

İSTİHSAN KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

Dr. Muharrem ÖNDER

نشأة اصطلاح الاستحسان

الاستحسان يعتبر منهجا من مناهج الاستدلالات العقلية في أصول الفقه الإسلامي. قد وقعت مناقشات هامة في مفهوم هذا المصطلح و حجته و تطبيقاته في المسائل المستجدة منذ نشأة المذاهب الفقهية. يلاحظ الباحث في مسائل الاستحسان أنه يستعمل لغرض التوفيق بين النصوص و القواعد العامة و بين الواقع الجديد الذي يبحث حكمه. عندما يعمل المجتهد بأصل الاستحسان يكون قد طبق الأصول التي استهدفت الشريعة الإسلامية تحقيقها في حياة الإنسان من رفع الحرج و إزالة الضرر و تأسيس المصلحة و العدالة مكان ذلك. الاستحسان يتعلق عموما بالقواعد العامة بحيث يقوم المجتهد باستثناء حكم القضية الجديدة من القاعدة العامة مستندا إلى دليل خاص و أقوى، فيعطي للمسألة الجديدة حكما موافقا لهذا الدليل الخاص و مغايرًا لحكم القاعدة العامة. عندما يفعل المجتهد ذلك قد يكون مستنده نصا من الكتاب و السنة، كما يكون إجماعا أو عرفا أو ضرورة أو مصلحة معتبرة. الاستحسان الذي أشرنا هنا إلى مفهومه باختصار قد شغل أذهان الباحثين زمن ظهوره و نشأته في الفقه الإسلامي. نحن حاولنا في هذا البحث المتواضع أن نلقي ضوءا لإيضاح زمن ظهور استعمال مصطلح الاستحسان و تطوره. هذا البحث جزء صغير من رسالة الدكتوراة بعنوان: "مفهوم الاستحسان في المذهب الحنفي و تطبيقاته". و الله ولي التوفيق و السداد.

GİRİŞ

İslâm hukuk metodolojisiinde akli istidlâl yöntemleri arasında zikredilen "istihsan" prensibinin anlamı, delil oluşu ve uygulanması etrafında, fıkıh mezheplerinin teşekkül ettiği ilk dönemden itibaren önemli tartışmalar vukû bulmuştur.

İstihsan prensibi örnekleri incelendiğinde bunun, genel nass veya yerleşik kural ile uygulama alanının arasını uzlaştırmak için kullanıldığı görülür. Bu prensibi uygulayan müctehid, genel nass veya yerleşik kurallar ile insanların özel hal ve durumları arasında, fayda temeline dayanan uzlaştırıcı bir köprü kurmuş ve dinin, insanlar için her durum ve alanda gerçekleştirmeyi amaçladığı, zararı kaldırıp maslahatı tesis etme esasını uygulamış olmaktadır.¹

¹ Hamavî, Üsâme, *Nazariyyetü'l-İstihsan*, Dârü'l-Hayr, Beyrut, ts., s. 123.

İstihsan genel anlamda, umumî kâidelerle ilgilidir ve müctehid özel durumla alakalı daha kuvvetli başka bir delile dayanarak, onu genel kurala ait hükmün kapsamından çıkarır. Bunu yaparken müctehidin dayanağı zarûret, maslahat, örf ve icmâ olabildiği gibi Kur'an ve sünnet nasları da olabilmektedir. Bu delil Kur'an ve sünnet nasları olduğunda, esas itibariyle özel duruma istisnâi yeni hükmü veren (istihsan yapan), Şâri' olmuş ve bu istihsan, Şâri'in vazetmesi ile meşruiyet kazanmış olur.²

İşte böyle özel şartlara sahip birtakım hal ve durumlarla ilgili Şâri'in, zorluğu, meşakkati, zararı kaldırıp yerine kolaylığı, hafifliği ve maslahatı getiren başka hükmü koyma usûl ve yöntemi, genel nass veya yerleşik kurallar ile uygulama alanı arasında uygun ve doğru bir telif yapabilmeleri için müctehidlere ideal bir örnek ve rehber olmuştur. Bu konuda Mustafa Zerkâ' şu tesbiti yapmaktadır: "*Kur'an ve sünnette Şâri'in gözetdiği maslahat gereği temel kuraldan istisna şeklinde nakledilen örnekler gerçekte, Şâri'in kendisinin yaptığı istihsanlardır. Bununla, Şâri'in naslarını hayata tatbik eden ve o nasların üzerine kıyaslar yapan müctehidin örnek alması amaçlanmıştır. Müctehit Şâri'in uyguladığı bu yöntemden ilham alarak istihsandaki bulunur ve böylece O'nun gayesini ve dinin maksatlarını gerçekleştirmiş olur.*"³ Kur'an ve sünnette, genel nass veya yerleşik kurallardan, özel şart ve hallerin, meşrû birtakım gerekçelere dayanarak istisna edildiği ve uygun başka hükümler vazedildiği bir çok örnekler bulunmaktadır.⁴

Özel durumlarda güçlük ve zorluğu kaldırmak, ihtiyaç ve maslahat prensiplerine riayet etmek dinin genel maksatlarındandır. Olaylara her zaman kategorik, genellemeci ve kuralcı bir şekilde yaklaşılmamalıdır. Onları birbirinden ayırıcı özellikler mevcutsa, olayın taşıdığı özelliğe göre farklı bir hüküm vermek gerekir. Diğer bir ifadeyle, sathi bir bakışla bakıldığında genel kuralın çerçevesine girer gibi görünmesine rağmen dikkatle incelendiğinde ayırıcı özellikleri bulunan olayları genel kural çerçevesine almaya çalışmanın, yani kıyası ve kâideyi uygulamanın hatalı olacağı aşikardır. Bu gibi durumlarda doğru olanın, özelliği bulunan olayları kendi özellikleri içerisinde değerlendirmek, yani teknik ifadeyle istihsan yoluna başvurmaktır.⁵

Yukarıda kısaca mâhiyet ve amacına değindiğimiz istihsan prensibinin ne zaman ortaya çıktığı konusu araştırmacıların zihnini meşgul etmiştir. Biz bu çalışmamızda buna ışık tutmaya çalışacağız.⁶

² Hamavî, a.g.e., s. 123.

³ Zerkâ, *el-Medhalû'l-fikhiyyü'l-'âm (el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedid)*, Dimeşk 1968, I, 86.

⁴ Örnekler için bkz. Önder, Muharrem, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, (Basılmamış Doktora Tezi), Konya 2000, s. 12-15, 171-181.

⁵ Aktan, Hamza, "*Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Bir Değerlendirme*", I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, Konya, s. 211-212; Hamavî, *Nazarîyyetü'l-istihsan*, s. 140.

⁶ Bu çalışma, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması* isimli basılmamış Doktora Tezinin bir kısmından, yeni bazı ilaveler yapılarak oluşturulmuştur.

İSTİHSAN TERİMİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

İstihsan terimi, her ne kadar bir usûl kavramı olarak Irak ekolünden önce kullanılmamış ise de, mana ve içerik bakımından ilk dönemde mevcuttu ve yaygın bir şekilde uygulanmıştı.⁷ Ancak bu terimin, ilk olarak ne zamandan itibaren kullanılmaya başladığını kesin olarak tesbit etmek zordur. Bununla birlikte, konu ile ilgili ilk dönem ictihad uygulamaları ve istihsan teriminin kullanıldığı nakiller incelendiğinde bir fikir edinmek de mümkündür. Biz konuyu aydınlatabilmek için kısaca, ictihad alanında ilk olarak kullanılan terimleri ve bunların pratik örneklerini sunacağız.

A. Re'y ve Re'y İctihadı

İslâm'ın ilk dönemi olan Hz. Peygamber (s.a.s.), sahâbe ve tâbiîn nesli zamanında, istihsan kavramının da içinde yer aldığı, kullanılan hakim terim "re'y, re'y ictihadı" idi.

Re'y kelimesi sözlükte, "reâ" fiilinden türemiş bir mastar olup "görmek, görülen şeyin bizzat kendisi, itikat, zan, ilim, akıl, tedbir ve isabet" anlamlarına gelir.⁸

İbnü'l-Kayyim (ö.751/1350) Arapların re'y kelimesini özellikle: "*Hak- kında karîne ve delillerin çeliştiği bir konuda doğruyu ortaya koymak için düşünüp taşındıktan ve araştırdıktan sonra kalbin gördüğü*" yani ulaştığı sonuç anlamında kullandıklarını söyler.⁹

Usûlcüler şer'i hükümlerin doğrudan naslardan çıkarılması (istinbat) faaliyeti mukabilinde hüküm elde etme çalışmalarına bazen ictihad bazen kıyas bazen de re'y adını vermişlerdir.¹⁰ Buna göre re'y: "*Herhangi bir hükmü kendisine daha yakın ve daha benzer olan şeye benzetme ve temsil etmedir*"¹¹ diyerek onu kıyasa indirgeyen ve hakkında nass olmayan konularda ictihad etme olarak değerlendiren usûlcüler olduğu gibi,¹² sahabe ve tâbiîn uygulamalarını da dikkate alarak onu kıyas, istihsan, mesâlih-i mürsele, sedd-i zerîa gibi metodları da içeren kapsamlı bir ictihad metodu olarak gören usûlcüler de olmuştur.¹³ Re'yin kıyastan daha kapsamlı olduğunu savunan usulcülerden Şemsü'l-Eimme Muhammed es-Serahsî (ö.483/1090) "*Ey akıl sahip*

⁷ Şelebi, *Usûlü'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1986, I, 267; Ahmed Hasan, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, Islamic Research Institute, Islamabad-Pakistan 1970, s. 145.

⁸ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, Dâru Sâdir, Beyrut ts., XIV, 291 vd.; Feyyûmî, *el-Misbâhu'l-münir*, Mektebetü Lübnân, Beyrut 1987, s. 94.

⁹ İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmü'l-müvakkı'în an Rabbi'l-âlemîn*, thk. Abdurrahman el-Vekîl, Mektebetü İbn Teymiye, Kahire ts., I, 113.

¹⁰ Beşir, İdris Cum'a, *er-Re'yü ve eseruhü fi'l-fikhi'l-İslâmî*, İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, Kahire ts., s. 10.

¹¹ Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, el-Matbaatü'l-Emiriyye, Bûlak 1324, II, 255.

¹² Özen, Şükrü, *İslâm Hukuk Düşüncesinde Akılleşme Süreci* (Basılmamış Doktora Tezi) İstanbul 1995, s. 25.

¹³ Ebû Zehra, Muhammed, *Târihü'l-mezâhibi'l-İslâmiyye*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire ts., s. 244; Hallâf, Abdülvehhab, *Mesâdiru't-teşri'i'l-İslâmî fî mâ lâ nassa fih*, Dâru'l-Kalem, Kuveyt 1982, s. 8; Şelebi, Muhammed Mustafa, *el-Medhal fi't-ta'rîf bi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1985, s. 109.

leri ibret alınız"¹⁴ ayetinin yorumunda: "*İtibar; kıyas ve nassın olmadığı yerde re'y ile amel etmektir*"¹⁵ der.

Re'yin kıyastan daha kapsamlı olduğunu savunan muâsır İslâm hukukçularından Abdülvehhab Hallâf (ö.1956) re'yi: "*Şeriatın istinbat için gösterdiği yollardan biriyle, hakkında nass bulunmayan konuda doğru bir hükme varmak için akıl yürütmek ve düşünmektir*"¹⁶ diye tanımlamaktadır. Muhammed b. Ali eş-Şevkânî (ö.1250/1834) de: "*Re'y ictihadı, Kitap ve sünnetten istidlâl yoluyla olduğu gibi berâet-i asliyyeyi, eşyanın aslî mübahlık veya (diğer görüşe göre) haramlığını yahut maslahatı ya da ihtiyatı esas alma yoluyla da olur*"¹⁷ diyerek re'yin, aynı zamanda nasların te'vil ve yorumunda da kullanılabileceğine işaret etmiştir.

Re'y ictihadının, nass bulunmayan alanlarla sınırlandırılmasını doğru bulmayan araştırmacılardan Dirînî, sahabenin naslar üzerinde yaptığı yorum faaliyetlerinin re'y ictihadı kapsamına girmesi gerektiğini, Hz. Ebû Bekir'in miras ayetinde geçen "*kelâle*" kelimesi hakkında söylediği: "*Kelâle hakkında görüşümle (re'y) konuşurum, isabet edersem Allah'tan, hata edersem bendendir*"¹⁸ sözünü örnek göstererek savunmuştur.¹⁹ Bu yaklaşıma göre re'y neredeyse: "*Fakihin, şer'î-amelî hükümleri tafsili delillerden çıkarabilmek için olanca gücünü ortaya koyması*"²⁰ diye tanımlanan ictihad terimine eş anlamlı bir hüviyet kazanmaktadır.

Re'y ile ictihad arasında yakın bir ilişki olmakla beraber, ictihad re'yden daha kapsamlı kavramdır. Sahabe ve tabiîn dönemlerinde re'yin kapsamı açık ve kesin olmayan nasların yorumlanmasını da içerecek tarzda genişti. Daha sonraki dönemlerde bir kısım fakihler tarafından, re'yin bu şekilde geniş uygulaması devam etmekle birlikte çoğunluğu teşkil eden diğer fakihlerce, hakkında nass bulunmayan konularda doğru ve adil hükme ulaşabilmek için kıyasın yanısıra, şeriatın genel maksad ve ruhuna uygun olarak istihsan, mesâlih-i mürsele, sedd-i zerîa, örf gibi istidlâl metodlarını kullanmaya hasredilmiştir. Buna göre re'y ictihattan daha dar, kıyastan daha kapsamlı olarak "rey ictihadı" adını almıştır.²¹

¹⁴ Haşr, 59/2.

¹⁵ Serahsî, *el-Usûl*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts., II, 106.

¹⁶ Hallâf, *Mesâdir*, s. 7.

¹⁷ Şevkânî, *Irşâdü'l-fühûl*, Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire 1937, s. 202.

¹⁸ İbnü'l-Kayyım, *l'İlâm*, I, 122.

¹⁹ Dirînî, Fethî, *el-Menâhicü'l-usûliyye fi'l-ictihâd bi'r-re'y fi't-teşrî'i'l-İslâmî*, eş-Şeriketü'l-müttehîde, Dimeşk, 1985, s. 12-14; Muhammed Sellâm Medkûr da: "*Sahabe de re'yin kapsamı neredeyse ictihad kavramıyla eş anlamlı olacak kadar genişdir. Nasların yorum ve manalara delalet yönlerini açıklama şeklini içerdiği gibi başka karinelerle ictihad etmeyi de kapsamaktadır*" diyerek bu görüşü desteklemektedir. Bkz. *Menâhicü'l-ictihâd fi'l-İslâm*, Câmîatü'l-Kuveyt, Kuveyt 1973, s. 342.

²⁰ Şa'ban, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, Çev. İ. Kâfî Dönmez, TDV Yay. Ankara 1990, s. 373; Hallâf, *İlmü Usûli'l-fikh*, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, İstanbul 1984, s. 257.

²¹ Medkûr, M. Sellâm, *el-İctihâd fi't-teşrî'i'l-İslâmî*, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire 1984, s.40-41; Re'yin kapsamı ile ilgili ayrıca bkz. Beşir, *er-Re'y*, s.16,18.

B. Hz. Peygamber ve Sahâbe Döneminde İstihsan Türü Re'y İctihadı Uygulamaları

İctihad işleminin, Hz. Peygamber tarafından uygulanıp uygulanmadığı konusu, çok erken dönemlerden itibaren usulcüler arasında tartışılmıştır. İslâm alimleri günlük dünya işleri, savaş ve barış ile ilgili tedbir ve kararlar, anlaşmazlıkların çözümü ve kaza, insanları idare siyaseti gibi konularda Hz. Peygamber'in re'yi ile ictihad etmesinin caiz olduğu görüşünde birleşmektedirler. Ancak hakkında nass bulunmayan şer'i konularda ictihad etmesi hususunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir.²²

Usulcülerin çoğunluğuna göre, Hz. Peygamber dinî hükümler alanında hem vahiy ile hem de re'yi ile amel edebilir.²³ Hz. Peygamber'in nass olmayan konularda re'y ile ictihad etmesini bazı Hanefî usulcüler kıyas ile sınırlandırmaktadırlar.²⁴ Fakat Hanefîlerin çoğunluğunun da aralarında bulunduğu diğer usulcüler, Hz. Peygamber'in ictihadını kıyas ile sınırlama cihetine gitmemektedirler.²⁵ Hz. Peygamber'in ictihad alanına giren yöntemler; nasların manalarına bakarak illetlerini tesbit etme ve illet birliği olduğu takdirde aslın hükmünü, hakkında nass bulunmayan olaylara taşıma (kıyas)²⁶ ile cüz'î, fer'î meseleleri şeriatın temel ilke ve kaidelerinin içerisine sokma, şeriatın ruhuna ve genel maksatlarına uygun davranmadır.²⁷

Hz. Peygamber döneminde, sahâbenin re'y ile ictihad edip edemeyeceği konusu da usulcüler arasında tartışılmıştır. Onların çoğunluğuna göre, ister Hz. Peygamber'in huzurunda isterse uzak veya yakın başka bir yerde olsun sahâbenin re'y ictihadı caizdir ve bu fiilen de vukû bulmuştur.²⁸ Serahsî: "*Sahâbe nass bulunmayan konularda re'ye başvurmanın caiz olduğunda icmâ etmiştir*"²⁹ der ve bir başka yerde de, "*sahâbenin re'y ile fetvası, inkârı mümkün olmayacak kadar açıktır*"³⁰ demektedir.

Sahâbe, karşılaştıkları meseleleri nasların parça parça ve bütün olarak açıklamalarına bakarak, bunlar üzerinde düşünerek, şeriatın genel maksatlarına ve ruhuna uygun bir şekilde çözmeye çalışmışlardır.³¹ Ayrıca, kendileri için ikinci bir tabiat haline gelen adâlet, hayır, maslahatı takdir.. gibi duygu

²² Bu konudaki görüş ve delillerin tartışmaları için bkz. Abdülaziz el-Buhârî, *Kefî'l-esrâr Şerhu Usûli'l-Pezdevî, Daru'l-Kitâbi'l-İslâmî, Kahire, ts., III, 205-206*; Emîr Bâdişah, *Teysîrü'l-Tahrîr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut ts., IV, 185; Ensârî, Abdülâlî Muhammed, *Fevâihu'r-rahamût Şerhu Müsellemin's-sübût*, el-Matbaatü'l-Emîriyye, Bûlak 1324, II, 366.

²³ Serahsî, *el-Usûl*, II, 91; Buhârî, *Kefî*, III, 205; Emîr Bâdişah, *Teysîr*, IV, 185.

²⁴ İbnü'l-Hümâm, *et-Tahrîr* (*Teysîr* şerhi ile birlikte), IV, 183; Ensârî, *Fevâtiḥ*, II, 366.

²⁵ Serahsî, *el-Usûl*, II, 90-91.

²⁶ Emîr Bâdişah, *Teysîr*, IV, 183; Ensârî, *Fevâtiḥ*, II, 366.

²⁷ Ömerî, Nâdiye Şerif, *İctihâdû'r-Rasûl*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1987, s. 201.

²⁸ Emîr Bâdişah, *Teysîr*, IV, 193; Ensârî, *Fevâtiḥ*, II, 374-375; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, II, 354; Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 407.

²⁹ Serahsî, *Usûl*, II, 132, 133. Ayrıca bkz. Buhârî, *Kefî*, III, 281; Gazzâlî, *Mustasfâ*, II, 245.

³⁰ Serahsî, *a.g.e.*, II, 107.

³¹ Mîka, *er-Re'yu ve eseruh*, s. 74-75; Bedrân, Ebû'l-Ayneyn Bedrân, *Târiḥü'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut ts., s. 52; Karaman, "Fikih", *DİA*, İstanbul 1996, XIII, 5.

ve prensiplere ve iyi bildikleri lisanlarına istinad etmişlerdir.³² Bunları gerçekleştirebilmek için de, bazan şûralar oluşturarak istişarelerde bulunmuşlar bazan da, kendi kişisel re'ylerine başvurarak ictihad yapmışlardır.³³

1. Hz. Peygamber'in İstihsan Türü Re'y İctihadı Örnekleri

Hz. Peygamber Kur'an'ın sustuğu hususlarda re'yi ile ictihatta bulunmuştur. O'nun sünnetinde istihsan türü re'y ictihadı uygulamalarından bazıları şunlardır:

1. "Selef" diye de bilinen "selem" sözleşmesi, peşin para karşılığında bir şeyin belirli vasıflar taahhüd edilerek ileride teslim edilmek üzere satılması demektir.³⁴ Bu ise, kişinin, halen sahip olmadığı bir şeyi satması türünden bir sözleşmedir. Bu konuda iki nass bulunmaktadır. Bunlardan birisi genel niteliktedir ve sözleşmenin geçersizliğine hükmetmektedir. Hz. Peygamber Hâkim b. Hizam'a "*sahip olmadığın bir şeyi satma*"³⁵ buyurmuştur. İkinci nass ise özel niteliktedir ve bu sözleşmenin caiz olduğunu göstermektedir. Hz. Peygamber, Medine'ye geldiğinde, Medineli'lerin meyveleri hakkında bir veya iki yıllıkına selem (peşin para-vadeli teslim) sözleşmesi yaptıklarını gördü. Bunun üzerine şöyle buyurdu: "*Selem yoluyla satış yapan, bunu belirli ölçüye, belirli tartıya göre ve belirli süre tayin ederek yapsın.*"³⁶ Sözleşmenin benzerlerinde uygulanan genel hükümden, yani geçersizlikten vazgeçilerek özel nassa göre cevaz hükmü verilmesi, insanların mevcut ihtiyaçları nedeniyle olmuştur.³⁷

2. Hz. Peygamber Mekke'nin hürmet ve kudsîyetinden bahsederken: "*...Ağaç ve bitkisi koparılamaz...*" buyurmuşlar, Abbas'ın: "*Ey Allah'ın Resûlü, kabirlerimiz, zanaatkarlar ve evlerin tavanlarını örtmek için Mekke ayrığı müstesnâ*" demesi üzerine, Hz. Peygamber "*ayrık otu müstesna*"³⁸ buyurmuştur. İnsanların ihtiyacı olan kısım genel hüküm olan yasak kapsamından çıkarılmıştır.³⁹

3. Erkeklerin ipekli elbiseler giymesi ve altını süs eşyası olarak kullanması genel hükme göre haramdır. Hadiste: "*İpekl(iler) giymeyin; çünkü onu dünyada giyen ahirette giyemez*"⁴⁰ buyurulmuştur. Bir başka hadiste de "*Altın ve ipek ümmetimin erkeklerine haram, kadınlarına helâldir*"⁴¹ buyurulmaktadır. Sonra Hz. Peygamber ciltlerinde bir hastalıktan dolayı Abdurrahman b. Avf ile Zübeyr b. Avvâm'a ipekli elbise giymelerine izin ver-

³² Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, MÜİFV, İstanbul 1996, s. 63.

³³ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 157.

³⁴ Kal'acî, M. Ravâs-Kanîbî, Hâmid Sâdık, *Mu'cemü Lugati'l-fukahâ'*, Dâru'n-Nefâis, Beyrut 1988, s. 248.

³⁵ Ebû Dâvûd, "Büyu", 70; Tirmizî, "Büyü", 19; Nesâî, "Büyü", 60.

³⁶ Buhârî, "Selem", 1,2; Müslim, "Müsâkât", 25; Ebû Dâvûd, "Büyü", 57; Nesâî, "Büyü", 63.

³⁷ Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 163-164; Hamavî, *Nazariyyetü'l-istihsan*, s. 135-136.

³⁸ Buhârî, "Cenâiz", 76, "Sayd", 9, 10, "İlim", 39; Müslim, "Hacc", 82.

³⁹ Şelebî, *Ta'lîlül-ahkâm*, Dâru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1981, s. 33.

⁴⁰ Buhârî, "Libâs", 25; Müslim, "Libâs", 2; İbn Mâce, "Libâs", 16.

⁴¹ Ebû Dâvûd, "Hâtem", 3; Tirmizî, "Libâs", 1; İbn Mâce, "Libâs", 19.

miştir.⁴² Altının kullanılmasına da tıbben zarûret olan bazı yerlerde izin verilmiştir. Nitekim savaşta burnu kesilen bir sahâbinin taktığı gümüş burun koku yapınca Hz. Peygamber onun altından bir burun takmasını tavsiye etmiştir.⁴³

Genel hüküm uyarınca ipek ve altın kullanımı erkeğe yasak olmasına karşın hastalık, zarûret ve ihtiyaç gibi özel hallerde izin verilerek genel hükümden istisnâ yapılmıştır. Bu Hanefî fakihlerinin "zarûrete dayanan istihsan" tabirlerine uyan bir uygulamadır.

4. Hz. Peygamber hendek savaşı günü, çekip gitmeleri karşılığında Medine meyvalarının üçte birini, Gatafan müşriklerine verme şartıyla anlaşma yapma konusunda ashâbıyla istişarede bulunduğu, Sa'd b. Muâz ve Sa'd b. Ubâde ayağa kalkarak: *"Eğer bunu sana Allah emretmişse Allah'ın emrini dinler itaat ederiz. Vahiy değil bir re'y ise onlara ancak kılıç veririz; zira biz ve onlar cahiliye dönemindeyken, ne bizim ne de onların bir dini yokken bile onlar Medine meyvesine ancak satın almak veya kendilerine bizim ikram etmemiz suretiyle ulaşabiliyorlardı. Şimdi Allah bizi diniyle şerefli kıldıktan sonra onlara aşağılanılacak bir şeyi mi verelim, vallahi onlara ancak kılıç veririz."* Bunun üzerine Hz. Peygamber *"Arapların size karşı yek vücut olduklarını gördüm ve onları sizden uzaklaştırmak istedim. Eğer kabul etmiyorsanız hakkınızdır, bir mesele yok"*⁴⁴ buyurarak görüşünde ısrar etmemiştir.

Bu örnekte de kanaatimizce iki kıyas yorum ve yaklaşımı vardır. Hz. Peygamber müslümanların düşmanları karşısında sayıca zayıf olmalarını, düşmanlarının ise tek vücut halinde üzerlerine geldiğini göz önünde tutarak anlaşma yapılması görüşünü önermiştir. , Sa'd b. Muâz ile , Sa'd b. Ubâde de inanç ve din güçlerini öne çıkartarak mücadele etmelerinin gelecek açısından daha yararlı olacağı düşüncesiyle bu görüşlerini savunmuşlardır. Burada iki kıyastan birisi daha kuvvetli bulunarak tercih edilmiştir.

2. Sahâbenin İstihsan Türü Re'y İctihadı Örnekleri

Bu örnekleri aktarmadan önce, Hz. Ömer'in Ebû Musa el-Eş'arî'ye yazdığı bir mektubunda geçen ve istihsanın sonraki dönemlerde ortaya konan mahiyetini çağrıştıran şu ifadelerini incelemek yararlı olacaktır: *"(...) Emsal olaylar araştır ve benzerlikler bulmaya çalış, sonra (hükme tesiri olan) benzerlikleri bulunca bunlar hakkında kıyası uygula. Bulduğun kıyâsî sonuçlar içinde Allah katında en sevimli olan (İslâm prensipleriyle en çok bağdaşan) ve senin vicdani kanaatine göre hakkaniyete en yakın olan hükmü ver."*⁴⁵ Hz. Ömer bu sözlerinin ilk kısmında benzerlikler yakalanınca ve sonucu da adil olunca hemen kıyasın uygulanmasını istiyor. Ancak sözünün ikinci kısmın-

⁴² Buhârî, "Libâs", 29; Müslim, "Libâs", 3, 23.

⁴³ Ebû Dâvûd, "Hâtem", 7; Tirmizî, "Libâs", 31; Nesâî, "Zînet", 4.

⁴⁴ Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebir*, VI, 28; Heysemî, *Mecmau'z-zevâid*, VIII, 132. Bkz. Buhârî, a.g.e., III, 210; Serahsî, *el-Usûl*, II, 91-92.

⁴⁵ Hatîb, *el-Fakih ve'l-mütefakkih*, I, 200; İbnü'l-Kayyım, *l'Îlâm*, I, 126.

da, bu mümkün olmadığında Allah'ın hoşlanacağı temel ilkelerle uyuşan veya adalet ve hakkaniyet ölçülerini gerçekleştiren bir hükme varmasını emrediyor. Başka bir ifadeyle, kıyasın şeriatin ruhuna uygun sonuç doğurmadığı bir durumda, o meselede benzerlerinin hükmünü bırakıp özel delilin gereği olan adalet ve hakkaniyet hükmünü (istihsan) vermesini istemektedir.⁴⁶

Sahâbenin uyguladığı istihsan örneklerinden bazıları şunlardır:

1. Amr b. el-Âs, Zât-ı Selâsil birliğinde bir grup askerin başındaydı. Sefer esnasında cünûp oldu. Yıkandığı takdirde şiddetli soğukun kendisini öldüreceğini düşünerek teyemmüm aldı ve arkadaşlarına namaz kıldırıp ve Allah Teâlâ Kitabında "*Kendinizi öldürmeyin*"⁴⁷ buyuruyor dedi. Yolculuk dönüşü olayı Hz. Peygamber'e anlattı, O'da yaptığını tasvip etti.⁴⁸ Bu örnekte Amr, şiddetli soğuktan hastalanma veya ölme korku ve endişesiyle su bulunmasına rağmen gusûl abdestini suyla almamış, ayette ancak su bulunmadığı yahut suyu kullanamayacak şekilde hasta olduğunda yapılmasına müsaade edilen teyemmüm ruhsatını uygulamıştır. Kanaatimizce Amr'ın, böyle özel bir durumda genel hükme aykırı ama şeriatın genel maksat ve ruhuna uygun bir şekilde güçlüğü bırakıp kolaylığı esas alması bir tür istihsan uygulamasıdır.

2. Başka bir örnekte, Hz. Ali'nin Yemen'de kadıyken re'y ihtihadına dayanarak verdiği bir hükümdür. Üç kişi bir kadınla aynı temizlik içerisinde cinsi ilişkiye girmiş ve bu ilişkiler sonucunda kadının çocuğu olmuştu. Bu konuda Hz. Ali, aralarında kur'a çekilmesine, kime çıkarsa çocuğun nesebinin ona bağlanmasına ve onun diğer iki kişiye üçte iki diyet ödemesine hükmetti. Hâdisi Hz. Peygamber'e aktarıldığında bu hükmü onayladı.⁴⁹ Muhammed b. Hasan el-Hacvî (ö.1956), Hz. Peygamber döneminde Hz. Ali'den sâdır olan bu hükmü, bir tür istihsan olarak değerlendirmiştir.⁵⁰

3. Hz. Peygamber kaybolmuş develerin yakalanıp alakonmasını yasaklamıştı ve hüküm Hz. Ebû Bekir ve Ömer zamanında bu şekilde uygulanmıştı.⁵¹ Hz. Osman kendi hilâfeti döneminde ahlâkın bozulmaya yüz tuttuğunu, bu sebeple serbest dolaşan kayıp develerin, haksız olarak el konup zâyî edilebileceğini düşünerek, bunların yakalanıp i'lan edilmesini sonra da satılmasını ve sahibi çıktığında parasının ona verilmesini emretti.⁵² Hz. Ali'de kendi devrinde kayıp develerin serbest bırakılmaması ihtihadında Hz. Osman'a uymakla beraber satılmasını, deve sahibinin aleyhine olabileceği düşüncesiyle

⁴⁶ Ebû Süleyman, *el-Fikru'l-usûlî*, s. 32.

⁴⁷ Nisâ, 4/29.

⁴⁸ Buhârî, "Teyemmüm", 7; Ebû Dâvûd, "Tahâret", 124.

⁴⁹ Ahmed, *el-Müsned*, IV, 373, 374; Ebû Dâvûd, "Talak", 32; Nesâî, "Talak", 50.

⁵⁰ Hacvî, Muhammed b. Hasan, *el-Fikru's-sâmî fi târihi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru't-Türâs, Kahire 1396, I, 94.

⁵¹ Mâlik, *el-Muvattâ*, II, 757, 759.

⁵² Mâlik, *el-Muvattâ*, II, 759; Hacvî, *el-Fikru's-sâmî*, I, 244-245.

le önlemiş ve bunlar için bir ahır yaptırarak sahipleri ortaya çıkıncaya kadar beytü'l-maldan beslenilmelerini emretmiştir.⁵³

Bu örnekte genel hüküm Hz. Peygamber'in emri üzerine kaybolmuş develerin kendi hallerine bırakılmasıdır. Fakat Hz. Osman ve Ali kendi dönemlerinde oluşan özel durumları göz önünde bulundurarak şeriatın genel maksat ve ruhuna uygun, maslahatı gerçekleştiren bir uygulama yapmışlardır. İmam Malik (ö.179/795), Sa'id b. el-Müseyyib'in (ö.94/712) bu hükmü, istihsan olarak değerlendirdiğini söylemektedir.⁵⁴

4. Hz.Ömer dönemine kadar, zanâatkârlar nezdinde bırakılmış eşya onların kastı olmaksızın zâyi olunca ödetilmez, umûmiyetle emânet duygusu hâkim bulunduğu için sözlerine itimat edilirdi. Zamanla ahlâkın bozulması ve halkın eşyasına göz koyan zanâatkârların bunu kötüye kullanmaları ve bu yüzden insanların zarar görmeleri üzerine Hz. Ömer, zanâatkârlar nezdinde, kaçınılması mümkün olan bir sebeple zâyi olan eşyanın ödetilmesi hükmünü tatbik başlandı. Aynı tatbikatı benimseyen Hz. Ali'de: "*İnsanlar için en uygun yol budur*"⁵⁵ demiştir.

5. Mirasta nasların genel hükmüne göre, asabe yoluyla miras alanlar belli pay sahipleri (ashâb-ı furûz) hisselerini aldıktan sonra kalanı alırlar, eğer bir şey kalmamışsa mirastan mahrum olurlar.⁵⁶ Hz. Ömer'de karı, anne, birden fazla anabir kardeşler ve ana-bababir (öz) erkek kardeşler bulunan bir miras meselesinde bu temel kurala göre hükmetti ve asabeden olan öz erkek kardeşlere mirastan bir şey kalmadı. Anabir kardeşlerden vârise daha yakın olmaları sebebiyle daha kuvvetli olan ve bununla birlikte bu meselede mirastan mahrum kalan öz erkek kardeşler: "*Haydi babamızı yok say, en azından anabir kardeşler değil miyiz?*" diyerek bu hükme itiraz ettiler. Bunun üzerine Hz. Ömer meseleyi tekrar inceledi ve öz erkek kardeşlerin de anabir kardeşlere paylarında ortak olmaları yönünde hüküm verdi.⁵⁷

Bu meselede naslara dayanan genel hüküm öz erkek kardeşlerin mirastan mahrum olmalarını gerektiriyor. Fakat bunun, şeriatın genel maksat ve rûhuna, adalet ve hakkaniyet ölçülerine uymadığını anlayan Hz. Ömer bundan dönmüş ve istihsan prensibine göre hüküm vermiştir. Nitekim Muâz el-Anberî (ö.196/811) Hz. Ömer'in bu ictihadı hakkında: "*Kıyas Ali'nin söylediği, istihsan Ömer'in söylediğidir*"⁵⁸ demektedir. Muâsırlardan Zerkâ da: "*Hz. Ömer bu hükmüyle güçlüğü kaldırıp adaleti yerleştiren istihsan sünnetini*

⁵³ Bâcî, *el-Müntekâ şerhu Muvattai'l-İmam Mâlik, Dâru'l-Fikri'l-Arabi, Kahire, ts., VI, 143-144*; Şelebî, *Ta'îlil*, s. 40-41.

⁵⁴ Bâcî, *a.g.e.*, VI, 144.

⁵⁵ Beyhakî, *Sünen*, VI, 122; Zeylâi, *Nasbû'r-râye*, IV, 141; Şelebî, *a.g.e.*, s. 59.

⁵⁶ Buhârî, "Ferâiz", 3; Müslim, "Ferâiz", 1-2.

⁵⁷ Şelebî, *Usûlü'l-fikhi'l-İslâmî*, I, 267; Ferfûr, *Nazariyyetü'l-istihsân*, s. 51.

⁵⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî, en-Nûru'l-İslâmiyye*, Kahire, ts., VI, 108.

uygulamıştır⁵⁹ diyerek istihsan prensibinin Hz. Ömer tarafından tatbik edildiğine işaret etmiştir.

Yukarıdan beri aktardığımız bu tür sahâbe icthatları sayılamayacak kadar çoktur. Bu icthad uygulamaları gerçekten istihsan kavramı içerisine girer. Çünkü bütün bu örneklerde şartların değişmesiyle ortaya çıkan yeni durumun icabına göre hukuki kural değiştirilmektedir. Sahâbe, bu icthatlarında vazedilmiş belirli kâidelere değil, Hz. Peygamberin rehberliğinde kendileri için meleke ve ikinci bir tabiat haline gelen adâlet, hakkaniyet, hayır, maslahatı takdir, zararı izâle, kamu yararı gibi duygu ve prensiplere dayanarak nasların veya yerleşik kuralların ifade ettiği genel hükümlerin dışına çıkmışlardır.⁶⁰

C. Tabîîn ve Sonrası Dönemde Re'y İctihadı ve İstihsan

1. Tabîîn ve Sonrası Dönemde Re'y İctihadı

Sahâbeden sonra onların yerini alan tâbiîn ve tebeu tâbiîn nesli de, hakkında nass bulunmayan konularda re'yi kullanmışlardır. İlmi ve fıkhi sahâbeden alan tâbiîn nesli re'yi kıyasla sınırlı tutmayıp, hem nasları anlamada hem de nass bulunmayan yerlerde istihsan, maslahat, sedd-i zerîa gibi re'yin diğer çeşitlerine başvurarak kullanmışlardır.⁶¹

Muhammed Hudarî, sahâbe ve tâbiînin re'ye başvurma yöntemlerini şöyle izah etmektedir: "*Sahâbe ve tâbiîn, ne Allah'ın Kitabı'nda ne de Peygamberi'nin sünnetinde bir nass bulamadıklarında re'y diye isimlendirdikleri yönetime başvuruyorlardı. Fetva ve hükümlerinden anlaşıldığı üzere bu metod, 'zarar ve mukâbele bi'z-zarar yoktur'*⁶² veya 'zarar izâle olunur';⁶³ 'seni şüpheyi düşüreni bırak, şüphe vermeyeni al'⁶⁴ gibi dinin genel kâidelerine dayanmaktadır."⁶⁵ Hudarî daha sonra şunları söyler: "Onlara göre, şeriatın ve Kur'an'ın bildirdiği, sünnetin de teyid ettiği genel prensipleri vardır. Yine onlara göre, fıkıhın her bölümüne ait Kitap ve sünnetten alınmış kâideler vardır ve bölümlerde ki bütün meseleler, hakkında nass bulunmasa da, bu kâidelere bağlanarak çözülür. (...) Onlar, sahip oldukları esaslara (usûl) güvenlerinden dolayı hadis rivayetine çok başvuramazlar. Sıhhati sabit olan hadisler, ellerindeki esaslara (usûl) muhalif olduğu takdirde onlar, o hadis ile amel etmekten geri durmazlar ve buna istihsan adını verirler. Bazan de fıkıh bölümlerinde muayyen bir asla yapılabilecek bir kıyası, genel prensipler doğrultusunda terkederler ve buna da istihsan derler. (...) İşte bu kıyas ve istihsan yapanların, sahâbenin ileri gelenlerinden ilk dönemde Hz. Ömer,

⁵⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 89.

⁶⁰ Şelebî, *el-Medhal*, s. 218; Ahmed Hasan, *Early Development*, s. 145; Karaman, *İctihad*, s. 63, 73.

⁶¹ Ubâde, Muhammed Enîs, *Târihü'l-fikhi'l-İslâmî, Matbaatü'l-İhvatî'l-eşikkâ*, Kahire 1980, s. 274; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 168; Abdülkadir, Ali Hasan, *Nazratün 'âmme fi târihîl-fikhi'l-İslâmî, Dâru'l-Kütübi'l-hadîse*, Kahire 1965, s. 167.

⁶² Mâlik, *el-Muvattâ*, II, 745, 805.

⁶³ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1985, s. 85.

⁶⁴ Nesâî, "Kudât", I, 11; Dârimî, "Mukaddime", 20; İbn Abdilber, *Câmiu beyâni'l-ilm*, II, 284.

⁶⁵ Hudarî, Muhammed, *Târihü'l-tefri'il-İslâmî, Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye*, Beyrut 1985, s. 146.

ikinci dönemde İbn Abbas ve tâbîinden İbrahim en-Nehaî gibi önemli selefleri bulunmaktaydı".⁶⁶

Hicaz'da hadis ekolünün önderi kabul edilen Said b. el-Müseyyib, zaman zaman nass bulunmayan konularda re'y ihtihadına başvuruyor; bazen kıyas yapıyor, bazan da hükümlerin illet ve maksatlarına inerek maslahat prensibini dikkate alıyor ve ona göre hüküm veriyordu.⁶⁷ Meselâ, gerektiğinde insanların maslahatları için narh koyulabileceği yönünde fetva vermiştir.⁶⁸

Irak'ta re'y ekolünün önderi kabul edilen İbrahim en-Nehaî'ye göre, şer'î hükümlerin vazedilme maksatları (=mana, illet) akıl ile idrak edilebilir ve bunlar insanlara yönelik bir çok maslahatlar içermektedir. Ayrıca bu hükümler sağlam esaslara, ince illetlere dayanmaktadır. Kitap ve sünnete dayanan birtakım hikmetleri gerçekleştirmek, düzenli bir hayatı hakim kılmak için bu esas ve ilkelere bağlı hükümler konulmuştur. Fakih bu gayeye matuf olarak hükmün bağlandığı illet ve manaları arar bulur ve hükmü, her zaman onunla var veya yok olması için ona bağlar.⁶⁹

Nehaî'den sonra Kûfe'nin müftisi ve fikhî konularda başvuru kaynağı olan onun en gözde talebelerinden ve aynı zamanda Ebû Hanîfe'nin de hocası olan Hammâd b. Ebî Süleyman (ö.120/738) da, re'y ihtihadında hocası Nehaî'nin yolunu izlemiş ve Ebû Hanîfe ile Nehaî arasında bir nevî köprü vazifesi görmüştür.⁷⁰ Hammâd da hocası Nehaî gibi hükümlerin illetlerini ve Şâri'in maksadını araştırmaya, âyet ve hadisleri bu yönüyle yorumlamaya önem veriyordu.⁷¹

Tebeü tâbîinden ve Ebû Hanîfe'nin muasırlarından olan alimlerin de kıyas, istihsan gibi re'y çeşitlerini zaman zaman ihtihatlarında kullandıklarını görmektediriz. Bunlardan İmam Zeyd b. Ali (ö.122/740) re'y ihtihadını, nasların anlaşılıp yorumlanmasında⁷² ve nass bulunmayan konularda da kıyas, istihsan gibi istidlâl yollarına başvurarak kullanmıştır.⁷³ Meselâ, ölmüş ama karnında canlı bir çocuk olan kadın hakkında, "karnı yarılır ve çocuk çıkartılır, çünkü Allahü Teâla *"Her kim bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur"*⁷⁴ buyurmuştur" demektedir. İmam Zeyd'in bu ihtihadında, maslahata ve zarûrete dayanan istihsanın manası görülmekte-

⁶⁶ Hudarî, *a.g.e.*, s. 147-148.

⁶⁷ Medkûr, *Menâhic*, s. 579-580.

⁶⁸ Bâcî, *el-Müntekâ*, V, 18.

⁶⁹ Hâcevî, *el-Fikru's-sâmî*, I, 318.

⁷⁰ Saymerî, *Ahbârü Ebî Hanîfe ve ashâbih*, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1985, s. 21-23; Abdülkadir, *Nazratün âme*, s. 230; Goldziher, Ignaz, *Zâhirîler*, Çev. Cihad Tunç, AÜİF Yay., Ankara 1982, s. 12.

⁷¹ Aras, M. Özgü, "Hammâd b. Ebû Süleyman", *DİA*, XV, 485.

⁷² Baltacı, Muhammed, *Menâhicü't-teşrî'l-İslâmî fi'l-karnî's-sânî el-Hicrî*, Câmiatü'l-İmâm Muhammed b. Suûd, Riyad ts., I, 150-154 (Zeynülabidin, Zeyd b. Ali, *el-Mecmû' L-fikh*, thk. Ocniyo Cirfini, Milano 1919, s. 54, 112-113, 114-115, 156-157, 159'dan naklen).

⁷³ Baltacı, *Menâhicü't-teşrî*, I, 154-158.

⁷⁴ Maide, 5/32.

dir. Nitekim Ebû Hanîfe de, döneminde vukû bulan böyle bir olay hakkında aynı fetvayı vermiştir.⁷⁵

Ebû Hanîfe'nin bir diğer muasırı olan İbn Ebî Leylâ da (ö.148/765) re'y ile fetva veren bir fakihdir. Onun kullandığı re'y ictihadı arasında kıyas, istihsan, örf, sedd-i zerîa, istishab gibi istidlâl çeşitleri yer almaktaydı.⁷⁶ Serahsî İbn Ebî Leylâ'nın, aklî kıyasın sahâbe eserleriyle terki olan istihsan türü ile amel ettiğini kaydetmekte ve örnek olarak, harem bölgesinde avlanma cezaları ile ilgili meseleleri;⁷⁷ öleceklerini hissettikleri hastalıklarında, karılarını mirastan mahrum bırakmak için boşamaları halinde kadının, bir başkası ile evlenmedikçe kocasına mirasçı olacağına dair meseleyi vermektir.⁷⁸ İbn Ebî Leylâ ayrıca örfe dayanan istihsan türünü de uygulamıştır.⁷⁹

Fakat böyle örfe veya sahâbe kavline binaen kıyasın terkedilmesi bizzat İbn Ebî Leylâ tarafından istihsan olarak isimlendiriliyor muydu, yoksa ondan sonra onun bu ictihatlarına istihsan adını veren Hanefî fakihleri miydi? Bunu kesin olarak ortaya koymak mümkün gözükmemektedir. Durum ne olursa olsun, Hanefîlerin istihsan adını verdikleri bir metodu İbn Ebî Leylâ'nın ictihatlarında kullandığı anlaşılmaktadır.

Bu dönemde yine Ebû Hanîfe'nin muasırlarından olup ondan önce vefat eden Abdullah b. el-Mukaffa'⁸⁰ (ö.139/756) re'y, kıyas ve istihsan ile ilgili görüşleriyle dikkat çekmektedir. İbnü'l-Mukaffa', kıyas üzerinde hükümlerde ihtilafa neden olması bakımından durur ve kıyasın nasıl olması gerektiği konusunda açıklamalar getirir. Schacht'ın (ö.1969) dikkat çektiği üzere o, kıyasın kendine has fonksiyonunun ve sınırlarının genel ama teknik olmayan bir tanımı ile katı sistematik akıl yürütmenin istenmeyen sonuçlarını bertaraf edebilecek olan re'y ve istihsanın hususî kullanımını verir.⁸¹ İbnü'l-Mukaffa'ya göre, kıyas iyiliklere (maslahat) götürdüğü sürece kullanılmalı; götürdüğü sonuç iyi ve güzel ise uygulanmalı, kötü ve hoş değilse terkedilmeli ve adâletin kendisiyle gerçekleştiği delil ile amel edilmelidir.⁸²

İbnü'l-Mukaffa'nın bu düşünceleri ile istihsan prensibine dayalı olarak kıyası terkeden Ebû Hanîfe'nin anlayışı arasında paralellik bulunmaktadır. Bu konuda aralarında herhangi bir etkileşim olup olmadığı belli değilse de,⁸³

⁷⁵ Baltacı, *Menâhicü'l-teşrî'i*, I, 154-155.

⁷⁶ İbn Nedîm, *Fihrist*, Daru'l-Ma'rife, Beyrut, ts., s. 286; Baltacı, *Menâhicü'l-teşrî'i*, I, 246, 249-257.

⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, Daru'l-Ma'rife, Beyrut ts., IV, 93.

⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 154.

⁷⁹ Örnekler için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 137, 150.

⁸⁰ İbnü'l-Mukaffa' müslüman olmazdan önce eski İran dinlerinden birine mensuptu. Hayatının büyük bir kısmını Emevî hanedanı döneminde geçirmiş olan İbnü'l-Mukaffa' bazı kaynaklarda zerdüştlük, maniheizm veya mazdekizm dinlerinden birine mensup en büyük İslâm düşmanlarından biri olarak tanıtılır (Neşşâr, Ali Sâmî, *Neş'etü'l-fikri'l-felsefi*, Daru'l-Ma'ârif, Kahire 1977, I, 204). Ancak İbnü'n-Nedîm farsça ismi Rüzbe olan İbnü'l-Mukaffa'nın müslümanlıktan önceki künyesi Ebû Amr'ı müslüman olduktan sonra Ebû Muhammed olarak değiştirdiğini söyler (İbn Nedîm, *Fihrist*, s. 172). Onun *Risâle fi's-sahâbe* kitabında re'y, akıl ve din ile ilgili düşünceleri incelendiğinde söz konusu ithamların yersiz ve isabetsiz olduğu savunulmuştur. Bkz. Özen, *Akileşme Süreci*, s. 362.

⁸¹ Schacht, Joseph, *The Origins Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1950, s. 103.

⁸² Emin, *Duha'l-İslâm*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut ts., I, 210; Özen, *Akileşme Süreci*, s. 370.

⁸³ Özen, *Akileşme Süreci*, s. 370.

kiyas ve istihsanla meşhur olan Ebû Hanîfe ile benzer düşünceleri paylaştığından sözedilebilir.

2- Tabîin ve Sonrası Dönemde İstihsan Türü Re'y İctihadi Örnekleri

Tâbiîn fakihlerinin re'y icthadları arasında; maslahat prensibine dayanan, değişen hayat şartlarının ve insanların ihtiyaçlarının gözetildiği istihsan örnekleri görmekteyiz.

1. İslâm hukukunda bir kadın, kocası vefat edince, dört ay on gün, bir nevi yas tutar, bu arada güzel koku ve sürme de kullanamaz. Hz. Peygamber'e (s.a.s.) bir kadın başvurarak damadının vefat ettiğini, kızının gözlerinden hasta olduğunu zikretmiş ve sürme kullanıp kullanamayacağını sormuştu. Kadının ısrarına rağmen Hz. Peygamber üç kere "hayır" demiştir.⁸⁴

İmam Mâlik'in naklettiğine göre, Sâlim b. Abdillâh (ö.106/724) ile Süleyman b. Yesâr (ö.107/725) bu durumdaki bir kadının gerek sürme gerekse içinde güzel koku bulunan bir ilaçla gözlerini tedavi edebileceğini söylemişlerdir.⁸⁵ Bu iki tâbiînin Hz. Peygamber'e muhalefetleri düşünülemeyeceğine göre, Onun menetmesini ya muayyen kadına veya zarûretin bulunmadığı bir duruma hamletmişler ve zorluğu kaldırmayı öngören deliller ışığında maslahatın gereği ile hükmetmişlerdir.⁸⁶

2. Hz. Peygamber satılacak mallara narh konması (tes'îr) için yapılan bir mürâcaatı, satıcıya zulüm olur düşüncesiyle reddetmiştir.⁸⁷ Fakat tâbiînden Sa'îd b. el-Müseyyib, Rabî'a b. Ebî Abdîrrahman (ö.136/753), Yahyâ b. Sa'îd el-Ensârî (ö.143/760) gibi fakihler zamanlarındaki iktisâdî, ticârî ve ahlâkî durumu göz önüne alarak narh koyma yönünde hüküm vermişlerdir.⁸⁸ Çünkü onlar maslahat düşüncesinin bunu gerektirdiğini, insanların zararının bu yolla önleneceği kanaatine varmışlardır.⁸⁹

3. İmam Muhammed'in rivayetine göre İbrahim en-Nehaî şöyle söylüyor: *"Kapısı önünde öldürülmüş bulunan bir kimseyi, malını veya namusunu korumak için öldürdüğünü iddia eden kimse hakkında hüküm verebilmek için maktûlün durumu incelenir. Birinci durumda, maktûl hırsızlıkla müttahem bir kimse ise katile kısas gerekmez, diyetini öder. Maktûl iyi bir kimse olarak tanınmış ise kısas gerekir. İkinci durumda da maktûl zina suçundan sabıkalı ahlaksız bir kimse ise kısas düşer, diyet gerekir. Aksine iffetli olarak tanınmış bir kimse ise katile kısas gerekir".*⁹⁰

İbrahim en-Nehaî bu icthadında, nassın zahirinden ziyade mana ve maksadına bakarak, mücerred iddia ile kısası tatbik veya iskat etmemiş, bu

⁸⁴ Buhârî, "Talâk", 47; Müslim, "Talâk", 9; Mâlik, *el-Muvatta'*, II, 597.

⁸⁵ Bâcî, *el-Müntekâ*, VI, 145.

⁸⁶ Şelebî, *Ta'lîl*, s. 77; Karaman, *İctihad*, s. 87.

⁸⁷ Ebû Dâvûd, "Büyü", 51; Tirmizî, "Büyü", 73.

⁸⁸ Bâcî, *el-Müntekâ*, V, 18.

⁸⁹ Şelebî, *Ta'lîl*, s. 79; Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, s. 108.

⁹⁰ Şeybânî, *el-Âsâr*, Envâr-ı Muhammedî, Lüknew-Hind, ts., s. 102.

iddiaların emâre ve karînelere tesbiti cihetine gitmiş ve böylece, muhtemel sûistimali önlemiştir. Nehaî'nin bu fetvasının maslahattan başka dayanağı gözükmemektedir.⁹¹

4. Had cezasının tatbik edilebilmesi için çalınan şeyin en az kıymetinin, bazı Iraklı fakihlerce beş dirhem, genellikle kabul edilen görüşe göre on dirhem olmasıdır. Çalınmış şeyin bu en az kıymeti, bir kıyasla, evlenme akdinin esas unsurlarından birini teşkil eden "mehr" in en az miktarını tesbit için temel görülmüştür. Bunun karşısında bazı Iraklı fakihler: "*Biz, önemsiz bir meblağ karşılığında cinsî münasebetin meşrû sayılmasını hayretle karşılıyoruz*" demiştir. Onların önde geleni İbrahim en-Nehaî'de, mihrin kırk dirhemden az olmasını hoş görmeyerek bu kıyastan sonucu daha iyi olan re'y hükmüne (istihsan) dönmüştür.⁹²

D. Hanefi Mezhebinde İstihsan Kavramı

Klasik kaynaklarda, "istihsan" teriminin teknik olarak, Ebû Hanîfe ile birlikte kullanılmaya başlandığı görülür.⁹³ İbn Hazm, istihsanın üçüncü nesilde ortaya çıktığını ileri sürerek,⁹⁴ "*Ebû Hanîfe'den önce istihsanı kullanan bir kimse bilmiyoruz. Ancak, nadir de olsa, İmam Mâlik'in istihsan yaptığı olmuştur. Onlar (Hanefiler) 'bu konuda kıyas şudur, ama biz bunun hilafını istihsan ediyoruz' diyorlar*"⁹⁵ açıklamasını yapar.

Fakat istihsan terimi teknik olarak kullanılmasa da, tatbikatta bu terimin ifade ettiği icthad tarzının gerek Hz. Peygamber döneminde gerekse daha sonra sahâbe, tâbiîn ve tebeü tâbiîn dönemlerinde, nass bulunmayan konularda kullanıldığını yukarıda arz etmeye çalıştık. Ebû Hanîfe dışında, az da olsa, istihsan terimini kullanan fakihler olmuştur. Bunlardan Ömer b. Abdülaziz döneminde Basra kadılığı yapmış olan İyas b. Muâviye (ö.125/743): "*İnsanlar iyi hal üzere oldukları sürece kararlarınızı kıyasa göre verin; bozulduklarında ise, istihsanda bulunun*"⁹⁶ diyerek, mevcut kanun kurallarının kötülükleri önlemede yetersiz kalması halinde istihsan prensibi kullanılarak daha etkin önleyici hükümler verilmesini önermiştir. Muvaffak b. Ahmed el-Mekkî (ö.568/1198) İyas'ın bu sözünü aktardıktan sonra: "*Yani, kıyas olumsuz sonuç verdiğinde iki görüşten daha dakik olanını uygulayın*"⁹⁷ yorumunu yapmaktadır. Yine İyas b. Muâviye: "*Gördüm ki mahkemede verilecek karar insanların istihsan (güzel, faydalı) addettikleri tarzda olmalı-*

⁹¹ Şelebî, *Ta'îl*, s. 80-81; Karaman, *İctihad*, s. 89.

⁹² Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, Çev. Mehmet Dağ-Abdülkadir Şener, AÜİFY, Ankara 1977, s. 48-49.

⁹³ Şeybânî, *el-Câmiu 's-sagîr*, İdâretü'l-Kur'ân, Karaçi-Pakistan, ts., s. 245, 295, 319, 360, 376; Saymerî, *Ahbâr*, s. 25; Mekkî, *Menâkıb*, Ebi Hanîfe, Dâru'l-Kütübî'l-Arabiyye, Beyrut 1981, I, 75, 81, 84, 85.

⁹⁴ İbn Hazm, *Mûlahhau'l-bi'tâli'l-kıyâs ve'r-re'y ve'l-istihsân ve't-taklîd ve't-ta'îl*, thk. Saîd el-Afgânî, Matbaatü Câmîati Dimeşk, 1960, s. 5.

⁹⁵ İbn Hazm, *a.g.e.*, s. 9.

⁹⁶ Cessas, *el-Füsûl fi'l-usûl*, thk. Acil Câsim en-Neşmî, Vezâretü'l-evkâf ve's-şûn el-İslâmiyye, Kuveyt 1988, IV, 229; Mekkî, *Menâkıb*, I, 84.

⁹⁷ Mekkî, *Menâkıb*, I, 84.

dur"⁹⁸ diyerek verilecek hükmün, hakkaniyete uygun ve kamu vicdanını incitmeyecek şekilde olmasının gereğine işaret etmiştir.

Oryantalistlerden Ignaz Goldziher (ö.1921) istihsan prensibini bizzat Ebû Hanîfe'nin koyduğunu söyler.⁹⁹ Schacht ise, istihšana benzeyen bir metod ve mefhûmun Ebû Hanîfe'den önce var olduğunu, sonra onun da bunu kullanmaya başladığını fakat terimi teknik olarak ilk defa kullanıp geliştirenin Ebû Yusuf Ya'kub b. İbrahim (ö.182/798) olduğunu iddia eder.¹⁰⁰ Ebû Hanîfe'nin fıkıh alanındaki eserleri mevcut olmadığı için bu konuda kesin bir ifade kullanmak zor gözükmetedir. Fakat öğrencilerinin eserleri elimizde bulunmaktadır ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (ö.189/805) eserlerinin birçok yerinde Ebû Hanîfe'ye istihsan nisbetinde bulunmaktadır.¹⁰¹ Buna göre, bu terimi ilk defa Ebû Hanîfe'nin kullandığı daha gerçekçi gözükmetedir. Ebû Yûsuf' da bu terimi hocası Ebû Hanîfe'den almıştır. Yoksa Schacht'ın iddia ettiği gibi terimin ilk mücidi o değildir.¹⁰²

Ebû Hanîfe ve önde gelen öğrencilerinden Ebû Yûsuf, Muhammed ve Züfer'in, istihsan terimini nerede ve ne surette kullandıklarını kendilerinden nakledilen istihsan örneklerini inceleyerek anlamaya çalışalım.

1. İmam Ebû Hanîfe ve İstihsan

Ebû Hanîfe, ilmi çalışmaları ile birlikte ticaretle de meşgul olması sebebiyle daima hayatın sosyal ve ticarî problemlerine yakın olmuş, karşılaştığı meseleler, kendisine yöneltilen sorularla ilgili olarak sayısız ictihatta bulunmuş ve çokça kıyas ve istihšana başvurmuştur. Ancak ictihad metodunu açıklayan herhangi bir eser bırakmaması ve kendisinden, çok kullandığı prensiplerden olan istihsanın mahiyetini ortaya koyacak bir tanımın nakle dilmemesi nedeniye eleştirilere maruz kalmıştır.

Bununla birlikte onun ictihad metoduna ve kullandığı istihsan prensibine ışık tutacak mahiyette bazı nakiller de yok değildir. Bunların birinde Ebû Hanîfe İctihad metodunu şöyle açıklamaktadır: "*Bulursam Allah'ın Kitabını alırım. Orada bulamazsam Allah Resûlü'nün sünnetini ve nesilden nesile güvenilir raviler vasıtasıyla aktarılan sahih eserleri alırım. Allah'ın Kitabında ve Allah Resûlü'nün sünnetinde bulamazsam sahabeden dilediğimin görüşünü alır, dilediğimi bırakırım; sonra onların görüşlerini bırakıp başkalarının görüşlerine başvurmam. İş İbrahim'e, Şa'bi'ye, Hasan'a, Muhammed b. Sîrin'e (ö.110/728), Sa'îd b. el-Müseyyib'e -daha başka tabiin müçtehitleri-*

⁹⁸ Cessas, *el-Füsûl*, IV, 229.

⁹⁹ Şener, Abdülkadir, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsan ve İstislah*, DİB Yay., Ankara 1974, s.116.

¹⁰⁰ Schacht, *Origins*, s. 112.

¹⁰¹ Şeybânî, *el-Asl*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Âlemü'l-kütüb, Beyrut 1990, I, 55, 201-202, 368; II, 358-359; IV, 465-466, V, 103-104, 128-129; a.m.f., *el-Câmiu's-sağîr*, s.90, 212, 245, 295, 319.

¹⁰² Ahmed Hasan, "*İlk İctihad Modelleri*", Oryantalist Yaklaşım İtirazlar, Derleme-Terceme Mehmet Emin Özafşar, Araştırma Yayınları, Ankara 1999, s. 132.

*nin isimlerini de saydı- geldi mi onlar nasıl ictihad ettilerse ben de öyle ictihad ederim".*¹⁰³

Bir rivâyette de, hakkında sahâbe ve tabiînden de olsa sahih bir hadis bulunan meseleyle karşılaştığında o hadise uyardı; aksi halde kıyasa başvurur ve onu da çok iyi yapardı.¹⁰⁴ İmam Şafî: "*İnsanlar kıyas ve istihsan konusunda Ebû Hanîfe'nin aile fertleri sayılır*"¹⁰⁵ diyerek onun bu husustaki vukûfiyetini itiraf etmektedir.

Kıyas konusunda kendisini iblise benzeterek eleştiren kişiye: "*Biz bir meseleyi diğerine, Kitap veya sünnette ya da ümmetin ittifağında mevcut olan bir asıla dayandırarak, kıyas ediyoruz ve ictihadımızı da, mevcut esaslara tabi olmaya önem vererek yapıyoruz*"¹⁰⁶ cevabını vererek kıyası nasıl yaptığını açıklamaktadır. Yine başka bir rivâyette: "*Kıyas her şeyde uygulanamaz*"¹⁰⁷ diyerek, kıyasın her konuda başvurulabilir bir prensip olmadığına dikkat çeker. Hatta bazı şart ve hallerde kıyasa başvurma'nın kötü sonuçlar doğurabileceğine: "*Mescide bevletmek kıyasın bazısından daha iyidir*"¹⁰⁸ sözüyle işaret eder.

İmam Ebû Yûsuf da hocasının ictihad metodu hakkında şöyle demektedir: "*Ebû Hanîfe kendisine bir mesele getirildiğinde, bu konuda bildiğiniz eserler nelerdir? diye sorardı. Biz eserleri naklettığımızda o da bildiklerini zikreder ve meseleyi ona göre incelerdi. Mesele hakkında iki kavil oluşur ve bir tarafta eserler daha fazla olursa onu tercih eder, birbirine yakın olursa da birisini seçerdi. Sonra (eser bulunmadığında) kıyasa başvurur; kıyas kötü sonuca götürdüğünde ise, onu bırakarak istihsan yapardı.*"¹⁰⁹ Kıyasa çokça başvuran Ebû Hanîfe, şâyet kıyasla vardığı hüküm, dinin ruhuna, genel prensip ve amaçlarına uygun düşmezse ilk bakışta farkedilmeyen, ancak biraz düşünüp incelemekle anlaşılabilir olan müessir illeti kavrayarak ve daha kuvvetli bir delile dayanarak istihsan metoduyla ictihadda bulunurdu.¹¹⁰

Ebû Hanîfe, ticarî hayatla devamlı irtibat halinde olması hasebiyle piyasadaki alış-veriş şekillerini, ticarî örf ve âdetleri, insanların problem ve ihtiyaçlarını çok iyi biliyordu. Bunun kendisine kazandırdığı bilgi, tecrübe ve meleke sayesinde insanların maslahatına, adalete, genel ve yaygın uygulamaya (örf) ters düşen kıyas hükümlerini terk ederek istihsan prensibine başvuruyordu.¹¹¹ Öğrencisi Muhammed eş-Şeybânî naklettiği bir rivâyette:

¹⁰³ Saymerî, *Ahbâr*, s. 24; Hatîb el-Bağdâdî, *Tarih*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut ts., XIII, 368; Mekki, *Menâkıb*, I, 80.

¹⁰⁴ Hatîb, *Tarih*, XIII, 340; İbn Hacer el-Heytemî, *el-Hayrâtü'l-hısân fî Menâkıbi'l-İmâmi'l-A'zam Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, thk. Halil el-Meys, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1983, s. 41.

¹⁰⁵ Saymerî, *Ahbâr*, s. 26.

¹⁰⁶ Mekki, *Menâkıb*, I, 74.

¹⁰⁷ Mekki, a.g.e., I, 74.

¹⁰⁸ Saymerî, *Ahbâr*, s. 27; Mekki, a.g.e., I, 81.

¹⁰⁹ Mekki, a.g.e., I, 85.

¹¹⁰ Uzunpostalıcı, Mustafa, "Ebû Hanîfe", *DİA*, X, 136.

¹¹¹ Ebû Zehra, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire ts., s. 75.

"Ebû Hanîfe kıyaslar hakkında arkadaşlarıyla tartışır ve onlar hakkı ortaya çıkarmak maksadıyla ona karşı fikirler ileri sürerlerdi. Nihâyet 'ben istihsan ediyorum' dediğinde onun istihsanla ortaya koyduğu meselelerin çokluğundan dolayı hiç kimse ona yetişemezdi ve herkes kendi fikrini bırakarak onun fikrine katılırdı"¹¹² demektir. Bunun sebebi, Ebû Hanîfe'nin meseleler arasındaki açık veya gizli illetleri bulup onları kolayca kavraması, insanların muamelelerine ve maslahatına uygun ve adaleti gerçekleştirecek olan hüküm ile amel etmesiydi.¹¹³

Ebû Hanîfe'nin istihsan prensibini, dinin genel ilkelerine uygun bir şekilde maharetle ve ustalıklı uygulamasından dolayıdır ki İbn Şübrûme: "Bir kimsenin Allah'ın dini hakkında re'yi ile söz söylemesi caiz olursa bu ancak, Ebû Hanîfe'nin 'istihsan yaptım' demesinde olur"¹¹⁴ demiştir. Ebû Hanîfe'nin istihsan prensibini hangi mülahaza ve öngörülerle uyguladığına ışık tutması bakımından Sehl b. Müzâhim'in şu sözleri oldukça önemlidir: "Ebû Hanîfe'nin sözü, güvenilir olanı almak, çirkin olandan sakınmak, insanların teâmülüne; hallerinin, işlemlerinin ve işlerinin istikamet üzere olmasına bakmak, olayları önce kıyasa göre çözümlemek, bu olmadığında müslümanların teâmülüne müracaat etmektir. İttifakla bilinen sahih hadis ile amel eder sonra kıyas mümkün ise onun üzerine kıyas yapar, daha sonra da istihsana başvururdu. Kıyas ile istihsandan hangisi daha kuvvetli, güvenilir ise ona müracaat ederdi."¹¹⁵ Ayrıca Ebû Hanîfe'den istihsanın meşruiyeti hakkında: "İstihsan dinde şer'î hükümleri gerekli kılan bir delildir"¹¹⁶ sözü nakledilmektedir.

Ebû Zehra, Ebû Hanîfe'nin, istihsanı başarı ile uygulamasının arkasındaki temel amillere şöyle işaret etmektedir: "İstihsanı mükemmel bir şekilde uygulayıp onun vasıtasıyla istinbatta bulunması ancak, insanların maslahatlarını çok iyi idrak etmesi, muâmele tarzlarını bilmesi, Şâri'in koyduğu temel ilkelere vakıf olması, gizli illetleri çıkartma ve münasib (hükme uygun) vasıfları bulup hükümleri onlara bağlama konusunda kudretli olması ve hükümlerin başka olaylara da yayılmasında etkili olan gizli kıyaslar karşısında açık kıyasları bırakma konusunda maharetli olması sayesinde olmuştur" demektir.¹¹⁷

Ancak Ebû Hanîfe'nin kendisinden, bu kavramın ne anlam taşıdığı ve hangi şartlarda meşrû bir delil olacağı konusunda bir açıklama gelmemiştir. Bununla birlikte öğrencilerinin (Ebû Yûsuf ve Muhammed) eserlerinde ona nisbet edilen istihsan örnekleri incelendiğinde istihsanı genel olarak "kıyası terketme" anlamında kullandığı anlaşılmaktadır. Ebû Hanîfe kıyası bıraka-

¹¹² Saymerî, *Ahbâr*, s. 25; Mekki, *Menâkıb*, I, 81.

¹¹³ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 330, 332, 344; Uzunpostalcı, "Ebû Hanîfe", X, 136.

¹¹⁴ Mekki, *Menâkıb*, I, 84.

¹¹⁵ Mekki, *a.g.e.*, I, 75.

¹¹⁶ Mâverîdî, *Ebu'l-Hasan Ali, Edebü'l-kâdi*, thk. Muhyî Hilâl es-Serhân, Matbaatü'l-İrşâd, Bağdad 1971, I, 649-650.

¹¹⁷ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 364.

rak istihsan ile amel etmesinde kendisine özgü, önem verdiği birtakım delil ve öngörülere dayanmıştır.¹¹⁸ Ebû Hanîfe'den nakledilen istihsan örneklerini incelediğimizde, onun istihsanı şu anlamlarda kullandığını görürüz:

1. Sabit olan bir hadise dayanarak kıyası (genel kuralı) terketme.¹¹⁹ Meselâ, namazda kahkaha ile gülmek, kıyasa (genel kurala) göre abdesti bozmamaktadır. Çünkü abdest, bedenden çıkan bir necasetle bozulur, gülmek ise böyle bir şey değildir. Gülmek abdesti bozmuş olsaydı namaz ile namaz dışının, abdestin bozulması konusunda bir farkın olmaması gerekirdi. Halbuki namaz dışında gülmek ile abdest bozulmaz; bu kıyas hükmüdür. Fakat Ebû Hanîfe ve arkadaşları Hz. Peygamber'den nakledilen: "*Sizden kim güldüyse abdest alsın ve namazını iade etsin*"¹²⁰ hadisine dayanarak kıyas hükmünü bırakıp istihsan yapmışlardır.¹²¹

Yine Ebû Hanîfe ve arkadaşları, Ramazanda unutarak yiyip içen kim-senin orucunun istihsana göre bozulmayacağı görüşüne sahiptirler. Kıyas hükmüne göre, kasden yiyip içenin orucu bozulduğu gibi unutarak yiyip içenin de orucu bozulur.¹²² Nitekim Ebû Hanîfe: "*Bu konuda rivâyet olmasaydı kıyasa göre hüküm verirdim*"¹²³ diyerek buna işaret etmiştir.

2. Sahâbe icmâ'ından dolayı kıyası terketme.¹²⁴ Serahsî'nin naklettiğine göre, karı-kocanın birlikte dinden dönmeleri (irtidat) halinde kıyasa göre aralarının ayrılması gerekmektedir. Çünkü ikisinin dinden dönmesi başlangıç itibariyle nikah kıyılmasına engel teşkil etmektedir, aynı şekilde nikahın devamına da mani olur. Fakat Ebû Hanîfe ve öğrencileri Ebû Yusuf ve Muhammed bu kıyas hükmünü, Benî Hanîfe olayında sahâbe ittifakına dayanarak terketmişlerdir. Bilindiği üzere zekatı vermeyi reddederek Hanîfe oğulları dinden dönmüşlerdi.¹²⁵ Bunun üzerine, Ebû Bekr onları tevbe etmeye çağır-mış ama tevbeden sonra nikahlarını yenilemelerini onlara emretmemiştir, ondan başka bir sahâbî de bunu istememiştir.¹²⁶

3. Sahâbeden nakledilen eserlere dayanarak kıyası terketme.¹²⁷ Meselâ, koca karısına, "seç" diyerek evliliğin devamı ile ilgili tasarrufta ona yetki verse ve o da kendisini seçse, kıyasa göre niyet etse bile boşanma gerçekleşmez. Çünkü, kadına yetki verme ancak, kocanın bizzat kendisinin yapmaya malik olduğu hususlarda geçerli olur. Koca kendisi: "*Kendimi sana karşı seçtim*" dese bu sözle boşama olmaz. Dolayısıyla kendisi için geçerli olmayan

¹¹⁸ Baltacı, *Menâhicü't-teşrî*, I, 357.

¹¹⁹ Serahsî, *el-Usûl*, I, 339; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 290-291, 293-294; Baltacı, *Menâhicü't-teşrî*, I, 359.

¹²⁰ Havâzîmî, *Ebu'l-Müeyyed Muhammed b. Mahmud, Câmiu mesânidi'l-İmam, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye*, Beyrut ts., I, 247-248; Dârekutnî, *es-Sünen*, I, 161-171; Beyhakî, *es-Sünen*, I, 146-147.

¹²¹ Cessas, *el-Füsûl*, IV, 116; Serahsî, *el-Mebsût*, I, 77-78.

¹²² Cessas, *a.g.e.*, IV, 116; Serahsî, *a.g.e.*, III, 65.

¹²³ Şeybânî, *el-Hüccet alâ ehli'l-Medîne*, nşr. Mehdi Hasan el-Keylânî, Âlemü'l-kütüb, Beyrut, ts., I, 392; Heytemî, *el-Hayrâtü'l-husân*, s. 104; Dehlevî, *Hüccetullahi'l-bâliğa*, Dâru't-Türâs, Kahire, ts., I, 161.

¹²⁴ Baltacı, *Menâhicü't-teşrî*, I, 359.

¹²⁵ Buhârî, "Zekat", I; Müslim, "İmân", 8,

¹²⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, V, 49.

¹²⁷ Serahsî, *el-Usûl*, II, 105, 108, 110, 113; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s. 311; Baltacı, *Menâhicü't-teşrî*, I, 359.

bir sözle karısına da yetki veremez; bu kıyas hükmüdür. Fakat Ebû Hanîfe ve ahabî Hz. Ömer, Osman, Ali, İbn Mes'ud, İbn Ömer, Âişe gibi sahâbelerden bu konuda nakledilen eserlere dayanarak kıyas hükmünü terkedip istihsan yapmışlardır.¹²⁸

Ebû Hanîfe bu örnekte olduğu üzere, sahâbe kavline dayanarak kıyası bıraktığı gibi sahâbe fiiline dayanarak da kıyası terketmiştir. Bunların birisinde, güvercin ve su kuşu pisliğinin namaza mani olmayacağı görüşü istihsan prensibiyle benimsenmiştir. Çünkü sahâbeden İbn Mes'ûd, bir defasında üzerine güvercin pislemiş, o da onu parmağı ile silmiştir. İbn Ömer de benzer bir olayda kuş pisliğini taşıla silmiş ve yıkamadan namaz kılmıştır. Kıyasa göre diğer pisliklerde olduğu gibi bunun da namaza mani sayılması gerekirken, Ebû Hanîfe ve ahabî, sahâbeden İbn Mes'ûd ve İbn Ömer'in fiillerine dayanarak bu kıyas hükmünü bırakıp istihsan yapmışlar ve bunu namaza mani görmemişlerdir.¹²⁹ Hatta bu, sahâbeden tek bir kimsenin görüşü olsa bile kıyasa takdim edilmekteydi. Hanefilerden Ebû Sa'îd Ahmed b. Hüseyin el-Birda'î'nin (ö.317/929) şu sözü bunu te'yid etmektedir: "*Sahâbeden tek bir kişinin sözü kıyasa takdim edilir; onun sözüyle kıyas bırakılır. Biz hocalarımızı bu görüş üzerinde bulduk*".¹³⁰

4. Toplumda yerleşik ve yaygın olan örfe istinaden kıyası terketme. Meselâ, bir kimse satın aldığı eşyanın evine kadar götürülmesini şart koşsa, kıyasa göre bu alış-veriş fasid olur. Fakat Ebû Hanîfe insanların uygulamalarını, örf ve âdetlerini dikkate alarak bu akdi caiz görmüştür. Bu, örfe dayanan bir istihsandır.¹³¹

5. Bir meselede hemen akla geliveren kıyası, maslahatı gerçekleştirme konusunda daha etkili başka bir illet ve öngörü sebebiyle terketmesi.¹³² Meselâ, nafîle kılan bir kimse namaza ayakta başlasa sonra özürsüz olarak oturmak istese Ebû Hanîfe'ye göre bu, istihsan prensibi uyarınca caizdir. Ebû Yûsuf ve Muhammed kıyasa dayanarak bunun caiz olmadığını söylemişlerdir. Onlar bu namazı, kılınması nezredilen namaza kıyas etmişlerdir; iki rekat namaz kılmayı adayan bir kimsenin özürsüz oturarak kılması caiz olmadığı gibi nafîleye ayakta başlayanın da daha sonra oturarak devam etmesi caiz olmaz, demişlerdir. Ebû Hanîfe ise, nafîlede özürsüz olarak oturmak farz namazda özürsüz olarak oturmak gibidir; farz namazın başında veya devamında oturması arasında fark olmadığı gibi burada da fark yoktur, demektedir.¹³³

¹²⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 210-211; Ebû Hanîfe'nin sahâbe kavli ve eserlerine dayanarak bıraktığı kıyas örnekleri çoktur. Bkz. a.g.e., XIII, 17; a.mlf. *el-Usûl*, II, 105-106, 110-111; Mekki, *Menâkıb*, I, 83-84.

¹²⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, I, 56-57.

¹³⁰ Serahsî, *el-Usûl*, II, 105.

¹³¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 199; başka örnekler için bkz. a.g.e., XI, 159, 180-181, 192-193; XII, 84, 159.

¹³² Baltacı, *Menâhicü'l-teşri'*, I, 361.

¹³³ Serahsî, *el-Mebsût*, I, 208. Örnekleri için bkz. a.g.e., I, 49-50; 183; VII, 8; Şeybânî, *el-Câmi'u's-sağîr*, s. 90, 192-193, 212, 245.

Ebû Hanîfe burada, nafile kılan kimseyi, iki rekat namaz kılmayı adayan kimseye değil, özürlü halde başında veya devamında oturulması caiz olan farz namazı kılan kimseye kıyas etmeyi tercih etmiştir. Halbuki ilk bakışta akla gelen nezre kıyas etmektir. Çünkü iki rekat namaz kılmayı adayan kimse, adamakla bunu yerine getirmeyi kendisine gerekli kılmıştır; nafileye başlayan da bu ibadete başlamakla onu tamamlamayı kendisine gerekli kılmıştır.¹³⁴ Başlangıçta her ikisi de (nezreden ile nafile kılan) muhayyer idiler, onları yapmak zorunda değillerdi.¹³⁵ Bu bakımdan ilk akla gelen şey her iki meselenin birbirine kıyası olmaktadır. Ancak Ebû Hanîfe bunu değil gizli (hafî) diye isimlendirilen kıyas türünü tercih ederek istihsan yapmıştır. Gereğesi şudur: Farz namazda özürlü kimsenin oturmasına izin verilmesi, ondan zorluk ve meşakketi kaldırma esasına dayanır. Burada nafile namazda, esas itibarıyla kılınması tercihe bırakılmış, zorunlu olmayan bir namazdır. Bu bakımdan nafile kılan kimseden, farz namazlarda olduğu gibi bütün rükün ve şartları tam olarak yerine getirmesini istemek o kişiye zorluk ve meşakket yüklemek olur. İşte bu zorluğu gidermek için nafile namazın her şekilde kılınmasına müsaade edilmiştir.¹³⁶

Ebû Hanîfe'nin istihsan terimini kullanarak yaptığı ictihatlarında yukarıda zikrettiğimiz bu manaları görmekteyiz. Bunlardan hadisler, sahâbe icmâi, sahâbe eserleri ve örfle kıyasın terkedilmesi başka fakihlerin ictihadlarında da görülmektedir. Ancak alimler arasında tartışma, ilk planda hemen akla gelen açık kıyası bırakıp, daha dikkatli ve detaylı düşünmeyle anlaşılıp ulaşılabilen gizli kıyası tercih etme konusunda olmuştur. İstihsanın bu türünde fakih kendi nezdinde sabit ve geçerli olan bir takım meşrû delil ve öngörülere dayanmaktadır ve bunlar başkaları nazarında makbul sayılabilmektedir.¹³⁷

Ebû Hanîfe'nin istihsan tarzındaki ictihadları, meseleye ilk bakışta hemen akla gelen kıyası ve genel kuralı terketme esasına dayanmaktadır. Önüne gelen meseleler hakkında nass bulunmadığında ustalıkla kullandığı kıyas prensibine göre ilk akla yatan hükmü vermekte, daha sonra mesele ile ilgili kendisine bir hadis, sahâbe icmâi, sahâbe kavli veya fiili ulaştığında veya kıyas hükmünün insanları meşakkat ve sıkıntıya düşürdüğünü farkettiğinde yahut kıyas hükmüne aykırı yerleşik bir örf ve uygulamanın olduğunu gördüğünde ya da aynı meselede maslahatı daha etkin olarak gerçekleştirecek, illeti daha kuvvetli başka bir kıyas hükmünün var olduğunu tesbit ettiğinde önceki kıyas hükmünü terketmekte¹³⁸ ve bu yeni hükme istihsan adını vermektedir.

¹³⁴ Hanefilere göre başlanan nafile ibadetleri tamamlamak vacibtir. Bkz. Serahsî, *el-Usûl*, I, 115-116.

¹³⁵ Baltacı, *Menâhicü'l-tegrî*, I, 362.

¹³⁶ Serahsî, *el-Usûl*, I, 115.

¹³⁷ Baltacı, *Menâhicü'l-tegrî*, I, 363.

¹³⁸ Baltacı, *Menâhicü'l-tegrî*, I, 365.

Sonuç olarak bütün bu istihsan örnekleri Ebû Hanîfe ve öğrencilerinin insanların maslahatlarından başka, bir hadis veya bölgelerinde mevcut ve yaygın olan bir örf sebebiyle de kıyası terkettiklerini gösterir. Bu onların, rivâyeti rivâyet olduğu için, veya örfü örf olduğu için kıyasa tercih ettikleri anlamına gelmez. Aksine onlar, rivâyetin veya örfün kıyastan daha çok insanların maslahatına, kamu yararına uygun düştüğünü düşündükleri için böyle yaparlar.¹³⁹

2. Ebû Hanîfe'nin Öğrencileri ve İstihsan

Önde gelen öğrencilerinden Ebû Yûsuf'un istihsan icthadı ile ilgili usûlünü, onun vermiş olduğu fetvalardan ve bazı sözlerinden çıkartmak mümkündür. Ebû'l-Hasan el-Kerhî'den (ö.340/952) nakledildiğine göre: "*Ebû Yusuf bazı meselelerle ilgili şöyle derdi: 'Kıyas şöyledir, ancak eserden dolayı onu terkettim'*". Kerhî'ye göre burada "eser" den maksat, akranı olan diğer sahâbilerden aksi bir görüş geldiği bilinmeyen sahâbi görüşüdür. Bu, şunu ortaya koymaktadır: Ebû Yusuf'a göre, akranlarından aksine bir görüş olduğu bilindiğinde sahâbîyi taklit etmek kıyastan daha evlâdır.¹⁴⁰ Serahsî de Kerhî'den bu nakli şu ifadelerle aktarmaktadır: "*Bu eser, sahâbeden bir tek kişinin sözüdür. Bu açıkça göstermektedir ki onun mezhebi, sahabe sözünün kıyasa takdim edilmesidir.*"¹⁴¹

Ebû Yûsuf, eserleri günümüze kadar ulaşıp da istihsan terimini kullanan ilk fakih olarak gözükmektedir. Fakat Schacht'ın iddia ettiği gibi bu terimi teknik olarak ilk kullanan kişi o değildir.¹⁴² Kanaatimizce o, bu prensibi hocası Ebû Hanîfe'den almış ve onu icthadlarında ustalıkla kullanmıştır. Hadis ve eserlere mümkün mertebe sıkı bağlılığına rağmen üstlendiği kadılık görevinin etkisi, siyasi hayat ve idarî işlerle iç içe olması neticesinde istihsan prensibini icthadlarında çokça kullanmıştır.¹⁴³

Ebû Yûsuf da istihsan terimini hocası Ebû Hanîfe gibi kıyasa mukabil olarak kullanmıştır.¹⁴⁴ Bazen, "güzel buluyorum (=estahsinü)" yerine "çirkin buluyorum (=estakbihu)" ifadesini kullandığı da olmuştur. Meselâ, üzerine başkasının devesi saldıran kişi onu öldürse, Ebû Hanîfe ve Muhammed'in kıyasa dayanan görüşüne göre sahibine kıymetini tazmin etmesi gerekir. Ebû Yusuf ise bu konuda, "*ona kıymetini tazmin ettirmeyi çirkin buluyorum (=estakbihu)*"¹⁴⁵ diyerek tazmin ettirilmemesinin istihsan hükmü olduğuna işaret etmiştir.

¹³⁹ Ahmed Hasan, "İlk İctihad Modelleri", s. 132.

¹⁴⁰ Cessas, *el-Füsûl*, III, 361.

¹⁴¹ Serahsî, *Usûl*, II, 105.

¹⁴² Schacht, *Origins*, s. 112.

¹⁴³ Matlûb, Mahmud, *Ebû Yusuf*, Câmîatü Bağdad, Bağdad 1972, s. 129.

¹⁴⁴ Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, Dâru'l-Ma'rîfe, Beyrut 1979, s. 178, 182, 189; Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed, *el-Muhtasar*, thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Dâru lhyâi'l-ülûm, Beyrut 1986, s. 211, 342, 402; Serahsî, *el-Mebsûr*, I, 87-88, 183; II, 13, 214; III, 105.

¹⁴⁵ Tahâvî, *el-Muhtasar*, s. 258.

Ebû Yûsuf'un istihsan prensibine göre verdiği fetva ve hükümler incelendiğinde onun istihsanı başlıca şu anlamlarda kullandığı görülmektedir:

1. Nassa dayanarak istihsan yapması. Namazda gülmekten dolayı abdestin bozulması, unutarak yiyip içmekten orucun bozulmaması,¹⁴⁶ ziraat ortaklığı (müzâraa) ve ağaç-emek ortaklığı (müsâkât) akdinin cevazı¹⁴⁷ gibi meselelerde hadislere dayanarak kıyas hükmünü terketmiş, istihsan yapmıştır.

2. Sahâbe ittifakına dayanarak istihsan yapması.¹⁴⁸

3. Sahâbe sözüne dayanarak kıyası terkedip istihsan yapması.¹⁴⁹

4. İnsanların teâmül ve örflerine binaen kıyası terketmesi.¹⁵⁰ Meselâ, kocanın karısının yerine, onun emri olmaksızın fıtır sadakasını vermesini Ebû Yusuf istihsana göre caiz görmektedir. Çünkü örf ve âdete göre fıtır sadakasını ödeyen kocadır; dolayısıyla kadının emri âdete göre sabit hükmündedir.¹⁵¹

Ebû Yûsuf zamana bağlı olarak örfün değişmesiyle, önceden verilmiş olan hükümlerin de değişeceği görüşündedir.¹⁵² Meselâ Hz. Ömer'in haraç vergisi olarak belirlediği miktara bağlı kalmamış, onu gününün şartlarına göre yeniden tesbit etmekte bir sakınca görmemiştir.¹⁵³ Aynı şekilde, Hz. Peygamber faiz yasağı ile ilgili olarak bir maddenin ölçekle (keylî) veya tartıyla (veznî) alınıp satılmasını hükme bağlamışsa bu maddenin her zaman bu şekilde alınıp satılması gerekir, bu konuda örfe itibar edilmez. Bu Ebû Hanîfe ve Muhammed'in görüşüdür. Ebû Yusuf ise örfün değişmesi halinde ölçekle olanın tartıyla, tartıyla olanın ölçekle alınıp satılabileceği kanaatindedir.¹⁵⁴ Onun bu istihsanı, zaten mevcut olan örfe dayalı olarak gelen nassa istinad etmektedir.¹⁵⁵ Dolayısıyla örfün değişmesiyle ona bağlı olarak hükümde değişmiştir.

5. Zaruret ve ihtiyaca binaen kolaylaştırma, zorluğu kaldırma ve zararı giderme esaslarına dayanarak istihsan yapması.¹⁵⁶ Zorluk ve güçlüğü kaldırmak maksadıyla bir şehirde birden fazla yerde cum'a namazının kılınmasına cevaz vermesi,¹⁵⁷ komutanın savaş bölgesinden elde edilen ganimetleri İslâm ülkesine taşıma imkanı bulamaması halinde, orada gaziler arasında

¹⁴⁶ Cessas, *el-Füsûl*, IV, 116-117.

¹⁴⁷ Serahsî, *el-Mebsûr*, XXIII, 2, 32.

¹⁴⁸ Serahsî, *el-Mebsûr*, V, 49.

¹⁴⁹ Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, s. 178; Cessas, *el-Füsûl*, III, 361-362; Serahsî, *el-Usûl*, II, 106, 110.

¹⁵⁰ Ebû Yusuf, *el-Harâc*, s. 178. Örnekler için bkz. Cessas, *el-Füsûl*, III, 361-362; Serahsî, *el-Usûl*, II, 106, 110.

¹⁵¹ Serahsî, *el-Mebsûr*, III, 105. Örnekler için bkz. a.g.e., V, 194-195, 213; VIII, 135, 186; XIX, 77-78, 93.

¹⁵² Matlûb, *Ebû Yusuf*, s. 130.

¹⁵³ Ebû Yusuf, *el-Harâc*, s. 84.

¹⁵⁴ İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-kadîr*, Dâru'l-Fikr, Beyrut, ts., VII, 15.

¹⁵⁵ Matlûb, *Ebû Yusuf*, s. 130.

¹⁵⁶ Matlûb, a.g.e., s. 130.

¹⁵⁷ Serahsî, *el-Mebsûr*, II, 120; Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi' fi Tertibi'l-ş-şerâi'*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1982, I, 260.

taksim edebileceğine dair görüşü,¹⁵⁸ müzâraa ve müsâkat akitlerinin caiz olduğuna dair görüşü¹⁵⁹ bu esaslara dayanan istihsanlardır.

6. Bir meselede hemen akla gelen açık kıyası çeşitli itibar ve öngörülere dayanarak terkedip o konuda maslahata daha uygun, illeti daha kuvvetli gördüğü kıyası tercih ederek buna istihsan adını vermesi. Meselâ, dört rekatlı nafilâ namaz kılan kimse ilk oturuşta teşehhüt miktarı oturmasa Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre namazı sahihtir. Bu gizli kıyas türü bir istihsandır. Onlar dört rekatlı nafilâ namazı dört rekatlı farz namaza kıyas etmişlerdir. Dört rekatlı farz namazın ilk teşehhüdünde oturmadığında namazı sahih olduğu gibi burada da sahihtir; hatta nafilâ farzdan daha hafif olduğu için evleviyetle sahihtir, demişlerdir. Açık (celî) kıyas görüşünü tercih eden Muhammed ve Züfer'e göre namaz sahih değildir. Onlar da bunu, iki rekatlı sabah namazına kıyas etmişlerdir. Buna göre nafilâ namazda her iki rekat başlı başına bir namaz hükmündedir; dolayısıyla iki rekatlı sabah namazında teşehhüde oturulmadığında namaz nasıl sahih olmuyorsa, başlı başına bir namaz kabul edilen dört rekatlı nafilâ namazın ilk iki rekatının teşehhüdüne oturulmadığında da namaz sahih olmaz, demişlerdir.¹⁶⁰

Ebû Hanîfe'nin bir diğer öğrencisi olan Muhammed eş-Şeybânî, gerek ondan aldığı eğitim ve gerekse farazî, takdîri fıkıhın sağladığı esneklik ve intikal çabukluğu nedeniyle problemlere acil çözümler getirebilme ve fıkıhı yaşanan hayata cevap verebilir biçimde yorumlama yeteneğini haiz bir fakihdi.¹⁶¹ Şeybânî: "*Hadis ancak re'yle, re'yde ancak hadisle istikamet bulur. Yalnız birisini iyi bilen kadılık ve müftülük yapmaya ehil olamaz*"¹⁶² diyerek naslarla re'y ictihadı arasında makul bir denge ve ölçü ortaya koymuştur. Şeybânî, keyfi olarak, hiç bir delile dayanmadan hüküm verilmesi konusu üzerinde hassasiyetle durmuş, bundan uzaklaşmak için nas olmayan koularda kıyasa, o geçerli olmadığında veya olumsuz sonuçlara götürdüğünde de istihsana başvurmuştur.

Şeybânî, eserlerinin birçok yerinde: "İstihsanda bulunuyor, kıyası terkediyorum"¹⁶³ demektedir. Onun bu istihsanı, kıyasın gereğine muhalif bir rivâyeti veya genel ilkeleri esas almaktır.¹⁶⁴ İstihsan terimini kıyas mukabili, kıyası terketmek olarak kullanmıştır.¹⁶⁵ Bazan de kıyas mukabili olduğunu söylemeden, "bu istihsandır" veya "istihsana göre böyledir" demekle yetinir.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 34.

¹⁵⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIII, 2 vd., 17, 32, 44, 56.

¹⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, I, 183. Örnekler için bkz. Serahsî, *a.g.e.*, II, 13, 214; VI, 28; XII, 12.

¹⁶¹ Özen, Şükrü, *Akileşme Süreci*, s. 307.

¹⁶² Serahsî, *el-Usûl*, II, 113.

¹⁶³ Şeybânî, *el-Asl*, II, 238, 370, 392; III, 320; IV, 423, 457; V, 111, 169-170, 190, 206-207.

¹⁶⁴ Hudari, *Tarihîl-tesrî*, s. 147, 150.

¹⁶⁵ Şeybânî, *el-Câmiu's-sağîr*, s. 90, 192, 212, 243, 245, 332, 410, 411.

¹⁶⁶ Şeybânî, *el-Câmiu's-sağîr*, s. 122, 204, 295, 319, 361, 376.

Bazı kaynaklarda Şeybânî'nin, "*Kitâbü'l-istihsan*" adlı eserinin var olduğu belirtilmekte¹⁶⁷ ve bazı Hanefî usûl kitaplarında ondan alıntılar yapılmaktadır.¹⁶⁸ Ancak yapılan alıntılardan, bu eserde haber-i vahid olan hadislerle amel etme gereğinden ve onların bazı şartlarından; fikhî meselelerde fâsık, kâfir, çocuk, bunak durumunda olan insanların verdiği haberlerin değerinden söz edildiği halde istihsan kavramı hakkında bir açıklama görülmemektedir. Söz konusu eserin, muhtemelen sonraki dönemlerde fıkıh kitaplarında yer alan, "istihsan ve kerâhiye" bölümleri¹⁶⁹ tarzında telif edildiği anlaşılmaktadır.

Şeybânî'nin istihsan prensibine göre verdiği hükümler şu esaslara dayanmaktadır:

1. Nasslara dayanarak istihsan yapıp kıyası terketmesi. Şeybânî sünnet ve eserler varken kıyasa başvurulamayacağı görüşündedir.¹⁷⁰ Medinelilerin Ramazan'da unutarak yiyip içen kimsenin orucunu kaza etmesi gerektiği görüşüne karşı Şeybânî: "*Medineliler çok iyi biliyorlar ki hiç kimsenin reddedemeyeceği eserlerin varlığından burada re'ye başvurulmamalıdır. Ebû Hanîfe, 'bu konuda rivâyet bulunmasaydı kazasını emrederdim' demiştir,*" demektedir.¹⁷¹

Şeybânî bazan da âyetin umum ifadesini esas alarak kıyası terketmekte ve buna istihsan demektedir.¹⁷² Meselâ, bülûğa ermeden ölen küçük kocanın gebe olan karısının iddeti, kıyasa göre dört ay on gündür; çünkü gebelik kocadan değil başkasından olmuştur. Fakat Şeybânî, bu kıyası terketmiş ve istihsan gereği olarak, iddetinin doğumla olacağı görüşüne: "*Gebe olanların bekleme süresi ise, yüklerini bırakmaları (doğum yapmaları)dır*"¹⁷³ âyetini delil göstermiştir.¹⁷⁴

2. Sahabe sözleri ve fiillerine –ister ittifak şeklinde, ister bazılarının görüşü şeklinde olsun- dayanarak istihsan yapması.¹⁷⁵

3. Örfе dayanarak istihsan yapması. Şeybânî'nin istihsan fetvalarında örfün çok büyük bir yeri ve önemi vardır.¹⁷⁶ Bir kimse bir yerden (meselâ) Kûfe'ye kadar bir binek kiralasa istihsana göre onunla evine kadar gidebilir.

¹⁶⁷ İbn Nedîm, *el-Fihrist*, s. 288.

¹⁶⁸ Cessas, *el-Füsûl*, III, 167, 173; Serahsî, *el-Usûl*, I, 328, 332, 336, 338; II, 22, 24, 25.

¹⁶⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 145; Kâsânî, *Bedâi'*, V, 118; Zeylâi, *Tebyînü'l-hakâik Şerhu kenzi'd-dekâik*, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, Kahire, ts., VI, 10.

¹⁷⁰ Şeybânî, *el-Hücce*, I, 316; II, 382.

¹⁷¹ Şeybânî, *el-Hücce*, I, 392.

¹⁷² Cessas, *el-Füsûl*, IV, 245.

¹⁷³ Talak, 64/4.

¹⁷⁴ Cessas, *el-Füsûl*, IV, 245.

¹⁷⁵ Desûkî, Muhammed, *el-İmam Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî*, Dâru's-Şekâfe, Katar 1987, s. 241. Örnekler için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, I, 56; Serahsî, *Usûl*, II, 106, 110, 112.

¹⁷⁶ Desûkî, *el-İmam Muhammed*, s. 242.

Oysa kıyasa göre, şehre girmesiyle sözleşme bitmiş sayılır. Şeybânî'nin buradaki istihsan görüşü, mevcut örf'e dayanmaktadır.¹⁷⁷

4. Zorluğu kaldırıp zararı gidermek, kolaylığı sağlamak, zarûret ve ihtiyaç gibi esaslara dayanarak istihsan yapması.¹⁷⁸

5. Zarûret veya örf dışında adalet, hakkaniyet gibi mülâhazalarla istihsan yapması.¹⁷⁹ Meselâ, başkasının yerine hac yapan kimse müvekkilin emrine muhalif olarak hac ile birlikte umre de yapsa, kıyasa göre harcamaları tazmin eder; bu, Ebû Hanîfe'nin görüşüdür. Muhammed ise, istihsan ile hükmederek bu kişinin müvekkilin isteğine muhalif sayılmayacağını ve dolaşısıyla da harcamaları tazmin etmesi gerektiği görüşünü savunmuştur. Çünkü o istenileni yerine getirmiş, bunun yanı sıra aynı cinsten bir ibadeti de ona eklemiştir.¹⁸⁰

6. Açık kıyas karşısında gizli kıyası tercih ederek yaptığı istihsan. Şeybânî, dinin temel ilke ve maksatları çerçevesinde bazı mülâhaza ve asıllara dayanarak bir meselede var olan iki kıyastan birini tercih etmiş ve buna istihsan demiştir. Gizli kıyasa dayanılarak verilen hüküm, açık kıyasın gerçekleştirmediği mana ve gayeleri gerçekleştirmekte, insanlardan güçlüğü kaldırıp yararlarını gözeten maksatları içermektedir.¹⁸¹

Şeybânî, açık delillere aykırı olarak yapılan istihsan icihadlarını keyfi karar verme olarak değerlendirip eleştirmektedir. Konu ile ilgili bir meselede, Medinelilerin kendi rivâyet ettikleri hadislere aykırı düştüklerini belirttikten sonra: "Açıkça kendi rivâyetlerini terkettikleri halde onlar nasıl âsâr ehli olabilirler? (...) Bu ve benzeri örnekler, onların daha başka görüşlerinde de eserleri terkedip, hakkında bir eser veya sünnet gösteremedikleri şeyi istihsanla kabul ettiklerini gösterir"¹⁸² diyerek, hakkında hadis bulunan bir konuda istihsan yapıldığından ve başka bir hadise de dayandırılmadığından bunu yanlış bulup eleştirmektedir.

Ebû Hanîfe'nin öğrencilerinden olan İmam Züfer de, en iyi, dikkatli ve dakik kıyas yapmakla tanınmıştı.¹⁸³ Züfer, döneminde Hanefilere eleştirinin çoğalması üzerine: "Muhaliflerin sözlerine iltifat etmeyin. Çünkü Ebû Hanîfe ve arkadaşlarımız bir mesele hakkında Kitap, sünnet ve sahih kavillerden başka bir şeye dayanarak konuşmamışlardır. En sonunda da bu esaslar üzerine kıyas yapmışlardır"¹⁸⁴ diyerek dayandıkları icihad prensiplerini ana hatlarıyla ortaya koymuştur.

¹⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 171. Örnekler için bkz. a.g.e., VIII, 135, 186; XII, 46; XV, 170, 172, 174.

¹⁷⁸ Desûkî, *el-İmam Muhammed*, s. 242-243. Örnekler için bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, I, 87; XIV, 133.

¹⁷⁹ Desûkî, *el-İmam Muhammed*, s. 243.

¹⁸⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 155; başka örnekler için bkz. a.g.e., II, 89; IV, 89, 132.

¹⁸¹ Desûkî, *el-İmam Muhammed*, s. 245: Örnekler için bkz. Şeybânî, *es-Siyerü'l-kebir*, s. 299; a.mlf., *el-Câmiu's-sağir*, s. 90, 192, 212, 245, 319, 332.

¹⁸² Şeybânî, *el-Hüce*, I, 22.

¹⁸³ Saymerî, *Ahbâr*, s. 24; Hatib, *Tarih*, XIV, 246.

¹⁸⁴ Mekki, *Menâkıb*, I, 75.

Züfer'in icthadlarında dayandığı esaslar ana hatlarıyla hocası Ebû Hanîfe ve arkadaşları Ebû Yûsuf ile Muhammed'den pek farklı değildi. Onların hepsi icthadlarında Kitap, sünnet, icmâ, sahabe kavilleri, kıyas, istihsan ve örf esaslarını genel olarak Ebû Hanîfe'nin anladığı şekliyle kullanıyorlardı. Fakat onlar, bu esasların cüz'î meselelere tatbiki esnasında bazı ayrıntılarda, bakış açılarında hocalarından farklı hareket etmekteydiler. Bunun sonucunda da aralarında birçok meselede görüş ayrılıkları olmuştur.¹⁸⁵ Örneğin bir meselede, kıyasa veya kıyasın terki olan istihsana müracaat ihtimali söz konusu olduğunda, onların bazıları katı ve olumsuz sonuçlara götürmediği, aranan maslahatlara ters düşmediği kanaatiyle o mevzuda kıyasa göre hükmetmekte; diğerleri de kıyasın olumsuz sonuçlar doğurduğu gerekçesiyle arzulanan maslahatı gerçekleştiren olarak gördüğü istihsana göre hükmetmektedir.¹⁸⁶

İşte Züfer'in, açık nassın bulunmadığı yerlerde, icthadlarında umûmiyetle tercih ettiği, kıyası esas alıp ona göre hükmetme metodunu bu yönden değerlendirip anlayabiliriz. Bir meselede Ebû Hanîfe ve arkadaşlarının görüşleri, kıyas ve istihsan prensipleri açısından farklılık arzetsen Züfer çoğunlukla kıyası istihsana tercih etmekte ve ona göre hüküm vermektedir. Nadir olarak da gizli kıyas anlamındaki istihsan ile nassa, sahabe kavline, mevcut örfeye dayanan istihsan ile ameli kıyasa tercih ettiği görülür.¹⁸⁷

Züfer'in istihsana göre hükmettiği meselelerden birisi şudur: İki adamın iki elini de kesen bir kişi hakkında hakim, kısas ve diyetle hükmetse ve bu arada elleri kesilenlerden birisi, diyeti almadan önce ve fakat hakimın hükmünden sonra, kısastan vazgeçip affetse, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre diğer elleri kesilen kimsenin kısasın uygulanmasını isteme hakkı vardır; bu kıyas hükmüdür. Onlar bunu, hakimın hükmünden önce, elleri kesilenlerden birinin affetmesine kıyas etmişlerdir. Züfer ve Muhammed ise, elleri kesilen diğer kişinin bu durumda kısas isteme hakkının kalmadığı görüşündedirler; bu da istihsan hükmüdür. Onlar da bunu, elleri kesilenlerden birisinin, diyeti aldıktan sonra affetmesi haline kıyas etmişlerdir.¹⁸⁸

E. SONUÇ

İstihsan kavramının ortaya çıkış süreci konusunda sonuç olarak şu tesbitleri yapabiliriz:

1. Hz. Peygamber (s.a.s.), sahâbe, tâbiîn ve tebeu tâbiînin ilk dönemlerinde istihsan terimi, daha sonraları kazandığı teknik anlamında kullanılmamaktaydı. Ancak istihsanın manası, yapılan icthadlarda mevcuttu ve bu, re'y veya re'y icthadı kapsamı içerisinde yer almaktaydı. İlk dönemde re'y, hem nasların doğru anlaşılıp yorumlanmasında ve yeni olaylara tatbikinde,

¹⁸⁵ Baltacı, *Menâhicü't-teşrî'*, I, 400-401.

¹⁸⁶ Baltacı, *Menâhicü't-teşrî'*, I, 413.

¹⁸⁷ Baltacı, *Menâhicü't-teşrî'*, I, 422, 423.

¹⁸⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 141; Züfer'e ait başka istihsan örnekleri için bkz. a.g.e., IV, 77; VII, 7; XXV, 36.

hem de hakkında nass bulunmayan konuların hükümlerini belirlemede en geniş anlamıyla kullanılmıştır. Bunun en güzel örneklerini ikinci halife Hz. Ömer'in icthatlarında görebiliriz.¹⁸⁹ Sahâbe döneminde re'y, istihsan olarak bilinen şekilleriyle çokça kullanılmıştır. Bu, halkın maslahatını, eşitlik ve adaletini ilgilendiren konularda, katı ve açık kıyası terkederek, re'yi kullanmanın yegane metodu olarak uygulanmıştır. Başka bir ifadeyle, keyfi ve indî bir görüş olmayıp, duruma göre isabetli olan kararı vermenin bir yolu olmuştur.¹⁹⁰

2. Tâbiîn ve tebeu tâbiîn döneminde de sahâbe devrinde olduğu gibi re'y en geniş anlamıyla uygulanmıştır. Re'y, esnek ve dinamik bir tabiata sahiptir, olayları, İslâm'ın ruh, hikmet ve adâleti ışığında hükme bağlar.¹⁹¹ İbnü'l-Kayyım'ın ifadesiyle re'y, delillerin çatıştığı herhangi bir konuda doğruyu bulmak için düşündükten ve samimi olarak araştırdıktan sonra zihninin ulaştığı hükmüdür.¹⁹² Diğer bir ifadeyle re'y, eğer; o konu için bir vahiy inmiş olsa, veya Hz. Peygamber bulunmuş olsa onlar tarafından verilecek olan bir hükmü ifade eder.¹⁹³

Tâbiîn fakihleri de sahâbenin yaptığı gibi, yeni olaylar hakkında daha hayırlıdır, maslahat bunu gerektirir tarzında gerekçelerle daha önce bulunmayan yeni hükümler ortaya koymuşlardır.¹⁹⁴ Bazen de mutlak ve genel naslarla amel etmeyi, maslahat ve insanların ihtiyacını dikkate alarak uygun bulmuyorlar; maslahatı gerçekleştirecek başka bir hükmü uyguluyorlardı. Narh koyma, yakının yakını lehine şahitlik yapmasını kabul etmeme örneklerinde olduğu gibi.¹⁹⁵ Onlar icthatlarında, şeriatın ruh ve maksadından ilham alıyorlar ve "*zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur*", "*geniş kapsamlı zararın önlenmesi uğruna dar kapsamlı zarara katlanılır*", "*meşedetin def'i maslahata takdim edilir*", "*meşakkat kolaylığı gerektirir*" gibi dinin genel kâidelelerini esas alıyorlardı.¹⁹⁶

3. İstihsan kavramı, sahâbe ve tâbiîn zamanında bir re'y icthadı yöntemi olarak kullanılırken, teknik mahiyette bir terim hüviyetini kazanması Ebû Hanîfe ve öğrencilerinin döneminde olmuştur. Ebû Hanîfe ve onun izinden giden öğrencilerinin istihsan tarzındaki icthadları incelendiğinde bunların, meseleye ilk bakışta hemen akla gelen kıyası ve genel kuralı terketme esasına dayandığı görülür.

Onlar, önlerine gelen meseleler hakkında nass bulunmadığında kıyas prensibine göre ilk akla yatan hükmü vermekte, daha sonra kendilerine me-

¹⁸⁹ Ahmed Hasan, "İlk İctihad Modelleri", s. 108-109.

¹⁹⁰ Ahmed Hasan, "İlk İctihad Modelleri", s. 131-132.

¹⁹¹ Ahmed Hasan, a.g.e., s. 124.

¹⁹² İbnü'l-Kayyım, l'îlâm, I, 103.

¹⁹³ Ahmed Hasan, a.g.e., s. 124.

¹⁹⁴ Musa, Muhammed Yusuf, *Târihü'l-fikhi'l-İslâmî*, Mektebetü's-Sündüs, Kuveyt. ts., II, 9; Karaman, *İctihad*, s. 86-89, 93.

¹⁹⁵ Musa, *Târihü'l-fikhi'l-İslâmî*, II, 10.

¹⁹⁶ Musa, *Târihü'l-fikhi'l-İslâmî*, II, 130.

sele ile ilgili bir hadis, sahâbe icmâi, sahâbe kavli veya fiili ulaştığında veya kıyas hükmünün insanları meşakkat ve sıkıntıya düşürdüğünü farkettilerinde yahut kıyas hükmüne aykırı yerleşik bir örf ve uygulamanın olduğunu gördüklerinde ya da aynı meselede maslahatı daha etkin olarak gerçekleştirecek, illeti daha kuvvetli başka bir kıyas hükmünün var olduğunu tesbit ettiklerinde önceki kıyas hükmünü terketmekte ve bu yeni hükme istihsan adını vermektedirler.¹⁹⁷ Bu onların, rivâyeti rivâyet olduğu için, veya örfü örf olduğu için kıyasa tercih ettikleri anlamına gelmez. Aksine onlar, rivâyetin veya örfün kıyastan daha çok insanların maslahatına, kamu yararına uygun düştüğünü düşündükleri için böyle yaparlar.¹⁹⁸

4. Onları istihsan prensibini kullanmaya sevkeden bazı örnek öncüllerin olduğu söylenebilir. Bunlar:

a. Kur'an'da yer alan çoğu metinlerin genel prensipler içermesi. Meselâ, *"Sözü dinleyip de en güzeline uyan kullarını müjdele"*¹⁹⁹ âyeti gibi.

b. Hz. Peygamber'in haksızlığa yol açacak bazı muameleleri yasaklayıp (akit esnasında mevcut olmayan malın satımı gibi) ihtiyaç duyulan alış-verişlere (selem, istisnâ' akitleri gibi) izin vermesi tarzındaki uygulamaları.

c. Sahâbelerin, kişinin maslahatlarını koruma veya zararı kaldırma gibi prensiplerden hareketle hüküm vermeleri.

İşte bütün bu uygulamaları göz önüne alan Hanefiler, sürekli kurallara bağlı kalmanın doğuracağı olumsuzlukları gidermek için istihsana başvurmuşlar²⁰⁰ ve meseleleri ya İslâm hukukunun genel prensipleri, ya bütün müslümanların ittifakı veya ortak ihtiyacı yahut kolaylığı sağlama gibi açısından tekrar incelemişler, daha uygun ve daha adil çözümler üretmeye çalışmışlardır.

¹⁹⁷ Baltacı, *Menâhicü't-teşri'*, I, 365.

¹⁹⁸ Ahmed Hasan, *"İlk İctihad Modelleri"*, s. 132.

¹⁹⁹ Zümer, 39/18.

²⁰⁰ Bardakoğlu, Ali, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü", *EÜİFD*, sy. 3, Kayseri 1986, s. 128-129.