



İLAHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ 19:1 (2014), SS.79-89.

İSTİSHÂB DELİLİNE HANEFİLERİN YAKLAŞIMI

Erdoğan SARITEPE*

Öz

Geçmişte sabit olan bir hükmün aksini bildiren bir delil olmadıkça mevcut halde de geçerli olduğunu kabul etmek diye tanımlanan istishâb, mahiyeti, türleri, İslam hukukunun genel kaideleri ile ilişkisi ve delil değeri açısından usulcüler arasında tartışma konusu olmuştur. Usul eserleri incelendiğinde istishabın değişik bakış açılarına göre farklı sayılarda taksim edildiği ve farklı şekillerde isimlendirildiği görülmektedir. Mesela Hanefilerden Debûsî ve Serahsî istishâbın dört türünden bahsederken, Semerkandî üç tür istishâbdan bahsetmektedir. Biz bu çalışmada sadece Hanefilerin istishâba bakış açılarını inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: İstishab, Delil, Hanefiler, Kaide.

Approach of Hanaphies to Proof of Presumption

Abstract

The istishab (presumption) that defined as " to accept the stable judgment in the absence of other proofs of islamic law (al-adillah al-shariyyah) is dabated by scholars of methodology (al-usul) from different aspect. For example; it's character, it's divisions and it's connection with the other proofs. When we study source of methodology of İslamic law (Usul al-Fıkh) we see that it was examined with different perspective and under different titles. For example Dabûsî and Sarahsî from Hanaphies divided it four parts. On the other hand, in the Samarkand's classification, it is three parts. In this article we will study Hanaphies approach to the presumption.

Keywords: İstishab, the Proof, Hanaphis, Rule, presumption

Giriş

Geçmişte sabit olan bir hükmün aksini bildiren bir delil bulunmadıkça mevcut halde de geçerli olduğunu kabul etmek diye tanımlayabileceğimiz "istishâb", mahiyeti, türleri, İslam hukukunun genel kaideleri ile ilişkisi ve delil

* Yrd., Doç., Fırat Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, erdoğan saritepe@hotmail.com

değeri gibi yönleri itibariyle usulcüler arasında tartışma konusu olmuştur. Mesela Hanefî usulcülerin çoğu istishâbı def, yani bir hakkı koruma için delil olarak kabul ederken¹; Şâfiîlerin çoğunluğu hem mevcut bir hükmün ve hakkın korunması (def) hem de yeni hükümler ortaya koymak (isbât) için delil olduğunu² kabul etmişlerdir.

Yine Hanefîlerden Mâverâunnehir ekolünün öncülerinden olan Mâturîdî'ye göre, mutlak nass ile sabit olup aksine delil bulunmayan istishâb türüyle (câiz istishâb), Kitap ve Sünnetten delil bulunmadığı sürece, her mükellefin amel etmesi gerekir ve kıyas karşısında terkedilmesi de caiz değildir.³

A. İstishâb Kavramı

İstishâb kelimesi, Sözcük olarak "bir şeyi kendine yakın kılmak" ve "birini dost edinmek istemek"⁴ "birlikte olmayı devam ettirmek"⁵ anlamına gelir. Teknik bir terim/istilâh olarak tanımlanması Hanefîler arasında ilk olarak Debûsî tarafından yapılmıştır. Mesela, usulde fukaha ekolünün öncülerinden Cessâs'ta istishâbın henüz terim anlamını kazanmadığı görülür. Cessâs'ın "asli ibaha" ilkesine sıkça atıfta bulunduğu,⁶ fakat çok geçmeden asli ibaha ilkesinin ve def-i davâ için de berâet ilkesinin⁷ istishâb delilinin içinde yer almaya başladığı ve adlandırma tartışmaları bir yana bu tür istishâbın bütün fakihlerce kabul gördüğü söylenebilir. Nitekim bu konuda eleştirel

¹ Ebû Zeyd Abdullah (Ubeydullah) b. Ömer b. İsa ed-Debûsî, *Takvîmu'l-Edille fî'l-Usûli'l-fıkh*, (Tah. Halil Muhyiddin el-Meys), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2001, s. 319, 324, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, (ö. 483/1090), *Usûlü's-Serahsî*, (Thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî), Kahraman Yayınları, İstanbul 1984, II/223. Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Hüseyin el-Pezdevî, *Kenzü'l-Vusûl ilâ Marifeti'l-Usûl*, (Keşfu'l-Esrâr ile beraber), Dâru'l-Kutubi'l-Arabî, Beyrut 1997, III/663.

² Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî (ö. 505/1111), *Kitâbü'l-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl*, Matbaatu'l-Emiriyye, Bulak 1322, I/217 vd.; Celâluddin Muhammed b. Ahmed el-Mahallî, Şerhu Cemi'l Cevâmî (Bennânî Hâşiyesi ile beraber), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1995, I/348.

³ Alâuddin Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed es-Semerkindî (ö. 539/1145), *Mizânu'l-Usûl fî Netâici'l-Ukûl*, (Tah. Muhammed Zeki Abdilber), İhyâu't-Turasi'l-İslâmî, Katar 1984, s. 660; Alâuddin Abdulazîz b. Ahmed el-Buhârî, (ö. 730/1330), *Keşfü'l-Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, Dâru'l-Kütübî'l-Arabî, Beyrut 1997, III/662.

⁴ Muhammed Murtza ez-Zebîdî, *Tâcu'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, (Thk. Ali Şîrî), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1414/1994, II, 140; İbrahim Mustafa ve Diğerleri, *el-Mu'cemu'l-Vasît*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1986, s. 507.

⁵ Ali Bardakoğlu, "İstishâb", *DİA*, XXIII/376.

⁶ Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs, *Ahkamü'l-Kur'an*, Dâru İhyâi't-Turâs, Beyrut 1985, IV/188,190, 193; Cessâs, *el-Fusûl fî'l-Usûl*, (Thk. Uceyl Câsim en-Nuşemî) Mektebetü'l-İrşâd, İstanbul 1994, II/296,299, 300, 303; III/122; IV/86.

⁷ Debûsî, *Takvîm*, s. 320; Serahsî, *Usûl*, II/221, Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, III/662.

tutumlarıyla tanınan Debûsî⁸ ve Serahsî⁹ gibi Hanefî usulcüler de asli ibaha ve berâet ilkesine dayalı istishâbı kabul ederler. Konu tetkik edilirken ayrıntıda verilen bilgiler incelendiğinde Hanefîler'in istishâba karşı tavırlarının sadece Şafiiler'le ihtilafın cereyan ettiği bazı fûru meselelerine uygulanan istishâb türüyle sınırlı olduğu, asli ibaha ve berâeti de içeren geniş anlamıyla istishâbın ilke olarak onlar tarafından da benimsendiği görülür. Mesela namaz, oruç ve keffâretler gibi ibadet özelliği taşıyan yükümlülüklerden ancak şer'î bir delilin bulunmasıyla söz edilebilmesi; bir kimsede alacağı olduğunu ya da suç işlediğini iddia eden kişiden bir delil ile ispatlaması istenmesi ve yargı hukukunda ispat yükümlülüğünün davacıya ait olması berâet ilkesinin hem kaynağını hem de örneklerini oluşturmaktadır.¹⁰

İstishâb konusunda başlangıçtaki muhalif ya da çekimser tavrın Hanefîler arasında da sonraki dönemlerde hayli kırıldığı, daha da önemlisi, istishâba yönelik itirazların bazı türlerine ve onların fûru-i fıkha uygulanış şekliyle sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Şüphesiz bu gelişmelerde istishâbın, katı lafızcılığın boşluklarını doldurmaya hizmet eden ve müçtehidin nassın bulunmadığı yerde yaşanan olayların akışına göre, bazı prensiplere dayalı olarak, hüküm vermesini kolaylaştıran yönünün etkin rolü vardır.¹¹

Hanefî usulünün ilk müelliflerinden Debûsî, istishâbı "Delilsiz Söz Söylemek" olarak kabul eder ve "Yanılıcı Deliller"¹²; Serahsî, "Mutlak Manada Hücet Olmayan Delillerle İhticac Yolları/Vecihleri"¹³; Pezdevî "Delilsiz İhticac"¹⁴. Alâuddin es-Semerkandî ise "Fasid İstidlal"¹⁵ başlığı altında ele almaktadır.

Debûsî tarafından yapılan ve sonraki Hanefîler tarafından benimsenen terim olarak istishab, "*Geçmişte sabit olan bir hükmün bâki olduğuna dair delilin varlığının bilinmesinden değil de, değişmesini bildiren delilin bilinmemesinden dolayı o hükmün bâki kalmasını ifade eden şeydir*" diye tarif edilir.¹⁶ Yani istishâbu'l-hâl, bekâsı ve zevâline değinilmeyen

⁸ Debûsî, *Takvîm*, s. 320.

⁹ Serahsî, *Usûl*, II/221,

¹⁰ Bardakoğlu, "*İstishab*", 377, 378.

¹¹ Bardakoğlu, "*İstishab*", 378

¹² Debûsî, *Takvîm*, s. 388.

¹³ Serahsî, *Usûl*, II/215.

¹⁴ Pezdevî, *Usûl*, III/611.

¹⁵ Semerkandî, *Mizân*, s. 656.

¹⁶ Debûsî, *Takvîm*, s. 15; Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, III/662; Muhammed b. Ferâmuz Molla Hüsrev (ö. 885/1480), *Mirâtü'l-Usûl Şerhu Mirkâti'l- Vusûl*, (İzmirî Haşiyesi'nin kenarında), Bosnevî Matbaası, İstanbul 1285, II/366; Muhammed İzmirî (ö. 1165/1751), *Hâşiye ale'l-Mirâti'l-Usûl*, Bosnevî Matbaası, İstanbul 1285, II/365.

delilden sabit olan hükümden ibarettir. Bu hükmün bir delil ile ortadan kalkması muhtemel olduğundan, ortadan kalktığına dair delilin gelmesine kadar hükmün sabit olması insanların kafalarını karıştırmaktadır.¹⁷ Bu nedenle Hanefilere göre, istishâbu'l-hâl, bir hükmün ibtidâen konulması için hüccet (delil-i müsbit) olamaz; sadece talep ve bir iddiâyı def için hüccet olur.¹⁸

Hanefilere göre, istishâbı delil-i müsbit olarak kabul etmek tam bir yanılıdır. İstishâbı bu şekilde kabul etmek, sabit olan bir hükme o hükmü ortadan kaldıran delil gelinceye kadar sarılmaktır. Oysa ilk defa bir hükmü ortaya koymakta bu mana yoktur. Mesela istishâb, mefkud (sağ ya da ölü olduğu bilinmeyen) kaybolduğu zaman sağ olduğu bilindiği için önceden olduğu gibi malları üzerindeki mülkiyet hakkının devamı için delildir. Ancak mefkûdun babasından kalan mirasın mülkiyetinin kendisine geçmesi için delil olamaz. Çünkü babası öldüğünde mefkûdun yaşayıp yaşamadığı bilinmemektedir.¹⁹

Diğer taraftan istishâbu'l-hâl, Hanefiler tarafından delilin bilinmemesi sebebiyle mevcut durumu esas almak ve herhangi bir delile dayanmaksızın görüş beyan etmek olarak kabul edilmiştir. Onlara göre, bilgisizlikle ilim sahibi olunamaz. Aksine, bilgisizlik insanı sapkınlığa götürür. Böyle olmasına rağmen istishâb hakka "taklid" ve "ilhâm"dan daha yakındır.²⁰ Ancak bu yargı istishâbın bütün türleri için geçerli olan bir yargı değildir.

İstishâbu'l-hâl'i dörtlü bir taksime tabi tutan Debûsî, bunların ikisini sahih olduğu gerekçesiyle kabul, diğer ikisini ise yanlış olduğu gerekçesiyle reddeder.²¹

B. İstishâbın Türleri

Usul eserleri incelendiğinde farklı sayılarda taksim edildiği ve farklı şekillerde isimlendirildiği görülmektedir. Mesela Hanefilerden Debûsî ve Serahsî istishâbın dört türünden bahsederken, Semerkandî üç tür istishâbdan bahsetmektedir.

¹⁷ Debûsî, *Takvîm*, s. 15

¹⁸ Debûsî, *el-Esrâr fi'l-Usûl ve'l-Furu*, (Thk. Salim Özer), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Kayseri 1997, II, 577, Serahsî, *Usûl*, II/224, Pezdevî, *Usûl*, III/662, Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, III/659,660.

¹⁹ Debûsî, *Takvîm*, s. 401; Serahsî, *Usûl*, II/225.

²⁰ Debûsî, *Takvîm*, s. 400.

²¹ Debûsî, *Takvîm*, s. 400.

Biz dörtlü taksimi esas almakla beraber öncelikle Mâverâünnehir ekolünün temsilcilerinden olarak kabul edilen Semerkandî'nin yaptığı taksime kısaca değinmek istiyoruz.

Semerkandî ilk önce bir hükmün vücûbu, imtinâ'ı, iyi (husun) ve kötü (kubuh) olduğu mücerred akılla bilinen "Aklî hüküm istishâbı" ya da Hz. Peygamber'in hayatında nassla mutlak olarak sabit olup vefatından sonra da baki kalan "sem'î hüküm istishâbı"nı "amel edilmesi vacip olan istishâb" diye isimlendirir.²²

İkinci olarak, mutlak bir delil ile sabit olan hükmün bâkî ya da zâil olduğuna dair bir delil bulunmadığı sürece devam etmesine "amel edilmesi câiz olan istishâb" adını verir. Fukahadan bir kısmının bunu reddettiğini aktardıktan sonra müteahhir fakihlerin, bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması ve müçtehidin kendisi için hüccet/delil; hasmı ilzam etmek ve olmayan bir şeyi isbat etmek/yeni hüküm ortaya koymak için ise hüccet/delil olamayacağını kabul ettiklerini aktarır. Bu tür istishâbın Kitap ve sünnetten delil bulunmaması ve kıyasa muhalif olmaması durumunda hem hasmın ilzamında hem de yeni hükmün isbatında delil olacağını savunur.²³ İlk dönem Hanefiler ile sonraki Hanefiler arasındaki istishâbın delil değeri hakkındaki tartışmanın bu câiz istishâb anlayışından kaynaklandığı söylenebilir. İmam Matüridi dahil Maveraünnehir Hanefileri'nin istishâba daha olumlu yaklaşımı yanında Iraklı ve Horasanlı Hanefî usulcülerin kısmen olumsuz tavrında da bu etkileşimin ya da belli fer'i örnekler üzerinde yoğunlaşan mezhep tartışmalarının payı bulunmalıdır.²⁴

Üçüncü olarak ise Semarkandî, "amel edilmesi câiz olmayan istishâbı" beş alt başlık altında inceler. Bunlar, "Mutezile tarafından benimsenen akla dayalı/mebni şer'î hüklüm istishâbı, hadis ashabından bazılarının aklın hükmün yokluğuna delil olması ve berâet-i zimmet delaletinden hareketle aklın sabit olan hüküm istishâbı, halin değişmesine rağmen icmâ ile sabit olan hüküm istishâbı, sabit hüküm istishâbı ve nâfinin (inkar eden) şer'î delili bilmemesi istishâbı"dır. Semerkandî bu tür istishâb ile amel etmenin câiz olmadığını delilleriyle isbata çalışır.²⁵

Semerkandî'nin istishâb hakkında verdiği bilgilerin bu kadarıyla yetinip Irak Hanefilerinin istishâb taksimini incelemeye çalışacağız.

²² Semerkandî, *Mizân*, s. 658.

²³ Semerkandî, *Mizân*, s. 659-662.

²⁴ Bardakoğlu, *Istishâb*, s. 380.

²⁵ Semerkandî, *Mizân*, s. 662-672.

1. Bir hükmün varlığını, o hükmü ortadan kaldıran bir delilin bulunmaması zaruretinden dolayı, olduğu gibi kabul etmek amacıyla yapılan istishâb

Bu tür istishâbın oluşabilmesi için istishâben varlığı kabul edilen hükmün ortadan kaldırıldığını bildiren bir delilin bulunmamasının, bilgi ifade eden bir hüccet ile bildirilmesi gerekir. Bu da, ya vahyin sahibi (Şârî) tarafından verilen haber vasıtasıyla açıklanmalı ya da duyular ile bilinebilecek bir konu ise, bu hükmü ortadan kaldıran bir şeyin olmadığı hissen sabit olmalıdır.²⁶

Hanefiler bu tür istishâbı sahih olarak kabul ederler. Onlar, bu tür istishâbın sahih olduğunu ve hüccet olabileceğini şu ayetle temellendirmektedirler: *"De ki: "Bana vahyolunan Kur'an'da bir kimsenin yiyecekleri arasında leş, akıtılmış kan, domuz eti -ki o şüphesiz necistir- ya da Allah'tan başkası adına kesilmiş bir (murdar) hayvandan başka, haram kılınmış bir şey bulamıyorum. Fakat istismar etmeksizin ve zaruret ölçüsünü aşmaksızın kim bunlardan yeme zorunda kalırsa yiyebilir." Şüphesiz Rabbin çok bağışlayandır, çok merhametlidir."*²⁷

İbâha-yi asliyye istishâbı" diye de isimlendirilen²⁸ bu istishâb aksine delil bulunmadıkça yani yasaklığı ya da bir kayıtlı kayıtlı olduğuna dair dini bildirim gelmediği sürece eşyadan faydalanmanın ve bir tasarrufta bulunmanın mübah olduğu anlamına gelir.²⁹ Yani din bize haram olduğunu bildirmedikçe her şey mübahdır. Yukarıda ifade edilen ayetler *"Eşyada asıl olan mübahlıktır"* kuralının delili olarak kabul edilmiş ve yeme içme, hayvan, bitki ve eşyadan faydalanmayı yasaklayan ya da sınırlandıran bir delil bulunmadıkça mübah olduğuna hükmolunmuştur.

2. İstishâben varlığı kabul edilen hükmü ortadan kaldıran hüccetin olmaması

Bu tür istishâb müçtehidin gücü nispetinde araştırması sonucunda, hükmün ortadan kalkıp kalkmadığı hakkında delilin bulunmamasını tespit

²⁶ Debûsî, *Takvîm*, s. 400; Serahsî, *Usûl*, II/224.

²⁷ En'âm, 145; "O, yeryüzünde olanların hepsini sizin için yaratan, sonra göğe yönelip onları yedi gök halinde düzenleyendir. O, her şeyi hakkıyla bilendir." (Bakara, 29); "Göklerdeki ve yerdeki her şeyi kendi katından (bir nimet olarak) sizin hizmetinize verendir. Elbette bunda düşünen bir toplum için deliller vardır." (Câsiye, 13)

²⁸ Bardakoğlu, *İstishâb*, 379, Osman Şahin, *İslam Hukuk Metodolojisinde İstishab*, OMÜİFD., Samsun 2001, sayı: 12-13.

²⁹ Bardakoğlu, *İstishâb*, 379.

etmesiyle gerçekleşir. Hanefilere göre, müçtehidin tespiti, istishâbın hükmünü ortadan kaldıran hüccetin var olma ihtimalini yok etmez. O konuda müçtehid tarafından bilinmeyen ancak başkası tarafından bilinen bir hüccet olabilir. Bu nedenle, bu tür istishâb başkasına karşı hüccet olarak ileri sürülemez. Ancak araştırmayı yapanın özür dilemesi ve kendini savunması için geçerli bir yöntem olarak kabul edilir.³⁰

İbn Nuceym'in "*Şek ile yakîn zâil olmaz*"³¹ genel kaidesi kapsamında değerlendirdiği,³² aynı zamanda Mecelle'de zikredilen, kaideler Hanefilerin amel ettikleri istishâb türleriyle doğrudan ilişkilidir. Bu kaidelerin istishâbın kaynağını oluşturduğu dahi söylenebilir. Mesela önceden mevcut olan hükmün devam edeceği "*Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır*"³³ ve "*Bir zamanda sabit olan şeyin hilafına delil olmadıkça bekasıyla hükmolunur.*"³⁴ şeklindeki İslam hukukunun genel kaideleriyle de ifade edilmiştir. Bu kaidelerle bir şey geçmişte ne halde bulunmuş ise şimdiki zamanda da o halde bulunmasının asıl olduğu ifade edilmektedir. Mesela, bir kimsenin evine akan su yolu hakkında eskiden vardı ya da sonradan oldu şeklinde anlaşmazlık söz konusu olup taraflar da sözlerini bir delil ile ispatlayamazlar ise, ihtilaf vaktinden önce suyun suyolundan aktığı malum olduğunda su yolu hakkına (mesîl) sahip olanın sözüne itibar olunur ve olduğu hal üzere kalmasına hükmolunur. Diğer bir örnek ise, borçlu borcunu ödemediğini iddia etse, alacaklıda ödemediğini söylese yani inkar etse, alacaklıya yemim ettirilir ve sözü esas alınarak hüküm verilir.³⁵

Diğer taraftan "*berâet-i zimmet asıldır*"³⁶ kaidesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu maddeyle herkesin borçsuz ve masum olarak doğduğu ifade edilir. Borçlu olması sonradan yapmış olduğu muameleler sebebiyle meydana gelir. Mesela bir kişi bir malı satın aldığı anda o malın mülkiyet hakkını elde ettiği gibi, bedelini satıcıya vermekle de yükümlü olur.³⁷ Yine bu kaideye göre, bir suç ile itham edilen zanlı, suçsuz olduğu ispat edilinceye kadar suçsuz olarak kabul edilir. Bir kimse başkasının malına zarar verse ve

³⁰ Debûsî, *Takvîm*, s. 400, *Serahsî, Usûl*, II/224.

³¹ Mecelle, Madde: 4.

³² Zeynülâbidîn b. İbrahim İbn Nuceym (ö. 970/1562), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir alâ Mezhebi Ebi Hanîf, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye*, Beyrut 1993, s. 56-74

³³ Mecelle, Madde: 5.

³⁴ Mecelle, Madde: 10.

³⁵ Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm (Şerhu'l-Gavâidi'l-Külliyeh)*, İstanbul 1330, s. 43.

³⁶ İbn Nuceym, *Eşbâh*, 59; Mecelle madde 8.

³⁷ Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, s. 47.

bu zararın miktarı ya da bedeli hakkında ihtilaf etseler, zarar gören iddiasını bir delil ile ispatlayamaz ise zarar verenin sözüne itibar edilir.³⁸

3. Herhangi bir araştırma yapmadan hükmün devamını kabul istishâbı

Bir hükmün ortadan kalkıp kalkmadığına dair herhangi bir araştırma ve inceleme yapmaksızın o hükmün varlığının devam ettiğini kabul etmektir. Hanefî usulcüler, bu şekilde yapılan istishâbı hüccet olarak değil, cehalet olarak değerlendirir. Onlara göre, araştırma ve inceleme yapılmadan bilgiye ulaşılamaz. Bilgiye ulaşma imkânının olduğu yerde de özürden bahsedilemez. Meselâ, "dâru'l-harb"de Müslüman olup da İslam ülkesine gelemeyen kişi, dini bilgisizliğinden dolayı mazur kabul edilir. Buna karşılık, İslam ülkesinde Müslüman olan zimmînin dini öğrenme imkânı olduğundan, İslam'ı kabulden sonra terk etmiş olduğu farzların kazasını ifâ etmesi gerekir.³⁹ Yine aynı şekilde kibleyi bilmeyen kişi araştırma yapmadan bir yöne/cihete yönelerek namazını kılsa, kibleye tam olarak yöneldiğini bilmediği için kıldığı namazı yeterli/sahih olmaz. Ancak o kişi araştırma yaptıktan sonra kible olduğuna kanaat getirdiği yöne doğru namazını kılsa hata yapsa dahi namazı yeterli/sahih olur.⁴⁰

4. Yeniden bir hüküm inşa etmek için yapılan istishâb

Hanefî fakihler, istishâbın bu türünü tam bir hata ve dalâlet olarak değerlendirir. Onlara göre, bu tür istishâbı kabul edenler, önceden sabit olan bir hükmün ortadan kalktığına dair delilin gelmesine kadar bâki olduğunu kabul etmiş olurlar. Oysa bir şeyin sadece varlığına tutunmak mümkün değildir. O şeyin bâki olduğunu gösteren bir delil ile bekâsını ispata ihtiyaç vardır. Bir hükmün bekâsını gösteren delilin bulunmaması durumunda ise, o hükmün bâki olduğu ispatlanamaz. Mesela Hanefîler, kayıp kişiye (mefkûd) mirasın intikal etmeyeceği kanaatindedirler. Onlara göre, kayıp kişi aslen hayatta olarak kabul edilir. Bu nedenle öldüğüne dair delil getirilinceye kadar haklarının korunması konusunda yaşıyormuş gibi hüküm vermek gerekir. Dolayısıyla öldüğü ispatlanıncaya kadar mülkiyet hakları da olduğu hal üzere bâki kalır. Ancak babasının mülkiyetindeki malların mülkiyeti mefkûda intikal etmediği için, babası öldüğünde, babasına mirasçı olamaz. Yalnız, yaşadığını

³⁸ Şahin, *İslam Hukuk Metodolojisinde İstishab*, s. 511.

³⁹ Debûsî, *Takvîm*, s. 400.

⁴⁰ Serahsî, *Usûl*, II/225.

ya da öldüğünü ispat eden delil gelinceye kadar mefkûdun mirastan alacağı pay mefkûd hayattaymış gibi bekletilir, mülkiyeti mefkûda intikal ettirilmez.⁴¹

Debûsî'ye göre, bazı Şâfiiler bu konuyu iyice anlayamadıkları için mefkudluk halini mirasçı olmaya hüccet olarak kabul etmişler, mefkûdun hayatta olduğunu var sayarak babasına mirasçı olacağına hükmetmişlerdir. Oysa mefkûdun hayatta olup olmadığı kesin olarak bilinmemektedir. Bu halde, mefkûdluk durumu, mefkûdun kendi haklarının korunması konusunda hüccet olmakla birlikte, kendisinin daha önce elde edemediği bir hak için hüccet olamaz⁴². Diğer bir ifadeyle delilsiz olarak, mefkûdun hayatta olduğu kabul edilemez. Mefkûdluk durumu kendisinin sabit olan haklarını korumak için hüccettir, yoksa yeni haklar elde etmesi için hüccet olamaz. Ancak, delilin olmadığı yerlerde, zaruret halinde, istishâbu'l-hâl ile amel etmek zorunludur.⁴³

SONUÇ

İlk dönem Hanefî fakihleri arasında kavram olarak tanımı yapılmayan istishâb İslam hukukunun genel prensipleri kapsamında değerlendirilmiş, daha sonraki dönemlerde "geçmişte sabit olan bir hükmün ortadan kaldırıldığına ya da değiştirildiğine dair delilin bilinmemesi sebebiyle mevcut halde de geçerli olması" şeklinde tanımlanmıştır.

İstishâb hakkında İslam hukukçuları farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Cumhura gere istishâb, hem "delîl-i müsbî" hem de "delîl-i def" olarak kabul edilmiştir. Hanefî mezhebi içerisinde ise, fâsid deliller arasında sayılmış, delil değeri hakkında görüş birliği tam olarak sağlanamamıştır. Irak geleneğine mensup Hanefiler istishâbın bir hükmün iptidâen konulması için hüccet (delil-i müsbî) olamayacağını; sadece talep ve bir iddiâyı def için hüccet olacağını kabul ederken; Mâverâünnehîr geleneğini takip eden Hanefiler Kur'ân ve Sünnet'ten daha zayıf bir delil olduğunu savunmuşlardır.

İstishâb Hanefiler arasında fâsid deliller arasında sayılsa da onlar, "şek ile yakîn zail olmaz", "bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır" ve "eşyada asıl olan mübahlıktır" gibi genel kaidelerden hareketle geçmişte verilen hükümlerin devam ettiğini kabul etmişlerdir.

⁴¹ Debûsî, *Takvîm*, s. 401, Serahsî, *Usûl*, II/225.

⁴² Debûsî, *Takvîm*, s. 401, Serahsî, *Usûl*, II/225.

⁴³ Debûsî, *Takvîm*, s. 269, Serahsî, *Usûl*, II/225.

Sonuç olarak, istishâb İslam hukukunun birçok alanında kullanılmıştır. Hüküm verirken fukahanın hareket alanını genişletmiş ve karşılaştıkları problemleri süratli ve kolayca çözüme kavuşturmalarını sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm (Şerhu'l-Gavâidi'l-Külliyeh)*, İstanbul 1330.
- Bardakoğlu, Ali, "İstishâb", *DİA*. (376-381).
- Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, Hikmet yayınları, İstanbul 1990.
- Buhârî, Alâuddîn Abdulazîz b. Ahmed (ö. 730/1330), *Keşfü'l-Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, Dâru'l-Kütübi'l-Arabî, Beyrut 1997.
- Cessâs, Ahmed b. Ali er-Râzî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Dâru İhyâi't-Turâs, Beyrut 1985.
-, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, (Thk. Uceyl Câsim en-Nuşemî) Mektebetü'l-İrşâd, İstanbul 1994.
- Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah (Ubeydullah) b. Ömer b İsâ, *Takvîmu'l-Edille fi'l-Usûli'l-fikh*, (Tah. Halil Muhyiddin el-Meys), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2001.
-, *el-Esrâr fi'l-Usûl ve'l-Furu*, (Thk. Salim Özer), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi) Kayseri 1997.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (ö: 505/1111), *Kitâbü'l-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl*, Matbaatu'l-Emiriyye, Bulak 1322.
- İbn Nuceym, Zeynü'lâbidîn b. İbrahim (ö. 970/1562), *el-Eşbâh ve'n-Nezâir alâ Mezhebi Ebî Hanîf*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1993.
- İbrahim Mustafa ve Diğerleri, *el-Mu'cemu'l-Vasît*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1986.
- İzmirî, Muhammed (ö. 1165/1751), *Hâşiye ale'l-Mirâti'l-Usûl*, Bosnevî Matbaası, İstanbul 1285.
- Mahallî, Celâluddin Muhammed b. Ahmed, *Şerhu Cemi'l Cevâmî*, (Bennânî Hâşiyesi ile beraber), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1995.
- Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz (ö. 885/1480), *Mirâti'l-Usûl Şerhu Mirkâti'l-Vusûl*, (İzmirî Hâşiyesi'nin kenarında), Bosnevî Matbaası, İstanbul 1285.
- Pezdevî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Hüseyin, *Kenzü'l-Vusûl ilâ Marifeti'l-Usûl*, (Keşfu'l-Esrâr ile beraber), Dâru'l-Kutubi'l-Arabî, Beyrut 1997.
- Semerkindî, Alâuddin Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (ö: 539/1145), *Mîzânu'l-Usûl fi Netâici'l-Ukûl*, (Tah. Muhammed Zeki Abdilber), İhyâu't-Turâsi'l-İslâmî, Katar 1984.

Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed (ö. 483/1090), *Usûlü's-Serahsî*, (Thk. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî), Kahraman Yayınları, İstanbul 1984.

Şahin, Osman, "İslam Hukuk Metodolojisinde İstishâb", *OMÜİFD.*, Samsun 2001. (489-516)

Zebîdî, Muhammed Murtza, *Tâcu'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, (Thk. Ali Şîrî), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1414/1994.