

ONDOKUZ MAYIS ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SAYI:12-13



SAMSUN 2001

İSLÂM HUKUK METODOLOJİSİNDE İSTİSHÂB

Öğr.Gör. Osman ŞAHİN*

ÖZET

Sözlükte “beraberlik” ve “beraberliğin devam etmesi” anlamlarına gelen *istishâb*, terim olarak *önceden var olan bir şeyin varlığının devam etmesi, yok olan bir şeyin de yokluğunun devam etmesi* anlamında kullanılmıştır. İstishâb birtakım aklî ve naklî delillerle desteklenmiştir. Naklî delillerin başında istishâbın kural olarak kullanıldığı ayet ve hadisleri görmekteyiz. Bu da istishâbın geçerli delil olduğunu ispatlamaya yeter gözükmektedir. İstishâb delillerin en sonucusudur. Başka bir deyişle, istishâba ancak başka bir delil bulunmadığı zaman başvurulur. Bu yüzden, istishâb zayıf bir delil olarak görülmüştür.

İslam hukuk mezheplerinden her biri - değişik açılardan itirazda bulunmuş olsalar bile - çeşitli oranlarda istishâbı bir delil olarak kullanmışlardır.

İstishâb İslam Hukukunun ibadetler, muâmelât, ceza, medeni hukuk,...vb. hemen hemen tüm alanlarında delil olarak kullanılmaktadır. Ayrıca istishâb, modern hukukta da önemli ölçüde yer almış bulunmaktadır. Denebilir ki, istishâbın “*kanunsuz suç ve ceza olmayacağı*” ve “*beraat-i zimmetin asıl olduğu*” ilkeleri ceza hukuku alanında, “*esyada asıl olanın mübah olduğu*” başka bir ifadeyle “*kanunlarla, ... vb. yasaklanmayan her şeyin serbest olduğu*” ilkesi de evrensel ilkeler arasındadır.

Ayrıca istishâb, “*şek ile yakînin zâil olmayacağı*” ilkesiyle fakihlere hüküm ve fetva verirken karşılaşılabilecekleri tereddütlü durumlar açısından bir genişlik ve rahatlama sağlamakta, meseleleri kolayca ve süratli bir şekilde çözmelerine yardımcı olmaktadır.

Şu beş ilke istishâb kuralından türetilmiştir: 1- “Şek ile yakîn zâil olmaz.” 2- “Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.” 3- “Eşyada asıl olan mübah olmaktadır.” 4- “Beraet-i zimmet asıldır.” 5- “Sıfat-ı ârzada asıl olan ademdir.”

İslâm hukukunun teşri/yasama usûlü demek olan İslâm hukuk metodolojisi (usûl-i fikh), icmâlî olarak şer’î delilleri ve bu deliller yolu ile fer’î/tikel hükümler çıkarma kaidelerini ele alan ilim dalıdır.¹ Usûl, bir

* O.M.Ü. İlahiyat Fakültesi

¹ Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz, *Mir’âtu’l-Usûl* (Haşiyetü’l-İzmîrî kenarında), İstanbul, 1339, I, 25-25. Meşhur olan diğer tanım için bkz. *Şevkânî*. Muhammed b. Ali, *İrşâdül-Fuhûl ila Tahkiki’l-Hakkî min İlmi’l-Usûl*, Dâru’l-Fikr. ty., s.3; Ebu Zehra, Muhammed, *Usûlü’l-Fikh*. İstanbul, ty., s.6; Bilmen, Ömer Nasuhî, *Hukuk-ı İslâmîyye ve İstilahat-ı Fıkhîyye Kamusu*, İstanbul, ty., I, 38; Hallâf, Abdülvehhâb, *İlmu Usûlü’l-Fikh*.

hukuku iyi öğrenmenin vazgeçil(e)mez yollarından biridir. Çünkü usûl, hem mevcut furu'âtı daha iyi kavramada, hem de ortaya çıkan yeni olaylara çözüm bulmada yardımcı olur. Usûlün de önemli bir bölümünü hukukun kaynağı olan deliller oluşturmaktadır. Bu çalışmamızda biz şer'î delillerden biri olan "istishâb"ı ele alıp, onun İslam hukuku için bir kaynak teşkil edip etmediğini tesbit etmeye ve taşıdığı ictihâdî kıymeti ortaya koymayı amaçlamaktayız.. Ancak öncelikle -istishâb bir delil çeşidi olduğu için-, şer'î delilleri ana hatlarıyla ele almak uygun olacaktır.

I- ŞER'İ DELİLLER :

Delil lügatte; "kılavuz. rehber,² kendisiyle herhangi bir şeye ulaşılan şey"³ demektir. Usulcülerin ıstilahında ise delil; *üzerinde doğru bir düşünme ile istenilen bir habere / hükme götüren şeydir.*⁴ Buna göre şer'î delil, şer'î-amelî hükümlere götüren her türlü delil demektir. Örneğin, "Namazı dosdoğru kılın"⁵ ayeti şer'î bir delildir. Çünkü bu ayet üzerinde inceleme yaptığımızda, Şâri'in (kanun koyucu) "kılın" emri ile karşılaşırız. Emir siygası da usulcülerin çoğunluğunun kabulüne göre gereklilik (vücûb) ifade ettiği⁶ için namazın farz olduğu hükmüne varırız ki,⁷ "farz" hükmü, şer'î bir hükümdür. Buna göre konu ile ilgili ayet de, şer'î bir delil olmaktadır.

Şer'î deliller farklı şekillerde tasnif edilmiştir :

1 – Aslî ve Fer'î Olmalarına Göre Deliller :

a) Aslî deliller, *Kitap, Sünnet, icmâ'* ve *kıyastır*. Bu dört delil İslâm hukuk alimlerinin cumhuru⁸ tarafından delil olarak kabul edilmiştir.

Dımeşk, 1992, s.12; Zeydân, Abdülkerim, *el-V'ecîz fî Usûli'l- Fikh*, İstanbul, ty., s.11; Şâkiru'l-Hanbelî, *Usûli'l-Fikhi'l-İslâmî*, İstanbul, ty., s.31; Zuhaylî, Vehbe, *Usûli'l-Fikhi'l-İslâmî*. Dımeşk, 1996, I, 24. Daha farklı tanımlar için bkz. Şevkânî, *a.g.e.*, s.3.

² İbn Manzûr, *Lisânü'l Arab*, Beyrut, ty., I, 1006; Asım Efendi, Ahmed, *Kamus Tercümesi*, İstanbul, 1304r., III, 1300; Ahterî, Mustafâ b. Şemsüddin el-Karahisarî, *Ahterî Kebîr*, Dersaadet, 1316r., s.395; Kal'aci, Muhammed Revvas - Kuneybî Hamid Sadık, *Mu'cemu Lugati'l-Fukahâ*, Beyrut, 1988, s.210; Hallâf, *a.g.e.*, s.20; Zeydân, *a.g.e.*, s.147.

³ İbn Manzûr, *a.g.e.*, I, 1006; Ahterî, *a.g.e.*, s.395.

⁴ Bkz. Âmidî, Seyfüddin Ebu'l-Hasen Ali. *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, by., 1968, I, 11; Hallâf, *a.g.e.*, s.20; Zeydân, *a.g.e.*, s.147; Karaman, Hayreddin, *Fikih Usûlü*, İstanbul, 1964, s.42; Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 17; Kal'aci- Kuneybî, *a.g.e.*, s.210.

⁵ Bakara 2/43.

⁶ İbn Hazm, Muhammed b. Ali, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Beyrut, 1985, III, 269; Basrî, Ebu'l-Huseyn Muhammed b. Ali b. et-Tayyib. *el-Mutemed fî Usûli'l-Fikh*, Beyrut, 1983, I, 50; Abdülaziz b. Ahmet el-Buhârî, *Keşif'l-Esrar an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, Beyrut, 1994, II, 601; Taftezânî, Sa'duddin Mes'ud b. Ömer, *et-Telviḥ ale't-Tavdiḥ*, Beyrut, ty., I, 150; Ebu Zehra, *Usûl*, s.176; Şâkiru'l-Hanbelî, *a.g.e.*, s.60; Zeydân, *a.g.e.*, s.294.

⁷ *Şânbî* ye (ö.790/1388) göre böyle bir tek delile bakılarak kat'iyet ifade eden farz hükümler çıkarılamaz. İlgili bütün delilleri tümevarım (istikrâ') ile inceleyip, ondan sonra karara varmak gerekir. Bkz. *Şânbî*, Ebu İshak İbrahim b. Musa el-Lahmî el-Gıranâtî, *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şer'i'a*, Beyrut, 1975, I, 36; Hudarî, Muhammed, *Usûli'l-Fikh*, Mısır, 1969, s.15.

⁸ *Muhaddislerin* bir kısmı, *Zahirîler*, *Şi'lerden İmâmîler (Caferîler)*, *İbrahim Nazzâm* (ö.231/845) ve talebesi *Câhız* (ö.255/868) gibi (Hudarî, *a.g.e.*, s.344) bazı *Mutezilîler* ile kendilerine göre fikhi mezhepleri olan *Haricîlerden İbâzîler* kıyası reddetmişlerdir. (Şener,

b) Başlıca fer'î deliller; *sahabe görüşü, istihsân, mesâlih-i mürsele, istishâb, örf-âdet, öncekilerin şeriatleri ve sedd-i zerâyi'*den oluşmaktadır. Bu delillere *tali (ikincil) deliller* de denmektedir. Bunların delil olup olmaması konusunda alimler arasında birincilerden daha çok ihtilaf bulunmaktadır.⁹

2 - Naklî veya Aklî Olmalarına Göre Deliller :

a) Naklî deliller, *Kitap, Sünnet, icmâ', sahabe görüşü, örf-âdet ve öncekilerin şeriatleridir.*

b) Aklî deliller ise, *kıyâs, mesâlih-i mürsele, istihsân, istishâb ve sedd-i zerâyi'*¹⁰dir.

3 - Hüküm Koymada Müstakil Olup Olmamlarına Göre Deliller :

a) Hüküm istinbât ederken, başka bir şeye muhtaç olmayan müstakil deliller, *Kur'ân, Sünnet, icmâ', sahabe görüşü, istihsân, istishâb, örf-âdet, sedd-i zerâyi'* ve *öncekilerin şeriatleridir.*

b) Kendi başına müstakil bir delil olmayıp, hüküm çıkarmak için başka delillere ihtiyaç duyan delil ise sadece *kıyas*'tır. Zira *kıyâs*, asıl delildeki hükmü, aralarındaki ortak illetten dolayı, hükmü bilinmeyen başka şeylere taşımak demektir.¹¹

İşte konu olarak incelemeye çalıştığımız *istishâb*, hüküm çıkarma konusunda fer'î, aklî ve müstakil olan şer'î bir delildir.

II- İSTİSHÂB :

A - TARİFİ :

1 - **Lügat anlamı** : İstishâb kelimesi, **s-h-b** kökünden türetilmiş istifâl kalıbında mastardır. Lügatte, "*beraber olmayı istemek, bir şeyi beraberine almak*"¹² veya "*beraberce bulunmak (musahabe)*"¹³ anlamlarına gelmektedir. Usulcüler, bu lafzın lügat anlamının, "*beraberce bulunma (musahabe),¹⁴ beraber olmanın devam etmesi (suhbe)¹⁵ veya beraberliğe itibar etmek*"¹⁶ olduğunu belirtmişlerdir.

2 - **İstilâh anlamı** : Usulcüler *istishâbı* çeşitli şekillerde tanımlamış olup¹⁷ bunları ikiye indirgemek mümkündür :

Abdulkadir, *Kıyas İstihsân İstislah*, Ankara, 1971, s.86) Muhaliflerin delilleri ve tartışmaları için ayrıca bkz. *a.e.*, s.86-99; Hudarî, *a.g.e.*, s.344-353. Ayrıca bkz. Ebu Zehra, *Tarihu'l-Mezahibi'l-İslâmiyye*, Matbaatü'l-Medenî, ty., II, 583.

⁹ Bkz. Hallâf, *a.g.e.*, s.21-22; Zeydân, *a.g.e.*, s.148; Karaman, *a.g.e.*, s.43.

¹⁰ Zeydân, *a.g.e.*, s.148; Karaman, *a.g.e.*, s.42-43.

¹¹ Zeydân, *a.g.e.*, s.149.

¹² İbn Manzûr, *a.g.e.*, II, 410; Asum Efendi, *a.g.e.*, I, 334-335; Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 662; Juynboll, Th. W., "*İstishâb*" maddesi M.E.B. İA., İstanbul, 1977, V/II, 1221.

¹³ Ahterî, *a.g.e.*, s.48; Kal'aci-Kuneybî, *a.g.e.*, s.62.

¹⁴ Şevkânî, *a.g.e.*, s.237; Şâkiru'l-Hanbelî, *a.g.e.*, s.323; Ebu Zehra, *Usûl*, s.295; Atar, Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, İ.F.A.V., 1992, s.75; Şa'ban, Zekiyüddin, *Usûlü'l-Fıkıh* (İslâm Hukuk İlminin Esasları), Terc. Dönmez, İbrahim Kafî, Ankara, T.D.V.Y., 1990, s.188; Şener, *a.g.e.*, s.45.

¹⁵ Ebu Zehra, *Usûl*, s.295; Zeydân, *a.g.e.*, s.267; Atar, *a.g.e.*, s.75.

¹⁶ Hallâf, *a.g.e.*, s.91.

¹⁷ Tanımlar için bkz. Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 662.

Birinci tanım; *Önceden var olan bir şeyin varlığının devam etmesi, yok olan bir şeyin de yokluğunun devam etmesi*¹⁸ şeklindedir. Bu tanım Mecelle madde 1683 'de istishâbın esas tanımı olarak tercih edilmiştir.

İkinci tanım ise, *geçmişte sâbit olup sonradan değiştiği bilinmeyen bir şeyin, hali hazırda da aynen kalmasına hükmetmek*¹⁹ şeklindedir. Bu tanım da Mecellenin 10. maddesi olarak küllî kaideler arasında yer almıştır.

Her iki tanımın da, istishâbın lügat anlamı dikkate alınarak yapıldığı görülmektedir. Ancak bununla birlikte ikinci tanımında, istishâbın "*aykırı bir durumun* (mu'âriz) yokluğu" ile kayıtlı olduğu dikkate alınmıştır. Tanımlar arasında özde bir farklılık söz konusu değildir.²⁰ Her iki tanım da efradını câmi'dir.²¹ Yani istishâb özelliği taşıyan her şeyi kapsayacak niteliktedir.

İstishâb kuralı, örneğin, ölüp ölmediği bilinmeyen kayıp (mekûd) bir şahsın hali hazırda hayatta olduğunu ifade eder.²²

Aynı şekilde istishâb deliline göre satın alma, miras, hibe veya vasiyyet,... gibi yollarla birisinin mülkiyetinde sâbit olan bir şey, herhangi bir delil bulunmadıkça başkasının mülkiyetine intikal etmez.²³ Satılmış olma ihtimali de mülkiyetin intikali/geçmesi için yeterli değildir.²⁴

Her iki örnekten anlaşıldığı üzere, daha önce varlığı bilinen bir durumun devam edip etmediği hususunda tereddüt edilse, istishâb yoluyla - önceki mevcudiyetinden dolayı- bu durumun varlığını koruduğuna hükmedilir.²⁵ Yani istishâba göre durumun değiştiğini gösteren bir delil bulununcaya kadar, hüküm aynen kalır. Hükümün bu şekilde varlığını sürdürmesi ayrıca bir delile muhtaç değildir.²⁶

¹⁸ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 366; Ebu Zehra, *Usûl*, s.296; Şâkiru'l-Hanbelî, *a.g.e.*, s.323; Zeydân, *a.g.e.*, s.267; Şener, *a.g.e.*, s.46.

¹⁹ Cürcânî, Ali b. Muhammed, *Kütâbu't-Ta'rifât*, by. ty., s.22; Kal'aci- Kunevbî, *a.g.e.*, s.62; Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 662; Ibn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim, *el-Eşbah ve'n-Nezâir*. Dimeşk. 1986, s.83; İsnevî, Cemalüddin Abdurrahim b. el-Hasen, *Nihayetü'l's-Sul fi Şerh-i Minhâci'l-Usûl*. Beyrut, 1982, IV, 358; Şevkânî, *a.g.e.*, s.237; Ebu Zehra, *Usûl*, s.296; Hallâf, *a.g.e.*, s.91; Bilmen, *a.g.e.*, I, 195; Şâkiru'l-Hanbelî, *a.g.e.*, s.323; Şa'ban, *a.g.e.*, s.188; Zeydân, *a.g.e.*, s.267; Karaman, *a.g.e.*, s.71; Şener, *a.g.e.*, s.46; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 859.

²⁰ Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 662.

²¹ Ebu Zehra, *Usûl*, s.295.

²² Ali Haydar, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330r., I,42; Ebu Zehra, *Usûl*, s.298; Bilmen, *a.g.e.*, I, 195; Zeydân, *a.g.e.*, s.267; Atar, *a.g.e.*, s.75; Juynboll, *a.g.m.*, VII, 1221. Ayrıca bkz. Dipnot 105.

²³ Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 54; Ebu Zehra, *Usûl*, s.296; Hallâf, *a.g.e.*, s.92; Şa'ban, *a.g.e.*, s.190.

²⁴ Ebu Zehra, *Usûl*, s.296.

²⁵ Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 662.

²⁶ Ebu Zehra, *Usûl*, s.296. Bunların dışında Hanefilerin, "*hâli / durumu hakeni kalmak*" anlamında "*tahkimu'l-hal*" dedikleri ters (maklûb) istishâb vardır ki, yukarıda geçen tanımın zıddını ifade eder; Yani *tahkimu'l-hal*, hali hazırda var olan bir şeyin önceden de var olduğuna hükmetmek demektir. (Karaman, *a.g.e.*, s.71; Mecelle 1683. mad.) Bu şekildeki istidlale *Malikîler* de katılmaktadırlar. (Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 866).

B - ÇEŞİTLERİ :

Usûl kitaplarına baktığımızda istishâb için farklı sayı ve şekillerde taksimler görmekteyiz.²⁷ Bununla birlikte onu, hükmün istishâbı ve vasfın istishâbı olmak üzere iki ana gruba ayırmak daha isabetli olur kanaatindeyiz:

1 – Hükmün İstishâbı :

Hükmün istishâbı, ne şekilde olursa olsun, kendisini değiştirecek bir delil bulunmadıkça, mevcut hükmün varlığını sürdürmesi demektir. Hükmün istishâbı asıl hükmün istishâbı, aklın ve/veya şer'in varlığına delil getirdiği hükmün istishâbı kısımlarına ayrılmaktadır:

a- Asıl Hükmün İstishâbı :

Asıl hükmün istishâbı,²⁸ akıl ve şer' bir konuda bir hükme varmadan veya hükmü beyan etmeden önce, aslen var ola(gele)n hükmün varlığını sürdürmesi demektir. Asıl hüküm de, şahısların zimmetinde ve eşyada asıl olan hüküm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır:

aa- Şahısların Zimmetinde Asıl Olan Hükmün İstishâbı :

Bu istishâb çeşidine *berâet-i asliyye istishâbı* denmektedir.²⁹ Berâet-i asliyye istishâbı, bir delil bulunmadıkça, kişiye hiçbir sorumluluğun doğmayacağını ifade eder.³⁰ İslâm hukukuna göre, her insan, hiçbir şeyden sorumlu olmadığı (*berüü'z-zimme*) halde doğar.³¹ Bu yüzden, kişi üzerinde şer'i bir mükellefiyetin veya şahsî bir hakkın varlığından söz edilebilmesi için, her bir mükellefiyet veya hakkın delil ile isbât edilmesi gerekmektedir.³² Buna göre örneğin, delili bulunmadığı için, günlük farz namazlar içinde altıncı bir namaz iddiasında bulunan olmamıştır.³³

Aynı şekilde berâet-i asliyye istishâbına göre, yasaklandığına dair kanun bulunmayan işleri yapmak suç olmaz. Başka bir deyişle kanunsuz suç

²⁷ Bkz. İbn Kayyim, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ebu Bekr el-Cevzî, *İ'lâmu'l-Muvakkî'in an Rabbi'l-Âlemîn*, Beyrut, 1998, I, 315; Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Ebu Zehra, *Usûl*, s.297-299; Zuhayfî, *a.g.e.*, II, 860-866. Bu durum bazı fakihlerin istishâb olarak kabul ettiğini diğerlerinin kabul etmemesinden veya aynı grub içinde bulunan istishâbları ayrı grub olarak ele almalarından kaynaklanmaktadır. Bu çalışmamızda biz, istishâb özelliği taşıyan durumların yapısını ve aralarındaki ilişkileri dikkate alarak gruplandırma yaptık.

²⁸ Usul kitaplarında bu nevi istishâba "*hükmün istishâbı*" (Bkz. Ebu Zehra, *Usûl*, s.298) veya "*adem-i aslî istishâbı*" (Bkz. Şevkânî, *a.g.e.*, s.238) denmektedir.

²⁹ Bu nevi istishâb Mecelle 8. maddede "*beraet-i zimmet asıldır*" ibaresiyle geçmektedir. Ayrıca bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.64; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 48; Bilmen, *a.g.e.*, I, 257; Atar, *a.g.e.*, s.76.

³⁰ Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Şa'ban, *a.g.e.*, s.189; Zeydân, *a.g.e.*, s.268; Şener, *a.g.e.*, s.46.

³¹ Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 662; İzmîrî, Süleyman Muhammed, *Haşiyetü'l-İzmîrî alâ Mîr'âti'l-Usûl*, İstanbul, 1339, II, 367; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 48; Bilmen, *a.g.e.*, I, 257; Zerkâ, Ahmed b. eş-Şeyh Muhammed, *Şerhu'l-Kavaid*, Dimeşk, 1989; s.105; Karaman, *a.g.e.*, s.72; Şa'ban, *a.g.e.*, s.189

³² Âmidî, *a.g.e.*, IV, 112; Şa'ban, *a.g.e.*, s.189.

³³ Âmidî, *a.g.e.*, IV, 113; Bâcî, *a.g.e.*, s.613; Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Ali Haseballâh, *Usûlü't-Tesri'l-İslâmî*, Kahire, 1986, s.207.

ve ceza olmadığı için,³⁴ aleyhine delil bulunmadıkça sanık olan şahsın berâeti asıldır.

Yine kanuna aykırı olmayan akitlere riayet, hukuki bir vecibe teşkil ettiği gibi, şahıslar da -istishâb gereği- aralarında bu türlü akitleri yapmakta serbesttirler.³⁵ Bu konuda *Hanbelîler* de -medeni kanun koyucuları gibi-, mâni' teşkil eden bir madde veya nass bulunmadıkça akitlerde asıl olarak ibâhayı (akit serbestisi) ve akitlere bağlı kalmayı kabul ederler.³⁶ Bu yönüyle istishâb, ceza hukuku³⁷ ile medeni hukuk alanlarında çok önemli bir esas teşkil eder.³⁸

Berâet-ı asliyye istishâbı ile amel etme konusunda, fukahâ arasında ihtilaf yoktur.³⁹

bb – Eşyada Asıl Olan Hükümün İstishâbı :

Bu istishâbdan maksat, bir konuda asıl hüküm ne ise, o hükümün değiştirildiğini gösteren yeni bir delil ortaya çıkıncaya kadar, ilk hükümün / asıl kuralın aynen kalmasıdır.⁴⁰

Asıl kuralın *ibâha* (serbestlik) mı, yoksa *haram* (yasaklık) mı olduğu alimler arasında ihtilafli bir konu olmuştur. *Kerhî*'nin (ö.340/952) de aralarında bulunduğu bazı *Hanefîler* "*eşyada asıl olanın ibâha*" olduğunu savunmuşlardır.⁴¹ Bazı hadis ehli fıkıhçılar, "*asıl olanın haram*" olduğunu kabul etmişlerdir.⁴² *Ebu'l-Hasen el-Eş'arî*'nin (ö.324/935) çoğu *Eş'arîlerle Ebu Bekr es-Sayrafi* (ö330/942), insan aklının iyi ve kötüyü edemeyeceği tezinden hareketle "*eşyada asıl olanın tevakkuf (nötrlük) olduğunu, ibâha veya haram olmadığını*" benimsemişlerdir.⁴³ Muhakkik (tetkikçi) alimler ise, tümevarım (istikrâ') yolu ile "*faydalı olan şeylerde asıl olanın ibâha*" olduğu, "*zararlı olan şeylerde ise asıl olanın haram*" olduğu sonucunu elde etmişlerdir.⁴⁴ Böylece onların asıl kuralı tespit etmede "*fayda*" ve "*zararı*" ölçü aldıkları anlaşılmaktadır. Bu son görüş tercihe şayan görünmektedir. Buna göre, hükümün istishâbını ikiye ayırmak mümkündür :

³⁴ Ebu Zehra, *Usûl*, s.305; Şener, *a.g.e.*, s.47. Ayrıca bkz. T.C. K. Madde 2.

³⁵ Ebu Zehra, *Usûl*, s.305; Şener, *a.g.e.*, s.47. Ayrıca bkz. Borçlar Kanunu madde 19.

³⁶ Ebu Zehra, *Usûl*, s.305.

³⁷ Ebu Zehra, *Usûl*, s.305; Zeydân, *a.g.e.*, s.270; Şener, *a.g.e.*, s.47; Atar, *a.g.e.*, s.76.

³⁸ Zeydân, *a.g.e.*, s.270; Şener, *a.g.e.*, s.47; Atar, *a.g.e.*, s.76.

³⁹ Ebu Zehra, *Usûl*, s.299; Şa'ban, *a.g.e.*, s.190.

⁴⁰ Bkz. Ebu Zehra, *Usûl*, s.298 ve 304; Şener, *a.g.e.*, s.49.

⁴¹ *Suyûtî*'ye (ö.911/1505) göre *Hanefîlerin* görüşü eşyada asıl olanın haram olmasıdır. (Bkz. *Suyûtî*, Celaluddin Abdurrahman b. Ebi Bekr, *el-Eşbah ve'n-Nezair fi Kavaidi ve Furu'i Fikhi's-Şâfiyye*, Beyrut, 1983, s.60).

⁴² İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.73.

⁴³ Bkz. İbn Hazm, *a.g.e.*, I, 57-58; Şirâzî, Ebu İshak İbrahim b. Ali, *el-Luma' fi Usûli'l-Fıkıh*. (*Tahricu Ehadisi'l-Luma'*ın metni olarak), Beyrut, 1986, s.337; Bâcî, *a.g.e.*, s.608-609; Şevkânî, *a.g.e.*, s.284. [*Hanefîler* arasında da bu görüşü paylaşılanlar vardır. Bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.73].

⁴⁴ Beyzâvî, Nasıruddin Abdullâh b. Ömer, *Minhâcu'l-Usûl*. (*Nihaye Şerhi içinde*), Beyrut, 1982, IV, 352; İnevi, *a.g.e.*, IV, 356; Zeydân, *a.g.e.*, s.268. [Bu üç görüşü savunanların delilleri için bkz. Şevkânî, *a.g.e.*, s.284-286].

i – Faydalı Şeyler Hakkında Asıl Olanın Mübâh Olması :

Buna *ibâha-i asliyye istishâbı* denir. Yani bu, aksine delil bulunmadıkça, bir eşyadan faydalanmanın veya bir davranışta bulunmanın mübâh olduğuna hükmedilmesi anlamına gelir.⁴⁵ Fakihlerin çoğunluğu, hakkında belirli bir şer'î hüküm bulunmayan ve insana faydalı olan şeylerde ve işlerde temel hükmün mübahlık ve izinli olduğunu kabul ederler. Bu konuda bir çok delil (ayet) vardır.⁴⁶ Bazıları şunlardır:

"O, yeryüzünde ne varsa hepsini sizin için yarattı"⁴⁷ ve "Göklerde ve yerde ne varsa hepsini kendinden (bir lütuf olarak) size boyun eğdirdi."⁴⁸ Görüldüğü gibi bu iki ayet yeryüzünde ve göklerde bulunan her şeyin insanlar için yaratılıp, onların emrine verilmiş olduğunu bildiriyor. Bunlar insanlara mübâh kılınmamış olsa, başka bir deyişle yasaklanmış olsa idi, "onlar için yaratıldığı" ve "onların emrine verildiği" ifadeleri anlamsız olurdu.⁴⁹

Ayrıca "De ki, Allâh'ın kulları için çıkardığı ziyneti ve güzel rızkları kim haram kaldı (ki!)"⁵⁰ ayeti de ibâhaya / mübâhlığa delalet etmektedir. Ayetin delalet yönü şudur: Ayetteki istifhâm, yani *kim* lafzı gerçekte soru değil, istifhâm-ı inkârîdir. Yani Allâh Teala, -bu yolla- faydalanmak üzere bize tahsis ettiği ziynetin ve güzel rızkların haram kılınmış olduğunu inkar ediyor. Nimetlerin bize tahsis edildiği "*kulları için*" kısmındaki "*lam= için*" edatından anlaşılmaktadır. Dolayısıyla haram edilme konusunda Allâh'ın inkarı / reddetmesi sâbit olduğuna göre, mübâhlık da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.⁵¹

Şu halde müctehit, bir mesele ile karşılaştığında veya ona bir hayvan, bir bitki yahut cansız bir eşyadan faydalanmanın veyahut da herhangi bir davranışta bulunmanın hükmü sorulduğunda, Kitâb ve Sünnet gibi naklî delillerden, kıyas, maslahat,... gibi aklî delillerden şer'î bir kaynak bulamaz ve o şeyin de faydalı olduğuna kanaat getirirse, bu prensibe istinaden o şeyden faydalanmanın veya o işi yapmanın mübâh olduğuna hükmede(bile)cektir.⁵²

ii - Zararlı Şeyler Hakkında Asıl Olanın Haram Olması :

Bu konuda delil, Hz. Peygamber'in (s.a.v.) "*Zarar vermek yoktur. Zarara zararlarla mukabele etmek de yoktur*"⁵³ hadis-i şerifidir. Hadisteki "zarar" lafzının umûmünden anlaşılın, insanın mutlak surette kendisine de,

⁴⁵ Ebu Zehra, *Usûl*, s.298; Şa'ban, *a.g.e.*, s.189.

⁴⁶ Şevkânî, *a.g.e.*, s.284; Şa'ban, *a.g.e.*, s.189. Sünnetten deliller için bkz. Suyûtî, *a.g.e.*, s.60; Şevkânî, *a.g.e.*, s.284.

⁴⁷ Bakara 2/29; Lokman 31/20. Bkz. Şener, *a.g.e.*, s.47.

⁴⁸ Câsiye 45/13.

⁴⁹ Hallâf, *a.g.e.*, s.92; Zeydân, *a.g.e.*, s.268; Şa'ban, *a.g.e.*, s.189.

⁵⁰ Araf 7/32.

⁵¹ İsnevî, *a.g.e.*, IV, 354.

⁵² Ebu Zehra, *Usûl*, s.304; a. mlf., *Tarih*, II, 432; Hallâf, *a.g.e.*, s.91; Şa'ban, *a.g.e.*, s.189; Atar, *a.g.e.*, s.76.

⁵³ İbn Hanbel, Ahmed b. Muhammed, *el-Müsned*, Beyrut, ty., I, 313. Hadisin diğer varyantları ve değerlendirmesi için bkz. Özafşar, M. Emin, *Hadisi Yeniden Düşünmek* (Fikhî Hadisler bağlamında Bir İnceleme), Ankara, 1998, s.119-127.

başkasına da zarar vermesinin caiz olmadığıdır.⁵⁴ Buna göre, zaruriyyât-ı hamse olarak nitelenen din, can, akıl, nesil ve malın korunması asıldır. Bunları yok eden veya zedeleyen şeyler zararlıdır ve haramdır.⁵⁵ Çünkü bunlar bulunmayacak olsa, dünya işleri yolundan çıkar, fesat ve kargaşa doğar. Yine bunların bulunmaması halinde din işlerinin düzeni de bozulur.⁵⁶ Bu yüzden, korunması istenilen bu şeyleri ortadan kaldırmaya yönelik fiiller için, cezâî hükümler ihdas edilmiştir.⁵⁷

Asıl hükmün istishâbıyla amel etme konusunda da alimler arasında ihtilafa rastlanmamaktadır.⁵⁸

b – Akıl İle Sâbit Olan Hükmün İstishâbı :

Bu istishâb şekline göre, aklen varlığı kabul edilen her hüküm, o hükmün ortadan kalktığına dair bir delil bulunmadıkça devam ediyor kabul edilir.⁵⁹ Ancak aklın hüküm koyabilme yet(k)isi olup olmadığı konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Bu ihtilafın aslı da kelam ilmindeki *husn* (iyilik) ve *kubh* (kötülük) ile ilgili tartışmalara dayanmaktadır. Öneme binaen burada özetlemek uygundur.⁶⁰

Husn ve *kubh* genel olarak üç anlamda kullanılmıştır : Birinci kullanıma göre, insan tabiatına uygun olan şey *husn*, aykırı olan şey de *kubhtur*. İkinciye göre, kemal sıfatını taşıyan şey *husn*, noksanlık sıfatını taşıyan da *kubhtur*. Üçüncüye göre ise, dünyada övgüye ve ahirette sevaba layık olan şey *husn*, dünyada yergiye ve ahirette cezaya layık olan şey de *kubhtur*. İlk iki anlamıyla ifade edilen *husn* ve *kubhu*, şeriat gelmeden önce aklın da tespit edebileceğinde ihtilaf yoktur. Asıl münakaşa konusu olan aklın eşya veya eylemlere ahlâkî ve dînî boyut kazandırma meselesidir.⁶¹ Bu konudaki görüşler şöyledir :

*Mutezileye*⁶² ve *Şiilere*⁶³ göre akıl bunların bazılarını kavrayabilir⁶⁴ ve buna bağlı olarak kişiye sorumluluk yükleyebilir. Şeriat da bunları açıklar.

⁵⁴ Beyzâvî, *a.g.e.*, IV, 352; İsnevî, *a.g.e.*, IV, 356; Muñî, Muhammed Bahît, *Süllemü'l-Vuslî li Şerh-i Nihâyeti's-Sül*. (*Nihâye Şerhi* altında), Beyrut, 1982, IV, 356; Zeydân, *a.g.e.*, s.268.

⁵⁵ Bkz. Şâtübî, *a.g.e.*, II, 10.

⁵⁶ Şâtübî, *a.g.e.*, II, 8.

⁵⁷ Şâtübî, *a.g.e.*, II, 10.

⁵⁸ Ebu Zehra, *Usûl*, s.299; Şa'ban, *a.g.e.*, s.189.

⁵⁹ Molla Hüseyin, *a.g.e.*, II, 368; Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Ebu Zehra, *Usûl*, s.298; Ali Haseballâh, *a.g.e.*, s.207.

⁶⁰ Geniş bilgi için bkz. Şehristânî, Muhammed Abdülkerim, *Kitabu Nihâyeti'l-İkdâm fi İlmi'l-Kelam*, by., ty., s.370 - 396; Cüveynî, *Kitabu'l-İrşâd ilâ Kavâti'l-Edilleti fi Usûl'l-İ'tikâd*, Mısır, ty., s.258-267. Ayrıca bkz. Taftezânî, *a.g.e.*, I, 173-175; Şevkânî, *a.g.e.*, s.7-8; Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 116-131.

⁶¹ Şevkânî, *a.g.e.*, s.7. İstishâbı delil kabul etmeyenler de zaten bunu hissi konulara değil, hukuki konulara hasretmektedirler. Bkz. Şevkânî, *a.g.e.*, s.237; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 867).

⁶² Şehristânî, *a.g.e.*, s.371; Cüveynî, *a.g.e.*, s.259; Şevkânî, *a.g.e.*, s.7 ve 238; Ebu Zehra, *Usûl*, s.70; Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 117.

⁶³ Ebu Zehra, *Usûl*, s.70; a.m.f., *Tarih*, II, 536-537; Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 117.

⁶⁴ Sözelimi akıl, faydalı olan doğrunun iyi, zararlı olan yalanın ise kötü olduğunu bilir. Ama Ramazanın son günü oruç tutmanın iyi, Şevvalin ilk gününde oruç tutmanın ise kötü

Haneflere göre akıl, iyiyi ve kötüyü kavrayabilir, ama bununla, insanlara sevap ya da ceza şeklinde bir sorumluluk yüklemeye (teklîf) bulunamaz.⁶⁵ *Eş'arîlere*⁶⁶ ve *Zâhirîlere*⁶⁷ göre ise, husnu ve kubhu ancak şeriatın hükümlerinden öğren(ebil)iriz. Yani onlara göre, *husn* şeriatin emirleri, *kubh* da yasaklarıdır.

Şevkânî'ye (ö.1250/1832) göre, Ehl-i sünnet hukuki konularda aklın rolü olmadığını ihtilafsız olarak kabul etmiştir.⁶⁸

Bu gruba ait örnekler nass ile sâbit olan hükmün istishâbında gelecektir.

c – Şeriat İle Sâbit Olan Hükmün İstishâbı :

Bu istishâb kuralı, şer'î delillerle sâbit olan hükmün istishâbı demektir.⁶⁹ Bu istishâb çeşidi, nass (Kur'an, Sünnet) ve icmâ' ile sâbit olan hükmün istishâbı kısımlarına ayrılmaktadır:

aa- Nass İle Sâbit Olan Hükmün İstishâbı :

Bu istishâb, Kur'an ve Sünnet nasslarıyla sâbit olan her bir hükmün kendi konularında sürekli olduklarını ifade eder. Ancak tatbikattan kaldırıldıklarını (nesh) veya belirli bir süre için tatbik edileceklerini gösteren bir delil bulunursa durum değişir.⁷⁰

Sözgelimi, bir kimse abdest aldıktan sonra, abdesti bozan durumlardan birinin vuku bulduğu bilinmedikçe, abdestli olmaya devam eder.⁷¹ Kişi bu abdestiyle dilediği kadar namaz kılabilir. Ancak seferî olan bir kişi mest üzerine abdest aldıktan sonra, abdestli iken üç günü doldurmuş ise, artık o abdest ile namaz kılamaz. Çünkü Şâri' seferî için mesh müddetini üç günle⁷² sınırlamıştır.⁷³

Yine mülkiyetin kazanılmasını sağlayan sebebin varlığı halinde mülkiyet hükmünün, evlilik akdinin varlığı halinde eşlerin birbirine helal olması hükmünün, borçlandırıcı bir işlemin veya haksız bir fiilin varlığı

olduğunu idrak edemez. Bkz. Taftezânî, *a.g.e.*, I,173; Şevkânî, *a.g.e.*, s.7; Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 118.

⁶⁵ *Şevkânî* de bunu tercih etmiştir. Bkz. Şevkânî, *a.g.e.*, s.9; Ebu Zehra, *Usûl*, s.73; Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 120.

⁶⁶ Şehristânî, *a.g.e.*, s.370; Cüveynî, *a.g.e.*, s.258; Taftezânî, *a.g.e.*, I, 173; Bâcî, *a.g.e.*, s.609; Şevkânî, *a.g.e.*, s.9; Ebu Zehra, *Usûl*, s.73; Şener, *a.g.e.*, s.140; Zuhaylî, *a.g.e.*, I, 117.

⁶⁷ Bkz. İbn Hazm, *a.g.e.*, I, 52; Basrî, *a.g.e.*, II, 326; Şener, *a.g.e.*, s.47.

⁶⁸ Şevkânî, *a.g.e.*, s.238.

⁶⁹ Bkz. Molla Hüseyin, *a.g.e.*, II, 368; Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Hudarî, *a.g.e.*, s.356; Ebu Zehra, *Usûl*, s.298; Ali Haseballâh, *a.g.e.*, s.207; Şa'ban, *a.g.e.*, s.190; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 862.

⁷⁰ Ebu Zehra, *Usûl*, s.297; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 862.

⁷¹ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.62; Bilmen, *a.g.e.*, I, 196; Davudoğlu, Ahmed, *Sahih-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, İstanbul, 1978, II, 609; Şa'ban, *a.g.e.*, s.190; Ali Haseballâh *a.g.e.*, s.208. Ayrıca delili için bkz. Dipnot 113.

⁷² O kişinin namaz kılabilmesi için, mestlerini çıkarıp ayaklarını yeniden yıkaması gerekir. (İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, Beyrut, ty., I, 135).

⁷³ Mesh hükmünün sünnetten delili için bkz. Müslim, Taharet 2/85; (nr.276). Hadisin hükmü kıyamete kadar baki olmakla birlikte, mesh müddeti seferîler için her defasında üç günle sınırlıdır. Ancak *İmam Malik* mesh müddetini sınırsız görmektedir. (Delilleri ve tartışması için bkz. İbn Rüşd, Ebu Velid Muhammed b. Ahmed, *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, İstanbul, 1985, I, 16).

halinde zimmette borcun doğması hükmünün sâbit sayılması bu gruba dahil olan örneklerdir.⁷⁴ Bu konulardaki istishâbı akıl da kabul etmektedir.⁷⁵

Buna göre, Alım-satım, mirasçılık gibi mülkiyet sebebine binaen bir kimsenin mülkiyet hakkı sâbit olduktan sonra, ne kadar uzun bir süre geçerse geçsin,⁷⁶ yeni bir sebeple bu mülkiyetin ortadan kalktığına veya başkasına geçtiğine (intikâl) dair delil bulunmadıkça, o kişinin mülkiyet hakkının devam ettiğine hükmedilir.⁷⁷

Aynı şekilde, bir evlilik akdi ile kurulmuş olan evliliğin üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin, evlilik bağını ortadan kaldıran bir sebep veya sebebin meydana geldiğini isbâtlayan bir delil bulunmadıkça, bu evliliğin devam ettiği kabul edilir.⁷⁸

Öte yandan bir kimse borçlanınca bu borç onun zimmetinde sâbit olur. Daha sonra bu borcu ödediğine veya borcun ibrâ' edildiğine dair delil bulunmadıkça, o borç devam ediyor kabul edilir.⁷⁹

Bu nevî istishâbla amel hususunda da İslâm hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmamaktadır.⁸⁰

Nasslarla ilgili olarak belirtilen bazı istishâb durumları daha vardır:

i- Delilin (Nassın) İstishâbı :

Delilin istishâbı, her bir delilin, hükmüne aykırı bir delilin (mu'âriz) bulunması ihtimaliyle beraber, hükmünü devam ettirmesi / işleyişini sürdürmesi demektir. Eğer aykırılık nasslar arasında olursa, aykırı olan nesh yoluyla⁸¹ hükmü değiştirebilir.

Bu gruba istishâb adının verilip verilemeyeceği konusunda ihtilaf edilmiştir. Usulcülerin cumhuru buna istishâb demişse de, bu uygun gözükmemektedir. Çünkü hakikatte delilin işlenmesi istishâbla değil, bizzat delilin kendisi iledir.⁸²

ii- Umûmî Hükmün İstishâbı :

Umûmun istishâbı, tahsis edici bir delil (muhasıs) bulunmadıkça umumi hükmün umûmililiğinin devam ettiğini ifade etmektedir.⁸³

Şâfiî (ö.204/819), birçok *hırsızlık* (sirkat) meselesini bu kurala bina ederek çözmeye çalışmıştır. Sözelimi, **Şâfiî'**ye göre sirkat ayeti⁸⁴ umûmi olduğu için, el kesme hükmü, aslı mübâh olan ot, odun,...vb. şeylerin çalınmasına da şamil olmaktadır. Çünkü ayetin umûmu hırsızlık denebilecek

⁷⁴ Şevkânî, *a.g.e.* s.238; Şa'ban, *a.g.e.* s.190; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 862.

⁷⁵ Şevkânî, *a.g.e.* s.238.

⁷⁶ Bu durumda zaman aşımını geçerli değildir. Çünkü İslâmiyet, mülkiyet ve buna bağlı hakları zamana bağlı olmaksızın tanımış, bu hakkı korumuş, insanların mallarını haksız yere yemeyi şiddetle yasaklamıştır. Nitekim Mecelle 1674. Madde "*tekadümü zaman (zaman aşımı) ile hak sakıt olmaz (düşmez)*" şeklinde genel kaide kanunlaştırmıştır. (Bkz. Yaylalı, Davut, *İslâm Hukukunda Zaman Aşımı*, Uludağ Ü.İ.F.D., sayı 4, yıl 4, 1992, s.157).

⁷⁷ Mecelle madde 10; Ali Haydar, *a.g.e.* I, 54; Hallâf, *a.g.e.* s.92; Şa'ban, *a.g.e.* s.190.

⁷⁸ Şevkânî, *a.g.e.* s.238; Hallâf, *a.g.e.* s.92; Zeydân, *a.g.e.* s.269; Şa'ban, *a.g.e.* s.190.

⁷⁹ Ebu Zehra, *Usûl*.s.298; Zeydân, *a.g.e.* s.268; Şa'ban, *a.g.e.* s.190; Şener, *a.g.e.* s.49.

⁸⁰ Şevkânî, *a.g.e.* s.238; Ebu Zehra, *Usûl*. s.299; Şa'ban, *a.g.e.* s.191.

⁸¹ Şevkânî, *a.g.e.* s.238; Hudarî, *a.g.e.* s.356.

⁸² Şevkânî, *a.g.e.* s.238.

⁸³ Hudarî, *a.g.e.* s.356; Ebu Zehra, *Usûl*, s.165; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 862.

⁸⁴ Maide 5/38.

her durumda el kesme (kat'-i yed) hükmünü gerektirir.⁸⁵ *Cumhur* da bu konuda *Şâfiîler* gibi düşünmektedir. Ancak *Ebu Hanîfe* (ö.150/767) hırsızlık yapan / çalan kimsenin -toplumun bir ferdi olmasından dolayı- onlarda hissesinin bulunduğu şüphesini taşıdığı için, bu halde ceza (had) gerekmeyeceği görüşündedir. Çünkü şüphe ile hadler düşer.⁸⁶ Ancak *Zencânî* (ö.656/1258), tahsis edici (muhasıs) olarak getirilen bu şüphenin varlığını, umumu daraltacak güçte bulmadığı için, reddetmektedir.⁸⁷

bb - İcmâ' İle Sâbit Olan Hükümün İstishâbı :

Bu istishâb da şer'î hükümlerle ilgilidir. Şöyle ki: Bir halde bir hükümde icmâ' edilir, sonra icmâ' edilen hükümün sıfatı / durumu değişir ve yeni durumuyla ilgili hükümde ihtilaf edilir. Buna göre, önceki hükümü değiştirmeden aynen devam ettiren, istishâb ile istidlâl etmiş / hüküm çıkarmış demektir.⁸⁸ Ancak icmâ'in istishâbının delil olması konusunda ihtilaf edilmiştir. *Şâfiî*,⁸⁹ *Ebu Sevr* (ö.240/845),⁹⁰ *Sayrafi* (ö.330/942),⁹¹ *Âmidî* (ö.631/1234),⁹² *Müzenî* (ö.264/878)⁹³ ve *Zâhirîler*⁹⁴ bunu delil olarak kabul ederken, *Cumhur* delil olarak görmemiştir.

Şâfiîler bu istishâb çeşidiyle amel ederek, ön ve arka yol (sebîleyn) haricinden dışarı çıkan necasetler abdesti bozmaz⁹⁵ görüşünü benimsemişlerdir. Bu konuda onlar necaset çıkmadan önceki abdestin varlığına dair yapılan icmâ'a dayanmaktadırlar.⁹⁶

Aynı şekilde *Şâfiîlere* göre, teyemmümlü olarak namaza başlayan kişi, -istishâb gereği- namaz esnasında su görse bile namaza devam eder.⁹⁷ Ancak bu örnekte kullanılan istishâb deliline, su görüldükten sonraki durum hakkında icmâ' bulunmadığı gerekçesiyle itiraz edilmiştir.⁹⁸ Aynı itiraz necasetler için de geçerlidir.

⁸⁵ Zencânî, Şihabuddin Mahmud b. Ahmed, *Tahricu'l-Furu' ale'l-Usûl*, Beyrut, 1979, s.348.

⁸⁶ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 376; Zencânî, *a.g.e.*, s.349.

⁸⁷ Zencânî, *a.g.e.*, s.348. Başka örnekler için bkz. Zencânî, *a.g.e.*, s.349-350.

⁸⁸ Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Mutî, *a.g.e.*, IV, 363. *Zekiyüddin Şa'ban* bu tür istidlâli, istishâb olarak bile kabul etmez. (Bkz. Şa'ban, *a.g.e.*, s.191).

⁸⁹ Zencânî, *a.g.e.*, s.73; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 866.

⁹⁰ Şevkânî, *a.g.e.*, s.238.

⁹¹ Şirâzî, *a.g.e.*, s.338; Bâcî, *a.g.e.*, s.614.

⁹² Âmidî, *a.g.e.*, IV, 119; Mutî, *a.g.e.*, IV, 363; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 866.

⁹³ Mutî, *a.g.e.*, IV, 363; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 866.

⁹⁴ Bkz. Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 866.

⁹⁵ Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beyrut, 1973, I, 18; Mutî, *a.g.e.*, IV, 363; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 859.

⁹⁶ İbn Rüşd, *a.g.e.*, I, 56; Mutî, *a.g.e.*, IV, 363; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 859.

⁹⁷ Şâfiî, *a.g.e.*, I, 48; İbn Rüşd, *a.g.e.*, I, 56; Şirâzî, *a.g.e.*, s.338. Ayrıca bkz. Basrî, *a.g.e.*, II, 325; Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Zencânî, *a.g.e.*, s.73; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 865. *İbn Rüşd'e* (ö.595/1198) göre *İmam Malik*, *İmam Şâfiî* ve *Davud ez-Zâhirî* (ö.270/884) istishâbı değil, "amellerinizi bozmayın." (Muhammed 47/33) ayetini delil almışlar ve onlar bu ayetin zahiriyle istidlâl ederek başlanmış bir ibadeti bozmamak gerektiğine hükmetmişlerdir. *İbn Rüşd* ise, namazı bozan kişi kendi isteğiyle namazı bozmadığı için, bu ayetin onlara delil olamayacağını düşünmektedir. (Bkz. İbn Rüşd, *a.g.e.*, I, 56).

⁹⁸ İbn Kayyim, *a.g.e.*, I, 319; İbn Rüşd, *a.g.e.*, I, 56; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 865.

Yine *Zâhirîlere* göre, icmâ'ın istishâbından dolayı, sahibinden hamile olup doğum yapan cariyenin (ümmü veled) satışı caizdir. Onlar delil olarak, bu cariyenin doğum yapmadan önceki satışının cevazına dair olan icmâ'a dayanırlar.⁹⁹

2 - Vasfın İstishâbı :

Vasfın istishâbı,¹⁰⁰ değiştiğine dair bir delil bulunmadıkça, bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması / mevcut özelliğini koruması demektir.

Örneğin, vasfın istishâbına göre, temiz olan bir şeyin pislendiği isbât edilmedikçe, o şeyin temizliği devam eder.¹⁰¹

Yine kaybolan kimsenin (mekûd) aksi sâbit oluncaya kadar hayatta olduğunun kabul edilmesi bu çeşit bir istishâbdır.¹⁰² Çünkü, kaybolmadan önce mefkûdun hayatta olduğu yakînen bilinmekteydi. Bu yüzden, vasfın istishâbına göre, aksine bir delil ortaya çıkmadıkça o kişinin hayatının devam ettiğine hükmedilmesi gerekir.¹⁰³ Bu konuda, o kişinin vefatına dair olan şüphe, yakîn bilgiyi sarsacak güçte olmadığı için dikkate alınmaz.¹⁰⁴ Fakat mefkûdun hakikaten vefatı sâbit olursa veya ölümüne hükmedilirse,¹⁰⁵ artık aksine delil bulunmuş olacağı için, istishâba, yani hayatının devam ettiğine hükmedilemez.¹⁰⁶

C - KAYNAK DEĞERİ :

Bu bölümde istishâbın huccet olup olmadığını, huccet ise hangi konularda huccet olduğunu ve onun diğer deliller arasındaki yerini inceleyeceğiz:

1- İstishâbın Huccet Olup Olmadığı :

İslâm hukukçuları arasında istishâbın huccet olduğunu savunanlar bulunmakta olduğu gibi, onu geçersiz (fâsid) istidlâl olarak görenler de vardır.

a- İstishâbın Huccet Olduğunu Savunanlar ve Delilleri :

⁹⁹ Şevkânî, *a.g.e.*, s.238. Ayrıca bkz. Bâcî, *a.g.e.*, s.614; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 865.

¹⁰⁰ Ebu Zehra, *Usûl*, s.298; Zeydân, *a.g.e.*, s.268.

¹⁰¹ Şener, *a.g.e.*, s.49.

¹⁰² Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 42; Ebu Zehra, *Usûl*, s.298-299; Bilmen, *a.g.e.*, I, 195; Zeydân, *a.g.e.*, s.267; Juynboll, *a.g.m.*, V/II, 1221; Atar, *a.g.e.*, s.75.

¹⁰³ Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 43; Bilmen, *a.g.e.*, I, 195; Zeydân, *a.g.e.*, s.267; Atar, *a.g.e.*, s.76.

¹⁰⁴ Zeydân, *a.g.e.*, s.271.

¹⁰⁵ *Hanefîlere* göre, kayıp süresi içinde doksan yaşını doldurduğu halde, (Geniş bilgi için bkz. *Aile Hukuku Kararnâmesi*, Haz. Orhan Çeker, İstanbul, 1985, s.78-80) haber alınamazsa artık hakim ölümü ile hükmeder. (Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 43; Bilmen, *a.g.e.*, VII, 221) *Hanbelîler* normal şartlar altında seyahat edenlerin kaybolması halinde *Hanefîlerin* görüşüne katılmakla birlikte, savaş gibi tehlikeli ortamlarda kaybolan kişi hakkında kendinden ümit kesildikten sonra, dört yıl geçtiği halde haber alınamazsa, o zaman vefatına hükmederler. (Bilmen, *a.g.e.*, VII, 221) *Aile Hukuku Kararnâmesi* 127. madde bu son görüşü esas almıştır. Fakat esbab-ı mucibe layihasında bu görüşün *Malikîlere* ait olduğu belirtilmektedir. (Bkz. *Aile Hukuku Kararnâmesi*, s.78).

¹⁰⁶ Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 42; Atar, *a.g.e.*, s.76.

İstishâbın huccet olduğunu savunanların büyük çoğunluğu oluşturduğu görülmektedir.¹⁰⁷ İstishâbın huccet olduğunu savunanlar onun için bir takım *naklî* ve *aklî* deliller getirmişlerdir:

aa- Naklî Deliller :

İstishâbı destekleyen naklî deliller Kitap, Sünnet ve icmâ'dan meydana gelmektedir:

i- Kitap : İstishâbın geçerli olduğunu gösteren pek çok ayet vardır.¹⁰⁸ Ancak biz burada -yukarıda zikrettiğimiz yerde ve göklerde olan her şeyin insan için yaratıldığını ve onun emrine verildiğini ifade eden ayetlere¹⁰⁹ ilaveten- bir ayet zikretmeyi yeterli buluyoruz:

"De ki: *Bana vahyolunan (Kur'an)da yiyecek kimse için, leş veya akıtılmış kan, yahut domuz eti -ki bizzat pisliktir - ya da Allâh'tan başkası adına kesilmiş bir hayvandan başka haram edilmiş bir şey bulamıyorum...*"¹¹⁰

Bu ayet, ibâha-i asliyye yolu ile, istishâbın kullanılabilmesine delildir. Zira her hüküm kendi deliliyle sâbit olur¹¹¹ ve o hükmün devam etmesi konusunda, başka bir delile ihtiyaç duyulmaz.¹¹²

ii- Sünnet : İstishâbın delil olarak geçerli olduğunu en açık bir şekilde ortaya koyan sünnet delili, şüphe ile abdestin bozulmayacağını ve bir abdestle bir çok namaz kılınabileceğini belirten rivayetlerdir:

Müslim'in (ö.261/876) *Ebu Hureyre*'den (r.a.) rivayet ettiği Hz. Peygamber'in (s.a.v.) "*Biriniz karnında bir şey hisseder de ondan bir şey çıkıp çıkmadığını kestiremezse, ses işitmedikçe veya koku duymadıkça sakın mescidden çıkmayın.*"¹¹³ hadisi şüphe ile önceden kesin olan bir hükmün iptal edilemeyeceğini,¹¹⁴ -değiştirici bir unsur olmadıkça - önceki hükmün devam edeceğini belirtmektedir ki, istishâb da zaten budur.¹¹⁵

Buhârî'nin (ö.256/870) *Enes*'den (r.a.) naklettiği "*Rasulullâh (s.a.v.) her namaz için abdest alırdı. Bizden her hangi birimize, abdestini bozmadıkça bir abdest yeterdi.*"¹¹⁶ hadisi de istishâbı desteklemektedir. Zira hadise dikkat edilirse "bir abdest yeterdi" ifadesi, değiştirici bir unsur olmadıkça hükmün devam ettiğini açıkça göstermektedir.

Yine *Müslim*'in "*Bütün Namazları Bir Abdestle Kılmanın Cevazı*" başlığı altında *Süleyman b. Büreyde*'den naklettiği "*Hz. Peygamber (s.a.v.)*

¹⁰⁷ İstishâbı savunanların dağılımı için bkz. İstishâbın huccet olduğu yerler.

¹⁰⁸ Bkz. Bakara 2/36; A'raf 7/160; Nahl 16/14; Hacc 22/65; Lokman 31/20.

¹⁰⁹ Bakara 2/29; Casiye 45/13.

¹¹⁰ Enfâl 6/145.

¹¹¹ Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed, *Usûlül's-Serahsî*, (Thk. Ebu'l-Vefâ Afgânî) İstanbul, 1984, II, 226; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 368; Zencânî, *a.g.e.*, s.172.

¹¹² Ebu Zehra, *Usûl*, s.296.

¹¹³ Müslim, Hayz 3/26 (nr.362).

¹¹⁴ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.60.

¹¹⁵ Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 664.

¹¹⁶ Buhârî, Vudu' 4/54 (nr.214).

fetih günü bütün namazları bir abdestle kılmıştı..."¹¹⁷ hadisi de aynı açıklıkta istishâbı teyit etmektedir.

Bu hadisler ve diğer ahkam hadisleri, hükümlerin devam ettiğini göstermeye yeterli görülmektedir.

iii- İcmâ' : Birçok furû' konusunda, istishâb deliline dayanılarak icmâ' edilmiştir. Örneğin, abdestin, hadesin, mülkiyetin ve zevciyyetin / evliliğin varlığı sâbit olduktan sonra, hakkında şüphe sadır olsa bile, yine de bunların devam ettiğine dair icmâ' edilmiştir. Ancak *Hanefîler* bu icmâ' deliline itiraz etmişlerdir. Çünkü *Hanefîlere* göre Şâri' bu hükümleri ilk vaz'ettiği / koyduğu zaman devamlı olacak şekilde vaz'etmiştir. Dolayısıyla, bu hükümler istishâbtan değil, ilk delillerinden ötürü devam etmektedir.¹¹⁸

bb- Akfî Deliller :

Akfî deliller, tümevarım (istikrâ'), akıl ve maslahattan ibarettir :

i- Tümevarım : Şer'î deliller üzerinde yapılmış olan tümevarım ile sâbit olmuştur ki, hükümler, değiştirilmiş olduğuna dair delil bulununcaya kadar bakidirler.

Sözgelimi, sarhoş edici içkiler, vasıfları değişip sarhoş edicilikleri gidinceye kadar haramdır.¹¹⁹

Ayrıca şer'î hükümlerin hepsi kendi konularında süreklilik ifade ederler. Ancak tatbikattan kaldırdıklarını (nesh) veya belirli bir süre için tatbik edileceklerini gösteren bir delil bulunursa durum değişir. Bu da bütün şer'î esasların istishâbı desteklediğini göstermektedir.¹²⁰

ii- Akıl : Akfî delile gelince, insan aklı, açık-seçiklik (bedâhet) prensibine göre, istishâbı kabul eder. Şöyle ki, asırlardır süren gözlemler, eşyanın varlığının, eşya ve şahısların niteliklerinin devam edip durduğunu göstermiştir.¹²¹ Keza bütün sosyal ilişkiler de bu esas üzerine kurulmuştur.

Öte yandan, eğer istishâb olmasaydı, mucize diye bir şey de olmazdı. Zira mucize tabiat kanununu alt-üst eden (harikulâde) bir olgudur. Bu da adetin devamlı olması ve süre gelmesi özelliğiyle doğrudan ilgilidir.¹²² Zaten âdet de sürekli aynı şekilde vukû' bulan şey demektir.¹²³

Aynı şekilde bu konuda, önceki peygamberlerin getirdikleri şeriatlerin anlık olmayıp devamlı olduğuna dikkat çekilerek delil getirilmiştir. Ancak *Hanefîler*, şeriatların böyle devam etmesinin, ilk ortaya çıktıkları zaman belirlenmiş bir özellik olduğunu söyleyerek, bu istidlalin uygun olmayacağını ifade etmişlerdir.¹²⁴

¹¹⁷ Müslim, Taharet 2/25 (nr.277).

¹¹⁸ Bkz. Taftézânî, *a.g.e.*, II, 101-102; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 366-368; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 870.

¹¹⁹ Ebu Zehra, *Usûl*, s.297.

¹²⁰ Ebu Zehra, *Usûl*, s.297. Ayrıca bkz. Muğniye, Muhammed Cevad, *İbnu Usûli'l-Fıkh fı Sevbihî'l-Cedid*, Dâru'l-İlm li'l-Melâ'în, Beyrut, 1980, s.358.

¹²¹ Bkz. Ebu Zehra, *Usûl*, s.297.

¹²² Beyzâvî, *a.g.e.*, IV, 358; İsnevî, *a.g.e.*, II, 368; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 870.

¹²³ İsnevî, *a.g.e.*, II,368.

¹²⁴ Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 366.

Ayrıca bir şeyin devam ettiğine dair zann, değiştiğine dair zannın daha kuvvetlidir.¹²⁵ Çünkü bir şeyin varlığı evvelce kesin olup, zevali / kalkması konusunda da herhangi bir delil bulunmayınca, onun devam ettiğine inanmak kesinlik kazanır ve adeta zaruri olur.¹²⁶ Onun içindir ki, başka yerlerde bulunan dostlara, hayatta olduklarına inanılarak mektuplar yazılır, hediyeler gönderilir.¹²⁷

Üstelik *İbn Hazm*'a (ö.456/1063) göre istishâba karşı çıkan şahsın, namazın ve zekatın lüzumuna ve malik olduğu şeylerin mülkiyetine dair sürekli delil yenilemesi gerekecektir.¹²⁸

iii- Maslahat : İstishâb fakihlere hüküm ve fetva verirken karşılaşılabilecek tereddütlü durumlar açısından bir genişlik ve rahatlama sağlamak, meseleleri kolayca ve süratli bir şekilde çözmelerine yardımcı olmaktadır.

Ayrıca İslâm dini, kolaylıklar dinidir ve koyduğu hükümlerden mensuplarının sıkıntı duymadığı bir fitrat dinidir. Bundan dolayı, istishâb bu dinde kullanılabilecek en makul ve maslahata uygun bir delildir.¹²⁹

b- İstishâbın Huccet Olmadığını Savunanlar ve Delilleri :

Bu görüşü savunanlar, *Hanefîlerin çoğunluğuyla*¹³⁰ *Ebu'l-Hüseyn el-Basrî*'nin (ö.436/1044)¹³¹ dahil olduğu *Kelamcılardır*.¹³²

Bunlara göre abdest, mülkiyet gibi şeylerin devamlı olması istishâbdan değil, bunları yok eden faktörlerin / hadiselerin ortaya çıkmasına kadar, bunlara devam etme özelliği verilmesindedir. Mesela, bir abdest ile onu bozacak bir hadisenin zühuruna kadar birçok namaz kılınabiliyor olması¹³³ Şâri'in onu başta bu özelliğiyle vaz etmesindedir.

İstishâbın huccet olmadığını savunanlar iki akli gerekçeye dayanmaktadırlar:

İlk gerekçeye göre, bir şeyin bir zamanda mevcudiyeti başka, o mevcudiyetin devam etmesi başkadır. Bundan dolayı, bu mevcudiyet, devamı

¹²⁵ Âmidî, *a.g.e.* IV, 112.

¹²⁶ Kimi *Şâfiîler* ise, bu durumda zaruret olup olmadığı konusu ihtilafli olduğu için, bunu deliller arasına almamıştır. İstishâbın huccet olduğunu isbâtlamak için, şeriatlerin devamlı olması ve istishâbın birçok fer'i meselelerde muteber bulunması delilleriyle yetinmişlerdir. Bkz. Taftazânî, *a.g.e.* II, 101; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 366; Bilmen, *a.g.e.*, I, 196.

¹²⁷ Taftazânî, *a.g.e.* II, 101; Molla Hüsrev, *a.g.e.* II, 366. Ayrıca bkz. Âmidî, *a.g.e.*, IV, 112; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 869.

¹²⁸ İbn Hazm, *a.g.e.* V, 5.

¹²⁹ Bkz. Şa'ban, *a.g.e.* s.193.

¹³⁰ Serahsî, *a.g.e.* II, 225; Âmidî, *a.g.e.* IV, 111; İzmîrî, *a.g.e.* II, 366; İsnevî, *a.g.e.* IV, 366; Şevkânî, *a.g.e.* s.237; Mutîfî, *a.g.e.* IV, 358.

¹³¹ Basrî, *a.g.e.* II, 325; Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 662; Âmidî, *a.g.e.* IV, 111; İzmîrî, *a.g.e.* II, 366; Şevkânî, *a.g.e.* s.237.

¹³² Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.* III, 662; İsnevî, *a.g.e.* IV, 366; Mutîfî, *a.g.e.* IV, 358. Ayrıca bkz. Şîrâzî, *a.g.e.* s.338; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 867. Sahih bir rivayette *Şâfiî*'nin de aynı görüşte olduğu belirtilmiştir. (Mutîfî, *a.g.e.* IV, 366).

¹³³ Bilmen, *a.g.e.* I, 196.

gerektirmez.¹³⁴ Nasıl ki, ilk zamanda hükümün sâbit olması bir delile muhtaçsa, ikinci zamandaki hüküm de delile muhtaç olmaktadır. Çünkü ikinci zaman için, delilin olması da olmaması da mümkündür.¹³⁵ Şayet varlığın devam ettiğine hükmedilirse, o zaman bu delilsiz bir hüküm verme olur.¹³⁶

İkincisine göre, istishâb aslında yeni bir hüküm getirmez.¹³⁷ Gerçek delil, önceki hükmü isbât eden, ortaya koyan delildir.¹³⁸ İstishâb sadece, o delilin hâlâ hükme delâlet ettiğini göstermektedir.¹³⁹

İstishâbın delil olmadığını söyleyenler, onun duyuşal (hissî) konularda değil, şer'î / hukukî konularda delil olamayacağını savunmuşlardır. Onlara göre Allâh Teala'nın âdeti, hissî konularda, hüküm ve durumların devam etmesi (istishâbı) şeklinde cereyan etmektedir. Şer'î konularda ise, durum böyle olmayıp hükümlerin devam etmesi, Şari'in takdirine / beyanına bağlıdır.¹⁴⁰

2- İstishâbın Huccet Olduğu Yerler :

İstishâbın huccet olabileceği konular hakkında bir çok ihtilaf bulunmaktadır :

a- İstishâbın Her Konuda Huccet Oluşu :

Bu görüşü savunanlar, *Mâlikîler*,¹⁴¹ *Şâfiîlerin çoğu*,¹⁴² *Hanbelîler*,¹⁴³ *Zâhirîler*¹⁴⁴ ve *Şi'a'dır*.¹⁴⁵ Bu fukahaya göre, değiştiğine dair delil bulunmadıkça istishâb hem *def' edici* (kişinin aleyhine olan konularda zararını önleyici / engelleyici), hem de *isbâtlayıcı* (kişinin lehine, başkasının aleyhine olabilecek hükmü oluşturuca) bir delildir.¹⁴⁶ Hatta, istishâbın böyle *def' edici* ve *isbâtlayıcı* bir huccet olması, *Şâfiîlerden* bazılarına göre zaruri bir durumdur.¹⁴⁷

b- İstishâbın Sadece Def İçin Huccet Oluşu :

¹³⁴ Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.* III, 666; İbn Nüceym, *a.g.e.* s.83; Bilmen, *a.g.e.* I, 196.

¹³⁵ Şevkânî, *a.g.e.* s.237; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 867.

¹³⁶ İbn Nüceym, *a.g.e.* s.83.

¹³⁷ Molla Hüsrev, *a.g.e.* II, 368; Bilmen, *a.g.e.* I, 196; Zeydân, *a.g.e.* s.269; Şa'ban, *a.g.e.* s.191; Ali Haseballâh, *a.g.e.* s.208.

¹³⁸ Serahşî, *a.g.e.* II, 225; Mutîî, *a.g.e.* IV, 364; Hallâf, *a.g.e.* s.93.

¹³⁹ Bilmen, *a.g.e.* I, 196; Hallâf, *a.g.e.* s.93; Şa'ban, *a.g.e.* s.191.

¹⁴⁰ Bkz. Şevkânî, *a.g.e.* s.237; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 867.

¹⁴¹ Şevkânî, *a.g.e.* s.237; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 868.

¹⁴² Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.* III, 662; Taftezânî, *a.g.e.* II, 101; Molla Hüsrev, *a.g.e.* II, 366; Şevkânî, *a.g.e.* s.237; Mutîî, *a.g.e.* IV, 358; Ebu Zehra, *Usûl*, s.299; Bilmen, *a.g.e.* I, 195; Zeydân, *a.g.e.* s.269; Atar, *a.g.e.* s.76; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 868.

¹⁴³ Şevkânî, *a.g.e.* s.237; Ebu Zehra, *Usûl*, s.299; a.mlf., *Tarih*, II, 366; Bilmen, *a.g.e.* I, 195; Zeydân, *a.g.e.* s.269; Karaman, *a.g.e.* s.71; Atar, *a.g.e.* s.76; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 868.

¹⁴⁴ İbn Hazm, *a.g.e.* V,5; Şevkânî, *a.g.e.* s.237; Ebu Zehra, *Tarih*, II, 411; Atar, *a.g.e.* s.75; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 868.

¹⁴⁵ Muğniye, *a.g.e.* 359; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 868.

¹⁴⁶ Âmidî, *a.g.e.* IV, 111.

¹⁴⁷ Taftezânî, *a.g.e.* II, 101; Molla Hüsrev, *a.g.e.* II, 366. Ayrıca bkz. dipnot 126.

Bu görüşü savunanlar, çoğunluğunu müteahhirîn alimlerin¹⁴⁸ oluşturduğu *Hanefîlerdir*.¹⁴⁹ Onlar istishâbı, var olanı olduğu gibi bırakma hususunda huccet kabul ettikleri halde, olmayan bir şeyi veya hakkı isbât için huccet kabul etmezler.¹⁵⁰

Bu konunun en bariz örneği,¹⁵¹ kaybolmuş ve sağ olup olmadığı bilinmeyen ve öldüğüne dair kesin delil de bulunmayan kayıp kişiye (mekûd) ait olan hükümdür: *Hanefîlere* göre, ona ait olduğu bilinen haklar konusunda - öldüğüne dair delil bulunmadıkça- sağlara uygulanan hükümler uygulanır. Buna göre malları mirasçılar arasında bölüştürülmez, karısı başkası ile evlenemez, emanet (vedfa) olarak bıraktığı şey, kendisine bırakılan kişiden geri alınmaz. Çünkü, kayb olduğu sırada o kişinin (mekûd) yaşadığı yakinen bilinmekte idi; bu yüzden öldüğüne dair delil bulununcaya kadar, "*sağ olma*" vasfının devam ettiğine hükmedilir.¹⁵² Buna karşılık, mefkûdun kendisinin de mirasçısı olduğu yakınlarından biri vefat ederse, terekedeki paya malik olduğuna hükmedilmez, hayatta olup olmadığı ortaya çıkıncaya kadar bu pay ayrılır ve mefkûdun hakkı askıda tutulur. Bunun sebebi şudur: Mirasçılık sıfatı ancak, murisin öldüğü sırada sağ olduğu bilinen kişi için sâbit olur; oysa mefkûd kesin olarak ortaya çıkıncaya kadar, onun mirasçılığına hükmedilemez.¹⁵³

İstishâbı mutlak manada delil kabul edenlere göre ise, mefkûd başkalarındaki haklarına sahip olur. Yani istishâben hayatta kabul edilerek, mesela, başkalarına varis olur, kendisine yapılan vasiyet sâbit olur, eski hakları mülkü üzere devam eder.¹⁵⁴

*Cüveynî'*ye (ö.478/1085) göre mezhepler arasında bulunan def' ve isbât konusundaki ihtilaf lafzî bir ihtilaftır.¹⁵⁵ Zira ona göre def' ve isbât konusunda *Şâfiîler* de *Hanefîler* gibi düşünmektedirler. Örneğin bir kişi, bir şeyin kendi mülkü olduğunu iddia etse ve satın aldığına da delil/beyyine getirilse mülkiyetinin istishâbı (devam ettiği) ile hükmedilir ve mal ona verilir. Bu def' için bir örnektir.

Yine biri bir şeyi itlâf etse, ancak o şeyin bir başka şahsa ait olduğu delille isbatlansa, o şahsın mülkiyetinin istishâbı (devam ettiği) ile amel edilir

¹⁴⁸ Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 662; İzmirî, *a.g.e.*, II, 366; Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 867.

¹⁴⁹ Taftezânî, *a.g.e.*, II, 101; Molla Hüsrev, *a.g.e.*, II, 367; İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.83; İbn Kayyim, *a.g.e.*, I, 315; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 55; Hallâf, *a.g.e.*, s.93; Bilmen, *a.g.e.*, I, 196; Zeydân, *a.g.e.*, s.269; Şâkiru'l-Hanbelî, *a.g.e.*, s.325; Atar, *a.g.e.*, s.75; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 867. Malikîler de bu görüştedir. Bkz. Atar, *a.g.e.*, s.75.

¹⁵⁰ Hallâf, *a.g.e.*, s.93; Şaban, *a.g.e.*, s. 191; Juynboll, *a.g.m.*, VII, 1221; Ali Haseballâh, *a.g.e.*, s.208.

¹⁵¹ Diğer örnekler için bkz. Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.*, III, 663-664.

¹⁵² Ebu Zehra, *Usûl*, s.299; Şaban, *a.g.e.*, s.191-192; Atar, *a.g.e.*, s.76.

¹⁵³ Ebu Zehra, *Usûl*, s.299; Zeydân, *a.g.e.*, s.269; Şaban, *a.g.e.*, s.192; Juynboll, *a.g.m.*, VII, 1221.

¹⁵⁴ Ebu Zehra, *Usûl*, s.299; Bilmen, *a.g.e.*, I, 196; Zeydân, *a.g.e.*, s.169; Atar, *a.g.e.*, s.76.

¹⁵⁵ Mutîf, *a.g.e.*, IV,364. Ayrıca bkz. Zerkâ, *a.g.e.*, s.92.

ve o şahıs itlâf edenin malından bedel almaya hak kazanır. Bu da isbât için bir örnektir.

Görüldüğü gibi, *Hanefiler* ile *Şâfiiler* iki konuda da aynı hükinü vermişlerdir. Ancak *Hanefiler* mülkiyetin delili olan *satın alma* ile, *Şâfiiler* ise *istishâb* ile amel etmişlerdir.¹⁵⁶

Bizce ikinci örnek, ancak mevcut hakkın korunmasına (def') örnek olabilir. Çünkü mülkiyet istishâbı değil, başka bir karine ile isbâtlanmıştır.

c- İstishâbın Müctehidin Allâh'a Karşı Sorumluluğunu Yerine Getirmesi Konusunda Huccet Oluşu :

İstishâb ilmî münazaralarda hasma karşı huccet olmaya elverişli değilse de, müctehidin Allâh'a karşı sorumluluğunu yerine getirmesinde yeterlidir. Çünkü müctehit bir meselenin hükmünü bulma konusunda, gücü dahilinde olandan sorumludur. Bu yüzden müctehit istishâbdan başka delil bulamazsa, artık onu kullanması caiz olur.¹⁵⁷ Fakat, bu delili kullanan kişinin amacı hasmının görüşünün hilafına delil getirmek ise bu, hasma karşı delil olmaya elverişli değildir. Bunun sebebi şudur; Müctehid istishâbı en son başka delil bulamadığı zaman kullanır ve münazara ederken "buna delil bulamadım, bu yüzden istishâbı kullanıyorum" demesi müctehide fayda vermez. Zira münazarada delil göstermek esastır. Delilim yok demek, teslim olmaaktır.¹⁵⁸ *Şâfiilere* göre ise, istishâb tartışmalarda delil olarak kullanılabilir.¹⁵⁹

Abdülaziz el-Buhârî'ye (ö.730/1330) göre de, bu bir icthâat çeşidi olduğu için, kendisinden daha üstün ve tercihe şayan bir delil bulunmadıkça pekala ilmî münazaralarda hasma karşı huccet olur.¹⁶⁰

d- İstishâbın Sadece Tercih İçin Huccet Oluşu :

Şâfiî den nakledilen bir görüşe göre, istishâb ancak tercih için bir delil olabilir.¹⁶¹ Yani iki delil veya hüküm çatıştığı durumlarda birinin istishâbı yönü ağır basmışsa o yön tercih edilir. Buna göre, mesela biri berâet-i asliyyeyi gerektiren, diğeri yeni bir hüküm getiren iki rivayet çatışsa (te'âruz) istishâb yönü olan alınır.¹⁶² Alimlerin çoğunluğuna göre ise, yeni hüküm getiren rivayet alınır.¹⁶³ *Âmidî* (ö.631/1234) istishâbı kabul etmeyenlerden bazılarının, onun sadece tercih sebebi olabileceğine cevaz verdiğini belirtmiştir.¹⁶⁴

¹⁵⁶ Muftî, *a.g.e.* IV, 364.

¹⁵⁷ Bkz. Şevkânî, *a.g.e.* s.237-238; Muftî, *a.g.e.* IV, 366. Ayrıca bkz. Serahsî, *a.g.e.* II, 225.

¹⁵⁸ Bkz. Şevkânî, *a.g.e.* s.237-238; Muftî, *a.g.e.* IV, 366.

¹⁵⁹ Zencânî, *a.g.e.*, s.172.

¹⁶⁰ Abdülaziz el-Buhârî, *a.g.e.* III, 665.

¹⁶¹ Şevkânî, *a.g.e.*, s.238.

¹⁶² Berzancî, Abdullatif Abdullâh Aziz, *et-Te'âruz ve't-Tercih Beyne'l Edilleti's-Şer'iyeti*, Beyrut, 1993. II, 223.

¹⁶³ İbn Rüşd, *a.g.e.* I, 202; Berzancî, *a.g.e.* II, 226.

¹⁶⁴ Âmidî, *a.g.e.* IV, 111.

Örneğin¹⁶⁵ "Hacamat yapan ve yaptıran orucunu açmıştır."¹⁶⁶ hadisi yeni bir hüküm (orucun bozulması) getirmektedir. Buna karşılık, "Hz. Peygamber (s.av.) hem ihramlı, hem de oruçlu iken kan aldırdı"¹⁶⁷ hadisi asıl kuralı / ibâha-i asliyyeyi, dolayısıyla orucun devamını gerektirir. **Ahmed b. Hanbel** (ö.241/855) ve **Dâvud ez-Zâhirî** birinci hadis ile amel ederek kan aldirmek orucu bozar, demiştir. **Malik** ve **Şâfiî** ibâha ifade eden ikinci hadisi tercih etmiş, ama ilk hadisi de dikkate alarak oruçlu iken kan almanın mekruh olduğuna hükmetmişlerdir. **Ebu Hanîfe** (ö.150/767) ise iki hadis arasında tercih sebebi bulamayıp iki hadisi de iskat / terketme yoluna gitmiş ve asıl kural olan ibâha ile hükmederek oruçlu iken kan aldirmanın mübâh olduğuna hükmetmiştir.¹⁶⁸

3- İstishâbın Deliller Arasındaki Yeri :

Malumdur ki, hükmü aranan bir olay hakkında ilk olarak Kitâb, Sünnet, icmâ' ve kıyasta özel bir delilin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bunlardan birinde özel delil bulunursa, ona göre hükmedilir. Delil bulunmadığı zaman, müctehit artık istishâba göre hüküm verir.¹⁶⁹ Yani istishâb, şer'î deliller arasında en son müracaat edilecek olanıdır.¹⁷⁰ Nitekim **Hâzremî** (ö.387/997), *el-Kâfi* adlı eserinde "istishâb, fetva verilirken başvurulacak en son dayanak (medar)dır" demiştir.¹⁷¹ Çünkü bu delil, halin devamının hükmün devamını gerektirdiğine dair mevcut olan zann-ı galip üzerine kuruludur. Dolayısıyla istishâb istinbât için kuvvetli bir delil sayılmaz ve istishâba muhalif olan başka bir delil varsa o tercih edilir.¹⁷² Bu yüzden, istishâb –nübüvvetin isbâtı gibi- i'tikâdî konularda delil olarak kullanılamaz. Bu konuda icmâ' vardır.¹⁷³

Diyebiliriz ki, -her ne kadar bazıları, farklı isim verseler de- bütün mezhepler istishâb deliline dayanarak ictihatta bulunmuşlardır.¹⁷⁴ Hatta kıyası huccet olarak kabul etmeyen¹⁷⁵ *Zâhiriye* ve *İmâmiyye* mezhepleri bile istishâb ile pek çok meselenin fikhî hükmünü istinbât etmişlerdir. Nazarî olarak istihâsâni kabul etmeyen *Şâfiîler* istishâbı, diğer mezheplerden daha çok kullanmışlardır. Çünkü diğer mezheplerin örf-âdet ve istihâsâna dayanarak

¹⁶⁵ Diğer tercih yönleri ve örnekler için bkz. Berzancî, *a.g.e.*, II, 223, 248 ve 326; Şirâzî, *a.g.e.*, s.338.

¹⁶⁶ Buhârî, Savm 30/32; Tirmizî, Savm, 6/59 (nr.771).

¹⁶⁷ Buhârî, Savm 30/32 (nr.1938), Tıbb 76/11 (nr.5694); Tirmizî, Savm, 6/60, (nr.772).

¹⁶⁸ İbn Rüşd, *a.g.e.*, I, 201-202. Ayrıca bkz. İbnu'l-Hüman, *a.g.e.*, II, 256; Berzancî, *a.g.e.*, II, 223.

¹⁶⁹ Şa'ban, *a.g.e.*, s.191.

¹⁷⁰ Şevkânî, *a.g.e.*, s.238; Ebu Zehra, *Usûl*, s.304; Hallâf, *a.g.e.*, s.92; Zeydân, *a.g.e.*, s.270; Şa'ban, *a.g.e.*, s.191; Şâkiru'l-Hanbelî, *a.g.e.*, s.325; Ali Haseballâh, *a.g.e.*, s. 207; Atar, *a.g.e.*, s.75.

¹⁷¹ Şevkânî, *a.g.e.*, s.237; Ebu Zehra, *Usûl*, s.296; Zeydân, *a.g.e.*, s.270; Şa'ban, *a.g.e.*, s.191; Şâkiru'l-Hanbelî, *a.g.e.*, s.325; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 860

¹⁷² Şirâzî, *a.g.e.*, s. 338; Ebu Zehra, *Usûl*, s.296.

¹⁷³ Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 860.

¹⁷⁴ Ebu Zehra, *Usûl*, s.304; Davudoğlu, *a.g.e.*, II, 609; Atar, *a.g.e.*, s.75.

¹⁷⁵ İbn Hazm, *a.g.e.*, VIII, 487; Basrî, *a.g.e.*, II, 325; Şener, *a.g.e.*, s.47.

hükme bağladıkları meselelerde, *İmam Şâfî* istishâb deliline başvurmuştur. *Mâlikîler* ise, mesâlih-i mürsele sahasını çok geniş tuttıkları için, istishâb deliline daha az müracaat etmişlerdir.¹⁷⁶ Netice olarak görülmektedir ki, şer'î delillerin sayısını azaltanlar istishâbın sahasını genişletmişlerdir.¹⁷⁷

D - İSTİSHÂB KURALINA BİNA EDİLEN FIKİH KAİDELERİ:

İstishâb kuralı üzerine bir kısım fıkıh kaidesi¹⁷⁸ bina edilmiştir. Bu kaidelerin başında "*Şek ile yakîn zâil olmaz*" kaidesi gelmektedir. İstishâb özelliği taşıyan diğer kaideler de bundan türetilmiştir.¹⁷⁹

1 - "*Şek İle Yakîn Zâil Olmaz*"

"*Şek*¹⁸⁰ *ile yakîn*¹⁸¹ *zâil olmaz*"¹⁸² kaidesi, Mecelle'de 4. madde olarak aynen kanunlaştırılmıştır. Bu kaide, varlığı kesin olarak bilinen bir şeyin aksine delil bulunmadıkça sonradan gelen bir şüphe ve tereddütten dolayı yokluğuna hükmedilemeyeceği¹⁸³ anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle bu kaideye göre "*yakîn ancak yakîn ile zâil olur.*"

Bu kuralın esas delili, yukarıda geçen *Müslim*'in *Ebu Hureyre*'den (r.a.) naklettiği *şüphe ile abdestin bozulmayacağını* ifade eden hadisdir.¹⁸⁴

Bu kaidenin illeti ise şudur: *Yakîn*, şüphe duyulmayan mevcut bir durum olmuştur. Kesin olan bu durum -istishâb gereği- devam etmekte, varlığını sürdürmektedir. Ancak sona erdiğine dair delil olursa, devam etmez. İşte bu konuda şüphe, yakîni sarsacak güçte bir delil olmadığı için, hesaba katılmaz.¹⁸⁵

¹⁷⁶ Ebu Zehra. *Usûl*. s.304; Atar. *a.g.e.* s.75.

¹⁷⁷ Ebu Zehra. *Usûl*. s.304.

¹⁷⁸ *Kâide*, pek çok fer'î (tâfi) konuları içine alan küllî esastır. (Bkz. Cürcânî, *a.g.e.* s.171; Zencânî, *a.g.e.* s.35; Özafşar. *a.g.e.* s.101.) Bunlara küllî kaideler denmektedir. Ama dört mezhebin kabul ettiği görüşe göre, fikhî kaideler, küllî değil ekseridir. Buna göre, ilk bakışta bazı meseleler aynı kaide altına dahil gibi görünse de bunların arasında ince bir fark bulunabilir. (Bilmen. *a.g.e.* VIII. 259) Bu fark da meselenin aslında başka kaideye dahil olması veya iki farklı kaidenin o meselede çatışması ve diğerinin ağır basmasından kaynaklanabilir. Bu şekilde kaide dışında kalan meselelere kaidenin müstesnası denmektedir.

¹⁷⁹ Suyûtî. *a.g.e.* s.51; Ali Haydar. *a.g.e.* I, 40; Bilmen. *a.g.e.* I, 256.

¹⁸⁰ "*Şek*" lügatta *mutlak tereddüt* manasına gelmektedir. (Bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.* s.82; Ali Haydar. *a.g.e.* I, 39) İstilahta ise, *bir şeyin olması veya olmamasında iki taraftan biri diğeri üzerine tercih edilemeyecek derecede aklın tereddüt etmesidir*. (Bkz. Cürcânî, *a.g.e.* s.128; İbn Nüceym, *a.g.e.* s.82; Ali Haydar. *a.g.e.* I, 39; Karaman. *a.g.e.* s.42.)

¹⁸¹ Buradaki "*yakîn*"den maksat *zam-ı galip* (Bkz. İbn Nüceym, *a.g.e.* s.64; Ali Haydar, *a.g.e.* I, 39) veya *kesin olan bilgidir*. (Bkz. Kal'aci- Kunevî. *a.g.e.* s.514; Ali Haydar, *a.g.e.* I, 39; Zerkâ, *a.g.e.* s.79)

¹⁸² İbn Nüceym. *a.g.e.* s.60; Ali Haydar. *a.g.e.* I, 39; Bilmen, *a.g.e.* I, 256; Zeydân, *a.g.e.* s.271; Atar. *a.g.e.* s.76.

¹⁸³ Ali Haydar. *a.g.e.* I, 40; Bilmen. *a.g.e.* I, 256; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 872.

¹⁸⁴ Müslim, Hayz 3/26 (nr.362); İbn Nüceym, *a.g.e.* s.60; Suyûtî, *a.g.e.* s.50; Özafşar, *a.g.e.* s.133. Bu hadisin rivayet kritiği için bkz. Özafşar, *a.g.e.* s.135-141.

¹⁸⁵ İbn Hazm, *a.g.e.* V, 7; Zeydân, *a.g.e.* s.271.

Buna göre, Ramazanda fecrin doğuşu sırasında bir şey yiyen-içen kimse, bunu fecrin doğuşundan önce mi, yoksa sonra mı yaptığını kesin olarak bilemezse, o günün orucunu kaza etmesi gerekmez. Çünkü yemeye gece başladığı kesin olarak bilinmektedir.¹⁸⁶ Ama o sırada fecrin doğup doğmadığı hususu ise şüphelidir.¹⁸⁷ O halde aksi sâbit olmadıkça kesin olarak bilinen hususa göre amel edilir. Fakat mesele böyle şüpheli kalmayıp da o kişinin fecrin doğuşundan sonra yediği anlaşılırsa, o günün orucunu kaza etmesi gerekir. Keffâret ise gerekmez.¹⁸⁸ Aksine bu yüzden, güneşin batıp batmadığı hususunda şüpheye düşen kimsenin, orucunu açması caiz olmaz. Açarsa orucu bozulur ve o günün orucunu kaza etmesi gerekir. Zira şüphelenilen vakitte gündüz kısmı kesin olarak bilinmekte, güneşin batıp batmadığı hususu ise şüpheli kalmaktadır.¹⁸⁹ Bu durumda, şüpheli olana göre değil kesin olarak bilinene göre amel edilir.

Yine bir kimse "*filan şahsa zannımca şu kadar borcum vardır*" dese bu zanla borç sâbit olmaz.¹⁹⁰

Aynı şekilde bir kimse bir şahıstan hiç bir surette alacağı olmadığını / kalmadığını beyan ettikten (ibrâ') sonra, tarih belirtmeden o şahıstan bir hak dava eylese, dikkate alınmaz. Çünkü o hakkın ibrâ'dan önce veya sonra olmasında şüphe vardır. Genel ibrâ' ise kesindir.¹⁹¹

Yukarıdaki esasa bağlı olarak iki kural türetilmiştir:

Birinci kural "*bir şey yapıp-yapmadığında şüphe eden kişi için asıl olan onu yapmadığıdır.*"¹⁹²

Buna göre abdest aldığını kesin olarak bilen bir kimse, içinde abdestin bozulduğu hususunda bir şüphe duysa, daha önce varlığı kesin olarak bilinen abdestin varlığının devam ettiğine hükmedilir.¹⁹³ Ancak bu durumda *İmam Malik* (ö.179/795) varlığında şüphe bulunan abdestle kılınan namazı -ihtiyatı esas alarak- sahih görmemiştir.¹⁹⁴

İkinci kural "*kesin olarak bildiği bir şeyin azı mı, çoğu mu diye miktarında şüphe eden için, durum azına hamledilir.*" Çünkü azında kesinlik bulunmaktadır.¹⁹⁵

Buna göre *Cunhur*,¹⁹⁶ eşini bir talak ile mi, yoksa üç talak ile mi boşadığında şüphe eden kişinin talakı hakkında, kesin olduğu için, talakın azı olan bir talaka hükmeder. Çünkü çoğu için, ya kesin bilgi olmalı, ya da zann-ı

¹⁸⁶ İbn Nüceym, *a.g.e.* s.63; Suyûtî, *a.g.e.* s.52; Şa'ban, *a.g.e.* s.192; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 872.

¹⁸⁷ Şa'ban, *a.g.e.* s.192; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 872.

¹⁸⁸ Şa'ban, *a.g.e.* s.192.

¹⁸⁹ İbn Nüceym, *a.g.e.* s.63; Şa'ban, *a.g.e.* s.193; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 872.

¹⁹⁰ Ali Haydar, *a.g.e.* I, 41; Bilmen, *a.g.e.* I, 256.

¹⁹¹ Bilmen, *a.g.e.* I, 256; Zerka, *a.g.e.* s.83.

¹⁹² İbn Nüceym, *a.g.e.* s.64.

¹⁹³ Âmidî, *a.g.e.* IV, 111; Ebu Zehra, *Usûl* s.303; Zeydân, *a.g.e.* s.271; Şa'ban, *a.g.e.* s.192.

¹⁹⁴ Bkz. Davudoğlu, *a.g.e.* II, 609; Ebu Zehra, *Usûl* s.301; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 872.

¹⁹⁵ İbn Nüceym, *a.g.e.* s.64.

¹⁹⁶ Ebu Zehra, *Usûl* s.301.

galib bulunmalıdır. Ancak o zaman çoğuna hükmedilebilir.¹⁹⁷ *İmam Malik* ise, - yine ihtiyatı esas alarak- üç talak ile boşanmış kabul etmektedir.¹⁹⁸

2 - "Bir Şeyin Bulunduğu Hal Üzere Kılması Asıldır"

Bu kural Mecelle'de iki farklı şekilde zikredilmiştir. Biri aynen, "bir şeyin bulunduğu hal üzere kılması asıldır",¹⁹⁹ şeklinde, diğeri ise "bir zamanda sâbit olan şeyin hilafına delil olmadıkça bekasıyla hükmolunur"²⁰⁰ şeklindedir.

Bu kurala göre, sağ olduğu bilinen bir kişinin, bir delille isbâtlanıncaya kadar ölümüne hükmedilmez.²⁰¹ Ancak bir delil ile isbâtlandıktan sonra veya mahkeme kararıyla o şahsın ölümüne hükmedilir.²⁰²

Yine bu kurala göre, bir kişiye ait mülkiyet sâbit olunca, başkasına geçene (intikâl) kadar, malik olma vasfı devam eder.²⁰³

Ayrıca aynı kural gereği, kefalet sıfatı, borcu kefil veya asil ödeyinceye veya alacaklı onu kefaletten ibrâ edinceye kadar sürer.

Yine aynı kural gereği, suyun temizlik vasfı tat, renk ve kokusunun değişerek pislendiği isbât edilinceye dek devam eder.²⁰⁴

Aynı şekilde helallik ve haramlık vasfı olduğu için, değiştirci bir delil veya o şeyin sıfatlarının değiştiğini gösteren bir husus bulunana kadar sürer. Örneğin üzümün helal olduğu sâbittir. Ancak sıfatı değişir ve sarhoş edici hale gelirse bu hüküm zâil olur. Hurma ve şeker kamışının suyu da böyledir. Bunlar aslında helal olup, daha sonra sıfatları değişir ve sarhoş edici hale gelirse o zaman harama dönüşür.

Yine zaruret halinde veya şarabın sirkeye dönüşmesi ve içkinin kimyevî bir değişikliklerle sarhoş edicilik niteliğini kaybetmesi gibi hallerde ise, haram kılınmış olan bu gibi şeyler helal olur.²⁰⁵

Bu kaidenin müstesnâsı da vardır. Şöyle ki:

Emîn (güvenilir) olan bir kimse, berâet-i zimmeti hakkında yeminiyle tasdik olunur. Sözelimi bir kimse kendisine emanet (vedfa) verilmiş olan malı iade ettiğini iddia etse, üzerine tazmin lazım gelmez. Halbuki yanında vedfanın istishâben bekası esastır.²⁰⁶

¹⁹⁷ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.67.

¹⁹⁸ İbn Hazm, *a.g.e.*, V, 7; Ebu Zehra, *Usûl*, s.301; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 863. [Aynı anda yapılan birden fazla talak hakkında görüşler ve tartışmalar için bkz. Bilmen, *a.g.e.*, II, 204-210]

¹⁹⁹ Mecelle madde 5; İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.62; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 41; Bilmen, *a.g.e.*, I, 256; Hallâf, *a.g.e.*, s.92; Atar, *a.g.e.*, s.76.

²⁰⁰ Mecelle madde 10; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 53; Bilmen, *a.g.e.*, I, 258.

²⁰¹ Bilmen, *a.g.e.*, I, 195; Zeydân, *a.g.e.*, s.267; Zerkâ, *a.g.e.*, s.91; Atar, *a.g.e.*, s.76; Zuhaylî, *a.g.e.*, II, 871.

²⁰² Zerkâ, *a.g.e.*, s.91; Atar, *a.g.e.*, s.76. [Bkz. Dipnot 105].

²⁰³ Ebu Zehra, *Usûl*, s.303; Zeydân, *a.g.e.*, s.271. Ayrıca bkz. T.M.K. Madde 889 ve 898.

²⁰⁴ Ebu Zehra, *Usûl*, s.298.

²⁰⁵ İbn Hazm, *a.g.e.*, V, 8; Ebu Zehra, *Usûl*, s.303-304.

²⁰⁶ Bilmen, *a.g.e.*, I, 257; Zerkâ, *a.g.e.*, s.93.

3 - "Eşyada Asıl Olan Mübâh Olmaktır"

"Eşyada asıl olan mübah olmaktadır"²⁰⁷ kuralına göre, dinde fasit ve batıl olduğuna dair delil bulunmadıkça, yapılan her tasarrufun veya akdin sıhhatine hükmedilir. Yani din bize haram olduğunu bildirmediğçe her şey mübâhtir.²⁰⁸

Örneğin yiyecek, içecek, giyeceklerin Kitap, Sünnet ve diğer kaynaklarda hükmüne rastlanmıyorsa istishâb deliline dayanarak onların cevazına, mübâhlığına hükmedilir.²⁰⁹

Yine bu asla göre, bir kimse evine konuk gittiği bir zat tarafından kendisine takdim edilen yiyecek türünden bir şeyi yiyebilir. "Acaba bunu helalinden kazanmış mıdır? Acaba bunun ücretini sahibine vermiş midir? Yoksa bunu gasp mı etmiştir?" diye bunları araştırması gerekmez. Fakat o şeyin gasp edilmiş gayr-i meşru' yolla ele geçirilmiş olduğu kesin olarak bilirse, o zaman ondan yenilmesi helal olmaz.²¹⁰

Hanbelî mezhebi akitler (sözleşme) konusunda engel (mâni') bir nass bulunmadıkça, ibâhayı esas almıştır. Bu nedenle ticaret hukuku alanında diğer mezheplere oranla daha fazla gelişme göstermiştir.²¹¹

4 - "Berâet-i Zimmet Asıldır"

Bu kural da Mecelle'de "berâet-i zimmet asıldır"²¹² şeklinde aynen geçmiştir. Buna göre sanık, suçu isbâtlamıncaya kadar suçsuzdur. Bu yüzden "şüphe sanığın lehine tefsir olur" ve "sanığın berâeti konusundaki hata, suçsuzun suçlu sayılmasından daha iyidir" denmiştir.²¹³ Bu kaide hakkında ittifak edilmiştir.²¹⁴ İstishâb bu kuralıyla modern ceza hukuku ve medeni hukuk alanlarında çok önemli bir esas teşkil etmektedir.

Bu kurala göre, yasaklandığına dair kanun bulunmayan işleri yapmak suç olmaz.²¹⁵ Bu gibi konularda aleyhine delil / kanun bulunmayacağı için, sanık olan şahsın berâeti asıl olmaktadır.²¹⁶

Yine bir kimse başkasının malına zarar verse ve bu zararın miktarı yahut değerinde ihtilafa düşseler, zarar gören iddiasını destekleyici delil

²⁰⁷ İbn Nüceym, *a.g.e.* s.73; *Suyûfî, a.g.e.* s.60; Bilmen, *a.g.e.* I, 258; Hallâf, *a.g.e.* s.92; Şâkiru'l-Hanbelî, *a.g.e.* s.323; Atar, *a.g.e.* s.76; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 871.

²⁰⁸ Zuhaylî, *a.g.e.* II, 871-872. Ayrıca Borçlar Kanununun 19. Maddesi kanunlara, ahlaka veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallık haklara aykırı olmamak şartıyla akit serbestisini getirmiştir.

²⁰⁹ Atar, *a.g.e.* s.76.

²¹⁰ Bilmen, *a.g.e.* I, 298.

²¹¹ Ebu Zehra, *Tarih*, II, 366.

²¹² Mecelle madde 8; İbn Nüceym, *a.g.e.* s.64; Ali Haydar, *a.g.e.* I, 48; Bilmen, *a.g.e.* I, 257; Zeydân, *a.g.e.* s.270; Atar, *a.g.e.* s.76; Zuhaylî, *a.g.e.* II, 872.

²¹³ Zeydân, *a.g.e.* s.271.

²¹⁴ Zuhaylî, *a.g.e.* II, 872.

²¹⁵ Ebu Zehra, *Usûl*, s.305; Şener, *a.g.e.* s.47. Ayrıca bkz. T.C.K.nun 2. Maddesi "İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez..."; Borçlar Kanununun 42. Maddesi "zararı isbât etmek müddeîye düşer."

²¹⁶ Ebu Zehra, *Usûl*, s.291; a. mlf., *Tarih*, II, 366; Ali Haseballâh, *a.g.e.* s.207; Şener, *a.g.e.* s.47.

getirmedikçe zararı verenin sözü esas alınır. Çünkü zararı verenin kabul etmediği fazlalık hususunda berâet-i zimmet kuralıyla amel edilir.²¹⁷ Üstelik bu fazlalığı sadece zarar gören taraf iddia etmektedir. O haldé iddiasını isbât etmesi gerekir.²¹⁸

Aynı şekilde bir kimse, birisi hakkında / aleyhinde bir miktar para alacağı olduğu iddiası ile dava açsa, davalı da bunu inkar etse, davacı iddiasını kanıtlayamadığı takdirde, asıl kural gereği davalıya yemin verdirilir, böylece borçsuz sayılır.²¹⁹

Bu kural, "*sıfat-ı ârizada asıl olan ademdir*"²²⁰ kuralı ile tahsis olunmuştur.²²¹

5 - "Sıfat-ı Ârizada Asıl Olan Ademdir"

Ârizî sıfat, varlığın zatında / kendinde bulunmayıp, onun var olmasından sonra ona arız olan hallerdir.²²²

Aslî sıfat ise, varlığın zatı ile kaim olan / bulunan sıfatlardır. *Aslî sıfatlarda da asıl olan var olmaktır.*²²³

Bu kurala göre, ayıpsız (sâlim) olmak şartıyla bir hayvanı satın alan müşteri, daha sonra hayvanın hasta olduğunu iddia etse ve satıcı bunu reddetse, söz -yeminle beraber- satıcının olur. Müşteri ise iddiasını isbâta mecbur olur. Zira selamet / kusursuzluk aslî sıfatlardandır.²²⁴ Hastalık ise ârizîdir.

Yine bir kimse kendi namına ticari işler yapması için birisine sermaye verse ve onun satın aldığı bir cins mal ile ilgili olarak o malı alıp satmaması hususunda talimat verdiği iddiasında bulunsa, vekil bu talimatın verildiğini kabul etmedikçe satıcının iddiasına göre hüküm verilmez. Bu konudaki asla göre istishâb yapılır ki, asıl olan talimatın mevcut olmamasıdır. Böyle bir talimatın varlığını isbâtlamak ise müvekkile düşer.²²⁵

Ayrıca bir ticari ortaklıkta, ortaklığın işlerini bilfiil yürüten ortak, kâr etmediğini iddia etse, diğer ortak kâr edildiğini ispat edemese, kâr etmediğini söyleyen ortağa yemin verdirilir ve iddiası kabul olunur. Çünkü, asıl olan kâr edilmemesidir. Çünkü kâr arizî bir durumdur. O halde - aksine delil bulunmadıkça - asla göre istishâb yapılır.²²⁶

²¹⁷ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.64; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 49; Şa'ban, *a.g.e.*, s.190; Zerkâ, *a.g.e.*, s.114.

²¹⁸ İbn Hazm, *a.g.e.*, V, 5; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 49; Şa'ban, *a.g.e.*, s.190.

²¹⁹ Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 49; Bilmen, *a.g.e.*, I, 257. Ayrıca bkz. Ali Haseballâh, *a.g.e.*, s.207. Daha fazla örnek için bkz. Zerkâ, *a.g.e.*, s.105-115.

²²⁰ Mecelle madde 9; İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.71; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 50; Bilmen, *a.g.e.*, I, 258.

²²¹ Bilmen, *a.g.e.*, I, 258.

²²² Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 51; Bilmen, *a.g.e.*, I, 258.

²²³ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.71; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 50; Bilmen, *a.g.e.*, I, 258; Zerkâ, *a.g.e.*, s.117.

²²⁴ Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 50; Bilmen, *a.g.e.*, I, 258; Şa'ban, *a.g.e.*, s.188.

²²⁵ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.69; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 51; Şa'ban, *a.g.e.*, s.190.

²²⁶ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s.69; *Suyûtî*, *a.g.e.*, s.57; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 51; Bilmen, *a.g.e.*, I, 258; Zeydân, *a.g.e.*, s.268; Şa'ban, *a.g.e.*, s.190; Zerkâ, *a.g.e.*, s.118.

III - SONUÇ :

Sonuç olarak, fer'î, akfî ve müstakil bir delil olan *istishâb*ın İslâm hukukunda geçerli bir delil olduğu, birtakım akfî ve naklî delillerle desteklenmiştir. Naklî delillerin başında, *istishâb*ın kural olarak kullanıldığı ayet ve hadisleri gelmektedir. Bu da *istishâb*ın geçerli delil olduğunu isbâtlamaya yeter gözükmektedir.

İstishâb delillerin en sonucusudur. Başka bir deyişle, *istishâb*a ancak başka bir delil bulunmadığı zaman başvurulur. Bu yüzden, zayıf bir delil olarak görülmüştür. Bu özelliğinden dolayı bazı alimler, *istishâb*ın münazaralarda delil olamayacağını, ancak müctehidin hüküm çıkarma konusunda Allâh'a karşı görevini yapmış olması bakımından yeterli olacağını ifade etmişlerdir.

İstishâbın en önde gelen savunucuları *Şâfiler*le *Zâhirîler*dir. Öyle ki *icmâ'* ile sâbit olan hükmün bile *istishâb*ını savunmuşlardır. Bu iki mezhep *istishâb*ı olabildiğince çok kullanmıştır. Bunları *Mâlikîler*, *Hanbelîler* ve *Şî'îler* takip etmiştir.

Kelamcılardan *Eş'arîler* iyilik (husn) – kötülük (kubh) konusundaki hassasiyetlerinden, *Zâhirîler* de kıyası reddetmelerinden dolayı, akıl yoluyla çıkarılan hükmün *istishâb*ını kabul etmemişlerdir.

Hanefîler mezhep görüşü olarak, *istishâb*ı fâsid (geçersiz) deliller arasında görmüşlerdir. Bu yüzden *istishâb*ın başkasının aleyhine, kişinin lehine olan durumlarda isbâtlayıcı özelliğini kabul etmemiş, sadece kişinin kendi haklarını koruyan *def' edici* özelliğini benimsemişlerdir.

Mutezîlî kelamcılar ise, *istishâb*ı hiçbir konuda delil kabul etmemişlerdir.

İstishâbın delil olmadığını söyleyenler, onun duysal (hissî) konularda değil, şer'î / hukukî konularda delil olamayacağını savunmuşlardır. Bununla birlikte, *istishâb*ı delil kabul etmeyen *Hanefîler* ile *Mutezîle*, *ibâha-i asliyye*, *berâet-i asliyye* ve *şüphe ile yakînin zâil olmaması* kurallarını *istishâb*en olmasa da, her birini isbâtlayan hususi delilleri olduğu için, kullanmışlardır.

Kısaca bütün mezhepler *istishâb* deliline dayanarak ictihatta bulunmuşlardır.

İstishâb İslâm Hukukunun ibadetler, muâmelât, cezâ, medeni hukuk...vb. hemen hemen tüm alanlarında delil olarak kullanılmaktadır. Ayrıca *istishâb*, modern hukukta da önemli ölçüde yer almış bulunmaktadır.

Ayrıca *istishâb* fakihlere hüküm ve fetva verirken karşılaçacakları tereddütlü durumlar açısından bir genişlik ve rahatlama sağlamakta, meseleleri kolayca ve süratli bir şekilde çözmelerine yardımcı olmaktadır.

Son olarak bu delil, İslâm Dini'nin, -koyduğu hükümlerden mensuplarının sıkıntı duymadığı- bir kolaylık ve fitrat dini olduğunu ve hükümleriyle kıyamete kadar devam edeceğini açıkça göstermektedir.

KAYNAKÇA

- *Aile Hukuku Kararnamesi*, (Haz. Orhan Çeker), İstanbul, 1985
- ABDÜLAZİZ b. Ahmed el-Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, Beyrut, 1994, I-IV.
- AHTERÎ. Mustafa b. Şemsiddin el-Karahisârî. *Ahterî Kebîr*, Dersaadet, 1316r.
- ALİ HASEBALLÂH. *Usûlü't-Teşrî'i'l-İslâmî*, Kahire, 1986.
- ALİ HAYDAR. *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330r., I-IV.
- ÂMİDÎ. Seyfüddin Ebu'l-Hasen Ali, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, by., 1968, I-IV.
- ASIM EFENDİ. Ahmed, *Kâmus Tercümesi*, by., 1304r., I-IV.
- ATAR. Fahrettin. *Fıkıh Usûlü*, İstanbul. İ.F.A.V., 1992.
- BÂCÎ, Ebu'l-Velîd Süleyman b. Halef, *İhkâmü'l-Fusûl fî Ahkâmî'l-Usûl*, Beyrut, 1989, I-II.
- BASRÎ, Ebu'l-Huseyn Muhammed b. Ali b. et-Tayyib, *el-Mu'temed fî Usûli'l-Fıkıh*, Beyrut, 1983, I-II.
- BERZANCÎ, Abdullatif Abdullâh Aziz, *et-Te'âruz ve't-Tercih Beyne'l Edilleti's-Şer'iyyeti*, Beyrut, 1993, I-II.
- BEYZÂVÎ, Nâsirüddîn Abdullâh b. Ömer, *Minhâcu'l-Usûl*, (Nihâye Şerhi içinde), Beyrut, 1982, I-IV.
- BİLMEN, Ömer Nasuhî, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul, ty., I-VIII.
- BUHÂRÎ, Muhammed b. İsmâil, *Sahîhu'l-Buhârî*, Beyrut, 1991, I-V.
- CÜRCÂNÎ, Ali b. Muhammed, *Kitâbu't-Ta'rîfât*, by., ty.
- CÜVEYNÎ. *Kitâbu'l-İrşâd ilâ Kavâti'i'l-Edilleti fî Usûli'l-İ'tikâd*, Mısır, ty.
- DAVUDOĞLU. Ahmed, *Sahîh-i Müslim Tercüme ve Şerhi*, İstanbul, 1978, I-XI.
- EBU ZEHRA, Muhammed, *Usûlü'l-Fıkıh*, İstanbul, ty.
- *Târihu'l-Mezâhibi'l-İslâmiyye*, Matbaatü'l-Medenî, ty., I-II.
- HALLAF, Abdülvehhâb, *İlmü Usûli'l-Fıkıh*, Dimeşk, 1992.
- HUDARÎ, Muhammed, *Usûlü'l-Fıkıh*, Mısır, 1969.
- İBN HANBEL. Ahmed b. Muhammed, *el-Müsned*, Beyrut, ty., I-VI.
- İBN HAZM. Ebu Muhammed Ali, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, Beyrut, 1985, I-VIII.
- İBN KAYYİM. Ebu Abdillâh Muhammed b. Ebi Bekr el-Cevzî, *İ'lâmu'l-Muvakkı'in an Rabbi'l-Alemîn*, Beyrut, 1998, I-IV.
- İBN MANZÛR. Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut, ty., I-III.
- İBN NÜCEYM. Zeynüddin b. İbrahim. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Dimeşk, 1986.
- İBN RÜŞD, Ebu Velîd Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü'l - Müctehid ve Nihayetü'l - Muktesid*, İstanbul, 1985, I-II.
- İBNÛ'L-HÛMÂM. Kemâlüddîn, *Fethu'l-Kadir*, Beyrut, ty., I-IX.
- İSNEVÎ. Cemâlüddîn Abdürrahîm b. el-Hasen, *Nihâyetü's-Sul fî Şerhi Minhâci'l-Usûl*, Beyrut, 1982, I-IV.
- İZMİRÎ, Süleyman Muhammed, *Hâşiyetü'l-İzmîrî ala Mir'âti'l-Usûl*, İstanbul, 1339, I-II.
- JUYNBOLL, Th. W., "İstishâb" maddesi M.E.B. İA., İstanbul, 1977, c. VIII, s.1221.
- KAL'ACI, Muhammed Revvas - KUNEYBÎ Hamid Sadık, *Mu'cemu Lugati'l-Fukaha*, Beyrut, 1988
- KARAMAN, Hayreddin, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul, 1964
- MOLLA HÛSREV, Muhammed b. Ferâmuz, *Mir'atu'l-Usûl (Haşiyetü'l-İzmîri kenarında)*, İstanbul, 1339, I-II.

- MUGNİYE. Muhammed Cevad, *İlmu Usûli'l-Fıkh fı Sevbihi'l-Cedid*. Dâru'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut, 1980.
- MÜSLİM. Ebu'l-Hüseyn b. el-Haccâc, *Sahîhu Müslim*, (Tah. M. Fuad Abdülbaki), Beyrut, ty., I-V.
- MUTİİ. Muhammed Balût, *Süllemü'l-Vusûl li Şerhi Nihayeti's-Sûl*, (Nihâye Şerhi altında), Beyrut, 1982, I-IV.
- ÖZAFŞAR, M. Emin, *Hadisi Yeniden Düşünmek* (Fıkhî Hadisler bağlamında Bir İnceleme), Ankara, 1998.
- SERAHSÎ, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed, *Usûlü's-Serahsî*, (Thk. Ebu'l-Vefa Afgâni), İstanbul, 1984, I-II.
- SUYÛTÎ, Celaluddin Abdurrahman b. Ebi Bekr, *el-Eşbah ve'n-Nezair fı Kavaidi ve Furu'i Fıkhî's-Şâfiyye*, Beyrut, 1983
- ŞA'BAN. Zekiyüddin, *Usûlü'l-Fıkh* (İslâm Hukuk İlminin Esasları) Ter. Dönmez, İbrahim Kafi, Ankara, T.D.V.Y., 1990.
- ŞÂFİ'Î. Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beyrut, 1973, I-VIII.
- ŞÂKİRÜ'L-HANBELİ, *Usûlü'l-Fıkhî'l-İslâmî*, İstanbul, ty.
- ŞÂTİBÎ Ebu İshak İbrahim b. Musa el-Lahmî el-Giranâti, *el-Muvafakat fı Usûli's-Seria*, Beyrut, 1975, I-IV
- ŞEHRİSTÂNİ. Muhammed Abdülkerim, *Kitabu Nihâyeti'l-İkdâm fı ilmi'l-Kelâm*, by.
- ŞENER. Abdulkadir, *Kıyas İstihsan İstuslah*, Ankara, 1971
- ŞEVKÂNİ, Muhammed b. Ali. *İrşâdü'l-Fuhul ilâ Tahkiki'l-Hakka min İlmi'l-Usûl*, Dâru'l-Fıkr, ty.
- ŞİRÂZÎ. Ebu İshak İbrahim b. Ali, *el-Luma' fı Usûli'l-Fıkh*, (Tahrîcu Ehadisi'l-Luma' in metni olarak). Beyrut, 1986.
- TAFTEZÂNİ, Sa' duddin Mes' ud b. Ömer, *et-Telvîh ale't-Tavdîh*, Beyrut, ty., I-II
- TİRMİZÎ. Ebu İsa Muhammed b. İsa. *Sünenü't-Tirmizî*, Dâru'l-Fıkr, 1978, I-V.
- YAYLALI, Davut, *İslâm Hukukunda Zaman Aşımı*, Uludağ Ü.İ.F.D., Sayı 4, Yıl 4, 1992, s.155-164.
- ZENCÂNİ. Şihabuddin Mahmud b. Ahmed, *Tahrîcu'l-Furû' ale'l-Usûl*, Beyrut, 1979.
- ZERKÂ. Ahmed b. Eş-Şeyh Muhammed, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhıyyeti*, Dimeşk, 1989.
- ZEYDÂN, Abdülkerim, *el-Vecîz fı Usûli'l-Fıkh*, İstanbul, ty.
- ZUHAYLÎ, Vehbe, *Usûlü'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dimeşk, 1996, I-II.

Istishâb In The Methodology Of Islamic Law

ABSTRACT

Istishâb in dictionary form is "cooperation" and "the continuation of cooperation", as a term is used as "things in existence to continue existing, things that are nonexistent to continue not to exist".

Istishâb has been supported by both mental and traditional evidence. At the beginning of traditional evidence we can see that as a rule of istishâb from verses of the Quran and traditions (hadiths). This is enough to show that istishâb is valid evidence.

Istishâb is the last of all evidence, in other words istishâb is used when there is no other evidence to turn to. So it is the weakest one.

Each one of the sects of Islamic law - even if they were objectives from different views - have used istishâb as evidence in different proportions.

Istishâb is used as evidence in all fields of Islamic law, for example worships, muâmelât, penalty, civilized laws etc. In addition istishâb takes an important place in the foundation of modern law.

It can be said that in istishâb "there isn't any illegal crime and punishment", "the real principle is that everyone is not guilty" - in penalty law- and "the real principle in everything is free to happen" these principles are also within the universal principles.

Furthermore, istishâb helps jurists with "certain knowledge wont be lost by suspicion" principle when giving rule and opinion (fatwa). This help will give them wideness and comfort when they are hesitated.

These five principles have come across from istishâb 1) certain knowledge wont be lost by suspicion 2) the real principle in everything is to continue it's existence 3) the real principle in everything is free to happen 4) the real principle is that everyone is not guilty 5) the real principle in temporary position is that not to exist.