

Hanefî Fürûunda İstihsan – *el-Hidâye* Örneği –¹

Said Nuri AKGÜNDÜZ*

The Istihsan in “Hanefi Furû”, an Example: *el-Hidâye*

Merğınani, a Hanefî jurist of AD VI. century, took up and justified Hanefî law in his famous work *el-Hidâye*. Study of istihsan, which is an important methodological concept, its practice and examples in *el-Hidâye*, is topic of our article. İstihsan means that one should take a decision in a certain case different from that on which similar cases have been decided on the basis of its precedents, for a reason which is stronger than the one found in similar cases and which requires departure from those cases. İstihsan includes these ideas: to overcome of strict analogy, to be obtained justice and equity and to respect of necessity, law aims and public interest. There is many examples of istihsan in *el-Hidâye*, with its evidences. The division of istihsan examples in *Hidaye* as respect of evidence, point out that examples of each kind of istihsan exist in this work, kind of kıyas hafi (latent analogy) and kind which is based on the text, consensus, custom, necessity and interest. And there are examples of istihsan which its evidence is more subsidiary.

II. (VIII.) asrın ilk yarısında, Kûfe merkezli ehl-i re’y fıkıh okulunun en başta gelen temsilcilerinden biri olarak Ebû Hanîfe (150/767)’yi görmekteyiz. Bu zat, hocalarından devraldığı malzeme ve yöntemleri, ders halkasında, parlak zekası ve ilmî kudretiyle işlemekte, daha zengin ve sistemli bir biçime sokmaktaydı. Böylece, daha sonraları kendisine nisbet edilecek bir fıkıh mezhebinin temellerini de atmakta olan Ebû Hanîfe, şüphesiz ki, bu faaliyetinde yalnız değildi. Hem talebesi, hem arkadaşı, hem de yeri gelince muhâlifî olan birçok fakih de, bu temel atma işinde pay sahibi idiler.

Genelde fıkıh mektepleri, özeld ehl-i re’y için söyleyecek olursak; okullaşma ve sonrasında mezhepleşme süreciyle birlikte fıkıh, giderek bir ilim haline gelmeye başladı. Yalın olarak Kur’an ve Sünnet ahkâmının bilgisi olmaktan çıkıp,

¹ İstihsan konusunu müstakil olarak ele alan araştırmaların yanı sıra, Muharrem Önder’in *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulanması* adlı doktora tezi (2000, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), konuyu Hanefî mezhebi özelinde incelemektedir. Fatih Orum’un *İstihsan Delilinin Kâsânî’nin Bedâiyü’s-Sânâi Adlı Eserinde Kullanılışının Tahlilli Tenkidi* (2003, M.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü) ile tarafımdan hazırlanmış olan *el-Merğmânî’nin el-Hidâye Adlı Eserinde İstihsan* (2004, M.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü) adlı yüksek lisans tezleri ise, istihsanın bir fürû eseri üzerinde uygulamasını tesbite yönelik çalışmalardır. Bu makalenin temel malzemesini de, adı geçen tez çalışmamız oluşturmaktadır.

* M.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı Doktora Öğrencisi.

fıkıh ilmine dönüşme diyebileceğimiz bu süreçte fıkıh da, her ilim dalı gibi bir usûle sahip olmalıydı. Nitekim daha sonra mezhepleşecek olan ekolleri, birbirinden ayırt etmemize yardımcı olan kıstaslardan biri de bu usûl farklılıklarıdır.

Kur'an ve Sünnet'ten doğrudan ve dolaylı olarak elde edilen hükümlerde, mezhepler arasında görülen farklılıklar, bu usûl ve yöntem ayrılıklarının bir sonucu olarak görülebilir. Bu yöntemlerden biri olan ve muteber dînî kaynaklarda hükmü belli olandan hareketle, bu kaynaklarda hükmü mevcut olmayan konu ve meselelere çözümler getirme olarak tarif edebileceğimiz kıyası, Zâhirîler gibi istisnâları bir yana bırakırsak, fıkıh mezheplerinin tümü benimsemiş görünmektedir.

Hanefî mezhebinde de kaynaklarda hakkında hüküm bulunmayan meselelere çözüm getirmede kıyas önemli bir yere sahiptir. Hattâ bu mezhepte, hukukî tefekkürün mihverini kıyas teşkil etmektedir, diyebiliriz.² Bununla beraber, kıyasın usûldeki tarifi, Hanefî mezhebindeki kıyas kavramını ve bu kelime ile ifade edilen mânâları kapsamakta yetersiz kalmaktadır. Zira, Hanefî mezhebinde bu kelime, geniş bir anlam yelpazesine sahiptir ki, kıyasın bu farklı anlamları üzerinde ileride durulacaktır.

Dar anlamıyla kıyasın yeni hükümlere ulaşmada başvurulan bir yöntem olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu yöntemin sağlıklı işletilmesi gerekmektedir. Kıyasın bir yöntem olarak benimsenmesi, kıyasla ulaşılabilecek bütün sonuçların itirazsız kabul edileceği anlamına gelmez. İşte burada, bazı öncelikler devreye girmektedir. Bu önceliklerden ilk akla geleni Kur'an ve Sünnet ile sâbit olan hükümlerdir. Bunlara üzerinde icmâ meydana gelmiş hükümleri de ilâve edersek, kıyas yöntemi ile vardığımız sonuçların test edilmesinde uygulanacak birinci ilkeye ulaşılmış oluruz: Kıyasla varılacak sonuçlar, Kur'an, Sünnet ve icmâ ile sâbit hükümlere aykırı olamaz. Bu ilkenin her hâlükârda kabul edildiğini söyleyebiliriz.

Peki bu yeterli midir? Kıyasla varılacak sonuçlar bu testten geçtiği takdirde mutlaka kabul edilmeli ve başka alternatifler düşünülmemeli midir? Bu sorulara cevap ararken fıkıhın hayatı düzenleyen kuralları olduğu gerçeğinden yola çıkarsak şunları söyleyebiliriz: Madem fıkıh, hayatı düzenleyen kurallardır, öyleyse hayatın gerçeklerini dikkate almalıdır. İşte burada, her toplumda var olan ihtiyaçlar, zorunluluklar, alışlagelmiş uygulamalar da devreye girmektedir. O zaman kıyas yöntemi ile ilgili olarak ilâve bazı ilkeler daha tayin etmek gerekmektedir. Meselâ, kıyas yöntemi ile varılan sonuçlar zarûret karşısında itibara alınmaz, ya da örf kıyasa önceliklidir, gibi ilkeler burada hatırlanabilir.

² İbrahim Kafî Dönmez, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları* (doktora tezi, 1981, Atatürk Üniversitesi İslâmî İlimler Fakültesi), s. 193, krş. Şükrü Özen, "İstislâh", *DİA*, XXIII, 386.

Bu çizdiğimiz tabloyu zihnimize yerleştirdiğimizde, gerek Ebû Hanîfe'nin, gerekse diğer mezhep imamlarının yer yer, burada kıyası terk ediyor ve istihsan yapıyoruz deyişlerinin ne anlama geldiğini daha rahat bir şekilde anlamaktayız. Bu ifadeleriyle onların, kıyas yöntemini işletirken istihsan adını verdikleri ilkeyi, ya da ilkeler bütününe sık sık hatırlatarak, kıyasın âdetâ sağlamasını yaptıklarını görmekteyiz.

Bizim burada yapmayı amaçladığımız ise, istihsanın bir fûrû eserinde, nasıl uygulamaya konulduğunu tesbit etmeye çalışmaktır. Örnek eser olarak seçtiğimiz Merğînânî (v. 593/1197)'nin *el-Hidâye* adlı eserinde, mezhep içerisinde genelde benimsenen istihsan çözümlerinin izah ve gerekçelendirilmesi yapılmıştır. Mezhep fikhının bir bütün olarak yansıtıldığı bu eser, bu bütün içerisinde istihsanın yerinin ve işlevinin ne olduğunu belirlememize fırsat vermektedir.

Merğînânî'nin eserini bu açıdan incelemeye geçmeden önce, klasik dönemde kaleme alınan usûl eserlerinde istihsanın nasıl anlatıldığını kısaca aktarmak istiyoruz.

A. Klasik Dönem Hanefî Usûl Eserlerinde İstihsan

Ebû Hanîfe'den itibaren uygulanan ve adı konulan bir terim olan istihsana dair bize ulaşan ilk tarif ise daha geç bir döneme aittir. Ebû Hanîfe'den iki asır sonra gelen Ebû'l-Hasan el-Kerhî (v. 340/952)'ye ait olan bu tarif, gayet dakik bir şekilde yapılmıştır: “İnsanın, bir meselede, benzerlerine verdiği hükümden, bu hükmü terk etmesini gerektiren daha güçlü bir sebeple ayrılarak başka bir hüküm vermesidir”.³

İstihsanın çeşitli türlere ayrılmasını ilk olarak Cessâs (v. 370/981)'in *el-Fusûl*'ünde buluruz. Burada Cessâs istihsanı usûldeki anlamıyla tarif eder ve bunu da iki kısımda inceler. Kıyasın, kendisinden daha öncelikli bir delil sebebiyle terki demek olan istihsanın birinci kısmı, fer'in her ikisine de benzer yönleri bulunan iki asıl arasında kalması ve neticede bunlardan birine, bunu gerektiren bir delâlet nedeniyle ilhak edilmesidir. Böylece gizli kıyası tanımlayan Cessâs, bunun zor ve dikkat gerektiren bir iş olduğunu, zira ortada bir tercihin söz konusu olduğunu belirtir ve bu türe ait fûrûdan örnekler sıralar.⁴

İstihsanın ikinci türünü, illetin varlığı ile birlikte, hükmün tahsisi olarak tarif eden Cessâs, bunu da gerekçelerine göre taksim eder. Kıyasın hükmünün eserle tahsisine, ramazan orucunun unutulmasıyla yemek içmekle bozulmaması, namazda kahkaha ile gülmenin namazla birlikte abdesti de bozması gibi örnekler verir. Diğer bir türü ise, icmâ ile tahsistir. Buna verdiği örneklerden birisi, necâsetle karşılaşan suyun, necâsetin aynını izâle ettiği takdirde artık necis olmamasıdır.

³ Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, İstanbul 1307, IV, 1123.

⁴ Cessâs, *el-Fusûl fi'l-usûl*, Kuveyt 1994, IV, 234-243.

Cessâs'ın kıyasın terk sebeplerinden biri olarak “amelü'n-nâs” tâbirini zikretmesi, örfü aklımıza getirmekte ise de, bunu daha çok icmâ kavramı içerisinde düşünmekte olduğunu söyleyebiliriz. Zira, kendisi bu tâbirden, sahâbe ve tâbiînin, insanları yaparken görüp de karşı çıkmadıkları ve böylece ikrar sayılan durumları kastettiğini belirtmektedir. Son olarak illetin “diğer bir kıyas”la tahsisinden söz eder.⁵

Cessâs'tan bir asır sonra gelen Pezdevî (v. 482/1089) ve Serahsî (v. 483/1090)'den de söz etmek gerekir. Aynı dönemde yaşayan bu iki ismin eserlerindeki istihsanla ilgili bölümler büyük benzerlik göstermektedir.

Serahsî, istihsanın sözlük ve terim anlamlarından bahseder ve istihsanı ikiye ayırır. Birincisi re'ye bırakılan miktarlarda ictihad yaparak bunları belirlemektir. Diğeri ise, ilk akla gelen ve zâhir olan kıyası terk edip, ona muâzır olan ve iyi düşünmeden bilinmeyen delili almaktır.⁶

Kıyas ve istihsanın her birinin iki kısma ayrılması hem Pezdevî'de, hem de Serahsî'de vardır. Buna göre kıyas, biri, zâhir ve açık olmakla birlikte delili zayıf, diğeri ise, fesadı açık olsa da, sıhhat yönü ve delili gizli olmak üzere iki çeşittir. İstihsan da, biri, gizli de olsa delili güçlü, diğeri delili açık olup fesadı gizli kalan olmak üzere ikiye ayrılır. Tercih sebebi ise gizlilik veya açıklık değil, delilin kuvvetli olmasıdır.⁷

İstihsanın – Serahsî, kıyası terk etmenin, ifadesini kullanır – üç kısmı vardır. Nas veya eser sebebiyle olana unutarak yemenin orucu bozmaması ve selem akdinin cevâzi, icmâ ile olan istihsana ise istisnâ' akdi örnek verilir. Zarûret sebebiyle istihsanın örneği ise, kuyu, havuz ve kapların temiz sayılmasıdır. Serahsî, zarûret kavramı içerisinde harec (sıkıntı) ve hâcet kavramlarından da söz eder.⁸

B. el-Merğînânî'nin *el-Hidâye* Adlı Eserinde İstihsan

1. Eserde Kıyas Kelimesine Yüklenen Anlamlar

Merğînânî'nin eserinde kıyas kelimesinin çeşitli anlamlarda kullanıldığını görmekteyiz. Şu örnekte kıyasla, usûldeki anlamı yanında aklî ve maslahata dayalı düşünmeyi de kastetmektedir: Ebû Hanîfe'nin deve yavrusu, kuzu ve buzağılardan zekât alınması konusunda üç farklı görüşü olmuştur. İlk görüşü bunlardan da yaşları dolmuş hayvanlar gibi zekât alınacağı şeklindedir. Bu görüşün gerekçesi, hayvanlarda zekât olduğunu bildiren şer'î hitapta geçen ismin, bunların hem küçüğünü hem büyüğünü içine almasıdır. İkinci görüşü ise, bu

⁵ a.g.e., IV, 243-250.

⁶ Serahsî, *el-Usûl*, Beyrut 1973, II, 199-200.

⁷ a.g.e., II, 203; Pezdevî, *Kenzü'l-viûsûl* (*Kesfü'l-esrâr*'la birlikte), İstanbul 1307, IV, 1122-1123.

⁸ Pezdevî, *Kenzü'l-viûsûl*, IV, 1125-1126; Serahsî, *el-Usûl*, II, 202-203.

hayvanların zekâtının gene bunların içinden birinin zekât olarak verilmesi ile gerçekleşeceğidir. Bu görüşünün gerekçesi, iki tarafın, yani hem zekât vereceklerin hem de zekât alacakların durumunu gözetmektir. Vardığı son görüş ise, içlerinde büyük hayvan bulunmadıkça bunlardan zekât alınmayacağıdır. Bu görüşünün dayanağı olarak, kıyasın mekâdirde (ictihada mahal olmayan konular) geçerli olamayacağı kuralı zikredilir.⁹ Burada kıyas kelimesiyle, ilk iki görüşe gidilmesinde etkili olan dil kurallarının ve maslahata dayalı akıl yürütmenin kastedildiğini görüyoruz.

Kıyasın, nasla sâbit olan bir konuda yürürlüğünü yitireceğinin dile getirildiği örneklerde çoğunlukla genel kural anlamını taşıdığını tesbit etmekteyiz. Meselâ, Hanefî mezhebinde, itikâfın şartlarından birisi de oruçlu olunmasıdır. Ancak Şâfiî (v. 204/820)'ye göre oruç başlı başına bir ibadettir, başka bir şeye şart olmaz. Bu ilkenin itikâf konusunda geçerli olmamasının sebebi olarak Merğînânî, Şâfiî'nin bu görüşüne karşı mezhep görüşünü, “oruçsuz itikâf olmaz”¹⁰ şeklinde rivâyet ettiği bir hadisle savunur.¹¹ Gene kıyasa göre, insanoğlunun değerinin malla karşılanması kabul edilemez. Çünkü insanla mal arasında temâsül (denklik ve benzerlik) yoktur. Ancak diyet hükümlerindeki malla değer biçme hususu nas ile sâbit olduğundan bu kuraldan istisnâ edilir.¹²

Kıyası, genel nitelikli nas anlamında da kullanır. Bu kullanıma şu meseleyi örnek verebiliriz: Hz. Peygamber, bir hadisinde “delil getirme külfeti müddeeye, yemin etmek ise reddedene düşer”¹³ şeklinde veciz bir ifade kullanmıştır. Bu ifade, fıkhıta yargılama usûlünün önemli bir ilkesi olarak karşımıza çıkar. Meselâ, satıcı ve alıcının satılan malın bedeli konusunda ihtilâfa düştükleri bir meselede, iki tarafın da delili yoksa, ikisine de yemin etmesi teklif edilir. Merğînânî, bu hükmün malın müşteriye tesliminden önce ise kıyasa uygun olduğunu belirtir. Çünkü satıcı bedelde fazlalık iddiâ ederken, müşteri ise bunu reddetmektedir. Gene müşteri, verdiği bedel karşılığında malın kendisine teslim edilmesi gerektiğini iddiâ etmekte, satıcı bunu reddetmektedir. Böylece aynı davada ikisi de reddeden pozisyonunda olduklarından ikisine de yemin teklif edilmesi kıyasa uygun düşmektedir. Ama eğer malın müşteriye tesliminden sonra satıcı bedelin fazla olması gerektiğini iddiâ ederse, burada aynı hükmün uygulanması durumunda kıyasa aykırı düşülmüş olur. Çünkü müşteri bedeldeki fazlalığı reddettiği için onun yemin etmesi yeterli olmalıdır. Ancak bir başka hadis nedeniyle istisnâî olarak bu durumda da aynı hüküm uygulanır. Bu, “satıcı ve alıcı ihtilâfa düşerler-

⁹ Merğînânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, İstanbul 1986, I, 101.

¹⁰ Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Haydarabad 1344, IV, 317.

¹¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 132.

¹² *a.g.e.*, IV, 188.

¹³ Buhârî, Muhammed bin İsmail, *el-Câmi'u's-sahîh*, İstanbul 1981, “Rehin”, 6.

se ve mal da aynen mevcut ise, ikisi de yemin eder ve birbirlerinden aldıklarını geri verirler”¹⁴ hadisidir.¹⁵

Kıyas teriminin geçtiği şu mesele ise, bir konuya hakim olan genel ilkenin ne olduğunda, dolayısıyla bir hükmün kıyasa aykırı olup olmadığı mezhepler arasında farklı düşüncelerin olabileceğini gösteriyor:

Hanefî mezhebinde, bulûğ çağına ermemiş erkek ve kızın velisi tarafından evlendirilmesinin geçerli olması görüşü esastır. İmam Mâlik (v. 179/795)’e göre ise, baba dışında hiçbir velinin böyle bir yetkisi yoktur. İmam Mâlik’in bu görüşünün gerekçesi, hür üzerine velâyetin, buna ihtiyaç olduğu zaman gerçekleşmesidir. Bu konuda ise küçük çocuğun evliliğe ihtiyacı yoktur. Babanın velâyeti de kıyasa muhâlif olarak nas ile sâbit olmuştur. Hanefî mezhebinin bakış açısını anlatan Merğînânî ise, bilakis evlendirme velâyetinin bütün veliler için sâbit olmasının kıyasa uygun olduğunu, zira nikâhın pek çok maslahatlar içerdiğini, bu maslahatların da ancak küfüvler¹⁶ arasında gerçekleştiğini, küfüv bulmanın her zaman mümkün olmadığını, dolayısıyla yaşı küçük de olsa küfüvü bulunan küçüğün evlendirilmesi velâyetinin bütün velilere verilmesi ile hükmettiklerini söyler.¹⁷ Burada dikkat çeken Hanefiler’le, İmam Mâlik arasında kıyas kabul edilen temel düşüncenin farklı şeyler olduğudur. Konuya yaklaşım tarzının farklı olması ilke edinilen, ya da gözetilen önceliklerin farklı olması sonucunu doğurmuştur.

Kıyasın şu örnekte kazandığı mânâ da dikkat çekicidir: Hanefî mezhebinde, ihramlı kişi tıraş olunca cinsel ilişki hâriç her şey artık ona helâl olur. İmam Mâlik’e göre ise, koku sürünme yasağı da devam eder, çünkü bu da cinsel ilişkiye götürülen bir sebeptir. Merğînânî, bunları aktardıktan sonra, mezhep görüşünün dayanağı olan “ona kadınlar hâriç her şey helâl olur” hadisini¹⁸ aktarır ve, bu hadis kıyasa takdim edilir, der.¹⁹ Müellifin, kıyastan kastı, İmam Mâlik’in yaptığı ilâvedir. Burada koku sürünmenin, cinsel ilişkiye götürücü olmasından dolayı yasaklanmasının, Mâlikî mezhebinde önemli bir ilke olan sedd-i zerâyi esasıyla da ilgili olduğu düşünülebilir. Kıyas kelimesinin *el-Hidâye*’de geçtiği diğer örnekleri de göz önüne alarak onun, usûldeki anlamından daha geniş olarak, çeşitli düşünme biçimlerini kapsayan bir anlam ifade ettiğini söyleyebiliriz.

¹⁴ Benzer bir hadis için bk. Ebû Dâvud, *es-Sünen*, İstanbul 1981, “Büyü’ ve’l-İcârât”, 72.

¹⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 161.

¹⁶ Kefâet: Evlenecek kişiler arasında, dîni, ekonomik ve sosyal konum bakımından aranan denklik. Bu denklige sahip bulunan kişiye de “küfüv” denir.

¹⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 198.

¹⁸ Ebû Dâvud, “Menâsikü’l-hac”, 78.

¹⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 148.

Bir yerde ise kıyas kelimesi terim anlamından çok, sözlük anlamını çağrıştıran bir biçimde kullanılmıştır. Konu, Allah hakkı tâbir edilen borçlarının ödemesini vasiyet eden kişinin, bunları ödemeye terikesinin üçte birinin yetmemesi durumunda hangilerinin öne alınacağıdır. Merğînânî, bu konuda farklı görüşleri ve bunların gerekçelerini zikreder. Bunlardan birine göre, meselâ hac borcu, hem mal hem bedenle ifa edildiği için, zekât borcuna; bu ikisi kuvvet açısından daha üstün oldukları için kefâretlere, vâcipliğinde ittifak olduğu için fitır sadakası, ihtilâflı olan kurban borcuna vb. takdim edilir. Bunları aktardıktan sonra, bu kıyas üzerine bazı vâcipler, diğerlerine takdim edilir, der.²⁰ Burada, kıyas kelimesine ölçü ve örnek anlamı vermek herhalde en uygunu olacaktır.

el-Hidâye'de farklı anlamlar kazanarak karşımıza çıkan kıyas kelimesinin bu anlamlarının birbirinden çok da uzak olduğunu söylemek doğru olmaz. Bir şeyi diğerine göre ölçmek, onunla mukayese etmek şeklindeki sözlük anlamından yola çıkılarak kullanılan bu farklı anlamlardan, fûrûda ve özellikle istihsan karşısında kazandığı anlam olan genel kural anlamı usûldeki anlamından ilgisiz değildir. Şöyle ki, Hanefî fikhında illetlerin genel kurallar haline getirilmiş olduğunu²¹ düşünürsek, bu iki anlam arasındaki ilişkiyi de kavramış oluruz. Bütün bunların arkasında, kıyasta varolan sistematik ve kurallı düşünme anlamı mevcuttur.

2. İstihšana Dayalı Olarak Verilen Hükümlerin Özellikleri

el-Hidâye'de yer alan istihsanla çözülmüş meselelere baktığımızda çoğunlukla kıyas gereğince câiz sayılmayan ya da fâsit ve bâtil sayılan fiil, tasarruf ve başlı başına hukukî kurumların tecviz edildiğini ya da sahih sayıldığını görmekteyiz. Gene bir çok meselede kıyasla verilen hükme nazaran daha hafif ve mükellefler için kolaylık sağlayıcı sayılabilecek hükümlerin, istihsanla verildiğini mülâhaza etmekteyiz. *el-Hidâye*'de istihšana gidilen meselelerin büyük çoğunluğu bu şekilde olumlu karakterdedir. Bunların yanı sıra bir vâcibin düşmesi, bir cezânın gerekmemesi, bir şartın yerine getirilmesinde kıyastakine oranla daha az bir şeyle yetinilmesi, bir hakkın sâbit olması gibi sonuçları olan meseleleri de olumlu karakterli hükümlere bağlanan meseleler olarak görebiliriz.

Bunlardan daha az olmakla birlikte istihsanla menfî karakterli sonuçlara ulaşılan meseleler de vardır. Bunlar arasında, kıyasta gerekmediği halde istihsanda bir yükümün getirilmesi, ya da cezânın gerekmesi halleri en fazla rastlanandır. Meselâ, sahih halvetin gerçekleşmediği durumlarda, yani zifafa hakikî ya da hükûmî bir mâni olması durumunda kadma, ihtiyat gereği yapılan istihsanla iddetin gerekmesini²² mükellef aleyhine bir vecîbenin sübûtuna örnek verebiliriz.

²⁰ *a.g.e.*, IV, 248.

²¹ İbrahim Kafi Dönmez, *Kaynak Kavramı*, s. 193, krş. Şükrü Özen, "İstislâh", *DİA*, XXIII, 386.

²² Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 206. Bu değerlendirmemiz, meseleye kadın açısından bakıldığında geçerlidir. Meseleyle ilgili eserde yer alan "iddet, şer'in ve çocuğun hakkıdır" ifadesi doğrultu-

Gene, kıyasa göre şirket-i sanâî²³ mutlak olarak gerçekleşir, dolayısıyla kefâlet kaydı yoktur. Ama istihsana göre ortaklardan her birinin taahhüt ettiği işten hem kendisi, hem diğerleri mes'uldür, yani kefâlet vardır.²⁴ Burada da ek bir sorumluluk getirilmiştir.

Cezânın çoğaltılmasına ise şu örneği verebiliriz: Hırsızlık fiilinin topluca yapılması durumunda, malı çalma işini tek kişi gerçekleştirse de, istihsana göre sadece bu kişiye değil, grubun hepsine hırsızlık suçunun cezâsı uygulanır. Ama kıyasa göre malı bizzat çalan kimseye bu cezâ uygulanır.²⁵ Gene bazı meselelerde diyet ve zararı tazminle hükmetme istihsanın gereğidir.²⁶

Kıyasa göre cevâz ya da sihhate hükmedilip de, istihsana göre câiz olmama veya fesat hükmünün verildiği yerler de vardır. Namazda kahkahayla gülen kişinin namazıyla birlikte abdestinin de bozulması, kadınlı aynı hizada durmanın erkeğin namazını ifsât etmesi istihsanla verilen hükümlerdir. Kıyasa göre cenaze namazı binitli olarak da kılınabilirken, istihsana göre bu câiz değildir. Görüldüğü gibi bu tip durumlara ibadetle ilgili bahislerde rastlanmaktadır.

Bazen istihsanın getirdiği hüküm bir hakkın sâbit olmaması şeklinde olabilir. Meselâ bir kimse bir yiyecek maddesi satın alıp onu yiyerek tüketse sonra ondaki bir kusurdan haberdar olsa, istihsana göre kusur oranında verdiği bedelden geri isteme hakkına sahip değildir.²⁷ Bir başka meselede, şuf'a hakkına²⁸ sahip olan kişi bu hakkına dayanarak mahkeme yoluyla arazide mülkiyet tesis ettikten sonra, müşteriden orada dikmiş olduğu ağaçları sökmesini isteme hakkına sahiptir. Kıyasın gereği bu olmakla birlikte, istihsanda ağaçların sökülmesini talep etme hakkı yoktur.²⁹

Bazı durumlarda ise istihsan ile, kişiler tarafından yapılan beyanlar daraltıcı ya da genişletici yoruma tâbi tutulmaktadır. Genelde yeminler bahsinde örf gerekçesiyle yapılan istihsanlar ile, lafzî anlama itibar edilmesi durumunda kişinin yeminine sadık kalabilmesini çok zor ve bazen imkânsız kılan bir genellik arzeden yemin konusunun kapsamı daraltılmaktadır.³⁰

sunda bu örneği bir hakkın sâbit olması şeklinde de görebiliriz.

²³ Şirket-i sanâî: İki veya daha fazla şahsın belli bir işi yapmak üzere kurdukları emeğe dayalı iş gücü ortaklığı. Bu ortaklığa amel ya da ebdân şirketi de denir.

²⁴ a.g.e., III, 10.

²⁵ a.g.e., II, 125.

²⁶ a.g.e., IV, 175, 189, 195 ve 215.

²⁷ a.g.e., III, 38.

²⁸ Şuf'a hakkı: Sahibine, satım akdine konu olan bir akarı, müşteriye mâl olduğu bedel karşılığında mülkiyetine geçirme yetkisi veren bir haktır.

²⁹ a.g.e., IV, 33.

³⁰ a.g.e., II, 75, 77, 80, 81, 84.

3. *el-Hidâye*'de Yer Alan İstihsan Çözümlerinin Gerekçeleri Açısından İncelenmesi

İstihsanın bir sınıflandırmaya tâbi tutulması ilk dönem eserlerinden itibaren görülen bir husustur. Usûl eserlerinde yer alan bu tasnifler, istihsanın mahiyetinin anlaşılmasında önemlidir. İstihsanın bu şekilde kısımlara ayrılması, istihsan konusunun en önemli kısmını oluşturur. Gene bu tasnif ve bu tasnifteki her bir türün örnekleri, teorik olarak işlenen istihsan konusunun pratik ve sonuç açısından neye yaradığının da cevabını verir. İstihšana göre verilen hükümlerin bu şekilde taksim edilmesinde ona yapılan itirazların cevaplanması düşüncesinin varlığından da söz edilebilir.³¹ Yani, itiraz edilen istihsan kavramının içeriği olarak, bu taksimde esas tutulan delilinin öne çıkarılmasıyla, istihsanın bir delil ve mesnetten yoksun olmadığı vurgulanmış olmalıdır. İstihsanın vechi, yani delili, istihšana dayalı olarak verilen hükmün ne kadar meşrû ya da kıyasın terk edilmesini ne kadar gerektirici olduğu konusunda iknâ edicidir. Eğer bu vechi, yeterince iknâ edici değilse o zaman kıyasın terk edilmesi ve istihšana göre verilen hükmün benimsenmesi de tartışmalı hale gelir.

Hanefî usûlüne dair klasik eserlerde istihsanın başlıca iki kısma ayrıldığını görmekteyiz: Birincisi gizli kıyas istihsanı, ikincisi ise delil sebebiyle istisnâ istihsanıdır. Bu ikincisi de kendi içerisinde eser, icmâ ve zarûret sebebiyle olmak üzere üçe ayrılır. İstihsanın bu şekilde taksim edilmesinde ölçüt; istihsanın delili, mesnedi ya da sebebi olarak adlandırılan ve “**vech**” terimiyle ifade edilen gerekçesidir.

İstihsan tariflerinde de bu unsur, yani istihsanın vechi kilit bir konumda yer alır. Yapılan tariflerde genelde, kıyasın terk edilerek daha güçlü bir delil sebebiyle başka bir hükme gidildiği söylenir. İşte kıyastan bu ayrılışın (“**udûl**”) sebebi daha güçlü bir gerekçenin, delilin var oluşudur. Kerhî (v. 340/952)'nin tanımında bu ayrılışa daha güçlü bir vechin sebep olduğu belirtilirken³², Cessâs (v. 370/981) buna kıyastan evlâ olan, der ve kıyasın terkine sebep olduğunu bildirir³³. Serahsî (v. 483/1090) ise istihsanın bizzat kendisini zâhir kıyasa muâriz delil³⁴ olarak tanımlarken, bununla istihsanın vechini kastetmiş olmalıdır.

el-Hidâye'de de müdellel bir eser olması itibarıyla metinde geçen hükümlerin delilleri yer almaktadır. Diğer hükümlerin yanı sıra istihšana göre verilen hükümlerin gerekçelerini de *el-Hidâye*'de bulmak mümkündür. Mergînânî birkaç yer hâriç³⁵ istihsan yapılan hükmün delilini belirtmeden geçmemiştir. İstihsan hük-

³¹ Ali Bardakoğlu, “İstihsan”, *DİA*, XXIII, 342.

³² Abdülaziz el-Buhârî, *Keşf*, IV, 1123.

³³ Cessâs, *el-Fusûl*, s. 234.

³⁴ Serahsî, *el-Usûl*, II, 200.

³⁵ Mergînânî, *el-Hidâye*, I, 93; III, 201.

münün delilini genelde “**vehü’l-istihsân**” tâbirini kullanarak belirten Merğînânî, bu hükümlerin gerekçeleri hususunda kendisine kadar ulaşan mezhep doktrinindeki birikimi ve varsa kendi katkılarını bizlere ulaştırmaktadır. Merğînânî’nin eserinde yaptığı bu gerekçelendirmeleri esas alarak *el-Hidâye*’de geçen istihsan örneklerini inceleyeceğiz.

İstihsan örneklerine geçmeden önce, *el-Hidâye*’de istihsana gidişin delili verilirken dikkatimizi çeken birkaç noktaya da temas etmek istiyoruz.

el-Hidâye’de istihsanın vechi bazen birden fazla olabilmektedir. Meselâ vasiyetin ve icâre akdinin istihsanla cevâzının izah edilmesinde bu durumu görmekteyiz. Müellif, icâre akdinin insanların ona olan ihtiyacından ötürü câiz kılındığını söylemekte, sonra bu akdın sıhhatine işaret eden hadislerin var olduğunu bildirecek onlardan ikisine yer vermektedir.³⁶ Aynı şekilde vasiyetin de insanların ona olan ihtiyaçları nedeniyle meşrû kılındığını belirtir ve uzun aklî açıklamalara yer verir. En son olarak ise, ilgili âyet ve hadislere işaret etmekte ve bu konuda ümmetin icmâsının gerçekleştiğini söylemektedir.³⁷ Bu durumu, aynı hükme farklı delillerle ulaşılabileceği mümkündür, diyerek açıklayabiliriz. Ancak *el-Hidâye*’de bu şekilde birden fazla gerekçe ile izah edilmiş olan istihsan örneklerine baktığımız zaman genelde, hükmün delili olarak verilen naklî delilin yanı sıra aklî izahların verilmesi, hattâ bu aklî gerekçelerin bazen naklî delillerden önce zikredilmesinden şunu anlayabiliriz: Muamelâtla ilgili hususlarda bir hükmün delili olarak naslar o hükmü getiren deliller olmayıp, o naslar olmasa da varılacak o hükümleri teyit edici olarak zikredilmektedir. Meselâ icâre akdinin tecviz edilmesinin sebebi o akde olan ihtiyaçtır. Bu akit tecviz edilmediği takdirde toplum hayatı büyük çıkmazlara girecektir. Zâten icâre akdinin cevâzına delil olarak getirilen “işçinin ücretini daha teri kurumadan veriniz” hadisi³⁸ aslında icâre akdinin cevâzını değil, zaten bilinen ve uygulanan bu muâmelede bir tarafın haksızlığa uğratılmamasını ve hakkının geciktirilmeden verilmesini talep etmekte ve böylece işin daha çok ahlâkî boyutunu öne çıkarmaktadır.

el-Hidâye’de istihsanın gerekçesi bazen oldukça açık olarak zikredilmekte ve o meseledeki istihsanı, usûldeki istihsan taksimindeki sınıfların birinin içinde mütâlaâ etmek kolayca mümkün olmaktadır. Bazen de müellif istihsana göre verilen hükmün gerekçesini izah etmekte, ancak bunu klasik taksimdeki sınıflardan birine dahil etmek o kadar kolay olmamaktadır. Açık kıyasın terk edildiği ve o meselenin benzerlerinden istisnâ edildiğini gördüğümüz bu örneklerde, yapılan istisnânın gerekçesi olarak gösterilen ve bazen “**fark**” kelimesiyle anlatılan husus,

³⁶ *a.g.e.*, III, 231.

³⁷ *a.g.e.*, IV, 231-232.

³⁸ İbn Mâce, *es-Sünen*, İstanbul 1981, “Rühûn”, 4.

doğrudan zarûret, örf vb. bilinen bir kavramla izah edilememektedir. Burada işi zorlaştıran bir neden de gizli kıyas istihsanının konumudur.

İstihsanın gizli kıyas istihsanı ve delil istihsanı olarak önce ikiye, delil istihsanın da nas, icmâ, zarûret, örf ve maslahat sebebiyle istihsan olmak üzere beşe ayrılması genelde benimsenen bir taksimdir. Mustafa eş-Şelebî, Hanefî fûrû kitaplarındaki istihsanların, bu sınıflandırmada yer almayan bir takım gerekçelerin de göz önünde bulundurulması yapıldığını söylemekte ve başka istihsan tiplerinin de mevcudiyetinden bahsederek istihsan çeşitlerinin sayısının sekizden fazlaya kadar çıkarılabileceğini düşünmektedir.³⁹ *el-Hidâye*'de istihsana gerekçe olarak yer verilen ifadeleri değerlendirdiğimizde Şelebî'nin bu mütâlaâsında haklı olduğunu düşünmekteyiz. Hattâ Şelebî'nin düşündüğünden de fazla olarak daha farklı gerekçelerin de tesbiti yapılabilir.

Ancak şu kadar var ki, bu farklı olarak tesbit edilen istihsan türlerini klasik taksimdeki sınıflardan birine ircâ etme imkânı da vardır. Meselâ, zorluğu kaldırma sebebiyle istihsan, diye ayrı bir başlık tesbit etmek yerine bunu zarûret nedeniyle istihsan başlığı altında mütâlaâ etmek daha yerinde olabilir. Gene bu farklı gerekçeleri, gizli kıyas istihsanına gitmenin bir sebebi olarak düşündüğümüzde bu şekilde bir çok türün gizli kıyas kapsamına dahil edilmesi gerekecektir.

a) Gizli Kıyas İstihsanı

“Kıyas istihsanı” olarak da bilinen bu tür istihsanda bir meselenin iki farklı asla kıyas edilmesi imkânı vardır. Mesele üzerinde iyice düşünüldüğünde onun, ilk akla gelen ve benzerliği açık olana değil, başka bir asla ilhak edilmesi gerektiği anlaşılır. Dolayısıyla bu iki asıldan ilk akla gelene kıyas edilmesi açık (zâhir, celî) kıyas, derinliğine düşünüldüğünde akla gelen kıyas imkânı ise gizli (kapalı, hafî) kıyastır ve diğerine tercih edilmesi gerektiği anlatılmak üzere buna istihsan (kıyas-ı müstahsen) denir.

Bu tasvirde de anlaşılacağı üzere buradaki işlem, yapılması mümkün kıyaslardan birini diğerine tercihtir. Dolayısıyla gizli kıyas istihsanı neticede gene bir kıyas işlemidir. Ama ilk kıyasın değil de, ikincisinin tercih edilmesi ve bu tercihi yapmayı gerektiren bir sebep olması, kıyas istihsanının kanaatimizce en önemli tarafıdır. Yani, gizli kıyas istihsanının da delil istihsanı gibi bir vecihi, gerekçesi bulunmaktadır. Klasik eserlerde tercih sebebi olarak, açık kıyastakine oranla daha kuvvetli olan ve “*eser*” tâbir olunan bu hususlar yukarıda değindiğimiz gibi çok farklı mülâhazalardan ibarettir. Hattâ bu sebepler, bu tercihi yapan ve zâhir kıyası terk edip o meselede farklı bir görüşü benimseyen fakihin kendisini iknâ edebilirse de diğer birisince pekala kabule şâyan olmayabilir.

³⁹ Mustafa eş-Şelebî, *Ta'lîlül-ahkâm*, Beyrut 1981, s. 236-237.

Gizli kıyasın usûl eserlerinde ve araştırmalarındaki anlatımından onun, ilhak edilebilecek iki farklı asıl arasında bir tercih yapmak olduğu anlamını çıkarmaktayız. Ancak *el-Hidâye*'de de pek çok örneğini gördüğümüz gibi, bazı gizli kıyas örneklerinde, kendisine ilhak edilen diğer asıl olarak belirleyeceğimiz bir mesele yoktur. Dolayısıyla burada da delil istihsanında olduğu gibi, belli ölçülerde bir genellik arzeden bir kuralın terk edildiğini, o meseleye özel olarak, istisnâ yoluyla bir başka hükmün verildiğini ve o kıyasın söz konusu mesele için geçerli olmadığını görmekteyiz. Burada terk edilen çözüme kıyas, o mesele için benzerlerinden farklı olarak düzenlenen yeni çözüm tarzına da istihsan adı verilmektedir.

Biz, öncelikle iki farklı asla kıyas edilme imkânı olabilen, yani gizli kıyas istihsanı anlamının en çok belirgin olduğu örneklerle yer vereceğiz.

Açık kıyasa göre bir kişinin, kendi nafakasını temin için uzakta olan oğlunun taşınır malını satma hakkı yoktur. Baba, nasıl oğlu hazırken bu hakka sahip değilse, gaib iken de bu hakka sahip değildir. Gizli kıyasta ise, baba vasîye kıyas edilir. Vasî bu hakka sahipse, ona nazaran, mal sahibi olan oğluna çok daha yakın ve şefkatli olan baba bu hakka nasıl sahip olmaz?⁴⁰ Burada da gizli kıyası tercih sebebi evlâ kıyastır.

Üzerinde olgunlaşmış meyveler olan ağaçların da bulunduğu bir arazinin satımına, şüf'a hakkı olan kimse müdahale ederek araziye cebren temellük etmesi halinde, eğer akitte bu ağaçlar da zikredilmişse, meyveleri ile birlikte onlara da sahip olur. İstihsana dayalı olarak verilen bu hükümden gizli kıyas, ağaçların da araziye bitişik sayılması, yani bir evdeki odalardan biri gibi kabul edilmesidir. Satılan bir evdeki, eve bitişik olmayan taşınır mallara kıyası ise açık kıyastır, bu durumda satıma dahil değildirler ve şüf'a hakkının sahibi onlara mâlik olmaz.⁴¹

Şu meselede de iki kıyas imkânı vardır: Lehine vasiyet edilen kişinin, kendisine yapılan vasiyeti kabul etmesi gerekir, kabul etmezse vasiyet konusu mal onun mülkü olmaz. Ancak önce vasiyet edenin, sonra lehine vasiyet edilen kişinin ölmesi durumunda, vasiyet edilen mal bu ikincisinin vârislerine kalır. İstihsana göre verilen hüküm bu olmakla birlikte, açık kıyasta bu vasiyet bâtil olur. Kıyas edilen asıl, satıcının icabının ardından, daha kabul etmeden müşterinin ölmesi ile o satım akdinin bâtil olmasıdır. Gizli kıyasta ise vasiyet, vasiyet edenin ölümü ile tamamlanmıştır, artık feshedilemez. Lehine vasiyet edilen kişinin kabulüne bağlı iken, bunun da ölümü ile mülküne dahil olur. Burada ilhak edilen asıl ise, muhayerlik hakkına sahip olan müşterinin icâzet vermeden ölmesi ile malda mülkiyetinin sâbit olmasıdır.⁴²

⁴⁰ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 48.

⁴¹ *a.g.e.*, IV, 34; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut, 1986, XIV, 133-134.

⁴² Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 234.

Bu verdiğimiz örnekler ve benzerlerinde kıyas imkânı olan iki asıl müellif tarafından belirtilmekte ya da tesbiti mümkün olmaktadır. Ama gene pek çok istihsan çözümü vardır ki; onlarda açık kıyas diyebileceğimiz terk edilen çözüm tarzı zikredilmekte, ancak bu çözümün terk edilip de yerine başka bir hükme gidilmesinde hangi asla kıyas yapıldığı belirtilmemektedir. Bunları, delil istihsanı olarak örneklerine yer vereceğimiz diğer tür istihsanlar içinde de mülâhaza edemeyiz. Zira bunlarda kıyasın terk edilmesini icap ettiren gerekçe onlarda olduğu kadar açık değildir. Bunlar için, re'ye, akla dayalı olarak ve bazı mülâhazaların göz önünde bulundurulması zâhir kıyasın terk edilmesi diyebiliriz. Aşağıda yer vereceğimiz örneklerde de, bu şekilde istihsan yapılmasının amacı araştırıldığında bazı ortak özelliklere ulaşabiliriz.

Bu tür istihsanlarda ortak olan yön, ilk akla gelen çözüm anlamında kıyasın terk edilerek ondan farklı bir çözüme varılması ve buna istihsan adı verilmesidir. Bunlarda kıyas adını alan ve istihsan karşısında terk edilen çözüm şekli bazen genel olabilen, ama daha çok o konu ya da meseleye ait bir çözüm tarzıdır. Bu, usûlî kıyas anlamında bir kıyas da olabilir.

İstihsanın vechi olarak yer verilen gerekçelendirici ifadeleri, açık kıyasın terk edilmesini gerektiren mülâhazalar şeklinde bir genel başlık altında toplayabiliriz. *el-Hidâye*'den aktaracağımız örnekler de, bu çok farklı mülâhazaların, müctehidin kanaatini etkilediğini ve zâhir kıyası terk ederek, mütâlaâlarının kendisini yönlendirdiği şekilde düşündüğü ve böylece vardığı farklı sonuçları bizlere gösterecektir.

Bu şekilde istihšana dayalı olarak verilen hükmün kıyastan farklı olduğu hususu ifade eden ve bazen “**fark**” kelimesiyle anlatıldığını gördüğümüz, işte bu ilk bakışta görülmemeyen ancak mesele üzerine iyice düşünüldüğünde o meseleye ayrı bir hüküm vermeyi icap ettiren ayırıcı özelliktir. Meselâ, namaz kılmamaya yemin eden bir kimse, kıyam, kırâat, rükû' yapsa bile secde yapmadığı sürece yemininden dönmüş olmaz. Ancak oruç tutmamaya yemin eden bir kimse, oruca başladığı anda yeminini bozmuş olur. İlk bakışta namazın da oruca kıyasla namaza başlama tekbiri ile yemini bozması gerekirdi. Kıyasın gerektirdiği hüküm de budur. Ancak namazı oruçtan farklı kılan husus, namazın farklı rükünlerden müteşekkil olması ve bunların tamamı yapılmadıkça ona namaz adı verilmemesidir. Oruç ise, tek rükün olan imsakten ibarettir.⁴³

Şu örneklerde de açık kıyasın getirdiği hüküm terk edilip, değişik gerekçelerle istihsan adını alan çözümlere gidilmiştir:

Bir başkasından henüz vâdesi gelmemiş para alacağı bulunan kimse alacağı miktarı parayı o şahıstan çalsa, bu kişiye hırsızlık suçunun cezâsı uygulanmaz.

⁴³ a.g.e., II, 91; krş. Serahsî, *el-Mebûsât*, IX, 31.

Genel kurala göre bu da bir çalma olduğundan hırsızlık cezâsı verilmesi gerekirdi. Ancak şu mülâhaza göz önünde bulundurulmuştur: Bu kişinin yaptığı iş, hakkını almaktır. Vâdesi gelse de gelmeseyse de bu birdir. Zira vâde tayin etme, hak talebini ertelemek içindir, yoksa alacağı vâde dolana kadar ortadan kaldırmaz.⁴⁴

Ortaklardan birinin tazmin sorumluluğu olmayan kârı elde etmesi, şirket ahdini sahih olmaktan çıkarır. Bu kuralın gereği olarak şirket-i sanâî’de de; iki ortağın yapacakları işi yarı yarıya, kârı ise birine üçte bir diğerine üçte iki olarak paylaşmaları durumunda kârdan fazla pay alacak olan şahsın aldığı bu fazlalık, tazmin sorumluluğu olmayan kârdır. Ancak istihsanda buna cevâz verilir ve bunun izahı şöyle yapılır: Onun aldığı kâr olmaz. Zira kâr, sermaye ile cins birliği olduğu zaman vardır. Bu ortaklıkta ise sermaye, beden gücü (“amel”), kazanç ise maldır, dolayısıyla sermaye ve kâr birbirinden farklıdır. Burada elde edilen kazanç, çalışmanın bedeli olmaktadır. Çalışmanın değeri de insanların ona verdikleri kıymetle ölçülür.⁴⁵ Bu izahla sanâî şirketinin, vücûh şirketinden⁴⁶ bu hüküm açısından farkı belirtilir.

İki kardeş babalarının filanca kimseyi vasî tayin ettiğini iddiâ etseler, bu kişi de kendisinin vasî tayin edildiğini kabul etse istihsana göre vasî olur. Kıyasa göre bu, menfaatin kendisine dönmesi için şahide şahitlik olduğundan kabul edilmez. İstihsana göre ise, hâkimin bu görevi isteyen kimseyi vasî tayin etme hakkı zaten vardır. Bu şehâdetle de vasî bulma yükünden kurtulmuştur. Yoksa bu şehâdetle bir şey sâbit olmuş değildir.⁴⁷

Ziraat yapmak üzere kiraladığını belirtmeden bir arazi kiralayan kimsenin bu yaptığı akit fâsittir. Çünkü bunda akdi fesada uğratacak derecede bir cehâlet⁴⁸ vardır. Ancak bu şekilde bir yer kiralar ve belirlenen süre de dolarsa, tayin edilen kira bedelini verir. İstihsan olan bu görüşle bu şekilde yapılan akde sahih akdin hükümleri uygulanır. Kıyasta ise bu akit, fâsit olarak gerçekleşmiştir. Sonradan sahih akde dönüşmez. İstihsanın gerekçesi, söz konusu cehâletin akit tamamlanmadan ortadan kalkmış olmasıdır. Böylece akdin yapılması esnasında kalkmış gibi olur ve sahih akit hükümlerini alır.⁴⁹

İki oğul, babalarının terikesini taksim etseler, sonra onlardan birisi babasının filanca kimse için malının üçte birini vasiyet ettiği ikrarında bulunsa, sadece

⁴⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 122; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 178.

⁴⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 10; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 157-158.

⁴⁶ Vücûh şirketi: Ortakların sermayesiz, sadece kredileriyle, meselâ ödünç para kullanarak veya vâdeli mal alıp satmak suretiyle kâr etmek ve bunu paylaşmak üzere kurdukları kredi ve itibar ortaklığı.

⁴⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 125.

⁴⁸ Cehâlet: Akit mevzuununun vasıflarındaki bilinmezlik.

⁴⁹ *a.g.e.*, III, 243-4.

kendisi kendi payına düşenin üçte birini vermelidir. Bu istihsanla verilen hüküm olup, kıyas ise, ikrar eden mirasçının elindeki yarısını vermesini gerektirir. Çünkü babasının ona üçte bir vasiyet ettiğini ikrarı, onun da kendisi ile terikeden eşit pay alacağını söylemek anlamına gelir. Bu durumda eşitliği sağlamak için elindeki yarısını ona vermelidir. İstihsanın dayandığı gerekçe ise şudur: İkrarda bulunan oğul, bütün terikeye şâyi olan bir üçte birlik payı ikrar etmiştir. Bu durumda mirastan kendisine düşen payın da sadece üçte birini ikrar etmiş olur.⁵⁰

el-Hidâye'den aktardığımız bu meselelerde istihsanın gerekçesi olarak pek çok sebebin ileri sürülmüş olduğunu görüyoruz. Bunlarda kıyas adı verilen ve terk edilen çözümler, bazen usûldeki anlamıyla kıyasa yakınken, bazen de o meselede uyulması gereken bir kaide, benzer meselelerde esas alınan bir çözüm tarzı olarak belirmektedir. Ancak istihsan yapılan ve farklı bir hüküm verilen meselelerde kıyasın uygulanmasına mâni olan ve bazen “fark” kelimesiyle anlatılan yönler dikkate alındığı zaman o mesele için kıyas hükmünün uygulanmasının doğuracağı sıkıntı ve çıkmazları giderecek ve çoğu zaman maksada uygunluğu gerçekleştirecek hükümlerin verilmesi yoluna gidilmektedir. Bu örnekler ve benzerlerinde farklı mülâhazalar istihšana gidişin gerekçesi olarak gösterilmiş olmakla birlikte, örnekler incelendiğinde, istihšana gidişin asıl sâiki olarak, genelde daha uygun, kolaylaştırıcı, varılması istenen maslahat ve hikmetlere uygun çözümler elde etme düşüncesini tesbit edebiliriz.⁵¹

b) İstisnâ İstihsanı

“Delil istihsanı” olarak da isimlendirilen istihsanın bu türü, yapısı itibarıyla gizli kıyas istihsanından farklılık arzeder. Genel kural anlamındaki kıyastan, bir delil nedeniyle o kuralın kapsamına giren bir meseleyi istisnâ etme ve ona farklı bir hüküm verme ortak özelliğinde buluşan bu tür istihsanlar, delillerine göre adlandırılırlar. Klasik dönem Hanefî fıkhında nas, icmâ ve zarûret şeklinde üç ana başlık altında örneklerine yer verilen istisnâ istihsanının⁵² *el-Hidâye*'de tesbit edebildiğimiz örneklerini, bunlara örf ve maslahatı da ilâve ederek beşli taksim içerisinde inceleyeceğiz. Bir de bu beş delilin dışında daha tâlî olan, yerine göre bunlardan birine ircâi da mümkün olan diğer istihsan çeşitlerini de diğer deliller başlığı ile ele alacağız.

1. Nas Sebebiyle İstihsan

Bu başlık altında Kur'an nassı ve hadisler sebebiyle yapılan istihsanları görmekteyiz. Daha çok hadisler sebebiyle istihsan yapıldığı için bu türe “eser istihsanı” ya da “sünnet istihsanı” da denmektedir. *el-Hidâye*'de de bu başlık

⁵⁰ a.g.e., IV, 243; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XXVIII, 37-38.

⁵¹ Muharrem Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulanması*, s. 161-162.

⁵² Pezdevî, *Kenz*, IV, 1125-6; Serahsî, *el-Usûl*, II, 202-203.

altında değerlendirmek üzere tesbit ettiğimiz istihsanların çoğu, hadisler sebebi ile yapılmış olup, bu türe sünnet istihsanı adının verilmesini doğrudan niteliktedir.

Delili âyet ya da hadis olan bir hükme istihsan denmesinin ne anlamı olabileceğini sorgulayanlar olmuştur. Eğer bir hüküm, kaynaklar hiyerarşisi içerisinde en üstte bulunan âyet ve hadislerle sâbit ise, bunu delil olup olmadığı tartışmalı olan istihsan içerisinde görmenin ne gibi bir açıklaması olabilir? Bu sorudan yola çıkarak klasik istihsan taksiminin hatalı olduğu sonucuna varan Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'ya göre istihsan, bazı meselelerde kıyasın sürdürülmesi halinde ortaya çıkacak olan aşırılıkların ve felâketlerin önlenmesi demektir. İcmâ istihsanı için de aynı tenkidı yapan Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, sünnet ve icmâ istihsanı şeklindeki tanımların anlamı nedir diye sorar. Bu şekilde sâbit olan hükümlerin kaynağı zaten sünnet veya icmâ ise, doğrudan buna nisbet edilmeyip araya istihsan ve kıyas kavramlarının sokulmasına ne gerek vardır. İstihsandan kasıt fakihin, yani hüküm çıkarmaya uğraşanın istihsanı olmalıdır, yoksa Şâri'in istihsanına bu adı vermeye gerek yoktur. Üstelik bu bir takım karışıklıklara sebep olur.⁵³

Zerkâ'nın dile getirdiği bu görüş eleştirilmiştir. Bir defa istihsan, Hanefîlerin tatbik ettiği bir usûlün adıdır. Bu usûl, kıyas veya genel kurala aykırı bir şekilde istisnâ olarak hükmün sâbit olduğu yerlere verdikleri isimdir. Bu kavramla ister nasla, ister başka bir delille sâbit olsun mezhepte tümevarım yoluyla elde edilmiş olan ve genel bir nitelik taşıyan hükümlerden yapılan istisnâlar anlatılır. Bu istisnâların varlığının, genel kurallara bir zarar getirmeyeceği, bunlara istihsan adı verilmesiyle, benzer durumlar için örnek teşkil etmeyecekleri anlatılmış olmaktadır. Yoksa, bu şekilde sâbit olan hükümlerin kaynak anlamında delili gene nas ya da icmâdır.⁵⁴

Sahâbî kavli ve tâbiîn tatbikatı sebebiyle yapılan istihsanlar da, eser istihsanı başlığı altında ele alınmalıdır. Zira sahâbe ve tâbiînden, kıyasa muhâlif olarak gelen rivâyetlerin Hz. Peygamber'den gelmiş olması ihtimali mevcuttur.⁵⁵ Zaten sahâbî kavline kaynaklık değeri atfedilmesinin nedeni de bu ihtimaldir.

a. Kur'an Nassı Sebebiyle İstihsan

el-Hidâye'de, Kur'an nassının delil olarak gösterildiği istihsana üç yerde rastladık ki, bunlarda da ilgili âyetlerin istihsan yoluyla varılan hükümlerin kaynağı olması dolaylı bir şekildedir.

⁵³ Zerkâ, *el-Medhalû'l-fikhiyyü'l-âmm*, Dımaşk 1967-8, I, 85-86. Zerkâ, verdiği dipnotta bunun nedeninin hevâ ve re'y ile hüküm vermekle suçlanan istihsan taraftarlarının, bu verdikleri hükümlerde mesnetten yoksun olmadıklarını gösterme isteği olabileceğini de kaydeder (s. 86, dipnot 1).

⁵⁴ İbrahim Kafi Dönmez, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı*, 148-152.

⁵⁵ Şelebî, *Ta'til*, 250; Ali Bakkal, *İslâm Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa 2001, s. 99-102.

Adına hac yapılmasını vasiyet eden bir kişinin, vârislerinin bu iş için görevlendirdikleri kişi daha Kâbe'ye varmadan Kûfe'de ölse, Ebû Hanîfe'ye göre vasiyet eden kişi adına yeniden hacca, evinden başlanarak gidilir. Kıyas olan bu görüş, ölen vekilin gittiği mesafenin dünya ahkâmı açısından bâtil olduğu fikrinden yola çıkmaktadır. Bunun da delili, “insanoğlu öldüğünde, üç şey hâriç, ameli kesilir...”⁵⁶ şeklindeki hadistir. Vasiyetin yerine getirilmesi de dünya ahkâmından olduğundan sanki daha önce hiç yola çıkılmamış gibi vasiyet edenin vatanından başlanarak hac yolculuğuna çıkılması gerekir. İstihsanda ise, çıkılan yolculuk bâtil olmamıştır. Zira “ ...kim evinden Allah'a ve Resûlüne hicret etmek üzere yola düşer ve ölüm onu yakalarsa, onun ecrini vermek şüphesiz Allah'a düşmüştür...”⁵⁷ âyeti bunu göstermektedir. Böylece vekilin yaptığı seferin iptal olmadığı düşünülürse, vasiyetin de onun kaldığı yerden itibaren uygulanması gerekir.⁵⁸ Bu meselede istihsanın delili olarak getirilen âyetin, doğrudan bu meseleyle ilgili olmamakla birlikte, istihsanın dayandığı fikre kuvvet verecek bir şekilde anlaşılması ve yorumlanması mümkün olmaktadır. Zira burada çözüm getirilen mesele, teknik bir şekilde hükme bağlanmaya çalışılmaktadır. Âyetin ise, bu bağlamda konuya temas etmekten uzak olduğu açıktır. Burada naslardan işaret yoluyla yapılan bir çıkarımın istihsana mesnet yapıldığını düşünebiliriz.

Selem akdinin meşrû bir muâmele olduğuna müdâyene âyetinin⁵⁹ de delâlet ettiğine dair İbn Abbas'tan gelen bir rivâyete yer verilmiştir.⁶⁰

Kıyasa aykırı olarak cevâz verilen vasiyet hakkında da müellif, öncelikle bu kuruma olan ihtiyaçtan bahsettikten sonra, zaten bunun hakkında Kur'an'da âyet vardır, diyerek, “...yaptığı vasiyetin yerine getirilmesinden veya borcunun ödenmesinden sonra...”⁶¹ âyetine yer vermektedir.⁶² Burada da yapılan istihsanın mesnedi olarak öncelikle hâcetten bahsedilmiş, âyet de Kur'an'dan vasiyetin meşrûyetini destekleyen bir ifade olarak zikredilmiştir. Zaten âyetin ifadesi de, meşrû olan, bilinip uygulana gelen bir muâmeleden bahseder şekilde olup, câiz olmayan vasiyeti helâl kılar gibi anlaşılmaya müsait değildir.

b. Sünnet Sebebiyle İstihsan

el-Hidâye'de sünnet sebebiyle yapılan istihsanların çoğunluğunu, Hz.Peygamber'in kavî sünnetlerinin, yani hadislerinin delil olduğu hükümler

⁵⁶ Müslim b. Haccâc, *el-Câmi'u's-sahîh*, İstanbul 1981 (tahkik: Muhammed Fuâd Abdülbâkî), “Vasiyye”, 3.

⁵⁷ en-Nisa 4/100.

⁵⁸ Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 184-5.

⁵⁹ el-Bakara 2/282.

⁶⁰ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 71; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 124.

⁶¹ en-Nisa 4/11.

⁶² Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 231; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 142 vd. Serahsî burada vasiyetin meşrûyetini izah ederken bir istihsandan söz etmemektedir.

teşkil etmekte olup, bunlardan bir kısmı ibadetlerle ilgilidir. Biz diğer konularda ki sünnet istihsanı örneklerini inceleyeceğiz.

Ortakların mallarında, tasarruflarında ve borçlarında tam bir eşitlik içinde olmalarını ifade eden mufâvada şirketi, kıyasa göre câiz değildir. Zira bu şekilde bir muâmele, cinsi meçhul bir şeye vekâleti, gene meçhule kefâleti içermektedir. Bunların her biri başlı başına fâsit tasarruflardır. İstihsana göre meşrûluğuna hükmedilen bu şirketin cevâzına “mufâvada yapınız, zira bu bereket için en büyük yoldur”⁶³ anlamına gelen bir hadis delil olarak getirilmektedir.⁶⁴

Şart muhayyerliği akdin gereği olan bağlayıcılığa aykırı olduğundan kıyasa göre câiz değildir. Ancak, bu konuda Hz. Peygamber’in, bir sahâbiye alışveriş konusunda “de ki, benim üç gün muhayyerliğim var”⁶⁵ şeklindeki tavsiyesi mesnet kabul edilerek şart muhayyerliğinin cevâzına hükmedilmiştir.⁶⁶

Selem akdi, henüz ortada mevcut olmayan bir şeyin satımının yasak olması genel kuralına aykırı olarak istihsanla tecviz edilmiştir. Bu hükmün delillerinden birisi de, Hz. Peygamber’in, kişinin yanında bulunmayan şeyin satımını yasaklar-ken bundan selemi istisnâ etmiş olmasıdır.⁶⁷

İcâre akdinin kıyasa aykırı olarak cevâzında da hadisler delil olarak gösterilir. Bu akdin konusunun henüz ortada olmayan bir menfaat olması sebebiyle ma’dûmun satışının câiz olmaması genel kuralına aykırı olduğu, ancak “çalıştırdığımız işçinin ücretini daha teri kurumadan verin”⁶⁸ ve benzeri hadislerin bu akdin sıhhatine delâlet ettikleri ifade edilir.⁶⁹

Vasiyetin meşrûluğunu isbat sadedinde “Allah Teâlâ, ömrünüzün sonunda, sizin için hayırlı amellerinize bir ilâve olmak üzere, mallarınızın üçte birini sizlere sadaka olarak vermiştir. Onu dilediğiniz şekilde yerli yerine koyarsınız”⁷⁰ hadisinin de zikredildiğini görmekteyiz.⁷¹

⁶³ Kaynaklarda bu şekilde bir hadise rastlanmamaktadır. Zeylaî, “Üç şeyde bereket vardır. Bunlardan biri mukarazadır” (İbn Mâce, “Ticârât”, 63) şeklindeki hadisin, bazı nüshalarda mukaraza yerine mufâvada kelimesiyle yer aldığını belirtmektedir (Cemaleddin ez-Zeylaî, *Nasbû’r-Râye li-ehâdisi’l-Hidâye*, Şebrâ 1938, III, 475).

⁶⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 3-4; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 176 vd.

⁶⁵ Buhârî, “Büyü”, 48.

⁶⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 27; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 40-41.

⁶⁷ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 71; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 124.

⁶⁸ İbn Mâce, “Rühûn”, 4.

⁶⁹ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 231; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 74. Serahsî, icâre akdinin kıyasa aykırı olarak câiz olduğu fikrine karşı çıkar, dolayısıyla icâre akdinin cevâzının istihsanla gerçekleştiği görüşünde değildir.

⁷⁰ İbn Mâce, “Vesâyâ”, 5.

⁷¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 231-232.

Muâmelâta ilgili bu istihsanlarda, zikredilen hadisler, mufâvada, şart muhayyerliği, selem, icâre ve vasiyetin doğrudan meşrûiyet kaynakları olmaktan ziyade, ictimâî ve ticarî hayatın gerekleri olarak var olan bu hukukî kurumların, Hz. Peygamber döneminde de var olduğu ve bunlarla ilgili olarak O'nun daha çok dînî ve ahlâkî nitelikli sözlerinin mevcudiyetini, dolayısıyla bunlarla ilgili herhangi bir tereddüde mahal olmaması gerektiğini anlatır şekilde aktarılmıştır. Zaten *el-Hidâye* müellifi de bu istihsanları aynı zamanda ihtiyaç gerekçesiyle açıklamakta ve tekit mahiyetinde hadislere yer vermektedir. Şelebî de, hadislerin delil olarak gösterildiği bir istihsan uygulaması⁷² ile ilgili olarak; bu meselede yapılan istihsanın aslında bir zarûrete dayandığını, konuyla ilgili olmadığını düşündüğü rivâyetlerin ise, mezhep doktrininde kabul edilmiş hükümleri hadislerle beslemek düşüncesiyle bu istihsanın kaynağı olarak zikredildiğini belirtmektedir.⁷³

Ancak ceninin diyetiyle ilgili şu istihsan hükmünün doğrudan delili, hadistir. Şöyle ki, hâmile kadının karnına vurulan bir darbe sebebiyle, kadın ölü cenin düşürürse, buna sebep olan kişinin ceninin diyeti olarak “**ğurre**” adı verilen ve bir erkek diyetinin yirmide bir oranında olan bedeli öder. Kıyasa göre, ceninin hayatı kesin olmadığından herhangi bir bedel gerekmemelidir. İstihsan ise, “ceninde -diyet olarak- bir yarım insan ğurresi vardır ki, bunun da kıymeti beş yüz (dirhem) dür” hadisine⁷⁴ dayanır.”⁷⁵

Kavlî sünnet sebebiyle yapılan bu istihsanların yanında, fi'lî sünnetin de istihsansa mesnet teşkil ettiğini görmekteyiz.

Savaş halinde olan düşmana, silâh ve silâh îmâlîne yarayacak ve onları güçlendirecek şeylerin satılması yasaktır. Zira bununla onlar, müslümanlara karşı harp için güçlendirilmiş olur. Aynı illeti taşıdığı düşünülen yiyecek ve giyecek maddeler için de kıyas budur, yani bunların da satımının câiz olmamasıdır. Ancak Hz. Peygamber'in bir uygulaması nedeniyle bunlar istisnâ edilir. Hz. Peygamber, Mekkelilerle savaş halinde oldukları halde, Sümâme isimli bir sahâbîye, onlara yiyecek götürmesini emretmiştir.⁷⁶

Takrîrî sünnetle yapılan istihsansa ise şu meselelerde rastlamaktayız. Koca, tercih senin, seç, deyip de kadın da nefsimi ihtiyar ettim, şeklinde cevap verirse, bununla boşama gerçekleşir. Kıyasta ise bu şekilde talak vâki olmaz. Çünkü, bu sırf vaatten ya da vaade ihtimali olan bir sözden ibarettir. İstihsanın delili ise, Hz. Âişe (v. 57/677)'nin, kendisini muhayyer bırakan Resûlullah'a, hayır ben Allah

⁷² a.g.e., IV, 96.

⁷³ Şelebî, *Ta'lîl*, 359-360.

⁷⁴ Ebû Dâvud, “Diyât”, 21.

⁷⁵ Merġînânî, *el-Hidâye*, IV, 189; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 87.

⁷⁶ Merġînânî, *el-Hidâye*, II, 139.

ve Resûl'unü tercih ediyorum, demesini⁷⁷ Hz. Peygamber'in cevap kabul etmesidir.⁷⁸

Taşınrların vakfedilmesi kıyasa göre câiz değildir. İmam Muhammed (v. 189/805)'e göre ise, savaş âletlerinin Allah yolunda vakfı câizdir. Bunun delili, meşhur pek çok rivâyet arasında, Hz. Peygamber'in, "...Hâlid ise Allah yolunda zırhlarını ve atlarını, Talha da, zırhını vakfetmiştir"⁷⁹ sözüdür.⁸⁰ Şekil açısından bakıldığında, burada sözün sahibi olarak Hz. Peygamber'i görüp bunu kavli sünnetle sâbit bir hüküm olarak da değerlendirmek mümkündür. Ancak burada sahâbenin işlediği bir fiili onun tasvip etmesinin daha çok ön planda olduğunu gördüğümüzden bunu takrîf sünnet sebebiyle istihsana bir örnek olarak zikrettik. Netice itibarıyla aralarında bir fark da yoktur.

2. İcmâ Sebebiyle İstihsan

Kıyasa aykırı olarak sâbit olan hüküm üzerinde icmâ meydana gelmiş ise, burada kıyasın gereği olan hüküm değil, üzerinde icmâ meydana gelmiş hüküm esas alınır.

Hanefî fihhına dair eserlerde icmâ ile sâbit olduğu belirtilen hükümlerin çoğunun icmânın sükûtî icmâ denilen türüne dahil oldukları bilinen bir husustur. Buna göre, yapılan bir uygulamayı âlimlerden kimsenin yadırgamamış olması bu çeşit icmânın oluşması için yeterli olmaktadır. Meselâ sahâbe icmâlarıyla ilgili olarak, bir sahâbînin diğerlerinin de görüp duydukları bir iş yapması ve buna hiç birinin ses çıkarmaması şeklindeki ifadeler bu tür icmânın nasıl bir mahiyete sahip olduğunu göstermektedir.

Bu şekilde meydana gelmiş icmâlardan istihsan niteliği taşıyanları tahlil edildiği zaman farklı sonuçlara varılabilmektedir. Bu tür istihsanın misali olarak hep zikredilen istisnâ akitinin, esas itibarıyla bir toplumsal ihtiyaç neticesi uygulanana gelen teâmül olduğu ve bu niteliğinin öne çıkarılması gerektiği yorumu dikkat çekicidir.⁸¹ Ancak şu da var ki, bu şekilde bir ihtiyaca cevap veren, dolayısıyla maslahat esasına dayanarak cevâz verilen bu akit türü üzerinde sonradan bir icmânın meydana gelmiş olması da ihtimal dışı değildir.⁸²

el-Hidâye'de icmâ nedeniyle olduğu açıkça belirtilen istihsanlar da, sükûtî icmâ türüne dahil görünmektedir.

⁷⁷ Buhârî, "Talâk", 6; Müslim, "Talâk", 5.

⁷⁸ Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 244; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 210-211.

⁷⁹ Buhârî, "Cihâd ve's-siyer", 89.

⁸⁰ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 16; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 45-46.

⁸¹ Şelebî, *Ta'lîl*, 350-352.

⁸² İbrahim Kafi Dönmez, *Kaynak Kavramı*, 139.

Kadın ve erkek birlikte irtidat etseler, sonra gene birlikte İslâm'a girseler, nikâhları üzere kalırlar, aradaki riddet nedeniyle yeniden nikâh yapmaları gerekmez. Kıyasa göre ise her birinin riddeti başlı başına nikâhı bozucudur. Eski nikâhlarının bir hükmü kalmadığından nikâhlarını yenilemeleri gerekir. İstihsanın delili, sahâbenin irtidat eden Hanîfe oğullarına İslâm'a döndüklerinde nikâh yenilemeyi emretmemiş olmalarıdır.⁸³ Bu şekilde sahâbe icmâsı meydana gelmiş olmaktadır.

İstisnâ akdinin cevâzı da senedi teâmül olan icmâ ile sâbittir. Kıyasa göre ise, elde mevcut olmayanın satışı olduğundan câiz değildir. *el-Hidâye* müellifi bu akdin hukukî mahiyetiyle ilgili şu açıklamayı da yapar: Sahih olan görüş, bu muâmelenin bir vaat olarak değil, satış olarak câiz olduğudur. Aslında yok olan, hüküm açısından mevcut sayılır. Gene burada akit konusu, yapılacak iş değil, üzerinde sanatkârın işlem yapacağı malın bizzat kendisidir.⁸⁴

İstihsanla meşrû sayılan bir tasarruf olan vasiyet üzerinde de ümmetin icmâ etmiş olduğu kaydedilmiştir.⁸⁵

3. Örf Sebebiyle İstihsan

Örf ve âdet de, kıyasın terk edilmesini gerektiren delillerdir. Bu iki kavram, aralarında her ne kadar bazı farklar olduğu düşünülebilirse de, aynı anlamı ifade etmek üzere birbiri yerine kullanılan terimlerdir.

Usûl eserlerinde, istihsanın delillerinden birisi olarak ilk defa Cessâs'ta, o da daha çok sükûtî icmâ anlamına gelebilecek bir içerikle kullanılan ve amel-i nâs diye ifade olunan örf⁸⁶, daha sonra Gazzâlî (v. 505/1111), Âmidî (v. 631/1233) ve Şâtîbî (v. 790/1388) gibi Hanefî olmayan başka usûlcüler de istihsanın delilleri arasında yer vermişlerdir.⁸⁷

Daha çok son dönem araştırmalarında, örf sebebiyle istihsan diye ayrı bir başlık açılmakla birlikte, kıyastan ayrılmayı gerektiren örfün, sükûtî icmâ ile iç içe geçmeye varan bir benzerlik taşıdığı tesbiti⁸⁸ de, burada söz konusu olan örf kavramının mahiyeti konusunda bize ışık tutmaktadır.

Örf sebebiyle kıyas terk edilir, şeklinde *el-Hidâye*'de de rastladığımız usûl kaidesi mutlak olarak anlaşılmalıdır. Zira burada, kıyastan maksat, istihsan bahsindeki anlamı, yani genel kural anlamıdır. Örften maksat ta, mâzisi Hz.

⁸³ Merğînânî, *el-Hidâye*, I, 221; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, V, 49.

⁸⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 78; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 138-139.

⁸⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 232.

⁸⁶ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 248-249.

⁸⁷ İbrahim Kâfi Dönmez, "el-Urf fi'l-fikhi'l-İslâmî", *Mecelletü Mecma'i'l-fikhi'l-İslâmî*, sy. 5 (1988), s. 3311, dipnot 3.

⁸⁸ Ebû Zehre, *Usûl'l-fikh*, İstanbul ts., s. 267.

Peygamber dönemine kadar giden ve herhangi bir itiraza ve yadırgamaya uğramadan varlığını sürdürmekte olan uygulamalardır. Dolayısıyla burada istihsana gidişin gerekçesi aslında, kavli, fiilî ya da takrirî sünnet olmaktadır.⁸⁹

Lugavî örfte itibar edilmesi sebebiyle, bir beyanda kullanılan kelimenin lafzî anlamının değil, onu kullanan ve o sözü duyanlarca kastedilen mânânın anlaşılması ve o beyana bu yönde bir hükmün terettüp etmesi de, örf istihsanından sayılır. Bu tür örneklere çoğunlukla yemin konusunda rastlanır. Bu istihsanlarda genelde daraltıcı yoruma gidilir ve böylece mükellefin altından kalkamayacağı bir yükten kurtarılması hedeflenir. Bu çerçevede düşünüldüğünde, bu istihsanların da temelde maslahat ve hâcete dayandığı söylenebilir.⁹⁰

el-Hidâye'de yer alan istihsanla çözülmüş meselelerden bu başlık altında inceleyebileceğimiz bazı örnekler tesbit etmiş bulunuyoruz.

el-Hidâye'de, yeminlerde sarf edilen sözlerden örfî mânânın anlaşılacağına dair meselelere şu örneği verebiliriz: Pişmiş bir şey yemeyeceğine yemin eden kimsenin bu sözü pişmiş ete mahsustur. Bu, örf sebebiyle yapılmış bir istihsandır. Çünkü bunda da umûma itibar imkânsız olduğundan örfte bu sözden kastedilen mânâyâ gidilir.⁹¹

Mufâvada şirketinin istihsanla tecviz edilmesinin dayanaklarından birisi de, insanların bu muâmeleyi yapmayı bir teâmül haline getirmiş olmaları ve buna kimsenin karşı çıkmamasıdır.⁹²

Bir satım akdinde taraflardan birine ya da akit konusu olana bir menfaat sağlayan şart, akdin gereklerinden olmaması halinde, o akdi bozar. Bu genel kuraldan, akit sırasında öne sürülmesi örf haline gelmiş şartlar istisnâ edilmiştir.⁹³ Bu şekilde cevâz verilerek hükme bağlanan tüm meseleler birer örf sebebiyle istihsan örneğidir.

Kullanmak üzere ödünç almış olduğu bir binek hayvanını, sahibinin ahırına teslim etse de hayvan burada ölse, bunda tazmin gerekmez. Kıyasta, sahibine teslim etmemiş, bilakis onu zayi etmiş olduğundan tazmin etmesi gerekir. İstihsanın delili, burada yapılan teslimin örf haline gelmiş olmasıdır. Çünkü bu şekilde, âriyetlerin sahiplerinin evlerine bırakılması âdettendir.⁹⁴

⁸⁹ İbrahim Kafi Dönmez, "el-Urf fi'l-fikhi'l-İslâmî", *Mecelletü Mecma'î'l-fikhi'l-İslâmî*, sy. 5 (1988), s. 3320-3322.

⁹⁰ Şelebî, *Ta'lîl*, 354; İbrahim Kafi Dönmez, *Kaynak Kavramı*, s. 140-141.

⁹¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 81; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, VIII, 178.

⁹² Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 4.

⁹³ a.g.e., III, 48; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 13-15.

⁹⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 223; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 144.

Usûl eserlerinde icmâ sebebiyle istihsanın fırûdaki örneklerinden biri olarak yer verilen⁹⁵, ücretle hamamların kullanılmasının câiz oluşu, *el-Hidâye*'de istihsan olduğu belirtilmeksizin anlatılır. İnsanların bunu bir örf haline getirmeleri sebebiyle bu akitte var olan cehâlet itibara alınmaz, yani akdi fâsit kılacak bir sebep olarak görülmez. Daha sonra Merğınânî, bu hüküm üzerinde icmâ oluştuğunu söyler ve “müslümanların güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir”⁹⁶ hadisini de bu örf ve icmânın itibara alınması gerekliliğini vurgular bir şekilde nakleder.⁹⁷

4. Zarûret Sebebiyle İstihsan

Zarûret sebebiyle kıyasın terk edilip o zarûreti giderecek bir hükmün tercih edilmesi gerektiği hususuna, Hanefî usûlüne dair kaleme alınan ilk eserlerden itibaren yer verilmektedir. Zarûret kavramının yanı sıra zorluğun kaldırılması vb. kavramların gerekçe gösterildiği istihsan örneklerini de bu sınıfta mütâlaâ etmek gerekir. Daha çok Mâlikî fıkında öne çıkan maslahat istihsanına ise ayrı bir tür olarak yer vereceğiz. Bu ayrımı yaparken zarûret-maslahat kavramları arasında bir gerekçeye bağlanan meselelerin bu tasnifteki yerini tayin zorlaşmaktadır. Biz, maslahatın elde edilmesinden çok, zararın önlenmesi özelliği ön planda olan örnekleri zarûret sebebiyle istihsan başlığı altında değerlendireceğiz.

Mufâvada şirketinde ortakların satın aldığı her şey şirket adına alınmış olur. Ancak bundan, ortaklardan her birinin, kendisi ve ailesi için yaptığı yiyecek ve giyecek harcamaları istisnâ edilmiştir. Aslında, bu şirketin gereği her şeyde eşitlik olması ve ortakların her birinin bütün tasarruflarında diğeri adına da hareket ediyor olmasıdır. Ancak zarûret sebebiyle bu harcamalar bu kuraldan istisnâ edilmiştir. Çünkü düzenli bir şekilde tekrarlanan ihtiyacın gerçekteşmesi kesindir.⁹⁸

Bir kişi ancak bizzat gördüğü şeylere şehâdet edebilir. Bu kuraldan; nesep, ölüm, nikâh, zıfat ve hâkimin velâyeti konularında kişinin güvendiği birinden duyduklarına dayanarak şehâdette bulunması ayrı tutulmuştur. Bu hükmün gerekçesi şudur: Bu tür işler, herkesin haberdar olamadığı, sadece yakından ilgili olanların bilebileceği hususlardır. Bununla birlikte, bu sayılan olaylara, uzun süre etkisini sürdüreceğ olan hükümler taalluk etmektedir. Dolayısıyla başkasından duyulmuş da olsa bu konularda yapılan şehâdetlerin kabul edilmemesi, hem zorluğa yol açacak, hem de bir çok hükmün işlememesine yol açacak, haklar zâyî olacaktır.⁹⁹

⁹⁵ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 248.

⁹⁶ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, İstanbul 1981, I, 379.

⁹⁷ Merğınânî, *el-Hidâye*, III, 239; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 156-157.

⁹⁸ Merğınânî, *el-Hidâye*, III, 5.

⁹⁹ a.g.e., III, 120; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 149-150.

Zarûret gibi hâcetin de giderilmesine imkân sağlayacak şekilde hükümlerin konulması gereğine Serahsî (v. 483/1090) açık bir şekilde vurgu yapar.¹⁰⁰ Bu ilke, “hâcet; umûmî olsun, husûsî olsun zarûret menzilesine tenzîl olunur” ifadesiyle Mecelle’nin küllî kaideleri arasında yerini bulmuştur (mad.32). Kaldı ki, bu iki kelimenin hangi ölçüde bir zorunluluğu ifade ettiğini kesin bir şekilde belirlemek oldukça zordur. Zarûretin şiddetli ihtiyaç olduğu söylendiği gibi bu iki kelime yerine göre eş anlamlı olarak da kullanılabilir.¹⁰¹

Bir malı, üç güne kadar bedelini vermemesi halinde akdin kendi kendine fesh olması şartıyla satın almak câizdir. Bu istihsan hükmünün dayandığı asıl, üç günlük muhayyerlik şartı koşmanın mümkün olmasıdır. Bu meselede kıyas, böyle bir akdin, fâsit ikaleyi içeren şartlı bir satış olması nedeniyle fâsit olmasıdır. İstihsanın gerekçesi ise şudur: Bedelin ödenmemesi durumunda alıcının feshi erteleyip durması mümkündür. Buna engel olmak için verilen müddet dolunca akdin kendi kendine fesh olmasını şart koşmak bir çözüm yoludur. Bu şekilde bir anlaşmaya özellikle satıcının, haklarını koruyabilmesi açısından ihtiyacı vardır.¹⁰²

İçlerinden birisini üç gün içinde seçmek şartıyla iki elbise satın alma şeklindeki bir satım akdi de câizdir. Kıyas, satılan şeyin bilinmezliği nedeniyle bu satımın fâsit olmasıdır. Burada istihsana gidilmesinin nedeni ise böyle bir satıma ihtiyaç olmasıdır. Şöyle ki, muhayyerlik, kişinin kendine en uygun olanı seçebilmesi ve aldanmadan kurtulabilmesi ihtiyacına binâen tecviz edilmişti. Burada da, müşterinin aldığı bu iki elbiseden birisini seçerken danışacağı bir kişi olabilir veya bir başkasına almışsa, seçmesi için ona götürebilir. Bu durumda satıcıyı götüremeyeceğine göre böyle bir satıma izin verilmesi gerekir.¹⁰³ Bu son iki örnekten birincisi nakit muhayyerliği¹⁰⁴, ikincisi ise tayin muhayyerliği olarak adlandırılmaktadır.

Şüphe ile düşen haklar hâricinde şâhitliğe şâhitlik, kabul edilir. Buna şiddetle ihtiyaç vardır. Çünkü asıl şâhit, bazı engeller çıkıp şâhitliğini yerine getirememiş olabilir. Bu durum, bazı hakların kaybolmasına yol açacağından şâhitliğe şâhitlik istihsanla kabul edilmiştir.¹⁰⁵

Muhâyee usûlü taksim de, ihtiyaç nedeniyle istihsanla câiz görülmüştür. Çünkü başka türlü ortak faydalanma mümkün değildir.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Serahsî, *el-Usûl*, II, 203.

¹⁰¹ Seyyid Bey, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, İstanbul 1333, II, 84-85.

¹⁰² Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 28; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 50.

¹⁰³ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 31; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 55.

¹⁰⁴ Nakit muhayyerliği için bk. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *Akdü'l-bey'*, Dımaşk 1999, s. 109-110.

¹⁰⁵ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 129; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 137-138.

¹⁰⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 51; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XX, 170. Serahsî de, muhayeenin kıyasa aykırı olarak istihsanla tecviz edildiğini söylemekle beraber, cevâz hükmünün gerekçesi olarak

Vasiyetin meşrû kılınmasında diğer delillerin yanı sıra ihtiyacın da önemli yeri vardır. Bu ihtiyaç şöyle izah edilir: İnsan çeşitli emellerle ömrü boyunca aldanmakta, hayırlı amelleri hep ertelemektedir. Ölümün yaklaştığını haber veren hastalık gelince ve korku başlayınca, hemen bu yapmadıklarını malıyla telâfi etmeye girişir, öyle ki, eğer bir daha ayağa kalkabilse yapacağı hayırlı işleri, bu şekilde ancak vasiyet edebilir. İşte vasiyet bu ihtiyaca binâen meşrû kılınmıştır.¹⁰⁷

5. Maslahat Sebebiyle İstihsan

Maslahat kavramının daha çok Mâlikî fıkhında işlenen bir kavram olduğunu belirtmiştik. Hanefî fıkhında da, istihsan yöntemi içerisinde maslahat ilkesinin esas alındığı çözümleri tesbit etmek mümkün olmaktadır.

el-Hidâye'de yer alan istihsan çözümlerinde de, istihšana gidişin sebebi olarak maslahata yer verilmektedir. Bu kelime doğrudan yer almasa da, fayda-zarar dengesinin gözetilip faydanın ağır bastığı yönde hüküm verildiğini anlatan izahlarla gerekçelendirilen istihsanları bu başlık altında değerlendireceğiz.

Davacı, benim hazır –yani o anda ortaya koyamadığı- bir delilim, ya da şahidim var derse, hasmından üç gün için kendisine bir kefil bulması istenir. Bununla, davalının ortadan kaybolup, davacının hakkının zâyi olmasına engel olunmaktadır. Aslında bu şekilde henüz ispatlanmamış bir iddiâ sebebiyle kefil istemek kıyasa göre doğru değildir. Ancak burada bir fayda-zarar karşılaştırılması yapıldığında bu hükmün davacının hakkının gözetilmesine yarayacağı görülecektir. Diğer taraf ise bundan büyük bir zarar görmemektedir.¹⁰⁸

Ebû Hanîfe, asabe¹⁰⁹ sınıfından bir akraba olmadığı zaman bunlar dışındaki akrabaların da evlendirme velâyetine sahip olduğu düşüncesindedir. Kıyasa göre asabe dışındaki akrabalar için bu yetki sâbit değildir. Çünkü bu evlendirme velâyetinin konulmasının amacı, o aileye denk olmayan birisinin evlilik yoluyla akrabalık tesis etmesine mâni olmaktır. Bu işi de ancak asabeden olan akrabalar yapabilir. Ebû Hanîfe'nin yaptığı istihsanın dayandığı düşünce şudur: Bu velâyet, evlendirilen kişinin faydasının gözetilmesi içindir. Bu şekilde fayda ve hakkın gözetilmesi ise; evlendirme yetkisinin, korunması düşünülen kişiye karşı şefkat duyacak derecede bir yakınlığa sahip olanlara verilmesiyle gerçekleşir. Yani asabe dışındaki akrabalar da, bu açıdan bakıldığında asabe gibidir.¹¹⁰

öncelikle naslardan delil getirir.

¹⁰⁷ Merğınâni, *el-Hidâye*, IV, 231.

¹⁰⁸ *a.g.e.*, III, 159.

¹⁰⁹ Asabe: Bir kişinin yalnız erkekler (baba ve dede gibi) vasıtasıyla kendisine bağlanan akrabalarının ifade eden bir fıkıh terimi.

¹¹⁰ *a.g.e.*, I, 200; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 223.

Ecîr-i müşterek, gasp ve hırsızlık gibi sakinması mümkün olan tehlikelerden muhafaza edemeyip ziyanına sebep olduğu malları tazmin etmelidir. Zira bu durumda taksirli sayılır. Kıyas, ecîr-i hâs gibi ecîr-i müşterekin de tazmin etmesi gerektiğidir. İstihsanın dayandığı delil, Hz. Ömer (v. 23/644) ve Hz. Ali (v. 40/661)'nin bu yöndeki uygulamaları, daha doğrusu onları bu uygulamaya sevk eden, bu gibi kimselerin yanına bırakılan malların ancak bu şekilde korunmasının sağlanabileceği düşüncesidir.¹¹¹

Müsâkat akdi de özelliği itibarıyla icâre akdi gibi olduğundan, taraflardan birinin ölümü ile bâtil olur. Ancak toprak sahibi ölmüş ise, bunun vârisleri istemese de, emek sahibi ürünü alıncaya kadar toprağı işlemeye devam eder. İstihsan yapılarak akdin devam ettirilmesinde çalışanın zarara uğratılmaması düşüncesi vardır. Bunda karşı tarafın bir zararı da söz konusu değildir.¹¹²

Bir kişinin duvarı umûmun kullandığı yola doğru meyledip de, ondan duvarını yıkması istense, eğer yıkabileceği müddet içinde duvarı yıkmaz ve duvar kendiliğinden yola doğru yıkılıp can ve mal kaybına yol açarsa bunları tazminle mükelleftir. Kıyasta ise, duvar sahibinin doğrudan bir fiili bulunmadığından onun tazmin etmesi gerekmez. İstihsanın gerekçesi şu şekilde ifade edilir: Duvar yola doğru meylettiğinde, yolun üstü onun mülküyle işgal edilmiş olur. Bunu kaldırmak da onun elindedir. Ondaki bu talep edildiğinde ise artık bunu kaldırması zorunlu hale gelir. Bunu yapmaktan kaçınırsa, müteaddî olur. Bu açıklamanın yanı sıra aslında istihsana gidise sebep olan durum da şöyle anlatılır: Eğer ona tazmin yükümlülüğü getirilmeseydi, yola meyleden duvarı kaldırmaya yanaşmazdı. Yoldan gelip geçenler de, duvarın yıkılma ihtimali endişesiyle o yoldan geçmeyi bırakacaklar, böylece zarar görecektir. Burada umûmî bir zarar vardır ki, buna engel olunması gerekir.¹¹³

Bu meselelerde kıyasın uygulanması halinde, hakkı korunması gereken kişilerin bu haklarının kaybolacağı düşüncesiyle, kıyasa aykırı düşen, ancak “nazar” kelimesiyle de ifade edilen fayda ve maslahatın korunması temelinde çözümler üretilmiştir. Ya da istihsanla elde edilen çözümde ağır basan, bir faydanın sağlanmasından çok, bir zararın giderilmesidir. Neticede ikisi için de insanların maslahatı ifadesi geçerlidir.

6. Diğer Sebeplerle İstihsan

Genel kabul gördüğünü düşündüğümüz yukarıdaki ayırmada yer verilen sebepler dışında, istihsana gidilmesinde etkili olan başka âmillerden de söz edilmektedir. İstihsanın gerekçelerinde çeşitliliği artıran bu sebeplerin, aslında

¹¹¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 244-246; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 80-82.

¹¹² Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 60.

¹¹³ a.g.e., IV, 195; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 8-9.

dolaylı olarak da olsa istihsanın diğer türlerine katılmasının mümkün olduğunu söylemiştik.

Bu mümkün olmakla birlikte *el-Hidâye*'de gerekçesi izah edilirken üzerinde durulan hususları dikkate aldığımızda bu farklı sebeplerin öne çıkarıldığı bazı meseleleri ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz.

a. Maksadın Gerçekleşmiş Olmasını İtibara Alma Düşüncesine Dayalı İstihsan

Babanın, küçük oğluna ait bir malı kendi borcuna karşılık rehin olarak vermesi câizdir. Kıyasa göre bu câiz değildir. Çünkü bu, ifanın hakikatine bakılırsa çocuğun malının bedelsiz olarak izâle edilmesi demek olur. İstihsan ise şu düşünceye dayanır: Bu aslında çocuğun hakkında daha iyidir. Çünkü rehin alan kişi onun malını daha iyi korumak zorunda kalacaktır. Böylece o mal elden çıkmamış, bilakis iyi bir koruyucuya teslim edilmiş olur.¹¹⁴

İki kişinin, kendilerine rehin olarak vermiş olduğunu iddiâ ettikleri ve buna dair delil getirdikleri taksimi kabil olmayan bir malın sahibi ölürse, bu durumda o mal satılıp her biri kendi payına düşen miktarı alır. Bu istihsana göre verilen hüküm olup kıyasa göre ise bu iddiâ bâtil olur. Kıyasın gerekçesi şudur: Bir rehin akdinde alacaklının, borçluya ait bir malı rehin olarak elde tutması, alacağını tahsil içindir. Bu, rehin akdinin aslî hükmüdür. Bu meselede istihsanda olduğu gibi hükmetmemiz halinde, rehin iddiâsını kabul etmiş olacağız. Bu ise, rehin veren kişinin hayatında rehin alanlar arasında şüû'a götürdüğü için bâtil olması gibi şimdi de bâtil olur. İstihsanda ise akdın kendisi değil, hüküm ve sonuçları itibara alınmıştır. Bu meselede de, borçlu hayatta iken akdın hükmü malı elde tutma idi ve şüû' buna zarar veriyordu. Ancak borçlunun ölümünden sonra, akdın hükmü rehinin satılması ve alacakların tahsili olup, şüû'un buna bir zararı olmaz.¹¹⁵

b. Şüphe Sebebiyle İstihsan

Yeterli sayıdaki kişinin şahitliğine dayanılarak verilen bir idam kararının infazından önce, suçluyu birisi çıkıp öldürse, sonra şahitlik yapanların şahitliğe ehil kimseler olmadığı anlaşılırsa suçluyu öldüren kişiye diyet cezâsı verilir. Kıyas, haksız yere bir kişiyi öldürmekten dolayı kısas cezâsının verilmesi gerekir hükümünü getirmektedir. İstihsan ise, öldürme esnasında zâhirde sahih olan bir mahkeme kararı olması şüphe doğurmuştur. Onu, bir delile dayanarak öldürmüş olması katili kısas cezâsından kurtarır.¹¹⁶

¹¹⁴ Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 135.

¹¹⁵ a.g.e., IV, 141; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XXI, 128.

¹¹⁶ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 109; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 63.

Bir malı çalan kimse, bu suçu sebebiyle hırsızlık suçunun cezâsına uğramasının ardından gene aynı malı çalarsa, bu arada o malda herhangi bir değişiklik olmamışsa, artık o kişiye aynı cezâ verilmez. Kıyas, gene hırsızlık suçunun cezâsının uygulanmasıdır. Zira, hırsızlık suçunu ikinci defa işleyene gene aynı cezânın verilmesini emreden hadis¹¹⁷ mutlak ifadesi bunu gerektirmektedir. Hattâ daha önce aynı suçtan cezâ görmüş olması bu işlediği kabahati daha da büyütmektedir. İstihsanın gerekçesi ise şöyle açıklanır: İlk verilen cezâ ile hırsızlık konusu malın dokunulmazlığı düşmüştür. Çaldığı malı sahibine geri vermiş olmakla bu dokunulmazlığın hakikati dönmüş denebilirse de, mülkiyet ve mahallin birleşmesi masumiyetin düştüğü şüphesinin varlığını sürdürmesine neden olur.¹¹⁸

c. Delâlet Sebebiyle İstihsan

Fâsit bir satım akdinde mülkiyetin nakli için satıcının akit konusu malı müşterinin teslim almasına izin vermiş olması da şarttır. Ancak alıcı akit meclisinde malı alırsa tasrih edilmese de izin, delâlet yoluyla var sayılır. Bu yapılan istihsanda satım akdinin teslim almaya izin verme anlamına geldiği düşüncesinden yola çıkılmıştır. Akit meclisinde, taraflar ayrılmadan, alıcı satıcının huzurunda malı alır ve satıcı da buna ses çıkarmazsa bu, izne delâlet eder.¹¹⁹ Hibede de hibe eden kişinin îcâbı üzerine kendisine hibe olunan kişinin hibe konusu malı alması câizdir. Burada da îcab, delâlet yoluyla teslim almaya izin sayılır ve bu alma, hibeyi kabul anlamına gelir.¹²⁰

d. Sedd-i Zerâi' Sebebiyle İstihsan

Her ne kadar maslahat sebebiyle istihsana dahil edilebilecekse de, şu meselede sedd-i zerâi' yönü daha bârizdir: Bir adam karısını, ölüm hastalığında bâin talakla boşarsa, kadın iddetini doldurmadan kocasının ölmesi halinde ona vâris olur. Bu meselede kıyas, mirasçılığın sebebi olan karı-kocalık bağı ortadan kalktığı için kadının vâris olamamasıdır. İstihsanın gerekçesi ise şöyle açıklanır: Koca, ölüm hastalığında mirasçılık sebebi olan evlilik bağını kaldırarak bu sebebin iptalini kastetmiş ve bununla karısına zarar vermek istemiştir. Bu tasarrufunun etkisi iddet dolana kadar tehir edilerek bu kötü kastı geri çevrilir.¹²¹

e. İhtilâf Sebebiyle İhtiyat İstihsanı

Mahcûr bir defaya mahsus olarak umre yapmak isterse, buna mâni olunmaz. Bu hükmün istihsan olduğunu, istihsana gerekçe olarak ise ömürde bir defa

¹¹⁷ Ebû Dâvud, "Hudûd", 20.

¹¹⁸ Merğînânî, *el-Hidâye*, II, 122.

¹¹⁹ *a.g.e.*, III, 51; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 8-9.

¹²⁰ Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 224.

¹²¹ *a.g.e.*, II, 3-4; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 154-156.

umrenin vâcip olmasında âlimlerin ihtilâfının vâki olduğunun kaydedilmiş olduğunu görüyoruz.¹²²

Bütün bu meselelerde istihšana gitmenin sebebi olarak gösterilen delil, açıklama ve mülâhazaları incelediğimiz zaman, tesbit edilebilecek pek çok farklı gerekçenin ardında, gene Kur'an ve Sünnet naslarının bütününden çıkarılan genel esas ve maksatların ölçü alınarak, bunlara uygunluk arz etmediği düşünölen kuralların terk edilmesi ilkesinin yattığını söyleyebiliriz. Bu hukukî çözümlerde, sadece teknik yöntemler kullanılmamakta, bunların uygun sonuçlara götürmediği durumlarda, daha soyut bir takım ilke ve hedeflerin de varlığı hesaba katılarak en âdil hüküm elde edilmeye çalışılmaktadır.

Sonuç

İstihsan, fıkhın amelî kısmı olan ve fırû adı verilen bölümünün bütününe veya bazı konularına hakim olan ilke ve kurallardan yeri gelince yapılan istisnâları ifade eden bir kavramdır. Fıkıhta her bir hüküm, bir delil ve gerekçeye dayanmaktadır. Bir hükmün geçerliliği ve özellikle başka bir hükümlle çeliştiği anlarda tercih edilebilirliği, o hükmün delil ve gerekçesinin kuvvetine, iknâ ediciliğine bağlıdır. İstihsan da; zarûret, ihtiyaç, örf, maslahat ve daha tâli bir kısım gerekçelerin, kalıplaşmış ve kurallaşmış hükümlerle çeliştiği durumlarda, bu gerekçelere dayanan çözümlerin tercih edilişinin genel adıdır.

Merğînânî'nin *el-Hidâye*'sinde de her bir istihsan meselesinin gerekçesi özenle açıklanmakla birlikte, usûl eserlerindeki istihsan taksimlerinde olan netlik ve sınırlılık görölmemektedir. Özellikle de gizli kıyas istihsanı adı verilen istihsan türünün, delil istihsanından yapı farkını, *el-Hidâye*'deki örnekler bize hissettirmemektedir. Öyle ki, gizli kıyas örneği olarak düşünölen pek çok meselede, bunlardan her birinin gerekçesi açısından taksimini yapmak mümkün olmaktadır.

İstihsanın taksimindeki, nas istihsanı başlığına daha çok ibadetlerden örnek bulmak mümkün olmaktadır. Usûlde tutarlılık ve bütönlük açısından nas ve icmâ istihsanın gerekçeleri arasında gösterilmişse de, istihsan için; hayatla karşı karşıya olan fakihin, hem hukukî istikrarı koruma, hem de hukukun amacı olan hak ve adaleti temin etme, bu arada da hayat ve insan gerçeğini gözardı etmeme çabasının bir ürünü olduğu tesbitini yapmak, bu kavramı daha doğru anlamamıza yardımcı olacaktır.

¹²² Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 283; krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 172.