

TC.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ
(İSLAM HUKUKU) ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUK USULÜNDE İSTİHSAN
VE
MASLAHAT-I MÜRSELE İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Danışman
Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Hazırlayan
Mustafa YAMUK

ANKARA 2007

TC.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ
(İSLAM HUKUKU) ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUK USULÜNDE İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELE İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Tez jürisi üyeleri:

Adı ve Soyadı:

İmzası:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	1
ÖNSÖZ	6
KISALTMALAR.....	7
GİRİŞ.....	8
I. KONUNUN ÖNEMİ.....	9
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	10
III. KONUNUN SUNULMASI	10

BİRİNCİ BÖLÜM

İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELE

KAVRAMLARI VE KISIMLARI

I-İSTİHSAN KAVRAMI VE İSTİHSANIN KISIMLARI	13
A-İSTİHSANIN TANIMI.....	13
1. İstihşanın Lügat Anlamı:.....	13
2. İstihşanın Terim Anlamı:	14
B. İSTİHSANIN KISIMLARI.....	21
1- Gizli Kıyas Sebebiyle Sabit Olan İstihşan.....	23
2- Delile Dayanan İstisna İstihşanı	26
a. Nass Sebebiyle İstihşan	26
aa. Kitap Sebebiyle İstihşan:	27
ab. Sünnet Sebebiyle İstihşan:	28
b. İcma Sebebiyle İstihşan	29
c. Örf Sebebiyle İstihşan	32
d. Zaruret Ve İhtiyaç Sebebiyle İstihşan	34
e. Maslahat Sebebiyle İstihşan	35
C. İSTİHSAN KARŞISINDAKİ KIYAS.....	36
1.Genel Nitelikli Şer'i Nass	36
2. Yerleşmiş genel kural anlamında.	36
3. Usulu Fıkıhtaki Kıyas	37
D. İSTİHSANIN HÜCCET DEĞERİ	37
1. İstihşanı Kabul Edenlerin Delilleri	38
2. İstihşanı Reddedenlerin Delilleri.....	40
a. Şâfiî Hukukçuların Görüşleri	40
b. Zahirilerin Görüşü	44

II. MASLAHAT-I MÜRSELE KAVRAMI VE KISIMLARI.....	45
A. MASLAHATIN TARİFİ.....	45
1. Maslahatın Lugat Anlamı:	45
2. Maslahatın Terim Anlamı:	46
B. MASLAHATIN KISIMLARI.....	48
1. Şari'in İtibar Edip Etmesine Göre Maslahatlar	48
a. Maslahat-ı Mu'tebera	48
b. Maslahat-ı Mülga	49
c. Maslahat-ı Mürsele	50
2. Toplum Düzenin Sağlanması Açısından Maslahatlar	50
a. Zaruri Maslahatlar	50
b. Hacı Maslahatlar	51
c. Tahsini Maslahatlar	52
C. MASLAHAT-I MÜRSELENİN HUCCİYETİ	53
1. Mâlikîlerin Görüşü	54
2. Hanefîlerin Görüşü	55
3. Şâfîîlerin Görüşü	56
4. Hanbelîlerin Görüşü	58

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUK EKOLLERİNDE İSTİHSAN

VE

MASLAHAT-I MÜRSELE ANLAYIŞI

I-İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN ZARURET İLE İLİŞKİSİ	61
.....	61
A. İSTİHSANIN ZARURETLE İLİŞKİSİ	61
B. MASLAHAT-I MÜRSELENİN ZARURETLE İLİŞKİSİ VE ZARURİ	
MASLAHATLAR	65
1. Dinin Korunması	66
2. Canın Korunması	67
3. Neslin Korunması	67
4. Malın Korunması	68
5. Aklın Korunması	68
II. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN FARKLI OLDUKLARI	
GÖRÜŞÜ	71
A- MALİKÎLERİN İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELE	
HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ	71
B- ŞÂFÎİLERİN İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELE	
HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ	75

C. HANBELÎ NECMEDDİN ET-TÛFÎ'NİN MASLAHAT ANLAYIŞI VE İSTİHSANLA İLİŞKİSİ	82
D. HANEFİLERİN İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ VE İSTİHSANIN MASLAHAT-I MÜRSELEYİ KAPSADIĞI GÖRÜŞÜ.....	83
E- MASLAHAT-I MÜRSELE'NİN İSTİHSANI KAPSADIĞI GÖRÜŞÜ.....	86
F. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN İBADETLER KARŞISINDAKİ KONUMU	88
III. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN AYNI OLDUKLARI GÖRÜŞÜ VE BENZER YÖNLERİ	90
A. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN KÜLLİ PRENSİPLERDEN DOĞMASI.....	94
B- İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN REY VE İÇTİHAT ŞEKLİ OLMALARI.....	96
C. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN REDDEDİLME NEDENLERİ BAKIMINDAN ARALARINDAKİ İLİŞKİ.....	99
IV. İSTİHSANIN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN KIYAS KARŞISINDAK DURUMLARI	103
A- TA'DİYE (HÜKMÜN BAŞKA OLAYLARA TAŞINMASI)	103
B- KIYAS KARŞISINDA İSTİHSAN İLE AMEL ETMENİN HÜKMÜ .	104
SONUÇ	106
BİBLİYOGRAFYA.....	113
ÖZET.....	118

ÖNSÖZ

Hukuk, insanların birbirleri arasındaki ilişkileri düzenleyen ve aralarındaki problemleri çözen bir bilim dalıdır. Bu ilişkileri düzenleyen ve çözen hukuk, insanların yararını ve adaleti gözetmektedir. İslam hukuku da, insanların Allah'la, insanların birbirleri arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bunu yaparken de İslam hukuku kaynaklara dayanmaktadır ki, bu kaynaklar nass, icma ve kıyastan ibaret değildir. Çünkü hakkında nass ve icma'nın bulunmadığı problemler söz konusu olabilmektedir. İşte bu durumda asıllarla tearuz etmeyen başka çözüm yolları aranmaktadır. Hanefi hukukçular, bu problemleri çözerken insanları sıkıntıya, meşakkate ve zorluğa iten katı kıyas kurallarını, istihsan adını verdikleri ve asıllara dayanan, onlarla tearuz etmeyen bir yöntem geliştirmek suretiyle bu problemleri çözmeye çalışmışlardır. Maliki hukukçular da, hakkında hüküm bulunmayan konularda insanların yararını gözetmek olan maslahat-ı mürsele doktrinini kullanmışlardır. Dolayısıyla her iki hukuk ekolu de sıkıntıyı, meşakkati ve zorluğu insanların üzerinden kaldırmak için bu metotlara başvurmuşlardır.

Asrımızın problemleri geçmiştekinden daha az değil, hatta daha fazladır. Çağımızın bu problemlerinin çözümünde istihsan ve maslahat-ı mürselenin katkı sağlayacağı düşüncesiyle bu iki kaynak arasındaki ilişkiyi araştırmak istedim.

Tezimizin hazırlanmasında rehberlik ederek yardımlarını esirgemeyen, yön gösteren danışmanım, hocam Prof. Dr. Şamil Dağcı beye, değerli katkıları için hocam Prof. Dr. İbrahim Çalışkan'a, Prof. Dr. Osman Taştan'a, Doç. Dr. Selahattin Eroğlu'na teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim. Tez çalışmalarım esnasında önemli yardımlarını gördüğüm değerli arkadaşım Yusuf Türker'e ve desteğini hiçbir zaman benden esirgemeyen çok kıymetli arkadaşım Mustafa Yazıcı'ya da teşekkür ediyorum.

KISALTMALAR

- (r.a.): radiyallahu anhu
(s.a.v.).....: Sallallahü Alyhi ve Selem
b.,.....: bin
by.,.....: basım yeri yok
c.,.....: cilt
çev.,.....: çeviren
DİBY,.....: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları
EÜİFD,.....: Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
h.,.....: hicri
Hz.,.....: hazreti
md.,.....: madde
MÜİFV,.....: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
ö.,.....: ölümü
s.,.....: sayfa
sy,.....: sayı
TDVİA,.....: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi.
thk.,.....: tahkik
trz.,.....: tarihsiz
UÜİFD,.....: Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ

İslâm hukuku, usul-u fıkıh ve furu' fıkıh olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Furu' fıkıh, hukukun dallarına ait özel hükümleri ihtiva ederken, usul-u fıkıh bu hükümlerin çıkartılması için gereken genel kaideleri içermektedir. Usulü fıkıhın bu ilkeleri de asli kaynaklar ve yardımcı kaynaklar olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır.

Biz bu çalışmamızda İslâm hukuk usûlünün yardımcı kaynaklarından olan istihsan ile maslahat-ı mürsele arasındaki ilişkiyi tespit etmeye çalıştık.

İstihsan, çoğunlukla Hanefî hukuk ekolü tarafından, özellikle Hanefî hukuk ekolünün kurucusu İmam Ebu Hanife ve onun takipçileri tarafından sıkça kullanılmıştır. Hanefî hukukçular, istihsanı hüküm çıkarmada bir delil olarak kullanmalarından dolayı muarızları tarafından eleştirilmişlerdir. Maslahat-ı mürsele de Malikî hukuk ekolünün kullandığı yardımcı kaynaklardandır. Maslahat-ı Mürsele, istihsan kadar olmasa da istihsan gibi eleştirilere muhatap olmuştur.

İstihsanı kullanmalarından dolayı Hanefî hukukçuları, özellikle Şâfiî hukuk ekolünün kurucusu İmam Şâfiî, çok sert bir şekilde eleştirmiş ve “kim istihsan yaparsa (Allah adına) hüküm koymuştur.” demiştir. İstihsanı heva ve hevese göre hüküm vermek olarak değerlendirmiştir. İmam Şâfiî gibi istihsanı eleştiren Gazali de, hem istihsanı hem de maslahat-ı mürseleyi kendisine güvenilmeyen deliller arasında zikretmiştir.

Her ne kadar hem istihsan hem de maslahat-ı mürsele bu kadar şiddetli eleştirilere maruz kalsalar da, ortaya çıkan birçok problemin çözümüne katkıda bulunmuşlardır. Her iki kaynak da, kolaylığı esas almış, sıkıntıyı ve zorluğu ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.

Gerek reddedilme gerekçeleri, gerekse kolaylığı esas alıp zorluğu bertaraf etmeyi hedeflemeleri bakımından aralarında sıkı bir bağın olduğu anlaşılmaktadır. Aralarındaki bu ilişkinin tespiti ile her iki kaynağın da özünü anlamak suretiyle çağımızda çıkan hukuki problemlere çözüm bulma imkânı daha da kolaylaşmış olacaktır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Gerek istihsan gerek maslahat-ı mürsele geniş boyutlara sahip iki ayrı konudur. Her biri ile ilgili iki ayrı doktora tezi hazırlanmıştır. Bu sebepten dolayı her ikisini de bütün detaylarıyla incelemek bir yüksek lisans tezinin sınırlarını aşmaktadır. Tezimizin birinci bölümünde kavram tahlili, bu kaynakların çeşitleri ve huccet değerleri üzerinde durduk. İstihsan ile ilgili olan hüsün-kubuh, hile-i şeriyeye gibi konulara tezimizin sınırlarını aşacağı düşüncesiyle girmedik. Yine aynı endişeden dolayı batıdaki maslahat (fayda-yarar) anlayışları üzerinde durmadık.

III. KONUNUN SUNULMASI

Tezimiz iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, istihsan ve maslahat-ı mürsele kavramları hem kelime hem de terim anlamları bakımından tahlil edilmiştir. İki kavramın da kısımları ele alınmış ve huccet değerleri üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde, istihsan ve maslahat-ı mürselenin aynı olduğuna dair olan görüşler, yani farkın isimlendirme farkı olduğu görüşü ele alınmıştır. Buna karşılık her iki kavramın da birbirlerinden farklı kaynaklar olduğu şeklindeki görüşler de incelenmiştir. Şâfiî hukukçuların istihsanı ve maslahat-ı mürseleyi reddetme gerekçeleri araştırılmış, bunun yanında bazı Şâfiî hukukçuların istihsanı reddedip maslahat-ı mürseleyi kabul etme nedenleri de araştırılmıştır. Bu bölümde ayrıca bu iki kaynağın kısımları arasındaki ilişki de tespit edilmeye çalışılmıştır.

Tezimizde dört Sünni hukuk ekolünün klasik usul eserleri temel alınmakla beraber, hem bunların dışındaki mezheplerin usul eserleri hem de çağdaş usul eserlerinden istifade edilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELE

KAVRAMLARI VE KISIMLARI

I- İSTİHSAN KAVRAMI VE İSTİHSANIN KISIMLARI

Değişik fıkıh mezheplerinde farklı anlamlar yüklenerek değerlendirilen istihsan kavramının teknik anlamı ile lügat anlamı arasında doğrudan bir ilişki söz konusudur. Bu bakımdan istihsan kavramını sözlük ve teknik tanım olmak üzere iki başlık altında ele alacağız.

A-İSTİHSANIN TANIMI

1. İstihsanın Lügat Anlamı:

İstihsan kelime olarak arapça (حسن) fiil kökünden gelmektedir. (حسن) “bir şey güzel oldu” demektir. Kötü ve çirkinin zıddıdır.¹ İstif’al kalıbına aktarıldığında ise “bir şeyi güzel bulmak”, “bir şeyi güzel saymak” anlamına gelmektedir. Mesela “bunu güzel buluyorum” veya “bunun güzel olduğuna inanıyorum” şeklindeki kullanımlarda istihsan kelimesi (استحسِن) kullanılmaktadır. Bunun zıddı ise bir şeyi kötü ve çirkin bulmak anlamındaki istikbah (استقباح) kelimesidir.² Keza istihsan kelimesi, insanın canının bir şeyi

¹ İbn Manzur, Ebu Fadl Cemaluddin Muhammed b. Mükrim, Lisani’l-Arap, Daru Beyrut, Beyrut, 1956, XIII, 114. el-Ezherî, Ebu Mansur, Muhammed b. Ahmed, Tehzibu’l-Luga, Daru’l-Mısıryye, Mısır, 1964, IV, 314. el-Cevherî, İsmail b. Hammad, es-Sıhah Tacu’l-Luga ve Sıhahu’l-Arabî, Daru Kütübi’l-Arabî, Mısır, (t.y.), V, 2099. Firuzâbâdi, Ebu Tahir Muhammed b. Yakup b. İbrahim Mecduddin, Kamusu’l-Muhit, Matbaatu’s-Saade, Mısır, 1913, IV, 213.

² es-Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, Usulu’s-Serahsî, Daru’l-Marife, Beyrut, 1973, II, 199; Abdulaziz el-Buharî, Alaaddin b. Ahmed, Keşfu’l-Esrar ala Usulu’l-Pezdevi, el-Mektebetü’s-Senayii, (b.y.), 1307, IV, 1122; İbn Manzur, XIII, 117; el-Cevheri, V, 2099; Şelebî, Muhammed Mustafa, Usulu’l-Fıkhî’l-İslâmî, ed-Daru’l-Camiyye, IV. Baskı, Beyrut, 1983, 269; Şener, Abdulkadir, Kıyas İstihsan Istıslah, (doktora tezi), Ankara, 1971, 129; Koca, Ferhat, İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis, İsam yayınları, İstanbul, 1996, 248.

istememesi ve ona meyletmesi anlamına da gelmektedir.³

İngilizce beğenmek, takdir etmek, tasvip etmek, onaylamak, tercih etmek, öncelik, rüchan, ayrıcalık ve tercih hakkı anlamlarına gelen “approval” ve “juristic preference” veya “personal preference” kelimeleriyle ifade edilmektedir.⁴

2. İstihsanın Terim Anlamı:

Hanefi hukuk ekolünün imamları olan İmam Ebu Hanife, İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed eş-Şeybanî, istihsan kavramını sıkça kullanmalarına rağmen, bu kavramın mahiyetini ortaya koyacak bir tanım yapmamışlardır. Tanım olmadığından dolayı istihsan tam olarak anlaşılammış ve bundan dolayı Hanefi hukukçular yoğun eleştirilere ve ithamlara maruz kalmışlardır. Bunun üzerine daha sonra gelen Hanefi hukukçular istihsan kavramının gerçekte hangi anlama geldiğini açıklamaya çalışmışlardır.⁵ Her hukukçu da istihsanı kendi anladığı şekilde tanımlamaya çalışmış ve böylece de birçok istihsan tanımı ortaya çıkmıştır. Hatta farklı mezheplere mensup hukukçular da Hanefilere atfen farklı tanımlar yapmışlardır. Böyle olunca tanımlar daha da artmıştır. Şimdi biz bu tanımları dikkate alarak Hanefi hukuk ekolündeki istihsanı açıklamaya çalışacağız.

Hanefi hukukçulardan Abdulaziz el-Buhari, istihsanı, (الاستحسان عندنا احد) (القياسين) “bize göre istihsan iki kıyastan (kıyas-ı hafi-kıyas-ı celi) biridir.”⁶ sözüyle açıklamaktadır. Buhari, Bacı ve Amidi de bazı hukukçuların istihsanı (هو

³ Amidi, Seyfuddin Ebi'l-Hasan Ali b. Ebi Ali b. Muhammed, el-İhkam fi Usul'il-Ahkam, Matbaatu'l-Mearif, Mısır, 1914, IV, 210-211. Neseî, , Abdullah b. Ahmet Hafizuddin Ebu'l-Berekat, Keşfu'l-Esrar Ale'l-Menar Fi'l-Usul, Matbaatu'l-Kübra, Mısır, 1312.

II, 164.

⁴ J. Schacht, The Origins of Mohammedan Jurisprudence Universty Pres, Oxford, London, 1950, 98; David, Gurani, Webster's, New World Dictionary, Printed, In The United Satates of America, (t.y.), 54.

⁵ el-Buhari, IV, 1123-1124; Şelebî, Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî, 270.

⁶ el-Buhari, IV, 1123.

العدول عن موجب قياس الي قياس اقوي منه) “kıyasın gereğinden daha kuvvetli bir kıyasa sapmak”⁷ şeklinde tanımladıklarını zikretmektedirler. Buhari, hocası Pezdevi’nin de bu tanıma katıldığını ifade etmektedir.⁸

Buhari, çatışan iki kıyastan birine istihsan adının verilmesini şu şekilde açıklamaktadır: “bir mesele hakkında iki kıyas çelişirse iki kıyastan birini tercih hususunda şüphe yoktur. Kendisiyle amel edilmesi tercih edilen kıyas istihsan olarak isimlendirilir.”⁹ demektedir. Yani açık kıyasla çatışan delili ayırmak için bu isim verilmektedir. Şelebi de bu manada istihsanın has ve âmm olmak üzere ikiye ayrıldığını ifade etmektedir.¹⁰ Bu da şu hususa benzetilmektedir: Dua anlamına gelen salat kelimesi, içinde dua sözleri bulunan özel bir ibadet için kullanılmaktadır. Bunun gibi açık kıyasın karşısında olan ve istihsan adı verilen delilde de güzel olma durumu söz konusu olmaktadır. Bundan dolayı da açık kıyasın karşısındaki delile istihsan adı verilmektedir. Yine bu sebepten dolayı istihsana, kıyas-ı müstahsen adı da verilmektedir.¹¹

İstihsanın **kıyas-ı müstahsen** olarak yapılan tanımına eleştiriler yapılmaktadır. Bu tanımın, istihsanın nass, icma ve zaruret sebebiyle sabit olan kısımlarını içine almadığı ve kapsamlı olmadığı ifade edilmektedir. Burada usuldeki kıyas kastedildiği zannedilmektedir. Ancak durum öyle değildir. Hanefilerde kıyas ile kastedilen genel bir delil veya genel bir kuraldır.¹²

⁷ el-Buhari, IV, 1123. Bacı, İhkamu’l-Fusul, I, 564. Amidi, IV, 211.

⁸ el-Buhari, IV, 1123.

⁹ el-Buhari, IV, 1124.

¹⁰ Şelebî, Usulu’l-Fıkhî’l-İslâmî, 276-277.

¹¹ es-Serahsî, Usul, II, 201; el-Buhari, IV, 1123; Hudari, 333; Şelebî, Usulu’l-Fıkhî’l-İslâmî, 276.

¹² el-Buhari, IV, 1123; Muhammed Zekerıyya el-Berdesî, Usûlu’l-Fıkh, Matbaatu Daru’t-Te’fif, Kahire, 1971, İkinci Baskı, 305.

*Mehir miktarı belirlenmeksizin yapılan nikâh akdinden sonra, henüz cinsel birleşme olmadan boşanma veya fesih yoluyla evlilik sona ererse kadına kadına verilen "teselli hediyesi" dir.

Serahsi de bazı hukukçuların istihsanı ictihad olarak tanımladıklarını zikretmektedir. Mut'a* hususundaki istihsan böyle bir istihsandır. Kur'an-ı Kerim'de "onlara -zengin kendi durumuna fakir de kendi durumuna göre- uygun bir şekilde mut'a veriniz. Bu iyilik yapanlara münasip bir borçtur".¹³ buyrulmaktadır. Burada Allah kişiye fakirlik ve zenginlik durumuna göre bazı şartlar altında boşanan kadınlara mut'a vermeyi emretmiş, ancak miktarını belirlememiştir. Burada mut'anın miktarının belirlenmesi imkânlarla göre örf esas alınmak suretiyle istihsan yapılarak belirlenmektedir.¹⁴

Kadınlara verilmesi gereken nafaka da bu şekilde tespit edilmektedir. Allah (c.c.) "Onların giyecek ve yiyecekleri uygun bir şekilde çocuğun babasına aittir."¹⁵ buyurmaktadır. Burada da nafakanın miktarı ictihad yapılarak belirlenmektedir. Serahsi bu şekilde ictihad yapılarak verilen hükümlerin bazı hukukçular tarafından istihsan olarak tanımlandığını ve bu şekildeki istihsanın huciyeti hususunda bir ihtilafın bulunmadığını ifade etmektedir.¹⁶

Serahsi, istihsanı kıyası terk (الاستحسان ترك القياس) "olarak tanımlamaktadır.

Hanefi hukukçulardan Ebu'l-Hasan el-Kerhi de istihsanı şu şekilde tarif etmiştir: الاستحسان هو ان يعدل الانسان عن ان يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في ان (نظائرها الي خلفه لوجه اقوي يقتضي العدول عن الاول "İstihsan insanın bir meselede daha kuvvetli görülen bir yön sebebiyle, benzerlerinin hükmünden başka bir hükme sapsmasıdır."¹⁷ Muhammed Ebu Zehra ve ez-Zerkâ bu tanımın Hanefilere göre

¹³ Bakara Sûresi, 2/236.

¹⁴ es-Serahsî, Usul, II, 200. 202. el-Kevseri, , Muhammed Zahid, Hanefi Fıkhının Esasları, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Emel Matbaası, Ankara, 1991, 17-19.

¹⁵ Bakara Sûresi, 2/233.

¹⁶ es-Serahsî, Usul, II, 200. 202. el-Kevseri, , Muhammed Zahid, Hanefi Fıkhının Esasları, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Emel matbaası, Ankara, 1991, 17-19.

¹⁷Buhari , IV, 1123. el-Baci, İhkamu'l-Fusul, I, 564. Amidi, IV, 212, Karafi, Şehabuddin ebi'l-Abbas Ahmet b. İdris b. Abdurrahman es-Senhaciyyi'l-Mısrıyyi, Nefaisu'l-Usul fi

istihsanın hakikatini ortaya koyması bakımından yapılan tanımların en açığı olduğunu ifade etmektedirler. Zira onlar bu tanımın istihsanın bütün çeşitlerini kapsadığı, özüne ve esasına en uygun tanımın bu tanım olduğu kanaatindedirler.¹⁸ Kerhi'nin bu tanımı umumun tahsis edilmesini, mensuhtan nasihe sapılmasını da kapsamına almasından dolayı eleştirilmiştir. Zira âmm lafzın tahsisi ve mansuhtan nasihe sapılması istihsanın dışında kalmaktadır. Bundan dolayı bu tanımın Ebu Hanife'nin "istihsanı kıyasla terkettim" sözüyle de çeliştiği ifade edilmektedir.¹⁹

Taftazani de istihsanı kendisi üzerine ittifak edilen delillerden saymış ve onu açık kıyasın karşısında olan delil olarak tarif etmiştir. Ancak bu tanım da istihsanın örf ve maslahat sebebiyle olan istihsanı kapsamamasından dolayı eleştirilmiştir.²⁰

Ebu'l-Hüseyin el-Basri de istihsanı (شمول ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل) (الإلفاظ لوجه اقوي منه و هو في حكم الطارئ علي الاول) "daha kuvvetli bir yön sebebiyle, lafızların kapsamı gibi kapsamı olmayan ictihad yönlerinden bir yönü terk etmektir ki; birincisinin üzerine sonradan gelme hükmündedir." şeklinde tanımlamaktadır. Ebu'l-Hüseyin'in bu tanımı Kerhi'nin tanımına benzemekle beraber, Kerhi'nin tanımının eleştirilen yönü dikkate alınarak yapılmış bir tanımdır. Zira Ebu'l-Hüseyin (غير شامل شمول الإلفاظ) "lafızların kapsamı gibi kapsamı olmayan" ifadesiyle âmm lafzın tahsisinin istihsan olmayacağına ve (هو (في حكم الطارئ علي الاول) "birincisinin üzerine sonradan gelme" ifadesiyle de istihsanın terk edilip kıyasın alınmasının istihsan olmayacağına işaret etmektedir.

şerhi'l-Mahsul, thk: Ahmet Abdulmevcut Ali Muhammet Muavvid, Mektebetu'n-Nazar, Riyad, 1997, II. Baskı, IX, 4216. Zeydan, el-Veciz, Ebu Zehra, Muhammed, Usulu'l-Fıkh, Daru'l-Fikri'l-Arabi, Kahire, trz, 245. Şatbı, el-İ'tisam, II, 118. ez-Zerkâ, Medhal, I, 87; Yusuf Kasım, Usulu'l-Ahkâmi'ş-Şeria, Daru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire, ikinci baskı, 1911, 203; el-Berdesî, 304-305; Şelebî, Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî, 275.

¹⁸ Ebu Zehra Usulu'l-Fıkh, 245. ez-Zerkâ, Medhal, I, 87.

¹⁹ el-Buhari, IV, 1123. Amidi, IV, 212. Karafi, Nefaisu'l-Usul, IX, 4216.

²⁰ Hüseyin Hamid Hassan, el-Medhal Li Diraseti'l-Fıkhı'l-İslami, Mektebetu'l-Mütenebbi, Kahire, 1979, İkinci Baskı, 174.

Çünkü tercih edilen kıyas istihsanın üzerine sonradan gelmemektedir. Bilakis kıyas sonradan gelme değil, asıldır. Buna göre de Ebu'l-Hüseyin el-Basri, Hanefilerin istihsanı terk edip kıyasla amel ettikleri durumlarda terk edilenin istihsan olmadığı kanaatindedir. Namazda secde ayetinin okunması durumunda kıyasla amel edilmekte ve istihsanın hükmü terk edilmektedir. Burada terk edilen Basri'ye göre istihsan değildir.²¹

Hanefi hukukçularından Cessas, istihsanı “kendisine nisbetle önceliği bulunan bir delil ile kıyasın terk edilmesidir.” “ترك القياس الي ما هو اولي منه” şeklinde tanımlamaktadır.²² Cessas bunun iki şekilde olacağını zikretmektedir. Birincisi iki asıl ile benzerlik gösteren bir fer'in bu iki asıl arasında çekişmesi halidir ki bu durumda istihsan bir delil sebebiyle asıllardan birinin tercih edilmesidir. İkincisi ise illetin varlığı ile hükmün tahsis edilmesidir. Ancak istihsanın illetin tahsisi olduğu görüşünü Pezdevi, Serahsi, Buhari ve Nesefi gibi Hanefi hukukçuları reddetmektedir.²³ Mutezileden olan Ebu'l-Hüseyin el-Basri de bu kanaattedir.²⁴ Tanımından da zaten bu anlaşılmaktadır.

Benzer bir tanım da şu şekildedir: “Kıyasın kendisinden daha kuvvetli bir delil ile tahsis edilmesidir.”²⁵ Abdulaziz el-Buhari, kıyasın tahsisi ile kastedilenin illetin tahsisi olduğunu ifade etmektedir. O, bu tanımın istihsanın diğer kısımlarını kapsamasına rağmen bunun doğru olmadığı kanaatindedir.²⁶ Serahsi de istihsanın tahsis olduğu şeklindeki tanımı reddetmemekte ve bu şekilde düşünenlerin hata

²¹ Amidi, IV, 212-213. Karafi, Nefaisu'l-Usul, IX, 4216.

²² el-Cessas, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Razi, (Ö. 370/891) el-Fusul Fi'l-Usul, Kuveyt, 1994, II. Baskı, IV, 243,247, 249; Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 275.

²³ es-Serahsî, Usul, II, 204. Buhari, IV, 1123. Nesefî, II, 165; Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 275.

²⁴ Amidi, IV, 212-213. Karafi, Nefaisu'l-Usul, IX, 4210.

²⁵ Buhari, IV, 1123. Nesefî, II, 165. Şevkânî, Muhammed Ali b. Muhammed, İrşadu'l-Fuhul ila Tahkiki'l-Hakkı min İlmi'l-Usul, (tahkik ve ta'lik: dr. Şaban Muhammed İsmail) Daru's-Salam, Kahire, 1998, II, 688; Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 270.

²⁶ el-Buhari, IV, 1123.

yaptıklarını zikretmektedir. Serahsi bu hususu şu şekilde açıklamaktadır; yırtıcı hayvanların artıklarının haram olmasının illeti onların yiyeceklerine dilleri vasıtasıyla salyalarını karıştırmalarıdır. Ancak bu durum yırtıcı kuşların artıklarında bulunmamaktadır. Burada illet ortadan kalktığı için hüküm ortadan kalkmaktadır. İletin varlığına rağmen hüküm ortadan kalkmış değildir. Dolayısıyla burada illetin tahsisinden bahsedilemez. Bu nedenle istihsanın illetin tahsisi şeklinde tanımlanması yanlış olmaktadır.²⁷

Bu konuda İbn Emir el-Hacc, İslâm hukukçularının illetin tahsisini sürekli tartıştıklarını, ancak Hanefi hukuk ekolünün imamlarından istihsanın tahsis olup olmadığı hususunda hiçbir görüşün nakledilmediğini ifade etmektedir.²⁸ Muharrem Önder de bu konudaki tartışmanın h. 4. asırda Hanefi hukukçusu Kerhi'nin tanımıyla birlikte başladığı kanaatinde olduğunu ifade etmektedir.²⁹

Bir diğer tanımda “istihsan, açık kıyasın karşısındaki delildir.” Bu delil nass, icma, zaruret veya gizli kıyas olabilir.³⁰

İstihsana yönelik yapılan tanımlardan bir tanesi de şu şekildedir: “Bir delilin hükmünden insanların maslahatı için örfe dönmektir.”³¹ Şevkani bu tanımın tartışmalı bir tanım olduğunu ve eğer adet, Hz. Peygamber zamanında sabit olmuş bir örf ise bunun sünnet ile sabit olduğunu, sahabe zamanında sabit olmuş ise icma ile sabit olduğunu, nass ve kıyas ile sabit olmuş ise huccet olduğunu ifade etmektedir. Eğer bunların dışında başka bir şeyle sabit olmuş ise bu durumda hucciyeti sabit olmamıştır ve Şevkani'ye göre kesin olarak reddedilmelidir.³²

²⁷ es-Serahsî, Usul, II, 204. Buhari, IV, 1123, 1128. Nesefî, II, 165.

²⁸ Emir el-Hacc, III, 177.

²⁹ Önder, Muharrem, Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması, Konya, 2000, (basılmamış doltora tezi), 97.

³⁰ Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 276.

³¹ Amidi, IV, 213. Şevkânî, II, 688- 689.

³² Şevkânî, II, 688- 689.

Şafîî olan Gazzâlî de istihsanı “müctehidin akıl ile iyi ve güzel bulduğu şey” olarak tanımlamaktadır. Bu tanımdan hareketle istihsanı şiddetle eleştirmekte, onun delil olmasına dair akli ve mütevatir ya da ahad nakli delilin olmadığını iddia etmektedir.³³ Sem’ani de “eğer istihsan insanın hoşuna giden şey ise o delilsiz hevesine uymak demektir ki bu batıldır. Ancak bunu hiç kimse söylememektedir. İstihsan bir delilden daha kuvvetli bir delile sapmaktır.” demektedir.³⁴ Baci de “iki delilden daha kuvvetli olanı almaktır.” şeklinde tanımlamaktadır. Yaş hurma ile kuru hurmanın alış-verişi anlamına gelen araya akdinin hadis sebebiyle tahsis edilmesini de Baci bu hususta örnek olarak vermektedir.³⁵

Hanefilere atfen yapılan bir diğer istihsan tanımı da şudur: (انه عبارة عن دليل) “Müctehidin vicdanını etkileyen fakat onu ifade etmekte güçlük çektiği ve açıkça ortaya koyamadığı bir delildir.”³⁶ Bu tanımla ilgili olarak Şevkani ve Amidi tanımdaki (ينقدح) “yenkadihu” kelimesinin sabit olmak ve gerçekleşmek anlamına gelmesi halinde ittifakla kabul edileceği ve kendisiyle amel edilmesi gerektiğini; sabit bir vehim ve şüphe anlamına gelmesi durumunda ise ittifakla reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.³⁷

Gazzâlî ise bu şekilde tanımlanan istihsanı tamamen reddetmekte ve onun heves olduğunu, çünkü ifade edilemeyen bir şeyin vehim, hayal veya gerçek olup olmadığını ifade edilemeyeceğini, şer’i delillerle doğruluğunun veya zayıflığının ispatlanabilmesi için ortaya çıkarılmasının gerektiğini söylemekte ve ortaya

³³ Gazzâlî, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, Mustasfa fi ilmi’l-usul , Beyrut, trz., I, 274.

³⁴ Şevkâni, II, 690.

³⁵ Baci, I, 564. Şevkâni, II, 690.

³⁶ Amidi, IV, 211. Gazzâlî, Mustasfa, I, 281. Şevkâni, II, 688-689; Şelebî, Usulu’l-Fıkhı’l-İslâmî, 275.

³⁷ Amidi, IV, 211. Şevkâni, II, 689.

konamamasından dolayı onun hayal ve vehim olduğuna hükmetmektedir.³⁸ Diğer taraftan Gazzâli, şer’i anlamların akıllara yansımaları durumunda, dillerin onu ifade edeceğini, lisan ile ifade edilemeyen akılla kavranamayacağını ifade ederek zihinde var olan bir şeyin ortaya konması gerektiğini, aksi takdirde delil olamayacağını ifade etmektedir.³⁹

Bizim anladığımız kadarı ile Hanefilerin kullandığı istihsan; ‘açık kıyasın daha kuvvetli bir delil sebebiyle terk edilmesidir.’ Bize göre bu tanım istihsanın kapsamlı bir tanımıdır. Çünkü bu tanım istihsanın bütün çeşitlerini de içine almaktadır. Şunu ifade etmek gerekmektedir ki; istihsan kıyasın olduğu yerde bulunmaktadır. Kıyas söz konusu değil ise orada istihsandan bahsetmek imkânsızdır. O nedenle tanımda istihsanın kıyası terk etmek olduğunu ifade ettik. Tanımda istihsanın kıyasın terki olduğunu söylememizin bir başka nedeni de; Ebu’l-Hüseyin el-Basri’nin de dediği gibi, namazda secde ayetinin okunması durumunda istihsanın hükmünün terk edilmesinde olduğu gibi, terk edilenin istihsan olarak tanımlanması isabetli görünmemektedir. Tanımda özellikle istihsanın açık kıyasın terki olduğunu zikrettik. Zira, istihsanın çeşitleri içerisinde gizli kıyas sebebiyle sabit olan istihsanın olması istihsanın açık kıyasın karşısında olan delil olduğunu göstermektedir.

B. İSTİHSANIN KISIMLARI

Hanefiler istihsanı genel olarak ikiye ayırmaktadırlar. Bunlardan birincisi açık kıyas karşısındaki gizli kıyasa dayanan istihsan, ikincisi ise delile dayanan istisna istihsanıdır. Bu istihsan da Hanefi usul eserlerinde nass, icma ve zaruret sebebiyle sabit olan istihsan olmak üzere üçe ayrılmaktadır.⁴⁰ Fakat çağdaş usul eserlerinde ise bu üçlü tasnife ilave olarak örf ve adet sebebiyle sabit olan

³⁸ Gazzâlî, Mustasfa, I, 281.

³⁹ Gazzâlî, Menhul min Ta’likati ilmi’l-usul, thk: Muhammed Hasan Heyto, Dimeşk, 1, 375.

⁴⁰ es-Serahsî, Usul, II, 202. el-Buhari, IV, 1122,1125. Nesefi, II, 165. Emir el-Hacc, III, 222. R. Paret, İstihsan Istislah, M.E.B. İslâm Ansiklopedisi, V/2, 1217.

istihsanla, maslahat sebebiyle sabit olan istihsan ilave edilmiştir. Böylece, gizli kıyas sebebiyle sabit olan istihsan da dâhil olmak üzere toplam altı çeşit istihsan zikredilmektedir.⁴¹

Gazzâli ise Kerhi'nin istihsanı dört kısma ayırdığını ifade etmektedir.

1. Kıyası terk edip hadise tabi olmak.
2. Kıyasın hilafına sahabe sözüne tabi olmak.
3. İnsanların adetlerine tabi olmak
4. Gizli manaya (kıyas) tabi olmak.⁴²

ez-Zerkâ da istihsanı illet bakımından zaruret istihsanı ve gizli kıyas istihsanı olmak üzere ikiye ayırmaktadır.⁴³

Mâlikî olan İbn Ârabî de istihsanı 4'e ayırmıştır.

1. İcma sebebiyle istihsan.
2. Maslahat sebebiyle istihsan.
3. Zorluk ve meşakkatin kaldırılması ilkesi sebebiyle istihsan.
4. Örf sebebiyle istihsan.⁴⁴

Serahsi, Pezdevi, Nesefi, Şelebi, Şaban ve Zeydan gibi hukukçular istihsanı nass, icma zaruret sebebiyle sabit olan istihsan olmak üzere üçe ayırırken, gizli kıyasla sabit olan istihsanı bundan ayrı tutmaktadırlar ve gizli kıyas sebebiyle sabit olan istihsanı da kıyas olarak kabul etmektedirler.⁴⁵

⁴¹ Şaban, 182-183. Zeydan, 233-234.

⁴² Gazzâlî, Menhul, 375-376.

⁴³ ez-Zerkâ, Medhal, I, 88.

⁴⁴ Hassan, Hüseyin Hamid, el-Medhal, 175.

⁴⁵ Kayhan 21

Biz burada gizli kıyas istihsanı, nass, icma ve zaruret sebebiyle sabit olan istihsan ve daha sonra ilave edilen örf adet ve maslahat sebebiyle sabit olan istihsan çeşitlerini açıklamaya çalışacağız.

1- Gizli Kıyas Sebebiyle Sabit Olan İstihsan

Hanefi hukukçular kıyası açık ve celi olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Açık kıyas, müçtehidin üzerinde iyice düşünmeden, araştırma yapmadan ilk anda aklına gelen kıyastır. Gizli kıyas (kapalı kıyas- الاستحسان الخفي) ise müçtehidin ilk anda aklına gelen değil, üzerinde araştırma yapmayı, iyice düşünmeyi gerektiren kıyastır.⁴⁶ Hanefiler, gizli (hafi) kıyas ve açık (zahir) kıyastan her birini de iki kısma ayırmaktadırlar. Açık kıyasın birinci kısmı; eseri (tesiri) zayıf olan açık kıyastır. İkinci kısmı ise; fesadı açık, tesir ve sıhhati gizli olan açık kıyastır. Gizli kıyasın (istihsan) birinci kısmı; tesiri kuvvetli olan fakat kendisi gizli olan kıyastır. İkinci kısmı ise; tesir ve sıhhati açık olup, fesadı gizli olan hafi kıyastır. Eseri zayıf olana sadece kıyas, eseri kuvvetli olana ise istihsan adını vermektedirler. Kuvvet derecesi bakımından önce istihsanın birinci kısmı, sonra açık kıyasın birinci kısmı, daha sonra kıyasın ikinci kısmı, en son olarak da gizli kıyasın ikinci kısmı gelmektedir. Bu sıralamanın yapılmasında etkili olan unsur illetin açık olması ya da kapalı olması değil, illetin tesirinin kuvvetli veya zayıf olmasıdır.⁴⁷ Bu durumda eseri kuvvetli olan istihsan eseri zayıf olan açık kıyasa tercih edilmektedir. Yırtıcı kuşların artığının temiz olması bu tür bir istihsandır. Fesadı gizli ve zayıf, sıhhati açık olan gizli kıyas da tesiri gizli olan ancak kuvvetli ve sıhhatli olan açık kıyas karşısında terk edilir. Namazda secde ayeti okunduğu zaman secdenin ruku' yerine eda edilmesi de bu tür bir istihsandır.⁴⁸

Hanefi hukukçulara göre kıyasın açık veya gizli olması önem arz etmemektedir. Önemli olan eserin (tesirin) kuvvetli olup olmamasıdır. Nitekim

⁴⁶ el-Buhari, IV, 1126. es-Serahsî, Usul, II, 203; Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 282.

⁴⁷ Neseî, II, 165. el-Hacc, III, 223.

⁴⁸ es-Serahsî, Usul, II, 204-205.

ahiret hayatı dünya hayatına tercih edilmektedir. Dünya hayatı açıktır, fakat ahiret hayatı gizlidir. Ancak ahiret hayatı, dünya hayatından tesir bakımından daha kuvvetli olduğundan dolayı dünya hayatına tercih edilmektedir. Kalp de bedene tercih edilmektedir. Çünkü kalbin ameli, bedenın amelinden daha etkilidir. Kalp tevhid ve imanın yeridir. Yine akıl da göze tercih edilmektedir. Akıl gizli, göz ise zahirdir. İslâm hukuk usulünde de asıl tartışılan istihsan bu tür isthisandır.⁴⁹

Şimdi hafi kıyas sebebiyle sabit olan istihsanı örneklerle daha iyi açıklamaya çalışacağız.

Usul eserlerinin birçoğunda verilen bir örnek şudur: Yırtıcı kuşların (doğan, şahin vb.) artıkları kıyasa göre necistir. Çünkü onların artıkları yırtıcı hayvanların artıklarına kıyas edilmektedir. Yırtıcı hayvanların artıkları da etleri gibi değerlendirilip haram kabul edilmektedir. Zira yırtıcı hayvanlar bir şey yerken ona dilleriyle temas ederler ve dilleri vasıtasıyla artıklarına salyalarını karıştırmaktadırlar. Dilleri de, etlerine tabi olduğundan dolayı, haram olmaktadır. Dillerinden çıkan salyaları da, etlerine tabi olduğu için, aynı hükme tabi olarak haram olmaktadır. İslâm hukukçuları salyalarının karıştığı yiyeceği de, etlerine tabi görerek, haram addetmektedirler. Yırtıcı kuşları da yırtıcı hayvanlara kıyas ederek onların artıklarını da haram kabul etmektedirler. İstihsana göre ise yırtıcı kuşların artıkları insanların artıklarına benzetilmekte ve mekruh olmakla beraber temiz kabul edilmektedir. Çünkü yırtıcı hayvanlar yiyeceklerine salyalarını dilleri vasıtasıyla karıştırmaktadırlar. Yırtıcı kuşlar ise yiyeceklerini dilleriyle değil gagalarıyla yemektirler. Gagaları ise kemiktir. Kemik ise temizdir. Dolayısıyla artıklarına bir pislik karıştırmaları mümkün olmamaktadır. Nasıl insanın içmesi ile artıklarının pisenmediğine hükmediliyorsa, kuşların da içmesi ile artıklarının pisenmediğine hükmedilmektedir. İlet ortadan kalktığı için hüküm de ortadan kalkmakta ve böylece yırtıcı kuşların artıklarının temiz olduğuna hükmedilmektedir.⁵⁰

⁴⁹ es-Serahsî, Usul, II, 203. el-Buhari, IV, 1126.

⁵⁰ el-Buhari, IV, 1126; Hassan, Hüseyin Hamid, el-Medhal, 177-178; el-Berdesî, 314.

Yırtıcı kuşların artıklarının temiz olması zaruret istihsanı sebebiyle de caiz görülmektedir. Çünkü kedinin artığının temiz olduğuna dair nass bulunmaktadır. Kedinin meydan getireceği sıkıntı, yırtıcı kuşlar da söz konusu olmaktadır. Zira yırtıcı kuşlar, uçmakta ve onlardan kapkacağı korumak özellikle açık arazilerde daha da zor olmaktadır. Dolayısıyla bir zaruret hasıl olmaktadır. İşte bu durumda zaruret sebebiyle istihsan hasıl olmakta ve yırtıcı kuşların artıkları da zaruret istihsanı ile caiz olmaktadır.⁵¹

Kabzedilmemiş malın fiyatı hususunda çıkan ihtilafta da gizli kıyas açık kıyasa yani istihsan kıyasa tercih edilmektedir. Alıcı ile satıcı arasında bir ihtilaf söz konusu olduğu zaman, alıcı daha az vermesi gerektiğini, satıcı da müşterinin daha fazla vermesi gerektiğini iddia etseler bu durumda her ikisinin de istihsana göre yemin etmesi gerekmektedir.

Kıyasa göre ise yemin etmeleri gerekmemektedir. Çünkü satan fazla istemekte alan da onu inkâr etmektedir. Delil getirmek iddia edene düşerken yemin etmek de inkâr edene düşmektedir. Satana yemin etmesi gerekmemektedir.

İstihsan yönü itibariyle burada görünürde satıcı karşılaştırıldan daha fazlasını iddia etmekte ve alıcının karşılaştırılan miktarı verdikten sonra malı alma hakkını inkâr etmektedir. Alıcı da görünürde satıcının iddia ettiği miktarı inkâr etmekte ve karşılaştırılan miktarı verdikten sonra malı alma hakkı olduğunu iddia etmektedir. Dolayısıyla her biri bir yönden (iddia eden) davacı, bir yönden de (inkâr eden) davalı olmakta ve bundan dolayı da her ikisinin de istihsanen yemin etmeleri gerekmektedir.

Açık kıyas bu olayı davacı ve davalı arasında olan her olaya dâhil etmektedir ki, bu gibi durumlarda davacıya (iddia edene) delil getirme ve davalıya da (inkâr edene) yemin etmek düşmektedir.

⁵¹ el-Buhari, IV, 1126. es-Serahsî, Usul, II, 204; Adulvehhab, el-Hallaf, ilm-i Usuli'l-Fıkıh, (ö. 1947) Camiatu'l-Fuad Evvel, Kahire, trz. (3. baskı), 86.

Gizli kıyas sebebiyle olan istihsan ise, bu olayı iki davacı arasında olan her olaya katmaktadır ki, her biri aynı anda hem davacı hem de davalı olmakta ve karşılıklı olarak yeminleşmektedirler.⁵²

2- Delile Dayanan İstisna İstihsani

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi delile dayanan istisna istihsanını Hanefi usulcülerini nass, icma ve zaruret sebebiyle sabit olan istihsan olmak üzere üçe ayırmaktadırlar. Ancak muasır usulcüler bu tasnife örf ve maslahat sebebiyle sabit olan istihsanı da ilave etmektedirler. Şimdi biz bu istihsan çeşitlerini nass sebebiyle sabit olan istihsandan başlamak suretiyle açıklamaya çalışacağız.

a. Nass Sebebiyle İstihsan

ez-Zerkâ istihsanın zaruret ve gizli kıyas sebebiyle sabit olan istihsan olmak üzere ikiye ayrıldığını, nass ve icma sebebiyle sabit olan istihsanın gerçekte sünnete ve icmaya yani Şari'in nassına dayadığını, dolayısıyla kıyasa ve istihsana izafe edilmesinin gereksiz olduğunu ifade etmektedir. Zira ona göre istihsan ile kastedilen fakihin hakkında şer'i bir nass olmayan bir meselede kıyasın hükmünden başka bir hükme sapsmasıdır. Kur'an, sünnet ve icma derece bakımından kıyastan daha üstündür. Bu nedenle kıyas ve istihsan tabirlerini kullanmaya gerek kalmamaktadır. Yine ez-Zerkâ nass sebebiyle kıyasın terk edilmesini "Şari'in istihsanı" olarak tanımlamakta ve bu şekildeki istihsanın huciyeti hususunda bir tartışmanın olmadığını ifade etmektedir. Fakihin, Şari'in nasslarını tatbik ederek ve onlara kıyas yaparak yapmış olduğu istihsanı da (zaruret ve gizli kıyas istihsanı) "fakihin istihsanı" olarak tanımlamaktadır.⁵³

ez-Zerkâ'nın görüşünden farklı olarak Hanefilerin kıyası, nass sebebiyle terk etmelerine istihsan demelerinin nedeni kanaatimizce nass sebebiyle sabit olan istihsanda ta'diyenin, yani hükmün benzer konularda geçerli olmamasıdır. Diğer

⁵² el-Buhari, IV, 1131. Hudari, 335., el-Hallaf, ilm-i Usui'l-Fıkıh, 86.

⁵³ ez-Zerkâ, Medhal, I, 94-95; Hallaf, ilm-i Usui'l-Fıkıh, 85.

taftan Hanefiler nass sebebiyle kıyası terk etmektedirler. Yani nassın karşısında bir kıyas bulunmakta ve Hanefiler o kıyasın hükmünden nass sebebiyle başka bir hükme sapmaktadırlar. Dolayısıyla kıyasın, daha kuvvetli bir delil sebebiyle terk edilmesi anlamına gelen istihsan gerçekleşmektedir.

Nass sebebiyle istihsanı iki kısımda incelemek gerekmektedir. Zira iki nass bulunmaktadır. Birincisi kitap, ikincisi sünnettir.

aa. Kitap Sebebiyle İstihsan:

Kıyas, genel kural veya genel bir nassın hükmünün Kur'an'dan bir delil ile terk edilmesi durumunda bu tür bir istihsandan bahsedilebilir. Kitap sebebiyle sabit olan bazı istihsan örnekleri şunlardır:

Vasiyet mülkiyetin ortadan kalkacağı zamana bağlanmış bir temlik işlemidir. Fakat temlik konusundaki yerleşik genel kurala göre, temlik mülkiyetin ortadan kalkacağı zamana bağlanamaz. Bu durumda vasiyetin geçersiz olması gerekmektedir. Ancak bu konuda Kur'an'da *“(Bütün bu paylar, ölenin) yapmış bulunacağı vasiyet (yerine getirildik)ten ve borcun ifasından sonradır.”*⁵⁴ buyrulmuştur. Bu ayete dayanmak suretiyle Hanefiler, vasiyetin geçersizliği hükmünü terk etmişler ve kıyasa aykırı olmasına rağmen istihsan gereği vasiyetin caiz olduğuna hükmetmişlerdir.⁵⁵

Hanefi mezhebindeki yerleşik genel kurala göre; bir müslümanın zımmi olan babası fakir olsa, farklı dinlere mensup olmalarından dolayı babasına nafaka ödemesi gerekmemektedir. Çünkü nafaka konusundaki kıyasa göre, bu durumda olan iki insan öldükleri zaman birbirlerine varis olamamaktadırlar. Nafaka konusunda da durumun böyle olması gerekmektedir.

Ancak Hanefi imamları *“Dünyada ana-babaya iyi bir şekilde geçin*

⁵⁴ Nisa Suresi, 4/11,12.

⁵⁵ Merğınani, el-Hidaye, IV, 231. Zeylai, Teybin, VI, 182; el-Berdesî, 309.

(*onlara sahip çık.*)”⁵⁶ ayetine dayanmak suretiyle istihsan yaparak genel kuralın aksine, müslüman bir kimsenin fakir, fakat zımmi olan ana-babasına nafaka vermesi gerektiğine hükmetmişlerdir. Diğer taraftan da bu konuda, ana-babayı açlıktan ölüme bırakmanın, onlara sahip çıkmak olmadığı ifade edildikten sonra baba ile evlat arasındaki nafaka istihkakının din birliği sebebiyle olmayıp veladet, yani evladın babasından bir parça olması sebebiyle olduğu ifade edilmiştir.⁵⁷

ab. Sünnet Sebebiyle İstihsan:

Bir meselede genel kuraldan veya kıyastan vazgeçmenin gerekçesi eğer sünnetten gelen bir hadis ise bu çeşit istihsana sünnet sebebiyle sabit olan istihsan (استحسان السنة) denilmektedir. Ebu Hanife, Serahsi, Pezdevi ve Buhari gibi Hanefi hukukçularına göre, haber-i vahit, ravi fakih olsun veya olmasın adalet ve zabt sahibi bir ravi ise kıyasa tecih edilmektedir. Fakat bu durumda haber-i vahit, kitap, sünnet ve icmaya aykırı olmamalıdır.⁵⁸

Sünnet sebebiyle sabit olan bazı istihsan örnekleri şunlardır:

Selem sözleşmesi, peşin para karşılığında bir şeyin belirli vasıflar taahhüt edilerek daha sonra teslim edilmek üzere satılması demektir. Bu ise, kişinin hali hazırda sahip olmadığı bir malı satması türünden bir sözleşmedir. Bu hususta iki nass bulunmaktadır. Bunlardan birincisi “sahip olmadığın (yanında olmayan mevcut olmayan) şeyi satma”⁵⁹ hadisidir. Selem sözleşmesi bu hadise ve bu hadise dayanan “ma’dumun (mevcut olmayanın) satışı caiz değildir.” genel kuralına aykırıdır. Bu konu ile ilgili diğer nass ise bu sözleşmenin cevazını bildirmektedir. O nass ise şudur; Hz. Peygamber Medine’ye geldiğinde Medine halkının meyvelerini iki yahut üç seneliğine selem usulü sattıklarını görmüştür. Hz. Peygamber, ticaret hukuku prensiplerine aykırı olarak selem usulü alış-

⁵⁶ Lokman Suresi, 31/15.

⁵⁷ es-Serahsî, el-Mebsut, V, 206.

⁵⁸ es-Serahsî, Usul, I, 327-328.

⁵⁹ Ebu Davud, Büyû’; 70. Nesâî, Büyû’, 60; Tirmizî, Büyû’, 19.

verişlere dokunmayıp sadece bunu bazı kayıtlara bağlamıştır. Konu ile ilgili olarak Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: “*Her kim selem usulü satış yapmak isterse, belirli ölçüde, belirli tartıda ve belirli bir müddet için yapsın.*”⁶⁰ Hz. Peygamber, insanların ihtiyacını göz önünde bulundurarak selem sözleşmesine müsaade etmiştir. Bu hadise dayanarak Hanefiler, selem sözleşmesinin kıyasa aykırı olmakla beraber istihsanen caiz olduğunu ifade etmektedirler.⁶¹

İcare akdide de kıyasa göre caiz olmamaktadır. Çünkü akde konu olan bir mal bulunmamaktadır. Gelecekte meydana gelecek bir şey üzerine akit yapılmıştır. İvazlı akitler, alış-veriş ve nikâh akdinde olduğu gibi gelecek zamana atfedilerek yapılmayı kabul etmemektedirler. Ancak bu kıyas hükmü Hz. Peygamber’in “*Ücretle çalışana hakkını alın teri kurumadan veriniz.*”⁶² hadisi ile terk edilerek istihsan yapılmak suretiyle icare akdi caiz olmaktadır.⁶³

Nassla ve icma ile sabit olan istihsanla kıyastaki hata giderilmektedir. Zira kıyasın yanlış olma ihtimali bulunmaktadır. Bu hata nass ve icma ile ortaya çıkarıldığı zaman Hanefi hukukçulara göre kıyası terk vacip olmaktadır.⁶⁴

b. İcma Sebebiyle İstihsan

Hanefi usulculere göre icma sarih ve sukuti icma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Konunun anlaşılması bakımından bunlara kısaca temas etmek istiyoruz.

Sarih İcma: Herhangi bir zamanda bütün müctehitlerin bir meselenin hükmüne dair görüşlerini tek tek açıklamaları suretiyle veya fiili olarak

⁶⁰ Buhari, Selem, 1,2; Müslim, Müsâkât, 25; Tirmizî, Buyû, 70; Ebu Davud, Büyû’, 57; . Nesâî, Büyû’, 63.

⁶¹ es-Serahsî, Usul, II, 203; Buhari, IV, 1125; Nesefî, II, 164; el-Berdesî, 309; Şelebî, Usulu’l-Fıkhî’l-İslâmî, 284.

⁶² İbn Mâc, Ruhûn, 4.

⁶³ el-Buhari, IV, 1125; el-Berdesî, 308; Şelebî, Usulu’l-Fıkhî’l-İslâmî, 285.

⁶⁴ es-Serahsî, I, 203.

uygulamalarıyla meydana gelen fikir birliğidir. Sarih icma farkı yollarla olabilmektedir. Mesela ictihat ehline hükmü bilinmek istenen mesele sunulur; o mesele hakkında hepsi aynı kanaati ifade ederlerse sarih icma gerçekleşmiş olmaktadır. Veya bir mesele hakkında bir müçtehit görüşünü açıkladıktan sonra, ondan bağımsız olarak başka bir müçtehit de aynı mesele ile ilgili olarak aynı görüşü ifade ederse o takdirde sarih icma gerçekleşmiş olmaktadır. Sarih icmaya azimet adı da verilmektedir.⁶⁵

Sukuti İcma: Müçtehidin bir mesele hakkındaki görüşünü açıklaması, bu görüşün duyulup, öğrenilip, şöhret bularak diğer müctehidlere ulaşması ve mesele hakkında tetkikte bulunmak için kâfi müddetin geçtiği, birinden veya bir şeyden korkması gibi müçtehidî sükûta sevk eden, görüşünü açıklamasına engel bir maninin bulunmamasına rağmen, müçtehitlerin susmaları, yani bu görüşü açıkça reddetmedikleri gibi, açıkça bu görüşe uygun olan kanaatlerini ifade etmemeleridir. Hanefî hukukçuların çoğunluğuna göre sükûti icma kat'idir ve kesin hüküm ifade etmektedir.⁶⁶

Hanefî usul eserlerinde zikredilen icma sebebiyle sabit olan istihsan örneklerine bakıldığında icma sebebiyle sabit olan istihsanın sükutî icma sebebiyle sabit olduğu görülmektedir. Ancak bu Hanefî hukuk ekolünde sarih icma ile istihsanın sabit olmayacağı anlamına gelmemelidir.⁶⁷

İcma sebebiyle sabit olan istihsanı örneklerle daha iyi izah etmeye çalışacağız. İcma sebebiyle sabit olan bazı istihsan örnekleri şunlardır:

İstisna akdi icma sebebiyle caiz olmaktadır. Çünkü bu alış-veriş akdi insanlar arasında teamül olarak yapılmaktadır. Mesela bir müşteri mest diken bir zanaatkâra niteliğini belirtmesi şartıyla mest dikmesini söylediğinde bu akit icma sebebiyle caiz olmaktadır. Ancak bu kıyasa göre caiz değildir. Çünkü akde konu

⁶⁵ es-Serahsî, I, 303.

⁶⁶ es-Serahsî, I, 303, 305, 308.

⁶⁷ Önder, 189.

olan mal ortada bulunmamaktadır. Alım-satım konusundaki yerleşik kurala göre ortada olmayan bir şey hakkında sözleşme yapmak caiz değildir. Çünkü Hz. Peygamber “Yanında bulunmayan malın alış-verişi olmaz.”⁶⁸ buyurmaktadır. Ancak burada insanlar arasında böyle bir alış-verişin teamül olarak öteden beri yapılmasından dolayı bu akit icma sebebiyle caiz olmaktadır. İctihat ehlerinden hiç kimse de böyle bir uygulamaya karşı çıkmamıştır.

Bu meselede Hanefiler istisna’ akdinin, kıyasa aykırı olmakla beraber caiz olduğunu ifade etmektedirler. Buradaki istihsan kelimesi ile istisna’ akdinin geçersizliği hükmünden vazgeçildiği anlatılmakta, kıyas ile de ortada olmayan bir şeyin sözleşme konusu yapılmasının caiz olmadığı şeklindeki yerleşik genel kurala işaret edilmektedir. Yani icthad ehlerinden hiçbir kimsenin itiraz etmemesi sebebiyle bir icma (sükûti icma) oluşmakta ve böylece istisna’ akdi istihsanen caiz olmaktadır.⁶⁹

Karı-koca aynı anda irtidat ettikleri zaman kıyasa göre aralarının ayrılması gerekmektedir. Çünkü irtidat başlangıçta nikah akdinin oluşmasına engel teşkil ettiği gibi devamına da engel teşkil etmekte ve aralarındaki nikah bağının ortadan kalkmasına neden olmaktadır.

Fakat İmam Ebû Hanife, İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed eş-Şeybani bu kıyas hükmünü sahabenin ittifakı nedeniyle terk etmişlerdir. Hanefi oğulları zekat vermeyi reddederek irtidat ettiklerinde Hz. Ebu Bekir onları tövbeye davet etmiş fakat nikahlarını yenilemelerini kendilerine emretmemiştir. Sahabeden hiçbir kimse de bu konuda ne görüş beyan etmiş ne de itiraz etmiştir.⁷⁰

Bu örnekte görülen şudur ki; bu bir “sükuti icma” şeklindedir. Hanefi hukukçular bunun bir sükuti icma olduğunu ifade etmeksizin, doğrudan sahabenin

⁶⁸Ebu Davud, Büyû’, 70. Nesâî, Büyû’, 60; Tirmizî, Büyû’, 19.

⁶⁹el-Cessas, Füsul, IV, 249; es-Serahsî, II, 203; el-Buhari, IV, 1125; Nesefî, II, 164; ; el-Berdesî, 308; Şelebî, Usulu’l-Fıkhî’l-İslâmî, 286; Ali Haydar Efendi, 388.

⁷⁰es-Serahsî, Mebsut, V, 49.

ittifakına dayanarak istihsan yaptıklarını ifade etmektedirler.

Netice olarak hanefi usul eserlerinde terim olarak ifade edilen icma ile icma sebebiyle sabit olan istihsan örnekleri farklılık arz etmektedir. Usul eserlerinde tanımlanan icma şekillerinden sükuti icma bu örneklerle uyum arz etmektedir.

c. Örf Sebebiyle İstihsan

Örf, insanların çoğunluğunun benimseyip alışkanlık haline getirdikleri işlerdir.⁷¹ Örf kavli (sözlü) örf, ve amelî örf olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Sözlü örf: İnsanların kullandıkları bazı kelimeleri, kelime anlamlarından başka belirli bir manada kullanmayı adet haline getirmeleridir. “Veled” kelimesinin kız çocuk için değil, sadece erkek çocuk için kullanılması gibi.⁷²

Ameli örf: İnsanların itiyat haline getirdikleri fiillerdir. Halkın bir çok şeyi teslim-tesellüm tarzında alıp satmayı, mehrin muaccel ve müaccel şeklinde iki kısma ayrılmasını adet haline getirmeleri ameli örf'e dahil olmaktadır.⁷³

Örf ve adetin istihsan ile ilişkisi şu şekildedir; umumi nasslar, genel kurallar veya kıyas örf ve adet ile tearuz ettiğinde örf ve adet tercih edildiği takdirde örf ve adet ile sabit olan istihsan söz konusu olmaktadır.

Örf ve adet sebebiyle sabit olan bazı istihsan örnekleri şunlardır:

Bir kimse Kabe'ye kadar yürümeği nezrederse kıyasa göre böyle bir nezirde bulunan kimseye hiçbir şey gerekmemektedir. Çünkü nezrin geçerli olabilmesi için o türden yapılması vacip olan bir ibadetin bulunması icap etmektedir. Bu hususta Kabe'ye yürüme türünden bir ibadet şekli

⁷¹ Hallaf, Mesadir, 145; Şaban, 195.

⁷² Şaban, 195; Zeydan, 252.

⁷³ Şaban, 195; Zeydan, 252.

bulunmamaktadır. Bu nedenle bu şekilde yapılan bir nezir geçersiz olmaktadır.

İstihsana göre ise hacc veya umreden birini yapması gerekmektedir. Çünkü insanların örfünde Kabe'ye yürümekle kastedilen hacc veya umre yapmaktır. Dolayısıyla bu şekilde adakta bulunan bir kimsenin hacc veya umre yapması gerekmektedir. Burada bu adak sözlü örf esas alınmak suretiyle istihsanen caiz olmaktadır. Buradaki ihtilaf noktası ifadenin hakiki manasının örfe tercih edilip edilemeyeceği değil, bilakis görüşün ortaya konduğu zamanda o konuda örf ve adetin bulunup bulunmamasıyla ilgilidir.⁷⁴

Beyi' bi'l-vefa akdi de, ameli örf sebebiyle caiz olmaktadır. Beyi' bi'l-vefa akdi; bir malı bedelini iade edince geri almak üzere satmaktır. Bu akit satın alan satın aldığı maldan faydalandığı için muteber bir satım akdi, taraflar akdi feshedebildikleri için fasid satım akdi, satın alan da malı başkasına satmadığı için de rehin hükmündedir.⁷⁵ Bu akid halkın faizsiz kredi ihtiyacını karşılamak için bulup uyguladığı, fakihlerinde fıkıh kurallarına göre düzenlediği bir muameledir.⁷⁶

Bu akit, Hz. Peygamberin “bir icab-kabul içinde iki akdin bir satım ve bir ikrazın bir satım ve şart koşmanın yapılması yasaktır.”⁷⁷ hadisi gereği bir akitte ihtilafa yol açacak her türlü şartın akdi fasid kılacağı genel kuralından hareketle Hanefi hukukçular tarafından insanların örf haline getirmelerinden önce fasid akit olarak kabul edilmiştir. Ancak daha sonra insanların örf ve âdetinde bu akdin uygulanması taraflardan birini zarara uğratacak bir şartın olmadığı göstergesi olarak kabul edilmiş ve beyi' bi'l-vefa akdi istihsan yapılmak suretiyle caiz olarak kabul edilmiştir. Burada örfün nassı iptali söz konusu değil, bilakis örfle amel

⁷⁴ es-Serahsî, usul, I, 191.

⁷⁵ Mecelle, md. 118, 396-403.

⁷⁶ Hayrettin Karaman, Anahatlarıyla İslâm Hukuku, İstanbul, 1990, III, 271.

⁷⁷ Buhari, Buyû, 73; Tirmizî, Buyû, 18;

edilmek suretiyle nassın ruhuna uygun olarak hareket edilmiş olmaktadır.⁷⁸

d. Zaruret Ve İhtiyaç Sebebiyle İstihsan

Zaruret kelimesi sözlükte faydanın zıddı anlamındaki (الضرر- الضرر) kökünden türemiş olup zararda aşırılık, aşırı derecede zarar, sıkıntı, ihtiyaç anlamlarına gelmektedir.⁷⁹ Zaruret, huciyetini Kur'an-ı Kerim'den almaktadır. Kur'an-ı Kerim'de "...haddi aşmadan her kim bunlardan yemeye mecbur kalırsa kendisine günah yoktur."⁸⁰ buyurulmaktadır.

Kıyas veya genel kural zaruret sebebiyle terk edilirse zaruret ve ihtiyaç sebebiyle sabit olan istihsan söz konusu olmaktadır.

Zaruret sebebiyle sabit olan bazı istihsan örnekleri şunlardır:

Necaset bulaşan havuzların, kuyuların ve kapların temizliği zaruret sebebiyle istihsanen caiz görülmektedir. Kıyasa göre havuzdaki su ve kuyudan çıkan su necasetle karıştığı için kirlenmektedir. Kovada da durum aynıdır. Havuzdaki ve kuyudaki suyun tamamen değiştirilebilmesi mümkün olmadığı için bu durum böyle devam eder. Kaplarda da kabın dibinde suyun akacağı bir delik olmadığından kap dolar ve kabın üst kısmından su akar. Pislik kabın dibinde toplandığı için o suyun kıyasa göre temiz olmadığına hükmedilmektedir. İstihsana göre ise zarureten ve insanların buna ihtiyaç duymalarından dolayı kıyas terk edilerek bu şekildeki suların temizliğine hükmedilmektedir. Zaruret durumunda hitabın düşmesi hakkında nass olduğu için kıyas terk edilmiş ve istihsanla amel edilmiştir. Zaruretin bulunduğu böyle bir durumda kıyasla amel edilmesi durumunda nass terk edilmiş olmaktadır ki bu caiz olmamaktadır. Aynı şekilde icare akdi de kıyasa aykırı olmakla beraber insanların buna ihtiyaç duymalarından

⁷⁸ İbn Abidin, Muhammed Emin, Reddu'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, Beyrut, 1979, V, 276.

⁷⁹ İbn Manzur, IV, 483.

⁸⁰ Bakara Suresi, 2/273.

dolayı caiz kılınmıştır.⁸¹

Kadının örtmesi gereken yerine bir erkeğin bakması haramdır. Kıyasa göre durum böyledir. Ancak zaruret ve ihtiyaç durumlarında erkeğin kadına bakması mübah kabul edilmektedir ki bu da istihsan gereği caiz olmaktadır.⁸²

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi yırtıcı kuşların artıklarının caiz olması gizli kıyas istihsanına dayandırıldığı gibi zaruret istihsanına da dayandırılmaktadır.⁸³

e. Maslahat Sebebiyle İstihsan

Kıyas veya genel kuralın terk nedeni maslahat olduğu takdirde bu çeşit istihsan söz konusu olmaktadır.

Maslahat sebebiyle sabit olan bazı istihsan örneklerini şu şekilde ifade edebiliriz:

Hanefi mezhebindeki yerleşik kurala göre, ziraat ortaklığı kira akdinde olduğu gibi akdi yapan tarafların veya akdi yapan taraflardan birinin ölmesi ile sona ermektedir. Ancak zararı gidermek ve maslahat düşüncesiyle bazı durumlarda bundan istisna edilmiştir. Mesela toprak sahibi ölmüş ve mahsul henüz yetişmemiş ise varisler arazinin boşaltılmasını istese bile bu durumda kıyasa aykırı olmakla beraber istihsanen sözleşmenin devam edeceğine hükmedilmektedir. Emek sahibinin menfaatini korumak ve zarara uğramasını önlemek maksadı ile genel kural terk edilmiş ve istihsan yapılmıştır.⁸⁴

⁸¹ el-Buhari, IV, 1126; Hassan, Hüseyin Hamid, el-Medhal, 178; el-Berdesî, 312.

⁸² es-Serahsî, X, 145.

⁸³ el-Buhari, IV, 1126; es-Serahsî, Usul, II, 204

⁸⁴ es-Serahsî, el-Mebcut, XXIII, 45; el-Berdesî, 317-318.

C. İSTİHSAN KARŞISINDAKİ KIYAS

Hanefi hukuk ekolünün kurucusu İmam Ebu Hanife “kıyası terk ettim istihsanla amel ettim”⁸⁵ sözü ile acaba neyi kasetmiştir? Hanefiler kıyas kavramını hangi anlamda kullanmışlar ve buradaki kıyasın kapsamı nedir? Hanefilerin istihsan örnekleri incelendiğinde kıyas kavramının şu anlamlarda kullanıldığı görülmektedir:

1.Genel Nitelikli Şer’i Nass

Hanefi usulculari kıyası genel nitelikli şer’i nass anlamında kullanmışlardır. Mesela Ebu Yusuf hasta iken irtidat eden ve ölen veya hastayken düşmanlara katılan ve kadı tarafından öldüğüne hükmedilen kadın hakkında “bu durumda ben istihsana göre kocasının ona varis olacağına hükmediyorum. Onun sağlıklı iken irtidat etmesi ile ölümcül hastalıktan sonra irtidat etmesini birbirinden ayırıyorum” diyerek kıyas hükmünün böyle olmadığını, kıyasa göre dinden dönme ister sağlıklı iken olsun ister hasta iken kocanın ona mirasçı olamayacağı yönünde olduğunu belirtmiştir.⁸⁶ Burada kullanılan “kıyas” kavramı genel nass, delil anlamında kullanılmıştır. O nass da “müslüman kafire mirasçı olamaz.”⁸⁷ hadisi veya “iki farklı din mensubu birbirine varis olamaz.”⁸⁸ hadisidir.⁸⁹

2. Yerleşmiş genel kural anlamında.

Kıyasın kullanım şekillerinden bir tanesi de yerleşik genel kural anlamında kullanılmasıdır. Mesela, vakfedilen arazinin irtifak haklarının (şirb, murur ve

⁸⁵ el-Buhari, IV, 1123. Amidi, IV, 212. Karafi, Nefaisu’l-Usul, IX, 4216

⁸⁶ Ebu Yusuf, Yakup b. İbrahim, el-Harac, Daru’l-Marife, Beyrut, 1979, 182.

⁸⁷ Buhari, Feraiz, 25; Müslim, Feraiz, 1; Ebu Davut, Feraiz, 10.

⁸⁸ Tirmizi, Feraiz, 1; Ebu Davut, Feraiz, 10.

⁸⁹ Önder, 82.

mesil)⁹⁰ vakfın lehtarlarına geçip geçmemesi hususunda da, Hanefi mezhebindeki yerleşik kurala göre satılan arazinin mülkiyetinin nakli ile o arazinin istifade ettiği irtifak haklarının açıkça belirtilmeden alıcıya geçmeyeceği yönündedir. İstihsana göre ise bu sözleşme, kira sözleşmesine benzemektedir. Bir arazinin kira sözleşmesine konu olması halinde ise, irtifak hakları sözleşmeye dâhil sayılır; yani kiracı irtifak haklarından faydalanma hakkına sahiptir. Burada istihsan ile hükmedilmiştir ve yerleşik kural anlamına gelen kıyas terk edilmiştir.⁹¹

3. Usulu Fıkıhtaki Kıyas

Hanefiler usulcüler kıyası fıkıh usulündeki anlamıyla kullanmışlardır. Bu bir fer'in hükmün illetindeki birlik sebebiyle “asl”a ilhak edilmesi demektir. Kıyas kelimesinin istihsan karşısında en çok kullanıldığı anlam da budur.⁹²

D. İSTİHSANIN HÜCCET DEĞERİ

İstihsanı delil olarak kabul edenler başta Hanefiler olmak üzere Malikiler, Hanbeliler, Zeydilerdir. Şâfiiler, Zahiriler, Şiiler (Zeydiler hariç) ve Mutezile kelimcülerinin ekseriyeti ve Hanefilerden Tahavi⁹³ istihsanı huccet olarak kabul etmemektedir.

⁹⁰ “Şirb”, mahsul veya ağaç sulamasında arazi sahibine düşen su payı; “mesil”, ihtiyaç fazlası veya kullanılmaya elverişli olmayan suları dışarıya akıtma hakkı; “mürur”, geçit hakkı demektir. Bkz.. Şa’ban, Zekiyüddin, İslâm Hukuk İlminin Esasları, (trc: İbrahim Kâfi Dönmez), TDVY, Ankara, 2000. 187, (dipnot)

⁹¹ Hallaf, Abdulvahhab, Mesadiru’t-Teşrii’l-İslâmi fima lâ nassa fih, Kuveyt, 1982, V. Baskı, 72; Şa’ban, 187-188; Hallaf, ilm-i usulî-Fıkıh, 85; Zeydan, Abdülkerim, el-Vecizü fi-Usulî’l-Fıkıh, Dersaadet, by. trz. 231-232. Önder, 157-158.

⁹² Şa’ban, 178-179; Önder, 82.

⁹³ İbn Hazm, Hafız Ebi Muhammed Ali El Endülüsiyyi’z-Zahiriyyi, el-İhkam fi Usulî’l-Ahkam, thk: Şakir Ahmed Muhammed, Matbaatu’s-Saadet, Mısır, 1347, VI, 16; el-Berdesî, 318-319.

1. İstihsanı Kabul Edenlerin Delilleri

İstihsanı huccet ve şer'i bir delil olarak kabul edenlere göre, kıyas ve yerleşik genel kuralın uygulanması durumunda, bazen insanların maslahatlarının haleldar olması veya zarara uğramaları söz konusu olmaktadır. Bunun önüne geçmek için kıyas ve genel kurallardan bazı istisnalar gerekmektedir. Nitekim Allah (cc) da bir kısım istisna ve ruhsatlarla insanlara kolaylık sağlamıştır. Mesela domuz etinin yenilmesini yasakladığı halde “zarurette kalan kimseye aşırı gitmemek ve azgınlık etmemek kaydıyla günah yoktur.”⁹⁴ buyurmaktadır.⁹⁵ Yine Allah'ı inkar edenlerin en büyük azaba çarptırılacağı bildirildiği halde “gönlü imanla dolu olup da zor altında kalan kimseler müstesnadır”⁹⁶ buyrulmak suretiyle tehlike karşısında kalıp dıştan küfrü kabul edenler, azaba uğrayacaklardan istisna edilmiştir. Hz. Peygamber de sözleşme anında mevcut olmayan bir malın satışını yasakladığı halde, selem akdine⁹⁷ müsaade etmiştir. Hz. Peygamberin selem akdine insanların ihtiyaç duyması sebebiyle ve maslahat sebebiyle cevaz vermesi de istihsanın cevazını göstermektedir.⁹⁸

Hanefi usulcüler istihsan ismine yönelik eleştirilere cevap vermek ve onun delil oluşunu teyit etmek maksadıyla bu kavramın seçilme nedenini de açıklamışlardır. Onlara göre istihsan ile amel etmek en iyi ve en güzele tabi olmayı emreden ayetlerle uyum halindedir.⁹⁹ Hanefilere göre istihsan iki kıyastan biridir veya kıyasın karşısında kıyastan daha güçlü olan bir delile verilen isimdir. İhtilaf, verilen isim hususundadır ki böyle bir tartışma da yersizdir.¹⁰⁰ Kıyasın iki çeşidinden güzel olanına istihsan adı verilmiştir. Nasıl ki, delalet kıyası, illet

⁹⁴ Bakara suresi, 2/173.

⁹⁵ Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 278.

⁹⁶ Nahl suresi, 16/106.

⁹⁷ Buhari, Selem, 1,2; Müslim, Müsâkât, 25; Tirmizî, Buyû, 70; Ebu Davud, Büyû'; 57; . Nesâî, Büyû', 63.

⁹⁸ Hallaf, Mesadir, 77-78; el-Berdesî, 319-320; Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 278.

⁹⁹ es-Serahsî, Usul, II, 200; Nesefî, II, 168.

¹⁰⁰ Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 281.

kıyası, şüphe kıyası şeklinde kıyas çeşitlerine isimler veriliyorsa burada da kıyasın bu çeşidine de bu isim verilmiştir. Diğer taraftan bu ismin başka şeylerde kullanılmasının da onu yaralamadığı kanaatindedirler. Karura kelimesinin hem cam için hem de başka kaplar için kullanıldığı gibi, istihsan kelimesinin de başka anlamlarda kullanılması onlara göre onun hucciyetini yaralamamaktadır. Bu lafız müctehidler tarafından da kullanılmaktadır. Mesela İbn Mesud, Malik b. Enes'in bu kelimeyi birçok meselede kullandığını söylemektedir. Hanefiler, Şâfiî'nin bazı kitaplarında istehabbe kelimesini kullandığını söylemektedirler. Buhari istehabbe kelimesi ile istihsan kelimelerinin mukayesesini yaparak istihsan kelimesinin daha doğru bir ifade olduğunu söylemektedir. Bunun için de şu hususları delil getirmektedir: Allah (c.c.) Kuran'da hsn kökünü daha çok kullanmıştır. Mesela Allah (cc) "Rabbinizden size indirilenin en güzeline tabi olun.",¹⁰¹ "Sözü dinleyip de onun en güzeline tabi olanlar var ya..."¹⁰² "...kavmine de onun en güzelini almalarını emret..."¹⁰³ buyurmaktadır. Hz. Peygamber de "Müslümanların güzel gördüğü Allah katında da güzeldir."¹⁰⁴ hadisinde hsn kökünü kullanmıştır. Buhari, mana olarak da istihsanın istihbabdan kastedilen manaya daha uygun olduğunu söylemekte ve bunu da açıklamaktadır. Şöyle ki istihsan bir şeyi vicdanen güzel saymak demektir. Ancak istihbab ise insan tabiatının yöneldiğini güzel saymaktır ki bazen insan tabiatının yöneldiği şey zina ve içki gibi Kur'an'a ve akla aykırı olan hususlar olabilmektedir. İnsan tabiatı bazen bunlara yönelebilmektedir. Diğer taraftan da Allah (c.c.) dünya hayatını ahiret hayatına tercih edenleri ifade ederken istihbab kelimesini kullanmıştır. Bunlar göstermektedir ki istihsan istihbabtan daha uygundur.¹⁰⁵

Serahsi de bu hususta şunları ifade etmektedir: "istihsan da kıyas da iki ayrı kıyastır. Birincisi eseri zayıf olan açık kıyastır ki bu kıyas olarak

¹⁰¹ Zümer suresi, 39/55.

¹⁰² Zümer suresi, 39/17.

¹⁰³ Araf Suresi, 7/145.

¹⁰⁴ Ahmed, Müsned, I, 379.

¹⁰⁵ Buhari, IV, 1134; es-Serahsî, Usul, II, 201 Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 281.

isimlendirilmiştir. Diğeri ise illeti gizli ancak eseri kuvvetli olan kıyastır ki o da kıyası müstahsen yani istihsan olarak isimlendirilmiştir.”¹⁰⁶ Serahsi “istihsan ediyorum” sözü ile “istihbab ediyorum” arasında bir fark olmadığını, bilakis istihsanın istihbabdan daha uygun olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁷

İmam Muhammed eş-Şeybani, müctehidin karşılaşılan meseleleri çözmek için diğere delilleri bilmesi gerektiği gibi istihsanı da bilmesi gerektiğini söylemekte ve istihsanı içtihad şartlarından bir şart olarak saymaktadır.¹⁰⁸

2. İstihsanı Reddedenlerin Delilleri

İstihsanı reddedenlerin başında Muhammed b. İdris eş-Şâfiî gelmektedir.¹⁰⁹ Onu bu görüşünde tabiiileri de izlemiştir.¹¹⁰ Zahiriler ve Zahiri mezhebinin teorisyonu denilebilecek ibn Hazm hem kıyası hem de istihsanı reddetmektedirler.¹¹¹

Biz burada Şâfiî hukukçuların, ibn Hazm’ın görüşlerini izah etmeye çalışacağız.

a. Şâfiî Hukukçuların Görüşleri

İmam Şâfiî, el-Ümm’de “İbtalü’l-İstihsan”,¹¹² ve er-Risale’de de “Babü’l-İstihsan”¹¹³ adında bir bölüm ayırarak istihsan hakkındaki görüşlerini ifade etmektedir. İmam Şâfiî, istihsanı delilsiz hüküm koymak olarak değerlendirmekte

¹⁰⁶Serhsi, Mabsut, X, 145.

¹⁰⁷es-Serahsî, Usul, II, 201.

¹⁰⁸Şelebî, Usulu’l-Fıkhî’l-İslâmî, 271.

¹⁰⁹ Şâfiî, Muhammed b. İdris, er-Risale, (trc: Abdulkadir Şener, İbrahim Çalışkan), TDVY, Ankara, 1996, 274; Hassan, Hüseyin Hamid, el-Medhal, 179; el-Berdesî, 320-321.

¹¹⁰ Amidi, IV, 209; Gazzâlî, Mustasfa, I, 274; Gazzâlî, Menhul, 375.

¹¹¹ İbn Hazm, el-İhkam, VI, 16; Şelebî, Usulu’l-Fıkhî’l-İslâmî, 273.

¹¹² Şâfiî, el-Ümm, Kahire, 1325, VII, 267-277.

¹¹³ Şâfiî, er-Risale, 273- 303.

ve şiddetle karşı çıkmaktadır. O bu konuda “istihsan yoluyla hüküm koymak, yeniden hüküm koymaktır.” (من استحسَن فقد شرع)¹¹⁴ demektedir ve istihsanı hüküm çıkarma hususunda kendisine güvenilmesi doğru olmayan fasit delillerden saymaktadır. İstihsanı keyfi bir düşünce ve şahsi karar olarak değerlendirmekte, Kur’an, sünnet, icma ve kıyasa dayanan icthadı geçerli saymaktadır. Ona göre istihsan, ne zorunlu bir esastır ne de dört kaynaktan herhangi birine dahil edilebilir.¹¹⁵ İmam Şâfiî istihsan hakkında: “İstihsan, ancak zevke (تلذذ) göre fetva vermektir, (تعسف) keyfiliktir.”¹¹⁶ demektedir. İstihsanı çürütmek için bir çok delil zikretmektedir. Bu delileri kısaca şu şekilde özetleyebiliriz.

İmam Şâfiî istihsanın batıl olduğunu ispat için bir çok örnek vermektedir. Bunlardan bir tanesi kiblenin tahvili meselesidir. İmam Şâfiî’ye göre; Allah (cc) Kabe’ye yönelmeyi emretmiştir. Kabe’yi gören doğrudan Kabe’ye yönelecektir. Fakat göremeyen bir delil ile Kabe’nin yerini tespit edecek ve ondan sonra yönelecektir. Yoksa istihsan yaparak (güzel bulduğu bir yere) kendi isteği doğrultusunda veya aklına geldiği gibi yönelmeyecektir. Bir delile dayanarak hareket edecektir.¹¹⁷

İmam Şâfiî, Hz. Peygamberin, hakkında vahiy olmayan meselelerde istihsana başvurmadığını, yani peygamberimizin istihsan yapmadığını ifade etmektedir. Bununla ilgili olarak örnekler vermektedir. Mesela zihar hususunda kendisine gelen sahabe kadına hemen cevap vermediğini, kendi görüşü ile hareket etmediğini ve vahyi bekleyip vahyin gelmesinden sonra cevap verdiğini delil getirmektedir.¹¹⁸ İmam Şâfiî’nin istihsanı ret sadedinde bunların dışında getirdiği deliller de bulunmaktadır. Bunları ikinci bölümde daha detaylı bir şekilde ele

¹¹⁴ Amidi, IV, 209; Gazzâlî, Menhul, 375; Gazzâlî, Mustasfa, I, 274; eş-Şatîbî, el-İ’tisam, II, 118; Hudari, 333; el-Berdesî, 321.

¹¹⁵ Şâfiî, el-Ümm, VII, 271.

¹¹⁶ Şâfiî, er-Risale, 274.

¹¹⁷ Şâfiî, el-Ümm, VII, 272; el-Berdesî, 321.

¹¹⁸ Şâfiî, el-Ümm, VII, 271; el-Berdesî, 321.

alacağız.

Gazali de, Menhul’unde bazı Hanefilerin istihsanı (الاستحسان مذهب لا دليل عليه) “delile dayanmayan görüş” olarak tanımladıklarını ve bunun da heva ve hevese uymak olduğunu iddia ettikten sonra istihsanın bu olması durumunda, bu şekilde söyleyenin veya buna cevaz verenin küfre düştüğünü söylemektedir.¹¹⁹

Gazali Kerhi’nin istihsanı dörde ayırdığını söylemekte ve her bir kısım ile ilgili görüşünü de ifade etmektedir.

1. Kıyası terk edip hadise tabi olmak. Gazali, kıyas ile hadisin tearuzu durumunda kendi mezheplerinde de hadise tabi olunmasının gerektiğini söylemekte ve kıyas karşısında hadise tabi olunmasını söyleyen Ebu Hanife’yi araya akdi meselesinde hadise tabi olmamasından dolayı eleştirmekte ve sıhhati hakkında hadis imamlarının ittifakına rağmen hadisi istihsan etmediğini söylemektedir.¹²⁰

2. Kıyasın hilafına sahabe sözüne tabi olmak. Kıyas ile sahabe sözünün tearuz ettiği durumlarda da Şâfiî mezhebinin sahabe sözünü esas aldığı söyleyen Gazali, diyet meselesinde Ebu Hanife’nin sahabe sözüne muhalif davranmasını eleştirmektedir.¹²¹

3. İnsanların adetlerine tabi olmak. Bu hususta da Gazali, Amidi gibi düşünmekte ve sıradan halka ilim sahibi oluncaya kadar itibar edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir.¹²²

4. Gizli manaya (kıyas) tabi olmak. Gizli kıyasa tabi olunmasını da kabul eden Gazali, Ebu Hanife’yi gizli kıyasın gerektirdiği gibi hüküm vermemekle

¹¹⁹ Gazzâlî, Menhul, 375.

¹²⁰ Gazzâlî, Menhul, 376.

¹²¹ Gazzâlî, Menhul, 376.

¹²² Gazzâlî, Menhul, 377.

eleştirmektedir.¹²³

Ayrıca Gazali, Kerhi'nin istihsanı tahsis şeklinde tanımlaması ile ilgili olarak “bu tanıma karşı çıkılmaz” demektedir.¹²⁴

Şâfiî hukukçulardan Amidi'ye göre, kitap ve sünnette, dil bilimcilerin lisanında istihsan kelimesinin kullanılmasından dolayı lafzi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Nitekim kitapta “sözü dinlerler ve en güzeline tabi olurlar.”¹²⁵ “...kavmine de onun en güzelini almalarını emret...”¹²⁶ buyrulmaktadır. Sünnette de “Müslümanların güzel gördüğü Allah katında da güzeldir.”¹²⁷ buyrulmaktadır. Amidi, İslâm hukukçularının da kullanılan suyun bedelinin ve içeride kalma süresinin takdir edilmeksizin hamama girilmesine, sakinin miktarı ve bedeli takdir edilmeksizin sunduğu suyun içilmesine de istihsan gereği cevaz verdiklerini ifade etmektedir.

Amidi'ye göre ihtilaf, manası açınsındandır. Ona göre, eğer istihsan, nefsi arzulara, heva ve hevese göre hüküm vermek ise şer'i delil olmaksızın hüküm vermektir ki bu batıldır. Bu durumda müçtehit ile sıradan halk arasında bir ayırım bulunmamaktadır. Eğer istihsan nass, icma, zaruret gibi bir esasa dayanıyorsa, bu durumda bir ihtilaf olamaz ve böyle bir şeye istihsan adı verilmesi gereksizdir. Amidi, istihsan ile ilgili asıl tartışmanın delile dayanan bir hükmü (kıyası) bırakıp adete sapmak şeklinde tezahür eden istihsan olduğunu ifade etmekte ve adet ile kastedilenin ehl-i hal ve'l-akd olması durumunda bunun icmaya dahil olup delil olduğunu; onunla cahil halkın adeti kastediliyorsa bunun da delil olamayacağını ifade etmektedir.¹²⁸

¹²³ Gazzâlî, Menhul, 377.

¹²⁴ Gazzâlî, Mustasfa, I, 283.

¹²⁵ Zümer Sûresi, 39/ 18.

¹²⁶ Araf, 7/145.

¹²⁷ Ahmed, Müsned, I, 379.

¹²⁸ Amidi, IV, 213.

b. Zahirilerin Görüşü

Kıyası reddeden zahiriler aynı şekilde istihsanı da reddetmişlerdir. İstihsana dair görüşlerini ekolü sistemleştiren İbn Hazm izah etmiştir. Onun bu konudaki görüşleri şu şekilde özetlenebilir:

İstihsan hâkimin kendi görüşüyle hüküm vermesidir. Allah (cc) "...onlar güzel olanına tabi olurlar" (*فَيَتَّبِعُونَ مَا اسْتَخْسَنُوا*) buyurmuştur. "...eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz –Allah’a ve ahiret gününe gerçekten inanıyorsanız- onu Allah’a ve resulüne götürün" buyurmuş, istihsana başvurun dememiştir. İbn Hazm’a göre burhan olmaksızın bir şeyde hakkın, doğrunun bulunması istihsanla imkansızdır. Böyle bir şey olsaydı, Allah (cc) bizleri güç yetiremeyeceğimiz şeylerle mükellef kılmış olurdu. Gerçekler ibtal olur, deliller zıt olur, burhanlar çatırdı ve Allah bize yasakladığı şeyi emretmiş olurdu. Bu ise imkansızdır. Çünkü alimlerin istihsanın ittifakı imkansızdır. Bir gurup şiddetli savunur, bir grup yumuşak, bir grup ihtiyatlı davranır, ittifak mümkün olmaz. İnsanların anlayış ve düşünce biçimleri ayrı ayrıdır. Nitekim istihsanı kabul edenlerin dahi kendi aralarında ihtilafa düştükleri görülmektedir. Hanefilerin güzel bulduğunu Malikiiler çirkin bulmaktayken, Malikilerin güzel bulduklarını da Hanefiler çirkin bulmaktadırlar. Bu durumda bazılarının istihsanına göre hüküm verilmekte ve hak reddedilmiş olmaktadır.¹²⁹

İbn Hazm sahabenin reyle fetva vermesini istihsana delil getirenlere cevap olarak şunları söylemektedir: " durum senin dediğin gibi değildir. Onlardan gelen rivayet, onların reyle hareket etmeyi kabul etmeyip zemmettikleri yönündedir."¹³⁰ demektedir.

İstihsan hususundaki delillerden biri olan "Müslümanların güzel gördüğü

¹²⁹ İbn Hazm, el-İhkam, VI, 17.

¹³⁰ İbn Hazm, el-İhkam, VI, 18.

Allah katında da güzeldir.”¹³¹ hadisidir. İbn Hazm bu hadis ile ilgili olarak bu hadisin rasulullah'a ait olup olmadığını bilinmediğini, İbn Mesud'dan merfu olarak değil mevkuף olarak Ahmed b. Hanbel tarafından nakledildiğini ve hadisin hasen olduğunu söylemektedir. Diğer taraftan da İbn Hazm bu hadisin sahih yoldan gelse bile sadece Müslümanların icmanın ispatı için olduğunu ifade etmektedir. Zira hadiste Hz. Peygamber bazı Müslümanların güzel gördüğü güzeldir dememiştir. Bu hadiste İbn Hazm'a göre kastedilen Müslümanların icmadır.¹³²

II. MASLAHAT-I MÜRSELE KAVRAMI VE KISIMLARI

A. MASLAHATIN TARİFİ

1. Maslahatın Lugat Anlamı:

Maslahat arapça (صلح يصلح) (I. bab) ve (صلح يصلح) (V. Bab) kökünden gelmektedir. Salah kelimesi de salaha kelimesinin mastarıdır. Salah kelimesi ile maslahat kelimesi aynı anlama gelmektedir. Salahın zıddı fesad (نقيض - ضد الفساد) (مفسدة) maslahatın (مصلحة) zıddı da (مفسدة) mefsedettir. (مصلحة) Maslahat da fayda, menfaat, yarar, iyiliğe vasıta olan şey, iyileştirme, bozulduktan sonra bir şeyi düzeltme, iyi olma, fert ve toplum için hayır gerçekleştiren şey, uygunluk, istikamet, bir şeyin kendisinden beklenen amaca uygun ve elverişli halde olması, adil ve dürüst olma anlamlarına gelmektedir. Fesad da kötülük, bozulan şey anlamlarına gelmektedir. Maslahat kelimesinin çoğulu (مصلح) mesalih, mefsedet kelimesinin çoğulu da (مفاسد) mefasiddir.¹³³

Mürsele (مرسلة) kelimesi de (رسل) rasele fiil kökünden gelmektedir. Mürsele rasele fiilinin if'al kalıbındaki (ارسل-ارسال) ism-i mefuludur. Sözlükte başıboş bırakılmış, salıverilmiş, herhangi bir kayıt ve şarta bağlanmamış,

¹³¹ Ahmed, Müsned, I, 379.

¹³² İbn Hazm, el-İhkam, VI, 18-19.

¹³³ İbn Manzur, II, 516-517; Ezheri, IV, 243; Cevheri, I, 383; Firuzabadi, I, 235.

gönderilmiş, serbest bırakılmış anlamlarına gelmektedir.¹³⁴ O halde sözlük anlamına göre maslahat-ı mürseleyi, dilimize herhangi bir kayda bağlanmayan maslahat diye çevirebiliriz.¹³⁵

Maslahat-ı mürsele, mesalihi mürsele ve istislah kelimeleri ile de ifade edilebilmektedir.¹³⁶ Maslahat-ı mürsele yerine çoğu kez kullanılan istislah (الاصتلاح) kelimesi, salaha fiilinin istifal kalıbına aktarılması ile elde edilen mezt bir kelimedir. İstislah, bu kalıpta talep, vicdan, tahavvül (değişmek) gibi anlamlarla gelmektedir. Talep anlamında kullanıldığında bir şeyin iyi olmasını istemek, vicdan anlamında kullanıldığında bir şeyi uygun görmek ve faydalı bulmak, tahavvül anlamında kullanıldığında da iyileşmek, düzelmeye yüz tutmak anlamlarına gelmektedir.¹³⁷

Maslahat-ı mürsele ingilizce zaruri ihtiyaç ve kamu yararı anlamına gelen “Utility of Public interest” kavramıyla ifade edilmektedir.¹³⁸

2. Maslahatın Terim Anlamı:

Gazzali maslahatı zararı defetmek faydalıyı da celb etmektir, diye tarif etmektedir. Maslahatı celb, mefsedeti de def ederken şer’in kastı çerçevesinde, beş temel esasın kastedildiğini ifade etmektedir. Birçok usul eserinde zikredilen bu tanımı Gazali zikrettikten sonra bu anlam içersine girecek her şeyin meşru kabul edilmesinin doğru olmayacağına dikkat çekmiş ve bunun delil olma açısından yapılan bir tanım olmadığını belirterek maslahatı Şari’in maksadına yönelik olma kaydıyla sınırlandırmıştır.¹³⁹

¹³⁴ İbn Manzur, XI, 281-185.

¹³⁵ Şener, 137.

¹³⁶ Ebu, Zehra, usul, 261.

¹³⁷ İbn Manzur, II, 516-517; Ezheri, IV, 243; Cevheri, I, 383; Firuzabadi, I, 235.

¹³⁸ J, Schacht, An İntrodustion to İslâmic Law, Oxford, London, 1964.

¹³⁹ Gazzâlî, el-Mustasfâ, I, 286-287.

Çağdaş İslâm hukukçularından Ramazan el-Buti “bu dünyada iyi ve kötünün esası yararadır ve tarih boyunca buna çok istisna sayılabilecek az bir gurup hariç kimse karşı çıkmamıştır. Çünkü yarar fitri bir özelliştir, fitri bir amaçtır.” demiş, fakat Gazzali’nin bu husustaki görüşlerini de dikkate alarak maslahatı “Şari’in dinleri, malları, canları, akılları ve nesilleri korumak için kastettiği ve açıkladığı muayyen bir düzene uygun olan menfaat” olarak tanımlamayıp o da Gazali gibi Şari’in maksadı olma kaydıyla sınırlandırmıştır.¹⁴⁰

Tahir b. Aşur da maslahatı, “kendisiyle salahın hasıl olduğu fiil, yani toplum veya bireyler için devamlı veya çoğunlukla yararın bulunduğu fiil”, mefseleti de kendisiyle fesadın meydana geldiği, yani toplum veya bireyler için daima ve ekseriyetle zarar veren şey” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁴¹

Bazı islam hukukçuları da maslahatı yarar anlamında olmasından hareketle, yararın insana verdiği hazzı esas almak suretiyle “maslahat, lezzet ve lezzetin sebebi, sevinç ve sevinçin sebebi” olarak tanımlamışlardır. Buna bağlı olarak da maslahatın zıddı olan mefseleti de “elem ve sebebi, üzüntü ve sebebi” olarak tanımlamaktadırlar. Bu tanım verildikten sonra hem lezzetin ve hem de sevincin maddi-manevi, dünyevi ve uhrevi olduğu vurgulanıp tanımın dar anlamda bir tanım olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca bu sınıfların her biri de kendi içersinde derecelendirilmektedir.¹⁴²

Havârizmî de maslahatı, mahlukat üzerindeki mefseleti def etmek sureti ile şer’in kastını muhafaza etmek şeklinde tarif etmektedir.¹⁴³ Bu tarifin diğer

¹⁴⁰ Muhammed Sâid Ramazan el-Butî, Davâbitü'l-Maslahat'ü-fi't-Teşri-i'l-İslâmî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1982, 23.

¹⁴¹ Tahir b. Aşur, İslâm Hukuk Felsefesi, (trc: vecdi Akyüz, Mehmet Erdoğan), Rağbet yayınları, İatanbul, 1999, 122-123.

¹⁴² el-İzz b. Abdisselam, Kavaidü'l-Ahkam fi Mesalihi'l-Enam, Beyrut, 1990, 6-13; el-Butî 2.

¹⁴³ Şevkânî, II, 691; Hüseyin Hamid Hasan, Nazariyyetü'l Maslahatü-fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Mektebetü'l-Mütenebbî, Kahire, 1981. 11.

tariflerden farkı, Şâri'in maksâdını, mahlûkat üzerindeki mefsedeti def etmeye hasretmiş olmasıdır.¹⁴⁴

İbn Burhan da külli ve cüz'i bir asla dayanmayan şey olarak tanımlamaktadır.¹⁴⁵ Şevkani, Cüveyni ve ibn Sem'ani gibi, bazı İslam hukukçularının maslahat-ı mürseleyi mürsel istidlal olarak isimlendirdiğini ifade etmektedir.¹⁴⁶

Münir el-Kâdî de maslahat nazariyyesinin özünün, maslahatı celb mefsedeti def etmek olduğunu, ancak mefsedetın def edilmesinin maslahatı celb etmekten önce olduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁷

B. MASLAHATIN KISIMLARI

1. Şâri'in İtibar Edip Etmesine Göre Maslahatlar

İslam hukukçuları maslahatı Şâri'in itibar edip etmesine göre üç kısma ayırmaktadırlar. Bunlar maslahat-ı mu'tebera, maslahat-ı mülga, maslahat-ı mürseledir.¹⁴⁸

a. Maslahat-ı Mu'tebera

Şâri'in mûteber olarak kabul ettiği maslahatlardır. Maslahatın nev'ine veya cinsine itibar edildiğine dair bir aslın bulunduğu maslahattır. Şer'i hükümlerin gerçekleştirmeyi hedeflediği her türlü maslahat bu türe girmektedir. Kıyas da bu çeşit maslahatlar yoluyla işletilebilen bir delildir. Zira kıyas, şer'i hükümler

¹⁴⁴ Hüseyin Hamid Hasan, Nazariyyetü'l-Maslaha 11.

¹⁴⁵ Şevkânî, II, 691.

¹⁴⁶ Şevkânî, II, 691.

¹⁴⁷ Münir el-Kâdî, Mekasidu't-Teşriî'l-İslâmî ve Eseru'l-Maslaha-ı fih, "*er-Risâletu'l-İslamiyye*", Bağdat, sy, 7, 20.

¹⁴⁸ Abdulaziz b. Abdurrahman er-Rebia, el-Amelu bi'l-Maslaha, "*er-Risâletu'l-İslamiyye*", Bağdat, sy, 8, 91; Yusuf Kasım, 196.

üzerinde hüküm yürütüp bunlarla Şari'in muteber kabul edip gerçekleştirmeyi hedeflediğini kavrama esasına dayanmaktadır. Canın, malın, neslin korunması bu türdendir.¹⁴⁹

b. Maslahat-ı Mülga

Şari'in muteber olarak kabul edilemeyeceğini gösterdiği maslahatlardır. İslam hukukçuları bu maslahatlara göre ta'lil yapılamayacağını ve bunlar üzerine hüküm bina edilemeyeceği hususunda ittifak etmişlerdir.¹⁵⁰ Bu maslahatların zararları karlarından fazladır. Faizin ve müskiratın haram olması bu çeşit maslahattandır. Maslahatı mülga ile ilgili verilen birçok örnek daha vardır. Onlardan bir tanesi şudur: Endülüs hükümdarlarından Abdurrahman b. Hakem el-Emevi ramazanda oruçlu iken hanımı ile cima etmiş, daha sonra da hukukçuları toplayıp bunun kefareti nasıl ödeyeceğini sorduğunda orada bulunan İmam Malik'in öğrencilerinden olan Yahya b. Yahya, kralın ard arda iki ay oruç tutması gerektiğini söylemiş; diğer hukukçular ona İmam Malik'in mezhebinin görüşüne göre hüküm verip vermediğini yani köle azat etme, fakirleri doyurma, oruç tutma alternatiflerinden birini seçmekte serbest bırakıp bırakmadığını sormuşlar, Yahya b. Yahya ise şöyle cevap vermiştir: “Şayet ona bunu emretseydim, bu iş onun için kolaydır ve şehvetine uymak için kolaylıkla köle azat edebilir. Ben bir daha yapmasın diye kendisine en zor gelecek olanını söyledim.” Burada verilen fetva maslahat düşüncesiyle verilmektedir. Fakat Allah (cc), bu yollardan birini seçme hürriyetini tamamak suretiyle bu maslahatı ilga etmiştir. Çünkü bu durumda daha üstün bir maslahat vardır: kölelerin hürriyeti ve fakirlerin doyurulması.¹⁵¹

¹⁴⁹ eş-Şatbî, el-İ'tisam, II. 96; Karafi, Nefaisu'l-usul, IX. 4263; Şaban, 168-169; Zeydan, 236-237. er-Rebia, el-Amelu bi'l-Maslaha, “*er-Risâletu'l-İslamiyye*”, sy. 8, 92; Hallaf, mesadir, 174, Hallaf, Usul, 90-91; Yusuf Kasım, 196; el-Berdesî, 325.

¹⁵⁰el-Berdesî, 327-328.

¹⁵¹ eş-Şatbî, el-İ'tisam, II. 96-98; Karafi, Nefaisu'l-usul, IX. 4263, 4270; er-Rebia, el-Amelu bi'l-Maslaha, “*er-Risâletu'l-İslamiyye*”, sy. 8, 93-96; Yusuf Kasım, 197; el-Berdesî, 327; Şaban, 169-170.

c. Maslahat-ı Mürsele

Şari'in mûteber veya mülga addetmediği maslahatlardır. Nev'ine veya cinsine delâlet eden bir nass bulunmayan maslahatlardır. Yani hükmü açıklanmamış, kıyaslanabilmeleri için de, hükmü hakkında nass bulunan benzerlerinin olmadığı, fakat bir menfaat gerçekleştirecek veya bir zararı def edecek mahiyetteki belirli bir hükmün meşru kılınmasına münasip vasıfları bulunan maslahatlardır.¹⁵² Örneğin, Kur'an-ı Kerim'in toplanıp kitap haline getirilmesi bu tür bir maslahattır.¹⁵³

2. Toplum Düzenin Sağlanması Açısından Maslahatlar¹⁵⁴

Toplum düzeninin sağlanması açısından maslahatlar, zaruri maslahatlar, haci maslahatlar ve tahsini maslahatlar üç kısma ayrılmaktadırlar.¹⁵⁵

a. Zaruri Maslahatlar

İnsanın dini ve dünyevi hayatının ve toplum düzeninin sağlandığı maslahatlardır. Eğer bunlar bulunmayacak olursa toplum düzeni bozulacak, toplum istikamet üzere olmayacak; ahiret açısından ise kurtuluş elde edilemeyecek ve apaçık hüsrana uğranılacaktır.¹⁵⁶ Bu hususu ikinci bölümde daha detaylı bir şekilde izah etmeye çalışacağız.

¹⁵² eş-Şatıbî, el-İ'tisam, II. 98; Karafî, Nefaisu'l-usul, IX. 4263; ez-Zerkâ, Medhal, 100; Yusuf Kasım, 197-198; Zeydan, 237; el-Berdesî, 328.

¹⁵³ eş-Şatıbî, el-İ'tisam, II. 99; Zeydan, 237; el-Berdesî, 328.

¹⁵⁴ Tahir b. Aşur, 139.

¹⁵⁵ Safiyyuddin el-Bağdâdî, 119; Şâtibî, el-Muvâfakat fi usuli's-Şeriatî, daru'l-Marife, Beyrut, 1997, 3. baskı, II, 324., II, 7; Şelebî, 282; Mennâ, el-Kattân, Târîhu't-Teşri'i'l-İslâmî, Mektebetü'l-Meârif, Riyad, 1996, 354; ibn Aşur, 139; Hüseyin Hamid Hasan, 23-29; ; Yusuf Kasım, 193; Abdülkâdir, Şener, "İslam Hukukunda Maslahat ve Mefsedet Anlayışı" Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1972, 107-334.

¹⁵⁶ eş-Şatıbî, Muvafakat, 324; Zekeriyye el-Berî, el-Maslahatu Esasu't-Teşri'i'l-İslâmî, "el-Fikhu'l-İslamî", Daru'l-Kütüb, by, 1971, 107; el-Berdesî, 325.

b. Hacı Maslahatlar

Hacı maslahatlar beşeri münasebetlerde ve halkın maslahatlarında zaruret derecesine ulaşmayıp ihtiyaç mertebesinde olan maslahatlardır.¹⁵⁷ Hacı maslahatlar, onsuuz olmakla birlikte bir genişlik ve kolaylık sağladığı için ihtiyaç duyulan, bulunmadığı zaman genelde sıkıntı ve güçlüklereden neden olan şeylerdir. Bunlara riayet edilmediği takdirde, insanlar çoğu zaman sıkıntı meşakkatlere maruz kalırlar. Ancak bu sıkıntı ve meşakkatler, zaruriyyatın bulunmaması durumunda ortaya çıkan ve genel maslahatlarda beklenti halinde bulunan yaygın fesad derecesine ulaşmamaktadırlar.¹⁵⁸ Hacı maslahatlar, gözetilmediği takdirde toplum düzeninin bozulmadığı, ancak düzgün olarak da yürümeyeceği maslahatlardır.¹⁵⁹ Bu tür maslahatlar meşakkatin defedilmesi ve zorluğun kaldırılması esasına yönelik maslahatlardır.¹⁶⁰

Hacı maslahatlar, ibadet, adet (beşeri münasebetler), muamelat ve ceza hukukunda geçerli bulunmaktadır. İbadetler hususunda, ruhsatlar örnek verilebilir. Ruhsatlar hastalık ve yolculuk sebebiyle arız olabilecek meşakkatin ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Ramazan ayında hasta ve yolculara zorluğun kaldırılması ve meşakkatin defedilmesi gayesiyle verilen ruhsat böyle bir ruhsattır.¹⁶¹ Beşeri münasebetler hususunda avın helal kılınması, helal olmak kaydıyla yiyecek, içecek, giyecek, barınak ve binek gibi şeylerin iyi ve kalitelilerini kullanmanın helalliği örnek verilebilir. Muamelat hususunda ödünç, müsakat, selem akdi örnek verilebilir. Ceza hukukuna ilişkin olarak da levs*, tedmiye** ve kasame*** ile hükmetmek,¹⁶² şüphe ile haddlerin düşmesi, kasıtlı

¹⁵⁷ el-Gazâlî, el-Mustasfa, I, 289.

¹⁵⁸ eş-Şatıbî, Muvafakat, 326.

¹⁵⁹ Tahir b. Aşur, 143.

¹⁶⁰ Yusuf Kasım, 194; el-Berdesî, 327.

¹⁶¹ el-Berdesî, 327.

*Maktulun ölmeden önce “beni falan öldürdü” dediğine şahadet eden bir kişinin veya aralarında düşmanlık, tehdit gibi bir durumun olduğuna şahitlik edecek iki şahidin bulunmasıdır.

olarak bir kimsenin öldürülmesinde af durumunda diyetin kararlaştırılması¹⁶³ örnek olarak verilebilir.

Haci maslahatların bir kısmı zaruri maslahatların tamamlayıcısıdır. Hukukun uygulanması maksadıyla bazı kötülük yollarının kapatılması, hâkim, denetleyici ve güvenlik görevlisinin atanması böyledir.¹⁶⁴

Haci maslahatların bir kısmı, az önce bahsettiğimiz zaruri maslahatların içersine girmektedir. Ancak bunlar zaruret derecesine ulaşmamışlardır. Nikâhın bazı hükümleri, mesela veli ve duyurma şartları, zaruri maslahatlardan değil, haci maslahatalardandır.¹⁶⁵

c. Tahsini Maslahatlar

Tahsini maslahatlar, terk edilmesiyle hayatın sıkıntıya girmediği ama gözetilmeleri güzel ahlak ya da güzel adetlerden sayılan şeylerdir. Bunlar gerekli olanı tamamlama gereksiz olandan da uzak durma türündendir. Örneğin konuşma, yemek yeme ve içme adabı, dış görünüşte itidalli olma ve harcamalarda israftan kaçınıp iktisatlı olmak gibi.¹⁶⁶

Tahsiniyyat da, zaruriyyat ve haciyyatın geçerli olduğu hususlarda geçerli olmaktadır. İbadetlerde necasetin giderilmesi, avret yerlerinin örtülmesi, beşeri davranışlarda israf ve cimrilikten uzak durulması, muamelatta kadına devlet başkanı olma ve kendi kendisini evlendirme yetkisinin verilmemesi, ihtiyaçtan fazla su ve ot gibi şeylerin satılmaması, ceza hukukuna da hür insanın köle

** Sanığın üstüne başına kan bulaşması gibi emare ve işaretlerdir.

*** Öldürme töhmetinden dolayı ölünün bulunduğu meskun bölge ahalisine verdirilen yemindir.

¹⁶² eş-Şatıbî, Muvafakat, 327.

¹⁶³ Yusuf Kasım, 195.

¹⁶⁴ Tahir b. Aşur, 144.

¹⁶⁵ Tahir b. Aşur, 144.

¹⁶⁶ ez-Zerkâ, Medhal, 103; Yusuf Kasım, 195; el-Berdesî, 327.

karşılığında kısas olunmaması, savaş esnasında kadınların, çocukların ve din adamlarının öldürülmemesi örnek olarak verilebilir.¹⁶⁷ Tahir b. Aşur tahsini maslahatı şu şekilde ifade etmektedir: “Bana göre tahsini yarar, kendileriyle güven içinde ve mutmeın olarak yaşayacak, diğer milletlerin gözünde toplumun görüntüsünün çekici olacak şekilde ümmetin düzeninin en güzel durumda olduğu yararadır.”¹⁶⁸

Tahsini maslahatlar, zaruriyyat ve haciyyattan olan asli maslahatlara bir güzellik ve kemal sıfatı getirme amacına yöneliktir. Çünkü bunların bulunmaması durumunda na zaruri ne de haci maslahatların ihlale uğramaları söz konusu değildir. Bu maslahatlar, üstün ahlak ve kemal anlayışının bir gereği olmakta ve güzelleştirici, süsleyici bir özellik arz etmektedirler.¹⁶⁹

C. MASLAHAT-I MÜRSELENİN HUCCİYETİ

Şevkani maslahat-ı mürselenin hucciyeti hususunda dört görüş olduğunu ifade etmektedir:¹⁷⁰

1. Kesinlikle delil olarak kabul etmeyenler ki, cumhurun görüşüdür. Bakıllani, Şâfîîlerin çoğunluğu, muteehhir Hanbeliler bu kanaattedirler.¹⁷¹
2. Mutlak olarak caiz olduğunu kabul edenler. Bu görüşte olan da İmam Malik'tir.¹⁷²
3. Şer'i asıllardan külli veya cüz'i bir asla uygun olması durumunda kabul edenler. Bu görüşte olanlar ise İmam Şâfîî ve Hanefi

¹⁶⁷ eş-Şatıbî, Muvafakat, 327.

¹⁶⁸ Tahir b. Aşur, 144.

¹⁶⁹ eş-Şatıbî, Muvafakat, 327; el-Berdesî, 327..

¹⁷⁰ Şevkânî, II, 691-692.

¹⁷¹ er-Rebia, el-Amelu bi'l-Maslaha, “er-Risâletu'l-İslamiyye”, sy. 8, 128; el-Berdesî, 329.

¹⁷² el-Berdesî, 329.

hukukçularının büyükleridir.¹⁷³

4. Maslahatın, zaruri, külli ve kat’i olması halinde maslahata itibar edilmesi gerektiğini kabul edenler. Şevkânî, Gazali ve Beydavî’nin bu görüşte olduklarını zikretmektedir.¹⁷⁴

Şimdi mezheplerin bu husustaki görüşlerini ifade etmeye çalışacağız.

1. Mâlikîlerin Görüşü

Maslahat-ı Mürseleyi müstakil şer’i bir asıl olarak kabul eden tek mezhep Mâlikî mezhebidir.¹⁷⁵ Maslahat-ı mürseleyle hüküm veren Mâlikîlerin bu konudaki delilleri şöyledir:

Sahâbîler maslahat-ı mürsele ile hüküm vermişlerdir.¹⁷⁶ Sahabîlerin içki içene seksen değnek ceza verilmesi,¹⁷⁷ şüpheli şahsa suçunun itiraf ettirilmesi için baskı uygulanması,¹⁷⁸ devletin ihtiyaca binaen zenginlerden vergi alması, maslahat-ı mürsele ile verilmiş fetvalardır.¹⁷⁹

Maslahat, şerf’in amaçlarına uygun ve şarf tarafından müteber sayılan maslahatlar cinsinden ise onu kabul etmek, İslam’ın ruhuna aykırı düşmez. İhmal ise, onun amaçlarını ihmal sayılır ki bu da bâtil bir davranış olur. Şer’î maslahatlar cinsinden olan maslahatları kabul etmemek, mükellefi sıkıntıya sokmak demek olur. Oysa Kur’an’da, “Dinde üzerinize hiçbir güçlük de yüklenmedi.” (22/78) ve “Allah size kolaylık diler, size güçlük istemez.” buyrulmaktadır.¹⁸⁰

¹⁷³ er-Rebia, el-Amelu bi’l-Maslaha, “*er-Risâletu’l-İslamiyye*”, sy. 8, 129-130.

¹⁷⁴ er-Rebia, el-Amelu bi’l-Maslaha, “*er-Risâletu’l-İslamiyye*”, sy. 8, 131.

¹⁷⁵ Şâtübî, el-İ’tisam, II, 95; Şevkânî, 404.

¹⁷⁶ el-Berdesî, 330.

¹⁷⁷ Şâtübî, el-İ’tisam, II, 101.

¹⁷⁸ Şâtübî, el-İ’tisam, II, 102-103.

¹⁷⁹ Şâtübî, el-İ’tisam, II, 104-105.

¹⁸⁰ Ebû Zehra, Usûl, 240-241; Şa’ban, 153-155; Atar, 84; Zeydan, 241.

2. Hanefilerin Görüşü

Şatıbi¹⁸¹ ve Âmidî¹⁸² hanefilerin maslahat-ı mürseleyi reddettiklerini ve onunla hüküm vermekten kaçındıklarını ifade etmektedirler. Hanefi ekolde maslahat-ı mürsele başlı başına bir usulu fıkıh kaynağı değildir. Ancak istihsana çok önem veren hanefi ekolü, istihsanı maslahatı içine alır bir biçimde değerlendirmiş ve diğer ekollerde maslahata dayanarak verilen fetvalar, hanefilerde istihsan adı altında yer bulmuştur.¹⁸³

Hanefî usûlcüsü olan Debbûsî'nin maslahat-ı mürsele hakkında; *“Eğer onu akla sunarsanız, akıl onu kabul ile karşılar.”*¹⁸⁴ sözüne ve Ebû Hanîfe'nin bu yönde vermiş olduğu fetvalarına baktığımız zaman rey ekolünün reisi olan Ebû Hanîfe'nin maslahat-ı mürseleyi kabul etmediğini söylemek pek doğru olmaz.¹⁸⁵ Zira bu doğrultuda Ebû Hanîfe'den şu fetva rivayet olunmuştur; *“Müslümanlar, eşya veya koyun gibi bir kısım ganimet ele geçirseler ve bunları taşımaya güçleri yetmese, düşmanlar bunlardan faydalanmasın diye koyunları kesip bunların etleri ile diğer eşyayı yakmaladırlar.”*¹⁸⁶

Hanefilerin istihsan anlayışı maslahatı kapsar mahiyette olmakla beraber bütününü kapsamamakta, kıyasın maslahatla çatışan kısmına tekabül etmektedir. Hanefilerin maslahat yerine kullandıkları kavramlardan biri de mülaim-i mürsel kavramıdır. Nitekim Seyyid Bey *“masalihi mutebereye şebih ve mülaim olan maslahat-ı mürsele fukaha-i Hanefiyye indinde de huccettir. Onunla amel sahih olur. İlm-i usul ıstılahında bu gibi maslahatalara mürsel mülaim itlak olunur.”*

¹⁸¹ Şatıbi, el-İ'tisam, II, 95.

¹⁸² Âmidî, IV, 216.

¹⁸³ Şener, Kıyas İstihsan İstıslah, 146.

¹⁸⁴ Muhammed Sellâm Medkûr, 333.

¹⁸⁵ Mustafa Zeyd, Felsefetü'l İbâdât, 61; Zeydan., 239.

¹⁸⁶ Ebu Yusuf, Yakup b. İbrahim el-Ensari, er-Raddü ala Siyeri'l-Evzaî, Muhakkik; Ebu'l-Vefa el-Afgani, Daru'l-Kütübu'l-İlmiyye, Beyrut, trz, 84.

Şener, Kıyas İstihsan İstıslah, 146; Zeydan, 143.

demektedir.¹⁸⁷

Hanefiler her ne kadar maslahat-ı mürsele tabirini kullanmasalar da kaynağı maslahatla aynı olan başka kavramlar kullanarak maslahatla hüküm vermişlerdir.¹⁸⁸

3. Şâfiîlerin Görüşü

Şâfiî hukuk ekolü maslahat-ı mürseleyi müstakil bir delil kabul olarak kabul etmemiştir. İmam Şâfiî'den maslahat-ı mürseleyi kabul ettiğine dair bizlere ulaşılmış bir rivayet yoktur. Maslahat-ı mürseleye er-Risâle'sinde de yer vermemiştir.¹⁸⁹ Nasıl ki istihsan yapan, kendi başına şeriat koymuş sayılıyorsa, ıstıslah yapan da kendi başına şeriat koymuş sayılır.¹⁹⁰

Bir şâfiî hukukçu olan Âmidî de maslahat-ı mürsele hakkında şunları ifade etmektedir: “maslahatlar, Şari’ tarafından muteber ve gayrı muteber olmak üzere ikiye ayrılır; mesalihi mürsele ise, bu iki kısım arasında kesin bir yer almadığından onun, bunlardan birisine bağlanması tercih edilmektedir. Dolayısıyla muteber olduğunu ve ilga edilmiş olmadığını bildiren şer’i bir delil olmadığı için bu maslahatları huccet saymak imkânsızdır.”¹⁹¹

Dört mezhebin usullerinde olmasa bile, vermiş oldukları fetvalarda maslahatı kullanmayan mezhep yoktur.¹⁹² Maslahat-ı mürseleye en fazla karşı çıkması gereken İmam Şâfiî bile, İmâmu’l Haremeyn el-Cüveynî'nin rivayetine

¹⁸⁷ Muhammed Seyyid, Medhal, Matbaa-ı Âmire, İstanbul, 1333 h., II, 286.

¹⁸⁸ Hüseyin Hamid Hassan, 577.

¹⁸⁹ Mustafa Zeyd, Felsefetü'l İbâdât, 60-61.

¹⁹⁰ Gazzâlî, el-Mustasfâ, I, 34.

¹⁹¹ Amidi, IV, 216; el-Berdesî, 331.

¹⁹² Kârâfi, 67.

göre onu delil olarak kabul etmiştir.¹⁹³ Zerka şunları ifade etmektedir: İmam Şâfiî, Ahmed b. Hanbel gibi ıstıslahı kendi usûllerinde müstakil bir delil olarak zikretmediğinden dolayı bir çok kimse onun ıstıslahı kabul etmediğini zanneder. Şâfiî'nin onu müstakil bir delil kabul etmemesi ona güvenmediğini göstermez. Gerçek şu ki Şâfiî, ıstıslaha son derece güvenir, fakat o bütün bunları kıyas olarak adlandırır.¹⁹⁴ İmam Şâfiî'nin maslahat-ı mürseleyi kullandığına örnek olarak şunu vermek mümkündür; “Şahitlikten dönme iki kısımdır. İki veya daha çok şâhid, bir adamın bedeninin bir parçasının yok edilmesine yahut el kesme, dövme, öldürme veya yaralamada kıyas gibi cezalandırılmasına yol açacak bir şahitlikte bulunur, ceza tatbik edildikten sonra şahitlikten döner ve biz şahitliğimizle onun bir cezaya çarptırılmasını istemiştik derlerse, bu adamın aleyhine işlenmiş bir cinayet gibi olur. Eğer o adama kısas yapılmışsa velisi şahitlerden kısas istemek yahut diyet almak hususunda muhayyerdir. Eğer kısasın dışında bir ceza verilmişse diyet alınır ve şahitler, had cezasının dışında tazirle cezalandırılır.”¹⁹⁵

Ramazan el-Bûtî de “Şâfiî'nin istihsanı inkar etmesi onun maslahat-ı mürseleyi kabul etmesine bir engel değildir.”¹⁹⁶ şeklinde bir değerlendirme yaparak onun maslahat-ı mürseleyi kabul etteğini iddia etmektedir.

Maslahat-ı mürseleyi kabul etmeyenlerin ileri sürmüş oldukları delilleri de şu şekilde ifade edebiliriz:

1. Hakkında özel bir delil bulunmayan maslahat, indi bir görüş mahsûlü olup, nefsi arzulara dahil bir şeydir. İslami esaslar böyle bir şey ile bağdaşamaz.

¹⁹³ el-Cüveynî, Ebu'l-Meali Abdülmelik b. Abdillâh b. Yusuf, el-Burhan fi Usulî'l-Fıkh, Daru'l-Vefa li't-Tıbbaa ve'n-Neşr ve't-Tevzi, Mansure, Mısır, 1999, II, 721; Şâtîbî, el-İtisâm, 351.

¹⁹⁴ Ebû Zehra, Usûl, 240.

¹⁹⁵ Mustafa Sâid el-Hin, 400.

¹⁹⁶ Muhammed Sâid Ramazan, el-Bûtî, Davâbitü'l-Maslahatü-fi't-Teşrî'l-İslâmî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1982, 408.

2. Maslahatlar müteber ise kıyasın şumûlüne girer. Müteber değilse nass ve kıyasın şumûlüne girmediği gibi onların bir değeri de olmaz. Allah, insanların maslahatlarını ihmal etmiş değildir.¹⁹⁷

3. Bir nassa dayanmaksızın maslahatı delil olarak almak, şeriatın hükümlerinden sıyrılmak ve maslahat adına insanlara zulmetmektir. Tıpkı bazı zalim hükümdarların yaptığı gibi.

4. Maslahatı kendi başına delil olarak alırsak, bir mesele hakkında memleket ve kişilere göre hükümler verilmesine yol açmış oluruz. Zararlıdır diye herhangi bir memlekette yasak olan şey, başka memlekette faydalıdır diye helâl kılınacaktır, veyahutta tam aksi olacak. Oysa bütün insanlara hitap eden İslam'ın hükümleri böyle olamaz.¹⁹⁸

4. Hanbelîlerin Görüşü

Hanbelîlerin maslahat-ı mürseleyi müstakil bir delil olarak kabul edip etmediği hususu tartışmalıdır. Bazu usûlcüler Ahmed b. Hanbel'in maslahat-ı mürseleyi kıyasın sınırlarını çok geniş tutmak sureti ile kıyasa dahil ettiğini¹⁹⁹ söylerken, bazıları da İmam Mâlik gibi onun da maslahat-ı mürseleyi müstakil bir delil olarak kabul ettiğini²⁰⁰ söylemektedirler. Maslahat-ı mürseleyi müstakil bir delil olarak kabul etse de kıyasın içine dahil etse de Ahmet b. Hanbel'in maslahat ile verdiği fetvalar bulunmaktadır. Mesela; o, bir babanın kör, müzmin hasta, ihtiyaç içinde veya ilim tahsil eden evladına malını bağışlamasını maslahat

¹⁹⁷ el-Berdesî, 331.

¹⁹⁸ el-Berdesî, 331; Ebû Zehra, Usûl, 241-242; Şa'ban, 155-156; Atar, 84-85; Zeydan, 239-240.

¹⁹⁹ Muhammed, Ebû Zehra, İslam'da Fıkhî Mezhepler Tarihî, Ayyıldız Matbası, Ankara, 1968-1969, III, 250-251; Mustafa Sâit el-Hinn, Çev: Halit Ünal, İslam Hukukunda Yöntem Tartışmaları, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1993,398.

²⁰⁰ Mustafa Zeyd, Felsefeti'l-İbadât 60-61.

prensibine binaen caiz saymıştır.²⁰¹

İbn Kudame maslahat-ı mürseleyi kendisi ile hüküm vermede ihtilaf olan deliller arasında zikretmektedir. Kendisi ile hüküm verilebilecek olan maslahatın ise kıyas ile ortaya konabileceğini, bu hükmün de nasstaki illetten veya icmadan çıkarılacağını ifade etmekte ve maslahatı kıyasın içine dahil edip müstakil bir delil olarak kabul etmemektedir.²⁰²

İbn-i Teymiyye ve İbn-i Kayyim el-Cevziyye gibi Hanbelî hukukçuları maslahata göre fetva vermişlerdir.²⁰³

Ahmed b. Hanbel her ne kadar “maslahat-ı mürsele” ismini ichtihadında bir usûl olarak belirtmemişse de onu delil olarak kullanmıştır. Hanbelîlerin bu babta vermiş olduğu fetvalardan bazıları ise şunlardır: “Muhannes, (kendisini kadına benzeten erkek) sürgüne gönderilir. Çünkü ondan en çok fesat ortaya çıkar ve ona tecavüz edilir. Devlet başkanı halkının fesadından emin olacağı bir ülkeye onu sürebilir. Onları zarar vermelerinden korkarsa hapseder. Ramazanın gündüzünde şarap içenlerin cezaları artırılır. Sahabeye dil uzatanlar cezalandırılır.”²⁰⁴

Hanbelîler maslahat-ı mürselenin şer’i bir delil olabilmesi için, naslara aykırı olmamasını, İslam’ın ruhuna uygun olmasını, akıl ve mantıkla bağdaşmasını şart koşmaktadırlar.²⁰⁵

²⁰¹ Mustafa Zeyd, el-Maslahatu fi’t-Teşri’i’l-İslami, 58.

²⁰² İbn Kudame, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmet, Ravdatu’n-Nazır ve Cünnetü’l-Munazır, Camiatu’l-İmam Muhammed b. Mesud, Riyad 1399, 310-311.

²⁰³ Mustafa Zeyd, el-Maslahatu fi’t-Teşri’i’l-İslami, 56-57.

²⁰⁴ Mustafa Sâid el-Hinn, 401; Ebû Zehra, Fıkhî Mezhepler Târihî, III, 250-251; Zeydan, 243.

²⁰⁵ Ebu Zehra, Ahmet b. Hanbel, (çev: Osman Keskiöğlü), Hilal Yayınları, İstanbul, 1984. 303; Mustafa Zeyd, el-Maslahatu fi’t-Teşri’i’l-İslami, 60.

İKİNCİ BÖLÜM
İSLAM HUKUK EKOLLERİNDE İSTİHSAN
VE
MASLAHAT-I MÜRSELE ANLAYIŞI

I-İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN ZARURET İLE İLİŞKİSİ

Zaruret İslam hukukçularının birçoğunun kabul ettiği bir husustur. Nitekim zaruretin haram olan şeyleri mübah kıldığı²⁰⁶ konusunda fakihlerin ittifakı bulunmaktadır. Zaruret prensibi hem istihsana hem de maslahat kaynaklık yapmıştır. Burada istihsan ile maslahat-ı mürselenin zaruretle ilişkisini sırayla açılmaya çalışacağız.

A. İSTİHSANIN ZARURETLE İLİŞKİSİ

Kur'an-ı Kerim'de Allah (c.c.) “zarurette kalan kimseye aşırı gitmemek ve azgınlık etmemek kaydıyla günah yoktur.”²⁰⁷ buyurmaktadır. Hanefi usulcüler bu ayetten hareketle bir müslümanın zaruret halinde haram olanlardan istifade edeceğini söyleyerek kıyasın insanları meşakkate sokması, insanın bir zarara uğraması durumunda bu kıyasın hükmünün terk edilmesi gerektiği kanaatindedirler. Hanefiler istihsanın huccet olduğunu ispat ederken zikrettiğimiz ayeti, dolayısıyla zaruret prensibini delil olarak getirmektedirler. Serahsi istihsanı tarif ederken şunları ifade etmektedir:

İstihsan, kıyası terk edip insanlar için en uygun olanı almaktır.

Âmm ve has konularda karşılaşılan zorluklarda hükümler için kolay olanı almaktır.

²⁰⁶ Zeynuddin b. İbrahim İbn Nüceym, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Dâru'l -Fikr, Dimeşk, 1983, 94; Mûsa Cârullah Bgiyef, Kavâidu Fikhiyye, Örnek Matbâsı, Kazan, (t.y), 21; Âtîf Bey, Kavâidi külliye-i Fikhiyenin İzâhı, Şehzâde Paşa Evkaf-ı İslâmiyye Matbâsı, (y.y), 1339, 27; Ali Ahmed en-Nedvû, el-Kavâidu'l-Fikhiyye, Dâru'l-Kalem, Dimeşk, 1991, 270-271; Ahmed el-Hâcî el Kürdî, el-Medhalu'l-Fıkh, “el-Kavâidu'l-Külliyye”, Matbuâtu Câmiatu Dimeşk, Dimeşk, 1990, 67-68.

²⁰⁷ Bakara suresi, 2/173.

Genişliğe göre hareket etmek ve kolaylığı istemektir.

Müsamaha ve ruhsat esasına göre hareket etmektir.

Serahsi bu ifadelerin “kolaylık için zorluğu terk etmek” olduğunu söylemekte ve bunu da “Allah sizin için kolaylık ister, zorluk istemez.”²⁰⁸ ayetine ve “sizin dininizin en hayırlısı kolay olanıdır.” hadisi ile Hz. Peygamberin Hz. Ali ve Muaz b. Cebel’i Yemen’e gönderdiğinde onlara söylediği “kolaylaştırın zorlaştırmayın” hadisine dayandırmaktadır.²⁰⁹

Diğer taraftan Hanefilerin istihsan çeşitlerine baktığımızda bunlardan birinin zaruret dolayısıyla istihsan olduğunu görmekteyiz. Zaruret dolayısıyla istihsan, mühim bir zaruret bulunması münasebetiyle, müctehidin kıyasın hükmün terk edip, zaruret ve ihtiyaç duyulan şeyi almasıyla olur.²¹⁰ Zaruret karşısında nassa dahi muhalefet edildiğine göre kıyasa daha iyi muhalefet edilir.²¹¹ İstihsanın bu çeşidi, özelliği gereği “şer’in muteber veya mülga olduğu konusunda, hakkındaki hükmünü belirtmediği”²¹² maslahat-ı mürseleye en fazla benzeyen ve maslahat-ı mürsele ile en fazla ilişkisi olan istihsan çeşididir.

Şelebi de “İstihsan, insanların karşılaştıkları vakılarda meseleyi çözüme kavuşturmada şer’i delillerdendir. Zira istihsanla zorluğun kaldırılması, zararın def edilmesi, şeriatın prensiplerinin tatbiki ile insanların menfaatinin gerçekleşmesi amaçlanmaktadır.”²¹³ demektedir.

Nass sebebi ile sabit olan istihsanda Hz. Peygamber’in, selem²¹⁴ ve

²⁰⁸Bakara Suresi, 2/185.

²⁰⁹es-Serahsî, Mebsut X, 145.

²¹⁰Ebû Zehra, Usûl, 249; Zühayli, II, 754.

²¹¹Ebû Zehra, Usûl, 233.

²¹²Şâtübî, el-İ’tisâm, 352-355; Kârâfî, 67; İbnu’l-Hâcib, 460.

²¹³Şelebî, Usulu’l-Fıkhî’l-İslamî, 292.

²¹⁴es-Serahsî, Usul, II, 203; Buhari, IV, 1125; Nesefî, II, 164.

icare²¹⁵ akitlerine cevaz vermesinin nedeni zaruret ve insanların buna ihtiyaç duymasıdır. İcma sebebiyle sabit olan istisna akdinin²¹⁶ cevazı da ihtiyaca binaendir. Zaruret istihsanı sebebiyle caiz olan kadının örtmesi gereken yerine bir erkeğin bakması,²¹⁷ yırtıcı kuşların artıklarının caiz olması²¹⁸ yine aynı ilkeye yani zaruret ve ihtiyaca dayanmaktadır. Örf sebebiyle sabit olan istihsanda da mesele zaruret ve ihtiyaca dayanmaktadır. İstihsanın zaruret istihsanı dışındaki istihsan çeşitlerinde dahi zaruretin etkisinin olduğunu görmek mümkündür. İstihsanen verilen birçok hükmün zaruret prensibine dayandığı görülmektedir. Mesela keyli (ölçülebilin) ve vezni (tartılabilen) mallar şer'an ribevi mallardan sayılır. Dolayısıyla bunlar borç olarak alınıp verildiğinde fazlalık kesinlikle caiz değildir. Aynı şekilde bunları kendi cinsinden olan bir şeyle daha fazlasına satış da caiz değildir. Ancak Hanefi hukukçular mutad olarak somunların ağırlıkları farklı olsa bile, komşular arasında sayı ile ekmek ödünç alıp vermek, kıyasa muhalif olarak istihsanen caiz olmaktadır. Çünkü bu işte faiz ve kar düşüncesi olmadığı gibi, buna insanların ihtiyacı bulunduğu zaruret söz konusu olmaktadır.²¹⁹

Benzer bir durumda kadınların şehadeti hususunda söz konusu olmaktadır. Zira erkek bulunmaksızın kadınların şehadeti kabul edilmemektedir. Ancak erkeklerin bakmalarının helal olmadığı doğum vb. hallerde kadınların şehadeti kabul edilmiştir. Erkeklerin muttali olamayacağı hususlarda kıyasın hükmü terk edilmiştir. Zira burada Hanefilere göre bir zaruret hali söz konusu olmaktadır. Bunların şehadetleri, hâkimin huzurunda açıklanması gereken bazı hükümlerle ilgilidir ki, erkeklerin şehadeti ile bunların isbat etmek zordur. Çünkü erkeklerin bunun gibi meselelere muttali olamazlar. Bu nedenle de kadınların şehadetinin kabul edilmesi gerekmektedir. Zira hukukun ispatı için delil imkân

²¹⁵ es-Serahsî, I, 203.

²¹⁶ el-Cessas, Füsul, IV, 249; es-Serahsî, II, 203; el-Buhari, IV, 1125; Nesefi, II, 164; Ali Haydar Efendi, 388.

²¹⁷ es-Serahsî, X, 145.

²¹⁸ el-Buhari, IV, 1126; es-Serahsî, Usul, II, 204

²¹⁹ İbn Abidin, Reddu'l-Muhtar, V, 185; ez-Zerkâ, Medhal, I, 90.

nispetinde meşrudur. Buna göre bu gibi durumlarda müslüman, hür ve adil bir kadının şehadetiyle hükümler sabit olmaktadır.²²⁰

Şari'in koyduğu külli hükümler karşısında, fertler zor durumda kaldıklarında veya dini ve dünyevi maslahatları zarar gördüğünde zaruret prensibine dayanılarak istihsanen hükümler verilmiş ve onların zarar görmeleri önlenmiştir. Müslümanların çeşitli problemleri bu esastan hareket edilerek şer'i ölçüler çerçevesinde çözüme kavuşturulmuştur. Fertleri ve toplumları zaman zaman güçlüklerle karşı karşıya bırakan zaruret hali, istihsan prensibi ile disipline edilmiş, belli esaslara bağlanmış ve sistemleştirilmiştir. Bu sayede ilk bakışta şer'i nasslarla çelişiyormuş gibi görünen hükümler hukuki nitelik kazanmıştır. Özellikle Hanefi ekol tarafından kullanılan istihsan delili ile zaruret hali ile alakalı meseleler belli bir esasa oturtulmuştur.²²¹

Hanefîlerin zarûret kaidesinden kasıtları özel, şahsî zarûrî maslahatlar ve genel haci maslahatlardır. Eğer bunlar dikkate alınmaz ise şer'î tekliflerin yerine getirilmesinde büyük sıkıntılar çekilir. Bu ise maslahat-ı mürselenin tarifidir. Zaten maslahat-ı mürseleyi kabul edenlerin hepsi maslahatın zarûri veya hâci olmasını şart koşarlar. Tahsîniyyat ve tezyîniyyat kısmını maslahat-ı mürseleye dâhil etmemektedirler. İmam Şâfî bile her ne kadar istihsan ve ıstıslahı delil olarak kabul etmese de bunların ihtiva etmiş olduğu zarûret hâlini tamamen kabul etmeme cihetine gitmemiştir. Fakat o, bunu kıyasın dairesine sokmuştur.²²² Şafiiler, haram olan bitkileri hayvanları beslemek maksadıyla almayı mübah kabul etmektedirler. Zira buna cevaz vermezlerse zorluk söz konusu olacaktır. O nedenle cevaz vermektedirler. Bu umumu tahrimden bir istisnadır.²²³ Haram olan bitkinin meyvası satıldığında fayda olacaksa bunun olgunlaşınca kadar dalında

²²⁰ es-Serahsî, el-Mebsut, XVI, 142, 143.

²²¹ Baktır, Mustafa, İslam Hukukunda Zaruret Hali, Akçağ , Elif Matbaası, Ankara, 1981, 111.

²²² Baktır, 124.

²²³ Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslamî, 279; Baktır, 124.

kalması ve o vakte kadar sulanması örfen bu akid için şart olarak konulmuştur. Burada bu akit için şart koşulması insanların buna ihtiyaç duymalarından ileri gelmektedir ve maslahata binaen konmuştur. Bu da genel kuraldan bir istisnadır.²²⁴

B. MASLAHAT-I MÜRSELENİN ZARURETLE İLİŞKİSİ VE ZARURİ MASLAHATLAR

Toplum düzeninin sağlanması açısından maslahatlardan bahsederken zaruri maslahatları zikretmiştik ki bununla ilgili olarak Tahir b. Aşur, bu maslahatların olmaması durumunda ümmetin düzeninin bozulacağını ifade etmektedir. Ancak ümmetin bozulması ile kastettiğinin fiziki olarak yok olmak olmadığını, zira en ilkel toplumlarda dahi böyle bir durumun vaki olmadığını, bu ifadesi ile ümmetin şari'in arzuladığına aykırı olarak hayvanların durumuna benzemesini kastettiğini ifade etmektedir. Aşur, bu bozukluğun zamanla fiziki yok oluşa da götüreceğini eklemektedir.²²⁵

Şatıbi, zaruri maslahatların iki yolla korunabileceğini ifade etmektedir. Birincisi; zaruri olan maslahatlara varlık kazandırmak ve onların temellerini sağlam atmak. İkincisi ise; zaruri maslahatlara zarar vereceği ve onları bilfiil veya beklenti halinde de olsa ortadan kaldırmaya sebebiyet vereceği bilenen şeyleri uzaklaştırmak.²²⁶

Şatıbi, Gazali gibi İslam hukukçuları zaruri maslahatları beş kısımda ele almaktadırlar. Dinin korunması, canın korunması, aklın korunması, malın korunması, neslin korunması. Bunlara İslam hukukçuları “el-külliyeti'l-hams; beş külli esas” demişlerdir.²²⁷ Gazali bu beş esas ile ilgili olarak şunları

²²⁴ Şelebî, Usulu'l-Fıkhı'l-İslamî, 280.

²²⁵ Tahir b. Aşur, 139.

²²⁶ eş-Şatıbî, Muvafakat, 324-325.

²²⁷ eş-Şatıbî, Muvafakat, 326; İbn Abdisselam, 329; el-Gazâlî, Mustasfa, I, 288; Buti, 119; ez-Zerkâ, Medhal, 102; Ebu Zehra, usul, 259; Münir el-Kâdî, sy, 7, 16 ; Yusuf Kasım, 193.

söylemektedir: “bu beş esasın ortadan kaldırılması haramdır. İnsanların düzenini sağlamak arzusundaki bütün dinlerin ve hukuk anlayışlarının bunları içermemesi düşünülemez. Bu beş esasın hukukun gayesi olduğu bir tek delil ve bir asılla değil, bilakis sayılamayacak kadar çok delille zaruri olarak bilinir.”²²⁸ Şatibi de bu beş esasın bütün dinlerde ve milletlerde riayet edilen esaslar olduğunu söylemektedir.²²⁹

Münir el-Kâdî de bu beş esasa altıncı esas olarak toplum güvenliğinin sağlanması (حفظ المجتمع صالحا مطمئنا) esasını ilave etmektedir. Bu esas da devlete karşı isyan edenlerin önüne geçerek güvenliği sağlama amacına yöneliktir. Bu hususa dayanak olarak da Kur’an-ı Kerim’den deliller (Âli İmran/103 En’am/159, Enfal/46, Maide 33) getirmektedir.²³⁰

Zaruri maslahatlar beş kısma ayrılmaktadır. Bu beş esas şu şekilde açıklayabiliriz:

1. Dinin Korunması

Dinin korunmasının anlamı, Müslümanlardan her birinin dinini, itikadını ve dinle ilgili amelinin bozacak şeylerin girmesinden korunmasıdır.²³¹ Ümmetin bütünü açısından dinin korunması kat’i din asıllarını bozacak her şeyin ortadan kaldırılmasıdır. İman, kelime-i şهادet getirme, namaz oruç hac ve benzeri ibadetler, dinin korunmasına yönelik olan hususlardır.²³² Ümmetin birliğinin korunması için gereken yol ve araçların korunması ve İslam ülkesinin savunulması da dinin korunmasına girmektedir.²³³

²²⁸ el-Gazâlî, Mustasfa, I, 288.

²²⁹ eş-Şatibî, Muvafakat, 326.

²³⁰ Münir el-Kâdî, 18.

²³¹ ; el-Berdesî, 326.

²³² eş-Şatibî, Muvafakat, 325; Münir el-Kâdî, 16 ; Yusuf Kasım, 194; el-Berî, 107-108.

²³³ Tahir b. Aşur, 140.

2. Canın Korunması

Can (hayat)ın korunmasının anlamı, birey ve toplum olarak canın teleften korunması insan hayatına herhangi bir şekilde zarar verilmesinin önüne geçilmesi, can güvenliğinin ve dokunulmazlığının sağlanmasıdır.²³⁴ İnsan hayatının devamını sağlayacak yeme, içme, giyinme, barınma, mesken vb. adet ve muamelat hususlarının asgari miktarları bu kısma girmekte ve hüküm olarak vacip (farz) olmaktadır. Yine diğer taraftan da hayatın yok olmasını engellemek üzere, kısas vb. gibi cezaların konması da bu türe girmektedir.²³⁵

3. Neslin Korunması

Neslin korunması ki buna nesebin korunması da denmektedir.²³⁶ Neslin korunması; mutlak anlamda kullanılmış ve gayesinin ne olduğu hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Şayet bu terimle, neseplerin yani üremenin terk edilmesi kastedilirse bu zaruri yararlıdır. Çünkü nesil, insan türünün yerini tutmaktadır. Eğer üreme terk edilirse bu, insan türünün fizik olarak yok olmasına ve eksilmesine götürecektir. Nitekim Hz. Lut'un, kavmine: "siz (kadınları bırakıp) erkeklere gidiyorsunuz. Yol kesiyorsunuz..."²³⁷ demesi iki yorumdan birine göre bunu açıklamaktadır. Bu anlamıyla nesebin korunmasının genel prensiplerden sayılması hususunda şüphe yoktur, çünkü o canın korunmasıyla eş değerdir.²³⁸

Şayet "neslin korunması" ile, neslin aslına nispet edilmesi kastediliyorsa ki nikah akitleri, zinanın haramlığı ve zina dolayısıyla hadd cezasının farz oluşu bu sebeple meşru kılınmıştır, bu takdir de zaruriyattan olduğu pek açık söylenemez. Çünkü toplumun geneli için Hasan'ın Hüseyin'in oğlu olduğunun bilinmesi zaruri değildir. Toplum için zaruri olan, insan türünün varlığı ve durumlarının

²³⁴ Tahir b. Aşur, 140-141; el-Berdesî, 326.

²³⁵ eş-Şatıbî, Muvafakat, 326; Münir el-Kâdî, 17; Yusuf Kasım, 194; el-Berî, 107-108.

²³⁶ ; el-Berdesî, 326.

²³⁷ Ankebut suresi 29/29.

²³⁸ Tahir b. Aşur, 142 ; Münir el-Kâdî, 17-18; el-Berî, 107-108..

düzenliliğidir. Bu anlamı ile alınması halinde neslin korunması zaruriyattan değil, haciyyattandır.²³⁹

4. Malın Korunması

Malın korunması, toplumun mallarının telef olmaktan, başka milletlere milli servetin karşılıksız olarak akıtılmasından ve dokunulmazlığı olan tek tek malların karşılıksız olarak telef olmaktan korunması demektir.²⁴⁰

İnsanın, malından yararlanması ve mülkiyetinin korunması, zaruret derecesine varan bir maslahattır. Çünkü diğer zaruri maslahatların varlığı buna dayanmaktadır. İnsanlar arasındaki muameleler, mülk edinme ve mülkünü artırma yolları hep bu nedenle meşru kılınmıştır. Hırsızlık, gasp, telef ve insanların mallarının haksız yollarla ellerinden alınmış olması, malın korunması yönünde korunmuş hükümlerdir.²⁴¹

5. Aklın Korunması

Aklın korunmasının anlamı, insanların akıllarının bozulmaktan korunmasıdır. Çünkü aklın bozulması, tasarrufun disiplinsizliğinden dolayı büyük bir fesada götürmektedir. Bireyin aklının bozulması küçük, grupların veya bütün ümmetin aklının bozulması ise daha büyük bir fesada götürmektedir. Bundan dolayı ferdin içki içmekten, ümmetin de bireyleri arasında içkinin yaygınlaşmasından alıkonulması gerekmektedir. Yine aynı şekilde esrar, eroin, kokain gibi uyuşturucuların yaygınlaşmasının engellenmesi de bu tür maslahatların içinde yer almaktadır.²⁴² Ayrıca İslam ümmetinin fertleri düşünmek, yaşadığı çağdaki problemleri çözmek durumundadır ve bundan dolayı fikir

²³⁹ Tahir b. Aşur, 142.

²⁴⁰ Tahir b. Aşur, 141; el-Berdesî, 326.

²⁴¹ eş-Şatıbî, Muvafakat, 326-327; Münir el-Kâdî, 17.

²⁴² eş-Şatıbî, Muvafakat, 326; Tahir b. Aşur, 141; Münir el-Kâdî, 17; el-Berî, 107-108; el-Berdesî, 326.

hürriyetinin olması zorunludur. Eğer İslam ümmetinde zihinler dumura uğrattılıyor, serbest düşünmesi engelleniyorsa bu ilke ihlal edilmiş demektir.

Maslahat-ı mürselenin kabul edilebilmesi için onun zarurî olması esastır.²⁴³ Bir aslın şehadetiyle desteklenmedikçe, hâciyyât ve tahsîniyyât konularında hüküm vermek caiz değildir. Ama zarûriyyat durumu hariç şer' buna şahitlik etmese bile müctehidin kendi rey'i ile yaptığı icihadın böyle bir sonuca ulaşması da yadırganacak bir şey değildir.²⁴⁴ Gazali, maslahat-ı mürselenin delil olarak kullanılabilmesi için üç şart koşturmaktadır; maslahat, zaruri, külli ve kat'i olmalıdır. Ancak bu şartları taşıyan maslahatla hüküm verilebilir.²⁴⁵ Gazali, maslahatla ilgili şöyle bir örneği vermekte ve değerlendirmesini yapmaktadır: Kafirler Müslüman esirlerinden bir grubu önlerine siper olarak alsalar ve Müslümanlara hücum etseler; buna karşılık müslümanlar onlara müslüman esirleri öldürme endişesi ile ok atmaktan kaçınırsalar, bu takdirde kafirler müslümanlara hücum edecekler ve galip geleceklerdir. Netice olarak da müslümanların hepsini öldüreceklerdir. Şayet Müslümanlar ok atsalar, suçu olmayan masum müslümanları öldüreceklerdir. Hücumdan kaçınırsalar, kafirler önce onları sonra da Müslüman esirleri öldüreceklerdir.²⁴⁶ Gazali'ye göre Müslümanların hepsinin canının muhafazası Şeriatın maksadına daha uygundur. Şeriatın gayesi mümkün olduğu kadar katlin önünü kesmek veya en aza indirmektir. Bu durumda tamamen kaldırmak mümkün değilse de, en aza indirmek mümkündür. Burada üç şartın tahakkuk ettiği görüşünde olan Gazali, bu durumda maslahat ile hüküm verilmesi gerektiği kanaatindedir. Buradaki üç şart şu şekilde tahakkuk etmektedir: a) Bütün Müslümanların canlarını koruma zarureti vardır. b) Ok atışlarına devam edilmediği takdirde Müslümanların toptan imha edileceği kat'i olarak bilinmektedir. c) Olayda küllilik vasfı bulunmaktadır. Yani ferdi veya cüz'i bir maslahatı göz etme gibi bir durum yoktur. Bütün Müslümanların durumu söz

²⁴³ Âmidî, IV, 167; Şâtübî, el-İ'tisam, 367; Şevkânî, 404, Baktır, 123.

²⁴⁴ Gazzâlî, el-Mustasfâ, I, 335.

²⁴⁵ el-Gazzâlî, el-Mustasfâ, I, 296.

²⁴⁶ el-Gazzâlî, el-Mustasfâ, I, 294, 295; eş-Şâtübî, el-İ'tisam, II, 96; Karafî, IX, 4263.

konusudur. Gazali, bu hükmün maslahata göre olduğunu ve bunun Şeriat'ın kastettiği belli bir delil veya asılla değil de, aslın haricinde başka bir delille sabit olduğunu zikretmektedir ki, o da zaruret prensibidir.²⁴⁷ Hanefi düşüncesi açısından bakıldığında da burada kıyasın terki söz konusu olmaktadır ve bu hüküm Hanefiler açısından istihsanen verilmiş bir hüküm olmaktadır. Buradan anlaşılan şey şudur; istihsanı mevhum delillerden sayan Gazali, burada Hanefilerin kullandıkları istihsan ile hüküm vermiş olmaktadır.

İstihsan ve maslahat-ı mürsele dikkatli bir şekilde tetkik edildiği zaman aralarında fazla bir farkın olmadığı görülür. Bunların ikisi de sadece küllî bir kaide olan zaruret prensibine dayanmaktadır. Zarûret prensibi de kaynak olması açısından yeterli bir sebeptir. Çünkü zarûrî olan maksatlar din ve dünya işlerinin yürütülebilmesi kendilerine bağlı bulunan hususlardır. Eğer bunlar temin edilmezse dünya işleri yolundan çıkar, fesat ve kargaşa doğar, hayat ortadan kalkar.²⁴⁸ Zaten hukukun norm belirlemedeki gayesi kamu düzeninin korunması ve bozulma ya da yok olmadan koruyacak şekilde insanların tasarruflarını zabt-u rabt altına almaktır.²⁴⁹

²⁴⁷ el-Gazâlî, el-Mustasfâ, I, 294, 295.

²⁴⁸ Şâtîbî, el-Muvâfakat, II, 7; Âşur, 139.

²⁴⁹ Âşur, 138.

II. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN FARKLI OLDUKLARI GÖRÜŞÜ

A- MALİKÎLERİN İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ

Mâlikiler hem maslahat-ı mürseleyi hem de istihsanı birer usul-u fıkıh kaidesi olarak kabul etmektedirler. Bu da beraberinde onların istihsan ve maslahatı mürseleyi birbirinden ayırdıklarını göstermektedir. Maslahat-ı mürsele ile verilen hükümlerin nassa ya da icmaya dayanan bir delili bulunmamaktadır. Mesela, Kur'an'ın Mushaf haline getirilmesi böyledir.²⁵⁰ Kur'an Hz.Ebû Bekir zamanında mushaf haline getirilmiş, Hz.Osman zamanında da tek mushafa geçilmiş ve onun dışında kalan mushaflar yakılmıştır. Bu hükümler maslahat-ı mürsele esası dikkate alınarak yapılmıştır. Bunlarla ilgili olarak naslarda, icma'da ve kıyasta açık bir delil bulunmamaktadır.²⁵¹ İstihsan ise İmam Mâlik'e göre, cüz'î maslahatın hükmünü kıyasın hükmüne tercih etmektir. Kıyasa göre hakkında nass bulunmayan meselenin hükmünü, hakkında nass bulunan bir meselenin hükmüne bağlamak gerektiği halde, cüz'î maslahat bunun tersini gerektirmektedir. İşte İmam Malik bu maslahata göre hükmetmekte ve buna istihsan adını vermektedir.²⁵²

Malikilere göre istihsanla bir mesele hakkında fetva vermek bir kaide olarak değil istisna yoluyla. Bu, kaide dışı bir ruhsattır. Asli külli karşısında cüzi bir hüküm vermektir. Adil bir kimsenin bulunmadığı bir memlekette adil olmayan şahitlerin şahitliğini kabul etmek, zorluğu ve güçlüğü kaldırmak için borç alıp vermek bu şekilde verilen hükümlerdir. Malikiler kıyasın gereği verilen hükümlerde güçlük olduğu zaman kıyası terk etmişler ve bu durumda zorluğu

²⁵⁰ Münir el-Kadı, “*er-Risaletu'l-İslamiyye*”, sy. 8, 51.

²⁵¹ Zühaylî, II, 740.

²⁵² Ebû Zehra, Fıkhî Mezhepler Tarihî, III, 70.

kaldırmak için verdikleri bu hükme istihsan adını vermişlerdir. Herhangi bir hukuki meselede kıyas bir şeyi gerektiriyor. Fakat o şeye bakılırsa diğer yanlardan da bir maslahatın ortadan kalkması veya bir zararın meydana gelmesi söz konusu olacaktır. Genellikle bu durum zararı olan bir asılın haciyatla veya haciyattan olanın kemaliyatla karşılanmasında hasıl olmaktadır. Kıyası, zaruri maslahatın kapsamında olan hususlarda tatbik etmek bazı açılardan zorluğa ve güçlüğe neden olmaktadır. Bu nedenle bu güçlük olan yer istisna edilir. Kemaliyat ile haciyatta da aynı yapılır. Mesela veli olmakta adalet haciyattandır, vasilerde de adalet aramak zorluk çıkarır. Malikilerde istihsan bundan doğmaktadır.²⁵³ Anladığımız kadarı ile Malikiler maslahatı celb ve mefsedeti def etme ilkesi ile kıyasın hükmü çatıştığı zaman maslahatı celb veya mefsedeti terk etmek için verdikleri bu hükme istihsan, kıyasla çatışmayıp ve hakkında da bir nass yada icmanın olmadığı meselelerdeki verdikleri hükümlere de maslahat adını vermişlerdir.

Malikiler kıyastan doğan aşırılığı ve boşluğu üç şeye müracaatla doldurmaya telafi etmeye çalışmaktadırlar: 1- yaygın olan örfle, 2- racih olan maslahatla, 3- güçlük ve zorluğu kaldırmak ve sıkıştıran zaruretle. Hanefiler ise kıyasın aşırılığını ve boşluğunu muttarid olan kıyasın zahirindeki illete muhalif başka bir illet düşünerek karşılamaktadırlar. Hanefiler kıyasın umumi kaidesinden doğan netice karşısında ona tearuz eden haberi vahidi almaya istihsan demektedirler. Umumi kaide karşısında icma'ı almaya da istihsan adını vermektedirler. Malikiler ise zaruret ve örften dolayı kıyası terk etmeye istihsan adını vermektedirler. Böylece her iki mezhep, meşakkati, yaygın örfü, kıyas karşısında istihsanı gerektiren sebepler olarak almada birleşmekte ve şu noktada ayrılmaktadırlar; Ebu Hanife icmayı almayı, kıyas mukabili haberi vahidi seçmeyi istihsandan sayıyor, Malikiler ise buna istihsan adını vermemektedirler. Bir başka açıdan da aralarında şöyle bir fark bulunmaktadır: bir kimse muhayyerlik şartıyla bir mal alsın, sonra da ölse, mirasçıları bunu kabul veya redde ihtilaf etseler, kıyasa göre bu fesholmakta, ancak Malikiler, eğer bir kısmı reddedenlerin hissesini kabul

²⁵³ Zehra, Malik, 344-345.

ederlerse bunun caiz olduğuna istihsanen hükmedirler. Malikilere göre kıyasın ıttıradı, cüzi maslahat için istihsanla karşılanmaktadır. Hanefilerin furuunda bu bulunmamaktadır.²⁵⁴

İmam Mâlik, istihsanı ilk önce “nass bulunsun veya bulunmasın maslahatın hükmüne uymak” şeklinde kullanmıştır. Ancak daha sonraları istihsanı, cüz’i maslahatın hükmünü kıyasın hükmüne tercih etmek, yani genelden, maslahat dolayısıyla istisna yapmak şeklinde kullanmıştır.²⁵⁵

Malikilerin istihsan ve maslahat-ı mürsele hakkındaki görüşleri açısından önemli olan bir diğer husus da şudur: “Maslahat-ı mürselede genel maslahatın özel maslahata takdim edilmesi, istihsanda ise özel maslahatın genel kurallara takdim edilmesi söz konusudur.²⁵⁶ Mesela, Hz.Ömer şahsî mallarıyla devlet otoritesine dayanarak aldıkları malları birbirine karıştıran vâlilerin mallarını ikiye böler ve yarısına el koyardı. O, sırf vâlileri ıslah etmek ve mal biriktirme gayesiyle valilik nüfuzlarını kötüye kullanmalarını önlemek için bu yola başvuruyordu. Demek ki onu bu işe sevkeden kamu yararı idi. Bunda bir haksızlık da yoktu, çünkü o, valilerin valiliğe gelmeden önceki mâli durumlarını biliyordu. Onlar vâli tayin edildikten sonra sâhip oldukları malın nereden geldiğini makul bir sebebe bağlayamadıkları takdirde Hz.Ömer, onların ellerinden bu malın yarısını alıp hazîneye veriyordu. Böylece O, vâlilerin haksız mal iktisâbını önlemiş oluyordu.²⁵⁷ Bu örnekte maslahat-ı mürsele prensibi gereği kamunun yararının, şahsi yarara, yani valinin yararına tercih edildiğini görmekteyiz.

Özel maslahatın genel kurallara takdim edilmesi de şu şekilde gerçekleşmektedir: “Beyu’l-Âriyye”, ağaç üzerindeki yaş hurmanının tahmini olarak kuru hurma karşılığında satılması demektir. Bu tür bir muâmele zarar

²⁵⁴ Zehra, Malik, 346.

²⁵⁵ Hüseyin Hamid Hasan, 248.

²⁵⁶ Hüseyin Hamid Hasan, 97; Şâtübî, el-Muvâfakat, IV, 206.

²⁵⁷ Şâtübî, el-İ’tisam, II,105-106; Karafi, nefaisu’l-Usul, IX, 4271; Ebû Zehra, Usûl, 262.

içerdiği için genel (âmm) bir delille yasaktır. Ancak her iki tarafın da böyle bir muâmeleye ihtiyaçları bulunduğu için güçlüğü kaldırılması amacı ile mübah kılınmıştır. Eğer genel delil burada da işleme konsaydı bu bir mefsedeye sebep olurdu. Burada, cüz'i, şahsî maslahatların, genelin maslahatına takdîmi sözkonusudur. Şâtıbî de istihsanla maslahat-ı mürsele arasında ince bir fark olduğunu söylemekte ve şunları ifade etmektedir: “Bu istihsan değil, maslahat-ı mürsele kabilindedir, denilecek olursa biz de şöyle deriz; evet, ancak Mâlikîler istihsanı kaidelerden istisna şeklinde tasavvur etmektedirler. Maslahat-ı mürseleyi ise böyle görmemektedirler.”²⁵⁸ Netice olarak, Mâlikîlere göre istihsanla maslahat-ı mürsele arasındaki en büyük fark şudur: İstihsan delilin maslahat ile tahsisidir. Maslahat-ı mürsele ise hakkında özel bir nass bulunmayan bir konuda maslahat sebebi ile yeni bir delilin inşâsıdır.²⁵⁹

Mâlikîlere göre maslahat-ı mürsele ile hüküm verebilmek için bazı şartların olması gerekmektedir. Yani Mâlikîlerde maslahat-ı mürsele ile hüküm vermek mutlak değil mukayyettir. Bu şartları şu şekilde ifade edebiliriz:

1. Şer’i nassa aykırı olmaması gerekmektedir.²⁶⁰
2. Maslahat-ı mürsele mütevatir sünnete aykırı olmamalarıdır.²⁶¹
3. Maslahat-ı mürselenin, makasîdu’ş-Şeria’ya uygun olması ve şer’i asıllardan bir asılı veya delillerden bir delili geçersiz kılmaması gerekmektedir.²⁶²
4. Maslahat-ı mürselenin makul olması ve akla sunulduğunda da, aklın onu kabulde bir tereddüte düşmemesi gerekir. Nitekim ibadetler hususunda maslahatla hüküm verilemez. Çünkü akıl bunların maksatlarını bilemez ve abdest,

²⁵⁸ eş-Şâtıbî, el-İ’tisam, II, 121.

²⁵⁹ Şâtıbî, el-Muvâfakat, I, 33; Ebû Zehra, eş-Şâfiî, 294.

²⁶⁰ Münir el-Kadı, “*er-Risaletu’l-İslamiyye*”, sy. 8, 49; Yusuf Kasım, 199.

²⁶¹ Münir el-Kadı, “*er-Risaletu’l-İslamiyye*”, sy. 8, 51.

²⁶² Şâtıbî, el-İ’tisam, II, 110; el-Berdesî, 332.

namaz ve oruç gibi ibadetler zamana göre değişiklik arzetmezler.²⁶³

5. Maslahat-ı Mürsele, ya zarûri bir işi korumaya veya bir sıkıntıyı kaldırmaya veya zarutiyyattan olan ve o olmaksızın tamamlanamayan bir vacibin korunmasına mâtuf olmalıdır.²⁶⁴

Karafi de istihsan ve maslahat-ı mürsele arasındaki farkın ne olduğunu sorduktan sonra cevabını kendisi vermektedir. Ona göre istihsan, tahsistir. İki delilin çatışması durumunda tercih edilen görüştür. O “istihsan, daha kuvvetli bir delilden dolayı ictihat yönlerinden birini terk etmektir. Ancak maslahat-ı mürselede tearuz (delillerin çatışması) şart koşulmaz.” demektedir. Yani Karafi’ye göre istihsanda delillerin çatışması ve istihsanın tercihi söz konusu iken maslahatta böyle bir durum söz konusu olmamaktadır.²⁶⁵

B- ŞÂFÎLERİN İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ

Tezimizin birinci bölümünde İmam Şâfiî’nin istihsan hakkındaki görüşlerini ve ret gerekçelerini ifade etmiştik. O, istihsanı, “Dinde yeni bir şeriat koymak”²⁶⁶ olarak değerlendirmekte onunla hüküm vermeyi de telezüz²⁶⁷ olarak nitelendirmektedir. İmam Şâfiî’nin bizzat kendi eserlerinde bu ifade bulunmamaktadır ve İmam Şâfiî’ye atfen söylenmektedir. Yine bunun gibi İmam Şâfiî’nin eserlerinde maslahat-ı mürsele hakkında da vermiş olduğu herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak sonraki usûlcüler, aralarındaki benzerlik dolayısıyla İmam Şâfiî’nin maslahat-ı mürseleyi de istihsana dahil edip, istihsan adı altında hem istihsanı hem de maslahat-ı mürseleyi reddettiğini ve onları şer’an

²⁶³ Şâtübî, el-İ’tisam, II, 110-114; er-Rebia, el-Amelu bi’l-Maslaha, “*er-Risâletu’l-İslamiyye*”, sy. 8, 124-125; el-Berdesî, 327.

²⁶⁴ Şâtübî, el-İ’tisâm, 114-116.

²⁶⁵ Karafi, Nefaisu’l-Usul, IX, 4279.

²⁶⁶ Gazzâlî, el-Menhûl, 374-375; Şâtübî, el-İ’tisâm, II, 118.

²⁶⁷ Şâfiî, er-Risale, 274; Şelebî, Usulu’l-Fıkhî’l-İslâmî, 270.

muteber birer delil olarak kabul etmediğini söylemektedirler.²⁶⁸ İmam Şâfiî'ye göre hüküm verme delilleri: kitap, sünnet, icma' ve kıyastır. Sahabeyi taklit etmeyi de kabul etmektedir. Bunların dışında kalanları istihsan olarak kabul etmekte ve reddetmektedir.²⁶⁹ Ancak imam Şâfiî'nin nefsi arzuların eseri olmayan ve İslam'ın gayelerine uygun düşen maslahatlara veya bu şekilde olan maslahat-ı mürseleye karşı çıkmadığı da zikredilmektedir. Nitekim büyük Şâfiî usûlcüsü Cüveynî, Şâfiî'nin maslahat-ı mürsele doğrultusunda fetvalar verdiğini söylemektedir.²⁷⁰ Âmidi de, İmam Şâfiî'nin de muta hususunda 30 dirhemi, şuf'a hususunda da 3 günü, kölelerin özgürlük anlaşması yapmasını, hırsızın sağ elinin yerine sol elinin kesilme isteğini -ki kıyasa göre sağ kesilmelidir- istihsan gereği caiz gördüğünü söylemektedir.²⁷¹

Bûtî de İmam Şâfiî'nin maslahat ile ilgili görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir: "Şâfiî'nin istihsanı inkâr etmesi onun ıstıslahı kabul etmesine bir zarar vermez. Maslahat-ı mürseleye îtibar edilmesi, kendisinden kaçınılması mümkün olmayan aklî delillere dayanır. Maslahat-ı mürsele ile hüküm vermenin mûteber olduğu konusunda delil olmadığı gibi, mûteber olmadığı konusunda da belirli bir delil yoktur. Delillerin umumunu dikkate almadığımız takdirde iki taraftan birisine yönelmek herhangi bir tercih nedeni olmaksızın yapılmış temayüldür. Açıktır ki maslahat-ı mürsele konusunda delillerin umumiyeti onun mûteberliğine delâlet etmektedir."²⁷²

Karafi, bütün İslam hukuk ekollerininin maslahat ismini vermeseler de fûru meselelerde maslahat-ı mürseleyi aldıklarını söylemektedir. Çünkü ona göre, onlar meseleler arasında münasebetlere bakarak mukayese etmektedirler. Bir

²⁶⁸ Ebu Zehra, eş-Şâfiî, (Trc: Osman Keskiöglü), DİBY, 3. Baskı, Ankara, 1996,286; el-Buti, 238; Şener, 147; Koca, 269.

²⁶⁹ Ebu Zehra, eş-Şâfiî, 286.

²⁷⁰ el-Cüveyni, el-Burhan II, 721; Karafi, Nefaisu'l-Usul, IX, 4280.

²⁷¹ Amidi, IV, 210.

²⁷² Bûtî, 408.

ciheti muteber tutarken delil aramamaktadırlar. İşte bu maslahat-ı mürseleden başka bir şey değildir. Mesalihi mürsele ile amel edildiğini tekid eden şeyler de vardır. Mesela ashab-ı kiram, nazarı itibara alınması gereken, benzeri bir delil yokken mutlak surette maslahat cihetini gözeterek bir takım işler yapmışlardır. Hz.Ebu Bekir'in, hilafeti Hz. Ömer'e bırakması da böyledir. Bu hususta bir emir ve benzeri bir durum bulunmamaktadır. Hz. Ömer'in hilafeti şûraya bırakması, divanlar, hükümet idareleri kurması, müslümanlar için para kesmesi, hapisaneler yapması hep maslahata binaendir. Medine'de Mescid-i Nebevi civarındaki vakıflar, Mescid-i Nebevi dar olduğundan Hz. Osman'ın onu genişletmesi maslahata dayanmaktadır.²⁷³

Karafi'nin bu düşüncesi, genel olması bakımından İmam Şâfiî'yi de kapsamaktadır. Karafi'ye göre İmam Şâfiî de maslahat-ı mürseleyi almıştır. Bu hüküm gereğince ondan başkası da almıştır.²⁷⁴ Karafi, Şâfiîlerin ve İmam Şâfiî'nin maslahatla hüküm verdiğini zikretmektedir.²⁷⁵

Şevkânî ye göre de, İmam Şâfiî maslahatı şer'i asıllardan külli veya cüz'i bir asla uygunluk göstermesi durumunda kabul etmektedir.²⁷⁶

Bûtî de bu noktada şunları kaydetmektedir: “Şâfiî'nin istihsan karşısındaki tutumunu işin zahirine göre hükmeden alimler zannediyorlar ki o ıstıslahla da hüküm vermiyor. O'nun ıstıhsanı inkar sebeplerinin aynısının maslahat-ı mürsele için de geçerli olduğunu zannediyorlar. Fakat açıktır ki Şâfiî'nin inkârında kastedtiği istihsan, ıstıslahın dışında kalan başka bir şeydir. Aralarında büyük ihtilaflar vardır. O'nun istihsandan anladığı, istihsan yapan kişinin kitaptan, sünnetten, icmâ'dan ve kıyastan herhangi bir haber-i lazıma dayanmaksızın fetva vermesidir. O'nun vermiş olduğu fetvânın dayanağı sadece

²⁷³ Karafi, Nefaisu'l-Usul, IX, 4271-4273.

²⁷⁴ Ebu Zehra, eş-Şâfiî, 295.

²⁷⁵ Karafi, Nefaisu'l-Usul, IX, 4273, 4279.

²⁷⁶ Şevkânî, II, 692.

aklının güzel görmesidir. Ama O'nun ıstıslah anlayışı, birşeyi araştırmak ve bulmak için içtihad kabilinden yapılmış şeydir. İşte bu Şârî'in nasslarında ve kâide-i küllîlerinde belirttiği makâsîdu'ş-şeriaya dahil olan bir şeydir. Bu açıdan bakıldığında o, bunu kıyasın türlerinden bir türe eşit olarak kabul eder. Bu yüzdendir ki o, ictihâdı şöyle tarif ediyor, "İctihad, ancak birşeyi araştırmak ve istemekle olur. Birşeyin istenmesi de ancak delillerle olur. O deliller de kıyastır."²⁷⁷

Cüveyni de maslahat-ı mürseleyi "istidlal" kavramı ile ifade etmektedir. Şâfiî'nin ve Şâfiîlerin de istidlali delil olarak kullandığını belirtmektedir. O istidlal delili ile elde edilecek olan hükmün, İslam hukukunun asli kaynaklarına dayanmaması halinde dahi geçerli olacağını, fakat aşırıya gidilmemesi gerektiğini ve bu hükümlerin İslam'ın asli kaynaklarında gözetilen maslahatlara uygunluk arzetmesini bir zorunluluk olarak kabul etmektedir.²⁷⁸ Cüveyni, Şâfiî'nin istidlal hakkındaki görüşlerini de şu şekilde izah etmektedir: "Hükümlerin kaynakları nasslarla sınırlı olursa, ictihad alanı daralır. Çünkü nasslar ve nassların illetleri engin şeriat denizinin ancak bir odasını doldurabilir. Şayet öncekiler, olaylardaki illetlere itibar etmeselerdi benzer olayları algılayamazlardı. Olayların artması durumunda hüküm veremezlerdi. Eğer istidlal bu açıdan değerlendirilirse herhangi bir sorun söz konusu olmaz. Sahabilerin tavrını inceleyen kişi, onların, olaylar karşısında kendilerini nasslarla sınırlamadıklarını görür."²⁷⁹

Şâfiî'ye göre, illetler şeriatın asli prensipleri ile uygunluk arzetmelidir. Ancak bu takdirde illetlere binaen hüküm vermek caiz olur. İletlerin de nasslar yoluyla ortaya konması gerekir. Ancak bu, illetin lafzı ile değil, onunla ilgili olanla ortaya çıkar. Böylece de nassların lafızlarından ayrı olduğu anlaşılır. Bu da ictihadla mümkündür. İletlere itibar edildiğinin delili de sahabilerin uygulamalarından ortaya çıkmaktadır. Nitekim sahabiler için lafızlar değil, lafzen

²⁷⁷ Bûtî, 377-378.

²⁷⁸ el-Cüveyni, el-Burhan, II, 721

²⁷⁹ el-Cüveyni, el-Burhan, II, 723-724.

belirtilmemiş olsalar da illetler yeterlidir. Bu illetlerin de maslahat sağlaması gerekmektedir. Eğer maslahatı sağlamazsa illetlerden nasslara yönelinmelidir.²⁸⁰

Cüveyni, istislahın nassın veya asli kaynağın olmadığı bir meselede kayıtsız şartsız reyle icihad edilmesi şeklinde anlaşılması durumunda bunun nasslardan bağımsız hareket etmek, bireysel düşünceleri benimsemek olacağını ifade etmekte ve bu şekilde anlaşılan maslahatı reddetmektedir.²⁸¹

Bütün bunlar göstermektedir ki, İmam Şâfiî maslahat-ı mürseleyi delil olarak kullanmaktadır. Ancak onu kayıtsız bırakmamakta ve delil olarak aldığı maslahatın icma ile veya nassla muteber bir maslahata benzer olmasını şart koşmaktadır. İmam Şâfiî maslahatı delil olarak alırken onu müstakil bir şer’i delil olarak almamakta ve onu kıyasa dahil etmektedir. Bundan dolayı maslahatın muteber olması İmam Şâfiî’ye göre kıyas vecihlerinden birine uygunluğu sebebiyle olmaktadır. Dolayısıyla ona göre maslahat, Kitap, sünnet, icma’ ve kıyas adıyla toplanan dört delilin dışında kalmamaktadır.²⁸²

İmam Şâfiî istihsanı reddedip maslahat-ı mürseleyi kabul etmiştir. Bunun nedeni kanaatimizce şudur: İmam Şâfiî’ye göre kıyas şer’i bir delildir. Kıyasın şer’i bir delil olması Muaz b. Cebel hadisine dayanmaktadır. İstihsan ise şer’i bir delil olan kıyasın terkidir. İmam Şâfiî şer’i bir delilin terk edilmesini kabul etmemektedir. Maslahat-ı mürselede ise şer’i bir delilin terki söz konusu değildir. Bilakis maslahat, hakkında şer’i bir delil olmayan bir meselede hüküm vermektir ve onu kıyasa dahil etmektedir. Maslahat-ı mürselede şer’i bir delil olan kıyas ile tearuz eden bir herhangi bir asıl bulunmamaktadır. Eğer maslahatta da kıyasla çatışma söz konusu olsa kanaatimizce İmam Şâfiî onu da reddedecektir. İmam Şâfiî şer’i bir delil olan kıyasın terkine tahammül edememektedir. Anladığımız kadarı ile İmam Şâfiî’nin istihsanı reddedip, maslahat-ı mürseleyi kabul etmesinin

²⁸⁰ el-Cüveyni, el-Burhan, II, 724.

²⁸¹ el-Cüveyni, el-Burhan, II, 725.

²⁸² Ebu Zehra, İmam Şâfiî, 296; Zühaylî, II, 767.

asıl nedeni budur.

Bütün bunlara rağmen bize göre hem İmam Şâfiî için hem diğer mezhepler ve hukukçular için istihsanın reddi pek mümkün görünmemektedir. Zira kıyasın güçlüğe neden olduğu durumlarda kıyasın terki zorunlu olacaktır. Dolayısıyla her hukukçu istihsanla fetvalar vermek zorunda kalacaktır. Fakat istihsanın delil olarak kullanıldığı meseleler ve alanlar farklılık arzedecektir. Nitekim bir Şâfiî hukukçusu olan Cüveyni'de bunu görmek mümkündür. Cüveyni, maslahatın çeşitleri olan zaruriyyat, hacciyyat ve tahsiniyyatı illetin çeşitleri olarak tasnif etmektedir. Bu noktada verdiği iki örnekte kıyası terk etmenin gerektiğini ifade etmektedir. Birincisi zaruriyyat ile verdiği örnektir ve bu örnek şu şekildedir: bir grubun bir kişiyi öldürmesi durumunda celi kıyasa göre cana karşı bir canın kısas gereği öldürülmesi gerekmektedir. Ancak kıyas kuralının uygulanması durumunda zaruret ilkesinin gereği olan canın korunması ilkesi ortadan kalkmış olacaktır. Kıyas hükmünün uygulanması durumunda toplu halde yapılan suçlara kapı açılmış olacak ve insanların hayatları tehlikeye girecektir. İşte bu noktada Cüveyni kıyas hükmünün terk edilmesi gerektiğini söylemektedir.²⁸³

İkincisi ise hacciyata verdiği örnektir ki, Hanefiler bu meselede aynı hükmü istihsanen vermektedirler.²⁸⁴ Bu örnek icare akdidir. Kıyasa göre ortada olmayan malın alış-verişi caiz değildir ve ancak mevcut olan iki şeyin alış-verişi caizdir. Ancak insanların buna ihtiyaç duymalarından dolayı Cüveyni bu akdin geçerliliğini kabul etmektedir. Cüveyni ve Şâfiîler, Hanefilerin istihsan, Malikilerin de maslahat gereği verdiği hükümlere külli kaide (genel ilke) gereği kıyasın terk edilmesi olarak ifade etmek suretiyle ulaşmışlardır.²⁸⁵

Bir başka Şâfiî hukukçusu olan Gazali ise, maslahat-ı mürselenin huccet

²⁸³ el-Cüveyni, el-Burhan, II, 604-605.

²⁸⁴ el-Buhari, IV, 1125.

²⁸⁵ el-Cüveyni, el-Burhan, II, 606.

olamayacağını söylemektedir. Ona göre istılahı kabul eden kişi, istihsan ile hüküm veren kimse gibidir. Gazali, Şeriatın gayesinin beş şeyin muafazası olduğunu ve bunun da zaruriyyat, haciiyyat ve tahsiniyyat olmak üzere üç mertebede olacağını ifade etmektedir.²⁸⁶ Bunlardan sadece zaruriyyattan olanlar hakkında bir şahide ihtiyaç duyulmaksızın müctehidin ictihadı ile hükmedebileceği kanaatindedir. Zaruriyyatın dışındaki haciiyyat ve tahsiniyyatın bir asılla desteklenmedikçe kendileri ile hüküm verilemeyeceği ve bunun caiz olmadığı kanaatindedir. Ona göre, zaruriyyat ile bir asla dayanmaksızın verilen hüküm istihsanen verilmiş bir hükümdür.²⁸⁷ Görüldüğü gibi, zaruriyyatta da olsa, Gazali'de de kıyasın terki, yani istihsan ile hüküm verme söz konusu olmaktadır.

Paret de istihsan ile maslahatın birbirinden ayrı olduğunu söylemektedir ve ona göre istihsan maslahattan daha dar bir kavramdır. İstihsanın maslahattan daha tartışmalı olmasına işaret etmekte ve bunu da bu ikisinin farklı birer prensip olduğu bağlamında zikretmektedir. Fakat bunun yanında istihsan prensibinin başka mezheplerin hukukçuları tarafından kullandığı ifade etmekte ve “fiiliyatta bütün hukukçular bunu kullanır”²⁸⁸ demektedir. Tereddütlü olan istihsanın, usul kitaplarına girdiğini kabul etmekle beraber, kullanım alanının birkaç hale inhisar edilen istihsan olduğu görüşündedir. Maslahatın ise daha muayyen olmasından, insan refahı endişesi olmasından dolayı daha şamil olduğunu ve kuvvetli bir nüfuz kazandığını iddia etmektedir. Bununla beraber meşru olup-olmaması ile ilgili olarak yapılan münakaşaların devam etmesinin sadece Hanefi mezhebi taraftarlarının bir nevi ananeye uyararak imamlarının vaktiyle başka şartlar altında ve haklı olarak açmış olduğu münakaşayı gevşetmemeyi kendilerine vazife bilmelerinden kaynaklandığını iddia etmektedir.²⁸⁹

²⁸⁶ el-Gazâlî, el-Mustasfâ, I, 284.

²⁸⁷ el-Gazâlî, el-Mustasfâ, I, 293,294

²⁸⁸ Paret, 1217.

²⁸⁹ Paret, 1218.

C. HANBELÎ NECMEDDİN ET-TÛFÎ'NİN MASLAHAT ANLAYIŞI VE İSTİHSANLA İLİŞKİSİ

Tûfî, maslahatın nassla veya icma ile tearuz etmesi durumunda, nass ve icmanın tahsis edilmesi ve beyanı suretiyle maslahatın ikisine de tercih edilmesi gerektiğini söylemektedir. Tûfî görüşünü “لا ضرر ولا ضرار” “zarar ve zararlar karşılık vermek yoktur.”²⁹⁰ hadisine dayandırmaktadır. Tûfî'ye göre, bu hadisten çıkan sonuç İmam Malik'in maslahat-ı mürseleyi alması gibi değildir, ondan daha belîğdir. Bu da ibadetlerde ve şer'i miktarlarda nasslara ve icma'a dayanmaktadır. Muamelatta ve diğer kükümlerde maslahata itbiar emektir. Maslahatı Tûfî ibadetlerde almadığını, muamaelatta aldığını özellikle vurgulamakta ve ibadetlerin Allah'ın hakkı olduğunu, O'na mahsus olduğunu, miktar, keyfiyet, zaman ve mekân itibarıyla onları hakkıyla beşerin bilmesinin mümkün olmadığını, bunları ancak Allah'ın bildiğini, ibadetleri kulun kendisine gösterildiği şekilde yerine getirmesi gerektiğini söyleyerek maslahatın Allah'ın hakkı ibadetler hususunda mevzu bahis olmadığını söylemektedir.

Mükellef olan kulların hukukuna gelince, onların hukuku böyle değildir. Onların hükümleri idari ve siyasidir. Maksat kulların maslahatlarıdır. Hukuku'l-ibad (kulların hakları) da maslahat muteberdir. Bu noktada Tûfî, şeriat onların maslahatlarını daha iyi bilir, onun delillerinden alalım, denemeyeceğini söylemekte ve maslahat dini delillerdendir, onların en kuvvetlisi en has olanı odur. Öyleyse maslahatı temin için onu öne almak gerekir demektir. Ona göre nass ve icma ya maslahata uyar ya da aykırı düşer. Eğer nass ve icma nassla bağdaşırsa söyleyecek bir şey yoktur. Zira her üç delil yani nass, icma ve maslahat birleşmiş demektir. Nass ve icma maslahatla bağdaşmazsa maslahata riayeti başa almak gerekmektedir. Diğer taraftan da ona göre maslahatı öne almak, nass ve icmayı hükümsüz kılmak demek değildir.²⁹¹ Tûfî bu görüşlerinden dolayı çok sert

²⁹⁰ Malik, Muvatta, II/122; Ahmet bin Hanbel, Müsned, V/327; İbn Mâce, Sünen, II/31.

²⁹¹ et-Tûfî, Necemeddin, er-Risale fi'l-Maslahat, Daru'l-Kalem, 1970, s. 45.

bir şekilde eleştirilere muhatap olmak durumunda kaldığı gibi bu hususta onun gibi düşünen ve ona hak vererek hukukçular da bulunmaktadır.

Tûfî'nin maslahat anlayışı ile Hanefilerin istihsan anlayışları kıyaslandığında şu sonuç ortaya çıkmaktadır: İslâm hukuk usûlcülerinin genel görüşüne göre İslâm hukuk usulünün asli kaynakları sıralandığında ilk delil kitap, ikinci delil sünnet, üçüncü delil icma, dördüncü delil de kıyastır. Tûfî'nin görüşünü incelediğimizde gördüğümüz şey şudur ki; bu sıralama da ilk sırada maslahat olmakta, ikinci sırada kitap, üçüncü sırada sünnet, dördüncü sırada da icma olmaktadır. Hanefi usulcülerinin asli kaynaklar hakkındaki görüşlerine baktığımızda ise ilk sırada kitap, ikinci sırada sünnet, üçüncü sırada icma, dördüncü sırada ise bizce istihsan, beşinci sırada ise kıyas gelmektedir. Tûfî'nin maslahat anlayışı ile Hanefilerin istihsan anlayışları arasında usul açısından böyle bir farklılık bulunmaktadır. Bu arada usul eserlerinde kıyasın dördüncü sırada olmasının nedeni istihsanın her zaman söz konusu olmaması, yani istihsanın varlığının kıyasın varlığına bağlı olmasıdır. Zira istihsan açık kıyasın terkidir.

Maslahat ile istihsanın nasslar karşısındaki durumuna bakıldığında Tûfî'nin maslahat nassların önünde iken, Hanefilerin istihsanı her zaman nasslardan sonra gelmekte ve nasslarla asla tearuz etmemektedir. Hanefilerin istihsanı sadece kıyastan önce gelmektedir.

D. HANEFİLERİN İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELE HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ VE İSTİHSANIN MASLAHAT-I MÜRSELEYİ KAPSADIĞI GÖRÜŞÜ

Hanefiler her ne kadar fıkıh usullerinde maslahat-ı mürseleye başlı başına bir usulu fıkıh kaidesi olarak yer vermeseler de hüküm istinbatında istihsana geniş ölçüde yer veren Hanefiler, İslam'ın genel prensiplerine uygun olarak maslahatları korumak ve mefsetleri def etmek esasını kabul etmektedirler. Onların istihsan

anlayışları maslahat-ı mürseleyi de kapsar mahiyettedir.²⁹² İmam Ebu Hanife'nin ve Hanefi hukukçuların vermiş oldukları fetva ve hükümlerde, her ne kadar ıstıslah veya maslahat-ı mürsele kavramlarını kullanmasalar da, bazı meselelerde maslahatı gözettileri görülmektedir.²⁹³

Ramazan el-Bûtî de Ebû Hanife'nin, usûlünde maslahat-ı mürseleye yönelmediğini ancak onun, fıkhında maslahata fazlaca önem vermesi münasebetiyle, vermiş olduğu fetvalarda maslahat-ı mürselenin izlerinin olduğunu inkâr etmenin mümkün olamayacağını söylemektedir.²⁹⁴ Zuhayli de her ne kadar, Hanefîler maslahat-ı mürsele ile hüküm vermeyi geçersiz saymış olsalar bile, onların istihsan yöntemi ile maslahat-ı mürsele doğrultusunda fetvalar verdiklerini zikretmektedir.²⁹⁵ Ebu Zehra da Hanefîler ne derlerse desinler istihsanın mutlak mesalihe itimattan hali olmadığını ve Hanefîlerin istinbatlarında mesalihin Şafiîlerden daha fazla olduğunu iddia etmektedir.²⁹⁶

Hanefîler şu örnekte maslahat gereği fetva vermektedirler: Tazmin konusundaki yerleşik kural, kendisine bir şey emanet edilen kimsenin emanet edilen mala kendi kasdı veya kusuru olmaksızın gelen zararı tazmin ile mükellef olmaması yönündedir. Bu kural gereğince terzi ve benzeri sanatkar nezdinde bulunan başkalarına ait malların telef olması veya zarara uğraması halinde –eğer kasdı veya korumada ihmalleri yoksa- bunları tazmin ile mükellef olmamaktadırlar.

Fakat İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, zararın genel bir soygun veya yangın gibi kaçınılması imkansız mücbir sebeple meydana gelmesi dışındaki durumlarda zanaatkarın bu zararı tazmin ile sorumlu olacağına hükmetmişlerdir. Bu şekilde tazmin konusundaki yerleşik kurala aykırı hüküm verilmesinin nedeni,

²⁹² Şener, 146.

²⁹³ Hallaf, Mesadir, 89,90.

²⁹⁴ Bûtî, 380-381.

²⁹⁵ Zühaylî, II, 760.

²⁹⁶ Ebu Zehra, Malik, 376.

insanların mallarının boş yere kayba uğramasının önlenmesi yani maslahat düşüncesidir.²⁹⁷ Görüldüğü üzere Hanefilerin istihsan delilleri maslahat-ı mürseleyi içine almaktadır. Gazali'nin maslahat anlayışı açısından bakmak gerekirse burada zorunluluk ve kat'ilik ilkesi olmasına rağmen, küllilik ilkesi tahakkuk etmediğinden dolayı bu hükmün geçersiz olması gerekmektedir.

Sadece Hanefîlerin istihsan anlayışı değil, Mâlikîlerin istihsan anlayışı da maslahat-ı mürseleyi kapsamına almaktadır.²⁹⁸ Nitekim İmam Malik, “İlmin onda dokuzu istihsandır.”²⁹⁹ demektedir. Bu sözü İmam Malik'in istihsan için mi, yoksa istihsan adı altında maslahat-ı mürsele için mi söylediği husunda ez-Zerkâ şunları söylemektedir: “İmam Mâlik istihsanı re'y ile hüküm vermeyi ifade etmek için kullanmıştır. Maslahat-ı mürseleyi de gelişen olaylar karşısında, nass, icmâ veya kıyası kullanma imkânı olmadığı için kullanmıştır. İlk önce istihsan lafzı geniş bir alanı kapsayacak şekilde kullanılıyordu. Ne zamanki maslahat-ı mürsele kullanılmaya başlandı, istihsan da sadece kıyasa muhalif olan meselelerde kullanıldı”³⁰⁰ İmam Mâlik, maslahat-ı mürsele kavramının kullanılmasından önce istihsanı, bütün maslahatları içine alacak şekilde genel bir kavram olarak kullanmıştır. Ona göre istihsan bir meselede nass bulunsun veya bulunmasın maslahatın hükmüne uymaktır. İmam Malik'in istihsanı kullanışı hem istihsanı yani kıyas karşısındaki delili hem de maslahat-ı mürseleyi kapsamaktadır.³⁰¹ İstihsan için yapılan, “istihsan şer'i nasların cinsine itibar etmiş olduğu maslahat-ı mürsele ile delil getirmektir.”³⁰² şeklindeki tarif, istihsanın maslahat-ı mürseleyi kapsadığını gösteren bir tanımdır.

Ancak İmam Mâlik'in maslahat-ı mürsele ile istihsanı aynı sayması

²⁹⁷ es-Serahsî, el-Mebsut, XV, 103-104.

²⁹⁸ Ebû, Zehra, Fikhî Mezhepler Tarihi, III, 70

²⁹⁹ Şâtıbî, el-Muvâfakat, IV, 210; eş-Şatıbî, el-İ'tisam, II, 118; ibn Hazm, VI, 16; Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 271.

³⁰⁰ ez-Zerkâ, el-Istislah, 62.

³⁰¹ Ebû Zehra, Fikhî Mezhepler Tarihi, III, 71.

³⁰² Hüseyin Hamid Hasan, 248.

sadece gözetmiş oldukları amaçları açısından. O da şer'in maksadına uygun olan maslahatı temindir, yoksa İmam Mâlik'e göre istihsan ve maslahat-ı mürsele, yöntem itibari ile birbirinden ayırırlar.³⁰³

E- MASLAHAT-I MÜRSELE'NİN İSTİHSANI KAPSADIĞI GÖRÜŞÜ

İmam Malik'in ilk önceleri istihsan kavramını maslahat-ı mürseleyi de kapsayacak şekilde kullandığını bir önceki bölümde ifade etmiştik. Daha sonraki Maliki hukukçular istihsan kavramını sadece kıyas karşısındaki maslahat için kullanır olmuşlardır. Maslahat kavramını da kitap, sünnet, icma ve kıyastan herhangi bir delilin olmadığı yerlerde kullanmışlar ve maslahat kavramının alanını daha geniş tutmuşlardır. Öyle ki, onların maslahat telakkileri istihsanı da kapsar hale gelmiştir. Malikilerin istihsan anlayışlarındaki bu daralma onların usulüne maslahat kavramının girmesiyle olmuştur.³⁰⁴ Burada maslahat-ı mürselenin, istihsanın alanına doğru kaydığını, hatta onun sınırını da geçerek kapsamına istihsanı da içine alacak şekilde genişlettiğini görüyoruz. Maslahat-ı mürselenin kapsamı o kadar geniş tutulmuştur ki, istihsanın dayanağının büyük çoğunluğu maslahat-ı mürsele olmuştur.³⁰⁵

ez-Zerkâ, zaruret istihsanını açıkladıktan sonra “Bu tür istihsan, gerçekte maslahatu'l-mürseleye dayanmaktadır” demektedir.³⁰⁶ İstihsan, bir tür maslahattır. Yani maslahat-ı mürsele prensibinin bir dalıdır. Çünkü bu bir hükümle ilgili olarak kıyasın hükmünün gereğinden, eğer bu kıyas bir zarara veya maslahatın ortadan kalkmasına neden olursa, başka bir hükme dönmektir. Malikilere göre istihsan, her zaman maslahat nazariyesinin bir dalıdır. Çünkü onlara göre istihsan, bizzat bir meselede kendisine muarız olan bir maslahatı gözetmek için kıyastan

³⁰³ Ebû, Zehra , Fıkhî Mezhepler Tarihi, III, 71.

³⁰⁴ ez-Zerkâ, el-Istislâh, 59.

³⁰⁵ Zühaylî, II, 760.

³⁰⁶ ez-Zerkâ, el-Medhal, I, 91.

dönme çeşididir. İstihsanla verilen hüküm, kıyas kaidelerinin tersine cüzi bir maslahatı tercih etmektir. Mesela eş ile kayıp kocası arasındaki evlilik bağının çözülmesi, genel maslahatı gözetmek ya da cüzi bir maslahatı gözetmek için istisnai olarak kıyas kaidelerine aykırı olarak verilen bir hükümdür.³⁰⁷ Kadı İbn-i Rüşd el-Hafid el-Maliki de şöyle demektedir: “Çoğu durumda istihsanın anlamı, maslahata ve adalete yönelmektir.”³⁰⁸

İstihsan, cüz’î maslahatların gözetilmesi, sonucunda oluşur. Bu da maslahat-ı mürselenin esası olan maslahat demektir.³⁰⁹ Bu yüzdendir ki Mâlikî hukukçular şöyle demişlerdir. “İstihsan, maslahat-ı mürsele ile yapılan delillendirmeyi, kıyasla yapılan delillendirmeye tercih etmektir.”³¹⁰

Malikilerin umum veya kıyas mukabilinde olan maslahatla amel etmek şeklindeki istihsan anlayışlarından hareket edildiği vakit her istihsanın, maslahat-ı mürsele ile amel etmek olduğu sonucuna ulaşılabilir.³¹¹ Mâlikîler, yukarıda zikrettiğimiz Hanefilerin istihsanen verdikleri sanatkârlara teslim edilen malı telef ettikleri taktirde tazmin etmeleri gerektiği şeklindeki hükmü hem maslahat-ı mürsele kısmında,³¹² hem de istihsan kısmında³¹³ zikretmektedirler. Hz. Ali bu tazmin işinde bir maslahat olduğunu açıkça belirtmiş ve “insanları ancak bu ıslah eder” demiştir.³¹⁴ Tazminu’s-sınâa, şer’in bizzat kendisine şahitlik etmediği maslahatlar cinsindedir. Ama o, şer’in cinsine itibar ettiği maslahatlar grubuna dahil olmaktadır.³¹⁵ Her ne kadar onun muteberliği konusunda özel nass yoksa da,

³⁰⁷ ez-Zerkâ, el-Medhal, I, 112.

³⁰⁸ ez-Zerkâ, el-Medhal, I,96

³⁰⁹ ez-Zerkâ, el-Medhal, I, 114.

³¹⁰ ez-Zerkâ, el-Istislah, 57.

³¹¹ Hüseyin Hâmid Hasan, 267.

³¹² eş-Şatibi, el-İ’tisam, II, 102.

³¹³ eş-Şatibi, el-İ’tisam, II, 121.

³¹⁴ eş-Şatibî, el-İ’tisam, II. 101; ez-Zerkâ, el-Istislah, 61; Ebû Zehra, Usûl, 240; Yusuf Kasım, 198.

³¹⁵ Mustafa Said el-Hinn, 401.

onun şer'in tasarruflarına uygunluğu nassların genelinden anlaşılır. Bu da maslahat-ı mürseledir. Aralarındaki bu benzerlikten dolayı genel kaidenin hilafına olan maslahat, istihsan diye isimlendirilmektedir.³¹⁶ Mâlikî usûlünde maslahat-ı mürsele son derece etkin ve belirleyici bir konuma gelmiştir. Mustafa Zeyd bu hususta şunları ifade etmektedir: "İmam Mâlik, maslahat-ı mürseleyi müstakil bir asıl olarak kabul etmiştir. İstihsanı ise ona uyması şartı ile kabul etmiştir."³¹⁷ Çünkü onlara göre istihsan tek bir çeşittir, o da maslahatın umum veya kıyas mukabilinde gözetilmesi ile yapılan istihsandır.

ez-Zerkâ istihsan ile maslahat arasında umum-husus açısından bir ilişki olduğunu ifade etmektedir. Maslahat-ı mürsele umum (genel), istihsan ise has (özel)dir. Her istihsan kıyasa muhalif olarak maslahattandır. Ancak her maslahat-ı mürsele istihsan değildir. Çünkü her istihsanda kıyasa muhalefet söz konusu iken, her maslahatta kıyasa muhalefet söz konusu değildir.³¹⁸

F. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN İBADETLER KARŞISINDAKİ KONUMU

İslam hukukçuları İslam'daki teklifleri başlıca iki kısma ayırmaktadırlar. Bir kısmı ibadetlere dairdir. Bunlar kulun Rabbine karşı vazifeleridir. Bu kısımda esas teabbüdi olmaktır. Bunlar Allah'ın emridir ve yerine getirilir. İkinci kısım teklifler ise insanların birbirleriyle olan muamelelerini tanzim eder. Birbirleriyle olan ilişkilerini düzenler. İslam hukukunda buna muamelat adı verilmektedir. Bu kısımda olan kaide: İslam hukukçularının ittifakı ile bu hükümlerin niçin meşru kılındığına, sebep ve hikmetine bakmak, maksat ve manayı gözetmektir. Zira bu umurun teklif olunmasından maksat, maslahatı temin ve adaleti tevzi etmektir.³¹⁹ Malikilere göre maslahat teklifi hükümlerden ikincisinde yani muamelata söz

³¹⁶ Hüseyin Hâmid Hasan, 268.

³¹⁷ Mustafa Zeyd, el-Maslahatü fî Teşrî'il-İslâmî, 53.

³¹⁸ ez-Zerkâ, el-Istislah, 59.

³¹⁹ Zehra, Malik, 362.

konusudur. İbadetlerde maslahata göre hüküm vermek caiz olmamaktadır. Malikilerin istihsan anlayışları açısından da durum bu şekildedir. Çünkü insanlar arasındaki muamelatta olan maslahatı bilmek ve idrak etmek mümkündür. Ancak ibadetlerdeki bilmek mümkün olmamaktadır.³²⁰

Diğer taraftan Malikiler, istihsanı kısımlara ayırırken Hanefilerden farklı bir sınıflandırmaya gitmişlerdir. Malikiler, Hanefilerin nassla (Kur'an-ı Kerim ve sünnet sebebiyle) sabit olan istihsan ve icma sebebiyle sabit olan istihsan çeşitlerini Kur'an'a, sünnete ve icmaya dayandığı gerekçesiyle ayrı ayrı birer istihsan çeşidi olarak sınıflandırmamaktadırlar. Bunun sebebini de şu şekilde izah etmektedirler: “şurası açıktır ki, Sünnet ve icma ile sabit olan istihsanda hükmün sübutu, sünnet ve icmaya izafe edilmektedir, kıyasa ve istihsana değil. İstihsanda maksut olan fakihin kıyasla elde edilen hükümden dönmesidir ki zaten kıyasın cevazı da teşri bir nassın olmayışındandır. Kur'an, sünnet ve icma hüküm koymada üç temel kaynaktırlar ve bunlar rütbede kıyastan öncedirler. Bu üç kaynaktan birinde hüküm bulunmadığı anlaşılırsa, Malikilere göre o zaman kıyas ve istihsana gidilir. Bu iki çeşit için istihsan tabirinin kullanılması, bir şeyi bulunmadığı yere dahil etmektir veya istihsan lafzındaki mana değişikliğinden kaynaklanmaktadır.”³²¹ Ayrıca Malikiler, Hanefilerin gizli kıyas istihsanını Hanefilerden farklı olarak istihsana dahil etmeyip, kıyasın kapsamına dahil etmektedirler.³²²

Ancak Hanefilerin istihsan anlayışlarında ibadetlerle ilgili hususlarda da istihsan olabilmektedir. Çünkü Hanefiler, kıyas karşısındaki her delile istihsan adını vermektedirler. Hanefilere göre istihsanın kısımlarından biri de nass sebebi ile sabit olan istihsandır. Mesela, oruçlu iken unutarak yiyip içenin kıyasa göre orucu bozulmaktadır. Çünkü kıyasa göre bir şeyin rükünlerinden birine halel geldiğinde o şey yok kabul edilir. Diğer bir ifade ile kıyasa göre bir şey kendisini

³²⁰ eş-Şatıbî, el-İ'tisam, II, 111-113; Zehra, Malik, 374.

³²¹ ez-Zerkâ, Medhal, I, 93.

³²² ez-Zerkâ, Medhal, I, 96.

nefyeden bir şeyle beraber var olmaz. Mesela temizlik necasetle beraber var olamaz. İtikafıta iken ihtiyaç olmaksızın dışarı çıkmak da itikafı bozmaktadır. Oruçlu iken yiyip içenin orucu da bunun gibi ister unutarak ister unutmaksızın yiyip içsin kıyasa göre bozulmaktadır. Çünkü orucun rüknü imsaktır. İster unutarak ister unutmaksızın olsun yiyip içmek bu rüknü ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla orucun varlığından bahsetmek mümkün olmamaktadır. Ancak bu kıyas hükmü nass sebebiyle terk edilmektedir. Zira Hz. Peygamber oruçlu iken unutarak bir şey yiyip içene “*Orucunu tamamla, zira seni Allah doyurmuş ve susuzluğunu gidermiştir.*”³²³ buyurmaktadır. Böylece unutarak yiyenin orucunun bozulmadığı Hanefilere göre istihsanen caiz olmaktadır.³²⁴ Hatta İmam Ebu Hanife bu hususta “Rivayet olmasaydı kaza eder derdim.”³²⁵ demektedir. Dolayısıyla Hanefilerin istihsan anlayışlarında ibadet mevzuunda istihsan ile hüküm vermek caiz iken, Malikilerin istihsan anlayışlarında nass sebebiyle kıyası terk istihsan olmadığından onların istihsan anlayışlarında ibadetlerde istihsanen hüküm verme bulunmamaktadır.

III. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN AYNI OLDUKLARI GÖRÜŞÜ VE BENZER YÖNLERİ

Bazı usulcüler de istihsanla maslahat-ı mürsele arasında öyle ciddi bir ihtilâfın mevcut olmadığını, ihtilâfın sadece kavram farklılığından kaynaklandığını söylemektedirler. Mustafa Ahmed ez-Zerkâ istihsanın Hanefilere göre ikiye ayrıldığını, bunlardan birinin kıyas istihsanı diğeri de zaruret istihsanı olduğunu; zaruret istihsanın da Malikilerdeki maslahat-ı mürseleye mukabil olduğunu, Malikilerdeki istihsanın belirli bir meselede maslahatı gözetmek maksadıyla kıyastan sapmak olduğunu ve maslahat-ı mürselenin bir fer’i olduğunu ifade etmektedir. Bu nedenle de özel olarak istihsan diye isimlendirmeyip, asıl ismi olan kıyas ile ifade ettiklerini, dolayısıyla zaruret

³²³ Buhari, Eyman, 15; Savm, 26; Müslim, Savm, 33; Darimi, Savm, 23; Tirmizi, Savm, 26.

³²⁴ Hassan, Hüseyin Hamid, el-Medhal, 177.

³²⁵ Cessas, Füsûl, IV, 116; es-Serahsî, Usul, II, 202; el-Buhari, IV, 1125.

sebebiyle sabit olan istihsanın maslahat-ı mürseleye eşit olduğunu ifade etmektedir.³²⁶

ez-Zerkâ, Malikilerin istihsanla sabit olan hükümlerle ilgili olarak "bunlar istihsan babından değil, maslahat babındadır." sözlerine ilişkin olarak "evet bu doğrudur. Ancak Malikiler maslahata muhalif olarak istihsanı, kurallardan istisna olarak tanımlamışlardır. Yani istihsan külli delilin karşısındaki cüzi istisnadır. Masalahat ise istihsanın dışında farklı bir delildir. Genel kurallardan yapılan bu istisna cüzi maslahatı gözetmektir. Yani istihsanın çıkış noktası maslahatı mürseledir. Bu nedenle de Maliki hukukçular istihsanı mürsel istidlal yani mürsel maslahat olarak ifade etmişlerdir." demektedir. Bu durumda da ez-Zerkâ, mürsel maslahat ile amelin iki durumda meydana gelmesinin mümkün olduğunu zikretmektedir:

Birincisi; bir meselede nassa hamledilecek bir kıyas bulunmadığında maslahat-ı mürsele tek başına ayrı bir delildir. Bu da İmam Malik'e göre müstakil bir delildir.

İkincisi; kıyas meşakkate, darlığa veya açık bir maslahatın nefyine neden olduğunda kıyası terke ruhsat verilmiş olmaktadır. Kıyasın karşısındaki bu delillendirme istihsan olarak isimlendirilir.³²⁷

Ancak ez-Zerkâ aralarında bir farkın bulunduğunu da zikretmektedir. Ona göre aralarındaki fark da şudur; istihsan, bir meselede kıyas kurallarına muhalif olarak maslahatı gözetmek maksadıyla bu kurallardan istisna yapmaktır. Yani istihsan da kıyasa muhalefet söz konusudur. Maslahata gelince istihsanda olduğu gibi kıyas kurallarının dışına çıkmak şart değildir. Maslahat sebebiyle sabit olan bir hüküm şeriatın genel kuralları içinde olmadığı gibi kıyasa muhalif

³²⁶ ez-Zerkâ, el-Istislâh, 55; ez-Zerkâ, Medhal, 112.

³²⁷ ez-Zerkâ, el-Istislâh, 57, 58.

bir delil olmak durumunda da değildir. Maslahat başlı başına bir delildir.³²⁸

Hanefilerin maslahat konusundaki fikirlerine gelince ez-Zerkâ, bu hususta da Hanefilerin maslahatı özel olarak araştırmadıklarını, şartlarını belirlemediklerini; ancak zaruret istihsanında maslahatı gözetmek amacıyla birçok fetva verdiklerini ifade etmektedir.³²⁹ ez-Zerkâ, Şatıbi'nin Malikilerin maslahatın kabulü hususunda üç şart koştuklarını zikrettikten sonra şunları ifade etmektedir: " Hanefilerin ve Malikilerin istihsan ve maslahat-ı mürsele hakkındaki görüşleri birdir. Ancak Malikiler kronolojik olarak Hanefilerden sonra geldikleri için bir öncelik sonralık farkı bulunmaktadır." demektedir.³³⁰ Ebû Hanîfe'nin usûlünde olmadığı için maslahat-ı mürsele ile hüküm vermediği³³¹ söylene de ez-Zerkâ, ıstıslah konusunda Mâlikî ve Hanefî mezhebinin aynı görüşte olduklarını, istihsanı kabul eden Hanefîlerin ıstıslahı kabul etmemelerinin mümkün olmayacağını söylemektedir.³³²

Ramazan el-Bûtî de istihsan ve ıstıslah prensipleriyle verilmiş olan hükümleri dikkate alarak şunları söylemektedir; "İstıslah diye verilen hükümlerin birçoğu istihsanla aynı asıldan, aynı prensipten çıkmışlardır."³³³ "Sahâbe asrından mezhep imamlarına kadar olan dönemde ıstıslah kâidesi üzerine bina edilen hükümler bazen bizzat ıstıslah, bazen icthad veya kıyas, bazen da istihsan ve örf isimleri altında karşımıza çıkmaktadır."³³⁴

Seyyid Nesib de Hanefilerin verdikleri hükümlerin bir çoğunda kıyasın esaslarından vazgeçilme nedeninin maslahat-ı âmmeye aykırı olması olduğunu ve buna da istihsan ismini verdiklerini ifade ederken istihsanın kaynağının maslahat

³²⁸ ez-Zerkâ, el-Istıslah, 56, 57; ez-Zerkâ, el-Medhal, I, 112-113.

³²⁹ ez-Zerkâ, el-Istıslah, 61.

³³⁰ ez-Zerkâ, el-Istıslah, 63; ez-Zerkâ, el-Medhal, I, 121.

³³¹ Âmidî, IV, 167

³³² ez-Zerkâ, el-Medhal, I, 114/120-121; ez-Zerkâ, el-Istıslah, 65.

³³³ Bûtî, 382.

³³⁴ Bûtî, 385.

olduğuna işaret etmektedir.³³⁵

Yine Zerka: “Bize göre Hanefiler ve Mâlikiler arasındaki istihsan ve maslahat-ı mürsele arasındaki fark, mücerret lafz bir ihtilaftır. Hanefiler, istihsandan ıstıslaha, Mâlikiler de ıstıslahtan istihsana geçiş yapmışlardır. Yni bazı zamanlar birini diğerinin yerine kullanmışlardır. Bu iki delil arasındaki fark, iki mezhebin bakış açılarından kaynaklanan öncelik farkıdır. Mâlikiler, mezheplerinde istihsandan ziyade maslahat-ı mürseleye önem verirken, Hanefiler de ıstıslahı, istihsanla ifade etmişlerdir.”³³⁶

şatıbi, İmam Malik’in bir topluluğun bir adamın elini kestiklerinde o topluluğun hepsinin elinin kesilmesi gerektiği kanaatinde olduğunu zikretmektedir.³³⁷ Benzer bir rneği Serahsi de istihsana örnek olarak vermektedir. Bir topluluk bir eve girse evdeki malı alsa daha sonra da onlardan biri aldıkları malı sırtında taşısa, dışarı çıksa, diğerleri de onunla çıksa kıyasa göre sadece sırtında taşıyana ceza uygulanırken istihsana göre ceza hepsine uygulanmaktadır.³³⁸ Karafi de bu rneği maslahat bahsinde zikretmektedir.³³⁹ Bu örneklerde görülen şudur ki, hakkında nass bulunmayan aynı ve benzer konularda Maliki hukukçular aynı hükmü maslahat gereği, şfiler istidlal gereği verdiklerini ifade ederken, Hanefi hukukçular bu hükmü istihsana dayandırmaktadırlar.

İstihsan ile maslahat-ı mürselenin ortak yönlerini şu şekilde ifade edebiliriz:

³³⁵ Seyyid Nesib, Hanefi Fıkhının Esasları, Daru’l-Hikmeti’l-İslamiyye, Evkaf-I İslamiyye Matbaası, 1337, 3.

³³⁶ ez-Zerkâ, el-Istıslah, 65.

³³⁷ eş-şatıbî, el-İ’tisam, II. 107-108 el-Berdesî, 328.

³³⁸ el-Cessas, Füsûl, IV, 238; es-Serahsî, Usul, II, 201.

³³⁹ Karafi, Nefaisu’l-Usul, IX, 4273.

A. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN KÜLLİ PRENSİPLERDEN DOĞMASI

Hanefi hukukçular ilk önceleri istihsanı nass, icma ve zaruret istihsanı olmak üzere üç kısma ayırmışlardır.³⁴⁰ Daha sonra ise bu tasnifata örf ve adet sebebiyle sabit olan istihsanla maslahat sebebiyle sabit olan istihsan kısımları ilave edilmiştir. Nass sebebiyle sabit olan istihsanlar da dahil olmak üzere görebildiğimiz kadarı ile bütün istihsan çeşitleri zaruret ve ihtiyacın kaldırılması, maslahatı celb ve mefsedeti def etme ilkelerine dayanmaktadır. Mesela, hadd cezaları hususunda bir evde zina vuku bulsa şahitler arasında ihtilaf meydana gelse kıyasa göre hadd cezası uygulanmamaktadır. İstihsana göre ise hadd cezası uygulanmaktadır. Bu durumun “şüpheyle hadd düşer” ilkesine aykırı olmasına rağmen, Ebu Hanife ve İmam Muhammed, delillerin çatışması durumunda - zayıf da olsa- İslâm’ın menfaatinin tercih edilmesi gerektiği prensibine dayanmak suretiyle istihsan yapmaktadırlar. Nitekim müslüman kadınla gayr-i müslim kocadan doğan çocuk hakkında İslâm’ın menfaati esas alınarak hüküm verilmektedir. Burada İslâm’ın menfaati düşünülme suretiyle hüküm, kıyas terk edilerek verilmektedir.³⁴¹ İstihsan, bir taraftan külli esaslara dayanırken, diğer taraftan o, külli esaslardan istisna yapmaktır.

Şelebi de istihsanı tarif ederken adeta istihsan ve maslahatı birleştirmektedir. O istihsanın tanımını şu şekilde yapmaktadır: “istihsan ister bir nassla, isterse bir müctehidin icthadı ile olsun, bir maslahatı tahsil veya bir mefsedeti def etmek için, umumi bir hükmün fertlerinden bir ferdi çıkarmak veya onu başka bir hükme tahsis etmektir.”³⁴²

ez-Zerkâ, Hanefilerin zaruret istihsanının kıyasın zorluğa neden olması durumunda kıyasın terk edildiğini, bunun da maslahatı gözetmek fikrine

³⁴⁰ es-Serahsî, Usul, II, 202-203.

³⁴¹ es-Serahsî, Usul, II, 201-202.

³⁴² Şelebi, Muhammed Mustafa, Ta'lilu'l-Ahkam, Mısır, 1947.

dayandığını ifade etmektedir. Zira zorluğun kaldırılması şeraitin genel kurallarındandır. Bu nedenle Hanefilerdeki istihsan fikri şeraitin genel maksatlarına itibar etmeye dayanmaktadır. ez-Zerkâ, Hanefilerin içtihat doktrinlerinden ve literatürlerinden Hanefilerin dört asli kaynağa ilave olarak istihsanı müstakil bir kaynak olarak addetmedikleri ve onu meşru kıyastan istisna etmek suretiyle kıyasa dahil ettikleri fikrinin çıktığını zikretmektedir.³⁴³

Şatibi istihsanın külli esaslara dayanmasını şu şekilde izah etmektedir: “İstihsan delillerin sebep olacakları neticelere, onların sonuçlarına bakar. Eğer delil, kapsamına giren bazı cüz’i konularda şeriatın genel maksatları ile uyum arzetmeyecek neticelere götürecekse, o takdirde delilin önüne geçer ve onun şer’i maksatlar doğrultusunda istisnasını gerektirir. Şer’i bahislerin büyük çoğununda bu kabilden gerçekten pek çok örnek bulunmaktadır. Şari’, her ne kadar muayyen ve özel delillerle istihsanın hucciyetini ortaya koymamışsa da, şeriatın tasarruflarına uygun ve manası tafsili delillerin istikrasından çıkarılmıştır. Bu itibarla istihsan, üzerine hüküm bina edilebilecek külli bir esas olacaktır. Tedavi amacı ile avret yerinin açılması durumunda olduğu gibi.”³⁴⁴ İmam Malik’e göre, istihsan külli delile mukabil cüz’i maslahatın alınmasıdır. İstihsan, mürsel istidlalin kıyas (genel kuralın) üzerine takdimidir. Çünkü istihsanda bulunan kimse mücerred kendi zevki ve nefsanî arzuları doğrultusunda hareket etmemekte, aksine bahis konusu o şeyler ve emsali hakkında bulunan, kavramış olduğu Şari’ Teala’nın kaskına uygun hareket etmektedir.³⁴⁵

İstihsan gibi maslahat-ı mürsele de külli esaslara dayanmaktadır. Şatibi, maslahatın külli olmasını da şöyle açıklamaktadır: “Belirli bir nassla tesbit edilmemiş, şeriatın genel tasarruflarına uygun ve manası delillerden çıkartılmış her şer’î esas geçerlidir. Üzerine ahkâm bina edilebilir ve kendisine müracaatta bulunulabilir. Tabîki bu esasın, delillerin istikrâsı neticesinde ortaya çıkmış

³⁴³ ez-Zerkâ, el-Istislah, 61; ez-Zerkâ, el-Medhal, I, 120.

³⁴⁴ Şâtibî, el-Muvâfakat, I, 33.

³⁴⁵ Şâtibî, el-Muvâfakat, IV, 206.

olması ve kat'îliğinin de sâbit olması gerekmektedir. Çünkü deliller birbirlerine eklenmedikçe tek başlarına bir hükmün kat'îliğini ispat etmezler. İmam Mâlik ile İmam Şâfi'ın dayandıkları mürsel maslahatla istidlal de bu kısma girer. Çünkü her ne kadar maslahat-ı mürsele hakkında belli bir esâsın delâleti söz konusu değilse de küllî bir esâsın delâleti bulunmaktadır. Küllî esas kat'î olması durumunda belli bir esasa eşit olur. Hatta belli esâsın güçlülük ve zayıflık derecesine göre onun üstünde olur.³⁴⁶

Şatibi, ümmetin, hatta sair milletlerin (dinler), şeriatın, zaruri beş esasın korunması için konulmuş olduğu hakkında ittifak ettiklerini söylemektedir.. Bunlar, din, nefis, mal, nesl ve akıl güvenliğidir. Bütün ümmete göre bunlar dinden olduğu zorunlu olarak bilinen şeylerdendir. Halbuki bunlar ne belli bir delil ile sabit olmuşlardır, ne de sadece ona dönük olacakları bir esasa dayanmaktadırlar. Aksine bunların şeriate olan uygunluğu, belli bir konuya ait olmayan ve sayısız denilecek kadar çokluktaki delillerin istikrasından elde edilmektedir.³⁴⁷ Şatibi, istihsanda olduğu gibi maslahat-ı mürselenin de zaruri bir işin korunmasına ve bir zorluğun kaldırılmasına dayandığını ifade etmektedir.³⁴⁸

B- İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN REY VE İÇTİHAT ŞEKLİ OLMALARI

İslam hukuk usulünün tarihinde “sosyal değişime uyum” her zaman tartışılan bir konu olmuştur. Kuran ve sünnetin lafzi hükümlerini esas alarak yapılan yorumlar giderek artan soysa değişimlere cevap vermede yetersiz kalmış bu da yeni içtihad metotlarının doğmasına zemin hazırlamıştır. Sosyal değişimlerle ortaya çıkan yeni problemlerin çözümü sadedinde ilk önce kıyas metodu geliştirilmiş ve böylece İslam hukukunun uyum sağlam sorunu çözüme kavuşturulmak istenmiştir. Ancak başlangıçta bir uyum sağlama metodu olan

³⁴⁶ Şâtibî, el-Muvâfakat, I, 32-33.

³⁴⁷ Şâtibî, el-Muvâfakat, I, 31.

³⁴⁸ eş-Şatibî, el-I'tisam, II, 114.

kıyas kısa sürede katı bir förmelliğe dönüşmüştür. Bu değişime uyum sağlamak için ve yeni çıkan problemleri çözmek için hukuk ekoleri metotlar geliştirmeye çalışmışlardır. Bu noktada ıstıshab gibi metotlar geliştirmiştir. Hanefi hukukçular istihsanı, Maliki hukukçular da ıstıslahı bir rey ve icthar metodu (akıık yürütme) olarak kullanmışlardır. İstisnasız bu hukuk ekollerinin bu şekilde rey metotlarına başvurmasının asıl nedeni İslam hukukunun soysal değişimlere uyum sağlayabilmesi düşüncesi olmuştur.³⁴⁹

Hanefi ekol de rey ekolü olarak bilinmektedir. Onların rey ekolü olarak bilinmesindeki en önemli etkenlerden biri de istihsanı kullanmış olmalarıdır. Reyin ilk dönemdeki tezahür şekillerinden biri olan istihsan, hakkaniyet veya adaleti gözetip, zahiri ve kati kıyası terk etmek şeklinde eşsiz bir rey kullanma usulüdür. İstihsan kıyas yoluyla muameleden çok mutlak anlamıyla muhakemeye dayanarak verilen bir hükümdür. Bir hukukçu bazen önemli bir gerekçeyle bağlayıcı bir kuraldan ayrılmak mecburiyetinde kalabilir. Bu, gerçekte kişinin, bir kanunun nerede uygulanabilir olduğunu ve nerede terk etmesi gerektiğini ayırt etme hususundaki ferasetine bağlıdır. İstihsan, arzu ve heveslere hüküm verme değil, şartlara uygun olarak doğru bir hükme ulaşma yoludur.³⁵⁰

Reyin ilk tezahür şekillerinden biri olan istihsanın ilk defa kim tarafından kullanıldığı hususunda İgnaz Goldzieher, istihsan kavramını ilk defa Ebu Hanife'nin kullandığını ifade ederken; Josept Schacht'a göre ise bu kavramı ilk defa kullanan Ebu Yusuf'tur.³⁵¹ Şelebi de istihsanı ilk defa kullananın Ebu Hanife olduğunu ifade etmektedir.³⁵²

³⁴⁹ Muhammed Halid Mesud, İslam Hukuk Teorisi, İz Yayıncılık, (ter: Muharrem Kılıç) İstanbul, 1997, 155-157.

³⁵⁰ Hassan Ahmet, İslam Hukukunun Doğuşu ve gelişimi, (çev: Ali Hakan Çavuşoğlu, Hüseyin Esen) İz yayıncılık, 1999, 166-167

³⁵¹ Schacht, the Origins, 112.

³⁵² ; Şelebî, Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî, 270.

Ahmet Hassan, Hanefilerin istihsan kuralını uygularken genellikle gerekçe göstermediklerini ifade etmektedir. Bundan dolayı da onların yerleşik kuraldan ayrılımlarındaki sebeplerin ve uygunluğun mahiyetinin bilinemediğini iddia etmektedir.³⁵³ Hanefilerin istihsan anlayışları gerçekten de Ahmet Hassan'ın dediği gibi ise, İmam Şâfiî'nin istihsanı reddi haklı olur, dayanaksız hüküm verilmiş olur. İstihsanın çeşitlerini zikrederken de görüldüğü gibi istihsanla verilen hükümlerin bir dayanağı bulunmaktadır. İstihsanın tercihi mutlaka bir delil iledir.

Kıyas tamamen nasslara bağlı bir icthad şekli iken; istihsan ise, hukukçuya daha fazla serbest düşünme ve takdir yetkisi vermektir. Bu bakımdan teamül, sosyal şart ve icaplara göre yapılan bir icthattır.³⁵⁴ İmam Malik'in "ilmin onda dokuzu istihsandadır." sözünün nedeni de budur.³⁵⁵ Asbağ b. el-Ferec de "istihsan bazen kıyastan daha galip olur", "istihsan ilmin direğidir" demektedir.³⁵⁶

Hanefilere göre zaruret istihsanı, kıyas bir sıkıntıya yol açtığı zaman o zorluğu ortadan kaldırmak için maslahatın gözetilmesine dayanmaktadır. Çünkü sıkıntıyı ve zorluğu giderme şeriatın kaidelerinden biridir. Hanefilere göre istihsan şeriatın genel amaçlarına ulaşmak için faydayı (salah) olanı istemektir. Bu durum ilk yüzyılda "rey" diye isimlendirilmekteydi, daha sonra da "istihlah" ya da "maslahatu'l-mürsele" diye isimlendirildi. Maliki hukukçular maslahat-ı mürsele kavramını kullanmaya başladıktan sonra istihsanı maslahat-ı mürselenin bir dalı olarak kabul ettiler, maslahat-ı mürsele'yi müstakil bir kaynak olarak kullanmaya başladılar. Nasıl kıyası delil olarak kabul ediyorlarsa aynı şekilde onu da delil olarak kabul ettiler. Bundan dolayı bir olayla ilgili olarak şeri bir nas olmadığı zaman şeri hükümleri onun üzerinde bina etmişlerdir.³⁵⁷

³⁵³ Hassan Ahmet, 167-168.

³⁵⁴ Şener, 120.

³⁵⁵ Şâtıbî, el-Muvâfakat, IV, 210.

³⁵⁶ Şâtıbî, el-İ'tisam, II, 118; Şelebî, Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî, 271.

³⁵⁷ ez-Zerkâ, el-Medhal,120.

Maslahatın teşekkül ve inkişaf tarihini istihsanın ki kadar iyice takip etmek mümkün değildir. Nitekim İmam Şafîî, er-Risale'sinde istihsandan ayrı bir konu başlığı olarak bahsederken maslahat kavramından hiç bahsetmemektedir.³⁵⁸ Maslahatın bir hukuki akıl yürütme (ictihad) prensibi olarak geniş anlamda “iyi”nin yasal olduğunu ve “yasal”ın iyi olması gerektiğini ileri sürmek bakımından fikhın ilk gelişme döneminde maslahatı kullandığı sık sık iddia edilmiştir. Bu prensibin kullanımı eski hukuk ekollerinin ilk hukuk bilginlerine, hatta Hz. Peygamberin sahabilerine kadar varmaktadır. Ancak maslahatın teknik bir terim olarak kullanışı ile ilgili bir başlık söz konusudur değildir. Maslahat kavramının ilk kullanıldığı zaman rey gibi genel kullanıldığı ifade edilmektedir.³⁵⁹ Rudi Paret maslahatın ilk defa İmam Malik ya da İmam Şafîî tarafından teknik bir terim olarak kullanılmadığını dolayısıyla bu kuramın Şafîî sonrası dönemde gelişmiş olduğunu ve maslahatın Malik tarafından çıkarıldığı iddiasının büyük ihtimalle sonraki Malikilerin bu prensibin mümessilleri olmalarından ileri geldiğini iddia etmektedir.³⁶⁰ Maslahat kavramı İmam Şafîî'den önceki ilk istidlal metotlarının devamı niteliğindedir.³⁶¹

Münir el-Kâdî de Hanefilerle Mâlikilerin rey taraftarı olduğunu, Hanefilerin bunu kıyas, Mâlikîlerin de maslahat-ı mürsele ile ifade ettikelerini zikretmektedir.³⁶²

C. İSTİHSAN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN REDDEDİLME NEDENLERİ BAKIMINDAN ARALARINDAKİ İLİŞKİ

İmam Şafîî, “İnsan başıboş bırakılacağını mı sanır”³⁶³ ayetini delil getirmektedir. Ayette geçen “başıboş” kelimesini herhangi bir emir ve yasağa

³⁵⁸ Paret, 1218.

³⁵⁹ Mesud, 138.

³⁶⁰ Paret, 1218.

³⁶¹ Mesud, 138.

³⁶² Münir el-Kâdî, 19.

³⁶³ Kıyamet Suresi, 75/36.

muhatap olmamış kişi olarak yorumlamakta ve Hz. Peygamberin Allah'ın emrettiği ve yasakladığı her şeyi insanlara ulaştırdığını ifade etmektedir. İstihsan yapan Hz. Peygamberin ulaştırdığının yani Kuran'ın, sünnetin ve alimlerin verdiği hükmün dışına çıkmakta, emir ve yasakları örnek almadan hüküm vermekte ve ona göre amel etmektedir. Oysa Allah hiç kimseyi başı boş bırakmış değildir.³⁶⁴ Şeriatın hükümleri, ya nasslara dayanır veya kıyas yolu ile nasslara hamledilir. Bu durumda istihsan nassa mı dahildir, yoksa kıyasa mı dahildir. Eğer bunlardan birine dahil ise ayrıca bundan söz etmeye ne gerek vardır? Eğer dahil değilse bunun manası Allah insanların bazı işlerini hükümsüz bırakmış demek olur ki bu ise, “insan başıboş bırakıldığını mı sanır”³⁶⁵ ayeti ile ters düşmektedir. Kıyastan başka bir şey olan istihsan ise bu ayetle bağdaşmaz.³⁶⁶

Maslahat-ı mürsele hakkında da aynı ayet delil olarak getirilmektedir. Şöyle ki; Hikmet ve Şeriat Sahibi Şârî, kullarına maslahatlarını gerçekleştirecek bütün hükümleri meşru kılmıştır. Tek bir maslahatın bile gafili olmamış, onu meşru kılmaksızın terk etmemiştir. Mürsel maslahatları huccet kabul etmek Şeriat Sahibinin kulların maslahatlarını terk edip, bu maslahatları gerçekleştirecek hükümleri meşru kılmadığını kabul etmek olur. Bunun ise istihsan da olduğu gibi “İnsan başıboş bırakıldığını mı sanır” ayeti ile çeliştiği nedeniyle maslahat da reddedilmiştir.³⁶⁷

İmam Şâfiî istihsanı reddetmek için başka bir akli delil daha ileri sürmektedir. Zekâ ve akıl bakımından âlimlerden daha üstün olan akılcıların bile akla dayanarak hüküm vermelerine müsaade edilmez iken akıl bakımından onlardan daha düşük olan âlimlerin bu şekilde davranmalarına hiç müsaade edilmeyeceğini ifade etmektedir. Muhalifi kendisine akılcıların asılları bilmediğini, fakat âlimlerin asılları bilenler oldukları cevabını verir. İmam Şâfiî

³⁶⁴ Şâfiî, el-Ümm, VII, 271.

³⁶⁵ Kıyamet suresi, 75/36

³⁶⁶ Şâfiî, el-Ümm, VII, 271; Ebû Zehra, Usûl, 252; Ali Hasaballah, Usûlu-t'Teşriî'l-İslâmî, Dâru'l-Meârif, Mısır, 1959 120.

³⁶⁷ Zeydan, 238- 239.

ise ona, âlimlerin asıllar hakkındaki bilgilerinin, kıyas yapmalarını mı yoksa kıyası terk etmelerini mi gerektirdiğini sorar. Şayet âlimler bu konudaki bilgileri sebebiyle kıyası terk etme yetkisine sahip iseler, akılcılara da bu konuda yetki verilmelidir. Hatta verdikleri hüküm isabetli olursa akılcılar övgüye layıktırlar, çünkü onlar asıllar hakkında bilgi sahibi değildirler. Yine onlar, bu asılları bilmemeleri sebebiyle, bunları iyi bilen alimlerden daha çok mazur görülmelidir. Böylece Şâfiî, alimlerin kıyası terk etme hususunda akılcılardan bir farklarının olmadığını ifade etmektedir.³⁶⁸

Maslahat-ı mürsele hakkında da buna benzer red nedenleri usulcüler tarafından zikredilmektedir. Maslahatları huccet olarak benimsemek, cahillere cesaret vereceğinden kargaşa ve karışıklık hasıl olacaktır. Nüfuzu olanlar devlet idarecileri, hakimler ve benzeri yetkililerden şahsi menfaatlerine meyyal olanların önünde kapılar açılacak, arzu ve isteklerine göre hüküm verecekler, bu hükümlere maslahat elbisesi giydirip, din boyası ile de boyayacaklardır. Böylece din, bozguncuları ve haksızları desteklemekle itham edilecek ve din tenkitçilerine fırsat verilmiş olacaktır.³⁶⁹

İstihsanın, bir kuralı, hak ve batılı mukayese edecek bir ölçüsü yoktur. Halbuki kıyas böyle değildir, onun hakkı batıldan tefrik edecek bir ölçüsü vardır. İstihsana göre bir hakim, yönetici veya müfti, nass veya kıyas bulunmayan yeni bir meselede istihsana başvurduğu takdirde, diğer bir müfti de aynı mesele hakkında farklı bir hüküm verecektir. Neticede aynı şehirde dahi bir konuda müftiler farklı hükümler vermiş olacaktır. Bir müfti ancak kitaba, sünnete, icmaya, kıyasa dayanarak hüküm verebilir. Eğer istihsan yaparsa bunların dışına çıkmış olmaktadır ve kendi reyine göre delilsiz hüküm vermiş olacaktır.³⁷⁰ Aynı gerekçe maslahat-ı mürsele hakkında da ileri sürülmüştür. Allahu Teala bazı maslahatları muteber saymış, bazılarını ise ilga etmiştir. Mürsel maslahatlar,

³⁶⁸ Şâfiî, el-Ümm, VII, 273; Şelebî, Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî, 273.

³⁶⁹ Zeydan, 240; Şa'ban, 175.

³⁷⁰ Şâfiî, el-Ümm, VII, 273; el-Berdesî, 320; Şelebî, Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî, 273.

mülga ve muteber maslahatlar arasında mütereddid (bazen birinden ve bazen da diğerinden olabilecek) maslahatlardır. Onun için mürsel maslahatların muteber maslahatlara ilhak edilmeleri, mülga maslahatlara dahil olmalarından daha hayırlı değildir. Bu bakımdan kendilerinin muteber maslahatlar kabilinden olduklarına delalet eden bir mesned, ölçü bulunmadıkça kendilerinin huccet olmalarının mümkün değildir.³⁷¹

Gazali de, daha önce de ifade ettiğimiz gibi şer'i hükümlerin asli kaynaklarını kitap, sünnet, icma, akıl ve ıstıshap olarak dörde ayırmış ve daha sonra da mevhum asılları ele almış ve bunları da şer'u men kablena (bizden öncekilerin şer'iati), sahabi sözü, istihsan ve ıstıslah olarak yine dörde ayırmış ve ıstıslahı da müslahat-ı mürsele ile isimlendirmiştir. Yani Gazali, hem istihsanı hem de maslahat-ı mürseleyi şüpheli deliller arasında zikretmek suretiyle her ikisini de aynı grupta değerlendirmiştir.³⁷² Gazali, haci ve tahsini maslahatın bir nass ile desteklenmemesi durumunda istihsan gibi olacağını ve delil olamayacağını, desteklenmesi halinde ise kıyas olacağını ifade etmektedir.³⁷³

İbn Teymiyye de maslahat-ı mürseleyi ve istihsanı, rey, keşf (Batıni ilham) ve zevk (mistik tat) metotlarına benzetererek, bunların gerçekliği konusunda şüpheli olduğunu ifade etmektedir. Ancak diğer taraftan maslahat-ı mürseleyi hukukun geleneksel kaynakları arasında ilahi buyrukların bilinmesinde yedi yöntemden birisi olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte mürseleye dayalı delillendirmenin din konularında yasa koymak olduğunu ve buna Allah'ın izin vermediğini kabul ederek böyle bir ameliyenin istihsana benzeyeceğini söyleyerek reddetmektedir.³⁷⁴

Paret'e göre ıstıslah olumsuz yönü itibari ile istihsan ile sıkı sıkıya

³⁷¹ Şa'ban, 175; Zeydan, 239.

³⁷² Gazzâlî, el-Mustasfâ, I, 245, 274, 284; ez-Zerkâ, Istıslah, 66 ; ez-Zerkâ, el-Medhal, I.116.

³⁷³ Gazzâlî, el-Mustasfâ, I, 293 -294.

³⁷⁴ İbn Teymiyye, Kaide fi'l-mucizat ve'l-keramet ve enva havariku'l-adat, Menar Matbaası, Kahire, h. 1349, V, 22.

alakalıdır. Ancak maslahatı istihsandan ayıran yön, menfi olan maslahatın müsbet temelini teşkil eden ana fikir arandığı zaman ıstıslahın daha mahdut ve aynı zamanda hakiki ve afaki istihsandan daha kat'î ve muayyen olmasıdır.³⁷⁵

Şatibi de hem istihsanı hem de maslahatı mürseleyiğ reddedenlerin her ikisinin de delilsiz hüküm vermek olduklarını söyleyerek reddettiklerini kaydetmektedir.³⁷⁶

IV. İSTİHSANIN VE MASLAHAT-I MÜRSELENİN KIYAS KARŞISINDAK DURUMLARI

İstihsanın hükmü hususunda iki nokta önem arz etmektedir. Bunlardan birincisi, istihsanın hükmünün başka benzer olaylara taşınıp taşınamayacağıdır. İkincisi ise, bir meselede hem kıyas hem de istihsan söz konusu olduğu zaman hangisi ile amel edileceği, başka bir ifade ile istihsanın olduğu yerde kıyasla amel etmenin caiz olup olmadığı, istihsanla amel etmenin zorunlu olup olmadığıdır.

A- TA'DİYE (HÜKMÜN BAŞKA OLAYLARA TAŞINMASI)

Bir hüküm kıyas dışındaki bir delil ile - bu istihsan olsun veya olmasın- sabit olursa orada (ta'diye-التعدية) hükmün benzer konulara taşınması söz konusu olmamaktadır. Çünkü kıyasın şartlarının dışında hüküm sabit olmaktadır ve bundan dolayı da hüküm benzerleri hakkında sabit olmamaktadır.³⁷⁷

Hafi kıyas sebebiyle sabit olan istihsan her ne kadar adı istihsan da olsa kıyas olmaktan kurtulamaz. Kıyasın hükmü de benzerlerinin hükmü hakkında geçerlidir. Ancak nass, icma ve zaruret sebebiyle sabit olan istihsanların hükmü özel konular için geçerlidir, geneli kapsamamaktadır. Çünkü bu şekilde olan

³⁷⁵ Paret, 1218.

³⁷⁶ Şatibî, el-İ'tisam, 2, 96.

³⁷⁷ el-Hudari, 335; el-Berdesî, 323.

istihsanlarda illet söz konusu değildir. İlet söz konusu olmadığı için hüküm de benzerleri hakkında geçerli olmamaktadır. Hafi kıyasla sabit olan istihsan da ise illet bulunmaktadır. Bundan dolayı da hükmü benzerleri hakkında geçerli olmaktadır.³⁷⁸

Maslahata gelince ise, maslahatta kıyasın olması zorunlu değildir. Hatta maslahat çoğu zaman kıyas da dahil olmak üzere herhangi bir delilin olmadığı zaman hüküm vermede huccet olmaktadır. Bu durumda onun da hükümlerinin benzer meseleler hakkında geçerli olması mümkün olmamaktadır. Zira illet söz konusu değildir. Ancak Cüveynî'nin maslahat anlayışında yukarıda ifade edildiği gibi maslahat, kıyas çeşitlerinden biridir. Dolayısıyla Cüveynî gibi maslahatı kıyas çeşitlerinden biri olarak kabul edenlere göre maslahatın hükmünden benzer meselelerde de geçerli olması gerekmektedir. Yani bu anlayışa göre ta'diye maslahatta da söz konusu olmaktadır. Zira maslahat genel bir illet olmaktadır.³⁷⁹

B- KİYAS KARŞISINDA İSTİHSAN İLE AMEL ETMENİN HÜKMÜ

Hanefi usulculere göre istihsanın olduğu yerde ki, bu hafi kıyas sebebiyle sabit olan istihsan olsun veya delile dayanan istisna istihsan olsun, kıyasla amel etmek caiz değildir. Nitekim İmam Ebu Hanife'den “kıyası terk ettim istihsanı aldım”³⁸⁰ sözü rivayet edilmiştir. Hatta “bazen kıyasın hükmü böyle, fakat ben onu çirkin buluyorum ve istihsanı alıyorum.”³⁸¹ denilmek suretiyle istihsanın hükmünün kıyas karşısında tercih edilişi açık bir şekilde ifade edilmektedir.

Serahsi bazı muteehhir hukukçuların (Pezdevi) istihsanla amel hakkında, kıyasla amel caiz olmakla beraber istihsanla amelin daha evla olduğunu ifade

³⁷⁸ el-Buhari, IV, 1131; es-Serahsî, Usul, II, 206; Nesefî, II, 167; el-Berdesî, 324.

³⁷⁹ el-Cüveynî, el-Burhan, II, 604-605.

³⁸⁰ el-Buhari, Keşf, IV, 1123; Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 270.

³⁸¹ es-Serahsî, Usul, II, 201; Şelebî, Usulu'l-Fıkhî'l-İslâmî, 270.

ettiklerini zikretmekte ve bu görüşün yanlış olduğunu ifade etmektedir.³⁸² Serahsi bu hususta şunları söylemektedir: “bir çok meselede ‘istihsanı aldık, kıyası terk ettik’ ifadesi geçmektedir ki terk edilen ile amel etmek caiz değildir. Kitaplarda bazen ‘ben bunu çirkin buluyorum’ (استقبح) denilmektedir. Şer’i bir delilin olduğu bir yerde onun dışında bir şeyle amel etmek caiz değildir ve onu çirkin bulmak da küfürdür. Bize göre istihsanı aldığımız yerde kıyası terk doğrudur. İstihsanla amel etmek, daha kuvvetli delil varken zayıf olanın terk edilmesidir. Yoksa bu tercih iki delilin çatışmasından kaynaklanmamaktadır.”³⁸³

Buhari de hocası Pezdevi’yi savunmakta ve her ne kadar sözlerinden istihsanın olduğu yerde kıyasla da amel etmenin caiz olduğu anlaşılabilir olsa da gerçekte onun bunu kastetmediğini, daha sonraki ifadelerini naklederek izah etmeye çalışmaktadır. Kıyas ile amelin istihsanın olmadığı yerlerde caiz olduğunu ifade etmek suretiyle hocasının da istihsanın olduğu yerde kıyasla amelin caiz olmadığı kanaatini taşıdığını ifade etmektedir.³⁸⁴

³⁸² es-Serahsî, Usul, II, 201; Nesefî, II, 168.

³⁸³ es-Serahsî, Usul, II, 201.

³⁸⁴ Buhari, Keşf, IV, 1124.

SONUÇ

Rey ve içtihatla öne çıkan Hanefi hukuk ekolünün kullandığı istihsan, İslam Hukuku Tarihinin ilk rey çeşitlerindedir. Kelime olarak bir şeyi güzel bulmak anlamına gelen ve ilk defa İmam Ebu Hanife tarafından kullanılan istihsan, ortaya çıkan problemlerin çözümü kıyasla sağlanmaya çalışıldığında, sorunun çözülmesi yerine daha da güç hale gelmesi veya daha farklı bir zorluğun çıkması söz konusu olduğunda açık kıyas hükmünün terk edilmesidir. Açık kıyasın hükmünü Hanefi hukukçular bazen nass ile bazen icma ile bazen da zaruret gereği terk etmişler ve buna da istihsan adını vermişlerdir. İstihsan, rey ve içtihat şekli olmasından dolayı ehl-i hadis tarafından sert bir şekilde eleştirilmiştir. Gazali, İmam Şafî'nin "istihsan yapan kanun koymuştur" dediğini naklederek Şari'in hakkı olan kanun koyma yetkisinin keyfileştirildiğini ifade etmektedir. İmam Şafî "ibtalu'l-istihsan" bahsinde istihsanı telezzüz olarak nitelendirmiş ve kendisi ile hüküm vermenin asla caiz olmadığını söylemiştir. İmam Şafî'nin istihsanı bu şekilde eleştirmesinin nedeni şer'i bir delil olan kıyasın terk edilmesidir ki; kıyasın şer'i bir delil oluşu hadis ile sabittir. Teknik yönden İmam Şafî'nin eleştirisi haklı olmakla beraber, çok ağır bir eleştiridir. Zira Hanefilerin istihsanla verdikleri hükümleri Şafî hukukçular başka isimler altında vermişlerdir.

Maslahat-ı mürsele ise, daha çok Malikiler tarafından sıkça kullanılmış bir başka rey ve içtihat şeklidir. Maslahat-ı mürsele Şari'in var ettiği hükümlerin maksatlarına en yakın ve en uygun olanına göre hüküm vermesidir. Görüldüğü gibi istihsan ile maslahat-ı mürele arasındaki en önemli benzerliklerden biri, her ikisinin de rey ve içtihat şekli olmalarıdır. Aralarında kronolojik bir farklılık bulunmaktadır. Kavram açısından istihsan kavramı maslahattan daha önce kullanılmıştır.

Metot açısından bakıldığında ortaya çıkan bir mesele de İslam hukuk usulünün sıralamasında söz konusu olmaktadır. Hanefi metot önce kitaba, sonra sünnete, sonra icmaya, daha sonra da kıyasla istihsanın tearuz ettiği durumlarda

istihsan ile hükmetmeye yönelmiş ve böylece istihsan Hanefi usulünde kıyastan önce dördüncü sırada yer almıştır. Malikilerin maslahatı da bu sıralamada icmadan sonra, kıyastan önce yer almıştır. Kıyas, istihsanla da maslahatla da tearuz ettiği vakit terk edilmekten kurtulamamıştır.

İstihsan ile maslahat-ı mürselenin birbirlerine en fazla benzeyen noktalarından biri de her ikisinin külli prensiplerden hareket etmesidir. Şari'in maksatlarının esas alınması her iki kaynak için de esastır. Serahsi'nin insanlar için en uygun olanı, genel ve özel hususlarda karşılaşılan zorluklarda kolay olanı, müsamaha ve ruhsat esasına göre hareket etmeyi istihsan olarak tanımlaması ile Şatıbî'nin maslahat-ı mürsele ile ilgili olarak belli bir esasın delaleti söz konusu değilse de külli bir esasın delaletinin bulunduğunu söylemesi her ikisinin de genel prensiplerden hareket ettiklerini göstermektedir. Hareket noktaları açısından aralarında bir birlik olduğu gibi amaçları ve fonksiyonları açısından da aralarında birlik söz konusudur. Her ikisi de sıkıntının ortadan kaldırılmasını, zararın def edilmesini hedeflemektedir. Nitekim Hanefi hukukçuların istihsana başvurma nedeni olarak Şari'in hükümleri vazederken gözettiği; insanların maslahatını gerçekleştirme, onlardan zararı kaldırma ilkelerini kıyasın ortadan kaldırdığını ve bu durumda istihsanın kaçınılmaz olduğunu söylemeleri bu hususu doğrulamakta ve istihsanın maslahatla aynı kaynaktan beslendiğini göstermektedir.

İstihsan ile maslahat-ı mürselenin en fazla kesiştiği nokta ise zaruret prensibidir ki; bu aynı zaman da her ikisinin de külli karakterli olduklarını gösteren bir başka delildir. Kur'an-ı Kerim'de yenilmesi haram olanlar sayıldıktan sonra "kim bunlardan yemeye mecbur kalırsa, başkasının hakkına tecavüz etmemek ve zaruret ölçüsünü geçmemek şartıyla ona da bir günah yükletilmez." şeklinde buyurulması zaruretin meşru bir mazeret olduğunu göstermektedir. Bunun sonucu olarak zaruret prensibi hem maslahat-ı mürseleyi hem de istihsanı etkilemiş ve her ikisine de kaynaklık etmiştir. Nitekim her ikisinin de kısımlarına baktığımızda zaruretin etkisini görmekteyiz. İstihsanın kısımlarından biri zaruret sebebiyle sabit olan istihsan iken, maslahatın kısımlarından birinin de zaruri

maslahatlar olduğunu görmekteyiz. Hatta Zerka'nın Hanefilerin zaruret istihsanının Malikilerin maslahatına tekabül ettiğini söylemesi ile maslahatı vehmi delillerden sayan Gazali'nin maslahatın kısımlarından sadece zaruri maslahatın delil olabileceğini ve bunun da külli, kat'i ve zaruri olması halinde delil olacağını söylemesi zaruret prensibinin her iki kaynakta ne kadar etkili olduğunu göstermektedir. Zaruret prensibi, sadece zaruret sebebiyle sabit olan istihsan kısmında değil, istihsanın diğer kısımlarında da etkili olmuştur. Mesela yırtıcı kuşların artıklarının yenmesinin cevazı gizli kıyas sebebiyle sabit olan istihsanlardır. Ancak burada zaruret de söz konusudur ve bundan dolayı bu örnek usul kitaplarında zaruretle sabit olan istihsan kısmında da zikredilmektedir. Nass sebebiyle olan istihsanla caiz olan selem akdi ile icma sebebiyle sabit olan istihsanla caiz olan istisna akdi, hamamlara girerken ödenen ücretin, kısa süre de girse, tam gün olarak alınması zaruret ve ihtiyaca binaendir. Buna günümüzde verilecek örnek ise otobüse binildiğinde bir durak giden de on durak giden de aynı ücreti ödemektedir. Oysa bu kıyasa göre caiz değildir. Burada kıyasın hükmü terk edilmektedir. Eğer bu uygulamalara cevaz verilmemiş olsaydı insanlar için zorluk, meşakkat söz konusu olacaktı. Kadının vücuduna bakmak haram iken zaruret halinde doktorların bakmasının cevazı zaruret sebebiyledir. Yani istihsanın bütün kısımlarında zaruretin etkisi bulunmaktadır.

Maslahat açısından bakıldığında ise üç çeşit maslahat bulunmaktadır ki, bunlar zaruri maslahatlar, haci maslahatlar ve tahsini maslahatlardır. Maslahatı huccet olarak kabul etmeyen ve vehmi delillerden sayan ve sadece zaruri maslahatların delil olacağını söyleyen Gazali, bütün Müslümanların tehlikede olmaları durumunda düşman tarafından siper edilen Müslüman bir grubun öldürüleceğine dair verdiği fetvayı zarurete binaen vermektedir. Maslahatı delil olarak kabul etmeyen bir ilim adamı zaruret söz konusu olduğu zaman buna cevaz vermiştir. Dolayısıyla istihsan ile maslahat arasındaki benzerliğin en fazla olduğu alan zaruret prensibidir.

Dikkatimizi çeken hususlardan biri de maslahat tabirini ilk defa kullanan

Cüveyni'nin maslahatı kıyasa dahil etmesidir. Bu durumda maslahat, hakkında hüküm bulunmayan hususlarda genel bir illet bulma ameliyesi olmaktadır. Diğer taraftan maslahat hakkında hüküm bulunmayan hususlarda genel bir illet bulma ameliyesi olduğu gibi hakkında hüküm bulunan yani açık kıyasın hükmü bulunan hususlarda da görülmektedir. Bu durumda maslahat açık kıyasın terk edilmesine neden olmakta ve bu da Hanefilerin istihsan çeşitlerinden gizli kıyas sebebiyle sabit olan istihsana tekabül etmektedir.

İstihsan ile maslahat-ı mürsele arasındaki en önemli fark ise görebildiğimiz kadarı ile teknik açıdandır. Teknik olarak istihsanın varlığı kıyasa bağlıdır. Yani istihsan açık kıyasın hükmünü terk etmek iken, maslahatta kıyasın terki söz konusu olmakla beraber maslahat hükmünden bahsetmek için kıyasın terki zorunlu değildir ve çoğu zaman maslahat hakkında hiçbir hüküm bulunmayan hususlarda söz konusu olmaktadır.

İstihsan ve maslahat-ı mürsele İslam Hukuk Usûlünde gerek önemleri ve gerekse kullandıkları yöntemler açısından üzerlerinde çokça tartışılan iki delildir. İstihsan, İslam hukuku literatürüne Ebû Hanife tarafından kazandırılırken, maslahat-ı mürsele İmam Mâlik'le İslam hukuk tarihinde yerini almıştır. Ancak Ebû Hanîfe'nin kullanmış olduğu istihsan kendisinden hemen sonra şiddetli tartışmalara konu olurken maslahat-ı mürselede böylesi bir fikrî canlılığı İmam Mâlik'in hemen akabinde görülmemektedir. İstihsanın meşru olup olmadığı konusundaki tartışma İmam Şâfiî'nin "ibtalul-istihsan" isimli makalesiyle başlamıştır. İmam Şâfiî ile başlayan bu dönemde tartışmalar daha çok kıyas istihsan ilişkisi üzerinde yoğunluk kazanmıştır. Anladığımız kadarı ile İmam Şâfiî'nin istihsanı bu denli eleştirmesinin asıl nedeni, şer'i bir delil olan kıyasın terk edilmesidir.

Maslahat-ı mürsele konusundaki karşı tepkiler istihsanda olduğu gibi hemen ortaya çıkmamıştır. Bu konudaki karşı değerlendirmeler ilk olarak Cüveyni ve onun talebesi olan Gazzâli tarafından dile getirilmiştir. Gazzâli'nin

maslahat-ı mürseleyi eleştirmesi yine istihsandan hareketle yapılan bir eleştiridir.

İstihsan ve Maslahat-ı mürsele birbirlerine benzemelerine rağmen temel kaynaklarımızda bu ilişkiye belirli bir döneme kadar hiç yer verilmemiştir. Hicrî altıncı yüzyıldan sonra istihsan-maslahat-ı mürsele ilişkisinden azda olsa bahsedilmeye başlanılmıştır. Bunların müstakil başlıklar altında incelenmesi ise Mustafa Zeyd, Bûtî, ez-Zerkâ, Şelebî, Hüseyin Hamid Hassan ve Zühayli gibi çağdaş hukukçular ile olmuştur.

İstihsan ve Maslahat-ı mürsele arasındaki en büyük ilişki hareket noktaları ve amaçları açısından. Kullandıkları yöntemler açısından aralarında fazlaca bir ilişkinin olduğu söylenemez. İkisinin de hareket noktası zaruret mertebesine ulaşmış olan maslahatların yerine getirilmesi ve maslahatların elde edilmesinde ortaya çıkan sıkıntıların giderilmesi ile alakalıdır. Her iki delilde Şâri'in kastı olan maslahatın gerçekleştirilmesini kendilerine amaç edinmişlerdir. Bu amacı gerçekleştirmek içinde istihsan ve maslahat-ı mürsele de tamamen olmasa da birbirlerinden farklı yöntemler kullanılmıştır. İstihsanda nasslara yine nasslarla muhalefet etmek sureti ile maslahatların gerçekleştirilmesi hedeflenmiş iken maslahat-ı mürselede nassların literalizminden bağımsız ama maksadından bağımsız olmama şartıyla maslahatların sağlanması amaçlanmıştır. İstihsanda daha ziyade toplumun menfaatinin yanında yok olan ferdi menfaatlerin gözetilmesi gaye iken maslahat-ı mürselede esasların ve hükümlerin toplum menfaatleri ön plandadır.

İstihsanın yanında maslahat-ı mürseleye ihtiyaç olup olmadığı sorusu Hanefîler ve Mâlikîler açısından mühim bir konuma sahiptir. Hanefîler açısından bakıldığı zaman onların istihsan anlayışında maslahat-ı mürseleye ihtiyaç duyulmaz. Çünkü onların istihsan felsefesi büyük ölçüde maslahat-ı mürseleyi de kapsayacak niteliktedir. Ama Mâlikîlerin istihsanında maslahat-ı mürseleye mutlak sûrette ihtiyaç vardır. Onlar istihsanı daha çok kıyas ve genel hükümlerden kaynaklanan sıkıntıları aşmak için kullanırken maslahat-ı mürseleyi de nasslardan

bağımsız olarak ortaya çıkan sorunları Şâri'in amaçları çerçevesinde çözüme kavuşturmada kullanmışlardır.

Hem istihsan hem de maslahat-ı mürsele huccet olmaları bakımından eleştirilseler de insanların sıkıntıya düştükleri, çözmekte zorlandıkları problemlerle karşılaştıkları anlarda bir çıkış yolu olmuşlardır. Hem istihsan hem de maslahat-ı mürsele bize göre şer'i delillerdendir. Ancak her ikisinde bir asla dayanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim istihsan da zaten kıyas hükmü, daha kuvvetli bir delilden dolayı terk edilmektedir. Maslahata gelince delil olan bu asıl genel nitelikli bir nass ise o takdirde başka bir nass tarafından tahsis edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

BİBLİYOGRAFYA

- AHMET B. HANBEL, Müsned, mısır, t.y.
- ALİ HAYDAR EFENDİ (ö. 1936), Usulu Fıkıh Dersleri, Üç Dal Neşriyat, Fatih Matbaası, İstanbul, 1966, II. Baskı.
- AMİDİ, Seyfeddin Ebi'l-Hasan Ali b. Ebi Ali b. Muhammed, el-İhkam fi Usul'il-Ahkam, Matbaatu'l-Mearif, Mısır, 1914.
- ATAR, Fahrettin, Fıkıh Usûlü, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul (t.y).
- BÛTÎ, Muhammed Sâid Ramazan, Davâbitu'l-Maslahat'ü-fi't-Teşri-i'l-İslâmî, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1982.
- BAĞDADÎ, Safiyuddin, kavaidu'l-Usul, Mektebetu'l-Haşimiyye, Dimeşk, ty,
- BAKTIR, Mustafa, İslâm Hukukunda Zarûret Hâlî, Emel Matbâsı, Ankara, 1981.
- BARDAKOĞLU, Ali, “*Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve Istıslah Görüşü*”, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sy. 3, Kayseri 1986.
- BERÎ, Zekeriyye, el-Maslahatu Esasu't-Teşri'î'l-İslâmî, “el-Fıkhu'l-İslami”, Daru'l-Kütüb, by, 1971.
- BİGİYEV, Mûsa Cârullah, Kavâidu'l Fıkhiyye, Örnek Matbaası, Kazan, (t.y).
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuku İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen yayınevi, İstanbul, 1967.
- BUHÂRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl, el-Câmiu's-Sahîh, (I-VIII), Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.

- _____, Abdulaziz Alaaddin b. Ahmed, Keşfu'l-Esrar ala Usulu'l-Pezdevi, el-Mektebetü's-Senayii, (b.y.), 1307.
- CESSAS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Razi, (Ö. 370/891) el-Fusul Fi'l-Usul, Kuveyt, 1994, II. Baskı.
- CEVHERÎ, İsmail b. Hammad, es-Sıhah Tacu'l-Luga ve Sıhahu'l-Arabî, Daru Kütübi'l-Arabî, Mısır, (t.y.).
- CÜVEYNÎ, Ebu'l-Meali Abdülmelik b. Abdillâh b. Yusuf, el-Burhan fi Usuli'l-Fıkh, Daru'l-Vefa li't-Tıbbaa ve'n-Neşr ve't-Tevzi, Mansure, Mısır, 1999.
- ÇANTAY, Hasan Basri, Kur'an-ı Kerîm ve Meâlî Kerim, (I-III), Elif Ofset, İstanbul, 1992.
- DAVİD, Guranik, Webster's, New World Dictionary, Printed, In The United States of America, (t.y.).
- EBÛ DÂVUD, Süleyman b. es-Sicistânî, Sünen'i-Ebu Dâvud, (I-VII), Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- EBÛ ZEHRA, Muhammed, İslâm Hukûku Metodolojisi, (Çev. Abdülkadir Şener), Fecr Yayınları, Ankara, 1994.
- _____, İslâmda Fıkhî Mezhepler Tarihi, (I-IV), (Çev. Abdülkadir-Şener), Ayyıldız Matbası, Ankara, 1968-1969.
- _____, Mâlik Hayâtuhû ve Asruhû-Ârâuhû ve Fıkhıhu ve Âsâruhu, Dârul Fıkr el-Arabî, 1946.
- _____, İbn Hazm Hayatuhû ve Asruhû-Ârâuhû ve Âsâruhû ve Fıkhıhû, Matbuâtu Muhaymer, Kahire, 1954.

- _____, Usulu'l-Fıkh, Daru'l-Fikri'l-Arabi, Kahire, trz
- _____, Ahmet b. Hanbel, (çev: Osman Kesikioğlu), Hilal Yayınları, İstanbul, 1984.
- _____, Ebû Hanîfe, (Çev. Osman Kesikioğlu), Elif Ofset, İstanbul, 1981.
- _____, İmam Şâfiî, (Trc: Osman Kesikioğlu), D İ B Y, 3. Baskı, Ankara, 1996.
- EBU YUSUF, Yakup b. İbrahim el-Ensari, er-Raddü ala Siyeri'l-Evzaî, Muhakkik; Ebu'l-Vefa el-Afgani, Daru'l-Kütübu'l-İlmiyye, Beyrut, trz.
- _____, Yakup b. İbrahim, el-Harac, Daru'l-Marife, Beyrut, 1979, 182.
- ed-DÂRİMÎ, Ebû Muhammed Abdullah Abdurrahman, Sunenu'd-Dârimî, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.
- el-BERDESÎ, Muhammed Zekeriyya, Usûlu'l-Fıkh, Matbaatu Daru't-Te'ffif, Kahire, 1971, İkinci Baskı.
- EZHERÎ, Ebu Mansur, Muhammed b. Ahmed, Tehzibu'l-Luga, Daru'l-Mısıriyye, Mısır, 1964.
- FİRUZÂBÂDÎ, Ebu Tahir Muhammed b. Yakup b. İbrahim Mecduddin, Kamusu'l-Muhit, Matbaatu's-Saade, Mısır, 1913.
- GAZZÂLÎ, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, Mustasfa fi ilmi'l-usul , Beyrut, trz., c. I, s. 274.
- _____, el-Menhul min Ta'likati ilmi'l-usul, thk: Muhammed Hasan Heyto, Dimeşk, 1970.
- GENÇ , İskender, İstihsan Maslahat-ı Mürsele İlişkisi, Ankara, 1997.
- HALLAF, Abdulvahhab, Mesadiru't-Teşrii'l-İslâmi fima lâ nassa fih, Kuveyt, 1982, V. Baskı.

_____, Adulvehhab, ilm-i Usui'l-Fıkıh, (ö. 1947) Camiatu'l-Fuad Evvel, Kahire, trz. (3. baskı), s. 86.

HASEBALLAH, Ali, Usûlut'Teşrii'l-İslâmî, Dâru'l-Meârif, Mısır, 1959

HASSAN, Hüseyin Hâmid, Nazariyyetü'l Maslahatü-fi'l-Fıkhi'l-İslâmî, Mektebetü'l-Mütenebbî, Kahire, 1981.

_____, Hüseyin Hamid, El-Medhal Li Diraseti'l-Fıkhi'l-İslami, Mektebetü'l-Mütenebbi, Kahire, İkinci Baskı, 1979.

HUDARÎ, Tarihu't-Teşrii'l-İsalmi, Daru'l-Kalem, Beyrut, 1983,

_____, Muhammed, Usulu'l-Fıkıh, el-Mektebetü't-Ticariyyeti'l-Kübra, Mısır, 1969.

IBN KUDAME, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmet, Ravdatu'n-Nazır ve Cünnetü'l-Munazır, Camiatu'l-İmam Muhammed b. Mesud, Riyad 1399.

İBN ÂŞUR, Muhammed Tâhir, İslâm Hukuk Felsefesi, (çev. Vecdi Akyüz, Mehmet Erdoğan), Rağbet yayınları, İatanbul, 1999

İBN ABDİSSELAM, el-İzz, Kavaidu'l-Ahkam fi mesalihi'l-Enam, Beyrut, 1990.

İBN ABİDİN, Muhammed Emin, Reddu'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, Beyrut, 1979,

İBN HAZM, Hafız Ebi Muhammed Ali El Endülüsiyyi'z-Zahiriyyi, el-İhkam fi Usuli'l-Ahkam, thk: Şakir Ahmed Muhammed, Matbaatu's-Saadet, Mısır, 1347.

İBN MÂCE, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvîni, Sünen-i ibn Mâce, (I-II) Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.

- İBN MANZUR, Ebu Fadl Cemaluddin Muhammed b. Mükrim, Lisanu'l-Arap, Daru Beyrut, Beyrut, 1956.
- İBN NUCEYM, Zeynuddin b. İbrâhim, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Daru'l Fikr, Dımeşk, 1983.
- İBN TEYMİYYE, Kaide fi'l-Mucizat ve'l-Keramet ve Enva Havariku'l-Adat, Menar Matbaası, Kahire, H. 1349.
- İBNU'L-HACİB, Hasan Hilmi er-Rizevi, Muhtasaru'l-Münteha, by, 1307.
- KÂDÎ, Münir, Mekasidu't-Teşriî'l-İslâmî ve Eseru'l-Maslahat-ı fih, er-Risâletu'l-İslamiyye, Bağdat, sy, 7-8.
- KARAFİ, Şehabuddin ebi'l-Abbas Ahmet b. İdris b. Abdurrahman es Senhaciyi'l-Mısıryyi, thk: Ahmet Abdulmevcut Ali Muhammet Muavvid, Mektebetu'n-Nazar, Riyad, 1997, II. Baskı.
- KARAMAN, Hayrettin Anahatlarıyla İslâm Hukuku, İstanbul, 1990,.
- KASIM, Yusuf, Usulu'l-Ahkâmi's-Şeria, Daru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire, ikinci baskı, 1911,
- KEVSERİ, Muhammed Zahid, Hanefi Fıkhının Esasları, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Emel Matbaası, Ankara, 1991.
- KOCA, Ferhat, İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis, İsam yayınları, İstanbul, 1996.
- MESUD, Muhammed Halid, İslam Hukuk Teorisi, İz Yayıncılık, (ter: Muharrem Kılıç), İstanbul, 1997.
- MUHAMMED SEYYİD, Medhal, Matbaa-ı Âmire, İstanbul, 1333.
- MÜSLİM, Ebu'l Hüseyin b. Haccac el-Kuşeyrî, el-Câmius-Sahîh, (I-II), Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.

- NESÂÎ, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb, Sünen-i Nesâî, (I-VIII), Çağrı Yayınları, İstanbul, 1992.
- NESEFÎ, Abdullah b. Ahmet Hafuziddin Ebu'l-Berekat, Keşfu'l-Esrar Ale'l-Menar Fi'l-Usul, Matbaatu'l-Kübra, Mısır, 1312.
- NESİB, Seyyid Hanefî Fıkhının Esasları, Daru'l-Hikmeti'l-İslamiyye, Evkaf-ı İslamiyye Matbaası, 1337.
- R. PARET, İstihsan Istıslah, M.E.B. İslâm Ansiklopedisi,
- REBÎA, Abdulaziz b. Abdurrahman el-Amelu bi'l-Maslaha, “*er-Risâletu'l-İslamiyye*”, Bağdat, sy. 8,
- SCHACHT, Joseph, An İntrodustion to İslâmîc Law, Oxford, London, 1964.
- _____, The Origins of Mohammedan Jurisprudence Universty Pres, Oxford, London, 1950.
- SERAHSÎ, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b.Ebî Sehl, Usulu's-Serahsî, Daru'l-Marife, Beyrut, 1973.
- ŞA'BAN, Zekiyüddin, İslâm Hukuk İlminin Esasları, (trc: İbrahim Kâfi Dönmez),
- ŞATIBÎ, “İslâm Hukûkunda Maslahat ve Mefsedef Anlayışı”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. XVIII, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1972.
- _____, Ebu İshak İbrahim b. Musa b. Muhammed, el-İ'tisam, Matbaatu Mustafa Muhammed, (by),(ty).
- _____,el-Muvafakat fi usuli'ş-Şeria, daru'l-Marife, Beyrut, 1997, 3. baskı.
- ŞELEBÎ, Muhammed Mustafa, Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmî, ed-Daru'l-Camiiyye, IV. Baskı, Beyrut, 1983.

- _____, Muhammed Mustafa, Ta'liku'l-Ahkam, Mısır, 1947.
- ŞENER, Abdulkadir, Kıyas İstihsan Istıslah, DİBY, Elif Matbaacılık, Ankara, 1974.
- TİRMİZÎ, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ, Sünenü't-Tirmîzî, (I-V), Çağrı Yayınları, İstanbul, 1324.
- YAVUZ, Yunus Vehbi, “*Hanefi Müçtehitlerinde İstihsan Metodu*”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, sy. 1, c.1, 1986.
- ZERKÂ, el-Fıkhü'l-İslami, fi sevhîbi'l-Cedid, Dımaşk, 1964.
- _____, el-Istıslâh ve'l-Masâlihi'l Mürsele fi'ş-Şerâti'l İslâmiyye, Darul Kalem, Dımeşk, 1988.
- _____, Mustafa Ahmed, el-Medhalu'l-Fikhi'l Âmme, Daru'l Fikr, Dımeşk, 1967-1968.
- _____, el-Maslahatü fi't-Teşrîi'l-İslâmî ve Necmettin et-Tûfî, Daru'l Fikr el-Arabî, Kahire, 1954.
- _____, Mustafa, Felsefetü'l İbâdâti'l-İslâmî, Daru'l Ulûm, Kahire, 1975.
- ZEYDAN, Abdülkerim, el-Vecizü fi-Usuli'l-Fıkh, Dersaadet, by. trz.
- ZÜHAYLÎ, Vehbe, Usûlu'l Fikhi'l İslâmiyye, Daru'l Fikr, Dımeşk, 1986.

ÖZET

Yamuk, Mustafa, İslam Hukuk Usulünde İstihsan İle Maslahat-I Mürsele Arasındaki İlişki, Yüksek Lisans Tezi, Danışman, Prof. Dr. Şamil Dağcı, 116 s.

Bu tez giriş, iki bölüm ve sonuçtan oluşmaktadır.

Tezin birinci bölümünde, İstihsan ve maslahat-ı mürsele kavramları, çeşitleri huccet değerleri incelenmiştir.

İkinci bölümde ise İslam hukuk ekollerinin bu iki kavramı nasıl anladıkları ve uyguladıkları karşılaştırılmalı olarak incelenmiştir. İki kavram ve çeşitleri arasında yakın bir bağın olduğu ortaya konmuştur. Zaruret prensibinin hem istihsana hem de maslahata kaynaklık yaptığı ifade edilmiştir.

Sonuç bölümünde ise bu iki delilin insanların problemlerini çözmede çok önemli katkı sağlayacağı yazar tarafından ifade edilmiştir.

ABSTRACT

Yamuk, Mustafa, The Relationship Between Istihsan And Maslahat-ı Mürsele İn The Methodology Of İslamic Jurisprudence, Master's Thesis, Advisor: Prof. Dr. Şamil Dağcı, 116 p.

This thesis consists of two chapters as well as an introduction and a conclusion.

In the first chapter, the author deals with the conceptions of “istihsan” and “maslahat-ı mürsele” along with their sorts and argumantative values.

The second chapter dwells on how the İslamic law schools regard and apply these two in a comparative manner. It is cocluded that there are close relationship between them and their sorts. That “zaruret” principle is the source of both is stated.

In the conclusion, the author says that both conceptin are of vital importance to solve the problems with which people may face.