



Kocaeli **ilahiyat** Dergisi

ISSN: 2564-677X

Kocaeli Theology Journal

İSTİHSÂN DELİLİ TEMELİNDE İSLAM CEZA HUKUKU HÜKÜMLERİ: SERAHSÎ ÖRNEĞİ

Recep ÇEVİK

Yüksek Lisans Öğrencisi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Temel İslam Bilimleri

e-mail: recep-cevik@hotmail.com Orcid Id: 0000-0002-3388-0345

Halil İbrahim ACAR

Prof. Dr. Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı

Makale Bilgisi / Article Information

Makale Türü / Article Types: Araştırma Makalesi / Research Article

Geliş Tarihi / Received: 26 Mart 2019/ 26 March 2019

Kabul Tarihi / Accepted: 16 Haziran 2019 / 16 June 2019

Yayın Tarihi / Published: 19 Temmuz 2019/ 19 July 2019

Yayın Sezonu / Pub Date Season: Haziran / June

Cilt / Volume: 3 Sayı / Issue: 1 Sayfa / Pages: 157-184

Öz

İstihsân delilinin fıkhındaki konumu mezhepler arasında sürekli tartışılmalıdır. Başta Hanefî mezhebi olmak üzere, birçok mezhep hüküm çıkarmada istihsân deliline müracaat etmiştir. Öyle ki; istihsân denilince akla ilk gelen mezhep Hanefî mezhebi olmuş, delil mezhep ile adeta özdeşleşmiştir. Oysa Mâlikî ve Hanbelî gibi mezheplerin söz konusu delille sonuca ulaştıklarına dair misaller de bulunmaktadır. Öte yandan başını Şâfiî'lerin çektiği diğer bir grup da, istihsânın hücciyetine şiddetle karşı çıkmış, muhaliflere karşı ağır ifadeler kullanmaktan geri durmamışlardır. Akıl melekesinin naslardaki makâsıdı kavramada ne kadar etkin olduğu görülen istihsân delilinin daha iyi anlaşılması adına, konuyu Hanefî mezhebi perspektifinde değerlendirmek yerinde olacaktır. Bunun için çalışmamızda, Hanefî akılcılığının ilk ve en tipik uygulamalarına rastlanılan Şemsüleimme es-Serahsî'nin (ö. 483/1090 [?]) *el-Usûl* ve *el-Mebsût* adlı eserlerindeki, istihsân deliliyle ulaşılan İslam Ceza Hukukuna dair hükümleri ele almak hedeflenmiştir. İlk olarak istihsânın İslam fıkhındaki genel konumuyla beraber Serahsî'nin yaklaşımı mukayese edilmiş, daha sonra İmam'ın hem kendi mezhebindeki bazı fukahaya hem de istihsânın hücciyetine muhalif olanlara yönelttiği eleştirilere yer verilmiş ve son olarak da Müellif'in, bahsedilen eserlerindeki ceza hukukuna dair bölümlerde istihsân delilini nasıl ele aldığı ve değerlendirdiği mercek altına alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, es-Serahsî, , *el-Mebsût*, *el-Usûl*, İstihsân, Kıyas, Hadd, Kıyas

The Provisions Of Islamic Criminal Law On The Basis Of Istihsân: Sarakhî Sample

Abstract

The position of istihsân evidence in Islamic law has been constantly discussed among sects. Many sects, especially in Hanafî sect, have applied to istihsân for making provision. So much so; when istihsân was mentioned, the first sect that came to mind was the Hanafî sect and the mentioned evidence became synonymous with the sect. However, there are plenty of examples that sects such as Mâlikîs and Hanbalîs have come to the conclusion of the mentioned evidence in question. On the other hand, another group, which was headed by Shafî sect, strongly opposed to be evidence of istihsân, and did not hesitate to use heavy expressions against the dissidents. In fact, it would be appropriate to evaluate the istihsân evidence, which we see how effective intellect for understanding the targets of nass, from the perspective of the Hanafî sect. For this reason, we discussed the applications of the subject in Islamic Criminal Law and istihsân evidence of it is aimed to analyze well in our study, including to *al-Usûl* and *al-Mabsût*, which is the first and most typical application of Hanafî rationalism according to Shams al-A'imma Abû Bakr Muhammad b. Ahmad b. Abî Sahl al-Sarakhî (d. 483/1090 [?]). firstly the general position of istihsân in Islamic Law along with the approach of Sarakhî 's was compared, and then the criticism of the Imam towards some of the Fukahâ's in his own sect and the dissidents of the istihsân evidence are given and finally, how it is dealt with and evaluated with istihsân in the Islamic Criminal Law in his mentioned books.

Key Words: Fiqh, al-Sarakhî, *al-Mabsût*, *al-Usûl*, İstihsân, Qiyâs, Hadd, Qiyâs

GİRİŞ

İnsan, Allah'ın halifesi imtiyazına sahip bir varlık olarak yaratılmasının yanı sıra, İslam'ın öngördüğü hukuk sistemiyle can, akıl, nesil, din ve malın korunmasına yönelik aldığı tedbirlerin uygulamakla memurdur. Bu amaçlara matufen fıkıh ilmi; canın korunması amacıyla haksız yere cana kıymayı, aklın korunması amacıyla sarhoş edici ürünlerin tüketimini, neslin korunması amacıyla zinayı ve malın korunması amacıyla hırsızlığı yasaklayan, ayrıca dinin korunması amacıyla da mürtedin öldürülmesini emreden hükümler içerir. Fıkıh alimleri tarafından *Makâsıd-i Diniyye* ve *Zarûrât-ı Hamse* olarak da isimlendirilen bu beş temel kavram, Şâri' tarafından hüküm koymada gözetilen gayeleri ifade eder. Başka bir ifadeyle, bu hükümlerin konulmasıyla hedeflenen genel gayeler bütününe *İslam Hükümlerinin Üst Değerleri* denilebilir.

Fıkıhta hüküm koymaya ilişkin yegâne yetki mercii Allah ve Resulüdür. Nesilden nesile yazılı olarak nakledilen Kur'an'ın içindeki Allah'ın sözlerine *ayet*, Resülünden nakledilen sahih haberlere de *hadis* denir. Bu terimlerin her ikisi fıkıh ilminde *nas* adını alır.

Bir müctehid hükme ulaşırken nas verileriyle hareket etmek zorundadır. Aksi halde ulaşılan sonuca dair fıkıh adına üretilen bir hükümden bahsedilemez. Müctehid karşılaştığı bir meseleye hüküm vermek istediğinde, o meselele ilgili hükmünü evvela naslarda aramaya başlar. Ancak her meselenin hükmü naslarda açıkça bulunmayabilir. Bilhassa insanlığın ilerlemesi ve gelişmesi neticesinde karşılaşılan yeni meseleler, söz konusu hüküm çıkarma konusunda müctehidlerini fikrî anlamda fazla mesai harcamaya sevk etmiştir.

Öte yandan bir meselenin hükmü naslarda bulunsa bile, yukarıda ifade edilen Şâri'in gözettiği gayelerin gerçekleşmeme durumları da söz konusu olabilmektedir. Bu durum nasların çözüm üretmede kifayetsiz kaldığı anlamına gelmemekle beraber, bütün nasların oluşturduğu ahkâm ruhunun meselelerin çözümünde aldığı aktif rolü ortaya koyar. Genel anlamda istisna olarak isimlendirilen bu meselelere fıkıh ilmi özelinde *İstihşân* denmektedir. İstihşân ilk bakışta, hükümle ilintili naslardan yüz çevirmek gibi anlaşılabilir de, derinlemesine düşünüldüğünde bir delilden daha kuvvetli görülen bir delile geçmekten ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Hatta örnekler incelendiğinde, Şâ-

ri'in kulların menfaati adına, ilgili meselenin benzerlerine verilen hükümden farklı bir hükmü bizzat kendisinin verdiği, dahası normal şartlarda olması gereken hükümden vazgeçtiğine şahit olunmaktadır.

İstihşânın, bir istisnâ işlemi şeklinde değerlendirilmesinin yanı sıra, aynı zamanda bir tür kıyas işlevi gördüğü de düşünülmektedir. İstihşânı bu şekilde sematize eden Hanefiler, naklin anlaşılmasında akıl faktörüne mühim bir rol biçtiklerinden olsa gerek, aklın aktif biçimde kullanıldığı kıyas işleminde de bu rolün varlığını gözler önüne sermişlerdir. Onlar kıyasta o kadar maharet kazanmışlardır ki; bu sayede süreç adeta yeni bir kıyas türü olarak istihşâna evrilmiş, akıl yürütmede çığır açabilecek adımlar atılmıştır. Öte yandan, istihşânın hüccet değerini itibarsızlaştıranlara karşı, söz konusu delili savunmaktan da vazgeçmemişlerdir.

Kaleme aldığı eserlerde Hanefî akılcılığının en mümtaz örneklerine rastladığımız hukukçulardan biri İmam Serahsî'dir. *el-Usûl* ve *el-Mebsût* adlı eserlerinde fıkıhın adeta felsefesini yapan Müellif, bu eserlerinde istihşân ile ilgili bazı çıkarımlarda bulunarak fikhî melekelerini geliştirmek isteyenlere ışık tutmuştur. Söz konusu iki eserde ceza hukukuna dair yer verdiği açıklamalar kayda değer bir nitelik arz etmektedir. Biz de bu çalışmamızda O'nun ceza hukukunda istihşân delilini nasıl etüt ettiği üzerinde duracağız.

1. İstihşânın İslam Hukukundaki Genel Konumu ve Serahsî'nin Yaklaşımı

İstihşân, fıkıh ilmindeki kullanımıyla âyet ve hadislerde geçmez. Ancak, nasslarda bir anlayış olarak var olduğu söylenebilir. Zira hükümlerin konulmasına ilişkin uygulanan kolaylık prensibi, fıkıh ilminin en önemli özelliklerindedir. Nitekim "Allah sizin için kolaylık diler, zorluk dilemez." (el-Bakara 2/185), "Allah hiç kimseye kaldıramayacağı yükü yüklemez" (el-Bakara 2/216) gibi âyetlerle, "Kolaylaştınız, zorlaştırmayınız, müjdeleyiniz, nefret ettirmeyiniz"¹, "Dinde en iyi olan kolaylıktır"² gibi hadisler istihşânın meşru bir delil şer'î delil olduğunun Hanefilerce kabul edilmesini sağlamıştır. An-

1 Buhârî, "İlim",12; Müslim, "Cihad" 6,7.

2 Ahmed b. Hanbel , *Müsned*, 5:32.

çak ileride temas edileceği üzere Hanefîler, hüküm istinbatında istihsânı bolca kullandıkları için bir takım eleştirilere maruz kalmışlardır.

Öte yandan, tıpkı ‘Çıkardı’ manasını eşit olarak ifade eden *اِسْتَحْرَجَ* ve *اَخْرَجَ* fiilleri arasındaki ilişkiye benzer şekilde, harf dizilimi olarak naslarda rastlayamadığımız = *اِسْتَحْسَنَ* İstihsân kavramıyla aynı anlama gelen *اِحْسَنَ* fiiline dair örnekler naslarda bulunmaktadır. Bu bağlamda *اِحْسَنَ* fiili Kur’an’da mazi, muzârî, masdar ve ism-i fâil türevleriyle birlikte 35 ayette geçmektedir.³

1.1. Sözlük Anlamı

İstihsan, sözlükte “Bir şeyi güzel addetmek” şeklinde tarif edilmektedir.⁴

İmam Serahsî *el-Usûl*’ünde, istihsânın delil olarak kullanılmasını savunduktan sonra sözlük anlamı vermekle konuya giriş yapmaktadır. İmam, istihsânı hem lugavî hem de ıstilahî anlamlarını ikiye farklı yorumla ele almaktadır. Buna göre istihsân sözlükte;

1) ‘Çirkin görme’ *اِسْتَبَاحَ* anlamının zıddı olarak ‘Bir şeyi güzel bulmak, güzel olduğuna inanmak gibi anlamlara gelir.

2) ‘Emredilen şeye tabi olmak için en güzeli talep etme’ anlamına gelir ki bu manayı “Onlar sözü işitir ve en güzeline uyarlar” (el-Zümer 39/18) âyetiyle delillendirmektedir. Burada tıpkı dua anlamına gelen *الصَّلَاةُ* kelimesinin, İslamî literatürde ‘namaz’ anlamı kazanmasına benzer bir durum söz konusudur.⁵ Dolayısıyla burada bahsedilen mana çeşitliliğini; biri kelimenin temel anlamı olan *Mücerred Mana*, diğeri ise bu asıl manaya ek olan *Mezîd Mana* olarak değerlendirmemiz mümkündür.

3 İlgili ayetler için bk. el-Bakara 2/58, 83, 112, 178, 195, 229, 236; Âl-i İmrân 3/134, 148, 172; en-Nisâ 4/36, 62, 125; el-Mâide 5/13, 85, 93; el-En’âm 6/84, 151, 154; el-A’râf 7/56; et-Tevbe 9/91, 100, 120, 121; Yûnus 10/26; Hûd 11/115; Yûsuf 12/22, 23, 100; en-Nahl 16/90; el-İsrâ 17/23; el-Kehf 18/104; el-Ahkâf 46/15; er-Rahmân 55/60 (Bu ayette iki kere geçmektedir).

4 Muhammed Eş-Şerif el-Cürçânî, *Kitâbu’t-ta’rifât*, Beyrut: Mektebetü Lübnan, 1985, 18.

5 Ahmed b Ebî es-Sehl es-Serahsî, *Usûlü’s-Serahsî*, Lecnetü’l-Meârifî’l-Osmâniyye, 2: 200.

1.2. *Istilahî Anlamı*

Usûlcüler istihsânı şöyle tanımlamaktadırlar: Biri açık diğeri daha ince düşünce ile anlaşılan iki kıyasın karşılaştırılması halinde ikinciyi birinciye tercih etmek yahut gerektiren bir sebep ve delil bulunduğu için umumi kâideden bir hususu istisna etmek, çıkarmaktır.⁶

Tanımlamada genel kanıyı ortaya koymak adına, istihsânın istilahî olarak başka fukaha tarafından da birçok tarifinin yapıldığına rastlamaktayız. Bu tariflerin her birini ayrı ayrı zikretmek yerine, ortak noktalarından hareketle; istihsânın, kıyasa göre olması gereken hükümden daha kuvvetli bir delil sebebiyle vazgeçilerek başka bir hükme yönelmekten ibaret olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Hem efrâdını câmi‘ ve ağyârını mâni‘ olması, hem de kapsam itibarıyla daha geniş olarak nitelendirebileceğimiz bir tarif yapmak gerekirse istihsânı şöyle tarif edebiliriz:

‘İstihsân; müctehidin, bir meselede kendi kanaatince o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icma‘, zarûret, gizli kıyas, örf ya da maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir’⁷

Serahsî ise ıstılahta Hanefî fukahasının istihsânı iki şekilde tanımladıklarına yer vermektedir:

1) Şâri‘in, değerlendirilmesini bizim görüşlerimize bıraktığı konularda ictihad ve baskın görüşle amel etmektir. Nasslarda *ma‘rûf* olarak isimlendirilen ve örf'e göre belirlenen mehr ile babanın çocukları için yapması gereken harcamalar örnek olarak zikredilmektedir. Her iki kavramın da miktarı, toplumca hoş karşılanıp İslam Hukukçuları katında uygun görülmektedir.⁸

2) Hakkında sağlam bir inceleme yapmadan önce düşüncenin yöneldiği açık kıyasa aykırı olan delildir. Meseleye sağlam bir incelemeyle odaklandıktan sonra ise, aykırı görülen delilin aslında, kıyasla ulaşılan sonuçtan üstün olduğu

6 Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, İstanbul: Ensar Neşriyat, 1993, 1: 124.

7 Ali Bardakoğlu, “İstihsân”, İstanbul: DİB Yayınları, 2001, 23: 339-347.

8 Serahsî, *Usûlüs-Serahsî*, 2: 200.

ortaya çıkar. Dolayısıyla artık bu aykırı delil ile amel etmek vâcib olur.⁹ Özellikle bu ikinci tarif ile Hanefîlerin istihşân deliline nasıl sıkı sıkı bağlandığını anlamaktayız. Ayrıca istihşânın da aslında bir kıyas işlem olduğu, ancak elde edilmek istenen asıl maksadın ilk bakışta kıyasla elde edilemediğinden dolayı, derinlemesine inceleme sonucu istihşânla ulaşıldığı ortaya çıkmaktadır. Özellikle ikinci tanımdan hareket ettiğimizde, özetle kıyasa '*yüzeysel akıl yürütme*', istihşâna ise '*derinlemesine akıl yürütme*' diyebiliriz.

1.3. Türleri

Hanefî mezhebinin klasik usûl-i fıkıh kitaplarında, istihşânın kendisiyle gerçekleştiği deliller dörtlü bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Öte yandan bahsedilen bu dört farklı istihşân çeşidinden başka örf ile istihşân ve maslahat ile istihşân yapıldığı da kaynaklarda yer almaktaysa da, örfün icmâ ile, maslahatın da zarûret ile sıkı bağlantısı bulunduğundan dolayı ayrı deliller olarak zikredilmelerine gerek duyulmadığı belirtilmiştir.¹⁰ İstihşânın belirtilen dörtlü tasnifi Eser ile istihşân (İstihşânü'n-nass), İcmâ ile istihşân, Zarûret ile istihşân, Kıyâs-ı hafî ile istihşân şeklindedir. İstihşân mutlak olarak zikredildiğinde anlaşılacak kıyâs-ı hafî ile gerçekleşen istihşândır. Başka bir tasnife göre dar anlamdaki istihşân, kıyâs-ı hafî ile eş anlamlıdır. Zikredilen dörtlü tasnife dâhil olan istihşân ise geniş anlamda istihşân olmaktadır.¹¹

1.3.1. Hafî Kıyas İstihşânı

Açık (celî) kıyastan vazgeçip gizli(hafî) kıyasa yönelme işlemidir. Bu durumda celî kıyastan hafî kıyasa yönelmeyi gerektiren delile *Vechül-istihşân* (İstihşânın senedi), istihşânla sabit olan hükme *el-hükmül-müstahsen* (kıyas hilafına sabit olmuş hüküm) denir.

Hafî kıyasın isimlendirilmesinden de anlaşılacağı üzere, istihşân aslında bir tür kıyas işlemidir. Zira illeti hemen anlaşılacak kıyasa celî kıyas yani terminolojik anlamdaki kıyas denirken, illeti hemen anlaşılmayıp derinlemesine dü-

⁹ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*,2: 200.

¹⁰ Bardakoğlu, "İstihşân", 23: 339-347.

¹¹ İzzeddin Abdullatîf b. Eminateddin İbn Melek, *Şerhu'l-Menâr fi'-usûl*, İstanbul: Dâru't-Tibaâtî'l-Âmire, 1292, 85.

şünüldüğünde kavranabilen kıyasa hafî kıyas denmektedir ki, istihsân da hafî kıyasın ta kendisidir. Kural olarak uygulanması gereken terminolojideki kıyas işlemi, fıkıh ilminde gözetilen genel amaçlar göz önüne alındığında çözüme kavuşturulmak istenen meselede zayıf kalırken, istihsân faaliyeti bu aşamada devreye sokularak mesele çözüme kavuşturulmaktadır.

Hafî kıyas istihsânına yönelik kaynaklarda geçen iki türlü sınıflandırma söz konusudur. Bunlardan ilki; tesiri kuvvetli olan ve görünüşte sahih olup fasitliği gizli kıyâs-ı hafî, ikincisi ise tesiri zayıf olan ve görünüşte fasit olup sahihliği gizli kıyâs-ı celîdir. Bu sınıflandırmaya göre kıyâs-ı hafînin birinci kısmı kıyâs-ı celînin birinci kısmına tercih edilirken, kıyâs-ı celînin ikinci kısmı ise kıyâs-ı hafînin ikinci kısmına tercih edilir. Görüldüğü üzere burada esas olan, zâhirlik değil tesirdir.¹²

Usûl kitaplarında hafî kıyas istihsânına dair en göze çarpan örnek olarak vakıf işlemi sunulmaktadır. Buna göre bir zirâî arazinin satış, kira ve vakıf işlemleri noktasında geçiş, sulama gibi yararlanma haklarını içeren irtifak haklarının sabit olup olmaması konusunda bir takım hükümler bulunmaktadır. Şöyle ki; Hanefî mezhebine göre zirâî bir arazinin satış işleminde o araziye ait irtifak hakları sözleşme sırasında belirtilmedikçe alıcıya geçmez. Ancak aynı arazinin kiralanması durumunda ise sözleşme esnasında belirtilmese dahi söz konusu irtifak hakları kiracının hakkıdır. Bu iki işleme yani satış ve kiralama işlemlerine göre, zirâî arazinin vakfedilmesi vakfı yapan açısından bir satış, karşı taraf açısından ise kira muamelesine benzemekte ve dolayısıyla iki farklı kıyasın uygulanmasını mümkün kılmaktadır. Zira vakıf, satışta olduğu gibi karşı tarafa bir mülkiyet transferi görünümünde olduğundan irtifak haklarının vakfeden lehine sabit olması gerekir. Ancak temelde vakıf işlemleri mülkiyet naklini değil, karşı tarafın o maldan istifade etmesini amaçladığından irtifak haklarının vakfedilen taraf lehine sabit olması daha kuvvetli görünmektedir. Dolayısıyla vakıf işlemi, irtifak haklarının nakli hususunda açık kıyas olan satım akdine değil, kapalı kıyas (istihsân) olan kira akdine hamledilir.¹³

12 Mehmed Efendi Molla Hüsrev, *Mir'âtü'l-usûl şerh-i Mirkâtü'l-vusûl*, Dersaadet: Şirket-i Sahafiyye-i Osmaniyye, 1321, 251.

13 Zühaylî Vehbe, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fiqh*, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1999, 89.

1.3.2. *İstisnâ Yoluyla İstihşân*

Umûmî bir kaideden veya küllî bir asıldan cüzî bir meseleyi istisnâ etme işlemidir. Bu durumda istisnâyı gerektiren delile Vechü'l-istihşân (İstihşânın senedi), istihşânla sabit olan hükme el-hükmü'l-müstahsen (kıyas hilafına sabit olmuş hüküm) denir.

Temelde bir istisnâ işlemi olan istihşânın bu kısmında, çözüme kavuşturulması beklenen bir olayda, benzerlerine uygulanagelen genel bir kuralın dışına çıkılması söz konusudur. Bu istisnâ işlemi ya Şâri' tarafından bizzat yapılır ya icmâ' yoluyla gerçekleşir ya da zaruret sebebiyle olur. Bazı usûl kitaplarında bu üç maddeyle beraber maslahat ve örf sebebiyle istihşân maddeleri sayılsa da, bunların ilgili üç maddeyle sıkı bir bağlantısı olmalarından dolayı kanaatimizce istihşânın ayrı sebepleri olarak zikredilmelerine gerek yoktur. Yapılan bu eklemeler, istihşânın içerik ve işleyiş prensibini sulandırmaktan öteye geçemez.¹⁴ Ayrıca Serahsî'nin de konuyu maddelendirmesi bu minval üzeredir. Zira 'Kıyasın terki' olarak ifade ettiği istihşânı bazen nassla, bazen icmâ'yla, bazen de zaruretle olacağını belirtmiştir.¹⁵

1.3.2.1. *Nass Sebebiyle İstihşân*

İstisnâî hüküm getiren özel nas, âyet ya da hadis olabilir. Genel anlamda *İstihşânü'n-nas* diye isimlendirilen bu işlem, genellikle özel nas sünnet olduğu için bu çeşit istihşâna *İstihşânü's-sünne* de denir.

Serahsî nass ile yapılan kıyasın terki işlemine; istihşân delilini çokça kullanmakla eleştirilen Ebû Hanîfe'nin (ö. 150/767) unutarak yemek yiyen oruçlu hakkında söylediği '*Şayet hadis olmasaydı, elbette kaza etmesini söyledim*' sözünü hatırlatmakla giriş yapmaktadır.¹⁶ Böyle yapmakla, istihşânın umdesi olarak Ebû Hanîfe'yi kabul ettiğini ihsas ettirmenin yanı sıra, O'nun hükme ulaşmada nasıl titiz davrandığına ve keyfî hareket etmediğine dair istihşân muhaliflerine bir bakıma yanıt vermektedir. Aynı zamanda bu meselede Şâri'in istihşânı bizzat kendisinin yaptığına dair Serahsî'nin kabulü anlaşılmaktadır.

14 Bardakoğlu, "İstihşân", 23: 339-347.

15 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, 2: 201.

16 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, 2: 202.

İstisnâî hüküm getiren özel nassın âyet olmasına örnek, vasiyetin meşruluğuna dair hüküm içeren Nisa sûresi 11. âyetidir.¹⁷ Âyette, ölünün vasiyeti yerine getirildikten sonra mirasta hak sahibi olanların paylarının dağıtılması emredilir. Oysaki genel kural gereği temlik işlemi, mülkiyetin ortadan kalkacağı bir zamana bağlanamaz. Burada kişi vasiyet işlemiyle, hayatta olmayacağı bir zamanda temlik yapılmasını istemektedir. İşte ilgili âyette gelen özel nass, bu kurala bir istisnâ getirmiştir. Yani başka bir ifadeyle; vasiyet kıyasa aykırı olarak istihsânen caiz görülmüş, dahası istihsân kuralı bizzat Şâri' tarafından uygulanmıştır.

Bahsi geçen özel nassın hadislerdeki örneklerine de rastlanmaktadır. Hz. Peygamberin hadislerinden genel olarak anlaşılan kurala göre ma'dûmun, yani satış esnasında mevcut olmayan bir malın satışı caiz değildir. Ancak, peşin parayla veresiye mal için yapılan akit olan selem akdine, yine bizzat Hz. Peygamber tarafından müsaade edilmiştir.

Nass sebebiyle istihsâna yukarıdaki örneklerin yanı sıra; oruçlunun unutarak yiyip içmesinin orucunu bozmaması ve alışverişte şart muhayyerliğinin varlığı gibi konular da örnek olarak zikredilebilir. Bütün bu naslarla ulaşılan hükümlerde Şâri'in, umûmî bir faydayı temin etmeyi kastettiği anlaşılır. Buna göre Şâri' böyle bir istisnâyla, kulların menfaatini gözetmiştir. Sabit olan hüküm bizim açımızdan nassla sabit olmuştur ancak, Şâri' açısından, bahsettiğimiz anlayış ve hüküm vaz etmedeki ruhla sabit olmuştur. Başka bir ifadeyle Şâri' söz konusu nassın hükmünü bu anlayış ve ruh çerçevesinde vaz etmiştir. İşte istihsânı nasların rehberliğinde icra etmeye çalışan müctehid, bahsedilen gayeleri göz önünde bulundurarak hükme ulaşır. Dolayısıyla istihsân; içinde menfaat, zaruret gibi kavramları barındıran şemsiye bir kavramdır.

17 İlgili ayetin meali şöyledir: Allah size, çocuklarınız hakkında erkeğe, iki kadın payı kadar (vermenizi) emreder. İki'den fazla kadın iseler bıraktığının üçte ikisi onlarındır. Eğer yalnız bir kadınsa yarısı onundur. Ölenin çocuğu varsa, ana-babasından her birinin mirastan altıda bir hissesi vardır. Eğer çocuğu yok da ana-babası ona vâris olmuşlarsa anasının hakkı üçte birdir. Ölenin kardeşleri varsa anasının payı, vasiyetten ve borçtan sonra altıda birdir. Babalarınız ve oğullarınızdan hangisinin fayda bakımından size daha yakın olduğunu bilemezsiniz. Bunlar Allah tarafından konmuş paylardır; şüphesiz Allah ilim ve hikmet sahibidir.

1.3.2.2. İcmâ‘ Sebebiyle İstihşân

Bu tür istihşân; bir devirde yaşayan müctehidlerin bir meselede, o meselenin benzerlerine verilen hükmün dışında hüküm vermeleri şeklinde gerçekleşir.¹⁸

Başta Serahsî'nin eseri olmak üzere, usûl kitaplarında yaygın olarak verilen örnek eser (*Istisna‘*) sözleşmesidir.¹⁹ Bu sözleşme, sözleşmeye konu olan şeyin, sanatkârın belli bir zaman içinde yerine getireceği eser üzerine yapılmasıdır. Burada yapılan akit, *Ma‘dûmun satışının yasak olduğu* şeklindeki genel kurala aykırı bulunmaktadır. Ancak zamanla insanlar arasında bu yönde bir uygulamanın yaygınlık kazanması ve hiçbir müctehidin bu uygulamaya itirazda bulunmadığı gerekçesiyle istisna‘ akdinin cevazı noktasında bir icmâ‘ meydana geldiği ifade edilmektedir. Fakat hükme icmâ‘ sebebiyle ulaşıldığına yönelik olan bu yaklaşım tarzı, aynı hükmün sünnetle sabit olduğu gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmıştır. Eleştiri getirenler böyle bir aktin, icmâ‘ sebebiyle değil de, nass sebebiyle sabit olduğuna dair kanaatlerini belirtmişlerdir.²⁰

Belirli bir ücret karşılığı hamamların kullanımı da bu maddeye örnek olarak sunulabilir. Hamamda kullanılacak olan su miktarı ve kalma süresindeki belirsizlik akitlerde genel kural olan *‘Akitteki belirsizliğin onu ifsat edeceği’* iken, zamanla örf haline gelen bu uygulamaya hiçbir müctehid karşı çıkmamış ve bir tür icmâ‘ meydana gelmiştir.

1.3.2.3. Zaruret Sebebiyle İstihşân

Zaruret veya ihtiyacı karşılamaya yönelik gerçekleşen istihşândır. Suyun bir miktarının ya da pislenme sırasında mevcut olduğu tahmin edilen miktarın boşaltılmasıyla, pislene kuyunun temiz olarak kabul edilmesi örnek olarak verilebilir. Buna göre genel kural pislene kuyunun, necaset tamamen giderilmedikçe temiz sayılmamasıdır. Ancak ister suyun bir kısmı isterse tamamı boşaltılsın kuyunun tam olarak temizlenmesi mümkün olmadığı için bir zaruret hâsıl olmuştur. Müctehidler buradaki zarureti göz önüne almış söz

18 Vehbe, *el-Vecîz fi Usûli'l-Fiqh*, 89.

19 Serahsî, *Usûlûs-Serahsî*, 2: 203.

20 Bardakoğlu, “İstihşân”, 23: 339-347.

konusu genel kuraldan istisnâ yaparak, böyle bir kuyunun istihsân yoluyla temiz kabul edileceği hükmüne varmışlardır.

Serahsî, ilk iki istihsân türü olan nass ve icmâ‘ sebebiyle istihsânın istisnâî hükümlerden ibaret sayılması ve bunlara kıyasla yeni çözümlere gidilememesi üzerinde durmaktadır. Dolayısıyla bu istihsân türlerinde ta‘diye(geçişlik) söz konusu değildir. Öyle anlaşılıyor ki İmam bu açıklamasıyla muhtemelen; istihsânın ‘Nassları keyfi yorumlama ameliyesi’ olduğuna dair töhmete set çekmeyi; başka bir açıdan da, bu yolla istihsânı sulandırma işleminin de önüne geçmeyi hedeflemiştir. Öte yandan gizli kıyas istihsânına ‘istihsân’ olarak isim verilse de aslında sadece bir kıyas işlemi olduğu, dolayısıyla bu tür istihsân uygulamasının benzeri olaylara da uygulanması gereğinin altını özenle çizmektedir.²¹ Anlaşılan o ki Serahsî ta‘diyenin, gizli kıyas ve zaruret sebebiyle yapılan istihsânda geçerli olduğunu düşünürken, bu düşüncesini istihsân ile kıyasın bütünleştiğini ihsas ettirerek delilin muteberliğini teminat altına almak istemiştir.

2. İstihsân Delili Bağlamında Serahsî’nin Fukahaya Yönelttiği Eleştiriler

İstihsan deliline yönelik Serahsî’nin fukahaya yönelttiği eleştirilere geçmeden önce bu başlık altında sünî fıkıh mezheplerinin istihsana karşı tutumlarının ele alınacağını belirtmekte fayda vardır. Zira istihsanın delillliğini kabul etmeyen Zahirîler ve İmâmiyye Şîası, aslında kıyasın da delillliğini kabul etmişlerdir. Kıyasın delillğinin inkârı doğal olarak istihsanın da inkârı sonucunu doğurur.²² Dolayısıyla Serahsî’nin cevap vermekle meşgul olduğu istihsan muhalifleri, kıyası delil olarak kabul edenlerdir.

Varlıklarını günümüze değin sürdüren Hanefî, Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleri arasında istihsanı delil kabul etmeyen, sadece Şâfiî mezhebidir.²³ Bununla birlikte İmam Şâfiî’nin (v. 204/820) usûlen istihsanı benimsememesine rağmen istihsan yaptığını söylemek mümkündür. Fakat sonuca ulaşırken

21 Serahsî, *Usûlü’s-Serahsî*, 2: 155.

22 Muharrem Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, İstanbul: Ravza Yayınları, 2009, 145.

23 Abdulvehhâb Hallaf, *Mesâdiru’-teşri’i’l-islâmî fi mâ lâ nassa fih*, Kuveyt: Dar’ul-Kalem, 1982, 77.

yaptığı içtihat şeklini istihşan diye isimlendirmemiştir.²⁴ Keza istihşanın mu-
teber olup olamayacağına dair tartışmaların ortadan kalkacağını bizzat Şâfiî
usulcüler de kabul etmişler²⁵ ve söz konusu ihtilaf temelindeki tartışmaları
sonlandırma gayretini göstermişlerdir.

İstihşanın hucciyeti meselesindeki tartışmaların medarı sadedinde, en
göze çarpan neden olarak tarafların maksatlarının tam manasıyla etüt edil-
meyişini ifade edilmektedir.²⁶ Bazı Şâfiî müellifler de istihşan isminde müsta-
kil bir delilden bahsedilmesine karşı çıkmışlardır.²⁷ Öte yandan ıstılahların
isimlendirilmesi hakkında tartışmanın gereksiz olduğu şeklindeki itiraz²⁸ da
kaynaklarda yer almaktadır.

2.1. Hanefî Fukahasına Yöneltiği Eleştiriler

Hanefilerden bazı müteahhirûn ulemâ; istihşan deliliyle hükme ula-
şılan meselede, istihşanla amel etmenin daha uygun olmasının yanı sıra kı-
yasla da amel edilebileceğini düşünmektedir. Ancak Serahsî bu görüşün bir
vehmden ibaret olduğunu belirtmektedir. Zira İmam'a göre; fıkıh kitaplarında
meselelerin çoğunda zikredilen (انا تركنا هذا القياس) 'Biz bu kıyası terk
ettik' sözü, terk edilen ile amel etmenin caiz olmadığı anlamına gelir. Keza;
kaynaklarda geçen (اني استقبح هذا) 'Doğrusu ben bunu çirkin buluyorum' ifa-
desin terk edilen kıyas hakkındadır. Şer'an amel etmenin caiz olduğu bir delili
çirkin bulmak ise küfürdür. Dolayısıyla, hükme istihşân deliliyle ulaştığımız
bir meselede artık kıyasla amel etmenin caiz olmadığı sonucu ortaya çıkmış
olmaktadır. Ayrıca buradan, istihşânla amel edildiği zaman muarız bir delilin

24 Seyyid Bey, *Usûl-ı fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrade, Kaza ve Kader*, Dersaadet: Kader Matbaası, 1338, 87.

25 Ebu'l-İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali Şirâzî, *Şerh'ul-Lüma*, Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1988, 2: 960.

26 Sadeddin Mes'ûd b. Ömer Tefâtânî, *et-Telvîh*, İstanbul: Bosnevî el-Hâcc Muharrem Efendi Matbaası, 1304, 2: 571.

27 Ebû Hamîd Huccetü'lislâm Muhammed b. Muhammed Gazzâlî, *el-Mustasfâ min ilm'il-usûl*, Bulak: Dar'ul-Ma'rife, 1322, 1: 283.

28 Ubeydullah Mes'ûd b. Buhârî Sadruşşerîa, *et-Tevzîh*, İstanbul: Bosnevî el-Hâcc Muharrem Efendi Matbaası, 1304, 2: 571.

varlığından da öte, daha kuvvetli bir delil sebebiyle zayıf delilin düşürüldüğü anlaşılmaktadır.²⁹

Yeri gelmişken, Serahsî'nin kastettiği müteahhirûn ulemanın kim(ler) olabileceğine dair Prof. Dr. Ali Bardakoğlu'nun Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi'ne yazdığı *'İstihân'* maddesindeki mülhazalarını nakletmekte fayda vardır: *Serahsî'nin isim vermeksizin eleştirdiği Hanefî usûlcüsünün Pezdevî olabileceği ilk nazarda hatıra gelmekteyse de Abdülazîz el-Buhârî, Serahsî'nin ağır tenkidini de dikkate alarak Pezdevî'nin ifadelerinin böyle anlaşılmasını gerektiğini belirtir; onun da istihân karşılığındaki kıyasla amel etme imkânının ortadan kalkacağı görüşünde olduğunu söyleyip kendisinden bu yönde ifadeler aktarır ve neticede uzlaştırıcı bir yorum getirir (Keşfü'l-esrâr, IV, 1124-1125).*³⁰

Görüldüğü gibi İmam Serahsî; bazı müteahhirûn ulemanın ilgili meselede kıyas ve istihânın birer seçenek olabileceğini savunmalarını kabul etmezken, duruma göre kıyasın ya da istihânın ağır basacağı hükümlerin varlığını kabul etmektedir. *el-Usûl* adlı eserinde ceza hukukundaki istihân delilinin konumuna yönelik örnekler de vererek görüşünü pekiştirmektedir. Bu örneklerden ilki istihânın, diğeri ise kıyasın ağır bastığı durumlardır. Örneğin; bir grup şahıs bir eve girip eşyaları toplasalar ve eşyayı içlerinden birinin sırtına yükleseler, diğerleri de o eşya yüklü kişi ile beraber dışarı çıksalar, kıyasa göre sadece eşyayı taşıyana had cezası uygulanır. Oysa istihânen, hepsine hadd cezası uygulanır. Anlaşılan o ki; İmam, bu misalle kıyasın nasıl uygulanamayacağını ya da bir alternatif olamayacağını çarpıcı bir örnekle gözler önüne sermektedir. Zira düşünüldüğünde, buradaki hırsızlık suçu organize bir şekilde işlenmiş, teknik olarak hırsızlık suçunu işleyen eşyayı taşıyan olduğu gözükse bile, bu suçu işlerken süreci yalnız geçirmedeği için diğerleri de cezalandırmaya ortak olmalıdır. Aksi halde cezalandırmadaki caydırıcılık amacı ortadan kaldırılacak ve kötü niyetlilerin konuyu sulandırması gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla bu meselede kıyasın yerine istihânla amel etmek gerekmektedir.³¹

Benzer nitelikteki başka bir örneğe kazf haddinde de rastlamaktayız. Şayet zinâ suçuna şahit olanlar, suçun aynı evdeki farklı yerlerde işlendiğine dair farklı

29 Serahsî, *Usûlüs-Serahsî*, 2: 201.

30 Bardakoğlu, "İstihân", 23: 339-347.

31 Serahsî, *Usûlüs-Serahsî*, 2: 201.

ifade verseler, kıyasa göre aleyhine şahitlik yapılan hadd cezası uygulanmaz. Ancak istihşâna göre uygulanır. Bilinmektedir ki; en ufak bir şüphe dahi olsa hadd cezası düşmektedir. Bu meselede de, şahitlerin ifadelerindeki tutarsızlıktan ötürü kıyasla amel edilerek hadd cezası uygulanmaz.³²

Konuya yönelik olarak bir değerlendirme yapılacak olursa, istihşân delilinin burada uygulanamayacağı sonucuna ulaşırız. Zira Hz. Peygamberin hadd cezalarını uygulamadan önce soruşturma aşamasında, cezanın infazında tabiri caiz ise ayak direttiğini, bir bakıma suçluyu cezadan kurtarmak için önünü açacak sorular sorduğuna dair başta zina haddi olmak üzere birçok örnek bulunmaktadır. Dahası “Şüphelerle haddleri düşürün”³³ hadisiyle bu meramını veciz bir üslupla da ifade etmiştir. Binaenaleyh bahsettiğimiz yaklaşım da göz önüne alındığında, söz konusu meselede istihşânla değil kıyasla amel edilmelidir.

Ceza hukukuna yönelik ortaya konulan yukarıdaki iki misalde de ortaya çıktığı üzere, kıyas ve istihşân birbirlerine alternatif olarak değerlendirilebilecek deliller olmadığı gibi, birinin göz önüne alınması diğerrinin iptalini gerektirmektedir. Keza, ikisi arasında bir tercih yapılacaksa bu tercihi gerektirecek bir başka delil ya da makâsıdın göz önüne alınması kaçınılmazdır. Gerek kıyasın istihşâna rağmen, gerekse istihşânın kıyasa rağmen hükme ulaşmada değerlendirilmesi durumlarında keyfilik ve hevaya göre hareket etmek söz konusu olmayıp, bahsedilen üst değerler dikkate alınmaktadır.

2.2. İstihşâna Karşı Olanlara Yönelttiği Eleştiriler

İstihşân'ın hüküm çıkarmadaki muteberliğinin fukahâ katında tartışmalı olduğu belirtilmişti. Delil olarak kabul etmeleri yanında bu delili kullanmada aşırı gitmekle eleştirilen Hanefilerin yanı sıra, Mâlikî ve Hanbelîler de birçok hükme istihşânla ulaşmışlardır.³⁴ Hatta İmam Mâlik'in “İlmin onda dokuzu istihşândır.” sözünden de anlaşıldığı üzere, bilinenin aksine söz konusu delille sonuca ulaşmada Mâlikîlerin daha da ileri gittiği söylenebilir.³⁵ Öte yandan istihşân karşıtlığında başı çeken Şâfîîlerle beraber, istihşânın hüccet

32 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, 2: 201.

33 Tirmizî, “Hudûd”, 2.

34 Bardakoğlu, “İstihşân”, 339-347.

35 Eyyüp Said KAYA, “Mâlikî Mezhebi”, İstanbul: DİB Yayınları, 2003, 27: 519-535.

değeri konusunda itirazları bulunanların arasında Zâhirîler ve Mu‘tezilî âlimler de bulunmaktadır.

Burada istihsân karşıtlığıyla meşhur olmuş, hatta *el-Ümm* adlı eserinde istihsân deliline reddiye niteliğindeki *‘İbtâlu’l-istihsân’* adıyla müstakil bir bölüm ayıran İmam- Şâfiî’nin (ö. 204/820) *من استحسِن فقد شرع* *‘İstihsân yapan kendiliğinden şeriat getirmiş olur’* sözüyle çok sert ifadelerle tenkitte bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Söz konusu eser üzerine yapılan çalışmalarda³⁶ İmam Şâfiî’nin Hanefîlerin istihsân anlayışına yönelik ciddi tepkisinin olduğuna dair ortak kanaat hâkimdir. Fakat İmam Şâfiî’den sonra gelen mezheb fakihleri, istihsân deliline çokça başvurmuşlardır. Bu da göstermektedir ki, İmam Şâfiî’nin karşı olduğu istihsân keyfi emellerle yapılan tatbikatlardır. Belki de Hanefîlerin, bu meselede doğrudan istihsân demeyip onu, “örf/ zaruret/maslahat yoluyla istihsân” şeklinde kayıtlamasının altında, şimşekleri hepten üzerlerine çekmeme sâiki yatmış olmalıdır. Ayrıca Hanefîler; örf, maslahat, zaruret, sedd-i zerayî‘, umumî belvâ gibi delilleri istihsân başlığı altında mütalaâ etmektedirler.³⁷

İstihsânın delil olarak kullanılmasını eleştirenlere karşı Serahsî, *el-Usûl*’ünde meseleyi ele alırken, muhaliflerin, istihsân yanlılarına şu soruları yönelttiklerine yer vermektedir: İstihsân yanlıları kitaplarında yer verdikleri *انا تركنا القياس واستحسنا* ‘...ancak kıyası terk edip istihsân yaptık’ ifadesiyle, şer’î bir delil olan kıyası terk ederek iyi yaptıklarını sanırlar. Oysa asıl delil olan kıyası terk edip heva ve nefsin isteğine göre şekillenen temelsiz bir delille amel etmek nasıl iyi karşılanabilir? Eğer gerçek bir delil olan kıyası terk etmek istiyorlarsa, şer’î bir delil hak bir delildir, haktan ötesi sapkınlıktan başka ne olabilir? Şayet şer’an batıl bir kıyası terk etmek istiyorlarsa, bununla zaten uğraşmak anlamsızdır. Bazı kitaplarında yer verdikleri *انا نأخذ بالقياس* ‘Biz kıyas yolunu tutuyoruz’ derken, batıl bir delili nasıl alırlar?³⁸

Serahsî; istihsânı delil olarak kullananları hayâ ve takva azlığı ile sorumsuz davranmakla itham edecek kadar ileri giden muhaliflerin eleştirilerine cevap sadedinde şu ifadelere yer vermektedir: *“Delillerin en kuvvetlisiyle*

36 Muhammed b. İdris Eş-Şafî, “İstihsânın İptali” çev. Osman Şahin, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 16 (2003), 389-414.

37 Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku Umumi ve Hususi Hükümler*, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2006.

38 Serahsî, *Usûlü’s-Serahsî*, 2: 201.

amel etmek hevâ ve nefsin isteklerine boyun eğmek demek değildir. İmam Şâfiî de bazı yerlerde استحب ذلك 'Bundan hoşlanıyorum, tercih ediyorum' demiştir. استحسن 'Güzel buluyorum' ile استحب 'Hoşlanıyorum' arasındaki fark nedir? Aksi استحسن hem daha fasih hem de Şari' tarafından istenen manaya mutabık kalmaya daha yakındır'³⁹

İstihşân delili Hanefî fakihleri katında hukukun kaynaklarından sayılmaktadır. Yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere istihşânın; nass, icmâ, zaruret gibi bir dayanağı bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında ikincil bir kaynak olduğu söylenebilir. İstihşânın delil olarak kullanılmasına muhalif olanlar ise onu, bahsedilen şekilde anlamamışlardır. İstihşân yanlıların istihşâna yüklediği anlam, muhaliflerin yüklediği anlamdan tamamen farklıdır. Dolayısıyla, eğer her iki taraf da makbul manada ittifak etmiş olsalardı, onun delil olma hususunda ihtilafa düşmezlerdi. Zira muhalifleri istihşândan anladığı, heva ve hevâye göre hüküm vermektir. Hanefilerin ise böyle manadaki bir istihşânı kabul etmeyecekleri gayet açıktır.⁴⁰

Netice olarak Hanefilerin genel anlamdaki istihşân anlayışı, aslında onların kıyas anlayışının iki yönünün bulunduğu ortaya çıkarmaktadır. Bunların birisi Şâri'in sözlerine yaptıkları kıyastır ki bu bildiğimiz anlamdaki kıyastır. Diğeri ise Şâri'in yaptığı fiile kıyasla kendilerinin de benzer fiilde bulunmasıdır. Yani Şâri', bahsedilen üst değerleri gözeterek kendi koyduğu hükümlerde kullar lehine bir takım esnetmelere gidiyorsa, aynı bu tarzda hem onun koyduğu aslî hükümlerde hem de bizim ulaştığımız tâbi' hükümlerde benzer üst değerler gözetilerek esnetmelere ve istisnâî sonuçlara ulaşabilir.

3. Serahsî'nin Ukûbâta (Ceza Hukuku) Dair Bölümlerde İstihşânı Ele Alışı

İmam Serahsî *el-Usûl* ünde bildirdiğine göre; ahkâmın kısımları dörttür: *Sırf Allah Hakkı Olanlar, Sırf Kul Hakkı Olanlar, Her İki Hakkı Kapsayıp Allah Hakkı Galip Olanlar ve Her İki Hakkı Kapsayıp Kul Hakkı Galip Olan-*

39 Serahsî, *Usûlû's-Serahsî*, 2: 201.

40 Abdülkerim Zeydan, *el-Medhal li Dirâseti'l-Şer'iati'l-İslâmiyye*, Bağdat, 1969, 202-203.

lar. Sekiz neviye ayırdığı *Sırf Allah Hakkı Olan Hükümler* içinde hadd cezalarına, ibadetlerden sonra ikinci sırada yer vermiştir.⁴¹

Sırf Allah Hakkı olarak yer verdiği cezâî hükümler zina, hırsızlık, içki içme haddleridir.⁴² Her iki hakkın bir araya gelip Allah hakkı galip olan hüküm ise kazf haddidir. Ancak bunun Hanefîler katında olduğunu da belirtir. Hirâbe haddi ise sırf Allah hakkı olan hadd kapsamında değerlendirilir.⁴³ Zira Hanefîler, hırsızlığa '*Küçük Hırsızlık*', hirabeye ise '*Büyük Hırsızlık*' adını vermişlerdir. Sadece Hanefîlerin yaptığı bu kategorizelendirme işlemine Serahsî'nin *el-Mebsût* adlı eserinde de rastlamaktayız.⁴⁴

İstihşân delili, fıkhnın her bölümünde olduğu gibi cezâî hükümlerde de kullanılmıştır. Aşağıda, İslâm Ceza Hukukundaki hadd cezalarına dair hükümlerde kullanılan istihşân deliline yönelik Serahsî'nin *el-Mebsût'ta* ele aldığı konular incelenecektir.

3.1. Zina Haddi

İslam dini insan fitratı için ideal bir hukuk sistemi ortaya koyarken, bu düzen içerisinde onun can, akıl, din, nesil ve malını korumaya yönelik bir takım tedbirler almaktadır. Kaynaklarda '*Zarûrât-ı hamse*' olarak da zikredilen bu beş temel değere karşı yapılan haksız saldırıları, suçlu karşılayacak miktarda cezalandırmaktadır. Bunların içerisinde hadd cezalarıyla alakalı olarak neslin korunmasına yönelik olan zina haddinin üzerinde önemle durmaktadır. Zira insan, yeryüzünde Allah'ın halifesi olarak yaratılmıştır. Sahip olduğu değer sebebiyle soyunu idame ettirmeli ancak, bu idameyi de içinde yaşadığı toplumun yapısını bozmadan sağlamalıdır. Başka bir ifadeyle neslin sağlıklı ve meşru bir biçimde çoğalması ve toplumun en temel yapı taşı olan ailenin korunması adına bu fiilin işlenmesine karşılık bir ceza öngörülmesi elzemdir.

İslam fikhına göre suç, ikrar veya şahitlikle sabit olmaktadır. Zina; kadın ve erkeğin ortaklaşa işlediği bir suç olması sebebiyle zina ettiğini ikrar

41 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, 2: 290.

42 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, 2: 294.

43 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, 2: 296.

44 Ahmed b Ebî es-Sehl Es-Serahsî, *Kitabu'l-Mebsût*, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, t.y, 9: 133.

eden erkeğin suçu ikrar etmesi esnasında suç ortağı kadın ikrar meclisinde bulunmuyorsa kıyasa göre adama had cezası verilmemesi gerekir. Zira kadın ve erkeğin arasında haddin uygulanmasını ortadan kaldıracabilecek nikâh veya mülkiyet bağı ortaya çıkabilir, dahası kadın bu ihtimalleri mündemiç bir ikrarda bulunabilir. Bu ihtimaller, haddin uygulanmasını engellemeye yeterli bir şüphe olarak kabul edilmiştir.

Serahsî *el-Mebsût*'unda konuyu incelerken⁴⁵ yer verdiği istihşânın delili olarak 'Mâiz Hadisi' ile meşhur şu hadisi nakletmektedir:

Mâiz (r.a.) Rasûlüllah (s.a.v.)'e gelerek, "Zina ettim, beni temizle!" dedi. Bunun üzerine Hz. Peygamber yüzünü ondan çevirdi. Mâiz (r.a.), diğer tarafa geçip aynı şeyi söyledi. O, yine yüzünü çevirdi. Mâiz (r.a.), öte yana geçip, yine aynı şeyi söyledi. O, yine yüzünü çevirdi. Mâiz (r.a.) O'nun diğer tarafına geçip yine aynı şeyi söyledi. Dördüncü defa bunu söyleyince Rasûlüllah (s.a.v.); "Şimdi dört defa ikrar etmiş oldun. Peki kiminle zina ettin?" diye sordu.⁴⁶ Hadiste de görüldüğü üzere Hz. Peygamber, had cezasının uygulanması için suçlunun suçunu dört kere ikrar etmesini yeterli bulmuş, kadının mecliste hazır bulunup bulunmamasını dikkate almamıştır.

3.2. *Kazf Haddi*

Nasıl ki zina İslam hukukuna göre, insan nesline karşı işlenen bir suç olarak kabul ediliyorsa, aynı şekilde 'haksız yere zina isnadında bulunmak' anlamında olan '*Kazf*' da insan onuruna karşı işlenen bir suç olarak değerlendirilerek yasaklanmıştır. Bu suçu işleyen kişiye, suçun şartları yerine gelmesi durumunda 80 sopa vurulur.(el-Nûr 24/4)

Zina suçunu işlenmesini veya nesebin reddini ifade eden bazı kelime veya cümlelerin kullanılması, cezanın tatbikine sebep teşkil eder. Başta Serahsî olmak üzere, müellifler eserlerinde bu ifadelere detaylı bir biçimde yer verildiği için bu çalışmada zikredilmemiştir.⁴⁷ Ancak her zina içerikli ifadenin had cezasının tatbikine neden olup olmaması hususunda hükme tesir eden farklı

45 Serahsî, *Kitabu'l-Mebsût*, 9: 38.

46 Buhârî, "Ahkam", 19, "Hudûd", 22,25,19. Müslim, "Hudûd", 16,23.

47 Detaylı bilgi için bk. Es-Serahsî, *Kitabu'l-Mebsût*, 9: 121.

yaklaşımlar söz konusudur. Örneğin “Sen babana ait değilsin” diyen bir şahsa kural olarak had cezası gerekmez. Çünkü çocuğun nesebinin babası için sabit olmaması anne zina etmeden de gerçekleşebilir. İftirayı atan adam da bu şüpheli durumu kastetmiş olabilir. Bu durum şüphe oluşturduğundan haddi düşürür.

Ancak istihsânen kazf haddi uygulanır. Çünkü bu sözüyle mağdurun kendisine değil aslında mağdurun annesine karşı zina iftirasında bulunmuştur. Zira zina yoluyla doğan çocuğun nesebi babasına ait değildir.⁴⁸ Dolayısıyla, içinde ‘Baba’nın geçtiği bir kazf işlemi anlamsız olmaktadır. Bu bilinen bir gerçek olduğuna göre, hakikatte zina iftirasının anneye yapıldığı ortaya çıkmaktadır.

İstihsânın dayanağı ise Abdullah b. Mes’ûd’un şu sözüdür: “Muhsaneyye (İffetli kadın) zina iftirası veya bir adamın babasını inkâr etmesi dışında kazf haddi yoktur.”⁴⁹

3.3. Hırsızlık Haddi

Şâri‘ katında kişinin canı kadar malı da değerlidir ve korunmayı hak eder. Buna dair Hz. Peygamber’in ‘Malı uğruna öldürülen kişi şehittir’⁵⁰ hadisi, İslam’ın yaşama hakkı kadar, mülkiyet hakkını da tanıdığının en bariz göstergesidir. Dolayısıyla bu hakkın ihlal edilmesine yönelik yapılan saldırı karşısında Şâri‘in sunduğu ceza, şartları yerine gelmesi durumunda suçlunun elinin kesilmesidir. (el-Mâide 5/38)

Hırsızlık başkasının malını gizlice almak demektir. Zira hırsız bu gizliliği malı koruyanın bizzat kendisinden veya gafletinden veya gecenin karanlığından faydalanarak elde etmektedir.⁵¹

Müste’menin⁵² hırsızlık yapması durumunda hırsızlık haddi uygulanmaz ancak malı tazmin eder. Lâkin Ebû Yûsuf ve İbn Ebû Leylâ’ya göre hırsız müste’menin eli kesilir fakat malı tazmin etmez.⁵³ Müste’menin mağdur olması durumunda ise, istihsânen hırsıza el kesme cezası uygulanmaz. Kıyasa göre,

48 Serahsî, *Kitabul-Mebsût*, 9: 121.

49 Abdurrezzâk, *Musannef*, 7: 121.

50 Tirmizi, “Diyât”, 21.

51 Serahsî, *Kitabul-Mebsût*, 9: 133.

52 Müste’men, kendi memleketinden başka bir devletin topraklarına izinle giren kimsedir.

53 Serahsî, *Kitabul-Mebsût*, 9: 178.

müste'menin malı İslam ülkesinde zimmî vatandaşların malları gibi koruma altında ve dokunulmaz olduğu için el kesme cezası uygulanması gerekir. Nitekim İmam-ı Züfer (ö.158/775) de bu görüştedir. Ancak kıyastan ayrılıp istihşâna dönmenin gerekçesi bağlamında Serahsî şu açıklamalara yer vermektedir: Malın güvencesi, canın güvencesine bağlıdır. İslam ülkesinde müste'menin canı, her an harb ülkesine dönebileceğinden dolayı tam anlamıyla güvence altında olmadığına göre, aynı durum malı için de söz konusudur. Öte yandan normal şartlarda harbî bir kimsenin malını almak mubahtır ancak bu ibâha, verilen güvence sebebiyle o harbî, ülkesine dönünceye kadar ertelenir. Bu durum, hırsızdan haddi düşürmek için bir şüphe meydana getirir. Ancak, zimmî böyle değildir. Zira yapılan zimmet sözleşmesiyle onun canı teminat altına alındığı için malı da İslam devletinin uhdesindedir.⁵⁴

Keza şarap ve domuz, hırsızlık haddine konu olan mütekavvim(değerli) mallar kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira şarap ve domuz bizatihi haram kabul edildiği ve dolayısıyla mütekavvim statüsünde olmadıklarına göre, örneğin bir Müslüman, bir zimmînin şarabını veya domuzunu telef etse bunları tazminle yükümlü olmaması gerekir. Zira Müslümanın hakkı zimmîninkinden üstündür. Şarap ve domuzun yenilip içilmesi konusunda onlara karşı gösterilen müsamaha, inançları sebebiyledir ki, bu sadece kendileri hakkında geçerlidir. Müslümanlar ise bu malların tazminiyle sorumlu tutulamazlar.

Bu konuda istihşana gidilmesine dayanak, Hz. Ömer'den gelen iki nakildir. Bunlardan ilki, şarabın onda birini vergi olarak alan memura söylediği;

“Bırakın da şaraplarını satsınlar. Siz de o bedelin onda birini alın” sözüdür. Hz. Ömer bu sözüyle, zimmîlerin şarap satmalarına izin vermekte ve şarabı onlar hakkında mütekavvim bir mal olarak değerlendirerek, satılması sonucunda elde edilen semenden öşrûn alınmasını emretmektedir.

İstihşana mesned teşkil eden ikinci nakil, vergi toplamakla görevli memurlara Hz. Ömer'in gönderdiği mektuptaki şu ifadeleridir:

“Zimmîlerin elinde bulunan domuzları öldürün. Bunların değerini, cizye borçlarına sayın”

⁵⁴ Serahsî, *Kitabul-Mebsût*, 9: 181.

Gelen bu nakille, domuzun zimmîler katında mütekavvim bir mal olduğundan telef edildiğinde tazmin sorumluluğunun bulunduğu açıkça belirtilmiştir.⁵⁵

3.4. *Hirâbe Haddi*

İmam Serahsî, hırsızlık haddi bahsine girişte, Hanefilerin hırsızlığı küçük ve büyük hırsızlık diye ikiye ayırdıklarını belirtirken hirabe suçuna dair delillere de değinmektedir. Müellif, Hanefilerin evvela, suç işleyenlerin grup olmalarını şart koştuğunu kitabın başında kaydetmektedir. Zira yol kesen kişiler nasstaki ifadeyle muharib (savaşan) kişilerdir. Savaş ise müdafaa ve taarruz yapabilen, güç ve hâkimiyeti yerinde bir grup ile yapılabilir. Ayrıca, haddin nedeni yol kesmedir. Yol kesme ise sadece güçlü bir topluluk tarafından yapılabilir.⁵⁶

Bir şahıs yol kesip mal çalsa, sonra bundan tövbe edip bir süre ailesinin yanında ikamet etse kıyas, bu kişiye hadd cezasının uygulanmasını gerektirir. Çünkü bu şahıs, cezalandırmanın sebebi olan yol kesme ve mal çalmak ile haddi hak etmiştir. Suçun sebebi meydana gelmişse sonucu da kaçınılmaz olacaktır.

İstihsâna göre ise bu kişiye, yakalanmadan önce tövbe ettiği ve halini düzeltmesinden dolayı had cezası uygulanmaz. İstihsânın delili şu nakildir:

“Hâris b. Zeyd yol kesiyordu. Sonra bunu bırakıp tövbe etti. Bunun üzerine Ali b. Ebî Tâlib, Basra’daki valisine şöyle yazdı: “Hâris b. Zeyd yol kesenlerdendi. Ancak bu işi bırakıp halini ıslah etti. Sen de artık ona ancak iyilikle muamele et.”⁵⁷

3.5. *Müessir Fiiller*

Kıyasa göre vücut bütünlüğüne yönelik verilen zararlar kapsamında örneğin, dişe vurulup dişin sallanması durumunda bekleme olmaksızın hemen tazmin gerekir. Zira verilen zararın tazminini gerekli kılan neden ortada bulunmaktadır. Ancak konuyla alakalı gelen nakiller sebebiyle istihsana gidilerek, bir yıl beklenmesi hükmüne ulaşılmıştır. Çünkü sallanan diş yeniden

⁵⁵ Serahsî, *Kitabu'l-Mebsût*, 11: 102.

⁵⁶ Serahsî, *Kitabu'l-Mebsût*, 9: 195.

⁵⁷ Serahsî, *Kitabu'l-Mebsût*, 9: 204.

eskisi gibi sabitleşebilir ki bu durumda tazmin gerekmez. Öte yandan bu süre içinde dişte kararma, sararma, yeşerme gibi durumlar peyda olsa dışın tam diyetinin tazmini gerekmektedir. Dolayısıyla mesele hakkında net bir hükme ulaşabilmek için bir müddet beklemek kaçınılmazdır. Bekleme hükmünü içeren rivayetler ise şunlardır:

“Yaralamalarda, (yara) iyileşinceye kadar beklenir.”⁵⁸

“Yaralamalarda, beklenmedikçe diyet alınmaz”⁵⁹

Hadislerde bekleme süresine dair herhangi bir ifade yer almamasına rağmen, bekleme müddetinin bir yıl olacak şekilde takdir edilmesi, konuyla alakalı gelen diğer rivayetlerle beraber⁶⁰ örneğin iktidarsız erkeğin durumunun ortaya çıkması gibi dışın düşmesi veya tekrar eski haline geri gelebilmesi için düşünülen sürenin göz önüne alınması sebebiyledir.⁶¹

3.6. *Gurrenin Miktarı*

Gurre, cenine karşı işlenen cinayet sonucunda ödenmesi gereken tazminattır.⁶² Bir kimse hamile bir kadının karnına vurarak ceninin düşmesine neden olsa, ölen cenin için genel kurala göre iki hükümden biri söz konusudur:

Birincisi, düşen cenin için herhangi bir ödeme sorumluluğunun bulunmamasıdır. Zira öldürme eyleminden bahsedilebilmesi ortada bir canlının bulunması gerekir. Oysa ceninin düşürüldüğü esnada canlı olup olmadığına dair bir işaret yoktur. Dolayısıyla meseledeki şüphe sebebiyle tazminin gerekmediği hükmüne ulaşılır.

İkincisi düşen cenin için tam diyet ödeme sorumluluğunun bulunmasıdır. Çünkü kadının karnına vurmakla çocuğun düşmesine neden olan kişinin bu fiili, çocuğun dünyaya gelmesiyle kazanacağı menfaatin elinden alınmasına yol açmıştır. Dolayısıyla, diyetin gerekmesi noktasında çocuk canlı kabul

58 Dârekutnî, *Sünen*, 4: 74.

59 Taberânî, *el-Mucemu'l-evsat*, 1: 46.

60 Serahsî, *Kitabu'l-Mebsût*, 26: 97. İlgili rivayetler için bkz. Abdurrezzak, *Musannef*, 9:348; İbn Ebî Şeybe, *Musannef*, 5: 372.

61 Serahsî, *Kitabu'l-Mebsût*, 26: 97.

62 Ebû Bekr b. Mes'ûd Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi'*, Beyrut, 1986, 7: 325.

edilmektedir. Öte yandan ana rahmindeki meni, normal şartlar altında hayat bulmaya elverişlidir. Bu açıdan bakıldığında canlı olduğu var sayılarak telef edilmesi sonucunda tazmin gerekmektedir.

Bahsedilen bu kıyaslar rivayet edilen aşağıdaki hadis sebebiyle terk edilmiş; ceninin diyeti için hadiste belirlenen gurre miktarına hükmedilmiştir.⁶³ İlgili rivayet şöyledir:

“Erkek ve kız ceninin (düşürülmesinde), beş yüz dirhem değerinde köle veya cârîye gurre gerekir.”⁶⁴

3.7. Erş'deki Tazmîn Yükümlülüğü

Mûdiha, baştaki kemiğe kadar ulaşan derin yaradır. Mûdiha için takdir edilen diyet miktarı ise tam diyetin yirmide biridir. Bu miktara ulaşan diyetleri âkile öder.⁶⁵ Bu miktara ulaşmayan ve erş olarak isimlendirilen daha düşük orandaki yaralamalara karşılık ödenmesi gereken miktarı,⁶⁶ bizzat failin kendisi tazmin eder. Erş için takdir edilen hükme istihsan yoluyla ulaşılmıştır. Şöyle ki;

Kıyasa göre bu meselede iki durum söz konusudur: Birincisi, mûdiha diyetinin aşağısındaki erşleri de âkile ödemelidir. Zira parçayı bütüne kıyaslama yoluyla, genel olarak mûdihada tazmin yükümlülüğü âkileye ait olunca bunun azının da çoğu gibi âkileye bırakılması icab etmektedir. İkinci durum ise, erşlerin tamamının yaralamayı gerçekleştirene yüklenmesidir. Buradaki tazmin yükümlülüğü mal tazmine kıyaslanmıştır. Zira telef edilen malın tazmini, malın azlığına çokluğuna bakılmaksızın; malı telef edene aittir.⁶⁷

İstihsana dayanak noktası şu hadistir:

“Kasten öldürmede, kölenin öldürdüğünde, sulh ve itirafla gerekli olan diyet ve mûdihanın diyetinden az olan diyet (sorumluluk) âkileye yüklenmez.”⁶⁸

63 Serahsi, *Kitabul-Mebstû*, 26: 87.

64 Taberâni, *el-Mu'cemu'l-kebir*, 1: 193.

65 Hamza Aktan, “Âkile”, *İstanbul: DİA*, 1989, 2: 248.

66 Ali Şafak, “Erş”, *İstanbul: DİA*, 1995, 11: 308.

67 Serahsi, *Kitabul-Mebstû*, 27: 127-128.

68 Abdurrezzak, *Musannef*, 9: 409.

3.8. Katilde İştirak Halinde Kıyas

Bir kişi, iki kişi tarafından ortaklaşa öldürülse, kıyasa göre her ikisine de kıyas uygulanamaz. Çünkü kıyasta eşitlik esastır. Oysa iki kişi, bir kişiye eşit değildir. Bu meselede kıyasın terk edilerek istihşana gidilmesinde Hz. Ömer'den gelen şu nakil dayanak olmuştur:

“Ömer, bir kişiyi öldürmelerine karşılık San'a sakinlerinden yedi kişiye kıyas uyguladıktan sonra şöyle dedi: Eğer bütün San'a halkı onu öldürseydi, ona karşılık hepsini öldürürdüm.”

Gelen bu nakil sebebiyle istihşana gidilerek, ortaklaşa gerçekleştirilen adam öldürmelerde, suçluların sayılarına bakılmaksızın kıyas yoluyla hepsinin öldürülmelerine hükmedilmektedir.⁶⁹

1.9. Karşılıklı Hatayla Öldürmelerde Ödenecek Diyet

İki atlı çarpışarak birbirlerinin ölümüne neden olsalar, kıyasa göre ölenlerin her birisinin âkilesi diğerinin diyetinin yarısını ödemeleridir. Çünkü bunların her biri, ölümlerine sebep olan çarpışmayı ortaklaşa işlemişlerdir. Sonuçta her ikisi hem kendisinin hem de diğerinin uyguladığı kuvvet sonucu yere düşmüştür. Dolayısıyla diyet ikiye bölünmelidir. Ancak Hz. Ali'den gelen nakil sebebiyle bu meselede istihşana gidilmiştir. O, böyle durumlarda âkilenin yarım değil, tam diyet ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁰

1.10. Hâkimin Takdiri

Kıyasa göre zina, hırsızlık, şarap içme gibi sırf Allah hakkı kapsamındaki suçlara karşı verilen had cezalarında hâkimin hükmünü vermeden önce olayı bizzat görmesi gerekmektedir. Zira kendi görmesine dayanarak edindiği bilgi, şahitlerin verdiği habere dayalı bilgidен daha kuvvetlidir. Bu sonuca, haberin doğru olmasının yanı sıra yalan olmaya da münasip olması nedeniyle varılmıştır. Ancak bu meselede de istihşana gidilerek böyle bir durumda had cezasına hükmetme yetkisi hâkimden alınmıştır.⁷¹ Konuya dair rivayet ise şu şekildedir:

⁶⁹ Serahsî, *Kitabul-Mebsût*, 18: 127.

⁷⁰ Serahsî, *Kitabul-Mebsût*, 26: 190.

⁷¹ Serahsî, *Kitabul-Mebsût*, 16: 104.

Hız. Ömer, Abdurrahman b. Avf'a şöyle sordu: "Zina ettiğini gördüğüm bir adama ne yapmamı önerirsin?" Abdurrahman b. Avf bu soruya cevabı şu olmuştur: "Onun aleyhine yapacağın şahitlik, Müslümanlardan herhangi birinin yapacağı şahitlik gibidir."⁷²

SONUÇ

İnsanın yaptığı her fiile karşı Şâri'in müsbet ya da menfi bir hükmü bulunmaktadır. Bir insan kendisini hayattan ne kadar tecrit ederse etsin böyle bir hükümden muaf tutulması söz konusu değildir. Hükmün içeriğini anlamak için de, fukaha nas olarak isimlendirilen kaynaklara müracaat ederler. Ancak, hükmü kıyamete kadar devam eden bir din için, her meselenin açıkça naslarda bulunması muhaldir, böyle bir beklenti içinde olmak da anlamsızdır.

Karşılaşılan yeni meselelerde müctehid, naslardaki benzer ya da yakın hükümleri mercek altına alarak kıyas yoluyla güncel meseleleri çözüme kavuşturmaya gayret eder. Zaten Şâri'in de istediği tam olarak budur. Fıkıh literatüründe bu işlem o kadar benimsenmiştir ki, edille-i şer'iyye olarak adlandırılan dört aslı delilden biri olarak kabul edilmiştir. Ancak, delile sıkı sıkı bağlılık zamanla bazı müşkil meselelerin hallinde sorunu çıkmaza sürüklemiş, bu çalışmada da ortaya koyulduğu üzere örneklerine ceza hukuk sahasında da rastladığımız bazı hükümlerdeki mevcut durum başta Hanefiler olmak üzere birçok fıkıh disiplinini, kıyas işleminin esnetilerek istihsân denilen yeni bir kıyas türünü benimseye itmiştir. Aralarında Serahsî'nin de bulunduğu birçok fukaha da delilin muteberliğine dair ikna edici sayılabilecek izahatte bulunmuşlardır. Öte yandan istihsânın benimsenmesiyle tutulan bu yol, meseleleri kıyasa uyarlamak olarak algılandığı için olsa gerek, çok yoğun tepkilere maruz kalmıştır. Oysa istihsânı kullanmakta başı çeken Hanefiler, kanun koyucunun bizzat yaptığı esnetmelerden ilham alarak, ilgili meselede tespit ettikleri maksadla çıkmaz yoldan bir çıkış yolu açmışlardır.

Her ne kadar aksini düşünenler olsa da, istihsân ameliyesi azımsanmayacak derecede fikhî çalışmaların önünü açmış, delilin getirdiği maksad anlayışı sanıldığı gibi istihsânın keyfî bir uygulama olmadığına açık bir ispatı

⁷² Serahsî, *Kitabul-Mebsût*, 9: 124.

olmuştur. Bugün eğer kapsamlı bir İslam Hukuku külliyatına sahipsek ve Şa-ri'in hitabının dairesi her meselede varlığını koruyabiliyorsa, hiç şüphesiz ki bunu, kıyasın akıl yürütme yoluyla hükümlerin sahasını genişletmesine ve sağlanan bu genişliğin istihşân delili yoluyla da esnetilmesine borçlu olduğumuzu söylemek yanlış olmaz.

KAYNAKÇA

- Aktan, Hamza. "Âkile", İstanbul: DİA, 1989.
- Bardakoğlu Ali. "İstihşân", İstanbul: DİB Yayınları, 2001, c. 23, s. .
- Cürçânî, Muhammed Eş-Şerif. Kitâbu't-ta'rîfât, Beyrut: Mektebetü Lübnan, 1985.
- Ekinci Ekrem Buğra, İslâm Hukuku Umumi ve Hususi Hükümler, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2006.
- Eş-Şafî Muhammed b. İdris. "İstihşânın İptali", Çev. Osman Şahin. Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sy. 16 (2003), ss. 389-414.
- Gazzâlî Ebû Hamîd Huccetü'lislâm Muhammed b. Muhammed. el-Mustasfâ min ilm'il-usûl, Bulak: Dar'ul-Ma'rife, 1322.
- Hallaf, Abdulvehhâb. Mesâdiru't-teşrî'i'l-islâmî fi mâ lâ nassa fih, Kuveyt: Dar'ul-Kalem, 1982.
- İbn Melek İzzeddin Abdullatîf b. Emineddin. Şerhu'l-Menâr fi' -usûl, İstanbul: Dâru't-Tibaâtî'l-Âmire, 1292.
- Karaman, Hayreddin. Anahatlarıyla İslam Hukuku, 3 cilt, İstanbul: Ensar Neşriyat, 1993.
- Kâsânî, Ebû Bekr b. Mes'ûd, 'Bedâiu's-Sanâi', Beyrut, 1986.
- Kaya, Eyyüp Said. "Mâlikî Mezhebi", İstanbul: DİB Yayınları, 2003.
- Molla Hüsrev, Mehmed Efendi, Mir'âtü'l-usûl şerh-i Mirkâtü'l-vusûl, Dersaadet: Şirket-i Sahafiyeye-i Osmaniyeye, 1321.
- Önder, Muharrem. Hanefî Mezhebinde İstihşan Anlayışı ve Uygulaması, İstanbul: Ravza Yayınları, 2009.
- Sadrüşşeria, Ubeydullah Mes'ûd b. Buhârî. et-Tevzîh, İstanbul: Bosnevî el-Hâcc Muharrem Efendi Matbaası, 1304.
- Serahsî, Ahmed b Ebi es-Sehl. Kitabu'l-Mebsût, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, t.y.
- , Usûlü's-Serahsî, Lecnetü'l-Meârifi'l-Osmâniyye, t.y.
- Seyyid Bey. Usûl-ı fıkıh Dersleri Mebâhisinden İrade, Kaza ve Kader, Dersaadet: Kader Matbaası, 1338.
- Şafak, Ali. "Erş", İstanbul: DİA, 1995.
- Şirâzî, Ebu'l-İshak Cemaleddin İbrahim b. Ali. Şerh'ul-Lüma, Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1988.
- Teftâzânî, Sadeddin Mes'ûd b. Ömer. et-Telvîh, İstanbul: Bosnevî el-Hâcc Muharrem Efendi Matbaası, 1304.
- Zeydan, Abdulkarim. el-Medhal li Dirâseti's-Şeriatî'l-İslâmiyye, Bağdat, 1969.
- Zuhaylî, Vehbe. el-Veciz fi Usûli'l-Fiqh, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1999.

