

# İSTİHSAN YÖNTEMİNİN AKLİ GEREKÇELERİ VE BAZI UYGULAMA ŞEKİLLERİ

Osman ŞAHİN\*

## ÖZET

Bu makale, İslam hukuk metodolojisi metodlarından biri olan istihsanı ele almaktadır. Çalışma öncelikle kavram olarak istihsanı, sonra bu yöntemle başvurmaya götüren zaruret, maslahat, örf, zerayi gibi akli gerekçeleri, son olarak da uygulama sürecinde bu gerekçelerin doğurduğu istisna, ruhsat, tercih gibi uygulama şekillerini ele almaktadır.

**Anahtar kelimeler:** İslam Hukuku, metodoloji, istihsan, akli gerekçeler, uygulama şekilleri

## ABSTRACT

### The Mental Reasons of the Method of Istihsan and Some Application Forms

This article concerns istihsan (juristic preference), one of methods in Islamic law methodology. The study, first, defines istihsan as a concept, and secondly its mental reasons, i.e. darurah (necessity), maslaha (public interest), 'urf (custom), dharai (means), and lastly its application forms, resulting from these mental reasons, i.e. istisna (exception), tercih (prefer) dispensation (rukhsa).

**Key Words:** Islamic Law Methodology, istihsan (juristic preference), mental reasons, application forms

İnsanoğlu sosyal bir varlık olarak toplumsal ilişkiler ağı içerisinde yaşaya gelmiştir. Bu ilişkilerin bir kısmı basit olmakla birlikte, büyük çoğunluğu karmaşık bir özellik arz eder. Ayrıca, görünüşte birbirine benzeyen bazı sosyal ilişkiler ve olaylar, kendilerini benzerlerinden ayıran bir takım farklılıklara sahiptir. Dolayısıyla bu farklılıklar, bazen bir hüküm uygulandığı takdirde, gerek hukuk düzeni bakımından, gerekse birey ya da toplum bakımından beklenmeyen sonuçlara yol açabilir. Bu durumda, o konuda farklı bir çözüme gidilmesi gerekir. Nitekim sonsuz ilim ve hikmet sahibi Şâri'in teşri'i incelendiğinde, bu gibi özel durumları dikkate aldığı ve ilgili genel

\* [Yrd. Doç. Dr.], O.M.Ü. İlahiyat Fakültesi, Öğretim Üyesi, e-mail: [osahin@omu.edu.tr](mailto:osahin@omu.edu.tr)

ilke ve kurallardan bazı istisnâlar getirdiği görülmektedir. Şâri'in bu tavrı, ihtiyaç olduğu takdirde –ki hayat şartlarında her zaman olacaktır- İslam hukukçularına benzer düzenlemeler yapma imkanı sunmaktadır.<sup>1</sup>

Bu makalede, söz konusu düzenlemeler kapsamında kullanılan *istihsan* yöntemi ele alınmaktadır. Ancak çalışma, istihsana başvurmayı gerektiren aklî gerekçeler ve bunlara bağlı olarak gerçekleştirilen uygulama şekilleri ile sınırlı tutulacaktır.

### A- İSTİHSAN KAVRAMI:

**1- Tanım:** Sözlükte “bir şeyi güzel bulmak ve güzel kabul etmek”<sup>2</sup> anlamına gelen istihsan,<sup>3</sup> usulcüler tarafından farklı

- 
- <sup>1</sup> Yavuz, Y. Vehbi, “Hanefi Müçtehidlerinde İstihsan Metodu”, *UÜİFD.*, sy:1, c:1, y:1, 1986, (85-93), s.92.
- <sup>2</sup> İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, Dâru Sadır, Beyrut, XIII, 117; Âsım Efendi, *Kâmus Tercümesi*, İstanbul, 1305R, IV, 591; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, (Tah. Abdullah Mahmud Ömer), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1997, IV, 3.
- <sup>3</sup> Geniş bilgi için bkz. (aleyhine:) Şâfiî, Muhammed b. İdris, *er-Risâle*, (Tah. A. Muhammed Şâkir), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, ts., s.503-559; A.mlf., “İstihsân'ın İptali”, *OMÜİFD.*, (Çev. Osman ŞAHİN), Samsun, 2003, sy:16, s.389-414; İbn Hazm, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Kahire, 1984, II, 195-232; Râzî, Fahrüddin Muhammed b. Ömer, *el-Mahsûl fî İlmi Usûli'l-Fıkh*, (Tâhâ Câbir Alvânî), Müessesetü'r-Risâle, ts., VI, 123-128; İsnevî, Cemâlüddin Abdurrahim, *Nihâyetü's-Sûl fî Şerhi Minhâci'l-Usûl*, Alemü'l-Kütüb, Beyrut, ts., IV, 398-402; Zerkeşi, Bedrüddin, *el-Bahru'l-Muhîd fî Usûli'l-Fıkh*, Dâru's-Safve, Kuveyt, 1992, VI, 87-98; Âmidî, Seyfüddin, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Dâru's-Sumey'i, Riyad, 2003, IV, 190-195; Cezerî, Şemsüddin Muhammed b. Yusuf, *Mi'râcu'l-Minhâc Şerhu Minhâci'l-Vusûl ilâ İlmi'l-Usûl*, (Tah. İsmail, Şa'ban), Kahire, 1993, II, 237-240; (lehine:) Serahsi, *Usûl*, Dâru Kahraman, İstanbul, 1984, II, 199-208; Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, IV, 3-19; Karafî, *Nefâisu'l-Usûl fî Şerhi'l-Mahsûl*, Mektebetü'n-Nizâr Mustafa el-Bâz, Mekke, 1995, IX, 4034-4037; Ensârî, Abdul'ali Muhammed, *Fevâtihu'r-Rahamût bi-Şerhi Müsellemi's-Sübût*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 2002, II, 373-376; Bâbertî, Muhammed b. Mahmûd, *er-Rudûd ve'n-Nukûd*, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad, 2005, II, 672-676; Kelvezânî, Mahfuz b. Ahmed, *et-Temhîd fî Usûli'l-Fıkh*, Dâru'l-Medenî, Cidde, 1985, IV, 87-97; (genel:) Sem'ânî, Ebu'l-Muzaffer Mansur b. Muhammed, *Kavâtiu'l-Edille fî Usûli'l-Fıkh*, (Tah. Abdullah el-Hakemî), Mektebetü't-Tevbe, Riyad, 1998, IV, 514-522; Hallâf, Abdülvehhâb, *Mesâdiru't-Teşrî'l-İslâmî fîmâ lâ Nassa fih*, Dâru'l-Kalem, Kuveyt, 1978, s.67-83; Zeydân, Abdülkerim, *el-Vecz fî Usûli'l-Fıkh*, Bağdad, 1976, s.230-235; Şakiru'l-Hanbelî, *Usûlu'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Güven Mat., İstanbul, ts., s.319-322; Zuhaylî, *Usûlu'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dâru'l-Fıkr, Dimeşk, 1986, II, 735-

şekillerde tanımlanmıştır. Fakat, biz burada bütün tanımları vermeyip, farklılıkları göstermek için, öne çıkan birkaç tanımı zikretmekle yetineceğiz.<sup>4</sup>

Hanefilerden Ebu'l-Hasen el-Kerhi'ye (ö.340/951) göre *istihsan*, daha kuvvetli görülen bir husustan dolayı bir meselede benzerlerinin hükmünden başka bir hükme geçmektir.<sup>5</sup> Hanbelilerden Tüfi'ye (ö.716/1316) göre ise *istihsan*, özel şer'î bir delile istinâden bir meselenin hükmünde benzerlerinden farklı hüküm vermektir.<sup>6</sup> Her iki tanım da istihsanın yapısı dikkate alınarak yapılmıştır. Tabi bu tanımlarda söz edilen "kıyas"tan teknik anlamdaki kıyasın değil, "yerleşik kural(lar)"ın yani fer'î delillerden doğrudan çıkarılan hükümlerin ya da genel kural ve ilkelere kastedildiği dikkatten kaçırılmamalıdır.<sup>7</sup>

Buna karşılık, Mâlikîlerden İbnü'l-Arabî'nin (ö.543/1148) "*istihsan ruhsat ve istisnâ biçiminde delilin gerektirdiği şeyi terk etmektir*"<sup>8</sup> tanımı "*ruhsat ve istisnâ biçiminde*" kaydı ile uygu-

751; Şener, Abdülkadir, *İslam Hukukunun Kaynaklarından Kıyas İstihsan İstislah*, Ankara, 1981, s.115-136; Hamevî, Üsâme, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, Dâru'l-Hayr, Beyrut, 1992, s.99-150; Atar, Fahrettin, *Fıkıh usûlü*, İFAV., İstanbul, 1992, s.71-74; Bardakoğlu, "İstihsan", *DİA.*, XXIII, 339-347; Önder, Muharrem, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, (Doktora Tezi), Konya, 2000, s.120 vd; Bakkal, Ali, *İslam Hukuk Metodolojisinde İstihsan*, Şanlıurfa, 2001; Pekcan, Ali, "Şâfiî İstihsan Yapmış mıydı?", *Dinbilimleri AAD.*, III, 2003, sy:3, 145-172; Paret, R. "İstihsan and Istislah", *EI<sup>2</sup>* (ing), IV, 255-259; "İstihsan", *MF.*, III, 218-219; Dönmez, İ. Kâfi, "İstihsan", *İİGYA.*, II, 458-461.

<sup>4</sup> Tanımları topluca görmek için bkz. Şevkânî, Muhammed b. Ali, *İrşâdu'l-Fuhûl ilâ Tahkiki'l-Hakk min İlmi'l-Usûl*, Dâru'l-Fadile, Riyad, 2000, s.985-989; İzmîrli, İ. Hakkı, *İlm-i Hilâf*, Dersaadet, 1330, s.46-47; Önder, Muharrem, *Hanefî Mezhebinde İstihsan*, s.44 vd.; Özen, Şükrü, "Hicrî II. Yüzyılda İstihsan ve Maslahat Kavramları", *Marife*, 3/1, Bahar 2003, (31-57), s. 38-39.

<sup>5</sup> Abdülazîz el-Buhârî, *a.g.e.*, IV, 4.

<sup>6</sup> Hallâf, *Mesâdir*, s.69-70; Şener, *a.g.e.*, s.118.

<sup>7</sup> Krş. Bardakoğlu, "İstihsan", 339; Haçkalı, Abdurrahman, "Hanefî Mezhebi İçtihat Geleneginin Tümdengelimci Yönü Üzerine", *İslami Araştırmalar Dergisi*, c:15, sy:1-2, (283-290) s.288.

<sup>8</sup> İbn Arabî, Ebû Bekr, *el-Mahsûl fî Usûli'l-Fıkıh*, (Tah. Hüseyin Ali el-Yedrî), Dâru'l-Beyârik, Ürdün, 1999, s.132; Şâtîbî, Ebû İshâk, *el-Muwâfakât fî Usûli'l-Şerîa*, (Nşr. Abdullah Diraz), Beyrut, ts., IV, 207, 210; A.mlf., *el-İtisâm*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut, 1988, II, 392.

*lamayı* ön plana çıkaran tanımların; istihsanı kıyastan daha geniş bir kullanıma sahip gören İbn Rüşd'ün (ö.595/1198) "hükümde aşırılığa yol açan kıyası bırakıp, bu şekildeki kıyastan istisnâ yapmayı gerektiren meselelerde başka bir hükme geçmektir"<sup>9</sup> tanımını ise "aşırılığa yol açan kıyas" kaydı ile sonuç dikkate alınarak (i'tibâru'l-meâl) yapılmış olan tanımların örneğini teşkil eder.

Farklı bir bakış açısıyla Aktan, istihsanı *benzer olmakla beraber mahiyetleri itibariyle farklı olayları, farklılıkları içinde mahiyetlerine uygun hükümlere bağlama metodu* şeklinde tanımlarken,<sup>10</sup> Bardakoğlu ise, *yerleşik bir kuralı bir meseleye uygulama esnasında, güçlü bir gerekçeye dayanarak, onun benzerlerine verilen hükmünden vazgeçip, hukukun genel yapısı içerisinde yerini bulan farklı bir çözüme gidilmesi* şeklinde tanımlamıştır.<sup>11</sup>

Son dönem usulcülerinden Hallâf'a (ö.1375/1956) göre istihsan tanımları arasında Kerhî, İbn Rüşd ve Tûfi'nin tanımları efrâdını câmîdir.<sup>12</sup> Bazı Şâfiilerin de aralarında bulunduğu çoğunluğa göre ise, istihsanın bütün türlerini kapsadığı ve mahiyetini daha iyi ortaya koyduğu için Kerhî'nin tanımı daha uygundur.<sup>13</sup>

Kanaatimizce tanımlar arasında tercih yapabilmek için istihsanı incelemek uygun olacaktır. Bu itibarla, istihsan konusunda üç nokta ortaya çıkmaktadır. *Birincisi* mevcut hükmün aşırılığa yol açması veya hükümden beklenen durumun oluşmaması ve bunun güçlü bir gerekçe ile<sup>14</sup> belir(len)mesi; *ikincisi* mev-

<sup>9</sup> Şâtübî, *İ'tisâm*, II, 393; Hallâf, *Mesâdir*, s.70.

<sup>10</sup> Bkz. Aktan, Hamza, Tebliğ Müzakeresi, *İslami İlimlerde Metodoloji /Usûl Mes'alesi 1* (Fıkıhta Usul Mes'alesi), Ensar Neşriyat, İstanbul, 2005, (709-726), s.720. Krş. Bakkal, "Ebû Hanife'nin İstihsan Anlayışı", *İmâm-ı Âzam Ebû Hanife ve Düşünce Sistemi I*, Bursa, 2005, (273-304), s.288. Gözübenli ise istihsana konu olduğu savunulan örneklerin aslında bir birinden farklı olduğu için farklı hükmü gerektirdiği, dolayısıyla istihsan iddiasının yeniden gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. Gözübenli, Beşir, "İslam Hukukunda istihsânın meşru görülen borç ilişkilerine dair bazı mülâhazalar", (1-19), s.2, 14, 15.

<sup>11</sup> Bardakoğlu, "İstihsan", 339, 341.

<sup>12</sup> Hallâf, *Mesâdir*, s.71.

<sup>13</sup> Tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan*, 74-75.

<sup>14</sup> İbn Bedrân, *el-Medhal*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1401, s.313.

cut hükmün o meseleye uygulanmasından vazgeçilmesi, diğer bir deyişle meselenin kapsam dışına alınması; *üçüncüsü* ise hukukun bütünlüğü içerisinde yerini bulacak şekilde o meseleye uygun bir çözüm bulunmasıdır. İşte bu üç noktayı birlikte ifade ettiği için, Kerhî'nin ve Bardakoğlu'nun tanımları tercihe şayan görünmektedir.

**2- Yapısı:** İstihsanın tanım ve uygulamaları incelendiğinde, karakteristik yapısı itibarıyla, onun her hangi bir hükme kaynaklık eden *delil* değil,<sup>15</sup> bazı delil ve gerekçelerden hareketle hükme ulaştıran bir *yöntem*<sup>16</sup> olduğunu söylemek mümkündür. Zira yöntem, “*hedefe varmak için takip edilecek yol, usul demektir*<sup>17</sup> ve literatürde “*istidlâl*”, “*istinbât*” veya “*istismâr*” terimleriyle ifade edilmiştir. Bunlar da, tafsili delillerden, yani Kur'an ve sünnet naslarından, hüküm çıkarma *kaideleri* anlamında kullanılmıştır. Buna göre, yöntem Kur'an ve sünnet *naslarıyla* sınırlı *anlama ve yorumlama işleminden* ibarettir.<sup>18</sup> Zaten istihsan da –Şâfiî'nin tepkisinin aksine<sup>19</sup>- *naslara* ya da *zarûret, maslahat, kolaylık ilkesi* veya *örf* gibi hükme mesned olan tâli kaynaklara dayanan bir *hüküm çıkarma işlemidir*. Üstelik Hanefîlerin istihsanı bağımlı bir delil kabul etmeleri,<sup>20</sup> onlarında istihsanı bir yöntem olarak gördükleri izlenimi uyandırmaktadır.

<sup>15</sup> Geniş bilgi için bkz. Bardakoğlu, “Delil (fıkıh)” *DİA.*, IX, 138-140; Koca, Ferhat, “İslam Hukukunda Kaynak Kavramı ve Kaynaklar Hiyerarşisi Üzerine Bazı Düşünceler”, *İslam Hukuk Usulünün Problemleri Sempozyumu*, Çorum, 2005, s.23 vd.; A.mlf., “İstidlâl (Fıkıh)”, *DİA.*, XXIII, (323-325) 323; “İstidlâl”, *MF.*, III, 277-279.

<sup>16</sup> Apaydın'ın bazı çekinceleri için bkz. Apaydın, H. Yunus, “İstihsan Teorisinin Anlamı ve İşlevi”, *İmâm-ı Âzam Ebû Hanîfe ve Düşünce Sistemi I*, Bursa, 2005, (305-310), s.307.

<sup>17</sup> Karayalçın, Yaşar, *Hukukta Öğretim Kaynaklar Metot*, Ankara, 1986, s.63.

<sup>18</sup> Bu yöntemler hk. bkz. Kefrâvî, Es'ad Abdülganî, *el-İstidlâl inde'l-Usuliyîn*, Dâru's-Selâm, Kahire, 2002, 75 vd.; Atar, *a.g.e.*, s.167 vd.; Sâlih, M. Edib, *Tefsîru'n-Nusûs fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, el-Mektebû'l-İslâmî, Beyrut, 1993, I, 137 vd.

<sup>19</sup> Şâfiî'nin istihsanı karşı çıkmasına zemin hazırlayan tarihi faktörler için bkz. Özen, *a.g.m.*, s.41vd.

<sup>20</sup> Bkz. İzmirli, “İcma, Kıyas ve İstihsanın Esasları” *Hikmet Yurdu*, (sad. Ali Duman), y:1, s.1, (Ocak-2008), (149-160), s.158 [*Sebilü'r-Reşâd*, XII/295 (1330/4), s.150-154].

Ancak, istihsan yöntemi tafsili delilleri anlama ve yorumlama yönteminden ziyade, bu delillerden elde edilen hükümlerin uygulanması esnasında başvurulan bir yöntemdir. Bu şekilde istihsanın uygulandığı genel (umûmî) hükümler üç çeşittir:

*Birincisi*, ifadesini daha çok *küllî kaidelerde* bulan ve altına birçok cüz'î hükmün girdiği genel/küllî hükümlerdir.<sup>21</sup> Sözelimi “elde olmayan (ma'dum) bir şeyi satma yasağı”<sup>22</sup> genel kural, peşin parayla misli (standart ve yarı standart) malların siparişi (selem)<sup>23</sup> ve sanatkarlara el işçiliği ile yapılan bir malın siparişi (istisnâ/ eser)<sup>24</sup> akitleri ise bu kuralın istisnâsı olan cüz'î hükümlerdir.

*İkincisi*, fer'î naslarla sabit olan ve *normal şartlar altında* yürürlüğü olan genel cüz'î hükümlerdir. Bu hükümler de -ileride geleceği üzere- ya zarûret ve meşakkat *gibi normal dışı hallerde*<sup>25</sup> ya da bir hükme konu olan bazı mükelleflerin *özel durumları* gibi

<sup>21</sup> *Kâide*, pek çok fer'î (tâli/cüz'î) konuları içine alan küllî esastır. (Bkz. Cürcânî, Ali b. Muhammed, *Kitâbu't-Ta'rifât*, bs., ts., s.171; Zencânî, Şihâbuddîn Mahmud b. Ahmed, *Tahrîcu'l-Furû' ale'l-Usûl*, Beyrut, 1979, s.35) Bunlara küllî kaideler denmektedir. Ama dört mezhebin kabul ettiği görüşe göre, fikhî kaideler, küllî değil ekserî/ağlebîdir. Buna göre, ilk bakışta bazı meseleler aynı kaide altına dahil gibi görünse de bunların arasında ince bir fark bulunabilir. (Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, ty., VIII, 259).

<sup>22</sup> Bkz. Ebû Dâvud, *Buyû*, 70. Hz. Peygamber Medine'ye geldiğinde halkın, meyve hakkında bir veya iki yıllığına selem sözleşmesi yapmayı *örf* haline getirdiklerini görmüş ve bunun üzerine “*Selem yoluyla satış yapan, bunu belirli ölçüye, belirli tartıya göre ve süresini belirleyerek yapsın.*” (Ebû Dâvud, *Buyû*, 57; Nesâî, *Buyû*, 63) diyerek belli şartlar altında bu uygulamaya izin vermiştir. İbn-i Abbas'a göre ise selem akti, Kur'an'ın “*Ey iman edenler! Belli zamana kadar birbirinize borçlandığınız zaman onu yazın...*” (Bakara, 2/282) genel izniyle helal kılınmıştır. (Bkz. Zeylaî, *Nasbü'r-Râye li-Ehâdisi'l-Hidâye*, Dârü'l-Me'mun, Kahire, 1938, IV, 44).

<sup>23</sup> Mecelle, md.123; Konevî, Kâsım, *Enisü'l-Fukahâ*, Müessesetü'l-Kütübi's-Sekâfiyye, Beyrut, 1987, s.218-9; Ebû Ceyb, Sa'dî, *el-Kamusü'l-Fıkh Lugaten ve'stilâhen*, Dârü'l-Fıkr, Dimeşk, 1982, s.182; Kal'acı, Ravvâs-Kuneybî, Hâmid, *Mu'cemu Lugati'l-Fukahâ*, Dârü'n-Nefâis, Beyrut, 1988, s.248.

<sup>24</sup> Mecelle, md.124; Kal'acı-Kuneybî, *a.g.e.*, s.62.

<sup>25</sup> Bu hallerin bir kısmı usulde “ehliyeteye tesir eden haller” başlığıyla işlenmiştir. Geniş bilgi için bkz. Hâdimî, Ebû Saîd Muhammed b. Mustafa, *Şerhu Mecâmiu'l-Hakâik*, İstanbul, 1308, s.284 vd.; Zeydân, *a.g.e.*, s.100 vd.; Zuhaylî, *Usûl*, I, 165-194.

sebeplerle istihsana konu olmuş ve ilgili cüz'î hükümlerin kapsamından çıkarılmıştır.

Üçüncüsü ise açık ve kapalı kıyas yoluyla iki farklı hükme (asl) bağlantı kurulabilen meseleler (fer')dir.<sup>26</sup> Buna göre, bir meselede ilk akla gelen açık kıyas ile kapalı kıyasın (istihsan) çatışması halinde, etkilerine bakılır; ister açık kıyas olsun ister kapalı kıyas olsun, etkisi güçlü olan, etkisi zayıf olana tercih edilir.<sup>27</sup> Buna verilen en meşhur örnek yırtıcı kuşların artığı meselesidir. Zira ilk akla gelen, yırtıcı kuşların artığı, aslan, kaplan gibi diğer yırtıcı hayvanların artığı gibi pis olması gerektiğidir. Ancak durum daha iyi incelendiğinde, onların gagaları kemik olduğu için insanlar gibi temiz olduğu; dolayısıyla diğer yırtıcı hayvanlar gibi içtikleri suya artığın karışmadığı görülür. İşte daha güçlü görülen bu kapalı kıyas sebebiyle yırtıcı kuşların artığı temiz kabul edilmiştir.<sup>28</sup>

İstihsan, İslam hukukunun hemen hemen her alanı için geçerlidir.<sup>29</sup> Bu itibarla ibâdetler,<sup>30</sup> muâmelât,<sup>31</sup> aile hukuku,<sup>32</sup> mi-

<sup>26</sup> Açık kıyas, derinlemesine düşünmeye ihtiyaç duyulmadan, hemen ilk akla gelen illet ile yapılan kıyastır. Kapalı kıyas ise ancak derinlemesine düşünme ve inceleme ile fark edilebilen illet ile yapılan kıyastır. Bkz. Ensârî, *a.g.e.*, II, 373-374; Şakiru'l-Hanbelî, *a.g.e.*, s.319; Atar, *a.g.e.*, s.71; Bakkal, *a.g.m.*, s.280. Ayrıca Bakkal'a göre açık ve kapalı kıyas, bir konuda iki farklı kıyas değil, bir kıyasta iki farklı yöndür. Bu yönler kıyasın geçerli olup olmadığını tespit etmeye yarar. Bkz. Bakkal, *a.g.m.*, 289, 291 vd.; A.mlf., *İstihsan*, s.72-76.

<sup>27</sup> Pezdevî, *Kenzü'l-Vusûl ilâ İlmi'l-Usûl*, (*Keşfü'l-Esrâr*'ın metni olarak), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1997, IV, 3-4; Serahsî, *Usûl*, II, 204; Karafî, *Nefâis*, IX, 4035; Sem'ânî, *a.g.e.*, IV, 517; Ensârî, *a.g.e.*, II, 375; Zuhaylî, *Usul*, II, 741; Bakkal, *İstihsan*, s.65vd.

<sup>28</sup> Ensârî, *a.g.e.*, II, 375; Hudari Bey, *Usûlu'l-Fıkh*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, 1988, s.335; Zekiyüddin Şa'bân, *a.g.e.*, s.169. Zekiyüddin Şa'bân'a göre yırtıcı kuşların artığının temiz sayılması, esasında zaruretten/umumî belvâdan kaynaklanmaktadır. Zira onların gagalarında az çok yedikleri avlarının eti kanı bulunmaktadır. Bkz. *A.g.e.*, s.170.

<sup>29</sup> Nitekim Suyûtî ve İbn Nüceym'in "*meşakkat kolaylığı gerektirir*" kaidesi altında ele aldığı örneklerden de istihsanın fikhin hemen her konusuna uzandığını görmek mümkündür. Bkz. Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1983, s.76-80; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Dâru'l-Fıkr, Dimeşk, 1986, s.84-100; Hamevî, Ahmed b. Muhammed, *Gamzu Uyûni'l-Besâir*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1985, I, 245-265.

<sup>30</sup> Hastalık ve yolculuk gibi hallerde, namaz, oruç ve hacca getirilen ruhsatlar.

ras hukuku,<sup>33</sup> yargı hukuku,<sup>34</sup> ceza hukuku<sup>35</sup> ve âmme hukuku<sup>36</sup> istihsanın dâhil olduğu alanlardır. Gerçekten de Merginâni'nin (ö.593/1197) *el-Hidâye* adlı eserinde yaptığımız genel taramada furû'un neredeyse her bölümüne yayılan 120 kadar istihsan örneği tespit etmiş olmamız da bunu açıkça göstermektedir.<sup>37</sup> Muhtemelen İmam Mâlik (ö.179/795) de, "*istihsan ilmin onda dokuzudur*"<sup>38</sup> sözüyle bu yaygınlığı kastetmiş olmalıdır.

### **B- İSTİHSAN YÖNTEMİNİN AKLÎ GEREKÇELERİ (ESBÂB-I MÛCİBE):**

Malumdur ki, her hükmün bir konulma amacı vardır ve hüküm bu amacı gerçekleştirdiği sürece anlam taşır. Diğer yandan, hükümler normal şartlar için vazedilmektedir.<sup>39</sup> Ancak, daha önce de ifade edildiği gibi, genel bir hüküm mevcut haliyle uygu-

<sup>31</sup> Selem, istisnâ' (eser), icâre gibi akitler, bazı muhayyerlikler ve şufa hakkı vb.

<sup>32</sup> Nikah yaşının sınırlanması. Bkz. AHK, md.4-12.

<sup>33</sup> "Ölüm döşeğinde talak verilen kadının mirasa dahil edilmesi" (Hamevî, *İstihsân*, s.144-145).

<sup>34</sup> "Hakimin kendi bilgisiyle hüküm vermemesi" (Haskefi, *Dürrü'l-muhtâr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts., V, 585); "Akrabaların birbirine şahitlik etmemesi" (A.g.e., V, 263).

<sup>35</sup> "Kıtlık ve savaş halinde bazı hadlerin uygulanmaması" "içki cezasının artırılarak düzenli bir cezaya dönüştürülmesi". Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul, 1994, s.116.

<sup>36</sup> "Devlet yöneticilerinden ve fetva verenlerden müçtehit olma şartının hafifletilmesi". Erdoğan, a.g.e., s.170-175.

<sup>37</sup> Bkz. Merginâni, Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye*, el-Mektebetü'l-İslamiyye, Beyrut, ts., I-IV. Bu sayı, Haskefi'nin (ö.1088/1677) *ed-Dürrü'l-Muhtâr* adlı eserinde ise 200'e kadar ulaşmaktadır. Burada Haskefi'nin değerli eserinden kurban (udhiyye) bahsinde geçen üç istihsanı sunmak istiyoruz: Bir kişi kurbanlığı ilk satın aldığı esnada ortak kesmeye niyet ederse, daha sonra ona altı kişinin ortak girmesi istihsanen geçerli/sahih olur. (Haskefi, a.g.e., VI, 629-630); "Yedi kişiden biri ölse ve onun varisleri onun (ortak muris) ve 'sizin adınıza kesin' deseler istihsanen hepsi adına geçerli/sahih olur." (A.g.e., VI, 639) ve "İki kişi kurbanlıklarını karıştırsalar, bunun üzerine her biri kestiği kurbanlığı sahibi adına niyet ederek kesse istihsanen geçerli/sahih olur." (A.g.e., VI, 643).

<sup>38</sup> Şâtibi, *el-Muwâfakât*, IV, 118; A.mlf., *el-İtisâm*, II, 392; Zerkeşi, *Bahr*, VI, 88.

<sup>39</sup> Bu durum, hukukta "itibar galib-i şâyiadır, nâdire değildir" (Mecelle, md.42) ve "nadir olan yok hükmündedir" gibi kurallara da yansımıştır. Bkz. Hâdimî, a.g.e., s.325; Bilmen, a.g.e., I, 268.



landığında, bazen, ana ilke ve maksatlar bakımından istenmeyen durumlar ortaya çıkar ve dolayısıyla bunların çözüme kavuşturulması gerekir. Ne var ki, İslam hukukunda yasama yetkisi sadece Allah Teala'nın olup,<sup>40</sup> Hz. Peygamber dâhil,<sup>41</sup> hiçbir beşer Allah'ın çizdiği çerçevenin dışına çıkarak keyfi bir şekilde hüküm koyamaz.<sup>42</sup> Binâenaleyh bir müçtehidin, yürürlükte olan bir hüküm hakkında yukarıda belirtilen türden bir tadilada ihtiyacı olduğunu savunabilmesi için, iddiasını mutlaka meşrû *gerekeç(ler)e* (esbâb-ı mûcibe) dayandırması gerekir. İstihsan bağlamında bu gerekeçlere, istihsanın *izahı* (vechü'l-istihsan) veya *dayanağı* (müstened veya sened)<sup>43</sup> denmektedir.<sup>44</sup>

Bu gerekeçler *naklî* ve *aklî* olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.

*Naklî gerekeçler* Kur'an ve sünnet nasları ile icmâ ve -kabul edenlere göre- sahabe kavlinden oluşmaktadır. Yani bunlar bir İslam hukukçusunu esas kuralı terke zorlayan ve nakil yoluyla gelen kaynaklardır. Nitekim bir müçtehitin "*nassa dayanarak kıyası terk ettik*" dediği zaman kastettiği şey, bu nakli gerekeçlerdir. Buna karşılık *aklî gerekeçler*, meşrûyetlerini naslardan almakla beraber, akıl yoluyla tespit edilen zarûret, meşakkat, maslahat, zerîa gibi gerekeçlerdir. Zira bu gerekeçler ilk olarak

<sup>40</sup> En'am, 6/57,62; A'râf, 7/87; Yunus, 10/109; Yusuf, 12/40, 76, 80.

<sup>41</sup> Nitekim Hz. Peygamber'in bilmediği konularda vahiy beklemesi, bazı içtihatlarının –bazen ağırlaşan bir üslupla- tenkit (Bedir esirleri konusundaki tenkit için bkz. Enfâl, 8/67-69; Müslim, Cihad 1763) veya reddedilmesi (Tahrim, 66/1), müşriklere veya hevasına uyarsa cezalandırılacağına dair uyarılar (Sâd, 38/26; Câsiye, 45/18) onun yetkisinin sınırsız olmadığını göstermektedir. Sünnetin teşrideki yeri için bkz. Sibâi, Mustafa, *es-Sünnetü ve Mekânetühâ fi't-Teşri'i'l-İslâmî*, Dâru'l-Verrâk, ts., s.409 vd.; Câmî, Muhammed Emân b.Ali, *Menziletü's-Sünneti fi't-Teşri'*, el-Câmî'a İslamiyye, Medine, ts., s.18 vd.

<sup>42</sup> Bkz. A'râf, 7/32; Nahl, 16/116; Kıyâme, 75/36. Şâfiî'nin istihsan ve istislah gibi yöntemlere sert bir üslupla karşı çıkması da zaten, bu yöntemlerle bağlayıcı olan çerçevenin, daha açık bir ifadeyle yetkinin aşıldığını düşünmesinden ileri gelmektedir. Onun "istihsan yapan keyfine göre yasama yapmıştır" sözü bunu açıkça göstermektedir. Bkz. Gazzâlî, Ebû Hâmid, *el-Mustasfâ*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1413, s.171; Âmidî, *a.g.e.*, s.191.

<sup>43</sup> Hallâf, *Mesâdir*, s.71.

<sup>44</sup> Krş. Serahsi, *el-Mebsût*, İstanbul, 1982, X, 145; Bardakoğlu, "İstihsan", *DİA.*, XXIII, 342.

meşrûyetlerini naslar üzerinde gerçekleşen zihinsel faaliyetler sonucu kazanmaktadır; sonra da istihsana başvurma sürecinde, bunların istihsanı gerektirecek kadar güçlü ve yerinde olup olmadıklarını tespit etmekte aklı muhakemeye ihtiyaç duymaktadır.

İbn Rüşd'ün istihsan tanımında “*hükümde aşırılığa sürükleyen*” kaydıyla işaret ettiği<sup>45</sup> ve Serahsî'nin (ö.490/1097) “*kolaylık için zorluğu terk etme*” ilkesiyle belirttiği<sup>46</sup> bu aklı gerekçeler aslında Şâri'in de teşri'inde dikkate aldığı illetler olup, belli başlıları şunlardır:

**1- Zarûret hali:** Zarûret, kişinin normal yolla savuşturması mümkün olmayan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalma halidir. Öyle ki, -örneğin- hukuken yasaklanmış olan bir şey yenilip içilmediği ya da söylenmediği takdirde kişinin canından olması, sakat kalması, ırz ve namusunun çiğnenmesi, malının heder olması gibi ciddi tehlikeler söz konusu olmaktadır.<sup>47</sup> Oysa Şâri' hukukun istikrarını sağlamak için hükümlerin uygulanması konusunda ısrarlı davranmıştır. Nitekim bu sebeple bir takım dünyevî ve uhrevî yaptırımlar öngördüğü malumdur. Buna karşılık, kuralların, esasen insanların maslahatları için konulması, üstelik kolaylığın prensip edinilmesi tavizsiz bir dayatmanın da olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla Şâri', mükelleflerin tâkat getiremeyeceği durumlarda -ki zarûret hali bunlardandır- hukukun istikrarını ve bütünlüğünü ihlal etmeyecek uygulanabilir çözümler ortaya koymuştur. İşte genel kural (azimet) terk edilerek, duruma uygun bir şekilde getirilen bu çözümlere teknik anlamda *istihsan* denir. Bu tür istihsân “*zarûretler memnû' (yasak) olan şeyleri mübah kılar*” kaidesi ile ifade edilmiştir.<sup>48</sup>

Burada belirtelim ki, zarûret halinde uygulanan istihsanı genel bir kural altına almak zordur. Zira zarûret halinde ortaya çıkan her bir özel durum farklı farklı sonuçlar doğurmaktadır.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> Şâtıbî, *İ'tisâm*, II, 393.

<sup>46</sup> Serahsî, *Mebisüt*, X, 145. Ayrıca bkz. Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsan*, s.82 vd.

<sup>47</sup> Baktır, Mustafa, *İslam Hukukunda Zarûret Hali*, Ankara, ts., s.14-15; Çalış, *a.g.e.*, s.79.

<sup>48</sup> *Mecelle*, md. 21; Şener, *a.g.e.*, s.123. Zarûret sebebiyle uygulanan istihsan çeşitleri için bkz. Bakkal, *İstihsan*, s.101-103.

<sup>49</sup> Krş. Bakkal, *a.g.m.*, s.285.

Bu sonuçlar arasında başkasına zarar vermek de olabilir.<sup>50</sup> Doğal olarak bu durumda mutlak bir ruhsattan söz etmek mümkün olmaz. Meselâ, zarûretler başkasının *canına* ve *arzına* zarar vermeye götürüyorsa, bu konularda ruhsat verilmesi caiz değildir. Zira kişinin kendini zarardan kurtarmak için, bir başkasına eş değerde bir zarar vermesi adalet ve hakkaniyet ölçülerine sığmaz. Üstelik Allah Teala “ölümü hak etmedikçe, Allah’ın haram kıldığı cana kıymayınız”<sup>51</sup> buyurarak cana kıymayı çok özel şartlara bağlamıştır.<sup>52</sup> Kısaca, İslam hukukunda bu konuda “bir zarar kendi misliyle giderilmez”<sup>53</sup> kuralı cârîdir. Diğer taraftan, darda kalanın (muztar), bir başkasının malından yiyebilme ruhsatı, onun bedelini ödeme (tazmin) şartına bağlanmıştır. Zira “darda kalmak başkasının hakkını iptal etmez.”<sup>54</sup>

Bunlar dışında kalan zarûretler, *kendi miktarları*<sup>55</sup> ve *süreleri*<sup>56</sup> ile *kayıtlı olmak* şartıyla (1) *yasakların işlenmesi*, (2) *vaciplerin terk* ve (3) *tehir edilmesi* şeklinde<sup>57</sup> istihsana (ruhsat) konu olur ve ilgili emir ve yasaklar kapsamından çıkarılır.<sup>58</sup>

<sup>50</sup> Zarûret halleri tespit edilirken, *sebeup, maksat ve zarûretin giderilme yolu* şeklinde üç noktadan hareket edildiği tespitinde bulunan Zeydan, zarûret hallerini (1) *yeme ve içme ile ilgili zarûretler*, (2) *tedâvi ile ilgili zarûretler*, (3) *öldürme veya fuhşu gerektiren zarûretler*, (4) *mülkiyete tecavüze sevk eden zarûretler* ve (5) *asılsız veya çirkin söz söylemeyi gerektiren zarûretler* olmak üzere beş grup olduğunu söylemiştir. Bkz. Zeydan, “İslam Hukukunda Zarûret Hali”, *İslam Işığında Günün Meseleleri*, (Çev. Hayreddin Karaman), Yeni Şafak, 1996, I, (253-322), 258. Krş. Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Darûra*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1997, s.73 vd.

<sup>51</sup> En'âm, 7/151.

<sup>52</sup> Cana kıymanın meşru gerekçeleri hk. bkz. Bakara, 2/178, 179, 194; Mâide, 5/45; Zeylaî, *a.g.e.*, IV, 323; İbn Kudâme, Muvaffikuddin, *el-Muğni*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1405, XI, 506 vd.; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuh*, Dimesşk, 1989, VIII, 213 vd.

<sup>53</sup> Mecelle, md.25 Örnekleri için bkz. Suyûtî, *Eşbâh*, s.86 vd.

<sup>54</sup> Mecelle md.33.

<sup>55</sup> Bkz. Mecelle md.22; İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.95.

<sup>56</sup> Bkz. Mecelle md.22-23; Erdoğan, *a.g.e.*, s.69.

<sup>57</sup> Zuhaylî, *Darûra*, s.279

<sup>58</sup> Geniş bilgi için bkz. Zeydan, *a.g.m.*, I, 260 vd.; Ebû Süleyman, Abdülvehhâb İbrahim, *Fıkhu'z-Zarûra ve Tatbikâtuhu'l-Muâsıra - Afâk ve Eb'âd*, el-Benk İslâmî lit-Tenmiye, Cidde, 1423.

Diğer yandan, zarûret hali denilince genellikle bireyler için söz konusu olan *ferdî zarûret* kastedilir. Ancak zarûret kıtlık ve umûmî savaş (seferberlik) gibi hallerde topluluklar için de söz konusu olabilir ve bu durumda *içtimâî zarûret* ortaya çıkar. Şu kadar var ki, toplumsal zarûretler ferdî zarûretlerden önceliklidir. Binâenaleyh bu iki zarûret çatışır, daha öncelikli olan içtimâî zarûret tercih edilir. Sözelimi, yukarıda belirtildiği gibi, bir kişinin zarûret halinde başkasına zarar vermesine müsaade edilmezken, umûmî zararı gidermek için, ferdî zarar(lar)a göz yumulur.<sup>59</sup>

**2- Umûmî belvâ:** Umûmî belvâ, terim olarak *musîbet, sıkıntı ve zorluğun kişinin güçlüğüle kurtulabileceği veya zorla uzaklaşabileceği tarzda yaygınlaşması hali* demektir.<sup>60</sup> Suyûti ve İbn Nüceym'in meşakkat grubunda saymasına<sup>61</sup> karşılık, umûmî belvâyı çoğu İslam hukukçusu zarûret derecesinde görmüştür.<sup>62</sup> Nitekim Mevsilî'nin (ö.683/1284) "*yaygın zarûret*"<sup>63</sup> şeklindeki ifadesi onun da belvâyı zarûret kapsamında gördüğünü gösterir.

Anladığımız kadarıyla umûmî belvânın istihsana konu olması, mükelleflere, neredeyse zarûret derecesine varan zorluğa neden olmasından ileri gelmektedir.<sup>64</sup> Gerçekten de belvâ için verilen örnekler bakılırsa, onun insanların baş edemeyecekleri ve genellikle kurtulamayacakları derecede yaygın durumlar olduğu ortaya çıkmaktadır. Yani onun insanlara getirdiği toplam yükün, ferdî zarûretin verdiği zorluğa denk ya da en azından ona yakın olduğu anlaşılmaktadır.

Umûmî belvâ sebebiyle getirilen kolaylıkları, hem Şâri'in teşri'inde hem de müçtehitlerin uygulamalarında görmek mümkündür. Sözelimi meskenlerde yerleşip insanların etrafında dolaşan

<sup>59</sup> Mecelle, md.26.

<sup>60</sup> Zuhaylî, *Darûra*, s.123.

<sup>61</sup> Suyûti, *Eşbâh*, s.78-80; İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.85-90.

<sup>62</sup> Bkz. Serahsî, *Usûl*, II, 204; Abdülazîz el-Buhârî, *a.g.e.*, IV, 8; Ensârî, *a.g.e.*, II, 374; Zeydan, *a.g.e.*, s.234; Zuhaylî, *Darûra*, s.74, 123-130; Baktır, *a.g.e.*, s.136, 146.

<sup>63</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, İstanbul, ts., I, 33. Ayrıca İzmirli'nin ifadesi için bkz. İzmirli, *İlm-i Hilâf*, s.169, 170.

<sup>64</sup> Krş. Bakkal, *İstihsan*, s.105.

kedi gibi hayvanların artıkları temiz kabul edilmesi<sup>65</sup> ve ihramlı iken harem bölgesinde yaygın olan izhir otunun koparılmasının cezadan muaf tutulması Şâri'in bu türden istisnâ örnekleridir.<sup>66</sup> Diğer yandan, pislenen kuyu ve havuzların bir miktarının boşaltılmasıyla temiz sayılması; az miktarda kuş ve deve terslerinin kuyuya düşmesi halinde kuyunun temiz sayılması;<sup>67</sup> elbisemize sıçrayan ve korunması mümkün olmayan su ve çamur damlalarıyla namaz kılmanın caiz görülmesi;<sup>68</sup> uçan veya koşan bir av vurulduktan sonra yere düşüp ölse, yere çarpması sonucu ölme ihtimali olmasına rağmen helal kabul edilmesi;<sup>69</sup> karpuz, yumurta gibi adedi mallardan az bir miktarının bozuk çıkması halinde aktin geçerliliğini sürdürmesi;<sup>70</sup> çocukların öğrenmek için abdestsiz olarak Kur'an-ı Kerim'i ellerine almalarının caiz sayılması; binalardaki tuvaletlerde def-i hâcet esnasında ön ve arkayı kibleye çevirmenin caiz olması<sup>71</sup> ise “*musîbeti umûmî olanın hükmü hafifletilir*”<sup>72</sup> meşhur kuralı fehvâsınca, hukukçular tarafından, ilgili hükümlerin kapsamı dışına alındığı istihsan örnekleridir.

**3- Umûmî ve husûsî hâcet hali:** *Hâciyyât* da denilen hâcet hali, zarûrî olmamakla beraber, varlığı halinde bir genişlik ve kolaylık sağladığı için ihtiyaç duyulan, bulunmadığı zaman genelde sıkıntı ve güçlüklerle (meşakkat) sebep olan durumlardır.<sup>73</sup> Bu tanım esasen ferdî boyuttaki hâcet için geçerlidir ve daha çok *ibadetler, âdetler, muamelât ve cinayetlerle* ilgili bir takım kolaylaştırıcı hükümlere sebep olur.<sup>74</sup> Buna karşılık, kaynaklarda verilen örneklerden anladığımız kadarıyla *umûmî hâcet*, sipariş, ortaklık, kira, borçlanma gibi bütün insanların genel olarak ihtiyaç

<sup>65</sup> Mâlik, *Muvattâ'*, (Nşr. M. Fuâd Abdülbâki), Kahire, ts., I, 23; Ebû Dâvud, *Taharet*, 38; Tirmizî, *Taharet*, 69.

<sup>66</sup> Buhârî, *Cezâu's-Sayd*, 9; Hacc, 43; Nesâi, *Hacc*, 110; Ebû Dâvud, *Menâsik*, 90.

<sup>67</sup> Serahsî, *Mabsût*, I, 87-88; Mevsilî, *a.g.e.*, I, 20; Sem'ânî, *a.g.e.*, IV, 518; Zeydan, *a.g.e.*, s.234; Zuhaylî, *Dârûra*, s.162; Yavuz, *a.g.m.*, s.91.

<sup>68</sup> Suyûtî, *Eşbâh*, s.78.

<sup>69</sup> Serahsî, *Mabsût*, XI, 251.

<sup>70</sup> İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts., VI, 372-373.

<sup>71</sup> Suyûtî, *Eşbâh*, s.78; İbn Nüceym, *Eşbâh*, s. 76-77.

<sup>72</sup> İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.93

<sup>73</sup> Bilmen, *a.g.e.*, I, 265; Baktır, *a.g.e.*, s.180; Çalış, *a.g.e.*, s.81.

<sup>74</sup> Örnekler için bkz. Şâtübî, *Muvâfakât*, II, 10-11.

duydukları durumları; *husûsî hâcet* ise daha çok bir yöre halkının ya da sanat, ziraat, ticaret gibi meslek gruplarının ihtiyaçlarını ifade eder.<sup>75</sup>

Aslında zarûret derecesinde zorluk içermeyen bu gibi *umûmî* ve *husûsî* ihtiyaçlar, hem genellikle herkesin başına gelebildiğinden ve hem de yaygınlığından dolayı toplam yükünün ağır olacağı dikkate alınarak, “*zarûret derecesinde kabul edilmiş*”<sup>76</sup> ve istihsana konu olmuştur. Kanaatimizce, Karafî'nin (ö.684/1285) istisnâî boşanma şekli olan *mülâ'aneyi*<sup>77</sup> zarûretle gerekçelendirmesinin<sup>78</sup> ardında bu gerçek yatmaktadır. Zira onun bu yaklaşımı konunun dâhil olduğu aile kurumu, her zaman ve herkesi ilgilendirmekte (*umûmî*)dir. Başka bir deyişle kadına da bir şekilde boşanma imkanı verilmesi zarûret derecesinde genel bir ihtiyaçtır. *Muhâle'a* da böyledir.<sup>79</sup>

Bu cümleden olarak, kaynaklarda bazen *örf* bazen de *icmâya* örnek gösterilen *sipariş* (istisnâ<sup>80</sup>) ve *hamamda yıkanma akitleri* başta olmak üzere, -veznî ve keylî malların takası yönüyle faiz yasağı grubuna giren- *ekmeğin alış verişi*;<sup>81</sup> -bir top kumaş gibi- *birleşik malların toptan satılması*; yetim ve vakıf malında gasp edilen *menfaatlerin tazmin edilmesi*; finans ihtiyacını karşılamak için ihdâs edilen *bey bi'l-vefâ*,<sup>82</sup> *bey bi'l-istiğlâl*,<sup>83</sup> *müsteâr rehin*<sup>84</sup>

<sup>75</sup> Krş. Yaran, Rahmi, “İhtiyaç”, *DİA.*, XXI, (573-574), 574.

<sup>76</sup> Mecelle, md.32; Zuhaylî, *Dârûra*, s.275. Ayrıca bkz. Dönmez, “İstihsan”, 460.

<sup>77</sup> *Mülâ'ane*: Hanımını zina ederken şahit olup, bunu dört şahitle ispatlayamayan kocanın şahitler sayısınca (4 defa) özel yemin ederek boşanması demektir. Bkz. Ensârî, Muhammed, *Şerhu Hudûdi İbn Arafe*, Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, Beyrut, 1993, I, 301; Kal'acı-Kuneybî, *a.g.e.*, s.473; Ebû Ceyb, *a.g.e.*, s.330-331.

<sup>78</sup> Karafî, *el-Furûk*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1998, IV, 200.

<sup>79</sup> *Muhâle'a*: Kadının kocaya mal vererek kendini ondan boşatması demektir. Konevî, *a.g.e.*, s.162; Kal'acı-Kuneybî, *a.g.e.*, s.240; Ebû Ceyb, *a.g.e.*, s.120.

<sup>80</sup> İstisna' aktinin sünnete de dayandığına dair bkz. Buhârî, *Salat*, 64; *Buyû*, 32; *Libas*, 46; Müslim, *Libas*, 56 (Aktan, “İstisna”, *DİA*, XXII, 394; Gözübenli, *a.g.m.*, s.17).

<sup>81</sup> İbn Kudâme, *a.g.e.*, IV, 389; Haskefî, *Dürr*, V, 311; Haydar, *Dürer*, I, 88-89.

<sup>82</sup> *Bey bi'l-vefâ*: Bir malı, bedelini iade edince geri almak üzere satmaktır. Mecelle, md.118.

<sup>83</sup> *Bey bi'l-istiğlâl*: Kişinin bir malı tekrar kiralamak şartıyla vefâen satmasıdır. Mecelle, md.119.

akitleri de hep içtimâî ve iktisâdî ihtiyaçlar (umûmî hâcet/zarûret) kabilinden istihsan örnekleridir.<sup>85</sup>

**4- Örf ve âdet:** *Örf* ve *âdet*, akl-ı selim sahiplerince kabul edilen ve öteden beri tekrarlanarak ruhlara yerleşmiş bulunan olay, hal ve davranışlar olarak tanımlanmaktadır.<sup>86</sup> Hâdimî' (ö.1176/1762) ise örf ve âdetin, insanların sürekli yapa geldikleri ve alışkanlık kazandıkları şeyler olduğuna vurgu yapmıştır.<sup>87</sup>

Örf ve âdetin istihsana gerekçe oluşturması, kanaatimizce, söz konusu alışkanlıkların, toplumsal boyuta ulaştığında *terk edilmelerinin zorlaşmasından* ileri gelmektedir. Dolayısıyla, nasıl ki toplumsal ihtiyaçlar zarûret derecesinde görülmüşse, toplumda yerleşip alışkanlık kazanılmış söz ve davranışlar da, *zarûret derecesinde* görülmüştür. Binâenaleyh, toplumda yerleşen bu olgular, bazı konularda müsamaha ile karşılanmıştır (istihsan).<sup>88</sup> Bu sebeple İslam öncesi Araplarda bulunan *bazı alım-satım ve kira çeşitleri, rehin, selem, kasâme*,<sup>89</sup> *eşler arasında denklik, katilin âkilesine*<sup>90</sup> *diyet yükümlülüğü* gibi örfler, Şâri'in koyduğu kurallara aykırı olmasına rağmen, genel olarak ihtiyaç duyulduğu için, bizzat Şâri' tarafından istisnâ edilmiştir. Şu kadar var ki, Şâri' bu örfleri tamamen kayıtsız bırakmamış, ana ilke ve hedefler doğrultusunda onları bir takım şartlara bağlamıştır.<sup>91</sup> Bunun aksine, bazı câhiliyye nikahı ve faiz şekilleri gibi birçok örf ise, özü itibariyle temel ilkelere aykırı (fâsid) oldukları için caiz gö-

<sup>84</sup> *Müsteâr rehin*: Bir kimsenin başkasına ait malı ödünç alarak (istiâre) onun izniyle rehin tutmasıdır. *Mecelle*, md.726.

<sup>85</sup> Erdoğan, *a.g.e.*, s.76, 216 vd.

<sup>86</sup> Tanımlar için bkz. İzmirli, "Örfün İslam Hukukundaki Yeri", *İHAD.*, (Notlarla sad. Osman Şahin), sy:5, 2005, (205-216), s.209. [*Sebîlü'r-Reşâd*, XII/293 (1330/4), s.128-132]; Kıyıcı, Selahattin, *İslam Hukukunda Örf ve Âdet*, İşaret Yay., İstanbul, 1990, s.19-23; Karaman, Hayreddin, "Âdet", *DİA.*, I, 369-373.

<sup>87</sup> Hâdimî, *a.g.e.*, s.336.

<sup>88</sup> Krş. Zuhaylî, *Darûra*, s.170, 171.

<sup>89</sup> *Kasâme*: Kâtîli meçhul cinayetlerde maktulün bulunduğu semtin halkından belli bir kısmına masum olup olmadıklarını tespit için teklif edilen özel yemindir. Konevî, *a.g.e.*, s.295; Ebû Ceyb, *a.g.e.*, s.303.

<sup>90</sup> *Âkile*: Kişinin asabesi, yani baba tarafından gelen akrabasıdır ki, o kişinin hata yoluyla öldürdüğü kimsenin diyetini paylaşırlar. Konevî, *a.g.e.*, s.296; Ebû Ceyb, *a.g.e.*, s.259.

<sup>91</sup> Şa'ban, *a.g.e.*, s.176-177.

rülmemiştir.<sup>92</sup> Umumî örf ve âdetlere bağlı olarak getirilen istisnâlar, bunların yaygın oluşlarından ve genelde ihtiyaçtan kaynaklanmalarından dolayı, daimî yürürlüğü olan azimet hükümleri şeklinde konulmuştur.

Yukarıda sayılan *umûmî örfler* dışında; tüccar ve diğer meslek sahiplerinin aralarında sözlü ve fiili olarak yer alan *husûsî örfler* de vardır. Nitekim hukukta meşhur olan “*örfen bilinen şey, şart koşulmuş gibidir*”<sup>93</sup> ve “*örfen şart koşulan şer’an da şart koşulmuş gibidir*”<sup>94</sup> kuralları da bunu ifade etmektedir.

*Husûsî örfler* konusunda genel kabul, naslarla sabit olan yasaklara aykırı oldukları zaman dikkate alınmayacakları şeklindedir. Bununla birlikte, *bazı durumlarda* istihsan yoluyla caiz görülenler vardır.<sup>95</sup> Ancak, bu durum daha çok sözlü işlemler için geçerli olmakta, bazen de davranışları kapsadığı görülmektedir.<sup>96</sup> Bu cümleden olarak Belh hukukçuları, Hz. Peygamber’in *değirmencinin ücret olarak öğüteceği buğdayın bir bölümünü almasını yasaklamasına*<sup>97</sup> rağmen, örfte yerleşen uygulama sebebiyle, müşterinin dokuması için getirdiği ipliğin bir miktarı karşılığında – ki, o dönemdeki uygulama üçte biri şeklindedir- tarafların akit yapmasına cevaz vermişlerdir.<sup>98</sup>

Öte yandan örf, *insanların yaygın olarak kullandıkları lafızları anlama ve yorumlama* bakımından da istihsana konu olmaktadır. Örf yoluyla belirlenen lafızların başında -talak gibi- *irade beyanı*<sup>99</sup> ile *yeminler* gelir. Zira bunlar lafızlar üzerine kurulmaktadır.<sup>100</sup> Bu bağlamda İbn Nüceym’e göre örfen kullanılan lafızlar, Şâri’in kullanımında farklı anlam taşısa bile, insanların sözleri örfleri

<sup>92</sup> Örf ile amel etmenin şartları için bkz. Kıyıcı, *a.g.e.*, s.131-133; Dönmez, “Örf”, *DİA.*, XXXIV, (87-93), 89-90.

<sup>93</sup> Mecelle, md.43; Mevsîlî, *a.g.e.*, II, 171; İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.103, 108.

<sup>94</sup> İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.108; Kıyıcı, *a.g.e.*, s.135.

<sup>95</sup> Detaylar için bkz. İzmirli, “Örfün İslam Hukukundaki Yeri”, 209-210. Örnekler için bkz. İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.112-114; Kaya, Eyyüb Said, *Mezheplerin Teşekkülünden Sonra Fıkhî İstidlâl*, (Doktora Tezi), İstanbul, 2001, s.258 vd.

<sup>96</sup> Örf sebebi ile istihsan hk. bkz. Zuhaylî, *Darûra*, s.162-181.

<sup>97</sup> Zeylaî, *a.g.e.*, IV, 140.

<sup>98</sup> Tartışma ve başka örnekler için bkz. Kaya, *a.g.e.*, s.262-263.

<sup>99</sup> Önek için bkz. Kaya, *a.g.e.*, s.263.

<sup>100</sup> İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, Dâru’l-Fikr, Beyrut, ts., III, 98-99. “Ev” ve “mescid” lafzı ve yemine etkisi hk. bkz. Şâtîbî, *İtisâm*, II, 394.



içinde anlam kazandığı için, örfteki anlam tercih edilir. Daha açık bir ifadeyle lafızlar, anlamlarını devamlı toplumsal ilişkiler (örf) içerisinde kazanır ve insanlar da düşünce ve niyetlerini bunlar üzerine bina ederler.<sup>101</sup>

**5- Meşakkat hali:** Meşakkat, varlığı halinde insanlara zorluk (su'ûbe) ve sıkıntı (harec) veren durumlardır<sup>102</sup> Yani ihtiyaçlar yokluk halinde sıkıntı verirken, burada ise varlık halinde sıkıntı söz konusudur. Oysa İslam hukukunun ana kaynaklarında, insanların *maslahatlarını* sağlamak amacıyla, *kolaylığın ilke* edinildiği malumdur.<sup>103</sup> Binâenaleyh, maslahat ve kolaylık ilkelerine *aykırı* durumlar olursa, bunların giderilmesi gerekir. Nitekim teşri' döneminde bu gibi durumlar sebebiyle genel hükümlere bir takım istisnâlar ve ruhsatlar getirilmiştir. İslam hukukçuları da bu durumu "*meşakkat kolaylığı doğurur*"<sup>104</sup> kuralıyla ifade etmişlerdir.

Meşakkat, aslında zarûret kadar baş edilemeyecek derecede zorluk içermez. Ancak verdiği zorluklar, tedbir alınmadığı takdirde, zamanla görevlerin aksatılmasına, hatta terk edilmesine yol açar. Oysa Şâri', hem koyduğu hükümlerin bizzat kendilerini hem de vesile oldukları ana ilkeleri korumayı amaç edinmiştir. Bu nedenle meşakkat doğuracak yollar kapatılmaya çalışılmış, bizzat meşakkat içeren yükümlülüklerde de kolaylaştırıcı ruhsatlar getirilmiştir. Nitekim Hz. Peygamber'in, gönüllü bile olsa, ibadetlerde aşırılığa gidilmesini yasaklamasının ardında da, bu yükün zamanla ibadetlerin terkine götüreceği endişesi olduğu anlaşılmaktadır.<sup>105</sup>

Şâri'in hükümlerinde kolaylaştırmaya gittiği meşakkat doğuran durumlar literatürde *yolculuk*, *hastalık*, *zorlama* (ikrah), *unutma*, *bilgisizlik* (cehl), *zorluk* (usr)/*umumî belvâ* ve *eksiklik*

<sup>101</sup> Detaylar için bkz. İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.105

<sup>102</sup> Haydar, Ali, *Dürrü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330, I,70; Cum'a, Adnân Muhammed, *Ref'u'l-Harac fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Dâru'l-İmâmi'l-Buhâri, Dımeşk, 1979, 34.

<sup>103</sup> Geniş bilgi için bkz. Çalış, *a.g.e.*, s.51 vd.

<sup>104</sup> Mecelle, md., 17; Suyûti, *Eşbâh*, s.76 vd.; İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.84 vd.

<sup>105</sup> Bkz. Sancaklı, Saffet, "Hz. Peygamber'in İbadetlerde Öngördüğü İ'tidâl ve Kolaylık Anlayışı", *UÜİFD.*, sy: 9, c:9, 2000, s.377-392.

(naks) olmak üzere yedi adet olarak sayılmıştır.<sup>106</sup> Bunlara *yağmur*, *çamur* ve *kar* hallerini eklemek de mümkündür. Zira bu haller namazı cemaatle kılmaktan muaf olma kolaylığı da istihsan kabilinden bir ruhsattır.<sup>107</sup>

Ne var ki meşakkate yol açan bu faktörlerin dereceleri aynı değildir. Bunlardan *ikrah* ile *umûmî belvâ* esasen meşakkatin üst grubunu oluşturmakta ve –daha önce de belirtildiği gibi– usulde *zarûret* kapsamında ele alınmaktadır. Meşakkat denince daha çok *yolculuk* ve *hastalık* hali akla gelir. Şâri bu iki hali kolaylaştırma ilkesi gereği dikkate almış, ibadetler başta olmak üzere, birçok konuda koyduğu genel kuralların kapsamından çıkarmıştır.<sup>108</sup>

Kısaca, meşakkat sebebiyle ibadetlerde getirilen ruhsatlar incelendiğinde, namaz gibi asılları üzerinden kolaylaştırılması uygun olanların, asılları üzerinden<sup>109</sup> hafifleştirildikleri, uygun olmayanlara gelince, oruç gibi maksat ibadetlerde *erteleme* (kazaya bırakma), abdest gibi bir ibadete vesile olan görevlerde ise teyemmüm gibi uygulanabilir bir *alternatif* getirmek (tebdil) suretiyle kolaylık sağlandığı görülmektedir. Başka bir deyişle

<sup>106</sup> Suyûti, *Eşbâh*, s.77-80; İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.84-90.

<sup>107</sup> Bkz. Hamevi, *İstihsân*, s.128, 131-134, 138-139.

<sup>108</sup> Şâri' *yolculuğun* üç günlük mesafe gibi uzun olması halinde, namazları kısaltma ve birleştirme, orucu erteleme, mestler üzerine üç gün süreyle mesh etme, kurban sorumluluğundan muaf olma; söz konusu mesafeye ulaşmayan kısa yolculuklar için ise cuma ve bayram namazı ile cemaatle namazdan muaf olma, binit üzerinde nafile namaz kılma, teyemmüm gibi daha çok ibadetler konusunda kolaylıklar getirmiştir.

*Hastalık* haline ait ruhsatlar ise ibadetlerle sınırlı değildir. Zira hastalık teyemmüm, cemaatten muaf olma, orucu erteleme gibi ibadete ait ruhsatların yanında, muayene ve tedavi için avret mahalline bakılması ve dokunulması, yasak olan ipeğin giyilmesi ile bazı necis şeylerle tedaviye izin verilmesi gibi ruhsatlara da özür olmaktadır. Diğer yandan; kadınların âdet ve nifas hali, ibadetler konusunda muafiyete sebep teşkil etmekle birlikte, meydana gelecek bazı zararları önlemek (sedd-i zerâyi') için cinsel ilişkiye de engel olmuştur (Bakara, 2/222). Topluca bkz. Suyûti, *Eşbâh*, s.77; İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.84; Zuhayli, *Darûra*, s.136.

<sup>109</sup> Hastalık halinde oturarak veya imâ ile kılma, yolculuk halinde ise kısaltarak kılma gibi.

Şâri' bunların her birini *kendi özelinde* dikkate almış ve farklı seviyede ruhsatlar vermiştir.<sup>110</sup>

Burada belirtelim ki, ibadetler konusunda Şâri'den başkasının, alternatif sunma, daha açık bir ifadeyle yeni bir ibadet şekli (ritüel) ihdas etme hakkı ve yetkisi yoktur. Bu yüzden müçtehitler sadece duruma ve amaçlara uygun olarak, mevcut ibadetler konusunda *erteleme* veya *terk etme* şeklinde hüküm verebilirler. Nitekim bu sebeple, Ebû Hanîfe abdest için su ve teyemmüm için toprak cinsinden bir şey bulamayan hapis halindeki kimseye, yeni bir ibadet şekli önermeyip, namazı terk etmesi yönünde fetva vermiştir.<sup>111</sup>

Son olarak; meşakkat grubunda sayılan *unutma*, *bilgisizlik* ve *eksiklik* de bazı ruhsatlara konu olmakla birlikte, onlardaki meşakkat sefer ve hastalık hali gibi bedende hissedilen zorluktan farklı olup, daha çok hak ve sorumlulukları yerli yerince yapamamaktan ileri gelir. Dolayısıyla bunlar da çeşitli ruhsatlara konu olur.<sup>112</sup>

**6- Maslahat:** *Maslahat* toplum ve bireyler için devamlı surette veya çoğunlukla yarar (salâh) olan şeydir.<sup>113</sup> Bu yararları sebebiyle, Şâri' hüküm koyarken daima maslahatları gözetmiştir. Şâri'in teşri'inde dikkate aldığı maslahatlar *can*, *din*, *mal*, *akıl* ve *nesil* emniyeti şeklinde sıralanan *maslahatlar* (zarûrât-ı hamse)dir.<sup>114</sup>

Bazı İslam hukukçuları nihâi noktada bütün dinî hükümlerin maslahata dayandığını ileri sürmüşlerdir.<sup>115</sup> Buna göre bütün istihsan uygulamaları da maslahata dayanmaktadır. Gerçekten de genel olarak istihsan örneklerini bir şekilde maslahata dayan-

<sup>110</sup> Meşakkatlerin ağır, hafif ve orta seviye olmak üzere üçlü taksimi ve örnekleri için bkz. Suyûtî, *Eşbâh*, s.80-81; İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.91; Çalış, *a.g.e.*, 32.

<sup>111</sup> Haddâdi, Ebû Bekr b. Ali, *el-Cevheretü'n-Neyyire*, Fazilet Nşr., İstanbul, 1978, I, 29.

<sup>112</sup> Detaylar için bkz. Zuhaylî, *Darûra*, s.106-122, 139-142; Cum'a, *a.g.e.*, s.225 vd.

<sup>113</sup> İbn Âşûr, *Mekâsıdu's-Şerî'a*, Dâru'n-Nefâis, Ürdün, 2001, s.278-279.

<sup>114</sup> Gazzâlî, *a.g.e.*, s.286-287; Karafî, *Nefâisu'l-Usûl*, VII, 3256; Buğa, Mustafa, *Der'u'l-Mefsedeti fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Dımeşk, 1997, s.7.

<sup>115</sup> Bkz. Suyûtî, *Eşbâh*, s.8.

dırmak mümkündür. Nitekim bu yakın ilişkiden dolayı, Paret, genellikle istihsan ve istislahın birbirine karıştırıldığını vurgular.<sup>116</sup> Ne var ki bu yaklaşım doğru görünse bile, istihsanla maslahat ilişkisini açıklayıcı değildir. Maslahat sebebiyle istihsana gidilen örnekler incelendiğinde, bunların daha çok bir hüküm uygulandığında, onlarla amaçlanan maslahatların meydana gelmediği, dahası bazen mefsedetlerin ortaya çıktığı durumlar olduğu görülmektedir.

Örneğin hukukta yerleşik kurala göre, kişi bizzat kendi gözüyle görmediği bir şey konusunda tanıklık yapamaz. Ancak Hanefî hukukçuları nesep, nikah, ölüm gibi konuların kanıtlanmasında işitme yolu ile elde edilen bilgiye dayanarak tanıklık yapılabileceğini *istihsan* esasına göre kabul etmişlerdir. Zira bu tür konularda görmek suretiyle bilgi sahibi olmanın oldukça az ve ancak bazı kişilerce mümkün olması ve bu konuların ileriye dönük etkilerinin bulunması, yani maslahatların kaybolması söz konusudur. Bu sebeple şahitliğin kesin bilgiye dayanması gerekliliğini öngören genel kıyas hükmü, bu kuralı işletmenin doğuracağı sıkıntı ve güçlüğü aşılması amacıyla terk edilmiştir.<sup>117</sup>

Diğer yandan, bir çok yönden toplumun ihtiyaçlarını karşılayarak, büyük maslahatlar temin ettiği için, *vakıfla* ilgili bir çok hükümde getirilen istisnâlar ve kendilerini ve haklarını korumaktan aciz olan *yetimleri* korumak amacıyla alınan ağır sayılabilecek istisnâî tedbirler de maslahatı temin için başvuru olan istihsan örneklerdir.<sup>118</sup>

**7- Adalet ve hakkaniyet ilkesinin ihlal edilmesi:** Her hukuk sistemi gibi, İslam hukuku da insanlar arasında huzur ve düzeni sağlamayı amaçlar. Bunun için İslâm'da, inançtan ibadete ve diğer muamelelere kadar hemen her konuda denge yani adalet ve hakkaniyet temel esas olarak kabul edilmiş olup, aşırılıklar asla tasvip edilmemiştir.<sup>119</sup> Ancak, hayat ilişkileri karmaşık olduğu için, genel kurallar bazı özel durumlarda

<sup>116</sup> Paret, *a.g.m.*, IV, 256.

<sup>117</sup> Serahsî, *Mebisüt*, XVI, 149-150.

<sup>118</sup> Bkz. Erdoğan, *a.g.e.*, s.70.

<sup>119</sup> Cici, Recep, "Kolaylık Prensibinin Hukuki Hayata Yansıma Biçimleri: Hanefî Mezhebi Örneği", *UÜİFD.*, c:XIV, sy:1, 2005, (61-88), s.65.

istenildiği gibi uygulanamaz ve hatta adalet ve hakkaniyeti ihlal edecek sonuçlara yol açabilir. Bu gibi durumlarda, adalet ilkesi gereği, hukukun genel amaçları doğrultusunda uygun bir çözüm bulunacaktır. Daha doğrusu Apaydın'ın ifadesiyle, “kanundan hukuka kaçılacaktır.”<sup>120</sup>

Bu konuda en çarpıcı örnek, Hz. Ömer zamanında ortaya çıkmış olan “müşterek mesele” diye meşhur olan özel bir miras meselesidir. Şöyle ki: miras ana, koca, öz (ana-baba bir) kardeşler, iki veya daha fazla ana bir kardeşler arasında taksim edileceği zaman, öz kardeşler ölüye baba bağıyla bağlandıkları için asabe olduklarından kalanı almaları gerekmekte, normal işlem yapıldığında da kıyas gereği öz kardeşlere bir şey kalmamaktadır. Dolayısıyla bu meselede, ölüye daha güçlü bağ ile bağlanan öz kardeşin mahrum olması söz konusu olmakta ve dolayısıyla adalet ve hakkaniyet ilkesi ihlal edilmektedir. Hz. Ömer de onları ana bir kardeşlerin hissesine ortak ederek bir nebze olsun adaleti gerçekleştirmeye çalışmıştır.<sup>121</sup> İşte bu İbn Arabî'nin vurguladığı *kıyasın aşırılığını*<sup>122</sup> gidermek için istihsan yoluyla *ihdas* edilen bir hükümdür.

**8- Özel konum ve durumlar:** Şâri'in koyduğu genel (umûmî) hükümler ilke olarak her mükellefi bağlar.<sup>123</sup> Ancak öyle özel konumlar ve durumlar vardır ki, onlar sebebiyle bazı mükellefler ya da olaylar diğerlerinden ayrılırlar. Adalet ve hakkaniyet ilkesi gereği bu gibi farklılıkların gözetilmesi de gerekir. Buna göre o konumdaki mükellef veya olay, genel hükmün kapsamından çıkarılır ve konumlarına uygun bir hüküm *ihdas* edilir.

Sözgelimi herkes işlediği suçları sebebiyle suçun misliyle cezalandırılırken,<sup>124</sup> Hz. Peygamber'in hanımlarının iki katıyla cezalandırılması;<sup>125</sup> evli ve ahlaklı (muhsan) kadına zina isnat eden

<sup>120</sup> Apaydın, *a.g.m.*, s.305.

<sup>121</sup> Bu konuda Hz. Osman, Zeyd b. Sabit, Mâlik ve Şâfiî Hz. Ömer'e katılmakla beraber, Hz. Ali, İbn Mes'ud, Ebû Hanife ve Ahmed b. Hanbel kuralı (kıyas) işleterek öz kardeşe mirastan pay vermemişlerdir. Bkz. İbn Kudâme, *a.g.e.*, VII, 21; Hamevî, *İstihsân*, s.144-145. Ayrıca bkz. Ebû Zehra, *a.g.e.*, s.263.

<sup>122</sup> İbn Arabî, *Mahsûl*, s.132.

<sup>123</sup> Koca, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis*, TDVY., İstanbul, 1996, s.49 vd.

<sup>124</sup> En'am, 6/160.

<sup>125</sup> Ahzâb, 33/30 (Buradaki ceza uhrevîdir).

şahitler dört kişiye ulaşmamışsa, bunlara iftira (kazf) cezası uygulanmasına<sup>126</sup> rağmen, özel konumundan dolayı kocaya şahitler sayısınınca yemin teklif edilmesi (*mülâ'ane/ liân*);<sup>127</sup> boşama hakkını elinde tutan kocanın<sup>128</sup> boşama karşılığında bir bedel alması yasak olmasına<sup>129</sup> rağmen, zayıf olan kadının hakkını gözetmek amacıyla, boşanmayı kabul etmeyen kocaya bir bedel teklif etmesine izin verilmesi (*muhâle'a / hul*)<sup>130</sup> Şâri'in özel konumlara itibar ettiğini gösterir. Bu hükümler de, söz konusu özel durumların toplumdaki yaygınlığı ve devamlılığı sebebiyle, daimi yürürlüğü olan *azimet* hükümleri şeklinde konulmuştur.

Diğer yandan, Hz. Ömer'in haram aylarda veya Harem'de işlenen cinayetlere ve ihramlının öldürülmesine karşılık cezaı ağırlaştırması,<sup>131</sup> adalet sıfatını taşıyan herkesin şahitliği geçerli iken, yakınların ve hakimın şahitliğinin caiz görülmemesi,<sup>132</sup> yine hakimın atının kuyruğunu kesen kimseye sıradan birinin atının kuyruğunu kesenden daha fazla tazminat ödetilmesi<sup>133</sup> de sahabenin ve müçtehitlerin özel konum sebebiyle başvurdukları istihsan örnekleridir.<sup>134</sup>

**9- Zerâyi':** *Zerâyi'* sözcük olarak *vesile, vasıta olmak* demektir.<sup>135</sup> İstilahta ise -mutlak olarak- hem maslahata hem de mefsemete vesile olan unsurlar için kullanılır.<sup>136</sup> Ancak litera-

<sup>126</sup> Nûr, 24/4.

<sup>127</sup> Nûr, 24/6-9.

<sup>128</sup> Bkz. AHK. md.102.

<sup>129</sup> Bakara, 2/229.

<sup>130</sup> Bakara, 2/229; Serahsî, *Mebûsât*, VI, 171-196; Haskefi, *Dürr*, III, 482 vd.; Hamevî, *İstihsân*, s.130.

<sup>131</sup> Hz. Ömer bu ağır suçlarda bir tam diyetle üçte bir ilavesiyle ödeme yapılmasına hükmetmiş; ancak Ebû Hanife ve Mâlik genel kuralı işleterek sadece tam diyet verilmesi gerektiğini savunmuştur. Bkz. Koçak, Muhsin, *Hz. Ömer ve Fıkhu*, (Öğretim Görevliliği Tezi), Samsun, 1982, s.159.

<sup>132</sup> Mevsîlî, *a.g.e.*, II, 158.

<sup>133</sup> Şâtîbî, *İ'tisâm*, II, 394-395.

<sup>134</sup> Ayrıca bkz. Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, 1250H, ts., VI, 268. Krş. İbn Âşûr, *a.g.e.*, s.444.

<sup>135</sup> İbn Manzûr, *a.g.e.*, VIII, 96; Âsım Efendi, *a.g.e.*, III, 242.

<sup>136</sup> Sedd-i zerâyi tanım ve gerekçeleri hk. bkz. Burhânî, Muhammed Hişâm, *Seddü'z-Zerâi' fi Şerâti'l-İslâmiyye*, el-Matbaatü'l-İslâmiyye, Dımeşk, 1995, s.45 vd.; Şahin, Osman, "İslam Hukuk Metodolojisinde Zerâyi ve Uygulama-

türde daha çok mefsedetlere yol açan vesileleri engellemek anlamında *sedd-i zerâyi'* ifadesi şöhret bulmuştur. Bununla birlikte, maslahata götüren vesileler varsa onların talep edilmesi anlamında *feth-i zerâyi'* terimi de kullanılmaktadır.<sup>137</sup>

Buna göre *hükümler mevcut halleriyle uygulandığında* mefsedete vesile oluyor ve bunu gidermek için genel kuraldan istisnâya gitmek ya da kuralın yürütmesini durdurmak gerekiyorsa, istihsana konu olur. Bunlar da bazen kendi seviyesinde bir maksat ve maslahatın, bazen de daha üst ilke ve kuralların çiğnenmesi veya kaybolması şeklinde görülür. Oysa Şâri', hem koyduğu hükümlerin bizzat kendilerini, hem de bağlı oldukları daha üst ilkeleri korumayı amaç edinmiştir.<sup>138</sup> Bu yüzden, hükümlerini koyarken sonuçlarını da dikkate almıştır (itibâru'l-meâl).<sup>139</sup>

Örneğin Şâri' namazın edası konusunda esas kural olarak her hâlükârda şart ve rükünleriyle tam olarak edasını istemiştir.<sup>140</sup> Zira namaz zarurîdir ve rükünler de onu tamamlayan unsurlardır. Fakat, hastalık durumunda namazın tam olarak edası meşakkat doğuracağı için, namazın terk edilmesi, yani bu önemli maslahatın kaybolması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, asıl maslahatın (namaz) korunması, başka bir deyişle mefsedetin önlenmesi amacıyla, *kolaylığa* gidilmiş ve hastanın gücü yettiği şekilde namaz kılmasına *ruhsat* verilmiştir (feth-i zerâyi).<sup>141</sup> Aynı şekilde müçtehitler de, namazı korumak için, eti yenen hayvanların dışkılarının elbiseye bulaşan dörtte bir oranına kadarını *mazur* görmüşlerdir.<sup>142</sup>

Diğer istihsan uygulamalarında olduğu gibi, zerâyi' sebebiyle uygulanan istihsanda da maksatlar arasındaki öncelikler dikkate alınmıştır. Buna göre, *can emniyeti* en üst maksat olduğu için,

si", İHAD., Konya, 2006, sy:7, (209-244), s.210, 226 vd.; Topal, Şevket, *İslam Hukuk Düşüncesinde Sedd-i Zerâi*, Van, 2007, s.57-70.

<sup>137</sup> Bkz. Karafi, *Furûk*, II, 61; Burhâni, *a.g.e.*, s.57, 349.

<sup>138</sup> Krş. Bûtî, S. Ramazan, *Davâbitü'l-Maslaha*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1992, s.217 vd.

<sup>139</sup> Şâtübî, *Muvâfakât*, IV, 194, 207. Hamevî, *İstihsân*, s.58.

<sup>140</sup> Bakara, 2/238; Nisâ, 4/103.

<sup>141</sup> Zeyla'î, *a.g.e.*, II, 175.

<sup>142</sup> Mevsilî, *a.g.e.*, I, 35.

*din ve mal emniyeti* ile çatıştığında, *can emniyeti* tercih edilmektedir. Bu yüzden, sağlık sorunları olan kimselerin oruç tutmamlarına izin verilmiştir.<sup>143</sup> Yine *mal emniyeti*ni sağlamak amacıyla hırsızlığa uygulanacak ceza, ondan daha öncelikli olan *can emniyeti*ne zarar vereceği için, Hz. Ömer, kıtlık döneminde hırsızlara had cezası uygulamamıştır. Yani ilgili hüküm uygulanmayıp *askıya alınmıştır*.<sup>144</sup>

Hayatın karmaşıklığı ve sürekli değişken yapısı dikkate alındığında, istihsan gerekçelerinin burada sayılanlarla sınırlı olmayacağı açıktır. Ancak biz makale sınırlarını zorlamamak için, bu kadarıyla yetiniyoruz.

### DEĞERLENDİRME VE SONUÇ:

İstihsanın yapısı itibariyle bir yöntem olduğu daha önce tespit ve ifade edilmişti. Ancak istihsan örnekleri incelendiği zaman, onun tek bir uygulama şeklinin olmadığı görülmektedir. Zira istihsan bağlamında özel bir olaya uygulanacak çözümün, Bardakoğlu'nun da dikkat çektiği gibi, *hukukun amacı, adalet ve hakkaniyet düşüncesi ışığında, olayın kendine has şartlarına uygun düşen ve hukukun genel yapısı içerisinde yerini bulan bir çözüm olması* gerekmektedir.<sup>145</sup>

Ayrıca, sosyal olayların farklı karakteristiğe sahip olması, olayların cereyan ettiği durumların değişmesi ve gerekçelerin yapısal farklılığı gibi faktörler uygulama sürecinde etkili olmakta, bu da gerekçeler ile işlemler arasında farklı dağılımlara yol açmaktadır. Yani gerekçeler ile uygulama şekilleri arasında bire bir sebep sonuç ilişkisi yoktur. Bu yüzden örneğin, zarûreti gidermenin birden farklı uygulaması ortaya çıkarken, buna karşılık zarûret ve maslahat gibi iki farklı sebep aynı uygulamada bir araya gelebilmektedir (tedâhul).

İstihsan bağlamında ortaya konulan uygulama şekilleri çok çeşitli olmakla birlikte, öne çıkanlar şunlardır:<sup>146</sup>

<sup>143</sup> Bakara, 2/185.

<sup>144</sup> Hamevî, *İstihsân*, s.143-144.

<sup>145</sup> Bardakoğlu, "İstihsan", 339 (Vurgular bize aittir).

<sup>146</sup> Bunlardan başka, "İhtiyatla amel" hk. bkz. Bakkal, *İstihsan*, s.113-116; "İhtiyât", *MF.*, III, 100-101; Cici, Recep, *a.g.m.*, s.83; Topal, *a.g.e.*, s.50-53. "Hile-i şer'iyye" hk. bkz. Önder, *Haneft Mezhebinde İstihsan*, s.115-119. "Takyîdü'l-ibâha" ve diğerleri hk. Bkz. Erdoğan, *a.g.e.*, s.143-150.



### 1- Küllî ve cüz’î hükümlere bazı istisnâlar getirilmiştir.

İstisnâ sözlükte *bir şeyin bir kısmını diğer kısmı üzerine çevirmek* anlamında olup, usulde ise “illâ” vb. edatlarla yapılan *kelimenin fertlerinden bir kısmını çıkarma* şeklinde tanımlanmıştır.<sup>147</sup> Görüldüğü üzere bu tanım tahsise göre yapılmıştır. Ancak Karafî’nin (ö.684/1285) şu tanımı, istihsanı da içine almaktadır: “*istisnâ, bizzat müstakil olmadığı ve çıkarılan kısım da söylendiği halde, sözün bir kısmını veya bazı durumlarını ya da ilgili olduğu yönlerden bir bölümünü ondan çıkarmak için söze giren şeydir.*”<sup>148</sup> Zira bu tanımda geçen “*bazı durumlar*” ve “*ilgili olduğu yönlerden bir bölümü*” kayıtları genel hükmün uygulandığı alt meseleleri ve o meseleye ait bazı durumları hükmün kapsamından çıkarmaya işaret eder niteliktedir.

Öte yandan, istisnâ yoluyla istihšana gidilen bu hükümlerin gerekçesi, çoğunlukla *toplumsal ihtiyaçlar* (*umûmî* ve *husûsî* hâcet) ve *örf-âdet* ve *umûmî belvâ* gibi insanların yaygın olarak karşısına çıkan durumlardır. Bu yüzden buradaki istisnâ daimî geçerliği olan *azîmet* hükümleridir. Dolayısıyla, zarûret olsun olmasın, herkes bu hükümlerle amel edebilir.<sup>149</sup>

**2- Bazı yasakları kaldıran ruhsatlar getirilmiştir.** *Ruhsat*, haram kılan aslî hükümler mevcut olmakla birlikte, özürden dolayı işlenmesi veya terki caiz olan şeydir.<sup>150</sup> Yani ruhsat, çeşitli özürler sebebiyle asıl hükmün *yerini alan* ve ona göre daha kolay ve hafif olan hükmü ifade eder.<sup>151</sup> Dolayısıyla, ruhsattaki asıl hükümden yeni hükme geçiş istihsan yöntemini gösterir.

<sup>147</sup> Bkz. Ensârî, Zekerîyyâ, *el-Hudûdu'l-Enika ve't-Ta'rifâtu'd-Dakika*, (Tah. Mâzin el-Mübârek), Dâru'l-Fikri'l-Muâsir, Beyrut, 1991, (65-85), s.84; “İstisnâ”, *MF*, III, (184-197), 184; Koca, *Tahsis*, s.124-126, 170-178.

<sup>148</sup> Koca, *Tahsis*, s.124-125 (Karafî, *Şerhu Tenkihu'l-Fusûl*, Kahire, 1888, s.238'den).

<sup>149</sup> Baktır, *a.g.e.*, s.205, 206; Çalış, *a.g.e.*, s.145.

<sup>150</sup> Hâdimî, *a.g.e.*, s.264; Ebû Ceyb, *a.g.e.*, s.146; Cebbûrî, Huseyn Halef, *Ahkâmu'r-Ruhas fi's-Şerîati'l-İslamiyye*, Mekke, 1988, s.12; Baktır, *a.g.e.*, s.196, 204.

<sup>151</sup> Ensârî, *Hudûd*, s.70; İbn Halulu, Ahmed b. Abdirrahman, *ez-Ziyâu'l-Lâmi' Şerhu Cem'i'l-Cevâmi' fi Usûli'l-Fıkh*, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad, 1999, I, 246, 251; Çalış, *a.g.e.*, s.72.

Şâri' mükelleflere gücünün üzerinde sorumluluk yüklemiştir.<sup>152</sup> Bu yüzden zarûret ve meşakkat gibi hallerde mükelleflere, kalpleri tatmin edici, iç huzurunu sağlayıcı asıl hükümden daha hafif bir çözüm getirmiştir.<sup>153</sup> Bu kolaylıklar da genellikle emir ve yasağın *düşmesi* (iskât), *hafifletilmesi* (tahfif) ya da *ertelenmesi* (te'hîr) şeklindedir.<sup>154</sup> Sözgelimi, kurban<sup>155</sup> ve bayram namazının yolcunun üzerinden düşmesi<sup>156</sup> *emrin düşmesine*; ıztırrar halindeki kimsenin haram şeyleri yeme-içmesine izin verilmesi *yasağın düşmesine*; hastanın namazı kolayına geldiği gibi kılması *hafifletmeye*, yolcunun orucunu kazaya bırakması *ertelemeye* örnektir. Dikkat edilirse, bu üç çeşit ruhsatta –istisnâda olduğu gibi- cüz'î hükümlerden bazı durumlar çıkarılmış, ama yerine yeni bir hüküm konulmamıştır.

**3- Yeni bir hüküm ihdâsı cihetine gidilmiştir.** Şayet istihsan yoluyla getirilen istisnâ ve ruhsatlar yeterli veya uygun değilse, konu, hukukun bütünlüğü içerisinde yerini bulan yeni bir hüküm ihdâs edilerek çözüme cihetine gidilir. Yani istisnâ ve ruhsatlardan sadece yasak kaldırılırken, burada farklı olarak, yeni bir hüküm ortaya konulur.

Yukarıda dile getirilen *tebdil ruhsatı* yeni hüküm ihdâsı kapsamına girer. Bu konuda, abdest düşürülmeden ya da rükünlerinde hafifletilmeye gidilmeden, onun yerine teyemmümün getirilmesi; yolcu ile hayatı boyunca hizmetle sorumlu olan kadın ve kölelerin Cuma namazı yerine öğle namazıyla sorumlu olmaları;<sup>157</sup> oruç tutamayacak derecede yaşlı (piri fânî) ya da tedavi edilemeyecek şekilde hasta olan kimsenin fidye ödemesi<sup>158</sup> Şâri' tarafından alternatif olarak getirilen hükümlerdir.

<sup>152</sup> Bakara, 2/286.

<sup>153</sup> Erdoğan, *a.g.e.*, s.64 (Dihlevî, *Huccetu'llâhi'l-Bâliğa*, Beyrut, ts., I, 180).

<sup>154</sup> Ruhsat çeşitleri hk. bkz. Cebbûri, *a.g.e.*, s.27 vd.; Cum'a, *a.g.e.*, s.163-166.

<sup>155</sup> Mevsilî, *a.g.e.*, V, 16.

<sup>156</sup> İbn Nüceym, *Eşbâh*, s.84. Ancak ramazan boyunca baygın ya da komada kalan kimsenin üzerinden orucun düşmesi, yine kolaylık gereği ruhsata konu olmakla birlikte, buradaki iskat o kişinin orucun sebebi olan Ramazan hilalini (Bakara, 2/185) görmemiş olmasından, bir başka deyişle mükellef olmamasından ileri gelmektedir. Mevsilî, *a.g.e.*, I, 135.

<sup>157</sup> Mevsilî, *a.g.e.*, I, 81-83.

<sup>158</sup> Mevsilî, *a.g.e.*, I, 135.

Aynı şekilde, Hz. Ömer'in içki cezasını 80 sopya çıkarması,<sup>159</sup> sanatkarlara tazmin sorumluluğu getirmesi;<sup>160</sup> âkilenin diyet sorumluluğunu divan ehline yüklemesi;<sup>161</sup> ana-baba bir kardeşi ana bir kardeşin hissesine katması sahabenin; finans sıkıntısını gidermek için ihdâs edilen *bey bi'l-vefâ*, *bey bi'l-istiğlâl*, *müsteâr rehin* akitlerinin cevazı müçtehitlerin istihsan kapsamındaki çözüm şekillerindedir.<sup>162</sup>

Yine Mâlikîler'in zanaat sahiplerine dâhil olmadıkları halde, hamal, gemici, hamam sahibi gibi ücretli olarak iş yapan diğer iş kollarındaki kişileri (ecîr-i müşterek) de, maslahat sebebiyle, müşterilerinin mallarında doğacak zararı tazminle sorumlu tutmaları<sup>163</sup> da yeni bir hüküm ihdâsının örneğidir.

Burada belirtelim ki, istihsan bağlamında ihdas edilen hükümlerin dâimî ya da geçici olması istihsanın gerekçesine bağlıdır. Yani gerekçe geçici bir mazeret ise -ki finans darlığıyla getirilen çözümler böyledir- ruhsatlar da geçicidir. Yani ruhsatın genel olması ruhsatı dâimî yapmaz.<sup>164</sup> Diğer yandan mazeret dâimî ise -ki aile kurumuyla ilgili konulan mülâ'ane ve muhâle'a böyledir- hüküm de dâimî olarak geçerlidir.

İstisnâ ile ihdâsın farkına değinecek olursak, istihsan uygulamaları dikkatle incelendiğinde istisnâ yönteminde, genellikle yasak getiren *küllî hükümlerden* bazı cüz'î hükümlerin (mesele) veya bazı durumların; bazen de *cüz'î hükümlerden* bazı durumların çıkarıldığı; ancak, *yerine başka bir hükmün konulmadığı* görülür. Nitekim *selem*, *karz*, *arâyâ* akitlerinin<sup>165</sup>

<sup>159</sup> Ebû Dâvud, *Hudûd*, 36; Erdoğan, *a.g.e.*, s.116. İbn Kudâme'ye (ö.620/1223) göre içki cezasında daha sonraki hukukçular *ittifak* etmişlerdir. Ayrıca içki cezası konusunda sadece *nebizin* (şıra) bu gruba girip girmediği, yani alkol olup olmadığı tartışılmış, girdiğine karar verenler aynı cezaya hükmetmişlerdir. İbn Kudâme, *a.g.e.*, X, 323.

<sup>160</sup> Bkz. Bütî, *a.g.e.*, s.356; Hamevî, *İstihân*, s.143, 165; Erdoğan, *a.g.e.*, s.171.

<sup>161</sup> Serahsî, *Mebisüt*, XXVII, 126; Koçak, *a.g.e.*, s.165; Beşer, Faruk, *İslâm'da Sosyal Güvenlik*, Ankara, 1992, s.131-146.

<sup>162</sup> Geniş bilgi için bkz. Erdoğan, *a.g.e.*, s.216-218; Abdüllatif, Muhammed Mahrûs, *Meşâyihu Belh mine'l-Hanefiyyeti...*, Bağdad, 1977, II, 809-814.

<sup>163</sup> Şâtibî, *İtisâm*, II, 394.

<sup>164</sup> İbn Âşûr, *a.g.e.*, s.381-382.

<sup>165</sup> Detaylar için bkz. Yavuz, *a.g.m.*, s.88-90.

küllî hükümlerden; *bilgisizlik*, *unutma* ve *ehliyet noksanlığı*<sup>166</sup> gibi durumların da cüz'î hükümlerden çıkarılması böyledir. Yani bu meselelerde yeni bir hüküm verilmemiş, sadece teâmülde olan işlemler yasaktan izne (cevaz) dönüşmüştür. Ne var ki, yine ana ilke ve kurallarda gözetilen maksatların korunması amacıyla, bu izne bir takım ilave şartlar getirilmişse de, bunlar o hükümlerin mahiyetini değiştirecek yani onları yeni bir hükme dönüştürecek yapıda değildir. Nitekim Şâri'in taraflar arasında çıkabilecek tartışmayı (münâza'a) baştan önlemek için, seleme koşulan şartlar, onun yapısını değiştirmemiş ve yeni bir hükme dönüştürmemiştir.<sup>167</sup>

**4- Kıyaslar arasında ya da mezhep içi veya dışı farklı içtihadî görüşler arasında tercih yapılmıştır.** Tercih, usulcülerin literatüründe, *bir şeyi -bir meziyetinden dolayı- dengi olan başka bir şeye üstün tutmak* demektir.<sup>168</sup> Görebildiğimiz kadarıyla istihsan sebebiyle üç çeşit tercih yapılmıştır.

*Birincisi*, delillerin çatışması durumunda, ilmi sebeplerle, bu delillerden birini seçmektir. Meselâ Ebû Hanîfe'nin unutarak yiyip içen kimse hakkında, -genel kurala<sup>169</sup> aykırı olarak- orucunun bozulmaması yönündeki tercihi, delile dayanan tercihe örnektir.<sup>170</sup> Bunu da “*bu konuda rivayet*<sup>171</sup> *olmasaydı kı-*

<sup>166</sup> Geniş bilgi için bkz. Zuhaylî, *Darûra*, s.106-122, 139-142.

<sup>167</sup> Bu şartlar; 1) Malın cinsinin, 2) varsa alt çeşidinin (nev'), 3) Sıfatının belirli olması. 4) Miktarın ölçü, tartı veya sayı ile belirlenmesi gerekir. 5) Bedellerde fazlalık ribasının iki illetinden (cins ve miktar) birisinin olmaması. 6) Selem konusu malın ta'yin ile muayyen hale gelen mallardan olması. 7) Malın vereşiye olması. 8) Malın cinsinin akıt tarihinden vade tarihine kadar tür ve özellikleriyle çarşılarda mevcut olması. 9) Selem akdinin kesin olması. 10) Malın tesliminde külfet ve masraf söz konusu ise ifa yerinin belirlenmesi. 11) Malın, nitelikleri belirlenebilen cinsten olmasıdır. (Bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, IV, 596 vd.).

<sup>168</sup> Bkz. Bâbertî, *a.g.e.*, II, 732; İsnevî, *a.g.e.*, III, 156; Berzencî, Abdullatif Abdullah Aziz, *et-Teâruz ve't-Tercih beyne'l-Edilleti's-Şer'iyye*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1993, I, 79; “Teâruz”, MF., XII, (184-197), 185. Tercih yöntemi hk. geniş bilgi için bkz. İbn Cüzey, Ebu'l-Kasım Muhammed b. Ahmed, *Takrîbu'l-Vusûl ilâ İlmi'l-Usûl*, Dâru'n-Nefâis, Ürdün, 2002, s.152 vd.; Şahin, *İslam Hukukunda Fetva Usulü*, (Doktora Tezi), Samsun, 2002, s.137-153.

<sup>169</sup> Yani Bakara, 2/183-184 ayetlerinin imsak hükmü uygulandığı takdirde, orucun bozulması gerektiği hükmüne.

<sup>170</sup> Fukahanın Cumhuru ilgili hadise ittibaen unutmak orucu bozmaz derken, Rebîa ve Mâlik genel kuralı işleterek *kasten olduğunda orucu bozan şeyler*

*yasa göre hüküm verirdim*<sup>172</sup> sözüyle açıklamıştır.<sup>173</sup> Yani Ebû Hanîfe “istihsan” bağlamında, konum olarak daha güçlü olan *ayete* rağmen, bir *hadisi* delil aldığı için o sözüyle, hadisin de itibar edilebilecek derecede güçlü/sabit olduğunu vurgulamıştır. Zira deliller arasındaki çatışmaları (teâruz) giderecek kural, daha güçlü görülen delili almak (tercih),<sup>174</sup> zayıf görüleni terk etmektir.<sup>175</sup>

*İkincisi* mezhep içinde yerleşik kuralı terk ederek yine aynı mezhep içinde diğer görüşlerden birini veya mezhep dışındaki bir görüşü<sup>176</sup> ya da zayıf bir görüşü tercih etmektir. İşte herhangi bir mezhep içinde asıl kabul edilen bir görüş uygulanmaya devam ederken, yukarıda sayılan istihsanın manevî gerekeçlerinden biri sebebiyle istihsan yöntemine başvurmak gerekiyorsa, öncelikle mezhep içi ihtilafı görüşler arasında çözümlenebilecek bir görüş aranır. Şayet mezhep imamlarının/müçtehitlerin görüşleri arasında tercihe şayan bir görüş varsa o tercih edilir. Aksi halde diğer mezhep imamlarının görüşlerine müracaat edilir. Sözgelimi Hanefî mezhebindeki zahir rivayete göre, malı olmayan kadının kefeninin hazine (beytü'l-mal) tarafından karşılanacağı hususunda ihtilaf yoktur. Ancak Halef b. Eyyub'un rivayetine göre Ebû Yusuf (ö.182/798), kefen ücretini kadının hayatta iken kocası üzerindeki giyecek borcuna benzeterek kocanın karşılaması gerektiğini savunmuştur. Ebu'l-Leys es-Semerkandî (ö.373/898) teâmülden do-

---

*unutarak olduğunda da bozar* demıştır. Bkz. İbn Kudâme, *a.g.e.*, III, 36; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî*, II, 658 vd.

<sup>171</sup> Hadisler için bkz. Zeyla'î, *Nasbu'r-râye*, II, 445-446.

<sup>172</sup> Şeybânî, *el-Hucce alâ ehli'l-Medîne*, (Nşr. Mehdi Hasan el-Keylânî), Âlemü'l-Kütüb, Beyrut, ts., I, 392; Sem'ânî, *a.g.e.*, IV, 517; Öner, *a.g.e.*, s.50.

<sup>173</sup> Farklı bir yorum için bkz. Cassâs, *a.g.e.*, IV, 242; Özen, *a.g.m.*, s.42.

<sup>174</sup> Nitekim Ebû Hanîfe Kur'an'a ziyade yaptığından öşür nisabını beş vask/35 kile olarak belirleyen hadisi (Bkz. Zela'î, *a.g.e.*, II, 384 vd.) almamıştır. Ancak hadis sahih olduğundan terk etmemiş, onun zekat için söz konusu olacağını savunmuştur. Bkz. Mevsilî, *a.g.e.*, I, 113; Ebû Hanîfe'nin deliller arasındaki tercih kuralları hk. bkz. Ünal, İ. Hakkı, *İmam Ebû Hanîfe'nin Hadis Anlayışı ve Hanefî Mezhebinin Hadis Metodu*, Ankara, 1994, s.83-122, 135 vd.

<sup>175</sup> Geniş bilgi için bkz. bkz. Berzencî, *a.g.e.*, I, 153 vd.; Atar, *Usûl*, s.251 vd.

<sup>176</sup> Hanefî mezhebindeki esas kural gereği Osmanlı Devletinde Şeyhülislamlar da dahil olmak üzere müftüler, doğrudan Hanefî kaynaklardan nakil yapmak zorunda idiler. Şahin, *a.g.e.*, s.144.

layı Ebû Yusuf'un görüşünü tercih etmiştir.<sup>177</sup> Yine menkul malların vakfedilme yasağına karşı, teâmülün de ötesinde<sup>178</sup> iktisâdî zarûret olduğu için,<sup>179</sup> Osmanlı döneminde İmam Züfer'in (ö.158/775) görüşü<sup>180</sup> tercih edilerek para vakıflarına cevaz verilmiştir.<sup>181</sup>

Mezhep dışı görüş tercihinin gelince, örneğin yine Semerkandî'nin, maslahat gerekçesiyle yaptığı tercih böyledir. Ona göre babalarına mirasçı olan iki kardeşten biri, terekeden başka birinin alacağı olduğunu ikrar ederse, kıyasa göre hareket eden Hanefî İmamlara göre, alacak o varisin bütün hissesini kaplasa bile, alacaklıya hissesinin tamamını vermek zordur. Oysa Hasan Basrî (ö.110/728), Mâlik ve Şâfiî (ö.204/819) gibi bazılarının göre ise bu varis hissesi oranında sorumludur. Bu yüzden Semerkandî varisleri zarardan koruyarak onların *maslahatlarını* temin ettiği için ikinci görüşü tercih etmiştir.<sup>182</sup>

Görüşler arasında tercihte bulunurken; (1) delili en güçlü olan ve/veya (2) halkın maslahatına en uygun ve mutedil olan ve/veya (3) Şâri'nin maksatlarını gerçekleştirmeye en uygun olan seçilmeye çalışılır.<sup>183</sup> Ancak zaruret oluşmadıkça, mezhepte zayıf, mercûh, şâz ve metrûk kabul edilen görüşlerin tercihinin müsaade edilmemiştir.<sup>184</sup> Mevcut görüşlerden hiçbirini çare olmuyorsa, o zaman mezhepte yeni bir rey veya içtihadı gidilir.

<sup>177</sup> Kaya, *a.g.e.*, s.250-251 (Semerkandî, *Nevâzil*, vr.333/a'dan naklen).

<sup>178</sup> Kural olarak vakfın konusu ebedî olduğu için, menkul malların vakfi caiz değildir. Ancak İmam Muhammed teâmül olması halinde cevazına fetva vermiştir. Bkz. Haddâdî, *a.g.e.*, I, 433; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, ts., V, 218; Şa'ban, *a.g.e.*, s.178.

<sup>179</sup> İbn Âşûr'a göre ise İslam hukukunda malın/paranın tedavülde olması asıldır, para tedavülden çekildiği durumlarda ise *zaruret* oluşur. (Bkz. İbn Âşûr, *a.g.e.*, s.455 vd.).

<sup>180</sup> İbn Nüceym, *Bahr*, VI, 229; Bilmen, *a.g.e.*, V, 47.

<sup>181</sup> Ebu's-Su'ûd'un fetvası hk. bkz. Haskefi, *Dürr*, IV, 561.

<sup>182</sup> Kaya, *a.g.e.*, s.253 (Semerkandî, *Nevâzil*, vr.236/b'den naklen). Başka örnekler için bkz. Erdoğan, *a.g.e.*, s.149-150.

<sup>183</sup> Şahin, *a.g.e.*, s.138.

<sup>184</sup> Detaylar için bkz. Şahin, *a.g.e.*, s.137-153.

Üçüncüsü ise açık kıyas ile kapalı kıyas arasında güçlü olan yönde yapılan tercih olup, usulde geçiş/*udûl* olarak da ifade edilir. Bu konuda istihsan çeşitleri başlığı altında yeterince bilgi verildiği için detaya girmiyoruz. Ancak şu kadarını belirtelim ki, tercihin bu kısmı, bütün zihinsel gayretler sarf edilerek kıyasın illetinin tespiti için yapılır. İletler konusunda bütün ihtimallerin ortaya dökülerek, ister açık olsun isterse gizli olsun, etkisi en güçlü olanın tespit edilmesi adalet ve hakkaniyet bakımından doğru olmalıdır. Bununla beraber bazı örneklerde, gizli kıyasın tercihinin destekleyen örf, maslahat, zarûret gibi gerekeçler de olabilir.<sup>185</sup>

**6- Bazı hükümler askıya alınmıştır (ikâfu't-tenfiz).** Korumuz bağlamında bir hükmü askıya alma, prensip olarak esas hükmün yürürlüğünü onaylamakla beraber, meşrû gerekeçlere istinaden o hükmün bir süreliğine ya da bazı özel olaylara uygulanmaması şeklinde tanımlanabilir. Ancak, o hükmün yerine yeni bir hüküm de ihdâs edilmez.

Hz. Peygamber başta olmak üzere, sahabe ve sonraki müçtehitler meşrû gerekeçlerle bazı genel hükümleri askıya almışlardır. Kanaatimizce Hz. Peygamber'in, kendisinden Kur'an dışında bir şey (hadis) yazımını,<sup>186</sup> kabir ziyaretini,<sup>187</sup> kurban etlerinin saklanması<sup>188</sup> bir süreliğine yasaklaması, esasen meşrû olan bu hükümlerin çeşitli gerekeçlerle (esbâb-ı mûcibe) askıya alınmasından (ikâfu't-tenfiz) ibarettir.<sup>189</sup>

Yine Hz. Ömer'in kıtlık döneminde hırsıza had cezasını uygulamaması<sup>190</sup> ve İslâmiyet'e göre her türlü tekelci müdahalelerin önlenildiği bir ortamda tarafların rızasına dayanan<sup>191</sup> ser-

<sup>185</sup> Detay ve örnekler için bkz. Bakkal, *a.g.m.*, 288-299.

<sup>186</sup> Bkz. Müslim, *Zühd*, 72.

<sup>187</sup> Bkz. Müslim, *Cenâiz*, 106, *Edâhi*, 37; Ebû Dâvud, *Cenâiz* 77, *Eşribe*, 7; Tirmizî, *Cenâiz*, 7; Nesaî, *Cenâiz*, 100; İbn Mâce, *Cenâiz*, 47; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 147, 452, III, 38, 63, 237, 250, V, 35, 355, 357.

<sup>188</sup> Bkz. Buhârî, *Megâzi*, 12; *Fedâilu'l-Kur'an*, 13; Müslim, *Edâhi*, 28-29.

<sup>189</sup> Nesh ile ilgisi hk. bkz. Zuhaylî, *Usûl*, II, 967.

<sup>190</sup> Bkz. Şirâzî, *el-Mühezzeb*, Dâru'l-Fikr Beyrut, ts., II, 282; Hamevî, *İstihsân*, s.144-145.

<sup>191</sup> Erdoğan, *a.g.e.*, s.165. Bu sebeple Hz. Peygamber fiyat belirlemekten (narh) kaçınmıştır. (Tirmizî, *Buyû*, 73; İbn Mâce, *Ticaret*, 27). İbn Kayyım Hz. Pey-

best fiyat sistemi, onun döneminde halkın zarar görmesine yol açtığı için, narh uygulamasını getirmesi<sup>192</sup> de meşrû gerekçelerle hükmü askıya almaktan ibarettir.

Aynı şekilde Hâşimoğulları'na zekat verilmesini tecvîz etmek de yasak hükmün yürürlüğünü askıya almak demektir. Şöyle ki: Haşimoğulları'na zekât vermenin caiz olmadığı nas ile sabit genel bir hükümdür. İbn Kudâme'ye göre bu konuda ihtilaf yoktur.<sup>193</sup> Zira Hz. Peygamber “*Zekât, Muhammed'e ve Muhammed'in ailesine helâl değildir.*”<sup>194</sup> hadisiyle bunu yasaklamıştır. Zira onların maslahatları, “*Yirmi beşte birde onlara (Hâşimoğulları'na) yetecek ve başkalarına muhtaç etmeyecek bir hak vermiştir.*”<sup>195</sup> hadisi gereği zaten hazineden (beytü'l-mâl) aldıkları özel pay ile karşılanmaktadır. Ancak Ebû Hanife, kendi zamanında Haşimoğulları hazine paylarından mahrum bırakıldıkları için, bu yasağın uygulanması halinde, onların maslahatlarının yok olacağını görmüş ve onların maslahatlarını korumak için, *istihsana* giderek zekat almalarına cevaz vermiştir.<sup>196</sup> Mâlikîler ve bazı Şafîiler de mahrumiyet zamanlarında onlara zekat verilebileceğine dair fetva vermişlerdir.<sup>197</sup> İşte bu cevaz, zekat verme yasağını askıya almak demektir.

Burada yürütmeyi askıya almanın neshten farkına da dikkat çekmek istiyoruz. Zira *nesh* –yerine bir hüküm konulsun ya da konulmasın- bir hükmü –geçici olarak değil- tümünden yü-

---

gamber'in zamanında narh koymayı gerektiren bir durum olsaydı, onun da narh koyacağını iler sürmüştür. (Medkûr, M. Sellâm, *İslam Hukuk Başlangıcı*, (Çev. Ruhi Özcan), Nun Yay., İstanbul, 1995, s.188).

<sup>192</sup> Muvatta', *Buyû*, 64. Râşit Halifelerden sonraki dönemde Tâbiûn'un bir kısmı narh ile ilgili hadislerin açık anlamına dayanarak, satıcıya haksızlık olur korkusuyla piyasa fiyatlarına müdahaleyi uygun bulmamışlar, ancak ahlâkın bozulması, fiyatların yapay olarak yükselmeye başlaması ve toplumun bundan zarar görmesi üzerine, Saîd b. el-Müseyyeb, Rabia b. Abdurrahman, Yahya b. Saîd el-Ensârî'nin aralarında bulunduğu bazı Tâbiûn da narh koymayı caiz görmüşlerdir. Bâcî, *el-Müntekâ Şerhu'l-Muvatta*, Mısır, 1331, V, 18. Geniş bilgi için bkz. Döndüren, Hamdi, “Narh”, *Şâmil İA.*, VI, 172-176.

<sup>193</sup> İbn Kudâme, *a.g.e.*, II, 517.

<sup>194</sup> Müslim, *Zekât*, 168.

<sup>195</sup> Nesâî, *Fey'*, 15, Zeyla'î, *Nasbu'r-Râye*, II, 404.

<sup>196</sup> İbnü'l-Hümâm, *a.g.e.*, II, 211; Mevsilî, *a.g.e.*, I, 121; Hamevî, *İstihsân*, s.38; Haçkalı, *a.g.m.*, s.287.

<sup>197</sup> Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, II, 884.



rürlükten kaldırmaktır.<sup>198</sup> Yürütmeyi askıya alma ise gerekçe ortadan kalkıncaya kadar geçici olarak hükmü uygulamamaktır. Bu sebeple yukarıdaki bazı örneklerde gerekçe ortadan kalktığı için, esas hükme geri dönülmüştür.

**7- Mefsedetlere yol açan vesileleri yasaklayan (sedd-i zerâyi) veya maslahatı temin eden hükümler (feth-i zerâyi) getirilmiştir.** Malumdur ki, avret mahalline bakmak haramdır.<sup>199</sup> Ancak hastalığın teşhis ve tedavisinin gerektirdiği durumlarda bu hüküm uygulanırsa, Şâri'in gözettiği *canı muhafaza* zarûri maslahatının kaybolmasına (büyük mefset) yol açar. Halbuki canı muhafaza, avrete bakmama hükmünden daha önemli ve ondan daha üst seviyede olduğu için önceliklidir. Bu yüzden *istihsan* yöntemiyle istisnâya gidilerek bu gibi durumlarda *gerektiği kadar* bakmaya *ruhsat* verilmiştir (feth-i zerâyi).<sup>200</sup>

Öte yandan yolculuk da, yol açtığı meşakkatten dolayı bazı *kolaylıklara* sebep olmuştur. Ancak bazı durumlarda yolculuk, sağlayacağı maslahata karşılık, daha üst maksatlar olan *cana* ve *ırza* zarar gelmesine de yol açabilir. Bu durumda daha üst amaçları korumak için, ya yolculuğa *engel olunur* (sedd-i zerâyi) ya da *daha fazla tedbirlerin* alınması şart koşulur. Nitekim bu yüzden erkeğin tek başına yolculuk yapmasına müsaade edilmemiş, kadına da topluluk halinde yolculuk yapsa bile, yanına ayrıca bir mahrem alma yükü getirilmiştir.<sup>201</sup> Yani bu iki özel durum, *ırz ve can güvenliği* gibi daha üst bir maksadın kaybolmasına yol açma oranının yüksekliliği sebebiyle, yolculuk halinin kolaylığa yol açması kuralı kapsamında çıkarılmıştır (sedd-i zerâyi).<sup>202</sup>

İster yasaklamak (sedd), ister izin vermek (feth) şeklinde olsun, bu iki metodun bütün uygulamaları *istihsan* değildir.

<sup>198</sup> Geniş bilgi için bkz. Koca, "Nesih (Fıkıh)", *DİA.*, XXXII, 582-586; "Nesh", *MF.*, XL, 256-259; Has, Şükrü Selim, "Klasik Fıkıh Usûlünde Neshin Mahiyeti", *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sy: 21, yıl: 2006/2, s.543-564.

<sup>199</sup> Nûr, 24/30-31; Ahzâb, 33/59. Hadisler için bkz. Zeylaî, *a.g.e.*, IV, 239 vd.

<sup>200</sup> Bkz. Hamevi, *İstihsan*, s.59.

<sup>201</sup> Bkz. Beşer, Faruk, "Seferilik Açısından Kadınlar", *Seferilik ve Hükümleri*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1997, 337-340.

<sup>202</sup> Zerâyi' sebebiyle yapılan *istihsan* örnekleri için bkz. Burhâni, *a.g.e.*, 399 vd.

Zira maslahat veya mefsedete vesile olan şeyler genellikle bir *nesne* veya *olay*<sup>203</sup> bazen de bir *hükümün uygulanması* olabilir. İstihsan ise hükümler hakkında cerayan eder. Ne zaman ki, vesile bir hükümün uygulanması ise ve bu da yerleşik bir kuraldan vazgeçmeyi gerektiriyorsa, o zaman istihsandan söz edilir. Bunu içki örneğinde daha açık bir şekilde görmek mümkündür. Normal şartlar altında içki yasağının konusu, aklın kaybolmasına (mefsedet) vesile olduğu için, içkinin kendisi (nesne)dir. Ancak ıztırar halinde içkiden başka hayat kurtaracak bir çözüm yoksa, bu durumda ölüme (mefsedet) vesile olacak şey artık söz konusu *yasak hükümdür*. İşte ikinci durumda mefsedet bir kuralın uygulanmasından kaynaklandığı için, istihsan söz konusu olmuştur. Bu nokta istihsanla zerâyi'in kesiştiği noktadır.

Netice olarak, uygulama şekillerinden de anlaşıldığı üzere, istihsan aslında tek başına uygulanan bir yöntem olmayıp, uygulaması bağlamında *istisnâ*, *ruhsat verme*, *ihdâs*, *tercih* gibi birçok *alt işlemi* barındıran bir *üst yöntem* yapısı arz etmektedir. Diğer bir deyişle istihsan şemsiye bir kavram olarak bütün bu işlemleri kapsayan ortak isimdir. Bu uygulamaların hepsini istihsan başlığı altında toplayan unsur ise her birinde, bir şekilde, benzerlerine uygulanan hükümden ayrılmayı gerektirecek farklı durumların bulunmasıdır.

Bu uygulama çeşitliliği göstermektedir ki, istihsan yoluyla gerçekleşen çözüm, sadece istisnâdan ibaret olmayıp, aksine hukukun bütünlüğü içerisinde yerini bulan farklılıklara sahiptir.<sup>204</sup> Ne var ki, bu çözümler, daima kolaylaştırıcı ve hafifleştirici yönde değildir. Bunlar arasında ağırlaştırılmış çözümlere de rast gelinmektedir.<sup>205</sup>

Diğer yandan, istihsanla getirilen çözümler, gerekçelerin karakteristiğine bağlı olarak geçici veya devamlı olur. Şayet istihsan gerekçeleri genel ihtiyaca dayanıyor, yaygınlık ve devamlılık arz ediyorsa hüküm de daimî olan azimet hükmü şek-

<sup>203</sup> Zerâyi için bkz. Şahin, "Zerâyi", s.211; Topal, *a.g.e.*, s.23 vd.

<sup>204</sup> Bardakoğlu, "İstihsan", XXIII, 339.

<sup>205</sup> Nitekim içki cezasının artırılması, sanatkara ve ecir-i müşteriye tazmin sorumluluğunun getirilmesi ağırlaştırma örnekleridir.

linde vaz edilmektedir. Fakat, mazeret geçici ise hüküm de mazeretin varlığı ile sınırlı kalmaktadır.

Son olarak istihsan, Bardakoğlu'nun haklı tespitiyle "bir yandan doktrinde iç tutarlılığın kontrol vasıtası olmakta, bir yandan da yerleşik hukuk kuralları ile realite, adalet düşüncesi ve hukuk idesi arasında köprü niteliği taşımaktadır."<sup>206</sup>

---

<sup>206</sup> Bardakoğlu, "İstihsan", XXIII, 346.