



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ
İSLAM HUKUKU ANABİLİM DALI

MALİKİ MEZHEBİNDE İSTİHSAN UYGULAMALARI
(EL-MÜDEVVENE ÇERÇEVESİNDE)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
DOÇ. DR. İSMAİL BİLGİLİ

HAZIRLAYAN
SOULEYMANE CHERIF

KONYA – 2021

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	V
KISALTMALAR.....	VII
GİRİŞ.....	1
A. ARAŞTIRMANIN KONUSU.....	3
B. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ.....	3
C. ARAŞTIRMANIN AMACI.....	3
D. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ.....	4
E. ÇALIŞMADA KULLANILAN KAYNAKLAR.....	5
F. KONUYLA İLGİLİ ÇALIŞMALAR.....	5
BİRİNCİ BÖLÜM.....	7
MALİKİLERDE İSTİHSÂN VE TÜRLERİ.....	7
1. 1. İSTİHSÂN.....	7
.1.1.1. İstihsânın Tanımı.....	8
1.1.2. İstihsânın Hücciyeti.....	9
1.1.3. İstihsânın Şartları.....	11
1.1.4. İstihsânın Rükünleri.....	13
1.1.4.1. Aslî Delil.....	14
1.1.4.2. İstihsân Sebebi Olan Delil.....	16
1.1.4.3. İstihsânın İlleti.....	17
1.1.5. Bir Terim Olarak İstihsânın Ortaya Çıkış Tarihi.....	17
1.1.6. İstihsâna Bu İsmnin Verilmesinin Sebebi.....	19
1.1.7. Mâlikî Eserlerde İstihsân Kavramı.....	20
1.1.8. Mâlikilerin İstihsânla İlgili Görüşleri.....	21
1.1.8.1. İstihsân'ın Mâlikî Usûlünde Bir Asıl Olduğu Görüşü.....	21
1.1.8.2. İstihsân'ın Mâlikî Usûlünde Bir Asıl Olmadığı Görüşü.....	22
1.1.8.3. Tercih Edilen Görüş ve Bunun Sebepleri.....	23
1.1.8.3.1. Birinci Sebep.....	24
1.1.8.3.2. İkinci Sebep.....	24
1.1.8.3.3. Üçüncü Sebep.....	25
1.1.8.3.4. Dördüncü Sebep.....	26

1.1.8.3.5.	Beşinci Sebep.....	27
1.1.8.3.6.	Altıncı Sebep.....	28
1.1.9.	İstihsânla Bağlantılı Olan Terimler.....	28
1.1.9.1.	Maslahat-ı Mürsele.....	28
1.1.9.2.	İlletin Tahsîsi.....	29
1.1.9.3.	Ruhsat.....	32
1.1.10.	Mâlikî ve Hanefî Mezheplerinde İstihsânın Karşılaştırılması	33
1.2.	İSTİHSÂNIN ÇEŞİTLERİ.....	34
1.2.1.	NassSebebiyle İstihsân.....	35
1.2.1.1.	Kitap.....	35
1.2.1.2.	Sünnet.....	35
1.2.2.	Örf Sebebiyle İstihsân	36
1.2.3.	Maslahat Sebebiyle İstihsân	37
1.2.4.	Medine Ehli'nin İcmâi Sebebiyle İstihsân	40
1.2.5.	Kolaylaştırmak Sebebiyle İstihsân	42
1.2.6.	Sedd-i Zerî'a Sebebiyle İstihsân	43
1.2.7.	Zaruret Sebebiyle İstihsân	44
1.2.8.	Karinenin Dikkate Alınması Sebebiyle İstihsân	48
1.2.9.	Gizli Kıyas Sebebiyle İstihsân	49
1.2.10.	Muhalifin Delilinin Esas Alınması Sebebiyle İstihsân	51
1.3.	İSTİHSÂNIN MAKÂSİD İLE İLİŞKİSİ.....	53
1.3.1.	İstihsânın Türleri Bakımından Makâsıd ile İlişkisi.....	57
1.3.1.1.	İcmâ ile İstihsân Aracılığıyla Makâsıdü'ş-şerî'anın Gerçekleştirilmesi 57	
1.3.1.1.1.	Süre Belirtilmeden Hamama Girilmesi.....	58
1.3.1.1.2.	İstisnâ' Akdi.....	58
1.3.1.2.	Zaruret ile İstihsân Aracılığıyla Makâsıdü'ş-şerî'anın Gerçekleştirilmesi.....	59
1.3.1.2.1.	Kuyulara Necasetin Girmesi.....	59
1.3.1.2.2.	Kâdîlik Şartlarını Taşımayan Kâdînin Verdiği Hüküm	59
1.3.1.2.3.	Düşmanın Müslümanlar Siper Etmesi	60
1.3.1.3.	Gizli Kıyas ile İstihsân Aracılığıyla Makâsıdü'ş-şerî'anın Gerçekleştirilmesi.....	60
1.3.1.4.	Örf ile İstihsân Aracılığıyla Makâsıdü'ş-şerî'anın Gerçekleştirilmesi... 62	

İKİNCİ BÖLÜM	63
EL-MÜDEVVENE'DE İSTİHSÂN UYGULAMALARI	63
2.1. el-Müdevvenetu'l-Kübra	63
2.2. el-Müdevvene'de Geçen Bazı İstihsân Meseleleri	65
2.2.1. Taharet ve İbadetlerle İlgili Meseleler	67
2.2.1.1. Necasetin Girdiği Az Miktardaki Suyla Abdestin Alınmaması	67
2.2.1.2. Adetli Olan Kadın Az Miktarda Kur'an Okuması	68
2.2.1.3. Murdar Hayvanın Derisi Üzerinde Namaz Kılmanın Hükümü	69
2.2.1.4. Namazda Elleri Bağlamak.....	71
2.2.1.5. İmanın Arkasında Tekbir Getirmeyi Unutmak	72
2.2.1.6. Ramazanda Bilincini Kaybeden Kişinin Hükümü	74
2.2.2. Mu'âmelatla İlgili Meseleler.....	76
2.2.2.1. Meyvelerin Satışında Şüf'a Hakkı	76
2.2.2.2. Vakıf ya da Arîye Olan Arazilerdeki Binalarda Şüf'a Hakkı	81
2.2.2.3. Ağırlığı Eksik Olan Bir Paranın Tam Olan Bir Para ile Satışı.....	83
2.2.2.4. Üreticinin (Sâni') Tazminat Ödemesi	84
2.2.2.5. Şehirlinin Bedevinin Malını Satması	85
2.2.2.6. Ölen Kişinin Hayattayken İleriye Dönük Olarak Yaptığı Satışın Öldükten Sonra Yürürlüğe Konulması	87
2.2.2.7. Az Olan Malda Annenin Küçük Çocuğuna Vasiyette Bulunması	88
2.2.3. Aile Hukukuyla İlgili Meseleler.....	90
2.2.3.1. İffetsiz ve Düşük Kadının Velisi Olmadan Evlenmesi	90
2.2.3.2. Boşanan Kadının Kocasına Dönmesi	91
2.2.4. Ceza Hukukuyla İlgili Meseleler	93
2.2.4.1. Yemin ve Şahit ile Kıyasın Uygulanması.....	93
2.2.4.2. Başparmağı Kesmenin Cezasının Beş Deve Olması.....	96
SONUÇ.....	98
BİBLİYOGRAFYA	102

ÖNSÖZ

Bisimillâhirrahmânirrahîm.

Âlemlerin rabbi olan Allah'a hamd, onun kulu ve elçisi olan Hz. Muhammed'e (s.a.s), âline ve ashabına salât ve selâm olsun.

İslam Hukuku Müslüman birey ve toplumun hayatını İslam dinine göre düzenleyebilmesi için hayatın her aşamasında kendisine ihtiyaç duyduğu kurallar bütünü olarak, Müslümanlar ve tüm insanlık için vazgeçilmez bir disiplindir. Toplumun bir üyesi ve Allah karşısında sorumluluğu olan bir kul olarak kişinin günlük hayatında mutlaka bilmesi gereken bilgilerden, çeşitli durum ve hâdiseler karşısında nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda ihtiyacı olan bilgilere kadar her zaman ihtiyaç duyulan İslam hukuku, tüm insanlığa menfaatli olduğu için bilinmelidir.

İslam hukukçuların içtihatlarını incelediğimizde bu içtihatların, insanların maslahatına yönelik olduğunu görmekteyiz. İnsanların yararı için ve onlara kolaylık olsun diye bazı meselerlerde istihsan yapılmıştır. Biz de bu çalışmada *el-Müdevven'e* çervesinde Malikilerde istihsan uygulamalarını inceledik.

Çalışmamız bir giriş ve iki bölümden oluşmaktadır. Girişte çalışmanın konusu, amacı, önemi, yöntemi, bu çalışmada kullanılan kaynaklar ve tez konusuyla ilgili çalışmalar ele alınmıştır.

Birinci bölümde, istihsânın tanımı, hücciyeti, şartları, rükünleri, ortaya çıkış tarihi, Mâlikîlerin istihsânla ilgili görüşleri, istihsânla bağlantılı olan kavramlar ve Mâlikî ile Hanefî mezhebinde istihsânın karşılaştırılması ele alınmıştır.

İkinci bölümde; *el-Müdevvene'de* geçen istihsân uygulamaları, Mâlikî mezhebindeki fıkıh baplarına göre incelenmiştir.

Bu bilimsel çalışmayı hazırlarken her türlü sorun ve sıkıntılarda bana yardımcı olan, bana yol gösteren ve değerli görüşlerini benimle paylaşan değerli hocam Doç. Dr. İsmail BİLGİLİ'ye en içten duygularıyla şükranlarımı arz ederim.

Üzerimde hiçbir zaman ödemeyeceğim emekleri bulunan sevgili anne ve babama; evliliğimizin başından itibaren eğitim hayatımın sıkıntılarını benimle birlikte çeken, lisans çalışmalarım boyunca fedakârlıkta bulunan vefakâr eşime anlayış ve desteklerinden dolayı teşekkürü bir borç biliyorum.

Gayret bizden, muvaffakiyet Allah'tandır.

Cherif SOULEYMANE

Konya-2021

KISALTMALAR

a.y.	: Aynı Yer
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
nşr.	: Neşreden
s.	: Sayfa
sy.	: Sayı
thk	: Tahkik
s.a.s.	: Sallallahu aleyhi ve Sellem
v.d.	: Ve diğerleri

GİRİŞ

İslam dini, huzuru, hoşgörüyü, saygıyı ve sevgiyi öngörür. İslamiyet; özünde bu güzellikleri barındırarak iyiliklerin, saygının ve insan olmanın kapısını sonuna kadar açmıştır. İslamiyeti gönülden benimseyen peygamberler ve onların yolunu takip eden din âlimleri dinin her alanda gelişmesine büyük katkı sağlamışlardır. Çünkü onlar, Hz. Peygamber'den hemen sonraki dönemlerden itibaren hem tebliğ için hem de insanlığı tüm güzeldavranışlara ulaştırmak için paha biçilmez bir çaba sarf etmişlerdir.

Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamber'in Sünneti; fert ve toplum hayatını, inanç, ibadet, ahlâk ve hukuk konularını genel bir yaklaşımla veya özel bir ayrıntıyla kuşatan hükümlerinin kaynağını teşkil eder. Bu iki kaynakta hayatı geçmişiyile ve sonuyla aydınlatacak, ferdi mutluluğa ve sükûnete, toplumu huzur ve güvene kavuşturacak bütün ana prensipleri, açıklama ve yönlendirmeleri bulmak mümkündür. Hz. Peygamber dünya hayatına veda etmeden önce müminlere şu uyarıda bulunmuştur. *“Size iki emanet bırakıyorum ki onlara sıkı sarıldığınız sürece doğru yoldan sapmazsınız: Allah'ın kitabı ve resulünün sünneti”*¹

Kur'an ve Sünnet; fert ve toplumlara takip edecekleri ana çizgiyi, koruyacakları temel değerleri, taşıyacakları mükellefiyet ve sorumlulukları göstermekle veya hatırlatmakla yetinir. Buna dini literatürde, hidayet bir türü olarak yol gösterici hidayet denir. Bu iki kaynakta yer alan hükümleri ve gösterilen hedefleri kavrama, ondan ameli hayata ve tek tek her bir olaya ilişkin sonuç çıkarma tamamıyla Kuran ve sünnet'in muhatabı olan Müslümanlara ait bir sorumluluktur.

Bu sebeple de Hz. Peygamberin vefatından sonra Kur'an ve sünnetten nasıl istifade edileceği ve hangi ölçü ve usullere bağlı kalınarak hüküm çıkarılacağı hususu daima önemini korumuştur. Zaten tarihi süreç itibariyle ortaya çıkan farklı mezhep, ekol, temayül ve anlayışlar da bu zihni ve beşeri çabanın birer örneği mesabesindedir.

İslam toplumlarının geleneği ve hukuk kültürü, çok zengin doktrinler ve tartışmalarla dolu hacimli fıkıh literatürü bu çaba sonucu ulaşılmış bilgileri yansıtır.

¹ İbn Mâce, Menâsik, 84 ; Ebû Dâvûd, Menâsik, 56.

Ayrıca, metinden (nass) hüküm çıkarma metodolojisini konu alan bir ilmin tarihte usul-i fıkıh adıyla ilk defa Müslümanlar tarafından kurulmuş olması da bu sürecin tabii bir sonucudur. Böyle olunca, ameli hayata ilişkin dini hükümlerin asıl kaynağı (delil) Kur'an ve Sünnet olmakla birlikte, bu iki kaynaktaki lafızların anlaşılmasına yönelik akli muhakeme ve yorum metotları da benzeri bir işlev yüklenmektedir.

Fıkıh ve usul-i fıkıh bilgileri sağlıklı bir zihinsel işlemde, araştırılan hususa dair hüküm vermeye ulaştıran veya bir hüküm kanıtlanmasını sağlayan vasıtaya, daha özel ifadeyle araştırılan hususta şer'i-ameli nitelikte hükme ulaştıran vasıtaya delil derler. Delil, içerdiği bilginin kaynağı açısından akli-nakli, ulaştırdığı sonuç hakkında karşı ihtimali ortadan kaldırıp kaldırmaması açısından kat'î-zannî ayrımına tabi tutulmaktadır. Fıkıhta delil genelde, bir hükmün kaynağı (edile-i şer'iyye, edilletü'l-ahkâm) anlamında kullanıldığından, hüküm elde etmeye yarayan metotlar da çoğu zaman delil olarak adlandırılır.

Bu sebeptendir ki, Kur'an ve Sünnet'i anlamayı, naslarla çözümü beklenen olay arasında bağ kurmayı ve naslardan olayı aydınlatacak bir sonuç çıkarmayı hedefleyen akli ve mantıkî metotların aynı zamanda şer'i (dini-hukuki) delil olarak adlandırılması da bu sebeptendir.

Şer'i deliller, üzerinde ittifak edilen ve ihtilaf edilen deliller şeklinde bir ayrıma da tabi tutulmaktadır. Nakli deliller sahibine aidiyeti (sübut) ve bir anlamı ifade etmesi (delâlet) yönüyle kat'î veya zannî olabilmektedir. Meselâ Kitap ve Sünnet bütün olarak alındığında üzerinde ittifak edilen naklî ve katî delil sayılabilirse de herhangi bir ayet veya hadis, belirli bir hükme delâlet yönüyle zannî, akli-mantıkî öncüllere dayanması yönüyle de akli delil olarak nitelendirilebilir. Nitekim Kur'an ve Sünnet ahkâmının şer'iyât-hissiyat veya sem'iyât-akliyyât şeklinde bir ayrıma tâbi tutulması da mümkün olmaktadır. Öte yandan bütün delillerin nakle, akla veya sadece Kur'an'a irca edilmesi de mümkündür.

Bu itibarla delillerin çeşitli adlandırılma ve ayrımında bakış açısına göre değişebilir bir izafiliğin bulunduğu görülür. Bu değişkenlik ve yoruma açıklık dini literatürde bir hüküm şu veya bu delile dayandığı, ayet veya hadisin şu hükme delâlet ettiği şeklinde sıklıkla görülen iddiaları da haliyle yakından ilgilendirmektedir.

Yaygın kabule göre şer'î delillerden Kitap ve Sünnet, icmâ ve kıyas aslî deliller; istihsan, istislah (mesâlih-i mürsele), istishâb, seddi-i zerâyi' gibi deliller de fer'î veya tali deliller grubunda yer alır. Bu asli delillerin bir diğeri adı da “ dört delil”dir (ediletü'l-erba'a). Asli ve fer'î deliller şeklindeki bu tür adlandırma bir bakıma, üzerinde ittifak edilen ve ihtilaf edilen deliller ayrımı olarak da algılanabilir. Hatta Kur'an ve Sünnet'i delil, diğerlerini de bu iki delilden hüküm çıkarma metotları olarak değerlendirmek daha doğrudur.

Şer'î hükümleri asli kaynaklarından istinbât etme yöntemleri arasında en tartışmalı olan hiç şüphesiz istihsandır. İhtilaf noktası; meşruyetinden başlayarak tanımı, dayanağı, hücciyeti ve türleriyle deliller hiyerarşisindeki yeri olmuştur.

A. ARAŞTIRMANIN KONUSU

Bu araştırmamızda Mâlikî mezhebinde istihsân ve istihsân uygulamaları ele alınacaktır. Araştırma konumuz *Müdevvene*'deki istihsan uygulamaları ile sınırlı tutulacaktır. Çalışmamızda istihsan meselesinin Maliki mezhebindeki konumuna değinilecek, mezhep içindeki ihtilaflar *Müdevvene* merkezli incelenecektir. Fıkıh usulü özelinde istihsana ilişkin Maliki mezhebinin usul âlimlerinin görüşlerine örnekleriyle beraber yer verilecektir.

B. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ

İmam Malik'in istihsanı delil olarak kullanması onu diğer âlimlerden ayıran bir nokta olarak ortaya çıkmaktadır. Buna delil ise İmam Malik'in, “istihsan, ilimlerin onda dokuzudur” sözüdür. İstihsâna önem veren ve mezhep içinde bu yöntemi çok kullanan âlimlerin istihsân görüşleri ve uygulamalarının araştırılması alana ve akademik çalışmalara önemli katkılar sağlayacaktır.

Bu çalışmada Mâlikî mezhebi fıkıh literatürün'de önemli bir eser olan *Müdevvene*'de İmam Mâlik'in istihsânla ilgili görüşleri ve uygulamaları incelenecektir. İstihsân yöntemine dayanan İslami hukuku hükümlerinin yaşamın çeşitli yönlerindeki ihtiyaçlara cevap veren geniş bir alan olduğu bilinmektedir. Bu sebeple bu alanda çalışmaların yapılması önem arz etmektedir. Ayrıca bu alanda çalışmayı yapacak olan

kişinin Maliki mezhebine mensup bir ülkeden ve bu mezhebe mensup olması ve Maliki mezhebinde herhangi bir usul görüşlerine göre çalışma yapması daha verimli sonuçların elde edilmesine sağlama yönünde önem arz etmektedir.

C. ARAŞTIRMANIN AMACI

Bu araştırmanın birkaç amacı vardır. Birincisi: Maliki mezhebinin İslam dünyasında büyük mezhep olarak değerlendirilmesi, özellikle fıkıh usulü alanda Maliki mezhebi usulündeki görüşlerin delilleri, *el-Müdevvene*'de istihsana ilişkin fıkıh meselelerine delilleri incelenip değerlendirme amaçlanmaktadır.

İkincisi: Bu çalışmada temellenmdirmelive uygulamalı istihsan bir araya getirilecektir. Öncelikle istihsanın geçerliliği ve Malikilerde bir asıl olduğu ispatlanacaktır. Ondan sonra İmam Malik'in istihsân ile ilgili görüşü ve mezhepteki istihsan meseleleri tespti edilmeye çalışılacaktır.

Üçüncüsü: İmam Malik'in mezhebinde istihsan mesleleri incelenirken furû'un usule tahriç etme şekilleri gösterilmeye çalışılacaktır. Aynı şekilde Maliki ve diğer mezheptekiâlimlerin içtihatlarında, fetvalarında kaynaksız bilgiler söylemediği, bilakis âlimlerin ahkâm konusunda sahih delillere dayanarak içtihat yaptıkları ortaya konmaya çalışılacaktır.

Son olarak bu çalışmanın amacı İslam'ın tutucu ve bu zamana uygun olmadığını iddia edenlere karşı fikhî meselelerin güzelliğini göstermek ve İslam'ın insan hayatını nasıl kolaylaştırdığı ve zorlukları insanın yaşantısından nasıl kaldırdığı ispat etmektir.

D. ARAŞTIRMANIN YÖNTEMİ

Bu çalışmada meseleleri herkesin anlayacağı şekilde kolay bir üslupla şekillendireceğiz. İmam Malik'in *Müdevvene* eserinde söylediği sözleri delil kullanacağız. İmam Malik'in sözlerini bulamasak da Maliki Mezhebinin köklü âlimlerinin sözlerini delil getireceğiz.

Bu yöntemle İstihsan ve türleriyle alakalı gelecek meselelerde İstihsan ve türlerini açıklayacağız. Yine bu yöntemle diğer âlimlerin de görüşlerini karşılaştırarak Maliki

Mezhebine en yakın olan görüşü ifade etmeye çalışacağız. Bu arada diğer üç mezhebin görüşlerine de kısaca değineceğiz.

Bu çalışmada istikra (tümevarım), istintaç (çıkarsama) ve tahlil yöntemi takip edilerek *Müdevvene*'deki fikhın fûrua ait meseleleri incelenecektir. Aynı şekilde usul meseleleri tespit edilip analiz edilerek İmam Malik'in görüşlerine vurgu yapılacaktır.

Son olarak çalışmada fikh meslelerinde sahih hadis kitaplardan istihsana daire zikredilen sahih hadisler incelenecektir. Ayrıca bu çalışmadaMalikilerin istihsan hakkında dayandıkları ana kaynaklarına müracaat edip, konuyla ilgili diğer fikh mezheplerin kaynakları ortaya konmaya çalışılacaktır.

E. ÇALIŞMADA KULLANILAN KAYNAKLAR

Araştırmamızda, *Müdevvenetu'l-Kübra*'yı tanıtmak üzere Ali Hakan'ın hazırladığı *el-Müdevvenetu'l-Kübra* adlı DİA maddesi, Eyüp Said Kaya'nın "*Mâlikî Mezhebi*" adlı DİA maddesinden istifade edilmiştir. Ali Pekcan'ın "*Meâhizü'ş-Şerâi'i*" adlı makalesi ile İbn Ferhûn'un, "*Tebisiretü'l-hükkâm fî usûli'l-akdiye ve menâhici'l-ahkâm*" ve İbn Sirâc'ın "*el-Hilâ'l-küdsiye fî ahbari'l-Tunûsiye*" eserlerinden faydalanılmıştır.

Malikilerde istihsanın teorik boyutunu ele alırken mezhep içinde otorite olarak kabul edilen ve eserleri daha anlaşılır bulduğumuz üç ismi ve eserleri temel alındı. Bunlar; Ebu'l Velid el-Bâcî'nin (ö.474/1081) "*İhkâmu'l-Fusul Fî Ahkâmul Usul*" adlı eseri ve Şâtibi'nin "*el-Muvafakat Fî-Usuli'l Şeriat*" ile Subki'nin "*e-Simâru'l-Yâ'ni-i ala Cami'il Cav-vâmi-i*" adlı eseridir. Ayrıca Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi'den yararlanılmıştır.

Konumuzda kullanılmış meseleleri daha anlaşılır hale getirmek üzere İbn Âbidinin *Reddu'l-muhtâr* adlı eseri ve Ali b. Habib'in *Muzakeretün fî usuli'l-fikhi'l Mâlikî*" ile Halil b. İshâk'a ait *Muhtasar şeyh Kalil*" ve İbn Rüşd el-Hafid'e ait *Bidayetu'l muctehid ve nihayetu'l muktesid*" adlı eserinin mukaddimesinden faydalanılmıştır.

F. KONUYLA İLGİLİ ÇALIŞMALAR

Konu ile ilgilil olarak daha önce yapılp da çalışmamızda yararlı olan çalışmalar şunlardır: Numan Cığaym'ın "*el-istihsan inde'l-malikiyye*" ve İsa Abdullah el-Humeydi'nin "*Nazariyetü'l-istihsan indel'-malikiyye*" adlı makalesi(2005). Bir diğer kaynak ise

Abdulganî el-Mağribî'nin "Eseru'l-istihsan fi'l-fıkhı'l-müâsir" adlı çalışmasıdır (2009). Muharrem Önder'in "*İstihsan kıyramının Ortaya Çıkışı*" ve Mesud Sabrı'nın "*Hüciyyetü'l-istihsan inde'l-imam Malik*" isimli kitap çalışmalarıdır. Bir diğer çalışma ise İbn Teymiyye'nin (ö. 728/1328), "Kâidetü'l-istihsan" adlı eseridir.

Tez önerisinde bulunduğumuz ve tez çalışmamıza başladığımız tarihte (2020) konu ile ilgili herhangi bir yüksek lisans ve doktora tezi mevcut değildi. Ancak konumuza yakın tarzda lisanüstüsü tezler yapılmıştır. Bunlar: Mensûr Mığdâdın "*el-istihsan Hakikatuhu ve Tetbikâtuhu inde Şâfiyye*" yüksek lisans tezi (2009) ve Fadıga Musa'nın "*Usulü'l-imam Malik ve adilet-Tuhu'l akliyye*" isimli doktora tezidir (2009) ve Abdurrahman eş-Şe'elânın "*Usul fıkhı imam Maliki ve adilet-Tuhu en-Nakliyye*" doktora tezidir (2012). Bunlar sadece Maliki usulünde naklî ve aklî delillerini incelemişlerdir. Biz ise Malikilerin nakli delillerine dayanıp o aklî delillerinden istihsan meselesini ortaya koyarak el-Müdevvene çerçevesinde istihsan uygulamalarına yer verdik ve değerlendirmeye gayret ettik.

BİRİNCİ BÖLÜM

MALİKİLERDE İSTİHSÂN VE TÜRLERİ

1. 1. İSTİHSÂN

Bu başlık altında İmam Malik'in mezhebindeki usul âlimlerince yazılan kitaplarda İstihsân konusunun nasıl ele alındığını incelemeye çalışacağız. Ama bu konuya başlamadan önce İslam hukukundaki şer'i delillerden ihtilaf edilen delillere ilişkin kısa bir bilgi vereceğiz.

Usulcülere göre delilin iki anlamı vardır. Biri genel diğeri özel anlamdadır. Genel anlamda delil şudur: Sahih bir şekilde kendisine bakılığında haberi bir matluba ulaştırabilendir. Bu anlamda delil kat'î ve zannî olan delili kapsamaktadır. Özel anlamda delil ise şudur: Sahih bir şekilde kendisine bakıldığında haberi bir matlubun öğrenilmesini sağlayandır. Bu anlamda delil burhan denilen kat'î delile özgüdür.² İbn Arabî (ö.638/1240) bu konuda şunu söylemiştir: Delil sahih bir şekilde kendisine bakıldığında medlûle ulaştırandır. Delil kitap, sünnet, istishâb ve kıyas ile olur. Delili tazammün (içeren) eden ise icmâ, sahâbe kavli, maslahat-ı mürsele, istihsân, örf ve sedd-i zerî'a ile olur.³

Fıkıh usulünün konusu olan şer'i delil için kaynaklarda sem'i delil, vaz'i delil, nakli delil, lâfzî delil tabirleri de kullanılmıştır. Şer'i delillerin en meşhur ayırımından biri sem'i-akli veya nakli-akli ayırımıdır. Şer'i delile, Hz. Peygamber'den işitilmiş olmasından dolayı sem'i delil denildiği gibi; nakli yoluyla bize ulaşmasından dolayı da nakli delil denilmiştir.⁴

Akli delil ise; istidlal yöntemleri kullanmak ve akıl yürütmek suretiyle oluşmasında müçtehidin katkısının bulunduğu delildir. İstihsan, istislah, istishab, seddi-i zerî'a gibi deliller bu grupta değerlendirilmiştir.⁵

Şeri deliller, hücciyeti konusunda ittifak edilen "müttefekun aleyh " deliller ve hücciyeti konusunda ihtilafın söz konusu olduğu "muhtelefun fih" deliller olmak üzere ikili taksime tabi tutulur. Bu taksimde istihsan, üzerinde ihtilafın söz konusu olduğu deliller

² İbn Cüzey, *Takrîbü'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl*, I, 69

³ İbn Arabî, *el-Mahsûl*, I, 21.

⁴ Şinkiti, *Muzekeretu Usuli'l Fikih*, s.249-266

⁵ Şinkiti, *Muzekeretu Usuli'l Fikih*, s.249-266

bölümünde yer alır. Zira üç sünni fıkıh mezhebi istihsan hücciyetini ittifakla kabul etmekle birlikte Şafi'i (ö. 204/820) ve zahiriler istihsanin hücciyetini kabul etmez.⁶

1.1.1. İstihsânın Tanımı

İstihsan sözlükte, kişinin bir şeyi güzel bulması ve iyi saymasıdır.⁷ İstihsân neticesi kişinin istihsan ettiği şeyin gerçeğine bakmadan, o şeyi güzel olduğunu kalbinden inanmasıdır. İbn Manzur (ö. 711/1311) bu kavramla ilgili olarak şunu söyler: İstihsan her şeyin güzelliğidir. Hüsün kelimesinden türemiştir. Bir kişinin eğilimine ve sevdiği her şeye denir. Bu şey duyusal veya manevi olabilir.⁸

İstihsan genel anlamda, umumî kaidelerle ilgilidir ve müctehid özel durumla alakalı daha kuvvetli başka bir delile dayanarak, onu genel kurala ait hükmün kapsamından çıkarır.⁹

Bunu yaparken müctehidin dayanağı zaruret, maslahat, örf ve icmâ olabildiği gibi Kur'an ve sünnet nasları da olabilmektedir. Bu delil Kur'an ve sünnet olduğunda, esas itibarıyla özel duruma istisnai yeni hükmü veren (istihsân yapan), Şâri' olmuş ve istihsân, Şâri'in vazetmesi ile meşruiyet kazanmış olur.¹⁰

Daha açık tanımı ise, İstihsan : “güzellik, rağbet edilen ve sevilen şey” anlamındaki hüsn kelimesinden türeyen istihsan “ bir şeyi iyi ve güzel bulmak” manasına gelir. Fıkıh usulünde müctehidin bir meselede icmâ, zaruret, örf, maslahat, gizli kıyas gibi özel ve daha kuvvetli görünen bir delile dayanarak o meselenin benzerlerinde izlenen genel kuraldan ve ilk hatıra gelen çözümden vazgeçmesi ve hukukun amacına daha uygun bulduğu başka bir hüküm vermesi şeklinde özetlenebilen yöntemin adıdır. Fıkıh usulünde genel adlandırma ile hükmün dini-hukukî dayanağı anlamındaki şer'i deliller, daha teknik bir tanımla şer'i bir hükme ulaşmada izlenen yöntemler veya kaynaklardan hüküm çıkarma metotları arasında yer alan istihsan taşıdığı ana fikir ve gözettiği amaç yönüyle hiçbir İslam hukukçusuna yabancı olmasa da adlandırma, tanım, tür ve işlev açısından belki de üzerinde

⁶ İbn Arabî, *el-Mahsul*, I,21

⁷ El-Cevheri, *es-Sihah*, V,209; İbn Manzur, *Lisanu'l Arab*, 13/117.

⁸ İbn Manzur, *Lisanu'l Arab*, XIII, 119.

⁹ Hamavî, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 123.

¹⁰ Hamavî, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, s. 123.

en çok tartışmanın cereyan ettiği bir delil olmuştur, Bunun için de ilk dönemlerden itibaren literatür’de istihsân konusunda usulcülerin ve fıkıh ekollerinin farklı bakış açılarını yansıtan zengin bir bilgi birikimine rastlanır.¹¹

Maliki fakihlerinin bakışları da önemlidir. Bunlardan Şâtibi,(ö. 790/1388), İmam Malik’in istihsan anlayışını “külli kıyas karşısında cüz’î maslahatın alınması” şeklinde özetledikten sonra Ebu Bekir ibn Arabî’nin (ö. 638/1240), istihsan “örf maslahat, icmâ ya da kolaylık sağlama sebebiyle delilin gerektirdiğini terk etmek, iki delilen kuvvetli olanla amel etmek”, İbn Rüşd’ün (ö. 520/1126), “ aşırılığa yol açan kıyası atıp istisnai olarak o konuda hükme müessir bir manaya yönelmek” şeklinde tanımladığını belirtir. Kendisi de istihsânı mürsel maslahatla istidlalin kıyasa takdim edilmesi olarak görür ve istihsânı mezhep usulüyle temellendirmeye çalışır.¹²

1.1.2. İstihsânın Hücciyeti

Mâlikî, Hanefî ve Hanbelîlerin çoğu istihsânı kabul etmektedirler. Usul âlimleri İmam Şâfiî’nin istihsâna karşı çıktığını nakletmişlerdir.¹³ İmam Şâfiî’nin(ö. 204/820)kendi eserlerinde istihsânı çirkin ve kabîh görmesi ve onun delil oluşunu iptal etmesi onun istihsânı inkâr ettiğini göstermektedir. Fakat cumhur ve İmam Şâfiî arasındaki bu tartışmanın asıl gerçeğinin ne olduğu, cumhurun kabul ettiği istihsân gerçeği ile İmam Şâfiî’nin karşı çıktığı istihsân gerçeğinin ne olduğu sorusu akla gelmektedir.¹⁴ Bu soruya cevap vermeden önce istihsândan birçok anlamın kast edildiği ve nihayetinde bu anlamların iki temel anlama dayandığına dikkat çekmekte yarar vardır.

Birinci anlam: Sahih olup en güçlü delil ile amel etmek ya da daha güçlü bir gerekçeden dolayı bir meselenin benzer hükmünden vazgeçip başka bir hükmü kabul etmektir.

¹¹ Bardakoğlu, İstihsan, *DİA*, XXIII-339-347.

¹² Şâtibi, *el-Muvâfakât*, IV, 206-211.

¹³ Âmidî, *el-İhkâm fî usûli’l-ahkâm*, IV, 209.

¹⁴ Şâmî, *Ârâü’l-İmâmi’l-Mâlik el-usûliyye*, s. 271.

İkinci anlam: Batıl olup müctehidin muteber hiçbir şer'î delile dayanmadan sırf akıyla bir hükmü hoş görmesidir.¹⁵

Böylece âlimlerin istihsân ile ilgili görüşlerini ve onun hücciyetiyle ilgili tartışmalarını inceleyen kimse kabul edilen istihsân ile karşı çıkılan istihsânın birbirinden farklı olduğunu görür. İstihsânı kabul eden âlimler, sahih olan birinci anlamı kastetmektedirler. Ona karşı çıkan ve onu çirkin olarak gören âlimler ise istihsânın geçersiz olan anlamını kastetmektedirler. Böylece istihsân konusunda gerçek anlamda bir tartışma olmadığı, aslında tartışmanın lâfzî bir tartışma olduğu görülmektedir. Muhakkiklerden bir grubun bu konuda dediği de bunu desteklemektedir. Nitekim İbnü's-Sem'ânî (ö. 562/1166) bu konuda şöyle söylemiştir: “Eğer istihsân, delilsiz bir şekilde kişinin hoş gördüğü ve arzuladığı şeyi söylemek ise bu batıldır. Bunu hiç kimse söylememektedir. Eğer istihsân bir delilin mücebinden (gerektirdiği) vazgeçip bu delilden daha güçlü bir delilin mücebine (gerektirdiği) tutunmak ise bunu kimse inkâr etmemektedir.”¹⁶

Bu meseleyi özetleyen İsnevî (ö. 772/1330), bu konuda şunu söylemiştir: “Doğrusu Malikî olan İbnü'l-Hâcib ve Âmidî'nin söyledikleridir ki onların söyledikleri şey; ihtilaflı olan bir istihsânın bulunmadığıdır.”¹⁷

İmam Şâfî (ö. 204/820) 'den istihsânı inkâr ettiğinin nakledilmesi konusu ise daha önce ifade ettiğimiz gibi sırf akıl ve hevâ ile istihsânda bulunmaya hamledilir. Onun inkâr ettiği istihsânın bu olduğunu şu sözü teyit etmektedir: “Yüce Allah, Rasûlullah'tan (s.a.s.) sonra hiç kimseye daha önceki bir bilgi dayanağına dayanmadan bir şeyi söylemesine izin vermemiştir. O bilgi dayanağı da Kitap, Sünnet, icmâ, âsâr ve bunlara yapılan kıyastır.”¹⁸

Şâtîbî (ö. 790/1388), istihsânın tanımını yaptıktan sonra şunu söylemiştir: “İmam Mâlik ve İmam Ebû Hanîfe'den aktarılan istihsânın anlamı buyusa bu istihsân kesinlikle delillerin dışına çıkmak değildir. Çünkü bu tür istihsânda Kur'an ve Sünnet delillerinde

¹⁵ Cizânî, *Ma'âlimü'l-usûli'l-fikh*, s. 236.

¹⁶ Sem'ânî, *Kavâti'ü'l-edille fi'l-usûl*, II, 268.

¹⁷ İbn Hâcib, *Raf'u'l-hâcib an Muhtasari İbni'l-Hâcib*, IV, 520; İsnevî, *Nihâyetü's-sûl*, IV, 402; Âmidî, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, IV, 211-213.

¹⁸ Şâmî, *Arâü'l-İmâm Mâlik el-Usûliyye*, s. 272.

olduğu gibi deliller birbirlerini takyit etmekte ve bazıları bazılarını tahsis etmektedir. Şâfiî bu tür istihsânı kesinlikle reddetmemektedir."¹⁹

1.1.3. İstihsânın Şartları

Mâlikî mezhepteki usulcüler ve onların dışındaki diğerâlimlere göre, müctehidin istihsân deliline dayanarak ulaştığı şer'î hükümde bulunması gereken birtakım şartlar koymuşlardır. Bu şartların en önemlileri şunlardır:

1. Bir meselede istihsân ile elde edilen görüşün şer'î bir delile dayanması gerekmektedir. Ahmed el-Mukrî et-Tilimsânî (ö. 758/1631), bu konuda şunu ifade etmiştir: *"Müctehidin yapması gereken şey Kitap ve Sünnet ile meşgul olması, onları anlaması ve onlardan kast edilenle ilgilenmesidir. Eğer yeni bir mesele (nevâzil) gelirse müctehid bunu naslara arz eder. Eğer o bu meselenin hükmünü naslarda bulursa bununla yetinir. Eğer bunun hükmünü naslarda bulamazsa bu naslara dayanan usul kurallarıyla o meselenin hükmünü bulmaya çalışır. Şöyle de söylenmiştir: Eğer yeni bir mesele ortaya çıkarsa bununla ilgili müctehitler fetvalar vermektedir. Bilinmektedir ki yeni meselede ictihad ederken yapılacak ilk şey özellikle o meseledeki şer'î hükmü ifade eden şer'î deliller varsa bu meseleyi o delillere dayandırmaktır. Bu durumda meseleyi inceleyen müctehid bu delillerin dışına çıkamaz. Fakat müctehido meselenin hükmünü delillerde bulamazsa bu durumda genel deliller, şer'î kurallar ve mer'î (itibar edilen) makâsıttan yararlanır. Müctehidin istihsân deliline dayanarak ulaştığı hükmün Kitap ve Sünnet naslarına dayanması gerekmektedir.*"²⁰

2. İstihsân deliline dayanan hükmün şer'î atın maksatlarıyla uyumlu olması gerekmektedir. İbn Kayyim (ö. 751/1350), bu konuda şöyle demiştir: *"Şer'î atın temeli ve esası hikmetler ile kulların hem bu dünyadaki hem de ahiretteki maslahatları üzerine kurulmuştur. Şer'î atın tümü adalet, rahmet, maslahat ve hikmettir. Adalet, rahmet, maslahat ve hikmetin dışına çıkan herhangi bir konu, tevil edilerek şer'î atın içine dâhil edilse dahi şer'î attan değildir.*"²¹ Gazzâlî (ö. 505/1111), de makâsıt konusunda şunu ifade etmiştir: *"Şâri'in makâsıdı beştir. Bunlar da insanların dinlerini, canlarını, akıllarını, nesillerini ve*

¹⁹ Şâtibî, *el-İ'tisâm*, II, 139.

²⁰ Mukrî, *el-Kavâid li'l-Mukrî*, II, 467.

²¹ İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-müvakkı'in an Rabbi'l-âlemîn*, III, 14.

*mallarını korumaktır. Bu beş aslın korumasını güvenceye alan şey maslahat olup iyidir. Bu beş aslı ihmal eden şey mefsedet olup bunun defedilmesi maslahattır.*²²

Müctehidin yeni meselelerde istihsâna dayalı olarak verdiği hüküm şerîatin maksatlarıyla uyumlu olması gerekmektedir. Bu hükmün, Yüce Allah'ın gayesiyle çelişmemesi gerekir. Şerîatin maksatları zaruri maksatlar olup din, can, nesil, ırz, akıl ve malı korumaktır. İstihsânın desteklediği hüküm şerîatin maksatlarıyla çelişirse bu hüküm hevâ ve arzuya dayalı bir hüküm olur. Orucunüretim merkezlerindeki üretimi azalttığı gerekçesiyle daha fazla üretim yapmak için oruç tutmayı serbest kılmakve daha fazla kar elde etmek için içki satışına cevaz vermek buna örnek gösterilebilir. Bu hükmü veren kimse bunu bir ekonomik maslahat olarak görmektedir. Fakat o bu hükmün din ve canı korumalarıyla çeliştiğinden haberi yoktur. Hâlbuki bu iki bunarlın korunması, şerîatin temel maksatlarından sayılmaktadır.

3. İstihsân deliline dayanan hükmün şerîatin kuralları, delalet ve sübutu kat'î olan Kur'an ve mütevâtir sünnetin nasları, akait meseleleri gibi dinde zorunlu olarak bilinen konular, ibadetler, değerler ve doğruluk ile emanet gibi ana faziletlerle çelişmemesi gerekmektedir.²³

Maslahat içtihadının alanı, değişen ve yenilenebilen hükümler çerçevesinde yeniliği kabul eder. Bu durumda şerîatin maksadının gerçekleşmesi şarttır. Maslahat ichtihadının alanına girmeyen ibadetler ve kefaretlerde olduğu gibi nas ve icmâ ile sabit olan hükümlerasırlar boyu sabit kalır ve zamanın değişmesi ya da insanın maslahatı gibi herhangi bir gerekçeyle değiştirilemez. Şerîatin bütün alanındaki hükümlerin maslahat ve hikmetleri anlaşılabilir. Bunlarda insanların yararına olan şeyler vardır ve bunlar insanların maslahatlarını gerçekleştirmektedir. Bu hükümler insanları karanlıklardan nura, cahiliyenin rezilliklerinden İslam'ın güzelliklerine, kötü durumdan yararlı hükümlere çıkarmak için konulmuştur. İslam hukuku âlimleri; delilleri ve hükümleri araştırarak bunları açıklamışlardır.²⁴

²² Gazzâlî, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl*, I, 416-417.

²³ İbn Kayyim, *İ'lâmü'l-müvakkı'in*, II, 260.

²⁴ Ahmed er-Rebâbi'a, *el-İctihâdü'l-maslahî ve eseruhu fî ba'di'l-kadâye'l-fikhiyye el-mu'âsara*, Birleşik Arap Emirlikler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 33/1 (Haziran 2008), 38-40.

4. Dayanağı istihsân olan hükümde, racih olan ve mefsedeti defeden bir maslahat olması gerekir. Nitekim şerîat, bütün hükümlerinde maslahatların gözetilmesi ve mefsedetlerin kullardan uzaklaştırılmasını istemektedir. Zira Yüce Allah şöyle buyurmaktadır: “Allah uğrunda, hakkını vererek cihad edin. O, sizi seçti; din hususunda üzerinize hiçbir zorluk yükledi; babanız İbrahim’in dininde (de böyleydi). Peygamberin size şahit olması, sizin de insanlara şahit olmanız için, onun gerek daha önce (gelmiş kitaplarda), gerekse bunda (Kur’an’da) size «müslümanlar» adını verdi. Öyle ise namazı kılın; zekâtı verin ve Allah’a sınıksız sarılın. O, sizin mevlânızdır. Ne güzel mevlâdır, ne güzel yardımcıdır!”²⁵ Şerîat Yüce Allah’ın kulları arasında bir adaleti, mahlûkatı arasında bir rahmeti, yeryüzünde onun gölgesi, onun ve Rasûlullah’ın doğruluğunu gösteren en mükemmel ve doğru hikmetidir.²⁶

Gazzâlî (ö. 505/1111), bu konuda şöyle demiştir: “Şâri‘ maslahatın celbini, onun tercih edilmesini, mefsedetin def edilmesini ve onun takdim edilmemesini talep etmektedir. Maslahat aslında menfaati celp etmek ya da zararı defetmektir. Fakat biz ondan bu anlamı kast etmiyoruz. Nitekim menfaati celp etmek ya da zararı defetmek halkın maksatlarındandır. Halkın maslahatı onların maksatlarının elde edilmesindedir. Fakat biz maslahattan şer‘in maksadını korumayı kastediyoruz.”²⁷

1.1.4. İstihsânın Rükünleri

Fakihler, rüknü ibadetlerin vehukuki işlemlerin temel gereklerini ifade eden bir terim olarak kullanmada ortak bir tavra sahip olmakla birlikte her bir ibadette veya hukuki işlemde rüknün ne olduğu konusunda farklı görüşlere sahiptirler.

Mâlikîler başta olmak üzere mezheplere göre istihsân kavramını ve onun şartlarını açıkladıktan sonra şimdi onun rükünlerini ele alacağız. İstihsânın rükünleri; aslî delil, istihsân edilen delil ve istihsân menâtı olmak üzere üç tanedir.

²⁵ Hac: 22/78.

²⁶ İbn Kayyim, *İ‘lâmü’l-müvakkı‘în*, III, 14-15; İbn Âşûr, *Makâsîdü’ş-Şerî‘a*, s. 70.

²⁷ Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, 287.

1.1.4.1. Aslî Delil

Mâlîkî mezhebine göre aslî delil; kendisinden vazgeçilen ve istihsâna konu olan meselenin kendisinden ayrı tutulduğu âmm delildir. Bu delil lafzî olarak ya da kıyas olarak âmm olabilir. Zira müte‘addi (geçişli) kıyas gereği illet bulunursa ya da âmm anlamıyla kıyasın kapsadığı külli kurallardan biri varsa kıyas âmm olur.²⁸

Maliki mezhebinde aslî delilin bu olduğuna dair delillerden biri mezhep âlimlerinin ve muhakkiklerinin ifadeleridir. Örneğin İbn Arabî (ö. 638/1240), istihsânı şöyle tanımlamaktadır: “*Bize ve Hanefilere göre istihsân en güçlü delil ile amel etmektir*” İbn Arabî, daha sonra şöyle demiştir: “*Umûm devam ederse ve kıyas muttarid (genel geçer) ise İmam Malik ve İmam Ebû Hanife’ye göre zahir veya mana delillerinden herhangi bir delil ile umûm tahsis edilir. İmam Malik umûmun maslahat ile tahsis edilmesini hoş görmektedir.*” İbn Arabîye göre imam Malik’in istihsânında udûl edilen (vazgeçilen) aslî delilin lafzî bir kıyas olması şart değildir. Bilakis bu delil, lafız umûmunu da kapsamaktadır.²⁹

İbn Arabî’nin (ö. 638/1240) bu görüşü *el-Mahsûl* adlı eserinde de ele almıştır. O, Malikilere göre istihsânın kısımlarını örnekleriyle birlikte zikrettikten sonra şöyle söylemektedir: “*Bunlar benzer istihsân türlerinin örnekleridir. Her bir konu ilgili yerde açıklandı. Böylelikle İmam Malik ve ashabının “أستحسن كذا” (Böyle istihsânda bulunurum) sözünün anlamının şöyle olduğu anlamış oldun: ‘Delilin bazı gereklerinde muarızın bulunması sebebiyle istisna ya da ruhsat yoluyla delilin gereğini terk etmeyi tercih ediyorum’*”. İmam Malik’in terk etmeyi tercih ettiği delil genel bir delildir. Bu sadece kıyas ile sınırlı değildir. İbn Arabî’nin verdiği örnekler de bunu göstermektedir. Zira aslî delillerin tümünde kıyas yoktur. Fakat istihsânda terk edilen delilin kıyas olduğunu düşünmeye sebep olan şey birçok Malîkî âlimin vazgeçilen delilin kıyas olduğunu söylemesidir. Böyle söyleyenlerden biri de el-Ebyârî’dir (ö. 1305/1888). Nitekim o *Şerhu’l-Burhân* adlı eserinde şöyle söylemektedir: “*İmam Malik’in istihsânla ilgili görüşünden*

²⁸ Hâtim Bâý, *el-Usûlü’l-İctihâdiyyetü’l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü’l-Mâlîkî*, Mecelleletü’l-Küveytiye, C.1,S.20, (Nisan 2011) 277-280.

²⁹ Hâtim Bâý, *el-Usûlü’l-İctihâdiyyetü’l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü’l-Mâlîkî*, Mecelleletü’l-Küveytiye, C.1,S.20, (Nisan 2011) 277-280.

*anlaşılan o ki istihsân külli bir kıyasa karşılık cüz'î bir maslahatı kullanmaktır. Bu da maslahat-ı mürele istidlâlını kıyasa öncelemektir”.*³⁰

Şâtıbî (ö. 790/1388), de bu tanımı benimsemiştir. Zira o Maliki mezhebine göre istihsânı şöyle tanımlamıştır: “*İstihsân külli bir delile karşılık cüz'î bir maslahata tutunmaktır.*”³¹

Özetle söyleyecek olursak Ebyârî ve Şâtıbî’den nakledildiğine göre istihsânda bulunurken vazgeçilen asli delil külli kıyastır. Fakat Şâtıbî’nin ifadelerine bakıldığında onun söylemlerinde birbirinden farklı şeyler söylediği görülmektedir. *el-Müvâfakât* üzerine haşiye yazan Abdullah Dirâz buna değinerek şöyle demiştir: “*Genel olarak düşünüldüğünde Şâtıbî’nin bazen istihsânın maslahat-ı mürele istidlâlını kıyasa öncelemek olduğunu bazen de istihsânın öncelendiği delilin genel olduğunu söylediği görülmektedir. Onun istihsânla ilgili söyledikleri baştan sona incelendiğinde böyle söylediği anlaşılmaktadır.*”³²

Şâtıbî, bazı yerlerde istihsân yaparken terk edilen asli delili kıyas olarak kabul etmekte, bazı yerlerde de bunu kıyas ile sınırlamayıp genel bir delil olarak kabul etmektedir. Örneğin o İbn Arabî’nin (ö. 638/1240), yukarıda geçen her iki istihsân tanımını nakletmiştir. Bu iki tanımda da terk edilen delili kıyas ile sınırlı kılmamıştır. Bir tanımda terk edilen delili genel kabul etmiştir. Diğer tanımda ise bu delili lafız umûmu ve kıyas ile sınırlı kılmıştır. Şâtıbî, İbn Arabî’nin *el-Mahsûl* ve *Ahkâmü’l-Kur’an*’da söylediklerini açıklarken şöyle demiştir: “*İbn Arabî’nin dediği şey, âmm delil ve âmm kıyasın gereklerine bağlı kalmadan hükümlerin gayelerine bakmaktır. Maliki mezhebinde bu türden olanlar çoktur.*”³³ Şâtıbî, İbn Arabî’nin “*âmm delil ve kıyasın gereğiyle sınırlı kalmadan...*” şeklinde söylediklerine katılmış ve İbn Arabî’nin bu söylediklerini savunmuştur.

³⁰ Kayravânî, *et-Tevdih şerhu’t-Tenkîh*, II, 410.

³¹ Şâtıbî, *el-Müvâfakât*, I, 39-40.

³² İbn Arabî, *el-Mahsûl*, s. 132.

³³ Şâtıbî, *el-Müvâfakât*, IV, 210.

Şâtıbî, (ö. 790/1388), istihsân deliline dayalı furû meselelerini aktardıktan sonra şöyle söylemiştir: “İstihsânın gerçeği, maslahatları elde etme ve mefsedetleri def etmesindeki gayeye itibar etmektir. Genel delil ise buna engeldir. Çünkü eğer genel delili alırsak istihsân delilinin gerektirdiği maslahat ortadan kalkacaktır. Bu sebeple bu gayenin sonuna kadar riayet edilmesi gerekmektedir.”³⁴

İslam hukukunda istihsân yöntemine dayalı meselelerin çoğu, söz konusu hükmü gerektirmeyen genel delilden bir istisnadır ki daha önce geçtiği gibi Şâtıbî böyle söylemişti. Bu anlatılanlar, terk edilen asli delilin gerek lafzî bir umum olsun gerekse külli bir kıyas olsun genel anlamda bir delil olduğunu ispat etmek için yeterlidir.³⁵

Asli delilin sadece kıyas olduğu şeklinde Ebyârî’den yapılan nakle şöyle cevap verilir: Kıyasın terk edilip maslahat-ı mürselenin alınması Maliki mezhebindeki istihsân türlerinden biridir. Malikilerin istihsânı genelde bu türden ve bu şekilde olmaktadır.

Lafız umûmunun terk edilip maslahat-ı mürsele istidlalinin alınması her ne kadar Maliki mezhebinde bulunsa da bu istihsân türü birincisine göre çok değildir. Bu sebeple Ebyârî ve diğerlerinin ifadelerinin zahirinden Malikilerin istihsân anlayışının birinci tür istihsân ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Fakat durum böyle değildir. Bu her iki istihsân türü de Maliki mezhebinde bulunmaktadır. İstihsânı kıyası terk edip maslahat-ı mürseleyi alma şeklinde tanımlayan bu âlimler aslında Malikilerin ifadelerinde yaygın olan ve tanımlarında geçen istihsân gerçeğini açıklamak istemişlerdir. Yoksa amaçları Maliki mezhebinde istihsânın sadece bu şekilde olduğunu söylemek değildir.³⁶

1.1.4.2. İstihsân Sebebi Olan Delil

İstihsân sebebi olan delil, şer‘i delillerden biridir. İstihsânda bir delilin terk edilmesinin anlamı, delilsizlik değil, bir delili terk edip başka bir delile tutunmaktır. Zira bir delili terk etmeyi gerektiren daha racih bir delil olmadığı sürece delilden vazgeçilmez. İbn

³⁴ Şâtıbî, *el-Müvâfakât*, IV, 207.

³⁵ Hâtim Bâ, *el-Usûlü’l-İctihâdiyyetü’l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü’l-Mâlikî*, Mecellelletü’l-Küveytiye, C.1,S.20, (Nisan 2011) 280.

³⁶ Hâtim Bâ, *el-Usûlü’l-İctihâdiyyetü’l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü’l-Mâlikî*, Mecellelletü’l-Küveytiye, C.1,S.20, (Nisan 2011) 280.

Rüşd (ö. 520/1126), bu konuda şöyle söylemiştir: “*Bazı yerlerde hükümde etkisi olmayan bir anlam için istihsân yaparak kıyasın gereğini terk etmek icmâ ile caiz değildir. Zira bu Kur’an’ın nassı ile haram olup arzu ve isteğe göre hüküm vermektir. Yüce Allah şöyle buyurmuştur: ‘Ey Davud! Biz seni yeryüzünde halife yaptık. O halde insanlar arasında adaletle hükmet. Hevâ ve hevese uyma, sonra bu seni Allah’ın yolundan saptırır.*”³⁷ Malikilerin istihsânda aslî delilin gereğini terk edip tutundukları delil, daha önce detaylı bir şekilde anlatıldığı gibi maslahat-ı mürsele, örf, gizli kıyas, kolaylık, zaruret, sedd’i zarî’a, delilidir.

1.1.4.3. İstihsânın İleti

İstihsânın illeti, asli delilin terk edilmesine ve istihsân yaparak başka bir delilin alınmasına sebep olan illettir. Görülen o ki asli delilin terk edilmesinin illeti, istihsânda bulunarakalınandelilin asli delilden daha güçlü olmasıdır. Bu sebeple Mâlikîlerden istihsânı tanımlayanlar, istihsânın en güçlü delili almak olduğunu söylemişlerdir. Özellikle Mâlikîlerin istihsânlarının maslahat-ı mürsele ve diğer geçen zikredildiği sebepler ile istidlâlde bulunma esasına dayanan istihsânlardır. Ancak Maslahat-ı mürsele ile istidlal güçlü bir istidlaldir.³⁸ Torun olan İbn Rüşd’e göre (ö. 595/1199), “*Çoğu durumda istihsânın anlamı maslahat ve adalete yönelmektir*” diye güzel bir şekilde konuyu ifade etmiştir.³⁹

1.1.5. Bir Terim Olarak İstihsânın Ortaya Çıkış Tarihi

İstihsân, usûl literatürün’de takip edilen bir yöntemdir. Bu yöntem, fıkıh usûlündeki umûm, husûs, kurallar ve istisnalar arasındaki ilişkiler için çözüm sunmaktadır. İstihsân kıyas türleri arasında bir denge oluşturmaktadır. Hükümleri istinbât etme işleminde açık, gizli, güçlü ve zayıf kıyasları ortaya çıkarmaktadır. İstihsân, fıkıh usûlünün diğer delillerine benzemez. İstihsân, mantıktaki hadler (tanımlar) ve fıkıh usûlü ile diğer ilimlerin, üzerinde karar kıldığı tanımlarda olduğu gibi câmi ve mâni‘ bir tanımı olan bir kavram değildir. İşte

³⁷ İbn Rüşd, *El’Beyan ve’ttesil XXXVIII*, 26.

³⁸ Hâtim Bâý, *el-Usûlü’l-İctihâdiyyetü’l-letî yübna aleyhi el-mezhebü’l-Mâlikî*, Məcəlelletü’l-Küveytiye, C.1,S.20, (Nisan 2011) 280

³⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid ve nihâyetü’l-müktesid*, III, 242.

bu, Mâlikîâlimlerin çoğuna göre tarih boyunca istihsân kavramıyla ilgili tartışmaların yapılması için yeterli bir sebeptir.⁴⁰

Böylece istihsân kendi başına müstakil bir delil olmaktan çok delilleri kullanmada takip edilen bir yol ve yöntem olmaya daha yakındır. İstihsân, delilleri kullanmada bir yol ve yöntem olduğu için fıkıh usûlünün istihsân kapısıyla daima değerlendirilmesine önem arz etmektedir.⁴¹ Fakat istihsân terimi, her ne kadar bir usûl kavramı olarak Irak ekolünden önce kullanmamış ise de mana ve içerik bakımından ilk dönemde mevcuttu ve yaygın bir şekilde uygulanmıştı.⁴² Ancak bu terimin, ilk olarak ne zamandan itibaren kullanılmaya başladığını kesin olarak tesbit etmek zordur. Ama re'y ve re'y ictihadı konusunda, islâm'ın ilk dönemi olan Hz. Peygamber (s.a.s), sahâbe ve tâbiîn nesli zamanında, istihsân kavramının da içinde yer aldığı, kullanılan hâkim terim “ re'y, re'y ictihadı” idi.⁴³ Bazı âlimlere göre İyâs b. Muaviye Kurre (ö. 122/740) hükümlerde istihsân lafzını ilk kullanan kişidir. Nitekim o şöyle söylemekteydi: “İnsanlar iyi olduğu sürece kıyas yapın. Onlar bozulduklarında istihsân yapın.”⁴⁴

Daha sonra istihsân kavramı kıyasın karşıtı olarak âlimlerin dilinde dolaşmaya başlamıştır. Ebû Hanife ders meclislerinde istihsân kavramını dile getirmiş ve istihsânı kendi başına bir delil kabul kılmıştır. Örneğin o recim konusunda şöyle söylemektedir: “Biz recmi kıyasa aykırı olarak istihsân ile ispat etmişiz.”⁴⁵ Ebû Zehra (ö. 1394/1974); İmam Ebû Hanife'nin ashabının kıyaslar konusunda onunla tartıştıklarını, İmam Ebû Hanife; “ben istihsân yapıyorum” dediğinde ise kimsenin ona muhalefet etmediğini söylemiştir.⁴⁶ İstihsânla ilgili olarak İbn Kasım İmam Mâlik'ten şunu rivayet etmiştir: “İlmin onda dokuzu istihsândır.”⁴⁷ Mâlikî olan Asbağ da (ö. 225/840) istihsânın ilmin

⁴⁰ İbn Yunus, *El-Câmiu li-Masâ'ilil'müdevvene*, II,123

⁴¹ Ebû Sâlim el-Ayyâşî, *Usûlü'l-mezhebi'l-mâlikî*, s. 30.

⁴² Muharrem Önder, *İstihsân Kavramının Ortaya Çıkışı*, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy,7,Nisan 2006, s.183-208.

⁴³ Muharrem Önder, *İstihsân Kavramının Ortaya Çıkışı*, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy,7,Nisan 2006, s.183-208

⁴⁴ Ebû Sâlim el-Ayyâşî, *Usûlü'l-mezhebi'l-mâlikî*, s. 30.

⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi's-Şerâ'i*, 7, 58.

⁴⁶ Ebû Zehra, *Kitâbü Ebi Hanife*, s. 342.

⁴⁷ Ebû Sâlim el-Ayyâşî, *Usûlü'l-mezhebi'l-mâlikî*, s. 33; Şâtıbî, *el-Müvâfakât*, IV, 209.

direği olduğunu söylemiştir.⁴⁸ Bu anlatılanlardan İmam Mâlik ve ashâbının, İmam Ebû Hanife ve öğrencilerinin istihsânı kullandığı dönemde kullandıklarını anlıyoruz. İmam Mâlik birçok meselede istihsân ile fetva vermiştir.

İmam Şâfiî'nin (ö. 204/820) dönemine bakıldığında Şâfiîlerin istihsânı şer'î bir delil saymadıklarını görmekteyiz.⁴⁹ Bu sebeple Şâfiî âlimlerin tam olarak bu kavramı ne zaman kullandıklarını belirlemek zordur. İmam Ahmed b. Hanbel'in istihsânla ilgili görüşüne bakılacak olursa ondan şöyle nakledildiği görülmektedir: “*Her namaz için teyemmüm alınmasını istihsân (güzel bulmak/uygun görmek) ediyorum. Fakat kıyasa göre teyemmüm de su gibidir. Yani kıyasa göre abdest bozulunca ya da su görülünce teyemmüm bozulur.*”⁵⁰

Tüm bu anlatılanlardan anlaşılmaktadır ki istihsân ilk fıkıh kitaplarında anlamı kapalı olan ve bilinmeyen bir kavram değildir. Bilakis çoğuna göre kabul edilen bir delildir. Açıkladığımız gibi onların ifadelerinde bu kavram geçmiştir. İlk fakihlerden sonra bunların ashâbı ve öğrencileri bu kavramı detaylı bir şekilde ele almışlar, onun ne anlama geldiğini ve neye delalet ettiğini belirlemişlerdir.

1.1.6. İstihsâna Bu İsmi Verilmesinin Sebebi

İstihsân yöntemine güzel ve hoş görme anlamına gelen istihsân adının verilmesinin sebebi onunla amel edilmesinin hoş görülmesi vezahir olan kıyastan vazgeçmek olmasıdır. Bu isim, içinde istihsân (hoş görme) anlamı olan bir mecaz mana olarak verilmiştir.⁵¹ İstihsânda insanlara kolaylık sağlandığı ve onların maslahatları gözetildiği için ona bu ismin verildiği de söylenmiştir. İstihsânda ihtiyatlı ve müsamahalı davranmak için bir fiilin yapılmasını tercih etmek ya da failin iyi niyetini gözetlemek olduğu için de bu isim verilmiş olabilir.⁵²

Böylelikle istihsânın çeşitleri ve uygulandığı örnekler incelendiğinde onun makâsîd yönünden apaçık bir önemi olduğu görülmektedir. İstihsânla ilgili olarak şöyle dersek abartmış olmayız: “İstihsân, kıyaslar ve kurallar için çıkış yolları oluşturma ve yeni

⁴⁸ Şâtîbî, *el-Müvâfakât*, IV, 2010.

⁴⁹ Şâfiî, *el-Ümm*, VII, 309-316.

⁵⁰ Merdâvî, *et-Tahbîr şerhu't-Tahrîr fî usûli'l-fıkah*, VIII, 3818.

⁵¹ Cezâîrî, *Teyşîrü'l-Vüsûl*, s. 20.

⁵² Cezâîrî, *Teyşîrü'l-Vüsûl*, s. 20.

meseleler ile nevâzil için cevaplar bulma gücü bakımından kıyastan sonra en önemli usûl görevi sayılmaktadır.” İstihsânın insanlar üzerinden sıkıntı ve zorlukları kaldırmak gibi birçok faydasının olması ona bu ismin verilmesi için yeterlidir. Bu da birinci hükümden vazgeçip diğer hükmü almak, genel olarak birinci hüküm uygulandığı zaman kulların ortadan kalkacak olan maslahatlarını güvenceye almakla olur. İstihsânın faydalarından biri de müctehid istihsân kuralını uygulamadığı zaman insanların başına gelecek mefsedetleri def etmektir. Malumdur müctehidin şer’î delilleri uygulamada meşru olan maslahatı gerçekleştirmek ve mefsedeti defetmek için birçok meselede bir hükmü terk edip başka bir hükmü alma yoluna başvurması adalet, rahmet ve şefkattendir.⁵³

İstihsâna dayalı ictihada baktığımız zaman şunu görmekteyiz: Fakih böyle bir ictihatta bulununca bir çözüm ortaya koymaya ihtiyaç duymamaktadır. Hâlbuki çözüm mevcuttur. Fakat o, söz konusu meselede bulunan çözümden vazgeçmesine sebep olan özel bir delilden dolayı bu çözümden vazgeçmektedir.

1.1.7. Mâlikî Eserlerde İstihsân Kavramı

İstihsân kavramı, fıkıh literatürün’de çokça tartışılan usûl kavramlarından biridir. Bu tartışmaları alevlendiren husus, istihsânı kabul eden ve savunanlar nezdinde bu kavramın anlamının tam olarak açık olmamasıdır. İstihsânı kabul edenlerin tartışmalarında bu kavramla ilgili olarak bulunan kapalılığın; bunu kabul eden mezheplerin kurucularının yaptığı tanım ve bu kavramdan kast edilen gerçeği açıklamada olduğu görülmektedir. Hatta Mâlikî mezhebinde tartışma o kadar ilerlemiş ki mezhep âlimleri İmam Mâlik’in istihsânı kabul ettiğinin doğru olup olmadığını bile tartışmışlardır. Bu sebeple bu başlık altında kısa bir şekilde İmam Mâlik ve onun dışındakilerinkendi eserlerinde istihsân kavramını kullandığı yerleri açıklamak istiyoruz. İmam Mâlik istihsân kavramı kullanmış ondan sonra gelen ashâbı ve öğrencileri de birçok meselede onun yaptığına kıyas yaparak istihsânı kullanmışlar.⁵⁴

⁵³ Cezâirî, *Teysîrü'l-Vüsûl*, s. 21.

⁵⁴ Numan Cığaym, *Tahrîrü'l-kavl fî müsemme'l-istihsân inde'l-Mâlikiyye*, Mecelletü'l-İslâm fî Asyâ, C. 2, S. 2, Aralık 2005, 20.

İmam Mâlik “el-istihsân” ve “estahsinü” gibi lafızları *el-Muvatta’* adlı eserinde kullanmamıştır. Fakat *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*’da “el-istihsân” ifadesi iki yerde, “istihsân”, “estahsinü” ve “istahsentü” ifadeleri ise birçok yerde geçmektedir. *el-Müdevvene*’de istihsân kavramı birçok anlamda kullanılmıştır. Birincisi kıyas karşıtı olarak kullanılmasıdır. Kıyas karşıtı olarak kullanılan istihsân; genel bir kuraldan ya da âmm bir nistan cüzi bir istisnâ anlamında ya da Şâri’in maksadıyla uyumlu olmayan bir kıyasın olduğu bir meselde kıyastan udûl etme (vazgeçme) anlamında kullanılmıştır. Bu şekildeki kullanım birçok yerde geçmektedir. İkincisi mekruhun karşıtı olarak müstehab anlamında kullanılmasıdır. Üçüncüsü en faziletler ve en evla anlamında kullanılmasıdır. Dördüncüsü ihtilafli görüşlerden birini tercih etme anlamında kullanılmasıdır.⁵⁵

1.1.8. Mâlikilerin İstihsânla İlgili Görüşleri

Mâliki fakihler, İmam Mâliki istihsânı kabul etmesi konusunda iki görüşe ayrılmışlardır. İbn Rüşd (ö. 520/1126), bu konuda şöyle söylemiştir: “*Mâlikî fakihler, İmam Mâlik’in kabul ettiği istihsânda çok tartışmışlardır. Bir kısmı bu istihsânı zayıf görmüş, bunun İmam Ebû Hanîfe’nin istihsânıyla aynı olduğunu söylemiş ve istihsânı delilsiz bir şekilde hüküm verme şeklinde tanımlamışlardır. İmam Mâlik’e göre istihsân çelişen iki delili cem’ etmektir. İstihsân böyle olduğu takdirde delilsiz bir şey söylemek değildir.*”⁵⁶ el-Bâcî de (ö. 474/1081), Mâliki alimlerin istihsânı açıklamada tartışmaya düştüklerini söylemiştir.⁵⁷

1.1.8.1. İstihsân’ın Mâlikî Usûlünde Bir Asıl Olduğu Görüşü

Bu görüş sahipleri istihsânın İmam Mâlik’in usûlünde bir asıl olduğu İbnü’l-Kâsım,(ö. 191/806) Eşheb,(ö. 204/820) Asbağ,(ö. 225//840) İbn Mevâz,(ö. 269/883) İbn Arabî,(ö. 638/1240),Derdîr (ö. 1201/1786), Desûkî(ö. 676/1277),şu görüşünü savunmaktadırlar. Onların dışında da bir asil olduğunu başka kabul edenler vardır. Eşheb, İmam Mâlik’in “*İstihsân ilmin onda dokuzudur*” dediğini aktarmıştır.⁵⁸ İbn Arabî istihsândan

⁵⁵ Numan Ciğaym, *Tahrîrû’l-kavl fî müsemme’l-istihsân inde’l-Mâlikiyye*, Mecelletü’l-İslâm fî Asyâ, C. 2, S. 2, Aralık 2005, 20.; Sabrî, *Hucciyetü’l-istihsân inde İmam Mâlik*, s. 7.

⁵⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid*, IV, 60

⁵⁷ Bâcî, *el-Hudûd ve’l-Usûl*, IV, 60.

⁵⁸ Şâtıbî, *el-Müvâfakât*, V, 198

bahsetmiş ve İmam Mâlik'in onu kabul ettiğini söylemiştir.⁵⁹ İbn Arabî (ö. 638/1240) İmam Mâlik'in istihsâna başvurduğu dört meseleden bahsetmiştir. Bu meseleler şunlardır: Akarlarda şüf'a, meyvelerde, bir şahit ve bir yemin ile kısas hükmünü vermek vebaşparmağın eklemelerinin diyetinde diğer parmakların eklemelerinin diyetinden ayrı bir hüküm vermek. İmam Mâlik başparmağın bir eklemesinin diyetinin beş deve yani bir parmağın diyetinin yarısı kadar olduğu görüşündedir. Hâlbuki diğer parmaklarda her bir eklemesinin diyeti bir parmağın diyetinin üçte biridir. Desûkî, Derdîr'in *Şerhü'l-Kebîr*'i üzerindeki haşiyesinde bu dört konuya bir konu daha eklemiştir. O da annenin altmış dinar ya da daha az miktarda bir malı geride bıraktığı zaman bu mal ve oğlu için bir vasi belirleyebilmesidir.⁶⁰

Malikî olan Ebû Ubeyd el-Cübeyrî (ö. 378/986), İmam Mâlik'in Kitap, Sünnet, ümmetin icmâi ve Medine ehlinin icmâindeki temel kaynaklarını belirledikten sonra şöyle söylemiştir: *"İmam Mâlik'in bazı meselelerde koyduğu usûlden vazgeçtiği görülmektedir. Bu da hükmün dayanması gereken illetin gizli olmasından ya da başka bir sebepten dolaydır. Fakat o, kendi usûlünü terk etme işi için istihsân kavramını kullanmamıştır. Ancak bu görünürde istihsân yapmaktır."*⁶¹

1.1.8.2. İstihsân'ın Mâlikî Usûlünde Bir Asıl Olmadığı Görüşü

Bu görüş sahiplerine göre istihsânın İmam Mâlik'e nispet edilmesi doğru değildir, ve bu görüş Kâdî Abdülvehhâb el-Mâlikî (ö. 422/1031) el-Bâcî (ö. 474/1081) Kurtubî (ö. 671/1273), Şerîf et-Tilimsânî (ö. 771/1370) İbnü'l-Hâcib'in (ö. 646/1249), görüşüdür. Onların dışında da başka kimseler bu görüştedirler. *el-Müsevvede*'de şöyle geçmektedir: *"Kâdî Abdülvehhâb el-Mâlikî şunu söylemektedir: İmam Mâlik'in istihsânı kabul ettiğine dair bir ifadesi bulunmamaktadır. Fakat ashâbımızın kitapları onun istihsândan bahsettiği ve onu kabul ettiğine dair bilgilerle doludur. İbnü'l-Kâsım, Eşheb ve onların başkalarında İmam Malik'in istihsânı kabul ettiğine dair bir ifadesinin olmadığını söylemişlerdir."*⁶² İstihsânı kabul etmeyenlerden biri de el-Bâcî'dir. O, Mâlikîlerden

⁵⁹ İbn Arabî, *el-Mahsûl*, s. 545.

⁶⁰ Desûkî, *Hâşiyetü'd-Düsûkî*, III, 470.

⁶¹ İbn Kasâr, *el-Mukadimetü fil'Usul*, s. 20.

⁶² İbn Teymiyye, *el-Müsevvede fî usûli'l-fıkah*, s. 451.

istihsânı kabul etmeyenlerin onu tümüyle reddettiklerini ve kendisine göre de doğru olanın bu olduğunu ifade etmiştir.⁶³ Ayrıca *el-Hudûd* adlı eserinde şöyle söylemiştir: “Eğer biz istihsânın kıyasın gereğini terk etmek olduğunu söylersek bu durumda istihsân delilsiz ve taklitsiz bir şekilde seçimde bulunmak olur.”⁶⁴ Kâdî Abdülvehhâb ise bu konuda şöyle demiştir: “Ebû Hanife kıyasın önce olduğunu ve sünnet ile eserlere (haberler) itibar edileceğini söylemiştir. O asılların naslarını terk etmiş ve makul olana tutunmuştur. O re’y, kıyas ve istihsânı tercih etmiştir. Daha sonra istihsânı kıyasın önüne almıştır. Böylelikle uzaklaştıkça uzaklaşmıştır.”⁶⁵ İbn Hâcib,(ö. 646/1249), ihtilaf edilen delillerden bahsederken şunu söylemiştir: “İhtilaf edilen delillerden biri istihsândır. Hanefiler ve Hanbelîler istihsânı kabul etmektedirler. Onlar dışındakiler bunu kabul etmemektedirler. Hatta İmam Şâfî (ö. 204/820), istihsânla ilgili şöyle söylemiştir: ‘Kim istihsânda bulunursa şeriat koymuş olur.’”⁶⁶

Karâfî, (ö. 684/1285), istihsânın Hanefilere ve kendi mezhebinde olan bazı Basralılara göre hüccet olduğunu ve Iraklıların istihsânı inkâr ettiğini söylemiştir.⁶⁷ Şevkânî, (ö. 1250/1834), ise bu konuda şunu ifade etmiştir: “İmamü’l-Haremeyn, İmam Mâlik istihsânı kabul ettiğini söylemiştir. Kurtubî,(ö. 671/1273), ise buna karşı çıkmış ve bunun İmam Mâlik’in mezhebinde bilinen bir şey olmadığını söylemiştir.”⁶⁸

1.1.8.3. Tercih Edilen Görüş ve Bunun Sebepleri

Tüm bu görüşlerin arasında tercih edilen görüş istihsânın İmam Mâlik’in usûllerinden biri olduğu ve onun şüpheşiz bir şekilde istihsânı kendi ictihadlarında kullandığı görüşüdür. Bu görüşün tercih edilmesinin birtakım sebepleri bulunmaktadır. Bu sebepler şunlardır:

⁶³ Bâcî, *el-Müntekâ şerhu’l-Muvatta’*, s. 5189.

⁶⁴ Bâcî, *el-Hudûd fi’l-usûl*, s. 86.

⁶⁵ Kâdî İyâd, *Tertîbü’l-medârik ve takrîbü’l-mesâlik*, I, 90.

⁶⁶ İbn Hâcib, *Muhtasarü İbni’l-Hâcib*, III, 281.

⁶⁷ Karâfî, *Şerhu Tenkîhi’l-füsûl*, s. 452.

⁶⁸ Şevkânî, *İrşâdü’l-fühûl*, II, 182.

1.1.8.3.1. Birinci Sebep

İmam Mâlik'in istihsânı kabul ettiğine dair ifadesi bulunmaktadır. Nitekim o istihsânın ilmin onda dokuzu olduğunu söylemiştir. İbn Hazm (ö. 456/1063), her ne kadar istihsânı reddetse de bu bilgiyi sağlam bir senetle İmam Mâlik'ten nakletmektedir.⁶⁹

Şâtîbî,(ö. 790/138), İmam Mâlik'in bu sözünü açıklarken şunu söyler: *“Bu ifade söz konusu anlama gelemmez. Zira istihsân müctehidin akıyla istihsânda bulunduğu ya da kendi içinde düşündüğü fakat ifade etmekte zorlandığı bir delildir. Bu tür meseleler ilmin onda dokuzu olamaz. İstihsan, delillerden biri olan kıyastan bile fazla değildir.”*⁷⁰

Kâdî Ebû Ya‘lâ (ö. 458/1066),ve İbn Teymiyye,(ö. 728/1327), İmam Mâlik'in kitaplarının istihsânla dolu olduğunu söylemişlerdir.⁷¹

1.1.8.3.2. İkinci Sebep

İmam Mâlik'e istihsânı nispet edenlere ve buna karşı çıkanlara bakıldığında ona bunu nispet edenlerin İbn Kasım, (ö. 191/806), Eşheb (ö. 204/820), ve öğrencilerinin öğrencilerinden Asbağ ve İbn Mevâz olduğu görülmektedir. Bunlar mezhep içinde, İmam Mâlik'e istihsânın nispet edilmesine karşı çıkanlardan daha üstün bir konumdurlar. İbn Kâsım ve Eşheb, İmam Mâlik'in öğrencileri olup doğrudan ondan ilim almışlardır. İmam Mâlik'in bu iki öğrencisi onun maksadını daha iyi anlamaktadırlar. İbn Kâsım kıyasa aykırı olan istihsândan bahsetmiş ve kadınlar arasında sadece annenin az olan bir miktar malı (altmış dinar) vasiyet etmesinin caiz olması meselesinde istihsân yapıldığını ifade etmiştir. İbn Kasım, özetle bu konuda şöyle söyler: *“İmam Mâlik, annenin vasiyet etmesi meselesinde istihsân yapmıştır. Anne diğer kadınlar gibi değildir. Çünkü o bir annedir. O diğerleri gibi değildir. Bu mal onundur. Onun dışındakinin vasiyet ettiği mal ise bunun değildir. Bu verilen hüküm kıyas ile değil istihsân iledir. Görülmüyor mu ki anne, oğlu ya da kızına hibe ettiği malı geri alabilir. Bu durumda baba gibidir. Dede ve kardeş ise hibe ettiği malı geri alamıyor. Bu da ikisi arasında fark olduğunu gösteriyor.”*⁷²

⁶⁹ İbn Hazm, *el-İhkâm fi usûli 'l-ahkâm*, VI, 16.

⁷⁰ Şâtîbî, *el-İ'tisâm*, IV, 48.

⁷¹ İbn Teymiyye, *el-Müsevvede fi usûlil 'l-fikah*, s. 452.

⁷² Sahnûn, *el-Müdevvenetü 'l-kübrâ*, IV, 291.

1.1.8.3.3. Üçüncü Sebep

İmam Mâlik'e istihsânın nispet edilmesine karşı çıkan birtakım söylemler Mâlikîlerin kitaplarında ele alınmamıştır. Bu tür söylemler diğer mezheplerin eserlerinde geçmektedir. Kâdî Abdülvehhâb'ın (ö. 422/1031), bu konudaki görüşünün de Mâlikîlere ait olmayan kitaplara geçtiği görülmektedir. Kâdî Abdülvehhâb bu konudaki görüşü şöyledir: “*İmam Mâlik'in istihsândan söz ettiği nakledilmemiştir. Fakat arkadaşlarımızın kitapları onun istihsânı kabul ettiğine dair bilgilerle doludur. İbn Kâsım, Eşheb ve bunlar dışındaki başka âlimlerde bunu söylemişlerdir.*”⁷³ Kâdî Abdülvehhâb, imam Mâlik'in istihsândan söz etmediğini söylemiştir. Onun bahsetmemesi istihsâna karşı çıktığı anlamına gelmez. Örneğin Sahâbe de fıkıh usûlü ve kurallarından bahsetmemişlerdir. Fakat bu kuralların onlara nispet edildiği bilinmektedir.

Kurtubî'nin (ö. 671/1273), İmam Mâlik'in istihsânı kabul etmediğini söylemesi ise İmamü'l-Haremeyn'in İmam Mâlik'e nispet ettiği istihsânla ilgilidir. Kurtubî, İmamü'l-Haremeyn'e göre istihsânın “*hüccetsiz bir şekilde delili terk etmek*” olduğu esasına binaen istihsâna karşı çıkmış olabilir. Nitekim Kurtubî İmam Mâlik'in ve onun ashabından hiçbirinin bu tür istihsânı kabul etmediğini söylemiştir.⁷⁴

İbn Hâcib (ö. 646/1249), İmam Mâlik'in istihsâna karşı çıktığını söylememiştir. Aynı şekilde onun istihsânı onayladığını da dile getirmemiştir. Bu konuda susmuştur. İmam Şâfiî'den nakledildiğine göre o “*susan kişiye bir söz nispet edilmez*” demiştir. Dolayısıyla bu konuda İbn Hâcib'in bunu kabul ettiğini veya karşı çıktığını söyleyemeyiz. Karâfi, (ö. 684/1285) her ne kadar Irak ekolüne mensup bazı Malikilerin istihsânı kabul ettiğini ve ekolüne mensup Mâlikîlerin bunu kabul etmediğini söylese de İmam Mâlik'in bu konudaki tutumundan bahsetmemiştir. Karâfi'nin, ifadelerinde İmam Mâlik'in istihsânı kabul ettiği ya da etmediğine daire bir bilgi bulunmamaktadır.⁷⁵

Her ne kadar Irak Mâlikî ekolünün istihsâna karşı çıktıkları söylense de bu ekolün büyük âlimlerinden biri olan İbn Huveyz Mindâd el-Basrî (ö. 463/1585), istihsânı kabul

⁷³ İbn Teymiyye, *el-Müsevvede*, s. 451.

⁷⁴ Hatim Bay, *el-Usûlü'l-ictihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Mecelletü'l-Küveytiye, C.1, S. 20, (Nisan 2011),305.

⁷⁵ Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâidi'l-fikhiyye*, II, 208; Sübkî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, II, 167.

etmiştir. O istihsânı savunmuş, kapalılıklarını gidermiş ve detaylı bir şekilde açıklamıştır. el-Bâcî,(ö. 474/1081), İbn Huveyz'in istihsânla ilgili görüşü hakkında şunu söylemiştir: *“Muhammed b. Huveyz Mindâd, Mâlikî alimlerin savunduğu istihsândan bahsetmiş ve bu istihsânın en güçlü iki delilden birini almak olduğunu söylemiştir.”*⁷⁶ Yani İbn Huveyz, istihsânı İmam Mâlik'e değil, mezhep âlimlerine nispet etmektedir. Dolayısıyla o Mâlikî mezhebinde istihsânın kabul edildiğini ifade etmektedir. Fakat istihsânın tanımında ihtilaf bulunmaktadır. Bilindiği gibi onun birçok anlamı bulunmaktadır.

1.1.8.3.4. Dördüncü Sebep

Bazılarının istihsânı inkâr etmesinin sebebi ilk etapta onun anlamının açık olmamasıdır. İbn Arabî (ö. 638/1240), bunu kast ederek şöyle söylemiştir: *“Maliki âlimler içinde fikri güçlü ve eleştiri gücü güçlü olan yoktur. Fakat biz Mâlikî mezhebinde istihsânı araştırdık ve onun farklı kısımlara ayrıldığını gördük. Bu kısımlar; maslahat için delili terk etmek, örf için delili terk etmek, Medine ehlinin icmâi için delili terk etmek, meşakkati kaldırmak ve kolaylık sağlamak için delili terk etmek ve halka genişlik sağlamayı tercih etmektir.”*⁷⁷ Tâhir b. Âşûr (ö. 1390/1970), da aynı şeye dikkat çekerek şöyle söylemiştir: *“Kanaatimce istihsânı kabul edenler, herhangi bir yorumla dahi olsa istihsândan neyi kast ettiklerini açıklasalar İmam Şâfiî istihsânla ilgili o sözünü söylemezdi.”*⁷⁸ Ayrıca şu da söylenebilir: İstihsân istidlâlde bulunma ve hüccet getirmenin en ince yollarından biridir. Nitekim istihsân çelişen deliller arasındadır. Bu durum istihsânı kabul edenlerin onun anlamında ihtilafa düşmesine sebep olmuştur. İstihsânla ilgili bu tartışmanın en büyük sebebi onun anlamının kapalı olması ve dikkat gerektirmesidir. İstihsâna tutunmak ilim ve anlamın inceliklerine tutunmaktır. İnce anlamlar ve kapalı yöntemleri özellikle ilk başlarda lafız sınırları içinde açıklamak oldukça güçtür⁷⁹.

⁷⁶ Bâcî, *İhkâmü'l-füsûl*, II, 693; Şevkânî, *İrşâdü'l-fühûl*, II, 183.

⁷⁷ İbn Arabî, *el-Mahsûl*, s. 131.

⁷⁸ İbn Âşûr, *Hâşiyetü't-tevdîh ve't-tashîh li-müşkilâti kitâbi't-Tenkîh*, II, 229.

⁷⁹ Hatim Bay, *el-Usûlü'l-ictihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Mecelletü'l-Küveytiye, C.1,S. 20, (Nisan 2011),242.

1.1.8.3.5. Beşinci Sebep

İmam Mâlik'in istihsânı kabul etmediğine dair araştırma yapan birtakım araştırmacılar, onun istihsânı kabul etmediğini açıklamak için aktardıkları bilgiler aslında onun istihsânın kabul ettiğini göstermektedir. Nitekim bu görüşte olan araştırmacıların naklettiğine göre İmam Mâlik, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*'da “el-istihsân” kavramını iki yerde, “estahsinü” (استحسن) ifadesini dokuz yerde, “istihsân” lafzını üç yerde “istahsentü” (استحسنْتُ) ifadesini altı yerde zikretmiştir. İmam Mâlik *el-Müdevvene*'de kullandığı istihsân kavramının anlamlarından biri kıyas karşıtı olmasıdır. Bu durumda istihsân bir kuraldan ya da âmm olan bir nastan cüz'î bir istisna veya kıyasın, Şâri'in maksatlarına uymadığı konuda kıyastan vazgeçme anlamındadır. Bu tür bir kullanım sekiz yerde geçmektedir. İmam Malik'e istihsan nisbet edildiğini inkâr edenlerin bahsettikleri şeyler ise istihsânın anlamlarından ve içtihatındaki kullanım türlerinden biridir. Dolayısıyla bu, İmam Mâlik'in istihsânı inkâr ettiğini değil, kabul ettiğini ispatlamaktadır. İstihsan Malik'inde bir asil oluşunu ispat eden ise, istihsânın ihtiva ettiği amaçların şunlar olduğunu söylemiştir: “İstihsânın amaçlarından biri insanlara kolaylık sağlamak ve onların maslahatlarına riayet etmektir ki bu on yerde geçmektedir. Bir diğer amacı ise ihtiyat kabilinden bir şeyin yapılmasını tercih etmektir. Bu anlamdaki kullanım ise altı yerde geçmektedir. İmam Mâlik'e istihsânın nispet edilmesine karşı çıkanlar bu on altı yerden bahsetmektedirler. Onlara göre İmam Mâlik bu yerlerde maslahat istihsânı ya da ihtiyat kabilinden olan istihsânı kullanmıştır.”⁸⁰ İmam Mâlik'in *el-Müdevvene*'de kullandığı istihsân kavramlarının tümünü bir fıkıh usûlü terimi anlamında kullanmadığı konusunda bu araştırmaya katılıyoruz. Fakat bu, İmam Mâlik'in bir fıkıh usûlü terimi olarak istihsânı hiç kullanmadığı anlamına gelmez.⁸¹ Yani İmam Mâlik, istihsânı terim anlamında da sözlük anlamında da kullanmıştır. Kanaatimce İmam Mâlik'in istihsânı kabul etmediğini savunanların kast ettiği istihsân, bazılarının da açıkladığı gibi hevaya uymak, re'y ile hüküm vermek ya da

⁸⁰ Numan Cığaym, *Tahrîrû'l-kavl fi müsemme'l-istihsân inde'l-Mâlikiyye*, Mecelletü'l-İslâm fi Asyâ, C. 2, S. 2, Aralık 2005, 21-22.

⁸¹ Numan Cığaym, *Tahrîrû'l-kavl fi müsemme'l-istihsân inde'l-Mâlikiyye*, Mecelletü'l-İslâm fi Asyâ, C. 2, S. 2, Aralık 2005, 21-22.

müctehidin zihninde bulunan delil anlamına gelen istihsândır ki İmam Mâlik de zaten bu anlamlardaki istihsânı hiçbir şekilde kabul etmemektedir.”⁸²

1.1.8.3.6. Altıncı Sebep

İmam Mâlik’in kabul ettiği delilleri ele alanların istihsânı zikretmemeleri gerekçe göstererek onun istihsânı kabul etmediği söylenemez. Nitekim İmam Mâlik’in delillerinden bahsedenler bunları kapsamlı olarak ve tümüyle ele almaları gerekmez. Zira nice mezhep âlimleri kendi mezhep imamının delillerini ele almış, fakat bunların tümünden bahsetmemişlerdir. Örneğin, İbn Kayyim, (ö. 751/1350): Ahmed b. Hanbel’in (ö. 290/903), delillerini beş tane olarak saymıştır. Hâlbuki ona göre deliller beşten fazladır. Ayrıca imam Mâlik’e göre istihsânın bir hüccet ile bir metot mu? müstakil bir delil mi? olduğu netleştirilmesi gerekir. Şâtıbî (ö. 790/1388), gibi bazı âlimlere göre İmam Mâlik nezdinde istihsân hüccet ile bir metot olup müstakil bir delil değildir. İstihsân daha çok istidlal yöntemine benzemektedir. Daha sonra deliller arasına sokulmuştur. Şâtıbî ayrıca şunu söylemektedir: “İstihsân delillerin muktezasının (gereğinin) dışına çıkmamaktadır. Fakat delillerin gerektirdiklerine ve gayelerine bakmaktadır.”⁸³ Şâtıbî, *el-Müvâfakât* adlı eserinde istihsânı, delillerden sonra ictihâd bahsinde ele almıştır. Şâtıbî’nin istihsânla ilgili bu söyledikleri, istihsânda aşırıya gitmekle suçlananlardan biri olan Esbağ’ın (ö. 225/840), “*istihsân ilmin direğidir*” sözüne de açıklık getirmektedir.⁸⁴

1.1.9. İstihsânla Bağlantılı Olan Terimler

İstihsânla bağlantılı olan kavramlar üç tane olup bunlar maslahat-ı mürsele, illetin tahsisi ve ruhsattır.

1.1.9.1. Maslahat-ı Mürsele

Mâlikî mezhebinde maslahat-ı mürsele, istihsânın çoğu zaman dayandığı bir esastır. Nitekim maslahat-ı mürsele, istihsânda bulunan kişinin, delilin gereğini terk etmede

⁸² Şâtıbî, *el-İ’tisâm*, IV, 48.

⁸³ Şâtıbî, *el-Müvâfakât*, V, 199.

⁸⁴ Şâtıbî, *el-Müvâfakât*, V, 199.

dayandığı bir delildir.⁸⁵ Âlimlerin, istihsânın yapıldığı birçok fîrû meselelerini maslahat-ı mürseleye dayandırdığı görülmektedir. Sanatkârın tazminat ödemesi konusu buna örnek gösterilebilir. Bazıları bunu maslahat-ı mürsele için, bazıları da istihsân için örnek vermektedir⁸⁶. Her iki taraf da isabet etmiştir. Nitekim bu meseleyi maslahat-ı mürsele olarak kabul edenler, asıl delile bakmaksızın bundan elde edilen maslahat yönüne bakmıştır. Bu maslahatın, icârede tazminatın olmaması kuralıyla çeliştiğine bakan ve bu maslahatı öne alıp bunu söz konusu kuraldan istisna eden kimse ise bunu istihsân olarak kabul etmiştir.⁸⁷

1.1.9.2. İletin Tahsîsi

İstihsân ile bağlantılı olan kavramlardan biri illet tahsîstir. Nitekim İbn Arabî,(ö. 638/1240) Şâtıbî,(ö. 790/1388), Ebûbekir er-Râzî,el-Cessâs (ö. 370/981), ve Ebü'l-Hasan el-Basrî'nin (ö. 554/1159), gibiler istihsânı illetin tahsisi kabilinden saymışlardır.⁸⁸

Ebü'l-Hasan el-Basrî (ö. 436/1044), istihsânla ilgili şunu söyler; “*İstihsân aslında bir illetin tahsisidir.*”⁸⁹ İbn Kayyim, (ö. 751/1350), istihsânın, illetin tahsîsi olduğunu hocasından naklederek şöyle söyler: İstihsân ve illetin tahsisine bakıldığında bu iki kavramın birbirine benzediği görülmektedir. Âmm lafızdan vazgeçip maslahat-ı mürseleyi alma şeklinde olan istihsânın illetin tahsîsi kavramıyla benzerlik yönü tahsistir. Külli kıyası terk edip maslahat-ı mürseleyi alma şeklinde olan istihsânın illetin tahsîsidir. İletin tahsisinin alındığı durumda ancak böyle bir istihsân türünden söz edilebilir.⁹⁰ Fakat burada şöyle bir sorun var: Serahsî gibi istihsânı kabul eden, istihsânı illetin tahsîsi saymayan ve illetin tahsisini illetin fesadı olarak kabul eden âlimler vardır. Hatta Kâdi Ebû Ya'lâ (ö. 458/1066), gibi istihsânı hüccet olarak sayan ve illetin tahsisini kabul etmeyenler de bulunmaktadır. Bu sorunun cevabını şöyle açıklayabiliriz:

⁸⁵ Hatim Bay, *el-Usûlü'l-ictihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Mecelletü'l-Küveytiye, C.1, S. 20, (Nisan 2011),284-285.

⁸⁶ Hatim Bay, *el-Usûlü'l-ictihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Mecelletü'l-Küveytiye, C.1, S. 20, (Nisan 2011),284-285.

⁸⁷ Hatim Bay, *el-Usûlü'l-ictihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Mecelletü'l-Küveytiye, C.1, S. 20, (Nisan 2011),284-285.

⁸⁸ İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 279; Şâtıbî, *el-Müvâfakât*, IV, 209.

⁸⁹ el-Basrî, *el-Mu'temed*, II, 296.

⁹⁰ Hatim Bay, *el-Usûlü'l-ictihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Mecelletü'l-Küveytiye, C.1, S. 20, (Nisan 2011),286-287.

İbn Teymiyye, (ö. 728/1327), illetin tahsîsi konusunda şunu ifade eder: İstihsânla ilgili tartışmanın çoğu her ne kadar âlimlerin illetle ilgili tartışmalarından kaynaklanmasa da bu tartışmaların bir kısmı illetin tahsisinin caiz olmasıyla ilgilidir.

Araştırma neticesinde âlimlerin illetin tahsisi konusunda iki görüşe ayrıldıkları görülmektedir:

Birinci görüşe göre illet, tam ve mûcib olan illettir. Bu illetin oluşumuna şartların bulunması ve mânilerin olmaması da dâhildir. Şartların bulunması ve mânilerin olmaması illetin eksikliğini kapatmak içindir. Bu tür bir illet tahsîs edilmeyi kabul etmez. Bu durumda illet nakzedilirse fasit olur.

İkinci görüşe göre illet, nakzedilse dahi hükmü gerektiren bir illet olmaya devam eder. Bu durumda şartların bulunması ve mânilerin olmaması şartıyla illet hükmü gerektirir. Bu illet, şartın bulunmaması ya da mâninin olması sebebiyle hükmü gerektirmeyebilir. İbn Teymiyye'ye göre, müstedill (delil getiren) illetin tahsis edilmemesi ve tahsîs edilmesi şekilleri arasındaki etkili olan farkı açıklarsa bu tür bir illet tahsîs edilebilir. Fakat lafız umûmunun tahsîs edilmesinde olduğu gibi müstedill bu fark açıklamadan tahsîs edilen delille yetinirse bu doğru değildir.

Bu anlatılanlara göre istihsânı kabul edip de illetin tahsisini kabul etmeyen kimse birinci görüştedir. Yani o illeti tam ve mûcib olan illet şeklinde açıklamaktadır. Kâdî Ebû Ya'la (ö. 458/1066), bu görüştedir.⁹¹

İstihsânı kabul etmeyenlerin bir kısmı, istihsânda illet nakzedildiğinden dolayı onun geçersiz olduğu görüşündedir. Bunlara göre nakzedilen illet kabul edilmez. Çünkü bunlar illeti tam ve mûcib illet şeklinde açıklamaktadırlar. Böylece şart bulunmadığı ve mâni olduğu zaman hükmü gerektirmeyen, fakat bu durumlar dışında hükmü gerektiren illetin tahsis edilmesini kabul edenlere göre istihsânı kabul etmek doğru olur. Dolayısıyla illetin tahsisıyla ilgili bu ayrımın açıklanması gerekmektedir. Dede olan İbn Rüşd'ün(ö. 520/1126) ifadelerinden de böyle anlaşılmaktadır. Nitekim o bu konuda şunu söyler: *“Hükümde etkisi olmayan bir anlamı gerekçe gösterip istihsân yaparak kıyasın gereğinden*

⁹¹ Kâdî Ebû Ya'la, *el-Udde*, IV, 138.

vazgeçmek icmâ ile caiz değildir. Çünkü bu durumda Kur'an'ın nassıyla haram olan hevaya göre hüküm verilmiş olur.”⁹²

Serahsî (ö. 483/1090), istihsânı kabul etmesine rağmen illetin tahsisine karşı çıkmakta ve bunun kendi arkadaşlarının mezhebi olmasını kabul etmemektedir. Çünkü o illetin tam ve mücib illet olduğu görüşündedir. Serahsî bunun için şu örneği vermektedir:

“Eğer biz istihsânda bulunarak hamama ücret karşılığında girmeyi caiz kılıyorsak biz bu durumda akdin fasit olma illeti bulunmadığı için kıyasın gerektirdiği fesadı terk etmiş oluruz. Şöyle ki akdin konusunun meçhul olması sebebiyle akdin fasit olması bizzat cehaletten dolayı değildir. Aslında böyle bir akit teslim etme ve almaya engel olan bir tartışmaya yol açmasından dolayı fasittir. Hâlbuki böyle bir durum ücretle hamama girme ve buna benzer konularda yoktur. Burada hükmün olmaması illetin olmaması sebebiyledir, illetin tahsîs edilmesinden dolayı değildir.”⁹³

Ayrıca Ebûbekir er-Râzî el-Cessâs,(ö. 370/980), istihsânı ele alırken şöyle söyler: “İstihsânda illetin tahsîsi olması gerekmez. Çünkü illetteki itirazları ortadan kaldırmak için onun takyit edilmesi yani eksiklerinin giderilmesi illetin tahsîsi değildir. Cessâs bu görüşü kendi mezhep âlimlerine nispet etmemiştir. Nitekim mezhepte illetin tahsîs edilmesinin kabul edildiğini söyleyenleri bulunmaktadır.”⁹⁴

Bu illet, dördüncü delil olan kıyastaki illette olduğu gibi açık bir vasıf değildir. Bilakis her âlim tarafından incelenmesi ve düşünülmesi gereken gizli bir anlamdır. Bu sebeple âlimler, bunu çelişen deliller arasında bir tercih türü ya da daha güçlü bir delilin tahsîsi sayarak öne almak istemişlerdir. Bu da hevaya göre hüküm verme şüphesini sadece ortadan kaldırmak içindir. Muhakkiklerden bir grup şunu söylemiştir: Gerçek olan şu ki tartışmalı bir istihsân gerçekleşmez. Çünkü istihsânı kabul edenler onu açıklarken tartışmasız olan birtakım hususlar zikretmişlerdir. Nitekim bu hususların bir kısmı ittifak ile kabul edilmektedir. Bir kısmı da ittifakla reddedilmektedir. İttifakla kabul edilen istihsân

⁹² İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsîl*, IV, 157.

⁹³ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, 208.

⁹⁴ Râzî el-Cessâs, *el-Füsûl fi'l-usûl*, IV, 206.

türü bir kıyası terk edip daha güçlü bir kıyası alma şeklinde olan istihsândır. Kıyasın daha güçlü bir kıyas ile tahsîs edilmesi de ittifakla kabul edilen istihsândır.⁹⁵

Cessâs (ö. 370/980), bu konuda şöyle söylemektedir: “Eğer biri şöyle derse: Şayet istihsân sahih olduğuna dair delil bulunan ve hücciyeti sabit olanın adıyla bu durumda sahih olduğuna dair delil bulunan her şeyin istihsân olması gerekir. Hatta nass, icmâ, kıyas ve Rasûlullah’ın (s.a.s.) söylediği her şeye istihsân denilmesi gerekirdi. Buna şöyle cevap verilir: Allah ve Rasûlü’nün verdiği her hüküm güzeldir (hasendir). Sahih olduğuna dair delil bulunan her hüküm de şüphesiz hoş görülendir (müstahsandır). Fakat bu hükümlerin bir kısmına istihsân denilmesine ve bir kısmına denilmemesine bir engel yoktur. Nitekim istihsân dışındakilerin hepsi bilinen belli isimlerle isimlendirilmiştir.

İstihsânın hüccet olduğunu söyleyen Mâlikî, Hanefî ve Hanbelîler her ne kadar istihsânı kabul etme ilkesine tutunmuş olsalar da onlar müctehidin istihsânın illetini bulmak için istihsânda dayandığı dayanakta ihtilafa düşmüşlerdir. Hanefîlere göre bu dayanak; Nass, icmâ, gizli kıyas, zaruret ve örfdür. Mâlikîlere göre örf, icmâ, maslahat, kolaylık ve bunlar dışında başka dayanaklardır. Hanbelîlere göre ise nass ve sahâbe kavlidir. Yani bu mezhepler her ne kadar istihsân ilkesini kabul etmede ittifak etseler de kuraldan bir istisna olan istihsânın dayanaklarında ihtilafa düşmüşlerdir.⁹⁶

1.1.9.3. Ruhsat

İstihsânla bağlantılı olan kavramlardan biri ruhsattır. İstihsân ve ruhsatın ikisi de asıl olan bir hükümden istisna olmaları yönüyle birbirlerine benzemektedirler. Fakat istihsân, ruhsattan daha geneldir. Nitekim ruhsatta istisna edilen hüküm asıl hükümden daha hafif ya da daha kolay olmaktadır. Fakat istihsânda böyle bir şart yoktur.⁹⁷ Zira istisnâ‘ akdinin caiz olması gibi istihsânda istisna edilen hüküm bazen benzeri olan hükümlerden daha kolay olmaktadır ki genelde böyledir. Bazen de istisna edilen hüküm, ortak olan çobanın tazminat vermesi gibi benzeri olan hükümlerden daha ağır olmaktadır.⁹⁸ Aslında ortak olan çoban

⁹⁵ İbnü’t-Tilimsânî, *Şerhu’l-Me’âlim*, II, 472.

⁹⁶ İbn Hâcib, *Muhtasarü İbni’l-Hâcib*, III, 281.

⁹⁷ İbn Ferhûn, *Tefsiretü’l-hükkâm*, II, 331.

⁹⁸ İbn Ferhûn, *Tefsiretü’l-hükkâm*, II, 331.

emanetçidir. Emanetçi de kasıt ve kusur olmadığı sürece dâmin olmaz. Fakat Mâlikîlerin müteahhirîn âlimleri istihsân yaparak ortak olan çobanın dâmin olduğunu söylemişlerdir.⁹⁹

1.1.10. Mâlikî ve Hanefî Mezheplerinde İstihsânın Karşılaştırılması

Mâlikî ve Hanefî mezheplerinde istihsânlar arasındaki benzerlik ve farklılıkları görmek için bu iki istihsânı karşılaştıracamız. Her iki mezhepteki istihsâna baktığımızda Mâlikîâlimlerin, istihsânı İmam Mâlik'e nispet etme ve bunu mezhebin delillerinden biri saymada ittifaklarının olmadığı görülmektedir.¹⁰⁰ Diğer taraftan Hanefî âlimler, her ne kadar daha sonraları istihsânı kullandıkları anlamlarda ihtilafa düşmüş olsalar da istihsânı İmam Ebû Hanife'ye (ö. 150/767), ve mezhebe nispet etmede ittifak etmişlerdir. Ayrıca Mâlikî fakihlerden istihsânı kabul edenler, istihsânın anlamını belirlemede fazla ihtilafa düşmemişlerdir. Fakat onun anlamını daraltma ve genişletmede ihtilafa düşmüşlerdir. Zira Mâlikî mezhebinde istihsân genel olarak maslahat ve kolaylık sağlamak için bir delili terk edip daha evla olan bir delili alma şeklinde olmaktadır. Diğer taraftan Hanefilerden mütekaddimîn ve müteahhirîn fakihleri arasında istihsânın anlamını belirleme hususunda çok tartışma olduğunu görmekteyiz.¹⁰¹

Her iki mezhepteki istihsân tanımlarına baktığımızda genel olarak birtakım benzer ve farklı yönleri olduğu görülmektedir. İki mezhepteki istihsânın benzerlik yönleri şunlardır:

Müteahhirîn Hanefilerine göre dayanağı icmâ olan istihsân, istihsân türlerindedir.¹⁰² Mâlikîlerden İbn Arabî'ye (ö. 638/1240), göre de böyledir. Hanefilerden Kerhî ve İbn Arabî'ye göre dayanağı örf olan istihsân da istihsân türlerindedir. Ayrıca Cessâs ve İbn Arabî'nin istihsân tanımları arasında benzerlik bulunmaktadır. Nitekim Cessâs daha güçlü bir delil ile kıyasın tahsis edilmesini istihsânın anlamlarından biri saymıştır.¹⁰³ İbn Arabî de

⁹⁹İliş, *Fethu'l-aliyyi'l-mâlik*, II, 226; Hatim Bay, *el-Usûlü'l-ictihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Mecelletü'l-Küveytiye, C.1, S. 20, (Nisan 2011), 397.

¹⁰⁰Numan Cığaym, “*Dirâsetün tahliliyye li-mefhûmi'l-istihsân fi'l-mezhebi'l-Hanefî*” Mecelletü'l-İslâm fi Asyâ, C. 2, S. 2, Aralık 2005, s. 10-11.

¹⁰¹ Numân Cığaym, “*Dirâsetün tahliliyye li-mefhûmi'l-istihsân fi'l-mezhebi'l-Hanefî*” Mecelletü'l-İslâm fi Asyâ, C. 2, S. 2, (Aralık 2005). 10-11.

¹⁰²Numan Cığaym “*Dirâsetün tahliliyye li-mefhûmi'l-istihsân fi'l-mezhebi'l-Hanefî*” Mecelletü'l-İslâm fi Asyâ, C. 2, S. 2, (Aralık 2005),10-11.

¹⁰³Numan Cığaym “*Dirâsetün tahliliyye li-mefhûmi'l-istihsân fi'l-mezhebi'l-Hanefî*” Mecelletü'l-İslâm fi Asyâ, C. 2, S. 2, (Aralık 2005). 10-11.

İmam Ebû Hanife (ö. 150/767) ve İmam Mâlik'in (ö. 179/795), kıyasın tahsîs edilmesini, dolayısıyla illetin tahsîs edilmesini kabul etmede ittifak ettiklerini söylemiştir. İbn Arabî bunu her iki mezhepte ortak olan istihsân türlerinden saymaktadır.¹⁰⁴ İbn Rüşd (ö. 520/1126), ve Şâtıbî de bunu savunmuşlardır. Nitekim daha önce geçtiği gibi onlar, genel olarak kıyas uygulandığında bu durum şeriatın ilke ve maksatlarının dışına çıkan bir zorluk ve sıkıntıya yol açtığı zaman Mâlikî mezhebinde istihsânın özünü kıyasın tahsîs edilmesi olarak kabul etmişlerdir.¹⁰⁵

Her iki mezhepteki istihsân arasındaki farklar ise şunlardır: Hanefî mezhebinde celî kıyasın gereğini terk edip hafî kıyası alma şeklinde açıklanan istihsân türü bulunmaktadır. Bu tür bir istihsân Mâlikîlerde bulunmamaktadır. Hatta istihsân konusunda geniş davramı İbn Arabîde (ö. 638/1240), böyle bir istihsân kabul etmemektedir.¹⁰⁶ Bir diğer fark ise nassa dayalı istihsândır. Hanefiler bunun özü itibariyle şer'ın delilleri dışına çıkmadığını kabul ederek bunu bir istihsân türü saymışlardır. Onlara göre buna nass ile istihsân adı verilmektedir. Hanefiler karz, arâyâ satışı, namazlarda kasr ve hacda cem'in yapılmasının caiz olmasını ve başka şeyleri buna örnek olarak vermişlerdir. Diğer taraftan nass ile istihsân Mâlikîlere göre istihsân türlerinden biri değildir.¹⁰⁷

1.2. İSTİHSÂNIN ÇEŞİTLERİ

Anlam ve temellendirme bakımından istihsânı açıkladık. Mâlikî mezhebi fakihlerinin istihsânın hücciyeti ve İmâm Mâlik'e nispet etmedeki tartışmalarını zikrettik. Ayrıca Mâlikî ve Hanefî mezheplerindeki istihsânları karşılaştırarak aralarındaki benzer ve farklı yönleri ortaya koyduk. Şimdi istihsânın çeşitlerini örnekleriyle birlikte ele alacağız.

¹⁰⁴İbn Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, III, 755.

¹⁰⁵ Numan Cığaym, "Dirâsetün tahlîliyye li-mefhûmi'l-istihsân fi'l-mezhebi'l-Hanefî" Mecelletü'l-İslâm fi Asyâ, C. 2, S. 2, (Aralık 2005), 11-12.

¹⁰⁶ Numan Cığaym, *Tahrîrü'l-kavl fi müsemme'l-istihsân inde'l-Mâlikiyye*, Mecelletü'l-İslâm fi Asyâ, C. 2, S. 2, (Aralık 2005), 11.

¹⁰⁷ Şâtıbî, *el-Müvâfakât*, IV, 149-150.

1.2.1. Nass Sebebiyle İstihsân

Nassa dayalı istihsân, Kitap veya Sünnet delili sebebiyle kıyasın gereğini terk etmektir. Nassa dayalı istihsânın daha iyi anlaşılması için delili kitap olana bir örnek ve delili sünnet olana da bir örnek vereceğiz.

1.2.1.1. Kitap

Kıyasa göre vasiyet caiz değildir. Nitekim bunda ölümden sonra bir temlikte bulunma söz konusudur. Hâlbuki ölüm mülkiyeti ortadan kaldırır. Dolayısıyla temlik etme eylemi, mülkiyet olmadığı bir zamanda olmaktadır. Bu şekilde bir temlikin gerçekleşmesi düşünülemez. Dolayısıyla vasiyet caiz değildir. Fakat Mâlikî fakihleri kitap ve sünnetten delillere dayanarak istihsânda bulunmuş ve bunu caiz görmüşlerdir. Vasiyetin caiz olduğuna dair kitaptan delil şudur: Allah buyurdu ki: *“Yapacakları vasiyetten ve borçtan sonra..., ...yapacağınız vasiyetten ve borçtan sonra..., ...(Bu taksim) yapılacak vasiyetten ve borçtan sonra, kimse zarara uğramaksızın (yapılacak)tır. Bunlar Allah’tan size vasiyettir. Allah her şeyi hakkıyla bilendir, halîmdir.”*¹⁰⁸

1.2.1.2. Sünnet

Delili sünnet olan istihsâna şu örneği verebiliriz: Kıyasa göre unutarak yiyecek yemek, orucu bozar. Çünkü hadesle birlikte tahârette olduğu gibi bir şeyin varlığına engel olan bir durum varsa o şey ortadan kalkar. Fakat Ramazan’da gündüz unutarak bir şey yemenin orucu bozduğu hükmü, sünnete dayalı istihsân ile terk edilmektedir. Nitekim Rasûlullah (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: *“Kim oruçlu olduğu halde unutarak yerse orucunu tamamlasın. Allah ona yedirmiş ve içirmiştir.”*¹⁰⁹ Fakat İmam Mâlik ihtiyat kabilinden bu kimsenin Ramazan’dan sonra orucunu iade etmesini hoş görmüştür. İmam Ebû Hanife (ö. 150/767), ise bu hadisle ilgili olarak şunu söylemiştir: *“İnsanlar konuşmasaydı bu kimse orucunu kaza etsin diyecektim.”*¹¹⁰

¹⁰⁸ Nisâ: 4/12.

¹⁰⁹ Buhârî, “es-Siyâm”36.

¹¹⁰ Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü’l-esrâr an Usûli’l-Pezdevî*, IV, 5.

Delili sünnet olan istihsâna bir diğer örnek ise vasiyetin caiz olmasıdır. Nitekim Sa'd b. Ebî Vakkâs“ bir gün hastalanmıştır. Rasûlullah (s.a.s.) onu ziyaret etmiştir. O; ‘Ey Allah’ın Rasûlü ben malımın tümünü vasiyet ettim’ demiştir. Rasûlullah da ‘Hayır’ demiştir. O; ‘Malımın üçte ikisini’ demiştir. Rasûlullah yine ‘Hayır’ demiştir. O; ‘Malımın yarısını’ demiştir. Rasûlullah yine ‘Hayır’ demiştir. O; ‘Malımın üçte birini’ demiştir. Bunun üzerine Rasûlullah (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: ‘Üçte bir. Hatta üçte bir de çoktur. Eğer sen varislerini zengin bırakırsan onları insanlara muhtaç bırakmandan daha iyi olur.’¹¹¹

1.2.2. Örf Sebebiyle İstihsân

Mâlikîler nezdinde bu istihsân türünün birçok tanımı bulunmaktadır. Bunlarda biri, şer’î bir maslahat için âmm delili örf ile tahsis etmektir.¹¹² Bir diğer tanımı ise adet sebebiyle kıyası terk etmektir. Bu tanım İbn Âşûr (ö. 1390/1790), ve onun dışında başka kimselerden nakledilmiştir.¹¹³ Bu iki tanımı birleştiren tanım şudur: “Gerek âmm bir delil olsun gerekse kıyas olsun örf ve âdetin gereğini bir delilin gereğinin önüne almaktır.” Bir şeyde iki kişinin ortak olması meselesi örfe dayalı istihsâna örnek verilebilir. Şöyle ki bir ortağın izninin olduğu veya ortaklardan biri diğer ortağa “kendi kafana göre hareket et” dediği veyahut ortaklığın kayıtsız olduğu durumlarda ortaklardan biri malı yanına alarak yolculuğa çıkmaktadır. Kıyasa göre bu ortak olunan maldan kendine harcayamaz ve o maldan yiyemez. Çünkü nassa göre başkasının malını izni olmadığı sürece yemek caiz değildir. Fakat bu meselede örf istihsânı sebebiyle kıyas terk edilmiştir. Böyle durumlardaki bir ortak; kiralama, yemek ve benzeri şeylerde bu sermayeden harcayabilir. Çünkü tüccarların örfüne göre ortak maldan harcama yapılmaktadır. Örf olarak bilinen de şart koşulmuş gibidir. Dayanağı örf olan istihsân örneklerinden biri de kitap ve kap kaçak gibi menkul malların vakfedilmesinin caiz olmasıdır. Burada istihsân yapılarak âmm olan delil terk edilmiş ve örfte olan bir uygulama alınmıştır. Aslında vakfin ebedi olarak yapılması gerekir. Bu da ancak gayrimenkulde olmaktadır.¹¹⁴

¹¹¹ Buhârî, “el-Vesâyâ”, 74.

¹¹² Vülâtî, *İsâlû’s-sâlik fi usûli’l-Mâlik*, s. 22.

¹¹³ Kayravânî, *et-Tevdîh şerhu’t-Tenkîh*, III, 201.

¹¹⁴ Vülâtî, *İsâlû’s-sâlik fi usûli’l-Mâlik*, s. 24; İmam Mâlik, *el-Müdevvene*, IV, 417.

Örf sebebiyle istihsân, örf sebebiyle delili terk etmek olduğundan dolayı İbn Arabî ve Şâtıbî buna yeminlerin örfüne göre olmasını örnek vermişlerdir. Hâlbuki dildeki sözcükler örfün gerektirdiğinden farklı bir şeyi gerektirmektedir. Örneğin biri “Vallahi falancayla birlikte bir eve girmem” derse bunun o kişiyle birlikte camiye veya buna benzer bir yere girmesiyle yemini bozulmuş olmaz. Hâlbuki bu kişinin sözlükte ev denilen herhangi bir yere girmesiyle yemini bozulması gerekmektedir. Cami de bir evdir. Buna göre böyle diyen bir kişi camiye girerse yemini bozulmuş olur. Fakat insanların örfüne göre camiye ev denilmemektedir. Dolayısıyla örfüne göre cami, ev sözcüğü anlamının dışında kalmaktadır. Bu durumda bu kişi camiye girerse yeminini bozmuş olmaz.¹¹⁵ İbn Arabî (ö. 638/1240), ve Şâtıbî'nin (ö.790/1388), söylediklerine göre sözlü örf, mükelleflerin lafızlarının umûmunu tahsis etmektedir. Böylece dildeki lafzın asıl gerektirdiği şey terk edilir ve sözlü örf alınır. Böylece Eşşeb'in (ö. 204/820), vasiyet gibi bazı konulardaki söylemleri buna hamledilir. Zira lafız, kullanım örfüyle tahsis edilmektedir. Bu meselenin kaynağı da sözlü örfün kabul edilmesi ve dikkate alınmasıdır.¹¹⁶

1.2.3. Maslahat Sebebiyle İstihsân

Bu istihsân türü, külli bir delil ya da kıyas deliline karşılık cüzi bir maslahata tutunmaktır.¹¹⁷ Yani maslahat-ı mürseleyi kıyasın önüne almaktır. Şâtıbî'nin dediği gibi bu istihsân türü, maslahat koruma ve insanlardan sıkıntıyı uzaklaştırmaktır. Toplum içinde çalışıp da ücret almayı hak eden ve özel olarak bir kişi için değil de herkes için çalışan ecir-i müşterekin tazminat ödemesi buna örnek gösterilebilir. Ecir-i müşterekin yanında herhangi bir şey kaybolursa o bunu tazmin eder. Kıyas'a göre ta'addî (kasıt) bulunmadığı sürece onu tazminat ödememesi gerekir. Fakat Mâlikî mezhebindeki fakihlerin çoğu, istihsân yaparak insanların maslahatını gözetmek ve onların mallarını korumak için kasıt olmadığı halde onun dâmin olması gerektiği yönünde fetva vermişlerdir.¹¹⁸

¹¹⁵ Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, III, 68.

¹¹⁶ Hâtim Bâý, *el-Usûlü'l-İctihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Mecelleletü'l-Küveytiye, C.1,S.20, (Nisan 2011) 314-315.

¹¹⁷ Vülâfî, *İsâli's-sâlik fî usûli'l-İmâm Mâlik*, s. 21.

¹¹⁸ Merâkeşî, *Şerhu'l-Müdevveneti'l-kübrâ*, V, 202.

Mâlikî mezhebinin birtakım çağdaş âlimleri muamelatta istihsân örneklerinin çok olduğu görüşündedirler. Bunlardan biri kişinin kendi başına alışveriş yapmasıdır. Genel olarak birine vekil olma düşüncesidir. Eğer bir akitte asilin yerine geçebilen ve onun adına tasarrufta bulunan bir vekil olması mümkünse vekilin hem başkasına vekil olması hem de kendi adına asil olması da kabul edilebilir. Örneğin birine ait bir malı satmada vekil olan kişi bu malı kendisine satmaktadır. Bir kişinin akdin iki tarafına vekil olmasıyla da kişinin kendi başına akit yapması söz konusudur. Bu durumda bu kişi hem satma hem de satın almada vekil olmaktadır. Bu tür bir akitte tarafların maslahatının korunması gibi pratik yaklaşımlar bunu gerektirmektedir.¹¹⁹

Cezayir Medeni Kanunu'nun bu konuyu kapsamlı bir şekilde ele almadığı görülmektedir. Bunu kapsamlı bir şekilde ele almaması bunun genel kurallara göre serbest olduğu anlaşılmaktadır. Bir kişinin akdin iki tarafına vekil olduğu durumda kendi başına alışverişini gerçekleştirmekle ilgili olaraksa Cezayir Medeni Kanunu şunu ifade etmiştir: “Vekil satmakla vekaletlendirildiği şeyi satın alamaz.”¹²⁰ Bu metin halkın genel kastındaki satın alma durumuyla sınırlıdır. Bu da Cezayir Mâlikî Hukuku'nun bunu geniş bir şekilde yorumlamasına yol açmıştır. Cezayir Mâlikî Hukuku bu tür akdi, bu maddede geçen yasağın altına girmeyen bütün akitlerde serbest kılmıştır. Örneğin Cezayirin Hukukundavekilin kendisiyle akit yapmasını; îcâr, âriye ve vedî'a akitlerinde serbest kılmıştır. Bu tür bir akde cevaz vermeme dikkat edilen husus asilin maslahatıyla ilgili riskin bulunmasıdır. Eğer bu maslahat güvendeysen bu tür bir akit istihsânen caizdir. Vekilin bayi ve müşteriye vekil olması gibi akdin iki tarafına vekil olduğu durumda ise kendi başına akdi yapmasının riski yukarıda geçen diğer durumdan daha azdır. Bu tür akitlerde vekilin iki tarafın maslahatına riayet edip etmediği dikkate alınır. Burada ise iki asilin kendi rızalarıyla vekili seçtikleri ve ona güvendikleri görülmektedir. Bu durum vekilnormalde birinin maslahatını diğerine tercih etmeyen biri kılmaktadır. Bu esasa binaen vekil satmakla vekaletlendirildiği ürünleri, kendisine satın alma vekâleti verenin adına satın alabilir. Bu durumda vekil, iki tarafın vekili olup ikisi adına kendi başına alışverişte bulunmaktadır.¹²¹

¹¹⁹ İbn Hadeh, *Eserü'l-usûli'l-Mâlikî fi'l-kânuni'l-Cezâyirî*, s. 83.

¹²⁰ İbn Hadeh, *Eserü'l-usûli'l-Mâlikî fi'l-kânuni'l-Cezâyirî*, s. 83.

¹²¹ İbn Hadeh, *Eserü'l-usûli'l-Mâlikî fi'l-kânuni'l-Cezâyirî*, s. 84.

Mâlikî mezhebinin yukarıda geçen iki durumda bir kişinin kendi başına alışveriş yapması konusundaki tutumuna bakıldığında bazı Mâlikî fakihlerin bir genel kural olarak başkasının malını satmada vekil olan kişinin bu malı kendi adına satın almasını caiz kılmadıkları görülmektedir. Vekilin akdin taraflarından birine vekil olduğu durumda (kendi adına asil başkası adına vekil) müvekkilin, vekilin kendisine satma iznini vermesi bundan istisna edilmiştir. Örneğin bir kimse, bir malı satmada vekil olmakta ve bu malı kendi adına satın almaktadır. Bu durum için söylenenler, buna kıyasla vekilin akdin iki tarafına birlikte vekil olduğu durum için de söylenir. Şöyle ki genel kurala göre akitteki müvekkil izin vermediği sürece vekil akde konu olan malı alıcı adına satın alamaz. Mâlikî mezhebinin bu konuyla ilgili metinleri şöyledir: “Bir şeyi satmada vekil olan kimse, kayırmada bulunmasa dahi müvekkilin huzurunda olmadığı, semeni belirlemediği ve müvekkil onun kendi adına satın almasına izin vermediği sürece vekil bunu kendi adına satın alamaz. Ama bu zikredilen şartlar bulunursa o zaman bu akit caizdir. Kerîmüddin el-Bermûnî (ö. 998/1488), vekilin semeni belirlemesi durumu dışındaki diğer durumlarda bu akdin uygun (hasen) olduğunu söylemiştir. Nitekim İbn Arefe'nin (ö. 803/1401), söyledikleri, bu tür bir akitte semenin belirlendiği durumda satışın yasak olmasını ifade etmektedir. Aynı şekilde vekil, satmakla vekaletlendirildiği bir malı çocuk ve sefih gibi kendi mahcûru olan birine ve izin vermediği kölesine satamaz. Müfâvada şirketindeki ortak da bunlara satamama konusunda bu vekil gibidir. Vekilin bu zikredilenlerden bir malı satın alması da bunlara satması gibi caiz değildir. Vekil satmakla vekaletlendirildiği bir malı, kayırmada bulunmadığı sürece hanımına ya da mükâteb ve izinli kölede olduğu gibi mahcûr olmayan kölesine satabilir. Ama satarken kayırmada bulunursa örneğin on olan bir malı beşe satarsa bu kabul edilemez. Fakat satış geçerlidir. Bu durumda normal fiyattan düşük olan kısmı müvekkiline tazmin eder. Vekilin malı düşük fiyata satıp satmadığı o malın satış anındaki fiyatı dikkate alınarak belirlenir. Vekilin kendi mahcûrüne satmasının caiz olmaması ve izinli olan kendi kölesine satmasının caiz olması arasındaki fark şudur: Mahcûr olan kişi kendi adına tasarrufta bulunamaz. Veli onun adına tasarrufta bulunur. Vekil malı kendi mahcûru olan birine sattığı zaman kendisine satmış gibi olur. Ama izinli köle, mükâteb köle ve vekilin

hanımı böyle değiller. Nitekim bunlar kendi adlarına tasarrufta bulunmada bağımsızdırlar. Yaptıkları tasarruflar kendi adlarına gerçekleşir.¹²²

1.2.4. Medine Ehli'nin İcmâ Sebebiyle İstihsân

Burada icmâdan maksat âmm delilin aslı mı yoksa Medine Ehli'nin icmâ mı olduğu konusunda Mâlikî mezhebinden farklı nakiller gelmiştir. İcmâ ile istihsândan maksat icmâ ve kıyas te'ârüz ettiği zaman icmâ kıyasa önceliktir. Çünkü kıyasta hata olma ihtimali bulunmaktadır. Nass ya da icmâ ise eğer bunlarda hata varsa bunların terk edilmesi gerekir. Bunlarla amel etmek caiz değildir. Hem de icmâ, ilmi ve yakîni gerektirme konusunda Kitap ve Sünnet nasları gibidir. Ayrıca icmâ güçlü olma bakımından re'y ve kıyastan daha üstündür.¹²³

Medine Ehli'nin icmâ sebebiyle istihsân yapmaya şu örnek verilebilir: Kâdî'nin katırının kuyruğunu kesen kimse katırda meydana gelen eksikliği değil de katırın kıymetini ödemesi gerekmektedir. Nitekim kâdînin katırına sadece binmek için ihtiyaç duyulmaktadır. Katırda böyle çirkin bir kusur meydana geldiği için onun binmesi engellenmiştir. Hatta bu katır binilen diğer katırlara göre yok hükmüne girmiştir. Onun için Mâlikîler bu kimseyi katırın bütün kıymetini vermekle yükümlü kılmışlardır. Bu konuda Medine Ehli'nin icmânın olup olmadığı tartışmalıdır. Fakat Kâdî Abdülvehhâb'ın ifade ettiği gibi Mâlikî mezhebinde meşhur olan görüş katırın bütün kıymetinin ödenmesidir.¹²⁴

Mâlikî mezhebine göre Medine Ehli'nin ameli, haber-i vâhid ve kıyas gibi zannî delilden önce gelir. Medine Ehli'nin ameline mu'âriz olan delil Medine Ehli'nin uygulamasını kapsayan âmm bir delil olabildiği gibi hâs bir delil de olabilir. Hâs olan delil istihsânın dayanağı olan delilinki o da Medine Ehli'nin amelidir. Karşısında olduğu zaman bu durumda mesele terim anlamındaki istihsânın çerçevesi dışına çıkar. Nitekim istihsân delilin bazı gereklerini terk etmektir, delili tümüyle terk etmek değildir. Hâs delilin Medine Ehli'nin ameline mu'âriz olması durumunda hâs delil tümüyle terk edilmektedir. Burada istisna ve tahsîs yoktur. Bazen cüzi bir şekilde âmm lafız ya da kıyas gibi bir delil Medine

¹²² Harşî, *Şerhu Muhtasari Halîl*, VI, 77-78.

¹²³ Şâtübî, *el-Müvâfakât*, V, 117.

¹²⁴ Şâtübî, *el-İ'tisâm*, II, 638; Karâfî, *el-Fürûk*, IV, 32.

Ehli'nin ameline mu'âriz olmaktadır. Bu durumda Medine Ehli'nin ameli lafzî delilin önüne alınmaktadır. Bu durum tahsîs ya da istisna kabilindedir.¹²⁵Burada görülen o ki Medine Ehli'nin ameli olan bazı uygulamalar bu şekilde olmaktadır. Bunlar tümüyle kabul edilir. Maslahat-ı mürsele bunun kabul edildiğini teyit etmektedir. Bunun örneklerinden biri Medine Ehli'nin yaptığı satışla ilgili bilinen meseledir.¹²⁶ Özetle bu mesele şöyledir: Medine Ehli; bir kimsenin, sürekli belli bir fiyatla süt, et ya da ekmek gibi ürünleri satan birinden parasını daha sonra belli ya da hükmen belli bir vakitte vermek üzere günlük belli bir miktar bu tür ürünleri almasını caiz görmüşlerdir. İnsanların buna ihtiyaçları olduğu ve bunda onların maslahatı bulunduğu için buna cevaz verilerek bu alışveriş deynin deyn ile satışından istisna edilmiştir.¹²⁷Bunun deynin deyn ile satışına benzerlik yönü şöyledir: Alıcı parayı hemen vermediği için bu borç olmaktadır. Satıcı da malı gün gün verdiği için sonradan vereceği mallar deyn olmaktadır.

İbn Kasım (ö. 191/806), bununla ilgili şunu söyler: İnsanlar belli bir fiyat ile et alıyorlardı. Parasını ödeme günde vermek üzere her gün belli bir miktar alıyordu. İnsanlar bunda bir beis görmüyorlardı. Et ve çarşılarda satılan her türlü ürün insanların alışveriş yaptığı mallardandır. Her gün alınan miktar belli olduğu sürece her ne kadar bunun parası belli bir vakte ya da ödeme gününe kadar ertense de bu alışveriş caizdir. Tabi satın alınan ürünün alımına başlandığında verilecek para belli ve güvenli olması gerekir. İmam Mâlik bunu deynin deyn ile satışı olarak görmemiştir.¹²⁸

Muhammed el-Utbi'nin (ö. 255/869), *el-Utbiyye fî fikhı'l imam Malık* adlı eserinde şöyle geçmektedir:

‘Mâlik'ten Abdurrahman el-Mücmir'den Sâlim b. Abdillah'tan rivayet edildiğine göre o şöyle söylemiştir: ‘Biz belli bir fiyatla kasaplardan et alırdık. Her gün bir ritil (380 gram) veya iki ritil veyahut üç ritil alırdık. Alıcılar ödeme gününde parayı vermek üzere bunu alırlardı.’ İmam Malik ‘ben bunu uygun görüyorum demiştir.’ Ayrıca İmam Mâlik

¹²⁵ İliş, *Minehu'l-celîl*, V, 384.

¹²⁶ İliş, *Minehu'l-celîl*, V, 384.

¹²⁷ Hâtim Bâ, *el-Usûlü'l-İctihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Məcəlelletü'l-Küveytiye, C.1,S.20, (Nisan 2011) 322.

¹²⁸ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 314-315.

semeni verme güveni varsa ve semen belli bir vakte kadar verilecekse bunda bir beis olmadığını söylemiştir."¹²⁹

İbnü Rüşd, (ö. 520/1126) Sâlim b. Abdillâh'tan rivayet edilen bu rivayetle ilgili olarak şunu söylemiştir:

"Sâlim'in biz belli bir fiyatla et alırdık... demesi bu uygulamanın onların nezdine meşhur bir uygulama olduğu göstermektedir. Onların davranışlarında böyle bir uygulama meşhur olduğu için de buna Medine Ehli'nin satışı denilmiştir. İmam Mâlik ve mezhep âlimleri Medine Ehli'nin uygulamasının bulunmasına istinaden bunu caiz görmüşlerdir. Bu rivayette İmam Mâlik'in 'Ben bunun uygun olduğunu görüyorum' demesinin anlamı şudur: 'Her ne kadar bu uygulama kıyasa aykırı olsa da ben Medine Ehli'nin ameline uyarak istihsânen bunu caiz görüyorum.'"¹³⁰

1.2.5. Kolaylaştırmak Sebebiyle İstihsân

Kolaylaştırmaya dayanarak istihsânda yapmak halkın üzerinden meşakkati kaldırmak ve onlara genişlik sağlamak içindir. Aslında bu tür istihsân, delilin bazı gereklerinde bir mu'âriz olduğu için istisna ve ruhsat yoluyla delilin gereğini terk etmektir. Az olan bir şeyde değersiz olduğu için delili terk etmek meşakkati kaldırmak ve halka genişlik sağlamak amacıyladır.¹³¹ Dede olan İbn Rüşd bununla ilgili olarak şunu ifade eder: *"İmam Mâlik'in az olan bir şeyde delilin terk edilmesini caiz görmesi bir istihsândır. Nitekim o bu durumda kıyasın gereğinden ve illetin hem az hem de çok olan bir şeyde geçerli oluşundan vazgeçmiştir."*¹³² Bu tür istihsânın örneğini İmam Mâlik'e sorulan şu soru ve onun verdiği cevapta görmekteyiz:

İmam Mâlik'e şöyle bir soru sorulmuştur: Bir köle, bayan olan efendisinin saçına, ayaklarına ve ellerine bakabilir mi? İmam Mâlik bu soruya şu cevabı vermiştir: Saf ve çirkin olan kölenin bakmasında bir beis görmüyorum. Fakat yakışıklı olan kölenin

¹²⁹ Hattâb, *Mevâhibü'l-celil*, IV, 538; İliş, *Minehu'l-celil*, V, 384.

¹³⁰ Hattâb, *Mevâhibü'l-celil*, IV, 538.

¹³¹ Şâtübî, *el-Müvâfakât*, V, 196.

¹³² İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, VII, 137.

bakmasını hoş karşılamıyorum. Bir erkeğin kölesi o erkeğin hanımının bu yerlerine bakabilir mi diye bir soru ona sorulmuştur. O da sanki bunu kerih gördü.¹³³

İbn Rüşd (ö. 520/1126), İmam Mâlik'in bu sorulara verdiği cevaplarla ilgili şunu söylemiştir: İmam Mâlik saf ve çirkin kölenin bayan efendisinin saçına bakmasını caiz kılmıştır. Fakat yakışıklı olan kölenin bakmasını mekruh görmüş, ama "...yahut sahip olduğunuz ile yetinin"¹³⁴ ayetinden dolayı bunu haram saymamıştır. İmam Mâlik'in bir kadının kocasının kölesinin o kadına bakmasını kerih görmesi ise bir kadının kölesi ve kocasının kölesi arasında fark olduğunu göstermektedir. Saf ve çirkin olan kölenin bayan efendisinin bu tür yerlerine bakmasının caiz olması kadından sıkıntıyı kaldırmak içindir. Nitekim köle, efendisi olan bayana hizmet ederken yanına çok girip çıkmaktadır. Eğer kadın ondan dolayı örtünürse bu onun için meşakkatli olacaktır. Kıyasa göre ise bir bayanın kölesi yabancı birinin kölesi gibidir. Fakat burada kıyas terk edilmiş, kolaylık için istihsân yapılmıştır. Bir kadının kocasının yakışıklı olan kölesi ise bu kadının saçlarına bakamaz.¹³⁵

1.2.6. Sedd-i Zerî'a Sebebiyle İstihsan

Makâsıtlara ancak onlara götüren sebep ve yollarla ulaşıldığı için makâsıtların yol ve sebepleri onlara tabi olup onlara göre değerlendirilir. Haramların ve günahların araçlarının hoş görülmemesi ve yasaklanması kendi sonuçlarına götürmeleri ve bu sonuçlarla bağlantılı olmaları hasebiyledir. İtaatler ve ibadetlerin hoş görülmesi ve bunların yapılmasının emredilmesi kendi sonuçlarına götürmeleri hasebiyledir. Bir amacın aracı o amaca tabidir. Amaç ve araç ikisi de kast edilmektedir.¹³⁶ Hem geçmişteki hem de çağdaş âlimler, özellikle Mâlikî mezhebinin âlimleri sedd-i zerî'a hususuna önem vermişlerdir. Birtakım şeylerin önünü kapatmak veya açmak bakımından usûl kitaplarında bu kavramı geniş bir şekilde ele almışlardır. Mâlikîler sedd-i zerî'ayı kendi usûl kurallarından biri olarak saymışlardır.¹³⁷

¹³³ Murâkuşî, *Şerhu'l-Müdevveneti'l-kübrâ*, V, 204.

¹³⁴ Nisâ: 4/3.

¹³⁵ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, VII, 138.

¹³⁶ İbn Kâyyim, *I'lâmü'l-müvakkî'in*, III, 108.

¹³⁷ İbn Rüşd, *el-Mükaddimât el-mümehhidât*, II, 39.

Ebû Zehra (ö. 1394/1974), bununla ilgili şunu söylemiştir: “*Sedd-i zerî‘a, İmam Mâlik’in fıkhi hükümleri istinbât etmede çokça kullandığı usûl esaslarından biridir. Ahmed b. Hanbel ona yakın bir şekilde sedd-i zerî‘ayı kullanmıştır.*”¹³⁸

Sedd-i zerî‘a sebebiyle istihsân yapmak, genel olarak caiz olan asıl delil ya da hüküm sonucu daha büyü bir mefseteti ortaya çıkacağı için bunları terk etmektir. Mefsedetin yayılmasını engellemek hoş bir durumdur. Bunun imkândâhilindeki bütün ilmi araçlarla desteklenmesi gerekmektedir. Sedd-i zerî‘a sababiyle istihsâna şu örnek verilebilir: Şâri‘; devlet başkanlığı, cuma namazı, her iki bayram namazı, yağmur namazı ve korku namazı konularında bir imam/başkan etrafında toplanmayı emretmiştir. Hâlbuki korku namazının iki imamla kılınması daha güvenlidir. Bunun böyle emredilmesi ayrılık, ihtilaf ve çatışma yollarını kapatmak ve kalplerin birleşmesi ve uyum içinde olması içindir. Bu durum Şâri‘in en büyük maksatlarındanıdır. Bu maksatla çelişen bütün yolları kapatılmıştır. Hatta kalpler arasında ihtilaf meydana gelmemesi için namazda safları düzeltmede dahi bu ihtilafın yolları kapatılmıştır. Bunun örnekleri sayılamayacak kadar çoktur. Şâri‘ talep edilen en iyi duruma gelmenin ve düzelmenin bir esası olarak münkere her zaman karşı çıkmaktadır. Bir münkere karşı çıkmak daha büyük bir münkere yol açacaksa o münkere karşı çıkmak caiz değildir. Bu sebeple Rasûlullah (s.a.s.), devlet başkanlarıyla savaşmakla daha büyük bir fesat ve kötülüğün meydana gelme yollarını kapatmak için devlet başkanları, her ne kadar zulmetseler ve haksızlık yapsalar dahi namaz kıldıkları sürece onlarla savaşma ve onlara karşı çıkmayı yasaklamıştır. Bu ise sedde-i zerî‘a sebebiyle istihsân sayılmaktadır.¹³⁹

1.2.7. Zaruret Sebebiyle İstihsan

Zaruret sebebiyle istihsân, istisna ve ruhsat yoluyla delili terk etmeyi seçme şeklinde yapılan istihsânın kapsamına girmektedir. Zira zarûret asıl delilden bir istisnadır. Bu da delilin bazı gereklerinde ona bir mu‘ârızın bulunmasıyla olmaktadır. Mâlikilere göre zarûret sebebiyle istihsâna şu örnek verilebilir: İmâm Mâlik’e birinin bir miktar diğerinin de aynı miktardasusam veya turp tohumu getirmesi ve onların bu getirdiklerini karıştırıp birlikte yağını çıkarmaları sorulmuştur. İmam Mâlik buna şöyle cevap vermiştir: “*Bu*

¹³⁸ Ebû Zehra, *Mâlik b. Enes*, 345.

¹³⁹ Fâsî, *ed-Dâbü fî usûli‘l-mezhebi‘l-mâlikî*, s. 102; İbn Kayyim, *İ‘lâmü‘l-müvakkî‘in*, II, 195.

mekruhtur. Çünkü ürünlerin bir kısmından daha fazla yağ çıkmaktadır. Ama insanlar buna ihtiyaç duyuyorlarsa bunun hafif olmasını (bir sakıncasının olmamasını) umuyorum. Zira insanlar işlerine yarayan şeyi yapmaları gerekir. Onlar bu yaptıkları işe ihtiyaç duymaktadırlar. İnşallah bu konuda onlar için bir genişlik vardır. Böyle olmasını umuyorum. Bunda bir beis görmüyorum. Zeytin de bu ürünler gibidir.” Sahnûn bunda bir hayır olmadığını söylemiştir.¹⁴⁰ Muhammed b. Rüşd (ö. 520/1126), bu görüşlerle ilgili şunu söylemiştir: “Sahnûn’un bu sözü kıyasa göredir. İmam Mâlik’in söyledikleri ise istihsâna göredir. Zaruret onun böyle söylemesinde etkili olmuştur. Zira az miktarda susam ve turp tohumunun sıkılmasından tam verim alınmamaktadır. İstenen düzeyde yağın çıkarılması için insanlar ürünlerini birleştirip o şekilde sıkılmaktadırlar. Burada bir üründen çıkarılan yağın diğer üründen fazla olmasına cevaz veren âlimlerin söyledikleri dikkate alınmıştır.”¹⁴¹

Dayanağı zaruret olan istihsân örneklerinden biri de evlilikten önce muayene olmanın zorunlu görülmesidir. Bu muayene insan neslini korumak ve daha da iyileştirmek içindir. Maliki mezhebinden bu muayenenin zorunlu olduğunu söyleyenler bu görüşleri için birçok delil öne sürmüşlerdir. Bu delillerden biri şu ayettir: “Zekerıyya mâbedde durmuş namaz kılarken melekler ona şöyle nida ettiler: Allah sana, kendisi tarafından gelen bir Kelime’yi tasdik edici, efendi, iffetli ve sâlihlerden bir peygamber olarak Yahya’yı müjdeler.”¹⁴² Bir diğer delil Yüce Allah’ın şu sözüdür: “(Ve o kullar): Rabbimiz! Bize gözümüzü aydınlatacak eşler ve zürriyetler bağışla ve bizi takvâ sahiplerine önder kıl! Derler.”¹⁴³ Bir diğer delil de şu ayettir: “Ey iman edenler! Allah’a itaat edin. Peygamber’e ve sizden olan ülüemre (idarecilere) de itaat edin. Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz –Allah’a ve ahirete gerçekten inanıyorsanız- onu Allah’a ve Resûl’e götürün (onların talimatına göre halledin); bu hem hayırlı, hem de netice bakımından daha güzeldir.”¹⁴⁴

Bu ayetleri bu tür istihsâna delil olarak öne sürenler bunların delalet yönlerini şu şekilde açıklamaktadırlar: Bu ayetler; şeriatın insan nesline ve de ülüemrin (idareciler)

¹⁴⁰ Sahnun, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, IV, 238.

¹⁴¹ İbn Rüşd, *el-Beyân ve’-t-tahsil*, XII, 16.

¹⁴² Âl-i İmrân: 3/39.

¹⁴³ Furkân: 25/74.

¹⁴⁴ Nisâ: 4/59.

koyduğu kural ve yasalar Allah'ın emirlerine ve Rasûlullah'ın sünnetine aykırı olmadığı sürece ülüemre itaat edilmesine önem verdiğini açıklamaktadır. Tıbbi muayene zorunluluğuyla ilgili kanun çıkarmak gibi ülüemir tarafından çıkarılan ve İslam hukukuna ve maksatlarına aykırı olmayan yönergeler, yönetmenlikler ve kanunlar nefsi ve nesli koruma ve toplumu hastalık ve salgınlardan koruma kabilindedir. Nesli iyileştirmek, genetik hastalığı bitirmeyi, doğan çocukların sakat veya hasta olarak ya da istenmeyen başka vasıfları taşıyarak doğma ihtimalini azaltmayı amaçlamaktadır. Yüce Allah insan ve cinlerin yaratılma amacının sadece kendisine ibadet etmek olduğunu açıklamıştır. Bu ibadet de ancak yeryüzünü imar etmekle olur. İmar da ancak nesli korumakla olur. Dolayısıyla yeryüzünün imar edilebilmesi için de bedeni ve aklı güçlü olan insanların bulunması gerekir. Zamanın geçmesi, insanların düşüncesinin gelişmesi ve insanın sosyal sorunlarının artmasıyla yeni olay ve meseleler ortaya çıkmıştır. İnsanın kendi düşünce ve inandıklarına göre bunlara muamele etmesi gerekir. Bu yeni meselelerden biri de genetik kavramının gelişmesi ve bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasıdır. İnsanın gen haritası (insan genomu) genetik ve bulaşıcı hastalıkları tedavi etme yollarını öğrenmede çok etkili olmuştur. İslam hastalıkların tedavi edilmesine ve hastalık meydana gelmeden önce ondan korunmaya önem vermiştir.¹⁴⁵

Şeriatın maksatları ve kuralları; ülüemrin iki yönden insanın canı ve nesli koruyan önlemler alması ve bununla ilgili yasalar ve yönetmenlikler koymasının zorunlu olduğunu vurgulamıştır. Bu yönlerden biri koruyucu ve önleyici tedbirdir. Bu da insana yönelik olarak mefsetler ve tehlikeler meydana gelmeden önce bunları defetmekle olur. İkinci yön ise tedavi etmektir. İnsan hasta olduğunda onun tedavi edilmesi gerekmektedir. Mağrib (Fas) ve başka yerlerdeki Mâlikîlerin bu konudaki güncel fetvası; evlenecek olan çiftlerin, kişiyi tedavisi zor veyagenetik olan hastalıkların riskinden korumak ya da hastalığın cenine geçmesini önlemek için şeriatın maksatlarıyla uyumlu olan kural ve şartlara göre evlenmeden önce tıbbi muayene olmalarının istihsânen zorunlu olduğu yönündedir. Tıbbi muayenenin yapılmaması nesli koruma maksadına aykırı bir durum teşkil etmektedir.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Fâsî, *Nazariyyetü 'l-istihsân bi 'd-darûre ve tatbikâtuhâ*, s. 64.

¹⁴⁶ Fâsî, *Nazariyyetü 'l-istihsân*, s. 65.

Mâlikîler, “zararın verilmemesi, maslahatın celb edilmesi ve birey ile toplumdan mefsedetin defedilmesi” şeklindeki fıkıh kuralını da delil olarak öne sürmüşlerdir. Ayrıca “Raiyye yani tebaa üzerine tasarruf maslahata menûttur” ve “Hacet, umumi olsun hususi olsun, zaruret menzilesine tenzil olunur” kaidelerini bu görüşleri için delil göstermişlerdir.¹⁴⁷

Evlilikten önce tıbbi muayene olmanın istihsânen zorunlu olduğunu söyleyenlerin yukarıda geçen bu fıkhi kuralların kendi görüşleri için delil olma yönleri şu şekildedir: Bilimsel gelişme insanın rahata kavuşmasına katkıda bulunmaktadır. Tıp, tedavisi zor olan birçok hastalığı keşfetmiştir. Böylelikle insanlar sağıktan yararlanmaktadır. Ömür oranları da uzamıştır. Yeni tıp yararlarından biri, hastalıkları ve bunların sebeplerini bulmak ve bunların etkileri ortaya çıkmadan önce bunları bilmektir. Bazı insanlar risk ortaya çıkmadan önce kendi sağık durumlarını öğrenmek istiyorlar. Bu çerçeveyi genişleterek artık evlenmek istedikleri kişilerin de sağık taramasını yapmasını talep etmektedirler. Birtakım bulaşıcı, genetik ya da tedavisi zor olan ve eşlere büyük maliyetler yükleyen hastalıkların pençesine girme endişesi bulunduğundan dolayı bu şart, artık modern hayatın yeniliklerinden biri sayılmaktadır. Bazen yeni nesil de bundan zarar görmektedir. Yeni nesil; yaşantısı, sosyal ilişkisi ve hatta genel olarak mesleki hayatında ve geleceğinde sıkıntıya girmektedir. Bu mesele yeni ortaya çıkan bir mesele değildir. Zira bu konu, ailenin yapısı, aile bireylerinin sorumluluğunun belirlenmesi, uyumun sağlanması için uygun şartların oluşturulması ve eşler arasında sevgi ve merhamet bağının güçlenmesi için Şâri’in belirlediği ilke ve kuralların kapsamına girmektedir.¹⁴⁸

Şâri’in naslarına bakıldığında tıbbi muayenenin temellerini orada görmekteyiz. Nitekim Rasûlullah (s.a.s.) bir sahâbînin (r.a.), nişanlısını görerek tanınmasını emretmiş ve bunu şöyle gerekçelendirmiştir: “Onu gör. Zira bu aranızda sevgiyi daha çok sağılar.”¹⁴⁹ Başka bir hadiste Rasûlullah (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: “Ona bak. Nitekim Ensar kadınların gözlerinde bir sıkıntı olabilmektedir.”¹⁵⁰ Evlenilmek istenen kadını

¹⁴⁷ Mukrî, *el-Kavâid li'l-Mukrî*, 60; Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nazâir*, s. 124.

¹⁴⁸ Fâsî, *Nazariyyetü'l-istihsân*, s. 65.

¹⁴⁹ Tirmizî, “Nikâh”, 187.

¹⁵⁰ Tirmizî, “Nikâh”, 187.

tanıma, onun kusursuz ve güzel olduğundan emin olma maksadından dolayı ona bakmak meşru kılınmıştır. Evlenilecek kadının önceden görülmesi, kocanın ona ısınması ve onda huzur bulmasını sağlar ve yaratılıştaki kusurlarda bulunan riskleri ortadan kaldırır. Hatta evlenecek erkeğin gözünde o kadının güzel olmaması endişesi de ortadan kalkar. Bu eksiklerin bulunmaması eşler arasında aile hayatının devam etmesi ve aile kurumunun sağlam temeller üzerine kurulmasında önemli bir etkidir. Bu konuda istisna maslahatı asıl maslahattan üstün gelmiştir. Dolayısıyla burada istihsân yapılmıştır. Bu da eşlerin maslahatını korumak içindir.¹⁵¹Tıbbi muayene esnasında doktor avret olan yerleri görebilmektedir. Evleneceklerin muayene olması gerektiğine hüküm verilerek avretlerin örtülmesinin gerekli olması şeklindeki genel kuraldan yapılan bu istisnaya alimler zaruret sebebiyle istihsân demişlerdir. Bu istihsân toplum bireylerinin yararına olacak şekilde mefsetedi defetmek ve maslahatı celp etmek içindir.¹⁵²

1.2.8. Karinenin Dikkate Alınması Sebebiyle İstihsân

Cürcânî'nin yaptığı tanıma göre karine; bulutun yağmura delalet etmesinde olduğu gibi bilinmesiyle medlûlün (delalet edilen) varlığı hakkında zannı gerektiren bir alamettir. Nitekim bulutun bilinmesi yağmurun varlığı hakkında zannı gerektirmektedir.¹⁵³

Karinenin dikkate alınması sebebiyle yapılan istihsân için şahitsiz bir şekilde emaneti talep etme örneği verilmektedir. Şöyle ki İmam Mâlik'e bir adamın bir kimseye bir emanet bırakması, emanetçinin bir grup yanında bunu kabul etmesi ve şahitlerin bulunmaması durumu sorulmuştur. İmam Mâlik bu emanet üzerinden geçen sürenin uzun ve kısa olmasını birbirinden ayırmıştır. Ona göre yirmi yıl gibi uzun bir süre geçer ve emanet sahibi ölürse onun (varislerinin) bu emaneti talep etme hakkı yoktur. Birkaç ay veya bir sene gibi kısa bir süre geçer ve emanet sahibi ölürse onun (varislerinin) bu emaneti talep etme hakkı vardır.¹⁵⁴

¹⁵¹ Fâsî, *Kitâbü'n-nikâh*, s. 187.

¹⁵² Fâsî, *Nazariyyetü'l-istihân bi'd-darüreti ve tatbikâtuh*, s. 66.

¹⁵³ Cürcânî, *Mu'cemü't-ta'rîfât*, s. 29.

¹⁵⁴ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, XV, 289.

Karinenin dikkate alınmasıyla yapılan istihsâna râhin ve mürtehinin vasıflarını zikretmedikleri rehin örnek verilmektedir. İmam Mâlik gizlenebilen (para ve elbise gibi) mallarve gizlenemeyen (ev ve arsa gibi) malları birbirinden ayırmıştır.

O birincisinde damanın gerektiğini, ikincisinde ise gerekmediğini söylemiştir. Dede olan İbn Rüşd (ö. 520/1126), bu konuda şunu söylemiştir: “İmam Mâlik’in gizlenebilen mallar ile gizlenemeyen mallar arasına fark koyması ve gizlenebilen malların da yok olduğuna dair beyyinenin bulunması ve bulunmaması arasına fark koyması sahih olan görüştür.” Torun olan İbn Rüşd, İmam Mâlik’in bu görüşüyle ilgili olarak şunu ifade eder: İmam Malik’in, gizlenebilen mallar ile gizlenemeyen mallar arasına fark koyması bir istihsândır. Yani töhmet (suçlama) gizlenebilen mallarda olabilir, fakat gizlenemeyen mallarda olamaz.¹⁵⁵

1.2.9. Gizli Kıyas Sebebiyleİstihsân

Mâlikîlere göre senedi gizli kıyas olan sebebiyle istihsân, en güçlü delili alma şeklinde tanımlanmaktadır. İbn Huveyd Mindâd (ö. 390/999), ve İbn Arabî (ö. 638/1240), bu tanımları yapmışlardır. Gizli kıyas bazen celi kıyastan daha güçlü olmaktadır. Bazı konularda kıyasın uygulanması hükümde aşırılık ve mübalağaya yol açarsa bu konularda hafifletme gibi özel bir durumdan dolayı kıyas terk edilir ve istihsân yapılır.¹⁵⁶ Her ne kadar bu istihsân tanımı gizli kıyas ile istihsân yapmanın tanımı olmasa da bu istihsân türü de bu kapsama girmektedir. İmam Mâlik’e göre istihsân hakkında eser yazanların çoğu, gizli kıyas sebebiyle istihsân yapmakla ilgili olarak şunu ifade etmiştir: “Celi kıyası terk edip gizli kıyası almak Hanefiler göre bir istihsândır. Mâlikîlere göre böyle bir istihsân türü yoktur.” Bu düşüncede olanlar bunu iki mezhep arasındaki fark olarak görmektedirler.¹⁵⁷

Mâlikî mezhebinde gizli kıyasın dikkate alınması, Mâlikî fakihler arasında tartışmalı bir konudur. Gizli kıyas tümüyle reddedilmemektedir. Mâlikî mezhebinde celi kıyasın, gizli

¹⁵⁵ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, IV, 60.

¹⁵⁶ Bâcî, *el-Hudûd fi’l-usûl*, s. 66.

¹⁵⁷ Numan Cığaym, *Tahrîrü’l-kavl fi müsemme’l-istihsân inde’l-Mâlikiyye*, Mecelletü’l-İslâm fi Asyâ, C. 2, S. 2, (Aralık 2005), 56.

kıyasın önüne alındığında dair ifadelerden biri şudur: “*Ancak celi kıyastan sonra gizli kıyasa başvurulur.*”¹⁵⁸

Aslında gizli kıyas sebebiyle istihsân incelendiğinde bunun neredeyse bütün mezhep imamlarınca kabul edildiği görülmektedir. Zira bu kıyas iki delilden güçlü olanıyla amel etmektir. İmam Şâfiî kadim görüşünde bunu kabul etmektedir. İmam Şâfiî istihsâna karşı çıkmasına rağmen Mâverdî, onun kavli kadime göre gizli kıyası destekleyen sahâbî kavli varsa gizli kıyası celi kıyasın önüne aldığı ve daha sonra cedîd görüşüne göre bundan vaz geçtiğini aktarmış ve celi kıyas ile amel etmenin daha evla olduğunu söylemiştir.¹⁵⁹

Mâlikî mezhebinin muhakkiklerinden olan et-Tâhir b. Âşûr (ö.1390/1970), ve Muhammed el-Hıdır Hüseyin,(ö. 1377/1958), Mâlikî mezhebine göre celi kıyas bulunmasına karşın gizli kıyasın alındığını belirtmişlerdir.¹⁶⁰

Hata olarak bir ümmü veledin (efendisinden çocuğu olan cariye) yaralanması ve efendisi bu yaralamanın erşini almadan vefat etmesi durumunda bu erşi kimin alacağı meselesi gizli kıyas ile istihsânın örneklerinden biridir. İbn Kasım, (ö. 191/806), İmam Mâlik’ten şunu duyduğunu söylemiştir: “*Ümmü veled, hatalı olarak yaralandığında ve efendisi bu yaralamanın erşini almadan önce öldüğünde ümmü veled bu erşialır ve bu mal varislerin olur.*” İbn Kasım, İmam Mâlik’in daha sonra şunu söylediğini ifade etmiştir: Bu mal o cariyeye aittir. Çünkü ümmü veled diğer köleler gibi değildir. Onun bir saygınlığı vardır. Bu sebeple ümmü veledin efendisi bu yaranın erşini almadan ölürse bu erş ümmü veledde ait olur. İmam Mâlik de bu görüşü benimsemiş ve bunu hoş görmüştür (istihsân etmiştir). Ben de İmam Mâlik’in döndüğü bu ikinci görüşünü uygun görüyorum (istihsân ediyorum).¹⁶¹

Muhammed b. Rüşd (ö. 520/1126),bu meseleyle ilgili olarak şunu aktarmaktadır: İbn Kâsım (ö. 191/806), İbn Mevâz (ö. 269/883), kitabında şöyle söylemiştir: “*İmam Mâlik’in birinci görüşü kıyastır. Daha sonra bundan vaz geçip belirttiği ikinci görüşe istihsân ediyoruz (hoş görüyoruz). Ayrıca efendi yaralamanın diyetini almadan önce ümmü veledi*

¹⁵⁸ Karâfi, *Envâ’u’l-bürûk fî envâ’i’l-fürûk*, II, 128.

¹⁵⁹ İbn Kikeldî, *İcmâlü’l-isâbe fî akvâli’s-sahâbe*, s. 38.

¹⁶⁰ İbn Âşur, *Hâşiyetü’l-Tevdîh ve’l-tashîh*, II, 230; Hıdır, *Resâilü’l-islâh*, II, 229.

¹⁶¹ Sahnun, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, V, 326.

azat ederse bu diyet cariye olur. Eşheb diyetin efendiye ait olduğunu söylemiştir. Sahnûn ise cariye ait olduğunu ve bu meseledeki fihhi hükmün bu olduğunu söylemiştir.”¹⁶²

1.2.10. Muhalifin Delilinin Esas Alınması Sebebiyle İstihsân

Bu istihsân türü, bazı durumlarda muhalifin delilinin esas alınması şeklinde olmaktadır. Çünkü müctehide göre bazı konularda muhalif görüşü tercih edilmektedir. Bazılarında ise tercih edilmemektedir. Dolayısıyla müctehid tercih edilmeyen yerde bu görüşü esas almamaktadır. Tartışmalı konularda muhalif görüşünün esas alınması Mâlikîlere göre racih delile aykırı bir durumdur. Dolayısıyla ihtilafli meseleler, üzerinde ittifak edilen meseleler gibi kabul görmektedir.¹⁶³

İbn Huveyd Mindâd, (ö. 390/999), *el-Câmi'li-usûli'l-fikhad*lı eserinde şunu ifade etmiştir: Mezhebin meseleleri, İmam Mâlik'in ihtilafli meselelerde söyleyeni çok olan görüşü değil, delili güçlü olan görüşü dikkate aldığını göstermektedir.¹⁶⁴ İbn Rüşd de bu görüştedir. Nitekim o şunu ifade etmiştir: İhtilafın güçlü olmasına göre dikkate alınması da güçlü olur. Muhalif görüşün dikkate alınması İmam Mâlik'in mezhebinde vardır. Bir şeyin caiz olmasında tartışma ne kadar zayıf olursa onda kerahet güçlü olur.¹⁶⁵

İbn Abdisselam (ö. 749/1348), ve ondan sonra gelenler de bu görüşü benimsemişlerdir. İbn Abdisselam et-Tûnûsî bu konuda şunu söyler: “İnanmamız gereken husus İmam Mâlik'in ancak delili güçlü olanı esas aldığıdır.”¹⁶⁶ İliş, (ö. 1299/1889), Mâlikîlerin muhalif görüşü esas almasından maksat mezhep ve mezhep dışındaki muhalif görüş olduğunu ve muhalifin delilinin güçlü olması gerektiğini söylemiştir.¹⁶⁷ Bu şarttan anlaşıldığına göre Mâlikîlere göre muhalif görüşün esas alınması, bu görüşün dayandığı delilden yoksun bir şekilde o görüşün esas alınması değil, delilinin esas alınmasıdır. Muhalifin delilini esas alan kişinin müctehid olması gerekir. Çünkü güçlü ve zayıf delilleri o bilmektedir. Bu bakımdan müctehidin derecesine ulaşmayan mukallit bunları bilmemektedir. İliş bu konuda şunu söyler: “*Muhalifin delilini esas almak bazılarının*

¹⁶² İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, XVI, 91

¹⁶³ Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, III, 57.

¹⁶⁴ İbn Ferhûn, *Tebisiretü'l-hukkâm*, I, 81-82.

¹⁶⁵ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, III, 367.

¹⁶⁶ Mencûr, *Şerhu'l-Menheci'l-müntehab*, s. 255.

¹⁶⁷ İliş, *Fethu'l-aliiyi'l-Mâlik*, I, 60.

sandığı gibi mukallidin görevi değil, müctehidin görevidir.”¹⁶⁸ Şâtîbî (ö. 790/1388), zayıf bir görüş ya da rivayetin esas alınması sorulmuştur. O bu soruya şu cevabı vermiştir: Zayıf görüşleri veya başka bir şeyi esas almak fakihlerden olan müctehidin görevidir. Zira bazı Mağribli hocalarımızın bize açıkladığına göre ihtilafı esas almanın anlamı muhalifin delilini esas almaktadır. Delili esas almak ya da almamak biz mukallitlerin işi değildir. Âlimlerin görüşlerini anlar ve bu görüşlerden meşhur olanlarıyla fetva verirsek bu bizim için yeterlidir. Keşke bunda baş başa başarılı olsaydık. Bizim lehimize mi aleyhimize bilmeden bunu yapmasaydık.¹⁶⁹

İlîş (ö. 1299/1889), muhalifin delilinin esas alınmasının Mâlikî mezhebinde istihsân türlerinden biri olduğunu, bunun bir mezhepte bir kural olduğunu ve sayılamayacak kadar meselenin buna dayandırıldığını ifade etmiştir.¹⁷⁰

Bu istihsânın örneklerinden biri şudur: İhtilafı olan her fasit nikâh ile miras sabit olur. Bu fasit nikâhın feshedilmesi için talak olması gerekir. Bir diğer örnek ise şudur: Nafile namazda üçüncü rekâta kalkan ve üçüncü rekâtı tamamlayan kimse buna dördüncü rekâtı ekler. Burada, selam vermeden dört rekât nafile namaz kılmaya cevaz veren kimsenin görüşü esas alınmıştır. İttifak edilen meseleler ise böyle değildir. Zira bunlarda sadece delilleri esas alınır.¹⁷¹

Bu istihsân çeşidinin bir diğer örneği de şudur: İmam Mâlik çocuğun farz namazlarda değil, nafile namazlarda imamet yapmasını kabul etmiştir. İbn Rüşd bu meseleyle ilgili olarak şunu ifade etmiştir: Bu görüşte kıyas yapılmayıp istihsân yapılmıştır. Burada me'mûmün namazının imamın namazıyla bağlantılı olmadığı görüşü esas alınmıştır. Bu görüşe göre çocuk farz ve nafile namazlarında imamlık yapabilir. Adam nafile namaz kılan kimseye uyararak farz namazı kılabilir. İmam Mâlik'in mezhebinde kıyasa göre me'mûmün namazı imamın namazıyla bağlantılıdır. İmam Mâlik *el-Müdevvene*'de çocuğun sadece nafile namazda imamlık yapabileceğini söylemiştir. İbnü'l-Kasım İmam Malik'in bunu mekruh gördüğünü rivayet etmiştir. Çünkü me'mûnün namazı her ne kadar çocuğun namazı

¹⁶⁸ Venşersî, *el-Mi'yârü'l-mu'rib*, XI, 103

¹⁶⁹ Venşersî, *el-Mi'yârü'l-mu'rib*, XI, 103.

¹⁷⁰ Halîl, *Minehu'l-celîl şerhu Muhtasari Halîl*, VI, 472.

¹⁷¹ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, V, 106-107.

gibi nafîle olsa da çocuğun abdestsiz ya da niyetsiz bir şekilde namazı kılma endişesi bulunmaktadır. Zira mükellef olmadığı için bunda ona bir sıkıntı yoktur.¹⁷²

1.3. İSTİHSÂNIN MAKÂSİD İLE İLİŞKİSİ

İslam hukukunun maksatlarından biri insanların dini ve dünyevi maslahatlarının korumasıdır. Bu maksadın gerçekleşmesi için insanların maslahatını koruyan hükümler konulmuştur. Bu hükümler de kitap, sünnet, icmâ ve kıyas gibi Şâri'in uygun gördüğü delillere dayanmaktadır. Fakat bu deliller çerçevesinde kalındığında bazen mükellefler için birtakım sıkıntılar meydana gelmektedir. Dolayısıyla insanlar üzerinden sıkıntıyı kaldırmak için delilden vazgeçilmesi gerekmektedir. Birinci delilin gereğini terk etmek ise istihsândır. İstihsân, terk edilen delile göre farklı şekillerde olmaktadır. Fakat âlimler istihsânı hüccet ve şer'î bir delil kabul etmede ihtilafa düşmüşlerdir. Aslında istihsânın hücciyetini inkâr edenler bu terk edişle ilgili özel isimden dolayı karşı çıkmaktadırlar. İstihsânın hakikati açıklandıktan sonra onun anlam bakımından şer'îatın maksatlarına uygun olduğu ortaya çıkmaktadır. İstihsân aynı şekilde türleri bakımından kulların maslahatlarındaki şer'îatın maksatlarıyla da uyumludur. İstihsân böyle olduğu için de şer'î hükme ulaşmak için muteber olan şer'î bir araçtır. Dolayısıyla istihsân muteber olması gereken bir delildir. Burada istihsânı şer'îatın maksadıyla ilişkisi bakımından ele alacağız. İstihsân; şer'îatın, kulların maslahatındaki maksatlarını gerçekleştirdiğinden dolayı o şer'î hükümlere ulaşmak için muteber olan bir araçtır. Dolayısıyla istihsân, muteber olması gereken bir delildir. Eğer istihsân şer'îatın maksatlarını gerçekleştiriyorsa onun atılması ve ona bakılmaması gerekir.¹⁷³

Şâtîbî (ö. 790/1388), bu konuda şunu söyler: Makâsıd esası üzerine kurulan kurallardan biri istihsân kuralıdır. Mâlikî mezhebinde istihsân; külli bir delile karşın cüzi bir maslahatı almaktır. Bunun gereği maslahat-ı mürsele ile istidlal kıyasın önüne alınmaktadır. Nitekim istihsân yapan kimse sırf kendi zevki ve arzusuna başvurmuş olmuyor. Kesinlikle bu tür benzer meselelerde genel olarak Şâri'in maksadından öğrendiklerine başvurmaktadır. Örneğin kıyas birtakım meselelerde bir hüküm gerektiriyor.

¹⁷² İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, I, 305-396.

¹⁷³ Reysûnî, *Medhal ilâ makâsıdi 'ş-şerî'a*, s. 90.

Fakat bu hüküm diğer bir açıdan bir maslahatın yok olmasına ya da bir mefsedetın celp edilmesine yol açmaktadır. Bu durum zaruretler ile hâcî ya da hâcîile tahsînî durumlarında gerçekleşmektedir. Örneğin zaruri olan konularda her zaman kıyası uygulamak bazı durumlarda sıkıntı ve zorluklara yol açabilmektedir. Aynı şekilde tahsînî ile hâcî ya da tahsînî ile zarurî olan durumlarda da bunun böyle olabildiği apaçık ortadadır.¹⁷⁴

İslam hukukunda bunun örnekleri çoktur. Bu örneklerden biri karzdır. Şöyle ki karz aslında bir faizdir. Çünkü bir vadeye kadar parayı parayla vermektir. Yani onda ribe'n-nesîeye olmaktadır. Fakat karza ihtiyaç duyanlara kolaylık ve genişlik olsun diye bu işlem mübâh kılınmıştır. Eğer borç para vermek yasak olsaydı bu durum mükellefler için sıkıntıya yol açardı. Aynı şekilde bey' u'l-arâyâ da buna örnek gösterilebilir. Bu satış; taze hurmanın kuru hurmaya karşılık satılmasıdır. Kuru ve yaş hurmayı takas yaparak satış yapanlara kolaylık olsun diye bu satış mübâh kılınmıştır. Eğer bu tümüyle yasak olsaydı bu durum insanlar için sıkıntı olurdu. Aynı şekilde karzda ribe'n-nesîe yasaklansaydı bu da insanlar için sıkıntıya yol açacaktı.¹⁷⁵

Yağmurdan dolayı akşam ve yatsı namazını cem' etmek, yolcunun namazlarını cem' ve kasr etmesi, yolculukta orucun yenmesi, korku namazı ve diğer ruhsatlar da buna örnek gösterilebilir. Nitekim bunların caiz olması aslında maslahatı gerçekleştirme ya da mefsedetleri defetme gayesine matuftur. Zira genel delil bunların yasak olmasını gerektirmektedir. Eğer genel delile bağlı kalınıp bunlar yasaklansaydı istihsân delilinin gerektirdiği maslahat ortadan kalkardı. Dolayısıyla bu gayenin mümkün olduğu kadar riayet edilmesi gerekmektedir. Tedavilerde avret yerlerine bakılmasının caiz olması da bunun örneklerinden biridir. Halbuki genel delile göre bunun yasak olması gerekir. Kıyasın terk edilip maslahatın alındığı bu meselelere benzer çok mesele vardır.¹⁷⁶

Bu anlatılanlardan hareketler şunu söyleyebiliriz: İstihsân şeriatın maksatlarını gerçekleştirmektir. Kıyasın zorluğa yol açtığı durumlarda buna başvurulmaktadır. Aslında istihsân Şâtıbî'nin de dediği gibi delillerin gerekleri ve gayelerine bakmaktır. Bu bakış, Şâri'in istediği maksadı gerçekleştirmek için genel delile muhalefet etmeyi

¹⁷⁴ Reysûnî, *Medhal ilâ makâsidi 'ş-şerî'a*, s. 90.

¹⁷⁵ Reysûnî, *Medhal ilâ makâsidi 'ş-şerî'a*, s. 91.

¹⁷⁶ Reysûnî, *Medhal ilâ makâsidi 'ş-şerî'a*, s. 91.

gerektirmektedir. Nitekim cüzi maslahat ve külli delil çeliştiği zaman genel delile tutunulduğunda bazen maksat ortadan kalkmaktadır. Böylece istihsân maslahat-ı mürselenin bir şeklidir. Zira maslahatlar, asıl kuraldan bir istisna şeklinde olduğu zaman istihsânı kapsar. Böylece istihsân bir nevi maslahattır. Maslahat ise Şâri'in maksadıdır. Ayrıca istihsân, delilin gayesine bakmaktır. Bu da Şer'in öz maksadını gerçekleştirmek anlamına gelmektedir. Bu maksat hüküm ve maksatların dayanağı olan adalet maksadıdır. Bu sebeple istihsân ve şeriatın maksatlarını birbirinden ayırmak zordur. Çünkü maksat ve onun aracı arasındaki farktan ancak her birinin özellik ve dereceleri bakımından bahsedebiliriz. Yoksa biri olmadan diğeri olmaz. İstihsan şer'î nasları ele almada takip edilen bir kural olarak kalmaktadır. Zira istihsân maksadı gerçekleştiren bir araçtır. Şeriatın hepsi adalet ve rahmet olması hasebiyle istihsân bu özelliğe hizmet etmektedir.¹⁷⁷

Bu anlatılanlardan hareketle istihsânın maslahat ve adaletle riayet etmek olduğu söylenebilir. Yani fakih, Şâri'in maksadını dikkate almalı ve bu maksadı görmezden gelmemelidir. Bu maksat da maslahat ve adalettir. İhmal edilmiş ve kaybedilmiş bir maslahat bulunduğu zaman istihsân gereği fakihictihâd eder, onun itibar edilmesini sağlayan şeyi söyler ve onu korur. Fakih bir zararın olduğunu görürse onun zararları ortadan kaldıracak şekilde ictihâd etmesi ve fetva vermesi istihsândır. Fakih; şer'î nasların, bir zararın meydana gelmesi ya da şer'de muteber olan bir maslahatın yok olmasına yol açacak şekilde anlaşıldığını görürse onun bu nassı tekrar incelemesi hoş görülmektedir. Fakih bir kıyasın, Şâri'in adalet ve maslahattaki maksadına aykırı olduğunu görürse bu kıyasın doğru ya da yerinde bir kıyas olmadığını anlar. Dolayısıyla buna bağlı kalmaması ve şeriatın genel kurallarına başvurması hoş görülmektedir. Böylece istihsân ilmin onda dokuzudur.¹⁷⁸

Mâlikî mezhebi âlimlerine göre istihsân kavramı ve makâsîd kavramı incelendiğinde bu iki kavram arasında apaçık bir ilişki bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü istihsân bir meselede, bu meselenin benzerlerinin hükmünden vazgeçip başka bir hüküm vermektir. Eğer bir meselede kıyasın işletilmesinde bir adalet ya da bir maslahat yok oluyorsa veya mükelleflere sıkıntı ve zarar veriliyorsa müctehid bu meselede düşünmeye başlar ve

¹⁷⁷ Reysûnî, *Medhal ilâ makâsîdi 'ş-şerî'a*, s. 92.

¹⁷⁸ Reysûnî, *Medhal ilâ makâsîdi 'ş-şerî'a*, s. 102.

kendisine Őu soruyor sorar: Bu hűkűm; Őari'in, műkellefler için maslahatı celp etme ya da mefsedeti defetme Őeklindeki maksadını gerçekleŐtiriyor mu? Eđer bu soruya verilecek cevap hayır ise bu durumda műctehid kıyası terk eder ve hikmet sahibi Őari'in, insanların maslahatını korumadaki maksadını gerçekleŐtirmek için insanlara daha yararlı olan bir delil aramaya baŐlar. Műctehid Őer'e gűre muteber bir delil bulursa kıyası terk edip bu delili alır. İŐte onun bu yaptığı istihsândır. Bűylece istihsân; műctehidin, Őeriatın maksadını gerçekleŐtirmek için kullandığı bir araç olur. İmam Mâlik'in, "Kıyasta aŐırıya giden kimse neredeyse sűnnetten ayrılır" Őeklindeki sűzűnden maksat da budur. Nitekim çođu durumda istihsân maslahat ve adaleti dikkate almaktır.¹⁷⁹

Eđer kıyasın terk edilmesi Őer'i bir delil olmadan hevaya uyarak yapılırsa bu durumda istihsân reddedilir. O zaman bűyle yapan kiŐi için "Kim istihsânda bulunursa Őeriat koymuŐ olur" ifadesi sűylenir. İmam Őâfi'nin kast ettiđi de budur. Őeriat műkelleflerin kendi hevalarına uymalarını yasaklar. O zaman istihsân műkelleflerin maslahatlarını gerçekleŐtirmede daha gűlű ve daha açık bir delil sebebiyle kıyası terk etme olması bakımından Őer'i hűccetlerden biri olur. űnkű Őeriatın hűkűm koymaktan maksadı műkelleflerin maslahatıdır. Műkellefin maslahatı da daha bűyűk bir maslahatı gerçekleŐtiren en gűlű delile uymadadır. Daha gűlű bir delil sebebiyle kıyasın terk edildiđi meselelerde kıyasın uygulanması zayıf olup bu kıyas műkellefin maslahatını gerçekleŐtirmez. Hatta kıyas ona sıkıntı bile vermektedir. Őeriat ise sıkıntıyı kaldırmak için gelmiŐtir. İstihsânı reddedip onu hűccet olarak kabul etmeyen kimse, Őer'i bir delil olmadan sırf hevâ ve arzuya uyularak kıyasın terk edilmesini reddetmektedir. Bu kimse de bunu reddederek Őari'in maksadını gerçekleŐtirmektedir. Nitekim Őeriat műkellefleri kendi arzularına uymak ve Őer'i delillere karŐın kendi akıllarına gűre hareket etmekten sakındırmıŐtır. Kıyas muteber bir Őer'i delil olduđundan dolayı ondan daha gűlű bir Őer'i delil olmadığı sűrece onun terk edilmesi caiz deđildir. Kim ki hevâ ve arzusuna uyarsa muteber bir Őer'i delil olmadan kıyası terk etmiŐ olur. Bu kimsenin istihsânının reddedilmesi gerekir. Bűylece Őer'an muteber olan istihsân műkelleflerin maslahatını

¹⁷⁹ İbn RűŐd, *Bidâyetü'l-műctehid*, IV, 20.

koruma ve onlardan sıkıntı kaldırmada şeriatın maksadını gerçekleştiren bir araç sayılmaktadır.¹⁸⁰

İbn Hacer (ö. 852/1449), şunu söylemiştir: “Peygamber (s.a.s.) bir hadisinde önceki dinlere nispeten bu dini kolaylık dini olarak nitelemiştir. Çünkü Allah önceki ümmetler için bulunan yük ve zorlukları bu ümmet için kaldırmıştır. Bunun en açık örneklerinden biri şudur: Önceki ümmetlerin tövbeleri öldürülmeleriyle kabul edilmekteydi. Bu ümmetin tövbesi ise vazgeçmek, yapmamaya azmetmek ve pişman olmakla gerçekleşmektedir.”¹⁸¹

Peygamber (s.a.s.) iki şeyi yapma arasında muhayyer olduğunda zor olanı değil, kolay olanı seçerdi. Hz. Aişe (r.a.) şu rivayette bulunmuştur: “Rasûlullah (s.a.s.) ne zaman iki iş arasında muhayyer kalsa kolay olanı günah olmadığı sürece kesinlikle onu seçerdi.”¹⁸² Kurtubî bu hadisi şöyle açıklamıştır: Yani o, yapılması caiz olan iki iş arasında muhayyer olduğunda veya ona iki maslahat sunulduğunda kendisi için kolay olanını almak ve ümmetine bunu öğretmek için kolay olanını seçerdi, ağır olanını ise terk ederdi. İki şeyden biri günah olsaydı günah olanını terk eder, günah olmayanı daha ağır olsa dahi onu yapardı. İşte bu istihsân çeşitlerinden biridir.¹⁸³

1.3.1. İstihsânın Türleri Bakımından Makâsıd İle İlişkisi

Anlam bakımından istihsânın makâsıdü’ş-şerî’a ile ilişkisini ve şer’an muteber olan istihsân çeşitlerini açıkladıktan sonra makâsıdü’ş-şerî’a ve bu türlerin bazısı arasındaki ilişkiyi açıklayacağız. Ayrıca zikredeceğimiz bu istihsân türlerinin hepsinin, teşrî’in maslahatı celp etme ve mefsedeti defetmedeki maksadını gerçekleştirdiklerini açıklayacağız.

1.3.1.1. İcmâ ile İstihsân Aracılığıyla Makâsıdü’ş-şerî’anın Gerçekleştirilmesi

İcmâ ile istihsânın makâsıdı gerçekleştirmesine şu örnek verilebilir: Bazen bir nass bir yasağı gerektirmektedir. Fakat bu nassı birtakım meselelerde geçerli kıldığımızda Şâri’in, kulların maslahatını gerçekleştirmedeki maksadı ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple

¹⁸⁰ Reysûnî, *Medhal ilâ makâsıdı’ş-şerî’a*, s. 104.

¹⁸¹ İbn Hacer, *Fethu’l-bârî*, I, 116.

¹⁸² Buhârî, “el-Menâkıb”, 273.

¹⁸³ Reysûnî, *Medhal ilâ makâsıdı’ş-şerî’a*, s. 103.

âlimler, açık olduğu için açıklamalarına gerek kalmayan bir şer'î dayanağa binaen bazı istisnalar üzerinde ittifak etmektedirler. Üzerinde ittifak ettikleri meseleyi, Şâri'in maksadını gerçekleştirmek için bu yasağın kapsamından çıkarmaktadırlar. Böyle olan meselelere şu örnekler verilebilir:

1.3.1.1.1. Süre Belirtilmeden Hamama Girilmesi

Hamamda kullanılacak su, sabun ya da beklenilecek süre belirtilmeden genel hamamlara girilmektedir. Aslında buradaki cehalet bunun yasak olmasını gerektirmektedir. Nitekim bu cehalet akdi fasit kılmaktadır. Fakat bu yasak kulların maslahatını dolayısıyla şeriatın maksadını gerçekleştirmemektedir. Hatta kulları biraz sıkıntıya sokmaktadır. Fakihler buradaki cehaleti incelediklerinde bunun tartışmaya yol açmayacak derecede küçük bir cehalet olduğunu görmüşlerdir. Bu sebeple bu cehaleti dikkate almayıp buna cevaz vermişlerdir.¹⁸⁴ Böylece kullara kolaylık sağlanmak suretiyle onların maslahatı gerçekleşmiştir. Bu da Şâri'in maksadıyla aynıdır. Bu miktarları belirtmeden hamama girmenin caiz olması icmâ ile sabit olan istihsân kabilindedir.

1.3.1.1.2. İstisnâ' Akdi:

Bu, akit esnasında ma'dûm olan bir şey üzerine akit yapmaktır. Kıyasa göre bunun caiz olmaması gerekmektedir. Fakat insanlar buna çok ihtiyaç duydukları için bunun yasaklanması onları sıkıntıya sokmaktadır. Hâlbuki bu ümmet üzerindeki sıkıntı kaldırılmıştır. Halkın sıkıntıya sokulması şeriatın maksatlarından değildir. Bu sebeple Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin fakihleri belli şartlar çerçevesinde istisnâ' akdini caiz görmüşler ve bu akdi satışı yasak olan ma'dûmdan istisna etmişlerdir. Böylece kulların maslahatı gerçekleşmiş ve onlardan sıkıntı giderilmiştir. Dolayısıyla Şâri'in maksadı gerçekleşmiştir.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r-Ravda*, II, 452.

¹⁸⁵ Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r-Ravda*, II, 452.

1.3.1.2. Zaruret ile İstihsân Aracılığıyla Makâsîdü'ş-Şerî'anın Gerçekleştirilmesi

Bu istihsân çeşidi; müctehidin, delilin gereğiyle amel etmeyi terk etmesine sebep olan bir ihtiyaç ya da zaruretin bulunması ve müctehid insanlar üzerinden sıkıntıyı kaldırmak, onların maslahatını korumak, dolayısıyla Şâri'in maksadını gerçekleştirmek için zaruret gereğine tutunmasıyla olmaktadır. Buna şu örnekler verilebilir:

1.3.1.2.1. Kuyulara Necasetin Girmesi

Bir kuyuya necis bir şey girdiği zaman kıyasa göre bu kuyu necis olur ve içindeki suyun tümü çıkarılsa dahi bunun temizlenmesi mümkün olmaz. Çünkü kuyunun duvarı necis suyla temas etmektedir. Dolayısıyla kuyunun duvarı da necis olmaktadır. Kuyunun suyu çıkarıldıktan sonra kuyuya yeni su girdiğinde bu yeni çıkan su kuyunun duvarıyla temas ettiğinden dolayı bu su da necis olmaktadır. Fakat bu hükmü uygulamak ve bu meselede kıyası geçerli kılmak insanlar için şiddetli bir sıkıntıya yol açmaktadır. Nitekim insanlar suya çok ihtiyaç duymaktadırlar. Bir de suların muhafaza edildiği kuyuya da muhtaçlar. Bilinmektedir ki bu ümmet üzerinden sıkıntı kaldırılmıştır. Dolayısıyla bu tür kuyulardan belli bir miktar su çekildikten sonra istihsânen bunların temizlendiklerine hükmedilmektedir. Böylece insanlar için hayati olan malları korunmuş olmaktadır. Bu ise Şâri'in maksadının aynısıdır.¹⁸⁶

1.3.1.2.2. Kâdılık Şartlarını Taşımayan Kâdının Verdiği Hüküm

Zalim bir sultan, kâdî olma şartlarını taşımayan birini kâdî yaparsa, aslında bu kâdî şartları taşımadığı için onun verdiği hükümlerin geçersiz olması gerekmektedir. Fakat kulların maslahatını korumak için onun verdiği hükümler geçerli kabul edilir. Çünkü insanlar husumetlerin çözüme kavuşturulması ve hakların sahiplerine iade edilmesine çok ihtiyaç duymaktadırlar. Böyle bir kâdının hükmünün geçersiz olduğunu söylemek, kullara büyük zararlar verir. Zarar ise kaldırılmakta ve defedilmektedir. Zararın defedilmesi Şâr'in maksatlarındandır. Dolayısıyla onun hükümlerinin geçersiz olduğu söylenemez. Şâr'in,

¹⁸⁶ Tûfi, *Şerhu Muhtasari'r-Ravda*, II, 452.

kulların maslahatını koruma şeklinde maksadını gerçekleştirmek için onun verdiği hükümlerin geçerli olduğu söylenir.

1.3.1.2.3. Düşmanın Müslümanların Siper Etmesi

Düşmanlar, Müslümanları siper ederse düşmana ateş etmek caizdir. Aslında atışların Müslümanlara isabet etmesi ve bu sebeple onların ölme ihtimali bulunduğu için bunun caiz olmaması gerekirdi. Fakat buna cevaz verilmiştir. Çünkü Müslümanlar siper yapıldığı için düşmana ateş etmemek cihadın kapısının kapanmasına yol açmaktadır. Hâlbuki dinin korunması için cihat meşru görülmüştür. Dinin korunması da Şâri‘in maksatlarından biridir. Ayrıca bu durumda ateş edilmemesi Müslümanlara zarar da vermektedir. Nitekim kâfirler, Müslümanların ateş etmemesinden yararlanarak onlara yaklaşırlar, saldırıda bulunurlar ve onları hezimete uğrattırlar. Hâlbuki zarar defedilir. Zararın defedilmesi Şâri‘in maksatlarındandır. Dolayısıyla kâfirler Müslümanları siper ettiklerinde bu savaşan kâfirlere ateş edilir. Fakat ateş eden Müslüman, kâfiri kast etmesi gerekmektedir. Çünkü eğer siper edilmiş Müslüman ile kâfiri birbirinden ayırırsa bunu yapması gerekir. Ama onları ayırt edemiyorsa kastıyla bu ayırımı yapması gerekmektedir. Yani kâfire ateş etme kastıyla ateş edecektir.¹⁸⁷

1.3.1.3. Gizli Kıyas ile İstihsân Aracılığıyla Makâsüdü’ş-şerî‘anın Gerçekleştirilmesi

Bu, gizli kıyas daha güçlü olduğu için bu kıyası celi kıyasa tercih etmekle olmaktadır. Kıyas muteber şer‘î bir delil olup şeriatın maksadını gerçekleştirmektedir. Bir fer‘in kıyas edilmesi konusunda iki asıl çakıştığında ve biri şeriatın maksadını gerçekleştirdiğinde bunun tutulup diğerinin terk edilmesi gerekir. Buna şu örnekler verilebilir:

1. Bir kimse, bir araziyi kiralarsa ve bu akitte sulama ve su kanalından bahsedilmezse bu fer‘te iki asıl çakışmaktadır. Biri ilk akla gelen celi kıyastır. Diğer düşünülmesi ve dikkatli bir şekilde bakılması gereken gizli kıyastır. Celi kıyasa göre bu mesele bey‘a kıyas edilir. Nitekim hem bey‘ hem de icâre akdi bir bedel üzerine akit yapmaktır. Dolayısıyla sulama ve su kanalı bu akde dâhil değildir. Bu şekilde bir kıyasın

¹⁸⁷ Şâtibi, *el-Müvâfakât*, II, 229.

yapılmasıyla kiralayan için sıkıntı doğmaktadır. Fakat bu mesele iyice düşünülüğünde ve buna dikkatli bir şekilde bakıldığında bu akdin kıyas edilebildiği başka bir aslın da bulunduğu görülmektedir. O da vakıftır. Nitekim vakıf ve icârenin ikisi de akde konu olan ayn sahibinin elinde kalmak suretiyle menfaatin onun elinden çıkmasıdır. Dolayısıyla sulama ve su kanalı her ne kadar akitte zikredilmeseler de bu icâre akdi gereği bunlar akde dâhildir. Çünkü icâre bir bedel karşılığında bir menfaati temlik etmektir. Sulama olmadan araziden yararlanmak mümkün değildir. Böylece sulama da araziyle birlikte zikredilmiş olarak kabule edilir. Araziyi kiralayan kimse araziden yararlanmak için onu kiralamaktadır. Su olmadan da araziden yararlanılamaz. Eğer su akde dâhil edilmezse arazi niçin kiralsın. Mükellefin bu akitteki maksadı, şerîata aykırı olmayan bir maslahattır. Dolayısıyla onun maksadı şer'an muteber bir maksattır.¹⁸⁸ Böylece Şâri 'in maksadı celi kıyas ile değil, gizli kıyas ile gerçekleşmektedir.

2. Bir grup insan bir evi delerlerse ve onlardan bir kısmı evin içindeki eşyaları çıkarmak suretiyle bu eşyaları çalarlarsa bu fer'te iki asıl çakışmaktadır. Zahir olan kıyasa göre bu, bir kadını zinaya zorlayan kimseye kıyas edilmektedir. Burada ikrahta bulunan kimseye had uygulanmaz, zina edene uygulanır. Bu durumda hırsızlık meselesinde had sadece eşyaları çıkaranlara uygulanır. Evi delenlerin hepsine uygulanmaz. Gizli kıyasa göre ise bu hırsızlık meselesi, birbirlerine yardım ederek yol kesen, insanları öldüren ve haksız bir şekilde zorla insanların mallarını alan yol kesicilere kıyas edilir. Nitekim bu hırsızlık meselesinde bunların hepsi, malı almaya ulaşma sebebine iştirak etmişlerdir. Bu sebep de haksız bir şekilde malı zorla almaktır.¹⁸⁹ Hırsızlık eylemine iştirak edenler, haksız bir şekilde zorla mal almaya iştirak ettikleri için bunların hepsine haddin uygulanması; Şâri'in, insanların mallarını korumadaki maksadıyla daha uyumludur. Zira insanlar böyle bir durumda sadece birine had uygulandığını ya da evin içine girip evdeki eşyaları bir bineğe yüklediklerinde ve bu binek evdeki eşyaları çıkardığında hiçbirine had uygulanmadığını bilirlerse hırsızlık yapmaya daha çok cesaret ederler. Böylece insanların malları zayi olur ve saldırılara maruz kalır. Hâlbuki malları korumak şer'an muteber olan bir maksattır.

¹⁸⁸ Şâtibî, *el-Müvâfakât*, II, 229.

¹⁸⁹ Cessâs, *el-Füsûl fi'l-üsûl*, II, 348.

1.3.1.4. Örf ile İstihsân Aracılığıyla Makâsîdü'ş-şerî'anın Gerçekleştirilmesi

İslam hukuku kendisine aykırı olmayan insanların örflerini kabul etmiştir. Böylece belli bir şeyi yasaklayan bir hüküm bulunursa, fakat insanların örfüne göre bu iş yapılıyorsa ve bu iş tartışma ya da zarara yol açmıyorsa bu işi adet haline getiren kimseler için bu yasağın kalkması asıl olandır. Çünkü bunun yasaklanmasında bu işi adet haline getiren toplum için bir zarar ve mefsedet ortaya çıkmaktadır. Zarar ise şerîatin maksatlarından değildir. Maslahat onun maksatlarındanıdır. Dolayısıyla o işi adet haline getiren o yörenin halkı istihsânen bu hükümden istisna edilmektedir. Teâtî akdi (sözlü olarak icap ve kabulde bulunmaksızın yapılan satış)buna örnek gösterilebilir. Bu akit icap ve kabul olmadan yapılmaktadır. Müşteri hiç konuşmadan parayı verip ürünü almaktadır. Teâtî akdi, akitlere kıyas yapıldığı zaman bu akitgeçersiz olur. Çünkü burada akdin rükünleri olan icap ve kabul bulunmamaktadır. Fakat bu akit yasaklandığı takdirde sıkıntı meydana geleceği için bu akde cevaz verilmiştir. Bazen satıcı namaz kılmaktadır. Namazını bozamamaktadır. Müşterinin de acil bir işi olabilmektedir. Bu durumda müşteri parayı koyup ürünü almaktadır. Bu tür bir satış yasaklandığı takdirde iki tarafın maslahatı da ortadan kalkar. Bu akit, şer'î bir nassa aykırı olmadığı, akitten sonra tartışma meydana gelmediği, bunda iki tarafın maslahatı bulunduğu ve insanlar bunu örf haline getirdiği için istihsânen caizdir.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Şâtîbî, *Mivâfakât*, II, 230; Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r-Ravda*, II, 453.

İKİNCİ BÖLÜM

EL-MÜDEVVENE'DE İSTİHSÂN UYGULAMALARI

Fakihlerin yeni meselelere göre içtihatla bulunduğu tartışmalı deliller bulunmaktadır. Bu delillerden istishâb, maslahat-ı mürsele ve istihsân vardır. Ayrıca istihsân araştırmamızın konusunu teşkil etmektedir. İstihsânın Mâlikî mezhebinin muteber delillerinden biri olduğu bilinmektedir. Mâlikî mezhebi müctehidlerinin dayandığı kaynaklardan biri de *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*'dır. Bu başlık altında *el-Müdevvene*'de geçen istihsân uygulamalarının bazılarını ele alacağız.*el-Müdevvene*'deki istihsân uygulamalarına geçmeden önce bu eser hakkında kısa bir bilgi vermek istiyoruz.

2.1. el-Müdevvenetü'l Kübra

Sahnun tarafından kaleme alınan ve Maliki fikhının “kurucu metni” hüviyetinde olan el-Müdevvenetü'l-Kübra adlı eser Malikî fikhının temel kaynaklarını ifade eden “Ümmehât (ana kaynaklar)” dan birini teşkil eder. Söz konusu ana kaynaklar beş tane olup diğerleri Esed b. Furat'ın (ö. 213/828) *el-Esediyye*'si, Utbi'nin (ö. 255/869),*el-Utbiyye*'si, İbn Habib'in (ö. 245//860), *el-Vazıha*'sı ve İbn Muvvaz'ın (ö. 269/883),*el-Mevvaziye*'sinden oluşmaktadır.¹⁹¹

İmam Malik'in Kayrevân'daki öğrencilerinden olan Ali b. Ziyad el Absi'den (ö. 183/799), ders alan Sahnun,(ö. 240/854), Esed b. Furat'ın *el-Esediyye*'sinde İmam Malik'in fikhına uygunluk arz etmeyen unsurlar tespit etmesi üzerine Irak fikhının unsurlarını ayıklamak üzere Mısır'a giderek eseri Abdurrahman b. Kasım'a arz etmiştir. Gerekli değişiklikleri ve eklemeleri yaparak *el-Müdevvene ve'l-Muhtelita* adıyla yeniden telif etmiştir.¹⁹²

Sahnun tarafından telif edildikten sonra kimileri tarafından İbn Kasım'a ithaf edilecek kadar kabul gören Müdevvene kısa sürede şöhrete kavuşmuş ve mezhebin başucu kaynağı

¹⁹¹ Eyüp Said Kaya, *DİA, Malikî mezhebi*, XXVII, 519-535.

¹⁹² Eyüp Said Kaya, *DİA, Malikî mezhebi*, XXVII, 519-535.

olmayı başarmıştır. İşte bu şöhreti sebebiyle el-Müdevvene üzerinde şerh, muhtasar ve modern dönemde tez türlerinden eserler kaleme alınmıştır.¹⁹³

Maliki Fıkhdında el- Müdevvene'nin en meşhur muhtasarlari şunlardır:

- İbn Ebu Zeyd el-Kayravanî,(ö. 386/996), Muhtasarü'l-Müdevvene
- Ebu Said el-Baraziî, (ö. 430/1039), et-Tehzib fi'htisâri'l-Müdevvene
- İbn Rüşd el-Ced,(ö. 520/1126), el-Mükadimatü'l-mümehidât
- İbn Ebu Zemenin, (ö. 399/1008), el-Muğrib (el-Mukarrib) fi'htisari'l-Müdevvene
- Ebü'l-Kâsım Halef b. Behlül el-Berbeli, (ö. 400/1009), et-Tekrib.
- Abdullah b. Abdurrahman eş-Şârimisâhi, (ö. 255/869), Nazmü'd-dürer fi'htisâri'l-Müdevvene'sidir ¹⁹⁴.

El-Müdevvene'nin en meşhur şerhleri ise şunlardır:

- Ebu Bekir İbn Yûnus es-Sıkillî, (ö. 639/1242), el-Câmi li-mesa'ili'l-Müdevvene
- Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed el-Lahmî, (ö. 577/1181), (Ta'lik ale'l-Müdevvene)
- Mazerî, Şerh (ö. 561/1165), (Ta'lika) ale'l-Müdevvene.
- Kâdi İyâz, (ö. 544/1149), et-Tenbihâtü'l-müstenbita fi şerh-i müşkilâti'l-Müdevvene ve'l-Muhtelita
- Ebu Said el-Berâzii, (ö. 430/1039), Kitâbü'ş-Şerh ve't-Temâmât li-mesa'ili'l-Müdevvene
- Ebu Muhammed Abdalhakes-Sehmi,,(ö. 546/1152), en-Müket ve'l furûk li-mesa'ili'l-Müdevvene ve'l-Muhtelita.¹⁹⁵

Eser Sahnun tarafından İbn Kasıma arz edilmek suretiyle soru cevap şeklinde oluşturulmuştur. İmam Malik'ten nakiller aktarıldığı gibi çalışmamızda görüleceği üzere İbn Kasım tarafından ortaya konulan görüşler de mevcuttur. Yalnız bu görüşler imam

¹⁹³Eyüp Said Kaya, *DİA, Maliki mezhebi*, XXVII, 519-535.

¹⁹⁴Ali Hakan Çavuşoğlu, *DİA, "el-Müdevvenetü'l-Kübra"*XXXI,470-471.

¹⁹⁵Ali Hakan Çavuşoğlu, *DİA, "el-Müdevvenetü'l-Kübra"*XXXI,470-471.

Malik'e muhalif değildir. Malik'ten herhangi bir görüş ulaşmadığı durumlarda İbn Kasım yine İmam Malik'in kullandığı metotlarla çözüm üretmiştir. İbn Kasım'ın bu etkinliği Müdevvene'nin zaman zaman ona ithaf edilmesi sonucunu doğurmuştur.¹⁹⁶

Telif edilme sürecini kısaca ele aldığımız el-Müdevvene, ilk olarak 476/1083 yılında 8 cilt halinde Kahire'de basılmış ve ardından Beyrut'ta ofset neşri yapılmıştır.

el-Müdevvene'nin farklı özellik ve ayrıcalıkları bulunmaktadır. Bu eser fıkıh yönteminin yenilenmesi ve fıkhi araştırmalarda yeni yöntemlerin ortaya konmasında katkıda bulunmuştur. Bu özelliklerden biri Mâlikî mezhebi içinde karşılaştırmalı fıkıhın ilke ve temellerini atmasıdır. İmam Mâlik'in bir konu hakkında görüşü yoksa İbn Kasım ictehad eder, onun başka meseleler hakkındaki sözlerine ve usûlüne dayanarak bu konu hakkında hüküm verir. Ayrıca *el-Müdevvene*'de İmam Mâlik'in İbn Kasım dışındaki ashabının rivayetlerini ele almaktadır ki bunları Sahnûn ilave etmiştir.

Ebû Zehra (ö. 1394/1974), *el-Müdevvene*'yle ilgili olarak şunu söylemektedir: “*el-Müdevvene, İmam Mâlik ve onun ashabının görüşlerinin karşılaştırarak karşılaştırmalı bir fıkıh yönetimini ortaya koymuştur. Ayrıca meseleleri onun usûlüne dayandırma yolunu da ortaya koymuştur. Bu itibarla müellif meseleleri İmam Mâlik'e nispet etmiştir. Böylece bu eser, ilk asırdan itibaren bu mezhep içinde meseleleri tahriç etmenin (fürû meselelerini usûl ile temellendirmek/irtibatlandırmak) kapısını açmıştır. Mezhep içi tahriç, mezhebin gelişmesinin yolu ve hükümlerinin kapsamlı olma esasıdır. Nitekim meseleler sona ermemektedir. Mezhepleri yayan fakihler bütün yeni meselelerde mezheplere uymak isterlerse meseleleri mezhep imamlarının usûlü üzerine tahriç etmeleri gerekmektedir. İbnü'l-Kâsım bunun esaslarını koymuş, ondan sonra gelenler de bu esaslar üzerine devam etmişlerdir.*”¹⁹⁷

2.2. el-Müdevvene'de Geçen Bazı İstihsân Meseleleri

Bu başlık altında Mâlikî mezhebi âlimlerine göre istihsân deliline dayandırılan ve el-Müdevvene'de geçen meselelerin bir kısmını ele alacağız. İstihsân delilinin dayandığı kitap ve sünnet delilleriyle birlikte istihsânın yapıldığı meseleleri zikrederek ve diğer mezhep

¹⁹⁶ Ali Hakan Çavuşoğlu, *DİA, el-Müdevvenetü'l-Kübra*, XXXI, 470-471.

¹⁹⁷ Ebû Zehra, *Usûlü'l-fıkıh*, s. 216.

âlimlerinin görüşlerine de yer vererek bu konuyu ele alamaya çalışacağız. Bazı meselelerde ise sadece meseleleri ve onlardaki istihsân yönünü açıklamakla yetineceğiz. Mâlikî mezhebinde bir temel kaynak sayılan *el-Müdevvene*'deki istihsân meselelerini özlü bir şekilde burada ele alacağız.

Daha önce söylediğimiz gibi İmam Mâlik, *el-Müvatta*'da istihsân lafzını hiç kullanmamıştır. Sadece *el-Müdevvene*'de onun istihsân lafzı kullandığına dair bilgilere yer verilmektedir. Burada farklı yerlerde ve farklı şekillerde istihsân lafzını kullandığı geçmektedir. Bu bölümde ele alacağımız istihsân meseleleri, onun istihsân lafzını kullandığı meseleler olacaktır. Onun bazı meselelerde istihsân (استحسان) bazılarında estahsinü (أستحسن) bazılarında istahsentü (استحسنْتُ) ve başka ifadeler de kullandığı görülmektedir.

Her ne kadar imam Mâlik *el-Müvatta*'da istihsân kavramını kullanmamış olsa da *el-Müdevvene*'de onun bu kavramı kullandığı geçmektedir. Bunun sebebi şu olabilir: *el-Müdevvene*'de imam Mâlik'in ifadelerine bağlı kalınmamıştır. Bu eser onun görüşlerinin özetidir. Ayrıca onun görüşlerini rivayet edenlerin ve yazarların kendi üsluplarıyla onun usûlü üzerine tahriç ettikleri meselelerin yer aldığı bir eserdir. Bu sebeple bu eserde geçen istihsân ifadelerinin kesin olarak imam Mâlik'e nispet edildiğini söyleyemeyiz.¹⁹⁸ Mezhebin meşhur âlimlerinin hayatını ele alan eserler İbnü'l-Kâsım'ın (ö. 191) fıkhi görüşleri hakkında bize şu bilgileri vermektedir: “İbn Kasım mezhep içinde re'y ehli sayılmaktadır. Nitekim İbn Abdilberr; onda re'y'in baskın olduğunu söylemiştir. İmam Asbağ'da da (ö. 225/840), durum aynıdır ki o, İbn Kasım'dan imam Mâlik'in istihsân ilmin onda dokuzu saydığını rivayet etmiştir. Birçok kişi onun iyi kıyas yaptığını söylemiştir. Onun fıkıh usûlünde görüşleri bulunmaktadır. O Maliki mezhebinde ilk usûl kuralları koyanlardan biridir. Kendi asrında yaygın kıyas ve istihsândan bahsetmiş ve istihsânı İmam Mâlik ile irtibatlandırmıştır.¹⁹⁹

Daha önce birinci bölümde istihsânın Mâlikî mezhebinin esaslarından biri olmasıyla ilgili Mâlikî mezhebi âlimleri arasındaki tartışmaları ele aldık. Orada istihsânın, mezhep

¹⁹⁸İbn Azûm, *Şerhu'l-Müdevveneti'l-kübrâ*, III, 210.

¹⁹⁹İbn Azûm, *Şerhu'l-Müdevveneti'l-kübrâ*, III, 210.

mensuplarının mesele ve olaylarda delil olarak kullanmak üzere kabul ettiği mezhep esaslarından biri olduğunu açıkladık. Bu bağlamda bunu pekiştirmek ve teyit etmek için İmam Mâlik'e nispet edilen birtakım önemli istihsân meselelerini zikretmenin gerekli olduğunu düşünüyoruz.

2.2.1. Taharet Ve İbadetlerle İlgili Meseleler

2.2.1.1. Necasetin Girdiği Az Miktardaki Suyu Abdestin Alınmaması

Az miktardaki bir suya az bir necaset girerse bu suyun renk, tat ve koku özelliklerinden hiçbiri değişirse dahi namaz kılmak isteyen kimse bu suyla abdest alamaz. Kişi bu suyu terk edip teyemmüm alması gerekmektedir. Bu suyla abdest alıp namaz kılsa vakit içinde olduğu sürece namazını iade eder.

İbn Kasım (ö. 191/806), bu konuda şunu söylemiştir: Az olan bir su, özellikleri değişirse dahi içine necasetin girmesiyle necis olur. Bu, Mısırlıların İmam Mâlik'ten rivayet ettiği'dir.²⁰⁰

İbn Kasım ayrıca şunu söylemiştir: *“Bazı arkadaşlarımız bize şunu söylemişlerdir: Biri İmam Mâlik'e şu soruyu sordu: Suyun içine deri girer ve hemen çıkarılırsa veya elbise girerse bu suyla abdest almada bir beis var mı? İmam Mâlik bunda bir beis görmüyorum dedi. O adam ekmeğin durumu nasıl diye sordu. İmam Mâlik ona cevaben şöyle dedi: Eğer bir adam bir deriyi alıp günlerce suda bekletirse ve bu deri bu suda iyice ıslanmışsa bu suyla abdest alınır mı? O adam hayır dedi. İmam Mâlik bu deri ekmeğe gibidir. Her bir şeyin bir yönü vardır.”*²⁰¹

Desûkî (ö. 1230/1815), haşiyesinde özetle şöyle geçmektedir: *“Abdest alınacak veya yıkanacak miktarda olan veya bundan daha az olan bir suya bir damla kadar bir necaset girerse ve bu suyun özellikleri değişmezse abdest için bu suyu kullanmak mekruhtur. Ama normal diğer yerlerde kullanılması mekruh değildir.”*²⁰²

Su az olursa ve içine necaset girerse, fakat onun özellikleri değişmezse Mâlikîler bu suyun hükmüyle ilgili farklı görüşler belirtmişlerdir. O görüşlerden biri şudur: Bu su abdest

²⁰⁰ İbn Azûm, *Şerhu'l-Müdevveneti'l-kübrâ*, I, 180; Rü'eynî, *Mevâhibü'l-celîl*, I, 70.

²⁰¹ Sahnûn, *el-Müdevveneti'l-kübrâ*, I, 115.

²⁰² Desûkî, *Haşiyetü'd-düsûkî ale's-Şerhi'l-kebir*, I, 43.

için elverişli değildir. Namaz kılmak isteyen kimse teyemmüm alır ve bu suyu terk eder. Eğer bu suyla abdest alıp namaz kılsa vakit içinde olduğu sürece başka bir su bulursa namazını iade eder. Fakat vakit çıkarsa artık iade etmez. Burada bu suyun temiz ve temizleyici olduğunu ve ilk başta bu suyla abdestin alınmasının caiz olduğunu söyleyenlerin görüşüne riayet edilmiştir. Şâtibî'nin (ö. 790/1388), *el-İ'tisâm*'adlı eserinde şöyle geçmektedir: İmam Mâlik; bu kişi, vakit içinde namazı iade eder, fakat vakit çıktıktan sonra namazını iade etmez diyor. Çünkü bu suyun temiz olduğu ve bununla abdest alınabildiğini söyleyenlerin görüşlerine riayet etmiştir. Hâlbuki bu kişi, terk etmesi sahih olan bir suyla abdest aldığı için kıyasa göre gerek vakit içinde gerekse vakit dışında namazı iade etmesi gerekirdi.²⁰³ Bur istihşân dikkate alma bir itihşandır.

2.2.1.2. Adetli Olan Kadının Az Miktarda Kur'an Okuması

Bu mesele el-Müdevvene'de şöyle geçmektedir: *Sahnun, İbn Kasım'a adetli olan kadının (Kur'an) okuması hakkında görüşün nedir? Diye sorduğunu söylemiştir. İbn Kasım buna cevaben şöyle demiştir: Adet durduktan sonra ve gusülden önce bunu yapmak caiz değildir.*²⁰⁴ *Ben (Sahnûn): Bir yada iki ayet okursa bu caiz midir? Diye ona sordum. İbn Kasım ise şöyle cevap verdi: İmam Malik'in adetli kadının bir veya iki ayet okumasını yasakladığı görmedim. Fakat ben adetli kadını bir iki ayet okumasını istihşânen caiz görüyorum.*²⁰⁵

el-Bâcî (ö. 474/1081), ve İbn Arefe (ö. 1395/1976), gibi bazı Mâlikî fakihlere göre adetli kadının birkaç ayet okuması istihşânen caizdir. Onlar bu görüşleriyle mezhebin diğer âlimlerine muhalefet etmişlerdir ki onlar dışındaki maliki fakihler adetli kadının az ve çok Kur'an okumasını caiz görmemektedirler. Onlar Hanefî, Şafîî ve Hanbelî fakihlerinin cumhuruna da muhalefet etmişlerdir ki cumhur adetli kadının Kur'an okuyamayacağı görüşündedir.

Bidâyetü'l-müctehid'de bu konuyla ilgili olarak şöyle geçmektedir: Bazıları Kur'an okuma meselesinde adetli kadını cünüp olarak kabul etmiştir. Bazıları ise adetli kadın ve

²⁰³ Desûkî, *Hâşiyetü'd-düsûkî*, I, 74.

²⁰⁴ Sahnun, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, I,49-53.

²⁰⁵ Sahnun, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, I,49-53.

cünüp olanı birbirinden ayırarak adetli kadın uzun süre adetli kaldığı için onun az bir şey Kur'an okumasını istihsânen caiz görmüşlerdir. Bu İmam Mâlik'in mezhebidir.²⁰⁶

Gırnâtî (ö. 897/1492), bu konuda şunu söylemiştir: Kadın adete girdiği zaman cünüp olmaktadır. İbn Rüşd, adetle birlikte cünüplük hükmü ortadan kalktığı için bu kadının cünüplük için gusül almasa da Kur'an okuyabileceğini söylemiştir. İbn Arefe ise bu konuda şöyle söylemiştir: Bazıları, deyn ayeti (Bakara: 282) uzun olduğu için adetli kadının onu okuyabilmesi konusunda tevakkuf edip hüküm vermemiştir. el-Bâcî de buna benzer bir nakilde bulunarak şöyle demiştir: Cünüp olan kişi, sığınma ve teberrük için az bir şey Kur'an okuyabilir. Bunun bir sınırı yoktur.²⁰⁷

Kıyasa göre, adetli kadının çok miktarda Kur'an okumasında olduğu gibi az miktarda okuması da yasaktır. Nitekim Peygamber (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: *"Adetli ve cünüp olan kişi Kur'an'dan hiçbir şey okumasın."*²⁰⁸

Fakat burada elde olmayan bir zaruret vardır. O da kadının hadesi gidermeye güç yetirememesi ve bunun süresinin uzun olmasıdır. Kadın mazeret sahibi olan abdestsiz gibi başına gelen bu meşakkatten dolayı mazurdur. Bu meselenin istihsân yönü budur. Gırnâtî şunu nakletmektedir: İmam Mâlik, adetli kadın temizlenmeye güç yetiremediği için onun Kur'an okuyabileceğini söylemiştir.²⁰⁹

Adetli kadının ezberlediğini unutması, Kur'an öğrenmesi ya da öğretmesinde olduğu gibi bir zaruretinin olması, onun Kur'an okumasını caiz kılmaktadır. Çünkü onun mazereti elinde değildir. Cünüp olan ise kendini temizleyebilir. Bu istihsân dayanağı zaruret olan istihsân türüdür.

2.2.1.3. Murdar Hayvanın Derisi Üzerinde Namaz Kılmanın Hükümü

Aslında murdar hayvanın derisi, yünü ve bunlar dışındaki herhangi bir parçası üzerinde namaz kılmak caiz değildir. Çünkü bu tür hayvanın derisi veya yünü haram olma konusunda etine tabi olup necistir. Murdar hayvanın tabaklanmamış derisi üzerinde namaz

²⁰⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 177.

²⁰⁷ Gırnâtî, *et-Tâc ve'l-İklil*, I, 463.

²⁰⁸ Tirmizî, "Tehâret", 236.

²⁰⁹ Gırnâtî, *et-Tâc ve'l-İklil*, I, 462.

kılan kişi vakit içinde namazını iade eder. Çünkü murdar hayvanın derisinin temizliği tabakla olur. Eğer vakit çıkarsa namazını iade etmez. İmam Mâlik, murdar hayvandan alınan kıl, yün ve kemik gibi parçaların yıkamayla temiz olacağı konusunda istihsân yapmıştır.

Bu mesele *el-Müdevvene*'de şöyle geçmektedir: İbn Kasım İmam Mâlik'in şöyle dediğini aktarmıştır: Kim ki kendisiyle birlikte murdar bir hayvanın tabaklanmamış derisi veya eti veyahut kemiği olduğu halde namaz kılsa vakit içinde olduğu sürece namazını iade eder. Fakat vakit çıkarsa iade etmez. Murdar hayvanın derisi tabaklanmış dahi olsa bir kimsenin onun üzerinde namaz kılmasını hoş görmem. Fakat kim tabaklanmamış derinin üzerinde namaz kılsa vakit içinde olduğu sürece namazını iade eder. Yırtıcı hayvanların derisi ise eğer bu hayvanlar boğazlanmışsa bunların üzerine namaz kılmak ve bunları giymekte bir sakınca yoktur. Eşek boğazlansa dahi onun derisi üzerinde namaz kılmayı uygun görmüyorum. İbn Kasım şöyle demiştir: İbn Vehb; Rabî'a ve İbn Şihâb'in şöyle dediğini nakletmiştir: Temiz olmayan bir elbisede namaz kılan kimse vakit içinde olduğu sürece namazını iade eder. İbn Kâsım, İmam Mâlik'in şöyle dediğini söylemiştir: Murdar hayvanın yünü, tüyü ve kıllarında bir beis yoktur.²¹⁰

İbn Kasım ayrıca şunu söylemiştir: Murdar hayvandan alınan şey, canlıyken alındığında necis değilse murdar olduktan sonra da bunun alınmasında bir beis yoktur. Bu alınan şey murdar olmaz. Sahnûn, İbn Kasım'a şunu sormuştur: İmam Mâlik'in görüşüne göre murdar hayvandan alınan yünler, tüyler ve kıllar yıkanır mı? O da şöyle cevap vermiştir: İmam Mâlik bunların yıkanması yönünde istihsânda bulunmuştur.²¹¹

Bazı Mâlikîlere göre murdar hayvandan alınan deri tabaklansa dahi temiz değildir. Fakat İmam Mâlik'in kendisi derinin tabaklanması ve hayvanın boğazlanmasıyla bunun temiz olduğu görüşündedir. Bir kimse; tabaklanmamış derinin üzerinde ve deriyle namaz kılsa vakit içinde namazını iade eder. İmam Malik; yün, kıl ve tüylerin yıkanması yönünde istihsân yapmıştır.

²¹⁰ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 183.

²¹¹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 183.

Kıyasa göre namazın temiz şeyler üzerinde ve temiz yerlerde kılınması gerekir. Namazın kılındığı mescit ve yerlerin temiz olması gerekmektedir. Fakat insanların başka şeyler üzerinde namaz kılma ihtiyacı bulunmaktadır. Bazı Mâlikî fakihlerde murdar hayvandan alınan deri ve yün gibi şeylerintabaklanırsa da temiz olmadığını söylemişlerdir. Ancak çoğu ise Peygamber'in (s.a.s.) "Herhangi bir deri tabaklanırsa temiz olur"²¹² hadisine istinaden tabaklandıktan sonra derinin temiz olduğu görüşündedir.

Deri tabaklanırsa üzerinde namaz kılmak caizdir. Hatta İmam Mâlik yün ve kıllar üzerinde namaz kılmadan önce bunların yıkanması yönünde istihsân yapmıştır. Bu istihsân türü insanlardan sıkıntıyı kaldırmak ve onlara kolaylık sağlama türünde olan bir istishândır.

2.2.1.4. Namazda Elleri Bağlamak

Namaz kılan kişinin namazda bir elini diğer elinin üzerine bırakmadan ellerini yana salması Mâlikî mezhebinde müstahsendir. Mâlikîler; insanlar, el bağlamayı namazın bir rükünü olduğunu sanmasınlar diye eli bağlamanın mekruh olduğunu söylemişlerdir.

Bu mesele *el-Müdevvene*'de şöyle geçmektedir: İbn Kasım şöyle söylemiştir: Ben İmam Mâlik'e bir duvar dibinde namaz kılan adamın duvara yaslanmasını sordum. O da şöyle cevap verdi: "Farz namazlarda bunu hoş görmüyorum. Fakat nafile namazlarda bunda bir beis görmüyorum." İbn Kasım şöyle demiştir: Namaz kılan kimsenin elinde asanın olması duvara dayanması gibidir. İmam Mâlik şunu söylemiştir: "Namaz kılan kimse eğer isterse dayanır, istemezse dayanmaz." İmam Mâlik bir şeye dayanmayı mekruh görmemiştir. Ayrıca şunu söylemiştir: "Bu durum kişinin ondan yararlanma miktarına bağlıdır. Duruma bakılır. Eğer bir şeye dayanarak ondan yararlanıyorsa bunu yapabilir." Namazda sağ eli sol elin üzerine bırakma meselesiyle ilgili ise İmam Mâlik bunun farz namazlarda olmadığını söylemiştir. O bunu farz namazlarda mekruh görmüştür. Fakat nafile namazlarda ise kıyam uzarsa namaz kılanın kendisine yardımcı olsun diye elini bağlamasında bir beis görmemiştir. Yani bunda istihsân yapmıştır. İbn Sahnûn, İbn

²¹² Müslim, "Tehâret", 277.

Vehb'den o da Süfyân es-Sevrî'den o da birçok sahabiden; Rasûlullah'ın (s.a.s.) namazda sağ elini sol elinin üzerine bıraktığını gördüklerini rivayet etmiştir.²¹³

Gırnâtı (ö. 897/1492), bu konuda şunu söylemiştir: el-İmam Kâdî Abdulvahâb (ö.422/1031), namazda ellerini bağlayan kimse buna dayanırsa bunun mekruh olduğunu söylemiştir. el-Bâcî, (ö. 474/1081), cahillerin el bağlamanın rükün olduğunu sanmamaları ve içte olmayan huşûnun azalarla gösterme endişesi bulunduğu için bunun mekruh olduğunu söylemiştir.²¹⁴

İmam Mâlik bu konuda şunu söylemiştir: Namaz kılanın ellerini salması müstehaptır. Fakat nafilerde göğsünün altında sağ elini sol elinin üstüne bırakabilir.²¹⁵

Sahih Buhârî'de şöyle geçmektedir: “*Namazda insanların sağ ellerini sol bileklerinin üzerine bırakmaları emrediliyordu. Peygamber (s.a.s.) sağ elini; sol eli, bileği veya kolu üzerine koymuştur.*”²¹⁶ Bu delillere göre namaz kılan kişinin ellerini bağlaması gerekmektedir. Fakat İmam Mâlik ve Kâdî Abdulvahâb (ö.422/1031), el-Bâcî(ö. 474/1081), ve el-Lahmî (ö. 577/1181), gibi ashâbı bunu mekruh görmüşlerdir. Namaz kılanın ellerini salması konusunda istihsân yapmışlardır. Nitekim elleri bağlamada bir şeye dayanma söz konudur. Ayrıca cahiller bunu namazın sıhhati için gerekli bir eylem olarak görmemeleri için elleri salmayı hoş görmüşlerdir.²¹⁷ Mâlikîlere göre bu, istihsân yönüdür.

2.2.1.5. İmamın Arkasında Tekbir Getirmeyi Unutmak

Örneğin bir kimse cemaatle kılınan namaza geç bir şekilde katılmaktadır. Rükû için tekbir getirmektedir. Fakat tehrime tekbirini unutmaktadır. İmam Mâlik'e göre bu kişi imamla birlikte namazına devam eder, namazını bozmadıkça, cemaatle namaz bitince namazını iade eder.

Bu mesele *el-Müdevvene*'de şöyle geçmektedir: “*İmam Malik şöyle demiştir: Bir kimse imamla birlikte namaz kılsa ve iftitâh tekbirini getirmeyi unutursa bu durumda eğer rükû için tekbir getirip bununla iftitâh tekbirini kast ederse namazı geçerlidir. Eğer*

²¹³ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 170.

²¹⁴ Gırnâtı, *et-Tâc ve'l-İklîl*, II, 240.

²¹⁵ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 169.

²¹⁶ Buhârî, “es-Salât”, 296.

²¹⁷ Gırnâtı, *et-Tâc ve'l-İklîl*, II, 240.

*rükû tekbiriyle iftitâh tekbirini kast etmezse imamla birlikte namazına devam eder. Namaz bitince de namazını iade eder.*²¹⁸

Eğer me'mûm iftitâh ve rükû için tekbir getirmezse ve imamla birlikte bir rekât kıldıktan sonra tekbir getirmediğini hatırlarsa namaza yeniden başlayıp tehrime tekbirini getirir ve böylece yeni namaza katılmış olur. Namazın geri kalanını imamla birlikte tamamlar ve imam selam verdikten sonra bu kişi kalkıp bir rekât kılar. Eğer bir kimse imamla birlikte namaza başlayıp iftitâh tekbirini unutursa, fakat rükû tekbirini getirirse ve bu tekbirle iftitâh tekbirini kast etmezse namazını bozmadan devam eder. İmamla birlikte namazı bitirince namazını iade eder.²¹⁹

Sahnûn (ö. 240/854), imam Mâlik'in bu meseledeki istihsânını şöyle açıklamıştır: İmam Mâlik şöyle demiştir: İmamın arkasında namaz kılan kimse için rükû tekbirinin yeterli olduğunu ve ihtiyaten onun namazını iade etmesi gerektiğini söylüyorum. Çünkü Sa'îd b. el-Müseyyib'den şunu işittim: "İmam ile birlikte namaz kılan kimse iftitâh tekbirini unutursa rükû tekbiri onun için yeterlidir." Ben Rabî'a b. Ebî Abdirrahman'ın birçok defa namazını iade ettiğini gördüm. Ben Ey Ebâ Osman niye böyle yapıyorsun dedim. Bunun üzerine o iftitâh tekbirini unuttuğunu ve bu yüzden namazını iade ettiğini söyledi. Ben Sâ'îd'in sözüne göre böyle bir kimsenin namazına devam etmesini hoş görüyorum. Çünkü rükû tekbirinin onun için yeterli olduğunu umuyorum. Rabî'anın sözüne göre de ihtiyaten namazını iade etmesini hoş görüyorum. Bu durum, imamla birlikte namaz kılan kimse için geçerlidir.²²⁰

Eğer imam arkasındaki olan rükû tekbiriyle tehrime tekbirini kast etmezse bu namazın sahih olup olmadığıyla ilgili farklı deliller bulunmaktadır. Bazıları bu konuda şöyle demiştir: Rükû tekbirinin getirilmesi ihram tekbirinin yerine de geçer ve bu tekbir yeterlidir. Çünkü kişi namaza girdikten sonra namazını bozamaz. Zira amelleri iptal etmenin caiz olmadığına dair delil bulunmaktadır. O da Yüce Allah'ın şu sözüdür: "Ey

²¹⁸ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 161.

²¹⁹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 161.

²²⁰ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 162.

iman edenler! Allah'a itaat edin, Peygamber'e itaat edin. Amellerinizi boşa çıkarmayın."²²¹

Amellerin bozdurulmayacağına dair delillerin yanı sıra tehrime tekbiri olmadan namazın geçersiz olduğuna dair deliller de bulunmaktadır. Bunlardan biri Hz. Aişe'den gelen şu rivayettir. "*Rasûlullah (s.a.s.) namazına tekbir ile başladı.*"²²²

Görüldüğü üzere bu konuda farklı deliller bulunmaktadır. İmam Mâlik bu konuda istihsân yaparken delilleri cem' etmiştir. Namazın tamamlanmasını ve ihtiyaten iade edilmesini istihsân etmiştir. O bunu şöyle açıklamıştır: İmamın arkasında namaz kılan kimse için rükû tekbirinin yeterli olduğunu ve ihtiyaten onun namazını iade etmesi gerektiğini söylüyorum. Çünkü Sa'îd b. el-Müseyyeb'den şunu işittim: "İmam ile birlikte namaz kılan kimse iftitâh tekbirini unutursa rükû tekbiri onun için yeterlidir." Ben Rabî'a b. Ebî Abdirrahman'ın birçok defa namazını iade ettiğini gördüm. Ben Ey Ebâ Osman niye böyle yapıyorsun dedim. Bunun üzerine o iftitâh tekbirini unuttuğunu ve bu yüzden namazını iade ettiğini söyledi. Ben Sâ'îd'in sözüne göre böyle bir kimsenin namazına devam etmesini hoş görüyorum. Çünkü rükû tekbirinin onun için yeterli olduğunu umuyorum. Rabî'anın sözüne göre de ihtiyaten namazını iade etmesini hoş görüyorum.²²³

2.2.1.6. Ramazanda Bilincini Kaybeden Kişinin Hükümü

Oruç; fecrin doğmasından güneşin batmasına kadar yeme, içme ve orucu bozan diğer şeylerden uzak durarak Yüce Allah'a ibadet etmektir. Asıl olan oruçlunun akli ve bedeni sağlam olması ve oruç farzını yerine getirmeye güç yetirmesidir. Fakat bir kimse oruca niyet eder sonra gün boyu ya da günün bir kısmında bilincini kaybederse bunun orucunun sahih olup olmaması konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu mesele *el-Müdevvene*'de şöyle geçmektedir: Ben (Sahnûn) şöyle bir soru sordum: Bir adam, Ramazan'da gündüz bilincini kaybederse, birkaç gün sonra bilinci yerine gelirse bilinçsiz geçirdiği günleri kaza eder mi?, Yoksa etmez mi? Bunun üzerine ibn Kasım, imam Mâlik'in şöyle dediğini söylemiştir: Eğer bu kişi günün başından akşama kadar bilincini

²²¹ Muhammed: 47/33.

²²² Müslim, "Sıfatü's-salâh", 357.

²²³ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 161-162.

kaybederse bu gün yerine bir gün kazâ eder. Ancak günün çoğunu oruçlu geçirdikten sonra bilincini kaybederse bu gün tuttuğu oruç geçerlidir.²²⁴ Ben ona şunu sordum: Eğer sabahladıktan sonra bilincini kaybederse, niyeti oruç tutmaksa ve bu bilinç kaybı günün ortasına kadar devam ederse daha sonra akli başına gelirse bu günün orucu geçerli midir? O da evet geçerlidir dedi. Ben şöyle bir soru sordum: Eğer bilincini kaybeden kişinin akli günlerce başına gelmezse ve akli başına geldiği gün oruca niyet ederse İmam Mâlik'in görüşüne göre niyet getirdiği bu günün orucu geçerli midir? İbnü'l-Kâsım buna cevaben şöyle dedi: Bu orucu geçersizdir. Kaza tutması gerekir. Çünkü gece oruca niyet etmeyen kimsenin orucu kabul olmaz. Ben şunu sordum: Eğer bir kişi Ramazan'da gece bilincini kaybederse ve o gün oruç tutmaya niyet etmişse o günün akşamında akli başına gelirse İmam Mâlik'e göre bu orucu geçerli midir? İbnü'l-Kâsım hayır dedi. Ben kuşluk vakti akli başına gelirse o günün orucu geçerli midir dedim. O da bunun geçerli olmadığını söyledi.²²⁵

İbn Kasım (ö. 191/806), bu konuda şunu söylemiştir: Önceki âlimlerin şöyle dediği bana ulaşmıştır: Eğer bir kişi Ramazan'da fecirden önce bilincini kaybederse ve ancak fecirden sonra akli başına gelirse orucu geçersiz olur. Bilincini kaybeden kimse uyuyan kimse gibi değildir. Eğer bir adam gece uyumayıp fecirden önce uyursa ve akşama kadar gün boyu uyumaya devam ederse bu orucu sahihtir. Eğer bir hastalıktan dolayı fecirden önce bilincini kaybederse ve akşama kadar akli başına gelmezse bu orucu geçersiz olur. Bu, duyduğum en güzel şeydir. Sahnûn, İbn Kasım'a şöyle bir soru sormuştur: Eğer bir kimse oruca niyet getirip sabahlarsa sonra güneş doğmadan önce bilincini kaybederse ve güneş batıncaya kadar akli başına gelmezse İmam Mâlik'e göre bu orucu sahih midir? İbn Kasım İmam Mâlik'in şöyle dediğini söylemiştir: Bu kişi günün çoğunu bilinçsiz bir şekilde geçirdiği için orucu sahih değildir.²²⁶

Sahnûn (ö. 240/854) ve Eşheb (ö. 204/820), de İbn Kasım'ın İmam Mâlik'ten rivayet ettiğini aktarmışlardır. Sahnûn ayrıca şunu söylemiştir: Ramazan'da günün çoğunu bilinci kapalı bir şekilde geçiren kişinin o günü kaza tutmasını söylemiş ihtiyaten ve

²²⁴ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I,161-162

²²⁵ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I,277.

²²⁶ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I,277.

istihsânendir. Eğer o tuttuğu gün ile yetinirse yanlış yapmış olmaz. İnşallah tuttuğu gün yeterlidir. Böyle umuyorum.²²⁷

Desûkî (ö. 676/1277), haşiyesinde özetle şöyle geçmektedir: Eğer oruç tutan kişi günün az bir kısmında bilincini kaybederse bu orucu geçerlidir. Bilincin fecirden sonra kaybolması şarttır. Eğer fecirden önce bilincini kaybederse ve fecir doğuncaya kadar akli başına gelmezse bu orucu geçerli değildir. Aynı şekilde eğer günün çoğunu bilinci kapalı bir şekilde geçirirse yine orucu geçersiz olur. Mâlikîlerin mezhepteki görüşleri bu şekildedir.²²⁸

Bilincin kaybolması insanın engel olamayacağı ve kasıtlı yapamayacağı bir şeydir. Çünkü bu, insanın elinde olmadan başına gelen bir olaydır. Kıyasa göre insanın güç yetiremediği konularda sorumlu olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla Ramazan'da bilincini kaybeden kişinin gerek günün tümünde gerekse bir kısmında bilincin kaybolması sebebiyle kaza etmemesi gerekirdi. Onun durumu Ramazan'da gündüz unutarak yiyen kimsenin durumu gibidir. Nitekim Yüce Allah şöyle buyurmuştur: “Allah hiçbir kimseyi, gücünün yetmediği bir şeyle yükümlü kılmaz.”²²⁹ Her ne kadar kıyasa göre böyle olsa da Mâlikîler bu meselede istihsân yaparak bu kişinin günün çoğunu bilinci kapalı bir şekilde geçirmesi durumunda onun Ramazan'dan sonra orucunu kaza etmesi gerektiğini söylemişlerdir. Hâlbuki bilincin kaybolması insanın elinde olmadan meydana gelen bir olaydır. Mâlikîlerin bu tutumu dayanağı ihtiyat olan istihsân türünün kapsamına girmektedir.

2.2.2. Mu'âmelatla İlgili Meseleler

2.2.2.1. Meyvelerin Satışında Şüf'a Hakkı

Eğer iki ya da daha fazla ortağın meyve ağacı varsa ve bunlardan biri kendi meyve payını tek başına ya da ağaç payıyla birlikte satmak isterse, bu satışta ortakların şüf'a hakkının olup olmaması meyve tek başına satıldığında mı? Yoksa ağaçla birlikte

²²⁷ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 278.

²²⁸ Desûkî, *Hâşiyetü'd-düsûkî*, I, 522.

²²⁹ Bakara: 2/286.

satıldığında mı? şüf'a hakkının olduğu ve bu hakkın meyvesi çıkan ağaçta mı? Yoksa henüz meyvesi çıkmayan ağaçta mı? Olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Mâlikîlerin bu konudaki görüşleri şu şekildedir:

İmam Mâlik bu konuda şöyle söyler: “Meyve gerek tek başına satılsın gerek ağaçla birlikte satılsın şüf'a hakkı meydana gelir.” Bu konuyla ilgili olarak “*el-Müdevvene*”de şöyle geçmektedir: “*Ben (Sahnûn) şöyle bir soru sordum: Eğer bir arazinin içinde ürünü yetiştirilmiş ekin varsa ve ben bu araziye ekinle birlikte satın alırsam daha sonra arazinin yarısı kendisine ait olan bir adam çıkıp bu yarısını alırsa İmam Mâlik'e göre bu adamın ekinin ve arazinin diğer yarısında şüf'a hakkı var mı? İbn Kasım bu soruya şöyle cevap verdi: 'İmam Mâlik ekinde ortak olanlarla ilgili şunu söyler: Ortaklardan biri ekin kurduktan sonra kendi payını satmada serbesttir. Satışı serbest olan ekinde şüf'a hakkı olmaz.' Bunun üzerine Ben niye İmam Mâlik meyveler olgunlaştığında ve bir adam bu meyveleri satın aldığı anda şüf'a hakkı olduğunu söylemiştir dedim. İbnü'l-Kâsım bunun üzerine şöyle dedi: 'Bilmiyorum. Fakat İmam Mâlik ekin ve meyve arasına fark koymaktadır. O bu konuda şöyle söylemektedir: Benden önce ilim ehlinde meyvelerde şüf'a olduğunu söyleyen birini bilmiyorum. Fakat bu benim uygun gördüğüm ve hoş gördüğüm (istihsân ettiğim) bir şeydir. Bununla amel edilmesini uygun görüyorum. Bana göre ekinler meyvelere benzemez.*”²³⁰ İbn Kasım, imam Mâlik'in üzümde şüf'a olduğunu söylediğini rivayet etmiştir.²³¹

İmam Malik, ağaçlardan ayrı olarak veya ağaçlarla birlikte satılan meyvelerde şüf'ayı caiz kılmıştır. Kıyasa göre meyvelerde şüf'a caiz değildir. Çünkü meyveler menkuldürler. el-Bâcî (ö. 474/1081), imam Mâlik'in meyveler ağaçtan ayrılmadığı sürece onlarda şüf'anın olabileceğini söylediğini ifade etmiştir. Daha sonra İmam Mâlik'e göre bu meseledeki istihsân yönünü şöyle açıklamıştır: “Hurma gibi meyveler ağaçta olduğu sürece şüf'a konusunda bunların hükmü asılları olan ağaçlar gibidir.”²³²

²³⁰ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 237.

²³¹ Gırnâtî, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 410.

²³² Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 201.

İbn Arabî (ö. 638/1240), bu konuda şunu söylemiştir: “İmam Mâlik, menkul mallardan olan meyvelerde şüf’anın olduğunu söyleyerek cumhurdan ayrılmıştır. Onun dışındaki diğer âlimler menkul olan hiçbir malda şüf’anın olmadığını söylemişlerdir. Bu celi kıyastır. İmam Malik şu iki esasa dayanarak celi kıyası terk etmiştir:

Birincisi: Her ne kadar meyve menkul bir mal ise de aslı olan ağaç akar olup ondan meydana gelmektedir. Ondan türeyip onda kalmaktadır. Meyve ağaca bitişik olduğu sürece ağacın hükmünü alır. Görülmüyor mu ki ağacın dalları ve yaprakları ağaca tabidir. Hâlbuki bunlar da ondan ayrılabilir. Hâlbuki bunlar da ondan ayrılabilir.

İkincisi: Rasûlullah (s.a.s.) arâyâ satışına izin vermiştir. Meydana gelecek olan zararı defetmek için bu satışı faizden istisna etmiştir. Aynı şekilde meyvelerde meydana gelecek olan zarar da buna benzemektedir.²³³

İmam Mâlik meyvelerdeki ortaklık sebebiyle ortağa verilecek zararı arâyâ satışında mu‘râ aleyhin (bu satışta yaş hurmayı veren) mu‘rînin (bu satışta kuru hurmayı veren) bahçesinden geçerek kendi ağaçlarının yanına çok gidip gelmesiyle mu‘rînin ailesini rahatsız etmesi sebebiyle mu‘rîye verilecek zarara kıyas etmiştir. Bu sebeple meydana gelecek zararın ortadan kaldırılması için Şâri‘ arâyâ satışını caiz kılmıştır. Meyvelerde ortak olan kimse de böyledir. Zararın def edilmesi için meyvelerde şüf’a caiz kılınmıştır.²³⁴ Böylece ortaya çıktı ki vakıf arazisinde şüf’a meselesindeki istihsân yönü meyvede şüf’a meselesindeki istihsân yönüyle aynıdır.

Bu meselede âlimlerin görüşlerine gelince fakihler, gerek ağaçla birlikte olsun gerekse ayrı olsun meyvede şüf’anın olup olmayacağı konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Ayrıca şüf’a konusu olan meyvenin şefi‘in mi yoksa müşterinin mi olduğu hususunda da ihtilaf etmişlerdir. Şimdi bu konudaki görüşleri ele alacağız.

Meyvenin ağaçla birlikte satılması: Cumhura göre meyve aslına tabi olduğu için ağaçla birlikte satılan meyvede şüf’a vardır. Hanefiler bu konuda şunu söylerler: Eğer meyvelerin alışverişe dâhil olduğunun şart koşulması ya da ağaçların satın alındıktan sonra müşterinin yanında meyve vermesi suretiyle müşteri araziye meyveleriyle birlikte satın

²³³ İbn Arabî, *el-Kabs fî şerhi ‘l-Müvatta’*, II, 856.

²³⁴ İbn Arabî, *el-Kabs fî şerhi ‘l-Müvatta’*, II, 856.

almışsaşefi' araziyi meyveleriyle birlikte alır. Hanefiler şefi'in meyveleri alabilmesi için meyvelerin satışa konulmasının şart kılınması gerektiğini söylerler. Nitekim onlara göre meyve şart koşulmazsa arazi satışına dahil değildir. Çünkü meyve ona tabi değildir. Meyve araziye konulan bir meta gibi araziye bağlı olmadığı için kıyasa göre şefi'in meyveleri alma hakkı yoktur.²³⁵

Meyvenin tek başına satılması: Hanefi, şâfi ve Hanbeliler tek başına satılan meyvelerde şuf'anın olamayacağı görüşündedirler. Çünkü onlara göre meyvelerdeki mülkiyet devam etmediği için meyvelerde şuf'a olduğu takdirde şuf'a menkul mallarda olacaktır. Menkul mallarda ise şuf'a yoktur. şuf'a koşunun sürekli olan bir zararını defetmek için meşru kılınmıştır. Meyveler geçici olduğu için sürekli devam eden bir zarar yoktur.

Mlikiler bir aslı olan yani meyveler koparılıp aslı kalacak şekilde olan meyvelerde şuf'anın caiz olduğu görüşündedirler. Fakat satış esnasında meyvelerin bulunması ve aşı vaktine gelmiş olması gerekmektedir.

şuf'a konusu olan meyve: Hanefilere göre meyvelerin satışa dahil olmasının şart koşulması ya da satın alındıktan sonra ağaçların müşterinin yanında meyve vermesi suretiyle müşteri araziyi meyvelerle birlikte satın alırsa istihsânen meyveler şefi'in hakkıdır. Kıyasa göre meyveler araziye konulan meta gibi asıllarına bağlı olmadıkları için şefi'in meyveleri alma hakkı yoktur. Buradaki istihsân yn şu şekildedir: Meyveler yaratılış itibariyle asıllarına bağlıdır. Nitekim mebi'ten tremektedirler. şuf'ayla alınmadan önce arazide sabit olan ve meydana gelen hak, meyvelere de geçer. Meyveler kabzedilmeden önce doğuran mebi' gibidir. Nitekim müşteri, annesine bağlı olarak hayvanın yavrusuna sahip olur.²³⁶

Mâlikilerin bu meselede iki görüşü vardır. Meyveler tek başına ya da ağaçlarla birlikte satılırsa bu konuda İmam Mâlik'ten iki görüş rivayet edilmiştir. Bir görüşünde İmam Mâlik, meyveler kuruyuncaya kadar şuf'a ile alınmazsa bu meyvelerde şuf'a olmadığını söylemiştir. Bu durumda şuf'a ile meyvelerin asılları olan ağaçlar alınırsa bu

²³⁵ Gırnâti, *et-Tâc ve'l-iklil*, V, 4.

²³⁶ Gırnâti, *et-Tâc ve'l-iklil*, V, 4; Ksni, *Bedâi 'u's-sanâi'*, VI, 138-140.

meyvelere karşı gelen para düşürülür ve meyveler alınmaz. Tabi satış esnasında meyvelerin çıkmış olması ve toplama vaktine gelmiş olması gerekmektedir. Zira satış esnasında meyveler çıkmışsa semenden karşılığı olur. Eğer satış esnasında meyveler hiç çıkmamışsa semenden bir karşılığı olmaz. İmam Mâlik başka bir görüşünde meyveler kurumadığı ya da koparılmadığı sürece şüf'a ile bunların alınabileceğini ve müşterinin bunlardan hiçbir şey alamayacağını söylemiştir.²³⁷

Derdîr (ö. 1201/1786), bu iki görüşü şöyle uzlaştırmıştır. Birinci görüşte müşteri ağaçlardan ayrı olarak sadece meyveleri satın alırsa bu meyveler kurumadığı sürece bunlarda şüf'a olur. Eğer meyveler kurumadan koparılmışsa bunlar şüf'a ile alınmaz müşterinin olur. İkinci görüşte müşteri meyveleri ağaçlarla birlikte alırsa meyveler kurumadığı ya da yaş olarak da olsa koparılmadığı sürece bunlarda şüf'a olur. Ama müşteri sadece meyvelerin asılları olan ağaçları satın alırsa ve bu ağaçlar üzerinde meyve yoksa ya da var ama henüz toplama vaktine gelmemişse bu meyveler şefi'in olur. Müşterinin yanında toplama vaktine gelmesi ya da gelmemesi bir şeyi değiştirmez. Hüküm aynıdır. Fakat eğer meyveler kurursa ya da kurumadan önce koparılmışsa bunlar müşterinin olur. Bu durumda şefi' sadece ağaçların parasını verip ağaçları alır. Meyvelerin semenden hissesini düşürmez.²³⁸

Şâfiîlere göre şefi' satıştan sonra meydana gelen ve satın alınmadan önce henüz toplama vaktine gelmeyen meyveleri alır. Çünkü bunlar satışta asılları olan ağaçlara tabidir. Şüf'ada da alınınca bunlar asıllarına tabi olurlar. Fakat eğer bu meyveler satın alma vaktinde toplama vaktine gelmişse şefi' bunları alamaz. Çünkü bu durumda meyveler asıllarına tabi değildir. Dolayısıyla şefi' meyvelerin semenden hissesini düşürür.²³⁹

Hanbelîler, toplanmış ve toplanmamış meyveler arasında ayırım yapmışlardır. Eğer satış esnasında meyveler çıkmış ve toplanmamışsa yani toplama vaktine gelmemişse daha sonra müşteri bunları toplarsa bu meyveler müşterinin olur. Bunlar olgunlaşıp toplanıncaya kadar bekletilir. Fakat şefi' araziye ve ağaçları semenden hisselerine göre alır. Yani meyvelerin semenden hissesini düşürür. Çünkü satış akdinin kapsadıklarının bir kısmını

²³⁷ Gırnâti, *et-Tâc ve'l-iklîl*, V, 7.

²³⁸ Derdîr, *Akrabü'l-mesâlik li-Mezhebi'l-İmâm Mâlik*, III, 232.

²³⁹ Desûki, *Hâşiyetü'd-düsûki ale's-Şerhi'l-kebir*, III, 480.

alamamaktadır ki bunlar da akit esnasında toplama vaktine gelmemiş bir meyvelerdir ve bu satış eşyayla birlikte bir parça arsa almak gibidir.²⁴⁰

2.2.2.2. Vakıf ya da Arîye Olan Arazilerdeki Binalarda Şüf'a Hakkı

Eğer bir arazi bir grup kardeşe vakfedilirse ya da onlara arîye (ödünç) olarak verilirse ve bunlar o arazide bir yapı (ev, bina) yaparlarsa ondan sonra bunlardan biri ya da birinin varisleri bu yapıdaki payını satmak isterse İmam Mâlik'e göre bu yapıda o kardeşlerin şüf'a hakkı olur.

İbn Kasım'ın (ö. 191/806), dediği gibi bu mesele şu şekildedir: *“İmam Mâlik'e şöyle bir soru sorulmuştur: Bir gruba bir arazi vakfedilmiştir. Bunlar o arazide bir ev yapmışlardır. Sonra onlardan biri ölmüştür. O ölenin varisleri de bu evdeki paylarını satmak istemişlerdir. Ölenin kardeşleri varislere paylarını şüf'a yoluyla alacaklarını söylemişlerdir. Sizce bu kardeşlerin şüf'a hakkı var mıdır? İmam Mâlik bu soruya şöyle cevap vermiştir: Şüf'a ancak evlerde ve arazilerde olur. Bununla ilgilibir görüş duymadım. Ama böyle bir olay gerçekleşirse bu kardeşlerin bunda şüf'a hakkı vardır. Daha sonra Medine'ye gittim. İmam Mâlik'in bu tür bir meselede şüf'anın olması konusunda istihsân yaptığını gördüm.”*²⁴¹

el-Bâcî (ö. 474/1031), bu meseleyle ilgili olarak şunu söylemiştir: *“İbn Mâlik vakfedilen arazideki yapıda şüf'anın olmasını istihsânen kabul etmiş ve şöyle demiştir: Bir grup kardeş kendilerine vakfedilen arazide ev yaparlarsa sonra bunlardan biri ölürse ve bunun varisleri o evdeki paylarını satmak isterlerse bu ölenin kardeşlerinin şüf'a hakkı vardır. Bunu hoş görüyorum (istihsân ediyorum). Benden öncekilerden bu konuda bir görüş duymadım.”*²⁴²

İmam Mâlik vakıf arazisindeki binada şüf'ayı kabul etmiştir. Kıyasa göre bunda şüf'a yoktur. Çünkü şüf'anın şartlarından biri şeffi'in o arazinin kendisine sahip olmasıdır. Vakıf arazisinde bu şart bulunmamaktadır. Aynı şekilde arîye (ödünç) olarak verilen arazide bu

²⁴⁰ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, II, 296-297.

²⁴¹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 207.

²⁴² Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 207.

şart yoktur. Çünkü arazinin vakfedildiği kişiler ya da araziyi ödünç alanlar bu araziye sahip değillerdir. Sadece bu arazinin menfaatine sahiptirler.

İbn Abdilberr (ö. 4631071), bu konuda şöyle demiştir: “Arazinin kendisine sahip olmayan kimseye şüf’a hakkı yoktur. Sünnet bu tür bir evde ortak olan kimse için şu hükmü vermiştir. Ortaklardan biri ayrılmak isterse ya kendi payını alır ya da terk eder.”²⁴³

Bu meseledeki istihsân yönü ortak olan kardeşlere verilecek zararı ortadan kaldırmaktır. İmam Mâlik bunu şöyle dile getirmiştir: “Diğer kardeşlerin zararını defetmek için bunda şüf’a caizdir.”²⁴⁴

Şüf’anın meşru olmasının illeti ortaklıktan kaynaklanan zararı defetmektir. Bu meselede aynı durum söz konusudur. Evin menfaati ancak araziyle birlikte elde edildiği ve tamamlandığı için arazinin hükmü eve verilmiştir. İmam Mâlik, zarar ve sıkıntının ortadan kalkması ve ortak olan kardeşlere kolaylık olması için burada istihsânen kıyası terk etmiştir. Nitekim bu durum onların yararınadır. Bu istihsân türü, dayanağı genişlik sağlama ve insanlardan sıkıntıyı gidermeyi tercih etmek olan istihsân kapsamına girmektedir. Nitekim bu meselede ortakların zararı önlenmiş ve onlara genişlik sağlanmıştır.

Âlimlerin ev ve arazilerde şüf’anın olması konusundaki görüşleri şu şekildedir:

Hanefî, Şâfî ve Hanbelî fakihlerinin cumhuru arsasız bir şekilde satılan evlerde şüf’anın olmadığı görüşündedirler. Eğer arsa içindeki ev ve ağaçlarla birlikte satılırsa arsaya tabi olarak ev ve ağaçlarda şüf’a olur. Yani ev ve ağaçlar buldukları arsayla birlikte satılırlarsa bunlarda şüf ‘a olur. Ama sadece ağaçlar satılırsa bunda şüf’a olmaz.²⁴⁵

Mâlikîler bu konuda şöyle söylerler: Akarda şüf’a vardır. Akar, arazi ve ona bitişik olan evlerdir. Henüz ortaklar arasında bölüşülmeyen evler, araziler ve araziye bitişik olan yapılar, bölünemiyorsa bunlarda şüf’a vardır. Ama bölünebiliyorsa şüf’a yoktur. İmam Mâlik’ten bu şekilde nakledilmiştir.²⁴⁶

²⁴³Gırnâtî, *et-Tâc ve ’l-iklîl*, II, 9.

²⁴⁴Gırnâtî, *et-Tâc ve ’l-iklîl*, II, 9.

²⁴⁵Şirbînî, *Muğni ’l-muhtâc*, II, 196-197.

²⁴⁶Gırnâtî, *et-Tâc ve ’l-iklîl*, IV, 410.

Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîlere göre şüf'a hakkı akarda ortak olan ve henüz kendi payını ayırmayan kişi için vardır. Komşu için bu hak yoktur. Çünkü komşunun mülkü ayrı olup onun sınırları çizilmiştir. Mülkler arasındaki sınır belirlenmiştir. Şüf'a sadece ortaklıktan kaynaklanacak olan zararı defetmek içindir. Komşuluklarda ise zarar söz konusu değildir.²⁴⁷

2.2.2.3. Ağırlığı Eksik Olan Bir Paranın Tam Olan Bir Para ile Satışı

Paranın para ile satışındaki kurala göre paralar eşit değilse bunların birbirleriyle satışı yasaktır. Fakat İbn Kâsım,(ö. 191/806), Lahmî (ö. 577/1181), ve Eşheb'in (ö. 204/854), aralarında bulunduğu bazı Mâlikî fakihler ağırlığı tam olan bir paranın ağırlığı eksik ve daha az olan bir para ile satılmasını istihsânen caiz kılmışlardır.

Bu mesele *el-Müdevvene*'de şöyle geçmektedir: Sahnûn, İbn Kasım'a şöyle bir soru sormuştur: Eğer Ümeyyeoğulları döneminde basılmış ve Mervanlılara ait olan eksik bir dinarı, Haşimoğulları döneminde basılmış bir Hâşimî dinarı ile değiştirmek istersem bu caiz olur mu? İbn Kasım ona şöyle cevap vermiştir: Eğer bu iki dinarın ağırlığı aynı ise bunda bir sorun yoktur. Ayrıca Hâşimîlerin dinarı daha az ise bunda bir beis görmüyorum.²⁴⁸

Sahnûn, (ö. 240/854),İbn Kasım'a (ö. 191/806), şöyle bir soru sormuştur: Eğer ben ağırlığı eksik olan bir dinarı getirip ağırlığı tam olan bir dinar ile değiştirmek istersem, ve bu dinarların sikkeleri (baskıları) ve ağırlıkları farklıysa fakat insanlar için geçerlilikleri aynı ise bu caiz mi? İbn Kâsım şöyle demiştir: Eğer ikisi de Hâşimî dinarıysa bunda bir beis yoktur.²⁴⁹

Gırnâtî (ö. 897/1492), bu konuda şunu söylemiştir: Lahmî; fazla olan dinarın sikkesi (baskısı) iyi olursa bunun caiz olduğunu söyler. Bu görüş İbn Kasım'ın görüşüdür. İmam Mâlik ise bunu caiz görmemiştir. Bunu caiz görmeyenler; gerekçe olarak baskısının iyi olmamasıyla birlikte eksikliğin bulunmasının altında biri eksik olan dinar gibi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Lahmî ayrıca şunu söylemiştir: İyi bir dinarı bakır ya da gümüşle karışık olan

²⁴⁷ Gırnâtî, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 410.

²⁴⁸ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 39.

²⁴⁹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 39.

bir dinar ile değiştirmek caizdir. Bu durumda baskılarının aynı olması gerekmektedir. Çünkü bu durumda iyi dinar sahibi karşı tarafa iyilik etmiş olmaktadır. Eşheb de başka bir madenle karışık olan dirhemini iyi bir dirhemle değiştirilmesinde bir beis olmadığını ve bunun birbirinin aynısı ile değiştirmeye benzediğini söylemiştir.²⁵⁰

Kıyasa göre bu tür satış yasaktır. Nitekim Ebû Bekre'ten rivayet edildiğine göre Rasûlullah (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: "Altını altın ile ancak eşit olduklarında ve gümüşü gümüş ile ancak eşit olduklarında satın."²⁵¹ Fakat Mâlikîler, kolaylaştırmak ve meşakkati kaldırmak için eksik dirhemini tam olan dirhem ile satışını istihşânen caiz görmüşlerdir.

Şâtıbî (ö. 790/1388), bu konuda şunu söylemiştir: Bunun caiz olma gerekçesi şudur: Değeri az olan yok hükmündedir. Bu sebeple genelde bunlara yönelme olmamaktadır. Az bir şey eksik olanda tartışmak ve buna itiraz etmek zorluk ve meşakkate yol açmaktadır. Zorluk ise mükellef üzerinden kaldırılır.²⁵² Bu meseledeki istihşân yönü budur. Bu istihşânın dayanağı zaruret ve zorluğu kaldırmaktır.

2.2.2.4. Üreticinin (Sâni') Tazminat Ödemesi

Örneğin bir kişi, yıkamak üzere kassâra (elbiseyi beyazlatan) ya da dikmek üzere terziye bir elbise vermektedir. Sonra bu elbise sahibine teslim edilmeden önce bunların elinde kaybolmaktadır. Bu durumda kassâr ya da terzi bu elbiseyi tazmin eder mi? Mâlikîler bu meseleyi naslardan istisna ederek istihşânen bunların o elbiseyi tazmin edeceklerini söylemektedirler.

Bu mesele *el-Müdevvene*'de şöyle geçmektedir: İstisnâ' (استصناع) akdini yapan üreticiler arasında yolsuzluk artıktan sonra istihşânen onlar kaybettikleri eşyaları tazmin eder. Çünkü üreticiler insanların gözleri önünde olmadıkları zaman işlerini düzgün yapmamakta ve işlerine hile karıştırmaktadırlar. Onlar yaptıkları şeyi korumada tedbirli davranmıyorlar. Sahnûn, İbn Kasım'a şunu sormuştur: Ben bir adama ait olan bir eğrilmiş ipliği yok edersem bunun kıymetini mi yoksa mislini mi vermem gerekiyor. Bunun üzerine İbn Kasım şöyle cevap vermiştir: İmam Mâlik bu konuda şöyle söylemiştir: Kim bir adamın

²⁵⁰ Gırnâfî, *et-Tâc ve'l-İklîl*, VI, 178.

²⁵¹ Buhârî, "Büyü", 74.

²⁵² Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, II, 122.

elbisesini yok ederse kıymetini ödemesi gerekir. Aynı şekilde eğrilmiş ipliğini de yok ederse bunun mislini değil, kıymetini ödemesi gerekir.²⁵³

İbn Kasım (ö. 191/806), ayrıca şunu söylemiştir: İmam Mâlik'e şöyle bir soru sorulmuştur: Eğer Bir adam kassâra bir elbise verirse o da bu elbiseyi yakar ya da bozarsa bu durumda kassâr neyi vermesi gerekir? İmam Mâlik, kassârın kendisine elbisenin teslim edildiği gündeki kıymetini vereceğini ve elbise sahibinin gerek pahalı gerek ucuz olsun satın aldığı fiyata bakılmayacağını söylemiştir.²⁵⁴

Nefrâvî (ö. 1044/1634), şöyle demiştir: Üreticiler (istisnâ' akdi yapan üreticiler) bir şeyin kaybolduğunu ya da yok olduğunu iddia ettikleri zaman bu kaybettikleri şeyleri tazmin ederler. Bu işi ücretli veya ücretsiz yapmaları, dükkânda ya da evde yapmaları, kendisinin yaptığı bir işle ya da başka bir şekilde yok olması arasında fark yoktur.²⁵⁵

Asıl olan ecirlerin dâmin olmamasıdır. Çünkü Rasûlullah (s.a.s.) onlardan damânı düşürmüştür. Fakat Mâlikîler ve onlar dışında Hanefiler, istisnâ' akdindeki üreticileri bundan istisna ederek istihsânen onların dâmin olduklarını ve güvenli olmadıklarını (emanetçi gibi olmadıklarını) söylemişlerdir. Daha önce Hulefâ-i Râşidîn de (r.a.) onlara tazminat ödetmişler ve hiç kimse buna karşı çıkmamıştır. Nitekim bunda kamu maslahatına rivayet etme söz konusudur. Zira insanların çoğu istisnâ' akdini yapmak zorunda kalmaktadır. Eğer üreticiler, bir malın kaybolduğu ya da yok olduğu veya malı sahibine teslim ettiği konusunda tasdik edilirlerse bunu suistimal ederler. İşte bu maslahat sebebiyle üreticilerin yok ettikleri ya da kaybettikleri eşyaları tazmin etmelerine hükmedilmiştir. Bu meselenin istihsân yönün maslahattır.

2.2.2.5. Şehirlinin Bedevinin Malını Satması

Örneğin bir bedevi, ihtiyaç duyduğu bir şeyi satın almak için şehre gitmektedir. Şehirde onunla karşılaşan biri ona; ben senin yerine satın alayım diyor. Bu meselenin caiz olup olmaması konusunda fakihler ihtilaf etmişlerdir. İmam Mâlik ve onun bazı ashâbı bunda bir beis olmadığını söyleyerek bu meselede istihsân yapmışlardır. Bu mesele,

²⁵³ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 399.

²⁵⁴ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 399.

²⁵⁵ Nefrâvî, *el-Fevâkihü'd-devâni*, II, 1180.

bedevinin satıcı olduğu ve şehirlinin onunla karşılaşp ona; “malını yanına bırak ben senin yerine daha pahalı bir fiyat ile satayım” dediğı meseleden farklı olup tersidir. Nitekim bu meselede bedevi satıcıdır. Yukarıda bahsi geçen meselede ise alıcıdır.

Sahnûn (ö. 240/854), bu konuda şöyle söylemiştir: “İmam Mâlik şunu söyler: Bedevilere benzeyen köy halkı için bu satış mekruhtur. Ama fiyatlardan haberdar olan köy halkının böyle yapmasında bir beis yoktur. Bunun böyle yapması bedevinin yapmasından daha hafiftir. Şehir halkı birbirleri yerine satış yapıyor. Bu da hafif bir meseledir. İbn Kasım şöyle demiştir: Şehirli birinin şehirli olan başka birinin malını satmasını hoş görüyoruz. İmam Mâlik şöyle demiştir: Bedevi şehre gelirse şehirlinin ona fiyatı söylemesi mekruhtur. Şehirlinin onun yerine satın almasında bir beis yoktur. Ama satış böyle değildir. Bunda beis vardır.”²⁵⁶

İbnü Rüşd (ö. 520/1126), bu konuda şunu söyler: İmam Mâlik’e şöyle bir soru sorulmuştur: Bir adam ticaret yapmak için Medine’den Mısır’a gitmektedir. Mısırlı biri bu adamın malını satmada ona yardım etmektedir. İmam Mâlik buna cevaben şöyle demiştir: Mısırlı adamın Medineli adamın malını satması ve Medineli adamın Mısırlı adamın malını satmasını uygun görmüyorum. Birilerini ona da yönlendirmez. İmam Mâlik’e peki onun adına satın alabilir mi? diye soruldu. İmam Mâlik satın almayı daha hafif görmüyorum. Fakat malını satmayı hoş görmüyorum.²⁵⁷

Kıyasa göre bedevinin gerek satıcı gerekse müşteri olması durumunda bu iki satışın da yasak olması gerekmektedir. Çünkü bunun haram olmasının illeti simsarlıktır. Bu ise her iki durumda da vardır. Fakat İmam Mâlik ve onun bazı ashâbı bedevinin alıcı olduğu durumu daha hafif görmüşlerdir. Bu da bedevi halka kolaylık olması içindir. Böylece onlar yabancı oldukları için yüksek fiyatla onlara mal satılmamış olur. Şâri’ toplumun maslahatını gözetlemiş ve bu maslahatı bir kişinin maslahatına öncelemiştir. Meselenin istihsân yönü toplumun maslahatını bireyin maslahatına öncelemektir.

²⁵⁶ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, VI, 448.

²⁵⁷ İbn Rüşd, *el-Beyân ve't-tahsil*, I, 134.

2.2.2.6. Ölen Kişinin Hayattayken İleriye Dönük Olarak Yaptığı Satışın Öldükten Sonra Yürürlüğe Konulması

Bu meseleye şu örnek verilebilir: İki kişi bir ticaret akdi yapmaktadır. Bunlar belli bir zamanda bir satışı yapmak üzere anlaşmaktadırlar. Bu zaman gelmeden önce müşteri ölmektedir. Bunun üzerine satıcı ölenin varislerinin yanına gelip durumu onlara anlatmaktadır. Fakat varisler bu akde onay verme konusunda tartışmaya düşmektedirler. Varislerin bir kısmı satışa onay verdiklerini söylemektedirler. Diğer kısmı ise buna onay vermediklerini söylemektedirler. Mâlikîlere göre akde onay verenlerin satış sonucu ortaya çıkan her şeyi yüklenmeleri şartıyla istihânen bu caizdir. Fakat onay veren varisler bunu yüklenmezlerse bütün varislerin ittifakı olmadığı sürece bu satış geçerli olmaz. Bu durumda bütün varisler bunu kabul eder ya da terk ederler.

Bu mesele *el-Müdevvene*'de şöyle geçmektedir: Ben (Sahnûn) Eşheb'e şunu sordum: Eğer ölenin varisleri muhayyerlikte onun yerine geçerlerse ve ihtilaf ederlerse yani bir kısmı satışı onaylarsa ve bir kısmı da satışı bozarsa durum ne olur? Eşheb buna cevaben şöyle dedi: Ya varislerin tümü bunu onaylar ya da tümü bunu bozar. Çünkü ölen kişinin, bu akdin bir kısmını kabul edip bir kısmını terk etmesi caiz değildir. Ölenin hakkının intikal ettiği varisler de böyle yapamaz. İmam Mâlik istihânda bulunarak buna onay veren varisler buna onay vermeyen varislerin payını almaları durumunda bunu caiz görmüştür. Ama istihâna göre gidilmezse burada ancak varislerin tümünün bunu kabul etmesi ya da reddetmesi gerekir.²⁵⁸ Aynı şekilde bir adam bir adama bir ürün satarsa sonra müşteri ölüp geride varisler bırakırsa ve bu varisler satın alınan ürünün kusurlu olduğunu görürlerse ancak bu varislerin hepsi bu ürünü reddetmeyi ya da reddetmemeyi kabul eder. Bir kısmı ürünü kabul edip bir kısmı reddedemez. Fakat ürünü kabul etmek isteyen varisler bunun tümünü almak isterlerse bu olur. Ama hepsini kabul etmezlerse sadece kendi paylarını almak isterlerse ve bâyi de ürünü reddetmek isteyenlerin payını kabul ederse bu da olur. Eşheb bu konuda şöyle demiştir: İmam Mâlik bu son görüşü bana söylemiştir. Aynı şekilde muhayyerlikte varislerin tümü ürünü reddeder ya da tümü ürünü kabul eder. Ürünü kabul

²⁵⁸ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 211.

etmek isteyenler ya reddetmek isteyenlere katılıp ürünü reddederler ya da ürünün tümünü semene karşılık alırlar. Yani sadece kendi paylarına düşeni alamazlar.²⁵⁹

Kıyasa göre bu satış, taraflardan birinin ölmesiyle fesh olduğu için bunun geçerli olmaması gerekir. Çünkü müşterinin vefat etmesiyle borçlar ve insanların diğer hakları dışındaki tüm işleri kesintiye uğrar. Bu borçlar onun terikesinden alınır. Bu akit ise bu borçlardan değildir. Bilakis irade ve muhayyerlikle ilgili bir işittir. Dolayısıyla bu akit ölünün dışındaki varisleri ve akrabaları bağlamaz. Fakat genişlik olması ve bâyi ya da varislere fayda sağlam için iki tarafın akdi geçerli kılmalarına cevaz verilmiştir. Aynı şekilde muhayyerlik de böyledir. Bütün varislerin kabul ya da ret konusunda anlaşmaları veya satış ya da muhayyerliği kabul edenlerin akdin tüm sonuçlarını yüklenmeleri şarttır. Meselenin istihsân yönün genişlik sağlamak ve akdin taraflarına yarar sağlamaktır.

2.2.2.7. Az Olan Malda Annenin Küçük Çocuğuna Vasiyette Bulunması

Bir anne ölürse ve arkada yetim bir çocuk bırakırsa bu anne bir adamı vasî yapıp geride bıraktığı malı çocuğa vasiyet edebilir mi? İmam Mâlik malın altmış dinarı geçmeyecek şekilde az olması şartıyla istihsânen bunun caiz olduğunu söylemiştir.

Bu mesele *el-Müdevvene*'de şöyle geçmektedir: “İmam Mâlik’e ölen ve kendi çocuğuna verilmek üzere malını bir adama vasiyet eden kadının hükmü sorulmuştur. Bunun üzerine İmam Mâlik şöyle demiştir: Bu kadın geride ne kadar mal bırakmıştır. Elli ya da altmış dinar bıraktığı söylenmiştir. O da bu malın az olduğunu söylemiş ve az olan malda bu vasiyeti caiz görmüştür.”²⁶⁰

İbn Kasım (ö. 191/806), bu konuda şunu söylemiştir: “İmam Mâlik annenin vasiyeti konusunda istihsân yapmıştır. Anne diğerleri gibi değildir. Nitekim o doğurandır. Diğerleri gibi değildir. Bu görüş kıyasa göre değildir. Fakat istihsândır.”²⁶¹ İbn Kasım ayrıca şunu söylemiştir: “Ben bir gün İmam Mâlik’in yanındaydım. Ona birileri geldi. Bir kadının küçük çocuklarının olduğunu ve bu çocuklara vermek üzere geride bıraktığı malı bir adama vasiyet ettiğini söylediler. İmam Mâlik, o kadının geride ne kadar mal bıraktığını onlara

²⁵⁹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, III, 212.

²⁶⁰ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, VI, 259.

²⁶¹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, VI, 259.

sordu. Onlar altmış dinar bırakmış dediler. Bunun üzerine İmam Mâlik şöyle dedi: Eğer vasî olan adam adilse bu vasiyet yerine getirilsin.”²⁶²

İmam Sâvî (ö. 1241/1825), bu konuda şunu söylemiştir: “Bir kadın öleceği zaman onun yetimi olup da vasîsi yoksa bu kadın, bu malın o yetim çocuğa verilmesi için bir vasî tayin ederse bu caiz değildir. Fakat eğer mal az olup yaklaşık altmış dinarsa bu durumda bu vasiyet geçerli ve o mal vasîden alınmaz. İmam Mâlik bu konuda istihsân yapmıştır. Bu kıyasa göre değildir. İbn Nâcî de *er-Risâle* şerhinde bu meseleyi bu şekilde ele almıştır. İmam Hattâb’ın (ö. 954/1547), *Menhu’l-celîl* adlı eserinde şöyle geçmektedir: “Bir kadın ölürse ve onun yetim bir çocuğu olup da bu çocuğun vasîsi yoksa bu kadın kendi malını ve çocuğunu bir adama teslim ederek onu vasî tayin ederse bu caiz değildir. Fakat eğer bu kadını malı yaklaşık olarak altmış dinar gibi az bir miktarsa bu mal vasîden alınmaz. İmam Mâlik bu konuda istihsân yapmıştır.”²⁶³

Mâlikî ve Şâfiîlere göre kıyas gereği bu vasiyet geçersizdir. Nitekim Rasûlullah (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: “Allah azze ve celle bütün hak sahiplerine haklarını vermiştir. Varise vasiyet yoktur.”²⁶⁴ Ayrıca bazı varislere vasiyette bulunmak diğer varislere zarar verir ve onların gönüllerinde kinin oluşmasına sebep olur. Kur’an’ı Kerim bu tür bir vasiyeti yasaklamıştır. Yüce Allah bu konuda şöyle buyurmaktadır: “(Bu paylaşırma varislere) zarar vermeksizin yapılan vasiyetin yerine getirilmesinden yahut borcun ödenmesinden sonra yapılır.”²⁶⁵

Kıyasa göre hüküm bu şekilde olsa da imam Mâlik istihsân yaparak annenin az olan malını çocuğuna vermesi için bir başka kimseye vasiyet etmesi konusunda zahir kıyasa aykırı görüş beyan etmiştir. Bu meseledeki istihsân yönü; İmam Mâlik’in bu çocuğu, malın üçte biri kadar vasiyet edilebilen varisler dışındaki biri gibi saymasıdır. Varislerin dışındakilere malın üçte biri kadar vasiyet edilebilmesiyle ilgili olarak Rasûlullah (s.a.s.) Sa’d b. Ebî Vakkâs’a hitaben şöyle buyurmuştur: “Üçte bir ki üçte bir de çoktur. Eğer sen varislerini zengin olarak geride bırakırsan onları fakir olarak ve insanlara dilenecek

²⁶² Sahnûn, *el-Müdevvenetü’l-kübrâ*, VI, 332.

²⁶³ Sâvî, *Hâşiyetü’s-Sâvî*, III, 638.

²⁶⁴ Tirmizî, “el-Vasâyâ”, 34.

²⁶⁵ Nisâ: 4/12.

şekilde bırakmandan daha hayırlıdır."²⁶⁶ Eğer anne kendi çocuğu ve malı konusunda vasînin güvenilir olduğunu bilmeseydi onu vasî tayin etmezdi.

2.2.3. Aile Hukukuyla İlgili Meseleler

2.2.3.1. İffetsiz Kadının Velisi Olmadan Evlenmesi

Temel kural, kadının bir kadını ve kendisini evlendirememesidir ve kadının taraf olduğu nikâh geçersizdir. Fakat İmam Mâlik; kadının dul ve düşük biri olma durumunu istisna etmiştir. İstihsânen bu nikâhın caiz olduğunu söylemiştir.

Bu mesele *el-Müdevvene*'de şöyle geçmektedir: "Dul bir kadın bir adamı vekil kılarca ve bu adam o kadını evlendirirse bunun hükmü nedir diye sorulmuştur. İmam Mâlik bunu cevaben şöyle demiştir: Azat edilmiş ve miskin olan kadın, sultanın (devlet başkanının yetki verdiği birinin) bulunmadığı bir köyde olabilmektedir. Bazı köylerde devletin yetkilisi yoktur. Bu durumda kadının evlendirme işini bir adama vermesinde bir beis yoktur. Ayrıca kadın devlet yetkilisinin bulunduğu bir yerde olsa dahi eğer iffetsiz biri olup itibar edilmezse bu kadının kendisini evlendirmek üzere bir adamı vekil yapmasında bir beis yoktur. Bu caizdir."²⁶⁷ İmam Mâlik ayrıca şunu söylemiştir: "*Zengin ve iffetli kadını ise ancak velisi ya da sultan (devlet başkanı ya da yetki verdiği kimse) evlendirir.*"²⁶⁸

İmam Mâlik ayrıca şunu söylemiştir: "*Eğer bir kadın velisi olmadan evlenirse dühûl olsun veya olmasın veli ya da sultan onay vermezse bunlar tefrik edilir. Yani eşler birbirlerinden ayrılır. Eğer kadının velisi yoksa ve mahkeme bunları ayırırsa bu boşanma olur. Eğer kadın azat edilmiş cariye ya da siyah bir kadın gibi düşük bir kadın ise bu durumda eğer nikâhı açık bir şekilde yapılmış ve biliniyorsa bana göre bu kadının durumu değeri olan kadından daha geçerlidir.*"²⁶⁹

Sahnûn şunu aktarmıştır: "*Şöyle dedim: Eğer kadına seni evlendirdik derlerse ve mehirden bahsedilmemişse dühûlün gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesine göre hüküm nasıl olur. İbnü'l-Kâsım bunun üzerine şöyle dedi: Eğer dühûl gerçekleşmişse*

²⁶⁶ Buhârî, "el-Vasâyâ", 3.

²⁶⁷ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 12.

²⁶⁸ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 112.

²⁶⁹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 166.

nikahmeydana gelmiş olur ve kadına mehr-i misil verilir. Eğer dühûl gerçekleşmemişse bunlar tefrik edilir. Bu benim görüşümdür. Bunu hoş görüyorum. İmam Mâlik'ten de bu bilgi bana ulaşmıştır."²⁷⁰

Eğer nikâh akdinde velinin şart olmasıyla ilgili mevcut nasların umûmü bakire ve iffetli kadını kapsarsa kıyas gereği dul ve iffetsiz kadın da bu kapsama girer. İffetsiz kadının istisna edilmesi kıyasın gereğine aykırıdır. Bu meseledeki istihsân yönü şudur: İffetsiz kadının kendisini evlendirmesi ya da velisi dışındaki birini vekil kılmasından kaynaklanan zararlar daha azdır. Onun istenmesi bir konumu olan iffetli kadından daha kolaydır. Nitekim evlilik aileleri de etkilemektedir. Bu, dayanağı maslahat olan istihsân türüdür. Bu maslahat da fahişelerin toplumu kirletmesinden toplumu korumaktır. Çünkü velileri evlendirmesini reddettiği iffetsiz kadın eğer bu yolla evlenmezse iğrenç yollara başvurur. Bunun da onun ailesine ve topluma vereceği zarar ortadadır.

2.2.3.2. Boşanan Kadının Kocasına Dönmesi

Koca iki talaka kadar karısına dönüş yapabilir. Üçüncü sefer boşarsa bu kadın başka bir erkekle evlenmediği sürece eski koca onunla evlenemez. Bu ikinci koca kadını boşadıktan sonra eski koca artık bu kadınla evlenebilir. Üç talakla boşanan kadın başka bir erkekle evlenirse, sonra bu erkek onu boşarsa ve kadınla birliktelik yaşamadığını söylerse kadın da birliktelik yaşadıklarını söylerse eski koca bununla evlenebilir mi? İmam Mâlik, ikinci koca kadını ilişki yaşadığını ikrar etmediği sürece bu kadının birinci kocaya helal olmadığı yönünde istihsânda bulunmuştur.

Sahnûn (ö. 240/854), bu konuda şunu söylemektedir: Bir adam bir kadın ile evlenirse, onunla ilişkiye girerse, sonra onu boşarsa ve ben kadınla ilişkiye girmedim derse, kadın ise ilişkiye girdiklerini söylerse ne yapılır diye sordum. O da bu durumda kadının sözüne itibar edilir dedi. Ben eğer adam bir talakla kadını boşarsa ne olur diye sordum. O da şöyle cevap verdi: Mehir konusunda kadının sözüne itibar edilir yani dühûl gerçekleşmiş kabul edilir ve kadın iddet bekler. Erkek de kadına dönüş yapma hakkına sahip olmaz. Bu İmam Mâlik'in görüşüdür. O kendisine şu bilginin ulaştığını söylemiştir: İmam Mâlik'e

²⁷⁰ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, I, 232.

şöyle bir soru soruldu: Eğer bir kadının kocası onu üç talakla boşarsa bu kadın başka bir adamla evlenirse evlendiği ikinci koca bu kadınla ilişkiye girmediğini söylerse kadın da ilişkiye girdiklerini söylerse durum ne olur? İmam Mâlik bu soruya şöyle cevap verdi: İkinci koca ve kadın ikisi de ilişki yaşadıklarını söylemezlerse birinci koca eski karısıyla evlenemez.²⁷¹

İbn Kasım (ö. 191/806), bu konuda şunu söylemiştir: Bana göre ikinci koca bu söyledikleri konusunda itham edilir. Yani onun bu konuda yanlış yaptığı düşünülür. Bu adam o kadın ile birinci kocanın evlenmesine engel olamaz. Çünkü kadını boşayan ikinci koca, kadının nikâhına zarar vermek için böyle söyleme endişesi vardır.²⁷²

Sahnûn bu meseleyle ilgili olarak şöyle bir soru sormuştur: Bir adam üç talakla boşanan bir kadınla evleniyor. Onunla geceliyor ve ilişkiye giriyor. Bir gün sonra da bu adam ölüyor. Kadın da bu adamla ilişkiye girdiğini söylüyor. İmam Mâlik'in görüşüne göre bu kadının ilk kocası bu kadını tasdik edip onunla evlenebilir mi? İbn Kasım bu soruya şöyle cevap vermiştir: Kadın burada itham edilir. Yani hata yaptığı varsayılır. İlk koca kendisi bilir. Dilerse bu kadınla evlenir. İlk kocanın bu kadınla evlenmesine engel olunmaz. Bu kadının ikinci koca yanında bir gün veya daha fazla kalması arasında fark yoktur. Bu ikinci koca ilişkiye girebilen bir adam olup ölürse ve ilişki yaşadığını inkâr etmezse bu durumda kadının sözüne itibar edilir. Fakat erkek bu kadınla ilişkiye girmediğini söylerse ve kadın da ilişkiye girdiğini söylerse ilk koca bu kadınla evlenemez. İkisi de ilişki yaşadıklarını söylemeleri gerekmektedir. İmam Malik bu konuda istihsân yapmıştır. Bu mesele biraz önce geçen meseleye benzememektedir. Çünkü ikinci koca bu meselede ilişkiyi inkâr etmektedir. Az önce geçen meselede ise ilişkiyi inkâr etmeden ölmektedir. İmam Mâlik burada kıyasa göre değil, istihsâna göre hareket etmiştir. Eğer bu görüşü İmam Mâlik söylemeyip de başkası söyleseydi bu görüş bana daha enteresan gelecekti.²⁷³

Kıyasa göre bir adam boşanan bir kadın ile evlenirse, onunla ilişkiye girerse, sonra onu boşarsa ve onunla ilişkiye girmediğini söylerse, kadın da erkeğin kendisiyle ilişkiye girdiğini söylerse bu durumda kadının sözüne itibar edilir. Çünkü bu durum; adet, iddet ve

²⁷¹ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, V, 4-5.

²⁷² Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, V, 4-5.

²⁷³ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, V, 4-5.

süt emzirmede olduğu gibi kadının sözünün kabul edildiği durumlardandır. Böylece bu kadın, bu tür durumlarda sözü kabul edildiği sürece ilk kocasına helal olur. Yoksa onun sözünün kabul edilmesinin bir anlamı ve faydası olmaz. Fakat İmam Mâlik bu konuda istihsân yaparak her ikisinin yani ikinci koca ve kadının ilişki yaşadıklarını söylemeleri gerektiğini, yoksa bu kadının ilk kocasına helal olamayacağını söylemiştir. Bu da kadının, ilk kocasına dönmenin bir aracı olarak bunu söylemiş olabilme ve ikinci kocaya zarar verme ihtimali bulunduğu içindir ve bu tür istihsan ihtiyat davranmasıdır.

2.2.4. Ceza Hukukuyla İlgili Meseleler

2.2.4.1. Yemin ve Şahit ile Kısasın Uygulanması

Gerek öldürme olsun gerekse ondan daha düşük olsun yaralamalarda kısas bulunmaktadır. Fakihlerin cumhuruna göre öldürmede kısas ikrar ya da iki adil şahitle gerçekleşir. Yine cumhura göre öldürme dışındaki yaralamalarda da kısas ikrar ya da iki şahitle sabit olur. Fakat İmam Mâlik öldürme dışındaki yaralamalarda bir şahid ve yemini yeterli görmektedir. *el-Müdevvene*'de bu konuyla ilgili olarak şöyle geçmektedir: *“Ben(Sahnûn) ibn Kasım'a şunu sordum: Bir kimse amden yaralamada bir şahit gösterip de kısas uygulamak isterse ya da hataen yaralamada bir şahit gösterip de diyet almak isterse İmam Mâlik'e göre şahitle birlikte ne kadar yemin eder? Bu durumda bir yemin mi eder? Yoksa elli yemin mi eder? İbnü'l-Kâsım şöyle cevap vermiştir: 'İmam Mâlik'e göre bir yemin eder. Elli yemin ancak canın alınmasında olur. Yaralamalarda elli yemin olmaz. İmam Mâlik, yaralamalarda kasâmenin olmayacağını bana söylemiştir.' Ben İbnü'l-Kâsım'a şunu sordum: 'Kasten yaralamalar mal olmadıkları halde İmam Mâlik'in niye bu tür yaralamalarda bir adamın şahitliği ve hak talebinde bulunanın yeminini yeterli görmektedir. Halbuki İmam Mâlik şöyle söylemiştir: 'Sadece mallarda bir şahit ve hak talebinde bulunanın yeminini yeterlidir. İftirada ve kanda yeterli değildir. Eğer maktulün velisi bir kişi ise ve o bir şahit getirirse onun şahidin bulunmasının yanı sıra yemin etmesi yeterli değildir. İmam Mâlik'in bu konudaki delili nedir? İbnü'l-Kâsım buna cevaben şöyle*

söyledi: 'İmam Malik bu konuda şunu söyledi: Daha önce hiç kimseden duymadığım bir gerekçeyle böyle söylüyorum. Bu istihşân ettiğim bir şeydir.'²⁷⁴

İbn Mâlik ayrıca şöyle söylemiştir: "Kıyası alınan bütün yaralamalarda bir şahit ve yeminle kıyas sabit olur. Câife ve Me'mûme (beyin zarına ulaşan yaralama) gibi kıyası alınmayan bütün yaralamalarda bir şahit ve yemin yeterli olup bu hasendir. Çünkü bu tür yaralamaların amden ve hataen gerçekleşmesinde mal ödenir."²⁷⁵

İmam Mâlik kasten yaralamada bir şahit ve yeminle hüküm verilmesinin caiz olduğunu söylemiştir. Kıyasa göre sadece mallarda ve sonucu mal olan şeylerde bu caizdir. Bu sebeple İbn Ebî Zeyd el-Kayravânî,(ö. 386/996), İmam Mâlik'in kasten yaralamada bir şahit ve yeminle hüküm verilmesinin caiz olduğuna dair görüşünü zayıf olarak görmüş ve bu konuda şunu söylemiştir: "Nikâh, talak ya da herhangi bir hadde bir şahit ve yeminle hüküm verilmez. Aynı şekilde kasten dökülen kanda ve kişiyi öldürmede de durum böyledir. Fakat bir kişinin ölümüyle ilgili kasâmede bir şahit ve yeminle hüküm verilir. Yaralamalarda da bununla hüküm verilebileceği söylenmiştir. İbn Abdilberr bu görüşü zayıf görerek şöyle demiştir: Kasten yaralamada bir şahit ve yeminle hüküm verilebileceği ve kıyas alınabileceği söylenmiştir. Fakat bu zayıf bir görüştür."²⁷⁶

İbn Kasım'a İmam Mâlik'in bu konudaki delili sorulmuştur. Bunun üzerine o şöyle cevap vermiştir: "İmam Mâlik buna dair bir delil zikretmemiştir. Sadece şunu söylemekle yetinmiştir: "Bu, istihşân ettiğim (hoş gördüğüm) bir şeydir."²⁷⁷

İmam Mâlik'e göre yaralamalarda bir şahit ve yeminin yeterli görülmesi meselesindeki istihşân yönü, kanları korumaktır. Zira o etkisi güçlü olan Hanefî kıyasını esas almış ve bunu kişiyi öldürmeye kıyas etmiştir ki kasâmede bir şahit ve yeminle kişi öldürülmektedir. Hâlbuki kişiyi öldürme onun bir organını yaralamaktan daha ağır bir şeydir. Kasâmede bir şahit ve yemin yeterli görülüyorsa canı almaktan daha hafif bir suç olan yaralamalarda bir şahit ve yeminle kıyas alınması daha evladır. Sahnûn bu kıyası şöyle açıklamıştır: "Kıyas gereken bütün yaralamalarda bir adamın şahitliği ve hak talebinde

²⁷⁴ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 430.

²⁷⁵ İbn Azûm, *Şerhu'l-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 490.

²⁷⁶ Kayravânî, *er-Risâle*, s. 132.

²⁷⁷ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 86.

bulunanın yeminiyle suçludan kısas alınır. Nitekim yaralamalarda kasâme yoktur. Kasâme öldürmelerde vardır. Kasâme meselesinde bir şahit ve yeminle kişi öldürüldüğünden dolayı yaralamalarda da bir adamın şahitliği ve yeminle, yaralayandan kısas alınır. Tabi şahidin adil olması gerekir. Bununla birlikte yaralamalarda kasâmenin olduğuna dair sünnette bir delil yoktur.²⁷⁸ Bunun delili görüldüğü gibi dayanağı gizli kıyas olan istihsândır.

Bir şahit ve yeminle hüküm verme konusunda âlimler ihtilaf ederek üç görüşe ayrılmışlardır.

Birinci görüş: Hanefiler hiçbir meselede bir şahit ve yeminle hüküm verilemeyeceğini savunurlar. Onların bu konudaki delilleri şu ayetlerdir: “*Erkeklerinizden iki şahidi de tanık tutun. Şahitler iki erkek olmazlarsa, rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkekle -biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için- iki de kadın olsunlar.*”²⁷⁹ “*İçinizden adaletli iki kişiyi şahit tutun*”²⁸⁰ Kur’an’ı Kerim, iki adam ya da bir adam ve iki kadının şahit tutulmasını talep etmiştir. Bir şahit ve davacının yemini kabul etmek nassa ziyade yapmaktır. Nas üzerine ziyade yapmak da nesihtir. Kur’an ise ancak mütevâtir ya da meşhur bir haberle nesh edilebilir. Burada ise ayeti neshedecek bu iki haber türü bulunmamaktadır.²⁸¹

İkinci görüş: Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî fakihlerinin cumhuru mallarda bir şahit ve yeminle hüküm verilebileceğini söylemektedirler. Onlar bu görüşleri için “*Rasûlullah (s.a.s.) bir şahit ve yeminle hüküm verdi*” hadisini delil olarak öne sürmüşlerdir.²⁸²

Üçüncü görüş: İmam Mâlik cumhurun dediklerini söylemiştir. Fakat o ayrıca öldürme dışındaki yaralamalarda da bir şahit ve yeminle hüküm verilebileceğini söylemiştir. Onun bu konudaki delili daha önce geçtiği gibi istihsândır.²⁸³ İmam Malik yaralamalarda kısasın uygulanabilmesi için bir şahit ve yeminin yeterli olduğu konusundaki istihsânını, sakındırma ve kanı korumayla gerekçelendirmiştir. O, bu meseleyi kasâmeye kıyas etmiştir. Zira kasâmede bir şahit ve kasâme ile kişinin öldürülmesine hüküm verilmektedir.

²⁷⁸ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 86.

²⁷⁹ Bakara: 2/282.

²⁸⁰ Talak: 65/2.

²⁸¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 30.

²⁸² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 356.

²⁸³ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 490.

Dolayısıyla öldürme eyleminden daha hafif olan yaralamalarda bir şahit ve yeminle yaralama kisasının uygulanması daha evladır. Maslahat ve takva bakımından bakıldığında bu gerekçenin güçlü ve sağlam bir gerekçe olduğu görülmektedir.

2.2.4.2. Başparmağı Kesmenin Cezasının Beş Deve Olması

Ellerin veya ayakların parmaklarından birini hataen kesmenin cezasının diyeti onda birdir. Kadın, erkek, küçük, büyük, Müslüman ya da kâfir olsun bir kimsenin başparmak, serçe parmağı veya yüzük parmağını kesmenin cezası budur. İki eli ya da iki ayağı kesmek kişideki yararın türünü yok etmektedir. Bunda tam bir diyet vardır. Diyet de yüz devedir. Diyet parmaklara bölüştürülür. Bütün parmaklar, faydaları bulunması bakımından aynıdır. Her bir parmak için diyetin onda biri olan on deve verilmesi gerekmektedir. Verilmesi gereken diyetin onda biri parmaklardaki eklemelere bölüştürülmektedir. Başparmak dışındaki bütün parmaklarda üç eklem bulunmaktadır. Dolayısıyla bu parmaklardaki her bir eklem için bir parmağın diyetinin üçte biri gerekmektedir. Yani her bir eklem için on devenin üçte biri verilir. Fakat iki eklemi bulunan başparmaklarda her bir eklem için bir parmağın diyetinin yarısı verilir. O da beş deve ya da elli dinardır. Bu İmam Mâlik'in ve cumhurun görüşüdür. Fakat İmam Mâlik burada istihsâna dayanmıştır. Onun dışındakiler ise ileride zikredilecek delillere dayanmaktadırlar. Halîl *el-Muhtasar* adlı eserinde şunu söyler: “Her bir parmakta diyetin onda biri vardır. Başparmak hariç her bir eklemde bir parmağın diyetinin üçte biridir. Başparmakta ise her bir eklem için bir parmağın diyetinin yarısı vardır.”²⁸⁴

Sahnûn şöyle demektedir: “*Başparmaktaki iki eklem için ne kadar diyet var dedim. İbnü'l-Kâsım da şöyle cevap verdi: Bir parmağın diyeti var dedi. Her bir eklem için bir parmağın diyetinin yarısı vardır. Bu İmam Mâlik'in görüşüdür.*”²⁸⁵

İmam Mâlik'e göre yukarıda geçen meselenin istihsân yönü şu şekildedir: Diyette insan bünyesinin bütünlüğünü korumak ve kanının boş yere akıtılmasını engellemek vardır. Diyetin meşru olmasıyla toplumun güvenliği ve hayatı koruma altına alınmaktadır. Bu diyet, hak sahibi affetmediği sürece sakıt olamayan kul haklarından biridir. Amr b.

²⁸⁴ Halîl, *el-Muhtasar*, I, 233.

²⁸⁵ Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, IV, 438.

Hazm'ın rivayet ettiği hadisten anlaşıldığında göre her bir parmakta diyetin onda biri vardır. Nitekim o hadiste Rasûlullah (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: “*El ve ayak parmaklarının her biri için on deve vardır.*”²⁸⁶Bu hadise göre iki eklemi bulunan başparmağın her bir eklemi için bir parmağın diyetinin yarısı bulunmaktadır. O da beş devedir.

Fakihlerin bu konudaki görüşü şu şekildedir: Fakihler ellerin ya da ayakların on parmağının kesilmesinde tam bir diyet olduğu konusunda ittifak etmişlerdir. El veya ayaklardan bir parmağın kesilmesi durumunda diyetin onda biri gerekir. O da on devedir.²⁸⁷ Onların bu konudaki delili Amr b. Hazm'dan (r.a.) gelen şu rivayettir: “Rasûlullah (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: El ve ayak parmaklarının her biri için on deve vardır.” Ayrıca İbn Abbas'tan (r.a.) şöyle rivayet edilmiştir: “Rasûlullah (s.a.s.) şöyle buyurmuştur: El ve ayak parmaklarının her birinin diyeti on devedir.”²⁸⁸

El ya da ayakların kesilmesinde tutma ve yürüme yeteneği yok olduğundan dolayı hem iki elin kesilmesinde hem de iki ayağın kesilmesinde de tam bir diyet gerekmektedir. El ve ayakların her bir parmağı için diyetin onda biri vardır. Her bir parmağın diyeti parmağın eklemlerine taksim edilmektedir. Başparmak dışında her bir parmakta üç eklem vardır. Başparmakta ise iki eklem vardır. Bunun üzerine başparmak dışındaki parmakların her bir eklemi için bir parmağın diyetinin üçte biri gerekmektedir. O da üç küsur deve yapmaktadır. Başparmağın her bir eklemi için bir parmağın diyetinin yarısı gerekmektedir. O da beş devedir. Hadisin ifadesi genel olduğu için bütün parmaklar diyet konusunda aynıdır.²⁸⁹

²⁸⁶ Nesâî, “el-Kasâme”, 57.

²⁸⁷ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-müctehid*, II, 424.

²⁸⁸ Tirmizî, “Diyetü'l-esâbi”, 179.

²⁸⁹ Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 66.

SONUÇ

Kabul edilen genel kuralların yanı sıra istihsân sıkıntıyı kaldırma ilkesidir. İstihsâdayandığı deliller bakımından hüccet olarak kabul edilebilir. Hatta onun dayandığı deliller doğrudan onu ispat etmektedir. Nas ile istihsân hüccettir. Delili ise nassın kendisinin hüccet olmasıdır. İcmâ ile istihsân hüccettir. Delili ise icmânın kendisinin hüccet olmasıdır. Aynı şekilde istihsânın dayandığını diğer deliller onun hüccet olduğunu göstermektedir. Mâlikî mezhebindeki çoğu istihsân tanımları, insanlara daha kolay olanı alma, insanların mübtela oldukları ve hayatlarında yeni gördükleri meselelerin hükümlerinde kolaylığı arama eksenini etrafında dönmektedir. Bu durum, İmam Mâlik'e nispet edilen meselelerde apaçık bir şekilde görülmektedir.

İstihsân Mâlikî mezhebinde temel bir kaynak sayılmakta ve Mâlikî mezhebi mensupları onu kabul etmektedirler. İstihsân, Mâlikî mezhebinde zihinsel egzersizler yapmak suretiyle hükümleri istinbât etmek için müctehidin önünü açan bir kapıdır. Birçok olayın ve modern yeni meselelerin hükümlerini elde etmek için bir yoldur. İstihsân müctehidin fetva vermesine ve hükümlere ulaşmasına yardımcı olan bir araçtır. Böylece istihsân sıkıntıyı kaldırma konusunda bir hüccettir.

İmam Malik her ne kadare *el-Muvatta'* adlı eserinde istihsân ve buna benzer ifadeleri kullanmamış olsa da *el-Müdevvene'*de onun birtakım meselelerde istihsân yaptığı ifade edilmiştir. Onun *el-Muvatta'*da istihsân ifadesini kullanmadığı halde istihsân yaptığını söyleminin sebebi şu olabilir: *el-Müdevvene'*de İmam Mâlik'in ifadelerine birebir bağlı kalınmamıştır. Bu eser onun görüşlerini özetleyerek ele almıştır. Ayrıca onun görüşlerini rivayet edenler ve yazarlar kendi üsluplarıyla onun usûlü üzerine birtakım meseleleri tahriç etmişlerdir. Yani birtakım meseleleri hükümlerini onun usûl ve yöntemine göre belirlemişlerdir. Dolayısıyla *el-Müdevvene'*de geçen istihsân ifadelerinin kesin olarak İmam Mâlik'e nispet edildiğini söyleyemeyiz.

Mâlikî mezhebindeki istihsân meselelerine bakıldığında bunların farklı istihsân türleri olduğu görülmektedir. İstihsânın türleri kitap, sünnet, maslahat, Medine ehlinin icmâi, kolaylık, sedd-i zerî'a, zaruret, karinenin itibar edilmesi, gizli kıyas ve makâsıd olabilmektedir. *el-Müdevvene'*de verilen istihsân örnekleri genel olarak dayanağı zararı

defetmek, ihtiyat, zaruret, sıkıntıyı gidermek, kolaylık sağlamak, maslahat, toplum maslahatı ve yarar sağlamak olan istihsân türleridir.

İbadetlerle ilgili zikrettiğimiz meselelerden biri necasetin girdiği az suyla abdest almayı terk etme meselesiydi. İmam Mâlik bu konuda istihsân yapmıştır. Ona göre bu tür bir suyla abdest almak caiz değildir. Bu suyla abdest alıp namaz kılan kimse vakit içinde olduğu sürece bu namazı iade eder. Hanefiler de bu konuda istihsân yaparak bu suyla abdest almanın caiz olmadığını söylemişlerdir.

İbadetlerle ilgili bir diğer mesele ise adetli bayanın az miktarda kıraatte bulunmasını caiz olma meseles, mâlikîlere göre kadın öğretici ya da öğrenci ise zaruretten dolayı adetli bir şekilde az miktarda Kur'an okuyabilir. Hanefilere ise adetli kadının Kur'an okumasının haram olduğu görüşündedirler. Fakat Hanefiler kıraat maksadıyla değil de Allah'ı hamd etme ve zikir maksadıyla adetli kadının Kur'an okuyabileceğini söylemişlerdir. Ayrıca onlar, Mâlikîlerin söylediği gibi öğretici olan adetli kadının Kur'an öğretmek için Kur'an okumasına cevaz vermişlerdir. Fakat Hanefiler bu okumanın kelime kelime şeklinde olmasını şart koşmuşlardır. Yani iki kelime arasını ayırarak şekilde okuması gerekir. Nitekim adetli kadın tek bir kelimeyi okumakla kıraatte bulunmuş sayılmaz. Her iki mezhebin de öğretici olan adetli kadının Kur'an okumasına cevaz verdikleri, fakat Hanefilerin yukarıda geçen şartla bunu kayıtladıkları görülmektedir.

Muâmelatla ilgili olarak zikrettiğimiz meselelerden biri meyvenin satışında şuf'anın olması meselesiydi. Bu meseleyi incelememiz neticesinde şu sonuca vardık: Mâlikîlere göre meyve ve ağaçlar birbirlerinden ayrı olarak değerlendirilebilir. Meyveler ağaçtan ayrı olarak veya ağaçlarla birlikte satıldığı zaman meyvelerin ağaçlarında şuf'a olmadığı halde sadece meyvelerde şuf'a olmasında istihsân yapılmıştır. Bu durumda eğer meyveler müşterinin yanın oluşmuşsa meyveler şefi'in olur. Ağaçlar ise müşterinin olur. Hanefilere göre meyveler ağaçlara tabi olduğu için ikisinde sadece meyvelerde şuf'a olmaz, ikisinde birlikte şuf'a olur. Eğer müşteri meyvelerle birlikte araziyi almışsa şefi' araziyi meyvelerle birlikte alır. Burada Hanefilerin, şefi'in meyveleri ağaçlarla birlikte alacağı şeklindeki görüşlerinin daha güçlü olduğunu görmekteyiz. Çünkü fihhi kurala göre, fer' hükümde asla

tabidir. Örneğin ineğin karnındaki yavrusu boğazlanma konusunda annesine tabidir. Annesinin boğazlanması yavrunun da boğazlanmasının yerine geçer.

Muâmeletle ilgili bir diğer mesele istisnâ' akdi yapan sâni'lerin (sanatkarların) kaybettikleri veya telef ettikleri ürünleri tazmin etme meselesidir. Yaptığımız araştırma neticesinde vardığımız sonuca göre sanatkâr telef ettiğini istihşânen tazmin eder. Mâlikîler ve Hanefiler bu görüştedirler. Aslında sanatkarlar insanların eşyaları konusunda emanetçi oldukları için bu malları tazmin etmemeleri gerekirdi. Sanatkarın tazminat ödemesinin hikmeti insanların emanetlerinin korunmasıdır.

Bu çalışmada aile hukukuyla ilgili olarak zikrettiğimiz meselelerden biri fahişe kadının, velisi olmadan kendisini evlendirmesi konusudur. Yaptığımız araştırma neticesine şunu sonuca vardık: İmam Mâlik'e göre istihşânen bu kadın velisi olmadan evlenebilir. Bu kadın için velinin şart koşulması, evlenmesini güçleştirdiği için onun iffetsizliğe devam etme endişesi bulunmaktadır. Bu sebeple veli şartı aranmamaktadır. Halbuki Mâlikîlere göre nikahın sahih olabilmesi için veli şartı bulunmaktadır. Hanefiler ise gerek iffetli olsun gerekse iffetsiz olsun herhangi bir kadının nikâhının sahih olabilmesi için veliyi şart koşmamışlardır. Onlara göre mükellef olan hür kadının nikâhı velinin rızası olmadan da geçerlidir. Ergen olan bir kadın hem kendi nikâh akdini hem de başka bir kadının nikâh akdini yapabilir. Bu meselede Mâlikî mezhebinin, kadının velisiz bir şekilde evlenebilmesi için kadının iffetsiz olmasını şart koştuklarını, Hanefilerin ise hiçbir şart ileri sürmeksizin kadının velisiz bir şekilde evlenebileceği görüşünde olduklarını görmekteyiz.

En sonunda ceza hukukuyla ilgili olarak istihşân yapılan meseleleri ele aldık. Bunlardan kısasın bir şahit ve bir yeminle uygulanması meselesini zikrettik. Araştırmamız neticesinde şu sonuca vardık: İmam Mâlik kasten yaralamalarda bir şahit ve davacını yeminiyle kısasın uygulanabileceğini istihşânen caiz görmüştür. Bu da kanları korumak içindir. Zira kasten yaralamada iki şahidin bulunamadığı durumlarda insanların kanları heder olur. Yani kanları akıtanlardan kısas alınamaz. Böylece bazıları kasten yaralamalara devam eder. Hanefilerin bu konuda Mâlikîlere muhalefet ettiklerin görmekteyiz. Zira onlar bir şahit ve bir yeminle gerek yaralama olsun gerekse diğer cinayetler olsun hiçbir şekilde kısasın uygulanamayacağını söylemişlerdir. İmam Mâlik'in buna cevaz vermedeki

gerekçesinin daha güçlü olduğunu görmekteyiz. Zira bu tür durumlarda iki şahidin bulunması zordur. Sürekli iki şahidi şart koşarsak yaralananların haklarını zayi olur ve alınmaz. Bana göre racih görüş budur. Allah daha iyi bilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed el-Buhârî, (ö.730/1330) *Keşfü'l-esrar an Usûli'l-Pezdevî*, yy., Dâru'l-Kutubi'l-İslâmî,ty.
- Ahmed er-Rebâbi'a, *el-İctihâdü'l-maslahî ve eseruhü fî ba'di'l-kadâye'l-fıkhiyye el-mu'âsira*, Birleşik Arap Emirlikler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 33/1 (Haziran 2008), 38-40.
- Âmidî, Seyfüddin Ali b. Muhammed b. Sâlim. es-Sa'lebî (ö. 631/1233) *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Kahire 1970.
- Bâcî, Ebu'l-Velîd Süleyman b. Halef b. Sad İbni Eyyub b. Varis (ö. 494/1102) *el-Hudûd ve'l-usul*, (el-İşare fî usûli'l fikhî ile birlikte), thk. Muhammed Hasen İsmail, Dâru'l-Kütübil'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003.
- Bardakoğlu, Ali, İstihsan,*DİA*, XXIII,339-347,Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 2001.
- Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, (ö. 256/870), *el-Camiu's-Sahih*, İstanbul,1981.
- Cessas, Ebû Bekir Ahmed b. Muhammed er-Râzî, (ö. 370/980) *el-Füsûl fî'l-üsûl*,thk. Uceyl Câsim en-Neşemî, Vizâretu'l-evkâf ve's-şu'ûni'l-islâmiyyeti'l-idâreti'l-âmme, yy. 1994.
- Cezâirî, Muhammed b.Hâc İsa, *Teyşîrû'l-Vüsûl İlâ Zaruriyyî Min İlimi'lUsul*, Rabat, Dâru Neşri'l Marife 2010.
- Cîzânî, Muhammed b. Husen b. Hasen, *Ma'âlimü'l-usûli'l-fikh inde Ehli Sünnet ve'l-cemaat*, Dâru İbnü'l-Cevzî, Kahire1469/2008.
- Cürcânî, Ali b. Muhammed eş-Şerif (ö. 816/1413), *Mu'cemü't-Ta'rîfât*, Beyrut 1985.
- Çavuşoğlu, Ali Hakan, *DİA, el-Müdevvenetü'l-Kübra*, XXXI,470-471.

- Derdîr, Ebü'l Bereket Ahmed b. Muhammed b. Ahmed (ö. 1201/1786), *Akrabü'l-mesâlik li-Mezhebi'l-Îmâm Mâlik*, thk: Mustafa Abd Rabbeh, ed-Dirasat ve'n-Neşir, Kahire 1299.
- Desûkî, Ebû Abdillâh (ö. 1230/ 1815), *Hâşiyetü'd-Desûkî, ale'ş-Şerhi'l Kebir*, Dâru İhyâi'l-Kübübi'l-Arabiyye, Kahire ts.
- Ebû Dâvûd, Sülyeman b. Eş'as es-Sicistânî (ö.275/888), *es-Sünen*, I-LVI, İstanbul 1992.
- Ebû Zehra, Muhammed, (ö. 1898-1974), *Kitabı Ebu Hanîfe*, çvr: Osman Keski oğlu, Ankara 1997.
- El-Ayyâşî, Ebû Sâlim, Abdullâh b. Muhammed b. Ebu Bekir, (ö.1090/ 1679) *Usûlü'l-mezhebi'l-maliki* Beyrut 1998.
- El-Basrî, Ebü'l-Hasan, Muhammed b. Ali b. Tayyibe (ö. 436/1044), *el-Mu'temed*, Kahire 1381/1952.
- Eyüp Said Kaya, *Maliki mezhebi, DİA*, XXXVII-519-535, Ankara 2003.
- Ezherî, Ebû Mansur, Muhammed b. Ahmed (ö. 370/980), *Cevahire'l-iklil şerhu Muhtasari'l-Allameti'ş-Şeyh Halil*, Beyrut 1994.
- Fâsî, Takiyuddin Ebû Tayyip Muhammed b. Ahmed (ö. 832/1429) *ed-Dâbit fî usûli'l-mezhebi'l-Maliki*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Kâhire 2005.
- Gazzâlî, Ebû Hâmîd Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111) *Mustasfâ min ilmi'l-usul*, İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi, çvr: H. Yunus Apaydın, Rey Yay. Kayseri 1994.
- Gırnâtî, Ebû Abdullâh Muhammed b. Yusuf (ö. 897/1492) *et-Tâc ve'l-iklil alâ Muhtasari Halil.*, Kahire 1329.
- Halîl, Halîl b. İshak el-Cündî,(ö. 776/1374), *Menhu'l-celil şerhu Muhtasari Halil*, Mektebetu't-Tevfikîyye, Kahire 2003.
- Hamavî, Ebû Abdillâh Şihâbüddîn Yakut b. Abdillâh (ö. 626/1229), *Nazariyyetü'l-istihsân*,1992.

- Harşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ali el-Mâlikî (ö. 1101/1690) *eş-Şerhu's-şagîr alâ Muhtasari Halîl*, (Adevi Haşiyesiyle birlikte basılmıştır), Kahire 1306.
- Hatim Bay, *el-Usûlü'l-ictihâdiyyetü'l-letî yübnâ aleyhi el-mezhebü'l-Mâlikî*, Mecelletü'l-Küveytiye, C. 1, S. 20, Nisan 2011, 277-280.
- Hattâb, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yusuf b. Ebu'l-Kâsım (ö. 954/1547) *Mevâhibü'l-celîl*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1398.
- Hıdır, Muhammed el-Hıdır Hüseyin (ö. 1377/1958), *Resâilü'l-islâh*, Dâru Mektebeti'l-Hayat, Beyrut 1980.
- İliş, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, (ö. 1299/1889) *Fethu'l-aliyyi'l-Mâlik fi'l-fetva alâ Mezhebi'l-İmâm Mâlik*, Dâru'l-marife, 1378/1958.
-*Minehu'l-celîl Şerhu Muhtasari'l-Halîl*, Darü'l-fikr, Beyrut 1409/1989.
- İbn 'Âşûr, Muhammed. Tahir b. Muhammed et-Tûnisî (1879-1973), *Makâsîdü's-şerî'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut. 2005.
- İbn Azûm, Ebû Abdillâh, Muhammed b. Ahmed el-Keyravânî, (ö. 876) *Şerhu'l-Müdevveneti'l-kübrâ*, Beyrut 1998.
- İbn Kasâr, Ebü'l Hasan Alî b. Umar el-Malikî, (ö. 397/1006), *el-Mukaddimetü fil'usûl*, Beyrut, 1426.
- İbn Cüzey, Muhammed b. Ahmed (ö. 741/1341), *Takrîbü'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl*, Kahire 1985.
- İbn Ferhûn, Ebü'l-Vefa Burhaneddin (ö. 799/1397), *Tebisiretü'l-hükkâm fi usûli'l-akdiye ve menâhici'l-ahkâm*, Beyrut 1995.
- İbn Hacer, Ebü'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. Alî b. Muhammed el-Askalânî (ö. 852/1449), *Fethu'l-bari*, thk. Nazâr b. Muhammed el-Faryâbî, Daru Tayyibat, Riyad 1426-2005.
- İbn Hadeh, Abdu's-Selam Ahmed, *Eserü'l-usûli'l-Mâlikî fi'l-kânuni'l-Cezâyirî*, nşr: Daru'l-Kütüb, Cezayir 2012.

- İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed (ö. 456/1063), *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, Dimaşk 1960.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed el-Kazvîni (ö. 275/888), *es-Sünen*, İstanbul 1981.
- İbn Manzur, Ebu'l-Fadl Cemalüddin Muhammed b. Mükerrrem (ö. 711/1311), *Lisanu'l Arab*, XIII-CXVII. Beyrut, 1968.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velid, Muhammed b. Ahmed el-Ceddi (ö. 450/1058), *el'Beyan ve't-tahsil*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Kâhire 1999.
- İbn Rüşd, Ebu'l-Velid, Muhammed b. Ahmed el-Hafid, (ö. 595/1199), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-müktesid*, İstanbul 1985.
- İbn Sirâc, Ebü'l-Kâsım, Muhammed b. Muhammed el-Endelüsî (ö. 848/1444), *el-Hilâ'l-küdsiye fi ahbari'l-Tunûsiye*, Daru'l'Garb el-İslâmî, Beyrut 1985.
- İbn Teymiyye, Takiyyüddin (ö. 728/1327), *el-Müsevvide fi usûli'l-fıkıh*, Matbaatü'l-MadeniKahire 1983.
- İbn Yunus, Ebü'l-Feth (Ebû İmrân) Kemâlüddîn Mûsâ b. Yûnus b. Muhammed (ö. 639/1242), *el-Câmiu li-masâilil'Müdevvene*, Kahire 1299.
- İbn Arabî, Ebû Bekir b. Muhammed b. Abdullah (ö. 543/1148), *el-Mahsul fi usûli'l fikh*, Kahire 1967-1968.
- İbn Hâcib, Ebû Amr Cemâlüddîn Osmân b. Ömer b. Ebî Bekr b. Yûnus (ö. 646/1249), *Raf'u'l-hâcib an Muhtasarı İbni'l-Hâcib*, Dâru İbn Hazım, Beyrut 2006.
- İbn Kayyım, Şemsüddin Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyub el-Cevziyye,(ö.751/1350), *İ'lâmü'l-müvakkı'in an Rabbi'l-âlemîn*, Beyrut 1993.
- İbnü't-Tilimsânî, Ebû Muhammed, Şerefüddin Abdullah b. Muhammed b. Ali el-Mısırî (ö. 644/1246), *Şerhu'l-Me'âlim*, thk, Ali Muhammed Muavviz, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1999.
- İbn Kîkeldî, Salahuddin Ebû Said (ö. 761/1360), *İcmâlü'l-isâbe fi akvâli's-sahâbe*, Mektebetu Zahiriyye, Dimaşk 1960.

- İsevî, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdurrahman b. el-Hasen b. Alî el-Ümevî, (ö. 772/1370), *Nihâyetü's-sûl fî şerhi Minhâci'l-uşûl*, (Şerhu'l-Bedahşî ile birlikte), Kahire 1345.
- Kâdî Ebû Ya'lâ, Ebû Ya'lâ Muhammed b. el-Hüseyn b. Muhammed b. Halef (ö. 458/1066), *el'Udde fî Usûli'l Fıkh*, Beyrut 1410/1990.
- Kâdî İyâd, Ebü'l-Fazlî İyâz b. Mûsâ b. İyâz el-Yahsubî (ö. 544/1149), *Tertîbü'l-medârik ve takrîbü'l-mesâlik*, thk. Ahmed Bekir Muhammed, Daru'l-Mektebü'l-Hayat, Beyrut 1997.
- Karâfî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mısrî (ö. 684/1285), *Şerhu Tenkîhi'l-füsûl*, Dâru Garbi'l-İslâmî, Beyrut 1994.
- Kâsânî, Alauddin Ebû Bekir b. Mes'ud (ö. 587/1191), *Bedâi'u's-sanâi' fî tertîbi's-Şerâ'i*, VII-LVIII, Beyrut 1974.
- Kayravânî, Ebû Alî el-Hasen b. Reşîk el-Ezdî el-Mesîlî (ö. 456/1064), *et-Tevdîh şerhu't-Tenkîh*, Daru'l Arkam, Riyad 2001.
- Mencûr, Ebü'l-Abbâs Ahmed b. Alî b. Abdirrahmân el Miknâsî el-Fâsî (ö. 995/1587), *Şerhu'l-Menheci'l-müntehab*, Dâru'l-beyzâ, 1980.
- Merdâvî, Ebü'l-Hasen Alâüddîn Alî b. Süleyman b. Ahmed, (ö. 885/1480), *et-Tahbîr şerhu't-Tahrir fî usûli'l-fıkıh*, (nşr: M. Hamid el-Fıkır fıkır), Beyrut 1406/1986.
- Mukrî, Şihabuddin, Ebu'l Abas Ahmed b. Muhammed (ö. 758/1631), *el-Kavaide li'l-mukrî*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Kâhire 2002.
- Murâkuşî, Muhyüddin Abdulvahâb b. Alî et-Temîmî (ö. 647/1250), *Şerhu'l-Müdevveneti'l-kübrâ*, Daru'l-Mektebü'l-Hayat, Beyrut 1987.
- Müslim, Ebü'l-Huseyn b. Haccac en-Neysâbü'rî (ö. 261/874), *el-Câmiu's-sahih*, I-III, İstanbul 1992.
- Muharrem Önder, *İstihsan Kavramının Ortaya Çıkışı*, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy,7,Nisan 2006, s.183-208.

- Nefrâvî, Şihabuddin Ahmed b. Ganim b. Sâlim (ö. 1044/1634) *el-Fevâkihü'd-devânî, alâ Risâleti İbn Ebî Zeyd el-Kayravânî*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1995.
- Nesâî, Ebû Abdirrahman Ahmed b. Şuayb, (ö. 303/892) es-Sünen, İstanbul 1981.
- Numan Cığaym, *Tahrîrû'l-kavl fî müsemme'l-istihsân inde'l-Mâlikiyye*, Mecelletü'l-İslâm fî Asyâ, C. 2, S. 2, Aralık 2005, 21-23.
-“*Dirâsetün tahlîliyye li-mefhûmi'l-istihsân fî'l-mezhebi'l-Hanefî*”
Mecelletü'l-İslâm fî Asyâ, C. 2, S. 2, Aralık 2005, 10-13.
- Râzî, Fahreddin Muhammed b. Ömer b. El-Husyen (ö. 606/1209), *el-Mahsul fî ilmi usuli'l-fikh*, b.y., ts.
- Reysûnî, Ahmed er-Reysûnî, *Medhal ilâ makâsidi's-şerî'a*, Dâru'l Beyza, 2006.
- Sahnûn, Ebû Saîd Abdusselâm b. Saîd et-Tenûhî el-Kayrevânî (ö. 240/854), *el-Müdevvenetü'l-kübra*, İstanbul 1996.
- Sâvî, Ahmed b. Muhammed es-Sâvî el-Mâlikî el-Halvetî (ö. 1241/1825), *Hâşiyetü's-Sâvî, âlâ Tefsiri'l Celâleyni*, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 2013.
- Sem'ânî, Ebû'l-Muzaffer Mansur b. Muhammed b. Abdilcebbâr et-Temîmî (ö. 489/1096), *Kavâti'ü'l-edille fî'l-usûl*, Kahire 1413/ 1993.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî (ö. 483/1090), *Usûlü's-Serahsî*, Beyrut 1417/1996.
- Sübkî, Tâcüddin Abdülvehhâb b. Ali b. Abdilkâfî (ö. 771/1370), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Beyrut 2003.
- Süyûtî, Ebû'l-Fazlî Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed, (ö. 911/1505), *el-Eşbâh ve'n-nazâir*, Beyrut 2007.
- Şâfî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmîyye, Beyrut 1980.
- Şâmî, Abdu Rakib Salih Muhsin, *Ârâü'l-İmâmi'l-Mâlik el-usûliyye*, Yüksek Lisans Tezi, Umu Draman Üniversitesi, 2009, 271-273.

Şâtibi, Ebû İshak İbrahim b. Musa b. Muhammed (ö.790/1388), *el-İ'tisâm*,IV-XLVIII, Beyrut 1996.

.....*el-Muvâfakât fî usûli's-şerî'a*, (İslâmî İlimler Metodolojisi), (tcr. Mehmet Erdoğan), I-IV, İstanbul 1990-1993.

Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed San'ânî (ö. 1250/1834), *İrşâdü'l-fühûl*, nşr. Ebû Mus'ab Muhammed Sa'd el-Bedri, Beyrut 1412/1992.

Şinkiti, Muhammed el-Emîn b. Muhammed el-Muhtâr b. Abdilkâdir el-Cekenî el (ö. 1974), *Muzekeretu usulu'l fikh*. Riyad 1376/1956.

Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb el-Kâhirî (ö. 977/1570), *Muğni'l-muhtâc*, nşr. Ali M. Muavvaz – Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut 1994.

Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre (Yezîd) et-Tirmizî (ö. 279/892), es-Sünen, İstanbul 1981.

Tûfî, Necmüddîn Ebû'r-Rebî'Süleyman b. Abdilkavî b. Abdülkerim b. Saîd (ö. 716/1316), *Şerhu Muhtasari'r-Ravda*, nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Beyrut 1987-1989.

Venşersî, Ebû'l-Abbâs Ahmed b. Yahya et-Tilimsânî el-Fâsî, (ö. 914/1508), *el-Mi'yârü'l-mu'rib*,Beyrut 1401/1981.

Vülâtî, Muhammed Yahya b. Muhammed el-Muhtar, b. Talib. (ö. 1330/1912), *İsâlû's-sâlik fî usûli'l-Mâlik*, Beyrut, 1961.

Zerkeşî, Ebû Abdillâh Bedrüddîn Muhammed b. Bahâdır b. Abdillâh, (ö. 794/1392), *el-Mensûr fî'l-kavâidi'l-fikhiyye*, thk. Abdüssetta Ebû Gudde, Dâru'l-kalem, Dımaşk 2001.