

*İstanbul Üniversitesi Yayın No. 2848*  
*Siyasal Bilimler Fakültesi Yayın No. 1*

**Prof. Dr.**  
**ÜMİT YAŞAR DOĞANAY'IN**  
**ANISINA**  
**ARMAĞAN**

**I**

**İ.Ü. SİYASAL BİLİMLER FAKÜLTESİ**



**FAKÜLTELER MATBAASI**  
**İSTANBUL — 1982**

## İSLÂM HUKUKUNDA İÇTİHAD KAYNAKLARI

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İslâm Hukuku ile ilgili ilmi araştırmalarda belirtildiği gibi, İslâm hukukunun kaynaklarından birinci grup “*Sâbit kaynaklar*” diye isimlendirilmektedir. Bunlar Kur’an ve Sünnet’tir. Her ikisi de sâbit oldukları, yâni değişmedikleri ve değişmelerine imkân olmadığı için bu isim verilmiştir.

şimdi temas edeceğeklerimiz ise, ilk iki kaynağa dayanarak ortaya çıkan kaynaklardır. Ortaya çıkışları, hukukçuların fikri faaliyetleri, yâni içtihatları neticesidir. Bu sebeble bunlara “*ıctihat kaynakları*” ismi verilmektedir. Bazı müellifler, bunlara “*tefsir kaynakları*” demektedirler. Çünkü bu kaynakları, âlimlerin Kur’an ve Sünnet hükümlerini tefsirleri neticesi ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığı zaman, aşağıdaki kaynakları “*ıctihad kaynakları*” veya “*görüş ve kanaat kaynakları*” olarak isimlendirebiliriz<sup>1</sup>.

şimdi bu kaynakları görelim :

### 1 — İcmâ :

#### 1) Tarifi :

İslâm hukukunun üçüncü, içtihat kaynaklarının da birincisi İcmâ’dır.

İcmâ’nın lügat mânası, azm, kasd ve ittifaktır. İstilah olarak ise, şöyle tarif edebiliriz : “*İcmâ, bir asırdaki İslâm müç’hidlerin’in şer’i bir hüküm üzerinde ittifaklarıdır.*”

1) Bkz. ŞELTUT, 489-490; NEBHAN, 312.

Dikkat edilirse bu tarife göre, icmâ sözkonusu olabilmesi için,  
— İctihatta bulunanların, müctehit olan müslümanlardan ol-  
ması, ve

— Aynı asırdaki ittifaklarının gerçekleşmesi gereklidir.

Burada asır'dan maksat az veya çok bir zaman demektir<sup>2</sup>.

Müctehidler görüşlerini herhangi bir şekilde açıklamış olabi-  
lirler: Fetva ve hüküm (Kazâ) vererek açıklanması arasında fark  
yoktur. Görüşler, ya açıkça ifade edilip başkaları tarafından ileri  
sürülen görüşü işleyerek belirtilir ki, buna *azimet* denilir; ya da  
susar, red ve aksine içtihad beyan etmemek suretiyle belirtilir ki,  
buna da *ruhsat* ismi verilir.

## 2) Mahiyeti :

İcmâ'nın mâhiyeti hakkında şunlar söylenebilir :

— İcmâ bir içtihat faaliyetidir. İslâm âlimleri, hakkında hü-  
küm bulunmayan bir meseleyi halletmek için, fikrî faaliyet göste-  
yerek bir çare aramaktadırlar. İnsanların bir çareye olan ihtiyaçları,  
müctehitleri böyle bir fikrî faaliyete sevk etmektedir.

— İcmâ, Kur'an ve Sünnetde açık veya kapalı bir hüküm bu-  
lunmaması halinde, müctehitlerin yaptıkları içtihat neticesi ortaya  
çıkılmaktadır.

Eğer bu iki sâbit kaynakta hüküm varsa, içtihad olmaz, dola-  
yısıyla icmâ da teşekkül edemez.

— İcmâ, Hz. Peygamber (ASM) devrinde söz konusu olmamış-  
tır. Çünkü, insanlar problemlerini ona getiriyorlar, o da Kur'an'a  
veya kendi içtihadına dayanarak onu hallediyordu. Bu sebeple bir  
icmâya ihtiyaç kalmıyordu. Hz. Peygamber (ASM) den sonra ise,  
bazı müelliflere göre hiçbir zaman icmâ vukubulmamıştır. Zeydan  
ise, dört halife, özellikle Hz. Ebubekir ve Ömer (RA) zamanında  
icmânın teşekkül etmiş sayılacağını söylüyor<sup>2a</sup>. Bu noktaya biraz  
aşağıda yine temas edeceğiz.

2) Bkz. BİLMEN, 176-177; Mahmut ESAT, 255; Büyük HAYDAR  
Efendi, 335; BEDRAN, 200.

2a) HALLAF, 196; ZEYDAN, 299. Aynı görüş, Ebu ZEHRA, 195;  
BİLMEN, 110.

— İttifak edeceklerin kimler olacağı konusunda büyük bir görüş ayrılığı yoktur. Ancak bazıları “müçtehidlerin” ve “Ehl-i Rey’in” ittifakını ararken, bir kısmı ise, “Ehl-i'l Hal ve'l-Akd'n” ittifakını şart koşmaktadırlar<sup>3</sup>. Kanaatimce bu nokta, üzerinde durulacak kadar büyük bir fark ve görüş ayrılığı sayılmaz.

— Alimlerin çoğu icmânın bir kaynak ve delil olarak kabul edilebileceği görüşündedirler<sup>4</sup>. Görüşlerine delil olarak da Nisâ sûresi'nin 115. âyetini getiriyorlar :

“Kim kendisine doğru yol besbelli olduktan sonra Peygambere muhalefet eder, mü'minlerin yolundan başkasına uyup, giderse, onu döndüğü o yolda bırakınız. (Fakat âhirette de) kendisini ceherineme koyunuz. O, ne kötü bir yerdir.” Aynı sûrenin 59 ve 83. âyeti de delil kabul edilmektedir.

Ayrıca bazı hadisler de bu hususta delil olarak ileri sürülmektedir :

“Ümmetim hata üzerinde birleşmez”<sup>5</sup>.

“Ümmetim delâlet üzerinde birleşmez”<sup>6</sup>.

“Cemaatden hir karış ayrılanın, boynundan İslâm yuları düşer”<sup>7</sup>.

Ayrıca aklen de bir delil olarak kabul edilebilir. Şöyle ki :

Kitap ve Sünnet’de açık bir hüküm bulunmuyor. İslâm müçtehidlerinin de ittifakı (icmâ) da bir delil sayılmazsa, İslâm Dininin kıyamete kadar devam etmesi mümkün olmaz<sup>8</sup>.

### 3) Muhtevası :

İcmânın muhtevası içtihat faaliyetidir : Bir asırdaki müçtehidler, hakkında kesin hüküm bulunmayan bir mes’eledeki içtihatları

- 3) Bkz. NEBHAN, 313; ŞELTUT, 81; Büyük HAYDAR Efendi, 335.
- 4) Bkz. BİLMEN, 179. Aksi görüş sahipleri Nezzam ve bir kısım Şiadır. Bkz. BİLMEN, 180; NEBHAN, 313 vd.; ANSAY, 17. ŞELTUT, bu konuda çok çeşitli görüşlerin olduğunu belirtmektedir, sh. 81.
- 5) İbni MÂCE : Kitabu'l-Fiten, 8; Babu's-Sevadî'l-Azami, No. 3950.
- 6) Ebu DAVUD : Kitabu'l-Fiten, Babu'z-Zikrû'l-Fiten ve'l-Melahime
- 7) BUHARÎ, 92, Kitabu'l-Fiten, 25; MÜSLİM 33, Kitabu'l-İmâre, 13; Ebu DAVUD : Kitabu's-Sünne.
- 8) Bkz. BİLMEN, 182 vd.

nın belirleşmesidir. Gayesi, müslümanların ihtiyaçlarına cevap vermektir.

Eski asırlarda müçtehidlerin azlığı sebebiyle, icmânın vukuu mümkün ise de, daha sonraları, hususiyle zamanımızda, müçtehidlerin tam ittifakları kolayca mümkün değildir. Ama imkânsız da değildir. Bu zorluğa dayanarak bazıları<sup>9</sup>, icmânın mümkün olmadığını ileri sürmektedirler.

Kanaatimce, insanlar çoğalmıştır, müçtehidlerin sayısı artmıştır, ama onların bir araya gelmeleri ve karşılıklı görüşlerinden haberdar olmaları da o nisbette kolaylaşmıştır. Bu sebeple, zorluk kabul edilebilir, ve fakat imkânsız olduğu söylenemez<sup>10</sup>.

İcmâ iki çeşit olabilir :

1 — *Sarih (açık) icmâ* : Müçtehitlerin bir mes'eledeki müsbet veya menfi kanaatlarını açık olarak ifade etmeleri ve birleşmeleridir.

2 — *Sükûtî icmâ* : Bir müçtehid'in bir görüşüne diğer müçtehidlerin karşı çıkmamaları; itiraz etmemeleridir.

Âlimlerin çoğu sükûtî icmâ bir delil kabul etmemişlerdir. Çünkü, bir müçtehidin susması, çeşitli ruhi ve maddi sebeplerden ileri

- 9) Nezzam ve bazı şiiiler bu görüştedirler. Bkz. NEBHAN, 314; Büyük HAYDAR Efendi, 337 vd.; İmam Şafi'inin icmânın, ancak bütün müslüman ülkelerin âlimlerinin ittifakı ile olabileceği, bunun da hemen hemen gerçekleşmediği yolundaki görüşlerinin değerlendirilmesi için bkz. Ebu ZEHRA, 196-197; ŞELTUT, 53-84; Büyük HAYDAR Efendi, 339 vd.; MUSA, 375-376; ŞELTUT da çok şüpheli ifadeler kullanıyor. Bkz. 81. Ayrıca bkz. BİLMEN, 183.
- 10) Aynı görüş : BİLMEN, 183. HALLAF, her hükümetin kendi ülkesindeki müçtehitlerin görüşlerini tesbit etmesi halinde, bütün müslüman müçtehitlerinin fikirlerinin belli olacağına işaret etmektedir : "İşte bu icmâ olur ve üzerinde birleşilen hüküm, şer'i, bütün müslümanların uyması gerekli bir hüküm olur" (sh. 195-196). Ayrıca bkz. ZEYDAN, 229; AKŞİT, 21; İmam El - SARAHSÎ, aynı görüşü şu şekilde ifade ediyor : "her asırda fıskını ilân etmeyen, hevâsına tâbi olmayan bütün müçtehid âlimlerin ittifakı icmâdır" (AKŞİT, 21'den naklen). Aynı görüş : Ebu ZEHRA, 197-198; Büyük HAYDAR Efendi, 334 vd.

gelebilir. Kaldı ki, susan kimseye bir fikir isnat etmeye de imkân yoktur<sup>11</sup> demektedirler.

#### 4) Fonksiyonu :

İcmâ, insanların ihtiyaçlarını karşılama bakımından büyük bir fonksiyon ifa etmiştir. Üzerinde ittifak edilen mes'eleler, uyulması gerekli kuvvetli bir delil kuvvetinde kabul edilmiştir. İslâm âlimleri, âlimlerin hepsinin olmasa bile çoğunun ittifakına büyük değer vermişlerdir :

*"Kanunî hükümlerin tanzim ve ittıradı, bir ferdin ve bir fikrin değil, yüksek bir heyetin nazar-ı dikkat ve tetkikinden geçmesi lâzımdır ki umumî bir emniyeti ve cumhur-u nâsm itimadını kazanmak üzere millete karşı bir kefalet-i zımmiye husule gelsin ve icmâ-i millet hüccet edebilsin"*<sup>12</sup>.

Ancak bu konuda şu ayırımı yapmak mümkündür :

Zamanın şartlarına bağlı olmayıp, delile dayanan icmâların hükmü devamlıdır. Anne - babaya altıda bir miras vermek veya müslüman bir kadının müslüman olmayan bir erkekle evlenmesinin bâtil olduğu hakkındaki icmâlar gibi.

Zamanın şartlarının ortaya çıkardığı icmâlar ise, farklı zaman ve şartlarda değişebilir, yeni bir icmâ teşekkül edebilir.

Hz. Ömer (RA) zamanında, müellefetü'l kulûb için zekâtdan sarfiyat yapılmaması hususundaki içtihadı gibi. Çünkü o zamanda buna ihtiyaç duyulmuyordu. Aynı şekilde, bir lâfız ile üç defa talakın gerçekleşmiş olduğu yolundaki Hz Ömer (RA)'in içtihadı ve

11) HALLAF şöyle diyor : "Çoğunluğun fikrini râcih (üstün) görüyorum. Çünkü, müctehitlerden susan olursa, onun susması ruhi ve maddi birtakım şartlar ve durumlar (içinde olmuş demek)dir. Bu şartları ve durumları saymaya ve susmanın, fikre muvafakat edip, ona razı olduğunu kesinlikle ortaya koymağa imkân yoktur. Susan kimsenin fikri yoktur. Ona muvafık destekleyici) veya muhalif (karşı çıkan) bir söz ve görüş isnad edilmez. İcmâ ismi verilenlerin çoğu sukûti icmâdır." Ayrıca bkz. ZEYDAN, 298-299; Ebu ZEHRA, 201; BEDRAN, 201.

12) NURSÎ, işaratü'l-İcaz, 7.

sahabelerin de ona iltihakı gibi. Bu hususta diğer bazı misaller de verilebilir<sup>13</sup>.

## 2 — Kıyas :

### 1) Tarifi :

Kıyasın lügât mânası, takdir, eşitlik, bir şeyi diğer bir şey ile ölçmektir. İstilah olarak ise, “*Kıyas, iki mes’elenin, hükümlerindeki illiyet aynıyeti sebebiyle, haklarında nas bulunmayan mes’eleyi, haklarında nas bulunan diğer mes’elenin şer’i hükmüne ilhak etmektir (eklemektir)*”.

Bu tarife göre kıyasın şu unsurları vardır :

1) *Kendisine kıyaslanan (Mekis aleyh)* : Bu, hakkında nas gelen asıldır. Buna *El Müşebbeh bih* ve *El Mahmulaleyh* de denir.

2) *Fer’î = Kıyaslanan (Mekis)* : Bu, asla ilhak edilmek (eklenmek) istenen fer’dur. Buna *El Müşebbeh* ve *El Mahmul* de denir.

3) *Hüküm* : Bu, asla göre hüküm verilen nasdır.

4) *İllet* : Bu, aslında, üzerinde hüküm bina edilen ve fer’de gerçekleşen şeydir<sup>14</sup>.

Kıyas yapılabilmek için bu şartların mevcut olması iktiza eder. Ancak kıyası yapanda da bazı şartların bulunması gereklidir. O da kıyası ancak müçtehidlerin yapacağı hususudur. Yukarıda belirttiğimiz gibi, kıyas, içtihad kaynaklarından biridir. Bu sebeble ancak içtihad yapabilecek şartları kendisinde toplamış bulunan kimseler kıyasda bulunabilirler<sup>15</sup>.

Zamanımızda içtihad kapısı kapanmamıştır. “*İçtihad kapısı açıktır. Fakat şu zamanda oraya girmeye ... mâni vardır : ... Nasıl ki,*

13) Bkz. NEBHAN, 320; Ayrıca bkz. Ebu ZEHRA, 205-207; MUSA, 363 vd.; BEDRAN, 202.

14) NEBHAN, 320; ŞENER, 67, 100 vd.; HALLAF, 207; BİLMEN, 185-186; ZEYDAN, 301; BEDRAN, 203; Büyük HAYDAR Efendi, 357 vd. Bilhassa, Ebu ZEHRA, 222 vd.; Mahmut ESAD, 263 vd. SAVA PAŞA, 199 vd., 212.

15) MUSAR, 393 vd.

kışda, fırtınaların şiddetli olduğu bir vakitte, dar delikler dahi seddedilir, yeni kapıları açma, hiçbir cihetle kâr-ı akıl değil. Hem nasıl ki büyük bir selin hücumunda, tâmir için duvarlarda delikler açmak gark olmağa vesiledir. Öyle de, şu münkövat zamanında ve âdât-ı ecânibin içtilâsı anında ve bidaların kesreti vaktinde ve dâleletin tahribatı hengâmında, içtihad nâmiyle, kasr-ı İslâmiyetten yeni kapılar açıp, duvarların dan muhariplerin girmesine vesile olacak delikler açmak, İslâmiyete cinayettir<sup>16</sup>.

## 2) Mahiyeti :

*Kıyasın mahiyeti hakkında şunlar söylenebilir :*

— Kıyas bir içtihad faaliyetidir, daha doğrusu içtihad yapılırken başvurulan bir metoddur. İslâm âlimleri, bu yol ile hakkında hüküm bulunmayan bir mes'ele hakkında, fikrî bir faaliyet göstererek çare aramakta ve bulmaktır. İnsanların çareye olan ihtiyaçları, müçtehitleri böyle bir fikrî faaliyete sevk etmektedir.

— Kıyas, Kur'an ve Sünnet'te açık veya kapalı bir hüküm bulunmaması halinde müçtehidlerin, yaptıkları içtihad neticesi ortaya çıkmaktadır. Eğer bu iki sâbit kaynaktaki hüküm varsa, içtihad olmaz, kıyas da söz konusu değildir.

— Kur'an ve Sünnete aykırı netice veren kıyas yapılamaz<sup>17</sup>.

Kıyas hakkında aşağıdaki iki misal verilebilir :

Bir hâdise göre "katil mirasçı olamaz" (Asıl, kendisine kıyaslanan). Bu engeldeki illet, katilin bir şeye (mirasa) kavuşmak için vaktinden önce acele etmesidir. Ve bu sebeble ondan mahrum olma cezasına çarptırılmaktadır. Hukukçular buna dayanarak, lehine vasiyet yapan şahsın öldürülmesine kıyas ederek, katilin vasiyetten hakkını almaya engel olacağına hükmetmişlerdir. Çünkü, o bir şeye (mirasa) kavuşmak için vaktinden evvel acele etmekte, vasiyet yapanı (vasiyi) öldürmesi, muhrisi öldürmesi gibi kabul edilerek mirastan mahrum olması gerektiğini söylemektedirler<sup>18</sup>.

16) NURSİ, Sözler, 596-597.

17) Ebu ZEHRA, 245; MUSA, 392; SAVA PAŞA, 210 vd.

18) NEBHAN, 321; ZEYDAN, 302.



İkinci misal : İçkinin haram olduğuna dair Maide sûresinin 90. âyetinde hüküm vardır<sup>19</sup> :

*“Ey iman edenler, içki, kumar, (tapmaya mahsus) dikili taşlar, fal okları ancak şeytanın amelinden birer murdardır. Onun için bun(lar)dan kaçının ki murâdınıza eresiniz.”*

İçkinin haram olduğuna dair nas, yâni âyet gelmiştir. Bu haramdaki illet, sarhoş etmektir (işkâr). Sarhoş eden herşey içkiye (hamr) kıyas edilmekte ve kıyas yoluyla haram kabul edilmektedir<sup>20</sup>.

Kanaatimizce burada kıyasa müracaat edilmesine gerek yoktur : Çünkü, içkinin haram olduğunu yukarıdaki âyet ifade ettiği gibi, bu konuda hadisler de vardır. Hatta bir hadiste Hz Peygamber şöyle buyurmuştur :

*“Sarhoş eden her içki haramdır”<sup>21</sup>.*

Sarhoşluk veren her şeyin haram olduğu böylece hadiste, yâni kavli sünnette sarih (açık) bir şekilde belirtilmiştir. Bu sarahat karşısında artık kıyasa başvurmaya, yani hakkında hüküm bulunmayan ve fakat aynı illeti taşıyan bir içki çeşidinde aynı hükmün tatbik edilebileceğini söylemeye gerek yoktur. Çünkü bir İslâm hukuk kaidesi şöyledir : *“Mevrid-i nasta içtihada mesağ yoktur”* (Mecelle md. 14).

Sayın Başgil gibi bir çok müellifler<sup>22</sup> bu konuyu kıyasa misal olarak vermektedirler, ama yukarıdaki sarahat karşısında, kanaatimizce burada kıyasa yer ve gerek yoktur.

Üçüncü misal : Vasiyet mevzuunda şer’i nâsalar gelmiştir. Bunlar yetimin malları üzerinde murakabe vazifesini ifa eden vasi hak-

19) Diğer âyetler için bkz. Mâide, 91, Nisâ, 43, Bakara, 219.

20) NEBHAN, 321.

21) Bkz. BUHARÎ, K. Eşribe; NESAI, K. Eşribe; Ebu DAVUD, K. Eşribe; TİRMİZİ, K. Eşribe, DARİMİ, K. Eşribe. Bu mânaya yakın diğer bir hâdis de şöyledir :

*“Çoğu sarhoş eden (içki) nin azı da haramdır”.* Aynı kaynaklara ilâveten bkz. AHMED, Müsned, K. Eşribe.

22) Bkz. Esas Teşkilât Hukuku, 1. c., Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri, İstanbul 1960, sh. 66. ZEYDAN, 302; SAVA PAŞA, 209-210.

kındaki hükümlerdir. Hukukçular vakıf hakkındaki hükümleri, vasiyet ile vakıf arasındaki benzerlik sebebiyle, vasiyet hakkındaki hükümlere kıyas etmişler ve ölüm hastalığı halinde üçte birinden fazla miktar için vakıf yapılmasını vasiyete kıyasen, ancak mirasçuların muvafakatı ile böyle bir vakfın mümkün olacağına karar vermişlerdir<sup>22a</sup>.

— Ceza Hukuku sahasında kıyas yapılamaz<sup>23</sup>.

### 3) Muhtevası :

Kıyasın muhtevası, icthad faaliyetidir. Gayesi, hakkında kesin hüküm bulunmayan bir mes'eledede, çare bulmak için hüküm çıkarmak, insanların ihtiyaçlarına cevap vermektir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kıyas yapacak kimselerin müctehit olması gereklidir.

Kıyas konusunda İslâm metodoloji âlimleri çok şeyler yazmışlardır. Bilhassa, kıyasta illet bahisleri ve illetin şartları konusunda pek tafsilât vermişlerdir. Bu konu, bizi ilgilendirmediğinden üzerinde durmuyoruz<sup>24</sup>.

### 4) Fonksiyonu :

Kıyas bir İslâm Hukuku kaynağı ve bir delil olarak kabul edilmektedir. Âlimler kıyasın bir kaynak ve delil olduğu hakkında Kur'an ve Sünnetten deliller getirmektedirler :

Kur'an'da En'am sûresinin 145. âyeti şöyle buyurmaktadır :  
 “De ki : *Bana vahyolunanlar arasında, yiyen bir kimşenin yiyeceği içinde (sizin haram dediklerinizden böyle) haram edilmiş bir şey bulmuyorum. Yalnız gerek ölü, gerek dökülen kan, gerek domuz eti —ki bu şüphesiz murdardır—*”.

22a) NEBHAN, 321. Diğer misaller için bkz. BİLMEN, 188 vd.; HALLAF, 199-200; AKŞİT, 26.

23) ŞENER, 112; ANSAY, 19; AKŞİT, 29 ve orada zikredilen kaynaklar. Şafiiler aksi görüştedir. Bkz. Ebu ZEHRA, 250; BEDRAN, 205.

24) Bkz. BİLMEN 189 vd.; NEBHAN, 424; HALLAF, 208 vd. Bilhassa bkz. Büyük HAYDAR Efendi, sh. 357 vd.

Âyette sayılan pis şeyler, selim bünyelerin nefret ettiği pis şeylerin haram kılınması için illet kabul edilmiştir.

“Çürümüş kemikleri kim diriltecek? De ki onları ilk defa yaratan diriltecek” (Yasın, 78-79). Burada, haşrin inkârına karşı kıyas ederek delil getirilmiştir. “...İşte ey akıl ve vasiyret sahipleri, siz (undan) ibret alın” (Haşır, 2). “İbret alın”, yani kendinizi, (inanmaman) o kimselere kıyas edin demektir. Yine meselâ, içki ve kumarın yasak edilmesinin sebepleri şu âyetde belirtilmiştir: “Şeytan içki ve kumar yüzünden aranızda düşmanlık ve kin sokmak, sizi Allahı anmak ve namaz kılmaktan alkoymak ister. Artık vazgeçtiniz değil mi?” (Mâidi, 91) (Ayrıca bkz. Bakara, 179, Ahzab, 37, Haşır, 7, Nisâ 59, 160).

Sünnet’den delil :

Hz. Peygamberin (ASM), Muaz b. Cebel ile konuşması bu konuda çok meşhurdur : Muaz’ı Yemen’e göndermek istediği zaman, ona “Sana bir ihtilâf sunulduğu zaman nasıl hareket edersin” diye sordu. O da, “Allahın kitabı ile, onda bir hüküm bulamazsam, Allahın elçisinin sünneti ile, onda da bir şey bulamazsam, fikrime göre karar veririm” Peygamber bu cevaptan çok memnun olmuştur. Burada fikirden maksat, içtihattır. İçtihadın içine kıyas da dahildir.

İkinci misal : Bir adam, karısının doğurduğu siyah çocuğu inkâr eder. Peygamber ona : “Senin develerin var mıdır?” Adam “evet” der. “Renkleri nedir?”, “Kırmızı”. Peygamber : “İçlerinde boz renkli yok mudur?”. “Evet var”. Peygamber : “Nereden (bu boz renkliler)?”. Adam : “Belki bir damardan gelmiştir”. Bunun üzerine Peygamber : “Bu da belki bir damardan” demiştir<sup>25</sup>.

Ayrıca, kendisinden babası adına hac etme konusunu soran câriyeye Hz Peygamber (ASM) verdiği cevap da bir misal teşkil eder. Cariye şöyle demiştir :

“Ey Allah’ın Resûlu Babam yaşlı ve hac edemeyeceği bir zamanda, hacc kendisine farz oldu. Şayet ben onun adına hacc etsem, ona faidesi olur mu?”

25) Birinci hâdis : MÜSNED, 15/208; TIRMİZİ, 6/69; Ebu DÂVUD, K. Akziye, 11. İkinci hâdis : MÜSLİM, 10/134.

Hız. Peygamber ona şöyle cevap vermiştir :

“— *Babanın bir borcu olsa ve sen onu ödeseñ, bunun ona faidesi olacağına inanıyor musun?*”

Cariye :

“— *Evet*” dedi.

Bu defa Hız. Peygamber (ASM),

“— *Allah'ın borcu ödenmeye daha lâyıktır*” buyurmuştur<sup>26</sup>.

Bunun dışında kıyasın sahabelerin söz ve fiilleri, yani İcmâ ile ve aklen de gerekli ve tabî bir faaliyet olduğu belirtilmektedir<sup>27</sup>. Bazı hukukçulara göre kıyas bir kaynaktan ziyade bir metoddur. Yani müçtehidin içtihad yaparken başvurduğu bir yoldur<sup>28</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, kıyasın bir metod olduğunda şüphe yoktur. Ancak, kıyas neticesinde, o zamana kadar açık bir şekilde mevcut olmayan bir hüküm ortaya çıkmaktadır. Bu hükmün Kur'an ve Sünnet'e dayanacağı ve hatta icmâa uygun olması tabiidir. Çünkü icmâ, müçtehidler topluluğunun bir kanaati iken, kıyas yoluyla bir müçtehidin görüşü ortaya çıkmış olmaktadır.

### 3 — İstihsan :

#### 1) *Tarifi* :

İstihsan, lügat mânası olarak, bir şeyi güzel saymak, kabul et-

26) BUHARÎ, 2/141, 218.

27) Bu konunun tafsilâtı için bkz. BİLMEN, 191 vd.; NEBHAN, 324; HALLAF, 205; AKŞİT, 26-28. Ayrıca kıyasa karşı olan Nezzam ve Şia'nın görüşlerinin tahlili tenkidi için bkz. MUSA, 384 vd. İmam Şafi'inin kıyası müdafaa eden görüşü için de bkz. İbid., 387 vd.; ZEYDAN, 302; Mahmut ESAD, 265; Büyük Haydar Efendi, 353 vd.; BEDRAN, 203-204; SUNAR, 68.

28) “Bu suretle kıyas ile sabit olan hüküm, gerçekte bu üç delilden biri ile sabit olmuş demek olacaktır. Yani kıyas bir hükmü isbat etmeyip üç delilden biri ile sâbit olan hükmü meydana kor. Bu sebeble İslâm âlimlerinin bazıları İslâm Hukukunun kaynaklarını üçe hasrederek kıyası bunların fer'i saymışlardır”. Mahmud ESAD, *Usul-ü Fıkh*, İstanbul, 1302, 15; BERGSTRASSER, 14; ŞENER, 113 vd. Bu konuda ayrıca bkz. SAVA PAŞA, 214 vd.

mektir. İstilah olarak ise, istihsanı şöyle tarif edebiliriz: “İstihsan, müçtehidin bir hükümden, görüşüne göre dönmeyi gerektirecek daha kuvvetli bir ciheti sebebiyle, diğer bir hükme, dönmesidir veya müçtehidin, açık kıyasın gereğinden, kapalı kıyasın gereğine dönmeyi gerektiren daha kuvvetli bir sebep için dönmesidir”<sup>29</sup>.

## 2) Mahiyeti :

İstihsana “gizli kıyas” ismi de verilir. İstihsan ile kıyas arasındaki fark şuradadır : Kıyas, hakkında nas bulunmayan bir mesele için, ona benzeyen bir hükme eklenmesi esasına dayanır. Bu özelliği ile, istihsan bir içtihad faaliyetidir. Bu sebeple yukarıda kıyas hakkında söylediklerimiz burada da sözkonusu olacaktır.

Yalnız şu kadarını söyleyelim ki, istihsanda, müçtehid kıyas kaidelerini kullanmaktan vazgeçmekte ve menfaati gerçekleştirmek ve küllî kıyas karşısında cüz’î menfaati gözetmek için diğer bir içtihadın gereği ile amel etmektedir<sup>30</sup>.

Misaller vererek istihsanın çeşitlerinden bahsederseniz, mahiyeti daha iyi anlaşılmış olur.

İstihsan ikiye ayrılır :

### 1 — İstihsanü'l Kıyasî :

Bu, müçtehidin, maslahatın (menfaatin) gerektirdiği gizli kıyasa dayanarak, kıyas kaidelerinin gerekleri ile amel etmekten, diğer bir hükme dönmesidir<sup>31</sup>.

“Buna misal : Bir satıcı ziraî bir toprağı satınca, bu satışa su kanalı tesis, içme ve geçme hakkı dâhil değildir. Vakıf, benzer olmaları sebebiyle, mülkiyetin naklinde, satım akdine kıyas edilir. Ancak Hanefî âlimleri bu kıyası terketmişler ve geçme, içme ve su kanalı tesis hakkını vakfedilen mala, istihsanen bağlı kabul etmişlerdir.

29) Bkz. NEBHAN, 332. Diğer tarifleri için bkz. Ebu ZEHRA, 253; HALLAF, 227; SUNAR, 68; MUSA, 403 vd.; BEDRAN, 206; ŞENER, 117.

30) Bkz. Ebu ZEHRA, 254; NEBHAN, 332; HALLAF, 227; BEDRAN, 206; ŞENER, 128-130.

31) NEBHAN, 332.

Böylece kıyasa karşı çıkmışlardır. Bu konudaki görüşleri şudur : Vakfedilen ziraat bir araziden istifade (intifa), ancak, içme, geçme ve su kanalı tesis ile mümkündür. Böylece bu haklar, satış olmadan yapılan vakfa, araziden istifade ancak bu hakların kullanılması ile mümkün olacağından, bunların zikredilmesine hacet olmaksızın, dahildir.

Bu misalde, vakfa açık kıyasın tatbik edilmesi, vakfedilen araziden istifadeyi sağlamadığını (gerçekleştiremediğini) söyleyebiliriz. Bu sebeple bu kıyasdan, diğer bir kıyas olan gizli kıyasa dönmüşlerdir<sup>32</sup>.

## 2 — İstihsanü'z Zarure :

Bu, zorluğu ortadan kaldırmak ve bir ihtiyacı gidermek için zaruret veya maslahat sebebiyle kıyasın hükmüne muhalefettir. Bu durum, genel kıyas kaidelerinin tatbikinin zorluk ve meşakkate sebep olduğu zaman sözkonusu olur. Buna misal, vedia veya emanet verilebilir. Emanet edilen vediayi alan veya emanet edilen kimse- nin elinde ve fakat kusuru olmadan telef olursa, tazminle mükellef değildir. Bunun gibi, kiracı, âriyet alan ve işçi aynı durumdadır. Ancak hukukçular özel işçi (ecirü'l-has) ile diğer normal işçi (ecirü'l-müşterek) arasında ayırım yapmışlar ve boyacı, fırıncı gibi, muayyen bir zanaatda emeğini satan herkes, elinde bulundurduğu için, istihsanen telefî tazmin ile mükelleftir demişlerdir; ta ki, işini ihmal etmesin, dikkatsiz davranmasın. Çünkü, böyle bir davranış eşyanın telef olması neticesini doğurur. Ama şâyet telef, yangın ve diğer benzeri gibi kaçınılması mümkün olmayan bir sebeple olursa, tazminle mükellef değildir. Bu netice Mecelle'de, 611. maddede şöyle yer almıştır :

*"Ecîr-i müşterekin gerek teaddisi ya taksiri olsun ve gerek ol-  
masın kendisinin fiil ve sun'undan tevellüd eden zarar ve hasârı  
zâmin olur."*

Bu duruma göre, istihsan kıyasa tekaddüm eder (ondan önce gelir). Çünkü zarurî maslahatlar, genel kıyas kaidelerine aykırı davranmayı gerektirmektedir<sup>33</sup>.

32) NEBHAN, 333; HALLAF, 228. Diğer misaller için bkz. Ebu ZEH-  
RA, 256.

33) Bkz. Ebu ZEHRA, 258; NEBHAN, 333; MUSA, 401-402. Bazı

Prof. Mustafa Ez-Zerka, "El-Medhal'ül-fıkhî'l-Âm" adlı kitabında şöyle diyor:

*"Bunun hakkında hukukçular diyorlar ki, bir mes'eledede hüküm zikredilmemişse kıyas, aksi halde istihsan tatbik edilir. İstihsan'ın hükmü daima tatbik edilmesi gereken hükümdür. Çünkü, gerçekten istihsan, bazı hallerde hükümlerin problem husule getirdiği zaman kıyasa terettüp eden şeyin ilâcıdır"*<sup>34</sup>.

İstihsanın bir kaynak veya başvurulacak muteber bir usul olup olmadığı konusuna gelince:

İmam Şâfii, istihsanı kabul etmemektedir. Ona göre, "İstihsan yapan şeriat koymuş olur". Yani kendisi için, Allah'ın hükmünü nazara almadan, hüküm koymuş olur. Şâfii, istihsanı delilsiz, bir çeşit hevadan söylenmiş söz kabul etmiştir<sup>35</sup>.

İmam Hanefi ise kabul etmektedir. Keza diğer âlimler ve mezhep imamları da istihsanı bir kaynak ve usul olarak kabul etmektedirler<sup>36</sup>.

Genellikle hâkim olan kanaat, istihsanı kabul etmek, kıyas kaidelerinden dönmek ve âmme menfaatine yönelmektir<sup>37</sup>.

müellifler diğer kıyas çeşitlerinden daha bahsetmektedirler. Bunlar daha çok bir kısım mezheb imamlarının yaptıkları ayırım, ya da tatbik ettikleri metod sebebiyle ortaya çıkmış ve sözkonusu olmuştur: "İstihsanu's-Sünne" ve "İstihsanü'l-İcmâ" gibi (bkz. Ebu ZEHRA, 257-258).

34) NEBHAN, 333. Bu konuda mezheplerin tutumu için bkz. ŞENER, 122 vd.

35) ŞENER, 131; NEBHAN, 332, 334; SUNAR, 68. Ayrıca bkz. Ebu ZEHRA, 260 ve MUSA, 415 vd. da İmam ŞAFİ'nin istihsan aleyhindeki delilleri sıralanmaktadır. Bazı müelliflere göre, Şâfii, isim zikretmemekle beraber, bu usulü kullanmıştır (BEDRAN, 208).

36) Bkz. Ebu ZEHRA, 259-260; NEBHAN, 334; SUNAR, 68; SERAHSİ şöyle diyor: "İstihsan kolaylık için güçlüğü bırakmaktır ve İslâm Dininde asl olan da budur" (SUNAR, 68'den naklen); BEDRAN, 207.

37) Bkz. NEBHAN, 334; HALLAF, 230.

3) *Muhtevası* :

İstihsan bir içtihad faaliyettir. Yukarıda kıyasın muhtevası hakkında söylediklerimiz, burada da sözkonusu olduğundan tekrar etmiyoruz.

4) *Fonksiyonu* :

İstihsanın bir İslâm Hukuku kaynağı olduğu genellikle kabul edilmektedir. Yukarıda kıyas konusunda söylediğimiz gibi, istihsanın da, bir kaynak değil bir usul ve metod olduğunu ileri sürenler vardır ve bu, kolayca reddedilen bir görüş değildir. Bu noktaya yukarıda da temas etmiştik.

4 — *İstislah (Mesâlih-i Mürsele) : Âmme Menfaati* :1) *Tarifi* :

Mesalih-i mürsele, yahut âmme menfaati, hakkında kanun koyucunun, ne tey'id edici ve ne de ilga edici bir delil koyduğu her menfaattir. Şayet bu menfaati tey'id eden nass gelirse, bu nas sayesinde sâbit bir hüküm haline gelir<sup>38</sup>.

Mahiyetini izah ederek bu tarifi dahi iyi anlatmış oluruz.

2) *Mahiyeti* :

İslâm Hukukçularına göre kanun koyucunun nazarında üç türlü menfaat söz konusu olabilir :

1 — Kanun koyucunun muteber bir menfaat olarak kabul ettiği menfaat : İnsanın kendisini muhafaza etmesi ve insanlardan zorlukları gidermek gibi. Bu konuda şer'i naslar gelmiştir.

2 — İlga edilmiş menfaatler : Yani insanların menfaati vardır, ama kanun koyucu onu kabul etmemiştir, ilga etmiştir. Faiz gibi. Mirastan kadınların erkeklerle eşit hisse almaları gibi. Bu husustaki gelen naslar, bu menfaatleri muteber kabul etmemiş, ilga etmiştir.

3 — Ne tey'id eden, ne de ilga eden bir nas gelmiştir, ama ortada bir menfaat vardır : "*Karı - koca arasında yapılan evlenme*

38) NEBHAN, 335; ŞENER, 137; HALLAF, 231.



*akdinin isbatı ve ikisinden birinin bu akdi inkâra kalkışmaması için şer'i mahkemeye tescil edilmesi gibi*<sup>39</sup>.

Veya, meselâ sahabelerin, hapisane yapmaları, fethettikleri bölgelerdeki toprakları eski sahiplerinin ellerinde bırakmaları ve fakât onlardan haraç almaları veya para basmakta menfaat görmeleri gibi, bütün bu konularda menfaati olduğu kabul edilmiştir<sup>40</sup>.

İşte bu üçüncü grupta yer alan menfaatlar, burada sözkonusu olan Mesâlih-i Mürsele, yani âmme menfaatidir.

Acaba istihsan ile istislah arasında ne gibi bir fark vardır? Hanefî âlimleri, istislahı, istihsan-ı kıyasî kısmına dahil kabul etmektedirler. Ama yine arada ince bir fark vardır. Şöyle ki :

Bir mes'eleda istihsan yapılıyorsa, genel menfaati korumak için kıyas kaidelerinin gereklerine muhalefet vardır : İşçinin eli altında kilerin telefini, kıyas kaideleri gereği tanzim etmek mecburiyetinde olmamasına rağmen, müşterek işçilerin, ellerinde bulunan insanların mallarını tazmin etmeğe mecbur olmaları gibi.

İstislah ise, kıyasa aykırı davranmayı şart koşmaz. Çünkü, mücerret menfaate dayanır.

*"O halde istihsan, kıyas kaidelerine aykırı bir davranış iken, istislah, kıyas kaidelerine aykırı kabul edilmez, o, yeni bir kaynaktır"*<sup>41</sup>.

Yukarıdaki tarifi böylece biraz açtıktan sonra, şimdi de istislahın mahiyeti hakkında İslâm hukukçularının görüşlerine kısaca temas edelim :

Herşeyden evvel belirtelim ki, ibadete taalluk eden işlerde kıyas olmadığı için, istislah da câiz değildir. Bu konuda İslâm hukukçuları müttefiktir.

39) NEBHAN, 335. Bazı müellifler insanların menfaatini koruma açısından ayırım yapmaktadırlar. Canı korumak, akli korumak, nesli korumak, malı korumak, dini korumak. Burada korunan her husus bir menfaattir. (bkz. Ebu ZEHRA, 267-268). Ayrıca bkz. HALLAF, 231-232; BİLMEN, 214 vd.

40) HALLAF, 231. Diğer misaller için bkz. Ebu ZEHRA, 270; ŞENER, 151 vd.

41) NEBHAN, 335.

Muamelâtda ise, iki grup görüş farkı sözkonusu, olmaktadır :

İmam Şafii, mesalih-i mürseleyi kabul etmenin caiz olmadığını belirtmektedir. Heva ve heveslerine tâbi olanların önüne, yeni bir tahakküm sahası açmamak için, istihsana da karşıdır. Bu hususa yukarıda temas etmiştik. İmam Gazzâli de istislahâ karşıdır<sup>42</sup>.

Buna karşılık Ebu Hanife istislahı kabul etmektedir. Aynı şekilde İmam Mâlik ve İmam Ahmed de istislahı kabul ve tatbik etmişlerdir<sup>43</sup>.

Mesâlih-i mürselenin bir delil veya kaynak olabilmesi için İmam Mâlik üç şart ileri sürmektedir :

*"a) Kendi başına bir delil olan maslahat ile Şâi'in amaçları arasında bir uygunluk olmalıdır; o, şer'i bir delile aykırı düşmemelidir; hakkında bir delil bulunmasa dahi cinsi itibariyle İslâmın gözettiği maslahatlarla bağdaşmalıdır.*

*b) Maslahat, akla yatkın olmalı ve akıl erbâbına sunulduğu zaman kabul edilebilecek nitelikleri taşımalıdır.*

*c) Maslahata göre verilen hüküm, zarurî bir güçlüğü kaldırmalıdır. Öyle ki maslahat ile hüküm verilmeyecek olursa insanlar sıkıntı ve güçlük içinde kalmalıdır. Nitekim kur'an'da da "Allah sizin için dinde bir güçlük kılmadı" buyurulmuştur<sup>44</sup>.*

Mesalih-i Mürseleye başvurmak için bazı şartlar gereklidir. Bu şartlar şunlardır<sup>45</sup>.

- 1 — Maslahat (menfaat) hakikî, gerçek olmalıdır.
- 2 — Maslahat umumî olmalı, şahsî olmamalıdır.
- 3 — Maslahat nas ile sâbit bir hükme veya icmâa aykırı olmamalıdır (Kız çocukların miras hissesinde, erkek kardeşleri ile eşit hisse almalarındaki menfaat gibi)<sup>46</sup>.

42) NEBHAN, 336. Ayrıca bkz. HALLAF, 232.

43) NEBHAN, 336; BEDRAN, 209.

44) Ebu ZEHRA, 269; BEDRAN, 210. Bu konuda etraflı bilgi için bkz. ŞENER, 144 vd.

45) HALLAF, 233-234; NEBHAN, 337.

46) HALLAF, 234; NEBHAN, 337; Ebu ZEHRA, 271. Ayrıca bkz. SUNAR, 69.

3) *Muhtevası* :

İstislah, bir içtihaddır, bir görüştür. İçtihad ile, hakkında hüküm bulunmayan ve insanların ihtiyacı olan bir konuda çare aranıyordu. Burada da insanların (müslümanların) menfaati sözkonusudur ve ona uygun hareket edilmektedir.

4) *Fonksiyonu* :

İstislah, içtihadın, oynadığı rolü oynar, istislahın, bir kaynak olduğu genellikle kabul edilmektedir. İslâm tarihi boyunca, istislahı başvurulduğu görülmüştür. Sahabeler mesâlih-i mürsele ile hüküm verdikleri gibi dört halife ve büyük mezheb imamı da ona dayanmışlardır<sup>47</sup>. Bunların misallerini yukarıda zikrettik.

5 — *Örf* :1) *Tarifi* :

Lügat mânasında örf, irfan ve mârifet demektir. İstilah olarak ise örf, insanlardan veya topluluklardan tekrar tekrar sâdır olan davranışlardır<sup>48</sup>.

2) *Mahiyeti* :

Örf, bir topluluktaki söz veya fiil halinde tekrar edilen ve tekrar edilmek suretiyle, kabul edilmiş bir adettir". Bu sebeple örfü "lâfzî örf" ve "fiili örf" olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

Örf, müsbet bir davranış olduğu gibi, menfi, yani terkedilen bir hareket de olabilir.

Diğer taraftan, örfün yayılma ve tatbik edilme derecesine göre "genel örf" ve "özel örf" diye ikiye ayrıldığı da bilinmektedir<sup>49</sup>.

Genel örfte şu misal verilebilir : "Acaba zannî olan âmm'ı tahsis eden ve kıyas'ın terkedilmesine yol açan örf-i âmm (genel örf) nedir? Fakihlerin istisna akdini şöyle izah ettiklerini görüyoruz :

47) Bkz. Ebu ZEHRA, 269-270; BEDRAN, 210.

48) Bkz. BİLMEN, 212; BEDRAN, 211-212.

49) Bkz. Ebu ZEHRA, 264-265; BİLMEN, 212-213; HALLAF, 237; NEBHAN, 340; BEDRAN, 212.

“Kıyas’a göre bu akid caiz olmaz. Fakat sahabeler, tâbüler, ve her çağda binlerce bilginlerce bir itiraza uğramadan kabul edilen taammül karşısında biz kıyası terk ettik. İşte kıyas’ı terketmeye sebep olan hüccet budur.”

Özel örf; bu da, her hangi bir ülke veya zümreye hâkim olan öftür. Tüccar ve çiftçilerin örfü gibi. Böyle bir örf, nass’a karşı duramaz; fakat illeti-kat’î bir nass veya açıklık bakımından buna benzer bir şeyle sâbit olmayan kıyas’a karşı tercih edilir<sup>50</sup>.

### 3) Muhtevası :

Örfün muhtevası, insanların, bir ihtiyaçları için, doğru kabul ettikleri bir söz veya fildir. İnsanlar, kendi doğru kabul ettikleri bu davranışa uyulması gerekli olduğuna inanarak devamlı tatbik suretiyle, bir kaide haline getirmişlerdir.

Hz Peygamber (ASM) bir hadislerinde şöyle buyurmuşlardır :  
“Müslümanların güzel gördüğü şey, Allah katında da güzeldir”<sup>51</sup>.

### 4) Fonksiyonu :

Örf, İslâm hukukunda büyük rol oynamıştır. Örfün insanlar arasındaki tesiri ve tatbikatı, hukukçuları, bu konuda düşünmeğe ve bazı kaidelere bağlanmaya sevk ve mecbur etmiştir. Nitekim Mecelle de şu kaideler yer almıştır.

“Örf ile tayin, nas ile tayin gibidir” (md. 45).

“Örfen ma’ruf olan şey şart kılınmış gibidir” (md. 43).

“Adet muhakkemdir” (md. 36).

“Nâsın istimali bir hüccettir ki anında amel vâcib olur” (md. 37).

“Âdeten mümteni’ olan şey hakikaten mümteni’ gibidir” (md. 38).

“Âdetin delâletiyle manay-i hakiki ter kolunur” (md. 40).

“Beynettüccar mâruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir” (md. 44).

Ancak, örfün İslâm Hukukunda bu fonksiyonunu oynayabilmesi için, bazı şartların tahakkuku gerekir. Bu şartlar yukarıda, örfün

50) Bkz. Ebu ZEHRA, 264; BİLMEN, 212; BEDRAN, 212.

51) Müsned, c. 1, sh. 379.

tarifinde belirttiğimiz ve bir davranışın veya sözün örf olarak kabulü için gerekli şartlar dışındadır.

Bu şartlar şunlardır :

- 1 — Örf, devamlı tatbik edilmelidir (ittirad kaidesi) (esas).
- 2 — Örf muamelelerin yapılmasında uygulanmak istenmelidir.

Bu iki şart Mecelle'de şu şekilde yer almıştır :

“*Âdet ancak muttârid yahut gâlib oldukta muteber olur*” (md. 41).

“*İ'tibar gâlib-i şâ'ia olup nâdire değildir*” (md. 42).

3 — Örf aksini açıklamaya engel olmamalıdır. Meselâ, âkit taraflar aksini kararlaştırmışlarsa, örfün tatbiki câiz olmaz.

4 — Örf, sâbit nas ve şeriattaki kat'i bir esasa aykırı olmamalı ve onu ortadan kaldırmamalıdır. Aksi halde “fâsid örf” ismini alır ki, muteber değildir<sup>52</sup>.

İslâm dininden evvel araplar arasında tatbik edilen bazı örfler vardı. “Cahiliyye devri âdetleri” ismi verilen bu davranışları İslâmın hükümleri kaldırmıştır. Cahiliyye devrinde kabul edilen bir âdet olan evlât edinme, borçluyu köleleştirme ve şigar nikâhı (bir kimsenin kızını diğerine, o da kızını kendisine vermek üzere aralarında mehir de olmaksızın nikâhlanması) gibi. Bütün bu hususlar İslâm'dan önce mevcut idi, daha sonra bunları ilga eden naslar gelmiştir<sup>53</sup>.

Örfün İslâm Hukukuna girmesi şu yollarla olmuştur :

1 — Bazı hadisler örflere göre hüküm ihtiva etmiş, örflerin üzerine kurulmuştur : Buğday ve arpanın tartılabilen (Mekilât) şeylerden kabul edilmesi gibi. Ayrıca diyet, kasame konusunda da hadisler örfleri kabul eder istikâmette hükümler getirmişlerdir.

2 — Peygamber birçok arab örflerini kabul veya reddetmemiş, böylece bunlar “*takriri sünnet*” yoluyla, İslâmî hükümlerin bir parçası olmuştur.

52) Bkz. NEBHAN, 340-341; Ebu ZEHRA, 263; HALLAF, 237; BED-RAN, 213-214.

53) NEBHAN, 341. Ayrıca bkz. SUNAR, 71.

3 — İmam Mâlik; açık nas bulunmayan mes'elelerde Medinelilerin örf ve âdet şeklindeki tatbikatını "icmâ" olarak kabul etmiştir<sup>53a</sup>.

Bu konuda aşağıdaki ifadelere dikkat edilmelidir :

*"Fıkhî meseleler, ya sarîh nass'lara dayanır, ki bunlar birinci bölümü teşkil ederler; ya da re'y ve icthad ile sâbit olurlar. Bu bölüme giren fıkhî meselelerin çoğunu müctehid, kendi çağının örfüne binâ etmiştir ki o, bu günkü örfün hâkim olduğu devirde bulunsaydı öncekine uymayan yeni bir görüşe sâhib olurdu. Bunun içindir ki bilginler, insanların âdetlerini bilmeyi icthadın şartları arasında saymışlardır. Zamanın değişmesiyle bir çok hükümler de değişmektedir. Eğer bu hükümler, ilk şekilleri gibi kalacak olurlarsa, hem halka güçlük ve zarar verirler; hem de kolaylık sağlama ve dünya nizamının en güzel şekilde devam etmesi için zarar ve fesadı önleme esasına dayanan şeriat kurallarına aykırı düşerler. Bunun içindir ki mezheb bilginleri, müctehidin kendi zamanına göre açıkladığı bir kısım hükümlere muhalefet etmişlerdir; çünkü onlar biliyorlardı ki müctehid, bunların çağında olsaydı, mezhebin kurallarına uyarak, kendileri gibi düşünürlerdi"*<sup>54</sup>.

Şayet nas geldiği sırada bir örf tatbik ediliyorsa ve nas ile çatışıyorsa, o örf mülga sayılır; nassa uygunsa devam eder. Nas geldikten sonra bir örf ortaya çıkmışsa, örf genel veya özel olsun, nassın önüne geçemez, yani nazara alınmaz<sup>55</sup>.

— Örf ile icthad çatışırsa, örf, tercih edilir. Örf, insanların ihtiyaçlarını karşılayan ve devamlı tatbik ettikleri bir fiil veya menfi bir harekettir, ya da sözdür. Aynı şekilde örf, kıyas ve istislah da takaddüm eder<sup>56</sup>.

#### 6 — Zerai'

"Vesileler" mânasına gelen zerai', şöyle tarif edebiliriz: "Zerai haram veya helâle vasıta olan şeylerdir. Harama vesile olan şey haram, helâle vasıta olan helâl, vâcib için zarurî olan şey vâcib

53a) Bkz. BEDRAN, 215.

54) Ebu ZEHRA, 264, 266.

55) NEBHAN, 341.

56) NEBHAN, 342; BEDRAN, 216.

olur. Meselâ "Zina haramdır; zinaya vasıta teşkil eden kadının mahrem yerine bakmak da haramdır. Cuma namazı farzdır; bu namazı kılmak için alış verişi bırakmak da farzdır. Hacca gitmek farzdır; gücü yeten kimse için bu uğurda gayret sarfetmek de farzdır"<sup>57</sup>.

Bu kaynak veya delil Hanbelî ve Mâlikî usûl-i fıkıh kitaplarında yer almıştır. Hanefiler ve şafiiler bunun muhtevasını kısmen birlikte, kısmen de farklı bir şekilde kabul etmişlerdir<sup>58</sup>.

Zeraî'nin hüküm çıkarmada uygun bir yol olduğuna dair Sünnet'ten şu misaller getirilmiştir :

— Hz. Peygamber (ASM) faize yol açar veya faiz yerine geçer diye borçlunun alacaklıya hediye vermesini yasaklamıştır.

— Savaş sırasında hırsızlık yapanların ellerinin kesilmesi yasaklanmıştır; yani bazılarının düşman tarafına geçmelerine sebep olabilir diye ordu kumandanının bu cezaları infaz etmesi menedilmiştir.

— Sahabeler, ölüm döşeginde iken kocası tarafından boşanmış bir kadının kocasından miras alacağını kabul etmişlerdir. Bunun sebebi, mirasdan mahrum etmek kasdıyla karı boşamak gibi bir yola başvurulmasını önlemektir.

İslâm hukukçuları zeraî seddetmek (seddü'z-zeraî'), kötülüğe vasıta olan yolları kapatmak vâcib olduğu gibi, zeraî'yi fethetmek (fethu'z-zeraî'-u iyiliğe vasıta olan yolları açmak) da vâcib olduğunu belirtmişlerdir<sup>59</sup>.

Yukarıda dediğimiz gibi, İmam Mâlik ve İmam Ahmed, bu usulü çok kullanmışlardır. Ebu Hanife ve Şafii ise daha az kullanmışlardır; fakat onu, tamamen reddetmemekle birlikte, kendi başına bir delil olarak da kabul etmemişler; belki kıyas ve yalnız örf bakımından Şafii'nin anlayışına uymayan Hanefilerdeki istihsan gibi sâbit asıllara dahil saymışlardır<sup>60</sup>.

"Sonuç olarak diyebiliriz ki mükellef, zeraî' ile amel ederken bir işi yapmanın zararları ile onu terketmenin zararlarını bilecek

57) Ebu ZEHRA, 276.

58) Bkz. Ebu ZEHRA, 276.

59) Bkz. Ebu ZEHRA, 278.

60) Ebu ZEHRA, 281.

ve hangisi fazla ise ona göre tercihte bulunacaktır. Allah, elbette islah ve ifsad edeni pek iyi bilir"<sup>61</sup>.

#### 7 — İstishab :

Lügat mânasında istishab, bir-kimsenin diğer kimseyi kendisine sohbet arkadaşı yapması demektir. İstilah olarak ise, istishab, "Bir nesnenin daha önce bulunduğu durum değişmedikçe, durumun olduğu gibi bâki kalmasına hükmetmektir. Yahut geçmişte sâbit olan bir hükmü, değiştiğine delil olmadıkça, halde bâki kılmaktır"<sup>62</sup>.

Meselâ "eşyada aslolan mübah olmaktır" : o şeyin haram olması veya yasak sayılması için bir kaidenin (nassın) bulunması aranır.

Veya, kim canlı bir insan tanırsa, onun diri olduğuna hükmeder. Ölümüne delil bulunana kadar onun davranışlarını bu hayat üzerine dayandırır<sup>63</sup>.

Hanefi mezhebi imamları ve Mâlikilere göre, istishab, isbat eden (müsbet) bir delil değil, defeden bir delildir. İstihaba dayanan değişiklik iddiasına karşı itiraz eden şahsa benzer<sup>64</sup>.

"Şafii ve hanbeliler ise isbat edici itiraz kabul etmez, muarız bir delil kabul etmişlerdir"<sup>65</sup>.

İstishab 4 kısma ayrılır :

1 — Beraet-i asliyye istishabı<sup>66</sup> : İbn-i Kayyim, buna "beraet-i adem-i asliyye istishabı" adını verir. Meselâ; bir delil bulunmadıkça kişinin şer'i tekliflerden berî oluşu (beraet-i zimmet) asıldır. Kişi küçükse erginlik çağına ulaşınca, bilmiyorsa öğrenince, dâr-ı harb'te ise dar-ı İslâm'a dönünce teklife muhatap olur. Karı-koca arasındaki haklar, ancak evlenme akdinden sonra doğmuş olur.

61) Ebu ZEHRA, 283.

62) HALLAF, 241. Ayrıca bkz. BİLMEN, 210; Ebu ZEHRA, 284 ve orada zikredilen tarifler. SUNAR'a göre, İstishâb, Fıkıhdaki "Şek ile yakın zail olmaz" (Mecelle, md. 4) kaidesidir (sh. 70).

63) HALLAF, 242; Ebu ZEHRA, 284; BİLMEN, 210.

64) HALLAF, 242-243; Ebu ZEHRA, 288.

65) Ebu ZEHRA, 288. Bu konuda ayrıca bkz. Ebu ZEHRA, 289 vd.

66) Bazıları Beraet-i Asliyye'yi ayrı bir kaynak olarak zikretmektedir (bkz. SUNAR, 66). Ama istishab esasından çıkmış ve onun içindeki bir kaide olduğu kabul edilebilir (Bkz. İbid., 78; Ebu ZEHRA, 285).



2 — Varlığına akıl veya şer'in delâlet ettiği şey istishabı. Birisinden borç almış bir kimsenin zimmetinin onunla meşgul oluşu böyle bir istishab ile sâbittir. O kimse, borcunu ödemediğini veya alacaklı tarafından ibrâ edildiğini bir delil ile ortaya koymadıkça borçlu demektir.

3 — Hüküm istishabı. Bir konuda yasaklayıcı veya mübah kılıcı bir hüküm varsa, ibahati tahrime veya tahrimi ibahata çeviren bir delil ortaya çıkıncaya kadar o hüküm aynen devam eder. İnsan organları hariç bütün esyada asıl olan ibahattir. Bu ibahat, "Yeryüzünde ne varsa hepsini sizin için yaratan O'dur. Ve O, göklerde olanlarla yerdekilerin hepsini sizin emrinize vermiştir" âyetleriyle sâbit olmuştur.

4 — Vasıf istishabı. Meselâ; mefkud (gaip) olan kimsenin hayatı, aksi sâbit oluncaya kadar devam eder. Kefalet sıfatı, borcu kefil veya asıl ödeyinceye dek veya alacaklı onu kefalâten ibrâ edinceye kadar devam eder<sup>67</sup>.

#### 8 — Öncekilerin (Eski kavimlerin) kanunları : Önceki Şeriatler :

Müslümanlardan önce yaşayan kavimlerin kanunları da bir delil ve kaynak olarak zikredilmektedir. Bakara Sûresinin 100. âyetinde şöyle denilmektedir :

*"Ey iman edenler sizden evvelki (ümmetlere yazıldığı gibi) sizin üzerinize de oruç borç yazıldı (farz edildi). Tá ki korunalımız".*

Ayrıca Şûra Sûresinin 13-15. âyetleri de şöyledir :

*"O, 'Dini doğru tutun, onda tefrikaya düşmeyin' diye (asl-ı) dînden hem Nuuha tavsiye etdiğini, hem sana vahyeylediğimizi, hem İbrâhîme, Musâya ve İsâya tavsiye etdiğimizi sizin için de şeriat yaptı. Senin kendilerini da'vet etmekte olduğun (bu) şey müşriklerin üzerinde büyüdü (ağır geldi). Allah kimi dilerse buna onu seçip çeker, (ancak kendisine itâatla) dönmekte olanları buna muvaffak eder" (âyet 13).*

*"Onlar ancak kendilerine ilim geldikten sonradır ki, aralarındaki ihtiraas yüzünden, ayrılığa düşdüler. Eğer Rabbinden ad ve-*

67) Bkz. Ebu ZEHRA, 285-286.

rilmiş bir va'deye kadar bir söz geçmiş olmasaydı aralarında muhakkak hüküm verilmiş (her şey olup bitirilmişdi) bile. Onlardan sonra kitâba mirascı yapılanlar da ondan mutlak şüpheli bir tereddüd içindedirler" (âyet 14).

"İşte bunun için sen (Habibim onları tevhibe) da'vet et Emr olduğun vech ile dosdoğru hareketde sebât kıl. Onların hevâ (ve hoves)lerine uyma ve de ki: "Ben Allâhın indirdiği her kitaba inandım. Aranızda (icrâ-yı) adâlet etmemle emrolundum. Allah, bizim de Rebbimiz, sizin de Rabbinizdir. Bizim amel (ve hareket)lerimiz bize, sizin amel (ve hareket) leriniz de size âiddir Bizimle sizin aranızda hiçbir husumet yoktur. Allah hepimizi birlikde toplayacak. Dönüş ancak Onadır" (âyet 15).

İslâm dininin esaslarına aykırı olmamak üzere, eski kavimlerin kanunlarının bir kaynak olduğu kabul edilmektedir.

Hanefilerin çoğunluğu, Mâlikiler ve Şâfiilerin bir kısmı, bu kanunların bizim için tatbiki gerekli olduğunu belirtmişlerdir<sup>68</sup>.

#### 9 — Sahabelerin Tatbikatı :

Sahabeler, Hz. Peygamber (ASM) devrinde yaşamış, onu görmüş ve iman etmiş olan kimselerdir. Sahabeler Peygamberin sözlerini işittikleri ve davranışlarını gördüklerinden, onların bize naklettikleri elbetteki değerlidir. Özellikle, içlerinde hukukçu olanların fetvaları son derece değerlidir.

Hz Peygamber (ASM) in vefatından sonra, sahabeler, insanların kendilerine başvurdukları hallerde fetvalar vermişlerdir.

Ebu Hanifeye göre, bir tek sahabenin görüşü delil değildir, ama hakkında âyet ve sünnet bulunmayan hususlarda sahabelerin ittifak ettikleri bir görüşten dışarı çıkmak câiz değildir.

İmam Şafii'ye göre, sahabelerin birinin fikri delil değildir, hepsinin görüşünden dışarı çıkmak da câizdir.

Sahabeler arasında görüş ayrılığı câiz ve vâki olduğu gibi, müçtehitlerin de onların görüşlerine aykırı bir içtihat yapmaları câizdir<sup>69</sup>.

68) HALLAF, 245-246; BİLMEN, 209-210. Ayrıca bkz. Ebu ZEHRA, 295; ŞELTUT, 496-497.

69) HALLAF, 248; SUNAR, 71-72.

**BİBLİYOGRAFYA**

- AKŞİT, Cevat : İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları, İstanbul, 1976 (Doktora Tezi).
- ANSAY, Sabri Şakir : Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, düzeltilmiş ve genişletilmiş 3. bası, Ankara 1958 (AÜ. İlahiyat F. y.).
- BAYINDIR, Abdülaziz : İslâm Açısından Sarhoş Edici İçkiler, İslâm Medeniyeti, c. IV, s. 3, sh. 3-17.
- BEDRAN, Bedran Ebu'l - Ayneyn : Eş-Şeriatü'l-İslâmiyye, İskenderiye, 1392/1972.
- BELGESAY, Mustafa Reşit : Kur'an'ın Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul, 1963 (İÜHF. y.).
- BÜYÜK Haydar Efendi : Usul-i Fıkıh Dersleri, 2. basılış, İstanbul, (?).
- BİLMEN, Ömer Nasuhi : Hukuk-u İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye, 1. cilt, 2. baskı, İstanbul, 1955 (İÜHF. y.).
- Ebu ZEHRA, Muhammed : İslâm Hukuku Metodolojisi (Fıkıh Usulü) Terc. Dr. Abdülkadir ŞENER), Ankara, 1973 (AÜİF. y.).
- Ebu ZEHRA, Muhammed : İslâm'da Beşerî Münasebetler (Terc. Hüseyin Algül - Osman Şekerci), İstanbul, 196 (Şâmil y.).
- EL - BUTÎ, Muhammed Said : Min R'evai-il-Kur'an, Dimaşk - Suriye Et-Tab'atü's Saniye, 1390 - 1970.
- EL - KATTAN, Menna' : Mebahisu fi Ulum-i'l-Kur'an, Ed-Daru'-Saudiyyetü Lilneşr, (?).
- EL MÜBAREK, Muhammed : Çağdaş İslâm Toplumu (Terc. Mehmed Beşer, İstanbul, 1975 (Hilâl y.).
- ESAD Mahmud : Telhis-i Usul-i Fıkıh, İzmir, 1309.
- HALLAF, Abdülvahhap : İslâm Hukuku Felsefesi (Fıkıh Usulü), Terc. Doç. Dr. Hüseyin Atay), Ankara, 1973 (AÜİF. y.).
- HAMİDULLAH, Muhammed : Hammam İbn Münebbihin Sahifesi, (Terc. Talât Koçyiğit), Ankara, 1967.
- HAMİDULLAH, Muhammed : İslâm Peygamberi (Terc. Said Mutlu), İstanbul, 1966/1385.
- EL - HUDARÎ, Muhammed : İslâm Hukuku Tarihi (Terc. Haydar Hatipoğlu), İstanbul, 1974 (Kahraman y.).

İslâm Ansikolopedisi.

İZMİRLİ, İsmail Hakkı : İlm-i Hilâf.

KÂMİL, Kadir : İslâm Hümanizmi (Terc. Cemal Arzu), İstanbul, 1972.

MUSA, Muhammed Y. : Fıkh-ı İslâm Tarihi (Çev. Ahmet Meylâni), İstanbul, 1973.

NAİM, Ahmet : Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi, 1. Cilt, 4. Baskı, Ankara, 1978.

NEBHAN, Muhammed Faruk : Nizamü'l-Hukm fi'l-İslâm, El-Küveyt, 1974 (Küveyt Ü. y.).

NURSİ, Bediüzzaman Said : İşaratü'l-İcâz, İstanbul, 1959.

NURSİ, Bediüzzaman Said : Sözler, İstanbul, 1959.

KARAMAN, Hayreddin : Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslâm Hukuk Tarihi, İstanbul, 1975 (İrfan y.).

— : İslâm Hukukunda İctihad, Ankara, 1975 (Diyanet İşleri Başk y.).

RAFİİ, Mustafa : İslâmda Sosyal Düzen (Terc. Ahsen Batur), İstanbul, 1975 (Fikir y.).

SAVA PAŞA : İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd (çev.: Baha Arıkan), Ankara, c. II, 1956, Diyanet İşleri y.

SİDDİKİ, Muhammed Zübeyr : Hadis Edebiyatı Tarihi (Terc. Yusuf Ziya Kavakçı), İstanbul, 1966 (İrfan y.).

SÖNMEZ, Âbidin : "Sünnetin İslâm Hukukundaki Yeri ve Önemi", İslâm Medeniyeti, c. IV, s. 1, sh. 7-52.

SUNAR, Cavit : İslâm Dininin Kaynağı ve Gayesi, AÜİF. Dergisi, c. XXII, 1978, sh. 59-95.

ŞENER, Abdülkadir : Kıyas, İstihsan, İstislah, Ankara, 1981.

TURNAGİL, Ahmet Reşid : İslâmiyet ve Milletlerarası Hukuku, İstanbul, 1972 (Bu kitap İÜHFM., c. VIII, s. 1-2'de, 1942 yılında yayınlanan makalenin o zaman basılan nüshasının Sebil Yayınevi tarafından yeniden yayınlanmış metnidir).

ZEYDAN, Abdülkerim : İslâm Hukukuna Giriş (Terc. Doç. Dr. Ali Şafak), İstanbul, 1976 (Sırdaş y.).

ŞELTUT, Mahmud : El-İslâm Akidetün ve Şeria, Et-Tab'utu's-Saniye, Kahire, 1964, Darul'-Kalem.