

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

HANEFİLER'DE ÖNCELİK AÇISINDAN KIYAS VE
İSTİHSAN TAHLİLİ

YUSUF ERDEM GEZGİN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN:

DOÇ. DR. MURAT ŞİMŞEK

KONYA-2016



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Yusuf Erdem GEZGİN
	Numarası	148106011065
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam bilimleri/İslam hukuku
	Programı	Yüksek Lisans
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK
	Tezin Adı	Hanefilerde Öncelik Açısından Kıyas ve İstihsan Tahlili

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan Hanefilerde Öncelik Açısından Kıyas ve İstihsan Tahlili başlıklı bu çalışma 27/06/2016 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Sıra No	Danışman ve Üyeler		
	Unvanı	Adı ve Soyadı	İmza
1	Doç. Dr.	Murat ŞİMŞEK	
2	Prof. Dr.	Halit ÇALIŞ	
3	Prof. Dr.	Kâşif Hamdi OKUR	



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin	Adı Soyadı	Yusuf Erdem GEZGİN		
	Numarası	148106011065		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimler/ İslam Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	Hanefilerde Öncelik Açısından Kıyas ve İstihsan Tahlili			

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin Adı Soyadı
İmzası
Yusuf Erdem GEZGİN



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Yusuf Erdem GEZGİN		
	Numarası	148106011065		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam bilimleri/İslam hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	x	
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK		
Tezin Adı	Hanefilerde Öncelik Açısından Kıyas ve İstihsan Tahlili			

ÖZET

Hanefiler, fıkıh mezhepleri içerisinde istihsan yöntemini en belirgin şekilde kullanmışlardır. Kural olarak istihsanı kıyasa önceleyen Hanefiler, bazen kıyası istihsana takdim etmişlerdir. Kıyasın istihsana öncelendiği yerlerdeki istihsanın aslında hafi kıyas istihsanı olduğu bir gerçektir. Hafi kıyas istihsanının, kıyas olduğu düşünüldüğünde takdim edilen kıyasın illeti burada işlevseldir. Zira illetin kuvvet ve zayıflığı kıyasın veya istihsanın tercih edilme tarafını belirleyicidir. Bu araştırmada kıyasın istihsana öncelendiği 11 örneğin tahlili yapılmış olup, bu örneklerde kıyas veçhi, istihsan veçhi ve kıyasın tercih edilme sebepleri açıklanmıştır. Zaruri olarak istihsanın delil oluşunu, bunu kabul eden ve etmeyen ekollerin tez ve antitezlerini de araştırmacılar bu çalışmada bulabilirler.



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



ABSTRACT

Author's	Name and Surname	Yusuf Erdem GEZGİN		
	Student Number	148106011065		
	Department	Temel İslam bilimleri/İslam hukuku		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	x	
		Doctoral Degree (Ph.D.)		
	Supervisor	Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK		
Title of the Thesis/Dissertation	An evaluation of the priority of qiyas and istihsan in the hanefi school			

Hanafism used the method of istihsan the most remarkably in fiqh schools. Hanafism, which prioritize istihsan to qiyas as a rule, sometimes prioritize qiyas to istihsan. It is a reality that istihsan, in the places, where qiyas is prioritized to istihsan, is in fact istihsan of hidden qiyas. When considered that istihsan of hidden qiyas is qiyas, reason (illet) of qiyas prioritized is functional here, because the strength and weakness of reason is determinant the part of being preferred of qiyas or istihsan. In this study analysis of 11 samples where qiyas is prioritized to istihsan was conducted and in these samples, quality of qiyas (wachu'l-qiyas), quality of istihsan (wachu'l-istihsan) and the reasons for being preferred of qiyas were described. The researchers can also found the way that istihsan is obligatorily evidence, and theses and antitheses of the schools accept or not this in this study.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	IV
ÖNSÖZ	V

GİRİŞ

1. Araştırmanın Konusu ve Amacı	1
2. Araştırmanın Kaynakları	3
2.1. Usûl Eserleri	3
2.2. Furû Eserleri	4
2.3. Tabakat Eserleri	4
2.4. Modern Dönem Çalışmaları.....	4
3. Araştırmanın Yöntemi	5

BİRİNCİ BÖLÜM

NÂTİFÎ'NİN HAYATI VE YAŞADIĞI DÖNEM

1.1. Nâtîfî'nin Hayatı	7
1.1.1. Adı, Doğumu, Künyesi ve Nisbesi	7
1.1.2. Tahsil Hayatı ve Hocaları	7
1.1.3. Eserleri.....	8
1.1.4. Vefatı	10
1.2. Nâtîfî'nin Hanefî Mezhebindeki Konumu ve Yaşadığı Dönemde Siyasi (Hayat) ve İlmi Durum	10

İKİNCİ BÖLÜM

KIYAS VE İSTİHSAN

2.1. Kıyas'ın Tanımı	13
2.2. Kıyas Çeşitleri	14
2.2.1. İletin Nasslarla Belirlenip Belirlenmemesi Bakımından.....	15
2.2.2. İletin Celf (Açık) ve Hafî (Gizli) Olması Bakımından.....	15
2.2.3. İletin Hükme Tesiri Bakımından.....	16

2.2.3.1.	İlletin Hükme Etkisinin Her İki Kıyas Çeşidinde de Zayıf Olması .	16
2.2.3.2.	İlletin Hükme Etkisinin Her İki Kıyas Çeşidinde de Kuvvetli Olması.....	16
2.2.3.3.	İlletin Hükme Etkisinin Hafif Kıyasta Kuvvetli Celi Kıyasta Zayıf Olması.....	17
2.2.3.4.	İlletin Hükme Etkisinin Hafif Kıyasta Zayıf Celi Kıyasta Kuvvetli Olması.....	17
2.2.4.	Fer'in Kendisine Kıyas Edildiği Asılların Sayısı Bakımından	18
2.3.	Kıyasın Delil Değeri	19
2.4.	İstihsan'ın Tanımı	23
2.4.1.	Dar Manada Kullanılan İstihsan Tarifi.....	24
2.4.2.	Geniş Anlamda Kullanılan İstihsan Tarifi.....	25
2.5.	İstihsana Başvurma Sebebi	28
2.5.1.	Daha Kuvvetli Bir Delilin Bulunması	28
2.5.2.	Kıyasın Olumsuz Sonuçlara Yol Açması	29
2.5.3.	Güçlük Ve Zorluğu Kaldırma, Kolaylığı Sağlama ve Zararı Giderme ...	29
2.6.	İstihsanı Kabul ve Red Bakımından Fıkıh Mezhepleri.....	30
2.6.1.	Mâlikî Mezhebinde İstihsan	31
2.6.2.	Hanbelî Mezhebinde İstihsan	33
2.7.	İstihsanı Kabul Edenlerin Delilleri	35

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HANEFÎ MEZHEBİNDE ÖNCELİK AÇISINDAN KIYAS VE İSTİHSAN

3.1.	Hanefî Mezhebinde İstihsan Sebepleri	41
3.1.1.	Nass ve Eser Sebebiyle İstihsan	41
3.1.1.1.	Kitap ile İstihsan	41
3.1.1.2.	Sünnet ile İstihsan	42
3.1.1.3.	Eser (Sahabe Sözü ve Fiili) ile İstihsan.....	43
3.1.2.	İcma ve Örf Sebebiyle İstihsan.....	44
3.1.3.	Zaruret Sebebiyle İstihsan	46
3.1.4.	Maslahat Sebebiyle İstihsan	46
3.2.	Hanefî Mezhebinde İmamların İstihsan Uygulamaları.....	48
3.2.1.	İttifakla Benimsenen İstihsan Uygulamaları	48
3.2.2.	Ebû Hanife'nin İstihsanı	49

3.2.3.	Ebû Yusuf ve Muhammed'in İstihsanı	51
3.2.5.	İmam Muhammed'in İstihsanı	53
3.3.	Kıyas - İstihsan İlişkisi	54
3.4.	İslam Hukukunda Teâruz ve Tercih	60
3.4.1.	Teâruz	60
3.4.1.1.	Teâruzun Sebepleri.....	62
3.4.1.2.	Teâruz Giderme Yolları	63
3.4.1.2.1.	Hakiki teâruz	64
3.4.1.2.2.	Zâhirî Teâruz	65
3.4.2.	Tercih.....	68
3.4.2.1.	Kıyaslar Arası Tercih	69
3.5.	Teâruz ve Tercih Açısından Kıyas İstihsan İlişkisi	72
3.6.	Kıyasın İstihsana Tercih Edildiği Yerler	80
3.6.1.	Birinci Mesele	81
3.6.2.	İkinci Mesele	85
3.6.3.	Üçüncü Mesele	86
3.6.4.	Dördüncü Mesele.....	88
3.6.5.	Beşinci Mesele.....	89
3.6.6.	Altıncı Mesele	91
3.6.7.	Yedinci Mesele	92
3.6.8.	Sekizinci Mesele.....	94
3.6.9.	Dokuzuncu Mesele	97
3.6.10.	Onuncu Mesele	99
3.6.11.	On Birinci Mesele	101
	SONUÇ.....	102
	BİBLİYOGRAFYA.....	105

KISALTMALAR

(as.): Aleyhi's-selâm

b. : İbn, bin

Bkz.: Bakınız

By. : Basım yeri yok

c. : Cilt

c.c. : Celle celâluhû

db. : Demirbaş

DİA: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi

h. : Hicrî

Hz. : Hazreti

ktp. : Kütüphanesi

md. : Madde, Maddesi

nşr. : Neşreden

v. : Vefat Tarihi

s. : Sayfa

sav. : Sallallâhü Aleyhi ve Sellem

thk. : Tahkik

trc. : Tercüme eden

ts. : Tarihsiz

Ü. : Üniversitesi

vr. : Varak

vb. : Ve benzeri ve benzerleri

vd. : Ve devamı

yy. : Yayım yeri yok

ÖNSÖZ

Bütün övgüler âlemlerin rabbi olan Allah'a, salât ve selam peygamber efendimize, onun kıymetli ashabı ve değerli ailesine olsun.

İslam hukuku alanında yapılmış çalışmalar içerisinde usul konuları büyük bir yer tutar, ayrıca fûru konularında da birçok çalışma yapılmıştır. Fakat gerek İslam hukuku alanının çok geniş olması gerekse de bu alana dair yüzyıllar içinde oluşan literatür listesinin hayli kabarık olması yüzünden hala çalışılması gereken konular da yok değildir. Bu bağlamda Hanefilerin bir metod olarak başvurdukları, diğer fıkıh ekollerinden ayrıldığı nokta ve ilgili mezhebin alâmetifarıkası denilebilecek olan konulardan biri istihsandır. İstihsan metodu İmam-ı Azam Ebu Hanife ve Hanefî mezhebi tarafından ilk olarak kullanıldığı için, İslam hukukunda bu kavram onların isimleriyle özdeşleştirilmiş gibidir.

Hanefî fukaha, kıyas ve istihsanın birleştiği konularda ilke olarak istihsanı öncelermelerine rağmen bazı durumlarda tam aksine istihsanı terk edip kıyas ile amel etmişlerdir. Kıyas ve istihsan tearuzunda kıyas lehinde yapılan tercihe ilk olarak İmam Muhammed *el-Asl* adlı eserinde değinmiştir. İncelediğimiz bir kaç tezde ilgili konuya bir kaç atıf yapılmış olmakla birlikte günümüz İslam hukuku araştırmaları içerisinde detaylı bir çalışma bulunmamaktadır. Ebu'l-Abbas Ahmed en-Nâtîfî (v.446/1054) *el-Ecnâs ve'l-furûk* adlı eserinde bu konuya özel bir bölüm açmış ve istihsandan kıyasa dönülmüş olan meseleleri fıkıh başlıkları çerçevesinde ele almıştır. Kıyas ve istihsanın öncelenmesi konularını ele alan bu çalışmamızda usul eserleri çerçevesinde yoğunlaşacağız fakat furu fıkıhtan da bağımsız hareket etmeyeceğiz. Zira usul eserlerinde değinilen bu konu, asıl temelini belirli furu konularında serdedilen görüşlerden almaktadır. Bu çalışmada asıl konu, belli bir sebepten dolayı kıyas ile amel etmenin uygun olmadığı durumlarda istihsan bir metod olarak kullanıldığı halde “bazı durumlarda neden kıyasın öncelendiği?” sorusuna cevap aranmaktadır. Hanefî fukahanın istihsana rağmen neden ve nerelerde önceliği kıyasa verdiğinin tespiti yapılmaya çalışılacaktır.

Bu araştırmanın genelde fıkha, özelde ise fıkıh usulü tartışmalarına katkı sağlaması en büyük beklentimizdir. Çalışmalarımızda rehavete kapılmamıza fırsat vermeyen ve her türlü ilmi ve akademik ortamı hazırlayarak teşviklerini esirgemeyen Prof. Dr. Halit ÇALIŞ'a ve konu seçiminde yardımcı olan Prof. Dr. Ahmet YAMAN'a teşekkürü bir borç biliyorum. Araştırmanın başından, son teslim anına kadar her türlü ilmî ve teknik desteği sunan kıymetli dostlarım Arş. Gör. Ahmet EKİNCİ, Arş. Gör. Yakup PEKDOĞRU ve Arş. Gör. Ebubekir ALAN'a çok teşekkür ediyorum. Bu çalışmada konunun seçiminden sonuçlandırılmasına kadar kıymetli önerileri ile daima fikir teatisinde bulunduğum görüş ve tecrübelerini esirgemeyen danışmanım Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK'e ve emeklerinin karşılığını asla ödeyemeyeceğim tüm hocalarıma da teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca değerli katkılarıyla araştırmanın zenginleşmesine vesile olan kıymetli jüri üyesi Prof. Dr. Kâşif Hamdi OKUR'a da teşekkür ederim.

Gayret bizden, Başarı Allah'tandır.

Yusuf Erdem GEZGİN

KARAMAN - 2016

GİRİŞ

1. Araştırmanın Konusu ve Amacı

İslam dini sadece bir inanç sistemi olmayıp, pratik hayata dair yaşam anahtarı sunan diri bir dindir. Kişiyi veya kişilere ahiret mutluluğu vaat etmesinin yanında dünya saadetini de temin etmeyi amaçlamaktadır. İslam dini peygamberin gönderilmesinden kıyamete kadar kişi ile yaratıcı arasındaki her türlü ilişkide düzenleme yapmıştır. Tabiatıyla bu süreç, vahiy ürünü olan kitap ve vahyin onay dairesinden çıkmış olması hiçbir şekilde tasavvur dahi edilemeyen Hz. Peygamber'in söz, fiil ve onaylarını ifade eden sünnet ile mümkün olmuştur. Usulün kaynağının ne olduğu tartışmalarını bir kenara bırakacak olursak Allah'tan gelen bu vahyin sünnet kontrolü altında insanlara ulaştırılması bağlamında metodolojinin ciddi bir öneme sahip olduğu aşikârdır. Kur'ân ve sünnetin nasıl ve ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunu ifade etmesi bakımından fıkıh usulündeki en önemli konulardan biri de icmadır. Zira bu delil, Kuran ve sünneti, kişilerin kendi şahsi veya mezhep kabullerine göre yorumlamasının ve Kuran ve sünnetten tutarsız dayanak bulma gayretlerinin önüne geçer. Bilinmelidir ki bu hassasiyetin, “Şüphesiz O zikri (kitabı) biz indirdik ve onu biz muhafaza edeceğiz”¹ ilahi vahyin tecellisi olarak görülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Fıkıh usulündeki hangi delil ve yöntemi incelersek onun aynı gaye ile ortaya konulduğunu görebiliriz.

Yüce Allah'ın insanlık için gönderdiği son din olan İslâm'ın “anlaşılması” ve “uygulanması” noktasında, insan aklının işlevi günümüze kadar hassasiyetle üzerinde durulan ve tartışılan konular içerisinde yer almaktadır. Bu amaca hizmet etmesi bağlamında fıkıh usulü önemli bir yere sahiptir. Ehlisünnet dört mezhep, nasslar ve icma yoluyla hükmü belirlenmemiş herhangi bir meselede müçtehidin başvuracağı deliller içerisinde kıyasın geçerli olup olmadığı hususunda ayrılığa düşmemişlerdir. Şüphe yok ki kıyas, akıl - vahiy ilişkisini ortaya koyması ve illet tespiti ve bu illetleri reel olaylara tatbik etmesi hasebi ile mühim bir konuma sahiptir.

¹ el-Hicr, 15/9.

Fıkıh usulü konuları içerisinde, mezhepler arası kırılma noktası ve ince anlayışın zirvesi denilecek konular arasında ilk sırayı kıyas ve istihsan alır. Zira bu iki konu, salt birer usul konusu olmaktan ziyade düşünme faaliyetinin her yönüyle ivme kazandığı konulardır. Kıyas, İslam hukuk tarihinin ilk döneminden itibaren pratikte kullanılmış olmasına rağmen onun sistematize edilişi hicri 4. asırdan itibaren gerçekleşmiştir. Bu dönem ve sonrasındaki usul tartışmalarında kıyasın delil mi yoksa yöntem mi olduğu meselesi yanı sıra onun “neliği” problemi de yer almıştır. Sünnî fıkıh mezhepleri içerisinde Hanefîler’in, ehl-i rey ve kıyas diye adlandırılışları, kıyası geliştirme ve sistematize etme çabalarının neticesidir, demek mümkündür. Bu sistemleştirme işlemi Cessâs (v.370/980) ile başlayıp, Debûsî (v.430/1038), Pezdevî (v.482/1089) ve Serahsî (v.483/1090) ile zirveye ulaşmıştır. Kıyas ve istihsanın delil olup olmadığını tartışmak, takdir edileceği üzere bu çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır. Biz daha çok Hanefî fukahânın genel kabullerini göz önüne alarak “kıyas ve istihsanın öncelenme yönlerini” tespit etmeye çalışacağız.

Fıkıh usulü terminolojisinde önemli bir yere sahip olan kıyas ve istihsan kavramları üzerinde birçok tartışma yapılmıştır. Bunlar içerisinde özellikle tartışma konusu olan istihsan, rey ekolünün ilk temsilcileri olarak kabul edilen Hanefî fukaha tarafından kabul edildiği gibi, istisnası olmakla birlikte hadis ekolü temsilcilerinden Malikiler tarafından da kullanılmıştır.

Kısacası araştırma konumuzun zemini şu şekilde oluşmaktadır: Hanefî mezhebinin genel kabulüne göre kıyas ve istihsan tearuz ettiğinde istihsan öncelenir. Çünkü bu öncelemenin mutlaka bir nedeni vardır. Kimi zaman bu neden bir nakil olduğu gibi, diğer başka sebeplerin yanı sıra genelde maslahat ve örf de sebep olarak gösterilebilir. Fakat zâhirürrivâye eserlerinin başyapıtı olan *el-Asl* adlı eserinde İmam Muhammed eş- Şeybânî (v.189), kıyasın istihsana tercih edildiği meselelere işaret ederek “بالقياس نأخذ” “kıyası alıyoruz” demiştir ki, tezimizin konusunu oluşturan asıl mesele tam da burada ortaya çıkmaktadır.

Araştırmamızın amacını belirleyen problem, İmam Muhammed’in de vurguladığı gibi, Hanefîler’in açık kıyası terk edip istihsanı tercih etmeleridir. Ayrıca neden bazı özel konularda kıyas alınıp istihsan terk edilmiştir? Kıyas hangi manada kullanılmış, bundan daha önemlisi istihsan hangi manada kullanılmıştır?

Araştırmamızda, konuyla ilgili *el-Asl*'da verilen örnekleri merkeze alarak kıyas ve istihsana yüklenen manaların mahiyetini açıklamaya çalışacağız. Ayrıca bu örneklerdeki kıyas veçhi nedir? İstihsan veçhi nedir? Kıyasın tercih edilme nedeni nedir? sorularına cevap aranacaktır. İlgili konunun furu fıkhındaki örnekleri son derece ayrıntı konular olması sebebiyle ve konunun zihinde daha iyi yerleşmesi amacıyla biz, bu meselelerin bir önceki aşamasına da araştırmamızda yer vermeyi uygun bulduk. Son olarak bahse konu olan meselelerde, mezhep içi genel kanaatin ne yönde seyrettiğinin tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

2. Araştırmanın Kaynakları

Araştırmamızda istifade ettiğimiz kaynakları dört grupta ele almak mümkündür: Usul eserleri, furu eserleri, tabakat eserleri ve çağdaş dönemde yapılan araştırmalar ve tezler. Çalışmamızın konusu usul ağırlıklı olduğu için ilk dönem Hanefi usul eserleri yanı sıra tarihi süreci ortaya koyması açısından farklı usul eserlerinden de yararlandık. Ayrıca konunun zemininin özel furu örnekler üzerinde temellenmesi dolayısıyla da ilk ve son dönem furu kaynaklarını detaylı olarak taradık. Vereceğimiz örnekleri bize derli toplu olarak miras bırakan ve konuyu müstakil bir başlık altında inceleyen Nâtîfi'den bahsedeceğimiz için Tabakat eserlerinden de faydalandık. Son olarak günümüzde konuyla alakalı ciddi mesai harcamış akademisyenlerin makalelerinden de yer yer istifade ettik.

2.1. Usûl Eserleri

Çalışmamızda Hanefi mezhebinin temel usûl kitaplarından Cessas'ın (v.370) *el-Füsûl fî'l-usû'l'ü*, Debûsî'nin (v.430) *Takvîmü'l-edille fî usûli'l-fikh'ı*, Pezdevî'nin (v.482) *Usûl'ü* ve Serahsî'nin (v.483) *Usû'l'ü*, Neseffî'nin (v.710) *Keşfü'l-esrâr* eserlerinin kıyas ve istihsan bölümlerinin tamamını detaylı bir şekilde okuyup araştırmamızda bunlardan aktif olarak istifade ettik. Sonrasında Cüveynî'nin (v.478), *el-Burhân'ı*, Gazâlî'nin (v.505) *el-Mustasfâ'sı*, İbn Melek'in (v.801), *Şerhu Metni Menâr'ı* ve Ali Haydar Efendi'nin (v.1936) *Usulü Fıkıh Dersleri*, Hallâf'ın (v.1956) *İlmi Usuli'l-Fikh*, Zekiyyüddin Şâbân'ın *İslâm Hukuk İlminin Esasları* eserlerinden yararlandık.

2.2. Furû Eserleri

Konumuzun esasını oluşturan kıyasın tercih edilip istihsanın terk edildiği yerlere ilk değinenin İmam Muhammed (v.189) olması sebebiyle furu eserlerinin başında onun, *el-Asl* ve *el-Câmiu'l-kebîr* adlı eserlerine öncelik verdik. Ayrıca Nâtîfî'nin (v.446) *el-Ecnâs ve'l-furûk*'u, Serahsî'nin (v.483) *el-Mebsût*'u, Kâsânî'nin (v.587) *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi*'si, Ebû'l-Berekât en-Nesefî'nin (v.710) matbu olmayan *el-Kâfi Şerhu'l-vâfi*² adlı eseri ve İbn Âbidîn'in (v.1198) *Reddü'l-muhtâr*'ından konuyu tetkik ettik.

2.3. Tabakat Eserleri

Konuyu ilk defa müstakil bir başlık açarak derleyen Nâtîfî'nin hayatı, yaşadığı dönem ve mezhep içerisinde konumu dikkate alındığı takdirde, konunun daha iyi anlaşılacağı en büyük beklentimizdir. Bu gayeyle İbn Kutluboğa'nın (v.879) *Tacu't-terâcim*'inden, Leknevî'nin (v.1304) *el-Fevâidü'l-behiyye*'si, Zirikli'nin (v.1976) *el-A'lâm* adlı eserlerinden faydalandık.

2.4. Modern Dönem Çalışmaları

Araştırmamızın içeriğine tam olarak haiz müstakil bir çalışma mevcut olmamakla birlikte, modern dönem kıyas ve istihsan çalışmalarından Muharrem Önder'in *Haneî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulanışı*, Soner Duman'ın *Şafii'nin Kıyas Anlayışı* adlı doktora tezleri, Mahmut Salih Eser'in yüksek lisans tezi olarak çalıştığı *İmam Muhammed'in el-Asl Adlı Eserinin İbadet Bölümlerinde Kıyas Teriminin Kullanılması* adlı çalışmalardan da istifade ettik. Ayrıca Hacı Yunus Apaydın'ın *İstihsanın Mahiyeti ve İşlevi*, Murteza Bedir'in *The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas* adlı makalesi, Ahmet Yaman'ın *İstihsan Ne Değildir?* Adlı makalelerinden azami derecede yararlandık. Bunlar araştırdıkları konu muvacehesinde meseleleri incelemiş olup, araştırma alanımızla ilgili doğrudan çalışmalar değildir.

² Eser matbu olmayıp, farklı yazma nüshaları ülkemiz kütüphanelerinde mevcuttur. Eser Nesefî'ye ait olması yönüyle kıymetli olup tahkik edilerek ilim ehlinin hizmetine sunulması zaruridir. Biz bu çalışmamızda farklı nüshalarını tarama fırsatını elde ettik. Eser üç cilt olup toplamda 1200 varak civarındadır. Konya bölge yazma eserler kütüphanesi db. 4596, 4597, 0515, 0454, 6433, rds482, rds483 ve Yusuf ağa kütüphanesi db. 6856'da mevcuttur.

3. Araştırmanın Yöntemi

Bütün bu konularda tespit edilen ve farklı dosyalarda toplanan bilgilerin tasnifi yapılırken şöyle bir yol takip edilmiştir.

a) Öncelikle Nâtîfî'nin hayatı hakkında kısa ve net bilgiler verip onun mezhep içerisindeki konumuna işaret ettik.

b) Fıkıh literatüründe, kıyas ve istihsanın metodolojide nereye oturduğunu, hiyerarşik sıralamada nerede yer aldığını ve nasıl bir işleve sahip olduğunu anlama bakımından son derece önemli gördüğümüz için kıyas ve istihsanın genel kabule göre ne gibi anlamlara tekabül ettiğini ortaya koymaya çalıştık.

c) Hanefî mezhebi içerisinde genel kabuller göz önünde bulundurularak istihsana başvurma nedeni, imamların istihsan uygulamaları, kıyas karşısında istihsanın konumuna değinerek asıl konumuza zemin hazırladık.

d) Zeminini bu şekilde hazırladığımız araştırmamızın asıl konusu olan kıyasın istihsana öncelenmesinde, genel kabulün ne olduğuna değindik. Meseleyi teşkil eden örnekler özelinde kıyas ve istihsan veçhine, neden kıyasın tercih edilip istihsanın terk edildiğine dair sorulara yanıt bulmaya çalıştık.

BİRİNCİ BÖLÜM
NÂTİFÎ'NİN HAYATI VE YAŞADIĞI DÖNEM

1.1. Nâtîfî'nin Hayatı

Bu bölümde araştırmamızın konusunu anlatması bakımından ve örnekleri derleyip toplu olarak vermesi nedeniyle Nâtîfî, önemli bir fakihdir. Biz de bu öneme binaen Nâtîfî'nin hayatı, yaşadığı dönem, sosyal, siyasal ve ilmi hayatı, adı, künyesi, hocaları, eserleri ve Hanefî mezhebindeki konumu hakkında bilgi vererek araştırmamıza başlayacağız.

1.1.1. Adı, Doğumu, Künyesi ve Nisbesi

Kaynaklarda hayatı hakkında fazlaca bilgi olmamakla birlikte doğumu ile ilgili olarak hocaları Ebû'l-Hafs b. Şahin b. Ömer b. Ahmed b. Osman el- Hâfız'ın 385/995, Ebû Abdullah Muhammed b. Yahya b. el- Mehdi el-Cürçânî'nin 398/1007 vefat tarihlerinden hareketle, kendisinin de h. 446'da vefat etmesi münasebeti ile onun hicri 4. asrın sonu ile 5. asrın ilk yarısında yaşadığını söylemek mümkündür.³

Nâtîfî'nin adı, kaynaklarda Ahmed b. Muhammed b. Ömer olarak kaydedilmiştir. Kendi eseri *el-Ecnâs ve'l-furûk*'un başında da adı böyle zikredilmektedir.⁴ Tabakat kitaplarında künyesinin, Ebû'l-Abbas olduğu hususunda görüş birliği vardır.⁵ Nâtîfî nisbetini ise, “nâtîf” isimli bir çeşit tatlıyı yapıp sattığından dolayı almıştır. Yaşadığı yer olan Taberistan'a nisbetle kaynaklarda “Taberî” nisbeti de mevcuttur.⁶

1.1.2. Tahsil Hayatı ve Hocaları

Nâtîfî, tahsilini Ebû Abdullah Muhammed b. Yahya b. el- Mehdi el-Cürçânî'nin(v.398) gözetiminde tamamladı. Ayrıca muhaddis Ebû'l-Hafs b. Şahin b. Ömer b. Ahmed b. Osman el- Hafız'dan(v.385) da rivayetlerde bulundu.⁷ Buradaki rivayet ile kastedilenin hadis rivayeti olması kuvvetle muhtemeldir. İbni Şahin'in muhaddis olması da bunu teyit etmektedir.⁸

³ İbn kutlûbuğâ, (v.879), *Tacu't-terâcim*, 1/102; Ziriklî, (v.1396), *el-A'lâm*, 1/213.

⁴ Orhan, Mehmet Ali, *El-Ecnâsve'l-furûk tahkik ve tahlili*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kayseri 1996, s.5.

⁵ İbn Kutlûbuğâ, *Tacu't-terâcim*, s.102; Ziriklî, *el-A'lâm*, 1/213.

⁶ İbn Kutlûbuğâ, *Tacu't-terâcim*, s.102; Ziriklî, *el-A'lâm*, 1/213;Özcan, *Nâtîfî*, 32/438.

⁷ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye fî terâcimi'l-Hanefiyye*, s.36.

⁸ Orhan, *el-Ecnâs ve'l-furûk tahkik ve tahlili*, s.6.

İmam Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî'ye kadar olan hoca silsilesi ise şöyledir: Ebû Abdullah el-Cürcânî (v.398/1007), →Ebû Bekr el-Cessâs (v.370/980), →Ebû'l-Hasenel-Kerhî (v.340/951), →Ahmed b. Hasen el- Berdâî (v.317/929), →Kâdî Ebû Hâzîm (v.292/905), →Îsâ b. Ebân (v.221/836), →Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî (v.189/805).⁹

1.1.3. Eserleri

Nâtîfî'ye nisbet edilen kitapların tamamı Hanefî mezhebi çerçevesinde yazılmıştır. İlgili eserler, kendi dönemi ve vefatından sonra gerek Hanefîler gerekse diğer fakihler tarafından dikkatli bir şekilde takip edilmiş ve asıl kaynaklar içerisinde yerini almıştır.

a- *el-Ecnâs ve'l-furûk*: Eser, Mehmet Ali Orhan tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde 1996 yılında doktora çalışması olarak tahkik edilmiş olup, eserin basımı yapılmamıştır. Eser, Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed el-Cürcânî tarafından Hâkim eş-Şehîd'in (v.334) *el-Kâfi*'si dikkate alınarak elimizdeki şekliyle sistematize edilmiştir.¹⁰ Bu sistematığe rağmen tam bir fıkıh kitabı hüviyetine kavuşturulamamıştır. Yapılan bu tahkik çalışmasını incelememiz neticesinde varmış olduğumuz sonuç, ilgili eserin hak ettiği hassasiyeti göremediği kanaatini bizde oluşturdu. Buna binaen Nâtîfî'nin bu eserini gerekli hassasiyet gösterilerek tahkik edilip, basılmasına öncülük etmeleri, araştırmacılardan yegâne temennimizdir. Eserin ülkemizde birçok el yazma nüshası mevcut olup (Beyazıt Devlet Ktp., Merzifonlu Kara Mustafa, nr. 155; Amasya Beyazıt İl Halk Ktp.,nr. 1158; Süleymaniye Ktp., Fâtih, nr. 1468; Âtıf Efendi Ktp.,nr. 725, 726; Nuru osmaniye Ktp.,nr. 1371; Millet Ktp., Feyzullah Efendi, nr. 645, 646; TSMK, III. Ahmed, nr. 1095), Süleymaniye Kütüphanesi'nde Şehid Ali Paşa, nr. 683; Cârullah Efendi, nr. 568'e kayıtlı iki nüshası, Topkapı Sarayı Kütüphanesi'nde kayıtlı bir nüshası vardır. Eser bazı kaynaklarda ve kütüphane kayıtlarında *el-Ecnâs fi'l-fürû'* ismiyle de geçmektedir.

⁹ Leknevî, *el-Fevâidü'l-behiyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*, s.36.

¹⁰ Orhan, *el-Ecnâs ve'l-furûk tahkik ve tahlili*, s.8.

b- *el-Ahkâm fi'l-fikhi'l-Hanefî*: Eser, *Kitâbü cümeli'l-ahkâm* ve *Ahkâmü'n-Nâtîfî* adları ile de kayıtlıdır. Genel furû' fıkıh eserlerinin sistematığından farklı olarak tertip edilmiş olup konular Hanefî mezhebi çerçevesinde kısa bir şekilde ele alınmıştır. Klasik sistematikte ayrı ayrı başlıklar altında incelenen meseleleri, tek başlık altında toplayıp kendisinden sonraki *eşbah* ve *nezâir* literatürüne öncülük etmiştir. Otuz fasıldan oluşan eserin genel başlıkları şu şekildedir:

Kadınlar, çocuklar, köleler, sarhoşlar, deliler, mefkûd kimseler, ehl-i zimme, mürtedler, vasîler, ana-baba, karı-koca, hastalar, ehl-i bağı, devlet başkanı gibi şahısları esas alan başlıklar yanında çoğunluğa göre hüküm verilen meseleler, dörtte bire göre hüküm verilen meseleler, tercih söz konusu olan hükümler, birlikte bulunması tasavvur edilmeyen hükümler, iki kişi arasında ortak hükümler, önceliğe dayanan hükümler gibi kavram ve konulardan hareketle oluşturulan başlıklar altında benzer hükümler derlenmiştir. Eserin birçok yazması mevcut olup 1997 yılında Mekke'de yüksek lisans tezi olarak incelenip neşredilmiştir.¹¹

c- *Vâkı'âtü'n-Nâtîfî*: Eser *el-Vâkıât* adı ile de tanınır. Ebû Hanife ve öğrencilerinden sonraki dönemde ortaya çıkan meseleleri ihtiva etmesi sebebiyle Ahmed b. Muhammed b. Îsâ el-Keşşî, Sadrüşşehîd (v.536/1141) ve el-Merğînânî (v.593/1197) gibi âlimlerin eserlerinde bu esere atıflar mevcuttur. Günümüzde *el-Vâkıât* adı ile bulunan yazma nushalar, kendisinden sonra telif edilen kaynaklara işaret ettiği gerekçesiyle Nâtîfî'ye aidiyetinde ciddi şüpheler mevcuttur.¹²

d- *Hidâye fi'l-fürû'*: Kâtib Çelebi'nin *Keşfu'z-zunûn*'da belirttiği gibi İbn Âbidîn (v.1252/1836) ile Tahtâvî'nin (v.1231/1816) nakilde bulunduğu bu kitap da Hanefî furûuna dairdir.

e- *er-Ravza fi'l-fürû'*: Nâtîfî'ye nisbet edilen eser hakkında kaynaklarda ve kütüphane kayıtlarında herhangi bir bilgiye ulaşamadık.

f- *Sevâbü'l-a'mâl*: Kelam ilmine dair yazılmış muhtasar bir kitaptır.¹³

¹¹ Özcan, *Nâtîfî*, 32/438.

¹² Özcan, *Nâtîfî*, 32/439.

¹³ Özcan, *Nâtîfî*, 32/439.

1.1.4. Vefatı

Nâtîfî'nin Rey şehrinde vefat ettiği ittifakla kabul edilmiştir. Kaynakların çoğunda vefat tarihi ile ilgili olarak 446 senesi belirtilmekle birlikte Kâtip Çelebi *Keşfu'z-zunûn* adlı eserinin bir yerinde h.442 olarak kaydetmiştir.¹⁴ Nâtîfî'den bahsettiği diğer yerlerin tamamında ise h.446 olarak belirtmiştir.¹⁵ Buna binaen 442 şeklindeki ifadesinin hatalı olması kuvvetle muhtemeldir.

1.2. Natîfî'nin Hanefî Mezhebindeki Konumu ve Yaşadığı Dönemde Siyasi (Hayat) ve İlmi Durum

Nâtîfî'nin mezhep içerisindeki konumu, onun ilmi seviyesini göstermektedir. Hanefî fakih Kâsânî (v.587/1191) *Bedâi'u's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'* adlı eserinde yer yer “*Natîfî şöyle demiştir*”¹⁶ demek suretiyle nakillerde bulunmaktadır. Ayrıca Burhâneddin el-Merğînânî'nin (v.593/1197) herhangi bir konu hakkında görüşleri serdederken “*Nâtîfî'nin tercihinine göre*” ifadesi de onun mezhep içerisinde ashâb-ı tercih'ten olduğunu göstermektedir. İbn Kutluboğa'nın (v.879/1474): “*Nâtîfî büyük âlimlerdendir*” ve Leknevî'nin (v.1304/1887) “*Nâtîfî Iraklı büyük âlimlerdendir*” ifadeleri Nâtîfî'nin ilmi konumunu ifade etmektedir.

Nâtîfî'nin nisbet edildiği Taberistan İslam fethinden önce *İsbahbaz* denilen komutanlar tarafından yönetilmiş olup, Hz. Osman'ın (v.35/665) Kûfe valisi Sai'd b. el-Âs tarafından kısmen fethedilmiştir. Bu devletle Emevi halifesi Süleyman b. Abdülmelik döneminde cizye ödeme karşılığında yapılan anlaşma, halife Mansur zamanında, halkın çıkardığı isyan neticesinde bozulmuştur. Taberistan isbahbazı Kârin b. Şehriyâr 240/854 yılında İslamı kabul edip, Hz. Ali'nin soyundan olan Muhammed b. Zeyd ile 247-248 yılları arasında bölgenin en büyük eyaletini ele geçirmek ve ehli beyt mezarlarının imarı hususunda Şii olan Büveyhilerle bir anlaşma yaptı. Daha önce Şia tesiri altında yönetilen Taberistan, 287 yılında Sünnî olan Samanîlerle yapılan savaşın kaybedilmesi neticesinde Sünnî yönetimi altına

¹⁴ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zunûn*, 1/703.

¹⁵ Kâtip Çelebi, *Keşfu'z-zunûn*, 1/11, 22, 601, 931, 2/1230, 1999, 2040.

¹⁶ Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'*, 1/288; Merğînânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, 1/18.

girmiştir. 433 yılına kadar karmaşık bir siyasi yapıya sahip olan Taberistan, bu yılda Selçuklu Tuğrul bey tarafından ele geçirilmiş ve bölgede Selçuklu hükümrânlığı başlamıştır.

Nâtîfî'nin vefat ettiği Rey şehri ise, Hz. Ömer (v.23/644) devrinde fethi gerçekleşti. İktidarın Emevilerden Abbasilere geçtiği döneme kadar bölgede istikrar hâkimken, sonrasında Sünnî ve Şii taraflarca yönetilmesi, idarenin sıkça el değiştirmesi, aile içi iktidar kavgaları gibi nedenler siyasi istikrarsızlığa neden olmuştur.¹⁷

Bölgede Sünnî, Şii ve Mutezilî unsurların yaşıyor olması zaruri olarak ilmi tartışmaların yaşanmasına zemin hazırlıyordu. Zeydîler, Sünnîlere karşı siyasi ve iktisadi mücadelenin yanı sıra felsefi argümanları kullanmaktan geri durmuyorlardı. Bunlar kendi mezheplerini yaymak adına kendi medreselerine Sünnî öğrencileri de kabul etmiş ve ilim adamlarına hatırı sayılır maddi destek vermişlerdir. Durumun farkına varan Sünnî âlimler bu yöntemlerini onlara karşı kullanmışlardır.¹⁸ Böyle bir ortamda yetişen Nâtîfî'nin, mezhep içerisindeki konumundan anlaşıldığı üzere, Mutezili ve Zeydî fikirlerden etkilenmediği rahatlıkla ifade edilebilir. Yaşadığı ortamda cereyan eden tartışmalara katılıp katılmadığı ile alakalı bir bilgiye ulaşamadık.

Taberistan ve Rey bölgesindeki Sünnî halk, ameli bağlamda Hanefî ve Şafî mezheplerine mensuplardı. Fakat mezhep taassubu sebebiyle iki grup arasındaki munâzaralar da sayıları az olmasına rağmen Şafiiler ilmi olarak üstün geldiği rivayetler arasındadır.¹⁹

¹⁷ Orhan, *el-Ecnâsve'l-furûk tahkik ve tahlili*, s.19-20.

¹⁸ Orhan, *el-Ecnâsve'l-furûk tahkik ve tahlili*, s.20-21.

¹⁹ Orhan, *el-Ecnâsve'l-furûk tahkik ve tahlili*, s.21.

İKİNCİ BÖLÜM
KIYAS VE İSTİHSAN

2.1. Kıyas'ın Tanımı

Konumuzun doğrudan kapsamına girmese de çalışmamızın daha iyi anlaşılıp kavranabilmesi için kıyas ve istihsana kısa ve öz bir şekilde değinmeyi uygun gördük.

Gerek fiilin mücerret kullanımı gerekse mezid bablardan iftiâl (اقتاس) ve tefîl (فيس) babındaki kullanımları *bir şeyi kendi misli olan bir şeyle ölçmek* anlamına gelmektedir. Bu fiil ifa'l babında kullanılmaz.²⁰ Fiil mufâale babında (مقايسة) “mukâyese” şeklinde kullanılmakta olup *iki şeyin miktarının birbirine göre değerlendirilmesi* anlamına gelmektedir.²¹

Fıkıh usulünde kıyas “hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin hükmünü, aralarındaki ortak özelliğe veya benzerliğe dayanarak hükmü açıkça belirtilen meseleye göre belirlemek” şeklinde tarif edilmektedir. Kıyas, fıkıh literatüründe *salt düşünme (nazar)*, *doğruya ulaştırıcı delil* manasında ve birçok istidlâl türünü belirtmekte kullanılmaktadır.²² Kısaca kıyasa şu anlamlar yüklenmektedir:

a. Re'y, “Şeriat ya tevkif ya da kıyastır”²³ ifadesinde kıyas, “Şâri'in bildirimini” (tevkif) mukabili olarak “re'y” anlamında, yani “mevcut naslar ekseninde beşer inisiyatifiyle sonuca ulaşma veya ulaşılan sonuç” manasında kullanılmaktadır. Bu mana fıkıh usulünde kullanılan şer'î kıyastır. Zahiriler ile bir kısım Şia'nın eleştirilerine konu olan bu anlamdaki kıyastır.²⁴

b. Şeriatın rasyonel içerikli bölümü, “Şeriat, taabbüd ve mâkul anlamlı (kıyas) olmak üzere iki kısımdır”²⁵ ifadesinde kıyas, taabbüdün (dogmatik içerikli) mukabili olarak “ma'kûlü'l-ma'nâ” anlamına gelmektedir. Her iki kullanımda da kıyas genelde tevkif kapsamında olup tevkife alternatif değildir.²⁶

²⁰ Duman, *Şafii'nin Kıyas Anlayışı*, s.20.

²¹ İbnü'l-Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, 6/185.

²² Cüveynî, *el-Burhân fi usûli'l-fikh*, 2/487.

²³ Apaydın, *Kıyas*, 25/529.

²⁴ Cüveynî, *el-Burhân*, 2/573.

²⁵ Apaydın, *Kıyas*, 25/529.

²⁶ Apaydın, *Kıyas*, 25/529.

c. Genel ilke, Kıyas, tikel olaylara uygulandığı gibi tikel çözümlerin doğruluk kriteri olarak da kullanılan, “tümevarım yoluyla ulaşılmış genel kural” mânasına da gelmektedir. Fıkıh usulünde teknik anlamda kullanılan kıyasla kesiştiği nokta bulunmakla birlikte mahiyet itibariyle ondan farklı olan genel kural anlamındaki kıyas, şer‘in tamamına uygulanacak genellikte olabileceği gibi sadece bir mezhep bütünlüğü içinde veya belli bir konu bütünlüğü içinde de söz konusu edilebilir. Fıkıh literatüründe yer alan “kıyâsü’ş-şer‘”ve “kıyâsü’l-mezheb” ifadeleri bu şekilde anlaşılmalıdır.²⁷

Kıyas asıl, fer’, hüküm ve illet gibi bir takım unsurlardan meydana gelmektedir. Kıyasın delil olduğunu kabul etmelerine rağmen kimi usulcüler, bunun tarif edilemeyeceğini savunmaktadırlar.²⁸ Kıyasın tarif edilebileceğini savunanlar ise bunu farklı şekillerde tanımlamışlardır. Yapılan tanımlar şu şekilde özetlenebilir:

i. Aralarında hüküm veya vasıf gibi ortak bir bağ sebebiyle her ikisine de aynı hükmü ispat veya nefyetme hususunda bilinmeyeni bilinene hamletmektir.

ii. Bir şeyin hükmünü, o hükmü gerektiren illet birliğinden dolayı, benzerine de vermektir.²⁹

iii. Aralarındaki illet birliği sebebiyle aslın hükmünü fer’ e vermektir.

iv. Fer’in, hükmün illeti hususunda asıl ile eşit olmasıdır.³⁰

2.2. Kıyas Çeşitleri

Kıyası, farklı ölçütlere göre değişik şekilde taksim etmek mümkündür. Kıyası anlatan usulcüler onu ilk aşamada akli ve şer’i kıyas olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Akli kıyas, kelimelerde kullanılan, görünürün görünmeyene delil kılınması için görünmeyenin görünene döndürülmesi şeklinde yapılan kıyastır.³¹ Bir önceki başlıkta anlatmış olduğumuz şer’i kıyasa gelince bu konuda farklı taksimler yapılmıştır.

²⁷ Apaydın, *Kıyas*, 25/529.

²⁸ Zerkeşî, *el-Bahru’l-muhît fi usûli’l-fikh*, 4/5.

²⁹ Cessâs, *el-Füsûl fi’l-usûl*, 4/9.

³⁰ Şevkânî, *İrşâdü’l-fuhûl*, 2/89-90.

³¹ Buhârî, *Keşfu’l-esrâr*, 3/399.

Hanefi usul kitaplarında, kıyas çeşitleri adı altında bir konu başlığı söz konusu değildir. Fakat kıyas ile ilgili açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde illet ölçütünden hareketle aşağıdaki gibi bir taksimat yapmak mümkün gözükmemektedir.

2.2.1. İletin Naslarla Belirlenip Belirlenmemesi Bakımından

Cessâs *el-Fusûl fil-Usûl* adlı eserinde kıyasın iki şeklinden bahsetmiştir. Bunlardan birincisi mansûs illet ile yapılan kıyas, ikincisi ise müstenbat illet ile yapılan kıyastır.³² Birinci kısımda illetin ne olduğu bizzat naslar tarafından belirlenmekte iken ikinci kısımda naslar tarafından illet hakkında herhangi bir şey zikredilmemiş, illet içtihat yoluyla belirlenmiştir.

2.2.2. İletin Celî (Açık) ve Hafî (Gizli) Olması Bakımından

Celî kıyas, illeti nasla, icmayla veya asıl ile fer' arasında herhangi bir fark bulunmadığı kesin olarak bilinen kıyastır. İlk örnek olarak, Kur'ân'da ceza bakımından zina eden cârîye için hür kadına verilen cezanın yarısı belirlenmiş olup bu da elli değnektir. Cariyenin cezasına kıyas yapılarak zina eden köleye de elli değnek ceza takdir edilmiş olup, bunlar arasındaki cinsiyet ayrılığına itibar edilmemiştir. Buna "kıyas-ı evlâ" da denir. İkinci örnek de şudur, Kur'ân'da ana-babaya öf bile demek yasaklanmış iken ebeveyni dövmenin yasaklığını söylemeye ihtiyaç duyulmayacak kadar açıktır.³³

Hafî kıyas, illeti, istinbat yolu ile sabit olup, asıl ile fer' arasında farkın bulunmadığı kesin olarak söylenemeyen kıyastır. Burada asl ile fer' arasındaki farkın kaldırıldığı zannî olarak bilinir. Mesela, demir cinsinden bir şeyle kasten adam öldürmenin cezası kısastır. Katı bir cisimle kasten adam öldürmenin cezası da buna kıyas edilmiştir. Hanefiler hafî kıyasa "istihsan" adını vermişlerdir.³⁴

³² Cessâs, *el-Fusûl*, 4/99.

³³ Teftâzânî, *et-Telvîh*, 2/174.

³⁴ Teftâzânî, *et-Telvîh*, 2/174

2.2.3. İletin Hükme Tesiri Bakımından

Hanefî usulcülere göre bir vasfın illet olabilmesi için hükme etkisinin olması gerekir. Onlar bu tür vasfa *müessir vasıf* adını verirler. Bir vasfın illet olup olmaması ile ilgili tartışmaları dikkate aldığımızda genel kanaat, kâsır yani hükme etkisi zayıf olan vasfın illet olmayacağı yönündedir.³⁵ Bu vasfın hüküm üzerine etkisi güçlü olabileceği gibi zayıf da olabilir. Yine illet olarak belirlenen vasıf kolayca tespit edilebileceği gibi gizli, yani ince tahlil ve analizler gerektiren bir vasıf da olabilir. Bu ihtimaller dikkate alındığında açıklık-kapalılık ve güçlülük-zayıflık bakımından kıyası, dörtlü bir taksime tabi tutmak mümkün gözükmemektedir.³⁶ Şimdi kendisinden bahsedeceğimiz kıyas taksimi, araştırmamızın temelini oluşturması yönüyle ayrıca önemlidir. Zira istihsan ile olan tearuzun söz konusu olduğu yerlerde kendisinden söz edeceğimiz manalardaki kıyastan bahsetmemek mümkün gözükmemektedir. Çünkü kıyas-istihsan çatışmasının söz konusu edileceği hususlarda, kıyasın bu nevilerine hep işaret etmek gerekecektir. Nitekim aşağıda belirtilecek olan kıyas çeşitlerinin sadece birisinde istihsan öncelenmiş diğer durumlarda kıyas ile amel edilmiştir.

2.2.3.1. İletin Hükme Etkisinin Her İki Kıyas Çeşidinde de Zayıf Olması

İletin celi-hafî olarak her iki kıyasta da hükme etkisi zayıf ise bu durumda asıl olarak düşünülen her iki kıyas türünün de asıl olmaya müsait olmamasıdır. Yani hakkında nas bulunmayan meselenin hükmüne ulaşmak için bu tür kıyas referans alınmaz. Fakat birinin tercih edilmesi gerektiği durumda celi kıyas hafî kıyasa (istihsan) tercih edilir.³⁷

2.2.3.2. İletin Hükme Etkisinin Her İki Kıyas Çeşidinde de Kuvvetli Olması

Bir meselenin kıyaslanabileceği ve hükme etkisi kuvvetli illete sahip olan celî (açık) ve hafî (kapalı) iki kıyas çeşidi bulunması durumunda celi kıyas, hafî kıyasa

³⁵ Bkz. Çalış, Halit, *Kâsır İletle Ta'lil Meselesi*, İslam Araştırmaları Dergisi, sayı: 4, 2005, s.73-98.

³⁶ Teftâzânî, *et-Telvîh ala't-Tavzîh*, 2/171.

³⁷ Teftâzânî, *et-Telvîh*, 2/174.

tercih edilir³⁸.

2.2.3.3. İletin Hükme Etkisinin Hafi Kıyasta Kuvvetli Celi Kıyasta Zayıf Olması

İletin hükme etkisinin hafi kıyasta kuvvetli celi kıyasta zayıf olduğu kıyas çeşidine *el-kıyasu'l-müstahsen* denilmektedir. Burada şunu belirtmek gerekir ki hafi kıyas denildiğinde ilk akla gelen istihsan ise de, istihsan bundan ibaret değildir. Yani her istihsan, hafi kıyas değildir. Hafi kıyas istihsan çeşitlerinden sadece birisidir.

Bu kıyas türü, herhangi bir meselede akla ilk gelen fakat illetinin hükme etkisi zayıf olan celi kıyas ile çatıştığında hükme ulaşma hususunda önceliğe sahip olan hafi kıyas (*el-kıyâsü 'l-müstahsen*) tır.³⁹

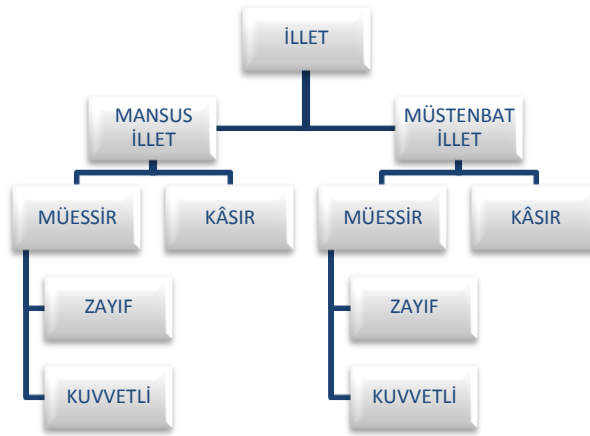
2.2.3.4. İletin Hükme Etkisinin Hafi Kıyasta Zayıf Celi Kıyasta Kuvvetli Olması

Başta Serahsi olmak üzere erken dönem Hanefî usulcülerini, hüküm konusunda açıklık ya da kapalılığın değil, etkinin (eserin) önemli olduğunu söylemektedir.⁴⁰ Tesirden bahsederken usulde *eser* kavramının iki ayrı kullanımından bahsetmek zaruridir. İlk olarak, illetin tesbiti açısından tesir olup, karşısında *mürsel* veya *mülğa* kavramları kullanılır. İkinci olarak buradaki manasıyla kıyasta hükme etkisi bakımından tesirdir ki karşısında *kasır* terimi kullanılır. Buna göre bir meselede asıl olmaya müsait iki kıyas bulunup birisindeki illetin hükme etkisi zayıf, diğer illetin kuvvetli olması durumunda, hükme etkisi kuvvetli olan kıyasın celi ya da hafi olmasına bakılmaksızın doğrudan uygulanması söz konusudur. Buraya kadar açıklananlara göre illet tasnifinin şemasını şöyle yapabiliriz:

³⁸ Teftâzânî, *et-Telvîh*, 2/174.

³⁹ Sadru'ş-Şeria, *Tavzih*, 2/175; Teftâzânî, *et-Telvîh*, 2/175.

⁴⁰ Serahsî, *el-Usûl*, 2/192-193; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 4/7; Teftâzânî, *et-Telvîh*, 2/175.



Müstenbat müessir illetin, kıyas (celî kıyas) ve istihsanda (hafî kıyas) tercih şeması da şu şekildedir: ⁴¹

	HAFÎ KIYAS (İSTİHSAN)	CELÎ KIYAS (KIYAS)	TERCİH
1	Zayıf	Zayıf	Celî Kıyas
2	Kuvvetli	Kuvvetli	Celî Kıyas
3	Kuvvetli	Zayıf	Hafî Kıyas
4	<i>Zayıf</i>	<i>Kuvvetli</i>	<i>Celî Kıyas</i>

2.2.4. Fer'in Kendisine Kıyas Edildiği Asılların Sayısı Bakımından

Özel meselelerde (fer') gerekli şartlar bulunması halinde tek asla kıyas edilerek hükme ulaşılacağı gibi birçok aslın ortak noktası olan illete de kıyas ile neticeye ulaşmak mümkündür. İşte bu ikinci şekilde yapılan kıyas, *kıyâsü'l-usûl* diye

⁴¹ Sadru'sh-Şeria, *et-Tavzih*, 2/175; Teftâzânî, *et-Telvîh*, 2/175. Şemada söz konusu olan kuvvet ve zayıflık, eserin (tesir), yani ortaya çıkan veya çıkacak olan hükmün kuvvet ve zaafıyla ilgilidir. Ayrıca şemamızın üçüncü bloğunda vermiş olduğumuz bilgi bizim klasik manada bildiğimiz istihsanı ifade ederken, dördüncü blokta anlatılmak istenen ise araştırma konumuzdur.

isimlendirilir.⁴² Bu bağlamda Cessâs örnek olarak “kakhaha ile gülmenin namazda iken abdesti bozması” meselesini zikreder. Bu meselenin hükmü hakkında nas bulunmaktadır. Oysa abdesti bozan şeyleri bildiren asılların ortak noktası her birinin namazın içinde de dışında da abdesti bozması hususudur. Fakat bu durum kakhaha için söz konusu değildir. Bundan sebep bu özel örneği cenaze namazı ve tilavet secdesinde geçerli bir illet olarak kabul etmemişlerdir. Zira buradaki kakhaha, namaz dışında hadese sebep olmadığı gibi rükû ve secde'nin beraber bulunmadığı cenaze namazı ve tilavet secdesi içinde geçerli bir illet değildir.

2.3. Kıyasın Delil Değeri

Kur'an ve sünnet metinlerinin anlaşılması ve kapsamlarının belirlenmesi ile ilgili olarak dilin imkânlarının (*delâletü'l-elfâz*) azami derecede kullanılması gerektiği konusunda görüş birliği söz konusudur. Ancak nassın içerdiği, hükmün de vaz edildiği anlamın (illet) esas alınarak nassa sabit olan hükmün aynı anlamı içeren başka bir olaya da tatbik edilmesinin imkân ve cevazı geniş tartışmalara neden olmuştur. Bununla birlikte lafız eksenli birinci tür delâletle, anlam eksenli ikinci tür çıkarımın (şer'î kıyas) her zaman açık bir şekilde birbirinden ayrıldığını söylemek mümkün değildir.⁴³

Anlamdan hareketle yapılan çıkarım, yani kıyas ve içtihat, Cessâs'ın yaygın kabul gören tespitine göre sahâbe, tabiûn ile onları izleyen nesilde başvurulan bir yöntemdir. Kıyas, ilk olarak 3. yüzyılın ilk çeyreğinde vefat eden İbrâhim b. Seyyâr en-Nazzâm (v.231/845) tarafından reddedilmiştir. Nazzâm kıyası inkâr etmekle kalmamış, bu yüzden sahâbeye dil uzatmıştır. Nazzâm'ın başlattığı kıyas karşıtlığı söylemine diğer Bağdatlı kelâmcılar da katılmış, fakat bunlar Cessâs'ın belirttiğine göre sahâbeye dil uzatmamışlar, onların kıyas ve ictihada başvurmalarının olayı kesin bir sonuca bağlama biçiminde değil orta yolu bulma, anlaşma sağlama kabilinden olduğunu ifade etmişlerdir.⁴⁴

⁴² Cessâs, *el-Fusûl*, 4/116.

⁴³ Apaydın, *Kıyas*, 25/529.

⁴⁴ Cessâs, *el-Fusûl*, 4/23.

Kıyas karşıtlığı hususunda son halkayı, Cessâs'ın tabiri ile “*ne dediğini bilmeyen, kıyas muhaliflerinin dediklerini anlamayan, biraz Nazzâm'ın, biraz da diğer kıyas karşıtlarının sözlerinden etkilenerek kıyasa karşı çıkan cahil bir adam*” teşkil etmektedir.⁴⁵ Burada Nazzâm'ı ve Bağdatlı kelâmcıları takip ederek kıyasa karşı çıkan “cahil kişi” nin Dâvûd ez-Zâhirî olduğu söylenmektedir.⁴⁶ Cüveynî, fakihlerden kıyası reddedenler arasında Dâvûd'un yanı sıra Kâsânî ve Nehrevânî'yi de zikreder.⁴⁷ Katâde, Mesrûk ve İbn Sîrîn'e nisbet edilen kıyas karşıtlığı görüşüne değinen Serahsî bunu iftira olarak değerlendirir.⁴⁸

Cessâs'ın kıyasın delil oluşunu ispat ederken kullandığı kanıtlama metodunu incelediğimizde, onun bazı ayetlerdeki emirleri yerine getirmenin ancak zann-ı galip ile mümkün olduğunu öne sürerek öncelikle galip zannın meşruluğunu ispat ettiğini görürüz. Sonrasında kıyasın galip zan oluşturma yöntemi oluşundan hareketle onun meşruluğunu ispatlamaya çalışmaktadır. Cessâs, galip zannın meşruiyetini gösterirken Kuran'dan örnekler vermektedir; bu ayet gruplarından ilki, bazı işlerin mârufa göre yapılmasını öneren ayetlerdir. Örneğin Bakara suresi 233. ayette Allah (c.c.) şöyle buyurmaktadır: *وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ* “*onların(annelerin) yiyecek ve içeceği uygun ölçüde babaya aittir*”. Cessâs, ayetlerde söz konusu edilen mârufun ne olduğunun belirlenmesinin ilgili kişiye bırakıldığını ve bunun kesin bir sınırı olmadığını, bu yönde oluşturulacak kanaatin zandan ibaret bulunduğunu söyler ve kıyası, galip zan ortak paydasında bu mantıkla buluşturur. Ayrıca Bakara suresinin 236. ve 241. ayetleri üzerinde uzun uzun değerlendirmeler yaparak konuyu izah etmiştir.⁴⁹

Kıyasın ilk dönemdeki taşıdığı mananın anlaşılabilmesi, ilk etapta kıyasa yüklenen işlevin belirlenmesine bağlıdır. Sonraki dönemlerde kıyasa yüklenen temel işlev, nasların geçerlilik alanını genişletme olmuştur. Bunun yanında kıyasın bir terim olarak ortaya çıkışı ise, ilk iki nesilde ortaya konan re'y faaliyetinin de yardımıyla, mevcut nasların anlam ve gaye tutarlılığının oluşturulması ve genel

⁴⁵ Cessâs, *el-Fusûl*, 4/23, 24; Serahsî, *el-Usûl*, 2/119.

⁴⁶ Apaydın, *Kıyas*, 25/529.

⁴⁷ Cüveynî, *Kitâbü't-Telhîs fî usûli'l-fikh*, 3/155.

⁴⁸ Serahsî, *el-Usûl*, 2/119.

⁴⁹ Cessâs, *el-Fusûl*, 4/27-31.

ilkelere bağlanması çabası ile mümkün olmuştur. Kıyâsü'ş-şer' veya sadece kıyas denilerek atıf yapılan kıyas genellikle “genel kural” anlamındaki kıyastır. Aslında kıyasa yüklenen ikinci görev, “nasların uygulama alanını genişletme” işlevi, ilk aşamadaki “anlam ve gaye tutarlılığının” tamamlanmasına bağlıdır. Ehli rey ve ehli hadis arasındaki en ciddi fark, kıyasın ilk anlamı ile ilgili olan bu tespitle doğrudan ilişkilidir. Ehli rey tabiri, re'yi serbest bir şekilde ve kıyası bütün türleri ile kullanan değil, anlam ve gaye tutarlılığını ciddiye alan kimseleri temsil etmektedir. Bununla birlikte ehli hadis ise ehli rey'in hassasiyetinden ziyade, nasların zahirini esas alan ve bunların makul sonuçları ile pek ilgilenmeyen kimseleri temsil ettiğini söylemek mümkündür. İbn Ebî Leylâ, Ebû Hanife, İmam Züfer, Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve Malik b. Enes'i ehli rey içerisinde sayan İbn Kuteybe'nin (v.276) amacı da yukarıda söylenen mana ile ilintilidir.⁵⁰ Bu manada ehli rey olarak nitelenen Hanefîler ile Mâlikîler arasındaki fark, söylendiği şekli ile Hanefîlerin nasları öncelemesi, Malikîlerin ise sahabe kavlini öncelemesidir. Onlar bütün çeşitleriyle kıyasa değil, sadece etkisi şer'an sabit olmuş, yani şâri'in itibar ettiği sahih anlam ekseninde işleyen kıyasa başvurmuşlardır. İşte bu nedenle Hanefîler'in kendilerine yöneltilen eleştirilerin aksine, daha muhafazakâr ve gelenekçi olduğunu söylemenin doğru olacağı mümkün gözükmemektedir.⁵¹

Kıyası delil olarak kabul eden âlimler, ikinci olarak Haşr sûresi'nin ikinci âyetini delil olarak getirirler. İlgili ayette “*ibret alın ey akıl sahipleri!*” فاعتبروا يا أولى الأبصار ifadelerindeki *i'tibâr* sözcüğünün bilinen (malum) bir şeyden başka bir ma'lum'a geçiş yapma manasındaki *kıyas* olduğunu belirtmişlerdir. Fakat İbni Hazm bu ayeti kıyas için delil olarak getirenleri de ciddi bir şekilde eleştirmiştir.⁵² Özellikle 3. yüzyılın başlarından itibaren kıyas hakkında yapılan tartışmaların birçoğu günümüze ulaşmamıştır. Konu ile alakalı literatür geniş bir yekün tutmaktadır. Cessâs, o dönemde kıyas konusunda *fa'tebirû* (el-Haşr 59/2) âyetine dayanarak kıyası ispata çalışan İbn Süreyc ile *eve lem yekfihim* (el-Ankebût 29/51) âyetini esas alarak kıyası reddeden Kâsânî'nin arasındaki tartışmaları konu alan yazmaların 1000

⁵⁰ İbn Kuteybe, *el-Meârif*, 494-500.

⁵¹ Apaydın, *Kıyas*, 25/530.

⁵² İbn Hazm, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, 2/403-408.

varak civarında olduğunu bildirmektedir.⁵³ Kıyas lehine yazılanlar arasında Müzenî'nin “Kitâbü İsbâti'l-kıyâs”ını da saymak gerekir.⁵⁴ Kanaatimizce kıyas'ın icma ile temellendirilmiş olması daha isabetli gözükmemektedir.

⁵³ Cessâs, *el-Fusûl*, 4/32. Bu konuda “kıyası inkâr edenlere deliller” adı altında başlık açan Cessâs, konuyu ayrıntılı bir biçimde ve tartışma usulü ile anlatmaktadır. Bkz. *el-Fusûl*, 4/81-96.

⁵⁴ Zerkeşî, *el-Bahru'l-muhît fî usûli'l-fikh*, 4/23.

Kıyas'ı Kabul Edenlerin Delilleri:

- i. Kur'an
- ii. Sünnet

Hz. Peygamber'in sünneti, Hz. Peygamber'in vali, memur ve hâkim olarak görevlendirdiği ashabının içtihadta bulunmasını tasvip etmiştir. Bu içtihadın kapsamına kıyas da dâhildir. Hz. Peygamber de hükümleri belirtirken kıyasa başvurmuştur.

- iii. İcmâ / sahabe uygulaması

Sahabenin ileri gelenlerinden birçoğu kıyası, hüküm istinbat etmede bir metod olarak kullanmış ve bu yolla elde ettikleri hükümlerle de amel etmişlerdir. Hatta öyle ki, bu durumun herkesçe bilinen pek çok fikhî meselede uygulandığı hakkında rivayetler manevî tevâtür seviyesine ulaşmıştır. Onların bu tutumuna diğer sahabenin itiraz etmediği de göz önünde bulundurulduğunda, kıyas ile amel hakkında sahâbe icmasının meydana geldiği sonucuna varılır.⁵⁵

Bu delilin gerekliliğini şöyle özetlemek mümkündür: Nasslar ve icmâda belirtilen konular sınırlıdır, fakat hayatın seyri içerisinde karşılaşılan ve sonradan ortaya çıkan olaylar ise sınırsızdır. Bu ve benzeri olaylar hükümsüz bırakılmayacağı gibi onların zan, tahmin vb. yollarla çözüme kavuşturulması da söz konusu olamaz. Şu halde sonradan meydana gelen olayların hükmünün, nasslardan elde edilen illetler doğrultusunda kıyas yöntemi kullanılarak çözüme kavuşturulması kaçınılmazdır.

2.4. İstihsan'ın Tanımı

Fıkıhta özel nedenler sebebiyle açık kıyastan veya genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp olayın özelliğine uygun çözüm bulma metodunu ifade eden şer'î delile istihsan denilmektedir.⁵⁶ Biz araştırmamızın bu kısmında istihsan ile ilgili olarak ulaşabildiğimiz bütün tanımları vererek araştırmacıların zihninde istihsan ile ilgili herhangi bir eksiklik kalmamasını amaçladık. Bu tarifler değişik itibarlar ve değişik düşünce yapılarının ürünü olması yönüyle farklı başlıklar altında ele alınacaktır.

⁵⁵ Şâbân, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s.132.

⁵⁶ Bardakoğlu, *İstihsan*, Dia, 23/339.

İstihsan sözlükte, bir şeyi güzel kabul etmek manasına gelmektedir. İstılahta ise, müçtehidin celi (açık) kıyasın gerektirdiği şeyden, hafi (gizli) kıyasın gerektirdiğine dönmesidir. Yahut müçtehidin, zihnindeki verdiği hükümden vazgeçmeyi gerektiren bir gerekçe ile külli (genel) hükümden, istisnai (özel) hükme dönüş yapmasıdır.⁵⁷ Kaynaklarda istihsan için dar ve geniş manada tanımlar yapılmıştır. Bunlara şu şekilde değinmek uygun olacaktır.

2.4.1. Dar Anlamda Kullanılan İstihsan Tarifi

Dar manada kaynaklarda nakledilen ve genel kabul gören tarif şöyledir: “İstihsan, kıyasın gerektirdiği hükümden rücu edip ondan daha kuvvetli başka bir kıyasa dönmektir”.⁵⁸

Fahru'l-İslâm el-Pezdevî (v.482/1089) bu tanıma, Abdülaziz el-Buhârî'nin (v.730/1329) de değindiği gibi, “*İstihsan, iki kıyastan biridir*”⁵⁹ sözüyle işaret etmektedir.

Bu tanıma göre kıyas iki türdür: Birincisi illeti açık olan, az bir düşünmeyle hemen zihinde çağrışım yapan kıyastır, buna celi (açık) kıyas denir. İkincisi ise illeti kapalı olup tespit edilmesi dikkat ve ince düşünmeyi gerektiren kıyastır, buna hafi (gizli) kıyas denildiği gibi istihsan da denir. Bir meselede bu iki kıyas tearuz ettiğinde, Hanefî fukahaya göre gizli kıyasın illeti, hükmü ortaya koyma bakımından daha kuvvetli ve etkili görüldüğünden açık kıyasa takdim edilir. Hanefîler bu kıyası istihsan diye isimlendirirler.⁶⁰ Gerçek şu ki: Bu istihsan türü de, bir nevî kıyas olarak görülmüştür.⁶¹ Cessâs İmam Muhammed'den, “*Bu istihsana kıyasın bazısı girer*” sözünü aktararak,⁶² bu kanaatin imamlarda da var olduğunu ifade etmiştir.

⁵⁷ Hallaf, Abdülvehhab, *İlmü usuli'l-fikh*, s.79.

⁵⁸ Basrî, *el-Mu'temed fi usûli'l-fikh*, s.296; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 4/3; Teftâzânî, *Telvîh*, 2/163; İbn Melek, *Şerhu metni'l-Menâr*, s.811; İzmîrî, *Hâşiyetü'l-Mirât şerhu'l-Mirkât*, 2/335.

⁵⁹ Pezdevî, *Usûl ve şerhi Keşfil'esrâr*, 4/3

⁶⁰ Pezdevî, *Usûl*, 4/6; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 4/6; Serahsî, *el-Usûl*, 2/200-203; Nesefî, *Keşfü'l-esrâr Şerhu'l-Menâr*, 2/293-294.

⁶¹ Cessas, *el-Füsûl*, 4/237-238; Serahsî, *el-Usûl*, 2/202; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 4/11.

⁶² Cessas, *el-Füsûl*, 4/234-237-238.

Bazı Hanefî usûl kaynaklarında bulunan istihsan terimiyle çoğunlukla, dar anlamdaki istihsan olan gizli kıyasın kastedildiği ifade edilirken,⁶³ diğer bazı usûl kaynaklarında da, usulcülerin ıstılahında yaygın olan istihsanın “gizli kıyas” olduğu, zâhir kıyas karşısında nass, icmâ, zaruret gibi delillere dayanılarak yapılan istihsanın ise, fıkhıta yaygın olan istihsan olduğu söylenmektedir.⁶⁴

Büyük Ali Haydar Efendi (v.1936), kıyasın açık ve gizli olarak bilinen iki kısmını anlattıktan sonra şu açıklamayı yapmıştır:

“Kıyasın şu iki nevini temyiz ve tefrik için ıstılah-ı usûlde kıyas-ı celîye kıyas ve kıyas-ı hafîye dahi istihsan tesmiyesi galib olmuştur. Şu halde kütüb-i usûlde şu hüküm istihsanen böyledir, denilince bundan, kıyas-ı hafî böyle bir hüküm icap ettiriyormuş manasını anlarız. İlm-i usûlde mustalah olan istihsan kıyas-ı hafîdir ve bazı kere bilhassa hafîye değil, belki kıyas-ı celîye mukabil delile istihsan denilir. Bu tesmiye dahi meselâ mecelle mesâilinin me’ hazı olan kütüb-i furû-ı fıkhiyyede şâyidir. Demek oluyor ki ilmi usûl ıstılahınca istihsan hâsseten kıyas-ı celîye mukabil ve muânz bir kıyas-ı hafîdir.... Hâlbuki furûda istihsan böyle hâs bir manada değil belki kıyas-ı celîye mukabil ve muânz bir delil-i âmm manasında isti’ mal edilir. Bu suretle usûldeki istihsanla furûdaki istihsan arasında umûm ve husûs mutlak vardır. Usûldeki istihsan ehas (daha özel) furûdaki istihsan eamdir (daha geneldir). Şöyle ki her kıyas-ı hafî istihsandır. Fakat her istihsan kıyas-ı hafî değildir.”⁶⁵

Bu tanım, Hanefî doktrininde yer alan nass, icmâ, zaruret gibi delillere dayanan istihsanın diğer türlerini kapsamamasından dolayı pek fazla kabul görmemiştir.⁶⁶

2.4.2. Geniş Anlamda Kullanılan İstihsan Tarifi

Ebu’l-Hasan el-Kerhî (v.340) istihsanı şöyle tarif eder: *“Daha kuvvetli ve üstün bir gerekçe (delil) sebebiyle bir meselede, benzerlerinin hükmünden vazgeçip başka bir hükme dönmektir”*.⁶⁷

Bu tarif, istihsanın anlatıldığı tariflerin en kapsamlısı ve deliller içerisinde,

⁶³ Ensârî, *Fevâtihu ’r-rahamût şerhu Müsellemi ’s-sübût*, 2/373.

⁶⁴ Teftâzânî, *Telvîh*, 2/171.

⁶⁵ Ali Haydar, *Usûl-i fıkh dersleri*, s.387.

⁶⁶ Buhârî, *Keşfü ’l-esrâr*, 4/3; İbn Melek, *Şerhu metni ’l-Menâr*, s.811.

⁶⁷ Buhârî, *Keşfü ’l-esrâr*, 4/3.

istihsanın yerini en iyi şekilde belirlemesi açısından Hanbelîler'den Tûfî, Şafilîler'den Cüveynî gibi çoğu usulcüler nezdinde kabul görmüştür. Ebû Zehra'da bu tanımı yorumlarken: *“Bu tanım Hanefîler'e göre istihsanın hakikatini ortaya koyan tariflerin en açığıdır. Çünkü bütün türlerini kapsamakta, onun esasına ve özüne işaret etmektedir. İstihsanın temeli, bir kaideye bağlı kalmak yerine hükmün, bir delile dayanarak genel olan kaideye muhalif ama dinin maksadına daha uygun olan çözüme geçmesidir. Mesele hakkında bu yeni çözüme dayanmak, delil yönünden kıyastan daha kuvvetlidir”* demektedir.⁶⁸

Gazâlî de Kerhî'nin bu tanımını nakledip bunu onay mahiyetinde şöyle der: *“Bu tanıma itiraz edilemez”*.⁶⁹

Cessâs (v.370) da istihsanı şöyle tarif eder: *“Kendisine nisbetle önceliği bulunan bir şey sebebiyle kıyasın terk edilmesidir”*.⁷⁰ Cessâs, bu tarifi açıklarken, istihsanın iki kısmı olduğunu ifade sadedinde şunları kaydeder: *“Birincisi, iki “asıl” ile ortak yönleri bulunan bir fer'in, bu iki asıl arasında çekişmesi halidir. Böyle bir durumda istihsan, bir “delâlet” sebebiyle asıllardan birinin terk edilip ikinci asılın hükmünün ilgili fer'e uygulanmasıdır. İkinci olarak, illetin varlığı ile birlikte hükmün tahsis edilmesidir. Bu da nass, eser, icmâ, başka bir kıyas veya umumu belvâ'ya dayanarak olur”*.⁷¹ Kanaatimizce istihsana dair yapılan açıklamalar içerisinde anlayanın zihninde istihsanın ne olduğu ile ilgili geniş açılım oluşturacak tanım, Cessâs'ın bu tarifidir.

Debûsî'nin (v.430) istihsan tarifi şöyledir: *“Açık (celî) kıyasa muâriz düşen bir çeşit delildir”*.⁷² Ona göre, istihsanın kendisine dayandığı delil nass, icmâ, zaruret ve gizli (hafî) kıyastır.⁷³

Debûsî'yi takip eden Hanefî usulcülerini istihsanın tarifinde küçük değişikliklerle birlikte onun bu tarifine yakın tanımlar ortaya koymuşlardır. Ayrıca Natîfî'ye ait olan müstakil bir istihsan tarifi ile de karşılaşmış değiliz. Kanaatimizce bunun başlıca

⁶⁸ Ebû Zehra, *Usûlü'l-fikh*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, ts.,s.262.

⁶⁹ Gazzâlî, *Mustasfâ*, s.173.

⁷⁰ Cessâs, *Füsûl fi'l-usûl*, 4/234.

⁷¹ Cessâs, *Füsûl fi'l-usûl*, 4/234, 243, 246, 248, 249.

⁷² Debûsî, *Takvîmü'l-edille fi usûli'l-fikh*, s. 404; Serahsî, *Usûl*, 2/200.

⁷³ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s.405.

nedeni Natifi'nin, Cessas ve Debusi'nin istihsan tariflerini beğenmiş olması ve bu yüzden istihsan kavramına dair yeni bir tarif ortaya koymayı gerekli görmemiş olmasıdır. Sadru'ş-Şer'îa Ubeydullah b. Mesud (v.747), bazılarının istihsanı tarif ederken zorlandıklarını, fakat doğru olan tarifi Debûsî'ye ait olduğunu ifade etmiştir.⁷⁴

Serahsî, istihsanı ikiye ayırmıştır: Birincisi, hiçbir fakihin ihtilafının düşünülmemeyeceğini belirttiği, Şâri'in müçtehidin görüşüne bıraktığı “*takdiri ictihad*” denilen tür; ikincisi de, “*üzerinde iyice düşünmeden akla ilk gelen açık (zâhir) kıyasa muâriz olan delil*” diye tanımladığı kısımdır. Ona göre, olayın hükmü ve genel kurallardan benzerleri üzerinde iyice düşünüldükten sonra, ona muâriz olan delilin daha kuvvetli olduğu anlaşılır ki bu takdirde ilgili delilin gereği ile amel etmek gerekir, buna da istihsan denilir.⁷⁵

Serahsî, *Mebûsât* adlı eserinde “*zorluğu kolaylık için terketme*” anlamına gelen ve bunun Şâri'in din göndermesindeki asıl maksada dayalı olduğunu belirten Kitap ve sünnetten bu hususta deliller sıralar ve istihsan hakkında Abdülaziz el-Hulvânî'den (v.448) şu tarifleri nakleder:

- i. İstihsan, “*Kıyası terkedip insanlar için en uygun ve faydalı olanı almaktır.*”
- ii. “*Özel ve genelde karşılaşılan zorluklarda, hükümler için kolay olanı almaktır.*”
- iii. “*Genişliği ve kolaylığı esas almaktır.*”
- iv. “*Müsamaha ve kendisinde rahatlık olanı esas almaktır.*”⁷⁶

Başta Debûsî olmak üzere daha sonra gelen Hanefî usulcüler yaptıkları istihsan tanımından sonra, istihsanı ortaya çıkaran delilleri nas, icmâ, zarûret ve gizli (hafî) kıyas olarak sınırlama yapmış olmalarına rağmen biz, Hanefî mezhebinde geçen istihsan örneklerinde sahabe kavli, örf, maslahat gibi yöntemlere binaen

⁷⁴ Sadru'ş-Şer'îa, *Tavzih şerhu't-Tenkîh*, (Teftazânî'nin *et-Telvîh* şerhi ile birlikte), 2/171.

⁷⁵ Serahsî, *Usûl*, 2/200.

⁷⁶ Serahsî, *el-Mebûsât*, 12/355.

istihsan yapıldığını da görmekteyiz. Şu kadar var ki, istihsanın delilini nass, icma, zaruret ve hafi kıyas olarak sınırlandırılması sahabe kavlini sünnet'in, örfü icmâ veya zaruret'in, maslahatı ise zaruret delili altına girdirmek suretiyle oluşturulmuş bir hasır işlemi olduğu ortaya çıkar.⁷⁷

2.5. İstihsana Başvurma Sebebi

Rey ekolünün temsilcisi kabul edilen ve kıyasla şöhret bulan Ebû Hanife ve arkadaşlarının belirli hallerde, kıyas karşısında istihsanı devreye sokmasına neden olan bazı sebeplerin olduğu bir gerçektir. Bu nedenleri tam olarak tespit edebilmek için istihsan tarifleri ve mahiyetine dönük yapılan beyanları dikkate alarak üç nedenden bahsetmek mümkün gözükmektedir.

2.5.1. Daha Kuvvetli Bir Delilin Bulunması

Hanefî usul âlimleri, imamların kıyas karşısında istihsanı yöntem olarak kullanmalarının ana nedeni olarak, hükme tesiri bakımından istihsanın illetinin daha kuvvetli olması üzerinde durmuşlardır. Debûsî bu gerçeği beyan ettikten sonra imamların, kıyasın celî (açık) oluşunu bir tercih sebebi olarak görmeyip, aksine dayanağı olan delilin kuvvetine bakarak onu dikkate aldıklarını söyler.⁷⁸ Bu başlık altında bahse konu alan mesele daha sonra özel bir başlık altında değerlendirileceğinden bu kadarla yetiniyoruz.

İstihsanın sınıflandırmalarında ilk şekli teşkil eden açık (celi) kıyas karşısında hafi (kapalı) kıyasın, illetindeki kuvvet sebebi ile olan takdimi meselesinde yapılan izah, istihsanın diğer şekli olan kıyas karşısında nas, icmâ veya zaruret delillerine dayanan istihsan konusunda yapılmamıştır. Bununla alakalı Abdülaziz el-Buhârî şöyle bir izahta bulunmaktadır: “Muhalifler Ebû Hanîfe'ye eser, icmâ veya zarurete dayanarak yaptığı istihsan konusunda karşı çıkmamışlardır. Çünkü kıyasın bu gibi delillerle terkedilmesi, ittifakla iyi ve güzel bulunmaktaydı. Fakat onlar, onun re'y ile istihsanda bulunmasına karşı çıkmışlardır; zira onların zannına göre kıyasın terki

⁷⁷ Önder, *Hanefî mezhebinde istihsan anlayışı ve uygulaması*, s.78.

⁷⁸ Debûsî, *Takvîmü'l-edille* s.404.

hevaya dayanılarak yapılmaktadır”.⁷⁹

Kıyasın nass sebebiyle terkedilmesi örneklerinden biri olan namazda gülen kişinin abdestinin bozulması konusunda Cessâs: “*Onlar bu konuda esere dayanarak kıyası bırakmışlardır. Çünkü eserin bulunduğu yerde re’y söz konusu değildir*”⁸⁰ diyerek nas varken kıyas ile amel etmenin sadece re’y ile amel etmek anlamına geleceğine işaret etmiştir. Unutarak yiyip-içme ile orucun bozulmayacağı ile ilgili olarak da aynı kural geçerlidir.

2.5.2. Kıyasın Olumsuz Sonuçlara Yol Açması

Ebû Hanîfe ve Hanefî fukaha, nassın söz konusu olmadığı meselelerin çözümünde kıyas ile amel etmişler, fakat ilgili konularda şâri’in “insanların maslahatını gerçekleştirme, onlardan zararı kaldırma” kuralına ters düşüp sıkıntılı durumların ortaya çıkması muhtemel olduğu yerlerde, başka delillere dayanarak yeni içtihatlarında bulunmuşlardır.

Kıyas ile amel etmenin bazen yanlış sonuçlar doğurabileceği meselesi, aynı konuda karşısında daha kuvvetli deliller bulduğumuz örneklerle de anlaşılabilir ve bunun içinde terkedilmesi gerekir. Serahsî, icmâ nedeni ile yapılan istihsana istisna’ akdini örnek olarak verir. Fakat bunun kıyasa göre caiz olmadığını, imamların kıyası bırakarak istihsana göre hükmettiklerini ve istisna’nın da, Hz. Peygamber döneminden beri yapılagelen ve insanların teamülüne dayanan bir iş olduğunu belirtir. Kıyasta hata ve yanlışlık ihtimali olduğunu, nas veya icmâ ile de bu yanlışlığın şeklinin ortaya çıktığını söyler.⁸¹

2.5.3. Güçlük Ve Zorluğu Kaldırma, Kolaylığı Sağlama ve Zararı Giderme

Ebû Hanîfe ve diğer mezhep imamları, içtihatlarında naslar çerçevesinde müslümanların maslahatını ve işlerinin kolaylaştırılmasını kendilerine ilke edinmişlerdi. Örneğin Ebû Hanîfe kendisinin tüccar olması münasebeti ile insanların ticaretlerinde karşılaştıkları problemlere daha makul yaklaşım naslar ışığında Şâri’in genel maksatlarına uygun çözümler ortaya koyuyordu. Ebû Yusuf ise gerek

⁷⁹ Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, 4/4.

⁸⁰ Cessas, *Füsûl fi’l-usûl* 4/246.

⁸¹ Serahsî, *Usûl*, 2/203; Buhârî, *Keşfü’l-esrâr*, 4/5.

hocasından edindiği bilgiyle, gerek de uzun süre icra ettiği kadılık görevinden edindiği tecrübeyle sorunlara, dinin ruhuna uygun içtihatlar serdetmiştir. İmam Ebu Hanife ve Ebu Yusuf fıkhi konularda yaptığı içtihatlarda bugün Hanefi mezhebinde gördüğümüz bütün istinbat yöntemlerini kullanmıştır. Tabiatıyla bu yöntemlerin arasında istihsan da bulunmaktaydı.

Serahsî istihsan sebebiyle elde edilen bu içtihatlarla şu şekilde işaret eder. Ona göre istihsan: “Kıyası terk edip insanlar için en uygun ve faydalı olanı almaktır”, “özel ve genelde karşılaşılan zorluklarda hükümler için kolay olanı almaktır”, “genişliği ve kolaylığı esas almaktır”, “müsamaha ve kendisinde rahatlık olanı esas almaktır”.⁸² Serahsî'nin bu açıklamalarından anlaşılan odur ki istihsan ile yapılmak istenen diğer bir faaliyet de kolaylığı sağlamak ve zorluğu kaldırmaktır. Serahsî "istihsan kolaylık için zorluğu terketmektir ve dinde esas olan budur" demek suretiyle istihsanın hikmet ve maksadını ortaya koymaya yönelik olan bu tanımları aktarmış ve şu örneği vermiştir: “Kıyas ve genel kurala göre kadının başından ayağına kadar bütün vücudu avrettir ve kapanması zaruridir. Hz. Peygamber'in şu sözü bunun delilidir: “*Kadın örtülmesi gereken avrettir*”.⁸³ Sonra ihtiyaç ve zarurete dayanan istihsan sebebiyle onun bazı yerlerine bakmak mubah kılındı”.⁸⁴

İstihsana başvurma nedenleri ile ilgili buraya kadar verilen bilgilerle yetinilip konunun tafsilatı üçüncü bölümde verilecektir.

2.6. İstihsanı Kabul ve Red Bakımından Fıkıh Mezhepleri

Hanefi mezhebi özelinde istihsan uygulamasını değerlendirdiğimiz tezimizde istihsanı uygulama noktasında fukaha içinde Hanefi mezhebinin yalnız olmadığını beyan mahiyetinde istihsanın delil oluşunu kabul eden diğer mezhepleri ve konu ile ilgili görüşlerini buraya almayı uygun bulduk. Hanefiler ile beraber istihsanı delil olarak kabul edenler arasında Mâliki, Hanbelî ve Zeydî fukahası bulunmaktadır. Şafii, Zahiri ve Şii İmamiyye mezhepleri ise istihsanı kabul etmezler.

⁸² Serahsî, *el-Mebsût*, 10/250.

⁸³ Tirmizi, *rada'*, 18.

⁸⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, 10/250.

2.6.1. Mâliki Mezhebinde İstihsan

Âmidî'nin, (v.661/1233) istihsanın delil olarak Hanefiler ile Hanbelîler tarafından kabul edildiği, diğer mezheplerde olmadığı iddiası bulunmaktadır.⁸⁵ Mâlikîlerden Ebu'l-Velîd el-Bâcî (v.474/1081) *el-İşârâtü fi ma'rifeti'l-usûl* eserinde, istihsan görüşünün Hanefiler ile Mâlikîlerden Basralılar tarafından benimsendiğini, Iraklı Mâlikîlerin ve Şafiiler'in bunu kabul etmediklerini söylemektedir.⁸⁶ Fakat Bâcî, *İhkâmü'l-fusûl* kitabında, istihsanın Mâlik'e tabi olanların görüşü olduğunu söylemektedir. Şafiiler'den Cüveynî, istihsanı kabul etmeyenler arasında Şâfiî ile birlikte Mâlik'i de zikretmektedir.⁸⁷

Sahih ve meşhur olan görüşe göre İmam Malik ve bazı tabilerinin istihsanı kabul etmediklerine dair nakledilen rivayetler gerçeği yansıtmamaktadır. Kanaatimizce nakledilen olumsuz görüşler delile dayanmadan yapılan istihsan içindir.

Mâlikîler'e göre istihsanın muteber bir delil olarak kabul edildiğini gösteren bazı rivayetler şunlardır: Asbağ b. el-Ferec (v.225/840), Mâlik'in öğrencisi Abdurrahman b. el-Kâsım'dan naklen İmam Mâlik'in: "İlmin onda dokuzu istihsandır"⁸⁸ dediğini kaydeder. Asbağ da bu söze ilave olarak, "istihsan ilimde kıyastan daha fazla olabilir"⁸⁹ demiştir. Bir başka sözünde Asbağ, "kıyasa fazla dalan sünneti terketmek üzeredir, istihsan ise ilmin direğidir"⁹⁰ diyerek istihsanı kullandıklarına ve istihsanın konumuna işaret etmiştir. İbnü'l-Kâsım, çeşitli meselelerde istihsanı kullanır ve Mâlik'in, istihsanı kullanarak yapmış olduğu içtihatlarla atıfta bulunur. Meselâ Sahnûn b. Abdüsselam (v.240/854) İbnü'l-Kâsım'a "bir kişi hamile bir kadının karnına vurur ve düşük yapmasına sebebiyet verirse, üzerine keffaret gerekir mi?" diye sorar. İbnü'l-Kâsım da, Mâlik'in şöyle söylediğini haber verir: "Keffaret, hata ile öldüren hür adama gerekir. Fakat düşük durumunda da

⁸⁵ Âmidî, *el-ihkâm*, 4/162.

⁸⁶ Bâcî, *el-İşârâtü fi ma'rifeti'l-usûl ve'l-vicâzeti fi ma'na'd-delîl*, s.313.

⁸⁷ Cüveynî, *Telhis*, 3/310.

⁸⁸ Şâtıbî, *Muvâfakât*, 5/198; Zerkeşî, *el-Bahru 'l-muhît*, 4/387.

⁸⁹ Şâtıbî, *Muvâfakât*, 5/199.

⁹⁰ Şâtıbî, *Muvâfakât*, 5/199.

suça keffaret uygulamayı uygun görüyorum”.⁹¹

İmam Malik ve mezhep içi fukahanın istihsanı kabul ettikleri bu nakiller neticesinde anlaşılmaktadır. Tabiatıyla istihsana yapılan eleştirilere karşı Malikî fukaha da savunma mekanizmalarını devreye sokmak suretiyle meşru olan istihsanın ne olduğunu tarif etmişlerdir. İstihsan için Mezhep içi usul kaynaklarında başlıca dört tariften söz etmek mümkündür:

i. Mâlikîler'den Huveyzmindâd'dan Bâcî'nin istihsan tarifi şöyledir: “İki delilden daha kuvvetlisi ile amel etmektir”.⁹² Ebû İshak İbrahim eş-Şâtîbî (v.790/1388), İbnü'l-Arabî'den şu açıklamayı nakleder: “Bize (Malikiler) ve Hanefîler'e göre istihsan "iki delilden en kuvvetlisi ile amel etmektir". Âmm naslar ile kıyasa dayanan hükümler sürekli olarak tatbik edilip zorluğa sebep olduğunda, İmam Mâlik ve Ebû Hanîfe, zâhir veya illet sebebiyle umûmu tahsis ederler. İmam Mâlik, maslahata binaen tahsis yoluyla istihsan yaparken, Ebû Hanîfe, sahâbeden kıyasa muhalif olarak gelen bir söze istinaden istihsan yapar. Dolayısıyla her iki imam da, genel kuralı bu şekilde tahsis ederler”.⁹³

ii. İbnü'l-Arabî (v.543/1148) de istihsanı, “bazı hususlarda, delil ile çelişkiye düşüldüğü için, istisnâ ve ruhsat yoluyla delilin icabının tersinin tercih etmektir” der ve onu dört kısma ayırır: Maslahat, örf, icmâ veya kolaylığı temin ve zorluğu kaldırmak sebebiyle kıyası terketmek.⁹⁴

iii. Ebu'l-Hasan Ali el-Ebyârî (v.616/1219), Hanefî mezhebindeki yapılan tanım kadar geniş olmamakla birlikte Mâlikî mezhebinde istihsanı şöyle tanımlamıştır: “İstihsan külli delil (kıyas) karşısında cüz'î maslahatın alınmasıdır”.⁹⁵ Şâtîbî bu tarifi şu şekilde açıklar: “İstihsan, mürsel maslahat ile istidlâlin kıyasa takdim edilmesidir. Aslında, istihsan yapan kimse, kesinlikle kendi hevâ ve hevesine göre değil, sadece, kıyâsî sonucun, bir yönüyle herhangi bir menfaatin kaybedildiği ya da bir zararın meydana geldiği durumlarda, Şâri'in benzeri meselelere ait

⁹¹ Sahnûn, *el-Müdevvene*, 4/635.

⁹² Bâcî, *el-İşârât*, s.312.

⁹³ Şâtîbî, *Muvâfakât*, 5/196-197.

⁹⁴ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 2/278; Şâtîbî, *Muvâfakât*, 5/196.

⁹⁵ Şâtîbî, *Muvâfakât*, 5/196; Şâtîbî, *el-İ'tisâm*, 2/642; Zerkeşî, *el-Bahru'l-muhît*, 4/388.

hükümlerin hepsini kapsayan esas gayesine başvurmuş olmaktadır”.⁹⁶

iv. Malikî fukahâdan İbn Rüşd’e (v.595/1198) göre istihsan, kıyastan daha fazla kullanılır. Ona göre istihsan: “Aşırılık ve mübâlağaya yol açan kıyası atmak ve böylece bazı istisnâî durumlarda hükme doğrudan tesir eden bir mana (illet) sebebiyle başka bir sonuca yönelmektir”.⁹⁷

Yapılan bu tariflerin birleştiği ana konu, istihsanın bazı olaylarda şer’î bir delil sebebiyle bir hükümden başka bir hükme dönmek olabileceği gibi, bir hükmü başka bir hükme tercih etmek, terk etmek ya da genel bir hükümden cüz’î bir istisnâda bulunmak olduğu yönündedir.⁹⁸ Mâlikî fukahaya göre, istihsanın dayandığı şer’î delil, örf, icmâ, maslahat yahut kolaylık sağlamak, zorluğu kaldırmak ve esaslarından biriyle olabilir.⁹⁹ Şâtıbî, Malikî mezhebinde birçok meselenin kendisiyle çözüme kavuşturulduğu “mevcut olan ihtilafı dikkate alma (murââtü’l-hilâf)” prensibinin olduğunu söyler ve konu ile ilgili örnekler vermektedir.¹⁰⁰ Fakat Malikîler’de çoğunlukla maslahata dayandırılan istihsanın kullanıldığı görülmektedir. Nitekim Şâtıbî, istihsan tariflerini zikrederken, Malikîler’in yapmış olduğu şeyin istihsan olmadığı, aksine “mesâlih-i mürsele” olduğu iddiasına şöyle cevap vermektedir: “Evet ama onlar (Mâlikîler) istihsanı kaidelerden istisna şeklinde kullanmışlardır; mesâlih-i mürsele ise böyle değildir”.¹⁰¹ Yani, istihsan küllî kaidelerden mürsel istidlâl yoluyla istisnâda bulunmak, mesâlih-i mürsele ise, ondan başka bir delil bulunmadığı zaman başvuru prensiptir.

2.6.2. Hanbelî Mezhebinde İstihsan

İmam Ahmed’in talebelerinden Ebû Talib’den gelen bir rivâyette Ahmed b. Hanbel’in, “Ebû Hanîfe’nin arkadaşları kıyasın hilâfına bir şey söyledikleri zaman, ‘istihsan yapıyoruz ve kıyası bırakıyoruz’ derler ve hak olduğuna inandıkları kıyası, istihsan ile terk ederler. Hâlbuki ben, bana ulaşan her sünnete başvuruyorum ve sünnete rağmen kıyas yapmıyorum” dediği nakledilir. Kadı Ebû Ya’lâ (v.458/1066)

⁹⁶ Şâtıbî, *Muvâfakât*, 5/196.

⁹⁷ Şâtıbî, *el-İ’tisâm*, 2/639.

⁹⁸ Hallaf, *Masadır*, s.71.

⁹⁹ Şâtıbî, *Muvâfakât*, 5/196; Şâtıbî, *el-İ’tisâm*, 2/642.

¹⁰⁰ Şâtıbî, *el-İ’tisâm*, 2/645-646.

¹⁰¹ Şâtıbî, *el-İ’tisâm*, 2/641.

da, “bu sözün zâhiri, Ahmed b. Hanbel’in istihsanı kabul etmediği gibi anlaşılrsa da” der ve hakikatin bunun tam aksi olduğunu söyler. İmamın, nassa istinat ederek yaptığı istihsan uygulamalarından örnek vererek gerçekte, imamın da istihsanı kabul ettiğini ispata çalışır.¹⁰²

Hanbelîler'den Ebû Ya'lâ'nın öğrencisi olan Kadı Ya'kub b. İbrahim el-Berzebînî (v.486/1093), istihsan ile hüküm vermenin İmam Ahmed'in mezhebi olduğunu belirtmiştir.¹⁰³ Ahmed b. Hanbel'in, öğretilerinde çok yerde istihsan yaptığı tabileri tarafından nakledilmiştir. Konuya açıklık getirmesi bağlamında şu örnek verilir: Teyemmüm kıyasa göre su ile abdest almak gibidir. Abdesti bozan bir şey meydana gelmedikçe veya su bulunmadıkça teyemmüm bozulmaz. Ama İmam Ahmed istihsan yaparak, her namaz için yeniden teyemmüm edilmesi görüşünü benimser.¹⁰⁴

Hanbelîler'e göre istihsan tanımları şöyledir:

Kadı Ebû Ya'lâ istihsanı, “bir hükmü kendisinden daha üstün bir hüküm karşısında bırakmaktır” diye tarif etmiştir. Ayrıca istihsanın dayanağının bazen kitap, bazen sünnet, bazen de icma olacağını söylemiştir.¹⁰⁵

Kelvazânî, hocası Ebû Ya'lâ'nın yapmış olduğu bu tarife şöyle itirazda bulunur: “Hükümler arasında bazısı bazısından daha üstün veya daha kuvvetli denemez. Zira kuvvet hiyerarşisi ancak deliller için söz konusudur. Deliller şer'î hükümleri ispatta kullanılır ve bazıları diğerlerine takdim edilir”. Yaptığı bu itirazdan sonra “Hanbelî fukahâ'nın istihsanı şu şekilde tarif etmesi gerekirdi” der ve kendi yapmış olduğu tarifi zikreder.

i. Ebu'l-Hattab el-Kelvazânî: “Kıyasın gereğinden, ondan daha kuvvetli başka delile dönmektir”¹⁰⁶ diye tarif etmiş ve istihsan yapmayı gerekli kılan kuvvetli

¹⁰² Ebû Ya'lâ, *el-Udde fi Usûli İ-fikh*, 5/1604, 1605, 1606-1610; Kelvazânî, *et-Temhîd fi Usûli İ-fikh*, 4/89.

¹⁰³ Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r-ravza*, 3/190, 197.

¹⁰⁴ Ebû Ya'lâ, *el-Udde*, 4/1604; Kelvazânî, *et-Temhîd*, 4/87.

¹⁰⁵ Ebû Ya'lâ, *el-Udde*, 5/1607.

¹⁰⁶ Kelvazânî, *et-Temhîd*, 4/93.

delilin kitap, sünnet ve icmâ olacağını belirtmiştir.¹⁰⁷

ii. İbn Kudâme'nin (v.620/1223) istihsan tanımı ise, “Kitap veya sünnetten özel bir delil sebebiyle, bir meselede, o meselenin benzerlerine ait hükmü terkmeştir”.¹⁰⁸

iii. Hanbelî fukahâdan Tûfi de, İbn Kudâme'nin tarifine yakın bir tarif yapmış ve şöyle demiştir: “Özel bir şer’î delil sebebiyle, bir meselede, o meselenin benzerlerine ait hükümden vazgeçmektir”.¹⁰⁹ Tûfi'nin yapmış olduğu tarif, İbn Kudâme'nin tarifinden daha kapsamlıdır. Zira İbn Kudâme, istihsanın dayanağı olan delilleri Kitap ve sünnetle sınırlamış, Tûfi ise, “şer’î delil” diyerek istihsanın kapsamının geniş olduğuna işaret etmiştir.

iv. Abdurrahman el-Hulvânî (v.546/1151) de istihsanı, “celî (açık) kıyası ve başkasını haber-i vahidden bir nass veya başkası sebebiyle terketmek yahut kıyasın söz konusu olmadığı yerlerde sahabe kavline dayanarak kıyası terketmek”¹¹⁰ şeklinde tarif etmiştir.

Kanaatimize göre bu tariflerden şu sonucu çıkarmak mümkün gözükmektedir: Hanbelîler, Kitap, sünnet (nass), icmâ, sahâbe kavli sebebiyle istihsana başvurmaktadırlar. Fakat onların örf, zaruret, zorluğun kaldırılıp kolaylığın elde edilmesi gibi prensipler ile istihsan yaptıklarını kitaplarında görmemekteyiz. Şu kadar var ki, tariflerindeki bizatihi ismini zikretmedikleri bu prensipleri “daha kuvvetli başka bir delil”, “şer’î delil” ifadeleri ile kastetmiş olmaları ihtimal dâhilindedir.

2.7. İstihsanı Kabul Edenlerin Delilleri

İstihsanın, deliller hiyerarşisinde üstlendiği rol önemlidir. Kıyastan sonra başvurulabilecek bir prensip olduğu hususunun inkâr edilemez oluşunu Hanefiler iki yolla savunmuşlardır.

İlk olarak, mahiyetinin ne olduğu ve kısımlarını tek tek ele alıp diğer,

¹⁰⁷ Kelvazânî, *et-Temhîd*, 4/96.

¹⁰⁸ İbn Kudâme, *Ravzatü 'n-nâzır ve Cünnetü 'l-münâzır*, s.167.

¹⁰⁹ Tûfi, *Şerhu Muhtasarı'r-ravza*, 3/197.

¹¹⁰ İbn Teymiye, *el-Müsevvede*, s.451.

mezheplerin kabulleri doğrultusunda istihsanın nereye oturduğunu ortaya koymak olacaktır.¹¹¹

İkinci olarak, istihsanın meşrûiyetinin herkesçe kabul edilen bir kavram olduğunu ortaya koyma gayretidir.¹¹²

İlk ispat yolu: mahiyeti ile ilgilidir.

i. Hanefî fukahadan Pezdevî, “bazı kimseler, ashabımızın yaptığı istihsandan neyi kastettiklerini bilmemeleri sebebiyle karşı çıkmışlardır”.¹¹³ diyerek istihsanın hakikat ve mahiyetinin ne olduğunun ortaya konulmasının akabinde herhangi bir ihtilafın kalmayacağını ifade etmiştir. Usul âlimleri kendilerinden önce mezhep imamlarının kullandığı istihsan yöntemi ve çevresinde başlayan tartışmalara karşılık olarak öncelikle istihsan tanımları geliştirmişlerdir. Sonrasında ise istihsanın, herkesçe kabul edilen delillerin içerisinde olduğunu ispata gayret ettiler. Öncelikle Hanefîler’in en çok eleştiriye maruz kaldığı istihsan türü olan hafî (gizli) kıyas istihsanını açıkladılar.¹¹⁴ Gerçekte bunun birbiri ile tearuz etmiş iki kıyastan biri olup, fakat kapalı olması dolayısı ile ilk etapta akla gelmeyip illeti yönüyle açık (celî) kıyasa göre daha kuvvetli olan kıyas olduğunu ifade ettiler.¹¹⁵ Aslında Nass veya icmâ nedeniyle yapılan istihsana şöyle bir gerekçe getirilir: Celî kıyasın hem nass hem de icmâ ile hatalı yönü ortaya çıkmıştır, ayrıca hafî kıyas istihsanı da, celî kıyasın aslında bozuk (fâsit) olduğunu göstermiştir. Bu sebeple bu tür istihsana başvurulmuştur.¹¹⁶

Netice olarak Hanefîler istihsana, daha kuvvetli bir delil bulunduğu için başvurumaktadırlar. Binaenaleyh Hanefî fukaha kıyas karşısında tercih ettikleri istihsanın, hakikatte dört asıl prensipten biri olduğu ve karşıtların eleştirilerinin sebebi istihsanın ne olduğunu tam olarak bilmemeleri sebebiyle ilgili konuyu bir kısım usulcüler kaleme almıştır.¹¹⁷ Cessâs, istihsanın delile dayandığını ifade

¹¹¹ Dönmez, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı*, s.168.

¹¹² Cessas, *Fûsûl*, 4/227-229; Debûsî, *Takvim*, s.404; Serahsî, *Usûl*, 2/200-201; Buhârî, *Keşf*, 4/6.

¹¹³ Pezdevî, *Usûl*, 4/12.

¹¹⁴ Buhârî, *Keşf*, 4/4.

¹¹⁵ Cessas, *Fûsûl*, 4/233-239; Pezdevî, *Usûl*, 4/3-6; Serahsî, *Usûl*, 2/200-203.

¹¹⁶ Pezdevî, *Usûl*, 4/3; Serahsî, *Usûl*, 2/203; Buhârî, *Keşf*, 4/5.

¹¹⁷ Teftâzânî, *Telvîh*, 2/162; İbn Abdîşşekûr, *Mûsellemü's-sübût (Fevâtihu 'r-rahamût ile)*, 2/321.

sadedinde şunları söyler: “Ashabımızın istihsan olarak söylediği bütün hükümler, delilleri ile birlikte söylenmiştir; yoksa hevâ ve nefsi arzularla yapılmış değildir”.¹¹⁸ Buna binaen istihsan, dayandığı deliller bakımından hüccet sayılmalıdır.

İkinci olarak, istihsanın mahiyetinin ne olduğunu tanıtmada şu delilleri de zikretmek gerekir:

a. Konular ve bunlarla alakalı hükümlerin bina edildiği kıyas yani genel kural, her zaman müslümanların maslahatını yerine getirmemektedir. Bazen zarara uğramalarına bile sebep olabilmektedir. İşte zararları kaldırıp faydaları elde etme maksadına dönük yapılan bu tasarrufa istihsan denilmiştir.¹¹⁹ Bu hakikati beyan sadedinde Mâlikî fukahadan İbn Rüşd istihsanı, “hükümlerde aşırılık ve mübâlağaya yol açan kıyası atmak ve böylece bazı istisnâî durumlarda hükme doğrudan tesir eden bir illet sebebiyle başka bir sonuca yönelmek” şeklinde tarif etmiştir. Şâtıbî de, İbn Rüşd’e katıldığını söylemektedir.¹²⁰ Kanaatimizce istihsanın meşruiyeti hususunu ifade etmesi bağlamında İbn Rüşd’ün ifadeleri çok önemlidir.

b. İstihsan prensibi bütün olarak incelendiği takdirde onun, kolaylaştırma, zorluğu kaldırma, zararı giderme kurallarına dayandığı anlaşılır. Zarûret, zorluğun giderilmesi ve kolaylaştırma Şari’in kulları için arzu ettiği bir durumdur.¹²¹ Dinin asıl kaynaklarına dayandırılarak yapılan istihsanın delil oluşu da tabii olarak kabul edilmelidir.¹²²

c. Nassları bir bütün olarak ele aldığımızda karşımıza çıkan gerçek şudur ki: Şâri’ bazen kıyas (genel kural) veya genel hükmü bırakarak bazı istisnâî kuralları, kullarına kolaylık olarak lütfetmiştir. Örnek olarak domuz eti, leş, kan gibi şeylerin yenmesi haram olduğu halde “zarurette kalan kimseye, aşırı gitmemek ve azgınlık etmemek şartıyla günah yoktur”¹²³ diyerek zor ve sıkıntılı anlarda ihtiyaç miktarı bunlardan yenilmesine ruhsat bahşedilerek genel kuralın dışına çıkılması gösterilebilir. Bir diğer örnek şudur: Yaratıcıyı inkâr edenlerin elim bir azaba

¹¹⁸ Cessas, *Füsûl*, 4/226.

¹¹⁹ Hallaf, *Masâdir*, s.77-78.

¹²⁰ Şâtıbî, *el-İ'tisâm*, 2/639.

¹²¹ Hac, 22/78; Bakara, 2/185, 233, 286; En'am, 6/152; Nisa, 4/28.

¹²² Bâhuseyn, *Rafû'l-harac fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, s.332-333.

¹²³ Bakara, 2/173; Mâide, 5/3.

yakalanacakları bildirildiği halde, “...gönlü imanla dolu olup da zorluk altında kalan kimseler müstesnâdır”¹²⁴ denilmek suretiyle genel kuraldan istisna yapılmış ve tehlikeye maruz kalan bir müminin diliyle Allah'ın varlığını inkâr etmesi durumunda azaba maruz kalmayacağı bildirilmiştir. Son örnek şudur: Allah Resulü (a.s.) sözleşme anında mevcut olmayan bir malın satışını yasakladığı halde,¹²⁵ selem akdine müsaade etmiştir.¹²⁶ Bütün bu örnekler, ihtiyaç, zaruret, sıkıntı, darlık hallerinde zorluğu giderip kolaylığı temin etmek için genel kural konumundaki hükümlerden vazgeçilebileceğini göstermektedir. İstihsan da genel olarak bunu gerçekleştirmeyi amaçlayan bir prensiptir.

ii. İkinci ispat yolu: İstihsanın meşruiyetinin, herkesçe kabul edilen bir delil olduğunu ortaya koyma gayretidir. Bununla alakalı olarak şu deliller de zikredilmelidir. Hanefî usulcüler istihsanın hakikatini ve şer’î delillerden birine dayandığını beyan ettikten sonra, hem bu delile “istihsan” denilmesine yapılan itirazlara cevap vermek, hem de istihsanın delil oluşunu teyit etmek gayesiyle, bazı gerekçeler öne sürmüşlerdir. Onlara göre istihsan ile amel etmek, en iyi ve güzele uymayı emreden âyetlerin gereğini yerine getirmektir.¹²⁷ Âyetlerde, “(Ey Muhammed!) Dinleyip de sözün en güzeline uyan kullarımı müjdele”¹²⁸ ve “(Ey Musa!) Kavmine de söyle, (öğütlerin) en güzelini alsınlar”¹²⁹ ve “...Rabbinizden size indirilenin en güzeline (Kur'an'a) tabi olun”¹³⁰ buyrulmaktadır. Serahsî bu ayetlerle ilgili olarak, “Kitabın (Kur'an'ın) hepsi güzeldir; fakat bu ayetler de en güzeline uyulması istenmiştir” der. Âyetler duyulan, dinlenen sözlerin en güzelini almayı övmüş, ayrıca indirilenin de en güzeline uymayı emretmiştir. İstihsan da, bu sayılanların içerisinde ve dolayısıyla o da övülmüş ve kendisiyle amel edilmesi istenmiştir.¹³¹ İstihsanın manası da budur; yani, daha güzel olanın alınıp zayıf ve

¹²⁴ Nahl, 16/106.

¹²⁵ Ebû Davud, *Buyu'*, 70.

¹²⁶ Ebû Davud, *Buyu'*, 57; Nesâî, *Buyu'*, 63.

¹²⁷ Serahsî, *Usûl*, 2/200; Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, 2/299.

¹²⁸ Zümer, 39/17-18.

¹²⁹ A'raf, 7/145.

¹³⁰ Zümer, 39/55.

¹³¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 10/145; Buhârî, *Keşf*, 4/13.

çirkin olanın terk edilmesidir.¹³²

Îcî (v.756/1355) istihsanın delil oluşuna sünnetten getirilen delile yapılmakta olan itiraza şu şekilde cevap verir:

“Sünnetten getirdikleri delil ise, “*Müslümanların güzel gördükleri Allah katında da güzeldir*”¹³³ hadisidir. Fakat insanların kendi adetlerine ve bakış açılarına göre güzel gördükleri hususlar gerçekte Allah katında güzel olmayabilir. Biz de bu hususu şöyle yanıtlarız: hadisteki ‘müslümanlar’ kelimesi umum sîğa ile söylenmiştir. Bu ise bütün müslümanların güzel gördüğü şey manasındadır. Yani ehli hal ve’l-akd’ın güzel gördüğü ve icma ettiği hususlardır. Yoksa her müslümanın kendince güzel gördüğü husus değildir, dolayısıyla delil olmadan icmadan söz etmek mümkün değildir.” Bu da istihsanın muteber bir delil olarak kabul edildiğini gösterir, demişlerdir.

¹³² Îcî, *Şerhu Muhtasari'l-müntehâ'l-usûlî*, 3/575-576.

¹³³ Ahmed, *Müsned*, 1/379.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HANEFÎ MEZHEBİNDE ÖNCELİK AÇISINDAN KIYAS VE İSTİHSAN

3.1. Hanefî Mezhebinde İstihsan Sebepleri

Hanefî mezhebinde istihsan tasnifi yapılırken kurucu imamların kullanımını dikkate alınmıştır. Mezhep içerisinde genel kanaat istihsanın, gizli kıyas istihsanı ve istisna istihsanı olmak üzere iki kısım olduğudur. Biz daha önce gizli kıyas istihsanını anlattığımız için bu başlık altında sadece istisna istihsanının kısımlarını açıklamakla yetineceğiz. Bunlar ise nass (kitap, sünnet, eser), icmâ, örf, zaruret, maslahat sebebiyle olan istihsan olmak üzere dört kısımda anlatılacaktır.

3.1.1. Nass ve Eser Sebebiyle İstihsan

Meydana gelmiş veya gelebilecek olan (farazî) olayların herbirini, genel hükümlerin veya nasların kapsamı içerisine kıyas yolu ile sokmak zor değildir. Fakat bu durumda bazen Şari'in maksadının dışında kalan, bazen de değişik maslahatların göz ardı edilerek müslümanların zora düştüğü durumlarla karşılaşılabilir. İşte böyle durumlarda genel hüküm veya umumi nass kapsamına kıyas yoluyla sokulan ilgili mesele, bizzat Şari' tarafından veya sahabe uygulamaları ile istisna edilmiştir. Bu olaya, benzerlerine verilen hükümden değişik bir hüküm vermişler ve buna "istihsan" demişlerdir.¹³⁴

Bazı çağdaş yaklaşımlarda nass ve icma sebebiyle olan istihsana, "Şari' istihsanı", müçtehit fakihin akıl yürütme yoluyla elde ettiği diğer istihsan türlerine "müçtehit istihsanı" demişlerdir.¹³⁵

3.1.1.1. Kitap ile İstihsan

Kıyasla elde edilen veya genel olan bir nassın gerektirdiği hükmün, kitap'tan bir delile istinaden yapılan istihsana delil olmasıyla ilgili herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir; buna örnek olarak şunu verebiliriz:

Oruç tutamayacak kadar ihtiyarlamış bir kişinin oruç tutamadığı her gün için fidye vermesi, kıyasa binaen cevaz verilmesi mümkün olmayan bir husustur. Zira birbirinin yerine geçmesi bağlamında, fidye (başkasını doyurma) ile oruç arasında bir benzerlik söz konusu değildir. Fakat Şari' kolaylık sağlama açısından oruç

¹³⁴ Serahsî, *Usûl*, 2/202; Pezdevî, *Usûl*, 4/5.

¹³⁵ Zerkâ, *Medhal*, 1/95.

tutamayacak kadar yaşlı olan kimseye, “(ihtiyarlık veya şifa umudu kalmamış hastalık gibi devamlı mazereti olup da) oruç tutmaya güçleri yetmeyenlere bir fakir doyumu kadar fidye gerekir”¹³⁶ buyurarak bunu caiz kılmıştır.¹³⁷

3.1.1.2. Sünnet ile İstihsan

Herhangi bir olay ile ilgili genel kıyasa rağmen sünnet sebebiyle, benzerlerinde bulunan hükümden farklı bir hüküm vermeye sünnet-hadis sebebiyle istihsan denilmektedir.

Hiz. Peygamber’den nakledilen mütevatir ve meşhur haberlerin, kıyasa takdim edilmesi konusunda fukaha arasında herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir.¹³⁸ Mütevatir ve meşhur haberlerin dışındaki âhâd rivayetler ile kıyasın çelişmesi durumunda ise haberi vâhitlerin takdimi hususunda, Hanefiler içerisinde ihtilaf söz konusu değildir. İşte bu takdime de Hanefiler istihsânü’s-sünne demişlerdir.

Kıyas veya genel olan bir nass’ın gerektirdiği hükmün sünnetten bir delile istinaden yapılan istihsana iki örnek vermekle yetineceğiz.

i. Selem, bir malın belirli vasıflar taahhüt edilerek ileride teslim edilmek üzere peşin para karşılığında satılmasıdır. Bu durum satıcının elinde bulunmayan, yani kişinin sahip olmadığı bir malı satması kapsamında değerlendirildiğinde, “sahip olmadığı (yanında olmayan) bir şeyi satma”¹³⁹ hadisine binaen “ma’dûmun satışı caiz değildir” genel hükmüne aykırı gözükmektedir. Ancak özel olarak böyle bir alışverişin caiz olduğu yönünde bir hadis olması nedeniyle selem akdi, istihsanen caiz akitler kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁴⁰ İlgili hadis şudur: “Selem yoluyla satış yapan, bunu belirli ölçüye, belirli tartıya göre ve belirli süre tayin ederek yapsın?”

141

ii. Aynı şekilde selem akdinde olduğu şekliyle icare akdi de, “ma’dûmun

¹³⁶ Bakara, 2/184.

¹³⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, 1/127; Zeylaî, *Tebyîn*, 1/334.

¹³⁸ Pezdevî, *Usûl*, 2/360-369; Serahsî, *Usûl*, 1/282.

¹³⁹ Ebû Davud, *Buyu’*, 70; Nesâî, *Buyu’*, 60; Tirmizî, *Buyu’*, 19.

¹⁴⁰ Serahsî, *Usûl*, 2/203; Buhârî, *Keşf*, 4/5; Nesefî, *Keşfü’l-esrâr*, 2/291.

¹⁴¹ Buhârî, *Selem*, 1/2; Müslim, *Müsâkât*, 25; Tirmizî, *Buyu’*, 70; Ebû Davud, *Buyu’* 57; Nesâî, *Buyu’*, 63.

satışı caiz değildir” genel kuralına aykırı olması nedeniyle caiz görülmemiştir. Zira kira sebebiyle elde edilecek olan menfaat hâlihazırda mevcut değildir. Fakat bu kıyas hükmü, “*ücretliye hakkını (ücretini) teri kurumadan önce veriniz*”¹⁴² hadisi ile terk edilerek istihsan yapılmıştır.¹⁴³

3.1.1.3. Eser (Sahabe Sözü ve Fiili) ile İstihsan

Hz. Peygamber’in söz, fiil ve takrirlerine “eser” denildiği gibi aynı şekilde sahabe’nin söz ve davranışlarına da eser denilmektedir. Nitekim Ebu Yusuf’un birçok konuda “bu konuda kıyas böyledir; fakat ben eser sebebiyle burada kıyası terk ediyorum” dediği nakledilmiştir. Kerhî, bu sözde söylenen “eserin”, bir sahabinin başka sahabilerin kendisine muhalefet etmediği kavli olduğunu beyan etmiştir.¹⁴⁴ Kurucu imamların sahabe sözü ve fiili nedeniyle kıyası terk ettiklerine dair bize ulaşan bilgilerden anlaşıldığına göre onların istihsan yaptığını söyleyebiliriz. Fakat imamların hangi eseri delil kabul edip, kıyası terk ettiği hususu tartışmalıdır.

İçtihadî konularda, sahabeler arasındaki farklı görüşlerin birbirlerini bağlamadığı hususunda ittifak vardır.¹⁴⁵ Ayrıca bir konu hakkında bir sahabinin görüşüne diğer sahabilerin karşı çıkmaması durumunda Hanefî fukaha bunun, sükutî icma olup delil sayılacağı hususunda ihtilaf etmemişlerdir.¹⁴⁶ Fakat sahabenin içtihatla kavranabilecek hükümlerde, görüşlerinin delil olup olmaması hususunda Hanefî fukaha içerisinde iki görüş söz konusudur: İlk olarak, kıyas ile olan tearuzunda delil kabul edilip kıyasa takdim edilir. İkinci görüş ise, delil olmaz kıyas kabul edilir, demişlerdir. İlk görüşü savunan fakihler, görüşünü delil olarak aldıkları sahabenin fakih olup olmaması ile ilgili herhangi bir ayırım yapmamışlardır.¹⁴⁷

Eser (sahabe sözü ve fiili) sebebiyle olan istihsan ile ilgili olarak da iki örnek vermekle yetineceğiz:

- i. Bir namaz vakti kadar bayılan bir kimsenin o vaktin namazını kaza

¹⁴² İbn Mâce, *Ruhûn*, 4.

¹⁴³ Buhârî, *Keşf*, 4/5; Neseî, *Keşfü'l-esrâr*, 2/ 291.

¹⁴⁴ Cessas, *Füsûl*, 3/361; Serahsî, *Usûl*, 2/105.

¹⁴⁵ Buhârî, *Keşf*, 3/217.

¹⁴⁶ Buhârî, *Keşf*, 3/225; Neseî, *Keşfü'l-esrâr*, 2/177; Ensârî, *Fevâtih*, 2/186.

¹⁴⁷ Önder, *Hanefî mezhebinde istihsan anlayışı ve uygulaması*, s.179.

etmesi, kıyasa istinaden gerekmemektedir. Yalnız sahabeden Ammar'ın (r.a.), bir gün, bir gece bayılıp, kendine geldikten sonra baygın kaldığı süre içerisinde geçirdiği namazları kaza etmesi fiili sebebiyle Hanefî fukaha, istihsanen kaza edilmesi gerektiği ile ilgili içtihat etmişlerdir.¹⁴⁸

ii. Birden fazla kişi bir kişiye saldırıp öldürseler, kıyasen bu katillerin hepsine kısas uygulanmaz. Zira bunda eşitlik söz konusu değildir. Öldürenin fazla olması zulmetmek ve hakkın sınırını aşmak demektir. Fakat San'a da yedi kişi bir olup bir şahsı öldürmüşler ve durum Hz. Ömer'e bildirildiğinde kısas hükmünü vermiş ve şöyle demiştir: "O adamı öldürmek üzere bütün San'a halkı birleşselerdi hepsinin kısas gereği öldürülmelerini emrederdim".¹⁴⁹ İşte Hanefî fukaha da, Hz. Ömer'in bu uygulamasını istihsan delilinin dayanağı yapmak suretiyle bu kişilere, kısas hükmünün tatbik edileceğine hükmetmişlerdir.

3.1.2. İcma ve Örf Sebebiyle İstihsan

Sözlükte "icmâ" azmetmek ve bir hususta fikir birliği etmek¹⁵⁰ anlamlarına gelir. Hanefî usulcüler, icmâyı diğer tariflerden çok da farklı olmaksızın şöyle tarif etmektedirler: "Hz. Peygamber (s.a.v.) ümmetinden olan müçtehitlerin herhangi bir devirde şer'î bir hüküm üzerinde ittifak etmeleridir".¹⁵¹

İcmâ sebebiyle istihsan, herhangi bir mesele ile ilgili olmak üzere sarîh veya sükutî icmâ ile genel kural dışına çıkılmasıdır. İcmâ istihsanı hakikatte sükutî icmayı içermesi yönüyle örfü de kapsamaktadır. Bununla alakalı olarak Cessâs amelü'n-nâs (insanların uygulaması) nedeniyle kıyasın illetinin mevcut olmasına rağmen terk edilmesine icma istihsanı demiştir. Amelü'n-nâs ise sahabe ve tâbiûn fukahasının halk arasında bir uygulamaya şahit olup ilgili uygulamanın aksine açıklama yapmamış olmalarıdır.¹⁵² Aynı şekilde Serahsî'nin, icma istihsanı için verdiği örneklerin başında gelen istisna' akdi ile ilgili olmak üzere, halk arasında yaygın hale gelmiş olan bu akdin caiz olduğu hususu, icmanın gerçekleşmiş olması ile ilgilidir.

¹⁴⁸ Cessas, *el-Fusûl*, 3/361.

¹⁴⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 26/127; Mâlik, *Muvattâ*, 2/871; Zeylaî, *Nasbü'r-râye*, 4/353.

¹⁵⁰ Buhârî, *Keşf*, 2/226;

¹⁵¹ Sadru's-Şeria, *Tavzih*, 2/81; Buhârî, *Keşf*, 3/227; İbnü'l-Hümâm, *Tahrir (teysîr ile)*, 3/224; İbn Melek, *Şerhu'l-menâr*, s.737.

¹⁵² Cessâs, *el-Fusûl*, 4/249.

Çünkü bu akit Hz. Peygamber'den beri uygulana gelmiştir, demektir.¹⁵³

İstihsanın bu kısmı, yani icma ve örf sebebi ile yapılan istihsan hakkında daha fazla bilgi verilmesi gerekiyor. Fakat araştırmamızın sınırları, burada bu konuyu uzunca anlatmamıza müsaade etmemektedir. Konuyu tafsilatlı şekilde anlatması yönüyle Muharrem ÖNDER'in doktora tezi önemli bir yeri haizdir. Arzulayanların ilgili teze müracaat etmeleri yerinde olacaktır. Bütün okumalarımız neticesinde bizde oluşan kanaat, örf sebebi ile olan istihsanın, sükutî icmâ'nın bir türü olarak kullanılması yönüyle icmâ istihsanı sınırlarında değerlendirilmesi gerektiğidir. Buna binaen her iki başlık ile alakalı iki örnek vereceğiz.

i. Kişi, bir usta ile ayakkabı, elbise gibi şeyler imal etmesi üzere anlaşma yapsa, genel kurala binaen bu sözleşme geçersizdir. Zira üretimi söz konusu olan sipariş malı akit esnasında mevcut değildir. Ma'dûm'un satışı, Hz. Peygamber'in "yanında olmayan (sahip olmadığı) bir şeyi satma"¹⁵⁴ emrinde caiz görülmemiştir. Fakat Hanefiler, Hz. Peygamber zamanından itibaren bu gibi alışverişlerin yapıla geldiğine ve bu duruma hiçbir müçtehit fukahanın karşı çıkmamış olmasını dikkate alarak, genel kuralı terk edip istihsan yapmışlar ve bu akde cevaz vermişlerdir.¹⁵⁵

ii. Hanefî fukaha, ücret mukabilinde Kur'an öğreticiliği yapmanın caiz olmadığı hususunda herhangi bir fikir ayrılığına düşmemişlerdir. Zira Kur'an öğreticiliği bir ibadettir, farklı ibadet çeşitlerinde ücret almanın caiz olmaması hükmüne kıyasla bunun da caiz olmadığını söylemektedirler. Şu kadar var ki, ilk dönem fukahanın yaşadığı ortamda, bu işi yapan kişiler, devlet hazinesinden tahsisat almaktaydılar. Söz konusu dönemin şartlarını düşündüğümüzde durum farklıdır. O halde kıyas hükmünün devamı Kur'an öğreticilerinin geçimlerini temin etmede yaşayacakları sıkıntılar düşünülerek ve bu hizmetlerin yok olmasından korkulması gerekçesi ile örfen istihsan yapılmış ve Kur'an öğreticilerinin, imamların ve müezzinlerin ücret almasına cevaz verilmiştir.¹⁵⁶

¹⁵³ Serahsî, *el-Usûl*, 2/203.

¹⁵⁴ Ebû Davud, *Büyü'*, 70; Tahâvî, *Şerhu Meâni'l-âsâr*, 4/38, 40.

¹⁵⁵ Cessas, *el-Fusûl*, 2/249; Serahsî, *Usûl*, 2/203; Serahsî, *el-Mebsût*, 12/138.

¹⁵⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/240.

3.1.3. Zaruret Sebebiyle İstihsan

Kadim dönem Hanefî fukahası, istihsan sıralamaları içerisinde son olarak zaruret istihsanını ele alırlar.¹⁵⁷ Zaruret istihsanının savunma psikolojisi ile bağımsız olmaktan ziyade icma veya hafî kıyas istihsanı içerisinde değerlendirilmesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz.¹⁵⁸ Ayrıca bütün istihsan türlerini, hafî kıyas istihsanı kapsamına aldıktan sonra, tekrar gizli kıyas istihsanın sebeplerini sayarken illeti ne ile açıklayacağız? Bu durum bize hafî kıyas istihsanının sebepleri başlığı altında zaruret istihsanına tekrar değinmemizi zaruri kılar. Bağımsız bir tür olmaktan çok gizli kıyasın bir türü ya da senedi zaruret olan icmâ olarak takdim edilmeye çalışılmıştır.

Zaruret istihsanı, müçtehidin genel kuralın sebep olduğu hükümden zaruretin gerektirdiği hükme dönmesidir. Zaruretin mahiyeti, kapsamı, içeriği ve üzerinde yapılan tartışmaları ilgili eserlerin ilgili başlıklarına havale ediyoruz. Zaruret sebebiyle olan istihsanın örneği şudur: Herhangi bir sebeple pislenen kuyu ve havuzların temizlenmesi mümkün değildir. Zira Hanefî mezhebindeki fetvaya göre, bu kuyu ve havuzlardaki kirli su kısmen yahut bütünüyle boşaltılsa bile temizlenmiş olmaz. Zira temizlik için ilave edilen her su, kuyu ve havuz duvarlarındaki pislikle karışacağı için sonuç farklı olmayacaktır. Fakat Hanefî fukaha, zaruret nedeniyle, temizlik hususunda genel kuralı terk ederek havuz veya kuyudaki suyun bir kısmının veya tamamının boşaltılması ile temiz olacağına hükmetmişlerdir. Konu ile ilgili olarak fukaha, genel kurala aykırı olmakla beraber zaruret ve güçlük sebebiyle böyle bir içtihatta bulduklarını ifade etmektedirler.¹⁵⁹

3.1.4. Maslahat Sebebiyle İstihsan

Hukuki bir olayla alakalı olarak genel kural kapsamında değerlendirmeyi gerekli kılan maslahatın bulunması nedeniyle yapılan istihsana maslahat sebebiyle olan istihsan denilir. İstihsan karşıtları gerçekte bu tür istihsana karşı çıkmışlardır. Bunun altında yatan sebep, maslahatın gözetildiğini iddia ettiğimiz durumlarda bu

¹⁵⁷ Serahsî, *el-Uşûl*, 2/203.

¹⁵⁸ Bardakoğlu, *İstihsan*, DİA, 23/344.

¹⁵⁹ Serahsî, *el-Uşûl*, 2/203; Buhârî, *Keşf*, 4/6.

maslahatın kime ve neye göre gerçekleşeceğini tespit etmedeki güçlüktür. İşte bu hususu en güzel şekilde gözler önüne seren örnek Ebu Hanife ve İmam Malik'in Haşimoğulları'na zekât verilemeyeceğine dair hadisle tespit edilen genel kuralın dışına çıkıp onlara zekât verilmesini caiz görmeleridir. Buna gerekçe olarak da, Haşimoğulları'nın ganimetlerden kendilerine ayrılan payı gereği gibi alamamaları gösterilmiştir.¹⁶⁰

Özen, maslahat ile alakalı olarak şöyle bir yorum yapar ki, günümüzü resmetmesi yönüyle önemi yadsınamaz:

“Maslahatın oldukça sübjektif ve izâfî bir kavram olması sebebiyle ona dayalı uygulamaların önemli ölçüde hukukun gerçekleşmesinin önünde en büyük engel olduğu da görülmektedir. Nitekim geçmişte yeryüzünde yapılan büyük haksızlıklar ve zulümleri gerçekleştirenler kendilerinin ve/veya toplumların menfaatlerine olduğunu düşünmüş olmalıydılar.... İslâm hukukçularının görevi kendinde Özgün bir sistemi, bugün yürürlükte olan herhangi bir sistemle uyumlu hale getirmek olamaz. Onların vazifesi Müslümanların karşılaştıkları yapıp etme imkân ve ihtimalleri olan problemleri çözmektir. Aksi halde belli bir dönemin, yani fakihin içinde yaşadığı sosyal şartların, ulaşılan en mükemmel nokta olduğu ve bir bakıma tarihin sonuna geldiği ön kabulünü içeren bir yanılısma içine girilmiş olunur. Oysa bundan birkaç asır önceki bazı düşünceler ve uygulamaların, kendi zamanlarında ve coğrafyalarında ulaşılabilen en ileri sosyal ve hukukî sistem olarak algılandığı düşünüldüğünde bugünün anlayışlarının da sonraki dönemlerde çok geri kalmış telakkiler olarak nitelenmeyeceğinden nasıl emin olabiliriz? Oluşan veya oluşturulan atmosfere göre doğru ve yanlışın belirlenmesi ne kadar bilimsel bir faaliyet olarak görülebilir ve bunun tek geçerli akıla yöntem olduğu söylenebilir ki? Bu bakımdan bu konuda “Allah'ın emri gelinceye (yani kıyamet kopuncaya) kadar ümmetimden bir grup hakka destek olmaya devam edecektir; kendilerine muhalefet edenler onlara zarar veremez”¹⁶¹ hadis-i şerifi her devrin kendi problemlerinin o devrin ilim adamları tarafından çözüleceğini ifade etmekte ve her şartta hak ve hukuku savunma hedefini göstermektedir.”¹⁶²

Maslahat sebebi ile olan istihsan başlığı altında bu değerlendirmeyi vermemizdeki sebep, maslahatı doğru anlamaya vesile olması gayesidir.

¹⁶⁰ İbnü'l-Hümâm, *Fethu 'l-Kadîr*, 2/372; Mevsilî, *el-lhtiyâr*, 1/121.

¹⁶¹ Müslim, *İmâre*, 170.

¹⁶² Özen, *İstihsan Hakkında Bazı Düşünceler*, s. 273-274.

Netice olarak, istihsanın klasik kaynaklardan derlediğimiz şekildeki bu taksim, genel kabule uygun ve istihsanı bütün yönleri ile ihtiva etmesi yönüyle önemlidir. Bizim bu şekilde taksim ettiğimiz istihsanın, anlattığımızın dışında değişik şekillerde farklı bakış açıları ile kısımlandırmalar da mevcuttur.

3.2. Hanefî Mezhebinde İmamların İstihsan Uygulamaları

İslam hukukunun bir parçası olan istihsan kavramını değerlendirirken onu kullanan fakihleri de dikkate almalıyız. Çünkü gerek onu sistematik olarak ortaya koyanların Hanefiler olması gerekse onu bir isim olarak ilk kullanan kişinin İmam Azam Ebu Hanife olması, bu kavram etrafındaki Hanefî etkisinin önemini artırmıştır. İlk olarak imamların görüş birliği sağladığı istihsan faaliyeti; sonrasında imam Ebû Hanife'nin, tek olarak veya Ebû Yusuf veya İmam Muhammed'den birisi ile birlikte yaptıkları istihsan; Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in beraber yaptıkları istihsan; Ebû Yusuf'un istihsan uygulaması ve son olarak İmam Muhammed'in istihsan uygulamalarını ele alıp ikişer örnek vererek anlatmaya gayret edeceğiz. Burada şöyle bir açıklamayı zaruri görüyoruz: İmam Züfer istihsan uygulamalarında diğer fukahaya göre daha titiz davranmış ve çok zaruri olmadıkça istihsana başvurmadan kıyas delilini tercih etmiştir.¹⁶³

3.2.1. İttifakla Benimsenen İstihsan Uygulamaları

1) Cünüp, hayızlı yahut abdestsiz biri, elini dışarıda yıkamadan su kabına soksa, şayet elinde pislik bulunmuyorsa mezhep içerisinde kıyasa ve istihsana dayanan iki görüş mevcuttur. İlk olarak, üç imamın ittifakıyla istihsana binaen su temiz kabul edilir. İkinci olarak kıyasen İmam Züfer'e göre su pis olmuştur. Zira elini önceden yıkamadan suya sokmakla hükmî pisliği gidermiş, dolayısıyla su kullanılmış olmaktadır.

İstihsana göre, su kullanılmış ve pis sayılmaz. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v.) döneminde mescit kapısının önüne taş oluğa su dolduruluyor ve Suffeliler oradan elleriyle avuç avuç su almak suretiyle abdest alıyorlardı. Başka bir rivayette Hz. Aişe: "*Ben ve Rasulullah (s.a.v.) bir kaptan gusül abdesti alıyorduk ve bazen*

¹⁶³ Önder, *Hanefî mezhebinde istihsan anlayışı ve uygulaması*, s.246.

ellerimiz suyun içerisinde hareket ediyordu."¹⁶⁴ Yine Hz. Peygamber (a.s.) Hz. Aişe'nin hayızlı iken su içtiği kaptan su içmekte bir beis görmüyordu. Hatta ona olan sevgisinden, onun ağzının değdiği yerden suyu içiyordu. Diğer yönden, bunda zarûret ve umumî sıkıntı olduğu söylenmiştir. Çünkü kişi, bazen büyük bir kabın içerisinden su almak için bir tas bulamayıp eli ile suyu almak zorunda kalabilir.¹⁶⁵

2) Hanefî doktrindeki (İmam Züfer de dâhil olmak üzere) genel kurala göre, yatarak yahut dayanarak uyumak abdesti bozar. Fakat ayakta, rükûda, secdede veya oturma halinde uyumak abdesti bozmaz. Zira sünnete dayanan istihsan hükmü bu şekildedir. Huzeyfe (r.a.): "Mescitte oturduğum yerde uyumuştum, hatta çenem göğsüme dayanmıştı. O esnada sırtıma dokunulduğunu hissettim ve uyandıgımda, dokunanın Hz. Peygamber olduğunu gördüm. Ona: *Bu durumda abdest almam gerekir mi? diye sordum.* O da: *Uzanarak uyumadığın takdirde hayır*"¹⁶⁶ buyurdu". Yine İbn Abbas'ın rivayet ettiği bir hadiste, Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurur: "*Ayakta, rükûda secdede veya oturarak uyuyan kimseye abdest gerekmez. Abdest ancak uzanarak uyuyan kişiye gerekir*".¹⁶⁷ Hanefî fukaha bu rivayetlere istinaden, ayakta, rükûda, secdede veya oturarak uyuyan kişinin abdestinin bozulmayacağına istihsanen hükmetmişlerdir.¹⁶⁸

3.2.2. Ebû Hanife'nin İstihsanı

Ebu Hanife'nin tek olarak yahut Ebu Yusuf ya da İmam Muhammed ile beraber tercih ettiği istihsan uygulamalarının ele alınacağı bu başlık altında üç örnek verilebilir.

1) Ayakta nafilâ namaza başlayan biri sonradan özürsüz olarak oturarak namazını tamamlasa, Ebû Hanife'nin istihsana binaen yapmış olduğu içtihada göre, bu caizdir. Zira ona göre, nafilâ namazda özürsüz olarak oturmak neyse, farz namazda bir özre binaen oturmak aynı şeydir. Farz namaza başlarken özre binaen oturmakla ayakta başlayıp sonradan oturma arasında fark olmadığı gibi nafilâ

¹⁶⁴ Buhârî, *Gusl*, 9; Müslim, *Tahâret*, 12; Ebû Davud, *Tahâret*, 39.

¹⁶⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, 1/52-53; Kâsânî, *Bedâi'*, 1/69; Zeylâî, *Tebyîn*, 1/24-25.

¹⁶⁶ Zeylâî, *Nasbu'r-râye*, 1/45.

¹⁶⁷ Tirmizî, *Tahâret*, 77.

¹⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 1/78-79; Merğînânî, *el-Hidâye*, 1/15; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 1/10.

namazda da böyle bir fark söz konusu değildir.

Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise kıyasa binaen bir kimse namaza ayakta başladığı halde bir süre sonra özürsüz oturursa namaz sahih kabul edilmez. Çünkü nafîle namaza ayakta başlanıldığında nezirde (adak) olduğu gibi ayakta kılmayı kendisine vacip kılma durumu söz konusudur. Örneğin ayakta iki rekât namaz kılmayı nezreden kimse, bu namazı oturarak kıldığı takdirde o kimsenin namazı sahih olmaz. Aynı şekilde, ayakta namaza başlayıp sonrasında oturan kişinin de namazı sahih olmaz.¹⁶⁹

2) İmam Muhammed ve Züfer'in içtihadına binaen, insan ve hayvan pisliği gibi görünen bir pislik ayakkabıya yahut meste bulaştığı durumda onu toprağa sürmek suretiyle temizlemek mümkün değildir; illa ki su ile temizlenmesi gerekmektedir. Zira bu pislik ayakkabı, mest gibi şeylere bulaşır ve yapışıp kalır. Netice itibariyle bu gibi pislikler elbiseye veya kilime bulaştığında suyla temizlendiği gibi ayakkabı ve mestin de su ile temizlenmeye ihtiyacı vardır.

Ebû Hanife ve Ebû Yusuf ise istihsana binaen, toprağa silmekle ayakkabı ve mestin temizlenmiş olduğu görüşüne sahiptirler. Zira nakledildiğine göre, Hz. Peygamber bir namaz esnasında ayakkabılarını çıkartmış ve onu gören sahabiler de ayakkabılarını çıkartmışlardı. Bunun üzerine namaz sonunda Hz. Peygamber şöyle dedi: *“Bana Cebraîl gelip ayakkabılarımda pislik olduğunu bildirdi (bu yüzden onları çıkarttum). Sizden biriniz mescide geldiğinde içeri girmeden önce pabuçlarının altına baksın, onlarda bir pislik görürse toprağa silsin.”*¹⁷⁰ Ümmü Seleme annemiz Hz. Peygamber'e: *“Ben bazen pis yerlerde yürüyorum sonra da temiz toprakta yürüyorum, bunun hükmü nedir?”* diye sorduğunda, Hz. Peygamber: *“Toprak birbirini temizler”*¹⁷¹ buyurdu. Fukaha şöyle bir açıklama ile durumu izah etmektedir: Deri sert olması nedeniyle pislik içine işlemez ve zamanla bütün parçaları kurur. Sonuç olarak toprağa sürüldüğünde pislik gider ve derinin temizliğine hükmedilir. Derideki bu durum elbise ve kilimde değişiktir. Zira bunlar

¹⁶⁹ Şeybânî, *el-Asl*, 1/201-202; Serahsî, *el-Mebsût*, 1/208; Zeylaî, *Tebyîn*, 1/176.

¹⁷⁰ Ebû Davud, *Salât*, 90; Ahmed, *Müsned*, 3/92.

¹⁷¹ İbn Mâce, *Tahâret*, 79.

ince ve yumuşak olmaları hasebiyle pislik içerisine işler. Bunların temizlenmesi ise sadece su ile mümkündür.¹⁷²

3) Ebû Yusuf'un kıyasa binaen yapmış olduğu içtihada göre, kişinin azalarından herhangi birine bir necaset bulaşsa ve o necaseti su teknesinde yıkasa aza temizlenmiş olmaz. Çünkü o uzvun, üzerine su dökerek yıkanması mümkündür. Bir uzvun temizliğinde kullanılan suyun değişimi, elbisenin temizlenmesinde kullanılan suyun değişiminden daha zordur. Temiz olan bir uzvun yıkandığı su bile temizleyici değilken, pis uzvun yıkandığı suyu, elbiselerin yıkandığı suya kıyas etmek doğru gözükmemektedir.

Ebu Hanife ve Muhammed bu noktada istihsana göre içtihatla bulunurlar ve su teknelerinde yıkama hususunda Ebu Yusuf'un azalar ile elbiseler arasında gördüğü farklılığı kabul etmezler. Onlara göre, elbisede olduğu gibi pislene azayı da üç farklı su teknesinde yıkamakla, uzuv, üçüncü tekneden temiz olarak çıkar.¹⁷³

3.2.3. Ebû Yusuf ve Muhammed'in İstihsanı

Mezhep içerisinde yerleşik kurala göre, itikâf için mescitte bulunan birisi özürsüz olarak dışarı çıkmamalıdır. Ebu Hanife'nin kıyasa dayanan bu içtihadına binaen itikâfta olan kimsenin kısa bir süreliğine mescitten çıkması halinde itikâfi bozulmaktadır. İbadetlerde, ibadetin aslını teşkil eden rüknü bozan bir fiilin az veya çok olmasında herhangi bir fark yoktur. Örneğin oruçluyken yemek, içmek yahut abdesti bozan bir şeyin az veya çok olması aynıdır. İtikâfta sürekli mescitte bulunmak itikâfin bir rüknüdür. Dolayısıyla zaruret haricinde mescitten ayrılmanın azlığı ve çokluğu arasında herhangi bir fark olmayıp itikâfi bozmaktadır.

Yalnız Ebû Yusuf ile Muhammed istihsanen, mescitten çıkış süresinin yarım günden fazla olmadığı takdirde itikâfin bozulmayacağını söylemişlerdir. Onlara göre, az miktarda zaruret ve ihtiyaç vardır. İnsanlar bazı ihtiyaçları için, bir süre dışarıda kalmak durumunda kalabilirler. Buna müsaade etmemek onları sıkıntıya düşürür.¹⁷⁴

¹⁷² Serahsî, *el-Mebsût*, 1/82; Merğînânî, *el-Hidâye*, 1/34-35; Zeylaî, *Tebyîn*, 1/70-71.

¹⁷³ Şeybânî, *el-Câmiu 'l-kebîr*, s.11; Serahsî, *el-Mebsût*, 1/93; Kâsânî, *Bedâi'*, 1/87.

¹⁷⁴ Şeybânî, *el-Asl*, 2/238; Serahsî, *el-Mebsût*, 3/118-119; Merğînânî, *el-Hidâye*, 1/133; Zeylaî, *Tebyîn*, 1/351.

2) Ebû Hanife'nin kıyasa dayanan içtihadına göre, bir kimse ihrama girmeden bir av hayvanını yakalasa, sonra ihrama girse, sonrasında başka bir kişi gelip o hayvanı serbest bıraksa, bu kişinin av hayvanının sahibi olan o kişiye avı tazmin etmesi gerekir. Zira av sahibi, hayvanı ihrama girmeden önce yakalamıştır. İhramlıyken yasak olan ise av hayvanına zarar vermekten uzak durmaktır. Muhrim, hayvanı hapsedmek suretiyle bundan kendini koruyabilir. Fakat bir başkasının muhrimi böyle bir şeyden korumak gibi bir vazifesi olmadığından haddi aşmış ve onu tazmin etmekle yükümlü olmuştur.

Ebû Yusuf ve İmam Muhammed, avı salan kişinin bu davranışının, iyiliği emretme kötülükten sakındırma mahiyetinde olduğu için istihsanen av hayvanının tazmin edilmesi gerekmediğini söylemişlerdir.¹⁷⁵

3.2.4. İmam Ebû Yusuf'un İstihsanı

1) Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'in kıyasa dayanan içtihadına göre bir kimse, başkasına ait bir arazide gayri müslimlerden kalma bir define bulsa, definenin beşte biri beytülmale verilir. Geriye kalan beşte dördü, devlet tarafından fethedilen araziye kendisine ganimet payı olarak tahsis ettiği aileye verilir. Bu kimseler ölmüşlerse varislerine, varislerin de olmadığı durumda ilgili araziye en son malik olana veya onun varislerine verilir. Zira bu kimseler, devletin ganimet payı olarak verdiği bu arazinin altına da üstüne de malik durumdadırlar. Dolayısıyla define onların mülkiyetindedir.

Ebû Yusuf'un istihsana dayanan içtihadına göre bulunan define, defineyi bulana aittir. Gayri müslimlerden kalan bu definenin bulunduğu alınıması helaldir. Zira bu define, sahipsiz bir yerde bulunmuş olsaydı ittifakla bulunan olurdu; burada da defineyi bulan kişi de aynı konumdadır.¹⁷⁶

2) Ramazan ayı içerisinde birisi delirse ve bu durum uzun seneler devam ettikten sonra yine bir Ramazan ayında şifa bulsa, bu kişinin deliliğin isabet ettiği ay ile şifaya kavuştuğu Ramazan ayına ait tutamadığı günleri kaza etmesi gerekir. Zira

¹⁷⁵ Şeybânî, *el-Asl*, 3/370; Serahsî, *el-Mebsût*, 4/89; Merğînânî, *el-Hidâye*, 1/175; Zeylâî, *Tebyîn*, 2/69.

¹⁷⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 2/214; Kâsânî, *Bedâi'*, 2/66; Zeylâî, *Tebyîn*, 1/289; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 1/118.

hiçbir şekilde akli yerine gelmediği için iki durum arasındaki Ramazan aylarına dair oruçları kaza etmesi gerekmez.

Ancak bu delirme hali doğuştan geliyor olsa, bu şekilde baliğ olması durumunda bir ramazan ayı içerisinde delilik hali sona erse, İmam Muhammed'in kıyasa dayana içtihadına göre ve Ebu Hanife'den gelen bir rivayete göre bu Ramazan ayında tutamadığı oruçları kaza etmesi gerekmez. Zira bu kişinin sorumluluğu, yeni baliğ olmuş kimsenin durumu gibidir.

Ebû Yusuf konuyla ilgili olarak: “Doğru kıyasa göre bu kişiye kaza etmesi gerekmez ama ben istihsana dayanarak içtihat ediyorum ve onun, bu ay içerisinde tutamadığı günleri kaza etmesi gerektiğine hükmediyorum”. Zira şer’î hükümlerle ilgili sorumluluklarda, doğuştan delilik ile arızî bir hastalık neticesinde ortaya çıkan delilik arasında bir fark yoktur.¹⁷⁷

3.2.5. İmam Muhammed'in İstihsanı

1) Hanefî mezhebindeki genel kabule göre, binek üzerinde nafîle namaz kılmak caizdir. Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf'un kıyasa dayanan görüşüne göre, namazın cemaatle kılındığı durumda, binek üzerinde imama uyan kişi veya kişilerin namazı sahih olmaz. Çünkü iki hayvan arasında yol vardır ve imam ile cemaat arasında yol olması namaza engeldir.

İmam Muhammed'e göre, cemaat olan kişinin hayvanı ile imamın hayvanı arasındaki mesafe, normal saf aralıklarında ise veya çok uzak değilse namaz istihsânen caiz olur.¹⁷⁸

2) Hanefî mezhebindeki müftâ bih görüşüne göre, korku zamanında kılınan farz namazların cemaatle binek üzerinde kılınması caiz değildir. Çünkü böyle bir durumda, imam ile cemaat arasında yol olur ki, bu da namazın sıhhatine engeldir. Fakat böyle bir durumda herkes tek tek binek üzerinde namazlarını eda edebilirler.

Ancak İmam Muhammed istihsânen, korku durumunda, binek üzerinde farz namazın cemaatle kılınması ile ilgili olarak şunları söyler: “Cemaatle kılınan namaz

¹⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 3/89; Kâsânî, *Bedâi'*, 2/89.

¹⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, 1/252.

sevabını kaçırmamaları için bunu güzel görüyorum (istihsan ediyorum). Hatta biz bundan daha fazlasına fetva verdik, o ise savaşta namaz içerisinde cepheye gidip gelme durumudur” demiştir.¹⁷⁹

Görüldüğü üzere, Hanefi fukahanın bir meselede görüş beyan ederken kıyastan veya istihsandan hali olarak görüşlerini açıklamadıkları yer yok, desek yeridir. Zira her ne kadar kıyas ve istihsan delillerini deliller hiyerarşisinde belli bir yere konumlandırırsak dahi hakikatte Şâri’, kıyassız herhangi bir hüküm koymamıştır. Aslında istihsan hususunda mezhepler arası ihtilaflar ve kabul edenlerin veya onu kesin bir dille reddedenlerin anlaşılmadıkları şey, gerçeği yansıtmayıp isimlendirme problemi ile doğru orantılıdır.

Konuyu bu perspektiften ele alan Bedir, Cessâs’ın istihsanı iki şekilde incelediğinden bahseder. Ona göre Cessâs meseleyi öncelikle "yüzeysel problem" olarak ele alır. Kelime manası ve söylediğimiz şekliyle sûrî bir ihtilafın söz konusu olduğuna değinir. Sonrasında “gerçek” istihsandan bahsederken, sadece istihsanın delil oluşuna karşı çıkanlara değil, kıyasın geçersiz olduğunu iddia edenlere de cevap verdiğini söyler.¹⁸⁰

3.3. Kıyas - İstihsan İlişkisi

Konumuzun ana çerçevesini oluşturan kıyasın istihsana tercih edildiği yerler bağlamında, kıyas ve istihsan ilişkisi önemlidir. İşte burada kıyas ve istihsan tanımları ve bunların anlaşılma problemi de ortaya çıkmaktadır. Hanefî usulcülerin istihsan tariflerinin müşterek bir noktası vardır. O da, “Hukuki bir olayın benzerlerine bağlanan hukuki sonuçtan, daha kuvvetli bir delil sebebiyle vazgeçip daha üstün başka bir hükme dönmektir.”¹⁸¹ Kerhî de tarifinde istihsanın bu yönüne işaret etmiştir. İstihsan teriminin daha iyi anlaşılabilmesi için, Kerhî’nin tarifindeki “nezâir (benzerleri)” kelimesi ile usûl kitaplarında bu manayı ifade sadedinde kullanılan “nezâir (benzerleri)” kelimesine karşı “kıyas” kelimesi ile anlatılmak istenenin ne olduğunu ortaya koymak zaruridir.

¹⁷⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 2/48; Kâsânî, *Bedâi’*, 1/245; Zeylaî, *Tebyîn*, 1/233.

¹⁸⁰ Bedir, Murteza *The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas*, trc. Ebubekir ALAN, s. 2.

¹⁸¹ Hallâf, *Mesâdiru’t-teşrî’l-İslâmî fî mâ lâ nassa fih*, s.71.

Serahsî *Usûl*'ünde, “üzerinde iyice düşünmeden hatıra geliveren âhir kıyasa muhalif delildir”¹⁸² diye tarif ettiği istihsanın mukabilinde bir meselede, “hatıra hemen geliveren” diye açık (zâhir) kıyası zikretmiştir. Serahsî'nin tarifini destekler mahiyette, her türlü fikhî hükmün, deliller içerisinde farklı dayanağı olduğu düşünüldüğünde, ilk bakışta herhangi bir delil ile irtibat kurulamadığı görülen hususlarla ilgili müçtehit tarafından doğrudan referans verilememektedir. Özen burada şu açıklamayı yapar:

“Böyle bir durumla karşılaşan fakih, edindiği fıkıh bilgi birikimi ve tecrübesinin sağladığı imkânla bu konuda dinin genel ilkelerine uygun bulunduğu hükmü ifade eder; ama *delilin nedir* diye kendisine sorulduğunda nassa dayalı müşahhas bir delil de ileri süremez. Çünkü açık muayyen bir delil yoktur. Bu durumu ifade ederken de kıyasa aykırılığını dile getirmekle yetinir. Bu bakımdan bir tanımda ifade edildiği üzere istihsan, iyice düşünüp taşındıktan sonra müçtehidin nefsinde birden bire oluşan, ancak ifadeye dökülemeyen, ibraz ve izharına güç yetirilemeyen bir delildir. Muhalifler ise bu durumu "istihsan müçtehidin aklıyla iyi bulunduğu şeydir" şeklinde ifade etmişlerdir. Bu anlatılanlardan da anlaşılacağı üzere aslında delilsiz hüküm verme söz konusu olmayıp meseleye özgü tek bir delilin bulunmaması söz konusudur”.¹⁸³

Özen'in naklettiği bu tanımla ilgili olarak Tûffî, istihsanın sonuçta şer'î bir delille amel etme olduğunu savunarak ilgili delilin sözlü olarak ifade edilemeyişi sorunu olarak görmez, hatta örnekler üzerinden zihinlere yaklaştırır. Ona göre istihsan ancak vicdanla bilinebilir. Uğraşılan ilimler ve sanatlar sonucu kişilerde kalıcı melekeler oluşur. Nefisler, söz konusu ilimler ve sanatlarla alakalı olarak karşı karşıya kaldıkları yeni içtihatları bu melekeler ile anlarlar; fakat kendilerine bu bilgilerin kaynağı sorulunca açıklayıp, detaylandırmakta zorlanırlar. İşte bu olayı sanatkârlar tecrübe, sûfiler zevk ve felâsife meleke diye niteler. Ta ki bir müçtehide herhangi bir meselenin hükmü sorulduğunda, delil hususunda herhangi bir araştırmaya gitmeden onun meleke aynasına bu yansır ve ona binaen hemen cevap verebilir. Müçtehidin bu durumda elde ettiği bilgi veya zan ile amel edilebilir. Çoğuna göre buradaki sorun, ahkâm, zahir deliller üzerine bina edilmiş olup, bir

¹⁸² Serahsî, *Usûl*, 2/200.

¹⁸³ Özen, *İstihsan Hakkında Bazı Düşünceler*, s.270.

hükümün varlığı ve yokluğu bu delillere bağlı iken, ilham benzeri bir yol ile hüküm vermektir.¹⁸⁴

Ayrıca bu konu ile alakalı olarak usul kitaplarımızda iki kıyastan bahsedilir. Biri celi (açık) kıyastır ki bu tabiri ilk kullanan Debûsî'dir.¹⁸⁵ Diğeri ise kapalı (hafî) kıyastır. Celi kıyasta kıyaslanan ile kendisine kıyas edilen şey (mekis ile mekisü aleyh) arasındaki illet açıktır. Fakat hafî kıyasta bu ilinti gizlidir. Neticede müçtehit gizli olan ikinci kıyası tercih etmekte ve ona göre hükmü belirtmektedir. Buna, “celi (açık) kıyasa aykırı olan istihsan” denir.¹⁸⁶

Hanefî usûl kitaplarına baktığımızda, celi kıyas ve hafî kıyas olarak yapılan ayrımın neticesinde ortaya çıkan istihsan tanımı ile nas, icma ve zaruret yolu ile yapılan istihsan arasında bir ayrım söz konusudur. Zira birinci manadaki hafî kıyas istihsanı, celi kıyastan ayrı olmayıp başka hükümlere geçerliliği uygundur. Fakat ikinci manadaki istihsan özeldir; bu yolla verilen hüküm ilgili mesele ile sınırlı olup başka meselelere uygulanması düşünülemez. Bu da “genel kurallara aykırı olarak kendisiyle kıyastan dönülen şey yani istihsan (ma'dûlün bih ani'l-kıyas)” nedeni ile açıklanmaktadır.¹⁸⁷

Bu bilgilerle ilintili olarak Yaman, asıl tartışılan istihsanın ne hafî kıyas istihsanı, ne de nass (eser/sünnet) yahut icma istihsanı (istihsânü'l-icmâ) olduğu kanaatini paylaşır. Zira problem olan istihsanın, örf ve maslahata dayanan istihsan olduğunu belirtir. Şöyle der:

“Çünkü istihsan, müçtehidin udûlüdür, yani yerleşik genel kuralın, bir başka deyişle kıyasın dışına çıkmasıdır. Oysa burada müçtehit değil, şârî udûl etmektedir. Kanun koyucunun kendi takdiri olduğu içindir ki, buna kimse itiraz etmemektedir. Müstenedi nas olan icmaya dayanan istihsan (istihsânü'l-icma) da aynı değerlendirmeye tâbidir”.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r-Ravza*, 3/192-193.

¹⁸⁵ Bedir, Murteza *The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas*, trc. Ebubekir ALAN, s.2.

¹⁸⁶ Sadru'ş-Şerîa', *Tavzih*, 2/171.

¹⁸⁷ Pezdevî, *Usûl*, 4/10; Serahsî, *Usûl*, 2/206-207; Buhârî, *Keşfü'l-esrar*, 4/10; Neseî, *Keşfü'l-esrâr*, 2/296.

¹⁸⁸ Yaman, *İstihsan Ne Değildir?*, s.170.

Bu açıklamayı yaptıktan sonra gerçek manada istihsanın ne olduğu ile ilgili olarak şu beyanda bulunur:

“Çok kabaca istihsan, yerleşik genel kurala yani kıyasa göre hükme bağlanması halinde hukuk düzeninin istemediği katılıkları ve adaletsizlikleri doğuracak bir sorunun, örf ve maslahat gibi gerekçelerle değerlendirilip kanun koyucunun hedefleri doğrultusunda hakkaniyet esaslarına göre çözümlenmesidir. Şöyle ki: Ortada yeni karşılaştığımız bir sorun vardır; bu sorun hakkında tafsili bir nas çözümlenmesi yoktur; müçtehit hüküm verirken bu sorunu içine katabileceği bir kategori, daha teknik terimiyle bir kıyas arar; hüküm üzerindeki müessir vasfıyla, sebep ve sonuçlarıyla aynı düzlemde bir kıyas imkânı bulursa onu uygular ve çözüme ulaşır. Fakat genel hatlarıyla benzettiği kategoriye dâhil ettiği takdirde hiç de hakkaniyete sığmayan bir sonuç elde edeceğini fark ederse, bu durumda, o kategorinin dışına çıkar ve meseleyi örf, maslahat, ihtiyaç ya da ihtiyat gibi gerekçelere bağlayarak adil bir biçimde çözer. İşte bütün bu ameliye, *istihsan* adını taşımaktadır.”¹⁸⁹

Bu değerlendirme ile genel kanaatin dışında bir görüş ortaya koyan Yaman, çok da haksız gözükmemekle birlikte, bu kanaat bize Irak Hanefileri’nden ziyade gerek kelâmi problemleri açıklama, gerek Hanefî görüşleri savunma refleksi ile istihsanı, müstakil başlıklarla değil de kıyas başlığı altında değerlendiren Buhara Hanefî ekolünün etkisini ciddi olarak göstermektedir. İstihsan alanının sadece örf ve maslahat eksenine bağımlı kılınması, her ne kadar günümüz problemlerinin çözümünde kolaylık sağlayarak çıkış kapısı işlevi görse de, bu kapının nereye kadar açık bırakılabileceği ve ne gibi suiistimallere neden olabileceği meçhuldür. İstihsan karşıtlarının karşı çıktığı nokta ise tam olarak da burasıdır.

Her müçtehidin şer’î delillerin tamamından elde ettiği ve icihad ederken kullandığı genel ilkeleri bulunmaktadır. Müçtehit, meydana gelmiş olayların veya farazi meselelerin çözümünde, başka bir delil bulunmadığı durumlarda, bu ilkeleri devreye sokarak çözüm üretir. Bazı konularda bu ilkelerle çelişen bir delil bulunduğu bu delilin sıhhatini inceler. Şayet bu delil ona göre de sabitse genel kaideden o kısmı istisna ederek delilin gereğince amel eder ve buna, kıyas’a (genel kural) aykırı istihsan hükmü adı verilir. Bazıları da bunu “genel hükümden istisna”

¹⁸⁹ Yaman, *İstihsan Ne Değildir?*, s.170.

şeklinde isimlendirirler.¹⁹⁰ Bey'ul-vefâ ve istisna' akidleri birer istisna istihsanına örnek olabilir.

İstihsanın iki temel işlevine değinen Apaydın, bu iki temel işlevin istihsanın mahiyetindeki "zorluğun bırakılıp kolaylığın alınması" hususunun tafsil edilmesine dönük olduğuna vurgu yapmaktadır.

Bu işlevlerden birincisi, nasların düzenli oluşlarının araştırılması demek olan istikra sürecinin sonunda ortaya çıkan genel kuralların geçersiz olduğu istisna durumlar olarak nitelendirmek mümkün gözükmektedir. Bu nitelemeyi Hanefî usulcülerden Kerhî şöyle yapmaktadır: "Bunu gerektiren daha kuvvetli bir gerekçe sebebiyle, bir meseleye, dengi meselelerde verilen hükmü vermeyip farklı bir hüküm vermektir" der.¹⁹¹

İstihsanın ikinci işlevinde de bir istisna söz konusudur, fakat bu seferki istisna, usûlî manada kıyastan yapılan istisnadır. Bu durumda istihsan ile amel etmemek ve kıyasın uygulanması halinde karşılaşılabilecek zorluk konusunda toplum vicdanının tatmin edilememesi, Şari'in temel amacının hilafına hareket etmeyi göze almaktır. Bu durumda, daha derin ve etkili bir illet sebebi ile başka bir kıyasa (hafî kıyas) başvurulması zaruridir. Serahsî'nin "Hanefîler, kıyas ve istihsan tabirlerini, tearuz etmiş iki delilin arasını ayırt etmek için kullanmışlar ve bunlardan birine, kendisiyle amel daha güzel olduğu için ve zahir kıyas metodundan ayrıldığı için istihsan adını tahsis etmişlerdir" ifadesi daha çok istihsanın bu işleviyle ilgilidir.¹⁹²

Buraya kadar yapılan açıklamaları dikkate alırsak istisna istihsanı hakkında şöyle bir durum söz konusu olur: Herhangi bir meselede bir delile dayanarak genel bir hüküm ortaya koyan bir nasstan istisna yapma yoluna gidilebilir. İşte bu durumda istihsan karşısında kıyasın, aşağıda söylenecek olan manalardan biri ile kullanılmış olması mümkündür:

¹⁹⁰ Şelebî, *Ta'îlül'l-ahkâm*, s.337.

¹⁹¹ Apaydın, *İstihsan'ın Mahiyeti ve İşlevi*, s.127.

¹⁹² Apaydın, *İstihsan'ın Mahiyeti ve İşlevi*, s.127, 128.

- Fıkıh usulünde kullanılan yaygın anlamı ile kullanılması. Bu ise fer'in, hükmün illetindeki birlik sebebiyle "asl'a" dâhil edilmesidir. İstihsan karşısında kullanılan kıyas kelimesinin en çok kullanıldığı anlam da budur.¹⁹³

- Kapsam itibarıyla genel nitelikli şer'î nas (en-nassu's-şer'iyi'l-âmm) anlamında.¹⁹⁴ Meselâ, İmam Ebû Hanîfe'den muhsan¹⁹⁵ zâninin recmi hususunda nakledilen "Biz kıyasa aykırı olarak ve istihsan yoluyla recm gerektiğine hükmettik" sözünde "kıyas" bu manada kullanılmıştır. Burada kıyas denildiğinde, kapsam itibarıyla genel şer'î bir nas, yani "*Zina eden kadın ve zina eden erkeğin herbirine yüz değnek vurun*"¹⁹⁶ âyetidir. Çünkü bu âyet, hem muhsan hem de muhsan olmayan zâniyi kapsayan amm bir nastır. Nassın gereği muhsan olsun veya olmasın zina edene yüz değnek vurulmasıdır. Şu kadar var ki, muhsan olan zâni bu genel nass dışında tutulmuş, onun cezasının recm olduğu belirtilmiştir. Çünkü bu istisnâyı gerektiren hass bir delil mevcuttur. Bu da Hz. Peygamber'den gelen meşhur rivâyetlerdir. Bu örnekle Ebû Hanîfe'nin yukarıdaki sözü daha iyi anlaşılacaktır. Zira Ebû Hanîfe'nin sözündeki kıyas kelimesi usuldeki kıyas değil genel manadaki nastır; aynı sözdeki istihsan da istisna hakkında kullanılmıştır.¹⁹⁷

- Fıkıhta veya bazı mezheplerce kabul edilmiş ve yerleşmiş genel kural anlamında kıyas.¹⁹⁸ Meselâ, Ebû Hanîfe'nin oruçluyken unutarak bir şey yiyen veya içen kimse hakkında söylediği "rivayet olmasaydı, kıyasa göre hükmederdim"¹⁹⁹ sözündeki "kıyas" kelimesi bu anlamda kullanılmıştır. Bu sözde kıyastan maksat, gerek oruç konusunda gerekse diğer konularda yerleşik bir kural olan, "bir şeyin rüknü ortadan kalkınca kendisi de ortadan kalkar" kaidesidir. Orucun rüknü, oruç süresince "imsak", yani yiyip içmemek ve cinsi münasebette bulunmamaktır. Bu rükün unutarak bile olsa yemek veya içmekle ortadan kalkmış olur.²⁰⁰ Bunun sonucunda, unutarak yiyip içen kimsenin orucunun bozulmuş olur. Fakat Hz.

¹⁹³ Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s.179.

¹⁹⁴ Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s.179.

¹⁹⁵ Muhsan, meşru bir evlilik içinde zifafa girmiş, hür müslüman kişi.

¹⁹⁶ Nur, 24/2.

¹⁹⁷ Şelebî, *Ta'îl*, s.337; Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s.179.

¹⁹⁸ Şelebî, *Ta'îl*, s. 337; Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s.179.

¹⁹⁹ Şeybânî, *el-Hüccce alâ ehli'l-Medîne*, 1/392.

²⁰⁰ Serahsî, *Usûl*, 2/153-154.

Peygamber'den, unutarak yeme-içme halinde orucun bozulmayacağına dair rivayet bulunmaktadır. İşte Ebû Hanîfe, yukarıdaki sözüyle bu hadise göre hüküm verdiğini ve bu sebeple, genel kuralı bu meseleye uygulamaktan vazgeçtiğini ifade etmiştir.²⁰¹

3.4. İslam Hukukunda Teâ'ruz ve Tercih

3.4.1. Teâruz

Araştırmamızın bu başlığında İslam hukukunda teâruz ve tercihten bahsedeceğiz. Zira istihsan söz konusu olduğunda delillerin tearuzu ve bunlar arasında yapılacak tercih işleminin anlaşılması önem kazanmaktadır. Bu yüzden fukaha da haklı olarak bütün usul eserlerinde bu meseleyi titizlikle ele almıştır. Teâruz sözlükte “karşılaşmak, çatışmak, çelişki, birbirine ters düşmek” gibi anlamlara gelmektedir. Usul kaynaklarında geçen teâruz tanımlarından anlaşılacak ortak mana ise, “iki eşit hükme sahip olan delilden birinin diğerinin gereğine engel olması halini” ifade eder. Teâruzu ifade sadedinde, tenâkuz, teâdül, tezâd, temânu‘, tedâfu‘, tenâfi ve ihtilâf gibi müradif kelimeler çokça kullanılmaktadır. Kimilerine göre tenâkuz ve teâruz ayrı manalara denk gelir. Tenâkuz, “bazı hallerde delilin hükmünün bulunmaması”, teâruz ise “iki eşit hüccetin aralarının uzlaştırılması mümkün olmayacak şekilde karşı karşıya gelmesi” demektir. Buna göre tenâkuz, delilin batıl olduğunu gerektirirken teâruz ise delilin delaletine karışmaz fakat elde edilecek olan hükmün varlığına mani olur.²⁰² Gazâlî, teâruz ile tenâkuz arasında böyle bir ayırım yapmaksızın bu konuyu değerlendirmektedir.²⁰³ Teâruz ve tercih hemen hemen bütün usul konularıyla ilişkili olduğundan usul eserlerinde geniş yer tutmuş, bazılarında delillerin her biri ayrı ayrı incelenirken, birçoğunda müstakil bölüm halinde ele alınmıştır. Konuyu teâruz başlığı altında değerlendirenler, Semerkandî, Şâtıbî, İbnü'l-Hümâm gibi fukahadır. Muâraza başlığı altında ele alanlar için, Debûsî, Serahsî, Pezdevî ve Nesefî gibi isimleri sayabiliriz. Teâdül başlığı altında değerlendirenler ise Râzî, Beyzâvî, İbnü's-Sübkî, Zerkeşî gibi Şâfiî fakihlerdir.²⁰⁴

²⁰¹ Şa'ban, İslâm Hukuk İlminin Esasları, s.179.

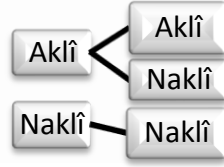
²⁰² Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, 3/158.

²⁰³ Gazâlî, *el-Mustasfâ*, s. 365-366.

²⁰⁴ Özen, *Teâruz*, Dia, 40/208.

Hanefî usul âlimlerinin teâruz ile alakalı olarak görüşlerini kısaca şöyle açıklamak mümkündür: Debûsî, teâruzu meydana getiren şeyin iki delil olduğunu ifade eder. Serahsî ve Pezdevî ise, birbirine sübut açısından eşit olan iki delilin birbirine zıt hüküm içermesidir, derler. Teâruzun gerçekleşmesi için delillerin uzlaştırılmaması, delillerin eşit güçte olması ve tarihlerinin bilinmiyor olması ile doğru orantılıdır. Teâruz zat olarak eşit deliller arasında olması kaydıyla zannî deliller arasında gerçekleşebileceği gibi kesin delillerde de gerçekleşebilir. Örneğin bu durum farklı iki âyet, bir âyetin iki farklı okunuşu, âyetle, mütevâtir veya meşhur bir hadis yahut bir veya iki ravi kanalıyla bize ulaşan iki hadis arasında da olabilir. Cumhura göre, katî ve zannî iki delil arasında hakiki manada teâruz bulunamaz fakat zanni iki delil arasında tearuzun mümkün olduğunu ifade ederler. Fakat iki kati delil arasında kesinlikle tearuzdan söz etmek mümkün değildir.²⁰⁵

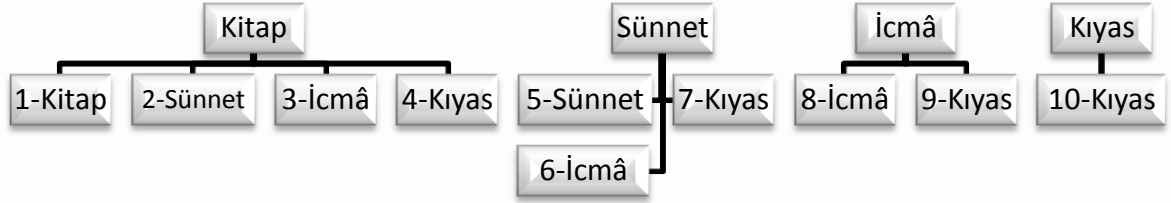
Deliller tasnifi içerisinde yer alan aklî, naklî şeklindeki ayrıma göre teâruzda iki aklî, aklî ve naklî veya iki naklî delilin karşı karşıya geldiği üç farklı seçenek söz konusudur. Âlimlerimiz, ister aklî, ister naklî olsun delillerin hakiki manada birbirleri ile çelişmesini muhal olarak görürler. Yalnız burada sadece naklî deliller arasındaki nesih durumunu farklı değerlendirmişlerdir.²⁰⁶ Şema ile gösterecek olursak:



Naklî deliller, kitap, sünnet, icmâ ve kıyas olarak düşünüldüğünde naklî deliller arasında on farklı teâruz şekli ortaya çıkmaktadır. Kitap-kitap, kitap-sünnet, kitap-icmâ, kitap-kıyas, sünnet-sünnet, sünnet-icmâ, sünnet-kıyas, icmâ-icmâ, icmâ-kıyas ve kıyas-kıyas şeklindedir. Bir şema ile bu konunun zihinlere yaklaştırmanın güzel olacağı kanaatindeyiz.

²⁰⁵ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s.217.

²⁰⁶ Özen, *Teâruz*, Dia, 40/208.



Şu kadar var ki, Allah'ın hükmü olmaları nedeniyle şer'î hükümler ile onların mesnedi olması yönüyle deliller arasında hakiki manada teâruz yahut tenâkuzdan bahsedilemez Zira ayette “eğer Allah'tan başkasının katından olsaydı, onun içinde mutlaka pek çok ihtilâf bulurlardı”²⁰⁷ buyrulur böyle bir durumun mümkün olmadığı işaret edilmiştir. Ancak Kitap ve Sünnet'te birbirine zıt gibi gözükten hükümlerin bulunması, nüzul ve vürud tarihleri ile ilgili bir muamma olması sebebiyledir. Zira hükümler arasındaki öncelik ve sonralık hususları bilinmiş olsa, sonraki hükmün nâsih olmasına hükmedilir. İşte bu bilinmezlik bize teâruzu vehmettirmektedir. Dolayısıyla Hanefî fukaha, neshin sadece nesih imkânı olan deliller içerisinde iki âyet, iki kıraat, iki sünnet ve âyet ile meşhur sünnet arasında gerçekleşebileceğini söylemişlerdir. Fakat iki icmâ, iki kıyas ve icthada dayalı sahabe kavilleri arasında teâruz gerçekleşmez. Hanefîler'in ifade ettikleri bu tür teâruzun olmayışı, mevcut olması halinde her iki delilin de delil olmaktan çıkmasına neden olacağı düşüncesidir. Aksi takdirde onlar söz konusu deliller arasında şeklen teâruzu mümkün görmektedirler. Örneğin iki kıyasın teâruzu halinde her ikisi de delilde doğru telakki edilmeyip, ayrıca istishâbü'l-hâl de şer'an delil kabul edilmediği gerekçesiyle müçtehidin önünde iki seçenek vardır. İlk olarak iki kıyastan birini tercih etme imkânı varsa tercih eder. İkinci olarak tercih imkânı yoksa kalbinin meyline göre hareket eder ve onunla amel eder.²⁰⁸

3.4.1.1. Teâruzun Sebepleri

Çoğu usûl âlimine göre teâruz, zannî belirtilerin çatışmasından kaynaklanmaktadır. İbnü'l-Hümâm (v.861/1457) ise zannî deliller arasında teâruzu

²⁰⁷ Nisa 4/82.

²⁰⁸ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s.214-215; Serahsî, *Usûl*, 2/12-13.

mümkün görüp katî deliller arasında mümkün görmemenin makul bir izahının olmadığı kanaatindedir. Zira söz konusu şekliyle teâruz, hakiki manada değil zahirdeki bir teâruzdur. Bu şekliyle zanni deliller içerisinde olabileceği gibi iki katî, biri kati diğeri zanni deliller arasında olması da mümkündür.²⁰⁹ Şâtîbî, “Teâruz sebeplerini ele alan âlimlere göre bu durum öncelikle delilleri inceleyen müçtehitlerin farklı bilgi ve tecrübe birikimlerinden ileri gelmektedir”²¹⁰ der. Burada şu hususu belirtmemiz gerekir ki, akıl ve nakil arasında çatışma olduğu iddiasında bulunmak, Kur’an ve hadislerin doğru anlaşılmamasından ileri gelmektedir. Yahut hadislerin doğru şekilde nakledilmemesi, akıl yürütürken yapılan hatalar veya eksiklikler meydana gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Kendi içlerinde şer’î delillerin teâruzunda ise ya nesih, ya ilgili hükümlerin iki farklı olay ve zaman hakkında olması veya aynı konu hakkında fakat değişik versiyonlar için alternatif bir serbesti olarak düşünülmesi gerekmektedir.

3.4.1.2. Teâruzu Giderme Yolları

Usul âlimlerinin kahir ekseriyeti, hükümlere muhatap olan mükelleflerin, hakikatte mükelleflerin birbirine tezat durumdaki hükümlerle sorumlu tutulamayacağı kanaatindedirler. Dolayısıyla teâruzu giderme yollarını bulma hususunda ortak görüş beyan eden fukaha, yöntemler konusunda farklı düşünmektedir. Hanefî usul eserlerinde genel olarak hakiki teâruz, *hükümü't-teâruz* başlığı altında, zahiri teâruz durumu ise *muhallis* başlığı altında değerlendirilmiştir. Hakiki teâruz durumunda tesâkut (delillerin iptali), zahiri tearuzda ise, te’lif ve tercihe başvurulmuştur.²¹¹ Fakat bu konuyu biraz daha açmamız zaruridir.

Hanefiler tearuzu sırasıyla, *nesh*, *tercih*, *cem* ve *tesâkut* ile gidermişler ve çözümde aslanan tercihtir, tahyir caiz değildir demişlerdir. Buna göre, ayetler arası tearuzda şayet mevcut ise habere, iki haber arasında olan tearuzda varsa sahabe kavline veya kıyasa gidileceğini vurgulayarak tercihin ancak ve ancak bir delile dayanması gerektiğini ifade etmişlerdir.²¹² Buradan çıkan sonuç, hakiki tearuz, ayet-

²⁰⁹ İbn Emîru Hâc, *et-Takrîr ve 't-tahbîr*, 3/3.

²¹⁰ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, 4/294.

²¹¹ Cîven, *Nûrû'l-envâr*, 2/92-94.

²¹² İbn Abdüşşekur, *Fevati'r-Rahamut Şerhu Müsellemu's-Subut*, 2/360.

ayet, sünnet-sünnet, âyet- mütevatir sünnet veya meşhur sünnet gibi birbirine derece olarak eşdeğer veya yakın bulunan deliller arasında mümkün gözükmektedir. Anlaşılacağı üzere teâruz giderme yollarını anlatırken konuyu hakiki manada teâruz ve zahiri manada teâruz olmak üzere iki başlık altında bir değerlendirmeye alacağız.

3.4.1.2.1. Hakiki teâruz

Hakiki teâruzda ve teâruzun giderilmesi konusunda, Serahsi ile diğer usulcüler aynı yöntemleri kullanmışlar; fakat öncelik açısından farklı düşünmektedirler. İşte bu durumda, Serahsi ilk olarak *nesih* yöntemini tercih ederken Debûsî, Pezdevî ve Neseffî ise *tesâkut* ve *takrîrû'l-usûl* metotlarına öncelik tanımışlardır.

1- Nesih, tarihin bilinmesi ile uygulanabilecek olan yöntem olup sonraki delilin önceki delili ait hükmü iptal etmesidir.

2- Tesâkut, tarihin tespit edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, her iki delilin hükme delaletini iptal edilmesi durumudur. Zira bu durum;

- a. İlgili delillerin nesh edilmiş olma ihtimali söz konusu olduğu zaman,
- b. Bu delillerin gereği ile amel edilmenin zaruri olmadığı veya
- c. Başka bir delille amel etmenin mümkün olması durumunda geçerli olur.

Yani iptal edilen delil yok kabul edilip sırasıyla başka deliller devreye sokulur. Âyetler arasında olan teâruzda sünnete müracaat edilir. Şayet sünnetler arasında bir çelişme söz konusu ise Serahsi, hiyerarşi olmaksızın sahâbe kavli yahut kıyas ile sorunun çözüleceğini savunurken,²¹³ Debûsî ve Neseffî ise hiyerarşik olarak önce sahâbe kavline, sonra içtihat edilmesi görüşündedirler.²¹⁴

3- Takrîrû'l-usûl, usulcülerden, teâruz eden deliller arasında tercih yapmanın mümkün olmadığı şekilde teâruzun olamayacağını söyleyenler vardır. Fakat Hanefiler böyle bir durumun mümkün olduğu görüşündedirler. Zira hali hazırda mevcut olan durumun aynısının daha önceki başka bir durumda mevcut olup,

²¹³ Serahsî, *Usûl*, 2/13.

²¹⁴ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s.214-217; Neseffî, *Keşfü'l-esrâr*, 2/89.

maziyi (geçmiş), istikbale (geleceğe) taşıma manasına gelen “ibkâü mâ kân alâ mâ kân” ve “el-berâetü'l-asliyye” denilen kural gereği, çelişen deliller haricinde, delilin mevcut olmaması durumunda ilgili konu ile alakalı asıl kurala göre hüküm verilir. Ayrıca Hanefî fukaha, diğer usulcülerin görüşüne karşı çıkararak böyle bir durumun mümkün olduğunu ve böyle bir durumda yeni bir delil tespit edilene kadar tevakkuf etmenin doğru olduğu görüşündedirler. Deliller arasında tercihin mümkün olmadığı durumlarda tamamen reddetmek yerine, ihtiyaten her iki delilin hükümleri dikkate alınmak suretiyle hüküm verileceğini belirtenler de olmuştur. Örnek olarak teâruz nedeniyle temiz olup olmaması hususunda şüphe duyulan su ile abdest almak gerektiğinde, hem abdest hem teyemmüm etmek gerektiği ile ilgili hükmü gösterebiliriz. Bu hükümlere *müşkil* veya *meşkûk* denilmektedir.

3.4.1.2.2. Zâhirî Teâruz

Zâhirî teâruz durumunda delillerin delaleti ve kısımlandırmaları, âlimlerin teâruz durumunda takınacakları tavra işaret etmesi sebebiyle önemlidir. Serahsî, Pezdevî ve Neseî delilleri, hüccet, hüküm, mahal ve zaman yönüyle incelediler. Debûsî, konuya teâruzun şartı bahsinde değinmiş olup, Sadrüşşerîa ise bunu deliller arası tekabülün kısımları arasında ele almıştır.²¹⁵ Teâruz durumunda dikkate alınacak bu yöntemler, Debûsî ve Serahsî tarafında hiyerarşik bir sıra içerisinde değerlendirilirken, Pezdevî, Neseî ve Sadrüşşerîa yöntemleri kendi içerisinde bir hiyerarşi yapmak yerine, birbirinin yerine geçebilecek şekilde ele alırlar. Bu farklı görüşlere rağmen Hanefiler içinde genel kanaat, delillerin, rüknü ve şartları yönüyle aynı kuvvette olup olmadığı, birbirleri arasında gerçekten konu (mahal) ve zaman birliği varlığı ve yokluğu, ayrıca hüküm çelişkisi bulunup bulunmadığı tespit edildikten sonra kuvvetli olan taraf lehine tercihte bulunmaktır.

Zahiri teâruzun giderilmesi, deliller arası teâruzun giderilmesine bağlıdır. Hüküm ve mahallin farklı olduğunu tespit etmek, delilleri telif (uzlaştırmaya) etmeye sebep olurken, zaman farklılığını tespit etmek, deliller arası neshe sebep olmaktadır. Fakat buradaki neshe telif diyenler de vardır.²¹⁶ Buradaki amaç, deliller arasında

²¹⁵ Sadru'sh-Şeria, *Tavzih*, 2/218-224.

²¹⁶ İbn Emîru Hâc, *et-Takrîr ve 't-tahbîr*, 3/10.

gözükten çatışmanın hakiki bir çatışma olmayıp kendi içlerinde uyumlu olduğunu ispat etmektir. Uzlaştırma neticesinde her iki delil ile amel etmeye *amel bi's-şebeheyn* denilmiştir.²¹⁷ İbnü'l-Hümâm deliller arasında tercihin te'liften önce olması gerektiğini savunur. Zira o, Hanefî fukahanın genel kabulü olan “delilin i'mali ihmalinden evladır, telifi tercihe öncelemek gerekmez” fikrinden hareket eder ve örneklerle bunu destekler.²¹⁸

Alâeddin Semerkandî (v.539/1144) teâruzu giderme yollarını üç kategoride ele almıştır. Bunlar sırasıyla nesih, tercih ve tahsis/takyit olup her birinin başvurulacağı hallerin farklı olduğunu söylemiştir.²¹⁹ Hanefî ve de Şâfiî usullerini birleştirmeleri ile tanınan İbnü'l-Hümâm ve Abdülâlî el-Ensârî teâruzu giderme yollarını şu şekilde sıralar: Nesih, tercih, te'lif, tesâkut ve takrîrû'l-usûl. Hadisçiler içerisinde genel kabul gören kanaat ise telif, nesih, tercih ve tesâkut şeklindeki sıralamadır.²²⁰

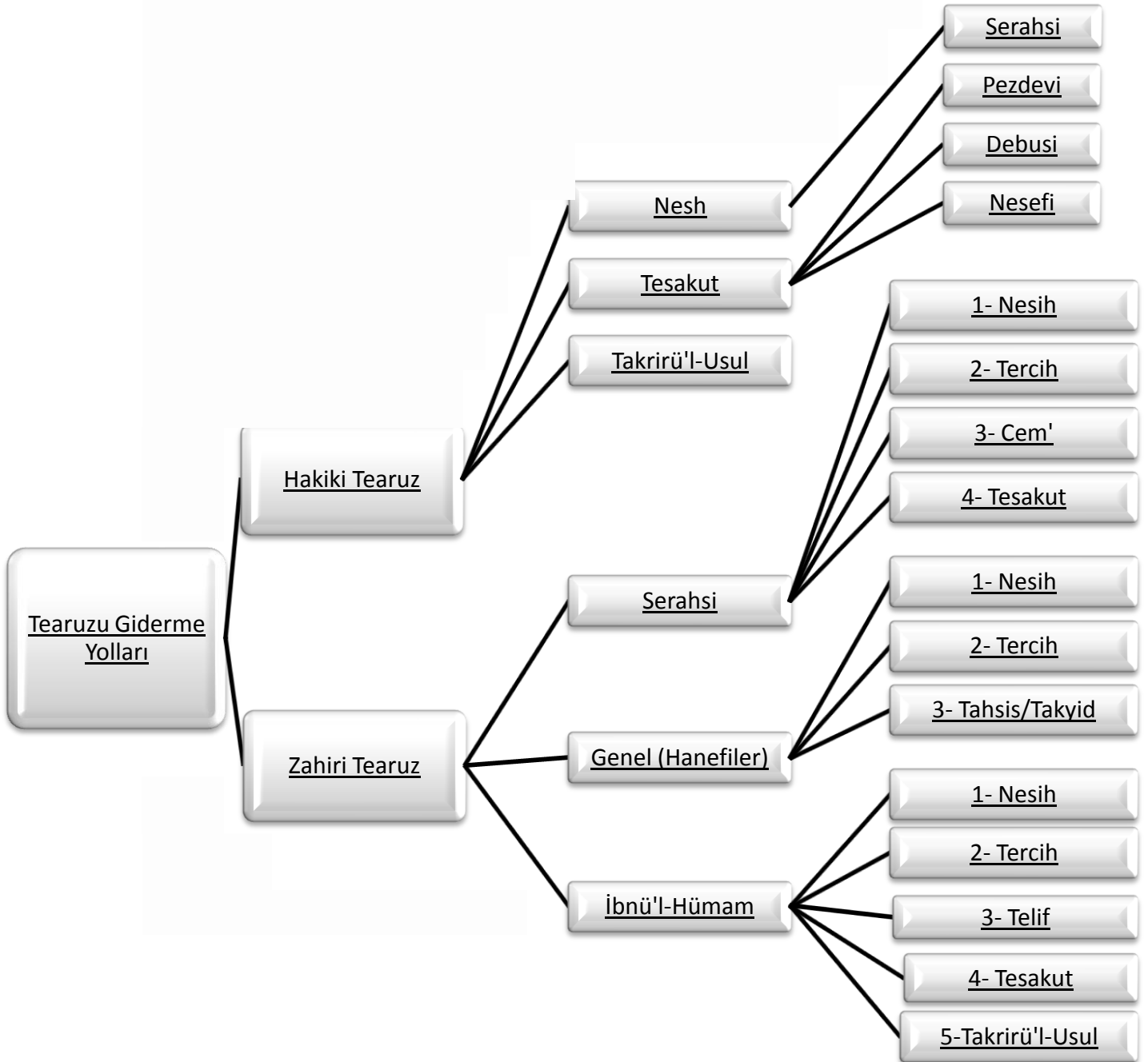
²¹⁷ Sadru's-Şeria, *Tavzih*, 2/218.

²¹⁸ İbn Emîru Hâc, *et-Takrîr ve 't-tahbîr*, 3/5.

²¹⁹ Semerkandî, *Mîzânü 'l-usûl*, s.696.

²²⁰ Özen, *Teâruz*, Dia, 40/210.

Teâruzü giderme yolları ile ilgili değişik görüşlerin şematize edilmiş şekli tablodaki gibidir:



3.4.2. Tercih

Lügatte, “bir şeyi tartmak, üstün tutmak” anlamlarında kullanılır. Usûlü fıkıh ıstılahında, delillerin kendi arasında, furu fıkihta ise hükmü ispat vasıtaları içinde teâruz mevcut olduğunda, bazı ölçütler ışığında kuvvetli olan delil veya vasıtayı diğer tarafa üstün tutmayı anlatır. Tercihe konu olan delil yahut ispat vasıtasına *râcih* denilirken, terk edilene ise *mercûh* denilir. Kaynaklarda emâre, meziyet, kuvvet, ziyade ve üstünlük diye belirtilen tercih ölçütlerinin geneline ise rüchân veya müreccih denilmektedir.²²¹

Konumuzun aslını teşkil eden kıyasın istihsana tercih edilmesi hususu ile ilgili olması bağlamında aslında kıyaslar arası tercihe değinmeden önce, deliller arası tercih yöntemine başvurabilmek için bazı şartların mevcut olması gerektiğini bilmek gerekmektedir. Bu şartları beş maddede özetlemek mümkündür.

1. Deliller farklı ihtimallere açık olmalı: tercih sadece zanni deliller arasında mümkün gözükmemektedir. Zira katî deliller ve delalet ettiği hükümler yönüyle kendi içlerinde delalet açısından daha kuvvetli olmayıp kesindirler. Anlaşılan şu ki, tercih, ayetlerin ve mütevatir haberlerin farklı hükümlere açık olan zahirlerinde, haberi vahit ve kıyaslar arasında mümkündür.²²²

2. Deliller zat olarak denk olmalı: Şayet deliller içerisinde güçlülük ve zayıflık söz konusu ise burada tercihten bahsedilmez. Zira zayıf olan yok hükmündedir. Örneğin, mütevâtir sünnet ile kıyas arasında teâruzdan söz edilemez ki tercihten söz edilsin.

3. Deliller vasıf yönüyle üstün olmalı: Meselâ, muhkem lafız, zahir lafız ile karşı karşıya geldiğinde muhkemin tercih edilmesi gibidir.

4. Teâruz şartları eksiksiz olarak mevcut olmalı: Teâruz konusunda değindiğimiz şekilde, kuvvet olarak aynı olan delillerin, mahal, zaman ve hüküm zıtlığı ve nisbet birliği mevcut bulunmalıdır.

²²¹ Serahsî, *Usûl*, 2/249.

²²² Pezdevî, *Usûl*, 4/132-133.

5. Tercih delili olmalı: Diğer bir deyişle, *tercih bilâ müreccih câiz değildir*, denilmiştir.

Burada daha önce söylediğimiz şekliyle iki naklî, aklî ve naklî veya iki aklî delilin teâruzu durumlarında, tercih sebeplerinin sırasıyla şu şekilde izah ederiz: İki naklî delil teâruz ettiğinde her iki delil dört yönüyle incelenerek tercih yapılır.

1- Deliller metin yönüyle incelenir: Lafız açıklık, kapalılık ve manaya delâletinin gücü bakımından değerlendirilir.

2- Deliller senet yönüyle incelenir: Mütevatir-âhad, haber-kitabın kendi aralarında tercihi.

3- Deliller hüküm yönüyle incelenir: Haram, helal, vacip veya mubah olup olmamaları yönü ile değerlendirilir.

4- Harici sebepler ile olan tercih: Kitabın zahirine, başka bir hadise, icmâya, kıyasa ve Hulefâ-i Râşidîn'in, Selef'in, Medineliler'in ameline uygun olan bir bilginin uygun olmayan bilgiye tercih edilmesi gibidir.²²³

3.4.2.1. Kıyaslar Arası Tercih

Kıyaslar arası tearuzda nasıl hareket edilmesi gerektiği ile ilgili olarak Hanefiler'in kanaatine göre, kıyaslar arasında tearuzu giderme yollarından neshe, sadece vahye dayalı delillerde başvurulacağı için kıyaslar arası teâruzdan sadece, kıyasın kendisiyle gerçekleştiği delile itibarla söz edilebilir. Dolayısıyla nesh mümkün olmadığı için tercih kaçınılmazdır. Tesirinin kuvvetli olup olmaması, azami derecede maslahatı gerçekleştirme gayesine hizmet etmesi ve Şari'in maksadına uygun hükme ulaşma arzusu kıyaslar arası tercihi zaruri kılmıştır.

Fukaha kıyaslar arası tercihin ne zaman olacağı ve icra edilmesindeki esasları ciddi şekilde tartışmışlardır. Tercih esaslarını beş kısımda incelemek mümkündür: İlet, illeti ortaya çıkaran huccet, aslın hükmünün dayandığı delil, hükmün durumu ve harici sebepler.²²⁴ Fakat biz burada sadece illet yönüyle konuyu ele alacağız. Diğer saiklere ise konu içerisinde yeri geldikçe değineceğiz. Zira konumuz direk illetle

²²³ Serahsî, *Usûl*, 1/166.

²²⁴ Hafnavi, *et-Teâruz ve 't-Tercih*, s.381.

ilintili olup kıyas konusunu anlatırken yapmış olduğumuz kıyasın illetine dayanan kısımlandırma aynı şekliyle burada da dikkate alınması gereken hususlar arasındadır.

Konu sadece illetin kuvvetliliği yönünden ele alınacak olması mezhepler arasındaki kıyaslarla ilgili tercihlerde konunun illetin tesirini iptal etmeyle ilgili olmasıdır. Zira tesirin iptal edilmesi illetin iptali, dolayısı ile kıyasın iptali ve diğer kıyasın tercih edilmesi demektir.²²⁵ Kıyas delili incelenirken veya iki hüküm arasında kıyas yapılırken akla ilk gelen şey hükmün illetidir. Zira bir hükmün varlık sebebi onun illetidir.²²⁶ Mevcut hikmet üzerine hüküm bina edilmez kuralı da buna binaen olsa gerektir.

Kıyaslar arası tercih yaparken illetin başat rol almasının en temel nedeni, illetin tespit edilememesi veya hikmet ve illetin ayırt edilememesinin sebep olduğu hükümsüzlük durumudur. Serahsi illete vasıf demek suretiyle sanki buna işaret etmektedir.²²⁷ Çünkü bir şeyin vasfı onu diğerlerinden ayıran en önemli husustur. Aynı vasıfları haiz iki hususun hüküm yönüyle buluşmaları gerektiği kanaatindeyiz.

O zaman akla ilk gelen sorunun "illet nedir?" olması gerekmektedir. İlet, Şari' tarafından nassın hükmüne alamet kılınan şeydir.²²⁸ Maturidi'den naklen usulcü Lamişî: *İlet, hükmün mevcudiyeti kendisine bağlı olan şeydir ve hükümle beraber bulunması zaruri olan şeydir, der.*²²⁹

Burada illetin tespit yollarına değinmek zaruridir. Nass, icma ve sebr ü taksim olarak sırasıyla söylediğimiz illetin tespit yollarına, mesaliku'l-illet denilir. Bir illetin illet olabilmesinin bir kısım şartları vardır. Bu şartlar, illetin zahir olması, munzabıt yani zaman ve olaylara göre değişmeyen olması ve son olarak kasır olmaması yani münasip olup sadece nassta belirli olan olaya özel olmamasıdır.²³⁰ Son dönem hukukçularından Hudari meseleyi maslahatın celp edilmesi ve mefsedetin def edilmesi bağlamında ele alır ve illeti Şari'in hükmü vaz ederken sebep kıldığı hikmet

²²⁵ Koçak, *İslam Hukuk Metodolojisinde Teâruzu Gidermede Tercih Yöntemi*, s.187.

²²⁶ Serahsî, *Usûl*, 2/181.

²²⁷ Serahsî, *Usûl*, 2/174-175.

²²⁸ Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s.292.

²²⁹ Lamişî, *Kitabun fi Usuli'l-Fıkh*, s.191.

²³⁰ Hallaf, *İlmü usuli'l-fıkh*, s.75-78.

ekseninde değerlendirir.²³¹

Kıyaslar arası teâruzda belirleyici unsur illetin tesir gücüdür. Zira kuvvet her zaman en önemli rolü üstlenmektedir. Bu hakikate işaret eden Debûsî, kıyaslar arası teâruzu gidermede tercih sıralamasını hiyerarşik olarak dört başlık altında ele alır.

- a- İletin (vasıf) tesirinin kuvvetli olması,
- b- Karşılaşılan olaydaki vasfın da tesirinin güçlü olması,
- c- Kıyas edilecek aslın birden çok olması,
- d- Vasfın olmayışının hükmün yokluğunu gerektirmesi, yani, illetin asıl ve fer'den ayrılamaz olmasıdır.²³²

Özet olarak mesaliku'l-illet konusu ve illetin şartlarında söylediğimiz hiyerarşi belirleyici olmaktadır. Nasslardan illet olduğunu öğrendiğimiz hususlar, akılla illet olduğunu öğrendiğimiz illete takdim edilmektedir.²³³

Bu söylenen yöntemlerle tearuzu büyük oranda giderilip kıyaslar arasında bir tercihe varılmaktadır. Şayet tearuzu giderme ile ilgili olarak bu yöntemlerle başarı sağlanamazsa, vakıanın tespiti yönüyle görüşlerinden yaralandığımız Hudarî'nin maslahat anlayışına müracaat edilmesi uygun olacaktır. İletlerin maslahatı temin edip etmemesine bakılıp eğer maslahat, her iki kıyasta da gerçekleşiyorsa zaruriyyat kabilinden olan maslahatı hâciyyat sebebi ile olan maslahata takdim edip, sonra tahsiniyyat kabilinden olan maslahat dikkate alınmak suretiyle tercih yapmak mümkündür.²³⁴ Kıyaslar arasında tercih konusunda illeti dikkate alan başka bir âlim de Şevkâni'dir. Konuyu sistematik olarak ele alıp kıyaslar arası tercihleri elli iki madde altında sıralamıştır. Bu tercihleri ilk aşamada yedi başlık altında değerlendirmiştir. Bu başlıkların ilk dördü illet ve delil eksensidir. İlk dört başlıkta ise toplamda yirmi sekiz madde sıralanmıştır.²³⁵ Burada tek tek saymaya gerek duymadığımız bu başlıkları aslında, yukarıda Debûsî'nin sistematığı içerisinde

²³¹ Hudarî, *Usulu'l-Fıkh*, s.293-300.

²³² Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, s.340.

²³³ Hudarî, *Usulu'l-Fıkh*, s.327.

²³⁴ Hudarî, *Usulu'l-Fıkh*, s.327.

²³⁵ Bkz. Şevkâni, *İrşâdü'l-fuhûl*, 2/274-281.

özetlemek mümkündür. Şu kadar var ki selef fukaha her zaman olduğu gibi bizi yapmış oldukları derinlikli tahlilleri ile kendilerine hayran bırakmaktadırlar. Sözü gerektiğinden fazla uzatmadan anlama kabiliyeti olan zihinlerin üretimine ve anlayışına sunmaktadırlar.

3.5. Tearuz ve Tercih Açısından Kıyas İstihsan İlişkisi

İstihsanın iki çeşidinin olduğunu istihsan konusunu anlatırken belirtmiştik. Bunlardan ilki hafi (gizli) kıyas istihsanıdır. Diğer istihsan ise nass, icma, zaruret ve maslahat gibi sebeplerden dolayı celi kıyastan hafi kıyasa dönüş manasındaki istisna istihsanıdır. Kıyasın istihsana öncelenmesinde belirleyici olanın illet ve özellikle illetin hükme tesir gücüdür. Konunun iyi bir şekilde anlaşılmasını sağlayan ve sağlam bir zeminde ilerlemesini sağlayan husus budur.

Konumuzla ilgili olarak istihsan için yapılan bir itiraza Abdülaziz el-Buhârî'nin vermiş olduğu cevap, bize kıyaslar arası tercihte istihsanın ikinci plana atılmasının nedeniyle ilgili fikir vermektedir. O, istihsan tariflerinin geneline şöyle bir itiraz yöneltilebileceğini belirtir: "Hanefiler, kıyası şeri bir yöntem kabul etmekle birlikte istihsanı da aynı şekilde şeri delil kabul etmektedirler. İstihsanı da *celi kıyastan hafi kıyasa yönelmek* şeklinde tarif ederler. Bu durumda hak olandan (kıyas) batıla (istihsana) dönüş olacak olur ki bu da çelişkili bir durum arz eder" der. Ebû Hanîfe'nin "istihsan, bir kıyasın gerektirdiğinden ondan daha kuvvetli başka bir kıyasa dönmektir" diye yapmış olduğu istihsan tarifi, yapılan itirazların yersiz olduğunu ortaya koyar mahiyettedir. Bundan anlaşılan odur ki istihsan her ne kadar adı istihsan olsa da hakikatte daha kuvvetli kıyastır.²³⁶ Zira istihsanın iki kısmında da aynı şekilde kuvvet esas kabul edilmiştir. Yalnız ilk kısımdaki illetin kuvveti, istisna yönteminin dayandığı delil ile tespit edilmişken, ikinci kısımda bu tespiti müçtehit fakihler yapmışlardır.

Ayrıca yukarıdaki itiraza devamla "Ebû Hanîfe bazen, *istihsanı bıraktım, kıyasla amel ettim*, demektedir. Bu, daha kuvvetli bir kıyası veya daha kuvvetli bir delili zayıf karşısında terk etmek anlamına gelir ki bu da caiz değildir" diye bir itiraz

²³⁶ Buhârî, *Keşfü'l-esrar*, 4/3.

yapılır. Kendisi konunun devamında bu itiraza şöyle cevap verir: “Kıyasın terk edilmesine istihsan denmiştir; çünkü başlı başına istihsan kıyastan daha kuvvetlidir. Fakat bu kıyasa, başka bir delil eklendiğinde, kıyas istihsandan daha kuvvetli olmuş olur ki bu nedenle (bazen) istihsan terk edilerek kıyasla amel edilmiştir.”²³⁷ Buradan da anlaşılacağı üzere Ebu Hanife ve ashabı tarafından kıyas istihsana tercih edilmiştir. Bu tercihte belirleyici olan illetteki kuvvettir.

Kıyas (celî) ve istihsan yani hafî kıyas, delillerinin güçlü ve zayıf olması yönüyle ikiye ayrılırlar ve haddi zatında delillerine itibarla huccettirler. Fakat bu taksim ve huccet oluş, her iki kıyasın illeti yönüyle düşünülmelidir. Zira istihsanın ilk kısmı, bu karşıtlık ve neticesi olan iki kıyastan birinin tercihi meselesinin dışında değerlendirilmelidir. Çünkü bu şekilde tercih edilmesi bizim bildiğimiz mana ile değil, bilakis delillerin dayanağı yani illetin kuvveti yönüyledir. Dolayısıyla kıyasın istihsana tercih edilme sebebi böyle bir bakış açısı sayesinde anlaşılabilir olacaktır. Böylece kıyasın iki kısmı olduğu ortaya çıkar: Biri, eseri zayıf olan kıyas, diğeri ise zayıflığı (fesadı) açık, fakat hükme tesiri bakımından bu zayıflığı giderip hükmü güçlendiren bir mananın gizli olduğu kıyastır.²³⁸ Bize kıyas ve istihsan (hafî kıyas) arasındaki bir tercihte hangisinin önceleneceği hususunu anlatması bağlamında kıyası tanımlarken ve konuya zemin oluşturma aşamasında vermiş olduğumuz şemayı tekrar vermek suretiyle bu hususun zihinlerde daha iyi yer etmesini sağlamak en büyük beklentimizdir.

²³⁷ Buhârî, *Keşfü'l-esrar*, 4/4.

²³⁸ Sadru'sh-Şeria, *Tavzih*, 2/175; Tefâtânî, *et-Telvîh*, 2/175.

	HAFÎ KIYAS (İSTİHSAN)	CELÎ KIYAS (KIYAS)	TERCİH
1	Zayıf	Zayıf	Celî Kıyas
2	Kuvvetli	Kuvvetli	Celî Kıyas
3	Kuvvetli	Zayıf	Hafî Kıyas
4	<i>Zayıf</i>	<i>Kuvvetli</i>	<i>Celî Kıyas</i>

Şemada söz konusu olan kuvvetlik ve zayıflık, eserin (tesir), yani ortaya çıkan veya çıkacak olan hükmün kuvvet ve zaafıyla ilgilidir. Ayrıca şemamızın üçüncü bloğunda vermiş olduğumuz bilgi, bizim klasik manada bildiğimiz istihsanı ifade ederken, dördüncü blokta anlatılmak istenen kısım ise araştırmamızın konusunu teşkil eder. İlk bloktaki şekliyle, yani kıyasın ve istihsanın illetinin kuvvetli olması halinde, kıyasın tercih edilme nedeni kıyasın görünür oluşudur.²³⁹ İki kıyas arasında illetlerinin kuvveti hususuyla ilgili verilen şemamızda akla ilk gelen genel kural manasında kıyasın, bazen Şari'in muradının dışındaki hüküm ile neticelenmesi mümkündür. Kurucu imamlar bu ilkelere vakıf olmalarının bir neticesi olacak ki kuvveti esas almak suretiyle içtihat etmişlerdir. Fakat kıyas ve istihsanla ilgili olarak yapılan içtihatlarda, imamlar arasında İmam Züfer'in konumunu diğerlerinden farklı değerlendirmek daha uygun olacaktır. Zira İmam Züfer bir meselede Ebû Hanîfe ve talebelerinin içtihatlarına, kıyas ve istihsan delilleri yönünden farklı olduğu durumlarda istihsanı terk edip, kıyası tercih ederek hüküm vermektedir. Muhtemelen İmam Züfer'in terk ettiği istihsan, illetinin tesiri zayıf olan hafî kıyas istihsanıdır. Buna karşılık olarak illeti kuvvetli kıyası içtihatlarında kabul etmiştir.²⁴⁰

²³⁹ Tefâtânî, *et-Telvîh*, 2/175.

²⁴⁰ Baltacı, *Menâhicü 't-teşrî*, 1/311.

Kıyas ve istihsanın geçerliliğini dikkate alarak yapılan taksimler arasında, konuyu zihinlere daha iyi yaklaştırması sebebiyle Buhârî'nin taksimini öne aldık ve şematize ettik. Fakat konuya yenilik getiren taksimi ve araştırma konumuzu sistematik olarak ele alan ilkler arasında olduğu için Serahsi'nin taksiminin de burada zikredilmesinin zaruri olduğu kanaatindeyiz. Serahsi'ye göre kıyas ve istihsan sonuçları itibariyle ikişer kısma ayrılmaktadır:

Kıyas:

- 1- Açık olmasına rağmen etkisi zayıf olan kıyas (ما ضعف أثره وهو ظاهر جلي),
- 2- Sıhhati ve etkisi gizli fakat fesâdı zahir olan kıyas (ما ظهر فساده و استتار وجهه (صحته وأثره)).

İstihsan:

- 1- Gizli olması ile birlikte etkisi kuvvetli olan istihsan (ما قوي أثره وإن كان خفيا (ظاهر جلي),
- 2- Etkisi güçlü fakat etkisindeki fesâd gizli olan istihsan (ما ظهر أثره وخفي وجهه (فساده).²⁴¹

Serahsi'nin bu taksiminden anlaşılan, kıyasın ilk kısmı, istihsanın ilk kısmı ile teâruz eder ve istihsan ile ulaşılan hüküm, etkisi yönüyle daha güçlü olduğu için kıyasa öncelenir. İletinin ortaya çıkardığı etkinin dikkate alınması sebebiyledir ki, kıyasın ikinci kısmı ile istihsanın ikinci kısmının teâruzunda kıyas tercih edilir. Dolayısıyla araştırma konumuzun örneklerini tek tek incelediğimizde ulaşılan sonuç bu taksimle doğru orantılıdır.

²⁴¹ Serahsi, *el-Usul*, 2/203.



Bedir, illetin kuvvet ve zaaf yönüyle kıyaslar arası tercih konusunu değerlendiren ilk dönem usulcülerin değerlendirmeleri üzerinden yeni sorular sorar ve şöyle cevap verir:

Her ne kadar bu bize, bazen kıyasın güçlü bazen de istihsanın güçlü olduğu yerde güçlü bir delili zayıf olandan ayırmak için ölçüt verse de, kıyasın istihsanı geçersiz kıldığı bir durumda niçin tercih edilen kıyasın istihsan ismini almadığı sorusunu sormamaktadır. Belki bu itiraz istihsanın iki tipinin olduğu söylenerek cevaplanabilir: Güçlü istihsan ve zayıf istihsan. Bu yüzden hem güçlü hem de zayıf istihsana "istihsan" denilir; çünkü istihsanı tespit etme metodu her zaman, açık seçiklikle karakterize edilen kıyasta gerekli olmayan derin düşünceyi gerektirir. Diğer bir deyişle açık seçiklik ve kapalılık, birini diğerinin önüne geçirecek değeri temsil etmemektedir. Fakat bu çözüm meseleyi daha da karmaşık hale getirmektedir; çünkü "tercih yönünün başından beri istihsanın doğası olduğu gerçeğini" ve Cessâs ve Kerhi tarafından bu belirli kıyasın "istihsan" diye nitelenmesini savunmak için yukarıda yapılan tanımları görmezden gelmiştir²⁴². Bu, güzel görülen (yani istihsan

²⁴² Cessâs, *el-Fusûl*, 4/234.

edilen: el-mustahsen) durumların niçin, istihsan kelimesinin etimolojik anlamında (örneğin tercih anlamında) kullanıldığını ima eden celi kıyası çağrıştırdığını (kıyasın istihsanı geçersiz kıldığı durumlarda) açıklar. Sonuncu fakat bir o kadar da önemli olan nokta şudur: Hiç kimse Şeybâni'nin metinlerinin istihsanı kıyasın bir alt kategorisi olarak değil ikizi olarak sunmasıyla alakalı bir soru yöneltmemişlerdir. Bunu hakiki bir soru olarak da görebiliriz, Şeybâni'nin kıyas anlayışının diğer usul yazarlarından farklı olduğunu da düşünebiliriz.²⁴³

Son değerlendirmeye ilgili olarak şunu söyleyebiliriz: İmam Muhammed, mezhebin kurucu imamları arasında olduğu için onun kıyas anlayışının usulcülerin kıyas anlayışından farklı olmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Kıyaslar arası tercih konusu anlatılırken bahsettiğimiz üzere, kıyas ve istihsan öncelenmesinde belirleyici unsur, illetin tesir gücüdür. Menâr şerhi İbn Melek haşiyesinde Rahâvi, kıyası, tesir itibarıyla celî ve hafî diye taksim ettikten sonra kıyası istihsan mukabilinde has (özel) manada kullanır. Yani kıyas terimi, istihsan ile beraber kullanımında umumi (genel) ve hususi (özel) manada müşterektir. Aynı şekilde istihsan da umumi (genel) ve hususi (özel) manaları içinde barındırır. Umumi manada istihsan, celi kıyası özel bir sebepten dolayı terk etmenin ifadesidir. Bu şekildeki istihsan dört kısımdır; bunlar: Eser, icma, zaruret ve hafî kıyas istihsanıdır. Hususi oluşu ise umumi manadaki istihsanın bir kısmı olan hafî kıyas istihsanıdır. Kıyasın umumi manası ile istihsanın hususi manası arasında mantık terimiyle umum husus min vech söz konusudur. Yani kıyas çeşitlerinde olması hasebiyle hafî kıyas, hem kıyastır hem de istihsandır. Fakat celî kıyas istihsan olmadığı gibi eser, icma ve zaruret sebebiyle olan istihsan da kıyas değildir.²⁴⁴

Kıyasın istihsana tercih edilmesinde ve diğer kıyas konularında kuvvet, her zaman en önemli rolü üstlenmektedir. Bu hakikate işaret eden Debûsî'nin, kıyaslar arasındaki teâruzu gidermede tercih sıralamasını hiyerarşik olarak dört başlık altında ele aldığını kıyaslar arası tercih başlığı altında değerlendirmiştik. Bunlar:

- a- İletinin (vasıf) tesirinin kuvvetli olması,
- b- Karşılaşılan olaydaki vasfın da tesirinin güçlü olması,

²⁴³ Bedir, *The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas*, trc. Ebubekir ALAN, s.8.

²⁴⁴ Rahâvî, *Haşiyeye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-menâr*, s.812.

c- Kıyas edilecek aslın birden çok olması,

d- Vasfın olmayışının hükmün yokluğunu gerektirmesi yani, illetin asıl ve fer'den ayrılamaz olmasıdır.

İşte kıyas ve istihsan öncelenmesindeki meselenin özü illetin kuvvetine bağlıdır. İlet, meselenin hükmünü ortaya koymada müçtehit fakihin yegâne yardımcısıdır. Gördüğümüz kadarıyla illetin kuvveti ve zaafıyla ilgili olarak verilen kararda, maslahat ilişkisi doğru orantılıdır.

Konumuzla alakalı olması yönüyle Cessâs, istihsanın kıyası da içerdiğine atıfla istihsanın bir delil olmayıp yöntem olduğuna değinir. Fakat bazı yerlerde onu bir delil olarak da kullanır. Yalnız Debusi, bu kavram karmaşasına son verip kıyasın bir çeşidi olması yönüyle istihsanı özgün olarak değerlendirmiştir. Değerlendirmenin gerekçesi ise, Cessâs'ın tarifinin ilk dönem eserlerinde kullanılan istihsanın ne olduğunu tam olarak açıklayamıyor olmasıdır. Debûsi'yi yeniden bir tarif yapmaya yönlendiren ve Cessâs'ın tarifinin yeterli olmadığı kanaatini ortaya çıkaran şey ise İmam Muhammed'in eserlerindeki, istihsanı geçersiz kılan kıyas ve istihsanın gerçekten kıyası geçersiz kılıp kılmaması durumudur. Cessâs bu sorunu dile getirmesine rağmen tam olarak açıklama yapmamıştır.²⁴⁵ İşte Debusi'nin istihsanı tekrar tarif etmesinin arkasındaki neden budur. Debusi'ye göre istihsanla ilgili kıyası anlamak için çaba sarf etmek müstakil olarak kıyası anlamaktan daha önemli ve zaruridir.²⁴⁶

Örnek verecek olursak, namaz kılan birisi, kıraatinin sonunda secde ayeti okuyup rükû edecek olsa, kıyasa göre yapmış olduğu bu rükû, secde yerine geçer. İstihsana göre ise secde yerine geçmez. Bu meselede kıyas tercih edilip istihsan terk edilmiştir. Yani istihsana göre rükû secde yerine geçmez. Çünkü namazda yapılan rükû, secde yerine geçmediği gibi tilavet secdesinde yapılan rükûnun da secde yerine geçmesi mümkün değildir. Aynı şekilde namazda yapılan secde ve rükûdan her biri tahrimi (namazın rükunları olması sebebi ile) ifade etmesi hasebiyle ayrı ayrı şeyler olup birbirinin yerine geçemezler. Nasıl ki namaz dışında okunan secde ayeti için

²⁴⁵ Cessâs, *el-Fusûl*, 4/243.

²⁴⁶ Bedir, *The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas*, trc. Ebubekir ALAN, s.7.

yapılan rükû, secde yerine geçmiyorsa aynı şekilde namazda yapılan rükunün da tilavet secdesi yerine geçmesi söz konusu olamaz.²⁴⁷

Bu meselenin kıyasa binaen caiz olması ise; secde ve rükû birbirine benzer, zira rabbimiz, “خَر رَاكِعًا”²⁴⁸ ayetinde rükû kelimesini secde manasında kullanmıştır. Bu ayette mecaz vardır ve istihsan veçhindeki benzetme zahiren doğrudur. Fakat eserin kuvveti, yani ta’zimde bulunmak kıyasta gizlidir. İstihsanda ise fesat gizlidir. Burada maksat secde ayeti okunduğunda bizatihi secde yapmak değildir; asıl maksat diğer secde ayetlerinde anlatıldığı şekliyle, kibirlenerek secde yapmaktan imtina edenlere muhalefet ederek tevazuyu ortaya koymaktır. Kıyastaki eserin güçlülüğü bu manada gizlidir. Tevazu ise rükû ile ifade edilebilir. Fakat bu namazda mümkündür, zira namaz dışında rükû ibadet değildir. Bu itibarla eseri gizli olsa da kuvvetli olduğu için kıyas veçhi tercihe şayandır.²⁴⁹

Bu örnek, konumuzun içeriğini oluşturan on bir meseleden bir tanesidir. Misal kabilinden söylediğimiz bu meselede ifade edilen hususlar, istihsandan kıyasa dönülen diğer yerler için de söz konusudur.

Burada, şimdiye kadar savunulanan aksine görüşlerin olduğunu belirtmek gerekir. Kıyas ve istihsanın tearuzunda kıyasın öncelenip, istihsanın terk edildiği kıyasın, aslında kıyas olmadığı lafzen kıyas fakat manen istihsan olduğunu savunan Teftazânî (v.792) ve İbnü’l-Hümâm (v.861) dır. Konuya ilişkin olarak kıyas ve istihsan tearuzunda şayet istihsan, tesir açısından kuvvetli ise o hem isim hem mana olarak istihsandır. Fakat kıyas, tesir yönüyle kuvvetli ise o zaman istihsan, isim olarak istihsan olup, mana olarak kıyastır.²⁵⁰ Böyle bir görüşün dikkat çekici olmasıyla birlikte bundan daha mühim olanın Merğînânî’nin *el-hidâye* adlı eserinde

²⁴⁷ Şeybânî, *el-Asl*, 1/274-276; Serahsî, *el-usûl*, 2/204.

²⁴⁸ Sâd, 24, قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجْتِكَ إِلَىٰ نَعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لِيَبْغِيَ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ وَظَنَّ دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَتَاهُ فَاسْتَعَفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ

Davut : “And olsun ki, senin dişi koyununu kendi dişi koyunlarına katmak istemekle sana haksızlıkta bulunmuştur. Doğrusu ortakçılardan çoğu birbirlerinin haklarına tecavüz ederler. İnanıp yararlı iş işleyenler bunun dışındadır ki sayıları ne kadar da azdır! ” demişti. Davut, kendisini denediğimizi sanmıştı da, Rabbinden mağfiret dileyerek eğilip secdeye kapanmış, tevbe etmiş, Allaha yönelmişti.

²⁴⁹ Serahsî, *el-usûl*, 2/204.

²⁵⁰ Buhârî, *Keşfu’l-esrâr*, 4/3-4; Teftâzânî, *et-Telvîh*, 2/175; İbnü’l-Hümâm, *Tahrir (teysîr ile)*, 3/224.

iki yerde kıyasen ve istihsanen meselenin fetvası böyledir diye beyanda bulunur. İlki tefvizi talak konusunda kişi eşine “işin elindedir” (emrüki bi yediki) lafzı ile talak yetkisini devretmesi geçerlidir. Ayrıca burada herhangi bir ihtilaf olmayıp, bu husus kıyas ve istihsana göre böyledir denilmek suretiyle açıklanmıştır. İkincisi ise kitabı'l-lakît'de “kaybolan bir şeyi bulan kimse, bulduğu şeyi başka birisi ondan alamaz, zira ilk bulan onu korumakla yükümlüdür. Birisi çıksa ve bulanın kendi oğlu olduğunu iddia etse, bu kişinin sözüne itibar edilir, zira çocuğu bulan, nesep iddiasında bulunmamıştır. Bu istihsan olup, kıyasen iddia sahibinin sözü kabul edilmez. Çünkü müddei, mültekit'in koruma hakkını iptal etmektedir. İstihsanen cevazında ise, kayıp çocuğun menfaatine bir ikrar söz konusu olup, nesep ile şereflenmektedir. Şayet mültekit (bulan), çocuğun nesebini ikrar etse, hem kıyasen hem istihsanen bu nesep iddiası geçerlidir”.²⁵¹ İbnü'l-hümmam (v.861/1457) her iki konu hakkında şu açıklamayı yapar: “burada kastedilen, ilgili meselelerin çözümünde karşıt bir kıyas yoktur.” Bu sözle mevcut çıkmaz daha da derinleştirmektedir. Çünkü bir konuda muhalif kıyas yoksa orada istihsandan bahsedilmeyip, mesele her şekilde celî kıyas ile neticelenmektedir. Merğînânî'nin buradaki istihsan kullanımı, muhtemelen ıstılahî manasından soyutlanmış olan luğat manasıyla kullanılan istihsandır.²⁵²

3.6. Kıyasın İstihsana Tercih Edildiği Yerler

Öncelik açısından incelediğimiz kıyas ve istihsan ile alakalı olarak en dikkat çekici ve az bilinen husus, kıyas ve istihsan teâruzunda kıyasın istihsana takdim edilmesidir. Bu konunun nasıl olduğu ve tercih edilen kıyasın hangi sebepten dolayı tercih edildiği ile ilgili bilgileri, araştırmamızın ilgili bölümlerinde değerlendirmemiz nedeniyle burada doğrudan örnekler üzerinden anlatmış olduğumuz konuyu tatbik etmeye gayret edeceğiz. Konunun işlenişiyile ilgili olarak meseleler özelinde kıyasın veçhi, istihsanın veçhi ve son olarak kıyasın tercih sebebi verilecektir. Ayrıca Nâtîfî'nin (v.446/1054) *el-Ecnâs ve 'l-furûk* adlı eserinde derlediği bu konular, İmam Muhammed'in *el-Asl* adlı eserinden yerleri tespit edilip dipnotlarda bunlara

²⁵¹ İbnü'l-Hümmâm, *Fethu'l-Kadîr*, 3/107, 418-419.

²⁵² Abdurrahman Tâc, *es-Siyâsetü 'ş-şerîyye*, s. 187.

değınilecek olmasının yanı sıra bunlar son derece ayrıntı meseleler olduğu için konunun bir önceki aşamasına da işaret edilecektir. Malum olduğu üzere istihsanın kıyasa tercih edildiği örnekler sayılamayacak kadar çoktur. Fakat kıyasın istihsana tercih edildiği yerler sınırlıdır. Nâtıfî'nin on bir mesele olarak tespit ettiği bu örneklerin Necmüddîn en-Neseфі (v.537/1142) tarafından yirmi bire çıkarıldığı ile alakalı bir bilgi İbn Nüceym'in (v.970/1563) *Fethu'l-Ğaffâr* adlı eserinde mevcuttur. Ancak biz bu yirmi bir konuya ulaşamadık. Ayrıca İbn Nüceym, Nâtıfî'nin söylediği on bir yere bir örnek daha ilave ederek konunun on iki mesele olduğunu kaydeder.²⁵³ Nâtıfî'nin *el-Ecnâs ve'l-furûk* adlı eserindeki ilgili bölüm, bu eserden ayrı olarak derlenip risale haline getirilmiştir. Bu risale Beyazıt Kütüphanesi Veli Efendi 571 vr. 183-185 a-b bölümünde bulunmaktadır.

3.6.1. Birinci Mesele

Kıyasın istihsana tercih edildiği yerler fikhın farklı konularını içermektedir. İlk örnek ibadetlerle ilgili olduğu için biz burada, ibadet konularında kıyas olup olmayacağı ile ilgili tartışmaları vermeyi uygun bulduk. Zira konuyla ilgili olarak ibadetler, teklifi hükümler arasında aklın yani rey'in kullanılma imkânının en az olması gerektiği için akla gelebilecek sorulara peşinen cevap vermeyi istiyoruz.

İbadetlerde Kıyas Tartışmaları

İbadetlerde kıyasla kastedilen şey, beş vakit farz namaza kıyasla altıncı bir vaktin veya Ramazan orucuna kıyasla başka bir ayda farz olarak bir oruç ispatını ve yeni bir ibadet vaz edilmesidir. Fakat bu anlamıyla ibadetlerde kıyasın mümkün olmadığı hususunda ittifak vardır.²⁵⁴ Zira ibadetler nasslarla sabittir (tevkîfî) ve dinde olmayan bir şeyin icadı bidattir. Burada "ibadetler" sözünden maksat, ma'kûlu'l-mana olarak kabul gören ibadetlerdir. Bunlar, namazlar, rekât sayıları ve nisap miktarları gibi akıl ile kavranmasının mümkün olmadığı hususlardır. Zira ma'kûlu'l-mana olmayan hususlarda, ma'kûlu'l-mana olan kıyasın geçerli olmayacağı konusunda da ittifak vardır.

Hanefî fukahadan bazıları bu konuya şöyle işaret etmektedirler:

²⁵³ İbn Nüceym, *Fethu'l-gaffâr*, s.387-388.

²⁵⁴ Gazzâlî, *Mustasfâ*, s.328-329.

Cessâs: Hukûkullah olan miktarların ispatında kıyasın hiçbir yeri yoktur.²⁵⁵

Nesefî: Tâatullah olan şeyi bilmede reyın rolü yoktur. Bu sebeple rey ile ibadet ispat etmek câiz olmaz. Zira namaz, zekât ve oruç gibi ibadetlerin ve hadlerin miktarları gibi birçok hükmün akılla kavranması mümkün değildir.²⁵⁶

Anlaşılabacağı üzere ibadetlerde kıyas tartışmasının aslı, ma'kûlu'l-mana olan ibadetlerde hüküm ortaya koymak için kıyasın caiz olup olmaması ile ilgilidir.

a.İbadetlerde Kıyası Kabul Edenler ve Delilleri

Çoğu mütekellim usulcüler ve bir kısım Mutezilî fukahaya isnat edilen görüşe göre ibadetlerin zatlarında değil, sıfatlarında kıyasa başvurmak câizdir.²⁵⁷ İbadetlerde kıyası kabul edenler, kıyasın bir delil olarak ispatında, hükümler arasında bir ayırım yapmamışlardır. Ayrıca ibadetlerin şer'î hükümler kapsamında olduğu ve şer'î hükümlerde de kıyasın geçerli olduğu kanaati hâkimdir. Zira kıyasın ibadetlerde geçerli olması ile ilgili olarak genel (âm) ve mutlak delilleri, tahsîs ve takyîd için delil gereklidir; hâlbuki böyle bir delilin varlığı bilinmemektedir.²⁵⁸

Bu şekilde ibadetlerde kıyasın kabul edilmesi hususunda, kıyas kapsamına kıyas şartları taşıyan şeri hükümlerin girdiği, fakat ibadetlerin ma'kûlu'l-ma'na olmamaları nedeniyle bu şartları taşıyamayacakları şeklinde itiraz edilebilir. İbadetler zann-ı gâlib ifade etseler bile âhad haberler ile ispatları hususunda ittifak vardır.²⁵⁹ Kıyas gâlib zannı ifade ettiği için âhad haberler ile sabit olan ibadetlerde kullanılması câizdir, diyerek cevap verilebilir.²⁶⁰

Böyle bir itiraz ve verilen cevaba tekrar şöyle bir itiraz yapmak mümkündür: Âhad haberlerin zanni oluşu sübut yönüyledir halbuki kıyasın zanni oluşu delâlet yönüyle olduğu için iki hususun bir görülmesi mümkün değildir.

b.İbadetlerde Kıyası Kabul Etmeyenler ve Delilleri

²⁵⁵ Cessas, *Füsûl fi'l-usûl*, 4/819.

²⁵⁶ Nesefî, *Keşfü'l-esrâr*, 2/210.

²⁵⁷ Ebû'l-Huseyn el-Basrî, *Şerhu'l-Umed*, 2/206-207.

²⁵⁸ İlâhî, *el-Kıyâs fi'l-ibâdât*, s.446.

²⁵⁹ Serahsî, *el-Uşûl*, 1/333.

²⁶⁰ İlâhî, *el-Kıyâs fi'l-ibâdât*, s.447-448.

Bu konuda Hanefiler'den gelen şey, açıkça illeti nas ile bilinmeyen ibadetlerde kıyasın mümkün olmadığı hususudur.²⁶¹ Onlar illeti nas ile bilinen hususlarda ise kıyas ile değil nassın delaleti ile hüküm vermektedirler. Örnek olarak nass ile sabit olan kedinin artığı ile ilgili hükmün fare ve yılan konusunda da geçerli kılınması, illetin birliği sebebine dayalı olarak kıyas ile değil nassın delaleti ile alakalıdır. Ayrıca istihâza kanı ile ilgili hükmün bütün sürekli kanamalar için de geçerli olması hususu da aynı şekilde değerlendirilir.²⁶²

c.Değerlendirme

Kabul edenler ve etmeyenlerin delilleri dikkatle incelendiğinde, ibadetlerde kıyasın olmaması görüşünü savunan Hanefiler'in her şeyden önce ihtiyat ile yaklaşarak sadece Allah'ın hakkı olan ibadetlerdeki taabbudilik yönüne dikkat çekmek istedikleri göze çarpmaktadır. Fakat bununla birlikte Hanefiler'in taabbudi alanlardaki yeni meselelerde mevcut nasslarla yetinmeyerek buna ister kıyas denilsin ister istidlal denilsin farklı içtihatlar yaptıkları malumdur. Hanefiler dışındaki fukaha ise had, keffâret ve mukadderât konularında kıyas metodunu kullanmak suretiyle yeni bir hüküm ortaya koymayı veya mevcut hükümlerin asıllarını değiştirmeyi kastetmemektedirler. Hanefi fukahaya Şafiiler'in yapmış olduğu eleştiriler arasında dikkat edilmesi gerekenin, onların kıyası ibadetlerde kullanmalarıyla alakalıdır. Fakat Hanefiler'in bu şekilde yapmış oldukları kıyasa mutlaka bir nass ile destek buldukları inkâr edilemez bir gerçektir. Aynı şekilde Şafiiler'in de kıyası kabul etmelerine rağmen yaptıkları kıyasa nass ile takviyeye ihtiyaç duymaları, görüşlerinden tam manasıyla emin olmadıkları şeklinde eleştirilmektedir. Cumhurun görüşünün isabetli, Hanefiler'in ise ihtiyata yakın olduğunu söylemek mümkün gözükmektedir.²⁶³

Bütün bunlardan sonra kıyasın istihsana öncelendiği meselelerden ilkini anlatacağız.

²⁶¹ İllâhî, *el-Kıyâs fi'l-ibâdât*, s.435.

²⁶² Serahsî, *el-Uşûl*, 2/242.

²⁶³ Konunun derinlikli olarak anlaşılabilmesi için bu araştırmamızın hacmi yeterli olmayıp İllâhî, *el-Kıyâs fi'l-ibâdât* adlı eserinin yanı sıra Abdullah Kahraman'ın *İslâm'da İbadetlerin Değişmezliği* adlı eserine de bakılabilir.

Namazda secde ayetini kıraatin sonunda değil de ortasında veya başında okuyan kişi, tilavet secdesi yapmayıp secde niyeti ile rükû yapacak olursa, yapmış olduğu bu rükûnun hem secde hem rükû yerine geçmesi istihsana göre geçerli olmazken kıyasa binaen caizdir.²⁶⁴ Yani istihsana göre rükû secde yerine geçmez. Çünkü namazda yapılan rükû, secde yerine geçmediği gibi tilavet secdesinde yapılan rükûnun da secde yerine geçmesi mümkün değildir. Aynı şekilde namazda yapılan secde ve rükûdan her biri tahrimi (namazın rükunlarından olması) ifade etmesi hasebiyle ayrı ayrı şeyler olup birbirinin yerine geçemezler. Nasıl ki namaz dışında okunan secde ayeti için yapılan rükû, secde yerine geçmiyorsa aynı şekilde namazda yapılan rükûnun da tilavet secdesi yerine geçmesi söz konusu olamaz.²⁶⁵

Kıyasa binaen caiz olması ise secde ve rükû birbirine benzer oluşudur. Zira Rabbimiz “*خر راکعاً*”²⁶⁶ ayetinde rükû kelimesini secde manasında kullanmıştır. Buradaki ayetin anlamı mecazdır ve istihsan veçhindeki benzetme zahiren doğrudur. Fakat eserin kuvveti, yani tazimde bulunmak kıyasta gizlidir. İstihsanda ise fesat gizlidir. Burada maksat secde ayeti okunduğunda bizatihi secde yapılması değildir. Maksat diğer secde ayetlerinde anlatıldığı şekliyle, kibirlenerek secde yapmaktan imtina edenlere muhalefet ederek tevazuyu ortaya koymaktır. Kıyastaki eserin güçlülüğü bu manada gizlidir. Tevazu ise rükû ile ifade edilebilir. Fakat bu namazda mümkündür, zira namaz dışında rükû ibadet değildir. Bu itibarla eseri gizli olsa da kuvvetli olduğu için kıyas veçhi tercihe şayandır.²⁶⁷ Müfta bih görüş, kıyasa binaen rükû ile secdenin eda edilişidir.

²⁶⁴ Şeybâni, *el-Asl*, 1/274-276; en-Nâtîfî, *el-Ecnâs ve l-furûk*, s.721; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 1/182-183; el-Hanefî *Risâle fîmâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.181a; Rahavî, *Hâşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.816; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr ala'd-Dürri'l-muhtâr*, 2/106; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318.

²⁶⁵ Şeybâni, *el-Asl*, 1/274-276; Serahsî, *el-usûl*, 2/204.

²⁶⁶ Sâd, 24, قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجْتِكَ إِلَىٰ نَعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لِيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ وَظَنَّ دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ

Davut : “And olsun ki, senin dişi koyununu kendi dişi koyunlarına katmak istemekle sana haksızlıkta bulunmuştur. Doğrusu ortakçılardan çoğu birbirlerinin haklarına tecavüz ederler. İnanıp yararlı iş işleyenler bunun dışındadır ki sayıları ne kadar da azdır!” demişti. Davut, kendisini denediğimizi sanmıştı da, Rabbinden mağfiret dileyerek eğilip secdeye kapanmış, tevbe etmiş, Allaha yönelmişti.

²⁶⁷ Serahsî, *el-usûl*, 2/204; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 1/190.

3.6.2. İkinci Mesele

Bir kişi karısına, “doğum yapman durumunda boşsun” dese kadın da doğurdunu söylemesi üzerine koca bunu yalanlayacak olursa, kıyasa göre talak gerçekleşmezken, istihsana göre talak gerçekleşir. Bu meselede istihsan terk edilip kıyas tercih edilmiştir. Ancak koca karısına “hayız olman durumunda boşsun” dese kadın da hayız olduğunu ifade etse, boşama istihsânen gerçekleşir. Çünkü kadının hayız olup olmaması ancak kadının ifadesi ile bilinebilir. Fakat doğum, hayız gibi olmayıp, doğumun başkaları tarafından bilinmesi mümkündür. Bu da kadın tarafından da kabul edilen bir durumdur.²⁶⁸

Burada konumuz, erkeğin karısına "doğum yapman halinde boşsun" dediği mesele özelindedir. Zira kıyas ile amel edilip istihsanın terk edildiği yer burasıdır. Bu meselede kıyas veçhine göre, kocanın doğumun olmadığına dair iddiası yani karısının beyanını yalanlaması ile talak vaki olmaz. Çünkü doğum gözle görülebilen bir durumdur. Dolayısıyla kıyasın illeti bu sebepten ötürü kuvvetlenir ki böylece talak gerçekleşmez. İstihsan veçhinde ise annenin doğum halini bildiren sözünün itibar görmesi gerekir ve erkeğin yani kocanın bu durumu yalanlayamaması gerekirdi. Dolayısıyla bu yalanlama istihsanın illetidir ki o da kadına ait fiillerde kadının sözüne itibar edilmesidir. Bu durum illeti zayıflatır ve kıyas ile amel etmeyi gerektirir.²⁶⁹

Kişi, karısına hayız olman durumunda “boşsun” diyecek olsa ve kadının “hayız oldum” sözünü erkek yalanlasa bile kıyasen talak gerçekleşmiş olmaz. Zira kıyasta erkeğin sözü muteberdir. Fakat burada hüküm istihsana binaen gerçekleşir ve fetva da istihsana göredir. Burada istihsan veçhi, kadının kendi durumunu bilmesi istihsanın illetini oluşturur bu durum ise kıyasın illetinden daha kuvvetlidir. Zira kıyasen erkeğin eşinin hayzını bilmesi durumu zordur. Dolayısıyla kocanın bu

²⁶⁸ Şeybâni, *el-Asl*, 4/481-482; en-Nâtîfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.721; el-Hanefî, *Risâle fîmâ ühîze bi'l-kıyâs ve türîke-istihsân*, vr.181a; Rahâvî, *Haşîye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.817; Tahtâvî, *Hâşîye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318.

²⁶⁹ Nesefî, *el-Kâfî şerhu'l-Vâfî*, c.1, vr.188b.

durumu, kıyasın illetini zayıflatır.²⁷⁰ Müfta bih görüş, kıyasa binaen talakın doğuma bağlandığı durumda talakın gerçekleşmesidir.²⁷¹

3.6.3. Üçüncü Mesele

Araştırma konumuzun örneklerinden üçüncüsü diğer üç mezhep fakihlerinin kabullerinden farklı olarak Hanefî fukahanın ortak (müşâ') malların rehninin caiz olmadığı ile ilgili içtihadının dayanağı ile alakalıdır.

Rehin, bir malın bir alacağa karşılık aynî teminat olmasını sağlayan akid ve bu akde konu olan mal anlamını ifade eder.²⁷²

Hanefî fukaha rehin akdinde aslın, zilyetlikle ilgili genel kuralı nedeniyle rehin verilecek malın bütün olarak rehin verilmesi hususunda titiz davranırlar.²⁷³ Ayrıca rehin akdinde zilyetlik, aynî bir hak olarak değerlendirilmesi nedeniyle bu tür zilyetliğin müşterek mülkün sadece bir kısmında kullanılması mümkün değildir.²⁷⁴ Zira zilyetlik ancak belirli bir ayn üzerinde kurulabilir. Dolayısıyla müşâ'ın rehin edilmesi geçersizdir. Hanefî fukahanın bazıları bunu bâtil, çoğu ise fâsit olarak değerlendirir. Bu hususta rehnin taksime elverişli olup olmaması ya da müşâ'ın üçüncü kişilere veya hissedarlara rehin verilmesi arasında ayırım yapılmaz.²⁷⁵ Hatta Hanefiler, sonradan meydana gelen ortaklığın dahi rehin akdini fâsit kılacağını kabul ederek konuyla ilgili genel kabullerini katı bir şekilde işletmişlerdir.²⁷⁶

Konuyu örnek ve delilleri itibariyle ele alacak olursak: İki kişiye ait bir evin odalarının ortaklar arasında paylaşılmış olduğuna dair delil de var iken, ortaklardan biri bu evi başka bir adama diğer kişinin gözetiminde olmak koşuluyla rehin verecek olursa, o evi de diğer kişi kabz etse, kıyasen iki kişiden hiçbiri için rehin geçerli değildir. Sahih olan ve kıyasa bina edilen görüş budur. Burada istihsana göre hüküm belirtilmeksizin konu aktarılmıştır.²⁷⁷

²⁷⁰ Neseî, *el-Kâfi şerhu'l-Vâfi*, c.1, vr.188b; bkz. Bedir, *The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas*, trc. Ebubekir ALAN, s.5-6.

²⁷¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 3/130, 216.

²⁷² Çalış ve Hacak, *Rehin*, 34/538.

²⁷³ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, 6/479.

²⁷⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, 6/138.

²⁷⁵ Ali Haydar, *Durerü'l-hukkâm*, 2/259-261.

²⁷⁶ Hacak, *Müşâ'*, 32/151.

²⁷⁷ Nâtfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.721; Serahsî, *el-Mebcut*, 21/241; el-Hanefî, *Risâle fîmâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.181a-b; Rahâvî, *Hâşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.815; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318.

Kıyas veçhine göre Hanefî fukaha rehin akdinde aslın zilyetlikle ilgili genel kuralı sebebiyle rehin verilecek malın bütün olarak verilmesi hususunda titiz davranırlar. Ayrıca rehin akdinde zilyetlik aynî bir hak olarak değerlendirildiği için bu tür zilyetliğin müşterek mülkün sadece bir kısmında kullanılması mümkün değildir. Rehinde genel kural, merhunun kabzının süreklilik arz etmesi ve geri verebilmenin mümkün olmasıdır. Ortak malın rehninde ise bu geri verilebilirlik mümkün değildir. Ayrıca rehindeki esaslardan birisi de mürtehin merhuna tam olarak sahip olması şartıdır. Bunun süresi ise rehnin kabzından geri teslimine kadardır. Ortak malların rehninde ise bu söz konusu olamamaktadır.²⁷⁸

İstihsan veçhi ise, İmam Muhammed, her iki ortak için de borcun yarısına karşılık olarak rehinin yarı yarıya verilmesidir. Yalnız burada istihsan neticesinde ortaya çıkan bu hüküm almayı kıyasa göre hüküm veriliyor.

Kıyasın tercih nedeni, konunun kıyas veçhinde söylediğimiz hususlara ilave olarak kanaatimizce, kıyasta gözetilen illetin kuvveti burada aynı şekilde istihsanın terk edilmesinin gerekçesidir. Zira kıyas ve istihsanı, kıyas kapsamında değerlendirdiğimizde, rehnin ortak maldan olmayacağı hususundaki illet sebebiyle elde edilen hükmün doğurduğu maslahat fukahaya kıyas ile içtihat etmelerini gerekli kılmaktadır. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; râhin'in ölmesi durumunda mesele yine aynı şekilde uygulanır. Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre iki ortağın beyine (delil)'leri kabul edilir ve her ikisi içinde rehin verme gerçekleşir. Rehin olarak verilen mal istihsanen ortakların borcuna karşılık satılır. Ebû Yusuf'a göre bu durumda rehin batıldır. Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre kıyasa binaen râhin (rehin veren) hayattaymış gibi muamele edilir ve rehin geçerli sayılır. Ancak Ebu Hanife ve İmam Muhammed, Râhin'in (rehin veren) ölümünden sonra ise istihsana göre hüküm verirler. Onlar râhin'in hayatta olması ve ölümü arasında şu şekilde bir ayırım yaparlar: Râhin'in vefatından sonra rehinin geliri ile borcu ödemek hedeflenmektedir. Râhin'in hayatta olması durumunda ise rehni alıkoymuş onu satmamak esastır. Rehnin satımına engel ise rehnin muşa' ve râhinin hayatta olmasıdır.²⁷⁹ Bu ayrımı yapan eğer kendi yanındakini tek bir akitte rehin verecek

²⁷⁸ Neseî, *el-Kâfi şerhu'l-Vâfi*, c.2, vr.262-263, a,b.

²⁷⁹ İbn Âbidîn, *Reddî'l-muhtâr*, 6/479.

olursa, bu akit üç imama göre de câiz olur. Bu durumda ortak mal olmayıp tek başına müstakil bir rehin olur. Şayet ikisinden biri kendine ait olan borcu öderse diğerinin borcu devam ettiği için rehin iade edilmez. Çünkü rehin bir güvence olup parçalanması düşünülmez.²⁸⁰

3.6.4. Dördüncü Mesele

Selem akdinde bayi ve müşteri arasındaki mebi' konusunda ihtilafın söz konusu olmasıyla ilgilidir.

Selem, peşin bedelle veresiye mal değişimini konu edinen satım çeşididir. Fıkıh terimi olarak vasıfları belirlenmiş vadeli malın peşin bedelle satımını ifade eder.²⁸¹

Fıkıh literatüründe selem akdi için geçerlilik şartları yedi maddede özetlenebilir:

1. Karşılıklı bedeller mütekavvim mal olmalıdır.
2. Karşılıklı bedeller belirlenmiş (mâlûm) olmalıdır.
3. Re'sül mâl peşin olmalıdır.
4. Müslemün fih olarak belirlenen mal piyasada mevcut olmalıdır.
5. Müslemün fih'in ifa zamanı (vade) belirlenmiş olmalıdır.
6. Müslemün fih'in ifa yeri belirlenmiş olmalıdır.
7. Akid ribâya yol açmamalıdır.

Bu şartlar içerisinde örneğimize zemin oluşturan şart, müslemün fih'de ihtilaf olması durumudur.

Selem akdinde bayi' ile müşteri ihtilaf etseler, müşteri bayi'e "Sana boyutu 3'e 6 zira' olan Yahudi elbisesi sipariş ettim" dese, bayi' ise siparişin 3'e 5 boyutlarında bir Yahudi elbisesi olduğunu iddia etse, kıyasa binaen karşılıklı yemin ettirilirdi. Fakat istihsana göre bayiin sözü kabul edilir. Burada tartışma konusu olan

²⁸⁰ Nâtfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.721; Serahsî, *el-Mebsut*, 21/241; el-Hanefî, *Risâle fîmâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.181a-b; Rahâvî, *Hâşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.815; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318.

²⁸¹ Aybakan, *Selem*, 36/402.

vasıf, zira' olduğu ve selem akdinde akdin konusu ürün ortada olmayıp vasıfları belirtildiği için kıyasa göre amel edilir.²⁸²

Kıyas veçhine göre, burada bayi' ve müşteri müslemün fih'in kendisinde ihtilaf etmişlerdir. Bu ihtilafta kıyasa binaen tarafların yeminleşmeleri ile olayı çözüme kavuşturmak gerekmektedir. Zira kıyas ilk akla geldiği şekli ve kuvvet yönü ile böyledir.

İstihsan veçhine göre ise, ihtilaf müslemün fih'in kendisinde olmayıp vasfında olduğu için burada yeminleşmeye gerek yoktur, bilakis bayi'in sözüne itibar edilmesi gerekir. Burada her ne kadar illetin etkisi güçlü olsa da illetteki fesat gizlidir. Bu da vasıftaki mevcut bir ihtilafın ileride asla sirayet edecek olmasıdır.

Kıyasın tercih nedeni, kıyasta zahiren bir bozukluk seziliyor olmasıdır. Zahiren gözüken bu bozukluk, asıl ve vasıftaki ihtilafın karıştırılmış olmasıdır. Fakat aslında böyle bir karışıklık yoktur, aksine illetteki sıhhat ve etki gizlidir. Bu da vasıfta olan ihtilafın hakikatte asla olan etkisidir.²⁸³

3.6.5. Beşinci Mesele

Araştırma konumuzun örneklerinden beşincisi, zina suçu ve bu suçun cezasının tatbiki esnasında meydana gelebilecek şahitlik veya şahitlikten dönme ile ilgilidir.

Zina, malum olduğu üzere evlilik dışı cinsî münasebete denir. Fakat fakihler, konunun ahlâkî ve bireyin dinî hassasiyetiyle ilgili yönü yanı sıra daha çok hukukî yönünü ele almış ve bunun üzerinde durmak suretiyle bir zina tanımı yapmışlardır. Hanefiler, *bir erkeğin aralarında nikâh bağı veya şüphesi bulunmayan bir kadınla önden cinsel birleşmesi* diye tanımladıkları zina, aslında dinen haram olmasının yanında, şartlarının oluşması durumunda da ceza verilmesi gereken bir suçtur. Zina suçunun ispatında, suçların ispat edilmesi ile ilgili fikhin genel kuralları olan ikrar,

²⁸² Şeybâni, *el-Asl*, 2/390-391; en-Nâtîfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.722; el-Hanefî, *Risâle fîmâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.181b; Rahâvî, *Haşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.815; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318.

²⁸³ Sadru's-Şeria, *Tavzih*, 2/175.

şahitlik ve bazı durumlarda karine ile birlikte zina suçuna mahsus hükümler de söz konusudur.²⁸⁴

Zina suçunun cezaları;

1. Recm, *taşlayarak öldürme* demek olup, recm hükmü Hz. Peygamber'in sünnetine dayanmaktadır.²⁸⁵

2. Yüz sopa (celde) cezası Kur'ân-ı Kerîm'de zina eden kadına ve erkeğe yüz sopa vurulmasını emreden âyete dayanmaktadır.²⁸⁶

3. Sürgün cezası, Hz. Peygamber'in hadislerinde sopa cezasına ilaveten uygulanacak bir cezadır ve süresi bir yıldır.²⁸⁷

Zina cezasının şüphe, ikrar veya şahitlikten dönme (rücû) ile düşeceği hususunda ittifak vardır. Bizim konumuz da tam olarak bununla ilgili olup, zina'ya şahitlik edenlerin şahitliklerinden dönmeleri veya şahitlerde şahitlik vasfına etki edecek bir duruma sonradan vakıf olunması gibi hususlarda mezhep içi genel kabulü beyan etmektedir.

Şahidin yapmış olduğu şahitlikten dönmesi, hakikati ifadenin bâtili devam ettirmekten hayırlı olduğu ve sebebiyet verilen zararın telâfisini sağladığı için muteberdir. Şahitlikten dönme fiiline ancak mahkemede hâkim huzurunda olması şartıyla itibar edilmiştir. Şahitlikten dönme, hükmün verilip verilmemesi zamanına göre itibar edilir veya edilmez. Hükmün verilmesinden önce olursa yapılan şahitlik geçersiz kabul edilir. Hükmün verilmesinden sonra olursa hükmün bozulup bozulmaması, ayrıca şahitlik edilen olayın mahiyetine göre tazmin edilip edilmemesi gibi hususlarla alakalı olarak çok geniş tartışmalar yapılmıştır.²⁸⁸

Meselemize gelecek olursak, şayet dört kişi birinin zina ettiğine, başka iki kişi de zina eden bu adamın *muhsan*²⁸⁹ olduğuna şahitlik edecek olurlarsa, hâkim de ilgili şahsın recmedilmesine hükmettikten sonra recm edilen kişinin muhsan olduğuna şahitlik edenler köle çıksa veya şahitler şehadetlerinden dönseler, adam da

²⁸⁴ Esen, *Zina*, 44/440.

²⁸⁵ Müslim, *Hudûd*, 3; İbn Mâce, *Hudûd*, 7.

²⁸⁶ en-Nûr, 24/2.

²⁸⁷ Tirmizî, *Hudûd*, 11.

²⁸⁸ Apaydın, *Şâhit*, 38/283.

²⁸⁹ Muhsan, meşru bir evlilik içinde zifafa girmiş, hür müslüman kişi.

yaralıysa, kıyasen adama yüz celde (sopa) vurulur. Bu görüş Ebû Hanîfe (v.150/767) ve İmam Muhammed (v.189/805)'e aittir. İstihsana binâen recm durdurulur ve yüz değnek (celde) cezası da düşer. Burada kıyas ile amel edilip istihsan terk edilmiştir.

Kıyas veçhi, zina edenin ilgili suçu, şahitlerin şهادetlerinden dönmesi veya köle çıkmaları sebebiyle düşmemiştir. Zira ilgili şahitler, zina edenin muhsan olup olmadığı ile ilgili şهادette bulunmuşlardır. Yoksa zina suçunun ispatında şahitlik edenlerin şahitliği bakidir. Dolayısıyla recm cezasının bir kısmının uygulanmış olması, şahitlerin köle çıkması veya şahitlikten dönmeleri yüzünden tam olarak hükmün icra edildiği manasına gelmemektedir. Bundan dolayı yarıda kalan bu had yok hükmünde kabul edilir.

İstihsan veçhine göre, zina eden bu şahsa yarım kalan recmin yanısıra yüz sopa daha vurulacak olursa, recm ve had cezalarının birleştirilmesi söz konusu olur. Bu da vacip olmadığı halde yüz sopa (celde) haddinde bir artırıma götürür. Dolayısıyla istihsanen recm durdurulur ve yüz sopa da vurulmaz.²⁹⁰

Kıyasın tercih sebebi, istihsanda söylenen hadde artırıma gitme durumu, istihsan veçhinin illetidir. Her ne kadar bu illetin tesiri güçlü olsa da hakikatte fesadı gizlidir. Zira böyle bir durumda zina edenin cezası, cezada artırıma gidilecek kaygısıyla tam olarak tatbik edilmiş olmayacaktır. Kıyasta zahiren iki haddin birleştirilmiş olması gibi bir fesat söz konusu olsa da zina edene, ilgili suçuna ait cezanın tam olarak tatbik edilememiş olması hususundaki illetin (tesir) gücü gizlidir. İşte bu illetteki güce binaen yarım kalan recme ilaveten yüz sopa da vurulması içtihadı söz konusudur. Müfta bih görüş, kıyasa binaen olan görüştür.²⁹¹

3.6.6. Altıncı Mesele

Altıncı meselede ele alacağımız konu, beşinci meseledeki konunun tersi şeklinde cereyan etmiştir. İmam Muhammed'e göre şayet dört kişi bir adamın zina ettiğine şahitlikte bulunsalar, yargıç da bu adama yüz sopa (celde) vurulmasına hükmetse ve had uygulanırken iki kişi adamın *muhsan* olduğuna şahitlik etseler, kıyasa göre, ilgili şahsın recm edilmesi gerekir. Ebû Yusuf (v.182/798) da bu

²⁹⁰ Şeybâni, *el-Câmiu'l-kebir*, s.165; en-Nâtîfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.722; el-Hanefî, *Risâle fîmâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.181/b, 182/a; Rahâvî, *Hâşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.816; Heyet, *Fetâvây-ı hindîyye*, 2/158; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318.

²⁹¹ Heyet, *Fetâvây-ı hindîyye*, 2/158.

görüştür. İstihsana göre ise bu kişinin recm edilmesi gerekmez. Bu meselede de istihsan terk edilerek kıyasa göre hüküm verilmiştir.²⁹²

Kıyas veçhine göre, zina edenin bu suç, şahitlerin şahadetlerinden dönmesi veya köle çıkmaları sebebiyle düşmemiştir. Zira ilgili şahitler, zina edenin muhsan olup olmadığı ile ilgili şahadette bulunmuşlardır. Yoksa zina suçunun ispatında şahitlik edenlerin şahitliği bakidir. Dolayısıyla yüz sopa (celde) cezasının bir kısmının tatbik edilmiş olması, zina edenin muhsan olması ile ilgili şahitlerin çıkması nedeniyle tam olarak hükmün icra edildiği manasına gelmemektedir. Bundan dolayı yarıda kalan bu had yok hükmünde kabul edilir.

İstihsan veçhine göre, zina eden şahsın yarım kalan yüz sopa (celde) haddi yanı sıra recmedilmesi durumunda iki haddin birleştirilmesi söz konusu olur. Bu da vacip olmadığı halde recm haddinde bir artırıma neden olur. Dolayısıyla istihsanen yüz sopa (celde) cezası durdurulur ve recm de tatbik edilmez.

Kıyasın tercih sebebi, istihsanda söylenen hadde artırıma gitme durumu istihsan veçhinin illetidir. Bu illet her ne kadar tesiri güçlü olsa da hakikatte bozukluğu (fesadı) gizlidir. Zira böyle bir durumda zina edenin cezası, cezada artırıma gidilecek kaygısı ile tam olarak tatbik edilmiş olmayacaktır. Kıyasta zahiren iki haddin birleştirilmiş olması gibi bir bozukluk (fesat) söz konusu olsa da zina edene ilgili suçuna ait cezanın tam olarak tatbik edilememiş olması hususundaki illetin (tesir) gücü gizlidir. İşte bu illetteki güce binaen yarım kalan yüz sopa (celde)'ya ilaveten recmedilir içtihadı söz konusudur. Müfta bih görüş, kıyasa binaen olan görüştür.²⁹³

3.6.7. Yedinci Mesele

Araştırma konumuzun yedinci meselesi nikâh esnasında belirlenmeyen mehir ve boşanma esnasında ilgili mehrin durumu ile alakalıdır.

Mehir, nikâh akdinin sonucu olarak kocanın karısına ödemek zorunda olduğu para veya maldır. Fıkıhta nikâh akdi esnasında genelde taraflar, kadına ödenecek mehrin miktarı ve ödeme şekli ile ilgili bir anlaşma yaparlar. Kitap ve sünnette mehir

²⁹² Şeybâni, *el-Câmiu'l-kebir*, s.165; en-Nâtıfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s. 722; el-Hanefî, *Risâle fimâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.182a; Rahâvî, *Haşîye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.816; Heyet, *Fetâvây-ı hindîyye*, 2/158; Tahtâvî, *Hâşîye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318.

²⁹³ Heyet, *Fetâvây-ı hindîyye*, 2/158.

ödemenin gerekliliği üzerinde durulur. Fakat mehir fukahanın çoğuna göre nikâhın şartlarından değil sonuçlarındandır. Bu nedenle nikâh esnasında mehir belirtilmemişse veya verilmeyeceği şart koşulsa bile evlilik geçerlidir.²⁹⁴

Mut'a ise boşanmış kadınlara ve özellikle mehir belirlenmeden yapılan bir nikâhı takiben cima olmadan boşanan kadına verilecek maddî destek mahiyetinde birtakım hediyelerdir.²⁹⁵

Konumuza dönecek olursak, bir kadın ile mehiri belirtilmeksizin evlenirse, kocası da ona mehir karşılığında bir şeyi rehin olarak verdikten sonra koca halvet olmadan karısını boşasa, kadın *mut'ayı*²⁹⁶ hak eder. Şayet rehin kadının yanında zayi/telef olmuşsa, istihsana binaen amel eden İmam Muhammed'e göre zayi olan bu rehin mut'a yerine sayılır. Kıyasa binaen amel eden Ebu Yusuf'a göre ise bu rehin muta'ya karşılık sayılmaz/kabul edilmez. Bu durumda kadın yine kocasından mut'a alacağını ister.

Çünkü kıyas veçhine göre, muta mehrin bir bölümü ve karşılığı değildir, farklı bir borçtur. Mehir nikâh akdinin sonucu olup mut'a ise halvetten veya duhulden önce gerçekleşen talak'ın sonucudur.

İstihsanın veçhine göre, İmam Muhammed'in gerekçesi ise muta, mehrin verilmediği durumlarda söz konusu olması hasebiyle selem malının karşılığında alınan rehin gibidir. Şayet selem akdinde ikâle yapılsaydı müşteri (rabbu's selem) peşin ödenen para (ra'sü mali's selem) karşılığında rehini alıkoyma hakkına sahip olurdu.²⁹⁷

Mehir karşılığında rehin olarak verilen şeyin mut'a yerine sayılmasıyla ilgili selem örneğinde kıyasın tercih edilmesinin sebebi, onun her ne kadar hükme tesiri güçlü olsa da fesadının gizli olmasından kaynaklanır. Zira mehir karşılığında verilenin mut'a yerine sayılması konusu fasit bir hükümdür ki tarafları zarara uğratması ihtimal dâhilindedir. Kıyasta ise, kadın tarafından iki defa talep varmış

²⁹⁴ Aydın, *Mehir*, 28/389.

²⁹⁵ Dönmez, *Müt'a*, 32/174.

²⁹⁶ Muta: usulüne uygun bir nikâh akdinden sonra henüz sahih halvet veya duhul olmadan boşanma gerçekleşirse ve önceden belirlenmiş bir mehirde yok ise kadına gönül alma amaçlı verilen hediyeler. (Ahmet Yaman ve Halit Çalış, *İslam hukukuna giriş*, İstanbul 2013, MÜİFVY., 4.baskı, s.324.)

²⁹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 21/169; en-Nâtîfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.723; el-Hanefî, *Risâle fîmâ ühîze bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.182a; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318; Rahâvî, *Hâşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.816.

gibi zahiri bir bozukluk (fesat) gözükse de, aslında rehin hükümleri gereği kadının yanında telef olan mal ile alakalı olarak rehin hükümleri geçerlidir. Dolayısıyla mehir için verilen rehinin mut'a yerine geçmeyeceği husus ile ilgili sıhhat ve etki gizli olarak kıyasta mevcuttur.

3.6.8. Sekizinci Mesele

Araştırma konumuzun sekizinci meselesi devlet ve din farkının vekâlete etkisi ile ilgilidir, bu yüzden ilk olarak konuyla alakalı bazı tabir ve ıstılahları ele alacağız.

Vekâlet, hukukî işlem yetkisi vermeye aracılık eden akdin adıdır. Fıkıhta, bir kimsenin başka bir kişiye kendi adına hukukî işlem yapma yetkisi vermesini ve bu yetkinin kendisini ifade eder. Kendisine iş tevdi edilen tarafa *vekîl*, tevdi edilen işe *müvekkelün bih*, işin sahibine *müvekkil*, vekil kılmaya *tevkîl* denir. Konumuz vekâletin kuruluş şartları ve geçerliliğiyle ilgili olmadığı için doğrudan vekaletin sona ermesiyle ilgili maddeleri vereceğiz. Vekâleti sona erdiren haller şunlardır:

a) Azil: Vekâlet gayr-i lâzım bir akid olduğundan müvekkil istediği takdirde istediği zaman vekili azleder.

b) İstifa: Gayr-i lâzım bir akid olduğu için vekil de istediği zaman vekâleti bırakabilir. Ancak müvekkilin vekili azledemeyeceği bir durum söz konusu olduğu takdirde vekil de istifa edemez

c) Taraflardan Birinin Ölümü: Müvekkilin ölümü halinde işleme konu olan mal varlığı vârislere intikal eder ki, tereke üzerinde ölenin herhangi bir müdahalesi düşünülmemeyeceği için vekillik veya müvekkillik biter ve artık vârisler söz sahibi olur.

d) Ehliyet Kaybı: Vekâletin kuruluşu için aranan ehliyet şartı vekâletin devamı için de aranır. Akıl hastalığı vekâleti hemen sona erdirir, ayrıca karşı tarafın bundan haberdar edilmesi de şart değildir.

e) Tasarruf Yetkisi Kaybı: Vekâlet işlem yetkisi verdiğinden asilin yetki kaybı vekâleti de etkiler.

f) İfa İmkânsızlığı: Baştaki imkânsızlık vekâletin kuruluşuna, sonraki imkânsızlık devamına engeldir.²⁹⁸

²⁹⁸ Aybakan, *Vekâlet*, 43/1-6.

Harbî, gayri müslim devletin vatandaşı anlamında fıkıh terimidir İlk dönem fukahası, devletin ülke unsuruyla ilgili tespit ve tasnifleri çerçevesinde İslâm devletin hâkimiyetinde bulunan topraklara *dârulislam*, bu hâkimiyetin dışında kalan topraklara *dârülharp* demişlerdir.²⁹⁹

İslam yurduna (dârulislam) girmek ve İslam ordusuna teslim olmak isteyen harbiye, can ve mal güvencesi sağlayan taahhüt veya akde *emân* denir. Tanımda söz konusu edilen harbî kavramı, İslam devleti ile arasında barış anlaşması bulunmayan, yabancı devlet vatandaşı olan gayri müslim demektir. Emân isteyen *müste'min*, emân veren *müemmin*, emân verilen *müste'men* şeklinde ifade edilir.³⁰⁰ Genel kurala göre zimmiler, inanca ilişkin bazı hususlar dışında müslümanlarla aynı hak ve görevlere sahiptir.³⁰¹ Müste'menler de İslâm ülkesinde kaldıkları sürece insanca yaşamak için gerekli bütün kamu ve özel haklardan yararlanırlar. Örneğin, mülkiyet de dâhil olmak üzere malî haklar, aile hukuku, borçlar ve ticaret hukuku hükümlerinden istisnasız yararlanırlar. Gayri müslimler ile alakalı genel kurala göre, hak ve görevlerde zimmîler ile müste'menler eşit kabul edilirken, birinin vatandaş, diğerinin yabancı olması sebebiyle bazı farklar söz konusu olabilmektedir.³⁰²

Vekâleti sona erdiren halleri sayarken “e” maddesinde söylediğimiz *tasarruf yetkisinin kaybının*, konumuzu ilgilendirdiğini hatırlattıktan sonra sekizinci meselemizi anlatmaya geçebiliriz.

Harbî müste'men olan birisi başka bir harbî müste'men'i davada taraf olmak üzere vekil tayin eder ve müvekkil/vekâlet veren dârulharbe gider, vekil de İslam yurdunda kalırsa bakılır; şayet vekil vekâlet neticesinde davacı olacak ise, vekil azledilmez, vekâleti devam eder. Eğer davalı olacak ise kıyasen azledilir ve vekâleti geçersiz sayılır. İstihsana göre bu vekil azledilmez, vekâleti geçerlidir. Konudan anlaşıldığı üzere kıyas ve istihsan metoduna binaen ifade edilen hüküm, müvekkilin davalı olması durumudur. Bu meselede kıyasla amel edilir.

²⁹⁹ Özel, *Harbî*, 16/112.

³⁰⁰ Ahmet Yaman ve Halit Çalış, *İslam hukukuna giriş*, s.333.

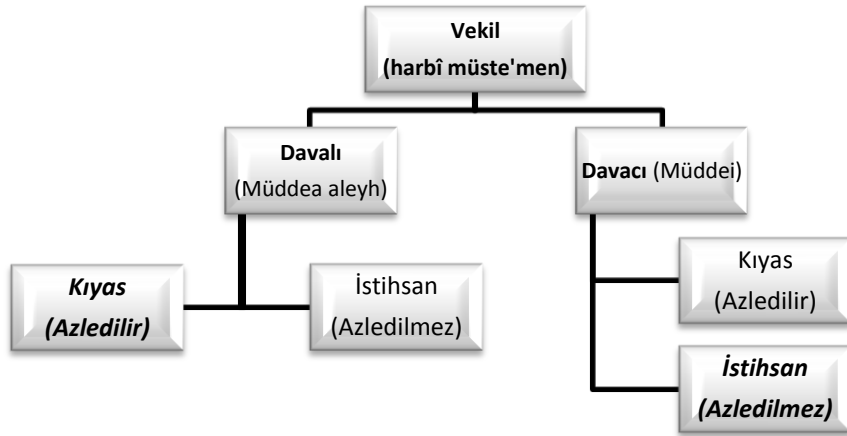
³⁰¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 6/280-281.

³⁰² Özel, *Müste'men*, 16/112.

Doğrusu kıyas ve istihsan vecihleri her iki durumda da geçerlidir. Kıyasen vekil ister davalı olsun ister davacı olsun vekâlet batıldır. Fakat istihsanen her iki durumda da vekil azledilmez.

Birinci meselede yani müvekkilin davacı olması durumunda istihsana göre amel edilir ve vekâlet devam ettirilir.

İkinci meselede yani müvekkilin davalı olması durumunda ise kıyasa göre amel edilip vekili azlolunup vekâleti geçersiz sayılır. Konunun karmaşıklığı dolayısıyla şema yardımıyla konuyu zihinlere yaklaştırmayı uygun gördük. .



Kıyas veçhine göre, müvekkil ve vekilin vatanları ayrıdır. Zira İslam yurdunda olan müste'men olan vekil zimmî statüsüne tabidir. Darulharbe sığınan/dönen müvekkil ise her ne kadar önceden müste'men olsa da artık harbi olmuştur. Bu da vekâletin iptal olmasını gerektirir.

İstihsan veçhinde vekil ve müvekkil her yönüyle başka memleketedirler. Vekil her ne kadar müste'men olsa da aslında harbidir ve İslam yurdunda koruma altındadır. Dolayısıyla vekâlet iptal olmaz.

Kıyasın tercih sebebi, müvekkilin davalı olması durumunda vekilin azledilmeyip vekâletin devamında bir fayda olmadığı kanaati hâsıl olacak olursa vekil azledilir. Çünkü vekâletin sürdürülmesi davacı lehine davalı aleyhine hükmettirir. Bu durumda darulharbde olan bir kişinin aleyhine hüküm verilmesi gerekir ki bu da caiz değildir. Zira hâkimin daru'l-harpte cereyan eden bir olay

hakkında veya daru'l-harpte olan bir kişinin aleyhine hüküm verme yetkisi yoktur.³⁰³ İşte bu nedenle istihsan veçhinde ilk bakışta etkisinin güçlü olduğunu düşündüğümüz fakat tatbik edildiği takdirde ortaya çıkacak olan hükmün, fesadı gizlidir. Kıyas veçhindeki ilk olarak göze çarpan olumsuz tablo, müste'men aleyhine ortaya çıkabilecek olumsuz tutum nedeniyle sıhhati gizlidir. Dolayısıyla kıyas ile elde edilen hüküm tercihe şayandır. Müfta bih görüş bu şekildedir.

3.6.9. Dokuzuncu Mesele

Araştırma konumuzun dokuzuncu meselesi, babanın ma'tuh olan oğluna yapmış olduğu alışverişin geçerli olup olması ile ilgili olduğu için öncelikle atehin ne olduğunu açıklayacağız. Ardından yapılan alışverişin mahiyetinin köle/cariye alımıyla ilgili olması sebebiyle kölenin satımı ve evlendirilmesi konularından kısaca bahsedeceğiz.

Ateh, sözlükte *aklı zayıflamak, eksilmek, bunamak, bir şeye düşkün olmak* anlamlarına gelmektedir. Fıkıhta ise kişinin hukukî tasarruflarına belirli sınırlamalar getiren ehliyet arızalarından biri olarak kabul edilmiştir. Bu durumda olan kimseye ma'tûh denir.³⁰⁴

Kölelerin evlenmesi konusunda birbirinden farklı şu üç durum söz konusudur:

a) Erkek hür, kadın köle olabilir: Hür kimse kendi cariyesi olmaması kaydıyla köle bir kadınla evlenebilir.³⁰⁵ Böyle bir durumda cariyenin efendisinden izin alınması ayrıca cariyeye de bir miktar mehir ödenmesi gerekir. Efendinin cariyesinin evlenmesine izin vermesi demek, onun istifrâş hakkından vazgeçmesi demektir.³⁰⁶

b) Erkek köle, kadın hür olabilir: Hür kadın kendi isteğiyle köle ile evlenebilir.³⁰⁷ Yalnız bunun lâzım (feshi kabil olmayan) bir evlilik olması için kadının velisinin denklik (kefâet) noktasından böyle bir nikâha itiraz etmemiş olması gerekir. Bu evlilikten doğan çocuklar hürdür. Nikâhla mülkiyetin aynı kimsede birleşmesi mümkün olmadığı için köle olan kocanın satın alınma, hibe, miras gibi bir

³⁰³ Şeybâni, *el-Asl*, 11/453-454; en-Nâtûfi, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.723; el-Hanefi, *Risâle fimâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.182a; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318; Rahâvi, *Hâşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.816.

³⁰⁴ Gözübenli, *Ateh*, 4/51.

³⁰⁵ el-Bakara, 2/221.

³⁰⁶ Aydın ve Hamidullah, *Köle*, 26/241.

³⁰⁷ el-Bakara 2/221.

yolla karısının mülkiyetine geçmesi halinde nikâh feshedilir. Böyle bir durumda kocanın âzat edilip nikâhın yenilenmesi gerekmektedir

c) Erkek de kadın da köle olabilir: Bu çiftlerin aynı yahut farklı efendilerin köleleri olması önemli değildir. Böyle bir nikâh sadece efendilerin izin vermesi ile geçerlilik kazanır. Doğan çocuklar annenin efendisine aittir.

Verilen bütün bu bilgilerin esas meselemizle irtibatı şu şekildedir: Bir adamın aklî melekesi zayıf (el-ma'tûh) oğlu olsa, bu oğlunun başkasının mülkiyetinde olan bir cariye den bir oğlu olacak olursa, babası da cariye yi aklı zayıf olan oğlu için satın alacak olursa, kıyasa göre bu alım oğlu için geçerli olmayıp babası için geçerli olur. İstihsana göre ise bu satın alma aklı zayıf oğlu için geçerli olur. Bu konuda kıyasa göre amel edilir.

Şayet aklı zayıf olanın adamın oğlu annesi olan bu cariye yi satın alırsa bu durum kendisi için geçerli değildir ve cariye azat olur. Çünkü bu oğlan annesini satın almıştır.³⁰⁸

Kıyas veçhine göre, babanın aklî melekesi zayıf olan oğlu için cariye olan karısını satın almış olması oğlunun mülkiyetine geçmez. Zira bu durum kıyasa ma'tuha fazladan yükümlülük getirir. Hâlbuki velînin oğlu adına böyle bir alışveriş yapması geçerli değildir. Ayrıca mülkiyet ve nikâhın aynı çatı altında gerçekleşmesi mümkün olmaması ve nikâhın feshinin ehliyet arızasına sahip olan kişinin zararına olması gibi sebeplerden dolayı alışveriş baba için geçerlidir.

İstihsan veçhine göre ise, velî oğlunun sahip olduğu şeylerin dolaylı olarak sahibi olup yükümlülüklerine katlanma sorumluluğu kendisinde olduğu için yapılan bu alışverişin oğlu için olmasında herhangi bir sıkıntı yoktur. Dolayısıyla alışveriş ma'tuh oğul için geçerlidir.

Kıyasın tercih sebebi, burada cariye nin yükümlülüklerinin kimin olacağı husus ile ilgili olarak kıyas veçhi tercih edilir. Zira zahiren bir fesat söz konusu olsa da hakikatte aklı zayıf olan oğlun zararına olan bir satın almanın önüne geçilmiştir.

³⁰⁸ en-Nâtîfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.723-724; el-Hanefî, *Risâle fimâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.182b; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-izâh*, s.318; Rahâvî, *Haşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.816.

Bu da zahiren tesiri kuvvetli fakat gizli olarak fesadı gerektiren istihsanın terkinin gerekli kıldığı kanaatindeyiz.

3.6.10. Onuncu Mesele

Araştırma konumuzun onuncu meselesi hatayla adam öldürme ve diyet bahisleriyle ilgilidir. Bu mesele, kıyas ve istihsana dayanarak nasıl farklı hükümler ortaya konulabileceğinin en açık örneği sayılabilir. Bu yüzden konunun daha iyi anlaşılması için diyet hakkında kısaca bilgi vererek başlangıç yapacağız.

Sözlükte diyet, *ödemek*, *vermek* anlamında olan *vedy* mastarından türetilmiştir. Fıkıhta, bir şahsın haksız olarak öldürülmesi, sakat bırakılması veya yaralanması durumunda ceza ve kan bedeli olmak suretiyle mağdur tarafa ödenen mal veya parayı ifade eder.³⁰⁹ Diyet, İslâm ceza hukukunun (ukûbat) en önemli konularından bir tanesidir. Fıkıhta cezalar had, kısas-diyet, ta'zîr olarak üç gruba ayrılır. Ölüm, yaralama ve sakatlığa yol açan saldırı, müessir fiil ve kusurlu davranışlara *cinayet* denilmektedir. İnsan hayatına, vücut bütünlüğüne yönelik işlenen suçlar, suça eş değer bir ceza ile mukabele edilecekse *kisas*, suç karşılığında belirli oranlarda tazminat ödenmeyi gerektiriyor ise *diyet* ana başlığı altında değerlendirilir. Kasten adam öldürmelerde asıl ceza kısas olduğu için diyet sadece hak sahibinin kısastan vazgeçmesi yahut kısasın bir sebepten ötürü mümkün olmaması durumunda devreye giren ikinci derecede (*tâlî*, *bedelî*) bir cezadır.³¹⁰ Diyet miktarı, Hz. Peygamber'den bilgi dünyamızda yerini alan rivayetlerin yanı sıra Râşit Halifelerin söz ve uygulamalarında da ayrıntılı olarak geçer. Hz. Peygamber'in hadislerinde, bu miktar birçok sefer 100 deve olarak beyan edilmiştir. Fakat bazı hadislerde diyet miktarı 1000 dinar altın, 12.000 dirhem gümüş, hatta 200 sığır, 2000 koyun veya 200 elbise olarak da mevcuttur.³¹¹

Onuncu meselemiz şu şekildedir: Bir kişi yolda kazılmış bir çukura düşse, düşerken başka birisine tutunsa, ikinci kişi bir üçüncüye yapışıp her üçü de çukura düşüp ölseler ve kuyuda birbirlerinin üzerinde ölmüş vaziyette bulunsalar, birinci

³⁰⁹ Bardakoğlu, *Diyet*, 9/473.

³¹⁰ Bardakoğlu, *Diyet*, 9/474-475.

³¹¹ Ebû Dâvûd, *Diyât*, 18, 20; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, 7/124-128.

düşenin diyeti çukuru kazana aittir. İkinci düşenin diyeti birinciye ait olup üçüncü düşenin diyeti ikincinin sorumluluğundadır. Bu hüküm kıyasa göre belirlenmiştir.

Fakat bu konu hakkında ikinci bir görüş şöyledir: Birinci düşenin diyeti üçe bölünür, üçte biri çukuru kazana, üçte biri ise düşen ikinci kişiye aittir. Zira üçüncü şahsı birincinin üzerine çeken ikinci kişidir. İkinci kişiyi kuyuya çeken birinci kişi olduğu için diğer üçte birlik bölüm heder olmuştur.

İkinci düşenin diyeti ise ikiye taksim edilir. Birinci yarısı heder, diğer yarı ise birinciye aittir.

Üçüncünün diyeti ise ikinciye ait olmakla beraber iki parçadır. Birinci yarısı heder, diğeri ise birinci şahsa aittir. Yahut üçüncünün diyetinin tamamı ikinciye ait olup onun sorumluluğundadır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki olayın nasıl meydana geldiği bilinmiyorsa üçüncü şahıs yarım diyeti hak eder, diğer yarısı hederdir/boşa gider.³¹²

Burada kıyas veçhi, ölüme sebep olanlar dikkate alınarak belirlenmiştir. Zira öldürme fiilinin kuyuyu kazma ve kuyuya çekme olarak gerekçelendirilmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Bu da istihsan ve kıyas tearuzundaki gerekçelendirmelerde, kıyasın fesadının açık ama etkisinin güçlü olduğu durumdaki kıyasın tercih edilmesini gerektirmektedir. Zira istihsandaki hükme müessir olan illete, ölüme sebep olmanın kişilere eşit olarak dağıtılması ile ulaşılmıştır. Bu da her ne kadar zahiren sıhhati gerekli kılssa da bozukluğu (fesat) kendisinde gizlidir. İstihsanda gizli olan bozukluk (fesat), ölüme neden olan gerçek sebebin tespitinde şüphe ile detaylandırmak suretiyle kesin ihtimalin göz ardı edilmesidir. Bu durum da bizim kanaatimize göre kıyasın gizli olan gerekçesini kuvvetlendirmektedir. Zira kıyasın illeti, ilk kişinin kuyuya düşmesi ve diğerleri içinse düşerken çekilme ihtimali sebebiyle ölümün gerçekleştiği bir hakikattir.

Nâtîfî (v.446/1054) burada şunları kaydeder; “*Hocamız Ebû Abdullah el-Cürcânî bunu Ebû Bekir er-Râzî’den (Cessâs) o da Ebu’l-Hasen el-Kerhî’den*

³¹² en-Nâtîfî, *el-Ecnâs ve’l-furûk*, s.724; Nesefî, *el-Kâfî şerhu’l-Vâfî*, c.2, vr.319b-320a; el-Hanefî, *Risâle fîmâ ühize bi’l-kıyâs ve türîke’l-istihsân*, vr.182b-183; Tahtâvî, *Hâşîye alâ Merâkil’felâh şerhi Nûri’l-îzâh*, s.318; Rahâvî, *Hâşîye alâ Şerhi ibni’l-Melek li metni’l-Menâr*, s.816.

nakletmiştir". Yukarıda belirtilen ikinci görüş Ebu Yusuf'un istihsana göre belirttiği/ifade ettiği görüştür.³¹³

3.6.11. On Birinci Mesele

Bir adam kölesi için "bu benim oğlum" veya cariyesi için "bu benim kızımdır" dese, köle/ cariye azat olur. Bu meselede de diğerlerinde olduğu gibi kıyas alınıp istihsan terk edilmiştir.³¹⁴

³¹³ en-Nâtîfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.724; el-Hanefî, *Risâle fîmâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.183.

³¹⁴ en-Nâtîfî, *el-Ecnâs ve'l-furûk*, s.724; Nesefî, *el-Kâfî şerhu'l-Vâfî*, c.2, vr. 262b; el-Hanefî, *Risâle fîmâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, vr.183; Tahtâvî, *Hâşiye alâ Merâkil'felâh şerhi Nûri'l-îzâh*, s.318; Rahâvî, *Haşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, s.816.

SONUÇ

Kıyas ve istihsan aslında birbirinden farklı gibi gözükken veya zihinlerde farklı şekillerde kategorize edilen temeli mantığa ve akla dayanan iki önemli yöntemdir. Söz konusu iki kavramın öncelenme problemi her ne kadar klasik usul eserlerinde farklı başlıklar altında değerlendirilse de, derli toplu bir şekilde ele alınmamıştır.

Kıyas denilince akla, hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin hükmünü, aralarındaki ortak özelliğe veya benzerliğe dayanarak hükmü açıkça belirtilen meseleye göre belirlemek manasında olan şeri' delillerin dördüncüsü; istihsan denilince de akla özel gerekçelerle açık kıyastan, genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp olayın özelliğine uygun çözüm bulma metodunu ifade eden yöntem gelmektedir. İstihsanın, kıyasın (genel kural) çeşitli meseleleri hakkaniyete uygun bir şekilde çözüme kavuşturamadığı yerde süspansiyon görevi gören bir delilmiş gibi lanse edilmesinin yanlış olduğu bu araştırma neticesinde ortaya konulmuştur. Biz yüksek lisans seviyesindeki bu araştırmamızda ulaştığımız sonuçlar şöyledir:

1. Nâtıfî'nin ilk dönem fakihlerinden olması nedeniyle bize Hanefî fukahanın kıyas ve istihsan teâruzunda furu fıkıh özelinde yapmış oldukları içtihatları *el-Ecnâs ve'l-furûk* adlı eserinde toplu olarak bir başlık altında vermiş olmasının önemi yadsınamaz.

2. Mezhep özelinde Hanefiler'in kıyastan ne anladıkları ve kıyası kabul ettikten sonra kıyasın şeri deliller hiyerarşisinde edinmiş olduğu yerin önemini beyan sadedinde Kitap, Sünnet ve İcmâdan sonra yeni sayılabilecek meselelerin çözümünde dayandığı asla binaen kıyasın ne kadar işlevsel olduğu bir gerçektir. Zira hicri ilk üç asırda kıyas ile birçok mesele çözümlenmiş olup, bugün ise kıyasın bu işlevini tahric metodunun görebileceği düşünülmektedir. Şâri' adına, Şâri'in rızası doğrultusunda doğru olan hükmü tespiti yönelik içtihadın mutlaka elimizde mevcut asıllara dayandırılması gerektiği bir gerçektir.

3. Kıyas ile ilgili olarak illetin önemi ve hüküm izharında illet tespitinin zorluğu herkesçe malum olup, mansus illetin kapsam dışı olduğu açıktır. Zira Şâri' ilgili illeti kendisi beyan etmek suretiyle ihtimallere fırsat vermemiştir. Fakat müstenbat illet hakkında naslarda herhangi bir şeyden bahsedilmeyip tespiti içtihat alanına bırakılmıştır. Kanaatimizce illetin naslarda sarahaten belirtilmemiş olması

hükümlerin tespitinde serbest bir alanın olması ve gerekli yer ve zamanda bu tespitin müçtehitlerin gayretine bırakılmış olması kulların menfaatinedir.

4. İletlerin mansus - müstenbat, gizli (hafî) – açık (celî), kuvvetli – zayıf ve asılların sayısı gibi itibarlar ile taksim edilmiş olması ilgilitesbitin kıyas ve istihsan açısından son derece dikkat edilmelidir. Zira ayrıntılarda yapılacak olan yanlışlık hükme tesir edeceği için mühimdir.

5. Konumuzun diğer veçhesini oluşturan istihsan her ne kadar kimi imamlarca eleştirilse ve onunla hüküm açıklama gayretinde bulunan fukaha ciddi ithamlarla karşılaşsa da aslında istihsan, müçtehidin tatbiki neticesinde Şâri'in muradını en iyi şekilde hükme yansıtan delildir, denilse yeridir. Zira istihsan sadece istisna yani genel kural olan kıyastan bazı sebepler neticesinde dönmek değil, aynı zamanda gizli olan tesir gücüne sahip illet dolayısı ile genel kuraldan dönmeyi de ifade eder. Yani istihsan hem eser, icmâ ve zaruret sebebiyle genel kuraldan dönmeyi, hem de hafî (gizli) kıyas ile genel kuraldan vazgeçmeyi ifade eder. Okumalarımız neticesinde ulaştığımız sonuca göre, istihsan kavramı genel bir kavram olup ifade ettiğimiz iki kısmı da içerisinde barındırır.

6. İkinci kısmı itibariyle istihsan içtihat alanı olduğu için Hanefî fukaha kimi yerde istihsan ile amel etmiş kimi yerde genel kural dışına çıkmayı uygun görmemiştir. Böylesi bir durum mezhep içerisinde farklı içtihatlar serdedilmesine yol açmıştır. Bu sebeple biz araştırmamızda imamların ittifak ettikleri istihsana, Ebû Hanîfe'nin Ebû Yusuf veya İmam Muhammed'den biriyle ittifak ederek yapmış olduğu istihsana, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in ittifak ederek Ebu Hanife'den ayrı olarak yaptıkları istihsana ve her imamın bağımsız olarak yapmış oldukları istihsana farklı başlıklar açarak örnekler vermek suretiyle değindik. Bu şekilde yapılan bir ayırım bize, Hanefî mezhebinin kurucu imamlarının içtihat esnasında dikkat ettikleri ölçütleri bildirmesi yönüyle önemlidir.

7. Araştırmamızda ulaştığımız olduğumuz ve aslında konunun tam manasıyla anlaşılmasını sağlayan mesele kıyas ve istihsan teâruzunda kastedilen kıyas ve istihsanın mahiyetidir. İşte bu teâruzdaki kıyas, fer' ile aralarındaki ortak özelliğe binaen aslın hükmünü vermek manasındaki celî kıyastır. İstihsanı iki kısım olarak ele aldığımızda ilk kısım olan genel kuraldan istisna olarak söylenen istihsan, burada kesinlikle kastedilmemektedir. Çünkü bu alan eser (Kitap, Sünnet ve Sahabe kavli)

icmâ ve zaruret alanı olduğu için içtihadı kapalı alan olarak değerlendirilir. Dolayısıyla konumuzda ele alınan istihsan türü, ikinci kısım olan hafî kıyas istihsanıdır. Zira burada hafî kıyas celi kıyasta olduğu gibi bir illete mebni olarak ortaya çıkan içtihadın ifadesidir. İşte burada illetin müessir (müteddi) ve kâsır oluşu, kuvvet ve zayıflığı, ayrıca ortaya çıkan hükmün fesat ve sıhhati devreye girmektedir. Bununla alakalı olarak tez içerisinde verdiğimiz şemayı sonuçta da vermek tez içeriğinden haber vermesi yönüyle zaruridir.



8. Bilindiği gibi her iki manasıyla da istihsanın kıyasa tercih edildiği meseleler sayılamayacak kadar çoktur. Bunların örnekleri bütün furu fıkıh eserlerinde yerlerini almıştır. Fakat kıyasın istihsana (hafî kıyas) öncelendiği yerler sınırlıdır. Bu meseleler on bir ile yirmi bir yer arasında değişmekle birlikte kesin olarak İmam Muhammed'den rivayetle on bir yer tespit edip, ulaştığımız sonuç çerçevesinde bu örnekleri tahlil etmeye çalıştık.

BİBLİYOGRAFYA

-A-

AHMED B. HANBEL (v.241/855), *Müsned*, Müessesetü'r-Risâle, thk. Şuayb el-Arnâvut, Beyrut 1999, 2. Baskı, 1-50.

ALİ HAYDAR (Büyük), (v.1903) *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1966.

ALİ HAYDAR (Küçük), (v.1935), *Durerü'l-hukkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm; şerhu'l-kavâidi'l külliyye*, İstanbul 1330.

ÂLU TEYMİYE, Ebu'l-Abbas Ahmed b. Abdülhalim (v.728/1327), *el-Müsevede*, thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamit, Matbaatu'l-Medenî, Kahire 1964.

ÂMİDÎ, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed (v.631/1233), *el-Îhkâm fî usûli'l-ahkâm*, thk. D. Seyyid el-Cemîlî, Beyrut 1404, Daru'l-Kitabi'l-Arabî, 1. Baskı, 1-4.

APAYDIN Yunus, *İstihsan'ın Mahiyeti ve İşlevi*, İslami İlimler Metodoloji/Usul Problemi-2, Tartışmalı İlmî İhtisas Toplantıları-2, İstanbul 2009.

-----md. *Kıyas*, DİA, 25, s.529-539.

-----md. *Şahit*, DİA, 38, s.278-283.

AYBAKAN, Bilal, md. *Selem*, DİA, 36, s.402-405.

-----md. *Vekâlet*, DİA, 43, s.1-6.

AYDIN, Mehmet Akif, md. *Mehir*, DİA, 28, s.389-391.

-B-

BÂCÎ, Ebu'l-Velîd Süleyman (v.474/1081), *el-İşârâtü fî ma'rîfeti'l-usûl ve'l-vicâzeti fî ma'na'd-delîl*, thk. Muhammed Ali Ferkûs, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1996.

BÂHUSEYN, Yakup Abdülvehhab, *Rafu'l-harac fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad 2001, 4. Baskı.

BAKKAL, Ali, *İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa 2001.

BALTACI, Muhammed, *Menâhicü't-teşrî'l-İslâmî fi'l-kami's-sânî el-hicrî*, Dâru's-Selâm, Kahire 2007, 2. Baskı, 1-2.

BARDAKOĞLU, Ali, md. *İstihsan*, DİA, 23, s.339-347.

-----md. *Diyet*, DİA, 9, s.473-479.

BASRÎ, Ebu'l-Hüseyin Muhammed b. Ali (v.436/1044), *el-Mu'temed fi usûli l-fikh*, thk. Halil el-Mis, Beyrut 1983,1. Baskı, 1-2.

-----*Şerhu'l-'umed*, thk. Abdülhamid Ali Ebû Züneyd, Mektebetü'l-Ulûm ve'l-Hikem, Medine 1990.

BEDİR, Murteza *The Power of Interpretation: Is Istihsan Qiyas*, Islamic Studies, sayı:42, 2003, 7-20, ç. Ebubekir ALAN.

BUHÂRÎ, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail (v.256/869), *el-Câmiu's-sahih*, thk. Mustafa Dîb el-Boğa, Dâru İbn Kesîr, Beyrut 1987, 1-6.

BUHÂRÎ, Abdülaziz b. Ahmed (v.730/1330), *Keşfu'l-esrâr*, Kahire ts., 1-4.

-C-

CESSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (v.370/981), *Ahkâmu'l-Kur'an*, thk. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî, Kahire ts., 2. Baskı, 1-4.

-----*el-Füsûl fi'l-usûl*, thk. Acîl Câsim en-Neşmî, Kuveyt 1994, 2. Baskı, 1-4.

CÜVEYNÎ, Ebu'l-Meâlî Abdülmelik b. Abdullah (v.478/1085), *el-Burhân fi usûli l-fikh*, thk. Abdülazîm Mahmûd ed-Dîb, Mısır 1400, 4. Baskı, 1-2.

-----*Kitâbü't-Telhîs fi usûli l-fikh*, nşr. Abdullah Cevlem en-Nîbâlî - Şübeyr Ahmed el-Ömerî, Beyrut 1417/1996, Dâru'l-Beşâiru'l-İslâmiyye, 1-3.

-Ç-

ÇALIŞ, Halit, *Kâsır İletle Ta'lıl Meselesi*, İslam Araştırmaları Dergisi, sayı: 4, 2005, s.73-98.

-----md. *Rehin*, DİA, 34, s.538-542.

-D-

DEBÛSÎ, Ebû Zeyd Abdullah b. Ömer (v.430/1039), *Takvîmü'l-edille fî usûli'l-fikh*, thk. Halil Muhyid'din el- Mîs, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2001.

DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslam Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları*, Basılmamış Doktora Tezi, Erzurum 1981.

-----md. *Müt'a*, DİA, 32, s.174-180.

DUMAN, Soner, *Şafî'nin Kıyas Anlayışı*, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2007.

-E-

EBÛ DAVUD, Süleyman b- el-Eş'as, (v.275/888), *es-Sünen*, İstanbul 1981, 1-5.

EBÛ YA'LÂ, Muhammed b. el-Huseyn el-Ferrâ (v.458/1066), *el-Udde fî Usûli'l-fikh*, thk. Ahmed b. Ali Seyr el-Mübârekî, Riyad 1993, 3. Baskı, 1-5.

ENSÂRÎ, Abdülalî Muhammed (v.1225/1810), *Fevâtihu'r-rahamût şerhu Müsellemi's-sübût*, Beyrut 2002, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye.

ESEN, Hüseyin, md. *Zina*, DİA, c. 44, s.440-444.

-F-

FERFUR, Muhammed Abdüllatif Salih, *Nazariyyetü'l-İstihsan fî't-Teşrii'l-İslâmi ve Silatuhâ bi'l-Maslahati'l-Mürsele*, Dimeşk 1987, 1. Baskı.

-G-

GAZÂLÎ, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (v.505), *el-Mustasfâ fî ilmi'l-usûl*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1993.

-H-

HACAK, Hasan, md. *Rehin*, DİA, 34, s.538-542.

-----md. *Müşa'*, DİA, 32, s.151-152.

HAFNAVÎ, Muhammed, *et-Teâruz ve 't-Tercîh*, Daru'l-Vefa, Mısır 1987, 2. Baskı.

HALLÂF, Abdülvehhab(v.1956), *Mesâdiru't-teşrî'l-İslâmî fimâ lâ nassa fih*, Kuveyt 1993, 6. Baskı.

-----*İlmü usuli'l fikh*, Daru'l kalem, Kuveyt 1406/1986, 20. Baskı.

-----*Târîhü 't-teşrî'l-İslâmî*, Mısır 1956'dan ofset İstanbul 1984, 7. Baskı.

HANEFÎ, İbrahim b. Hasen, ty., *Risâle fimâ ühize bi'l-kıyâs ve türîke'l-istihsân*, yt.1082 Resâilü Nuh Efendi içerisinde, Beyazıt kütüphanesi, Veli efendi 571, vr.181-183.

HEYET, *el-Fetâva 'l-Hindiyye*, Dâru'l-fikr, Beyrut 1991, 1-6.

HUDARÎ, Muhammed Bek (v.1345/1927), *Usûlü'l-Fıkh*, Mısır 1969, 6. Baskı.

-İ-

İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emin (v.1252/1836), *Reddü'l-muhtâr ala'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut 2000, 1-8.

İBNÜ'L-ARABÎ, Ebû Bekir Muhammed b. Abdullah (v.543/1148), *Ahkâmü'l-Kur'an*, thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2003, 1-4.

İBN EMİRİ'L-HÂC, Muhammed (v.879/1474), *et-Takrîr ve 't-tahbîr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1996, 1-3.

İBN HAZM, Ebû Muhammed Ali (v.456/1064), *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, 1-8, Kahire 1984, 1. Baskı.

İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemaluddin Muhammed (v.861/1456), *Fethu'l-kadîr şerhu'l-hidâye*, Dâru'l-fikr, Beyrut ts., 1-7.

-----*Tahrîr (Teysîr şerhi ile birlikte)*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1983, 1-4.

İBN KUDÂME, Ebû Muhammed Abdullah (v.620/1223), *el-Muğnî*, Kahire ts., 1-9.

-----*Ravzatü'n-nâzır ve Cünnetü'l-münâzır*, thk. Abdülaziz Abdurrahman es-sâid, Riyad 1979, 2. Baskı.

İBN KUTEYBE, Muhammed Abdullah b. Müslim ed-Dinori (v.276), *el-Meârif*, thk. Servet Ukkâşe, Kahire 1992, 2. Baskı.

İBN KUTLUBOĞA, Ebu'l-Fedâ Zeynüddin Ebû'l-Adl Kasım es-Sûdûnî el-Cemâlî el-Hanefî (v.879), *Tacu't-terâcim*, thk. Muhammed Hayr Ramazan Yusuf, Dâru'l-Kalem, Dimeşk 1992, 1. Baskı.

İBN MÂCE, Ebû Abdullah Muhammed (v.273/886), *es-Sünen*, thk. Muhammed Fuad Abdülbaki, Dâru'l-Fikr, Beyrut ts.

İBN MELEK, İzzüddin Abdüllatif (v.801), *Şerhu metni'l-Menâr*, İstanbul 1315.

İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrahim (v.970/1562), *Fethu'l-gaffâr (Mişkâtü'l-envâr fi Usûli'l-menâr)*, Beyrut 2001, 1. Baskı.

İCÎ, Adudiddîn (v.756/1355), *Şerhu Muhtasari'l-müntehâ'l-usûli*, thk. Muhammed Hasen Muhammed Hasen İsmail, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2004, 1. Baskı, 1-3.

İLÂHÎ, Muhammed Manzûr, *el-Kiyâs fi'l-ibâdât: Hukmuhu ve eseruhu*, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad 2004.

İZMİRÎ, Muhammed b. Velî (v.1102), *Hâşiyetü'l-Mirât şerhu'l-Mirkât*, İstanbul 1309, 1-2.

-K-

KÂSÂNÎ, Ebû Bekir Alâeddin b. Mesut (v.587), *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1982, 1-7.

KELVAZÂNÎ, Ebu'l-Hattab Mahfuz b. Ahmed (v.510/1116), *et-Temhîd fi Usûli'l-fikh*, thk. Muhammed b. Ali b. İbrahim, Cidde 1985, 1-4.

KOÇAK, Zeki, *İslam Hukuk Metodolojisinde Teâruzu Gidermede Tercih*

Yöntemi (Hanefî Uygulaması), AÜ sosyal bilimler enstitüsü, Erzurum 2004, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

-L-

LÂMİŞİ, Ebu's-Sena, *Kitabun fi Usuli'l-Fıkh*, thk. Abdülmecit Türkî, Dâru'l-Ğarbi'l-İslami, Beyrut 1995.

LEKNEVÎ, Ebu'l-Hasenât Muhammed Abdülhay (v.1304), *el-Fevâidü'l-behiyye fi Terâcimi'l-Hanefiyye*, Matbaatü's-Sa'âde, Mısır 1324, 1. Baskı.

-M-

MERGİNÂNÎ, Ebü'l-Hasan Burhanüddin Ali b. Ebî Bekir (v.593/1197) *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, Kahire 1965, 1-4.

MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud (v.683/1284), *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-Muhtâr*, thk. Mahmud Ebû Dakika, İstanbul 1981, 1-5.

MÜSLİM, Ebu'l-Huseyn Müslim b. Haccâc (v.261/874), *el-Câmiu's-sahîh*, Dâru'l-Ceyl, Beyrut ts.

MOLLA CÎVEN, Ahmed (v.1130) *Nûrû'l-envâr* (Ebü'l-Berekât en-Neseîfî Keşfü'l-esrâr içinde), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1986, 1-2.

-N-

NÂTIFÎ, (v.446/1054), *el-Ecnâs ve'l-furûk*, thk: Mehmet Ali Orhan, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kayseri 1996.

NESÂÎ, Abdurrahman b. Şuayb (v. 303/915), *es-Sünen*, İstanbul 1981, 1-8.

NESEFÎ, Ebu'l-Berekât Hâfizuddîn Abdullah b. Ahmed (v.710/1310), *Keşfü'l-esrâr Şerhu'l-Menâr*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1986, 1. Baskı, 1-2.

-----*el-Kâfi şerhu'l-Vâfi*, Konya Bölge Yazma Eserler Kütüphanesi, Fıkıh 20, h.878, 1-2.

-O-

ORHAN, Mehmet Ali, *el-Ecnâs ve'l-furûk tahkik ve tahlili*, EÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 1996, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

-Ö-

ÖNDER, Muharrem, *Hanefî mezhebinde istihsan anlayışı ve uygulaması*, SÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2000, Yayınlanmış Doktora Tezi.

ÖZCAN, Tahsin, *Nâtfî*, DİA, 32, s.438-439, İstanbul 2006.

ÖZEL, Ahmet, md. *Harbî*, DİA, 16, s.112-114.

-----md. *Müste'men*, DİA, 32, s.140-143.

ÖZEN, Şükrü, *İstihsan Hakkında Bazı Düşünceler*, İslami İlimler Metodoloji/Usul Problemi-2, Tartışmalı İlmi İhtisas Toplantıları-2, İstanbul 2009.

-----*Teâruz*, DİA, 40, s.208-211, İstanbul 2011.

-----*Tercih*, DİA, 40, s.484-487, İstanbul 2011.

-P-

PEZDEVÎ, Ebü'l-Hasan Fahrulislâm Ali b. Muhammed (v.482/1089), *Kenzü'l-vusûl ilâ ma'rifeti'l-usûl*, (*Keşfü'l-esrar şerhi ile*) Kahire,ts., 1-4.

-R-

RAHÂVÎ, Şerefuddin Ebü Zekeriyya Yahya, *Haşiye alâ Şerhi ibni'l-Melek li metni'l-Menâr*, İstanbul 1315.

-S-

SADRUŞ-ŞERÎA, Ubeydullah b. Mesud el-mahbûbî (v.747/1346), *Tavzih şerhu't-Tenkîh*, (Teftazânî'nin *et-Telvîh* şerhi ile), Beyrut 1996, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1-2.

SAHNÛN b. Abdisselâm (v.240/854), *el-Müdevvenetü'l-kübrâ* Beyrut ts.,1-4.

SEMERKANDÎ, Alâeddin Ebü Bekir Muhammed b. Ahmed (v.539/1143), *Mizânü'l-usûl fi netâici'l-usûl*, thk. Muhammed Zeki Abdülber, Katar 1984,1. Baskı.

SERAHSÎ, Şemsüddin Ebü Bekir Muhammed b. Ebî Sehl (v.483), *el-Mebsût*, thk. Halil Muhyiddin el-Mis, Daru'l-Mârife, Beyrut 1993.

-----*el-Usûl*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1993, 1. Baskı.

-Ş-

ŞA'BAN, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, ç. İ. Kâfi Dönmez, Ankara 2012, 16. Baskı.

ŞÂTİBÎ, Ebû İshak İbrahim (v.790/1388), *el-Muvâfakât fi usûli 'l-ahkâm*, thk. Ebû Ubeyde Meşhûr b. Âli Selmân, Beyrut 1997, Dâru ibn Affân, 1-7.

-----*el-İ'tisâm*, thk. Selim b. İ'd el- Hilâlî, Dâru İbn Affân, Suud 1992.

ŞELEBÎ, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi 't-ta'rîf bi 'l-fikhi 'l-İslâmî*, Beyrut 1985.

-----*Usûlü 'l-fikhi 'l-İslâmî*, Beyrut 1986, 3. Baskı.

-----*Ta'lîlü 'l-ahkâm*, Beyrut 1981.

ŞEYBÂNÎ, Muhammed b. Hasan (v.189/805). *el-Asl*, thk. Muhammed Boynukalın, Katar 1433/2012, 1. Baskı.

-----*el-Câmiu 'l-kebir*, thk. Ebu'l Vefâ el-Afgânî, Beyrut 1399, 4. Baskı.

-----*el-Hücce alâ ehli 'l-Medîne*, thk. Mehdî Hasen el-Keylânî, Beyrut 1403, 1-4.

ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali (v.1250/1834), *İrşâdü 'l-fuhûl*, Daru'l-Kitabi'l-Arabî, thk. Ahmet İnyet, Dimeşk 1999, 1. Baskı.

-----*Neylü 'l-evtâr*, İdâratü't-Tabâatü'l-Münîra, Dimeşk bs. 1-9

-T-

TÂC, Abdurrahman (v.1975), *es-Siyâsetü 'ş-şeriyye ve 'l-fikhi 'l-islâmî*, Daru's-selâm, Mısır 2014, 1. Baskı.

TAHTÂVÎ, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed (v.321/933), *el-Muhtasar*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Beyrut 1986,1. Baskı.

-----*Şerhu Meâni 'l-âsâr*, nşr. Muhammed Zührî en-Neccâr ve M.

Seyyid Câdulhak, Beyrut 1414, 1. Baskı, 1-4.

TAHÂVÎ, Ahmed b. Muhammed b. İsmail el-Hanefî, (v.1231), *Hâşiye alâ Merâki'l-felâh şerhi Nûri'l-Îzâh*, nşr. el-Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Mısır 1318.

TİRMİZÎ, Ebû İsa Muhammed b. İsa (v.279/892), *el-Câmiu's-Sahîh*, Şirketü Mektebetü Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, Mısır 1975, 1-5.

TÛFÎ, Necmüddîn Süleyman (v.716/1317), *Şerhu Muhtasari'r-ravza*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki, Beyrut 1987, 1. Baskı, 1-3.

TEFTAZÂNÎ, Sa'düddîn Mes'ûd b. Fahriddîn Ömer b. Burhânidîn Abdillâh el-Herevî el-Horâsânî et- eş-Şâfiî (v.792/1390), *et-Telvîh ala't-Tavzîh*, thk. Zekerîya Amirât Daru'l-Kütübi'l-İlmiye, Beyrut 1996, 1. Baskı, 1-2.

-----*Şerhu'l-Makâsîd*, thk. Abdurrahman Umeyre, 1-4, Beyrut 1989, 1. Baskı.

-Y-

YAMAN, Ahmet, *İstihsan Ne Değildir?*, Usûl İslam Araştırmaları Dergisi, sayı: 8, Sakarya 2007, s. 169-173.

-Z-

ZEHEBÎ, Ebû Abdullah Muhammed (v.748/1374), *Siyeri a'lâmi'n-nübelâ*, Müessetü'r-Risâle, thk. Şuayb el-Arnâvut, Beyrut 1996, 11. baskı, 1-23.

ZERKÂ, Mustafa Ahmet, *el-Medhali'l-fikhiyyi'l-âm*, Dâru'l-Kalem, Dimeşk 2004, 2. Baskı, 1-2.

-----*el-Istislâh ve 'l-mesâlihi l-mürsele*, Dimeşk 1988, 1.Baskı.

ZERKEŞÎ, Bedreddîn Muhammed b. Bahadır (v.794/1392), *el-Bahru'l-muhît fi usûli'l-fikh*, thk. Muhammed Tamir, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000, 1-4.

ZEYLAÎ, Fahrüddin Osman b. Ali (v.740/1342), *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, Kahire 1313, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, 1-6.

ZEYLAÎ, Cemaluddin Yusuf b. Abdullah (v.762/1360), *Nasbu'r-râye fi tahrîci ehâdîsi'l-hidâye*, thk. Muhammed Avvâme, Müessetü'r-Reyyân, Beyrut 1997, 1-4.

ZİRİKLÎ, Hayruddin b. Mahmud b. Muhammed b. Ali b. Fâris ed-Dimeşkî,
el-A'lâm, Daru'l-İlmli'l-Melâyîn, 15. Baskı, Beyrut 2002, 1-5.

Öz Geçmiş

Aslen Konyalı olup 1987’de Isparta’da doğdu. 2001-2009 yılları arası İstanbul ve Konya’da çeşitli hocalardan medrese eğitimini tamamladı. Bu süre zarfında imam hatip lisesini açıktan bitirdi. Dokuz Eylül İlahiyat Fakültesinden (2014) mezun oldu. “Hanefilerde öncelik açısından kıyas ve istihsan tahlili” adlı tezi ile (2016) İslam hukuku bilim dalında yüksek lisansını tamamladı.

2011-2015 yılları arası Diyanet İşleri Başkanlığı bünyesinde İmam Hatip olarak görev yaptı. Halen Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku alanında araştırma görevlisi olup doktora çalışmalarına devam etmektedir.

Evli ve bir çocuk babasıdır.