

HİCRÎ II. YÜZYILDA İSTİHSÂN VE MASLAHAT KAVRAMLARI

Şükrü ÖZEN*

ISTIHSAN AND MASLAHAT CONCEPTS IN SECOND CENTURY AFTER THE HEGIRA

The formative period of Islamic legal methodology, i.e. the second century after the Hegira, witnessed the emergence of some new concepts and terms. The concept that was established on an ad hoc basis to overcome the challenges, which the strict reasoning (*qiyas*) causes, was named as *istihsan*. The classical sources mention that Abu Hanifa introduced the term *istihsan* to the Islamic legal thought. Although we do not know his definition of this technical term, there are some explanations narrated from him in the works of his disciples such as Abu Yusuf and al-Shaibani, and in the works of al-Shafii who was an opponent of *istihsan*. In this article, depending on the early sources, I argue that the principle of *istihsan* has already existed as part of the actual reasoning of the jurists before Abu Hanifa, and I try to explore the meaning of this principle when it emerged.

I. EBÛ HANİFE'DE İSTİHSÂN

1. KAVRAMIN ORTAYA ÇIKIŞI

Klasik kaynaklar umumiyetle istihsânın Ebû Hanîfe ile başladığını ve onun adıyla tanındığını kaydederler.¹ İstihsânın III. asırda² (= nesilde) ortaya çıktığını³ belir-

* Doç. Dr., TDV. İslam Araştırmaları Merkezi, s.ozen@lycos.com

¹ Ebû Abdullah Hüseyin b. Ali es-Saymerî, *Albâru Ebî Hanîfe ve Ashâbîhi* (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî), Haydarâbâd 1976, s. 12; Ebûl-Hasan Ali b. Muhammed el-Mâverdî, *Edebü'l-Kâdî* (nşr. Muhyî Hilâl es-Serehân), Bağdat 1391/1971, I, 650; İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *Mûlâhıhasu lûbâli'l-Kıyâs ve'r-Re'y ve'l-İstihsân ve't-Taklîd ve't-Ta'îl* (nşr. Saîd el-Efgânî), Dimaşk 1379/1960, s. 5, 9; Ebû İshâk İbrâhîm b. Ali eş-Şîrâzî, *Şerhu'l-Lüma'* (nşr. Abdülmecîd Türki), Beyrut 1408/1988, II, 979; İmâmü'l-Haremeyn Ebû'l-Meâlî Abdülmelik b. Abdullah el-Cüveynî, *Kitâbü't-Telûs fi Usûli'l-Fıkıh* (nşr. Abdullah Cevlem en-Nîbâlî – Şübbeyr Ahmed el-Ömerî), Beyrut 1996, III, 310; Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî, *el-Müstasfâ min İlmi'l-Usûl*, Bulak 1325, I, 274; Muhammed b. Ali eş-Şevkânî, *İrşâdu'l-Fulûl ilâ Tahkîki'l-Hak min İlmi'l-Usûl*, Beyrut 1399/1979, s. 240.

² İbn Hazm asır kelimesini yüzyıl anlamında değil nesil anlamında kullanmaktadır. Ona göre IV. asır hicrî yıl olarak 140'lardan sonra tekabül etmektedir (bk. *el-İfakâm fi Usûli'l-Ahkâm*, nşr. Ahmed Muhammed Şâkir, Beyrut

ten İbn Hazm (ö. 456/1063): "Ebû Hanîfe'den önce istihsânı kabul eden hiç kimse bilmiyoruz. Nadiren Mâlik'in de istihsânı olmuştur. 'Bu konuda kıyas şudur, ama bunun hilâfını iyi görüyoruz' diyorlar" şeklinde bir açıklama getirir.⁴ Ancak İbn Hazm'ın bu tespitinin istihsân teriminin ortaya çıkışı ve kıyas terimine mukabil kullanımıyla ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Zira bizzat kendisi re'y ve istihsân terimlerini aynı manayı ifade eden lâfızlar olarak görür ve re'y kavramını hüküm verirken en yararlı, en ihtiyatlı ve sonuçta en sâlim olanı esas almak ve *istihsân* kavramını da kişinin kendi re'yi ile bunlar arasından birini benimsemesi şeklinde anlar⁵ ve sahâbeden re'y, istihsân ve tercihe (= *ihtiyâr*) dayalı pek çok hüküm rivayet edildiğini belirtir.⁶

Araştırmalar göstermektedir ki her ne kadar Irak ekolünden önce istihsân terimi⁷ kullanılmamış ise de prensip ve kavram sahâbede mevcut idi. Nitekim sahâbe döneminde verilen fetvâlar ve mahkeme kararları incelendiğinde re'y kapsamında istihsân kavramı altına girebilecek hüküm ve uygulamaların bulunduğu görülmektedir. Meselâ Hz. Ömer döneminde köle annelerin (= ümmü veled) satışının, belli durumlarda Ehl-i Kitap kadınlarıyla evlenmenin ve mut'a nikahının yasaklanması, bir defada verilen üç talâkın geçerli sayılması gibi medenî hukuk; kıtlık zamanı hırsızların ellerini kesilmemesi, içki içmeye had cezası getirme ve evlilerin recminde sertlik gösterme gibi ceza hukuku alanında yeni düzenlemeler getirildi. Bu kararların alındığı ortamlar kamu yararı, hakkaniyet yahut daha başka benzer nedenlere dayanılarak yerleşmiş muayyen bir kaidenin dışına çıkmayı gerektirir.⁸ Şâtıbî (ö. 790/1388) işte bu tür sahâbe uygulamalarının mürsel maslahat ve istihsân terimleri altına gireceğini söyler.⁹ Çünkü bütün bu örneklerde şartların değişmesiyle ortaya çıkan yeni durumun icabına göre hukukî kural değiştirilmektedir.



1403/1983, VI, 146). Nitekim Ebû Hanîfe'nin 150 yılında vefat ettiği göz önüne alınınca İbn Hazm'ın bu sözü yerine oturmaktadır.

³ İbn Hazm, *Mütafâhıs*, s. 5.

⁴ İbn Hazm, *a.g.e.*, s. 9. Bir rivayete göre İbn Hanbel "Ebû Hanîfe'nin taraftarları 'bunu istihsân ediyoruz ve kıyası terk ediyoruz' diyor, hak olduğunu düşündükleri şeyi istihsânla terk ediyorlar. Ben gelen her hadisi kabul eder, ona kıyas etmem" demiştir. Bk. Âlû İbn Teymiye, *el-Müsvvedde fi Usûli'l-Fıkı*, Kahire 1983, s. 403.

⁵ İbn Hazm, *el-İlâkâm*, VI, 16 ve VII, 113.

⁶ İbn Hazm, *a.g.e.*, VII, 118.

⁷ İbn Mes'ûd'dan rivayet edilen "Mü'minlerin iyi gördüğü Allah katında da iyidir ve mü'minlerin kötü gördüğü Allah katında da kötüdür" sözü istihsân teriminin başka bir söyleyiş biçimiyle (raâ hasenen) ifadesidir denebilir. Rivayetin kaynakları için bk. İbn Abdilber, Ebû Ömer Yûsuf en-Nemerî *Câmi'u Beyâni'l-İlm ve Fadlîh ve-mâ Yenbegî fi Rivâyetihi ve Hamlih*, Dârul-Erkâm, 1398/1978, I, 60; Hatîb el-Bağdâdî, Ebû Bekir Ahmed b. Ali, *el-Fakîh ve'l-Mütefakkîlî* (nşr. İsmâîl el-Ensârî), Beyrut 1400/1980, I, 167; İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemseddin Ebû Abdullah Muhammed b. Ebû Bekir, *İ'lâmü'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemin* (nşr. M. Muhyiddîn Abdülhamîd), Beyrut 1977, IV, 138. Şeybânî kendisinin rivayet ettiği *Muvatta'* da (nşr. Takiyyüddîn en-Nedvî, Bombay-Dimaşk 1412/1991, I, 630) bu sözü temrîz sigasıyla Hz. Peygamber'e nisbet eder. Ayrıca Cessâs (Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, nşr. Uceyl Câsim en-Neşemî, Küveyt 1985-89, IV, 227) hadis olabilir dediği bu sözü istihsân lehine bir delil olarak kullanılmıştır. Serahsî (Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed, *el-Usûl*, nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî, İstanbul 1984, II, 207) ise doğrudan Hz. Peygamber'in bir hadisi olarak zikreder ve bu ibareyi İbn Mes'ûd'un sıkça kullandığını belirtir. Rivayet hakkında geniş bilgi için bk. Abdülhay el-Leknevî, *et-Ta'likü'l-Mümecced alâ Muvattai Muhammed* (asıl ile birlikte nşr. Takiyyüddîn en-Nedvî), Bombay-Dimaşk 1412/1991, I, 630-635.

⁸ Ahmad Hasan, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, İslâmbad 1970, s. 145; Ali Hasan Abdülkâdir, *Nazratün Âmnetün fi Târîhi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire 1965, s. 57-77, 219. Hz. Ömer döneminde efendisinin malını çalan kölenin elinin kesilmemesi ile ilgili İmam Şâfi'nin yorumu için bk. Muhammed b. İdrîs eş-Şâfi, *İltilâfü Mâlik* (*el-Üm ile birlikte nşr. Muhammed Zührî en-Neccâr*), Beyrut 1973, VII, 233.

⁹ Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ eş-Şâtıbî, *el-Muvâjakât fi Usûli's-Serîa* (nşr. Abdullah Drâz), Kahire 1395/1975, IV, 5.

Sahâbe döneminde istihsânın varlığına ilişkin tartışmada Şâfiîler, doktrindeki görüşlerine uygun olarak, sahâbenin istihsâna dayalı hüküm vermediklerini savunurlar. Mezhebin ileri gelenlerinden İmam Gazzâlî'ye (ö. 505/1111) göre sahâbe delilsiz ve hüccetsiz hüküm verme demek olan istihsânı yasaklama noktasında icmâ etmiştir. Başlarına pek çok hâdisе geldiği halde onlar nasların zâhirlerine ve benzerlerine bağlı kalmışlar ve hiçbiri "iyi gördüğüm için bu şekilde hüküm verdim" dememiştir. Böyle bir şey demiş olsaydı ona karşı sert çıkarlar ve "Sen kimsin ki istihsânın şeriat olsun ve sen bize şâri' (kanun koyucu) olasın?" derlerdi. Muâz b. Cebel de Yemen'e gönderildiğinde hüküm verirken istihsân yaparım dememiş, sadece Kitap, Sünnet ve ictihada başvuracağını söylemiştir.¹⁰ Ancak Gazzâlî bir başka yerde "Kıyası vazetmiş olsalar ve kendi re'yleriyle doğru görerek ve kendiliklerinden icat etselerdi (= *lev vadau'l-kuyâse ve ihtera'û istisvâben bi-re'yihim ve min indî enfüsühim*), hak ve uyulması gerekli' bir şey yapmış olurlardı. Allah, Muhammed (sa) ümmetini hatada birleştirmez. Dolayısıyla onların dayanaklarını aramamıza gerek yoktur"¹¹ diyerek az önceki görüşüne aykırı düşmüştür.

2. İSTİHSÂN TERİMİNİN MÜCİDİ

İstihsân kelime olarak "bir şeyi iyi saymak, hoş bulmak, beğenmek" anlamında kullanılmaktadır. Dil açısından, başkalarının öğrenç dahi olsa insanın arzu (=hevâ) edip meylettiği şey anlamı taşır.¹² Hevâ ise bir delil bulunmaksızın nefsin istediği, arzulanı şeydir.¹³ İstihsân bu anlamlar yanında bir şeyin iyi olduğunu bilmek ya da sanmak anlamlarına da gelir.¹⁴ Ayrıca bir şeyi istihsân etmek demek onun iyi olduğuna inanmak demektir ki *istikbâh* kelimesinin yani bir şeyi çirkin bulmanın zıttıdır. Yahut uymak için en iyiyi aramak demektir. "Sözü işitip en iyisine uyan kullanımı müjdele"¹⁵ âyetiyle emredilen budur.¹⁶ İstihsân teriminin kullanılmaya başladığı dönemlerde nadir de olsa zıttı olan *istikbâh* kelimesi de kullanılmaktaydı.

Oryantalistlerden Goldziher kaynakların verdiği bilgilerden hareketle istihsân prensibini kuranın bizzat Ebû Hanîfe olduğunu savunur. Bir başka oryantalist Schacht ise istihsânın Iraklıların fiili akıl yürütmelerinin bir parçası olarak Ebû Hanîfe'den önce zaten var olduğunu ve onu ifade eden teknik terimin ilk olarak Ebû Yûsuf zamanında ortaya çıktığını söyler.¹⁷

Schacht'ın bu ifadesi gerçeği kısmen yansıtmaktadır. Hakikaten onun belirttiği gibi fikhın gelişim sürecinde kavramsal çerçeve ile bu çerçevenin ifadesi olan terminolojinin ortaya çıkışı arasında bir zaman aralığı var olmuş; bir çok kavram gibi istihsân da anlatımı için standart, teknik bir ifade tarzı kazanmadan uzun süre bir metot olarak

¹⁰ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, I, 278-279.

¹¹ Gazzâlî, *a.g.e.*, II, 253.

¹² Teftâzânî, *et-Telvîh*, II, 572.

¹³ Şîrâzî, *Şerhu'l-Lüma'*, II, 1092.

¹⁴ Ebû'l-Hüseyn Muhammed b. Ali b. et-Tayyib el-Basrî, *el-Mu'temed fi Usûli'l-Fıkı*, Beyrut 1983, II, 297.

¹⁵ ez-Zümer 39/17.

¹⁶ Serahsî, *Usûl*, II, 200; ayrıca bk. Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer ed-Debûsî, *Takvîmü'l-Edille* (nşr. Halil Muhyiddin el-Meys), Beyrut 2001, s. 404.

¹⁷ Schacht, Joseph, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1975, s. 112. Mu'tezile'den Ebû'l-Hüseyn el-Basrî (bk. *el-Mu'temed*, II, 295) istihsânı Ebû Hanîfe'ye nispet etmeksizin: "Ebû Hanîfe'nin taraftarlarının istihsân ile görüş ileri sürdükleri hikâye edilmiştir" der. Şevkânî de bazı Hanefîlerin Ebû Hanîfe'nin istihsânı kabul ettiği rivayetini reddettiklerini söyler (bk. *İrşâdü'l-Fuhûl*, s. 240). Bu söz ihtilafı olan istihsân tanımı için doğru kabul edilebilirse de Ebû Hanîfe'de ne anlamda olursa olsun asla istihsân kavramının mevcut olmadığı iddia ediliyorsa bu tarihî vâkıya tamamen aykırı düşer.

kullanılmıştır.¹⁸ Zira yukarıda değinildiği üzere sahâbe ve tâbiînden gelen bazı örnek uygulamalar istihsânın onlar tarafından kullanılan bir yöntem olduğunu ortaya koymaktadır. Öte yandan aşağıda anlatılacağı üzere Ebû Hanîfe'den önce vefat eden resmî devlet memuru İbnü'l-Mukaffa' (ö. 142/759) kavram olarak istihsândan söz etmiştir. Ancak Schacht'ın terimin kullanımının Ebû Yûsuf'la başladığı iddiası sırf eseri günümüze gelmiş müellifler açısından doğru olsa bile klasik İslâm kaynaklarında bu terimi ilk olarak Ebû Hanîfe'nin kullandığı yolunda yer alan ifadeleri yalanlamanın mantıklı bir gerekçesi olamaz. Üstelik Hanefî mezhebi âlimlerinin aleyhte söylenenleri cevaplama yönünde oldukça sıkıntıya düşmelerine rağmen böyle bir şeyi yalanlamaları göz önüne alındığında bu iddianın tamamen destekten yoksun olduğu ortaya çıkmaktadır. Bütün bunlar bir yana Ebû Yûsuf kendisi ve hocasının aynı düşündüklerini belirttiği bir akıl yürütmeyi *istihsân* olarak niteler ve burada kıyasa aykırı hüküm verildiğini ifade eder.¹⁹ Keza Taberî bir konuda Ebû Hanîfe'nin "bunu istihsân ediyor ve şunun yerinde görüyorum" (*estahsinü hâzâ ve erâ bi-menzileti*) dediğini,²⁰ bir başka konuda Ebû Hanîfe ve öğrencisi Şeybânî'nin "istihsân ediyoruz" (*nestahsinü*)²¹ ve bir başka yerde de Ebû Hanîfe ile taraftarlarının verdikleri bir hüküm hakkında "bu istihsândır, burada kıyas şudur" dediklerini²² kaydeder. Birinci örnek ayrıca enteresandır; çünkü istihsânın genellikle kıyası terk etme olarak yorumlanmasına karşın istihsân sebebinin bir kıyas olabileceğini göstermektedir.

Ebû Hanîfe'nin ayrıca istihsân kelimesiyle eş anlamlı başka ifadeler kullandığı görülmektedir. Meselâ "ehabbu ileyye = bence daha hoş"²³ ifadesini kullanır. Bir başka yerde ise "Cuma günü gusletmek iyidir (hasen); insanlara vacip değildir" demiştir.²⁴ İstihsân kelimesinin zıttı olan istikbâh kelimesini de kullanmaktadır. Nitekim o, nikah akdinde kadına verilen mehre naslarda bir sınırlama getirilmemiş olduğu halde hırsızlık suçu dolayısıyla elin kesilebilmesi için gerekli olan miktara kıyasla, mehri asgarî on dirhemle sınırlamıştı. Bu durum öğrencilerinden birine sorulunca "kadının az bir şeyle mubah olmasını çirkin gördük (istakbahnâ)" demiştir.²⁵

Cessâs'ın (ö. 370/980) da ifade ettiği üzere her ilim ve sanatın mensupları o ilme ilişkin başkalarının bilmediği bir inceliğe, bir ayrıntıya ve kapalı bir manaya vâkıf olur da onu açıklamak ve dinleyicilere anlatmak isterse, o bilgi için onu ifade eden ve anlatan isimler türetmeleri kaçınılmazdır.²⁶ Bu bakımdan Ebû Hanîfe de gerek tâbiîn ve gerekse kendi yaşadığı dönemlerde hararetle tartışmalara neden olan kıyas kavramının olumsuzluklarını gidermek için yeni bir çözüm bulmuş ve bunu ifade etmek üzere "istihsân" kelimesini kullanmıştır diyebiliriz.

¹⁸ Zafar İshaq Ansarî, "Islamic Juristic Terminology Before Shâfi'i: A Semantic Analysis With Special Reference to Kûfa", *Arabica*, XIX/3 (Leiden 1972), s. 299.

¹⁹ Ebû Yûsuf Ya'kûb b. İbrâhîm, *Kitâbü'l-Harâc*, Beyrut 1979, s. 182.

²⁰ Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr et-Taberî, *İhtilâfü'l-Fukahâ*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut ts., s. 247.

²¹ Taberî, *a.g.e.*, s. 232.

²² Taberî, *a.g.e.*, s. 239.

²³ Taberî, *İhtilâfü'l-Fukahâ*, s. 188.

²⁴ Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî, *el-Hüccetü alâ Ehli'l-Medîne* (nşr. Es-Seyyid Mehdî Hasan el-Klânî el-Kâdirî), Âlemü'l-Kütüb, Beyrut ts. (Haydarâbad 1965'ten ofset), I, 279. İbrahim en-Nehaî'den gelen benzer bir rivayet için bk. a.mlf., a.e., I, 282, 285.

²⁵ Şâfiî, *İhtilâfü Mâlik*, VII, 223.

²⁶ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 228.

3. EBÛ HANÎFE'NİN ÇAĞDAŞLARINDA İSTİHSÂN

İmam Ebû Hanîfe'nin çağdaşlarından istihsân kavram ve terimini kullananların bulunduğu dair kaynaklarda bazı kayıtlar yer almaktadır. Ömer b. Abdülazîz (99-101 / 717-720) döneminde Basra kadılığı yapmış olan Ebû Vâsile İyâs b. Muâviye (ö. 122/740) "İnsanlar iyi hal içinde oldukları sürece kararlarınızı kıyasa göre verin; fesat çıkarırlarsa istihsânda bulunun"²⁷ demek suretiyle hâkimlere kanunî yolların kötülükleri önlemede yetersiz kalması halinde istihsân prensibini önermektedir ki burada hukukun gerçekleşmesi için takdir yetkinizi kullanarak çareler arayın demiş olmaktadır. Yine İyâs b. Muâviye'nin "Gördüm ki mahkemede verilecek karar insanların iyi gördükleridir"²⁸ sözü de bu bağlamda değerlendirilebilir.

İkinci Abbâsî halifesi Ebû Ca'fer el-Mansûr (136-158 / 754-775) döneminde kâtiplik görevinde bulunan İbnü'l-Mukaffa', muhtemelen hicrî 140 (757) yılı civarında yazıp halifeye sunduğu bir ıslahat programı niteliğindeki *Risâle fi's-Sahâbe* adlı eserinde kıyasın kendine has fonksiyonunun ve sınırlarının genel, ama teknik olmayan bir tanımını ile katı sistematik akıl yürütmenin istenmeyen sonuçlarını bertaraf edebilecek olan re'y ve istihsânın hususî kullanımını verir,²⁹ ancak bu hususî terimi kullanmaz. Ona göre kıyasa sıkı sıkıya daima bağlı kalınması ihtilâfa neden olur. Çünkü din ve hüküm konularında kıyasa bağlı kalıp ondan hiç ayrılmak istenmezse çıkmazlara düşülür, şüpheler üzerinde yürünür, bilinen ve görülen çirkinliğe göz kapatılır ve kıyasın terk edilmesi istenmediğinden onu bırakma asla düşünülemez. Oysa kıyas ancak iyiliklere götürdüğü sürece kullanılacak bir delildir; götürdüğü şey iyi ve güzel (= *hasen* ve *ma'rûf*) ise uygulanmalı, kötü ve nahoş (= *kabîh* ve *müstenker*) bir şey ise terk edilmelidir. Çünkü arayış içinde olan kimse doğrudan kıyasın kendisini değil; bilâkis iyi ve güzel olanı, kişileri hakka ulaştıran şeyleri aramaktadır. Bir şey insanlara dürüst (= *müstakîm*) geliyorsa doğru olan odur; kıyaslara itibar edilmez. Meselâ ona göre bir adam "bana doğru söylememi ve hiç yalan söylemememi mi emrediyorsun?" diye sorduğunda verilecek cevap evettir. Ama bu kişi bunun her yerde genel geçer bir kural olup olmadığını anlamak için "şu şu konuda doğru söylemeli miyim?" diye sorularını sürdürür ve sonunda "zulmen öldürmek için kaçmakta olan bir adamın peşine düşen biri bana onun ne tarafa kaçtığını sorduğunda ona doğruyu söylemeli miyim?" diye sorarsa o zaman kuralı bozmalı, üzerinde görüş birliği sağlanmış iyi ve güzel olanı yapmalıdır.³⁰

²⁷ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 229; İbn Ferhûn, İbrâhîm b. Ali, *Keşfü'n-Nikâbi'l-Hâcib min Mustalâhi'bnî'l-Hâcib* (nşr. Hamza Ebû Fâris – Abdüsselâm eş-Şerîf), Beyrut 1990, s. 126; Bedreddîn Muhammed b. Behadır ez-Zerkeşî, *el-Bahru'l-Mufîit fi Usûli'l-Fıkhi* (nşr. Abdülkâdir Abdullah el-Ânî), Kuveyt 1992, VI, 88. İbn Hazm'ın rivayetine göre bu İyâs b. Muâviye kıyasa karşı olanlardandı. Yine onun rivayetine göre meşhûr Arap filoloğu el-Esmâ'îye "Halîl b. Ahmed kıyası reddediyor" dediğinde cevabı "O bunu İyâs b. Muâviye'den almıştır." oldu. bk. *el-İhkâm*, VIII, 34; İbn Kayyim, *İ'lâm*, I, 255. Her ne kadar İbn Hazm bu rivayeti, fikhî kıyası reddedenleri sıralarken kaydediyorsa da yalnız Halîl'in bir filolog olduğu göz önüne alındığında burada kıyasın gramerde geçersizliği ilkesi de anlaşılabilir ki bu, İyâs'ın fikhî kıyası reddetmediği anlamına gelebilir. Öte yandan İbnü'n-Nedîm'in (Ebû'l-Ferec Muhammed b. İshâk, *el-Fihrist*, Beyrut 1398/1978, s. 64), Halîl'in nahiv meselelerini ortaya koymak ve kıyası tashih konusunda zirve noktada olduğunu belirtmesi bu rivayete kuşkuyla bakılmasını gerektirir. Nitekim İbn Hazm (*Mulâhhas*, s. 177) "Halîl nahivde kıyasa baş vururdu" rivayetine karşı "Onun bu kıyasa kesin gözüyle bakmadığı ve bir zan olarak telâkki ettiği sahih yolla aktarılmıştır" demek durumunda kalır.

²⁸ Cessâs, *a.g.e.*, a.y.

²⁹ Schacht, *Origins*, s. 102-103.

³⁰ İbnü'l-Mukaffa', Abdullah, *Risâle fi's-Sahâbe (Cemheretü Resâilil-Arab fi 'Usûri'l-Arabiyyeti'z-Zâhire* içinde nşr. Ahmed Zekî Safvet), Beyrut 1966, IV, 40-41.

İbnü'l-Mukaffa'nın kıyas iyi ve âdil sonuca ulaştırdığı sürece geçerli kabul edilmeli, kötü bir sonuca götürdüğünde de bırakılmalıdır düşüncesinin istihsân prensibine dayalı olarak kıyası terk eden Ebû Hanîfe'nin anlayışıyla paralellik arz ettiğinde kuşku yoktur. Bu konuda kimin kimden etkilendiği açık değilse de adı re'y, kıyas ve istihsân kavramlarıyla birlikte anılan Ebû Hanîfe'nin bir önceliğinden söz edilebilir.

Görüldüğü üzere hemen hemen eş zamanda gerek fakihlerin temsil ettiği akademik çevreler ve gerekse uygulayıcı durumunda olan kadılar ve siyâsiler kıyasın yetersiz kaldığını yahut âdil olmayan bir sonuca götürebildiğini tespit etmişler ve bu sonuçtan kaçınmak için istihsân metodunu önermişlerdir.

4. EBÛ HANİFE'YE GÖRE İSTİHSÂN KAVRAMI

Şâfiî'nin hakkında "insanlar kıyas ve istihsân konusunda Ebû Hanîfe'nin aile fertleri sayılır"³¹ dediği Ebû Hanîfe istihsânın şer'î hükümleri icap ettiren bir hüccet olduğunu söylemiş,³² ama maalesef kendisinden bu kavramın ne anlam taşıdığı³³ ve hangi şartlarla meşrû bir delil olduğuna dair hiçbir açıklama gelmemiştir. Çünkü Iraklı ilk fıkıhçılar istihsân prensibini niçin tatbik ettiklerinin sebeplerini genellikle vermezler. Bu yüzden yerleşik bir kaideden ayrılmalarındaki amacın tabiatı ve sebepleri kesin olarak bilinemez. İstihsân hakkında kaynakların bize verdiği malzeme onların kıyası, kamu yararının yanı sıra, belli bir hadis yahut kendi bölgelerinde yaygın olan bir örf dolayısıyla terk ettiklerini gösterir. Onlar belli bir hadisin yahut belli bir örfün kamuya kıyastan daha çok yararlı olduğunu düşünürler.³⁴

İstihsânı Ebû Hanîfe'ye nispet ederek ilk defa onun tanımını yapan Şâfiî ile bir Mürciî (Mu'tezilî)-Hanefî³⁵ olan ünlü kelâmcı Bişr b. Gıyâs el-Merfî (ö. 218/833) olmuştur. Onların verdiği tanıma göre istihsân *insanın bir delile dayanmadan kendi re'yi ile iyi gördüğünü esas alarak kıyası terk etmesidir*.³⁶ Ancak bu Ebû Hanîfe'nin bizzat kendisinden aktarılmış bir tanım olmayıp Zerkeşî'nin (ö. 794/1392) de belirttiği üzere Şâfiî'nin onun sözlerinden anladığıdır.³⁷ Sonraki Hanefîlerin ihtilâfa düştüklerini ve bu yorumu reddettiklerini kaydeden³⁸ Şîrâzî'ye (ö. 476/1083) göre bu rivayet doğrudur. Çünkü Ebû Hanîfe delil bulunmayan bir yerde istihsân ifadesini kullanmıştır. Bir zina olayına tanıklık eden dört kişiden her biri zina eden adamın zina fiilini odanın ayrı ayrı köşele-

³¹ Saymerî, *Alfââr*, s. 112.

³² Mâverdi, *Edebü'l-Kâdi*, I, 650.

³³ Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul 1989, s. 194. Kaynaklarda Ebû Hanîfe'nin öğrencisi Muhammed eş-Şeybânî'nin *Kitâbü'l-İstihsân* adlı bir eserinin var olduğu zikredilmektedir (İbnü'n-Nedîm, *Fihrist*, s. 288. Alıntılar için bk. Serahsî, *Usûl*, I, 328, 332, 336, 370, 372; II, 22, 24, 25). Ancak bu eserden yapılan alıntılarda haber-i vâhid olan hadislerle amel etme gereğinden ve onların bazı şartlarından; fikhî meselelerde fâsık, kâfir, çocuk, bunak durumunda olan insanların verdiği haberlerin değerinden söz edildiği halde kavram hakkında bir açıklama yer almamaktadır. Eser haber-i vâhidin delil olması gibi usûlü ilgilendiren konulara temas etmiş olsa bile muhtemelen metodolojik bir eser olmayıp sonraki dönemlerde fikh kitaplarında yer alan "istihsân ve kerâhiye" bölümleri türünde bir eserdir. Serahsî'nin *Usûl*'ünde söz konusu eserden yapılan alıntılarla *el-Mebsûl*'ta yer alan *Kitâbü'l-İstihsân* bölümündeki hükümlerin karşılaştırılması bunu doğrulamaktadır (bk. Serahsî, *el-Mebsûl*, İstanbul 1983, X, 145).

³⁴ Ahmad Hasan, *Early Development*, s. 146.

³⁵ Saymerî (*Alfââr*, s. 156), Bişr'in Ebû Yusuf'un öğrencisi olduğunu, kelâm ilmiyle şöret yapması ve bu ilme aşırı ilgisi nedeniyle insanların ondan yüz çevirdiğini ve ünlü Mürciî Hüseyin en-Neccâr'ın mezhebini ondan öğrendiğini yazar.

³⁶ Şîrâzî, *Şerhu'l-Lüma*, II, 969.

³⁷ Zerkeşî, *el-Baîr*, VI, 94.

³⁸ Şîrâzî, *a.g.e.*, II, 969.

rinde yaptığına tanıklık etmesi halinde Ebû Hanîfe "İstihsâna dayanılarak tanıklıkları kabul edilir ve had cezası uygulanır" demiştir. "Niçin?" diye sorulunca da "Çünkü adam odanın ortasında fiili gerçekleştirmiş ve her biri de kendi bulunduğu köşeye daha yakın görmüş yahut zânî kadını bir köşeden diğer köşeye sürüklemiş olabilir" diye cevaplamıştır. Böyle bir cevap Şîrâzî'ye göre delil olamaz; olsa olsa delilsiz olarak ileri sürülen bir istihsân olabilir.³⁹ Hanefîlerin istihsânın tanımı üzerinde ihtilâf ettiklerini söyleyerek yedi ayrı tanım sıralayan Zerkeşî de yedinci olarak bu tanımı verir; kelimenin zâhir anlamının da bunu ifade ettiğini belirterek bu tanımın çirkin bir anlam taşıması nedeniyle bu yorumu Hanefîlerin inkar ettiklerini söyler ve sonuç olarak Ebû Hanîfe'den gelen bu rivayetin doğru olduğunu vurgular.⁴⁰ İbn Hazm'ın iddiasına göre Ebû Hanîfe ve Mâlik'e yakın dönemde anlaşıldığı şekliyle istihsân kendilerinin daha ihtiyatlı, daha hafif yahut âdetlere ve bilinenlere daha yakın yahut da şenâatten daha uzak gördükleridir. İbn Hazm bunu nefislerin hoşuna giden şey anlamına indirger.⁴¹ Yine onun yaptığı bir diğer tanıma göre istihsân "kişinin yalnızca iyi gördüğüyle fetvâ vermesidir."⁴² Kâdî İyâz'ın (ö. 544/1149) belirttiğine göre de bazıları Ebû Hanîfe'nin istihsânını "delilsiz görüş ileri sürme eğilimi" olarak tanımlamışlardır.⁴³

Bütün bu aykırı yorumları haklı bulmayan Ebû'l-Hüseyn el-Basrî'nin (ö. 436/1044) "görüşün sahipleri, seleflerinin maksatlarını daha iyi bilirler" diyerek⁴⁴ Ebû'l-Hasan el-Kerhî (ö. 340/951) gibi sonraki Hanefîlerin ortaya koydukları tanımı desteklemesi ilke olarak doğru olmakla birlikte burada gerçekleşen bir durum gibi gözükmemektedir. Evvelâ görüşün sahipleri dediği Hanefîler bir tek tanım ortaya koymamışlardır. Öte yandan başta Şâfiî olmak üzere istihsân muhaliflerinin boş yere, anlamadıkları bir kavrama yüklendikleri iddia edilmiş olmaktadır. Bilhassa istihsânla ilgili bize kadar ulaşan ilk açıklamaların sahibi Şâfiî'nin kendi dönemindeki bir kavramı bilmediği ve böyle olduğu halde redde kalkıştığı mantıklı gözükmemektedir.

İstihsân (=iyi ve hoş bulma) kelimesi keyfîlik anlamı taşımaya müsait olduğu içindir ki bir usûl kavramına ad olarak verilmesi esaslı bir kavram kargaşasına neden olmuştur. Bilhassa IV. yüzyıldan günümüze kadar uzanan süreçte istihsân literatürünü, onun hakkında yazılıp çizilenleri gözden geçirdiğimizde ilk fark edilen husus, kavrama birbiriyle ilgisiz anlamlar kazandırma çabasıdır. Muhalifler önce geçmişte Şâfiî'nin yaptığı gibi kavramı sırf akla ya da arzuya dayalı bir düşünce olarak ele alır; kötü arzu ve ihtirasa, dinde yenilik ve bid'ate indirger⁴⁵ ve eleştirilerini bu noktada yoğunlaştırırlar. İstihsân taraftarları bu eleştiriler karşısında öyle bir istihsân yorumu yapmışlardır ki kavrama karşı çıkan muhalifler bile sonunda "kastınız buysa tamam, kabul" deme noktasına gelmişlerdir.

Bir diğer tespitemiz istihsânın tartışmalı tariflerinin kim ya da kimler tarafından yapıldığının belirsizliğidir. Muhalif mezheplerin kaynaklarında istihsân prensibinin Ebû Hanîfe veya Hanefîlerce kabul edildiği belirtilerek söz konusu tanımlar sıralanır ve bazen listeye Mâlikîler de eklenir. Hanefîler'den Kerhî'nin istihsân tanımı en eski ta-

³⁹ Şîrâzî, *a.g.e.*, II, 970.

⁴⁰ Zerkeşî, *el-Bahr*, VI, 93-4.

⁴¹ İbn Hazm, *el-Vikâm*, VI, 19.

⁴² İbn Hazm, *Mûlafıhas*, s. 5.

⁴³ Kâdî Ebû'l-Fazl İyâz b. Mûsâ es-Sebtî, *Tertibü'l-Medârik ve Takrîbü'l-Mesâlik li-Ma'rifeti A'lâmî Mezhebi'l-İmâm Mâlik* (nşr. Ahmed Bükeyr Mahmûd), Beyrut 1965, I, 95.

⁴⁴ Basrî, *el-Mu'temed*, II, 295.

⁴⁵ Kâdî İyâz, *Tertibü'l-Medârik*, I, 95.

nımlardan biri olarak kaynaklarda sıklıkla yer alır. Dolayısıyla bu açıdan o bir dönüm noktasıdır. Nitekim İbn Hazm istihsân taraftarlarından aktardığı iki tanımdan birincisini Ebû Hanîfe ve Mâlik'in yaşadığı asra yakın zamanlarda kabul gören tanım olarak verir⁴⁶ ve ikincisini de Kerhî'nin tanımını olarak kaydeder.⁴⁷ Gazzâlî de yine kişiye nispet etmeden aktardığı iki ihtilaflı tanımı tenkit ettikten sonra üçüncü tanımın Kerhî'ye ve bazı Ebû Hanîfe taraftarlarına ait olduğunu söyler ve istihsânı desteklemekten aciz kaldıkları için bu tanımı getirdiklerini iddia eder⁴⁸ ki buradan onun İbn Hazm ile aynı düşünerek birlikte, Kerhî öncesi tanımla sonrasi tanımların mahiyet değiştirdiklerini ortaya koydukları görülmektedir.

İmâmü'l-Haremeyn el-Cüveynî (ö. 478/1085) ise daha da ileri giderek ihtilaflı mananın Kûfelilerin meşhur görüşü olduğunu, iki kıyasın en güçlüsünü esas alma demek olan istihsâna hiç kimsenin delil olarak bir kıymet vermediğini⁴⁹ ve dolayısıyla bu anlamın kastedilmiş olmasının uzak ihtimal olduğunu söyler. Çünkü ona göre ümmet istihsân prensibi denilen bir meselenin sıhhati konusunda âlimlerin ihtilaflı olduğu noktasında görüş birliği içindedir. İstihsânı, her bir müslümanın kabul etmesi gereken sahih bir prensip oluşunda ümmetin ihtilaf etmeyeceği bir konuma getiren kimse geçmiş icmâa muhalefet etmiş olur ki bu câiz değildir.⁵⁰

İbn Hazm'ın iddiasına göre sonraki ileri gelen Hanefî ve Mâlikîler istihsâna karşı tavır almada Şâfiîlerin yolunu tutmuşlar ve re'y, istihsân, mutlak temsil kıyası ve teşbîh kıyasına itimat konusunda seleflerinin metotlarını terk etmişlerdir.⁵¹ İstihsâna karşı olan muhalifler cephesinde yer alanlardan biri Hanefîlerce genellikle gözden kaçırılan ünlü Hanefî fakîh ve muhaddis Ebû Ca'fer et-Tahâvî'dir (ö. 321/933).⁵² Eğer istihsân sadece Kerhî ve arkadaşlarının söyledikleri çerçevede içinde alınması gereken bir kavram ise mezhepte müctehid seviyesine ulaşmış birinin bunu bilmemesi nasıl mümkün olmuştur?

5. İSTİHSÂN TANIMLARI VE EBÛ HANİFE'NİN İSTİHSÂN ANLAYIŞI ÜZERİNE YORUMLAR

Ebû Hanîfe'nin istihsân kavramını nasıl anladığını biraz daha açmak için kendisinden sonra ortaya konan tanımları irdelemek konunun anlaşılmasına katkı sağlayacaktır. Bu nedenle önce istihsân hakkında kaynaklarda zikredilen bazı tanımları sıralayalım:

1- İstihsân müctehidin akıyla iyi bulduğu şeydir.⁵³ Gazzâlî'ye göre istihsân denildiğinde ilk akla gelen tanım budur.

2- Şeriatın delillerinden bir asıl reddetse bile delilsiz ve asılsız oluşan, akılda iyi görülen ve zannı galibe dayanan şeydir.⁵⁴

⁴⁶ İbn Hazm, *el-İhkâm*, VI, 19.

⁴⁷ İbn Hazm, *a.g.e.*, VI, 20.

⁴⁸ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, I, 282.

⁴⁹ Nitekim Hanefîlerden Serahsî (*Usûl*, II, 200) de bunu kabul eder ve bu tür istihsânın sadece bir sınıflandırma işi olduğunu gramer ve aruz sanatlarından örnekler vererek açıklar.

⁵⁰ İmâmü'l-Haremeyn Ebû'l-Meâli Abdülmelik b. Abdullah el-Cüveynî, *el-Kâfiye fi'l-Cedel* (nşr. Fevkiyye Hüseyin Mahmûd), Kahire 1979, s. 447.

⁵¹ İbn Hazm, *el-İhkâm*, VII, 119.

⁵² İbn Hazm, *a.g.e.*, VI, 16; a.mlf., *Mülahhas*, s. 51.

⁵³ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, I, 274.

⁵⁴ Mâverdî, *Edebü'l-Kâdi*, I, 651.

3- Müctehidin nefsinde oluşan, ancak ifadeye dökülemeyen, ibraz ve izharına güç yetirilemeyen bir delildir.⁵⁵

4- İlletin tahsis edilmesidir.⁵⁶

5- İnsanlar için daha yumuşak (faydalı, *erfak bi'n-nâs*) olan bir şeyden ötürü kıyası terk etmektir.⁵⁷

6- Ekseriyetle istihsân maslahat ve adâlete başvurma anlamı taşır.⁵⁸

7- Âlimin bir hâdiseyi kendisine irca edebileceği ve onun aracılığıyla ispat edebileceği bir aslı bulunmadığında muktedir olduğu şeyin en iyisini tercih etmek uğrunda yaptığı ictihâddan ibarettir.⁵⁹

8- Kerhî gibi bazı Hanefî fakihlerine göre istihsân delilsiz görüşten ibaret değil, aksine bir delilden kaynaklanan görüştür; bu da sınıf sınıftır. Meselenin hükmünün Kur'ân, Sünnet gibi özel bir delilden dolayı benzerlerinden ayırt edilmesidir.⁶⁰

9- İki delilin en güçlüsüyle ameldir.⁶¹

Umumiyetle son iki tanımda ifade edilen kavramsal çerçeve herkesçe kabul edilirken diğer tanımlar eleştirisi konusu yapılır.

İstihsân kavramının İslâm hukuk düşüncesinin en çok tartışılan konularının başında gelmiş olmasına rağmen bu denli muğlaklığının sebeplerini biraz daha rahat tartışabilmek için sonraki Hanefîlerce ortaya konan tabloya bir göz atmakta yarar vardır. Ancak buna geçmeden bir hususu daha hatırlatalım. Hanefî mezhebi usûlünün büyük ekseriyetle, hicrî III-VI. yüzyıllar arasında yaşamış olan usûlcüler tarafından, imamların verdikleri hükümlerin satır araları okunarak çıkarıldığı biline bir gerçektir. Bu yüzden Cessâs ve Serahsî (ö. 490/1097) gibi usûlcülerin eserlerine baktığımızda sık sık "imamlarımızın meseleleri delâlet eder ki" (*ellezî yedüllu aleyhi mesâilü ashâbinâ*) ve zikredilen bazı meselelerin ardından "bundan anladık ki" gibi ifadeler kullandıklarını görürüz. Bu şekilde ortaya konan görüşlerin imamların gerçek görüşlerini ne kadar temsil ettikleri ise kuşkuludur. Zira yapılan çıkarımlar bir çok yerde birbiriyle çelişmektedir. İşte bu gerçeği hatırlatarak günümüze ulaşmış ilk usûl eseri olması ve konuyu oldukça geniş biçimde irdelemesi hasebiyle Cessâs'ın, imamların uygulamalarından yaptığı çıkarımları burada özetlemek istiyoruz.

Cessâs, muhaliflerin, istihsânı "insanın arzu ve hevesiyle yahut zevkiyle verdiği hüküm" diye tanımlamalarını eleştirerek konuya girer ve Şâfiî'nin istihsân hakkında söylediklerini özetler. Muhaliflerin istihsânın ne anlama geldiğini bilmediklerini söyleyen Cessâs'a göre Hanefî mezhebi imamlarının istihsâna dayalı verdikleri bütün hü-

⁵⁵ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, I, 281-2; Sa'düddîn Mes'ûd b. Ömer et-Teftâzânî, *et-Telvîh ale't-Tavdîh*, İstanbul 1307, II, 572; Şevkânî, *İrşâdü'l-Fuful*, s. 240.

⁵⁶ Mâverdî, *Edebü'l-Kâdi*, I, 650; Teftâzânî, *a.g.e.*, a.y.

⁵⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 145.

⁵⁸ Mustafâ Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fikhiyyü'l-Âmm: el-Fikhü'l-İslâmî fi Sevbihi'l-Cedit*, Damışk 1967-68, I, 88. Bu tanım ünlü felsefeci İbn Rüşd'e aittir.

⁵⁹ Ebû Mansûr Muhammed b. Muhammed el-Mâtürîdî, *Te'vilâtü'l-Kur'ân*, Hacı Selim Ağa Ktp., nr. 40, vr. 419a. el-Müzzemmil süresinin 20. âyetinin kalplere gelene ve zannı galibe göre hüküm vermenin muteber olabileceğini gösterdiğini belirterek buradan istihsânla hüküm vermenin mubâhlığını çıkaran Mâtürîdî "istihsân da kalplere baskın gelene hükmü bağlamaktan başka bir şey değildir" der ve sözlerini: "Müctehid iki yol izler: Kimi zaman başkasına bakar, onu örnek alır, buna kıyas denir ve kimi zaman da zannı gâlibe göre hüküm verir, buna da istihsân denir." diyerek tamamlar. bk. *a.g.e.*, vr. 841a.

⁶⁰ Gazzâlî, *a.g.e.*, I, 282-3; Basrî, *el-Mu'temed*, II, 296; Teftâzânî, *a.g.e.*, II, 572.

⁶¹ Mâverdî, *a.g.e.*, I, 650; Basrî, *a.g.e.*, II, 295.

kümler delillere dayalıdır, arzu ve hevesle söylenmiş şeyler değildir. Onlar istihsânı şu anlamlarda kullanmaktaydılar:

1. Şeriat tarafından bizim ictihad ve re'yelerimize bırakılmış miktarların tayininde ictihad ve galip re'ye başvurmadır. Örneğin Allah, zifaktan önce boşanan kadınlar için "Onları -zenginin kendi gücüne ve fakirin de kendi gücüne- uygun biçimde faydalandırın. Bu iyi davrananlara yakışır bir borçtur"⁶² buyurarak erkeğin fakirlik ve zenginliğine göre kadına mal vermesini farz kılmıştır. Bu malın miktarı ancak zann-ı gâlibe göre bilinir. Bu tür istihsânın manası yönünden fakihler arasında bir ihtilaf yoktur ve hiç kimsenin aksini söylemesi de mümkün değildir.

2. Kıyası kendisinden evlâ olan bir şey sebebiyle terk etme. Bu da iki kısımdır:

a. Ortada bir fer' (kıyasa konu edilen yeni hâdise) vardır ve bu fer' konusunda her biriyle bir yönden benzerliği bulunan iki asıl çekişir; ancak fer'i onlardan birine ilhak etmek mucip bir delâlet sebebiyle vacip olur.⁶³ Burada iki türlü kıyas yapma imkanı vardır; ancak birisi bir delille desteklendiği için öteki terk edilmekte ve buna da istihsân adı verilmektedir. Bu tür istihsân delili en kapalı ve en ince meselelerde karışımıza çıkar. Birini diğerine tercih edebilmek için çok iyi araştırmak ve düşünmek gerekir.

b. İlet varken hükmün nas, icmâ, kıyas yahut insanların uygulamaları ile tahsis edilmesi.⁶⁴ Burada insanların uygulamalarından (amelü'n-nâs) maksat şudur: Sahâbe ve tâbiîn âlimleri insanların bir şey yaptıklarını gördükleri halde onlardan hiç birinin buna karşı çıkmadığı bilirse bu, onların bir izni ve kabulü yerine geçer. Zira onlar Allah'ın tavsif ettiği üzere iyiliği emreden, kötülüğü yasaklayan insanlardır. Bu bakımdan söz konusu uygulama kendi başına bir asıldır ve kıyasın mûcebi dışındadır.

Ayrıca Kitap ve Sünnetin genel prensiplerine ve aslî kıyasa istihsân adı verdikleri gibi umûm için kıyası terk etmeye de istihsân adı vermişlerdir. Önce kıyas ve istihsânı zikredip sonra "kıyası alınız" diyerek istihsânı terk etmek Hanefî imamlarının istihsân uygulamalarında sıkça karşılaşılan bir husustur. Onlar istihsân öncesinde kıyası zikreder, sonra onu bırakıp asıl kıyasına (kıyâsü'l-asl) döner ve asıl kıyasını istihsân diye adlandırır.⁶⁵ Ebû Zeyd ed-Debûsî (ö. 430/1039) ve Serahsî kıyası terk etme nedenleri arasına zaruret de eklerler.⁶⁶

İstihsân tanımlarının bu kadar geniş bir yelpazeye taşınmasının sebepleri üzerinde durmak gerekir. Evvelâ muhalif kanadın karalama amacıyla genel Müslüman kitlenin kabul etmeyeceği maksatlı tanımlar ortaya atmaları ihtimali göz ardı edilemez. Öte yandan ilk Hanefî mezhebi imamlarından bir tanım aktarılmadığı için sonrakiler tahfîc metoduyla Ebû Hanîfe'nin metoduna ulaşmaya çalışmış olduklarından ele aldıkları örneklerle farklı izahlar ve yorumlar ortaya koymuşlardır. Bu yorumlara metin dışı tesirlerin girmesi ihtimali vardır. Zira bu yorum ve tanımların ortaya kondukları dönemde Hanefîler bilhassa ehl-i hadîsin ağır saldırılarına maruz kalmışlardı. Şâfiî'nin

⁶² el-Bakara 2/236.

⁶³ Bu istihsân tanımı Şâfiî'nin ileride vereceğimiz kıyas çeşitlerinden üçüncüsüyle çakışmaktadır.

⁶⁴ Serahsî (Usûl, II, 204), Sadruşşerîa (et-Tavzîh, II, 578, et-Telvîlî ile birlikte) ve Teftâzânî (et-Telvîlî, II, 578) istihsânın illetin tahsisi anlamında kullanımına karşı çıkararak Cessâs'dan ve genel olarak Irak ekolünden ayrılırlar. Ayrıca bk. Alâeddin Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed es-Semerkindî, *Mizânü'l-Usûl fi Netâici'l-Ukûl* (nşr. Muhammed Zekî Abdülber), Katar 1984, s. 632, 635; Ebû's-Senâ Manmûd b. Zeyd el-Lâmişî, *Kitâb fi Usûli'l-Fıkı* (nşr. Abdülmecid Türkî), Beyrut 1995, s. 134, 137.

⁶⁵ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 223-50.

⁶⁶ Debûsî, *Takvîmü'l-Edille*, s. 405; Serahsî, *a.g.e.*, II, 202.

sistematik biçimde geliştirdiği eleştiriler kitleleri kolay biçimde kendi yanına çekmeyi başarmasına neden olmuştu. İşte böyle bir hengâmede başta Kerhî olmak üzere dönemin diğer Hanefî fakihleri istihsân nedeniyle Ebû Hanîfe'ye ve kendilerine yönelen ağır psiko-sosyal durumu dağıtmak, bir diğer deyimle *kamuoyu baskısını* hafifletebilmek uğruna ya da -Gazzâlî'nin iddiasına göre- istihsânı desteklemekten aciz kaldıkları⁶⁷ için bu kavrama genelde herkesin kabul ettiği anlamlar yüklemeye çabası içinde bulunmuş olabilecekleri düşünülebilir.

Bütün bu şartlar altında Ebû Hanîfe'nin gerçek görüşünü ortaya koymamız mümkün olacak mıdır? Sonraki Hanefîlerin istihsâna yükledikleri anlamlar gerçekten onun düşüncesini yansıtırlar mı? Yansıtır kabul edersek Şâfiî ile başlayan istihsân karşıtlığı ve bu uğurda koparılan gürültü boşuna mıydı? Öte yandan İslâm hukuk düşüncesinin zirve şahsiyetlerinden biri olan Şâfiî bilmediği kavrama karşı neden rahatsızlık duymuştu? Bütün bu sorular yerini bulduğu takdirde pek karanlık kalmış kavramın gerçek yüzü biraz aralanmış olacaktır. Bu nedenle kavram hakkında söylenenleri çok iyi tahlil etmek gerekmektedir.

Kaynaklarda Ebû Hanîfe'nin istihsân kavramını kullanımı ile ilgili bazı ipuçları aktarılır. Şeybânî'den gelen bir rivayete göre Ebû Hanîfe, kıyaslar hakkında arkadaşlarıyla tartışır; arkadaşları ona karşı fikirleri ileri sürerlerdi. Nihayet "istihsân ediyorum" dediğinde onun istihsânla ortaya koyduğu meselelerin çokluğundan dolayı hiç kimse hariç kalmaz, herkes kendi fikrini bırakır onun fikrine katılırdı.⁶⁸ Bir diğer mühim belgeye göre Ebû Hanîfe istihsânı "kıyası terk etme" anlamında kullanmaktadır. Onun öğrencileriyle çok sıkı ilişki içinde olan Şâfiî'nin naklettiğine göre bazı Doğulular (Şâfiî bu ifadeyle Ebû Hanîfe ve öğrencilerini kasteder) bir konu münasebetiyle "kıyas şöyledir, ancak biz istihsânda bulduk" derlerdi.⁶⁹ Ebû Yusuf, yırtıcı kuşlarla yırtıcı kara hayvanlarının içtiği suyun temizliğini birbirinden ayıran Ebû Hanîfe'ye bunlar arasında ne fark olduğunu sorar; o da "kıyasen eşittirler; ama ben burada istihsâna gidiyorum" der.⁷⁰ Nitekim Ebû Yusuf ve Şeybânî de eserlerinde istihsân terimini umumiyetle kıyasa mukabil biçimde ele alarak kullanmaktadırlar. İbn Kuteybe (ö. 276/889) re'y taraftarlarının -Ebû Hanîfe ve taraftarlarını kast ediyor- kıyas yaptıklarını, sonra kıyası bırakıp istihsânda bulduklarını kaydeder.⁷¹ Ayrıca Hanefî fıkıh usûlü kitaplarında istihsânın ekseriyetle kıyas mukabili olarak kullanıldığı görülmektedir.

IV. yüzyıl kaynaklarından birine göre de Hanefîler Ebû Hanîfe'nin ancak Hz. Peygamber'den gelen kendince sabit bir hadisten dolayı kıyası terk edip istihsâna başvurduğunu söylerler. Ancak bu nakli yapan Kâdı Nu'mân'a (ö. 363/974) göre bu izah hadis varken niçin kıyasa gidildiği sorusuna gündeme getirmektedir. Sadece Sünnet'e muhalif olması nedeniyle kıyasın fasitliğini göstermek istemiş olabilirse de kıyas

⁶⁷ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, I, 282. Zerkâ (*el-Medfâl*, I, 86, dn. 1) istihsân taraftarlarının, bu yöntemi bir şer'î delile dayanmayan sırf hevâ ve re'yle hüküm verme olarak gören muhaliflere fırsat vermemek için tanımlarda gevşeklik göstermiş olabilecekleri ihtimalini ileri sürer.

⁶⁸ Saymerî, *Alibâr*, s. 12. Taberî de *İhtilâfû'l-Fukahâ*'da (s. 247) Ebû Hanîfe'nin "bunu istihsân ediyor ve bunu şunun yerinde görüyorum" ve "bu istihsândır, burada kıyas ise şudur" (a.e., s. 239) dediğini kaydeder.

⁶⁹ Şâfiî, *İhtilâfû Mâlik*, VII, 229-30. Ayrıca bk. a.mlf., *İbtâlü'l-İstihsân (el-Üm ile birlikte)*, VII, 301.

⁷⁰ İbn Kayyim, *İ'lâm*, I, 274. Bunun gerekçesini şöyle izah edilir: Yırtıcı kuşların artığı diğer yırtıcı hayvanlara kıyasen pistir; ama temiz bir kemik olan gagalarıyla içtikleri için istihsânen temizdir. bk. Serahsî, *Usûl*, II, 204; Sadruşşerîa, *et-Tavzîlî*, II, 573; Teftâzânî, *et-Tevîlî*, II, 573.

⁷¹ İbn Kuteybe, Ebû Muhammed Abdullah b. Müslim, *Te'vîlü Muhtelifi'l-Hadis* (nşr. Abdülkâdir Ahmed Atâ), Beyrut 1988, s. 54. Kâdı Nu'mân (Nu'mân b. Muhammed, *İhtilâfû Usûli'l-Mezâlib*, nşr. Mustafâ Gâlib, Beyrut 1983, s. 66 ve 121) ise yapılan bu işlemi doğrudan Ebû Hanîfe'ye nispet ediyor.

metodunu kabul ettiği ve onu ispat için deliller getirdiğinden dolayı değerden düşürmek için böyle bir şey yapmış da olamaz. Konu hakkında Hz. Peygamber'den bir hadis gelmişse ona kıyasla çözüm bulmaya kalkmasının anlamı nedir? Şayet hadis varsa onu zikredip görüşüne delil olarak kullanırdı.⁷² Ancak Ebû Hanîfe'nin bu tavrının nedenini Cessâs pedagojik bir gerekçeyle izah ederek "Bu gibi yerlerde amaç öğrenciye hâdisenin irtibatlandırılabilceği bir başka asıl ile bir benzerliğinin daha bulunduğunu, ancak anlattığımız kıyasla irtibatlandırılmasının daha uygun olduğunu gösterip onu uyarmaktır" demektedir.⁷³

Şâfiî, Kitap, Sünnet ve icmâa dayanmadan ya da bu kaynaklardan biri üzerine kıyas yapmadan hüküm verilemeyeceğini belirttiikten sonra farazî olarak ya da muhaliften naklederek "Bu manalardan birine girmiyor diye istihsânda bulunmanın caiz olmadığını gösterir ne delil vardır?"⁷⁴ sorusunu sorup sonra onun buna cevap araması istihsânın mezkur delillerin dışında olduğunu gösterir. Bir başka ifadeyle istihsân şer'î deliller arasında hükmü yer almayan ve onlara kıyas yaparak da ulaşılamayan bir konuda ileri sürülen şahsî kanaattir. Nitekim Şâfiî bir diğer yerde "Ebû Hanîfe'nin görüşünün ne bir kıyasa ve ne de bir habere dayandığını biliyorum" der.⁷⁵ Yaptığı bazı tartışmalarda muhalifine Kitap, Sünnet, icmâ ya da bir eser üzerine kıyas yapmadan istihsânda bulunduğunu söyler.⁷⁶

Kabul edilmelidir ki Şâfiî kendi dönemindeki bir terimin kullanımını bilmeyecek biri değildir. Nitekim Hanefîler ve bilhassa Şeybânî ile yaptığı tartışma konularının ilk sıralarında istihsân gelmekteydi. Ancak bizzat Şâfiî'nin sözlerinden de anlaşıldığı üzere istihsânı savunanlar istihsânda bulunacak kimsenin fakih olmasını şart koşmakta, avamdan kişilerin ya da fıkıh erbabı olmayanların istihsânlarına bir değer atfetmemektedirler. Bu bakımdan bu gerçeğin farkında olan Şâfiî "istihsân keyfîliktir" dediğinde bir tanım ortaya koymuyor, polemige kaçarak böyle bir yöntemin açabileceği muhtemel bir sonuçtan söz ediyor. Yani bir kaygıyı dile getiriyor. Öte yandan bazı Hanefîler tarafından istihsân kavramının ilk anlamı dışına çıkarılıp herkesin kabul edeceği, ama sistematize etme dışında yeni bir şey de ifade etmeyen bir anlama yorumlanmasının altında tıpkı icihadın kötü niyetli ve cahil kişilerin aracı olur diye engellenmeye çalışılmasında olduğu gibi bir korumacılık mantığı yattığı düşünülebilir. Gerçekten de fıkıhın tekâmül döneminin ardından icihad kapısının kapatılıp, bu kapının açılmasının bilgisiz ve kötü niyetli kimselere yol gösterme anlamına geleceğinin düşünülmesinde⁷⁷ görüldüğü gibi İslâmî ve hayatî bir anlam taşıyabilir bile bir takım kavramlar hep olumsuz yönleriyle ele alınabilmişlerdir. Oysa bu anlayış realiteyi göz ardı etmektedir. Zira icihad kapısı açıkken de böyle kişiler mevcuttu; ama o ilk dönemin zirve şahsiyetleri bu kapıyı kapamak gibi bir yola tevessül etmemişlerdi. Ayrıca bu metotları kullanan

⁷² Kâdî Nu'mân, *a.g.e.*, s. 121-2.

⁷³ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 242.

⁷⁴ Şâfiî, *İbtâ'ü'l-İstifisân*, VII, 298.

⁷⁵ Şâfiî, *Siyerü'l-Evzâi (el-Üm ile birlikte)*, VII, 336.

⁷⁶ Şâfiî, *el-Üm* (nşr. Muhammed Zühri en-Neccâr, Beyrut 1973, V, 136, 171. Şâfiî bu iki yerde muhababının ismini kaydetmemişse de konuların mahiyetinden Ebû Hanîfe mezhebinden biri ve muhtemelen de Şeybânî olduğu anlaşılıyor. Zira ilk meselede muhalif kanadı temsil edenler Hanefîlerdir. krş. Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân* (nşr. Muhammed es-Sâdık Kamhâvî), Beyrut 1985, V, 134. Ayrıca devamında *el-Üm*, V, 136) muhalif şahıs bir başka mesele dolayısıyla "bu konuda iki üstadım ihtilaf ettiler = *ve kad tesferraka fihî sâhibâye*" diyor ki üç Hanefî imamı içinde diğer ikisine öğrencilik eden Şeybânî'dir.

⁷⁷ İbn Haldûn, Abdurrahmân b. Muhammed, *Mukaddime* (nşr. Ali Abdülvâhid Vâfi), Kahire 1401, III, 1050.

herkesin art niyetli olacağını söyleme imkanı yoktur. Fakat bu bakış açısı oldukça etkili olduğu içindir ki mesela bir istihsân tanımındaki "müctehidin akıyla bir şeyi iyi bulması" ifadesi böyle bir şeyin arzuya uyma ve gelişi güzel fikir ileri sürme biçiminde yorumlanmıştır. Oysa bu metoda başvuran, tanımda da belirtildiği üzere belli bir fikrî düzeye erişmiş ve gerekli formasyonu almış olan *müctehid*dir. Sıradan birinin, akıl hastasının veya çocuğun aklına gelenle ihtisas sahibi birinin -kendi ihtisas alanına giren bir konuda- aklına gelenin bir tutulması da garip bir tavidir. Bu gariplik nedeniyledir ki daha önce kıyası kabul ederken muhalif cepheye geçen Ebû İshâk İbrahim b. Câbir'e (ö. 310/922) bunun nedeni sorulduğunda: "Şâfiî'nin *İbtâlü'l-İstihsân* adlı eserini okudum. Söylediklerinin doğru olduğunu gördüm. Ancak istihsân karşıtı söylediği her şey kıyasın iptali için de aynen geçerliydi. Bu yüzden artık benim için kıyasın temelsiz olduğu doğrulanmıştır" diye cevap vermiştir.⁷⁸ Diğer taraftan aklın doğrudan arzuya eşleştirilmesini anlamak mümkün değildir. Zira İslâm kültürü içerisinde özellikle ahlâk ilmi dairesinde arzu-akıl aykırılığı vurgulanmış, her birinin kişiyi birbirine zıt yönlere yönlendirdikleri belirtilmiş ve aklın kuralları ve bağlı olduğu ilkelerin arzuya karıştırılmaması için geniş açıklamalar getirilmiştir.

Muasır müellifler umumiyetle istihsân için sonradan getirilen klasik yorumları benimser gözükmeyiz. Meselâ Mustafa ez-Zerkâ, Hanefîlerin istihsân taksimini eleştirir ve bilhassa Sünnet ve icmâ istihsânını mantıksız bulur. Çünkü ona göre böyle durumlarda hükmün sübutu Sünnet ya da icmâ nispet edilir, kıyas ve istihsâna nispet edilmez.⁷⁹ Bu bakımdan kendisi istihsânı, *kıyası* ve *zarûrî* kısımlarına ayırır ve kıyası olanı "bir mesele hakkında ilk akla gelen açık kıyasın hükmünü bırakıp ondan daha ince ve daha gizli, ama delili daha güçlü, teorik bakımdan daha doğru ve sonuç elde etme açısından daha sıhhatli başka bir kıyasa dayanarak muhalif bir hüküm vermek" diye tanımlar.⁸⁰ Zarûret istihsânı ise ihtiyacı gidermek yahut zorluğu ortadan kaldırmak için zorlayıcı bir zaruret ya da maslahata bakarak kıyasın hükmüne aykırı düşmektir. Burada istihsân, kıyasa işlerlik kazandırılmasının kötü neticeler doğurması halinde fıkıhçıları fıkıh mantığı ve şeriatın maksatlarıyla uyuşan maslahat hükümlerine götüren bir yoldur. İstihsânın bu türü gerçekte mürsel maslahat teorisine varır.⁸¹

Ahmad Hasan'a göre de istihsân açık ve katı kıyası kamu yararı, hakkaniyet ve adalet adına bir kenara koymak suretiyle kişisel görüş ileri sürme metodudur. Belli bir durumda, kıyas adı verilen kurulu hukuk ilkesine karşı yapılan gayri mantıkî bir tercih yahut kıyasa dayalı akıl yürütmeden daha çok mutlak akıl yürütmeye dayalı bir karardır. Duruma göre doğru karar verme yoludur. Bir hukukçu bazen muayyen ciddî bir mülâhaza ile bağlayıcı bir kuraldan uzaklaşmak zorunda kalabilir. Bir kuralın uygulanabileceği ya da uygulanmaması gereken yeri ayırmak gerçekten bir kimsenin hukukî dirayetine bağlıdır.⁸² Ansari'ye göre de istihsân katı biçimde kıyası izlemenin yol açtığı istenmeyen sonuçlardan kaçınmak için onun çerçevesini sınırlama ve oldukça önemli

⁷⁸ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 226.

⁷⁹ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 85.

⁸⁰ Zerkâ, *a.g.e.*, I, 77-78; ayrıca bk. a.mlf., a.e., I, 113.

⁸¹ Zerkâ, *a.g.e.*, I, 81.

⁸² Ahmad Hasan, *Early Development*, s. 145.

ve güçlü bazı mülahazalarla katı kıyastan ayrılmada fakihin re'yinin geçerliliğini onaylama yöntemidir.⁸³

Bütün bu söylenenlerden hareketle Ebû Hanîfe'nin istihsân anlayışı hakkında bazı farazî sonuçlar çıkarabiliriz. Önce ifade etmeliyiz ki onun Kur'ân, Sünnet ve icmâ gibi delillerden dolayı kıyası terk ettiğini gösteren yeterli sayıda örnek ihtihadı kaynaklarda yer almaktadır. Öte yandan onun döneminde kıyas teorisi yeni yeni gelişmeye başladığı ve kendisi de bu teorinin öncülerinden olduğu için bir takım yeni sonuçları fark etmesi tabii karşılanmalıdır. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere kıyas her zaman iyi ve âdil sonuçlar vermez. İşte bu sakıncalı durumu ortadan kaldırmak için Ebû Hanîfe zaten uygulamada var olan istihsân prensibine işlerlik kazandırdı ve ayrıntılarını bilemediğimiz bir tarz geliştirdi. Muhtemelen onun tasarladığı bu prensibe göre hakkında bir nas yahut nassin açık bir delâleti bulunmaz ve naslar üzerine yapılan kıyas da doğru ve âdil bir sonuç vermezse işte o zaman müctehidin aklına, edindiği fıkıh *formasyonu* sayesinde bir hüküm daha uygun gelirse müctehid o görüşünü ifade eder. Zerkâ'nın deyişiyle "Şâri'in hedefi ve şeriatın maksatlarından ilham alarak naslara uygun biçimde istihsânda bulunur."⁸⁴ Nitekim Ebû Hanîfe böyle bir görüş ileri sürdüğünde "bu benim re'yimdir" diye ikaz ederdi. Tariflerden birinde istihsân "kişinin kalbine gelip onu izahtan aciz kaldığı bir delildir" diye tanımlanır. Bu da gösterir ki belli bir konuda hüküm veren fakih aslında fıkıh formasyonunu kullanır, dinin genel ilkelerine uygun bulduğu şeyi ifade eder; ama hususî delili sorulduğunda müşahhas bir delil de ileri süremez. Çünkü açık muayyen bir delil yoktur. Cessâs mezhebin kurucularının bazı hallerde *umûmâtü'l-Kitâb ve's-Sünne*⁸⁵ ve *kıyâsü'l-asi*⁸⁶ da denilen Kur'ân ve Sünnet naslarından çıkartılmış genel ilkeye istihsân adını verdiklerini belirtir. Bu bakımdan istihsân "geniş anlamıyla kıyas" demektir.⁸⁷ Daha sonraki Hanefîler Ebû Hanîfe'nin istihsâna dayalı ihtihadlarının hepsini naslardan dolayı kıyası terk etme kısmına koymadıkları için dayanağı kamu yararı (maslahat), zaruret, ihtiyaç, genel zorunluluk (umûmu'l-belvâ, umûmî iptilâ), örf ve teâmül olan istihsân türlerini geliştirmek durumunda kalmışlardır.

İstihsân naslarda çözümlü mevcut olmayan konularda hukukçu tarafından nassin ruhuna ters düşmeyen, bilâkis asıl hedefi olan adâlet ve hakkaniyet ilkesini gerçekleştiren çözümler getirme işlemidir. Bu tür çözümlerde hukukçu bütün hukukî hüner ve marifetini ortaya kor. Ebû Hanîfe'nin üstün zekâsını göstermek amacıyla anlatılan hikâyelerdeki temel espri tetkik edilecek olursa, onun bu tür çözüm yolunu kullandığı görülür. Örneğin iki kardeşin yine iki kız kardeşle nikahlarının kıyılıp yanlışlıkla gelinlerin birbirinin yerine zıfaf odalarına alınmaları olayında Ebû Hanîfe'nin sergilediği hukukî dehâyı gösterebiliriz. Davetliler arasında yer alan Süfyân es-Sevrî, Hz. Ali'nin benzer bir hâdisede verdiği fetvâyâ dayanarak nikah akdinin gereğinin yerine getirilmesi yönünde görüş bildirmişken Ebû Hanîfe ise taraflara zıfafa girdikleri hanımlardan memnun olup olmadıklarını sormuş; olumlu cevap alınca öncekilerden boşanıp

⁸³ Ansari, Zafar Ishaq, "Islamic Juristic Terminology Before Şiâfi'î: A Semantic Analysis With Special Reference to Kûfa", *Arabica*, XIX/3 (Leiden 1972), s. 292.

⁸⁴ Zerkâ, *el-Medhal*, I, 86.

⁸⁵ Cessâs, *a.g.e.*, IV, 228.

⁸⁶ Cessâs, *a.g.e.*, IV, 242.

⁸⁷ Abdülkâdir, *Nazratün Âmmetün*, s. 269.

yenileriyle evlenmelerini salık vermiştir.⁸⁸ Görüldüğü üzere Süfyân es-Sevrî hukukî olanı söylemekte, Ebû Hanîfe ise diğer bir hukuk prensibine (boşanma) işlerlik kazandırarak kanunî çerçeve içinde herkesi memnun edecek yeni bir çözüm üretmek toplumsal barışı sağlamaktadır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, istihsân hiçbir kaynağa dayanmayan keyfî biçimde gelişigüzel ileri sürülmüş bir fikir değil, aksine bir tefekkür eseridir. Şâfiî'den sonra ve bilhassa Kerhî'den itibaren standart bir hale getirilmeye başlanmıştır. Bunda ilk imamların düşüncelerinin katkısı olmakla birlikte bu prensibi ikinci defa keşfeden IV-V. yüzyıllarda yaşamış olan Kerhî, Cessâs, Debûsî, Serahsî gibi âlimlerdir. Günümüze kadar Hanefî ilim çevrelerinde kabul gören açıklamalar da bu şahısların eseridir. Öte yandan "istihsânda bulunuyoruz" sözünü söyleyenler her ne kadar görünüşte yalnızca Ebû Hanîfe ve arkadaşları iseler de bütün fakihler istihsânın anlamında onlara iştirak etmişlerdir. Mesela Mâlik maslahat-ı mürsele adıyla bir prensip ortaya koymuştur ki Hudaî'nin de belirttiği üzere istihsânın bir türünden başka bir şey değildir.⁸⁹ Ayrıca Ebû Hanîfe'nin hukuka bakışının ve istihsân prensibini kabul edişinin Mu'tezile'nin iyi-kötü kavramlarını rasyonalist açıdan ele almalarına tesiri olduğu düşünülebilir.

6. EBÛ YÛSUF VE ŞEYBÂNÎ'DE İSTİHSÂN VE MASLAHAT

Daha önceleri Ebû Hanîfe'nin gayretleriyle Irak fıkhnın ayılmaz özelliklerinden biri haline gelen "kıyas", onun başta gelen öğrencisi Ebû Yûsuf'un da hukukî akıl yürütmelerinde en önemli yeri işgal eder. Bir tür akıl yürütmenin adı olarak kıyası ilk kullanan müelliflerden olan Ebû Yûsuf aynı zamanda eserleri günümüze intikal edip de istihsân terimini kullanan ilk müelliftir. Ancak bu ondan önce başka fakihlerce bu terimin kullanmadığını göstermez. Büyük bir ihtimalle bu terimi ve onun ifade ettiği kavram çerçevesi hocasından öğrenmiştir. Verdiği istihsân örneklerine bakıldığında onun bu terimi kıyasa mukabil olarak kullandığı görülür.⁹⁰ Bazı meselelerde "Kıyas şöyledir, ancak *eserden* (sahabî kavli) dolayı onu terk ettim" der. Yani o, Kerhî'nin de belirttiği üzere çağdaşlarından aksine görüş geldiği bilinmeyen durumlarda sahâbîyi taklit etmeyi kıyastan evlâ sayar.⁹¹ Meselâ devlet başkanı yahut onun tayin ettiği hakim hırsızlık, şarap içme yahut zina suçlarına şahit olsalar başka bir beyyine bulununcaya kadar sırf kendi şahitlikleri ile had cezasına hükmedemezler. Bu istihsândır. Çünkü bu konuda Hz. Ebû Bekir ve Hz. Ömer'den rivayet gelmiştir. Oysa kıyasa göre hüküm infaz edebilirler.⁹²

Ebû Yûsuf, nasların bulunmadığı ya da sınırlı ölçüde bulunduğu alanlarda ve özellikle idarî meselelerde sıklıkla maslahat prensibine dayanır. Abbasî halifesi Hârûnürreşîd'in (170-193 / 786-809) isteği üzerine yazdığı *Kitâbü'l-Harâc* adlı eserinde kendisinin ve bir kısım fakihlerin görüşlerini ve bir konuda yapılabilecek uygulamaların muhtemel bir kaç şikkini⁹³ bir araya getirir ve bunlar arasında halifenin bir tercihte bulunmasını tavsiye eder. "Hangi görüşü uygun görürsen onu al, ey mü'minlerin emiri!

⁸⁸ Saymerî, *Afâbâr*, s. 16-17. Saymerî bu örneği "*Zikru'l-Mesâilil-Müstafisene min İstihârâci Ebî Hanîfe* = Ebû Hanîfe'nin Çözüm Getirdiği İyi Bulunan Meselelerin Anlatımı" başlığı altında verir.

⁸⁹ Hudaî, Muhammed Bey, *Târîhu't-Teşrii'l-İslâmî*, Beyrut 1967, s. 169.

⁹⁰ Ebû Yûsuf, a.g.e., s. 160, 182, 189.

⁹¹ Cessâs, *el-Fusûl*, III, 361; Serahsî, *Usûl*, II, 105. Ancak Kerhî, "Ben ise bu görüşü beğenmiyorum" diyerek muhalefet şerhi koymuştur.

⁹² Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-Harâc*, s. 178.

⁹³ Örneğin bk. Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-Harâc*, s. 58, 60, 69, 189, 195.

Müslümanlar için daha faziletli ve daha hayırlı gördüğünü uygula. Bu senin için - inşâallah- caizdir” der ve kendi kanaatini verir.⁹⁴

Ebû Hanîfe'nin ikinci önemli öğrencisi İmam Muhammed eş-Şeybânî ise özelikle *el-Mebsût*'un pek çok yerinde, “İstihsânda bulunup kıyası bırakıyorum” der. Bu gibi yerlerde ya kıyasın muktezâsına muhalif bir rivayeti yahut genel prensipleri dikkate almaktadır.⁹⁵ Bazen âyetin umum ifadesini esas alarak kıyası terk etmeye de istihsân adını vermektedir.⁹⁶ Şeybânî istihsân terimini düzenli olarak kıyas mukabili kullanır. Meselâ *el-Câmiu's-Sağîr* adlı eserinde on sekiz kere geçen istihsân terimini, yalnızca dokuz yerde kıyasa referans yapmadan kullanır.⁹⁷ İstihsân onun literatüründe sadece bir nasdan dolayı kıyası terk etmek değil bazen nas ve kıyas bulunmayan bir konuda kişisel kanaat anlamına da gelmektedir. Meselâ nikah şahitlerinde adâlet şartının aranmaması hakkında “Bu konuda rivayet yok, bu kıyas da değil; ancak biz istihsânda bulunduk” der.⁹⁸ Nitekim yaptığı bir tartışmada Şâfiî onun Kitap, Sünnet, icmâ ya da bir eser üzerine kıyas yapmadan istihsânda bulunduğunu söyler.⁹⁹ Ayrıca kıyasla verilecek hükmün risk ihtimali taşımamasından ötürü istihsânla hüküm vermektedir.¹⁰⁰ Bazen istihsân terimini keyfî karar anlamında kullandığı görülmektedir.¹⁰¹ Menfaat ve zarar prensiplerini de hükümlerine mesnet yapmaktadır. Meselâ menfaatsiz yere köpek edinmek mekruh olur; ama ziraat, çiftlik, av yahut bekçi köpeği edinmenin bir sakıncası yoktur.¹⁰² Yine umuma zarar vereceği için menfaatsiz yere dirhem ve dinarlar ke-silmemelidir.¹⁰³

II. İMAM MÂLİK'TE İSTİHSÂN VE MASLAHAT

İmam Mâlik'in; “İstihsân ilmin onda dokuzudur” dediği rivayet edilirse¹⁰⁴ de onun istihsânı kabul edip etmediği mezhebin kendi içinde tartışılmış; Kâdi Abdülvehhâb (ö. 422/1031) “Mâlik'ten gelen açık bir metin yoktur. Ancak arkadaşlarımızın kitapları istihsânla doludur. İbnü'l-Kâsım (ö. 191/806), Eşheb (ö. 204/820) ve mezhebin diğer bazı âlimleri istihsânı kabul ettiklerini açıklıkla belirtmişlerdir” der.¹⁰⁵ Bazı kaynakların belirttiğine göre Cüveynî, istihsânı Mâlik'e nispet etmiş, Kurtubî ise buna karşı çıkarak “Onun böyle bir görüşü bilinmiyor” demiştir.¹⁰⁶ Mâlikîlerden İbn Huveymendâd'ın *Kitâbü'l-Câmi' li-Uşûli'l-Fıkâh* adlı eserinde söylediğine göre de Mâlik

⁹⁴ Ebû Yûsuf, a.g.e., s. 19.

⁹⁵ Hudaî, *Târîhu't-Teşrî'î'l-İslâmî*, s. 168 ve 173.

⁹⁶ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 245.

⁹⁷ Ansarî, “Islamic Juristic Terminology”, s. 293.

⁹⁸ Şâfiî, *el-Umm*, V, 171. Şâfiî bu sözü söyleyenin ismini kaydetmemişse de konunun mahiyetinden Ebû Hanîfe mezhebinden biri ve muhtemelen de Şeybânî olduğu anlaşılıyor.

⁹⁹ Şâfiî, a.g.e., V, 136. Yine isim yok; ama büyük ihtimalle Şeybânî'dir.

¹⁰⁰ Taberî, *İhtilâfu'l-Fukahâ*, s. 224.

¹⁰¹ Şeybânî, *el-Hüce*, I, 222, 272, 522.

¹⁰² Mâlik, *Muvatta'* (Şeybânî rivayeti), III, 405.

¹⁰³ Mâlik, a.g.e., III, 306.

¹⁰⁴ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 307 ve IV, 209; İbn Ferhûn, *Keşfü'n-Nikâb*, s. 125; Zerkeşî, *el-Baîr*, VI, 88.

¹⁰⁵ Âjû İbn Teymiye, *el-Müsvede*, s. 402. Nitekim Mâlikî mezhebinin ileri gelenlerinden Absağ b. Ferec (ö. 225/840) “Kiyasa gark olan kimse neredeyse sünnetten ayrılacak duruma gelir; istihsân ilmin direğidir” demiştir. Bk. Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, IV, 210.

¹⁰⁶ Zerkeşî, a.g.e., VI, 87; Şevkânî, *Irşâdü'l-Fuhûl*, s. 240. Ancak Cüveynî *Kitâbü't-Telîs* (III, 310) adlı eserinde İmam Mâlik'i İmam Şâfiî ile birlikte istihsân prensibini reddedenler arasında saymaktadır. *el-Burhân*'da da Mâlik'e istihsânı nispet ettiğine rastlayamadık.

istihsân prensibini kabul etmiş ve mezhebinin pek çok ana konularını ve meselelerini bu prensip üzerine kurmuştur.¹⁰⁷ Nitekim Mâlikî mezhebi kaynakları umumiyetle istihsân lehine tavır sergiler ve onu mezhebin ilkelerinden biri olarak takdim ederler.

Mâlik ve taraftarlarına istihsânı nispet eden ilk müellif Şâfiî'dir. O Medînelilerin vitir namazı konusundaki görüşlerinin herhangi bir Sünnet'e, esere, kıyasa ya da ma'küle uymadığını belirtir ve onların bu görüşünü istihsân diye niteler.¹⁰⁸ Buradan istihsânın hiç bir makbul kaynağa dayanmayan keyfî görüş olarak algılandığı anlaşılmaktadır. Nitekim ileride geleceği üzere Şâfiî'nin literatüründe istihsân keyfliliğinin adıdır. Ancak o burada polemik yaparak muhalifleri olan Mâlikîleri keyflikle suçlamakta ve onların görüşlerinin makbul kaynaklar dışında kaldığını söylemektedir. Bu bakımdan söz konusu görüşün Mâlik'e göre gerçekten Şâfiî'nin anladığı şekilde istihsân olup olmadığı bu ifadelerden anlaşılamaz.

Mâlik'in öğrencisi İbnü'l-Kâsım *el-Müdevvene*'de istihsânı sık sık kullanır ve Mâlik'e de nispet eder.¹⁰⁹ Ancak bu gibi yerlerde terimi Mâlik'in kendisi mi kullanmakta yoksa İbnü'l-Kâsım mı onun adına açıklama yapmakta bunu gösterir herhangi bir şey bulunmamaktadır.¹¹⁰ Nitekim bazı müelliflerin "Mâlik'in kitaplarında istihsân kelimesi kullanılmıştır"¹¹¹ demiş olmalarına rağmen istihsân terimi bir kez olsun *Muvatta*'da geçmemektedir. Herhalde onun bazı konular hakkında söylediği "*hasen*"¹¹² (iyi), "*ehabbü ileyye*"¹¹³ (bence daha sevimlidir), "*ene uhibbu*"¹¹⁴ (ben hoşlanırım), "*estehibbu*"¹¹⁵ (hoş bulurum), "*a'cebü ileyye*"¹¹⁶ (bence daha hoş) ve "*ehlü'l-ilm yestehibbûn*"¹¹⁷ (ilim adamları hoşlanırlar) gibi sözleri kastediliyor olmalıdır. Bu terime en yakın olarak onun kullandığı ifade, caiz olmadığını söylediği bir şey hakkında "*mâ erâhu hasenen*" (bunu iyi bulmuyorum)¹¹⁸ cümlesidir. Ayrıca bu terimin aslını oluşturan "hasen" kelimesini ve geçmiş rivayetler hakkında söylediği "*ahsenu mâ semi'tü*" (işittiğimim en iyisi) ifadesini de sık sık kullanır. Fakat biz burada istihsânla yalnızca bir nas yahut genel bir prensip gereği bir kaideyi terk etmeyi kastetmiyor, aynı zamanda nas bulunmayan konularda hüküm vermeyi de içerecek bir çerçeveyi kastediyoruz. Yukarıdaki ifadelerden "*ehabbü ileyye*" ifadesini genel prensipten ayrılma anlamındaki istihsânla eşit biçimde kullandığı da görülür. Meselâ sahâbeden Enes b. Mâlik'in oruca güç yetiremeyecek kadar yaşlanınca (her gün için bir fakire) fidye ödediği haberini kaydettikten sonra; "Bunu vacip görmüyorum; ancak fidye ödemeye gücü yetiyorsa bence ödemesi daha iyidir" der.¹¹⁹

İmam Mâlik Iraklılarda gördüğümüz zaruret, maslahat, ihtiyaç gibi hallerde genel prensipten ayrılma anlamındaki istihsân kavramının yabancıdır. Meselâ

¹⁰⁷ İbn Ferhûn, *a.g.e.*, s. 125.

¹⁰⁸ Şâfiî, *İhtilâfû Mâlik*, VII, 204.

¹⁰⁹ Schacht, *Origins*, s. 118; Ahmad Hasan, *Early Development*, s. 150.

¹¹⁰ Schacht, *a.g.e.*, s. 118.

¹¹¹ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 229; Serahsî, *Usûl*, II, 207; Zerkeşî, *a.g.e.*, VI, 88.

¹¹² Mâlik, *Muvatta*' (Yahyâ b. Yahyâ el-Leysî rivâyeti), *Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye*, Beyrut ts., s. 124, 159.

¹¹³ Mâlik, *a.g.e.*, s. 34, 44, 56, 71, 74, 142, 155, 209, 258, 292, 507.

¹¹⁴ Mâlik, *a.g.e.*, s. 39.

¹¹⁵ Mâlik, *a.g.e.*, s. 209.

¹¹⁶ Mâlik, *a.g.e.*, s. 214.

¹¹⁷ Mâlik, *a.g.e.*, s. 144, 173, 192.

¹¹⁸ Taberî, *İhtilâfû'l-Fukahâ*, s. 162.

¹¹⁹ Mâlik, *a.g.e.*, s. 156.

kendisinin kaydettiği bir hadise göre Hz. Peygamber "Allah'a ve ahiret gününe inanan bir kadının üç günden fazla yas tutması helâl olmaz; ancak kocası için dört ay on gün yas tutar" buyurmuştur. Yine onun Medineli iki meşhur fıkıhçı Sâlim b. Abdullah ve Süleyman b. Yesâr'dan yaptığı bir iktibasa göre bu iki zat, kocası ölmüş dul kadının göz iltihabı yahut her hangi bir şikayetle gözüne bir zarar gelmesinden endişe etmesi halinde, güzel koku içerse bile sürme kullanabileceğini ve ilaç ya da sürme ile tedavi olabileceğini söyler. Mâlik de onların bu düşüncesine katılarak, "Zaruret olursa Allah'ın dini kolaylıktır" diye ekler.¹²⁰ Böylece "zarûret istihsânı" adı verilen istihsân türüne başvurmuş olmaktadır.

İstihsânın zıttı olan "istikbâh" kavramını da "*lâ uhibbu*"¹²¹ (hoşlanmam), "*lâ hayra fî...*"¹²² (bunda bir hayır yok) ve "*lâ yenbegî ve lâ yesluhu*"¹²³ (yapılması yakışık almaz, uygun değil) gibi ifadelerle dile getirir. Bir konu hakkında "haram olduğunu bilmiyorum, ama başkası bence daha iyi (*ehabbü ileyye*)"¹²⁴ demesi ise beğenilmeyen her şeyin haram olmayacağını göstermesi açısından ilginçtir.

"Fayda" temeline dayalı bağımsız akım yürütmenin adı olan *mürsel maslahat* prensibi umumiyetle Mâlik'in adıyla anılır. Bu prensibe bazı usulcüler mürsel istidlâl¹²⁵ yahut kısaca istidlâl de derler. Cüveynî istidlâli "ittifaklı bir asıl bulunmaksızın aklî düşüncenin gereği olarak hükmü gösteren ona münasip mana" diye tanımlar ve bu prensipte İmam Mâlik'in aşırıya kaçtığını belirterek onun "Şeriatla tanınan yüce hedefler ve alışılmış maslahatlardan uzak olan maslahatları dahi kabul ettiği görülür" der.¹²⁶ Şâtîbî ise Mâlik'in istihsân prensibini benimsediğini belirttiikten sonra tanımını "külli delil karşısında cüzi maslahatı almaktır" şeklinde yapar ve sonuç itibarıyla mürsel istidlâlin kıyasa tercihi anlamına vardığını söyler.¹²⁷ Böylece "kıyasa tercih" farkı dışında istihsân ile istidlâli, bir diğer deyimle mürsel maslahatı aynılaştırmıştır. Nitekim "Mâlik maslahatla tahsis etmeyi istihsân eder"¹²⁸ cümlesinde maslahat istihsân işleminin bir vasıtası, bir gerekçesi olarak takdim edilmektedir. Ayrıca Şâtîbî istihsân prensibinin mücerret zevk ve arzuya dayalı olmadığını, aksine emsali farazî hususlarda tamamen Şâri'in gözettiği bilinen maksada dayandığını vurgular. Meselâ kıyas bir şeyi gerektirebilir; ama bu şey aynı zamanda bir başka açıdan bir maslahatın fevtine yahut bir mefsetetin kazanılmasına sebep olabilir.¹²⁹ Böyle durumlarda tercih edilen maslahattır ve bu tercih işleminin adı da istihsândır. Her hâlükârda istihsân delillerin muktezâsı dışında bir şey değildir; aksine delillerin gereği olan manaları ve neticeleri (*levâzîmü'l-edille ve meâlâtühâ*) esas almaktır.¹³⁰

Mezhebinin önde gelen âlimleri Mâlik'in mürsel maslahat prensibini kabul ettiğini söylemelerine rağmen bu terimini Mâlik'e nispet oldukça güçtür. Yapılan tanımlamalar onun icthadlarının yorumundan ibarettir. Ancak icthadlarını incelediğimizde

¹²⁰ Mâlik, *a.g.e.*, s. 318-319.

¹²¹ Mâlik, *a.g.e.*, s. 177, 195, 196, 379, 380, 528.

¹²² Mâlik, *a.g.e.*, s. 347, 350, 352, 353, 355, 367, 527.

¹²³ Mâlik, *a.g.e.*, s. 384.

¹²⁴ Mâlik, *a.g.e.*, s. 507.

¹²⁵ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, I, 39.

¹²⁶ Cüveynî, *el-Burûân fî Usûli'l-Fıkî* (nşr. Abdülazîm ed-Dîb), Katar 1399, II, 1113.

¹²⁷ Şâtîbî, *a.g.e.*, IV, 206 ve I, 40.

¹²⁸ Şâtîbî, *a.g.e.*, IV, 209.

¹²⁹ Şâtîbî, *a.g.e.*, IV, 206.

¹³⁰ Şâtîbî, *a.g.e.*, IV, 209.

bilhassa ticârî muameleler¹³¹ alanına girenler arasında gerçekten bu kategoriye girecek olanlarla karşılaşmaktayız.

Mâlik'in maslahat prensibinin ana çıkış noktasını "zarar vermeme"¹³², "insanlara kolaylık sağlama ve herhangi bir kimseye zorluk çıkarmama"¹³³ teşkil eder. Bunu "Zaruret olursa Allah'ın dini kolaylıktır"¹³⁴ cümlesiyle dile getiren Mâlik, hükümlerinde mümkün olduğunca kolaylık tarafını tercih eder. Örneğin ona göre oruçlunun kan aldırması zayıf düşme endişesi bulunduğu mekruh olur; ama böyle bir endişe bulunmazsa mekruh olmaz.¹³⁵ Burada zararı defetme, teknik terimiyle "def-i mefsedet" prensibini esas almıştır.

Mâlik ibadetlerin ilk nesillerde oldukları şekilleriyle kalmaları için azamî titizlik gösterdiğinden bu konularda maslahat ilkesine göre fetva vermemeye özen gösterir ve bu sebeple deliller mutlak surette menfî olmadığı halde bazı şeyleri yasaklar ve bazı şeyleri de kerih görürdü.¹³⁶ Ancak ibadetlerin özüne ilişkin olmayan noktalarda zaman zaman bu prensibe başvurduğunu da görmekteyiz. Kendisine ezan ve kâmette yer alan cümlelerin ikişer ikişer söylenmesi konusu ve namaza kâmet getirildiğinde insanların ne zaman kalkmalarının vacip olduğu sorulduğunda "Ezan ve kâmet konusunda yetiştığım insanların yapmakta oldukları uygulama (*mâ edrektü'n-nâse aleyhi*) dışında bir şey duymadım. Kâmet ise ikişer ikişer söylenir. Bu uygulama şehrimizdeki ilim adamlarının yapa geldikleri bir şeydir. Kâmet getirilince insanların ayağa kalkmaları konusunda *bir sınırlama işitmedim. Fakat bunu insanların güç yetirebildikleri miktarla uygun görüyorum. Çünkü ağır olan var, hafif olan var. Tek düze olamazlar.*"¹³⁷

Mâlik "zaruret prensibini" yasak hükmün askıya alınması için bir sebep sayar.¹³⁸ Rivayete göre Hz. Peygamber ihramlı iken Mekke yolu üzerinde Lahyey Cemel denilen bir yerde başının üstünden kan aldırılmıştı. İbn Ömer ise "İhramlı kişi ile de gerekliyse kan aldırır" demiştir. Bu iki rivayeti kaydeden Mâlik "İhramlı kimse zaruret bulunmadan kan aldırılmaz" demektedir.¹³⁹ Dolayısıyla Hz. Peygamber'in fiilini zaruret nedeniyle yapılmış olarak görmekte ve hadisi sahâbî kavliyle tahsis etmektedir. Zarureti ise ihtiyaçla sınırlar. Meselâ Medine'de genel kabul görmüş uygulamaya göre deve, sığır ve davar ile bunların emsali vahşî hayvanların etleri birbiri mukabili satılırken misli misline, ağırlıkları aynı ve peşin olmalıdır; misli misline ve peşin olma şartı gerçekleşti-

¹³¹ Şeybânî (*el-Hüccet*, II, 568) Medine ekolüne hitaben "Siz alış-verişler konusunda olduğu kadar hiç bir ilminizde daha iyi akıl yürütmediğinizi (nazar) ve insanların bazı akıl yürütmelerde size ancak ortak olabileceklerini, alış-veriş konuları geldi mi sizin yanınızda hiç kimsenin bir söz söyleyemeyeceğini ve akıl yürütemeyeceğini iddia ediyorsunuz!" diyor ve ekliyor: "İşte alış-verişleriniz; hepsi delilsiz ve burhansız iddialardır."

¹³² Mâlik, *Muvatta'* (YY), s. 425.

¹³³ Mâlik, *a.g.e.*, s. 135.

¹³⁴ Mâlik, *a.g.e.*, s. 153, 319. İlk yerde "zaruret olursa" kaydı yoktur.

¹³⁵ Mâlik, *a.g.e.*, s. 151.

¹³⁶ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, III, 74. Örnekler için bk. Şâtîbî, a.e., III, 213-215.

¹³⁷ Mâlik, *a.g.e.*, s. 41.

¹³⁸ Mâlik, *a.g.e.*, s. 182, 184, 221, 241, 258.

¹³⁹ Mâlik, *a.g.e.*, s. 181-182. Mâlik, hadisi Süleyman b. Yesâr aracılığıyla mürsel olarak rivayet etmekte ve başka bir hadis vermemektedir. Şâfiî (*İltilâfii Mâlik*, VII, 212) ise hem Mâlik'in bu rivayetini ve hem de Süfyân - Amr b. Dînâr - Atâ ve Tâvûs'tan biri yahut ikisi- senediyle İbn Abbâs'ın "Hz. Peygamber ihramlı iken kan aldırdı" dediğini kaydeder ve devamında "Hz. Peygamber'in kan aldırmasına ilişkin olarak Mâlik'in rivayet ettiği hadiste ne o ve ne de başkası zaruretten söz etmiştir; bu hadis İbn Ömer'den gelen rivayetten evlâdır. Belki İbn Ömer bunu mekruh saymış, haram saymamıştır. Belki İbn Ömer, Hz. Peygamber'in bunu yaptığını duymamıştır. Duysaydı ona muhalefet edip -inşâallah- re'yi ile hüküm vermezdi" der. Buhârî ("Savm" 32) ise İbn Ömer'in "Hz. Peygamber ihramlı iken kan aldırdı ve oruçlu iken kan aldırdı" dediğini rivayet eder.

riidikten sonra tartılmasa da olur.¹⁴⁰ Mâlik bâdiyede terazi bulunmadığı için buna müsaade etmiş, ancak şehirde tartılmamasına müsaade etmemiştir.¹⁴¹ Bu ilke *Mecelle*'de (madde 22) "zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur" biçiminde yer alan kaide ile örtüşmektedir.

İmam Mâlik maslahat prensibinin açacağı boşluğu ise *seddi zerfa* prensibiyle doldurmaya çalışır. *Zerfa* kelimesini *Muvatta*'da bir kaç yerde kullanarak haramı ve yasaklanmış bir şeyi helâl yapmaya vesile (zerfa) olan şeyi câiz görmediğini belirtir.¹⁴² Zerfayı "maslahat olan bir şeyle mefsedete tevessül etmektir" diye tanımlayan¹⁴³ Şâtîbî her ne kadar Mâlik'in fıkıh konularının çoğunluğunda zerâi' prensibini hakim kabul ettiğini¹⁴⁴ söylerse de *Muvatta*'da rastladığımız örnekler oldukça sınırlıdır. Ancak muhtemelen o, Mâlik'in görüşlerini içeren *el-Müdevvene* gibi hacimli eserler için bu sözü söylemiş olmalıdır. Mâlik bu prensip gereği, yasağı delmek için bir hile olabilecek şeyleri yasaklar. Örneğin bir av hayvanı, avlanma yasağı bulunan ihramlı için başkası tarafından avlanmışsa ihramlının onu satın alıp yemesini mekruh görür ve yasaklar; ama ihramlılar için avlanmayan bir avı ihramlı satın alırsa bunda bir sakınca görmez.¹⁴⁵

III. İMAM ŞÂFİİ'DE İSTİHSÂN

Günümüze gelen ilk usul eseri müellifi İmâm Şâfiî'nin düşüncesini oluştururken temel hareket noktası İslâm ümmetinin günlük hayatında ortaya çıkan yeni hâdiselerin ve problemlerin olabildiğince nasların ışığında nasıl çözülebileceğinin yollarını bulmak ve tesis etmektir. Çünkü ona göre mutlaka bir noktada naslarla itibat kurulmalıydı. Aksi halde keyfiliğin yolu açılmış olurdu. İşte bu temel düşünce doğrultusunda Şâfiî icthad, kıyas ve istihsân kavramlarını önce tanımladı, niteliklerini ortaya koydu ve ardından bunları neden kabul ya da reddettiğini izaha çalıştı. Bunun neticesinde icthad ve kıyas metotlarını naslarla ifade edilen hükümlerle olaylar arasındaki benzerlik temeline oturtarak sistemleştirdi, keyfilik diye nitelendirdiği istihsâna ise karşı çıktı. Bu konudaki kanaatlerini şöyle özetlemektedir: "Ne benim ne de her hangi bir âlimin Kur'ân, Sünnet, icmâ yahut bağlayıcı bir haberde yer alan herhangi bir nas bulmadan bir şeyi mubah ya da haram sayma, bir kimseden bir şey alma ya da ona bir şey verme hakkı vardır. Mezkur haber kaynaklarından birinde yer almayan bir şeyi istihsânımıza dayalı ve aklımıza geldiği şekliyle söylememiz caiz değildir. Böyle bir konuda bağlayıcı haberleri araştırır ve icthad yoluyla kıyas yaparız. Doğruyu yanlıştan ayıran kıyas yöntemiyle bir misâle dayanmaksızın bizim söz söylememiz caiz olsaydı o zaman bizimle birlikte herkesin aklına geleni söylemesi caiz olurdu. Ancak hem bizim ve hem de zamanımız insanların yukarıda anlattığım şekilde davranmamız gerekir."¹⁴⁶

Şâfiî eserlerinde keyfiliğe ve kural tanımazlığa karşı tam bir savaş açar ve muhaliflerinin kendi içlerindeki çelişkilere sık sık dikkat çeker. Bu uyarılarından birinde "Sünnet'i bir başka Sünnet için terk edip sonra bunu da kendi re'yiniz için terk ediyor-

¹⁴⁰ Mâlik, *Muvatta* (YY), s. 352.

¹⁴¹ Şâfiî, *İhtilâfû Mâlik*, VII, 219.

¹⁴² Mâlik, *a.g.e.*, s. 341, 368.

¹⁴³ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, IV, 198-199.

¹⁴⁴ Şâtîbî, *a.g.e.*, IV, 198-199.

¹⁴⁵ Mâlik, *a.g.e.*, s. 183. Şâfiî ve Hanefiler konuyla ilgili âyette "kim kasıtlı olarak öldürürse" (el-Mâide 5/95) buyrulduğu için ihramlının av hayvanını kendisi öldürmediği sürece ondan yiyebileceğini ve buna karşılık herhangisi bir fideye ödemesi gerekmediğini söylerler. bk. Şâfiî, *İhtilâfû Mâlik*, VII, 242.

¹⁴⁶ Şâfiî, *Cimâu'l-İlm*, VII, 276-277.

sunuz. O zaman demek ilim sizin elinizde! İstediginizi uygular, istediğınızı bırakırsınız! Söylediklerinizi farkında olmadan ve iyi düşünmeden kabulleniyorsunuz"¹⁴⁷ der. Hz. Ömer'in verdiği hükümleri icmâ gibi değerlendiren Medinelilerin tutarsızlıklarına parmak basar ve "Kendinizin söylediği şeyin aksi bir davranışta bulunmamalısınız. Elinizde ona her hangi bir kimsenin muhalefet ettiğine dair bir rivayet bulunmadığı halde başkasından rivayet ettiğiniz bir şeye dayanmadan muhalefet ediyorsunuz. İşitiyorum ki siz kendinizi bir manaya ya da bir delille dayanmadan istediğınızı ret ve kabul makamına koymuşsunuz" diye çıkışır.¹⁴⁸

Keyfiliğin, ilim adamı olmasa bile herkesin aklına geleni söylemesinin caizliği anlamına geleceğini, çünkü akla gelen şeyin zorunlu olarak bir "eser" ya da kıyasa uygun yahut aykırı olmak durumunda olduğunu belirten Şâfiî, herhangi bir kimsenin eser ya da kıyası alıp almamasının caizliğinin kişinin istediği hükmü vermesi dışında bir anlamı bulunmadığını ve bunun da insanlara haram kılındığını söyler.¹⁴⁹ Hz. Peygamber'in Sünneti'ne ya da âlimlerin umûmunun birleştikleri ve onlara muhalif birinin çıkmadığı bilinen bir hükme karşı çıkan kimsenin bu muhalefeti delil mi olur yoksa o kişi bu davranışıyla bilmediğini öğrenmesi gereken bir cahil durumda mı olur? Elbette ki o kişi Şâfiî'ye göre cahiller sınıfına dahil olur. Şayet her hangi bir kişi için bu caiz olsa o zaman herkesin Sünnet'e ya da ilim adamlarının ihtilafına dayanmadan her hükmü bozma hakkı olur.¹⁵⁰

Şâfiî, Kur'ân ve Sünnet yorumlarının da keyfilikten kurtarılıp ilkelere bağlanması için gayret göstermiştir. Ona göre bağlayıcı bir haber bulunmadan bir âyetin zâhirinin gayrına hükmetmek caiz olmaz.¹⁵¹ Araştırma sonucunda Kur'ân âyetinin başka ihtimallere açık olmadığı yahut Sünnet'in rivayetinde ihtilaf edilmemiş olduğu anlaşılırsa kişi bunu kabul etmek durumundadır. Ama Kur'ân iki vecihe muhtemel yahut Sünnet ihtilafı biçimde rivayet edilmiş veya Sünnet'in zâhiri iki vecihe muhtemel ise amel edilecek vecihin bağlayıcı ve terk edilen vecihten evlâ olduğunu gösterir Kur'ân, Sünnet, icmâ ya da bir kıyas delâleti bulunmadan vecihlerden biri kabul edilmez. Kıyas hususunda da bu şekilde davranılır; Kitap, Sünnet ya da icmâ açısından evlâ yahut terk edilen şeyden kaynakça daha sahih olmadıkça kıyasla amel edilmez. Bunun dışı- na çıkılarak "istihsân ediyorum" demek suretiyle amel etmek haramdır.¹⁵²

İstihsân konusunu irdeleyen ve eseri günümüze ulaşan ilk müellif Şâfiî olmuştur. Ebû Hanîfe'ye reddiye olarak kaleme aldığı¹⁵³ ve sırf bu konuya ayırdığı *İbtâlî'l-İstihsân* adlı kitabında, *Risâle*'de ve diğer bazı kitaplarında yazdıklarından onun istihsân hakkındaki düşüncelerini ve döneminde bu çerçevede yapılan tartışmaları öğrenme imkanına sahibiz. Şâfiî kitaplarında istihsânı değişik açılardan niteler; ancak tam bir tanımını ortaya koymaz. Ama daha sonraki bir takım kaynaklarda Şâfiî'nin istihsânı Ebû Hanîfe'ye nispet ederek "müctehidin delilsiz olarak kendi re'yi ile iyi gördüğüdür"

¹⁴⁷ Şâfiî, *İhtilâfû Mâlik*, VII, 215-216.

¹⁴⁸ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 231 ve 233.

¹⁴⁹ Şâfiî, *el-Üm*, IV, 23.

¹⁵⁰ Şâfiî, *İhtilâfû'l-Hadis (el-Üm ile birlikte)*, s. 548.

¹⁵¹ Şâfiî, *İhtilâfû Mâlik*, VII, 218. Bir başka eserinde (*er-Risâle*, nşr. Ahmed Muhammed Şâkir, Kahire 1979, s. 580) ise "Kur'ân, zâhiri üzeredir. Ancak Kur'ân'dan bir delâlet yahut bir Sünnet ya da icmâ onun zâhir değil de bâtin üzere olduğunu gösterirse başka" der.

¹⁵² Şâfiî, *el-Üm*, VI, 203.

¹⁵³ Zerkeşî, *el-Ba'ur*, VI, 94.

diye tanımladığı kaydedilir.¹⁵⁴ *Risâle*'de ise istihsânı geçmiş bir örneği bulunmadan ortaya konan¹⁵⁵ keyfî bir husus¹⁵⁶ olarak niteler. Ona göre Kitap ve Sünnet'te yer almayan bir konuda bu iki kaynağa kıyas etmeden re'y ihtihadında bulunmanın adı istihsândır.¹⁵⁷ "Vehme doğan, zihne gelen, kulaklara hoş gelen, hatıra gelen"¹⁵⁸ ifadele-riyle anması ise istihsânın aklî yönünün varlığını ortaya koymaktadır. İstihsân taraftarlarına sorduğu "Kur'ân, Sünnet ve fetvâyı bilen ilim adamlarının pek çoğunun fevkinde olan akıllı insanlar daha akıllı ve görüşlerini sizin umûmunuzdan daha iyi açıkladıkları halde yeni ortaya çıkan ve hakkında Kitap, Sünnet ve icmâ bulunmayan konularda konuşmaları niçin câiz olmasın?"¹⁵⁹ sorusu ise istihsânın dinin tanıdığı kaynaklara başvurmadan ortaya konan salt aklî bir yöntem olduğunu ifade etmektedir.

Şâfiî bir kıyas sonucunun başka bir nedenden ötürü terk edilmesi anlamında bir istihsân anlayışına yabancı gözükmemektedir. O daha başta kıyası hiç dikkate almadan hüküm vermeye kalkışmaya karşı çıktığı gibi¹⁶⁰ kıyas gereği olan şeyi terk etmeye de karşıdır. Hanefîlerin "kıyas şöyledir; ancak biz istihsânda bulduk" demelerini sert bir dille eleştirerek; "Kıyası terk etmeleri onlara caiz ise başkalarının da onların yaptıkları kıyası terk etmeye ve terk ettikleri yerde de kıyasa başvurmaya hakları vardır. Bizce kıyası terk etmek caiz değildir" der.¹⁶¹ Zira ona göre kıyası bir kenara bırakmak câiz olsaydı ilim adamı olmayan akıl sahiplerinin de hakkında haber bulunmayan konuda akıllarına gelen iyi gördükleri şeyle hüküm vermeleri câiz olurdu.¹⁶²

Şâfiî istihsâna o kadar büyük tepki duyar ki *Risâle*'nin girişinde Hz. Peygamber'in peygamber olarak gönderildiği vakit insanların, ehl-i kitap ve müşriklerden ibaret olduğunu belirttiikten sonra inkarcıların Allah'ın izin vermediği şeyi icat ettiklerini ve elleriyle *iyi gördükleri* taş, odun ve heykeller diktiklerini, onlara bir takım adlar koyup tanrı diye taptıklarını; başkasını iyi bulduklarında da tapmakta oldukları şeyi atıp elle-riyle diktikleri bu yeni puta kulluk ettiklerini söyler.¹⁶³ Burada son derece dikkat çeken iki husus vardır: Şâfiî ve daha sonra gelen istihsân karşıtları, bu kavramı Allah'ın izin vermediği şey olarak niteler ve istihsânın kişilere ve zamana göre değişeceğini vurgularlar. Bu bakımdan burada seçilen ifadeler bu maksada yönelik önceden bir imaj oluşturma çabası izlenimi vermektedir. Nitekim istihsân hakkında Şâfiî bunu son derece açık bir biçimde ifade edecektir: "*Men istahsene fe-kad şera'a (fi'd-dîn) = İstihsânda bulunan kişi (dinde) Şâri'* (kanun koyucu, Allah) makamına geçmiş olur."¹⁶⁴ Ne var ki Şâfiî'nin bu ünlü ifadesi İbnü'l-Mukaffa'nın "re'yi din edinen Şâri'" makamına geçmiş

¹⁵⁴ Zerkeşî, *a.g.e.*, VI, 93.

¹⁵⁵ Şâfiî, *er-Risâle*, s. 25.

¹⁵⁶ Şâfiî, *a.g.e.*, s. 507.

¹⁵⁷ Şâfiî, *el-Üm*, VI, 201.

¹⁵⁸ Şâfiî, *İbtâlül-İstihsân*, VII, 301.

¹⁵⁹ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 300.

¹⁶⁰ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 301.

¹⁶¹ Şâfiî, *İftilâfî Mâlik*, VII, 230.

¹⁶² Şâfiî, *er-Risâle*, s. 505.

¹⁶³ Şâfiî, *a.g.e.*, s. 10.

¹⁶⁴ Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, I, 274; Kâdı İyâz, *Tertibü'l-Medârik*, I, 95; Zerkeşî, *el-Bafr*, VI, 87. Cüveynî ise bu sözü "İstihsânda bulunan kişi sanki dinde şeriat vazeder gibi olur" şeklinde kaydeder. bk. *Kitâbü't-Tellûs*, III, 310. Şâfiî'nin oldukça meşhur hale gelen bu sözünü kendi eserlerinde aynıyla bulamadık; ama bir eserinde (*el-Üm*, VI, 203) aynı manayı ifade eden "*İzâ ecâze li-nefsihü 'istahsentü' ecâze li-nefsihü en yeşra'a fi'd-dîn*"=Bir kimse kendisine 'istihsân ediyorum' demeyi câiz görürse kendine dinde şeriat vazetmeyi câiz görüyor demektir" cümlesini kullanmaktadır.

olur"¹⁶⁵ cümlesindeki re'y kelimesinin kaldırılıp istihsân kelimesinin konmuş hali gibidir.

Nasların mutlak otoritesine inanan Şâfiî "herhangi bir kimsenin Kitap ve Sünnette verilen habere aykırı istihsânda bulunması haramdır"¹⁶⁶ hükmünü verir. Nassa aykırı olmasa da naslardan bağımsız yapılan istihsân hakkında ifadeyi yumuşatır ve "haber ya da kıyasa dayanmadan hüküm vermek câiz değildir"¹⁶⁷ diyerek bir insanın kıyasa dayanmadan "istihsânda bulunuyorum" demesini caiz görmez.¹⁶⁸ Kendisini her fırsatta keyfilige karşı olduğunu belirtmek zorunda hisseden Şâfiî istihsâna karşı oluş gerekçelerini Kitab'a, Sünnet'e ve aklî izahlara dayanarak göstermeye çalışır. Onun eserlerinde istihsânın reddine gerekçe olarak ileri sürdüğü düşüncelerini şöylece sıralamamız mümkündür:

1. Yetkisizlik: Şâfiî hiç kimsenin "ilim" sahibi olmadan (dinî bir konuda) söz söylemeye hakkı olmadığını¹⁶⁹, hâkimlik ya da müftülük ehliyetine sahip kimselerin bağlayıcı bir habere dayanmadan hüküm ya da fetvâ verme yetkileri bulunmadığını ve bu nedenle istihsânla hüküm ya da fetvâ vermelerinin câiz olamayacağını¹⁷⁰ ve âlimlerin ilme sahip olmadan konuşmalarının vacip olduğunu söyler.¹⁷¹ Ona göre Hz. Peygamber dışında hiç kimsenin bir ilim yönüne sahip olmadan bir şey hakkında helâl ya da haram deme yetkisi yoktur. İlim yönü ise Kitap, Sünnet, icmâ veya kıyastır.¹⁷² İstihsânda bulunmak vacip olmadığı gibi bu manalardan birine dahil de değildir.¹⁷³

Şâfiî bu gerekçeyi herkesçe kabul edilen bir hukuk kuralına istinaden açıklamaya çalışır. Bir hâkimin huzurunda iki adam alım-satım yaptıkları bir elbisenin defolu sayılıp sayılmayacağını dava konusu etseler hâkim kendisi işin içinden çıkamadığında hüküm veremez; işi bilenleri çağırır ve dava konusu olan şeyin defo sayılıp sayılmayacağını onlara sorar. Elbisenin fevt olması halinde eğer taraflar o defonun değerini talep ederlerse hâkim uzmanlara onun değerini sorar. Uzmanların en dindar ve en bilgili olanı "Bugünden önceki değerini biliyordum, fakat bugünkü piyasasını bilmiyorum; ama yine de söyleyeyim" diyecek olsa o günkü piyasayı bilmemesinden ötürü hâkimin o kişinin sözünü kabul etmesi câiz olmaz, günün piyasasını bilen sözünü kabul eder. Günün piyasasını bilen biri çıkagelse ve "Bunu pazarda satılan başka malla kıyas etsem defosu bulunan geçmiş bir mala göre kıymetlendirsem kıyas beni şuhâ götürür. Ama bana daha başkası iyi görünüyor" dese hâkimin onun istihsânını kabulü helâl olmaz, haram olur. Hükmünü verirken günün piyasası olduğu söylenen değeri esas alması gerekir.¹⁷⁴ Dolayısıyla pahası az olan bir malda istihsânda bulunmak caiz olmuyor, kıyas gerekiyorsa önemli dinî konularda keyfilikten uzak kalmak daha yeğdir.

2. Şâfiî, mesele hakkında nas bulunmaması halinde son başvurulacak kaynağın kıyas olduğunu söyler. Bunu ise şu gerekçelere dayandırır:

¹⁶⁵ İbnü'l-Mukaffa', *el-Edebü's-Sağîr*, Dâru'l-Cil, ts., s. 155.

¹⁶⁶ Şâfiî, *er-Risâle*, s. 504.

¹⁶⁷ Şâfiî, *a.g.e.*, s. 505.

¹⁶⁸ Şâfiî, *a.g.e.*, s. 504.

¹⁶⁹ Şâfiî, *İbtâlü'l-İstihsân*, VII, 301.

¹⁷⁰ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 298.

¹⁷¹ Şâfiî, *er-Risâle*, s. 41.

¹⁷² Şâfiî, *a.g.e.*, s. 25, 39, 508. Bu son yerde yukarıdakilere ek olarak âsar'ı zikreder. Ayrıca bk. *el-Üm*, V, 128.

¹⁷³ Şâfiî, *İbtâlü'l-İstihsân*, VII, 298.

¹⁷⁴ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 301.

a. Nasların bulunmadığı yerde kıyas dışında başka bir metoda başvurulamaz. Zira Allah, Kur'ân'ı her şeyi açıklayıcı olarak indirmiştir. Açıklama ise kimi zaman Kur'ân'da farz kılma suretiyle, kimi zaman da icmâlî olarak indirilen şeyin alâmetlere dayanılarak icthad yoluyla araştırılmasını emretmek suretiyle olmaktadır. İctihad iki şeyi ifade eder: 1) Araştırma yönelinen bir hedef ister, araştırmacı uluorta araştırmada bulunmaz; 2) Allah araştırılması emredilen husus için icthad metoduna başvurulmasını emretmiştir.¹⁷⁵ Bu nedenle hiç kimsenin icthad yönünden başka hüküm verme hakkı yoktur.¹⁷⁶ Aksi halde caiz görülmedik hata kalmaz.¹⁷⁷

b. Hz. Peygamber icthadi emretmiştir. İctihad ise ancak bir şeyin araştırılmasıyla olur. Bir şeyi araştırma ise delillere dayanılarak yapılır. İşte bu deliller kıyastır.¹⁷⁸ Bir başka söyleyişle kişi iyi gördüğü ile hükmedemez. Çünkü iyi gördüğüyle hüküm, geçmiş bir misâle dayanmaksızın ortaya koyduğu bir şeydir.¹⁷⁹ Dolayısıyla kıyassız istihsân câiz değildir.¹⁸⁰ Bu nedenle ona göre hiç kimsenin icthada dayanmadan istihsân yoluyla söz söyleme hakkı yoktur. Nitekim Kâbe'yi görmeyen her hangi bir kimse istediği yöne namaz kılamaz; Kâbe istikametine yönelmek için çaba sarf eder.¹⁸¹

c. Kıyası bir kenara bırakmak câiz olsaydı ilim adamı olmayan akıl sahiplerinin de hakkında haber bulunmayan konularda hatırlarına gelen iyi gördükleri şeyle hüküm vermeleri caiz olurdu.¹⁸² Oysa kıyasla ilgili hususların dayandığı Kitap, Sünnet ve icmâ bilmeyen ve karışıkları ayırıştırarak akla sahip olmayan âdâb sahibi akıllı insanların kendi re'yleriyle fetvâ ve hüküm vermelerine hiç bir ilim adamı ruhsat vermemiştir.¹⁸³

Bağlayıcı bir habere yahut bir kıyasa dayanmadan hüküm verenin, günaha bilmeden hüküm verenden daha çok yaklaşmış olacağını kaydettikten sonra Şâfiî, "Böyle bir şey söz konusu olsa ilim adamı olmayanların da görüş ileri sürmeleri câiz olurdu" der.¹⁸⁴ Ona göre hakkında bir haber nassı yahut kıyas bulunmayan yeni hâdise için hâkim ve müftî "istihsân ediyorum" diyerek bir hüküm verse başkasının da aksine istihsânda bulunmasının caiz olduğunu kabul etmelidir. O zaman ülkedeki her hâkim ve müftî istihsânı ile hüküm verir; bir tek konuda değişik hüküm ve fetvalar ileri sürülür. Eğer onlara göre bu caizse serbestçe davranır, istedikleri gibi hüküm verirler; şayet bir sınırlama varsa kendilerinin de ona girmeleri caiz olmaz. Kıyası terk etme fikrinde olup "İnsanlar benim dediklerime uymalıdır" diyen adama "Sana uyulmasını kim emretti ki insanlar sana uymak durumunda olsun? Başka biri sana bunu söylese ona itaat mı edersin yoksa 'Ben ancak kendisine itaat etmem emredilene itaat ederim' mi dersin?" diye sorarlar. Aynı şekilde hiç kimsenin de sana uyması gerekmez. İtaat ancak Allah ya da Resûlû'nün uyulmasını emrettiği kişiye olur.¹⁸⁵

İstihsânı savunan fıkıhçıları hedef alarak şu eleştiri yönelir: "Kur'ân, Sünnet ve fetvâyı bilen ilim adamlarının pek çoğunun fevkinde olan akıllı insanlar, daha akıllı ve

¹⁷⁵ Şâfiî, *Cimâu'l-İlm (el-Üm ile birlikte)*, VII, 277.

¹⁷⁶ Şâfiî, *er-Risâle*, s. 504.

¹⁷⁷ Şâfiî, *el-Üm*, V, 171.

¹⁷⁸ Şâfiî, *er-Risâle*, s. 505.

¹⁷⁹ Şâfiî, *a.g.e.*, s. 25.

¹⁸⁰ Şâfiî, *el-Üm*, VII, 94; *er-Risâle*, s. 504.

¹⁸¹ Şâfiî, *el-Üm*, VII, 93.

¹⁸² Şâfiî, *er-Risâle*, s. 505.

¹⁸³ Şâfiî, *İbtâlül'Istihsân*, VII, 300.

¹⁸⁴ Şâfiî, *er-Risâle*, s. 508.

¹⁸⁵ Şâfiî, *İbtâlül'Istihsân*, VII, 301.

görüşlerini sizin umurunuzdan daha iyi açıkladıkları halde yeni ortaya çıkan ve hak-
kında Kitap, Sünnet ve icmâ bulunmayan konularda konuşmaları niçin caiz olmasın?
Usûlü bilmiyorlar diyorsanız bir asla dayanmadan veya bir asla dayalı kıyas yapmadan
görüş ileri sürdüğünüze göre sizin usûlü bildiğinizin delili nedir? Usûlü bilmeyen akıl
sahipleri hakkında duyduğunuz endişe onların usûlü bilmedikleri için iyi kıyas yap-
mayacaklarından öte bir endişe midir? Sizin usûlü bilmeniz size bu usûl üzerine kıyas
etme kabiliyeti mi kazandırdı yoksa bu usûlü bırakmanızı mı caiz kıldı? Siz onları terk
edebiliyorsanız akıl sahiplerinin de sizinle beraber söz söylemeleri câizdir. Çünkü
endişe etseniz etseniz kıyasa başvurmamaları ya da hata etmelerinden endişe ederseniz-
niz.”¹⁸⁶

3. İnsanlar başı boş bırakılmamışlardır, bu nedenle istihsâna gerek yoktur.
Kur’ân’da “İnsan başı boş bırakılacağını mı sanır?” (el-Kıyâme 75/36) buyruluyor.
Kur’ân bilginleri âyette geçen *süddâ* (başı boş) kelimesinin emirsiz ve yasaksız bırakılmış
anlamına geldiğinde hemfikirdirler. Emrolunmadığı ile hüküm ya da fetvâ veren kimse
süddâ kapsamına girmeyi kendisi için câiz görüyor demektir. Oysa Allah onu başı boş
bırakmadığını bildirmiştir.¹⁸⁷ Allah ya da Resûlü’nün emri olmaksızın “istihsânda bulu-
nuyorum” deyip onların söylediklerini kabul etmeyen ve re’yine dayanak olarak Allah
ve Resûlü’nün hükmünü araştırmayan kimsenin sözünün yanlışlığı ortadadır. Zira
“Bana emredilmeyen ya da yasaklanmayanla, emredilen ve yasaklanana örnek alma-
dan hüküm veriyor ve öylece amel ediyorum” demiş olmaktadır. Allah ise onun söyle-
diğinin aksine hükmetmiş ve hiç kimseyi kulluk görevi dışında bırakmamıştır.¹⁸⁸

4. Peygamberlerin metoduna aykırıdır: İstihsâna başvuran kimse başına buyruk
olduğunu ve istediğimle hükmederim diye düşünmüş, Kur’ân’a aykırı iddiada bulun-
muş ve böylece peygamberlerin metoduna ve âlimlerin umûmuna muhalefet etmiş
olur. Çünkü Allah, Peygamberi’ne “Rabbinden sana vahyolana uy” (el-En’âm 6/106) ve
“Aralarında Allah’ın indirdiği ile hükmet, onların arzularına uyma” (el-Mâide 5/49)
buyurur. Kendisine Ashâb-ı Kehf hakkında soru soranlara Hz. Peygamber’in: “Yarın
size öğretim” yani Cebrail’den sorar size söylerim diye cevap vermesi üzerine
“İnşâallah demeden asla bir şey için yarın onu yapacağım deme” (el-Kehf 18/23) âyeti
inmiştir. Sahâbeden Evs b. Sâmî’in karısı, kocası Evs’ten şikayetçi olduğunda ve el-
Aclânî karısına zina isnadında bulunduğu¹⁸⁹ Hz. Peygamber onlara cevap verme-
miş, vahyi beklemiştir. Allah, Hz. Dâvûd’a: “Ey Dâvûd! Biz seni yeryüzüne halîfe yaptık.
İnsanlar arasında hak ile hükmet.” (Sâd 38/26) buyurmuştur.¹⁹⁰

5. Şâfiî uluorta söz söylemenin ve keyfi olarak görüş ileri sürmenin insanlar a-
rası hukukî ilişkilerde bile, örneğin piyasa uzmanı tarafından kıymeti piyasadaki mal-
larla mukayese edilmeden bir ticarî mala değer biçilmesinin söz konusu olamayacağını
belirtir ve dolayısıyla az bir pahası olan mal için böyle davranılırken, lehine ve aleyhine
kıymet biçilen insanlar için böyle bir hata kolay kabullenilir bir şey iken Allah’ın helâl
ve haram saydığı konularda keyfîlik ve istihsânla görüş ileri sürülmemesi evlâdır der.¹⁹¹

¹⁸⁶ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 300.

¹⁸⁷ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 298; *er-Risâle*, s. 25; krş. Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 224.

¹⁸⁸ Şâfiî, *İbtâlîl’-İstihsân*, VII, 300.

¹⁸⁹ Uveymir el-Aclânî olayı için bk. Mâlik, *Muvatta’* (YY), s. 300; Şâfiî, *el-Üm*, V, 125-126; a.mlf., *İbtâlîl’-İstihsân*, VII, 296; Buhârî, “Talâk” 4, “Hudûd” 43, “İ’tisâm” 5; Müslim, “Liân” 1.

¹⁹⁰ Şâfiî, *İbtâlîl’-İstihsân*, VII, 298.

¹⁹¹ Şâfiî, *er-Risâle*, s. 505-507.

İstihsâna karşı ağır eleştiriler getiren Şâfiî eserlerinde istihsân kelimesini kullanmaktan çekinmez. Kendisine hac aylarında umre yapıp yapılamayacağı sorulunca "iyidir, iyi bulurum; hacdan sonra olmasından daha hoştur = *hasenetün estahsinühâ ve hiye ehabbü...*" der. Ancak burada bir âyet ve iki hadisi delil gösterir.¹⁹² İstihsân taraftarları da Şâfiî'nin bizzat kendisinin bu ifadeyi kullandığını söylerler. Meselâ "Mut'anın 30 dirhem olmasını iyi buluyorum"¹⁹³ ve "Şüf'a hakkı sahibine üç gün mühlet verilmesini iyi buluyorum"¹⁹⁴ sözleri istihsân karşıtı Şâfiî'ye aittir. Serahsî ise Hanefîlerin istihsân kelimesini kullandığı yerlere benzer durumlarda Şâfiî'nin "*estehibbu zâlike*" (Bunu hoş buluyorum) dediğini, istihsân ile *istihbâb* arasında farkın bulunmadığını ve hatta istihsânın iki kelimenin en fasîhi ve şeriatın kullandığı ibâreye daha yakın olduğunu söyler.¹⁹⁵

Şâfiî'nin eserlerinde pek çok yerde "*ehabbu ileyye*" (bence daha sevimlidir)¹⁹⁶ ifadesine rastlanmaktadır. Bu genellikle bir zorunluluk anlamı taşımayan, tercih bildiren bir ifade olup farklı rivayetler karşısında maslahata uygun gördüklerini ya da Hz. Peygamber'in son uygulamasını veya farz olmasa da onun yaptığı biçimi tercih etmekte veyahut da zayıf bir hadise ya da sahâbe uygulamasına dayanmaktadır. Öte yandan bir ibadet esnasında o ibadete şeklî en küçük aykırılıktan kaçınma ve ibadeti yerine getirmede acele etme gibi hususlar için de bu ifade kullanılmaktadır. Bu anlamlar ortaya koyuyor ki Şâfiî bu ifadeyi daha sonra çıkan müstehab, mendûb ve sünnet-i gayri müekkelede terimleriyle eş anlamlı olarak kullanmaktadır.

Her şeye rağmen Şâfiî pratikte istihsân prensibini kullanmaktadır. Nitekim kendisi bir yerde aksi daha iyi olduğu için kıyas gereği olan hükmü bıraktığını; çünkü bu kıyasta şüphe bulunduğunu söyler¹⁹⁷ ki bu sonradan ortaya konan istihsân tanımı kapsamına dahil edilebilir. Yine çelişik iki hadisin her ikisinin senetlerinin şüpheli olması halinde ihtiyata ve maslahata binaen hadisler arasında tercihte bulunduğu görülmektedir. Şeddâd b. Evs, Hz. Peygamber'in Mekke Fethi sırasında Ramazan ayında kan aldırın birini görüp "Kan alan da veren de orucunu bozmuştur" dediğini; İbn Abbâs ise Hz. Peygamber'in ihramlı ve oruçlu iken kan aldırıldığını rivayet eder. Hadislerin sahîh olmaları halinde fethin hicrî sekizinci yılda ve Vedâ Haccı'nın da hicrî onuncu yılda gerçekleştirildiğini esas alarak ikinci hadisin birinci hadisi yürürlükten kaldıracığını söyleyen Şâfiî'ye göre İbn Abbâs hadisi, senet bakımından biraz iyi durumda olmasına rağmen hadislerin her ikisinin de senetleri şüphelidir. Öte yandan "Oruçlu kendi isteği ile karnından bir şey çıkarmazsa bedenden çıkan hiç bir şey orucu bozmaz" şeklinde ifade edilen kaide gereği İbn Abbâs hadisinin kıyasla takviye edildiğini belirtmesine karşın Şâfiî "Oruçluya zaaf gelmemesi için ve ihtiyaten kan aldırılmak *bence daha sevimlidir*" diyerek¹⁹⁸ hem senet, hem kıyas açısından güçlü ve hem de

¹⁹² Şâfiî, *İhtilâfû Mâlik*, VII, 253. İbn Ömer'in fitr sadakasını bayramdan iki-üç gün önce dağıtım merkezine gönderdiği rivayetini kaydeden Şâfiî ardından "*fîzâ hasenetün ve estahsinulû...*" = bu iyidir; yapacak kimse için iyi bulurum" der ve Hz. Peygamber'in bir uygulamasını kaydeder. bk. a.e., VII, 258.

¹⁹³ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 229; İbn Ferhûn, *Keşfü'n-Nikâb*, s. 127.

¹⁹⁴ İbn Ferhûn, *a.g.e.*, a.y.

¹⁹⁵ Serahsî, *Usûl*, II, 201.

¹⁹⁶ Şâfiî, *er-Risâle*, s. 345; *İhtilâfû'l-Hadîs*, s. 532, 535; *İhtilâfû'l-İrâkiyyîn (el-Üm ile birlikte)*, VII, 123, 143; *el-Üm*, V, 179, VIII, 31.

¹⁹⁷ Şâfiî, *el-Üm*, IV, 290-291.

¹⁹⁸ Şâfiî, *İhtilâfû'l-Hadîs*, s. 529-530. Şâfiî, bazı sahâbe ve tâbi'ün ile bütün Medfnelilerin kan aldırmanın orucu bozmayacağı görüşünde olduklarını belirtmektedir.

tarih bakımından muahhar olmasına rağmen bir hadisi ihtiyat ve maslahat prensiplerine dayanarak terk etmektedir.

Şâfiî mezhebi içinde Şâfiî'nin Ebû Hanîfe'ninkine benzer bir istihsânı bulunup bulunmadığı tartışma konusu olmuştur. İbnü'l-Kâs (ö. 335/946) üç meselede, el-Haffâf ise altı meselede Şâfiî'nin istihsânda bulunduğunu söyler. Diğer Şâfiîler ise bunu oldukça zorlama bir yorumla delilin iyi olması diye yorumlayarak "istihsân-ı hüccet" diye adlandırır ve bunun da delile dayalı istihsân olduğunu savunurlar.¹⁹⁹ Şâfiî'nin "Şüf'a hakkı bulunan kimse öğrendiğinde azamî üç gün içinde bu hakkını talep edebilir. Üç gün geçince talep edemez. Bu benim istihsânımdır, bir asıl değildir" sözünün son cümlesini bir problem olarak gören Zerkeşî'ye göre, bu söz tamamen delilin bulunmadığı biçiminde değil, bunu gösteren özel bir asıl yoktur şeklinde yorumlanmalıdır. Cüveynî ve Gazzâlî ise Şâfiî'nin "İhramlı kimse başındaki haşereleri bir kenara atsa sadaka olarak bir şeyler verir" dedikten sonra "Söylediğimi nereden söyledim bilmiyorum" diye eklemesini Ebû Hanîfe'nin istihsânı kabilinden sayar ve bir problem olarak görürler. Onlara göre bu Şâfiî'nin bir istihsânıdır; çünkü bir aslı bulunmadığını açıklamıştır. Bunun istihsân demek olmadığını savunan Zerkeşî'ye göre, Şâfiî ne sebeple söylediğimin delilini hatırlamıyorum demek istemiştir. Yoksa nefsinin hevâsıyla delilsiz söylemiş değildir.²⁰⁰ Görüldüğü üzere Zerkeşî, birinci meselede delil bulursa bile özel bir aslın bulunmamasına prensip olarak karşı çıkmıyor. Bu da bizim yukarıda Ebû Hanîfe'nin anlayışını ortaya koyarken söylediklerimizle paralellik arz ediyor. Öte yandan Zerkeşî'nin hepsini bu yorum etrafında birleştirdiği onu aşkın meselede Şâfiî'nin istihsâna başvurduğu görülmektedir.²⁰¹ Şâfiîlerden İbn Dakîku'l-İd (ö. 702/1302) ise mezhep içinde ortaya atılan bir takım görüşlerin istihsân ya da maslahata dayalı olduğunu söyler.²⁰² Ebû Abdullah et-Taberî, *el-Udde* adlı eserinde "Tartışma konusu olan istihsân kıyasa aykırı olandır. Kıyasa aykırı değilse câizdir. Nitekim Şâfiî mushafa yemin ettirme vb. konularda istihsânda bulunmuştur."²⁰³ diyor ki bu da Şâfiî'nin karşı çıktığı istihsânın bizzat kendisinin belirttiği üzere uluorta, hiç bir mantığa dayanmaksızın keyfî olarak ileri atılan düşünce biçiminde algılandığını ve kendisi belirtme bile ihtihada dayalı istihsânı reddetmek şöyle dursun uyguladığını gösterir.

Özellikle istihsân taraftarlarının bu yöntemi Kur'ân, Sünnet ve fetvayı bilen insanlardan olması halinde makbul bir yöntem olduğu görüşüne karşı ileri sürdüğü eleştiriler de gösteriyor ki Şâfiî, istihsânı fıkıhçının salt akli ile söylediği bir yargı olarak değerlendirmektedir. Oysa kendisinin sözlerinin satır aralarında istihsân taraftarlarından naklettiği düşünceler istihsânı salt aklın hükmü olarak görmemize engeldir. Zira o cümlelerden anlaşıldığına göre istihsânda bulunacak kişinin engin bir İslâmî birikime sahip olarak âdeta yeni bir İslâm akli ile kuşanmak suretiyle nas bulunmayan ya da nasdan doğrudan bir çıkarım mümkün olmayan konularda "Allah ve Peygamber'i böyle durumlarda hüküm verecek olsalardı şöyle hüküm verirlerdi" gibi bir yaklaşımla meselelere çözüm getirmesi öneriliyor. Demek oluyor ki istihsân en genel manada dinin temel hedeflerine uyma gayretinin bir adıdır. Nitekim Şâfiî'nin kendisi de örnekleriyle ortaya konulduğu üzere bundan uzak kalamamıştır. ♦

¹⁹⁹ Zerkeşî, *el-Baîr*, VI, 95.

²⁰⁰ Zerkeşî, *a.g.e.*, VI, 96.

²⁰¹ Zerkeşî, *a.g.e.*, VI, 96-98.

²⁰² Zerkeşî, *a.g.e.*, VI, 97-98.

²⁰³ Zerkeşî, *a.g.e.*, VI, 98.