Hidâye I-V,**(Muhammed Avâmme) Dâru'l-Kible li's-Sekâfeti'l-İslâmiyye Cidde ty. I, 47.
[125] Zâbidî Ebû Bekir b. Ali (ö. 800/1397), **el-Cevheretu'n-Neyyire I-IV**, Mektebetu Mişkati'l- İslâmiyye ty. I,28.
[126] Mustafa Dîb el-Buğa, **el-Edilletu'l-Muhtalefu Fîhâ,** Dâru'l-İmami'l-Buhârî Suriye ty. s. 142.

kendilerine karşı çıkan olmamıştır. Ve fakîhler bu sözleşmenin geçerli olması üzerine icmâ' etmişlerdir.

Demek oluyor ki istisnâ' sözleşmesi kıyas gereği geçersiz olması gerekirken istihsânen geçerlidir. Burada kıyas kavramıyla kastedilen "ma'dumun satışının yasak olması" şeklindeki genel kuraldır. İstihsândan maksat ise, geçerliliğine dair üzerine icma' oluşan istisnâ' sözleşmesinin bu genel kural çerçevesinde değerlendirilmeyip ondan istisnâ edilmesi ve geçerli sayılmasıdır.[127]

Kişi karısına boşama niyetiyle, "sen muhayyersin" yahut "kendini boşa" dese, kadın da kocasının bu sözü üzerine kendini boşasa, Hanefî mezhebine göre bir talâk ile ve kesin olarak boşanmış olur. Fakat kıyasa göre boşanmaması gerekir. Zira erkeğin kendisi, boşamak niyetiyle dahi olsa, bu deyimle karısını boşayamaz ki onunla boşama yetkisini başkasına verebilsin.

Hanefîler konuyla ilgili sahâbe icmasının bulunmasındanyola çıkarak bu durumu istihsânen boşama şeklinde değerlendirmişlerdir. [128]

İslâm ceza hukukuna göre ilk defa hırsızlık yapan kişinin (had cezasını gerektiren nisap miktarında bir mal çalarsa ki bu da Hanefîlere göre bir dînâr yaklaşık 4 gr. altın para veya on dirhem toplam 28 gr. gümüş para yahut bu ikisine denk kıymetteki mal veya paradır) önce sağ eli bilekten kesilir. Zira hırsızlık yapanın elinin kesilmesi âyeti kerime ile sabit olmuştur. Cenâb-ı Hak Kur'an'ı Kerimde şöyle buyurmaktadır: "***Hırsızlık yapan erkek ve kadının ellerini kesiniz.***"[129]Hangi elin kesileceği de Abdullah ibn Mes'ud'un kıraatiyle sabittir. Çünkü o "***eydiyehuma***" yerine "***eymanehuma***" (sağ el şeklinde) okumuştur. El kelimesi, koltuk altına kadar şâmil ise de sabit olduğu üzere, Hz. Peygamber (sav) hırsızın elinin bilekten kesilmesini emretmiştir. Eli kesildikten sonra bir daha hırsızlık yapan kişinin, bu sefer sol ayağı kesilir. Hanefî mezhebine göre eğer ayağı da kesildikten sonra bir daha hırsızlık yaparsa, artık el veya ayağı kesilmez. Fakat tövbe edinceye kadar ömür boyu hapis cezası verilir. Onlar, bu bir istihsândır,

[127] İbn Melek Abdülaziz(ö. 821/1418)**, Şerhu'l-Menâr** Dersaadet İstanbul 1897, s. 813.
[128] İbn Humâm Muhammed (ö. 681/1282), **Fethul'l-Kadîr I-VI**, Dâru'l-Kutubi'l-İslâmiyye Kâhire 1993, IV, 76.
[129] **Nisâ**, 4/41

demişlerdir.[130]Burada istihsânın delili, Hz. Ali'nin (ra) "*Allah'tan utanıyorum ki ona yemek ve kendini temizlemek için bir el ve yürümek için de bir ayak bırakmayayım"* mealindeki sözüdür. Hz. Ali (ra) ashâb ile bu konuda tartışırken yukarıdaki sözü söylemiş ve onları ikna etmiştir. Bütün sahâbe de bunun üzerine icma' etmiştir. Ayrıca, kişinin bütün el ve ayaklarını kesmek onu manen öldürmektir. Oysa cezadan gaye öldürmek değil, suçlunun uslanmasını sağlamaktır.[131]

Zaruret İstihsânı; zaruret sebebiyle istihsânda müctehidi, kıyası (genel kural) terk etmeye mecbur bırakan bir zaruretin bulunması durumu söz konusudur. Bu tür istihsân "zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar"[132] prensibine dayanmaktadır. [133]

Pislenen kuyu ve havuzların temizlenmesinde, kıyasa göre hüküm verildiğinde kuyu ve havuzların temizlenmeleri imkânsız olur. Çünkü bunların su ile yıkanıp temizlenmesi oldukça zordur. Zira kuyu ve havuzların temizliği, su ile yıkama yerine kova ile suyun çekilmesiyle olmaktadır. Kova ile su çekilirken, kova devamlı olarak pis suya temas edip kirlenmektedir. Bu ise insanlar için bir güçlüktür. Bu güçlüğü ortadan kaldırmak için genel kuralın hükmünden vazgeçilmiş ve zarurete dayanarak istihsânen başka bir hüküm verilmiştir.[134]

İslâm hukukunda; nesep, ölüm, nikâh, gerdeğe girme ve hâkim tâ'yin etme gibi meseleler dışındaki konularda bir şey görülmedikçe şahitlik edilemez. Geçen meselelerde ise güvenilir kimseden duyulması durumunda istihsânen şahitlik edilebilir. Yerleşik kurala göre ise câiz değildir. Çünkü şahitlik, müşahededendir. Müşahede ise görmek ile olmaktadır. Oysa burada görme olayı meydana gelmemiştir. İstihsân deliline göre ise bu meselelerin sebeplerini görmek, özel kimselere mahsustur. Ayrıca bu meselelerle ilgili öyle bazı hükümler vardır ki bunlar asırlar geçtiği halde geçerliliklerini korumaktadır.

---

[130] Mergînânî Bürhaneddin Ali b. Ebi Bekir (ö. 593/1196), **Bidâyetu'l-Mübtedî**, Matbaatu Muhammed Ali Subhî Kâhire ty. s. 112.
[131] Mustafa Dîb el-Buğa, e**l-Edilletu'l-Muhtalefu Fîhâ**, s. 143.
[132] Mecelle, md. 21.
[133] Şener, Abdülkadir**, İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsân, İstıslâh,**Diyanet İşleri Başkanlığı (DİB) yayınları Ankara, s. 123.
[134] Ebû Zehrâ Muhammed, **Ebû Hanîfe**, s. 306.

Böylece bu meselelerde işitmek yoluyla şahitliğin kabul edilmemesi pek çok hükmü işlemez hale getirecektir.[135]

Gizli Kıyas İstihsânı; usûlcülerin gizli kıyas veya kıyas istihsânı adını verdiği bu yöntemde, çözüme kavuşturulmak istenen bir olaya uygulanabilecek birbiriyle çatışan iki kıyas imkânı vardır.[136] Ancak kıyaslardan biri şekil yönünden ilk akla gelen olmakla birlikte hükmün sevk amacı düşünüldüğünde daha zayıf; diğeri ise ilk olarak hatıra gelmemekle birlikte daha kuvvetli durmakta, böyle olduğu için de açık fakat etkisi zayıf kıyas terk edilip gizli fakat etkisi kuvvetli kıyas alınmaktadır. Diğer bir anlatımla iki kıyas arasında çekişmeli kalan olay, kapalı kıyasın hükmüne ilhak edilmektedir.[137] Hanefîler birinciye kıyas, ikinciye istihsân adını vermektedirler.

Literatürde gizli kıyasa şunlar örnek olarak verilmektedir:

Hanefî mezhebinde yerleşik kurala göre, sözleşme sırasında özel kayıt konmadıkça ziraî arazinin satımı ile bu araziye ait irtifâk[138] hakları alıcıya geçmez. Fakat aynı arazi kiralandığında irtifâk hakları kural olarak sözleşmeye dâhildir. Kiracının bu irtifâk haklardan yararlanması için ayrıca tasrîh etmek gerekmez. Ziraî arazinin vakfedilmesi işlemi ise, vakfı yapan açısından satıma, vakıf lehtarı açısından ise kira sözleşmesine benzemekte ve olaya iki farklı kıyasın uygulama imkânı bulunmaktadır.[139]

Vakfın tıpkı satış gibi bir ferağ işlemi olduğu ve aksi belirtilmedikçe irtifâk hakların vakfedende kalması ilk akla gelen çözümdür. Ancak vakfın mülkiyet naklini değil lehtara maldan yararlanma hakkını sağlamayı amaçladığı düşünüldüğünde, irtifâk haklarının kural olarak vakıf işlemine dâhil sayılması gerekir ve bu görüş diğerine nispetle daha kuvvetli görünmektedir. [140]

---

[135] İbn Nuceym Zeynuddin (ö. 970/1562), **el-Bahru'r-Râik I-VII**, Dâru'l-Ma'rife Beyrut ty. VII, 56.
[136] Ebû Zehrâ, **Ebû Hanîfe,** s. 303–304.
[137] Şâtıbî İbrahim b. Musa (ö. 790/1388), **el-Muvâfakât fi Usûli'ş-Şeri'a I-IV,**(Thk. Abdullah Diraz) Dâru'l-Fikr ty. IV, 210.
[138] İrtifâk sözlükte bir şeye dayanmak, ondan faydalanmak anlamına gelen irtifak, İslâm hukuku terimi olarak bir akar üzerinde başkasına ait diğer bir akar yararına kurulmuş olan ve hak sahibine sınırlı bir yararlanma sağlayan aynî hakları ifade eder. (Bkz. Muhammed Kadri Paşa, **el-Ahkâmü'ş-Şer'iyye fi'l-Ahvali'ş-Şahsiyye,** Md. 37)
Mergînânî Ali b. Ebi Bekir, **el-Hidâye Şerhu'l-Bidâye I-IV**, Dâru İhya't-Turasi'l-Arabî Beyrut ty. III, 25.
[140] Şa'bân, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, s. 188.

Hanefîler birinciye açık kıyas, ikinciye ise kapalı kıyas ya da istihsân adını vermektedirler. Fakîhleri açık kıyası bırakıp istihsâna yönelten düşünceyi Kerhî "daha kuvvetli bir yön", Cessâs ise "bunu gerekli kılan bir delâlet" şeklinde gerekçelendirmektedir. Şüphesiz ki yukarıdaki örnekte fakîhleri böyle bir tercihe yönelten sebep, olayın tabiatına ve kanunun ruhuna uygun, pratik değeri de olan bir çözüm üretmektir.

Daha güçlü olan gizli bir kıyası, açık olan kıyasa tercih etmek suretiyle ortaya çıkan istihsâna bir başka örnek, kartal ve benzeri yırtıcı kuşların artıklarıdır. Bu hayvanların etleri necis olduklarından dolayı yırtıcı hayvanların artıklarına kıyas edilerek murdar olduklarına hükmetmek, aralarında illet birliği açık olduğu için, açık kıyasa başvurmak olur. Buna mukabil, yırtıcı kuşların artıklarının gagalarının temizliğinden dolayı insanların artıklarına kıyas edilerek, temiz olduklarına hükmetmek, aralarındaki illet ortaklığı açık olmayıp, ancak derin bir incelemeden sonra ortaya çıktığı için, kapalı bir kıyas olur. Bu itibarla yırtıcı kuşların, yırtıcı hayvanlara değil, insanlara kıyas edilerek, artıklarının temiz olduğuna hükmetmek istihsândır.[141]

Bütün Hanefî âlimlerine göre veli, mal konusunda velayeti altında bulunan kişinin bazı hukukî işlemlerini yapmaya yetkilidir. Bu, velayeti altındaki kişinin bir malını emanet olarak bırakmak üzere vedîa[142] sözleşmesi yapması gibidir. Yine, Hanefî âlimleri, velinin diğer bazı hukukî işlemleri yapmaya yetkili olmadığı konusunda, fikir birliği içindedirler. Bu da velayeti altında bulunan kişinin malından kendi borcunu ödemesi gibidir. Teslim şartlı rehin ise, başkasının nezdinde mal bırakma açısından vedîaya, borçlunun borcunu ödeyememesi halinde ortaya çıkacak sonuç açısından ise, ifâya (borç ödemeye) benzer. Buna göre rehin hususunda iki farklı kıyas bulunmaktadır: Birisi, rehinin vedîaya kıyas edilmesidir ki bu kıyastan çıkan sonuç, mal konusundaki velinin vedîaya yetkili olduğu gibi rehine de yetkili olmasıdır. İkincisi, rehinin "ifâ" ya kıyas edilmesidir. Bu takdirde veli ifâya yetkili olmadığı gibi rehine de yetkili değildir.

---

[141] Nesefî Abdullah b. Ahmed (ö. 710/1310), **Şerhu Kitabi'l-Muntehab fî Usûl'il-Mezheb**, (Thk. Sâlim Öğüt) yy. ty. s. 731.

[142] Vedîa, bir kimsenin başka bir kişinin yanında korumaları için bırakmış olduğu mal veya böyle bir akid manasında kullanılan bir İslâm hukuku terimi. (Bkz.Ö. Nasuhi Bilmen (ö. 1390/1971), **Hukuk-i İslâmiyye ve İstilahat-i Fikhiyye Kamusu**, IV,144.)

Rehinenin vedîaya kıyası, hemen ilk bakışta müctehidin hatırına gelebilecek olan zâhir (açık) kıyastır. İfâya kıyası ise, ancak dikkatli bir inceleme ve tahlilden sonra hatıra gelebilecek olan kapalı kıyastır. Bu örnekte, Hanefî mezhebinde, gizli olan kıyas, istihsân adını almakta, açık kıyasa da, istihsânın karşıtı anlamına gelmek üzere "kıyas" adını almaktadır.[143]

Örf Sebebiyle İstihsân; kıyasla belirlenen bir hükme veya yerleşik bir kurala aykırı düşen bir uygulamanın insanlar arasında genel kabul görüp örf haline gelmesidir.[144]

Hanefî fakîhlerin çoğunluğunun görüşü, akdin gerekli kıldığı bir şart olmadıkça, ileri sürülen şartların geçersizliği yönündedir. Çünkü ortada *"Hz. Peygamber (sav) şartlı alış-verişi yasakladı*"[145] anlamındaki genel nitelikte hadis bulunmaktadır. Ancak Hanefî fıkhındaki yerleşik ilkeye göre, alım-satım vb. sözleşmeler sırasında ileri sürülen şartlar nassa veya genel kurala aykırı bile olsa hakkında örf meydana gelmişse, istihsânen kabul edilmektedir.[146]

Hanefî mezhebindeki yerleşik kurala göre, vakfın ebedi olması gerekir. Ancak bu kuralın uygulanması halinde menkul malların vakfedilmesi söz konusu olmayacaktır. Çünkü menkul mallar bir müddet sonra yok olmaktadır. Ancak fakîhler kitap gibi bazı menkul malların vakfedilmesinin örf haline gelmiş olması sebebiyle bu gibi menkul malların vakfedilmesini kıyasa aykırı olarak istihsânen meşru' saymışlardır. Burada kıyas, vakfın ebedi olması şeklindeki genel kuraldır. İstihsân ise, vakfedilmesi örf haline gelmiş kitap gibi menkul malların bu genel kuraldan istisnâ edilmesidir.[147]

Bir kimse, arîyeolarak aldığı hayvanı sahibinin ahırına geri götürdükten sonra hayvan telef olursa, kıyasa göre o kimse hayvanı tazmin eder. Çünkü o, hayvanı sahibine geri vermemiş, dolayısıyla onu zayi etmiş sayılır. İstihsâna göre ise tazmin edilmez; zira bu kimse, normal teslimde bulunmuştur. Çünkü âdet olan, ariyetlerin, sahiplerinin evlerine geri götürülmesidir. Tıpkı ev âletleri gibi. Nitekim sahibine de geri

[143] Şa'bân, **Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî,** s. 281.
[144] Buğa, **el-Edilletu'l-Muhtelefu Fîhâ,** s. 143.
[145] Nesâî**, Büyu'**, 71.
[146] Şa'bân **Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî,** s. 185.
[147] Zeydân, **Usûl**, s. 220

verse sahibi, onu bağlandığı yere götürecektir.[148] İşte istihsânın bu şekillerine örfe dayalı istihsân adı verilmektedir.

Maslahat İstihsânı; bir meselede maslahat düşüncesi, o meseleye genel nassa veya genel kurala göre uygulanacak hükümden istisnâ yapmayı ve aksi yönde bir hüküm vermeyi gerektirirse, bu çeşit istihsândan söz edilir.[149]

İslâm hukukundaki yerleşik kurala göre, oruç ve namazda olduğu gibi, Kur'an öğretimi için de akid yapmak ve buna mukabil ücret almak câiz değildir. Çünkü hâsıl olan sevap, oruç ve namazda olduğu gibi yapana aittir. Aynı zamanda öğretmek, öğrencinin de katkısı olmadan öğreticinin yapamadığı işlerdendir. Böylece öğretici, teslim edemediği bir şeyi üstlendiğinden dolayı böyle bir akid sahih olmaz. Ancak İslâm âlimleri zaman içinde Kur'an öğretme ücretini istihsânen câiz görmüşlerdir. Çünkü din işlerinde gevşeklik meydana geldiğinden bu görevden imtina etmek, Kur'an hıfzının ortadan kalkmasına yol açacaktır. Nitekim fetva da bu görüşe göredir.[150]

Hz. Peygamber'den (sav) Haşimoğullarına zekât verilmeyeceğine dair rivayet varid olmuştur. Ancak Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik kendi dönemlerinde, Haşimoğullarının ganimetlerden kendilerine ayrılan payı, ganimet dağıtımındaki adâletsizlikten dolayı, hakkıyla alamadıklarını görmüşler ve onların maslahatlarını koruma adına Haşimoğullarına zekât verilebileceğine hükmetmişlerdir. İşte burada Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik'in terk ettikleri kıyas Hz. Peygamberden gelen nass ya da bu nassın gereği olan "Haşimoğullarına zekât verilmez" şeklindeki genel kuraldır.[151]İstihsân ise, bu genel kuralın Ebû Hanîfe ve İmam Mâlik'in devrinde Haşimoğulları için doğurduğu zararı önlemeye matuf "Haşim oğullarına zekât verilebilir" olan özel hükümdür.

[148] Meydânî, **el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitab,** I, 234.
[149] Şa'bân, **Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, s. 186.
[150] Leknevî Abdulhayy (ö. 1303/1885), **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî Meâ Şerhi'l-Âllameti Abdilhayy**, VI, 296.
[151] Şa'bân, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, s. 191.

1.1.1.3. Hanefî Mezhebinde İstihsânın Diğer Delillerle İlişkisi

İstihsân İle Kıyasın Karşılaştırılması; bilindiği üzere kıyas, hükmü bilinmeyen bir olayın aralarındaki illet birliği sebebiyle hükmü bilinen bir olaya ilhak edilmesidir. Ve kıyas kendi başına hüküm koymaz, ancak hükümleri ortaya çıkarır. İstihsân ise, karşılaşılan olaya uygulanabilir genel bir kural bulunmakla birlikte sonuçta bundan vazgeçilip daha istisnâî nitelikte farklı bir çözüme gidilmesidir. Ayrıca istihsân yapılarak ulaşılan hüküm diğer şer'î delillerle takviye edilmekte ve bu hüküm kıyasa göre gerçeğe daha yakın görünmektedir.[152]

Kıyasla doğru sonuca varabilmenin temel şartı, benzeyenle kendisine benzetilen arasında tam bir benzerlik bulunmasıdır. Sadece isim benzerliği veya vasıflarından bir kaçının benzer olması, yeterli değildir. Diğer bir ifadeyle bir meselenin kıyas olabilmesi için Kur'an ve sünnette asıl teşkil edecek bir nassın bulunması ve olayla nass arasında anlam ortaklığı veya benzerliği şeklinde bir uygunluğun olması gerekmektedir. Dolayısıyla kıyas işleminde aklın fonksiyonu bulunmakla birlikte, kıyas sadece akılla yapılan bir işlem değildir. Aklî eylem alanı sınırlandırılmıştır. EbûHanîfe de bu sınırlamayı istihsân yöntemiyle genişletmeye çalışmıştır.[153] Diğer bir ifadeyle istihsânda aklın fonksiyonu kıyasa göre daha geniştir.

İstihsân İle Mesâlih i-Mürselenin Karşılaştırılması; İstihsân ile mesâlih-i mürsele arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir: İstihsân yöntemiyle hüküm verilen meselenin benzeri bulunup, o benzerlerin hükmünden vazgeçilmeyi gerektiren bir delilin bulunması sebebiyle başka hüküm verilmesidir. Mesâlih-i mürselede ise hükmü verilen olayın bilinen benzerleri yoktur. Sadece şeriatın genel amacı ve kamu yararı gözetilerek ibtidaen hüküm verilmektedir.[154]

---

[152] Zuhaylî, **Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî,** II, 740.
[153] İbrahim Hakkı Aydın, "**İstihsân Temelinde Akıl ve Ebû Hanîfe", İslami Araştırmalar Dergisi, "Ebû Hanîfe Özel Sayısı"**, s. 168.
[154] Şa'bân, **Usûlu'l-Fıkhi'i-İslâmî,** s. 190.

1.1.1.4. Nass ve İcmaya Dayalı İstihsân İle Kıyas-ı Hafîye Dayalı İstihsân Arasındaki Fark

Nass ve icmâ' sebebiyle yapılan istihsânın hükmü illet'e bağlı değildir. Ve bu itibarla ta'diye etmez. Yani böyle bir istihsânın hükmü benzeri meseleler için uygulanmaz. Kıyas sebebiyle istihsânın hükmü ise ta'diye eder. Yani böyle bir istihsân, benzeri meselelere uygulanır. Çünkü bu, özel olarak istihsân adını alıyorsa da aslında bir kıyastır. Kıyasın hükmü ise ta'diye eder.[155]

Pezdevî; eser, icma' ve zarurete dayalı istihsânların gayr-ı ma'lul, kıyas-ı hafînin ise ma'lul olduğuna temas ederek, istisnâ yoluyla yapılan istihsânın te'addi etmeyeceğini, kıyas-ı hafî istihsânının ise te'addi edeceğini söylemiştir.[156] Örneğin; müşteri tarafından teslim alınmadan önce alıcı ile satıcı arasında, para miktarında ihtilâf çıkarsa, kıyasa göre müşteri yemin edecek ve onun sözüne itibar edilecektir. Çünkü satıcı fazlalığı iddia ediyor müşteri ise inkâr ediyor. İslâm hukukuna göre yemin ancak inkâr edene düşer. Binaenaleyh kıyasa göre yemin sadece müşteriye gerekmektedir. Dayanağı kıyas-ı hafî olan istihsâna göre ise her ikisine de yemin düşer. Çünkü müşteri, iki fiyattan az olanı verdiğinde mebi'in (satılan şey) kendine teslim edilmesinin gerekliliğini iddia ediyor. Satıcı ise bunu inkâr ediyor her ikisi de bir çeşit inkârda bulunuyorlar. Yemin ise inkâr edene düşmektedir. Kıyas-ı hâfi istihsânına göre verilen bu hüküm, iki vâris ve kiracı ile mal sahibi arasındaki ihtilâf hakkında da geçerlidir. Hüküm bunlara da te'addi eder. [157] Yani kıyas-ı hafîya dayanan istihsân ile çözümlenen olayın hükmü, ona benzer olaylar için de uygulanır.

1.1.1.5. İstihsânın İlletin Tahsîsinden İbaret Olduğuna Dair Görüşler

İlletin tahsîsi, illet olduğu kabul edilen vasıf mevcut olmakla birlikte bir mâni sebebiyle hükmün bulunmamasıdır.[158]Cessâs gibi bazı Hanefî usûlcüler, istihsânın illetin tahsîsinden ibaret olduğunu, diğer bir ifadeyle istihsânın, illetin bulunmasına

[155] Habbâzî Ömer b. Muhammed (ö. 691/1291), **el-Muğnî fî Usûli'l-Fıkh**, (Thk. Muhammed Mezher Bekâ) Külliyetu'ş-Şeri'a Ve'd-Dirasâtu'l-İslâmiyye Mekke 1982, s. 308.
[156] Pezdevî, **el-Usûl**, IV, 11127.
[157] Serahsî, el-**Usûl**, II, 206.
[158] Buhâri, **Keşfu'l-Esrâr,** IV, 1152.

rağmen hükmün tahsîsi olduğunu ifade etmişlerdir. Bunun da nass, icmâ, kıyas veya toplumun genel teâmülü ile olacağını belirtmişlerdir. Cessâs'a göre illet hükmün alâmeti olup aralarında zorunlu bir birliktelik yoktur. Böyle olunca da illetin varlığıyla birlikte hükmün terk edilmesi gerektiğini gösteren bir başka delil bulunduğunda hüküm terk edilir ki bu da istihsândır. [159]Birçok usûl âlimi bu görüşe karşı çıkmıştır. Onlara göre hükmün yokluğu illetin yokluğu sebebiyledir; illetin tahsîsi câiz değildir. Çünkü illet, nass ve icma'ın zıddına illet olarak konulmamıştır. İstihsân nass, icma' veya zaruret sebebiyle olur. İllet olan vasıf, nass ve icmaya muarız olduğu zaman bunun muteber sayılması mümkün değildir. Zarurette de icma vardır, illet olan vasıf zarurete de muarız olamaz. Bu nedenle nass, icma' ve zaruretin bulunduğu yerde kıyas hükmünün olmaması, bu deliller karşısında kıyasın geçerli olmamasından dolayıdır. Böylece kıyas hükmünün terk edilmesi, illetin tahsîsinden değil, illetin yokluğundan kaynaklanmaktadır.[160]

1.1.1.6. İstihsân Yöntemiyle Verilen Hükmü Terk Edip Kıyasla Âmel Etmenin Câiz Olup Olmaması

Hanefî usûlcülerin ele aldığı bir diğer konu da kıyas ile istihsânın taarruz etmesidir. Kıyasın mûcibi ile istihsânın teâruz ettiği meselelerde; biri kıyas diğeri istihsân olmak üzere iki görüş mü var sayılacaktır? İstihsânı almak kıyası almaktan daha mı üstündür? Bu gibi yerlerde kıyası kabul eden kimse, mercûh kavli almış mı sayılacaktır? Yoksa Ebû Hanîfe'den yalnız bir kavil var, o da istihsâna uygun olan mıdır? gibi sorular Hanefî usûl eserlerinde tartışılmıştır.

Hanefî usûl eserlerindeki istihsân konusuyla ilgili ibareler incelendiğinde, onların genellikle istihsânı şu ifade ile kullandıklarını görmekteyiz: "*Biz burada kıyası terk ettik.*" Bu sözden anlaşılan; istihsânın alındığı yerde kıyasla âmel etmenin câiz olmamasıdır.

Demek oluyor ki, kıyasın mûcibi ile istihsânın çatıştığı meselelerde, Hanefîlerden biri kıyas diğeri istihsân olmak üzere iki görüş değil, sadece bir görüş

[159] Cessâs, e**l-Füsûlu fî'l-Usûl,** IV, 234.
[160] Nesefî Abdullah b. Ahmed, **Şerhu'l-Muntehab**, (Thk. Sâlim Öğüt) İstanbul 2003, s. 737.

varid olmuştur. O da, kıyasın uygun olmadığı meselelerde kıyasın terk edilmesi ve istihsâna başvurulmasıdır.[161] Serahsî ise konuyla ilgili olarak; "Ashabımızdan bazı müteahhirîn âlimleri zannediyorlar ki istihsân yapılan yerde onunla âmel evlâ olmakla beraber kıyasla da âmel etmek câizdir. Hâlbuki bu bir yanılmadır. Zira bütün kitaplarda geçen ibare: "Biz burada kıyası terk ettik." Terk olunanla âmel etmek ise câiz olmaz. Bazen da istihsân tercih edilirken "ancak ben kıyası çirkin görüyorum" denilmektedir. Şer'an âmel edilmesi câiz olan şeyi çirkin görmek ise küfürdür. Dolayısıyla istihsâna aykırı olan kıyas tamamen terk edilmeli ve artık onunla âmel etmek hiçbir şekilde câiz olmamalıdır[162] demektedir.

1.1.2. Mâlikî Mezhebinde İstihsân

1.1.2.1. Mâlikî Mezhebinde İstihsân Kavramı

Mâlikî mezhebinde genel olarak istihsân, maslahata dayalı bir yöntemdir. İstihsânı kabul eden Mâlikî usulcüler, istihsânı bazı alt ayırım ve adlandırma farklılıkları çerçevesinde ele almakla birlikte, genel olarak Hanefî usulcülere paralel şekilde değerlendirmektedirler.[163]

Mâlikîlere göre, bir mesele hakkında istihsânla fetva vermek kaide olarak değil, istisnâ yoluyladır. Bu da Mâlikî usûlcülerin ifadeleriyle, "kaide dışı bir ruhsat olup, asıl olan küllün karşısında cüz'î bir hüküm vermektir."[164]

İmam Mâlik (ö. 179/795), eserlerinde istihsâna bir İslâm hukuku terimi olarak yer vermemiş ise de, bu terimin ipuçlarına rastlamak mümkündür. Örneğin; İmam Mâlik, 'hasen' (güzel bir şey), 'ehebbu ileyye' (bana daha sevimli geliyor)[165] gibi ifadelerinin yanı sıra, Abdurrahman b. el-Kâsım'ın (ö.191/807) İmam Mâlik'e yönelttiği sorulara verdiği cevapların, Sahnûn (ö. 240/854) tarafından tahkik edilerek, kaleme

[161] Teftâzânî Sa'düddin (ö. 791/1389), **Şerhu't-Telvîh Ala't-Tavdîh I-II,** Dâru'l Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1996, II, 82.
[162] Buhârî, **Keşfü'I-Esrâr,** IV, s. 124.
[163] Şâtıbî Ebû İshâk İbrahim, **el-Muvâfakât fî Usûli'ş-Şeri'a I-IV**, Dâru'l-Fikri'l-Arabî ty. IV, 205–210.
[164] Şâtıbî **el-Muvâfakât**, IV, 118.
[165] Mâlik b. Enes, **el-Muvatta' I-IV**, (Thk. Takyüddin en-Nedevî) Dâru'l-Kalem Dımeşk 1991, I, 161.

alındığı, Mâlikî mezhebinin Muvatta'dan sonraki en muteber eseri olan el-Müdevvenetu'l-Kübra'da, İmam Mâlikîn istihsân sözcüğünü sıkça kullandığını görmek mümkündür. [166]

Hem İmam Mâlik'ten gelen rivayetlerden hem de mezhebin kurucu fakîhlerinin ondan yapmış olduğu nakillerden, istihsânın İmam Mâlik'in metodolojisinde önemli bir yeri olduğu anlaşılmaktadır. Esbağ'ın (ö. 225/840), İmam Mâlik'in meşhur öğrencisi İbnü'l-Kâsım yoluyla yaptığı rivayete göre, İmam Mâlik "ilmin onda dokuzu istihsândır" demiştir. Esbağ ise "istihsân kıyasa galip gelir, kıyasa fazla dalan neredeyse sünneti terk eder, istihsân yapmak ise, ilmin direğidir"[167]demiştir.[168] Buna göre istihsân delili, aralarında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte Hanefî mezhebinde olduğu gibi Mâlikî mezhebinde de sıkça kullanılmıştır.

İmam Mâlik her ne kadar istihsânı fetvalarında çok kullanmışsa da kendisinden istihsân kavramı hakkında herhangi bir tanımlama gelmemiştir. Hanefî mezhebinde olduğu gibi Mâlikî mezhebinde de istihsânın tanımı, mezhebin sonraki fakîhlerine aittir. Ancak, Mâlikî mezhebinin tüm fakîhleri, istihsânı kabul etmemişlerdir. Bu nedenle biz burada sadece istihsânı kabul eden Mâlikî âlimlerin istihsân hakkındaki tanım ve görüşlerini ele alacağız.

Endülüslü Ebü'l-Velîd el-Bâcî'ye (ö. 474/1081) göre istihsânın iki anlamı vardır:

Birincisi, kıyasın terk edilip kendisinden vazgeçilmesidir. Kıyasın esasını oluşturan, asıldaki hükmün, fer'de bulunmasının zayıf olduğuna inanıldığı için kendine mahsus bir illet ve kıyasa aykırı bir mâna sebebiyle, fer' asla ilhak edilmez. Ve aslın hükmü ona verilmez. İkincisi, bir hükmü bırakıp başka bir hükme gitme şeklinde olur. Burada ise bir olay hakkında kıyasın gerektirdiği gibi hüküm verilir; fakat açık olan bir mâna sebebiyle bu hükmün benzerinin uygulandığı bir yerde istisnâya gidilir.

Bâcî konuyla ilgili görüşlerini şöyle sürdürmektedir: "Doğrusu şudur ki kıyasın ve şer'i hükümlerin gerektirdiğiyle âmel etmek, mezhepte bir kuraldır; hiçbir zaman bu

---

[166] Sahnûn İbni Abdisselâm, **el-Müdevvenetu'l-Kübrâ** Kâhire ty, I, 92.
[167] Şâtıbi, **el-İ'tisâm I-IV**, Mektebetu't-Tevhîd, ty. III, 64; Hallâf Abdulvehhab, **Mesâdiru't- Teşr'i'l-İslâmî,** Dâru'l-Kalem Kuveyt 1982, s. 70.
[168] Halid b. Şucâ' el-'Uteybî ve Eymen Ömer el-Ömerî, **Hücciyyetu'l-İstihsâni Înde'l- Mâlikîyyyeti Vel-Hanâbile, Mecelletu Külliyyeti Dâri'l-Ûlûm,** s. 116.

kural terk edilemez. Ancak kıyasın sahih olanı vardır; fasit olanı vardır. Kıyasla âmel etmek için bir engel bulunmuyorsa, kıyas sahih demektir ve onunla âmel etmek vâciptir. Bu durumda kıyası terk edip, onun yerine başka bir şey almak istihsân olamaz. Eğer kıyasın geçerliliği konusunda nass, icma' veya ondan daha üstün başka bir kıyas gibi bir mâni bulunuyorsa, o zaman o fasit bir kıyastır ve onun terki de vâciptir. Kıyasın muktezası da budur; buna istihsân adını veren de mânâ bakımında değil, isimlendirme bakımında muhalefet etmiş olur."[169]

İbnü'l-Arabî (ö. 543/1148), istihsân hakkında görüşünü açılarken, Hanefî ve Mâlikî usûlcülerin görüşlerini mezcederek, Mâlikî mezhebinin istihsân konusunda Hanefîlere yaklaştığını ve Mâlikî mezhebinde de istihsânın kapsamlı ve geniş olduğuna dikkati çekmektedir.

İbnü'l-Ârabî, Ahkâmu'l-Kur'an adlı eserinde istihsân kavramını şu şekilde ele almaktadır: "İmam Mâlik ve Ebû Hanîfe'nin mezhebini inceleyen kimse, onlara göre istihsânın 'iki delilden en kuvvetlisi ile âmel etmek' olduğunu görecektir" [170] demek suretiyle istihsânı iki delilden en kuvvetlisi ile âmel etmek olarak tanımlamaktadır. Bu iki mezhep sahipleri her ne kadar istihsânı istinbât usûllerinden bir asıl olarak kabul etseler de yine de ayrıldıkları konular vardır. Örneğin, Hanefîler, muttarid kıyas karşısında hadisi almaya istihsân adını vermektedirler. Kıyasa icma'ı takdim etmeye de istihsân adını verirler. Mâlikler ise bunlara istihsân adını vermezler.[171]

İbnül-Arabî istihsânın başka bir tarifini daha yapmaktadır. Bu tarife göre istihsân; delilin gereğinin terk edip bir tercihte bulunmak ve içerdiği bir takım muarızlar sebebiyle istisnâ veya ruhsat yoluna gitmektir. Daha Sonra İbnül-Arabî istihsânı; örften dolayı kıyası terk etmek, maslahat sebebiyle terk etmek bir de meşakkati gidermek, genişliği vermek ve kolaylığı almak için kıyası terk etmek şeklinde kısımlara ayırmaktadır.[172]

---

[169] Bâcî Ebû'l-Velid(ö. 474/1081)**, Kitabü'l-Hudûd fî'l-Usûl**, Müessestu'r-R'anâ Beyrut,1973, s. 66–68.
[170] İbnü'l-Arabî Muhyiddin (ö. 543/1148), **Ahkâmu'l-Kur'an**(Thk. Ali Muhammed el-Becevî) Dâru'l-Ma'rife Beyrut 1987, II, 745–746.
[171] Şâtıbî**, el-İ'tisâm**, III, 63.
[172] Şâtıbî**, el-Muvâfakât**, IV, 116.

Buna göre İbnül-Arabî, Mâlikî ve Hanefî mezhebinde, isimlendirmede bazı farklılıklar olmakla birlikte, istihsânın aynı şey olduğunu, bunun da, iki delilden en kuvvetlisi ile âmel etmek olduğunu ifade etmektedir.[173]

İbn Rüşd'ün (ö. 595/1198)istihsân hakkındaki görüşü, Hanefîlerin istihsân görüşüne oldukça yakındır. İbni Rüşd; "istihsân ki çok kullanıldığı için kıyastan daha yaygındır, hükümde aşırılık ve abartmaya yol açan kıyası, hükümdeki etkili bir sebepten dolayı bazı yerlerde o yere mahsus olmak üzere, atmaktır"[174]şeklinde tarif etmiştir

İbnü'l- Enbârî (ö. 616/1219), İbnül-Arabî'nin aksine Mâlikî mezhebinde istihsânın çok geniş manada olmadığı kanaatindedir. İbnü'l-Enbâri, istihsânı şöyle tarif etmiştir: "Mâlikîlere göre istihsân, küllî kıyas karşısında cüz'î maslahatın tercih edilmesidir." Ona göre, icma' ve örf için kıyası terk etmek, istihsân sayılmaz, bu bir delili diğer bir delile tercih etmek demektir. İstihsân ise kıyasın aşırılığını önlemek içindir. Kıyasın muttarid olması, haddizatında iyi olmayan bir şeye sebep olduğu veya güçlük ve darlığa yol açtığı için kıyas o belirli kısımda terk olunur, bütün durumlarda değil.[175]

İbnü'l-Enbâri, İbnül-Arabî'nin zikrettiği gibi istihsânın bu kadar geniş, umûm, mânada olduğu görüşünde olmadığı için onun tarifine hemen şunu eklemiştir: "İstihsân küllî kıyas mukabili cüz'î maslahatı isti'mal etmektir."[176]

İbrahim b. Mûsa b. Muhammed eş-Şâtıbî (ö. 790/1388), istihsân ile ilgili olarak, "istihsân, fiillerin sonuçlarının dikkate alınması esası üzerine bina edilen bir kaide olduğu ve İmam Mâlik'in mezhebinde küllî delile mukabil cüz'î maslahatın alınmasıdır*"* şeklinde bir tanım yapmıştır. Buna göre mürsel istidlâl genel kural üzerine takdim edilecektir. Çünkü istihsânda bulunan kimse, sadece kendi zevk ve nefsânî arzuları doğrultusunda hareket etmemekte, aksine söz konusu emsâl hakkında Şâri'

---

[173] Kâşif Hamdi Okur, **"Muhyiddin İbnü'l-Arabî'nin Kıyas ve İstihsâna Yaklaşımı", Din Bilimleri Akademik Araştırmaları Dergisi,** c. VII, Sayı: 4, Ekim 2007 s. 215–240.
[174] İbn Rüşd (ö. 595/1198), **el-Beyânu Ve't-Tahsîl I-XX**, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî Beyrut 1988, IV, 156.
[175] Zerkeşî Bedrüddin Muhammed b. Behadir (ö. 794/1391), **el-Bahru'l-Mühît fi Usûli'l-Fıkh I-VI,**(Thk. Şeyh Abdulkadir Abdullah el-'Anî) Vuzaret'ul-Evkâfi Ve'ş-Şûnü'l-İslâmiyye Kuveyt 1992, VI, 89.
[176] Halid Şuca' ve Eymen Ömer, "**Hücciyyetu'l-İstihsân İnde'l- Mâlikîyyeti Ve'l-Hanâbileti"**, **Mecelletu Külliyyeti Dâri'l-Ulûm**, s. 117.

Teâlâ'nın amacına uygun hareket etmektedir. Nitekim bazı meseleler vardır ki kıyasın o meselelerde tatbiki daha farklı açılardan bir maslahatın ortadan kalkmasına ya da bir mefsedetin ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.[177]İşte bu gibi durumlarda istihsân kaidesi ile hareket edilir ve genel kuralın hilafına özel çözümlere başvurulur. Çoğu kez bu, zarurî bir aslın hâcî ile hâcînin de tekmîlî ile değiştirilmesi ile olur. Böylece sıkıntı ve meşakkat alanları genel kuraldan istisnâ edilir. Şâtıbî'nin istihsân hakkındaki bu açıklamasına göre istihsân, daima kıyas veya genel kuraldan istisnâ yoluyla, cüz'î bir maslahat için tatbik edilmektedir. Ayrıca Şâtıbî istihsânı, nass, icma, sahâbî kavli, kıyas-i hafî, örf, maslahat, meşakkati kaldırma, zaruret, muhalif görüşü alma ve mercûh görüşü alma sebebiyle olmak üzere on çeşit olarak ele almıştır.[178]

1.1.2.2. Mâlikîlerin İstihsân Hakkındaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi

Mâlikîlerin istihsân hakkında yaptıkları tanım ve açıklamalar ana hatlarıyla birbirine yakındır. Onlara göre istihsânın birçok şekli vardır; o şekillerden biri de, İbn Rüşd'ün işaret ettiği üzere, genel kuralın bir meşakkata yol açması durumunda, o meşakkati ortadan kaldırmak üzere genel kuralın dışına çıkmaktır.[179]

Bazen de istihsân, istisnâ yolu ile bir hükmü genel kuraldan ayırmak için uygulanır. Mâlikîler bunu "küllî aslın mukabilinde cüz'î bir maslahatın alınması"şeklinde ifade edip örnek olarak da karz uygulamasını verirler. Karz aslında bir nevi ribâdır; çünkü karz, dirhemin dirhem karşılığında vâde ile mübadelesidir. Ancak genel kuraldan çıkılarak bu muâmele câiz görülmüştür. Zira bunda ihtiyac sahiplerine karşı bir genişlik ve rahmet bulunmaktadır. Eğer karz, genel kural gereği aslî yasaklık üzere kalmış olsaydı, o zaman mükellefler için bir sıkıntı meydana gelirdi.[180]

Mâlikîlerin çok sık olarak kullandıkları bir diğer istihsân çeşidi de fiillerin sonuçlarının dikkate alınması suretiyle mürsel istidlâlin genel kural üzerine takdim edilmesidir. Buna göre Mâlikîler, istihsân yaparken hükmün sonucunu dikkate almışlardır. Eğer kıyasa göre verilen hüküm, bir maslahatla çatışıyorsa ya da bir

[177] Şâtıbî, **el-Muvâfakât,** IV, 206.
[178] Şâtıbî, **el-Muvâfakât**, IV, 205–207.
[179] İbn Rüşd, **el-Beyânu Ve't-Tahsîl,** IV, 156.
[180] Şâtıbî, **el-Muvâfakât**, IV, 207.

mefsedete sebep oluyorsa, kıyas terk edilip, o maslahatı gerçekleştirmek veya mefsedeti def' etmek için istihsân yapılmıştır.

Ayrıca Mâlikîlerin istihsân tanımlarından, istihsânın sadece akla dayanan bir delil olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim İbnü'l-Arabî, istihsânı açıklarken istihsânın, delilin gereğinin terkinin tercihten ibaret olduğunu ve ona bazı cüz'îlerde bulunan bir muarız sebebiyle istisnâ ve ruhsat yolu üzere gidildiğini söyler. Burada delilin terki heva ve hevese göre değil; belki o delilden daha güçlü bir delilledir ki o delil de icma, örf veya mesâlih-i mürseledir.[181]

Şâtıbî'de istihsânın sadece akla dayalı bir yöntem olmadığını şöyle ifade etmektedir: "İmam Mâlik ve Ebû Hanîfe'ye göre, istihsân kesinlikle delil dışında değildir. Kur'an ve sünnet delillerinde olduğu gibi delillerden bir kısmı diğerini tahsîs eder veya kayıt altına alır. Ve İmam Şafiî de bu tür delili asla reddetmez."[182]

1.1.2.3. Mâlikî Mezhebinde İstihsân Çeşitleri

Mâlikîlerin istihsân hakkındaki görüşleri incelendiğinde, onların istihsândan gayelerinin, kıyasın aşırılığını sınırlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu sınırlamayı da örf-i gâlib, üstün maslahat ve meşakkatin kaldırılması gibi delillere dayanarak yapmışlardır.

Örfe Dayalı İstihsân; İnsanlar, genel kurala veya kıyasla belirlenen bir hükme aykırı düşen bir uygulamayı örf hâline getirirlerse, bu çeşit istihsân söz konusu olur. İstihsânın yapılmasına sened olan örfün, iki şekilde tesiri olduğu bilinmektedir. Birincisi, sözlük anlamıyla geniş olarak kullanılan bir kelime, örfen dar anlamda kullanılıyorsa, hüküm dar anlama göre verilir. Mesela, "Vallahi filan (kimse) ile eve girmem" şeklinde yemin eden kimse, sözlük anlamı olarak "ev" adı verilen her yere girmekle yeminini bozmuş olur. Camiye de sözlükte ev denildiği için, camiye de girerse yemini bozulmuş olur. Ancak insanların örfü, camiye ev adını vermediğinden, örfe göre

[181] Özen Şükrü, **"Hicri II. YY. İstihsân ve Maslahat Kavramları", Marife Dergisi,** Sayı: 2003, s. 45–50.
[182] Şâtıbî, **el-İ'tisâm**, III, 65.

bu kimse camiye girerse yemini bozulmaz.[183]İkincisi, belirlenmesi zor olan bir şeyin örf tarafından takdir edilmesidir. Örneğin Hz. Peygamber (sav) değirmencinin, öğüteceği buğday karşılığında ücret olarak bir miktar buğday almasını (kafîzetu't-tâhin) yasaklamıştır. Çünkü meselenin içinde bir belirsizlik bulunmaktadır. Ancak, örfle yerleşen uygulama sebebiyle müşterinin dokuması için getirdiği ipliğin bir miktarı – kıyasa göre her ne kadar bu da kafîzetu't-tâhin meselesinde olduğu gibi belli değil ise de- karşılığında tarafların akid yapmasına cevâz verilmiştir.[184]

Örfe dayalı istihsâna bir başka örnek alıcının, meyvenin iyice olgunlaşmasına kadar dalında kalmasını şart koşmasıdır. Yerleşik genel kural, akdin gerekli kıldığı bir şart olmadıkça ileri sürülecek her türlü şartın geçersizliğidir. Ancak burada sosyal ihtiyaçlar örf şekline bürünerek varlığını müctehide hissettirmiş ve doktrinde yerini almıştır.[185]

Maslahata Dayalı İstihsân; delili maslahat olan istihsân; bir meseleyi umûmi bir esastan ve küllî bir kaideden istisnâ etmeyi gerektiren bir maslahatın bulunmasıdır. [186]

Bu çeşit istihsâna şu örnekleri vermek mümkündür;

İslam hukukundaki yerleşik kurala göre sanatkârlar emîn oldukları için bir kasıt olmaksızın, elindeki malların telef olması durumunda tazminle mükellef değildirler. Ancak İmam Mâlik, istihsânen, sanatkârların işi yaparken iş sahibine vermiş oldukları zararı ödemeleri yönünde hüküm vermiştir.[187] Bu meseledeki maslahatın dayanağı şu düşüncedir; insanların sanatkârlara ihtiyacı vardır. Sanatkârlar çoğunlukla (kendilerine emanet bırakılan) eşyaların devamlı olarak yanında olmazlar. Çoğu kere onlar bu eşyaları korumazlar ve ihmalci davranabilirler. Şayet onlara bu eşyaların zararları ödetilmez ise iki durumdan birisi ortaya çıkar; ya sipariş vererek iş yaptırmak tamamen yok olur veya onlar ziyan oldu, telef oldu iddiası ile mal sahibinin zararını ödemeden işlerini yaparlar. Bu ise sanatkâra (işlemek üzere emanet edilen) malların yok olmasına

[183] Şâtıbî, **el-İ'tisâm,** III, 141.
[184] Şevkânî Muhammed b. Ali (ö. 1250/1834), **Neylu'l-Evtâr I-VIII**, Mektebetu Mustafa el-Bâbî el-Helebî Mısır ty. V, 329.
[185] Sahnûn, e**l-Müdevvene I-IV,** Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut ty. III, 188..
[186] 'Uceyl Câsim en-Nuşemî, "**el-İstihsânu Hakîkatuhu ve Mezâhibu'l-Usûliyyin fîhi**", **Mecelletu'ş-Şeri'a Ve'd-Dirasatu'l-İslâmiyye** C.I, Sayı I, Kuveyt 1984, s. 124.
[187] İbn Rüşd el-Hafîd, **Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihâyetu'l-Muktasîd I-II,** Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî Mısır 1975, II, 232.

ve sanatkârların da tedbirli davranmamasına sebep olur. Bu durum da suistimale yol açar. Bu itibarla sanatkârların telef olan malın zararını ödemesi, meselenin maslahatauygun olarak çözümüdür. Nitekim Hz. Ali'nin "*İnsanları ancak bu yola getirir*"[188] sözünün anlamı da budur.[189]

Genel kurala göre, her ne sebeple olursa olsun yabancı bir kadına bakmak câiz değildir. Zira ulemanın çoğuna göre, Cenâb-ı Hakk'ın "***Kadınlar zînetlerini açmasınlar"*** [190]âyet-i kerimesinde geçen "*zînet*" kelimesinden amaç, yüz ve ellerdir. Dolayısıyla onlar, bu aslı dikkate alarak, kadına bakmayı câiz görmemişlerdir. Ancak evlenilecek kadına, evlenmeye yaklaştıracak adımların atılmasına sevk eden güzelliğini veya onu bırakıp başkasına talip olmaya sevk edecek çirkinliğini bilmesi için ihtiyatlı davranmak suretiyle bakılması Şari' tarafından mubah görülmüştür. Bu konu hakkında el-Ameş şöyle demiştir.[191] İşte burada fakîhler maslahattan dolayı genel kuralın hükmünden vazgeçip, başka bir hüküm vermişlerdir.

İslâm hukukundaki yerleşik kurala göre ister tedavi amacıyla olsun isterse başka bir amaçla olsun, kadınların erkeklerin, erkeklerin de kadınların avretlerine bakması yasaktır. Fakat cüz'î bir maslahat için ki- o da insanların sağlığının korunmasıdır- şeriatın koyduğu kurallar çerçevesinde kalarak, tedavi amacıyla erkek ve kadınların birbirlerinin avretlerine bakması câiz görülmüştür.

Buhâri, "*erkek kadını, kadın erkeği tedavi edebilir mi?"* başlığı altında şöyle demiştir: "*Rubeyyi' binti Muavviz bin Afra (ra)'dan rivayet olunduğuna göre; o demiştir ki: "Rasûlullah ile beraber gaza yaparken biz askerlere su taşır, onlara hizmet eder, ölü ve yaralıları Medine'ye taşırdık." Bu tedavi, bakmak, elle dokunmak ve diğer durumlarda ancak zaruret miktarınca takdir olunur."*[192]

[188] İbn Ebî Şeybe(ö. 239/853), **el-Musannaf I-XV,** VI, 285 (Rkm. 1092)
[189] Şâtıbî**, el-İ'tisâm**, III, 141.
[190] **Nur**, 24/31.
[191] İbn Rüşd el-Hafîd, **Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktasid,** Beyan Yayınları, II, 414–415.
[192] Buhârî, **Sahihü'l-Buhârî**, V, 2151.

Bilindiği üzere, esas olan bu gibi tasarrufların câiz olmamasıdır. Ancak Şari' insanların maslahatı için buna cevaz vermiştir.[193]İşte Mâlikîler bu gibi uygulamalara, maslahata dayalı istihsân adını vermişlerdir.

Meşakkatin Kaldırılmasına Dayalı İstihsân; İstihsânın bu çeşidinde; müctehidi, kıyası terk edip zaruretin veya âdeten zaruret derecesine gelen ihtiyacın gereğine göre âmel etmeye sevk eden bir zaruret bulunmaktadır.[194]

Yağmur yüzünden akşam ve yatsı namazlarının cem' edilmesi, yolcunun namazlarını cemederek kılması ve isterse Ramazan'da oruç tutmaması gibi meseleler genel kural kapsamında değerlendirildiğinde câiz olmaması gerekir. Fakat Şari', mükellefin durumunu dikkate alarak, bu gibi meselelerin genel kural hükmünde değerlendirmesi halinde, onlara zorluk getireceği için, o hükümden vazgeçip, başka bir hüküm uygulamıştır. Bunlar da istihsân kabilinden birer ruhsat olarak değerlendirilmiştir.[195]

Müzâraa[196] ve Musâkât[197] akidlerinde, bedelin meçhul olmasından dolayı bu sözleşmelerin câiz olmaması gerekir. Ancak bu gibi akidlerin taraflara kolaylık sağladığı göz önünde bulundurularak istihsânen câiz görülmüştür. [198]

Meşakkatin kaldırılmasına dayanan istihsânın bir diğer çeşidi de arîye meselesidir. Yani ağaç üzerindeki yaş hurmanın tahmini olarak kuru hurma ile değiştirilmesidir. Sa'd b. Ebi Vekkâs (ra)'ın ö. 55/675) rivayet ettiğine göre, Hz. Peygamber'e (sav) kuru hurmayla taze hurmanın takası sorulmuş. Allah Resûlü de "*taze hurma kuruyunca hacmi ve ağırlığı azalır mı"* diye sorunca, sahâbe evet diye cevap vermiştir. Hz. Peygamber bunun üzerine böyle bir takası yasaklamıştır. Ancak insanların bu muâmeleye ihtiyaç duymaları dikkate alınarak, sonradan bizzat Hz.

[193] Ğırnâtî Muhammed b. Ahmed (ö. 741/1320), **el-Kavâninu'l-Fıkhiyye**, ty. yy. s. 294.
[194] Zuhaylî, **el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh,** s. 88.
[195] Şâtıbî**, el-Muvâfakât**, IV, 207.
[196] Ziraat yapmak, toprağı ekip biçme ve çiftçiliğin gerektirdiği diğer işlemleri yapma anlamına gelir. Ziraat ortakçılığı ise, iki ve daha çok kişinin, tarım alanında ortaklaşa iş yapması demektir. Bir terim olarak şöyle tarif edilebilir: Bir taraftan arazi, diğer taraftan çalışma, emek konulmak suretiyle çıkacak ürünün belirli nisbet dâhilinde paylaşılması şartı ile yapılan bir ortaklık anlaşmasıdır (Bkz.**Mecelle**, md 1431)
[197] Meyve ağaçları üzerinde yapılan ortakçılığa denir.
[198] Sahnûn, e**l-Müdevvene,** III, 562.

Peygamber tarafından câiz kılınmıştır. Fakîhler bunu istihsân olarak adlandırmışlardır.[199]

1.1.2.4. Mâlikî Mezhebinde İstihsânın Diğer Delillerle İlişkisi

Mâlikî Mezhebinde İstihsânın Mesâlih-i Mürsele İle İlişkisi; Mâlikî mezhebinin istihsân hakkındaki görüş ve açıklamaları incelendiğinde onlara göre istihsân, muttarid olan kıyasa karşı cüz'î maslahatı tercih etmektir. Dolayısıyla istihsân mesâlih-i mürseleye yaklaşır, fakat mesâlih-i mürsele değildir.

Şâtîbi el-İ'tisam adlı eserinde konuyla ilgili şöyle bir açıklama yapmaktadır: "Eğer bu, istihsân babından değil, mesâlih-i mürsele babındandır denilirse, buna cevaben şöyle deriz: "Evet, ancak onlar istihsânı kaidelerden istisnâ olarak tasvir edip gösterirler, mesâlih-i mürsele ise bunun hilâfınadır."[200]

Muhammed Ebû Zehrâ, Şâtıbî'nin bu sözlerini şöyle yorumlamıştır: "İstihsân, küllî delil mukabili cüz'î istisnâdır." Diğer bir ifadeyle, bazı cüz'îler, küllî delile uymadığından dolayı ondan ayrılmış ve mesâlih-i mürsele adını almıştır.[201] Bu nedenle, Mâlikî fukahâsı "O mürsel istidlâli, kıyasa tercih etmektir**"** demiştir. Bu maslahat, mesâlih-i mürsele ve gayr-i mürselenin umûmunu kapsadığından dolayı maslahat her iki halde de işlemektedir. Birincisi, vuku bulan olay hakkında kıyas olmayıp, nass üzerine hamletmek vardır. Böyle bir durumda delil maslahattır. Bu da İmam Mâlik'e göre kendi başına bir asıl olup Mâlikî mezhebine müntesib usûlcüler de doktrinlerinde onu takip etmişlerdir. İkincisi, kıyas olduğu halde kıyastaki ittırad sebebiyle meşakkat ve darlık doğmaktadır. Bu da maslahatın gerçekleşmesine engel teşkil etmektedir. Durum böyle olunca, "faydayı almak, zararı defetmek" kaidesince bu tür kıyas terk edilmekte onun mukabilinde cüz'î maslahat alınmaktadır; kıyasın karşılığı olan bu çeşide de istihsân adı verilir.[202]

---

[199] Şâtıbî**, el-Muvâfakât**, IV, 207.
[200] Şâtıbî, **el-İ'tisâm**, III, 69.
[201] Ebû Zehrâ, **İmam Mâlik Hayâtuhu ve Âsâruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhu**, Dâru'l-Fıkri'l-Ğarbî Kâhire, s. 300.
[202] Ebû Zehrâ, **İmam Mâlik Hayâtuhu ve Âsâruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhu**, s. 301.

1.1.2.5. İstihsân Delilinin Mâlikî ve Hanefî Mezhebinde Karşılaştırılması

Yukarıda ele aldığımız hususlardan anlaşılacağı üzere, Mâlikîler kıyastan doğan aşırılığı veya boşluğu, yaygın olan örfle, râcih olan maslahatla veya güçlüğü kaldırmakla telâfi etmeye çalışmışlardır.[203]

Hanefî mezhebi ise kıyasın aşırılığı veya boşluğu, muttarid olan kıyasın zâhirîndeki illete muhalif başka bir illet düşünülerek karşılanmıştır. Onlara göre bazı yönleriyle istihsân iki kıyas arasında bir tearuzdur. Birinin illeti gizlidir, fakat tesiri kuvvetlidir. İşte bu istihsândır. Diğerinin illeti zâhir, fakat tesiri zayıftır. Bu da kıyastır. Ve onlar, genel kuralın uygulanmasından doğan sıkıntıyı gidermek için haber-i vâhide, icmaya, maslahata, zarurete ve örfe dayanarak kıyası terk edip istihsân yapmışlardır.[204]

Böylece her iki mezhebin birleştikleri nokta, meşakkat maslahat ve yaygın örfün, kıyas karşısında istihsânı gerektiren sebep olarak kabul edimesidir. Ayrıldıkları nokta ise Hanefîlerin genel kurala muariz olan haber-i vâhidi ve icma'ı almaya istihsân adını vermeleri, Mâlikîlerin ise buna istihsân adını vermemeleridir.

1.1.3. Hanbelî Mezhebinde İstihsân

Hanbelî mezhebi istihsânı, her ne kadar Hanefî ve Mâlikî mezhepleri kadar geniş çapta kullanmamışsa da yine de usul sistematiğinde istihsâna yer vermişlerdir. Ahmed b. Hanbel'in (ö. 241/855) istihsân hakkındaki görüşünü beyan etmeden önce, onun istinbât usûlüne değinmekte fayda vardır. Zira bu durum İmam Hanbel'in istihsân metoduyla âmel edip etmediğini anlamamıza yardımcı olacaktır.

Ahmed b. Hanbel'in hüküm çıkarırken kullandığı kaynaklar şunlardır:

Nasslar; Ahmed b. Hanbel, bir meseleye hüküm vermek istediğinde önce nassa bakar, nassın bulunduğu yerde hükmü onunla verir, başka bir şeye bakmazdı. Burada nasstan maksat Kur'ân ve merfû hadistir. Ahmed b. Hanbel sahih hadise, ne bir uygulamayı ne bir görüşü ne de bir kıyası tercih ederdi. İcmanın varlığından bahsedenin

[203] Şâtıbî, **el-Muvâfakât,** IV, 206.
[204] Ebû Zehrâ, **İmam Mâlik Hayâtuhu ve Âsâruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhu**, s. 300-301.

yalan söylediği görüşünde olan Ahmed b. Hanbel, icmanın sahih hadisin önüne geçmesine cevâz vermezdi.[205]

Sahâbenin vermiş olduğu fetvalar; Ahmed b. Hanbel hakkında ihtilâf olmayan sahâbî kavlîne göre fetva vermiştir. Ancak böyle bir sahâbî kavlini yine de icmâ' olarak kabul etmemiştir. Sahâbenin görüşleri farklı olduğu zaman Ahmed b. Hanbel bu görüşlerden kitap ve sünnette en yakın olanını almış ve onların görüşlerinin dışınaçıkmamıştır.[206]

Mürsel ve zayıf hadis; İmam Ahmed b. Hanbel bunları delil olarak kabul ederek kıyasa tercih etmiştir. Zayıf hadisten kasdı, bâtıl ve münker olan veya rivayetinde müttehem râvî bulunan hadis değildir. Nitekim bu şekildeki hadisi kullanmamıştır.[207]

Kıyas; Ahmed b. Hanbel, İbn Kayyîm'in de ifade ettiği üzere sadece zaruret halinde başka bir deyişle, bir mesele hakkında nass, sahâbî kavli, mürsel veya zayıf bir eser bulamadığında kıyasa başvurmuştur.[208]Ahmed b. Hanbel'in bu deliller dışında istishâb, mesâlih-i mürsele, sedd-i zerâi' ve istihsânı de delil olarak kullandığı Hanbelî usûl eserlerinde belirtilmiştir. Nitekim bu deliller, Hanbelî mezhebinin istinbât usûlünü oluşturmuştur.[209] Ancak Ahmed b. Hanbel'in istinbât usûlünden bahseden bazı Hanbelî âlimler istihsânı bu kapsamda saymamışlardır. Bunun da muhtemel nedeni Ahmed b. Hanbel'in istihsânı kıyasın bir parçası olarak görmesi ve onu kitap, sünnet ve kıyas gibi müstakil bir delil olarak kabul etmemesidir. Veya Ahmed b. Hanbel'in re'yle ictihad ettiği zaman istihsân adını çok az kullanmasıdır. Zira diğer âlimlerin istihsân olarak adlandırdığı birçok meseleyi O, istishâb ve mesâlih-i mürsele olarak adlandırmıştır. Ayrıca, Ahmed b. Hanbel'in hadis ekolu imamlarından olması ve İmamŞafiî'yi kendilerinden usûlu'l-fıkh ilmini aldığı hocalarından sayması bunun diğer bir muhtemel

[205] İbn Kudâme Muvâffakuddin (ö. 620/1223), **Ravdetu'n-Nâzır ve Cünnetu'l-Munâzır**, Mektebetu'r-Rüşd Riyâd ty. I, 61.
[206] İbn Kudâme, **Ravdetu'n-Nâzır ve Cünnetu'l-Munâzır,** I, 63.
[207]İbn Kudâme, **Ravdetu'n-Nâzır ve Cünnetu'l-Munâzır**, I, 125.
[208] İbn Kayyîm el-Cevziyye (751/1350)**, İ'lamu'l-Müvakki'in I-IV,** Mektebetu'l-Külliyati'l-Ezher Kâhire 1996, I, 30–32.
[209] Şelebî Muhammed Mustafa, **el-Medhal fit-Ta'rifi bi'l-Fıkhi'l-İslâm**î, Dâru't-Te'lif İskenderiyye 1962, s. 161.

sebebi olabilir.[210] Buna göre Ahmed b. Hanbel istihsânı, ictihadî bir ilke olarak kabul etmekte ancak Hanefî ve Mâlikî mezhepleri kadar geniş çapta kullanmamaktadır. Dolayısıyla Hanbelî usûl eserlerinde istihsânörneklerine az rastlanmaktadır.

Ahmed b. Hanbel'den, istihsânın bâtıl olduğunu çağrıştıracak bir takım imâlar bulunmakla birlikte bunlar daha ziyade hiçbir şer'i delile dayanmayan, sadece heva ve hevese dayanan istihsân anlamında kullanılmıştır.[211] İbn Hattâb (ö. 388/998), Ahmed b. Hanbel'in Hanefîlere karşı inkâr ettiği istihsânın, şer'i bir delile dayanmayan istihsân olduğunu söyler. Nitekim Ebû Ya'lâ Ahmed b. Hanbel'in "Ben, gelen her hadise başvuruyorum ve ona kıyas yapmıyorum" demek suretiyle istihsânın sahih olduğunu ispata çalıştığını ve onun bu sözünden maksadın bir hükmün daha kuvvetli bir hükümle terk edilmesi olduğunu ifade etmiştir.[212]

1.1.3.1. Hanbelî Mezhebinde İstihsân Kavramı

Hanbelîlerin usûl eserlerinde istihsân hakkında değişik tanımlar yapılmıştır. Bunların çoğu Hanefî ve Mâlikîlerin tanımlarına yakındır. Ayrıca mezhebinde istihsânı kabul konusunda farklı temayüller mevcut ise de genel çizgi olumludur ve "özel bir şer'î delil sebebiyle bir meselede o meselenin benzerlerine verilen hükümden vazgeçmek" şeklindeki istihsân tanımının Ahmed b. Hanbel'in de görüşü olduğu aktarılır. [213] Burada Hanbelî usûlcülerinden istihsânı kabul edenlerin görüşlerini beyan etmeye çalışacağız:

Ebû Ya'lâ Muhammed b. el-Hüseyin b. Muhammed b. Halef el-Ferrâ' (ö. 458/1066), el-'Udde adlı eserinde istihsânı şöyle tarif etmiştir: "İstihsân iki delilden daha üstün olanının tercih edilmesidir." Ebû Ya'lâ istihsânın şer'i bir delil olduğunu ispata çalışmış ve istihsândan maksadın, bir hükmün daha kuvvetli bir hükümle

[210] Ebû Zehrâ Muhammed**, İbn Hanbel Hayâtuhu ve Âsâruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhu,** Dâru'l- Fıkri'l-Ğarbî Kâhire, s. 301.
[211] Âli İbni Teymiyye**, el-Müsevvede fî Usuli'l-Fıkh, (**Thk. Muhammed Muhyiddin Abdulhamid) Kâhire ty. s. 473.
[212] Ebû Ya'lâ (ö. 458/1066)**, el-'Udde fî Usûli'l-Fıkh I-V**, Riyâd 1993, V, 1604–1609.
[213]Tûfî Necmüddin (ö.718/1318),**Şerhu Muhtasari'r-Ravza** I-III, Muessestu'r-Risâle Beyrut 1989, III, 190.

terkedilmesi olduğunu söyleyerek, kitap, sünnet ve icmâ'dan istihsân lehine deliller getirmiştir.[214]

İbn Kudâme Abdullah b. Ahmed (ö. 620/1223), Ahmed b. Hanbel'in istihsânı delil olarak kullandığını, istihsânda önemli olanın isimlendirme değil, anlam olduğunu belirterek, istihsân için üç tanım zikreder: Birincisi, müctehidin kitap ve sünnet gibi özel bir delilden dolayı bir meselede benzerlerinin hükmünden başka bir hükme udûl etmesidir. Bu dabir hükmü bırakıp, ondan daha evla bir hükme gitmek şeklindedir. İkincisi, müctehidin kendi aklıyla güzel gördüğüyle âmel etmektir. Üçüncüsü, müctehidin vicdanını etkileyen, fakat ifade etmekte zorlandığı bir delildir.[215]

Necmüddin et-Tûfî (ö.718/1318); Ebû Hanîfe, İmam Mâlîk ve Ahmed b. Hanbel'in istihsânı delil olarak kabul ettiklerini örneklerle açıkladıktan sonra, Hanefîlerin istihsân konusunda söylediklerinin yerinde olduğunu, Hanefî âlimlerin istihsân konusunda son derece güzel ve beliğ açıklamalarda bulunduklarını söyleyerek Hanefî âlimlere olan hayranlığını ifade etmiştir.[216]

Tûfî, istihsân hakkındaki mezheplerin görüşlerini uzun uzadıya aktardıktan sonra, kanaatini şu şekilde ifade etmiştir; İstihsân bir yönüyle kıyastan daha hâss, başka bir yönüyle ise daha ammdır. İstihsânın kıyastan daha hâss oluşu, istihsanın maslahatının kıyasa tercih edilmesi ve istihsânın maslahatının kıyasın maslahatına nazaran daha uygun olmasıdır. Kıyastan daha âmm olması ise kıyasın özel olarak illete tabi olması, istihsânın ise, genel olarak delile tabi olmasıdır.[217]

İbni Teymiyye Tekyuddin (ö. 728/1328), Ahmed b. Hanbel'e ait birçok istihsân örneğini naklettikten sonra istihsânın, açık kıyası haberi vâhid gibi bir nass sebebiyle ya da sahâbe sözüyle terk etmek olduğunu ve bu metodunun istihsân diye adlandırılmasının yerinde olduğunu söyler.[218]Muhammed EbûZehrâ, İbn Teymiyye'nin istihsân hakkındaki görüşünü şu şekilde aktarmaktadır: "Kıyasların illetleri genel ve

[214] Ebû Ya'lâ**, el-'Udde,** V, 1605.
[215] İbn Kudâme Muvâffakuddin(ö. 620/1223),**Ravdetu'n-Nazar ve Cennetu'l-Munâzır**, Mektebetu'r-Rüşd Riyâd ty. II, 531.
[216] Tûfî, **el-Bülbül fî Usûli'l-Fıkh**, Âlemü'l-Kutub Beyrut 1999, s. 143.
[217] Tufî, **Şerhu Muhtasari'r-Ravzâ.** III, 203.
[218] Âli İbni Teymiyye**, el-Müsevvede fî Usu'li'i-Fıkh,** s. 451.

mazbut olmaz. Çünkü hikmetler, bazen cüz'îlerin bir kısmında gerçekleşmez. Hanefîler böyle bir durumda istihsân yoluyla çözüm bulurlar. İstihsân ise, mülâim vasfın gerçekleştiği başka bir kıyas ya da maslahatın gerçekleştiği başka bir hikmettir. Bu konuda, hikmet gerçekleşmediği zaman, İbn Teymîyye, bu kaideyi kapsamsız (gayri şâmil) kabul eder ve kaideyi birincinin dışında başka bir hikmetin umuûmuna tabi kılar."

İbn Teymiyye, Hanefîler ve onlara tabi olanların istihsân hakkındaki görüşlerini şöyle özetler: Hanefîler ve onların görüşünü tercih edenler fıkhî kaideleri, her konuda uyguladıkları ince ve düzenli (mazbut) kıyaslarla sağlam bir şekilde kullanırlar. Maslahat geri planda kaldığında ve mülâim vasıftan uzaklaştığında istihsân yoluyla istisnâî bir uygulama yaparak, bu konularda istihsânı kullanırlar.

Buna göre, istinbâtta EbûHanîfe 'nin yolunu tutanların nass olmayan yerde kıyas yaptıkları, kıyasın uygun düşmemesi halinde ise istihsânı benimsedikleri görülmektedir.[219]

İbn Kayyîm Şemsuddin Ebû Abdullah (ö. 751/1350), prensip olarak hükümlerin istinbâtında hikmet ve maslahata riayet ettiği için genel anlamda kıyas yanında istihsân ve istislâha da sıcak bakmaktadır. Ayrıca İbn Kayyîm '*Bedâiu'l-Favâid'* adlı eserinde; İmam Şafiî'nin, istihsânı red konusunda ileri gittiğini, hâlbuki kendisinin de birkaç yerde istihsânı kullandığını söyler.[220]

İstihsânın lehindeki bu rivayetler incelendiğinde, İmam Ahmed b. Hanbel'in istihsânı azda olsa kullandığını ve Hanbelî usûlünde istihsânın geçerli bir metot olarak kabul edildiğini ifade etmek mümkündür.

1.1.3.2.Hanbelî Mezhebinde İstihsân Çeşitleri

Hanbelî usûlcüler istihsân yöntemini Hanefî ve Mâlikî usûlcüler kadar sıklıkla kullanmamış iseler de genel tutumları istihsânın kabulü yönündedir. Onlara göre

[219] Ebû Zehrâ Muhammed, **İbn Teymiyye Hayâtuhu ve Âsâruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhu,** Dâru'l-Fikri'l-Arabî Kâhire 1975, s. 399–400.
[220] İbn Kayyîm el-Cevzîyye (ö. 751/1350)**, Bedâiu'l-Fevâid I-V**, (Ali b. Muhammed el-İmrân) Dâru'l-Âlemi'l-Fevâid Cidde ty. V, 1345.

istihsân iki kategoride ele alınabilir. Birincisi; nass sebebiyle istihsân, İkincisi; kıyasa muhalif olan istihsân.

Nass Sebebiyle İstihsân; nass sebebiyle istihsânda hükmü belirlenecek olay hakkında özel bir nass vardır. Fakat bu özel nass, yerleşik genel bir kural ya da genel içerikli bir nass gereği bu olayın benzerlerine uygulanan genel hükmün aksine bir hüküm ihtiva etmektedir. İşte bu durumda nass sebebiyle istihsândan söz edilebilir.

Örneğin yolculuk halinde yapılacak olan vasiyet için Müslüman şahit bulunmazsa, ehl-i kitab olan kimselerin bu konuda Müslümanlara şahitlik etmeleri genel kuralın aksine istihsânen câiz görülmüştür.[221]

Bir diğer örnek, bir araziyi gasp ederek üzerinde ziraat yapan kişi hakkında Ahmed b. Hanbel, ziraatın arazi sahibine ait olacağını, gâsıba da nafaka ödenmesi gerektiğini söylemiştir.[222] Bu olayda kıyas, ziraatın gâsıba ait olmasını ve arazi sahibine de arazi ücretinin ödenmesini gerektirmekte ise de Ahmed b. Hanbel, Râfi' b. Hadîc'in (ö. 73/692) rivayet ettiği, "*kim bir kavmin arazisini ekerse; ziraat, arazi sahibinindir, ekene ise nafaka vardır*"[223] hadisiyle amel ederek genel kuraldan vazgeçip, istihsân yapmıştır.[224]

Kıyasa Muhalif Olan İstihsân; Ahmed b. Hanbel'in bazı konularda bu tür istihsânı kullandığı rivayet edilmiştir. Meselâ; genel kurala göre, teyemmüm eden birisi, su ile abdest alma mesabesindedir. Dolayısıyla abdesti bozan bir şey vuku bulmadıkça veya su bulunmadıkça, kural teyemmümün bozulmamasıdır. Fakat Ahmed b. Hanbel, her namaz için, genel kurala muhalif olarak, yeniden teyemmüm edilmesini istihsânen gerekli görmüştür. [225]

Mervezî'nin (ö. 294/906) rivayet ettiğine göre, Ahmed b. Hanbel "sevâd arazisini satın almak câiz, satmak ise câiz değildir" demiştir. Bu söz üzerine ona, "sahibi

[221] İbn Kudâme, **el-Muğnî**, Kâhire, 1367, IX, 182, 183,220
[222] Ebû Ya'lâ, **el-'Udde,** V, 1608–609
[223] Tirmizî (ö. 279/893), **Ahkâm**, 29.
[224] Ferhat Koca, **İslâm Hukuk Tarihinde Selefi Söylem Hanbelî Mezhebi**, Ankara Okulu Yayınları ty. s. 163–166.
[225] Ebû'l-Hattab Mahfûz b. Ahmed (ö. 510/1116), **et-Temhîd fî Usûli'l-Fıkh I-V**, Külliyetu'ş-Şeri'a Mekke ty. IV, 88.

olmayan bir kişiden nasıl satın alınır?" diye sorulduğunda, "kıyas senin dediğin gibidir. Ancak bu bir istihsândır" demiş ve sahâbe, mushafın satın alınmasına ruhsat verdiklerini, ancak onun satışını câiz görmediklerini delil olarak getirmiştir.[226] Bu örnekte, Ahmed b. Hanbel'in sahâbenin görüş ve uygulamalarını, kıyastan daha kuvvetli bir delil olarak gördüğü ve onu kıyasa tercih ettiği yani istihsân ile âmel ettiği anlaşılmaktadır.

Mudarebe[227] konusunda Mudârib, sermaye sahibinin arzusuna aykırı olarak, onun istemediği bir mal satın alsa, bundan elde edilecek kâr, sermaye sahibine ait olup mudaribe ecr-i misil (emsaline göre ücret) verilir. Ahmed b. Hanbel'in, bu hükmü istihsânen verdiği ifade edilmiştir.[228]

1.1.3.3. Hanbelî Mezhebinde İstihsânın Diğer Delillerle İlişkisi

Hanbelî Mezhebinde İstihsân ve İstishâb

İstishâb sözlükte, "kısasüreli olmayan beraberlik, bir arada bulunma" anlamındaki sohbet kökünden türeyen bir kelime olup beraberliği istemek, birlikte olmayı devam ettirmek gibi anlamlara gelmektedir.

Usûlu'l-fıkıh terimi olarak ise iki şekilde tarif edilmiştir: Birincisi, Şevkânî'nin, '*İrşâdü'l-Fühûl'* adlı eserindeki şu tarifidir: "İstishâb, müspet olan bir hükmün değiştiğini gösteren bir delil bulunmadığı sürece, o şeyin aynen kalmasıdır" ki bu, geçmişte sabit olan bir şeyin, hâlihazırda ve gelecekte de baki kalması demektir. Buna göre, Şevkâni'nin tarifinde istishâb metodu sadece müspet yönde uygulanmaktadır. İkincisi, İbn Kayyîm'in tarifidir: "İstishâb, sabit olan şeyin devam etmesi ve menfi olan şeyin de nefyedilmesidir." Yani durumun değiştiğini gösteren bir delil bulunmadıkça müspet olsun menfi olsun, hükmün aynen devam etmesidir. Hükmün bu şekilde devam etmesi için delile ihtiyaç yoktur. Değiştirici bir delil ortaya çıkmadıkça, hüküm aynen devam etmektedir. Örneğin, satın alma, mirâs, hibe veya vasiyet gibi yollarla birisinin

[226] Ebû Ya'lâ, **el-Udde**, V, 1604
[227] Arapça "durb" kökünden mufâale vezninde bir mastar olup, kök anlamı; gitmek, uzaklaşmak, rızık peşinde koşmak demektir. Bir terim olarak; bir taraftan sermaye, diğer taraftan işletme olmak üzere oluşturulan emek-sermaye ortaklığını ifade eder. Sermaye sahibine"rabbü'l-mâl", işletmeciye ise "mudarib" denir. (Bkz. Şamil İA. Md. Mudarebe).
[228] İbn Kudâme**, el-Muğnî**, VII, 132.

mülkiyetinde olduğu sabit olan bir şey, herhangi bir delil bulunmadıkça başkasının mülkiyetine geçmez. Ayrıca istıshâb mevcut galip zanna dayandığı için istinbât bakımından güçlü bir delil teşkil etmez.[229]

İstishâbın delil olarak kullanılması sadece bir olaya hüküm verilmek istenip de ondan başka delil bulunmadığında mümkündür. Dolayısıyla şer'î delillerin sayısını azaltanlar istishâbın sahasını genişletmişlerdir. Kıyası delil olarak kabul etmeyen Zahirîler ve İmâmîler gibi mezhepler, istishâb yöntemine daha çok başvurmuşlar ve kıyası kabul eden fakîhlerden ayrılarak, birçok meselenin hükmünü istishâba göre vermişlerdir. Kıyası kabul eden cumhur ise, kıyas ile çözümlenebilecek meseleleri istishâb yoluyla değil kıyas yoluyla çözmüşlerdir. İstihsânı kabul etmeyen Şâfiîler de istishâbı, diğer mezheplerden daha çok kullanmışlardır. Çünkü diğer mezheplerin örf-âdet ve istihsâna istinaden hükme bağladıkları meseleleri, İmâm Şafiî istishâb deliline dayandırmıştır. Buna göre istishâb ile en az hüküm verenler Mâlikî fakîhlerdir. Çünkü onlar, istidlâl sahasını o kadar geniş tutmuşlardır ki istishâba çok az yer kalmıştır. Onları Hanefîler takip etmiştir.[230]İstihsân ile istishâbı karşılaştırdığımızda şöyle bir fark ortaya çıkmaktadır; İstihsânda, bir mesele hakkında, o meselenin benzerlerine verilen bir hüküm bulunmakla birlikte, bir sebepten dolayı o hükümden istisnâ yapılarak ve meseleye o hükmün aksine başka bir hüküm verilmektedir.

İstishâb ise, yeni bir hüküm ortaya koymamaktadır. Aksine daha önce var olan bir hüküm devam etmektedir. Bu hüküm de ya ibâha-i asliye kuralı veya berâet-i zimmet kuralı ile veyahut da şer'ân kabul edilen bir sebebin varlığına binaen sabit sayılmaktadır.

Dolayısıyla fıkıh usûlu âlimleri, istishâbın, var olan hükmü olduğu gibi bırakma hususunda hüccet kabul edilebileceğini aksi takdirde hüccet kabul edilmeyeceğini ifade etmişlerdir.

İstihsân ve Ruhsat; Ruhsatın, usûl bilginleri tarafından birçok tanımı yapılmıştır. Ruhsat ile istihsân arasındaki farkın anlaşılması için öncelikle ruhsatın tanımını ele alacağız.

---

[229] Şevkânî, **İrşâdü'l-Fühûl I-II,** Dâru'l-Fedîle Riyâd 2000, II, 974.
[230] Ebû Zehrâ, **İbn Hanbel**, s. 307.

Sözlük anlamı itibariyle, ruhsat, kolaylıktan ibarettir. Bir usûlu'l-fıkıh terimi olarak ruhsatı, İmam Gazzâlî el-Mustasfâ adlı eserinde şöyle tanımlamıştır: "Ruhsat; herhangi bir özür ve acizlik yüzünden, haram kılıcı sebep mevcut olduğu halde, yapılması hususunda mükellefe genişlik tanınan durumdur."[231]

Şâtıbî 'el-*Muvâfakât'* adlı eserinde ruhsatı, "haramlığı gerektiren küllî bir asıldan istisnâ olmak ve sadece ihtiyaç mahallerine has kılınmak üzere meşakkat veren bir özür sebebiyle meşru kılınan hükümlerdir"[232] şeklinde tarif etmiştir

Diğer bazı âlimler ise, ruhsatı şu şekilde tarif etmişlerdir: "Ciddî bir özre binâen, asıl hükmü icap ettiren sebep mevcut olmakla beraber insanların ihtiyaçlarını gözetmek kastiyle veya özel hallerde mükellefe kolaylık göstermek için meşru kılınan hükümlerdir."[233]Ruhsat hakkında nakl ettiğimiz bu tanımlardan şu iki durum ortaya çıkmaktadır: Birincisi, ruhsata yol açan sebepler; zorlama, zaruret, nefsi müdafaa, zorluk ve meşakkat gibi hususlardır. İkincisi, asıl hükmün devam etmesidir. Çünkü ruhsatta asıl olan ibâhadır. (Ruhsat) aslî hükmü icbârî olmaktan çıkarıp, yapıp ve yapmamak arasında muhayyerliğe, (serbestliğe) nakletmektedir. Mesela, Ramazan'da yolcu ve hastanın oruç tutmaması buna birer örnektir. Hasta ve yolcu ruhsata göre davranarak oruç tutmayabildikleri gibi, oruç onlara zarar vermiyorsa azimete göre davranarak oruç tutabilirler.[234]

Demek oluyor ki ruhsat, asıl hüküm değildir. Asıl hüküm ile var olan gerekliliğin devamını engelleyen bir hükümdür. Ve her iki hüküm devam ettiği için, mükellef, azîmet veya ruhsata göre amel etmekte serbesttir.

Böylece ruhsat ile istihsân arasındaki farkı şu dört hususta özetlemek mümkündür: Birincisi, istihsân ile amel edilince ona mukabil olan asıl hüküm geçersiz olur. Ruhsatta ise, mükellef her iki hüküm arasında serbesttir. Yani her iki hüküm de mevcut olduğu için, mükellef istediğiyle amel edebilir.[235]İkincisi, kıyasa dayalı

[231] Gazzâlî Ebû Hamid (ö. 505/1111), **el-Mustasfâ I-IV,**(Thk. Hamza b. Zuheyr) Külliyetu'ş-Şeri'a Medine ty. I, 329.
[232] Şâtıbî**, el-Muvâfakât**, I, 301.
[233] İbn Kudâme, **Ravdatu'n-Nâzır ve Cennetu'l-Munâzır**, s. 60.
[234] Hamevî, **Nazariyyetu'l-İstihsân,** s. 74.
[235] Hamevî, **Nazariyyetu'l-İstihsân,** s. 75.

istihsânın hükmü, birbiriyle çatışan iki kıyas arasındaki tercihten ibarettir. Yani burada istihsân bir aslın fer'i değildir. Dolayısıyla istihsânla ruhsat arasında bir benzerlik yoktur.[236]Üçüncüsü, ruhsat, Şari' tarafından özel bir nassla meydana gelir. Yolculuk ve hastalık hallerinde namazın kısaltılması, orucun te'hirine cevâz veren nassın bulunması gibi. İstihsânda ise bu durum, Şari' tarafından bir nass sebebiyle olduğu gibi müctehidin ictihadı ile de olabilmektedir.[237]Dördüncüsü, ruhsata sadece zaruret halinde başvurulur. İstihsânda ise, zaruret halinin dışında başka bir takım durumlarda söz konusudur.[238]

1.1.4. Zeydîyye Mezhebine Göre İstihsân

İstihsân metodu, Hanefî ve Mâlikî fıkhında kullanıldığı gibi, Zeydiye fıkhında da kullanılmıştır. Ancak Zeydîler, istihsânı müstakil bir delil olarak değil, kıyas delilinin içinde zikretmişlerdir. Bu da onlara göre, istihsânın kıyas türlerinden oluşu ya da istihsân konusundaki açıklamaların kıyasla ilişkili bulunmasından dolayıdır.[239]

Zeydîlerin istihsân anlayışı ile Hanefîlerin istihsân anlayışı arasında genel olarak pek bir fark yoktur. Her iki mezhebin istihsân anlayışları karşılaştırmalı bir şekilde ele alınırsa Hanefîlerin istihsân anlayışı özetle şu şekilde ifade edilebilir:

Müctehidin önceki yargıdan vazgeçmeyi gerektirecek daha güçlü bir hususun dolayı benzer konularda verdiği hükmün aynısını, söz konusu mesele hakkında da vermekten vazgeçmesidir.[240]

Zeydî âlimlerden İbnü'l-Mürtezâ (ö.1100/1688), *'Mi'yaru'l-Ukul'* adlı eserinde istihsânı şöyle tarif etmiştir: "İstihsân hakkında söylenenlerin en derli toplusu, onun, lâfzın kapsamlı oluşu kadar kapsamlı olma özelliği bulunmayan ictihattan, daha güçlüsüne udûl etmektir. Böylece istihsân, önceki ictihada sonradan eklenmiş gibi olur." Tanımdaki "lâfzın kapsamlılığı kendisinde bulunmayan" ifadesi, umûmi lâfzın kapsamlılığını kendisini tahsîs edene nisbet etmekten sakınmaktır. Bu, istihsân değildir.

---

[236] Şâtıbî, **el-Muvâfekât**, IV, 137.
[237] Hamevî, **Nazariyyetu'l-İstihsân,** s. 76.
[238] Hamevî, **Nazariyyetu'l-İstihsân,** s. 77.
[239] Vezir Muhammed b. Ali (ö. 1372/1952), **el-Musaffâ fî Usûli'l-Fıkh,** Beyrut 1996, s. 418.
[240] Buhârî**, Keşfu'l-Esrâr,** IV, 4–5.

Tanımdaki "daha güçlüsüne" ifadesi, nassdan kıyasa yahut daha zayıf bir nassa doğru ilerlemekten sakınmaktır. Bu da istihsân değildir, "önceki ictihada sonradan eklenen gibi olur*"* ibaresi istihsânı kıyas uğruna terk etmekten sakınmaktır.[241]

İbnü'l-Murtezâ istihsân hakkındaki görüşünü şu ifadelerle açıklamıştır: "İstihsânın gerçekleşmesi için, birisi kendisinden vazgeçilen, diğeri de kendisine doğru yönelinen iki zannî delilin bulunması zorunludur. Her ikisinin de şartlarında bir eksiklik söz konusu olmayacak şekilde sahih olmaları gerekir. Fakat ister ikisi de kıyas, isterse biri kıyas diğeri haber tarzında bulunsun, birisinin tercihe şayanlık yönünden daha güçlü olması gerekir." Bu ifadeye göre istihsân, daha güçlü bir delille hüküm vermeyi gerekli kılacak olağanüstü bir durum nedeniyle kıyastan vazgeçmek anlamında yoğunluk kazanmaktadır. Bu anlayış, Hanefî mezhebine göre istihsânın vardığı noktadır.[242]

Böylece Zeydîlere göre istihsân, zanni olan iki delilin çelişmesi sonucu zaif olandan vazgeçip daha kuvvetli olana yönelmektir. Yani onlara göre istihsân kat'i olan deliller arasında varlığı düşünülemeyen ve ve bu gibi deliller üzerinde cereyan etmeyen bir metottur.[243]

Demek oluyor kiistihsân'ul-kıyas ve âhâd haberle gelen istihsânu's-sünne, zanni olan deliller arasında cereyan etitği için her iki mezhep tarafından da kabul edilmiştir. istihsânu'z-zarure de ise, Zeydiyye'nin görüşü uygulanmaz. Çünkü bu tür istihsân, kat'i bir delilin zannî delil üzerine tevarüd ettirilmesidir. Burada Zeydîlere göre kat'i delil öne geçirilmektedir. Aynı durum, kat'i olan icma' hakkında da böyledir. Âhâd haber yoluyla gerçekleşen icmaya gelince, şüphesiz ki kıyastan vazgeçip ona yönelmek, zannî bir delilden vazgeçerek yine zannî delile yönelmek olur. Hanefîler bu tür istihsânı kabul ettikleri gibi, Zeydîler de kabul etmişlerdir. Böylece, Zeydîlerin istihsân anlayışı, Hanefîlerin istihsân anlayışına yakınlık arz etmektedir. Aralarındaki fark, Zeydîlere göre istihsânın meydana gelebilmesi için iki zannî delilin çelişmesi gerekirken; Hanefîlerde ise, çelişen bu delillerin zannî olsun veya kat'i olsun fark etmemesidir.[244]

---

[241] İbnü'l-Mürtazâ, **Mi'yaru'l-Ukûl fî İlmi'l-Usûl**, s. 109.
[242] İbnü'l-Mürtazâ, **Mi'yaru'l-Ukûl fî İlmi'l-Usûl**, s. 110.
[243] Ebû Zehrâ Muhammed**, İmam Zeyd, Hayâtuhu ve Âsâruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhu,** Dâru'l-Fikri'l-ArabîKâhire**,** s. 439.
[244] Ebû Zehrâ, **İmam Zeyd**, s. 443.

İmam Zeyd‘in (ö. 122/739) istihsân anlayışına bakacak olursak; İmam Zeyd’in kendi döneminde, istinbâtta bulunma ölçüleri, henüz temel esaslara dayandırılmış kurallar halinde kontrol altına alınmamıştı. Fakat yine de istinbât için fıkhın yöneldiği metotlar mevcut idi ve İmam Zeyd bu metotları kendi iç dünyasında göz önünde bulundurmakla beraber, konuşmalarında net olarak belirtmemiştir. Öte yandan kıyas ve istihsânın fikir babası sayılan İmam EbûHanîfe'den de kıyasın ve istihsânın kurallarıyla ilgili her hangi bir haber nakledilmemişti.

İmam Zeyd’in istihsân anlayışının nass, kıyas veya maslahatla hüküm vermek olduğu nakledilmiştir. Nitekim İmam Zeyd'in fıkıh anlayışında, kıyası tutarlı bir istinbât metodu saydığını gösteren hususlar mevcuttur. Ayrıca Hz.Ali'nin de maslahatla hüküm verdiği rivayet edilmiştir. Nitekim Hz. Ali, öldürdükleri bir kişi karşılığında öldüren bütün cemaatin öldürülmesiyle fetva vermiş; bu fetvasını da toplumsal menfaate dayandırmıştır ve "İnsanlar ancak bu şekilde ıslah olur" buyurmuştur. İmam Zeyd tarafından benzer örnekleri ‘*el-Mecmu''* adlı eserde rivayet etmiştir. Buna göre İmam Zeyd'in, kıyasa mukabil olarak toplumsal çıkarla hüküm verdiğini kabul etmek, işin özüne uygun bir davranış olur. [245]

1.1.5. Mutezililerden Ebû’l-Hüseyin El-Basrî

Mutezililerden istihsânı açık olarak kabul eden Ebû’l Hüseyin el-Basrî’dir (ö. 436/1044). O, el-Mu’temed adlı eserinde istihsân hakkında görüşünü şu şekilde açıklamıştır: “İstihsân anlayışını reddedenlerin çoğu, Hanefîlerin savunduğu istihsân anlayışının, delilsiz hüküm vermek olduğunu zannetmişlerdir. Hâlbuki son dönem Hanefî bilginleri, önceki bilginlerden aldıkları bilgiyle istihsânı şöyle ifade etmişlerdir: ‘Bir olayın hükmü hakkında, zayıf olan yönden vazgeçip güçlü olana yönelmektir. Onların istihsân hakkındaki bu ifadeleri muhaliflerin zann ettiklerinden daha evladır; çünkü bu ifadelerin sahipleri, kendi seleflerin istihsân hakkındaki maksatlarını

[245] Ebû Zehrâ, **İmam Zeyd,** s. 444.

başkasından daha iyi bilirler. Nitekim onlar, birçok konuda, 'şu nedenden dolayı istihsân ettik' gibi ifadeler kullanarak bunu açıkça belirtmişlerdir." [246]

Ebû'l Hüseyin el-Basrî, Hanefîlerin istihsân tanımlarını beğenmeyerek, istihsânı şu şekilde tarif etmiştir: "İstihsân daha kuvvetli bir delilden dolayı, lâfızların şamil olduğu şeye şamil olmaksızın, ictihadî delilerinden bir delilin terk edilmesidir. Bu birincinin üzerine sonradan eklenen bir hükümdür." Buna göre, biz istihsânı kıyasla terk ettik ifadesi söylenemez; çünkü kendisi sebebiyle istihsânın terk edildiği kıyas, sonradan ortaya çıkan bir şey olmayıp, bilakis asıldır. Dolayısıyla burada kıyas, terk edilen kıyastan daha kuvvetli olsa da, istihsân olarak nitelendirilemez.[247] Ayrıca Ebû'l Hüseyin, istihsânın Hanefîlere göre iki kısım olduğunu belirtir. Birincisi, mânâda istihsân; bu da, bazı delilerin diğerlerinden daha kuvvetli olduğu için, ona udûl etmekle olur. Bu ise, illetin tahsîsinden ibarettir. İkincisi ise, ibarede istihsân bu da, istihsânın sözlük anlamıyla kullanılmasıdır.[248]

Ebû'l Hüseyin el-Basrî'nin bu açıklamalarından anlaşıldığına göre o da istihsânı Hanefîler gibi bir delil olarak kabul etmiştir. Onun istihsân hakkındaki görüşü Hanefîlerin görüşüne yakınlık arzetmektedir.

1.2. İSTİHSANI ŞERİ BİR DELİL OLARAK KABUL EDEN MEZHEPLERİN DELİLLERİ

Burada isitihsânı hüccet olarak kabul edenlerin dayandıkları delilleri ele alacağız. İstihsânı şer'i bir delil olarak kabul edenler, Kur'an sünnet, akıl ve icma'dan deliller getirmişlerdir.

[246] Basrî Ebû'l- Hüseyin (ö. 436/1044)**, el-Mu'temed fî Usûli'i-Fıkh I-II**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut ty, II, 295.
[247] Basrî, **el-Mu'temed** II, 296.
[248] Basrî, **el-Mu'temed,** II, 295.

1.2.1. Kur'an

İslâm âlimleri, istihsânın şer'i bir delil olduğunu tespit etmek için, önce Kur'an'dan delil getirmişlerdir.

Kur'an-ı Kerim'den birinci delil şu âyeti kerimedir: "***Haydi müjdele kullarımı. O kullarımı ki, onlar sözü dinlerler, sonra da en güzeline uyarlar. İşte onlar, Allah'ın doğru yola ilettiği kimselerdir. Gerçek akıl sahipleri de onlardır."***[249]İstihsânı delil olarak kabul edenler, âyeti mantıkî kıyasla şu şekilde formüle etmişlerdir: Allah sözün en güzeline uyanları övmüştür, istihsân yapmak sözün en güzeline uymaktır. O halde istihsâna uyanları da Allah övmüştür. Bu âyette Yüce Allah, en güzel olan şeye tâbi olanı övmüştür. Bu da istihsâna tâbi olmanın şer'an makbul bir şey olduğuna delildir. Nitekim âyetten, şöyle bir anlam çıkarılmaktadır: Bazı şey terk edilir, bazısına da sadece daha güzel (ahsen) olduğu için tâbi olunur; istihsânın anlamı da bundan ibarettir. [250]

Kur'an'dan ikinci delil: "***Siz farkında olmadan, ansızın başınıza azap gelmezden önce, Rabbinizden size indirilenin en güzeline tâbi olun"***[251] âyetidir. Burada indirilenin en güzeline tâbi olunması emredilmiştir. İbnü'l-Hâcib (ö. 646/1248), bu âyetin istihsâna delil oluşunu şu şekilde ifade etmiştir: Emir vucûb içindir. Bu da bazı şeylerin terk edilmesine, sadece ahsen (en güzel) olduğu için de bazılarına tâbi olunmasına delalet eder. İstihsânın mânası da bundan ibarettir.[252]

1.2.2. Sünnet

İstihsânı şer'i bir delil olarak kabul eden birçok usûl âlimi istihsânın meşruiyet deliline, "*Müslümanların güzel gördüğünün Allah katında da güzel olduğunu*"[253] ifade eden hadisi örnek getirmişlerdir. Bu hadis, Müslümanların güzel gördüğünün ki -

---

[249] **Zümer**, 39/18.
[250] Buğâ, **el-Edilletu'l-Muhtalefu Fîhâ**, s. 133.
[251] **Zümer**, 39/55
[252] İsfahânî Mahmud b. Abdurrahman (ö. 559/1164),**Beyanu'l-Muhtasar Şerhu Muhtasari İbni'l-Hacib I-III,** Kulliyetu'ş-Şeri'a ve'd-Dirasatu'l-İslâmiyye Mekke Ty. III, 285.
[253] İbn Kesîr İsmail b. Ömer (ö. 774/1372), **Tuhfetu't-Tâlib bi Ma'rifeti Ehâdîsi Muhtasari İbni Hâcib**, Dâru Hirâ Mekke 1985, S. 455.

istihsân da bundan ibarettir- hak olduğuna delalet etmektedir. Eğer hak olmasaydı Allah nezdinde güzel olmazdı; öyleyse, istihsânın şer'i bir hüccet olduğu açıktır.[254]

Bir diğer örnek de, selem akdine cevâz veren hadistir; Hz. Peygamber (sav), akid esnasında mevcut olmayan şeyin satışını yasaklamıştır. Fakat selem ve kiralama (icare) gibi akidler her ne kadar akid esnasında mevcut değil ise de, Hz. Peygamber (sav) insanların maslahatını göz önünde bulundurarak belli şartlara riayet edilmek şartıyla, bu tarz akidlere izin vermiştir.[255]

Görüldüğü üzere Hz. Peygamber (sav) insanların yararını düşündüğü için, genel bir kaideden vazgeçip, istisnâi bir duruma gitmiştir. Bu da istihsândan başka bir şey değildir.

1.2.3. İcma'

İstihsânı delil olarak kabul edenler ümmetin icma'ını da istihsânın hüccet oluşu hususunda bir delil olarak sunmuşlardır. Örneğin; istisna' (sipariş) akdi, akde konu olan şeyin mevcut olmaması sebebiyle yerleşik kurala göre câiz olmaması gerekir. Ancak toplumun uygulamasında bu akdin yapıla gelmesi ve kimsenin karşı çıkmaması sebebiyle icma'en câiz görülmüştür. Nitekim hamamlarda yıkanma meselesi de aynıdır.[256] Genel kural hükümlerinden istisnâ edilen bu uygulamalar icmaya dayalı hükümler olması sebebiyle, istihsânın şer'i bir delil olduğunu göstermektedir.

1.2.4. Aklî Delil

İstihsânın varlığı, nass, icma', zaruret, kıyas-ı hafî ve maslahat gibi müttefekun aleyh delillere dayanmaktadır. Taftazânî, et-Telvîh adlı eserinde bu konuyu şu şekilde ifade etmiştir: "İstihsân ile hüküm veren aslında dört delilden birisiyle hüküm vermiş olur."[257]

---

[254] Ferfûrî Muhammed Abdullatif Salih**, Nazariyatu'l-İstihsâni ve Sıleteuhâ bi'l-Mesâlihi'l-Müreseleti**, s. 73.
[255] Nesâi, **Büyû**", 63.
[256] Buğa**, el-Edilletu'l-Muhtelefu Fîhâ,** s. 134.
[257] Teftâzânî**, Şerhu't-Telvîh âl't-Tavdîh, II**, 81.

Bu dört delil de kitap, sünnet, icma' ve kıyastır. Bunlar da aslında kıyas-ı hafînin kıyası celîye tercihini, küllî hükümden cüz'î istisnâ yapılmasını gerektirir ki bu da şer'an makbuldür. Ve istihsân yönteminin uygulaması da bundan ibarettir.

1.3. İSTİHSÂNI ŞER'İ DELİL OLARAK KABUL ETMEYEN MEZHEPLER

İstihsânı şer'i bir delil olarak kabul etmeyenler, Şafiîler, Zâhirîler ve Şîa fırkasından İmâmiyedir. Biz burada öncelikle istihsâna şiddetle karşı çıkmış olan Şafiîlerden başlayıp, daha sonra istihsânı kabul etmeyenlerin görüşlerini ele almaya çalışacağız.

1.3.1. Şafiî Mezhebinde İstihsân

Başta İmam Şafiî olmak üzere mezhebini takip eden birçok usûl âlimi, istihsânı şer'i bir delil olarak kabul etmemişlerdir.

1.3.1.1. İmam Şafiî'ye Göre İstihsân

İmam Şafiî (ö. 204/819) istihsânı şiddetli bir şekilde reddetmiş hatta istihsânın geçersizliği konusunda eserleri arasında, '*Kitabu İbtâli'l-İstihsân'* adında özel bir bölüm ayırmıştır. Ayrıca Cüveynî, Gazzâlî ve Âmidî başta olmak üzere hemen hemen bütün Şafiî usûl âlimleri, Şafiî'nin "istihsân yapan yeni bir şeriat koymuş olur" sözünü nakletmiştir.[258]

İmam Şafiî'ye göre, re'y ve istihsân aynı anlamdadır. Ona göre şer'i bir mesele hakkında hüküm vermek isteyen müftü veya hâkim ya habere (Kitap, sünnet ve icma') ya da kıyasa dayanarak, hüküm vermek zorundadır. İstihsân ile hüküm veremez; zira

[258] Cüveynî Abdullah b. Abdilmelik (ö. 478/1084), **et-Talhîs fi Usûli'l-Fıkh I-III,** Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye Beyrut 1996, III, 310.

Allah, Kur'ân da, "***insan, kendisinin başıboş bırakıldığını mı sanır***?"[259] buyurmuştur. Ona göre, istihsân, başıboş ve keyfî bir şekilde hüküm vermektir. Kişinin kendi kanaatine dayanan istihsân, Allah ve Rasûlü'nün hükmü olamaz.

Şafiî, er-Risâle adlı eserinde, konuyla ilgili muhayyel muhatabın, "Bir kimse, ancak ictihad yoluyla söz söyleyebilir. İçtihat da, anlattığınız gibi, hakkı talep etmektir. Buna göre, bir kimsenin kıyasa başvurmaksızın 'istihsân yapıyorum' demesine cevâz veriyor musun?" sorusuna karşılık şu cevabı vermiştir: "Bana göre, -Allah daha iyi bilir- böyle bir şey, hiç kimse için câiz değildir. İlim sahiplerinin, bir olayda hüküm vermesi ancak habere, hakkında haber olmayan şeylerde kıyasa dayanarak hüküm vermesi câiz olur. Binaenaleyh kıyası bırakmak câiz olsaydı, âlimlerin dışında kalan akıl sahibi herkes için, hakkında haber bulunmayan şeylerde, istihsâna başvurmak câiz olurdu; oysa haber veya kıyasa dayanmaksızın hüküm vermek, hiç kimse için câiz değildir."[260]

İmam Şafiî el-Ümm adlı eserinde istihsân karşıtı görüşlerini şu şekilde açıklamıştır: Bir hâkim veya müftü, hakkında nass veya kıyas bulunmayan bir olay için, "ben istihsân ediyorum" derse, başka şehirde bulunan bir müftü veya hâkimin kendi görüşüne aykırı olarak vermiş olduğu görüşünün câiz olduğunu kabul etmesi gerekir. Dolayısıyla her memleketin müftü veya hâkimi kendine göre istihsânla hareket edebilir. Böylece bir mesele hakkında çeşitli hüküm ve fetvalar verilmiş olur. Eğer onlar, buna cevâz veriyorlarsa, demek oluyor ki onlar başıboş olarak hareket edip, kendi zevkine göre hüküm vermiş olurlar. Yoksa böyle bir şeye başvurmamaları gerekir.[261]

EbûZehrâ, Şafiî'nin istihsâna karşı tutumunu şu şekilde ifade etmektedir: "Allah'ın hükmü Peygamber'in hükmü ve Müslüman cemaatinin hükmü olarak bütün zikrettiklerim gösteriyor ki, hâkim veya müftü olmak isteyen kimsenin ancak ilzâm edici bir delille hükmetmesi ve fetva vermesi câiz olur. Bu da kitapla, sünnetle veya ilim erbabının ihtilâfsız olarak söyledikleri bir kavil ile veyahut bunlardan bazısına kıyas

[259] **Kıyâme**, 75/36.
[260] Şafiî, Muhammed b. İdris (ö. 204/819), **er-Risâle**, , (Thk, Ahmed Muhammed Şakir) Dâru'l-Kutubi'l-ilmiyye Beyrut, s. 503–505.
[261] Şafiî, Muhammed b. İdris **el-Umm I-XI**, (Rif'et Fevzî Abdulmütalib) Dâru'l-Vefâ 2001, IX, 76.

yapmak yoluyla olur. İstihsân ile fetva verilmez. İstihsân vâcib olmaz, o bu mânâlardan birini de taşımaz."[262]

Şafiînin istihsân hakkındaki bu görüşleri bize iki şeyi göstermektedir: Birincisi, eğer müctehid kitaba, sünnette, icmâya ve kıyasa dayanmaksızın hüküm verirse, bu istihsân olur. Çünkü bu takdirde müctehid, nassın veya nassın delâletinin verdiği şeyle değil, kendince iyi gördüğüyle amel etmiş olur. İkincisi**,** sabit bir nassa veya nassın delâletinin irşadına i'timad etmeksizin istihsân yoluyla ictihad etmek, bâtıldır; bunun şeriatla bir ilgisi yoktur.[263] Bu bilgiler ışığında, İmam Şafiî'nin istihsân hakkındaki görüşünü şu şekilde özetlemek mümkündür; İmam Şafiî, şer'î hükümleri delillendirme konusunda, ancak bunun için konulmuş lâfızların delâletlerine ve nasslara itibar etmektedir. Diğer bir ifadeyle o kitap ve sünnetten başka şeylere itibar etmez. Eğer vuku bulan olay için sarîh veya müevvel bir nass bulunmazsa, hakkında nass bulunan olayların vasıfları ve hükümlerin sebeplerini ortaya çıkarıp, sonra hakkında nasa bulunmayan olayı nassın illet ve vasfına en yakın olana kıyas ederek, aynı hüküm verir. Bu hususta ibarenin metnine bakar. Bu ise, zevk işi değildir ve şahsî görüşle de ilgisi yoktur.[264] Buna göre İmam Şafiî, şer'i hükümlerin istidlâlini, kitaba, sünnette, icmâya, sahâbe kavline ve bunlar üzerine yapılan kıyasa hasretmektedir. Şeriatı anlamada nassın hükmünü aşmamakta, nassın delâletinin ve maksadının dışına çıkmamaktadır. Dolayısıyla Mu'az b. Cebel'in hadisindeki re'yictihadını sadece kıyasa hasretmiş ve "ictihad kıyastır"[265] yani nasslar dışında ictihad sadece kıyas yapmaktan ibarettir, demiştir. Ayrıca İmam Şâfiî kıyası nass dışı bütün delilleri kapsayacak şekilde geniş tutmştur. Ve hedef aldığı istihsân hiçbir delile dayanmayan sadece heva ve hevese göre hüküm vermek olan istihsândır.

1.3.1.2. Şirâzî

İbrahim b. Ali b. Yûsuf Cemalüddin Ebû İshâk eş-Şirâzî (ö. 476/1083), '*et-Tabsire'* adlı eserinde istihsân hakkındaki görüşünü şöyle ifade eder: "İstihsân,

[262] Şafiî, **el-Umm**, IX, 67–68.
[263] Ebû Zehrâ, **eş-Şafiî, Hayâtuhu, Âsâruhu, Ârâûhu ve Fıkhuhu,** Dâru'l-Fıkhi'l-Arabî Kâhire 1945, s. 255.
[264] Ebû Zehrâ**, eş-Şafiî**. s. 261.
[265] Şafiî **er-Risâle**, s. 477.

insanların güzel gördüğüyle kıyası terk etmektir. Bununla hüküm vermek ise bâtıldır." Şirâzî, önce kendisi istihsânı, "kişinin delilsiz olarak hüküm vermektir", şeklinde tarif eder ve bunun da Ebû Hanîfe'nin kullandığı istihsân olduğunu belirtir. Sonra, sözüne şöyle devam eder: "Hanefî mezhebinin müteahhir âlimleri, Ebû Hanîfe'nin bu istihsânını reddediyorlar. Nitekim Ebû'l-Hasan el-Kerhî, istihsânı, müctehidin daha kuvvetli gördüğü bir hususta dolayı bir meselede benzerlerinin hükmünden başka bir hükme udûl etmesidir, şeklinde ifade etmiştir."[266]

1.3.1.3. Cüveynî

Cüveynî Abdulmelik b. Abdullah (ö. 478/1084) '*et-Telhîs'* adlı eserinde istihsân konusundaki görüşünü; âlimlerin çoğunluğu, herhangi bir delile dayanmayan istihsânı reddetmişler; Şafiî ve Mâlik'in de bu görüşte olduğunu hatta İmam Şafiî, hiçbir delile dayanmayan bu tür istihsânı hedef alarak, "kim istihsân yaparsa, kendiliğinden şeri'ât koymuş olur"şeklinde açıklamıştır.

Cüveynî daha sonra, Hanefîlerin istihsân hakkında yapmış oldukları tanımları değerlendirmeye çalışır; hiçbir delile dayanmayan istihsânın asla câiz olmadığını, delile dayanan istihsânın ise, deliller arası bir tercih meselesi olduğunu, buna da hiç kimsenin karşı çıkmayacağını söyler.[267]

1.3.1.4. İmam Gazzâlî

İmam Gazzâlî Ebû Hamid Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), istihsân deliline temas ederken sözlerine, "bir şeyi anlamadan önce onu reddetmek imkânsız olduğundan, önce istihsânı anlamak gerekir." şeklinde oldukça objektif bir ifade ile başlar. Sonra istihsânın üç anlamı olduğunu zikreder: Birincisi, istihsân denildiğinde ilk akla gelen şey, "müctehidin aklıyla bir şeyi güzel bulmasıdır*"*.Gazzâlî, istihsânın bu anlamını şu şekilde değerlendirmektedir: Kuşkusuz biz istihsâna uymakla emrolunmanın aklen mümkün olduğu görüşündeyiz. Hatta şeriât, aklınıza ilk gelen şey veya aklınızla güzel bulduğunuz şeyler ya da sıradan insanların akıllarına gelen şeyler,

[266] Şirâzî Ebû İshâk (ö. 476/1083), **et-Tabsîre fi Usûli'l-Fıkh,** Dâru'l-Fikr Dımeşk 1983, s. 492.
[267] Cüveynî, **et-Telihîs**, III, 310–315.

Allah'ın sizin hakkınızdaki hükmüdür, biçiminde varid olsaydı biz bunu da câiz görürdük. Fakat taabbüdün vukuu aklî inceleme yoluyla değil, nakil yoluyla bilinebilir. Bu konuda mütevâtir bir nakil bulunmadığı gibi, haber-i vâhid biçiminde de bir şey varid olmamıştır. Kaldı ki, bu konuda haber-i vâhid vârid olmuş olsa bile, bu konu haber-i vâhid ile sabit olan bir şey değildir. İstihsânın, haber-i vâhide dayanılarak, Allah'ın hükümlerinin kaynaklarından biri olarak kabul edilmesi ve onu, kitap, sünnet ve icma' mertebesine yükseltmesini kabullenmek mümkün değildir.[268]İkincisi, "müctehidin zihninde oluşmasına karşın ifadelendiremediği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delidir."İmam Gazzâlî'ye göre bu da indî bir yorumdur. Çünkü ifadeye dökülemeyen şeyin, vehim veya hayal mi, yoksa hakikat mi olduğu nereden bilinecektir. Bir şeyin Şer'i delillere göre değerlendirmeye alınabilmesi için açık olması gerekir ve açık olduğunda da şer'î deliler, ya bunu doğrular, ya da aslı olmadığını gösterir. Ne olduğu bilinmeyen bir şey ile hüküm verme meselesine gelince; bunun câiz olduğu, aklın zarureti veya incelemesi sonucunda mı yoksa mütevâtir veya âhâd bir naklin sonucunda mı bilinmemektedir. Dolayısıyla bunlardan her hangi birini iddia etmek mümkün değildir.[269]Üçüncüsü, Hanefîlerden Kerhî'nin yaptığı tanımdır. Buna göre; "istihsân, delile dayalı olarak bir şeyin güzel olduğu iddia etmektir." Bunun da iki çeşidi vardır: Birincisi, bir meselenin hükmünü, Kur'an'dan özel bir delil sebebiyle, benzerlerinin hükmünden ayırmak anlamına gelir. Meselâ; bir adam, 'benim malım sadakadır' veya 'malımı sadaka olarak dağıtmam, üzerimde Allah'a ait borçtur' derse, kıyasa göre bu adamın, mal adı altına giren her şeyini tasadduk etmesi lazım gelir. Fakat EbûHanîfe, "***onların mallarından bir kısmını sadaka olarak al"***[270] âyetinden hareketle, bu tasaddukun zekât malıyla sınırlandırılmasını güzel görmüş ve adamın sadece zekât malını kastettiğini söylemiştir. İkincisi, Sünnet delili ile bir meseleye benzerlerinin hükmünden vazgeçerek başka bir hüküm vermektir. Namaz esnasında abdestin gayri ihtiyari bozulması ile kasten bozulması arasında fark gözetilmesi böyledir. Gayri ihtiyari olarak bozulması durumunda, kıyasa aykırı olarak kişinin abdest alıp namaza kaldığı yerden devam etmesi câiz görülmüştür.[271]

[268] Gazzâlî, **el-Mustasfâ,** II, 477.
[269] Gazzâlî, **el-Mustasfâ**, II, 483.
[270] **Tevbe**, 9/103.
[271] Gazzâlî, **el-Mustasfâ**, II, 484–486.

Gazzâlî istihsânın üçüncü anlamını değerlendirdikten sonra, Kerhî'nin bu yorumunun karşı çıkılacak bir yorum olmadığını söyler. Burada karşı çıkılacak olan şeyin, lâfza ve bu delil çeşidinin istihsân olarak adlandırılmasına yönelik[272] olduğunu söyler. Yani Gazzâlî'nin istihsâna karşı oluşu, onun özüne değil, belki böyle bir metodun istihsânla isimlendirilmesinedir.

1.3.1.5. Âmidî

Ebu'l-Hasan Seyfüddîn Ali b. Muhammed b. Sâlim el-Âmidî (ö. 631/1234) önce mezheplerin istihsân hakkındaki görüşlerini ele alır. Sonra istihsân hakkındaki ihtilâfların lâfzî olmadığını öze ilişkin olduğunu ve lâfzî olarak istihsânın hem Kur'an ve sünnette hem de lugatta vârid olduğunu belirtir.[273]

Âmidî istihsân hakkındaki ihtilâf noktasını şöyle özetlemektedir; ihtilâf, istihsânın sözlük anlamında değil, ona yüklenen mânâdadır. İstihsân, bazen insanların kendisine meylettiği, başkası tarafından kötü görülse bile şekil ve mâna itibariyle heva ve hevesine uyduğu durumları ifade eder. Bazen de müctehidin delilsiz olarak, kendi heva ve hevesine uyarak, hüküm vermek anlamına gelir. Şüphesiz ki bu anlamlara gelen istihsân ittifâkla reddedilmiştir. Demek oluyor ki ihtilâf bundan başka bir noktada oluşmaktadır ki, o da istihsânın hakikatindedir.[274]

1.3.1.6. İbnü's-Sübkî

Tacüddin Abdulvehhab b. Ali es-Sübkî (ö. 771/1371) istihsân hakkındaki görüşünü şu şekilde ifade etmektedir: "Hanefîlerin istihsân hakkında yaptıkları açıklamalara bakılırsa, bu konuda âlimlerin ittifâkı vardır. İhtilafa yer yoktur. Ancak ihtilâf noktasını teşkil eden şey; mesnetsiz, sadece heva ve hevese göre hüküm verme

[272] Gazzâlî**, el-Mustasfâ** II, 477–486.
[273] Âmidî Seyfüddin (ö. 631/1234), **el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm I-IV**, Dâru's-Samî'î Riyâd 2003, IV, 190.
[274] Âmidî, e**l-İhkâm**, IV, 191–192.

anlamındaki istihsândadır. Zaten böyle bir şey yapan kişi, kendiliğinde hüküm koymuş olur. İmam Şafiî'nin karşı çıktığı istihsân da bu tür istihsândır."[275]

Şafiîlerin istihsân hakkındaki genel görüşleri şöyle özetlenebilir: Eğer istihsân nass, icmâ' ve zaruret gibi bir asla dayanırsa, bunda ihtilâf söz konusu olamaz. Fakat buna da istihsân demenin anlamı yoktur. Bu tür bir îstihsân üzerindeki ihtilâflar ise, sadece isimlendirmeye yöneliktir. Eğer istihsânın, nefsî arzulara uyularak verilen hükümden ibaret olduğu söylenirse, bunun üzerinde de ihtilâfa yer yoktur; çünkü şer'î bir delile dayanmaksızın ileri sürülen bu gibi hükümlerden sakınılmasında, ümmetin ittifâkı vardır. İstihsân kelimesinin sözlük anlamında kullanılması ise, tartışma konusu olacak bir şey değildir.

1.3.2. Zâhirîye Mezhebine Göre İstihsân

Başta Zâhirîye mezhebinin kurucusu olan Dâvûd ez-Zâhirî (ö. 270/883) ve onun takipçisi İbn Hazm (ö. 456/1044) olmak üzere, Zâhirîlerin niçin istihsâna karşı olduklarını anlamamız için öncelikle onların istinbât usûllerine kısaca değinmekte fayda mülahaza ediyoruz. Zâhirîler, hüküm istinbâtında nassların Zâhirîne göre hüküm verirler. Hadislerle çok amel edip, bunların dışına çıkmazlar ve hükümlerin teabbudî olması hasebiyle hükmün gerekçelendirilmesinde (ta'lîl) re'ye dayanmayı kabul etmezler.[276] Onlara göre, kitap ve sünnet nasslarında genel olarak her problemin çözümü ve her sorunun cevabı mevcuttur. Zâhirîler, usul sistematiğini Kitap ve sünnet naslarının Zâhirî ile âmel etme esasına dayandırmışlardır ve sahâbenin icmâ'ı dışındaki icmâ'ı da kabul etmemişlerdir.[277]

Zâhirîlerden İbn Hazm önce istihsân hakkında mezheplerin görüşlerine yer verir. Sonra, istihsânı delil olarak kabul edenlere karşı sert ifadeler kullanmış ve istihsânın sadece heva ve hevese ittiba' olup, sapkınlık olduğunu ifade etmiştir.[278]

---

[275] İbnü's-Sübki Abdulvehhâb(ö. 771/1371**, Cemu'l-Cevâmi' I-II**, Dâru'l-Fikr Beyrut 1995, II, 354.
[276] Karaman Hayrettin, **İslâm Hukuk Tarihi**, İz Yayıncılık İstanbul 2007, s. 215.
[277] Ebû Zehrâ, **İbn Hazm Hayâtûhu ve Âsâruhu – Ârâûhu ve fıkhuhu,** Dâru'l-Fikri'l-Arabî Beyrut ty. s. 418.
[278] İbn Hazm Ali b.Muhammed (ö. 456/1044)**, el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm I-VIII**, Dâru'l-Hadis Kâhire 1983, VIII, 192–227.

Görüldüğü üzere Zahirî fıkhı, genel anlamda nassların, özel anlamda ise hadislerin fıkhıdır. Ve ta'lili (hükmün gerekçelerini) reddetmelerinden dolayı kıyası, istihsânı, istislâhı ve bu tarz istinbât yöntemlerini kabul etmemişlerdir.

1.3.3. İmâmiyye (Ca'feriyye, İsnâ Aşeriyye) Mezhebine Göre İstihsân

İmâmiyye mezhebinin istihsân hakkındaki görüşünün anlaşılması onların istinbât usûllerinin anlaşılmasına bağlıdır. Buna göre İmâmiyyenin, şer'i hükümlerin istinbâtında kullandıkları esaslar şunlardır:

Kitap; İmâmiyye Şîa'sının şer'i hükümlerin istinbâtında kullandığı asıl kaynak, Kur'an'dır.

Sünnet; ikinci kaynak olup, Hz. Peygamber ve masum imamların söz, fiil ve takrirlerini içine almaktadır.

İcmâ'; İslam hukukçularının tamamının üzerinde ittifâk ettikleri hükümlerdir. Fıkıhçıların çoğunluğunun kabul ettiği gibi İmâmiyye Şîa'sı da, "*Müslümanlar hata üzerinde birleşmez*." ilkesini kabul etmişlerdir.

Akıl; İmâmiye, nassın ve icmâ'ın olmadığı konularda uyulması gereken bir kaynak olarak aklı kabul etmiştir.[279]

İmâmiye, istihsân ve kıyas gibi istinbât usûllerini bid'at olarak saymış ve buna karşı tepkilerini şöyle dile getirmişlerdir: Şer'i hükümlerin ortaya konması Hicri birinci yüzyılın sonlarına kadar daha ziyade rivayet şeklinde gerçekleşmiş, zamanla fetva şekline dönüşmüştür. Emevî dönemin sonları ile Abbâsî dönemin başlarında birçok fakîh kıyas ve istihsân gibi bid'at yöntemlerini kullanarak kendi görüşlerine göre -daha doğrusu egemen güçlerin isteğine göre- İslâmın hükümlerini yorumlamaya başlamışlardır.[280]

---

[279] Ebû Zehrâ, **İslâm'da Fıkhî Mezhepler Târîhi**, (Çeviren [çev.] A. Şener) Ankara, 1968, s. 235; Ahmed Emin, **Düha'l-İslâm**, Kâhire 1936, III, 261.

[280] İmam Ca'fer es-Sâdık (ö. 148/765) ve Fikri Akımları, **(Baş. Satılmış Âlimlerin Zalimlere Faydası)** Seyyid Ali el-Hüseyni, E- Kitaplayan M. İpek, http://nehculbelage.tripod. com

Görüldüğü üzere İmâmiyye Şia'sının istinbât usûlleri; Kitap, Hz. Peygamber (sav) ve masum imamların sünneti, ehl-i beyt'in içinde bulunduğu icma' ve akıldan ibarettir. İstihsân, kıyas ve istislâh gibi delilleri bid'at sayıp kabul etmemişlerdir.

1.4. İSTİHSÂNI ŞER'İ BİR DELİL OLARAK KABUL ETMEYEN MEZHEPLERİN DELİLLERİ

İslâm âlimleri arasında istihsâna en çok karşı çıkan İmam Şafiî ve müntesipleri ile Zâhiriler ve İmâmiyelerdir. Biz burada, sadece İmam Şafiî'nin istihsânın ibtâli için ileri sürdüğü bir kaç delili aktarmakla yetineceğiz.

Bu delillerden, Şafiî ve onu takip edenlerin hangi istihsânı kast ettikleri de anlaşılacaktır.

Şafiî'nin istihsânı çürütmek için ileri sürdüğü deliller şunlardır:

1. Şer'î hükümler ya doğrudan nassa (âyet-hadis) veya kıyas yoluyla nassa dayanır. Aksi halde Cenab-ı Hakkın bazı konularda boşluk bıraktığı sonucu ortaya çıkar ki bu da, "***insan başıboş bırakıldığını mı sanır***?" [281] âyeti ile ters düşer.

İmam Şafiî'ye göre başıboş, emre ve nehye muhatap olmayandır. Ona göre Peygamber'in dışında, hiç kimse istidlâl hakkında görüş beyan edemez, güzel gördüğünü de görüş olarak ortaya koyamaz. Çünkü kişinin güzel gördüğünü görüş olarak belirtmesi geçmişte herhangi bir örneği olmayan bir durum olup, yeni icat edilen bir şey demektir.[282]Ayrıca Hz. Peygamber (sav), "*Müslüman toplumuna sarılıp ondan asla ayrılmamağı*" bize emretmiştir. Bunun mânâsı, Müslüman cemaatinin sözünden ayrılmamaktır. Zikredilen âyet-i kerîme ve hadis-i şerif göstermektedir ki, Hz. Peygamber (sav) şeriatın bütünü beyan etmiş, Allah'ın emr ve nefyettiği şeylerin hepsini açıklamıştır. Ve Yüce Allah, İslâm toplumunu ilgilendiren işler için buyruk ve yasakları ihmal etmemiş, her şeyi ya nassla veya işaret suretiyle beyan buyurmuştur.

---

[281] **Kıyâme**, 75/36
[282] Şafiî, **er-Risâle**, s. 504.

Diğer bir ifadeyle İmam Şafii'ye göre din hakkında söz söyleyecek kimsenin ya nasslara ya da bu nasslara benzetmeler (kıyas) yaparak, hüküm vermesi gerekmektedir. Ona göre ictihad kıyastan ibarettir.[283] İstihsân yoluyla ictihad yapmak bâtıldır.

2. Kur'an'da Allah ve Rasûlüne itaat emredilmekte, nefsî isteklere uyulması yasaklanmakta ve anlaşmazlık çıktığı takdirde yine kitap ve sünnette başvurulması istenmektedir. Bu konuda Cenab-ı Hak, "***Bir şey hakkında ihtilâfa düşerseniz onu Allah'a ve Peygamber'e götürün...***"[284] Buyurmuştur. İstihsân ise ne kitap ve sünnettir, ne de kitap ve sünnet'e ircâdır. Ancak o, bunlara bir şey ilave etmektir. Hakkında kitap veya sünnette bir delil bulunmayan hiçbir şey kabul edilemez. İstihsân hakkında kitap ve sünnette bir delil yoktur. O halde istihsân kabul edilemez.[285]

3. Aklî yönde en yüksek seviyede olmasına rağmen, Peygamberimiz (sav) dinî meselelerde kendi görüşüne göre hüküm vermiyordu; Yüce Allah'tan vahy bekliyordu. Karısı için, "sen benim anamın sırtı gibisin" diyen şahsın durumu kendisine sorulduğu zaman, istihsân ile fetva vermemiş ve "zıhâr"[286] âyeti nazil oluncaya kadar beklemiştir. Keza, karısının yanında yabancı bir erkek gören ve onu zinâ ile itham eden şahısla, kendi rengine benzemediği için çocuğunun nesebini inkâr eden şahıs hakkında karşılaştığı soruya, Hz. Peygamber (sav) cevap vermemiş ve "Lian" âyeti[287]gelinceye dek beklemiştir.

Eğer bir kimse için kendi zevkine göre fetva vermek câiz olsaydı, o kimse Hz. Peygamber (sav) olurdu. O'nun istihsândan kaçınması, bizim de kaçınmamızı gerektirir; zira bizim için en güzel örnek, Hz. Peygamber (sav)'dir.

4. Hz. Peygamber(sav), kendisinden uzakta oldukları zaman istihsânlarıyla fetva veren sahâbenin durumlarını tasvip etmemiştir. Meselâ; Hz. Peygamber (sav), bir ağaca sığınan bir müşriki öldüren sahâbiyi ve kılıç korkusuyla

[283] Ebû Zehrâ, **eş-Şafiî**, s. 256.
[284] **Nisâ**, 4/59
[285] Şafiî, **el-Umm**, IX, 68–69.
[286] **Mücâdele**, 58/1–4.
[287] **Nûr**, 24/ 6–9.

"lâ ilahe illallah" diyen şahsı öldüren Üsâme'yi (ö. 58/677) tasvip etmemiştir. Şayet İstihsân câiz olsaydı Hz. Peygamber (sav) onları tasvip ederdi.[288]

5. İstihsânın hak ve bâtılı mukayese edecek bir ölçüsü yoktur. Her hâkim, her müftü ve her müctehid için gelişi güzel istihsân yapmak câiz olsaydı, bütün işler karışırdı. Bir mesele hakkında her müftünün istihsânına göre değişik hükümler ortaya atılmış olurdu. Böylece, bir şey hakkında biri diğerinden üstün olmayan bir sürü fetva bulunurdu.[289]

6. Dinî meseleler hakkında akla ve görüşe dayanarak hüküm vermek, ictihad ehli olmayanların görüş ve arzularına göre şer'i hükümler konulmasına sebep olur. Bunları bu davranıştan alıkoymak mümkün değildir. Çünkü müctehidler gibi onların da akılları vardır. Bunlara, kitap ve sünneti tam bilmediklerini söylemek bir şey ifade etmeyecektir. Çünkü istihsân yapan müctehid de kitap ve sünnette başvurmamaktadır. Bu konuda Şafiî aynen şu ifadeleri kullanmıştır: "Onların usûl bilgileri yoktur, diyecek olursanız, size şöyle cevap verilir: Bir asla dayanmadan veya bir asıl üzerine kıyasta bulunmadan söz söylediğinize göre sizin usûlü bildiğinizi gösteren deliliniz nedir? Siz, usûlü bilmedikleri için doğru olarak kıyas yapamazlar diye akıl sahibi kişilerden daha mı çok endişe ediyorsunuz? Usûlü bilmeniz, size kıyas yapma hakkını mı, yoksa kıyası terk etme imkânını mı verdi? Kıyası terk etmek sizin için câiz oluyorsa, onların da sizinle birlikte söz söylemeleri câiz olur."[290]Anlaşıldığı üzere İmam Şâfii'nin reddettiği istihsânı, şer'î bir delile dayanmaksızın, şahsî arzuya ve sübjektif düşüncelere göre hüküm vermek olarak değerlendirmek gerekir. Şüphesiz ki böyle bir istihsânı Hanefîlerin ve istihsânı kabul eden diğer tüm mezheplerin kabul etmediği bir gerçektir. Nitekim onlar bir meselede istihsân yapabilmek için o meselenin şer'î bir mesele olmasının yanısıra nass, icma' ve örf gibi delillerden birisine dayanmasını da şart koşmuşlardır.

[288] Ebû Zehrâ, **eş-Şafiî**, s. 258.
[289] Şafiî, **el-Umm**, IX, 75–76.
[290] Ebû Zehrâ**, eş-Şafiî,** s. 259.

1.5. MEZHEPLER ARASINDAKİ İTTİFÂK VE İHTİLÂF NOKTALARI

Sözlük anlamı itibariyle istihsân; insanın meyledip arzuladığı, güzel bulduğu şey anlamına gelmektedir. Yalın sözlük anlamıyla olan bu kullanımın usul-i fıkıhta bu şekilde kullanılması mümkün değildir. Nitekim müctehidin delilsiz olarak, heva ve hevesine uyarak, hüküm verme anlamındaki istihsân ittifâkla reddedilmiştir. Bu tarz bir istinbat hiçbir asla dayanmadan, sadece re'yle hüküm vermek olur ki, bu da şeriatın yavaş yavaş yok olup, yerine heva ve hevesin geçmesi demektir. Dolayısıyla mezhep imamları bunu şiddetle reddetmişler ve bunu yapanı kınamışlardır.[291]

Şâtıbî el-İ'tisâm adlı eserinde istihsânın bu anlamını reddederek, istihsanın bu anlamda kullanılmasının akıldan hareketle yeni bir din ortaya koymak olduğunu ifade eder. Nitekim sahâbe-i kiram, hakkında nass bulunmayan olayları derinlemesine inceleyerek, konuyla ilgili hükümleri çıkarmış ve "ben şu konuda şöyle hükmediyorum. Çünkü gönlüm ona meyletti" veya "Bu hoşuma gidiyor, böyle olmasını istiyorum" dememiştir. Şayet onlardan böyle bir şey sadır olmuş olsaydı şiddetli bir tepki ile karşılaşırlardı.[292]

Buna göre istihsanı delil olarak kabul eden hiçbir fakîh bunu sözlük anlamı çerçevesinde kullanmamıştır. Nitekim bu manada bir kullanım ittifâkla reddedilmiştir. İstihsânın terim anlamına gelince, bazı türleri ittifâkla kabul, bazıları ittifâkla merdud, bazıları da kabul ve red arasındadır. Şimdi bu anlamları ele almaya çalışacağız.

1.5.1. Üzerine İttifâk Edilen İstihsânın Türleri

Kıyas-ı hafî istihsânı; iki kıyas arasında çekişmeli kalan olayın kapalı kıyasın hükmüne ilhak edilmesidir. Bu tür istihsânda mezhepler, her ne kadar isimlendirmede ihtilâf etmiş iseler de ittifâkla kabul etmişlerdir. Çünkü bu, aslında çatışan iki kıyastan

[291] Âmidî, **el-İhkâm**, IV, 191–192.
[292] Şâtıbî**, el-İ'tisâm**, III, 91.

daha güçlüsünü tercih etmektir. Hanefîler buna istihsân, Şafiî ve Mâlikîler ise, kıyas adını vermişlerdir.[293]

Kıyasın veya genel kuralın kitap, sünnet ve icma' gibi özel bir delilden dolayı terk edilmesidir. Bununda tüm mezheplerin kabul etmelerinden şüphe yoktur. Hatta re'ye en çok mesafeli duran İmam Hanbel'in da bu tür istihsânla âmel ettiğini nakledilmektedir. Ve İmam Şafiî'n de bunu kullanmış fakat istihsân olarak adlandırmamış; ona kıyas demiştir.

Zaruret istihsânı; zaruret sebebiyle istihsânda müctehidi, kıyası veya yerleşik kuralı terk etmeye mecbur bırakan bir zaruretin bulunması söz konusudur. Bu tür istihsân "zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar" genel kuralına dayanır. Bu gibi bir asla dayanan istihsân, her ne kadar mezhepler tarafından değişik isimlerle isimlendirilmiş ise de, kabul edilmesinde ihtilâf yoktur.[294]

1.5.2. Kabul Ve Red Arasındaki İstihsân Türleri

En çok tartışma konusu olan istihsân tanımı, Hanefî mezhebinin ilk usûlcülerin şu tanımıdır: "Müctehidin zihninde oluşmasına karşın ifadelendiremediği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delidir." İstihsânın bu tanımına şöyle bir itiraz yapılmaktadır: Açıkça ortaya konulmayan şeyin hayal mi gerçek mi olduğu bilinmez. Hâlbuki bir şeyin Şer'i delillere göre değerlendirmesi için açık olması gerekir. Aksi takdirde şer'i delillere göre değerlendirilmesi mümkün değildir.[295]Ayrıca eğer bu tanımdan maksat, müctehidin zihninde sabit olan bir şey ise müctehidin bununla âmel etmesi ittifâkla vâciptir. Dolayısıyla 'ifade edilmeyecek şeyin' bir anlamı da kalmamaktadır. Diğer taraftan, eğer tanımdan maksat, şüpheli bir şey ise bu da ittifâkla bâtıldır. Çünkü şer'i hükümler şüphe üzerine bina edilemez.[296]

İstihsânın tartışma konusu olan bir kısmı da, sahâbe kavliyle kıyasın terk edilmesidir. İbnü'l-Arabî, '*Ahkâmu'l-Kur'an'* adlı eserinde, Ebû Hanîfenin, umûma

[293] Hamevî, **Nazariyyetu'l-İstihsân,** s. 104**.**
[294] Hamevî, **Nazariyyetu'l-İstihsân,** s. 157–161.
[295] Gazzâlî**, el-Mustasfâ,** II, 483.
[296] İbnü's-Sübkî, **Cemu'-Cevami'**, s. 110.

muhalif olarak gelen tek bir sahâbî kavli ile tahsîse gidilmesini istihsân yoluyla câiz gördüğünü nakletmektedir.[297]

Ebû Zehrâ, '*Ebû Hanîfe ve Hayâtuhu'* adlı eserinde, Ebû Hanîfe'den rivayet olunan füru' meselelerden ve onun usûlünden anlaşıldığına göre tek bir sahâbenin sözünün hüccet olduğunu ve Ebû Hanîfe'nin bunu kıyasa tercih ettiğini nakl eder.[298]

Zuhayli ise sahâbe sözünün delil olup olmayacağı konusunda kanaatini şu şekilde ifade etmiştir: "Görüş ve ictihada mecal olmayan hususlarda sahâbe kavlinin (görüşünün) delil olarak alınmasında âlimlerin ittifâkı vardır. Çünkü bu merfu' haber mesabesindedir." Ayrıca sahâbenin açık bir şekilde icmâ ettiği veya her hangi birinin muhalefet ettiği bilinmeyen hususların da hüccet olarak alınmasında ihtilâf yoktur.[299]

İçtihad ve re'ye dayalı söylenmiş bir sahâbî kavli; Hanefî, Mâlikî, Şafiî'nin eski kavli ve Ahmed b. Hanbel'in bir rivayetine göre hüccet olup, kıyasa tercih edilir. Şafiî'nin yeni kavline göre ise, bu tür sahâbe kavli hüccet değildir. [300]Demek oluyor ki, kıyasa muhalif olarak varid olmuş sahâbe kavlini, Hanefîler istihsân olarak isimlendirmişlerdir. Aynı şekilde bu tür sahâbî kavli hem Mâlikîler'in hem de Hanbelîlerin istihsân olarak kabul ettikleri yöntemin kapsamına girmektedir. Ve onlara göre, kıyasa muhalif olan sahâbî kavli hüccettir ve kıyasa tercih edilir.

İhtilâf konusu olan istihsânın bir diğer şekli de şeriatın tasarrufatına uygun olan maslahata dayalı istihsân çeşididir. Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri, istihsânın bu anlamında ittifâk içindedirler. Çünkü bu tür istihsân, her üç mezhebin de istihsâna yaptıkları tanımların içine girmektedir. İmam Şafiî ise, bu gibi tasarrufatlarda furu' ahkâmın birçoğunda onlara muvafakat etmiş ise de buna istihsân adını vermemiştir.

1.5.3. Cumhurun Tek Bir Hüküm Üzerinde İttifâk Ettikleri Örnekler

Cumhurun üzerinde ittifâk ettikleri örneklerden bahs etmekten maksat, istihsânın sadece Hanefî çevrelerince kabul edilen bir delil olmadığını, pek çok fakîh nezdinde

[297] Şâtıbî, **el-Muvâfakât**, IV, 209.
[298] Ebû Zehrâ, **Ebû Hanîfe**, s. 270.
[299] Zuhaylî**, el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh,** s. 105.
[300] Şirâzî, **el-Lum'a fî Usûli'l-Fıkıh**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1985, s. 50–51.

muteber bir delil olduğunu ve aralarındaki ihtilâfın istihsânın hakikatine yönelik değil sadece istilâhî olarak isimlendirilmesine yönelik olduğunu belirtmektir.

İstisna' (sipariş) sözleşmesi; [301] genel kural gereğince bu sözleşmenin geçersiz olması gerekmektedir. Fakat eskiden beri insanlar bu çeşit sözleşmeleri yapa geldikleri halde İslâm âlimlerinden hiç kimse karşı çıkmamış, dört mezhep de bu akde cevâz vermiştir. Ancak, cevâzın keyfiyetinde ihtilâf etmişlerdir.[302]

Hanefîler bu sözleşmeyi, kıyasa (mezhepteki yerleşik kurala) göre geçersiz ancak istihsânen geçerli kabul etmişlerdir. Diğer üç mezhep ise, bu sözleşmeye selem akdinin şartları çerçevesinde cevâz vermiş, ancak istihsân olarak adlandırmamışlardır.[303]

Başkasında alacağı olan bir kimsenin, alacağı kadar malı çalması durumunda hırsızlık suçundan dolayı eli kesilmez. Zira kendi hakkını almıştır. Bunda, peşin ile vâdeli alacaklar arasında fark yoktur. Aradaki fark sadece, vâdeli olan alacak, vâdesi gelmeden istenemez, şartıdır. Bu konuda dört mezhep de ittifâk halindedir. Ancak sadece Hanefîler bu durumu istihsân olarak adlandırmışlardır.[304]

İslâm hukukundaki yerleşik kurala göre, hırsızlık suçunda had cezası olarak kişinin sağ eli bilekten kesilir. Eğer hırsızın kendisi had cezasının tatbiki esnasında, sol elini çıkarıp; bu benim sağ elimdir deyip görevli de onu keserse, mezheplerin ittifâkıyla infâz yerine getirilmiştir, ayrıca sağ elinin kesilmesi gerekmez.

Hanefîlerin olaya yaklaşımı şu şekildedir; genel kurala göre sağ elin de kesilmesi gerekir; ancak istihsânen sol elin kesilmesi yeterlidir. İstihsânın senedi ise, şer'an sadece bir elin kesilmesidir. Diğer elin kesilmesine de hükmedilirse, haksızlık olur; çünkü bu durumda bir hırsızlık suçu karşısında, iki ceza uygulanmış olur.[305] Hanbelîler de bu hükmü Hanefîler gibi delillendirmişler; fakat istihsân olarak adlandırmamışlardır.[306] Şafiî'iler de aynı hükmü vermişler ve elin kesilmesinin Allah'a

[301] Beyhakî, **Buyu'** 5. (Rkm. 10722).
[302] Kâsânî Âlauddîn (ö. 587/1191), **Bedai'u's-Seânî' I-VI,** Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut ty. V, 2.
[303] Zuhaylî, **el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu** VI, 118–120
[304] Mergînânî, **el-Hidâye**, II, 122.
[305] Mergînânî**, el-Hidâye**, II, 127.
[306] İbn Kudâme, e**ş-Şerhu'l-Kebîr I-XII**, X, 298.

ait bir hak olduğu, Allah'a ait hakların ise suhûlet üzerine bina edilmesi gerektiği şeklinde görüşlerini gerekçelendirmişlerdir.[307]

Genel kurala göre oruçlu bir kimsenin ağzına bir şeyin girmemesi gerekir. Ancak, sinek, değirmen tozu, duman, rüzgâr veya hayvan sürülerinin çıkarttığı toz gibi, kaçınılması mümkün olmayan bir şeyin oruçlu bir kimsenin ağzına girip boğazına kaçması durumunda imamların ittifâkıyla oruç bozulmaz. Hanefîler bu hükmü istihsâna binaen vermişlerdir.[308] Cumhur ise, aynı hükmü kıyasa dayanarak vermiştir. Şafiiler, bu durumu, yanlışlıkla oruçlunun içine kaçan şeye kıyas etmişlerdir. İmam Nevevî (ö. 676/1277) bu konuda; "İçeriye ulaşan madde kasıtlı olarak alınmalıdır. Şu halde; oruçlunun karnına kaçan sinek, sivrisinek, yol tozu ve un işlerinde çalışanın boğazına kaçan un tozu, orucu bozmaz"[309] şeklinde görüş belirtmiştir. Mâlikî ve Hanbelîler ise, bu durumu, oruçlunun uyurken bir şeyin içine kaçmasına kıyas etmişlerdir.[310]

Alış-verişte, bir tarafın veya her iki tarafın muhayyerliği şart koşmaları câiz olduğu gibi, alış-verişte taraf olmayan bir yabancının muhayyerliğinin şart koşulması da mezheplerin ittifâkıyla câizdir. Hanefîler, bu şekildeki şart muhayyerliğinin genel kurala göre câiz olmamasına rağmen ihtiyaca binaen istihsânen câizdir, demişlerdir.[311]Diğer mezhepler de bunu câiz görmüşler ancak görüşlerini Hanefîler gibi istihsân metoduna değil, kıyasa dayandırmışlardır.[312]Görüldüğü üzere yukarıda arz ettiğimiz meselelerin hükümlerinde dört mezhep de ittifâk içindedir. Mezhepler bu hükümleri yaklaşık olarak aynı gerekçelere binaen kabul etmelerine rağmen adlandırmalarda ihtilâf etmişlerdir. Buna göre bu meselelerde dört mezhep de, isim olarak olmasa da yöntem olarak istihsânı kullanmışlardır. Nitekim bu meselelerin hükümlerinde, genel kuraldan vazgeçilerek daha kuvvetli başka bir delile binaen ayrı bir hüküm verilmiştir. Bu da istihsân metodundan başka bir şey değildir.

---

[307] Şirâzî Ebû İshâk**, el-Muhezzeb fî Fıkhi'l-İmami'ş-Şafiî I-II,** Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyyeBeyrut ty, II, 283.
[308] Mergînânî**, el-Hidâye**, I, 123.
[309] Nevevî Muhyiddin (ö.676/1277), **el-Mecmu' I-XX**, Dâru'l-Fikr Beyrut ty. VI, 327.
[310] İbn Kudâme, **eş-Şerhu'l-Kebîr,** III, 479.
[311] Merğînânî**, el-Hidâye**, III, 30.
[312] Cezerî Abdurrahman (ö. 1360/1941), **el-Fıkhu âle'l-Mezâhibi'l-Erb'a I-V**, Dâru'l-Erkâm Beyrut 1997, II, 176.

1.5.4. İstihsân Hakkındaki Tartışmanın Mahiyeti

Her iki tarafın ileri sürdüğü görüş ve delillerden anlaşıldığı üzere, cumhurun delil olarak kabul ettikleri istihsân, İmam Şafiî ve istihsânı reddeden diğer âlimlerin reddedip iptal etmeye çalıştığı istihsândan tamamen farklıdır. Cumhurun kullandığı istihsân, kıyastan daha güçlü olan başka bir şer'i delile dayanan yöntemdir. İmam Şafiî ve onun görüşünde olan diğer âlimlerin reddettikleri istihsân ise sadece nefsî ve keyfî arzulara göre hüküm vermektir. Bu hususta Şafiî mezhebinden İbni Sem'an (ö. 489/1095) şu şekilde bir açıklama yapmıştır: "Eğer, istihsân, delilsiz olarak insanın hoşuna gittiğini söylemesi veya heva ve hevesine göre fetva vermesi anlamında kullanılmışsa, elbette ki bu bâtıldır. Kimse de istihsâna bu mânâyı vermemiştir. Şayet istihsân, belli bir delili bırakıp daha kuvvetli bir delile başvurma mânâsında ise, kimse bunu reddetmemiştir."[313]

Sa'düddin et-Taftazanî ise bu konu hakkında şöyle açıklama yapmaktadır: "İstihsânı savunanlar ve ona karşı çıkanlar çoktur. Aslında ihtilâfın sebebi, her iki tarafın istihsândan ne kastedildiğini değişik şekilde anlamalarıdır. Çünkü istihsânın delil olduğunu söyleyenler, onun dört şer'i delilden biri olduğunu söylemektedirler. İstihsân yapanın kendi tarafından şer'i bir hüküm koyduğunu söyleyenler ise; şer'i hiçbir delile dayanmadan kendi görüşlerine göre bir şeyin hoş olduğuna hüküm vermektedirler".[314]Ayrıca Hanefîlerin istihsâna dayanarak verdikleri hüküm ve fetvaların benzerlerinde Şafiîler diğer delillere dayanarak vermişlerdir. Yani ihtilâf sadece delilin adlandırmasındadır. İmam Şafiî'nin, istihsâna şiddetli bir şekilde karşı çıkması nefsî isteklerinin bir sonucu olarak ve her hangi bir delile dayanmaksızın fakîhin istihsan adı altında bir delil ileri sürmesindendir. Hâlbuki birçok usûlcünün kabul ettiği üzere istihsân ya bir delile dayanmakta ya da kolaylığı temin etme ve güçlüğü kaldırma gibi maslahat icabı başvurulan bir yöntemdir. İmam Şafiî'nin böyle bir istihsâna karşı çıkacağını varsaymak mümkün değildir. Nitekim kendisi de adlandırması farklı olmakla birlikte istihsânı fetvalarında kullanmıştır. Bu manada İmam Şafiî'nin kullandığı bazı istihsân örneklerini ele alacak olursak:

---

[313] Sam'ânî Mansûr b. Muhammed(ö. 417/1026), **Kavâti'u'l-Edille fî'l-Usûl, I-II,**(Thk. Muhammed Hasan eş-Şafiî) Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1997, II, 268.
[314]Teftâzanî, **et-Telvîh âle't-Tavdîh**, II, 81.

1. İmam Şafiî, Kur'an-ı Kerim üzerine yemin etmenin câiz olduğunu ve bunu güzel (estehibbu) bulduğunu söylemiştir.[315]

2. İmam Şafiî, İmam Mâlik ve Nâfi' (ö. 169/689) isnadıyla, Abdullah b. Ömer (ra)'in (ö. 72/692') fitrelerini ilgili memurlara, bayramdan önce gönderdiğini nakletmiş ve "*bu güzeldir ve ben onu böyle yapan kimse için istihsân ediyorum; bunun delili de Hz. Peygamber (sav)'in, vaktinden önce Abbâs (ra)'ın fitir sadakasını kabul etmiş olması ve İbn-i Ömer'in sözüdür."* demiştir.

3. İmam Şafiî, mut'anın otuz dirhem olması, şüf'a hakkının satış sözleşmesinden itibaren üç günle sınırlandırılması gibi meselelerde istihsân kelimesini kullanmıştır. [316]

O halde fakîhler arasındaki istihsân ile ilgili ihtilâfın temelini İslâmın ruhuna aykırı ve keyfî arzulara bağlı olan görüşlerin, istihsân adı altında ileri sürülmesi teşkil etmektedir.[317]

İhtilâfın asıl nedeni, özellikle mezheplerin ilk dönemlerinde henüz istinbât usûllerinin kavramlaştırılmadığı devirde, mütekaddimin usûlcülerin, istihsânı açıklarken ondan neyin kastedildiğini tam olarak ortaya koymamalarıdır. Mesela, bir kısım mütekeddimin âlim: "İstihsân; bir şeyi hoş görmektir" demiştir. Bu tarifin kapalı olduğu şüphesizdir. Diğer bir kısmı ise, "istihsân; müctehidin içine doğan ve ne olduğunu açıklamaktan aciz kaldığı bir delildir" şeklinde tarif etmişlerdir. Bu tarifin de gereği gibi açık olmadığı ortadadır.[318]

[315] İbnü's-Sübki, **Cemu'l-Cevâmi'**, s. 110.
[316] Âmidî**, el-İhkâm**, IV, 191.
[317] Şener, **Kıyas, İstihsân ve İstislah**, 134–136.
[318] Serahsî, **el-Mebsût,** X, 145.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

1.MODERN ÇAĞDA İSTİHSÂN YÖNTEMİ

1.1. SON DEVİR USÛLCÜLERİN İSTİHSÂNA BAKIŞLARI

Son devir usûl âlimleri, mezhep taassubuna kapılmadan, istihsân hakkındaki görüşlerini tarafsız bir şekilde beyan etmişlerdir. Bunlardan önemli gördüğümüz bir kaç usûl âliminin istihsanla ilgili görüşlerini ele almaya çalışacağız.

1.1.1. Muhammed Ebû Zehrâ

Muhammed b. Ahmed b. Mustafâ Ebû Zehrâ, istihsânı en çok kullananların Mâlikîler olduğunu söyler. Hanefîlerin ve Mâlikîlerin kast ettiği istihsânın, Ebû'l-Hasan el-Kerhî'nin tarifini yaptığı "müctehidin daha kuvvetli gördüğü bir hususun dolayı bir meselede benzerlerinin hükmünden başka bir hükme udûl etmesidir"[319] şeklindeki istihsân tanımına uygun olduğunu, bu tanımın, istihsânın bütün çeşitlerini, esas ve özünü içine alması sebebiyle, istihsânın mahiyetini açıklayan en iyi tarif olduğunu söyler. Konuyla ilgili kanaatini de şu şekilde ifade eder; "Böylece istihsânın esası, hükmün küllî bir kaideye aykırı düşmesidir. Ve bu da, bize istihsânın şekil ve kısımları nasıl olursa olsun, küllî kaide karşılığında, nisbî de olsa, cüz'î bir hükmün alınması olduğunu gösterir."[320]Buna göre Ebû Zehrâ da istihsânı cumhur gibi bir istinbât usûlu olarak kabul etmekte ve istihsânı, "hükmün küllî bir kaideye aykırı düşmesi" olduğunu düşünmektedir.

[319] Buhârî**, Keşfu'l-Esrâr**, IV, 4–5.
[320] Ebû Zehrâ Muhammed, **İslâm Hukuku Metodolojisi,**(Çev. Abdulkadir Şener) Ankara ty. s. 226.

1.1.2. Abdülkerim Zeydân

Abdülkerim Zeydân önce Hanefî, Mâlikî ve Hanbelîlerin istihsân hakkında yaptıkları bazı tanım ve açıklamaları vermekte sonra da istihsanı; "müctehidin kalben mutmain olduğu, istisnâyı yahut meyletmeyi gerektiren bir sebeple açık bir kıyastan kapalı bir kıyasa meyletmesi yahut umûmi bir kaideden (küllî bir asıldan) cüz'î bir meseleyi istisnâ etmesi"[321] olduğunu söyler Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere Abdülkerim Zeydân, istihsânı, küllî bir asıldan istisnâ veya açık kıyastan vazgeçmek olarak düşünmektedir.

1.1.3. Vehbe Zuhaylî

Zuhaylî, istihsân hakkındaki görüşünü beyan ederken istihsanın, usûlcülerin istılahında; bir delile dayanarak gizli kıyasın açık kıyasa tercih edilmesi olduğunu ifade eder. Buna göre istihsan; istisnâyı gerektiren hususî bir delile binaen cüz'î bir hükmün küllî bir hükümden veya umûmi bir kaideden istisnâ edilmesidir. Bu da, ince bir bilgi, derin bir düşünce ve meseleleri anlama kudretine delâlet eden bir işlemden ibaret olup, aklına, heva ve hevesine göre hüküm vermek değildir.[322]

1.1.4. Zekiyyuddin Şa'bân

Zekiyyuddin Şa'bân, istihsân konusuna değinirken, önce fakîhlerin terminolojisinde "kıyas'" ve "asıl" kelimelerinin hangi anlamlarda kullanıldığını ve "istihsân" karşısında zikredildiğinde kendisinden neyin kastedildiğini açıklayarak, fakîhlerin istihsân hakkında ihtilâfa düşmelerinin nedenlerini sıralar. Daha sonra ise istihsânı; "Müctehidin bir meselede, kendi kanaatince o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icmâ, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesi" şeklinde tanımlar.[323]

---

[321] Zeydân Abdulkerim, **Fıkıh Usûlu, (**Çev. Ruhi Özcan) Ankara, ty. s. 302.
[322] Zuhaylî**, el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh**, s. 86.
[323] Şa'bân, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, s. 181.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere çağdaş dönem usulcüleri istihsanın tanımında daha ziyade Hanefîlerin görüşünü esas alarak istihsânı bir istinbât usûlu olarak kabul etmişlerdir.

1.2. MODERN HUKUKTA İSTİHSÂNA DENK SAYILABİLECEK KAVRAMLAR

Hukuk mantığı ve tefsiri açısından İslam hukuku ile Modern hukuk arasında bir mukayesede bulunulduğunda "istihsan" deliline denk gelebilecek equity ve kotranaloji kavramları karşımıza çıkmaktadır. Şimdi imkân çerçevesinde bu iki kavramı ele alacağız.

1.2.1. Equity

Latince "aequitas" veya "aequuas" sözcüklerinden türeyen equity terimi üç farklı anlamda kullanılmıştır. Birincisi, ahlak, doğal adâlet, dürüstlük ve doğruluk kavramlarıyla karşılanan terimsel anlamıdır. İkincisi, hukukun katı kurallarını esneten, doğal adâlet ilkesi anlamında kullanılmasıdır. Üçüncüsü, belirli kurallar bütününü ifade etmesidir.[324]

Equity, beşerî münasebetlerin çoğalması, çeşitlenmesi yeni ve daha aklî prensiplerin müdahalesini zarurî kılar, işte bu safha, hakkaniyet normlarının ortaya çıktığı safhadır. Artık hukukun tekâmülü bunların yardımı ile olur.

İngiliz hukukçusu ve hukuk tarihçisi Sir Henry Maine, equity (hakkaniyet) kavramı ile tabiî hukuk kavramını birlikte ele alır. Onun tarifinde equity (hakkaniyet kaideleri), bir cemiyette mevcut asıl hukuk kaidelerinin yanı başında yer alan ve ahlâkî değerleri temsil eden kaidelerdir. Dolayısıyla bu müspet hukuk kaidelerinin yerine geçmeğe layık oldukları kabuledilen birtakım düsturlar mecmuasıdır.

[324] Rahim bakhsh, principles maximes and leading cases in equity, s. 1.

Maine, hakikatte bunların da büyük çapta fiksiyonlardan[325] ibaret olduklarını ancak mevcut hukuktan daha aklî, daha ahlâkî birtakım kaideler vasfında oldukları için mevcut hukukun tekâmülüne yaradıklarını kabul eder. Meselâ şahsiyet hakkının gelişmesi ve genişlemesinde, mülkiyet intikalindeki formalitelerin hafifletilmesinde, mihaniki muhakeme usûllerinin yerini aklî usûllerin konmasında, bazı ahlâkî vazifelerin hukukî müeyyidelere mazhar edilmesinde bu hakkaniyet ve tabiî hukuk fiksiyonlarının pek büyük rolü olduğunu Maîne, artık herkesçe bilinen hakikatler sırasına yükseltmiştir. Filhakika, hakkaniyet ve tabiî hukuk fiksiyonları, mevcut hukukun, kendisine göre ayarlanacağı daha başka bir aklî hukukun varlığı iddiasına dayanır ki bu, mevcut hukukun ta'dilini meşru göstermeye yarar.[326]

Hukuk tarihçilerin verdiği bilgiye göre equity (ekviti) yöntemini ilk kullanan Roma hukukçularıdır. Roma hukuku (jus civile) sert teknik nitelikler taşıyordu. Gelişen Roma toplumunda ortaya çıkan yeni ilişkiler karşısında güçlüklerle karşılaşılıyordu. Bu güçlüklerin giderilmesinde hukukçular equity (hakkaniyet) kavramını çare olarak sundular. [327] Equity, Roma hukukunun vaaz ettiği genel kuralın, özel durumlara neden olduğu adâletsizliklerin ortadan kaldırılmasına çare oldu. Böylece pozitif hukukun yanında "equity (hakkaniyet) hukuku" daha serbest bir hukuk olarak gelişti. Sonra bu equity (hakkaniyet) hukuku Roma hukukuna dâhil oldu.

Roma hukukundakine benzer bir durum İngiliz hukukunda da görülmüştür. XI. yüzyılda ortaya çıkan İngilizlerin "common law'ı" (ortak hukuk)'u, son derece sert ve katı bir niteliğe sahipti. Bu katı hukuk kurallarına göre hakkını elde edemeyen insanlar,

---

[325] fiksiyonlar: Cemiyetler muhtelif sebeplerle büyüyüp yayıldıkça, başka cemiyetlerle münasebetler tesis ettikçe, nihayet insan zekâsı gelişip geniş bilgiler kazanınca yeni yeni sosyal ihtiyaçların zuhur edişi tabii bir vakıadır. Bu yeni sosyal ihtiyaçların, onlardan çok evvel teessüs etmiş birtakım eski hukukî müesseselerle karşılanması imkânsızdır. Ancak bu yeni ihtiyaçların karşılanması ne kadar zarurî ise, eskihukukmüesseseleri itibarlarını halkın nazarında hâlâ muhafaza etmektedir, zira kökünü geleneksel ve tabiat-üstü inançlardan alan bu eski hukuk normların riayet görmesi de sosyal huzur bakımından o kadar zarurî olur. Bu çıkmazdan kurtulmanın bir tek yolu kalır o da hukukî fiksiyonların icadı. Hukukî fiksiyonların rolü, yeni ihtiyaçları karşılamak için, eski hukuk normlarına yeni bir mâna vermek, onları şu veya bu şekilde tefsir etmektir. Bu fiksiyonlar, Aşağı yukarı her hukuk sisteminde rastlanır. Mesela eski Romada vatandaş olmayanların dâva hakkı yoktu, ancak dâva dilekçesinde kendisini hakikibirvatandaş olarak göstermesi suretiyle dâva açabilmesine müsaade edilmişti. Burada, yabancı sırf bu dâva hali için vatandaş farzediliyordu. ingiliz Hukukunda da buna mümasil haller çoktur. Diğer sistemlerde ayni misallere rastlanır. (Sumner Maîne Early History of Institutions, 1888 S, 252).

[326] Sumner Maîne Early History of Institutions, 1888 S, 250-252.

[327] Gözler Kemal, **Hukuka Giriş**, Bursa 2003, s. 120–121.

hakkını elde etmek için krala dilekçe vermeye başladılar. Kral da bu dilekçeleri, krallık divanı üyeliği görevini yapan "Lord Chancellor"'a gönderiyordu. Bunun üzerine, XIV. yüzyılda şansölye mahkemesi kuruldu. Bu mahkemede, "common law'un eksikliklerini gidermek için bir takım equity (hakkaniyet) kuralları geliştirdi. XV. yüzyılın ortalarına doğru bu kurallar tam anlamıyla belirgin bir hale geldi ve bu kurallara "equity" (hakkaniyet) kuralları denildi.[328]

Buna göre equity yöntemi, ister Romalı hukukçuların kullandığı şekilde olsun ister İngiliz hukukçuların kullandığı şekilde olsun, şöyle açıklanabilir: Equity hukuku, katı ve sert olan bir hukukun yetersizliklerini telafi etme ve onu tamamlama amacıyla var olagelmiştir. Adâlet, hakkaniyet ve ahlak kurallarının gerektirdiği doğrultuda hukukun sosyal değişimler karşısında daha esnek bir karakterde olmasını sağlayan bir yöntemdir.[329]

1.2.2. Equity Ve İstihsânın Karşılaştırılması

Equity (hakkaniyet) yöntemi ile istihsân yöntemi arasında bir mukayese yapacak olursak; Karşılaştırmanın daha sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için, equityin hangi anlam ve amaçta kullanıldığını belirttiğimiz gibi, İslâm hukukunda bir yöntem olarak istihsânın da hangi anlam ve amaçta kullanıldığını hatırlamamız gerekmektedir.

İstihsânın Hanefî usûlcüler tarafından sistemleştirilen bir terim olmasından dolayı Hanefî fakîh Serahsî'nin, istihsân hakkındaki görüşlerini aktaracağız. Buna göre; "İstihsân, özelin ve genelin içinde bulunduğu zorluklar konusunda hükümlerde kolaylığı istemektir" veya "genişliği almak ve huzuru istemektir" veyahut da "müsamahayı almak ve kendisinde rahatlık bulunanı istemektir." Serahsî'nin bu tanımlarından, istihsânın "zorluğu bırakıp kolaylığa yönelmek" olduğu anlaşılmaktadır.[330] Nitekim bu düşüncenin bir uzantısı olarak "meşakkat teysîri celp eder" şeklindeki temel kural İslâm hukukundaki beş temel kaideden birini oluşturmuştur. İslam dininin beş temel esas üzerine bina edildiğine dair hadise bir gönderme babında, İslam hukuku da beş temel kaide üzerine bina edilmiştir. Bunlar sırasıyla;

---

[328] Orhan Münir Çağıl, **Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş,** İstanbul 1971, s. 41.
[329] David Rene, **Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri**, s. 314.
[330] Serahsî, **el-Mebsût**, X, 145.

Bir iş daraldığında genişler. Yani suûbet (güçlük) kolaylığa sebep olur. Mesela, açlıktan ölecek kişinin haram olan şeylerden hayatını kurtaracak kadar yemesi câizdir.[331]

Zaruret başkasının hakkını iptal etmez; buna göre; bir adam aç kalıp da, birinin ekmeğini yerse ekmeğini yediği kişiye yediği miktarın kıymetini vermesi lâzım gelmektedir.[332]

Zaruret memnu' olan şeyleri mubah kılar*; z*aruret, yasak olan şeyin işlenmesini câiz kılan bir özürdür. Tedavi edilemeyen şiddetli ağrı veya bir uzvun yahut da hayatın kaybedilme tehlikesi gibi meseleler zarurettir. İşlenmesi dinen ve hukuken yasaklanmış bazı şeyler vardır ki bu gibi zaruretlerin varlığı durumunda bu yasak kalkar. Örneğin; tehdit ve zorlama karşısında kalan kimse başkasının malını telef edebilir, camını kırıp içeri girebilir.[333]

Hacet genel olsun özel olsun zaruret mesabesine iner; mesela, "bey' bi'l-vefa" olarak bilinen sözleşme, aslında İslâm hukukunun kurallarına göre câiz değildir. Çünkü bu akid, borç karşılığı bir maldan yararlanmak veya ″bu malı, parasını sana getirdiğim zaman bana geri satman şartıyla sana satıyorum" şeklinde bir sözleşme içinde ayrıca ikinci bir sözleşme yapmak anlamına gelir ki, her ikisi de İslâm hukukunun mantığına göre meşru değildir. Ancak Buhâra halkı arasında borç ilişkileri çoğalınca böyle bir uygulamaya ihtiyaç duyulduğu için, zaruret mesabesine geçip buna cevâz verilmiştir**.**[334]

Zaruretler kendi miktarınca takdir edilir; zaruret sebebiyle câizolan şey, yalnızca zarureti giderecek kadar işlenebilir.[335] Savaş sırasında ordunun, düşman mallarından zaruret miktarınca faydalanması mubahtır. Ancak bunun, zaruret sınırını aşıp düşman malını talan ve yağmalamaya kadar varması, hukuken meşru değildir.[336]

---

[331] Abdussettar (ö. 1301/1883), **Mecelle Şerhi,** Mihran Matbaası İstanbul 1883, s. 16–17.
[332] Cevdet Paşa Ahmed (ö. 1267/1851)**, Mecelle'i Ahkâm-i Şer'iyye**, (Trc. Ahmed Şimşirgil-Ekrem Buğra Ekinci), KTB. Yayınları İstanbul 2008, s. 81
[333] Yıldırım Mustafa, **Mecellenin Küllî Kaideleri**, Tibyan Yayıncılık İzmir 2009, s. 81.
[334] Zerkâ Ahmed b. Muhammed (ö. 1357/1938) , **Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye**, Dâru'l-Kalem Dımeşk 1938, s. 210–211.
[335] Zerkâ Mustafa, **el-Medhalu fî'l-Fıkhi'l-İslamî**, I, 1003–1007.
[336] Yıldırım, **Mecellenin Küllî Kaideleri** s. 84; Ahmed Ziya**, Kavâid,** s. 61–62.

Konunun anlaşılmasına katkı sağlaması açısından Serahsî'nin el-Mebsût adlı eserinde zikrettiği istihsânla ilgili birkaç örneği vermeye çalışacağız:

Hz. Peygamber (sav), "*yırtıcı hayvanlardan azı dişi bulunan her hayvanın yenmesi haramdır*"[337] buyurmuştur. Bunun üzerine, yırtıcı ve azı dişi bulunan hayvanların etleri yenilmemiş ve artıkları necis kılınmıştır. Kedi de, yırtıcı ve azı dişi olan bir hayvan olunca, Hz. Peygamber (sav)'e, kedi artığının necis olup olmadığı sorulmuş, Hz. Peygamber (sav) de, "*kedinin artığı necis değildir*; *çünkü o sizin etrafınızda dolaşan hayvanlardandır"*[338]diye cevap vermiştir. Hz. Peygamber (sav)'in kedinin artığı ile ilgili bu yargısında, "zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" yönteminin uygulaması açık bir şekilde görülmektedir. Çünkü kedi insanlarla birlikte yaşayan bir hayvan olduğu için diğer hayvanlar gibi onun artığını da necis kılmak, insanlar için zorluk doğuracaktır.[339]

İçine necaset düşen kuyular ve havuzlar; genel kurala göre içerde kalan suyun yeni gelen su ile karışması ve kovanın devamlı necis suya temas etmesi sebebiyle pislendiği için suyun tamamının veya bir kısmının çekilmesiyle temizlenmemiş olması gerekir. Ancak âlimler, zaruretten dolayı genel kuralı terk ederek istihsânen, bir miktar suyun çekilmesiyle kuyunun temizleneceğine dair hüküm vermişlerdir. Burada da açık bir şekilde, "zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme"görülmektedir.[340]

İslâm hukukundaki genel kurala göre, kişinin kendi gözüyle görmediği bir konu hakkında tanıklık etmesi geçerli değildir. Fakat Hanefî mezhebinin fakîhleri istihsânen nesep, nikâh ve ölüm gibi konularda, işitme yoluyla elde edilen bilgiyle de şahitlik edilebileceğine dair hükmetmişlerdir. Burada da amaç görmeye dayanan tanıklığın zorluğu karşısında kolaylığa yönelmektir.[341]Yukarıda ifade ettiğimiz hususlar dikkate alındığında modern hukuktaki equity yönteminin görevsel denginin, İslâm hukukundaki "zorluğu bırakıp kolaylığa yönelme" yöntemi olan istihsân olduğu ve bu örneklerin her birinin münferit bir olay veya münferit bir kişi için adâletin gerçekleştirilmesi olduğu

[337] Ebû Dâvûd, **Etîma**, 33, (Rkm.40602).
[338] Mensûr Ali Nâsıf**, et-Tâcü'l-Câmi'u li'l-Usûl I-V**, Dâru'l-Fikr Beyrut 1992, I, 83.
[339] Serahsî, **el-Mebsût**, I, 49.
[340] Serahsî, **el-Mebsût**, I, 90–95.
[341] Serahsî, **el-Mebsût,** XVI, 116.

anlaşılmaktadır. Böylece, münferit olay için veya münferit kişi için adâletin gerçekleştirmesinin her biri equyity yönteminin birer uygulamasıdır. Buna göre, modern hukuk sistemindeki equyity ve İslâm hukukunda istihsân, aynı işlevlere sahip olan iki yöntemdir.

1.2.3. Kontranaloji

Kontranaloji, analojinin tersi anlamına gelen bir hukuk terimidir. Analoji, "benzeti" ve "kıyas" anlamlarına gelmektedir. Buna göre kontranalojiinin anlamı "ters benzeti" ya da "aksi kıyas" tır. Buna göre kontranalojinin anlaşılması analojinin bilinmesine bağlıdır. Analoji, hakkında yasal yargı bulunmayan bir meselenin, benzerine uygulanan yasal yargıyı, hakkında yasal yargı bulunmayan o meseleye uygulamaktır.[342]

Analojide olay için uygulanacak bir yargı yoktur. Bu da hukukta yasal bir boşluğa neden olmaktadır. Oysa hukuk boşluğu kabul etmez. Yasal yargının yokluğundan oluşan boşluğun, var olan hukuk kurallarıyla doldurulması gerekmektedir. İşte analoji bu görevi yerine getiren bir yöntemdir. [343]Analoji ile doldurulan boşluk da üç nedenden ileri gelmektedir. Birincisi, yasa koyucu bunu isteyerek yapmış ve işi yargıçlara bırakmıştır. İkincisi, konu yasa yapanın gözünden kaçmıştır. Üçüncüsü, konu yasanın tamamlamasından sonra vuku bulmuştur.[344]

Analoji, hakkında yasal yargı bulunmayan bir meselenin, benzerine uygulanan yasal yargıyı, o meseleye uygulamaktır, demiştik. Buna göre kontranaloji analoji'nin tersi olduğuna göre, hakkında yargı bulunan bir olaya (bazı sakıncalara sebep olabileceğinden dolayı) o yargıyı uygulamamaktır.[345]

Eğer vuku bulan olay, yasanın hem sözüne hem de anlamına benziyorsa, olay ile yasa uygunluk içerisindedir. Hiçbir sorun yok demektir. Ama olay, yasanın sözüne değil, anlamına benziyorsa, bu durumda yasa o olaya uygulanmaz. Bu da hukukta yasal

[342] Özbilgin Tarık, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, İstanbul 1976, s. 421.
[343] Özbilgin, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, s 423.
[344] Özbilgin, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, s. 417.
[345] Özbilgin**, Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri, s**. 424.

bir boşluğun olması demektir. Olay ile yasa arasında benzerlik olduğu için, olay yasanın kapsamına alınarak, yasanın yargısı olaya uygulanmaktadır. Böylece yasal boşluk doldurulmuş olmaktadır ki hukuk literatüründe bunun karşılığı analojidir.

Eğer olay, yasanın sözüne benziyor, anlamına benzemiyorsa, olay ile yasa arasında anlam benzeşmesi olmamasından dolayı, yasanın yargısı o olaya uygulanmamaktadır. Bu da, hukukta yasal boşluğun olması demektir. Hukuk boşluk kabul etmeyeceğine göre bu boşluğun bir şekilde doldurulması gerekmektedir. Bu yasal boşluğun doldurulması olayın kendi özellikleriyle değerlendirilerek ona uygun bir yargının bulunması ile olabilir. Bu da ancak analojinin tersi bir mantıkla mümkündür. Buna da analojinin tersi anlamına gelen kontranaloji yöntemi denir.[346]

Buna göre, analojinin geçerli olduğu durumun tam tersinde kontranaloji geçerli olmaktadır. Demek ki, kontranaloji yöntemi, analoji yönteminin mefhum-i muhalifi[347] durumundadır.[348]

1.2.4. Kontranaloji İle İstihsânın Karşılaştırılması

İstihsân ile equitynin karşılaştırılmasında olduğu gibi, burada da sağlıklı bir mukayese için önce istihsân yönteminden neyin kastedildiğini hatırlatmamız gerekmektedir.

Hanefîlerden Serahsî, istihsânı; "kıyası terk edip, insanlar için en uygun olanı almaktır" şeklinde tarif etmiştir.[349]Mâlikîlerden İbn Rüşd'e göre "İstihsân, hükümde

---

[346] Özbilgin, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri,** s. 425.

[347]Mefhum sözlükte, anlam, kavram; muhalefet ise zıt, muhalif, karşı anlamlarına gelir. Mefhum-i muhalefet; zıt anlam demektir. Bir fıkıh usûlü terimi olarak; şer'î bir sözde söylenmeyenin söylenene ve zikrolunana hükümde zıt olmasıdır. Başka bir deyimle bir şer'î söz, kayıtta kayıtlanmış bir yerde bir hüküm gösterir ise, Meselâ; bir vasıfla vasıflanmış, bir şartla şartlanmış, bir gaye ile gayelenmiş veya bir sayı ile sınırlanmış ise, kaydın bulunduğu yerde sözün hükmü, sözün söylenmiş olduğu hususdur. Ancak kaydın bulunmadığı yerin hükmü ise zıt anlamdır. Kısaca, sözün açıkça ifade ettiği anlamın aksine zıt anlam denir. Yüce Allah ayet-i celilide şöyle buyurmaktadır: "***De ki: Bana vahyolunanda leşten, akan kandan.... başka bir şeyin haram olduğunu görmedim"***(el-En'âm, 6/145) ayetinde kan sözcüğü "akan" kaydıyla kayıtlanmıştır. Bunun zıt anlamı akmayan kandır. Bu ayet, söylenen ifadesiyle akan kanın haram olduğunu açıkça bildirmektedir. Zıt anlamıyla da akmayan kanın helâl olduğuna delâlet etmektedir. (Şamil İA. Md. Mefhum-i muhalef)

[348] Özbilgin, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri,** s. 426.

[349] Serahsî, **el-Mebsût**, X, 145.

aşırılığa götüren kıyası bırakıp, genel kural dışındaki istisnâ yoluyla başka bir hükme ulaşmaktır."[350]Hanbelîlerden Tûfî'nin tarifi ise, şu şekildedir: "İstihsân, şer'î özel bir delil karşısında, bir meselenin hükmünde benzerlerinden ayrılmaktır."[351].

Usûlcülerin istihsân hakkındaki anlatımlarından anlaşıldığı üzere, "istihsân, iki kıyas yöntemidir." Buna göre modern hukuktaki kontranaloji yöntemi ters kıyas yöntemi olurken, İslâm hukukundaki görevsel dengi olan istihsân yöntemi ise iki kıyas yöntemi olduğu ve kontranolojiden elde edilen bilgilerden hareketle, bu iki kıyastan biri ters diğerinin de düz kıyas olduğu anlaşılmaktadır. Öyleyse, modern hukukta, bir ters kıyas yöntemi olan kontranaloji yönteminin İslâm hukukundaki görevsel dengi, biri ters diğeri düz iki kıyas şeklinde olan istihsân yöntemidir.

İstihsânın, biri ters diğeri düz iki kıyas anlamında olduğunu şu iki örnekle açıklamaya çalışacağız.

Hz. Ömer (ra)'in hilafeti döneminde, açlığın ve kıtlığın hüküm sürdüğü, "a'vamu'r-remâde" diye bilinen yıllarda Hz. Ömer (ra)'in huzuruna bir hırsız getirilir. Ve Kur'an'ın lâfzı gereği "***elinin kesilmesi için"***[352] halifeden irade beklenir.

Hz. Ömer (ra) o iradeyi göstermez. Der ki, "*kıtlık zamanı adam aç, çalacaktır."* Bu konuda her ne kadar Hz. Ömer (ra) Kur'an'ın lâfzına uygun bir şekilde hüküm vermemiş ise de; Kur'an'ın ruhuna uygun bir hüküm vermiştir. Nitekim Hz. Ömer (ra), burada sosyolojik yorumu yeğlemiştir. O günün sosyo-ekonomik koşullarını göz önüne bulundurarak, lâfzın aynen uygulanması halinde, adil olmayan bir çözüm olacağını düşünmüştür. Oysa Kur'an'ın gayesi adâlet ve ahlakın yerleştirilmesidir. Hz. Ömer (ra) durumun farkına varmış ve duruma uygun bir hüküm vermiştir.[353]

Görüldüğü üzere, burada olay ile nass arasındaki benzeme sadece sözlüdür, anlamca birbirine benzememektedir. Buna göre kıtlığın hüküm sürdüğü senedeki hırsız kavramı ile âyetteki hırsız kavramı arasında anlamca benzerlik bulunmamaktadır. Bu

[350] Şâtibî, **el-İ'tisâm,** III, 65.
[351] Abdulvehhâb Hallâf, **Masâdiru't Teşrîi'l-İslâmî (**ö. 1375/1956), (Çev. Doç Dr. Talat Koçyiğit)Kuveyt 1970, s. 70.
[352] **Mâide** 5/38.
[353] Öktem Niyazi, **Hz. Ömer Adâleti ve Hukukta Yorum**, Köprü, Sayı: 92, 2005 İstanbul, s. 59–60.

yüzden, âyetin yargısı, ters kıyas yöntemiyle kıtlığın hüküm sürdüğü yıllarda, hırsıza uygulanmamaktadır. Bu da, kıtlık zamanında hırsız için hükmün yokluğu anlamına gelmektedir. Bu ise, hukukta bir boşluğun olması demektir. Boşluğu gidermek için, yeniden, olaya anlam bakımından benzeyen nasslara yöneldiğinde, Hz. Peygamber'in (sav) açlığın hüküm sürdüğü kıtlık yıllarında hırsızlık yapana had cezasını uygulamadığı görülmektedir. Abbâd bin Şurahbîl (ra)'den; "*bir kıtlık senesinde açlıkla karşı karşıya kaldım, Medine bostanlarından birine girdim, bir başak ufalayıp yedim, birazını da kucağıma aldım. Sahibi gelip beni yakaladı ve dövdü. Elbisemi de alıp doğru Peygamber (sav)'e götürdü. Ona olayı anlatınca, Peygamber adama şöyle buyurdu: 'Cahilse öğretmedin, açsa doyurmadın ya da acıkmışsa doyurmadın.' Ona emretti; elbisemi geri verdi, üstelik bir ya da yarım vasak buğday verdi*"[354]hadisi bulunmuştur. İşte burada hadisin yargısı olaya düz kıyas yöntemi ile uygulanmıştır. Böylece Hz. Ömer (ra), kıtlığın hüküm sürdüğü senedeki hırsız hakkında yargı olarak şunu bildirmiştir: "Biz kıtlığın hüküm sürdüğü senede hırsızlık için had cezası uygulamayız.*"*[355]

Hz. Ebû Bekir (ra) hilafeti döneminde, Tâmim kabilesinin reislerinden 'Akre' b. Habis (ö. 33/653) ile Faraza kabilesinin reisi 'Uyeyne b. Hısn Hz. Ebû Bekir (ra)'e gelerek, Hz. Peygamber (sav) zamanında kendilerine müellefe-i kulûbadı altında verilen zekât payından istediler. Hz. Ebû Bekir (ra)'de bu isteklerini kabul ederek, isteklerini yerine getirmek için Hz. Ömer (ra)'e yazıyla talimat gönderdi. Hz. Ömer (ra), bu yazıyı okuyunca yırtıp attı ve onlara "*Bu Hz. Peygamber (av)'in müellefe-i kulûbtan olmanız sebebiyle size verdiği bir şeydi. Bu gün Allah İslâmı küvetli kıldı ve size ihtiyaç bırakmadı. İslâmda sebat ederseniz ne güzel, aksi takdirde aramızda kılıçlar konuşur. İslâm için kimseye bir şey vermeyiz. Dileyen iman etsin dileyen inkâr etsin*"[356] dedi.

Anlaşıldığı üzere burada Hz. Ebû Bekir (ra) olaya, Hz. Peygamber'in (sav)[357] yargısını, söz benzeşmesinden dolayı, analoji yöntemiyle, uygulamıştır. Hz. Ömer (ra)

---

[354] Rüdânî Muhammed b. Muhammed (ö. 1094/1682), **Cemu'l-Fevâid I-V**, İz Yayıncılık İstanbul 2003, III, 78.
[355] Serahsî**, el-Mebsût**, IX, 166–167.
[356] Koçak Muhsin, **İslâm Hukukunda Hükümlerin Değişmesi Açısından Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları**, Samsun 1997. s. 46–59.
[357] Tirmizî, **Zekât**, 27.

ise, olay ile Hz. Peygamber'in (sav) uygulaması arasında, anlam benzeşmenin olmadığını düşünmüş ve ters kıyas yöntemi ile akıl yürüterek, Hz. Peygamber'in (sav) olaya uyguladığı yargıyı uygulamamıştır[358]. Çünkü Hz. Peygamber (sav) dönemindeki müellefe-i kulûb(kalpleri İslâm'a ısındırmak) adı altında zekât verilen sınıfların kapsamı içindeki bu kimseler, Hz. Ebû Bekir (ra)'in hilâfeti döneminde, Allah İslâmı kuvvetlendirip, onlara ihtiyaç bırakmadığı için, artık zekât verilen sınıfların dışında kalmışlardır. Binaenaleyh müellefe-i kulûbanlamı bu kimselerin Hz. Ebû Bekir (ra) dönemindeki konumlarının anlamına benzememektedir. Dolayısıyla benzemenin tersi yöntemiyle, Hz. Peygamber'in (sav) uygulaması onlara uygulanmamıştır. Böylece olay için uygulanacak bir nass yargısı yokluğu karşısında bulunulmaktadır. Bu da hukukta bir boşluğun varlığı anlamına gelmektedir. Bu boşluğu doldurmak için, yeniden nasslara yöneldiğinde, olaya anlam bakımından benzeyen "***De ki: Gerçek Rabbinizdendir." Dileyen inansın, dileyen inkâr etsin"***[359]âyeti bulunmuştur. Olayın ve âyetin anlamının benzeşmesinden hareketle olaya, âyetin yargısı düz kıyas yöntemiyle uygulanmıştır. Bu yargı da "*dileyen iman etsin dileyen inkâr etsin*" olmaktadır.[360]

Örneklerden anlaşıldığı üzere, vuku bulan bir olaya nass, söz ve anlamıyla uygulanmaktadır. Eğer olay, nassın hem sözüne hem anlamına benziyorsa, o olaya nass uygulanır. Ve sorun yok demektir, eğer olay, nassın sözüne benzemiyor, anlamına benziyorsa, olay için uygulanacak bir yargı yok demektir. Bu yargı yokluğu, kıyas yöntemiyle olay ile nass arasındaki anlam benzeşmesi olduğu için olay nassın kapsamına alınarak, giderilir. Bunun tersi durumda ise; olay, nassın sözüne benziyor; anlamına benzemiyorsa, tersi bir durum olur ve olay için uygulanacak bir hüküm yok demektir. Bu hüküm yokluğunu gidermek için, benzetme mantığının Mefhûmu'l-Muhalefe yöntemine göre hareket edilir ve olaya uygun başka bir hüküm verilir. Bu da, modern hukuktaki analojinin (kıyas) tersi olan kontranaloji yöntemi ile yapılır.

Bütün bunlardan, istihsânın, biri ters diğeri düz iki kıyas yöntemi olduğu anlaşılmaktadır. O halde, modern hukukta bir ters kıyas yöntemi olan kontranaloji

---

[358] Cessâs, **Ahkâmu'l-Kur'an**, III, 124.
[359] **Kehf**, 18/29.
[360] İbnü'l- Hümâm, **Fethu'l-Kadîr I-XIX**, Bulak 1897, IV, 175–177.

yönteminin İslam hukukundaki görevsel dengi, biri ters diğeri düz iki kıyas olan istihsân yöntemidir.[361]

1.3. GÜNÜMÜZ BAZI FIKIH PROBLEMLERİNİN ÇÖZÜMÜNDE İSTİHSANIN KULLANILMASI

İslâm'ın başlangıç döneminden bugüne sosyal hayatta, ekonomide, bilim ve kültürde değişim ve gelişmeler olmuştur. Bu değişim ve gelişimlerin sürekli yaşanmasından dolayı İslâm müctehidleri problemlerin çözümlenmesinde başta kıyas metodu olmak üzere pek çok metodu kullanmışlardır. İstihsan da müçtehitlerin sıklıkla başvurduğu metotlardandır. Bu metot günümüzde de Müslümanların meselelerinin çözümünde kullanılmaktadır. Bunlardan bir kaçını şu şekilde sıralamak mümkündür.

Sigorta örneği; sigorta, herhangi bir şeyde olabilecek bir zararın parayla karşılanacağının önceden garanti edilmesidir. Arapça eserlerde sigorta karşılığı olarak "et-te'mîn", "et-tekâfül'ül-ictimâî" ve "et-tadâmun" terimleri kullanılmaktadır.

Yangından cam kırılmasına, su baskınından hırsızlığa, uçak düşmesinden veya gemi batmasından trafik kazasına, hastalıktan ölüme kadar çeşitli zarar ihtimalleri sigorta konusu olabilmektedir.

Sigortanın, İslâm hukukunun genel kuralına göre câiz olamaması gerekir; çünkü bu tür bir akid, belirsizlik içeren, sonu meçhul olan "bey'u'l-garar"[362]dir. Bu da sünnetle yasaklanmıştır. Fakat çağımız İslâm bilginlerinden Mustafa ez-Zerkâ, Muhammed Abduh, Şeltut ve Muhammed el-Behiyy gibi âlimler insanların menfaatlarını gözeterek, "***iyilikte ve Allah'tan sakınmada birbirinizle yardımlaşın; günah ve düşmanlıkta yardımlaşmayın "***[363] âyetine ve "*Hz. Peygamber (sav) Beni Nadir hurmalarını satar ve ailesinin bir yıllık yiyeceğini ayırırdı"*[364] hadisine isnaden bu akdi genel kuraldan ayırmışlardır. Sigortayı câiz gören bu âlimlerden Muhammed el-Behiyy şöyle bir

[361] Özbilgin, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, s. 419–426.
[362] Bey'-i garar: Bilinmezlik/ belirsizlik içeren, sonu meçhul olan satış akdi. Bilinmezlik/belirsizlik satılan malda, bedelde, vadede, teslime muktedir olup olmamada vb. olabilir. Garar, vücudda yani akde konu olan şeyin var olup olmaması ile ilgili ise akdi bâtıl kılar; sıfatta olursa ifsâd eder.
[363] **Mâide**, 5/2
[364] Buhârî, **Nafakât**, 3; Müslim, **Cihâd**, 50.

açıklamada bulunmaktadır: "Sigorta bir satış akdi değil, mağdur olan kimselerin musibetlerini hafifletip onlara yardım elini uzatmak için yapılan bir yardımlaşma ve dayanışma akdidir. İster mal, ister hayat sigortası olsun, dayanışma ve yardımlaşmadan başka bir şey değildir. Meselâ, köylü davarlarını; tüccar, ticaret malını; ev sahibi, evini, araba sahibi, arabasını sigorta ettiriyor. Çünkü zarara girmenin zor olduğunu, tek başına zarar yükünü kaldıramayacağını, ancak başkasının yardımıyla bu yükün hafifleyeceğini biliyor. Hayat sigortası yaptıran kimse de hayatını korumak için sigortaya başvuruyor. Ecelin Allah'ın elinde olduğunu, zamanı gelince onu kimsenin geri bırakamayacağını biliyor. Sigortaya başvurmaktaki amacı, erken öldüğü takdirde aile fertlerine bir yardım kaynağı sağlamaktır" [365]

Görüldüğü üzere, yukarıda zikrettiğimiz âlimlerin fetvalarına göre, bu mesele genel kural hükmünün kapsamından çıkarılmış ve kendi mahiyeti içerisinde değerlendirilip, iyilikte yardımlaşın âyeti ve Resûlüllah (sav)'ın Benî Nadir hadisindeki uygulaması gereğince, maslahata dayanılarak ona özel başka bir hüküm verilmiştir. Bu da istihsândan başka bir şey değildir.

Estetik ameliyatı örneği; bu âmeliyatı tasvip etmeyenler, şu âyeti gerekçe olarak göstermektedirler; " ***Allah şeytanı rahmetinden kovdu. O da; senin kullarından belli bir pay edinecek ve onları saptıracağım. Kuruntulara boğacağım, onlara emredeceğim ve onlar da davarların kulaklarını yaracaklar, emredeceğim de Allah'ın yarattığını bozacaklar. Allah'ı bırakıp, şeytanı dost edinenler apaçık kayba uğramıştır."***[366] Bu âyete göre estetik âmeliyat olan kişi âyette belirtildiği üzere Allah'ın yaratmasına bir müdahelede bulunmaktadır. Buradaki yerleşik kurala göre estetik âmeliyatın her ne amaçla olursa olsun, Allah'ın yaratmasına müdahale olduğu için câiz olmaması gerekir. Ancak doğuştan gelen, ya da sonradan ortaya çıkan ve insanın normal görevlerini yapmasına engel olan, ya da toplum içinde bazılarınca ayıplanma konusu olabilecek sakatlıkların tedavisinde estetik ameliyatların caiz olduğuna dair bazı âlimler tarafından fetva verilmiştir. Zira Allah Rasûlü savaşta burnu kesilen bir sahâbenin çirkin görünümünü gidermek için altından burun yaptırmasına müsaade etmiştir. [367]

---

[365] Behiyy Muhammed, **el-Fıkhul-İslâmî ve Tatavvuruhu**, s. 46.
[366] **Nisâ** 4/119.
[367] Ebû Dâvûd, **Hâtem** 7; Tirmizî, **Libâs** 31; Nesâî, **Zinet** 41.

Görüldüğü üzere bu gibi durumlar zaruretten dolayı yerleşik genel kural hükümlerinin kapsamında değerlendirilmemekte ve onlara başka bir hüküm verilmektedir. Bu da İslâm hukuk literatüründe zarurete dayanan istihsândan başka bir şey değidir.

Genel kurala göre zinâ iftirasında bulunan kişinin davasını ispat edebilmesi için dört şahit getirmesi gerekmektedir. Aksi halde had olarak seksen değnek vurulacak ve şahitliği ebediyen kabul edilmeyecektir. Hilâl b. Ümeyye (ra), (ö. 50/670) kendi karısı ile bir başkasının zinâ ettiğini söyleyince Hz. Peygamber (sav) kendisine delil getirmesini, aksi takdirde kendisine had cezasını uygulayacağını söylemişti. Hilal'in şahidi yoktu. Bu durumda hem karısına hem de karısıyla zinâ ettiğini söylediği Şerîk b. Semhâ'a iftira etmiş sayılacak ve kazf haddi vurulmak suretiyle cezalandırılacaktı. Cenab-ı Allah bu olay üzerine li'ân âyetini indirdi, Hilâl her iki mağduriyyetten de kurtuldu. Dolayısıyla Kur'an'da bir kişinin başkasına zinâ iftirasında bulunması ile karısına zinâ iftirasında bulunması aynı hükme tabi tutulmamıştır.[368]

Günümüzde özellikle Pakistan gibi ülkelerde, buna benzer bir şekilde bazı kadınlar tecavüze uğradıklarını iddia etmektedirler. Bu kadınlar dört şahit getiremedikleri için zinâ iftirasında bulunmuş sayılır ve 'haddu'l-kazf' olarak cezalandırılırlar. Derinlemesine düşünülmeden bu olaya bakıldığında, kadınların zinâ iftirasında bulunduğuna hükmetmek mümkün olabilmektedir. Fakat burada kocanın durumundan daha vahim bir durum söz konusudur ve bu durumdaki kadınlar dört şahit getiremeyeceği için mağduriyetleri daha ağır olur. Dolayısıyla bu durumu kazf âyeti yerine li'an âyetine hamletmek daha uygun olacaktır. Bu da istihsândır. Nitekim bu durumlar zarurete binaen yerleşik genel kural hükmünden çıkarılıp, başka bir hükme tabi tutulmuştur.

[368] İbn Nuceym Zeynuddin, **el-Bahru'r-Râik, I**V, 121.

SONUÇ

İslâm hukuk metodolojisinin aklî istidlâl yöntemleri arasında yer alan istihsân metodu fıkıh mezheplerinin teşekkül ettiği ilk dönemlerden itibaren delil olması ve uygulaması noktasında üzerinde önemli tartışmaların yaşandığı bir konu olmuştur.

İstihsân yöntemi en çok Hanefîler tarafından kullanılmışken, Şafiîler istihsana karşı çıkmışlardır.

İstihsân kavramının ortaya çıkış süreci, Hz. Peygamber (sav), sahâbe ve tâbiîn dönemlerine kadar gitmektedir. Nitekim onların dönemlerinde istihsân metodu, teknik terim anlamında olmasa da ictihadlarında mevcuttu ve bu da re'y ictihadı kapsamında yer almaktaydı. Zira sahâbe döneminde, re'y ictihadı hem nassların yorumlamasında ve yeni olaylara uygulamasında hem de hakkında nass bulunmayan olayların hükümlerini belirlemede, geniş bir şekilde kullanılmaktaydı. Sahâbe, insanların maslahatını düşünerek, eşitlik ve adâletin meydana gelmesi için kıyası bırakıp, re'y ile âmel etmiştir. Bunun en bariz örnekleri Hz. Ömer (ra)'in uygulamalarında görülmektedir.

Tâbiîn de sahâbe gibi, re'yi geniş bir şekilde kullanmıştır. Onlar ortaya çıkan yeni olaylar hakkında "daha hayırlıdır, insanların maslahatları bunu icap eder" şeklinde gerekçeler göstererek daha önceden bulunmayan hükümleri ortaya koymuşlardır. Hüküm verirken şeriatın özüne ve maksadına uygun hareket etmişlerdir. Ve ictihadlarında, "zarar ve zarara karşılık zarar yoktur," mefsedetin def'i, maslahata takdim edilir", "meşakkat kolaylığı celb eder" gibi dinin genel esaslarına göre hareket etmişlerdir.

İstihsânın, bir fıkıh usulü terimi olarak ortaya çıkması EbûHanife ve öğrencilerinin zamanında olmuştur. Ne EbûHanîfe'den ne de onun öğrencilerinden istihsân hakkında her hangi bir tanım gelmemiştir. Fakat onların istihsân yöntemiyle verdikleri fetvalar incelendiğinde, istihsânın "kıyasa muhalif bir delil" olarak

kastedildiği anlaşılmaktadır. İstihsânın İslâm hukuk terimi olarak kavramlaşma süreci sonraki dönem Hanefî usulcüler tarafından tamamlanmıştır.

Hanefî mezhebinin ilk usûl eserleri incelendiğinde, hakkında nass bulunmayan bir meselenin çözümünün ilk olarak kıyasta arandığı, kıyasın meşakkat veya istenmeyen bir sonuca sebep olması durumunda kıyasın terk edilerek olaya uygun bir hükmün bulunduğu ve bunun adının da istihsân koyulduğu anlaşılmaktadır.

İstihsân delili, aralarında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte Hanefî mezhebinde olduğu gibi Mâlikî mezhebinde de sıkça kullanılmıştır. Hatta İmam Mâlik'in "ilmin onda dokuzu istihsândır" dediği rivayet edilmektedir. Öğrencisi Esbağ'dan da şu ifadeler nakledilmiştir;"İstihsân kıyasa galip gelir, kıyasa fazla dalan neredeyse sünneti terk eder, istihsân yapmak ise, ilmin direğidir."

Hanbelî mezhebinde istihsânın kabulu noktasında farklı temayüller mevcut ise de genel çizgi olumludur ve "özel bir şer'î delil sebebiyle bir meselede o meselenin benzerlerine verilen hükümden vazgeçmek" şeklindeki istihsân tanımı Ahmed b. Hanbel'in de görüşü olarak nakledilmektedir.

Zeydîler ve Mutezileden Ebû'l-Hüseyin el-Basrî istihsân yöntemini kabul etmişlerdir. Onların istihsân anlayışı ile Hanefîlerin istihsân anlayışı arasında genel olarak pek bir fark bulunmamaktadır.

İstihsân metoduna sert bir şekilde karşı çıkanların başında İmam Şafiî gelmektedir. İmam Şafiî istihsânı şiddetli bir şekilde reddetmiş hatta istihsanın geçersizliği konusunda eserlerinde 'Kitabu İbtâli'l-İstihsân' adında özel bir bölüm ayırmış ve "istihsân yapanın yeni bir din vaz etmiş olacağı" şeklinde itirazını dile getirmiştir.

İstihsâna karşı çıkanların ileri sürdükleri görüş ve açıklamalara bakıldığında, onların reddettikleri istihsân ile cumhurun delil olarak kabul ettikleri istihsânın tamamen farklı olduğu görülecektir. Nitekim İmam Şafiî istihsân hakkındaki eleştirilerini genellilikle şu sözlerle ifade etmiştir: "İstihsân, önceden bilinen bir çözüme dayanmaksızın hüküm icat etmek ve zevke göre hüküm vermektir." Buna göre İmam Şafiî istihsânın hiçbir delile dayanmadan sadece heva ve hevese göre hüküm vermek

olduğunu hükümetmişlerdir. Hâlbuki böyle bir hüküm verme metodunun hiçbir müctehit tarafından kabul edilmesi mümkün değildir. Bu ihtilâfın asıl nedeni EbûHanîfe ve öğrencilerinin istihsânı kullanırken, istihsandan maksatlarının tam olarak ne olduğunun anlaşılamamış olmasıdır. Nitekim Şafiî mezhebinin müteahhirin âlimlerinden Sadüddin et-Taftazânî bu konu hakkında şöyle bir açıklama yapmıştır: "Tarafların arasındaki ihtilâfın asıl sebebi, her iki tarafın istihsândan ne kastedildiğini değişik şekilde anlamalarıdır. Çünkü istihsânın delil olduğunu söyleyenler, onun dört şer'i delilden biri olduğunu söylemek isterler. İstihsân yapanın kendi tarafından şer'i hüküm koyduğunu söyleyenler ise, şer'i hiçbir delile dayanmadan kendi görüşüne göre bir şeyin hoş olduğuna hüküm vermek olduğunu zannetmişlerdir."

Yeni problemlerin çözümünde istihsân metodunu kullanmak isteyen kişinin ilk olarak iki önemli ilkeyi göz önünde bulundurması gerekmektedir. Birincisi, kıyas veya genel kuralın hükmüne muarız olan hükmün ne tür bir maslahatı celb edeceği veya hangi mefsedeti def' edeceğini iyi bilmesidir. İkincisi, istihsânla varılan hükmün, nass, icma', zaruret, maslahat ve örf gibi şer'i bir delile dayandırılmasıdır. Bu ilkeler dikkate alınarak işletilen istihsan metodunun Müslüman toplumun pek çok probleminin çözümüne katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

Nihaî tahlilde istihsân ile ilgili olarak şöyle bir kanaate varmamız mümkündür: İstihsân; kitap, sünnet ve icma' gibi hükümlerin istinbâtında kullanılan müstakil bir delil değildir. Kıyas veya genel kuralın istenmeyen sonuçlarını engellemek için, usûlcüler tarafından kullanılan, ictihadî bir yöntemdir. Diğer bir deyişle istihsân, nasslarda çözümü bulunmayan olaylar için, müctehide nasların ruhuna ters düşmeyen, onların asıl amacı olan adâlet ve hakkaniyet ilkelerini gerçekleştiren çözümler bulmada yol gösterici bir yöntemdir. Bu yöntemin amacı insanlara kolaylığı temin etmek, kamu yararını gözetmek, hakkaniyet ve adâlet ilkelerini gerçekleştirmek gibi İslâmın temel prensipleriyle örtüşen gayelerin hayata geçirilmesine imkân sağlamaktır. En genel anlamıyla istihsan, dinin temel hedeflerine ulaşma gayretinin bir diğer adıdır.

KAYNAKÇA

ABDULFETTAH Abdulgani (ö. 1298/1880), **el-Vâfî fi Şerhi'ş- Şâtıbîyye**, Mektebetu's-Sevâdî Cidde1999.

ABDUSSETTAR, **Mecelle Şerhi**, Mihran Matbaası İstanbul 1883.

AHMED b. Hanbel (ö. 241/855), **Müsned** I-XX, Dâru'l-Hadis Kahire, 1995.

AHMED Emin (ö. 1886/1954), **Düha'l-İslâm**, Kahire 1936.

ALİ CUM'A Muhammed, **el-Medhalu li'd-Diraseti'ş-Şeriati'l-İslâmiyye**, el-Me'hadu'l-Âlemi Kâhire 1996.

ÂMİDÎ Ali b. Muhammed (ö. 631/1233), **el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm** I-IV, Dârus-Semi'i Riyad 2003.

ASKALÂNÎ Ahmed b. Ali (ö. 974/1567), **Ed-Dirâye Fi Tahrîci Ehâdîsi'l-Hidâye** I-II, (thk. Seyyid Abdullah b. Hâşim) Dâru'l-Ma'rife Beyrut ty.

ATTAR Fahrettin, **Fıkıh Usûlu**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, ty.

AYDIN İbrahim Hakkı, **İslâm Temelinde Akıl ve Ebû Hanîfe**, İslamî Araştırmalar, "Ebû Hanîfe Özel Sayısı" Tek-Dav Yayınları, 2002.

BÂCÎ Ebû'l-Velîd (ö. 474/1081), **Kitabu'l-Hüdûd fi'l-Üsûl**, Müessestu'r-R'anâ Beyrut,1973.

BAĞDADÎ Hatib Ahmed b. Ali (ö. 463/1070), **Târihu'l-Bağdadî** I-IV, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut ty,

BALTACI Muhammed, **Menâhicü't-Teşrîi'l-İslâmî fi'l-Karni's-Sânî** el-Hicrî, Câmiatü'l-İmâm Muhammed b. Suûd, Riyad ty.

BASRÎ Ebû'l- Huseyin Muhammed b. Ali b. Tayyib (ö. 436/1044), **el-Mu'temed fi Usûli'i-Fıkh** I-II, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut ty.

BERDİSÎ Muhammed Zekeriyya, **Usûlu'l-Fıkh**, Daru's-Sekâfe Kâhire ty.

BEYHAKÎ Ahmed b. Huseyin (ö. 458/1066), **Es-Sünenu'l-Kubrâ** I-X, Dairetu'l-Meârif Haydarabad, 1933.

BUĞA Mustafa Dîb, **el-Edilletu'l-Muhtalefu Fîhâ**, Dâru'l-İmami'l-Buhârî Suriye ty.

BUHÂRİ Abdülaziz b. Ahmed (ö. 730/1329), **Keşfu'l- Esrâr** I-IV, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1997.

BUHÂRÎ Muhammed b. İsmail (ö. 256/870), **Sahihü'l-Buhârî** I-VI, (Thk. Mustafa Dîb el-Boğe) Dâru İbni Kesîr Beyrut 1987.

CESSÂS Ahmed b. Ali er-Râzî (ö. 370/980), **el-Fusûlu fi'l-Usûl** I-IV, (Thk.'Uceyl Câsim-Nüşemî) Vuzaretu'l Evkâf veş-Şüûni'l- islâmiyye Kuveyt 1994.

CEVDET PAŞA Ahmed, **Mecellei-Ahkâm-i Şeriyye**, (Trc. Ahmed Şimşirgi- Ekrem Boğa Ekinci) KTB. Yayınları İstanbul 2008.

CEZERÎ Abdurrahman (ö. 1360/1941), **el-Fıkhu Âle'l-Mezâhibi'l-Erb'a** I-V, Dârul-Erkâm Beyrut 1997.

CÜVEYNÎ Abdullah b. Abdilmelik (ö. 478/1085), **et-Talhîs fi Usûli'l-Fıkh** I-III, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye Beyrut 1996.

ÇAĞIL Orhan Münir, **Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş**, İstanbul 1971.

DAVİD RENE (ö. 1989/1409), **Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri**.

DESÛKÎ, Muhammed (ö. 1230/1815), **el-İmam Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî**, Dâru's-.Sekâfe, Katar 1987.

EBÛ DÂVÛD (ö. 275/889), Süleymân b. el-Eş'aş, **Sünen ve Tercümesi**(Çev. İbrahim Koçaşlı), Milsan A.Ş. İstanbul 1983.

EBÛ MUHAMMED Abdulkadir b. Muhammed (ö. 775/1373), **el-Cevâhiru'l-Müdî'e fi Tabakati'l-Hanefîyye** I-V (Thk. Abdulfettah Muhammed) Dâru'l-Ulûm Riyâd 1988.

EBÛ YA'LÂ Muhammed b. Hüseyin (ö. 458/1066), **el-'Udde fî Usûli'l-Fıkh**. I-V, Riyâd 1993.

EBÛ YÛSUF Muhammed (ö. 182/798), **el-Harac**, el-Matbaatus-Selefiyye Kâhire, ty.

EBÛ ZEHRA Muhammed, **Ebû Hanîfe Hayâtuhu ve Âsâruhu-Ârâuhu Ve Fıkhuhu**, Dâru'l-Fıkri'l-Arabî Kahire 1991.

……..**İmam Zeyd Hayâtûhu, ve Âsâruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhu**, Dâru'l-Fıkhi'l-Arabî Kâhire 1945.

.....**İbn Hazm Hayâtuhu ve Âsâruhu – Ârâûhu ve fıkhuhu**, Dâru'l-Fikri'l-Arabî ty.

……..**İbn Hanbel Hayâtuhu ve Âsâruhu – Ârâûhu ve fıkhuhu**, Dâru'l-Fikri'l-Arabî Beyrut ty.

……..**Şafiî Hayâtûhu, ve Âsâruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhu**, Dâru'l-Fıkhi'l-Arabî Kâhire 1945.

……..**İbn Teymiyye Hayâtuhu ve Âsâruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhu**, Dâru'l-Fıkhi'l-Arabî Kâhire 1975.

……..**İslâm Hukuku Metodolojisi**, (Çev. Abdulkadir Şener) Ankara ty.

……..**İslâm'da Fıkhî Mezhepler Târîhi**, (çev. A. Şener) Ankara, 1968.

EBÛ'L-HATTAB Mahfûz b. Ahmed (ö. 510/1116), **et-Temhîdu fi Usûli'l-Fıkh** I-V, Külliyetu'ş-Şeri'e Mekke ty.

EL-FERFÛRÎ Muhammed Abdullatif, **Nazariyatu'l-İstihsâni ve Sıleteuhâ bi'l-Mesâlihi'l-Müreseleti**, ty. yy.

ERDOĞAN Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, Ensâr Neşriyat İstanbul 2005.

ESMENDÎ Abdulhamid (ö. 552/1157), **Bezlu'n-Nazar fi'l-Usûl**(Thk. Muhammed Zeki Abdilber) Kâhire 1992.

EŞKAR Muhammed Süleyman, **el-Vâdih fi Usûli'l-Fıkh**, Darus-Selâm Umman 2004.

FERHAT Koca, **İslâm Hukuk Tarihinde Selefi Söylem ve Hanbelî Mezhebi**, Ankara Okulu Yayınları, ty.

GAZZÂLÎ Ebû Hamid Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), **el-Mustasfâ Min İlmi'i-Usûl** I-IV, (Thk. Hamza b. Zuhayr Hafiz) el- Câmi'etu'l-İslâmiyye Medine ty.

GÖZLER Kemal, **Hukuka Giriş**, Bursa 2003.

ĞIRNÂTÎ Muhammed b. Ahmed (ö. 741/1320), **el-Kevâninu'l-Fıkhiyye**, ty. yy.

HABBÂZİ Muhammed b. Ömer ö. 691/1291), **el-Muğni fi Usûli'l-Fıkh**, Külliyetuş-Şeri'e Ve'd-Dirasati'l-İslâmiyye Mekke 1982.

HALLÂF Abdulvehhab, **Mesâdiru't-Teşr'i'l-İslâmî**, Dâru'l-Kalem Kuveyt 1982.

HALİD b. Şuca' Eymen Ömer, **Hücciyyetu'l-İstihsan İnde'l-Mâlikîyyeti Ve'l-Hanabile**.

HALİT b. ŞUCÂ' el-Utbî- Eymen-Ömer el-Amrî, **Mecelletu Külliyyeti Dâri'l-Ûlûm**, **Hucciyyetu'l-İstihsani Înde'l-Mâlikîyyeti Vel-Hanabile**, yy. ty.

HAMEVÎ 'Usâme, **Nazariyyetu'l-İstihsân**, Dâru'l-Hayr Beyrut 1992.

İBN EBÎ ŞEYBE, Abdullah b. Muhammed (ö. 239/853, **el-Müsannef** I-XVI. Mektebetu'r-Rüşd Riyâd 2004.

İBN FERHÛN İbrahim b. Nureddin (ö. 799/1396), **ed-Dibâcetü'l-Müzehheb** I-II, (Me'mun b. Muhyeddin el-Çennanî) Dâru'l-Kutubi'ilmiyye Beyrut 1996.

İBN HACER Ahmed b. Muhammed el-Heytemî (ö. 974/1567), **el-Hayrâtü'l-Hisân fî Menâkıbi'l-İmâmi'l-A'zam Ebî Hanîfe en- Nu'mân**, (Thk. Halil el-Meys) Dâru'l-Kutubi'l-ilmiyeye, Beyrut 1983.

İBN HAZM Ali b. Ahmed (ö. 456/1044), **el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm** I-VIII, (Thk. Ahmed Muhammed Şakir) Dâru'l-İfâk el-Cedîde Beyrut ty.

İBN HUMÂM Muhammed b. Abdilvâhid (ö. 681/1282), **Fethul'l-Kadîr** I-VI, Dâru'l-Kutubi'l-İslâmiyye Kâhire 1993.

İBN KAYYÎM Şemsuddin ebû Abdullah el-Cevzîyye (ö. 751/1350), **İ'lamu'l-Müvakki'in** I-IV, Mektebetu Külliyati'l-Ezher Kâhire 1996.

……..**Bedâiu'l-Fevâid** I-V, (Ali b. Muhammed el-İmrân) Dâru'l-Âlemi'l-Fevâid Cidde ty.

İBN KESÎR İsmail b. Ömer (ö. 774/1372), **Tuhfetu't-Tâlib bi Ma'rifeti Ehâdîsi Muhtasari İbni Hâcib**, Dâru Hirâ Mekke 1985.

İBN KUDÂME Muvaffakuddin (ö. 620/1223), **Ravdetu'n-Nazır ve Cünnetu'l-Munâzır**, Mektebetu'r-Rüşd Riyâd ty.

……..**el-Muğni** I-X, Dâru'l-Fikr Beyrut 1984.

İBN KUTAYBE Abdullah b. Müslim (ö. 276/889), **el-İmâmetu Ve's-Siyâse** I-II, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1997.

İBN MANZÛR Muhammed b. Mukarrem (ö. 711/1311), **Lisânu'l-Arab** I-XV, Dâru Sâdir Beyrut Ty.

İBN MELEK Abdülaziz (ö. 821/1418), **Şerhu'l-Menâr**, Derseaadet İstanbul 1897.

İBN NÜCEYM Zeynüddin b. İbrahim (ö. 970/1562), **el-Bahru'r-Râik** I-VII, Dâru'l-Ma'rife Beyrut ty.

İBN RÜŞD Kâdî Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Rüşd el-Hafîd (ö. 595/1198), **Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktasid**, Beyan Yayınlar, ty.

…….**el-Beyânu Ve't-Tahsîl** I-XX, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî Beyrut 1988.

İBNÜ'L-ARABÎ Ebû Bekir Muhammed b. Abdillah (ö. 543/1148), **Akhâmu'l-Kur'an**(Thk. Ali Muhammed El-Becevî) Dâru'l-Ma'rife Beyrut 1987.

……...**Kânûnü't-Te'vîl**(Nşr. Muhammed es-Süleymânî), Beyrut 1990.

İMAM CA'FER es-Sâdık ve Fikri Akımları, (Baş. Satılmış Âlimlerin Zalimlere Faydası) Seyyid Ali el-Hüseyni, e- Kitaplayan M. İpek, http://nehculbelage.tripod. com

İBNÜ'L-MURTAZÂ (ö.1100/1688),**Mi'yaru'l-Ukûl fi İlmi'l-Usûl**, ty. yy.

İBNÜ'S-SÜBKİ Abdulvehhâb (ö. 771/1371), **Cemu'l-Cevâmi'** I-II, Dâru'l-Fikr Beyrut 1995.

İSFEHÂNÎ Mahmud b. Abdurrahman (ö. 559/1164), **Şerhu Muhtasari İbni Hâcib** I-III, Kulliyeti'ş-Şeri'a Mekke.

KARAMAN Hayrettin **İslâm Hukuk Tarihi**, İz Yayınları İstanbul 2007.

KARAYALÇIN Yaşar, **Hukukta Öğretim Kaynakları Metodu**, Ankara 1986.

KELVEZÂNÎ Mahfûz b. Ahmed (ö. 510/1116), **et-Temhîd fi Usûli'l-Fıkh** I-IV, Merkezu'l-Bahsi'l-İlmiyye, Mekke 1985.

KATTANÎ Mennâ' Halil, **Târihu't-Teşr'i'l-İslâmi**, Mektebetu'l-Mearif Riyâd 1996.

KİSÂNÎ Âlauddîn Ebû Bekir b. Mesud (ö. 587/1191), **Bedâi'u's-Senâi'** I-VI, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut ty.

KOÇAK Muhsin, **İslâm Hukukunda Hükümlerin Değişmesi Açısında Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları**, Kardeşler Ofset Samsun 1997.

KOMİSYON, **Dini Kavramlar Sözlüğü**, DİB Yayınları Ankara 2006.

KURTÛBÎ, Muhammed b. Ahmed (ö. 671/1272), **el-Câmiu li-Ahkâmi'l-Kur'an** I-XX, Dâru Âlemi'l-Kutub Riyâd 2003.

LEKNEVİ Abdulhayy (ö. 1303/1885), **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedi Meâ Şerhi'l-Âllameti Abdilhayy** I-VIII, İdâretu'l-Kerar Ve'l-Ulumi'l-İslâmiyye Pakistan1996.

MÂLİK b. Enes (ö. 179/795), **el-Muvatta'** I-IV,(Takyüddin en-Nedevî) Dâru'l-Kalem Dımışk 1991.

MATLÛB, Mahmud, Ebû Yûsuf, **Câmiatu Bağdad**, Bağdad 1972.

MEKKÎ Muvaffak b. Ahmed (ö. 568/1198), **Menâkib Ebî Hanîfe**, Dâru'l-Kutubi'l-Arabiyye, Beyrut 1981

MENSÛR Ali Nâsıf, **et-Tâcü'l-Câmi'u li'l-Usûl** I-V, Dâru'l-Fikr Beyrut 1992.

MERGÎNÂNÎ Ali b. Ebî Bekir (ö. 593/1196), **el-Hidâye Şerhu'l-Bidâye** I-IV, Dâru **İhya't-Turâsi'l-Arebî** Beyrut, ty.

……..Bidâyetu'l-Mübtedî, Metbetu Muhammed Ali Subhî Kâhire ty.

MEYDÂNÎ Abdulgani (ö. 1298/1880), **el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitab** I-IV, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye ty. yy.

NESÂÎ Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şu'ayb b. Ali b. Bahr (ö. 303/915), **es-Sunen bi Şerhi'l-Hâfız Celâluddin es-Sûyûtî**, el-Matbaatu'l-Mısrıyye, Beyrût (t.y.).

NESEFÎ Abdullah b. Ahmed (ö. 710/1310), **Şerhu Kitabi'l-Muntehab fi Usûl'il-Mezheb**, (Thk. Sâlim Öğüt) yy. ty.

NEVEVÎ Muhyeddin (ö.676/1277), **el-Mecmu'** I-XX, Dâru'l-Fikr Beyrut ty.

OKUR Kâşif Hamdi, Muhyiddin İbnü'l-Arabî'nin Kıyas ve İstihsâna Yaklaşımı, **Din Bilimleri Akademik Araştırmaları Dergisi**, C. VII, Sayı: 4, Ekim 2007.

ÖKTEM Niyazi, Hz. Ömer Adâleti ve Hukukta Yorum, **Köprü** Sayı: 92, 2005 İstanbul, ty.

ÖNDER Muharrem, İstihsân Kavramının Ortaya Çıkışı, **İslâm Hukuku Araştırmalar Dergisi**, Sayı: 7, Nisan 2006.

ÖZBİLGİN, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, İstanbul 1976.

ÖZEN Şükrü, Hicri II. YY. İstihsân ve Maslahat Kavramları, **Ma'rife Bilimsel Birikim Dergisi**, 3/1 Bahar 2003.

PEKCAN Ali, **Din Bilimleri Akademik Araştırmaları Dergisi**, C. III, Sayı: 3. 2003.

PEZDEVÎ Ali b. Muhammed (ö. 482/1089),**Kenzu'l-Vusûl İlâ Ma'rifeti'l-Usûl**, Matbaatu Cavid Paris ty.

RÜDÂNÎ Muhammed b. Muhammed, **Cemu'l-Fevâid** I-V, İz Yayıncılık İstanbul 2003.

SABUNİ Muhammed Ali, **Ahkâm Tefsiri**, Şamil Yayınları.(Daru'l-Kitap İslâm Ansiklopedisi, versiyon 2)

SAHNÛN İbni Abdisslelâm (ö. 240/854), **el-Müdavvenetu'l-Kübrâ** Kâhire ty.

SCHACHT Joseph (ö. 1388/1969), **İslam Hukukuna Giriş**, (Çev. Mehmet Dağ-Abdülkadir Şener,) AÜİFY, Ankara 1977.

SEM'ÂNÎ Mansûr b. Muhammed (ö. 417/1026), **Kavâti'u'l-Edille fi'l-Usûl**, I-II, (Thk. M. Hasan eş-Şafiî) Dâru'l- Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1997.

SEMERKANDÎ Alauddin (ö. 539/1144), **Tühfetu'l-Fukahâ** I-III, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1984.

SERAHSÎ Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sahl (ö. 490/1096), **el-Usûl** I-II, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1993.

……..**el-Mebsût** I-XXXI, Daru'l-Ma'rife Beyrut ty.

SUYÛTÎ Abdurrahman ö 911/1505), **el-Eşbâh ve'n-Nezâir**, Müessesetü'l-Kutubu's-Sikâfiye Beyrut ty.

…….**Târihu'l-Hülefâ**, Maba'atu's-Sa'ade Mısır 1952.

ŞA'BÂN Zekiyyüddin, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, (Çev. İbrahim Kâfi Dönmez) TDV Yayınları Ankara 2009.

……..**Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Mektebetu'l-Hanefîyye Bingazi ty.

ŞAMİL İslâm Ansiklopedisi, I-VIII, Dergâh Ofset, İstanbul 2000.

ŞAFİİ Muhammed b. İdris (ö. 204/819), **el-Ümm** I-VIII, Dâru'l-Ma'rife Beyrut, 1973.

……..**er-Risale**, (Thk, Ahmed Muhammed Şakir) Dâru'l-Kutubi'l-ilmiyye Beyrut, ty.

ŞAHİN Osman, İstihsân Yönteminin Aklî Gerekçeleri ve Bazı Uygulama Şekilleri, **Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi**, C. VIII, Sayı: 4, Ekim 2008.

ŞÂTIBİ Ebû İshâk İbrahim b. Musa (ö. 790/1388),,**el-Muvâfakât fi Usûli'-Şeri'A** I-IV, (Thk. Abdullah Diraz) Dâru'l-Fikhiyye. ty.

ŞELEBÎ Muhammed Mustafa (ö. 1362/1943), **el-Medhal fit-Ta'rifi bi'l-Fıkhi'l-İslâmî**, Dâru't-Te'lif İskenderiyye, ty.

……..**Usûlu'l-Fıkhı'l-İslâmi** I-II, ed-Dâru'l-Caiîyye Beyrut 1943.

……..**Ta'lilu'l-Ahkâmü**, Matbaatu Ezher Mısır 1947.

ŞENER Abdülkadir, **İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsân ve İstıslâh**, Diyanet İsleri Başkanlığı Yayınları Ankara 2006.

ŞEVKÂNÎ Muhammed b. Ali (ö. 1250/1834), **İrşâdü'l-Fühûl İlâ Tahkiki'l-Hakki Min İlmi'l-Usûl** I-II, Dâru'l-Fedîle Riyâd 2000.

……..**Neylu'l-Evtâr** I-VIII, Mektebetu Mustafa el-Bâbî el-Helebî Mısır ty.

ŞEYBÂNÎ, Muhammed b. el-Hasan (ö. 189/805), **el-Câmiu's-Sağîr**, idâretü'l-Kur'ân, Karaçi-Pakistan, ty.

……..**el-Hücce**, Alâ Ehli Medîne,Haydarâbâd 1965.

ŞİRÂZÎ Ebû İshâk (ö. 476/1083), **el-Lum'a fi Usûli'l-Fıkh**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1985.

……..**et-Tabsîre fi Usûli'l-Fıkh**, Dâru'l-Fikr Dimışk 1983.

……..**el-Muhezzeb** I-II, Beyrut ty.

TAHÂVÎ Ebû Ca'fer Ahmed (ö. 321/933), **el-Muhtasar**, (Thk. Ebû'l-Vefâ el-Afgânî,) Dâru İhyâi'l-Ulûm, Beyrut 1986.

TEFTÂZÂNÎ Sa'düddin (ö. 791/1389), **Şerhu't-Telvîh Ala't-Tavdîh** I-II, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1996.

TİRMİZÎ, Ebû Îsâ Muhammed b. Îsâ (ö. 279/893), **Sünen**, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, İstanbul ty.

TÛFÎ Necmüddin (ö.718/1318), **Şerhu Muhtasari'r-Ravza** I-III, Müessesetu'r-Risâle Beyrut 1987.

……..**el-Bülbül fi Usûli'l-Fıkh**, Âlemu'l-Kutub Beyrut 1999.

UCEYL Hâkim en-Nuşemî, **Mecelletu'ş-Şeri'â Ve'd-Dirasatu'l-İslâmiyye** C. I, Sayı I, Kuveyt 1984.

VEHBE-Zuhaylî, **el-Vecizu fi Usûli'l-Fıkh**, Dâru'l-Fikr Beyrut 1999.

……..**el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhu** I-VIII, Dâru'l-Fikr Dımışk 198

……..**Usûlu'l-Fıkhi'l-İslâmî** I-II, Dâru'l-Fikr Suriye 1986.

VEZİR Muhammed b. Ali ö. 1372/1952), **el-Musaffâ fi Usûli'l-Fıkh**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye Beyrut 1996.

YAMAN Ahmed, (Usûl) **İslam Araştırmalar Dergisi**, sayı: 8, Temmuz-Aralık 2007.

YILDIRIM Mustafa, **Mecellenin Küllî Kaideleri**, Tibyan Yayıncılık İzmir 2009.

YUNUS Vehbi Yavuz, Hanefî Müctehidlerinde İstihsân Metodu, **UÜİF. Dergisi**, C. I, Sayı: 1, (1986) .

ZEBÎDÎ Ebû Bekir b. Ali, **el-Cevheretu'n-Neyyire** I-IV, Mektebetu Mişkâti'l-İslâmiyye ty.

ZERKÂ Ahmed b. Muhammed (ö. 1357/1938), **Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye**, Dâru'l-Kalem Dımışk 1938.

ZERKÂ Mustafa, **el-Medhalu fi'l-Fikhi'l-İslâmî** I-II, Dâru'l-Kalem Dimışk 1998.

ZERKEŞÎ Bedrüddin Muhammed b. Behadir (ö. 794/1391), **el-Bahru'l-Mühît fi Usûli'l-Fıkh** I-VI, (Thk. Şeyh Abdulkadir Abdullah el-'Anî) Vuzâret'ul-Evkâf Ve'ş-Şûnü'l-İslâmiyye Kuveyt 1992.

ZEYDÂN Abdülkerim, **Fıkıh Usûlu**, (Çev. Ruhi Özcan) Ankara ty.

ZEYLA'İ Abdullah b. Yûsuf (ö. 762/1360), **Nasbu'r-Râye li Ehâdisi'l-Hidâye** I-V, (Muhammed Avamme) Dâru'l-Kible li's-Sekâfeti'l-İslâmiyye Cidde ty.

ZEYLA'İ Osman b. Ali (ö. 743/1342), **Tebyinu'l-Hakâik** I-VI, Mektebetu'l-İslâmiyye Kâhire 1895.