

İSLAM HUKUKUNDA İSTİSHÂB DELİLİ

VE

UYGULAMADAKİ YERİ

Mustafa KELEBEK*

GİRİŞ:

Kur'an, insanın medeni yapısını ve onun sosyal bir varlık olduğunu açıklar.¹ Bu nedendir ki, İslam, insanı, bütün samimiyeti ile bu fitri yapısını sürdürmeye çağırır.² Çünkü hukuk sistemleri insanın bu yapısı üzerine düzenlenir.

Hukuk, sosyal hayatı düzenleyen normatif kurallar bütünü olarak ifade edilmektedir. Çünkü insan hayatı sosyal özellik arzeder. Sosyal hayat şartlarını düzenleyen kurallara duyulan ihtiyaç kaçınılmaz bir gerçektir. Nitekim, büyük sosyolog İbn Haldun (808/1406), sosyal hayatın insan için bir zorunluluk olduğunu belirtir, filozofların insanın yapısında "medeni " bir özelliğin bulunduğuna ilişkin ortaya koydukları değerlendirmelerine yer verir.³

Hukuk, medeni varlık olan insanın yaşamak zorunda olduğu sosyal şartları düzenlerken, bireyler arasındaki asgari müşterekleri sağlayan ilkeleri belirler, toplum içi ve toplumlararası uzlaşmaya zemin hazırlar. İslam hukuku araştırmacıları, bu bağlamda İslam hukukunun, insan fitratına en uygun ve mükemmel bir hukuki statüyü öngördüğünü söylemekte,⁴ hergün yenilenme istidadında olan insan hayatının bütün ihtiyaçlarına cevap verebilecek özellikleri taşıdığını belirtmektedirler.⁵

İslam hukukçuları, İslam hukuk metodolojisinin tarihi süreci içinde yaşadıkları çağın en ileri hukuk ilkelerini ortaya koymak için çaba harcamışlar, Kitap ve Sünnetin kesin ve açık hükümlerine bakarak ortaya çıkan yeni olayları çözüme kavuşturmuşlardır. Bu çalışmada, önce İslam hukukunda "şer'î deliller" üzerine genel bir değerlendirme yapılacak, sonra da, "fer'î delil" çeşitlerinden **İstishâb** delili ve bu yolla yapılan istidlâl şekilleri açıklanmaya çalışılacaktır.

İstishâb delili, hakkında nass bulunmayan hükümlere ilişkin hukuk kaynaklarından birisi olduğundan, rey ve aklî yorum ilkelerinin daha yoğun kullanıldığı ictehadî çalışmalara dayanmaktadır. Bu itibarla, imkanlar ölçüsünde kaynaklara dayanarak, önce ictehadî çalışmalarda rey ve aklın önemi vurgulanmaya ve bu yolla yapılan istidlâlin sınırları belirlenmeye , sonra da, istishâb delili ortaya konulmaya çalışılacaktır

* C.Ü. İlahiyat Fakültesi Temel İslam Bilimleri Bölümü Öğretim Görevlisi.

¹ 30/Rum,30; 95/Tin, 4; 6/En'am, 38.

² 2/Bakara, 208; 5/Maide, 3; 17/İsra, 9; 49/Hucurat, 13.

³ İBN HALDUN, Ebu Zeyd Abdurrahman b. Muhammed, Mukaddime, I-III, (çev. Zakir Kadiri UGAN), MEB Basımevi, İstanbul, 1968, I, 100; ZEYDAN, Abdülkerim, el-Medhal Li Diraseti's-Şer'iati'l-İslamiyye, Mektebetu'l-Kuds-Muessesetu'r-Risale, Bağdat, 1969, s. 4.

⁴ Zeydan, a.g.e., s.4-9.

⁵ HALLAF, Abdülvehhab (1375/1956), Mesadiru't-Teşri'il-İslami Fima La Nassa Leh, Daru'l-Kalem, Kuveyt, (ts), s. 155; Zeydan, a.g.e., s. 66-69; HANBELİ, Şakir, Usulü'l-Fıkhî'l-İslami, Matbaatu'l-Camiati's-Suriyye, 1948 (yy), s. 16.

I. HAKKINDA NASS BULUNMAYAN ŞER'İ HÜKÜMLERİN KAYNAKLARI VE İSTİSHÂB DELİLİ

A. ŞER'İ HÜKÜMLERİN KAYNAKLARI (DELİLLERİ)

Hüküm, sözlükte ilim, fıkıh, yönetim, yargı, bir şeyi diğer bir şeye dayandırmak ... gibi anlamlara gelir.⁶

Şer'i hüküm, bir fiilin yapılp yapılmaması hususundaki gerekli sebep ve şartların oluşmasına göre mükellefe yükümlülük getiren normatif bir kuralı ifade eder.⁷ Buna göre mükellef, bir kural karşısında, -o kuralın gereğine uyması ile ilgili sebep ve şartlar oluştuğunda- aksine hareket edemeyecektir.

Örneğin, "akitler(in gereğini) yerine getiriniz" ⁸ ayeti normatif bir kuralı ortaya koyan bir nasıdır. Bu nassın gereği olan şer'î hüküm, akitlerin gereğine bağlı kalınmasıdır. Her mükellef bu hükmün potansiyel muhatabıdır. Kim bir akit yaparsa gerekli sebep ve şartlar oluştuğu için bu ayet ile sabit olan şer'î hüküm ile fiilen muhatap olur.

Bu örnekte ele aldığımız "akitlerin gereğini yerine getirme" hükmünün delili, ilgili ayettir. O halde anlamı delaleti açık olan bütün ayetler, şer'î hükümlerin ana kaynağı birinci derecede delilidir.

Delil kelimesi sözlükte, bir şeye delalet eden, bir şeye götüren, ileten, vasıl eden, yol gösteren, tanıtan şey anlamlarına gelir.⁹

Terim olarak anlamına gelince, İslam Hukuk Metodolojisi bilginleri şer'î delili, şer'î hükmü bildiren lafız ve ibare olarak ifade etmektedirler. Şer'i hükümlerin delillerine "el-Edilletu's-Şer'iyye", "Edilletu'l-Ahkâm", "Usulu'l-Ahkâm", "Masadıru's-Şeria", "Masadıru'l-Ahkâm" gibi adlar da verilir. Bu tabirler "delil" kelimesiyle aynı anlamda kullanılır.¹⁰

İslam Hukuk Usulü Bilginleri, şer'î hükümlerin delillerini iki kısma ayırırlar. Bunlardan birinci derecede olan delillere "Aslı deliller", ikinci derecede olan delillere ise "Fer'î deliller" veya "Tebeî deliller" adını verirler.¹¹

⁶ İBN MANZUR, Ebu'l-Fadl Cemalüddin Muhammed b. Mükrim, Lisani'l-Arab, I-XV, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabiy-Daru Sadır, Beyrut, (ts), XII, 140-141; BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuku İslamiyye Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1967, I, 215.

⁷ ŞA'BAN, Zekiyyuddin, Usulü'l-Fıkhi'l-İslami, Menşuratu Camiati Karyunus, Bingazi, 1995, s. 217-222; Şafiiler bizzat nassı (hitab-ı ilahiye, hadisin metnini) "hüküm" kabul ederler. Hanefiler ise hitabın eseri olan haram veya helale "hüküm" derler. "Şu işi yapınız" emrinin eseri farz bir hükümdür. "Şu işi yapmayınız" nehyinn eseri de haramlığı bildiren bir hükümdür. Şafiiler, işte bizzat bu, "yapınız"- "yapmayınız" hitaplarını hüküm kabul ederler. Bkz. Bilmen, a.g.e., I, 215.

⁸ 5/Maide, 1.

⁹ İbn Manzur, XI, 248-249.

¹⁰ Hallaf, İlmü Usulü'l-fıkıh, Daru'l-Kalem, Kuveyt, 1970, s. 20; Zeydan, el-Veciz fi Usulü'l-Fıkıh, Dersaadet, (ts), s. 147.

¹¹ el-Hanbeli, s. 40; Şa'ban, s. 27-28.

"Asli delil" tabirini yalnız Kitap ve Sünnet için kullananlar olduğu gibi,¹² "delil" tabirini yalnız asli deliller için kullanıp, fer'î delil için "emare" deyimini kullananlar da olmuştur.¹³

İbn Hazm (456/1064) nass ve icma ile sabit olan hükümlerin dışındaki delil aramalara istidlâl deyimini kullanıldığını,¹⁴ Şevkânî (1250/1834) ise, nass, icma ve kıyas yoluyla hükmü belirlenen hadiselerin dışında kalan eşya için ortaya konulan icthadi çalışmalara istidlâl adı verildiğini belirtir.¹⁵

Amidî (631/1233)'nin belirttiği üzere, istidlâl tabiri bir şer'î hükmün delilini ortaya koymak ve açıklamak anlamında kullanılmaktadır.¹⁶

1. Aslî Deliller

Aslî deliller, üzerinde ittifak edilen delillerdir.¹⁷ "Edille-i Erbaa" adıyla da anılan aslî deliller şunlardır:¹⁸

- a. Kitap
- b. Sünnet
- c. İcma
- d. Kıyas delilleri.

Ahzab Suresinin 36. Ayeti, Allah ve Rasulünün koyduğu hükümlere muhalif hiç bir hüküm verilemeyeceğini bildirir. Bu nedenle, bu durum, İslamî bilimlerin tedvininde daha ilk asırlardan itibaren korunagelmıştır. Nitekim, İmam Evzai (157/775)'nin rivayetine göre Halife Ömer b. Abdulaziz (101/720) yayınladığı bir genelgesinde, Kitap ile sabit olan bir konuda hiç bir kimsenin aksine bir görüş ileri süremeyeceğini, rey ile hüküm vermenin ancak Kitap ve Sünnet'te bir nass bulunmadığı zaman mümkün olacağını açıklamıştır.¹⁹

Şer'î hükümlerdeki tedvin hareketini başlatan Ömer b. Abdulaziz'in bu genelgesinden de anlaşılacağı üzere, şer'î deliller denince ilk akla gelen kaynakların Kitap, Sünnet sonra da Kitap ve Sünnet'e dayalı gelişen İcma ve Kıyas olduğu görülür. Hazreti Ebu Bekir (13/635) hilafeti döneminde, bir konuda hüküm verirken önce Kitap'a sonra Sünnet'e bakar, delil ifade eden bir nass bulamaz ise çevresine danışır ve bir karara varırdı. Hz. Ömer (35/656) ünlü kadı Kâdî Şüreyh (78/694)'e yazdığı meşhur

¹² Zeydan, el-Medhal. s. 184-195.

¹³ Hallaf, Usül, s. 20-21.

¹⁴ İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, el-İhkam fi Usuli'l-Ahkam, I-VIII, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts), II, 100-102.

¹⁵ eş-ŞEVKANİ, Muhammed b. Ali, İrşadu'l-Fuhul (thk. Dr. Şa'ban Muhammed İsmail), I-II, Daru'l-Kütüb, Kahire, 1992, II, 245.

¹⁶ el-AMİDİ, Seyfuddin, Ebu'l-Hasen Ali, el-Ahkam fi Usuli'l-İhkam, I-IV, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts), IV, 361; Hallaf, Usül, s. 79-94; HİTO, Muhammed Hasen, el-Veciz fi Usuli't-Teşrii'l-İslamiy, Muessesetu'l-Risale, Beyrut, 1984, s. 120.

¹⁷ el-İSNEVİ, Cemalüddin Abdurrahim, Nihayetu's-Sul fi Şerhi Minhaci'l-Usul (fi şerhi Minhacu'l-Vusul fi İlmî'l-Usul li'l-Kadi el-Beydavi) Mea Şerhi'l-Bedahşi, I-III, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts), III, 161; Şa'ban, s. 27-28; Hito, s. 439; FEYDULLAH, Muhammed Fevzi, el-İctihadu fi's-Şeriatî'l-İslamiyye, Mektebetu Dari't-Türas, Kuveyt, 1983, s. 41-42.

¹⁸ el-İsnevi, III, 173; İBN MELEK, İzzeddin Abdullatif b. Abdilaziz, Şerhu'l-Menar fi Usuli'l-Fıkh, Salah Bilici Kitabevi, İstanbul, 1965, s. 5; Bilmen, İstilahat-ı Fıkhıyye, I, 302.

¹⁹ ed-DEHLEVİ, Şah Veliyyullah, el-İnsaf fi Beyanı Esbabî'l-İhtilaf (thk. Abdulfettah Ebu Ğudde), Daru'n-Nefais, Beyrut, 1978, s. 52.

mektubunda²⁰ bir hükme varırken delilini önce Kitap'ta sonra Sünnet'te sonra ehil kişilerin ittifak ettiği bir görüşte aramasını sonra da kendi görüşü ile karar vermesini söylemektedir.²¹

2. Fer'î Deliller:

Zannî delil diye de anılan fer'î delil tabiri İslam Hukukçuları tarafından üzerinde ittifak sağlanamayan deliller için kullanılmaktadır. Hatta bu delillere "emare" adını verenler de olmuştur.²² Çünkü fer'î delil deyimi, hakkında nass bulunmayan hadiselerin hükümlerini belirlemede kullanılan tabirdir. Bir şer'î hükmün delili nass ile sabit değilse icthad yoluyla belirlenir.

İctihad, fakihin (konuya ehil olan İslam Hukukçusunun) bir şer'î hükmün delilini ortaya koymak için gösterdiği yoğun gayret ve çabayı ifade eder.²³ Fakih (müctehid) icthadını kıyas yoluyla veya nassların ruhuna uygun düşen bir icthad ile gerçekleştirir.²⁴ Aynı asırdaki fakihlerin bir şer'î hüküm üzerindeki icthadi ittifakları ise icmaı meydana getirir.²⁵

İcma, Kitap ve Sünnet'e dayanır, yani Kitap ve Sünnet'teki bir hükmün delili ile üzerinde icmaya varılan hükmün aynı illete sahip olmaları gerekir. Kıyas ise, Kitap, Sünnet ve icmayı esas alır. Bu üç delilden birisindeki ortak illet, kıyas için gereklidir. Yani Kitap, Sünnet ve İcma delilleri kıyas için gerekli ilk üç delildir.²⁶ Bunun içindir ki fer'î deliller ile istidlâl edebilmek için Kitap, Sünnet, icma ve kıyas delillerinde bir hüküm bulunmaması gerekir.

Fer'î delil kavramının daha iyi anlaşılması için, kaynakları itibariyle şer'î hükümlerin çeşitleri, hükmü icthad yoluyla belirlenen hadiselerin çeşitleri, rey ile icthad ve akılla istidlâlde bulunmanın ele alınıp değerlendirilmesi faydalı olabilir.

B. KAYNAKLARI İTİBARIYLA ŞER'İ HÜKÜMLERİN SIRALAMASI

Mükellefi bir fiili yapmaya ya da terke mecbur kılan şer'î hükümlerin delilleri hep aynı çeşit ve derecede değildir. Bazen bir şer'î hükmün delili ayet ile, bazen de hadis ile sabit olur. Yani nass ile sabit olur. Nassın delaleti bazen kat'î (sarih) bazen de zanni olur. Bu kat'îlik ya da zannilik nassın sübutunda (vahiy olarak bize ulaşmasında ve rivayetinde) olabileceği gibi, anlamya delaletinde de olabilir. Ancak,

²⁰ ATAR, Fahreddin, İslam Adliye Teşkilatı, DİB Yayınları, İstanbul, 1972, s. 63-64.

²¹ es-SERAHSİ, Ebu Berk Muhammed b. Ahmed, el-Mebcut, I-XXX, Çağrı Yayınları, İstanbul 1983, XVI, 65-67; ed-Dehlevi, s. 51; Atar, Adliye, s. 63-64.

²² Bilmen, İstilahat-ı Fıkhiyye, I, 195, 302; Hallaf, Usül, s. 20-21; Şa'ban, s. 27-28.

²³ Hallaf, Usül, s. 216; Zeydan, Usül, s. 401; Şa'ban, s. 407.

²⁴ eş-ŞAFİİ, Muhammed b. İdris, er-Risale (thk. Ahmed Muhammed Şakir), el-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, (ts), s. 477, §: 1326; Hallaf, Usül, s. 52; Şa'ban, s. 113; Bilindiği üzere, hükmü kat'î nass ile sabit olmayan olaylarda İCTHAD kaçınılmaz bir istidlâl şeklidir. İctihad ise bazen şura ile, bazen kıyas yoluyla (hakkında nass bulunan bir olayın hükmünü aralarındaki ortak illet nedeniyle yeni olay için de geçerli saymak yoluyla), bazen icma, bazen de kitap ve sünnetle sabit olan hükümdeki illeti aynen tatbiki imkan bulunamadığından rey ve aklî yorum yollarından biriyle yapılabilir. Bu sonuncu şekilde, ancak, nassların genel ruhuna bağlı kalmak şartıyla yürütülen rey ile icthad geçerli bir icthad şeklidir. (bkz. Feydullah, s. 14, 47 vd.).

²⁵ es-Serahsi, Usulü's-Serahsi, I-II, Daru Kahraman, İstanbul, 1984, I, 303; el-GAZALİ, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, el-Mustasfa Min İlmi'l-Usül, Mea Kitabi Fevatihi'r-Rahamut bi şerhi Musellemi's-Sübut fi Usuli'l-Fıkh li Muhibbillah b. Abdışşekur (ta'lik: eş-Şeyh İbrahim Muhammed Ramadan), I-IV, Daru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, Beyrut, 1994, I, 505; Hallaf, Usül, s. 45; el-Hanbeli, s. 271; Şa'ban, s. 87-88.

²⁶ eş-Şafii, §: 1468.

ayetlerde bir istisnai durum vardır: Ayetlerin sübutunda asla zannilik olmaz. Ayetler için zannilik sadece anlamı delaletinde olur. Hadislerde ise kat'ilik ve zannilik durumlarının bütün şekilleri mevcuttur.

Bu açıdan şer'î hükümler aşağıdaki şekilde değerlendirilebilir.

1. Sübutu ve Manaya Delaleti Kat'i Olan Bir Nass İle Sabit Olan Hükümler: Böyle bir delil ile sabit olan hükümler bütün müslümanları bağlayıcıdır. Bu hükümlere muhalif davranmak ya da bu hükümlere muhalif kanunlar oluşturmak mümkün değildir. Namaz, oruç, zekat, hacc, akitlerin gereğinin yerine getirmek, alışverişte rıza şartı... gibi hususlar kat'i nass ile sabit hükümlerdir.

Manaya delaleti kat'i olan Kur'an ayetleriyle mütevatir sünnetin ifade ettiği bütün hükümler böyledir. İmam Şâfiî (204/820) de Risale'sinde bu gerçeği vurgulamaktadır.²⁷ Gazâlî de sem'î hükümler, yani, nass ile sabit hükümlerde akıl yoluyla yapılan yorumlara baş vurulmasının caiz olmadığını belirtir.²⁸

Serahsî (483/1091), hakkında Kitap'tan bir nass bulunan konuda kıyas ve rey ile icthad yoluna gidilemeyeceğini, bu nassın beyanı ibaresiyle, işaretiyle, delaletiyle ve iktizaen sabit olsa bile durumun değişmeyeceğini ayetin zahiri delaletinin yeterli olacağını açıklar.²⁹

2. Manaya Delaleti Zannî Olan Bir Nass İle Sabit Olan Hükümler: Bu hükümler üzerinde, müctehitler icthatta bulunabilirler. Bir şartla ki, hiç bir müctehit nassın ifade ettiği genel anlamın sınırları dışına çıkamaz. Nassın sınırları içinde kalmak şartıyla bir hükme varılabilir. Varılan bu hükümler arasında küçük farklılıklar bulunabilir. Genel özelliği aynı olmakla beraber kısmen farklılıkların bulunması o icthadın delil olarak alınmasına engel değildir.³⁰

Aşağıdaki örnekler konuyu aydınlatacaktır.

a. Abdest ayetindeki "Başlarınızı meshediniz" emri abdest alırken başı meshetmenin farz oluşunu ifade eder. Bu hükme muhalif bir icthad zaten yapılamaz. Ancak başın ne kadarının mesh edileceği ayette sarih olarak geçmiyor.

Hanefiler, başın dörtte birini meshetmenin farzı yerine getirmek için yeterli olduğu icthadını kabul ediyorlar.³¹ Çünkü ayette geçen **bâ** harfinin "ilsak" için olduğunu bunun ise başın bir bölümüne (1/4'ine) meshetmeyi ifade ettiğini kabul ediyor ve bu icthadla amel ediyorlar.³²

Şâfiîler başı mesihde mutlak mesih yolunu tercih ediyor, dörtte birden az da olsa başın bir cüzünün meshedilmesi ile mesh farzasının yerine geleceği icthadında bulunuyorlar.³³ Bu icthadlarına gerekçe olarak da ayette geçen **bâ** harfinin "teb'iyd=ba'zıyyet" için olduğu kanatine varıyorlar.³⁴

²⁷ eş-Şafii, §: 58; eş-ŞATIBÎ, Ebu İshak İbrahim b. Musa, el-Muvakat fi Usulî's-Şeria, I-IV, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts), I, 24; İbn Melek, s. 6; eş-Şevkani, II, 332; Bilmen, Muvazzah İlm-i Kelam, Bilmen Yayınları, İstanbul, 1972, s. 36-37; Hallaf, Mesadır, s. 11; Hito, s. 507.

²⁸ Gazâlî, I, 585.

²⁹ Es-Serahsi, Usül, I, 236-254.

³⁰ İBN KAYYİM el-Cevziyye, Ebu Abdillah Şemsuddin, İ'lamu'l-Muvakkıyn (thk. Isamuddin es-Sıbatı), I-IV, Daru'l-Hadis, Kahire, 1993, I, 67-87; eş-Şevkani, II, 333-339; Hallaf, Mesadır, s. 11.

³¹ el-CEZİRİ, Abdurrahman, el-Fıkhü ala Mezahibi'l-Erbea, I-V, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabiyy, Beyrut, 1986, II, s. 56.

³² es-Serahsi, Usül, I, 228-229.

Mâlikîler başın tamamını meshetmenin farz olduğunu söylemektedirler. Ayette mesh farziyetinin bu yolla yerine getirileceği ictihadında bulunmaktadırlar.³⁵ Ayetteki **bâ** harfinin "tekit" anlamına gelen bir silâ harfi olduğunu kabul etmişler, "meshediniz" emrini 'başınızın tamamını meshediniz' şeklinde anlamışlardır.³⁶

Hanbelîler ise başın tamamının meshedilmesi gerektiği, hatta buna, kulakları meshetmenin de dahil olduğu kanaatine varmışlardır.³⁷

b. Eti yenen bir hayvanın kesilmesinin meşruyeti ve şeklini bildiren ayetler "*Üzerine Allah'ın adı anılmayan hayvanların etinden yemeyiniz*",³⁸ "*Allah size ... Allah'tan başkası adına kesilenleri kesin olarak haram kıldı...*"³⁹ şeklindedir.

Hanefîler, Hanbelîler ve Mâlikîler bu emrin gerek kurbanlık hayvan olsun, gerekse normal kesim olsun bütün hayvanların kesimlerinde Allah'ın adını zikretmenin (tesmiyenin) farz olduğu, Allah'tan başkası adına kesmenin ise haram olduğu ve böyle bir hayvanın etinin de haram olacağına delil olduğu hususunda ittifak etmişlerdir. Eğer müslüman bir kimse bilerek (amden) tesmiyede bulunmazsa, kestiği hayvanın eti yenmez. Şayet unutarak kesmiş ise, kesim caizdir.

Şâfiîler ise başka bir ictihatta bulunuyorlar. Tesmiye emri ile ilgili ayetin vücut ifade etmediğini, bir tavsiye niteliği taşıdığını, kurban olmayan hayvanların kesiminde tesmiyenin (besmele çekmenin) ister ameden olsun, ister unutarak (sehven) olsun kesime bir hâle getirmeyeceği, sadece kurbanlık hayvan ameden tesmiyesiz kesilirse bunun caiz olmakla beraber mekruh olacağı kanaatine varmışlardır. Şâfiîlere göre" bir hayvan ameden başkası adına kesilirse bu bir çeşit put için olur, tağüt adına kesilmiş sayılır. Haram olan kesim şekli budur, ayet bunu ifade eder."⁴⁰

c. Alış verişte bulunan tarafların akit meclisinde iken akdi feshetme muhayyerliğinin bulunup bulunmaması ile ilgili icihadlar da bu kısma - hakkında nass olduğu halde, nassın delaletinin zanni oluşu nedeniyle ictihada mesâğ olacağına ait kısma- örnek olarak alınabilir.

Hz. Peygamber İbn Ömer'den rivayet edilen hadisinde:

"Satıcı ile alıcı birbirlerinden ayrılmadıkça (akdi tamamlama veya feshetme hususunda) muhayyerlik hakkına sahiptirler." buyurur.⁴¹

Şâfiîler bu delili kat'i bir nass kabul ediyorlar. Rivayeti manaya delaleti yönünde bir kritik yapmıyorlar. Her alış veriş işleminde alıcı ile satıcının muhayyerlik hakkının kullanılması gerektiğini, muhayyerlik hakkının, taraflar birbirlerinden fiilen ayrılıncaya kadar devam ettiğini belirtiyorlar. Hatta, Şâfiîler, taraflardan birisi, akit meclisi, yani,

³³ el-Ceziri, II, 60-61.

³⁴ eş-Şafii, §: 221, 453; es-Serahsi, Usûl, I, 228.

³⁵ el-Ceziri, II, 58.

³⁶ es-Serahsi, Usûl, I, 228.

³⁷ el-Ceziri, II, 61.

³⁸ 6/En'am, 121.

³⁹ 2/Bakara, 173.

⁴⁰ el-Ceziri, II, 722.

⁴¹ Buhari, Büyü', 19, 22, 42, 43, 44, 46, 47; Müslim, Büyü', 43, 46, 47; Ebu Davud, Büyü', 51; Tirmizi, Büyü', 26; İbn Mace, Ticarat, 17; el-Muvata', Büyü', 79.

alım satım akdinin yapıldığı yerde muhayyerlik sürecini kaldıran bir şart ileri sürse, bu şartın akdi batıl kılacağına bile ileri sürmüşlerdir.⁴²

Hanbeliler de Şâfîiler gibi alım satım aktinde tarafların muhayyerlik hakkına sahip olduklarını kabul etmektedirler. Hatta bu hak - akit meclisini terketmemek şartıyla- aktin tamamlanmasından sonra bile ileri sürülebilecektir. Hanbelîlerin, Şâfîilerden ayrıldıkları en önemli husus, taraflardan biri muhayyerlik hakkını kaldırmayı şart koşarsa bunun geçerli olacağı hususudur. Çünkü böyle bir şart, Hanbelîlere göre akdin sıhhatine zarar vermez.

Hanefîlere gelince onlar bu konuda, tamamen farklı ve ayrı bir yol izlemektedirler. Hanefîlere göre bu hadisin delaleti, akit meclisinde taraflara muhayyerlik mecburiyeti gibi bir vecibe yüklememektir. Dolayısıyla taraflar akit meclisinden ister ayrılınsınlar, isterse aynı mecliste oturmakta olsunlar, alışveriş, icap ve kabulden hemen sonra tamamlanır. Taraflardan birisinin ileri süreceği bir şart, ancak, akit anında aktin bir vasfı olarak caizdir. ve aktin sıhhatine zarar vermez.⁴³

Serahsî, bu hadisdeki amir hükmün kavlen ayrılmayı da ifade ettiğini bu ayrılığın ise icap ve kabul ile gerçekleşeceğini belirtmektedir. Hadisin anlamı hem bedenen ayrılmaya, hem de kavlen ayrılmaya muhtemeldir. Bu durumda hadis "müşterek lafız" hükmünde olur. Bu nedenle Ebu Hanife, muhayyerlik hakkının akdin temel şartı olmadığını, caiz olduğunu ve üç gün ile sınırlı olduğunu, diğer rivayetlerden istidlâl ederek söylemektedir.⁴⁴

Bu örneklere bakıldığında delaleti zanni olan bir nass üzerindeki icthatlar ve farklı yorumlar görülecektir. Ancak bu icthat ve yorum farklılıklarından hiçbirisi nassın genel çerçevesinin dışına taşmamaktadır.⁴⁵

3. Hakkında Kat'î ya da Zannî Bir Nass Olmayan Ama İcma İle Sabit Olan Hükümler: Nineleri mirasçı kabul edip altıda bir hisse verilmesine dair kural,⁴⁶ ölünün oğlu varsa oğul oğlunun mirastan düşürülmesine dair hüküm ile müslüman bir kadının gayrı müslim bir erkekle evlenemeyeceğine dair hüküm icma ile sabittir. İcma ile sabit olan konularda ise icthat yoluna gidilemez.⁴⁷

4. Hakkında Kat'î ya da Zannî Bir Nass Bulunmadığı Gibi İcma da Olmayan Hükümler: Bu hükümler, müctehidlerin icthad yoluyla ortaya koydukları hükümlerdir. Bir hadisenin hükmünde bazen bir kaç müctehid birleştiği halde bazen her müctehid ayrı ayrı mustakil karara varabilir.⁴⁸ İctihad yoluyla yapılan istidlâl şekilleri, şura icthadı, icma, kıyas ve rey ile icthad gibi kısımlara ayrılabilir.⁴⁹

C. İCTİHAD REY KİYAS KAVRAMLARI VE AKLIN HÜKÜM

⁴² el-Ceziri, II, 170-172.

⁴³ el-Ceziri, II, 173.

⁴⁴ es-Serahsi, Usûl, II, 7; el-Mebcut, XIII, 40-41.

⁴⁵ PAK, Zekerîya, Kur'an'da Kulluk(basılmamış doktora tezi), Marmara Üniv. Sosyal Bil. Enst., İstanbul, 1998, s.258.

⁴⁶ eş-Şafii, §: 1786.

⁴⁷ Hallaf, Mesadır, s. 12.

⁴⁸ İbn Kayyim, I, 77; Hallaf, Mesadır, s. 12-13.

⁴⁹ Hallaf, Usûl, s. 22; Feydullah, s. 14, 47 vd.

ÇIKARMADAKİ ROLÜ

İslam Hukuku Metodolojisinde **rey** kelimesi terim olarak bir hukuki mütalaayı, **kıyas** ise benzetme yoluyla yapılan bir hukuki muhakemeyi ifade eder. Mütেকaddimin ve mütעהhirinden olan usülcüler icthad, kıyas ve rey terimlerini genelde eşanlamlı olarak kullanırlar. Bu terimleri kısmen farklı anlamlarda kullananlar da olmuştur. Şevkânî'ye göre rey kelimesi icthad teriminden daha kapsamlıdır. İctihad ile rey arasındaki belirgin farkı şöyle açıklayabiliriz, **ictihad**, bir nassı anlamaya yönelik çabaları, **rey** ise, şariin itibar ettiği emarelere bağlı kalarak yapılan istidlal şeklini ifade eder.⁵⁰

Bilindiği gibi hükmü kat'i nass ile sabit olan olaylar üzerinde icthad yoluyla istidlâlde bulunulamaz. İnsanlara düşen, bu hadiseler için konulmuş olan ve kat'i nass ile sabit bulunan hükümlere aynen ittiba etmektir. Mecelle, bu durumu, "Mevrid-i nassda icthada mesağ yoktur" şeklinde ile maddeleştirmiştir.⁵¹

Hükmü zanni bir nass delaletiyle konulmuş hadiselerde ise icthada mesağ vardır. Nassın lafzı veya ibaresi iki veya daha fazla anlama geliyorsa, müctehid burada bu anlamlardan birisini tercih edebilir. Dolayısıyla aynı olay için nassın genel çerçevesine ters düşmeyen birden fazla hüküm ortaya konabilir. Müslümanlar, buldukları bölge ve şartlara göre hukuk kurallarının genel uyumunu bozmayacak şekilde bu hükümlerden birisine uyabilirler.⁵²

Hakkında delaleti açık nass bulunmayan bir hadise, icma yoluyla hükme bağlanır. İcma yoluyla hükme bağlanan hadiselerin bu hükmü bütün müslümanları bağlar.

Hakkında ne icma ne de nass bulunmayan hadiseler ise ferdî icthad yoluyla hükme bağlanır. Bir hadisenin illeti, hakkında nass bulunan başka bir hadisenin illeti ile aynı ise, kıyas yoluyla hükme bağlanır. Eğer hadisenin oluşumu, hakkında nass bulunan hadiselere benzemiyorsa, müctehidler, Kitap ve Sünnet'in ruhu ve sahip olduğu genel düzene ters düşmeyecek şekilde akli kullanarak rey ile icthadda bulunurlar.⁵³ Gazâlî, akıl yürütmeye dar bir alan çizen Şâfîî ekolüne bağlı olduğu halde, hakkında nass

⁵⁰ HALLAF, el-İctihadu bi'r-Re'y, Daru'l-Kitabi'l-Arabî, Mısır, (t.y.), s. 5; BEŞİR, İdris Cuma Dirar, er-Re'yu ve Eseruhu Fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Fi Usûr-i Mâ Kable Kıyâmi'l-Mezâhibi'l-Fıkhîyye, Daru İhyai 'l-Kütübî'l-Arabiyye, Kahire, (t.y.), s. 10-11, 16-18.

⁵¹ MECELLE, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1297, md. 114; Bilmen, Istilahat-ı Fıkhîyye, I, 242,245.

⁵² Beşir, s. 32.

⁵³ Feydullah, s. 14, 47 vd; Hakkında kat'i nass bulunmayan olayların hükmü için icthada başvurulacağı hususu ile yeni bir olayın hükmünün kıyas yoluyla sonuca bağlanacağı hususlarında İslam Hukukçuları arasında görüş birliği vardır. İstishâb delilinin de içinde yer aldığı istidlâl şekillerinden olan nassların ruhuna bağlı kalınarak yapılan rey ile icthada gelince, bazı İslam Hukukçuları böyle bir icthadın alanını geniş tutarken, bazılarının bu konuyu dar çerçevede ele aldıkları görülmektedir. (bkz. Gazâlî, II, 537-538; Hallaf, Mesadîr, s. 9; Zeydan, el-Medhal, s. 65-66; Feydullah, s. 12, 16-18, 85; EBU'l-MEKÂRİM, Abdülhamid İsmail, el-Edilletu el-Muhtefu Fiha ve Eseruhu Fi'l-Fıkhî'l-İslâmî, Dâru'l-Müslim, Kahire,(ty), s. 31.). Sahabilerden Abdullah b. Ömer, Zeyd b. Sabit gibi fakihlerle, tabîilerden Said b. Müseyyib ve Zührî gibi alimler, icthada ancak zaruret halinde baş vurmayı öngörürken, Ömer b. Hattab ve Abdullah b. Mes'ud gibi sahabeler ile Alkame, Esved ve en-Nehaî gibi tabîinden olan fakihler icthad yoluyla istidlale daha çok baş vuruyrdırlardı. (Beşir, s. 352-355.).

bulunmayan bütün olaylarda aklın delil olarak alınacağını vurgular.⁵⁴ Nitekim, Mahmasânî, istishâbî aklı bir delil olarak tanımlamaktadır.⁵⁵

Böylece İslam Hukukunun hiçbir hadise hakkında boşluğa imkan tanımadığı, mutlaka her yeni hadisenin bir hükmünün bulunabileceği şeklindeki evrensel işlerliği ortaya konmuş olur.⁵⁶

İbn Melek (801/1398), Serahsî'nin yolunu izleyerek nass ile istidlâle son derece önem verir. Nass bulunmadığında ise, rey ile amel edilebileceğini şu ilginç örnekle açıklar: "teyemmüm eden, nasıl suyu arama halinde ise, ancak, suyu bulamadığında farzını eda ediyorsa, bir hükmün istidlâlî için önce nass aranır, sonra rey ile amel edilir."⁵⁷ "Fer'i deliller rey ile ictihada dayanır. Bunda ise hata ihtimali mümkündür."⁵⁸

Rey üzerine düşüncelerini belirten İbn Kayyim (751/1350) rey'in üçe ayrıldığını, bunların batıl rey, sahih rey ve izafiyet ifade eden reyden ibaret olduğunu söyler.⁵⁹ Batıl reyî, nassa muhalif reyler olarak açıklayan İbn Kayyim,⁶⁰ selefin, Kitap ve Sünnet'e aykırı kıyas ve ictihadlarla amel etmenin helal olmayacağı hususunda icma ettiklerini, böyle bir istidlâl şekli ile ne fetva ne de hüküm verilemeyeceğini, Kitap ve Sünnet'e aykırı olmayan rey ile amel edilebileceğini, ancak bunun bağlayıcılığının kesin olmadığını, başka bir rey ile ortaya konulan hükme aykırı davrananın suçlanamayacağını belirterek⁶¹ fer'î delillerle istidlâl şeklini özetler.

Gerek mütekellimin gerekse usulcüler (İslam hukuku metodolojisi bilginleri) vahyi "sultatu't-tevcih=hüküm vermede temel esas" kabul etmişler, akli ise vahyi idrak edip hükümleri formüle etmede önemli bir veri, güçlü bir yetenek olarak ele almışlardır.⁶² ed-Dehlevî, nasslara bağlı kalmadan salt rey ile hüküm vermenin, Hz. Peygamberin yoluna uygun düşmediğini belirtir.⁶³

Esasen aklen sabit olan hükümler üçe ayrılır:

a. Câizu'l-Vücûd (Mümkinu'l-Vücûd): Aklen düşünüldüğünde zihinde olması veya olmaması mümkün olan şeylerdir. Örneğin, bir tatlı su kanalında balık yaşayıp yaşamadığı bu kabil olaylardan birisidir.

b. Müstahîlu'l-Vücûd: Aklen kabulü mümkün olmayan hadiselerdir.

c. Vacibu'l-Vücûd: Aklen varlığı mutlak ve zorunlu olan şeylerdir.⁶⁴

⁵⁴ Gazâlî, I, 601-603; Ebu'l-Mekârim, s. 30.

⁵⁵ Mahmasânî, s. 197.

⁵⁶ Hallaf, Mesadır, s. 8-10, 155-157; Zeydan, el-Medhal, s. 47-64; Ayrıca bkz. AKTAN, Hamza, "İslam Hukukunun Dinamizmi", Erzurum, 1991, adlı makalesi.

⁵⁷ İbn Melek, s. 251.

⁵⁸ İbn Melek, s. 288.

⁵⁹ İbn Kayyim, I, 68-69.

⁶⁰ İbn Kayyim, I, 69.

⁶¹ İbn Kayyim, I, 77.

⁶² el-Gazali, I, 585; ed-Dehlevi, s. 52; EBU ZEHRA, Muhammed, Usulü'l-Fıkh, Daru'l-Fikri'l-Arabiy, Kahire, 1958, s. 63-70; el-Hanbeli, s. 78-80; Hito, s. 443.

⁶³ BALJON, J.M.S., "Şah Veliyullah Dehlevî'nin Şeriat Anlayışı", çvr. Abdullah KAHRAMAN, İsmail ÇALIŞKAN, İslâmiyât, cilt: I, sayı: 4, Ankara, 1998, s. 160.

⁶⁴ Bilmen, İlm-i Kelam, s. 106; HABENNEKE el-Meydani, Abdurrahman Hasen, el-Akiydetu'l-İslamiyye, Daru'l-Kalem, Dimaşk, 1988, s. 65.

Mütekellimin ve Usülcüler, hakkında hüküm verilmesi gereken hadiselerin sahip oldukları cevher (öz keyfiyet) ve vasfı belirlemede, aklın konumunun ne olduğu hususunda ihtilaf etmişlerdir.

Usül kitaplarında HÜSN (iyi) ve KUBH (kötü) terimleri ile ele alınan bu konudaki en radikal değerlendirmeyi Mutezile yapmış, aklın, bir şeyin iyi ya da kötü olduğunu belirlemede mucip, yani tam bir yetenek sahibi olduğunu söylemiştir.⁶⁵

Mutezileye göre eşya ya bizzat iyidir, ya da kötüdür. Bunu ise akıl belirler. Dolayısıyla Allah, iyi olanı emreder, kötü olanı nehyeder. Şeriatın sükut ettiği hususlar akıl yoluyla bilinebilir.⁶⁶

Şia'dan İmamiye, akli, Mu'tezileye paralel bir anlayışla ele alır. Bilhassa hakkında nass bulunmayan konularda aklın mucip olduğunu kabul eder.⁶⁷

Eş'arîler ise eşyanın hüsn ve kubhunu bilmede aklın hiç bir etkisinin bulunmadığını, bunun ancak şer'i delillerle bilinebileceğini kabul etmişlerdir.⁶⁸

İbn Hazm, isim vermeden Mu'tezile ve Eş'arîleri hedef aldığı değerlendirmesinde, özetle, "iki grup var ki, aklın hüccet oluşu konusunda Allah'a iftirada bulunurlar. Bunlardan birisi, akıl yoluyla istidlâlde bulunmayı hiç kabul etmez. Oysa böyle bir görüşün kabulü mümkün değildir. Çünkü bize ulaşan haberlerin sıhhatini, her şeyden önce, akıl yoluyla süzgeçten geçirdikten sonra kabul ederiz."

"Akli ifrat derecesinde ele alıp helal ve haram koyabilecek kadar güçlü gösteren diğer grup, sekülerist ve radikal bir çıkışla nerdeyse akli, onu yaratan Rabb'inin üzerine çıkaracaklar. Bu da olmaz." ifadelerine yer vermektedir.⁶⁹

Aklın hüccet olarak kullanılmasının mümkün olduğunu belirten İbn Hazm, akıl ve duyu organları vasıtasıyla hüsn ve kubhun idrak edilebileceğini ifade ederek, bu durumun, 7/A'raf, 195. ayeti ile beyan edildiğine dikkat çekmektedir.⁷⁰

⁶⁵ Ebu Zehra, İslam hukukundaki "HÜKÜM", "HAKİM" münasebetini anlatırken, İslamın semavi bir keyfiyete sahip bulunduğunu, vahye müstenid kanunlar manzumesi olduğunu, hiçbir kanun, kaide ve prensibin bu çerçevenin, yani, Allah'ın razı olduğu hükme aykırı olamayacağını, bu hususta cumhur-u müsliminin ittifak ettiğini anlatır (Ebu Zehra, s. 63). Davutoğlu da aynı konuyu vurgulayarak, İslamın temel esasının bütün kurum ve prensipleriyle insicamlı bir ontolojik yapı arzettiğini belirterek; "İslami düşünce birikiminin en özgün yanı, VARLIK-BİLGİ-DEĞER düzlemlerinde ortaya koyduğu son derece tutarlı ve dayanıklı algılama biçimidir." değerlendirmesini yapar (DAVUTOĞLU, Ahmet, "İslam Düşünce Geleneğinin Temelleri, Oluşum Süreci ve Yeniden Yorumlanması", Divan Dergisi, Sayı: I, s. 2-45, İstanbul, 1996, s. 5) ve sözü Mu'tezile'ye getirir: " Mu'tezilenin akılcılığı, Batının zannettiği gibi bilgi sekülerleşmesine yol açacak boyutta olmayıp Allah'ın tevhid ve tenzih prensipleri etrafındaki mutlak farklılığını vurgulamaya yöneliktir" der (Davutoğlu, s. 17-18).

Batılı bilimadamlarının İslami kurumlar ve bilginlerin anlayışlarında yeknesaklığın bulunmadığına dair yanlış kanaatlerini cevaplandırarak Davutoğlu, bazı araştırmacı ve ehli insaf Batılı yazarlara atıfta bulunur, bunlardan SCHUON'un görüşlerine yer verir. Schuon: " İslam, kesinlik ve denge dinidir" demektedir (Davutoğlu, s. 9).

Mu'tezile hakkındaki bu görüşlere paralel bir değerlendirmeyi Koca yapmaktadır. Koca, Mu'tezile hakkında sünni kaynaklarda mevcut olan, Mu'tezilenin akli, hadiseler için hüküm koymada mucib (tam salahiyyetli) kabul ettiğine dair değerlendirmelerin, Mu'tezili kaynaklarca tam doğrulanmadığını, Kadi Abdülcebbar (415/1025) ve Ebu'l-Huseyn el-Basri (436/1044)'ye atıfta bulunarak söylemektedir (KOCA, Ferhat, İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis, İSAM Yayınları, İstanbul, 1996, s. 199).

⁶⁶ İbn Melek, s. 288; Koca, s. 199.

⁶⁷ Ebu Zehra, s. 63-64.

⁶⁸ Koca, s. 199.

⁶⁹ İbn Hazm, I, 28-29.

⁷⁰ İbn Hazm, II, 102.

İbn Hazm'in bu sert eleştirisine rağmen Mâlikî Hukukcu el-Bâcî (474/1081), İmam Eş'arî (324/936)'nin geleneksel değerlendirmesine sıkı sıkıya bağlı bir ifade kullanır. Adeta, çağdaşı İbn Hazm'e cevap verir.

el-Bâcî özetle der ki "Akıl, eşyadaki ne iyi olanı ne de mahzurlu olanı hiç bir şekilde bilemez. Bir şeyin mübah mı, mahzurlu mu, yoksa vacip mi olduğunu bilmek, aklın işi değildir. Müslümanların icmai ile sabittir ki, mahzurlu ve mübah kılan, bir şeyi vecibe-i mesuliyet haline getiren ancak Allah'tır, akıl değil. (Bir şeyin mübah olduğunu akıl yoluyla bulabiliriz) kanaatinde olanların görüşlerini kabul etmemiz mümkün değildir."⁷¹

el-Bâcî'nin bu kesin tavrının İmam Şâtûbî (790/1388) ile biraz yumuşadığını görmek mümkündür. Gene bir Mâlikî Hukukçu olarak, Mâlikîlerin genel kanaatlerini taşıyan Şâtûbî, aklın Şârî' (kanun koyucu, hüküm verici) kabul edilemeyeceğini, akıl yoluyla istidlâlde bulunulurken mutlaka vahyin esas alınması gerektiğini,⁷² aklın öneminin inkar edilemeyeceğini, şer'fatın akıl yoluyla anlaşılabilirliğini, çünkü aklın **mevrid-i teklif** olduğunu vurgular.⁷³ Aklın uhrevi konularda (sem'iyatta) hiç bir rolünün olamayacağını, dünyevi konularda ise müsellemler olan akliyyatın dışındaki konuların tamamında onu etkili görmenin batıl bir anlayış olacağını ifade eder.⁷⁴

İbn Hazm'den yarım asır sonra gelen Şâfîî ekolünün ünlü bilginlerinden İmam Gazâlî (505/1111), "Vahiy yoluyla sabit olan hükümlerin akılla elde edilmesinin mümkün olmadığı" kanaatini, Eş'ari ekolüne paralel ve ilmi bir usul içinde beyan eder.⁷⁵

Fer'i delilleri yorumlamada özellikle istihsan delilini ele alarak Hanefilere savaş açan el-Beydâvî (685/1286)⁷⁶ ve Şarihleri el-İsnevî (772/1370) ile el-Bedahşî (922/1516) de şer'an sabit olan hususlarda aklın hiçbir rolünün olamayacağını anlatırlar.⁷⁷

Maturidiler ise bu iki zıt kutup arasında bir yol izlemişler, aklın başlı başına bir hüküm kaynağı olmadığını, ama, eşyanın hüsn ve kubhunu tayin etmede belirleyici rol oynadığını, ancak gerçek hakim-i mutlakın Allah olduğunu, aklın ise hükümlerin istidlâlinde açıklayıcı (muarrif) bir işleve sahip olduğu kanaatine sahip olmuşlardır.⁷⁸

İbn Melek "Allah fahşayı (edepsizliği, kötü olanı) emretmez"⁷⁹ ayetini zikrederek emredilen şeylerin hüsn olma vasfını taşıması gerektiğine dikkat çeker.⁸⁰

⁷¹ el-BACİ, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef, İhkamu'l-Fusul fi Ahkami'l-Usül, (thk. Abdülmecid Türki), I-II, Daru'l-Ğarbi'l-İslami, Beyrut, 1995, II, 687-691.

⁷² eş-Şatbi, I, 23-25.

⁷³ eş-Şatbi, III, 19-23.

⁷⁴ eş-Şatbi, II, 37.

⁷⁵ el-Gazali, I, 585.

⁷⁶ el-BEYDAVİ, Minhac, Şerhu'l-Bedahşî ile birlikte, III, 187-192.

⁷⁷ el-BEDAHSİ, Muhammed b. el-Hasen, Minhacu'l-Ukul fi şerhi Minhaci'l-Vusul fi İlmi'l-Usül li'l-Kadi el-Beydavi Mea Şerhi'l-İsnevi, (Şerhu'l-Bedahşî), I-III, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts), III, 160-161.

⁷⁸ Koca, s. 199.

⁷⁹ 7/A'râf,28.

⁸⁰ İbn Melek, s. 47.

Fukahanın ve İslam Hukuk Araştırmacılarının bu alandaki çalışmalarına tarihi merhalesi içinde bakıldığında, istidlâlde bulunurken akli kullanmada çok sıkı bir denetim içinde oldukları, rey ile ictihada özel tedbirlere başvurdıkları, böylece, İslamın evrensel hukuk statüsünü koruyarak her yeni hadiseyi daima bu özelliğine halel getirmeden hükme bağlamayı yeğledikleri gözlemlenebilir. Zira, İslam, hiçbir hadise karşısında insanın başıboş (emre ve nehye muhatap olmayacak şekilde) yaşamasını kabul edemez. Nitekim İmam Şâfiî "İnsan kendisinin başıboş bırakılacağını mı sanıyor"⁸¹ ayetini yorumlayarak peygamberin sünnetle bir hüküm koyduğunu, peygamberin dışındaki ehil kişilerin ise ancak istidlâl yoluyla bir hükme ulaşabileceklerini beyan ederek, İslam Hukukunun yeni hadiseler karşısındaki hayatiyetini vurgular.⁸²

İmam Şâfiî, hakkında Kitap'tan nass bulunmayan konularda peygamberin Sünnet'le hüküm koyduğunu, itaat bakımından Kitap ile Sünnet arasında bir fark olmadığını,⁸³ şer'î hükümlere ancak nass ve istidlâl yoluyla ulaşılabileceğini, ehil kişilerin istidlâl yoluyla hadiselerle hüküm istinbat edeceklerini,⁸⁴ hatta Allah'ın bazı şeyleri ictihad yoluyla araştırıp öğrenmeyi farz kıldığını anlatmaktadır.⁸⁵ Böylece, İmam Şâfiî'nin rey ile ictihada karşı olmadığı, sadece, Kitap ve Sünnete dayalı derin bir araştırma yapmadan akli yoruma baş vurmamayı iyi karşılamadığı anlaşılmaktadır.⁸⁶

Hanefî usûl bilgini el-Kerhî (340/951), olayların mutlaka çözüme kavuşturulacağını, bunu yaparken en kuvvetli delilden başlayarak sıra ile bütün istidlâl yollarının kullanılmasını gereğine dikkat çeker.⁸⁷

Gazâlî'den çeyrek asır önce yaşamış bulunan ünlü Hanefî hukukcu es-Serahsi, ictihadi çalışmalarda ihtiyatı elden bırakmaz. Bir ayetin delalet ettiği bir vakta için ne kıyas ne de rey ile ictihada gidilemeyeceğini, ayetin delaletinin ibaresiyle, işaretiyle, delalet yoluyla ve iktizaen delalet etmeleri arasında hiçbir farkın olmadığını, ayetin delaletinin zahir olmasının yeterli olacağını hatırlatır, rey ile ictihadın çok dikkat isteyen bir istidlâl şekli olduğunu belirtir.⁸⁸ Bununla beraber, rey ile ictihada baş vurma zaruretini ve aklın bir temyiz gücü olduğunu açıklar.⁸⁹

Gazâlî'yi bir asır geriden takib eden müdakkik Şâfiî hukukcu el-Amidî şu değerlendirmeyi yapar: "Bizim bağlı bulunduğumuz hukuk ekolüne göre bir şey bizzat hüsn ve kubh olamaz. Mu'tezile, Kerramiye, Havaric ve Berahime başta olmak üzere bir grup insan, bazı fiillerin bizzat hasen ve kabih olduğunu iddia ediyorlar"⁹⁰ der ve bu iddianın yanlışlığına dikkat çeker.

⁸¹ 75/Kıyame, 36.

⁸² eş-Şâfiî, §: 69-70; H. Karaman, §:70'i " İstidlalden başka bir yol ile dinde söz söylemek, Rasulullahtan gayrısı için caiz değildir" şeklinde ele alıyor. (bkz. KARAMAN, Hayreddin, İslam Hukukunda İctihad, DİB Yayınları, Ankara, (ts), s. 19.

⁸³ eş-Şâfiî, §: 58.

⁸⁴ eş-Şâfiî, §: 46.

⁸⁵ eş-Şâfiî, §: 59.

⁸⁶ eş-Şâfiî, el-Umm, I-IX, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1993, VII, 496.

⁸⁷ el-Kerhi, 33. asıl (bkz. ed-DEBUSİ, Ebu Zeyd Abdullah ömer b. İsa, Te'sisu'n-Nazar, Mea Usuli'l-Kerhi, (thk. Mustafa Muhammed el-Kabbani), Eda Neşriyat, İstanbul, (ts), s. 173).

⁸⁸ es-Serahsi, Usûl, I, 236-254.

⁸⁹ es-Serahsi, Usûl, I, 127, 346-348.

⁹⁰ el-Amidi, I, 72-73.

İbn Melek, vahyin iki çeşit olduğunu, zahiri vahiy, batini vahiy çeşitlerine ayrıldığını, zahiri vahyin melek aracılığı ve diğer bilinen şekillerle geldiğini, batini vahyin ise müctehidin, hükmü nass ile sabit olan bir delile bağlı kalarak yaptığı icthad yoluyla sabit olan hükümler olduğunu belirterek, aklın aktif olduğu icthadi çalışmalara önemli bir mevkii verir ve İslam Hukukunda muhtemel kanun boşluklarının icthad yoluyla giderileceğine işaret eder.⁹¹

Günümüz İslam Hukuk Araştırmacılarından Hîto,⁹² rey ile icthadda müctehidin dikkatli olması gerektiğini, kat'i delil ile sabit olan hususlarda ve akliyyatta, yani, alemin hadis olması, kadir-i mutlak bir yaratıcının mevcudiyeti ... gibi aklen aksini düşünmenin muhal olduğu hususlarda icthada mesağ olmadığını belirterek, icthada mesağ olmayan alanlarda icthada kalkan kimse isabet ederse bir problem olmayacağı, aksi halde "hâric mine'l-mille" olunacağını ihtar eder.⁹³

İbn Melek, Hîto'nun aktardığı bu kural için asırlar önce, "Şer'iyatta hata olabilir, akliyyatta ise hata olamaz. Akliyyatta hata yapan küfre düşer."⁹⁴ kuralını hatırlatmıştır.

Hîto, İslam hukukunda kronik bir kanun boşluğunun bulunmadığına dikkat çekerek şöyle devam ediyor: "Doğrusu, icthada konu olan her hadisenin Allah katında bir hükmü vardır. Müctehid icthadta bulunmadan önce de bu hüküm mevcuttur. Müctehid, şer'an meskutun anı olan, yani, Şariin bilerek hakkında hüküm vermediği, hüküm verme işini insanlara bıraktığı konularda, icthad edip isabet ederse iki sevab, hata ederse cezd, gayret ve iyi niyetinden dolayı bir sevap kazanır"⁹⁵ diyerek bu konudaki kuralı hatırlatıyor. Aslında Hîto'nun bu değerlendirmesi İmam Şâfi'nin bu konudaki rivayetinin tekrarıdır.⁹⁶

İbn Melek, İmam Mansur el-Maturidi (333/944)'den de aynı rivayeti aktarmaktadır.⁹⁷

Dönmez, karşılaşılan bir olayın hükmü doğrudan kanun kapsamı içinde olmaz ise bunun adına "kanun boşluğu" denileceğini, insan'î hukuk sistemlerindeki kanun boşluklarının genelde bilmiyerek hata sonucu oluşan, kanun koyucunun mustakbel hadiseleri tahmin edememesinden doğan boşluklar olduğunu, İslam Hukuk literatüründeki icthada geçit veren boşlukların ise, bizzat Şâri' tarafından verilen bir vüs'at ve ruhsat olduğunu belirtiyor.⁹⁸

"Kur'an'da Kulluk" üzerine çalışan Pak, insanın hürriyet ve icthadi serbestiye sahip kılındığını vurgulayarak, Kur'an'ın çizdiği temel ilke ve amaçlara uygun olmak şartı ile sosyal ve hukuki alanın tanzimi konusunda insana birçok serbestiyetin verildiğini, icthad müessesesiyle bu hususun tezahür ettiğini, İslam hukuk araştırmacılarına atfen ifade ediyor.⁹⁹

⁹¹ İbn Melek, s. 250.

⁹² Kuveyt Üniv. İslami İlimler Fak. Öğr. Üyesi.

⁹³ Hîto, s. 506-507.

⁹⁴ İbn Melek, s. 288.

⁹⁵ Hîto, s. 507.

⁹⁶ eş-Şafii, ş: 1409.

⁹⁷ İbn Melek, s. 289, (Rivayetler için bkz. Buhari, İ'tisam, 21; Müslim, Akdiye, 6; Ebu Davud, Akdiye, 2; Nesai, Ahkam,3; İbn Mace, Ahkam, 3).

⁹⁸ DÖNMEZ, İbrahim Kafi, "İslam Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hakim Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", MÜİFD, Sayı: 4, s. 39.

⁹⁹ Pak, s. 258.

Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı kadarıyla İslam'ın evrensel niteliğini bozmadan bütün hadiselerle uygun bir hükmün var olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla rey ile icihadın makul ve makbul bir yol olduğu anlaşılmaktadır. Bir şartla ki, rey ile icthada gidilirken akılda azami istifade edilmeli, ama, nass ile sabit hükümlerin ortaya koyduğu genel çerçevenin dışına çıkılmamalıdır.¹⁰⁰

D. FER'Î DELİLLERİN SAYISI

İmam Gazâlî, fer'î delillerin sayısının dört olduğunu söyleyerek "el-Usûlü'l-Mevhûme=delaleti tahmine dayanan kurallar" başlığı altında şu delillere yer verir:

1. Şer'u men kablena.
2. Kavlu's-Sahâbî.
3. İstihşân.
4. İstislâh.

Gazâlî istishâb delilini asli delillere yakın bir üslup içinde ele alır.¹⁰¹ İsnevî, Beydâvî'ye yazdığı şerhinde, fer'î delillerin bir tasnifini yapar. "el-edilletu el-muhtelefu fiha = ihtilaflı deliller" adını verdiği bu delilleri :

- a. el-Makbul (delaleti caiz olan),
- b. el-Merdud (delaleti caiz olmayan), diye ikiye ayırır, makbul delillerin sayısının altı olduğunu bildirir.¹⁰²

Bu delilleri, " ibaha", "istishâb", "istikra", "ahzu'l-ekall", "istislah" ve "fakdu'l-hukm" olarak sıralar.¹⁰³ İstihşan ve sahabe kavlini, merdud deliller arasında zikreder.¹⁰⁴

Bedahşî de yine Beydâvî'ye yazdığı şerhinde, İsnevî'nin yolunu izlemektedir. Şöyle ki, Beydâvî'nin "muhtelefun fih deliller" başlığı altında sıraladığı delilleri anlatırken, bu ilkelerin bir şer'î delil niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda ihtilaf edildiğini, bunlardan altı asıl için makbul delil denilebileceğini, çünkü bu delillere ışık tutan ayetler bulunduğunu zikreder ve İsnevî'nin altı makbul delilini sayar.¹⁰⁵

Şatibi, Serahsî ve Gazâlî'nin yer vermediği "hile"yi, bir fer'î delil olarak ele alır. Bununla beraber istishâba yer vermez.¹⁰⁶

Hanbelî bilginlerden et-Tûfî(716/1316), şer'î delillerin sayısını 19 olarak zikreder, aslî, fer'î ayırımı yapmadan Kitab delili ile başlayan bir sıralama yapar.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Bilmen, Istilahat-ı Fıkhiyye, I, 373-374; Hallaf, Mesadır, s. 13-17, 155-157.

¹⁰¹ el-Gazali, I, 585,604.

¹⁰² el-İsnevi, III, 173.

¹⁰³ el-İsnevi, III, 171 vd.

¹⁰⁴ el-İsnevi, III, 187 vd.

¹⁰⁵ el-Bedahşi, III, 171-186.

¹⁰⁶ eş-Şatibi, IV, 143.

¹⁰⁷ Hallaf, Mesadır, 109-111.

İzmirli (1366/1946), fer'î delillerin sayısını otuzikiye kadar çıkarır. Bunlar şunlardır: istihsân, istishâb, tahkîmu'l-hâl, berâet-i asliyye, amel-i ehl-i Medine, istislâh, avâid, şer'u men kablena, sahabe kavli, tabî kavli, nefyu medârik, seddu zerâyi, el-ahzu bi'l-akall, el-ahzu bi'l-ekser, el-ahzu bi'l-ahaff, el-ahzu bi'l-eşakk, el-ahzu bi'l-ahvat, el-ahzu bi'l-asl, el-ahzu bi'z-zâhir, umûmu'l-belvâ, istikrâ, telâzüm, iktirân, ismet, ilhâm, şahâdetü'l-vücdân, teharri, ru'yetü'n-nebiy, el-amel bi'ş-şebihey, teârudu'l-eşbâh, kavâidu'l-küllîye ve kur'âdır.¹⁰⁸

el-Berzencî ise bu alandaki araştırmasında fer'î delillerle ilgili çalışmalarını değerlendirir ve İzmirli'nin saydığı delillerin çok azının bulunmadığı yirmibeş fer'î delili zikreder: Bu deliller şunlardır: istihsân, istishâb, şer'u men kablena, istislâh, el-ahzu bi'l-akall, fakdu'l-hükm, seddu zerâyi, el-akl, el-urf, el-istikrâ, ademü'd-delil ala ademi'l-hükm, el-iktirân, el-istidlâl, en-Nâfi, el-iktisâr ala mukaddimetin vâhidetin, vucûbu'l-ille ala'l-ma'lûl, el-ma'lûl ala'l-ille, ahadu'l-ma'lûleyn ala'l-âhar, et-tenâfi beyne'l-hükmeyn vücden fakat, et-tenâfi beyne'l-hükmeyn fi'l-ilmi fakat, et-tenâfi beyne'l-hükmeyn vücden ve ademen, el-lâzim ala'l-melzûm, kavlu's-sahâbî, el-ilhâm, ru'yetü'n-nebiydir.¹⁰⁹

E. FER'Î DELİLLERİN HÜCCİYET DERECESESİ

Fukahanın nassın sarahaten delalet etmediği hususlarda istidlâle giderken, çok titiz davrandıklarını, bununla beraber rey ile ihtihadı kabul ettiklerini, fer'î delillerle istidlâlde bulunurken bazen ittifak ettiklerini çoğu kez ihtilaf ettiklerini, bir grup fakihin çok önem verdiği ve hücciyetini ön planda tuttuğu bir fer'î delili diğer grubun tamamen reddedebildiğini gördük.¹¹⁰

Rey ile ictihada ve akıl ile istidlâle dayanan fer'î delillerin hücciyet derecesi konusunda, İbn Kayyim'in orta yolu bulunduğu söylenebilir.

Bilindiği gibi İbn Kayyim, sahih rey ile amel edilebileceğini, batıl reyın reddedilmesi gerektiğini, üzerinde çalışılması gereken üçüncü bir rey çeşidinin ise ihtilaf konusu olabileceğini, bu hususta kesin bir red cephesi oluşturulamıyacağı gibi kesin bir "evet" platformunun da dayatma olacağını bu mevzuda Kitap ve Sünnet'e ters düşmeyen bir ictihadı hoşgörüyeye sahip olunması gerektiğini anlatır.¹¹¹

Feydullah ve Mahmasânî'nin ifade ettikleri gibi, istishâb delilinin de içinde bulunduğu edille-i erbaa'nın dışında kalan bu "yeni deliller", yani, hakkında nass bulunmayan hadiselerle hüküm koymada başvurulacak fer'î deliller, elbetteki hiçbir dayanağı olmıyan mantikî mukaddimelerden ibaret kurallar yığıdır. Hücciyetleri kabul edilen ve bazı cüz'î meselelerin çözümünde kullanılan bu deliller, şeran kabulü caiz olan kaynaklara dayanır ki, bunları şöyle sıralayabiliriz:

- a. İnsan fitratına uygun ilkeler.
- b. Hak mefhumunun gerekli kıldığı şeyler.

¹⁰⁸ İZMİRLİ, İsmail Hakkı, İlm-i Hilaf, İstanbul, 1330, s. 190-191.

¹⁰⁹ el-BERZENCİ, Abdullatif Abdullah Aziz, et-Tearud ve't-Tercih Beyne'l-Edilleti'ş-Şer'iyye, I-II, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1993, I, 138-150.

¹¹⁰ Ayrıca bkz. Ebu'l-Mekârim, s. 30-38.

¹¹¹ Geniş bilgi için bkz. İbn Kayyim, I, 68-84.

- c. Şer'i hükümlerin genel yapısı.
- d. Yargı ve ictihaddaki adalet anlayışı .¹¹²
- e. Sahih rey ve akli hükümlere uygunluk.
- f. Şer'i hükümler üzerindeki talil ve yorumlar.
- g. Sosyal hayat şartları ve insanın maslahatı ilkesi.
- h. Adalet ve insaf duygusu.¹¹³
- ı. Hadiseleri değerlendirirken mutlak hayra götüren en yakın yolu izleme anlayışı.¹¹⁴

Mecelle, "Zamanın değişmesiyle, hükümlerin değişmesi inkar olunamaz" şeklinde düzenlediği maddesiyle bu alana olumlu bir atıfta bulunmaktadır.¹¹⁵

Günümüz İslam hukuku araştırmacılarından AKTAN, söz konusu bu maddeye çeşitli vesilelerle atıfta bulunarak, fihhi problemlerin çözümünde, bu kuralın önemini vurgular.¹¹⁶

Aslı delilleri, "şer'î hukukun aslı kaynakları" diye niteleyen Akgündüz, Fer'î delilleri ise, "şer'î hukukun talî kaynakları" olarak ele alıyor ve bu delillere, "Örfî Hukuk" dendiğini, istishâb delilinin bu bağlamda önemli bir boşluğu doldurduğunu açıklıyor.¹¹⁷

Fer'î deliller üzerine fukaha ve İslam hukuku araştırmacılarından özetle aktarmaya çalıştığımız bu bahse son vermeden önce, Muhammed Fevzi Feydullah hocamızın şu değerlendirmelerine yer vermek istiyoruz:

"İslam hukuk bilginleri zamanın değişmesiyle hükümlerin de değişebileceği hususunda ihtilaf bile etmemişlerdir. Çünkü zamanla insanların ahlakının bozulması, dini duygularının zayıflaması örfen sabit kuralların yerini başka kurallara bırakması ... gibi nedenlerle İslâmî hükümlere işlerlik kazandırma gereği hasıl olabilir. Şu kadarı varki, bu söylediğimiz nedenlerle yeni bir hükmün ortaya çıkması için yapılan icthad ve istinbatta fukaha arasında ihtilaflar olagelmıştır. Ancak bu ihtilaflar, kesin nassla sabit olan hükümlerin kapsamı dışında kalmıştır. Çünkü böyle hükümler, yani, kesin nassla sabit olan hükümler çağlar boyunca, zaman, mekan ve coğrafi şartlara rağmen asla değişmez. Örneğin, farz ibadetleri bildiren hükümler, zarar verenin verdiği zararı tazmin etmesi, akitlere bağlı kalınması, haddlerin uygulanması, hakların korunması, cerîmelere cezaların verilmesi ve kötülüğe götüren yolların kapanması ... gibi hususlarda asla değişiklik olamaz. Zira, bu hususlar şeriatin ana gayesi olup çağlar boyunca korunması gereken hükümlerdir. Değişiklik sadece bu hükümleri eda ederken gerekli vesilelerde olabilir."

"Örneğin "yargıda adil olma" hususu kesin bir hükümdür. Bu hüküm aynen korunur. Fakat yargılama vesileleri çağa uygun hale getirilir. Tek yargıçlı mahkemeler çok yargıçlı hale getirilebilir.

¹¹² Feydullah, s.84.

¹¹³ MAHMASANI, Subhi, Felsefetü't-Teşri fi'l-İslam, Daru'l-İlm li'l-Melayin, Beyrut, 1968, s. 189.

¹¹⁴ Mahmasani, s. 189; ed-Dehlevi Şah Veliyyullah, Huccetullahi'l-Baliğa, el-Matbaatu'l-Muniriyye, 1352 h., IV, l'e atfen).

¹¹⁵ Mecelle, md. 39.

¹¹⁶ AKTAN, Hamza, "Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", Erzurum, 1996, s. 2.

¹¹⁷ AKGÜNDÜZ, Ahmed, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, I-IX, İstanbul, 1990, I, 49.

Mahkemeler sınıflandırılabilir. Burada önemli olan şer'î hükümlerin insanlar arasındaki adaletin sağlanmasına yönelik gayesi ve hakkın ortaya konması, İslam hukuk sisteminin öngördüğü temel esastır. Bütün bireylerin birbirini tanıdığı küçük bir kasabadan milyonları barındıran büyük kentlerdeki işlenen suçlar, takvadan yoksun, açgözlü, dini duygusu zayıf insanlardan sadır olabilecek cerîmelerin çağın şartlarına göre yeniden düzenlenmesi mümkündür. Gene siyasî disiplin ve idari divanların uygarlığın getirdiği yeni şartlara ve ekonomik sisteme göre değişebileceğini kabul etmek mümkündür. Kısaca ifade edecek olursak zamanın değişmesiyle değişebilecek hükümlerin varlığını kabul etmek İslam hukukuna bir katkıdır".¹¹⁸

F. İSTİSHÂB DELİLİNİN TANIMI VE DİĞER FER'Î DELİLLER ARASINDAKİ YERİ

İstishâb kelimesi sözlükte birlikte olmak, beraber bulunmak, birisinin arkadaşlık etmesini istemek anlamlarına gelir.¹¹⁹ Hallâf, "arkadaşlık etme, beraberinde bulundurma" anlamlarını ön plana çıkarırken ¹²⁰ Mahmasânî, "bir şeyin devamlılığını istemek" anlamını,¹²¹ Zeydan ise, "beraber olma halini talep etmek ve bunun devamlılığın istemek" şeklindeki anlamını ¹²² tercih etmektedir.

Usulcüler istishâbı terim olarak, benzer tanımlarlar tanımlamışlardır. İbn Kayyim için belki de istishâbın tanımını yapanların ilkidir diyebiliriz. Çünkü daha sonraki usul kitaplarında hep İbn Kayyim'in tanımına yakın bir yol izlendiği görülmektedir. İbn Kayyim şöyle diyor:

"İstishâb, önceden varlığı sabit olan bir hükmün sübutunun, yokluğu sabit olan bir hükmün ise ademini devamına karar vermektir."¹²³

Şevkânî istishâbı şöyle tanımlar: "İstishâb, mazide sabit olan bir hükmün, gelecekte de devam ettiğini kabul etmeye dair bir asıldır, bir kuraldır." Mazideki devamı ile ilgili bu kural bir şeyin varlığını sürdürmesi veya yokluğunun devam ettiği şeklinde olur. Bahis konusu hüküm, ister "şer'î hüküm" olsun, ister "akli hüküm" olsun farketmez.¹²⁴

Bilmen (1391/1971) bu tanıma yakın bir tanım vermekte; "İstishâb mazide sabit olup bilahare zail olduğu bilinmeyen bir şeyin hala berdevam sayılmasıdır" demektedir.¹²⁵

¹¹⁸ Feydullah, s. 77-78.

¹¹⁹ İbn Manzur, I, 519-521; ez-ZEBİDİ, Muhammed Murteda el-Huseyni, Tacu'l-Arus min Cevahiri'l-Kamus, I-X, Matbaatu'l-Hayriyye, (yy),1888, I, 332-333.

¹²⁰ Hallaf, Mesadır, s. 151.

¹²¹ Mahmasani, s. 197.

¹²² Zeydan, Usül, s. 267.

¹²³ İbn Kayyim, I, 290; eş-Şevkani, II, 248; el-İsnevi, III, 178; Hallaf, Mesadır, s. 151; Usül, s. 91; Bilmen, I, 195; Mahmasani, s. 197; el-MEVSUATU'l-FIKHİYYE, (el-Mevsua), I-XXXVI..., Vezaratu'l-Evkaf ve'ş-Şuuni'l-İslamiyye, Kuveyt, 1983, III, 323; Zeydan, Usül, s. 267; Şa'ban, s. 207; Hito, s. 445; el-Berzenci, I, 139; ŞENER, Abdülkadir, Kıyas İstislah İstihsan, DİB Yayınları, Ankara, 1971, s. 46

¹²⁴ eş-Şevkani, II, 248.

¹²⁵ Bilmen, İstilahat-ı Fikhiyye, I, 195.

Esasen Bilmen'in bu tanımı ,bazı küçük farklılıklarla Hallâf'ın yaptığı tanımın aynısıdır. Hallâf; "İstishâb, mazide bir delil ile sabit olan bir hükmün, yeni bir delil ile değiştiği bilinmedikçe aynen devamına karar vermektir." demektedir.¹²⁶

Şener, istishâbı; "Geçmişte bir delil ile sabit olan hükmün, yeni bir delil ile ortaya çıkıncaya kadar halihazırda da baki olmasıdır" şeklinde tanımlıyor ve Hallâf'ı referans alıyor.¹²⁷

Mahmasânî, istishâb için iki tanım veriyor:

a. "İstishâb bir konunun hükmü hakkında başka bir delil bulunmadığında başvuru, akli bir delildir."

b. "İstishâb, varlığı ya da yokluğu önceden sabit olan bir hükmün değiştiğine dair bir sebep bulunmadığından dolayı aynen devam etmesi gereğini ifade eden bir kuraldır."¹²⁸

Mecelle, "Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır" derken,¹²⁹ istishâba işaret etmekte, "tahkim-i hal yani, hal-i hazırı hakem kılmak istishâb kabilindedir. İstishâb dahi adem-i maznun olmyan bir emr-i muhakkakın bekasıyla hükmetmektir ki, **ibkâu mâ kâne alâ mâ kâne** demek olur."¹³⁰ demek suretiyle istishâb delilini maddeleştirmektedir.

Hamevî (1098/1687), "şek ile yakîn zail olmaz" kuralını şerh ederken, yakîn kelimesinin birşeyin gerçekliğine tamamen kanaat getirme halini ifade ettiğini, şek kelimesinin ise iki şey arasındaki tereddüt haline dendiğini beyan ederek; "eğer o iki şeyden birisi ağır basar da üzerinde tam bir karara varılamazsa, buna, "zan" denir. Eğer tereddüt edilen iki noktadan birisi ağır basar ve o tarafa meyledilirse, buna, "zann-ı galip" denir. Zann-ı galip ise yakîn derecesindedir" diyor. Bu değerlendirmesinden sonra, mazide var olan birşeyin hükmünü ortadan kaldırabilecek durumda olan yeni delilin özelliğini tartışıyor ve diyor ki; "yakînen sabit olan bir şeye arız olan şüphe ikiye ayrılır:

a. Yakîn olan bir şeye haricen arız olan şüphe: Böyle bir şüphe yakîni izale edemez.

b. Yakîn olan birşeyin bünyesinde oluşan şüphe: Bu durumda yakînen hükmü belli olan birşeyin zamanında veya konusunda ihtilaf meydana gelir. Özellikle zamanla ilgili ihtilafın vukuu halinde, yani, önceden devam eden hükme aykırı yeni bir delilin ortaya çıkması halinde, eski hükmün istishâb yoluyla alınması mümkün olmaz".¹³¹

Hamevî bu ifadeleriyle, istishâb delili ile sabit olan eski bir hükmün hangi şartlarda yürürlükten kaldırılabilceğine açıklık getiriyor.

İbn Hazm'in istishâba bakışı diğer hukukçulara nisbetle biraz farklılık arzeder. İbn Hazm'e göre "istishâb, hakkında nass ile sabit hüküm bulunan bir delilin bütün hallerde yani zaman, mekan ve şartlar

¹²⁶ Hallaf, Mesadır, s. 151; Usûl, s. 91, (Ayrıca bkz. el-Berzenci, I, 139, Kadi A'dud'un İbn Hacib'in Muhtasarına yaptığı şerhi, II, 284-286'ya atfen verdiği dipnot).

¹²⁷ Şener, s. 46.

¹²⁸ Mahmasani, s. 197.

¹²⁹ Mecelle, md. 5.

¹³⁰ Mecelle, md. 1683.

¹³¹ HAMEVÎ, Ebu'l-Abbas Şihabuddin Ahmed b. Muhammed, Gamzu U'yûni'l-Besâir Şerhu Kitabi'l-Eşbâh ve'n-Nezâir, I-IV, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1985, I, 193,197.

ne olursa olsun değişmeyeceği, aynen devam edeceği" şeklindedir.¹³² Nass ile sabit hükümlerin zahiren uygulama dışı olabileceği hususlar ileri sürülebilir. Örneğin, ayette geçen "Akitlerinize verdiğiniz sözü yerine getiriniz" ¹³³ emri bütün zaman ve mekanlarda aynen devam eder. Ancak bir haram akit yapılmış ise, istishâb yoluyla bu aktin hücciyetine inanmak batıldır. Yerine getirilmesi gerekmez." değerlendirmesini yaparak, istishâb delilinin kullanılması sırasında ayetlerin ifade ettiği genel hükmünün korunması gereğine dikkat çeker.

İmam Gazâlî'nin, istishâba çok önem verdiğini görüyoruz. "Delilu'l-akl ve'l-istishâb" tabiri ile ele aldığı istishâbı, önemli bir delil sayıyor: "Nass beş vakit namazı farz kıldığma göre, altıncı bir vakit namazının olamayacağını, istishâb delili ile anlarız." diyor.¹³⁴

Serahsî ise, "Bir şeyin hükmünü bildiren delil, sadece o şeyin hükmüne delil olur. Onun müstakbeldeki bir şeyin hükmü için nefiy ya da sübut makamında kullanılmasına gerek olmaz." şeklindeki değerlendirmesi ile istishâba bakışını ifade ediyor.¹³⁵

Serahsî'nin bu açıklamasına rağmen istishâb delilinin Hanefilerce de kullanım imkanı bulunduğunu söyleyebiliriz.

Akgündüz, Mecellenin 5., 10.ve 1683. maddelerine atıfta bulunarak istishâb delilinin önemini şu şekilde vurgular: "İstishâb, İslam Hukukunun önemli kaynaklarından birisidir. Özellikle de geçmişe ait bir anlaşmazlığın çözümü için mevcut halin hakem kabul edilmesi(tahkîm-i hâl, istishâb-ı maklub) şeklinde kullanılan bir hukuk kaynağıdır".

"İstishâb delilinin bir önemi de ilk defa karşılaşılan bir hukuk sisteminin İslam Hukuku ile mutabakat arzeden noktalarının bu delile uyularak incelenmesidir. Bu delil sayesinde İslama aykırı olmayan bütün hukuki ilkeler kabul edilir".¹³⁶

Şâtîbî, şer'î delilleri "makâsıdu's-şerîa" yönünden ele alıp incelerken maslahatu'l-umme, el-hîletü's-şer'iyye, istihsân ve sedd-i zerâî gibi fer'î delillere yer verdiği halde görebildiğimiz kadarıyla istishâb deliline yer vermemektedir. Mesela, şer'an caiz olan bir fiilin caiz olmayan fiillere götürebileceği düşüncesiyle men edilmesi esasını teşkil eden sedd-i zerâî, ile ilgili oldukça yeterli bilgiler verdiği, İmam Malik (179/896)'in birçok fikhî konuda sedd-i zerâî delilini kullandığını ifade ettiği halde istishâb konusuna girmemektedir.¹³⁷ el-Hudârî Beg (1345/1927) fikhî terimler üzerindeki ihtilafları değerlendirirken, istislâh ve istihsân delilleri üzerindeki çalışmalara yer verdiği halde istishâb delili üzerinde durmamaktadır.¹³⁸

¹³² İbn Hazm, V, 3.

¹³³ 5/Maide,1.

¹³⁴ el-Gazali, I, 585-586.

¹³⁵ es-Serahsi, Usûl, II, 223-224.

¹³⁶ Akgündüz, I, 61-62.

¹³⁷ Şâtîbî'nin el-Muvakat'ını tahkik eden heyet, konuyla ilgili dipnotlarında İbn Kayyim'in İ'lamu'l-Muvakkıyn'inde sedd-i Zerai ile ilgili doksan dokuz misale yer verildiğini zikretmektedirler, ama, istishab ile ilgili böyle bir kayıda yer verilmiyor (bkz. eş-Şâtîbî, IV, 143, 6 no'lu dipnot, ayrıca geniş bilgi için bkz. IV, 140-153).

¹³⁸ el-HUDARİ BEG, Muhammed, Tarihu't-Teşrii'l-İslami, Daru'l-Kalem, Beyrut, 1983, s. 144-149, 176-177.

İlk Hanefî usulcülerinden ne Kerhî ne de Debûsî (430/1039) istishâb deliline dair bir bahis açmamışlardır. Sadece Kerhî'nin ortaya koyduğu "asıl"lardan bazılarında istishâb deliline ışık tutan kurallar vardır.¹³⁹

Serahsî, istishâb delilini ele alıp incelemekte, onu, "delilsiz istidlâl metodları"ndan birisi olarak değerlendirmektedir.¹⁴⁰

İmam Gazâlî, istishâb deliline önem veren usulcülerden birisidir.¹⁴¹ Hatta O'nun "İstishâb" tabirini ilk kullanan bilgin, olduğunu söyleyenler bile olmuştur,¹⁴² ama bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün görülüyor. Çünkü Serahsî de istishâb delili üzerinde durmuştur.¹⁴³

Kanaatimizce İmam Gazâlî ile istishâb delili arasında kurulması gereken en yakın ilgi, Gazâlî'nin istishâbı asli deliller seviyesinde ele almış olmasıdır.¹⁴⁴

İbn Kayyim bu tabiri kullanan bilginler üzerinde durmaktadır.¹⁴⁵

Beydâvî, muhtelefun fih olan delilleri, makbul ve merdud deliller şeklinde tasnif ederken istihsân delilini, reddettiği ilk delil olarak ele alır. Bu konuda İmam Şâfiî'nin yolunu izler.¹⁴⁶ İstishâb delilini ise makbul delillerin ikinci sırasında ele alıp inceler ve bu delile büyük önem verir.¹⁴⁷ Beydâvî'nin iki önemli şarihi, İsnevî ile Bedahşî de hocalarına aynen katılırlar.

Şiadan İmamiyyenin çoğunluğu istishâbı makbul bir delil olarak kabul ederler.¹⁴⁸

İslam hukukcularında, bazı fer'î delilleri makbul bazılarını merdud sayma hususu, klasik bir değerlendirme haline gelmiş görünüyor. Bir grup fakih istihsânı en önemli fer'î delil olarak ele alırken¹⁴⁹ bazıları da merdud delillerin ilki olarak ele almakta ve reddetmektedirler.¹⁵⁰

Aynı durum istishâb delili için de geçerlidir. Bu delili makbul sayanların başında Şâfiîlerin geldiğini söyleyebiliriz.¹⁵¹

Fer'i deliller, İslam hukuk metodolojisinde istidlâl yoluyla hukukî kurallar koymayı ifade ettiğine göre istishâb delili de bu istidlâl yollarından birisidir.¹⁵² Şu kadar var ki, istishâb delili müctehidin en son

139 "Asıl" adı altında sıralanan bu kaidelerden istishabla ilgili olanları aşağıya alıyoruz:

a. BİRİNCİ ASIL: Şek ile yakın zail olmaz.

b. İKİNCİ ASIL: Zahir-i hal iddiayı red sebebidir.

c. ÜÇÜNCÜ ASIL: Beraet-i zimmet asıldır.(bkz. ed-Debusi, s. 161-162).

140 es-Serahsi, II, 223.

141 el-Gazali, I, 585.

142 MEVSUATU CEMAL ABDİNNASIR Fİ'L-FIKHİ'L-İSLAMİ, (Mevsua), el-Meclisu'l-A'la li's-Şuuni'l-İslamiyye, I-XXXIII, Kahire, 1391 h., VII, 62.

143 es-Serahsi, II, 223.

144 el-Gazali, I, 585.

145 İbn Kayyim, I, 290; Mevsua, VII, 62.

146 eş-Şafii, §: 1457,1463-1464; el-Gazali, I, 584; el-Beydavi, Minhac, (Şerhu'l-Bedahşi ile birlikte), III, 175-180, 187-192; ed-Dehlevi, el-İnsaf, s. 44-45; Ayrıca bkz. eş-Şâfiî, el-Umm, VII, 496-497.

147 Şerhu'l-Bedahşi, a.y.

148 Mevsua, VII, 64.

149 Ebu Zehra, s. 244-245; Hallaf, Mesadır, s. 67-69; Zeydan, el-Medha, s. 216.

150 eş-Şafii, §: 1457,1463-1464; Şerhu'l-Bedahşi, III, 175-180, 187-192; Ebu Zehra, s. 252; Hito, s. 445.

151 el-Gazali, I, 586,604; Şerhu'l-Bedahşi, a.y.

152 Koca, s. 281.

başvuracağı icthad alanı kabul edilmiştir. Hatta Juynboll, istishâbın yeni bir hüküm koymadığını bilakis eski hükmü uygulamaya medar olduğunu kabul eder ¹⁵³ ki, bu görüş zaten İslam hukukçuları arasında genel geçer bir görüştür.

Şevkânî, Harezmi'nin "el-Kafî" adlı eserinde istishâbın en son başvurulacak fetva ve istidlâl yolu olduğuna dair görüşünü nakleder. Ancak, Şevkânî'nin atfına bakıldığında buradaki "en son" tabiri ile istishâbı fer'î delillerin en sonuncusu olarak görmediği, bilakis onu, fer'î delillerin başında saydığı anlaşılıyor. Çünkü, Harezmi değerlendirmesinde; "müftiye bir olayın hükmü sorulursa o sorunun cevabını sıra ile Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas'ta aramalı, bulamazsa istishâb yoluna gitmelidir" demektedir.¹⁵⁴

G. İSTISHÂBIN ÇEŞİTLERİ

Klasik usul kitaplarındaki istishâb çeşitleriyle ilgili taksimata ve verilen örneklere bakıldığında müellifler arasında tam bir ittifak sağlanamadığı görülmektedir. Biz öncelikle bu müelliflerden bazılarının taksimine ve verdikleri örneklere değineceğiz. Sonra da günümüz müelliflerinin muhtasar olarak ele aldıkları kaksimata geçeceğiz.

İstishabın kısımları hakkında ilk değerlendirmeyi yapan usulcüler arasında Serahsî'yi zikredebiliriz. O'nu diğerleri izler.¹⁵⁵

¹⁵³ Beşir, s. 472; Koca, s. 282.

¹⁵⁴ eş-Şevkani, II, 248; Hallaf, Usûl, s. 92; el-Hanbeli, s. 325; Feydullah, s. 81; Kıyasa sıcak bakmayan İmamiyye, Kitap, Sünnet ve İcma'dan hemen sonra ele aldığı ve " el-Usulü'l-Akliyye, el-Usulü'l-İlmiyye" adını verdiği dört delil içerisinde istishaba büyük bir önem verir (bkz.Mahmasani, s. 199).

¹⁵⁵Usulcülerin istishâb ile ilgili değerlendirmelerinin bir özeti, Serahsî'den başlayarak aşağıdaki şekilde verebiliriz:

1. Serahsî'nin Taksimi

Serahsî, istishâbı dörde ayırır:

a. İstishâbu hukmi'l-hâl mea ademi delîlin mugayyir (önceden hükmü delil ile sabit bir hükmün varlığını değiştiren yeni bir delil olmadıkça aynen kabul edilmesi ile ilgili İstishâb): Buradaki söz konusu hüküm, ya vahiy ya da akılla (hissen) sabit olur. Bu hükmün bekası zaruridir, değiştirilemez, her müctehidi bağlar, her olaya uygulanır.

b. İstishâbu hukmi'l-hâl bi delîlin mugayyirrin sabitin bi'l-ictihad (ictihat ve araştırmaya dayanan bir delil ile eski durumun hükmünü değiştirme istishabı): Böyle bir istishâb cüz'î meselelerde ve yalnız bir hakkın korunmasında (def'ide) kullanılabilir. Yeni hakların elde edilmesinde (isbatta) kullanılamaz.

c. İstishâbu hukmi'l-hâl kable't-teemmül ve'l-ictihad (yeni delil aramadan eski halin devamına karar verme istishabı): Bu istishâb şekli cehalet hali ile ilgilidir. Mugayyir bir delilin bulunup bulunmadığına dair ictihad (araştırma) yapmamak cehalet mazeretinin makbul olduğu bir yerde ise problem olmaz, aksi halde, yani, cehaletin geçersiz olduğu yerde olursa mazerette geçersiz olur.

Mesela dar-ı harpte müslüman olup namazın farzietini hiç araştırmayan ve hayatını eski hali üzerine düzenleyen kimseye geçirdiği namazlara karşılık kaza mükellefiyeti yoktur. Aksi halde, yani aynı kişi dar-ı İslam'da müslümün olmuş ta namazın farz olduğunu bilmiyorsa bu bilgisizliği (cehaleti) araştırma yapmaması nedeniyle ise mazereti geçersiz olup namazlarını kaza edecektir.

d. İstishâbu'l-hâl li isbatî'l-hükmi ibtidaen (eski halin bütün müstemilatını delilsiz yeni duruma uygulama istishabı): Bu istishab şekli geçerli olamaz.

Mesela, mefkud (kaybolup da bulunamayan kimse) ölümü isbat edilmedikçe önceden malik olduğu şeylerin sahibidir. Mülkünün maliki karısının kocasıdır. Eski hakları aynen bakidir ama yeni haklara sahip olamaz. Mesela ölen bir yakınına mirasçı olamaz. Şafiiler ise böyle bir istishabı hef def'i de (Hanefilerde olduğu gibi) hem de isbatta kabul ederler. (es-Serahsi, Usûl, II, 224-226.).

2. Gazâlî'nin Taksimi

Gazâlî de istishabı dörde ayırır.

a. İstishâbu'l-Beraeti'l-Asliyye (beraet-i asliyye istishâbı): Bir delil ile sabit olan bir hüküm, kapsamı dışındaki şeyleri eski hali üzere ibka eder. Mesela, namazla ilgili delil, namazın beş vakit olduğunu bildirdiğine göre altıncı vakti nefy ediyor demektir. Burada aslanan altıncı vakitten beraettir. Böyle bir namazın yokluğu istishâben sabittir.

Yeni hüküm koyan deliller nassan sabit olur. Mu'tezile'nin dışındaki fukahaya göre aklen yeni hüküm konamaz. Ancak aklen bir şeyin ademine (yokluğuna) hükmedilebilir.

b. İstishâbu'l-umûm ve istishâbu'n-nass (Tahsisine dair bir delil olmadıkça hükmün ihtiva ettiği manayı bütün şümulü ile, neshine dair bir delil bulunmadıkça da bakası ile kabul etmek istishâbı)

c. İstishâb'u hükmün delle's-şer'u alâ sübûtihi ve devamihî (Hükmünün sübutu ve devamına şer'î bir delilin delalet ettiği istishâb): Alım satım akti ile mülkiyetin sabit olması ve devam etmesi, emanet bir şeyin kusur ve ihmal sonucu itlafı halinde tazmin edilmesi gibi.

d. İstishâbu'l-icma fî mahalli'l-hilaf (İhtilafı konularda icma yoluyla istishâba başvurma): Biz böyle bir istishâb şeklini sahih bulmuyoruz. (el-Gazali, I, 585-589).

3. İbn Kayyim'in Taksimi

İbn Kayyim istishâb'ı üç kısımda ele alıyor.

a. İstishâbu'l-beraeti'l-asliyye (beraet-i asliyye istishâbı): Bir şeyin bulunduğu hal üzere devam ettiğini kabul etmekten ibaret olan bu istishâbın uygulamasında fukaha ihtilaf etmiştir. Hanefiler, böyle bir istishâbın def'i'de yani bir hakkın korunmasında geçerli ama isbatta yeni hakların iktisabında geçersiz olduğunu, zira bir hükmün mazideki halinin gelecekte de geçerli olması, yeni bir delilin bulunmamasından değil, o hükmün özünde taşıdığı gereği olarak geçerli olduğunu söylerler. Malikilerin çoğunluğu ile Şafiiler bu istishâbın hem def'i de hem de ispatta geçerli olduğunu çünkü eskiden var olan bir hükmün geçerliliğini yitirmesinin ancak yeni bir delille olabileceğini ileri sürerler.

Kanaatimizce Şafiiler ile bazı Maliki hukukçularının kabul ettikleri bu anlayış, delaleti makbul bir istishâb şekli olarak kabul edilecek olursa uygulamada bazı hukuki hatalara yol açma ihtimali bulunmaktadır. Mesela, mefkudun yıllarca bulunmadığı ve vefatı isbat edilemediği halde hem defide hem de ispatta haklarının korunması bir çok kişinin haklarının ziyana sebep olabilir. Eşi ile arasındaki nikah bağı çözülemez, yakınının vefatı halinde kendisine düşen miras akim kalır.

b. İstishâbu'l-vasfi'l-müsbit lil hükmî's-şer'î (şer'an sabit olan bir vasfın hilafına bir hakikat sabit olmadıkça geçerli sayılması istishâbı): Abdest alanın abdesti şübhe ile zail olmaz. Çünkü abdest aldığı hatırlayan, şer'an geçerli bir hal üzeredir. Hades vukuunun isbatı gerekir. Keza abdestsiz olduğunu hatırlayan ama abdest aldığı hatırlamayan, abdestsiz sayılır. Evlinin nikahı, malikin mülkü ve mes'ul kişinin üzerindeki zimmet, aksi anlaşılınca kadar devam eder.

c. İstishâbu hukmi'l-icma' fî mahalli'n-niza' (ihtilafı konularda icma' istishâbı): Böyle bir istishâba başvurulamaz. Ancak doğruluğu icmaen sabit olan bir konudaki değişiklik ve tağyiratla ilgili şübhe ve ihtilafın eski halini kaldıracağını kesin bir dille söylemek mümkün değildir. Mesela, teyemmümlü olarak namaza duran bir kimseyi düşünelim; burada teyemmüm namazın sıhhati için geçerli bir yoldur. Namazın içinde iken su ihtimali belirse, mücerred bu durumun teyemmümü bozduğunu söylemek, ne kadar doğru olur? Aksine, istishâben teyemmümün devam ettiği hükmünü ibka sayarak namazın sıhatine hükmetmek daha isabetli bir yol olabilir. (İbn Kayyim, I, 290-294).

Debusi, Ebu Hanife ile İmameyn arasındaki ihtilafı meseleleri anlatırken, BİRİNCİ ASIL olarak Ebu Hanifenin kabul ettiği kuralı ele alıyor. Ebu Hanife, " Farz bir ibadeti başlangıçta ifsad eden birşey onu sonunda da ifsad eder" diyor. Teyemmümle namaza başlayan bir musallinin namazın içinde iken suyu görmesi halinde abdestinin bozulacağını, zira baştan itibaren abdestsiz sayılacağını kabul ediyor.

İmameyn ise namazı sahih kılan bir teyemmümün onu sonuna kadar sahih kılıcağı kanaatini izhar ediyorlar. Dolayısıyla teyemmümle namaza başlayan kimsenin namaz esnasında muttali' olacağı suyun teyemmüme zarar vermeyeceğini, bu nedenle kıldığı namazın fasid olmayacağını belirtiyorlar.

Gene Ebu Hanife, sabah namazı esnasında güneşin doğması halinde, aynı sebeple namazın fasid olacağını, çünkü musallinin güneş doğduktan sonra namaza durmuş hükmünde olacağını, İmameyn ise aksine namazın ikmal edilmesi gereğine, namaza başlarken doğmamış olan güneşin yine doğmamış hükmünde olacağını söylerler (bkz. ed-Debusi, s. 11,13).

Burada İmameynin istishâb delili ile varılan sonuçlara paralel bir yol izledikleri görülmektedir.).

4. İbn Sübki (771/1370)'nin Taksimi

a. İstishâbu'l-ademi'l-asliyy (bir hükmün aslen sabit olmamasını gerektiren istishâb): Altıncı bir farz namaz vaktinin bulunmadığını gerekli kılan istishâb şekli gibi.

b. İstishâbu'l-umûm ve istishâbu'n-nass (muhassısı bulunmadıkça amm lafzın hükmünün, nasihi bulunmadıkça zahir lafzın hükmünün devam edeceğine dair istishâb): Bu durumda böyle lafzların hükümlerinin bekasına istishâb yoluyla hükmedilir.

c. İstishâbu hükmün delle's-şer'u ala sübûtihi ve devâmihi (hükmünün sübutu ve devamına şer'î delilin delalet ettiği istishâb): İtlaf halinde tazmin mesuliyetinin devam etmesi gibi. Bu istishâb şeklinde şeran sabit bir hüküm sabit olmadıkça delalet devam etmez.

Mecele, usul bilginlerinin bu değerlendirmelerini maddeleştirmektedir. Hocaeminzade Ali Haydar Efendi(1334/1915) Mecellenin 5. md.'siyle düzenlenen "**bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır**", kuralını açıklarken, 1683 ila 1777.¹⁵⁶ maddelerine de atıfta bulunarak istishâb delilinin kısımları üzerinde duruyor, istishâbın iki kısma ayrıldığını belirtiyor ve bu taksimine el-Hâdimî (1176/1762)'nin Menâfiu'd-Dakâik adlı eseri ile İbn Nüceym (970/1562)'in Risâletu'l-İstishâb'ını referans gösteriyor.¹⁵⁷ Buna göre istisâb:

a. Birşeyin, mazide bulunduğu hal üzere kalmasıdır: Yani, birşeyin, geçmişte ne hal üzere ise, -değiştiğine dair bir delil bulunmadıkça- şimdiki halde de aynen devam etmesidir.¹⁵⁸

b. Birşeyin, şimdiki hal üzere kalmasıdır: Yani, birşeyin, mazide nasıl olduğu bilinmiyorsa, şimdiki halinin mazide de aynen var olduğunun kabul edilmesidir.¹⁵⁹

d. İstishâbu hâli'l-icmâ' fi mahalli'l-hilâf (ihtilafı konulardaki icma halinin devamına ait istishâb): Mesela teyemmüm ile başlanan namazın sıhhati üzerinde icma hasıl olmuştur. Teyemmüm ederek namaza başlayan kimse, namaz esnasında su görürse namazı istishâb yoluyla sahihtir, fasit olmaz. (el-Berzenci, I, 139-140, İbn'u-Subki, el-İbhac ve Şerhu'l-İsnevi, III, 110-114'e atfen.)

5. Şevkânî'nin Taksimi

Şevkânî, istishâb çeşitlerini beş kısma ayırıyor.

a. İstishâbu mâ delle'l-aklu evi's-şer'u alâ sübûtihi ve devâmihi (hükümünün sübutuna ve devamına akıl veya şer'î bir delilin delalet ettiği istishâb şekli): Mülkiyet hakkının maliki lehinde devam etmesi gibi. Şer'î bir delil bu hükümün varlığına delalet etmektedir. Malikin bir akitle mülkünü sattığı isbat edilmedikçe bu hakkı istishâb yoluyla devam eder.

b. İstishâbu adamî'l-asliyy el-ma'lûm bi delîli'l-akli fi'l-ahkâmî's-şer'îyye (şer'î hükümlerde akıl yolla, sabit bir delille olmayan şeyin devamı ile ilgili istishâb): Aklen sabittir ki bir şer'î hüküm olan beş vakit namazın altıncı vakit gibi farziyeti yoktur. Altıncı vaktin olmayışı istishâb yoluyla devam etmektedir.

c. İstishâbu'l-akli ilâ en yeride'n-nass (aksi nassan sabit olmadıkça tamamen akıl yoluyla sabit bir hükümün devamı ile ilgili istishâb -akıl istishâbı-): Bu istishâb şekli Mu'tezile'ye ait olup, ehl-i Sünnet bunu ittifakla reddeder.

d. İstishâbu'd-delîl bidelîli'n-nesh ev bidelîli'l-muhassıs (nâsıh veya muhassıs bir delil olmadıkça bir nassın ifade ettiği hükümün bekası ile ilgil istishâb)

e. İstishâbu'l-hükmi's-sâbit bi'l-icmâ' fi mahalli'n-nizâ' (icmaen sübutu ihtilafı olan bir hükümün devamı ile ilgili istishâb): Bu konu fukaha arasında ihtilafı bir konu olmuştur. Bazı müctehidler üzerinde icma edilen konu aynen devam eder dediği halde bazıları da üzerinde icma olan şeyin mugayyir bir delil ile değiştiği kanaatine varmışlardır.

Bunun en önemli misali müteyemmimin namazıdır. Bilindiği gibi su bulamayan birinin teyemmüm ile namaz kılması icmaen sabit ve sahihtir. Teyemmüm ile tahir bir kimse namaz haricinde suyu görse teyemmümü bozulur. Bu da icmaen sabit bir hükümdür. Ya teyemmümlü kişi namazın içinde iken suya muttali olursa durum ne olacak?

Şafii ekolünün öncülük ettiği grup istishâb yoluyla önceden makbul bir hükümün devamından yanadır ve namazın sahih olacağını söyler.

Ebu Hanife ise namazın içinde iken suya muttali olma halini, bir mugayyir delil olarak algılamış ve namazın fesadına hükmetmiştir. (eş-Şevkani, II, 250-251. Ayrıca bkz. 134 no'lu dipnot.)

¹⁵⁶ Mecellenin 1683. md.'si, "Tahkîm-i hâl, yani, hâl-i hazırı hakem kılmak istishâb kabilindedir." şeklinde, 1777. md.'si ise, "Bir kimsenin hanesine akan su yolu hakkında, "hadisdir" yahut, "kadimdir" diye ihtilaf olunup, sahib-i hane mesîlin hadis olduğunu iddia ile refini istediği ve tarafeynin beyineleri olmadığı surette; nazar olunur: Eğer vakt-i husumette ol mesîlden su cereyan eder, yahut, evvelce cereyanı malum olur ise, hali üzere ibka olunur. ve söz, maalyemin sahib-i mesîlin olur. Yani, mesîlin hadis olmadığına yemin ettirilir. Ve eğer vakt-i husumette su cereyan etmez veya ondan evvel cereyanı malum olmaz ise, söz, maalyemin sahib-i hanenin olur" şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁵⁷ Geniş bilgi için bkz., ALİ HAYDAR EFENDİ, Hocaeminzade, (Küçük Ali Haydar), Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, I-IV, İstanbul, 1330, I,41-45; IV,377,643.

¹⁵⁸ Bkz.,el-HÂDİMÎ, Ebu Said Muhammed b. Mustafa b. Osman, Menâfiu'd-Dakâik fi Şerhi Mecâmiu'l-Hakâik, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1273, s. 311.

¹⁵⁹ Ali Haydar Efendi bu kısım için İbn Nüceym'in "Risâletu'l-İstishâb" adlı risalesini kaynak gösteriyor. İmkanlarımızın elvermemesi nedeniyle bu risaleye ulaşamadık. Bu risalenin, Hamevî'nin el-Eşbâh'ı ile

İslam Ansiklopedisi, "İstishâb" md.'sinde bu delili; "malum ve emin birşey ile münasebet, bir bağılılık aramak" şeklinde özetlemekte ve bu delilin kuvvetli bir mevkiye sahip olduğuna işaret etmektedir.¹⁶⁰

Bu incelemelere baktığımızda aşağıdaki hususların ortaya çıktığını söyleyebiliriz:

a. Mugayyir bir delil olmadıkça sübutu nass ile veya akıl sabit olan bir delilin hükmü bakidir, devam etmektedir.

Bazı usul bilginleri bu durumu ortaya koydukları asıllarla, bazıları ayetlerle, bazıları da beraat-ı asliye tabiriyle ifade etmektedirler.¹⁶¹

b. Şer'an makbul bir delil ile ortaya konan vasfın istishâbı da makbuldür (vasıf istishâbı).

c. Bu iki istishâb şeklinin yani beraat-ı istishâb şekli ile vasıf istishâbının dışındaki konularda ihtilaf edildiği, her müellifin kendi mezhebi ve şer'i nassı yorumlayıp ve en güzelini ifade gayreti içerisinde olduğu görülmektedir.

d. Daha çok Şafii hukuk ekolünün üzerinde durduğu umum ve nesh istishâbı ile ihtilafli konulardaki icma istishâbı üzerinde ittifak hasıl olamadığı farklı yorumlara gidildiği söylenebilir.¹⁶²

Hanefilerin tahsisin alanını dar kapsamlı tutmaları ile icma ile ilgili hususa mugayyir delil izhar etmeleri haklı olarak ihtilafın giderilememesinin başlıca nedenlerini teşkil ediyor.

Serahsî, yeni delile başvurmadan eski halin devamına karar vermenin istishâb itibariyle doğuracağı sonuçları kanaatimizce orjinal bir usulpla ele alıyor. Daru'l-harbde cehaletin mazeret olacağını dar-i islamda ise caiz olmayacağını, taharrisiz eski hali devam ettiren kişinin dar-ı islamda mesul olacağını, burada istishâb yolunun izlenemeyeceğini, yani eski halin ibka edilemeyeceğini, çünkü mugayyir bir delilin bulunduğunu izah ediyor.¹⁶³

Böyle bir kimse Molla Hüsrev (885/1480)'in belirttiği gibi "bilinebilecek durumda olan dini esasları bilmemek" ten sorumlu olur.¹⁶⁴

Kaynak müellefata atfen yapılan çalışmalarda istishâbın kısımları ile ilgili bahisler birbirine yakın bir yol izlemektedir.¹⁶⁵

birlikte 1290 h. yılında İstanbul'da basılan İbn Nüceym'e ait 41 adet risaleden birisi olduğu anlaşılıyor. (Bkz., ÖZEL, Ahmet, Hanefî Fıkıh Âlimleri, Ankara, 1990, s. 117.).

Bununla beraber, söz konusu risale muhteviyatının istishâb delili ile ilgili, bilinen konulara şamil olduğu söylenebilir. (Bkz., YAZIR, M. Hamdi, İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu, I-V, Eser Neşriyat, İstanbul, 1996, II, 538-540.).

¹⁶⁰ TH. W. JUYNBOLL, Goldziher, Das Princip des Istishab in der Muhammedan, Gesetzwissenschaft (Wien, Zeitschr, ift für die Kunde d. Morgenl, I, 228-236'dan naklen, İslam Ansiklopedisi, V/2, 1221.

¹⁶¹ ed-Debusi, s. 161, 15, 17; es-Serahsi, Usül, II, 224; el-Gazali, I, 585; İbn Kayyim, I, 290; İbnu's-Subki, III, 110; eş-Şevkani, II, 250.

¹⁶² el-Gazali, I, 585; İbnu's-Subki, III, 110; eş-Şevkani, II, 251; Mahmasani, s. 197-199; el-Mevsua, III, 323-324; Beşir, s. 470-471.

¹⁶³ es-Serahsi, II, 225.

¹⁶⁴ AYDIN, Hakkı, "İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme (Cehalet)", Cumhuriyet Üniv. İFD, sayı: 1, Sivas, 1996, s. 29-64, s. 29-34.

¹⁶⁵ Hallaf, Mesadir, s. 151; Usül, s. 91; Ebu Zehra, s. 278-279; Şa'ban, s. 208-211; Zeydan, Usül, s. 268-171; Hito, s. 445-446; Mahmasani, s. 197-199; el-Hanbeli, s. 323-324; el-Berzenci, I, 139.

Biz Şa'ban'ın benimsediği istishâb çeşitlerini esas almak istiyoruz. Buna göre üzerinde ittifak hasıl olan istishâb çeşitleri üçtür:

1. İBAHA-İ ASLİYYE İSTISHÂBI

Mugayyir delil bulunmadığı sürece eşyanın mübahlığına ve insanın fiillerinin meşruiyetine izin verildiğine istishâb yoluyla hükmedilir. Kaldı ki buna delalet eden ayetler de vardır.¹⁶⁶

2. BERÂET-İ ASLİYYE İSTISHÂBI

Mükellef için aslolan mükellefiyetten ve mesuliyetten beri olmasıdır. Mükellefiyet ve mesuliyet için bir şer'î delil veya aklî isbat yolu olması gerekir.¹⁶⁷

3. VASIF İSTISHÂBI

Sebebi ortadan kalkmadığı sürece şer'an varlığı kabul edilen hüküm istishâb yoluyla sabit olur.¹⁶⁸

H. İSTISHÂB DELİLİNİN HÜCCET OLARAK KULLANILMASI

İslam hukuku araştırmacılarının, istishâbın hücciyeti hususunda "hakkında hüküm verilecek konularda en son başvurulacak bir istidlâl şekli " olduğuna dair, Şevkânî'nin, Harezmi'nin "el-Kafi" adlı eserinden naklettiği ibare hatırlatılır. Bütün deliller tek tek ele alındıktan sonra ancak istishâba sıra geleceği, dolayısıyla istishâbın fer'î delillerin sonuncusu olduğu vehmettirilir.¹⁶⁹

Şevkânî'nin yaptığı bu nakle baktığımızda, Harezmi'nin "istishâb fetva verilirken başvurulacak en son kaynaktır" sözlerinin aynen aktarıldığını görürüz. Ancak Harezmi bu ifadesinde istishâb ile diğer fer'î delilleri değil, bilakis asli delilleri karşılaştırıyor ve Kitap, Sünnet, İcma' ve Kıyas delillerinde bir hüküm bulunamaz ise istishâba başvurulması gereğine dikkat çekiyor.¹⁷⁰ Böyle bir değerlendirme istishâbın istidlâl ve istinbattaki rolünü daha da arttırmaktadır.

Baktır, usûl ve furu' kitaplarında külli kurallerin müstakil bir delil oluşuyla ilgili sarih bir ifadeye rastlanmadığını, Hamevi (1098/1687)'nin İbn Nüceym (970/1563)'den külli kurallerle fetva vermenin helal olmadığını naklettiğini, Mecelle mazbatasında da bu görüşlerin teyid edildiğini, ancak, "şek ile yakın zail olmaz", "zarar izale olunur", "meşakkat teysiri celbeder", "adet muhakkemdir" ve "bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir" kurallarına usucülerin büyük önem verdiklerini ve nihayet Ebu Said el-

¹⁶⁶ Şa'ban, s. 208; 2/Bakara, 29; 45/Casiye, 13.

¹⁶⁷ Şa'ban, s. 209.

¹⁶⁸ Şa'ban, s. 210-211.

¹⁶⁹ el-Hanbeli, s. 325; Zeydan, el-Medhal, s. 214; Usûl, s. 270; Şa'ban, s. 211-212; Feydullah, s. 81.

¹⁷⁰ eş-Şevkani, II, 248-249.

Hadimi (1176/1762)'nin külli kuralları müstakil delil saydığını, İzmirli'nin de külli kuralları müstakil delil olarak aldığını zikrediyor.¹⁷¹

Zahiri hukukçulardan İbn Hazm istishâbı her anlamda geçerli bir delil sayar.¹⁷²Şafii hukukçu Gazâlî de aynı şekilde istishâb yoluyla istidlâl büyük önem verir, onu asli deliller derecesinde kabul eder.¹⁷³

Gazâlî özellikle "beraet-i asliyye istishâbına ilgi duyar, hakkında şer'î delil bulunmayan vakaları istishâb yoluyla delillendirir. Hanefîlerin, "şer'î delil, ifade ettiği hükümde geçerlidir. Bir delilden istishâb yoluyla geleceğe ait hüküm çıkarmaya gerek yok. Bir hadise hakkında şer'î delil yoksa o konuda aslanan tevakküftür"¹⁷⁴ şeklindeki gerekçelerle kabul etmedikleri bir yolu izler. Şevkânî'nin Mu'tezile için zikrettiği "akıl istishâbı"na yakın bir görüş izhar eder.¹⁷⁵

Hanbeliler, Malikiler ve Şiadan İmamiyye de Şafiiiler ve Zahiriler gibi istishâbla istidlâlî kabul derler. Malikilerden Bâcî'nin Hanefilerde olduğu gibi istishâbla istidlâl ihtiyatlı yaklaştığını görüyoruz.¹⁷⁶

Böylece, istishâbın istidlâl yollarından birisi olduğuna dair görüşün fakihlerce benimsendiği anlaşılıyor.

Ancak usulcüler, istishâbın yeni bir hüküm koymaktan ziyade, var olan hükmün varlığını ibka, inidamı sabit olan bir şeyin ise ma'dumiyetini korumada kullanılan bir istidlâl yolu olduğuna dikkatimizi çekiyorlar.

Amidî, Hanefîlerin istishâba bakışlarıyla ilgili değerlendirmesini oldukça sert bir üslub ile ele alıyor, Hanefîlerin istishâbı batıl saydıklarını belirtiyor.¹⁷⁷ Oysa Hanefîlerin istishâbı tamamen uygulama dışı bıraktıklarını söylemek oldukça zor.¹⁷⁸ Bununla beraber Hanefîlerin istishâb deliline ihtiyatla yaklaştıkları da bir gerçektir.

Hanefîler, istishâb delilinin bir hükmün bekasına delil olamayacağını savunurlar. Çünkü bir hükmün delili, o hükmün bekasına delil olmaz. Bir şey kendisinin dışındaki bir şeyin varlığını erekli kılabilir ama varlığını gerektirdiği o şeyin bekasını gerektirmez. Çünkü bekası varlığı demek değildir. O hadistir. Mevcudiyetten sonraki bir durumdur. Mevcudiyetinin devamı için yeni emare ve sebeblere ihtiyaç vardır.

Bu nedenle ki, müctehid önceden var olan bir hükmün devam ettiği kanaatine ancak araştırma sonunda varabilir, istishâb yoluyla değil. Aksihalde hüküm ortaya koymak mümkün olmaz.

¹⁷¹ BAKTIR, Mustafa, İslam Hukukunda Külli Kaideler, Erzurum, 1988, s. 18-19; Ayrıca bkz. İzmirli, s. 190-191.

¹⁷² İbn Hazm, II, 100.

¹⁷³ elGazali, I, 585-587.

¹⁷⁴ es-Serahsi, II, 216, 223-224.

¹⁷⁵ elGazali, I, 585-586; eş-Şevkani, II, 250-251; Mevsua, VII, 64.

¹⁷⁶ el-Baci, II, 687; el-Berzenci, I, 139.

¹⁷⁷ el-Amidi, IV, 367.

¹⁷⁸ es-Serahsi, II, 224-225.

Hanefiler, Şafiilerin ileri sürdüğü, Hz. Peygamber zamanında sabit olan hükümlerinhalen geçerliliğini korumasının istishâb yoluyla olduğuna dair görüşlerini reddederler. Bu hükümlerin nass yoluyla bize intikal ettiğini, bu nassların delaleti sayesinde o hükümlerin yaşadığını vurgularlar. Hanefilere göre, "hades şübhesiyle abdestin bozulmayacağı, talak şübhesiyle nikahın fesholmayacağına dair hasıl olan icma', istishâb delili ile değil, abdesti bozan, talakı vaki kılan sebepler zahir olmadıkça eski halin devam edeceği hususunun sarih olması nedeniyledir. Bu sebeplerin açıkça belirmesi ise cereyan eden örfle sabit olur, istishâb ile değil".¹⁷⁹

Nitekim Serahsî istishâbı, "delilsiz hüccet getirme yolları" arasında zikreder.¹⁸⁰ Serahsî'ye göre "aslolan bir olayın vücubunu ifade eden bir delilin olmamasıdır. Olmayanı var saymak mümkün değildir. Bir şeyin var olduğunu gösteren delil, onun varlığını devam ettireceğine delil olmaz. Şu anda alış veriş yapmıyor olmamız, gelecekte de alış veriş yapmayacağımızı göstermez. Bir mülkün bize intikalini sağlayan alım satım akti, o mülkün sürekli bizde kalacağına delil olamaz. Çünkü onu bizim kılan şey, zaten gelecekte de bizim olacağını isbata kafidir. Yeni bir delil ikamesine gerek yok. Bir kimsenin hayatta olması, gelecekte de hayatta kalacağına delil olmaz. Çünkü birşey hakkında var olan bir hüküm, varlığını sürdürmek için yeni bir delile başvurmayı nefyeder".¹⁸¹

"Bir şeyi inkar eden delil getirmez. Delil -nass gereği- iddia edene aittir". diyen Serahsî, "Bir hadisenin hükmünü ararken, değiştiğine dair delil getirilinceye kadar asla bağlı kalmak İslam hukukunda başvuru bir usuldür." der ve ilave eder: "Eşyada aslolan tevakkuf halidir. Vacip kılan veya haram kılan delilin olmamasıdır".¹⁸²

Serahsî, Şafilerdeki, "şer'î delilin hükmünün gelecek zamanlara istishâb yoluyla aktarıldığı" şeklindeki görüşlerine, şiddetle karşı çıkar. Bu hususa, 6/En'am, 145. ayetini delil gösterir. Filhakika, gerek Râzî gerekse Elmalılı mezkur ayeti tefsir ederken Serahsî'ye yakın bir yol izleyerek, İslâmî hükümlerin, özellikle de haram ve helalleri belirleme salahiyetinin tamamen Allah'a ait olduğunu vurgularlar.¹⁸³

Amidî, istishâb delilinin defi ve isbatta hüccet olarak kullanılabilmesine dair Şafii hukuk ekolünün görüşünü açıklarken, delalet alanı hakkında da bilgi sunar ve ister akli olsun isterse şer'î bir mesele olsun farketmeyeceğini vurgular.¹⁸⁴

Beydâvî'nin şarihlerinden İsnevî, istishâb delilini Şafilerdeki temel bakış açısına uygun olarak ele alır, hem defi hem de isbatta tam bir delil olarak kullanılmasını gerektiğini dile getirir ve gerekçelerini sıralar. İsnevî'ye göre istishâb delilinin kabul edilmemesi demek, dolaylı yoldan peygamberlerin

¹⁷⁹ Mevsua, VII, 66.

¹⁸⁰ es-Serahsi, II, 223.

¹⁸¹ es-Serahsi, II, 224.

¹⁸² es-Serahsi, II, 216.

¹⁸³ er-RAZÎ, Muhammed Fahrudin b. Ziyaeddin Ömer, Mefatihul-Ğayb, I-VIII, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1307, IV, 238-239; ELMALILI, Ahmed Hamdi Yazır, Hak Dini Kur'an Dili, I-IX, Eser Yayınevi, İstanbul, 1968, III, 2073-2074.

¹⁸⁴ el-Amidi, IV, 367.

gösterdikleri mucizelerinin reddedilmesi, şer'an sabit olan hükümlerin devamını nefyetmek anlamsına gelir.¹⁸⁵

Bu konuyu bitirirken şunu ifade edelim ki Mu'tezile, Şafii, Hanbeli, Zahiri, Zeydiye ve İmamiye istishâbı ön planda tutmaktadırlar. Hanefiler nasıl istihsânı, Malikiler de istislâhı kullanıyorlar ¹⁸⁶ise adı geçen hukuk ekollerine bağlı fukaha da istishâbı kullanır. İstishâbı her anlamda kabul eden İslam hukukçuları onu hem defide hem de isbatta delil kabul ederler. Hanefiler ise sadece defide delil olarak alırlar.¹⁸⁷

II. İSTISHÂB DELİLİNİN UYGULAMADAKİ YERİ

İslam hukukçuları furu-u fıkha dair yazdıkları mufassal eserlerinde cüz'i meselelere çözüm getirirken istishâb deliline ait bir çok örneğe yer vermektedirler. Bu konuda yani istishâb deliline bağlı olarak ortaya konan bu meseleleri bazı alt başlıklar altında aşağıdaki şekilde gruplandırmak mümkündür. Biz bu çalışmamızda furu kitaplarının derinliklerinde mevcut bulunan bütün istishâb örneklerini ele alma imkanı bulamadık. Bununla beraber istishâb deliline baş vurularak çözülen örneklerin kısa bir tasnifini yaparak ilgili her grubun bazı örneklerini sunmaya çalıştık ki bunları şöyle sıralayabiliriz.

- A. Genel Hüküm İfade Eden Kâideler.
- B. İtikadî Kâideler.
- C. İbadet, Haram ve Helalle İlgili İstishâb Şekilleri.
- D. Medeni Haklar, Aile, Yargı, Eşya, Borçlar ve Ticaret Hukuku ile İlgili İstishâb Yolları.
- E. Ceza Hukuku ile İlgili İstishâb Esasları.¹⁸⁸

A. GENEL HÜKÜM İFADE EDEN KÂİDELER

Bir çok fkhî problemlerin çözümü küllî kurallere dayanır. İstishâb delili de bu küllî kurallardan bir kısmına istinad eder¹⁸⁹ ki, bunları şöyle sıralayabiliriz:

1. "Eşyada asl olan ibahadır."

¹⁸⁵ Mevsua, VII, 65-66.

¹⁸⁶ eş-Şevkani, II, 245; Mevsua, VII, 63.

¹⁸⁷ Bilmen, Istilahat-ı Fıkhiyye, I, 195-196; elHanbeli, s. 324; Zeydan, el-Medhal, 269-270; Karaman, s. 149; Feydullah, s. 83-84; Hito, s. 445.

¹⁸⁸ Konuyla ilgili ayırım ve örneklerin daha detaylı olabileceğine inanıyoruz. Furu-u fıkha dair yazılan eserlerdeki bütün misaller teker teker ele alınıp incelenebilirdi. Çalışmamızın uzamaması, bu alandaki maksadın hasıl olduğu düşüncesiyle verdiğimiz mevcut taksimat ve örneklerle iktifa ediyoruz.

¹⁸⁹ Ebu'l-Mekarim, s. 30-31.

2. "Şekl ile yakın zail olmaz."¹⁹⁰
3. "Beraet-i zimmet asıldır."
4. "Zail olduğuna dair bir delil olmadıkça eşya eski hali üzere bırakılır."¹⁹¹
5. "Zamanın değişmesi ile ahkâmın değişmesi inkar olunamaz."¹⁹²
6. "Şer'an sübutu kabul edilen bir hüküm, bu hükmün sebebinin ortadan kalktığına dair bir delil bulunmadıkça devam ediyor kabul edilir."¹⁹³
7. "Bir değişiklik meydana geldiğine dair delil bulunmadıkça olanı olduğu hal üzere bırakmak esastır."¹⁹⁴
8. "Hükmüne dair belirli delil bulunmayan her şey mübahtır."¹⁹⁵

B. İ'TİKÂDİ KÂİDELER

Bir kimse Hz. Peygamber'in vefatından sonra peygamberlik iddiasında bulunsa, iddiasını Kitap ve Sünnetle isbat etmedikçe iddiası merduttur.¹⁹⁶

C. İBADET, HARAM VE HELALLE İLGİLİ İSTİSHÂB ŞEKİLLERİ

1. Abdestinde şüphe eden kişinin aynı abdestle kıldığı namazı caiz görenler olduğu gibi iadesini gerekli görenler de olmuştur.

İmam Malik'e göre taharettteki şüphe namaza manidir. Hanefiler ve diğer müctehidler "yakın şek ile zail olmaz" prensibine göre bu namazı caiz görmüşlerdir.

Ebu Zehra, İmam Malik'in daha ihtiyatlı bir yol izlediğini aktarıyor.¹⁹⁷

2. Abdestli bir kimsenin iki yolunun (ön ve arkasının) dışından çıkan herhangi bir şey (kan, irin) abdestini bozmadır. Çünkü o kişi, o şeyin çıkmasından önce abdestli idi. İstishâb deliline göre taharet hali devam eder.¹⁹⁸

Bu görüş Şafiilere göredir. Hanefilere göre böyle bir kişinin abdesti bozulur.

3. Bir kimse başlangıçtan itibaren abdestli olup olmadığına şüphe etse abdestsiz sayılır. Abdestinin devam edip etmediği konusunda şüphe ederse, abdestli sayılır.¹⁹⁹

¹⁹⁰ Mecelle, md. 4.

¹⁹¹ Mecelle, md. 1683.

¹⁹² Mecelle, md. 39; İbn Hazm bu kaideye karşı çıkıyor: "Yeni bir nass ile eski bir hükmün değişmesine bir diyeceğimiz yok. Bizim kabul etmediğimiz şey, zamanın, mekanın veya şartların değişmesiyle hükümlerin değişebileceğine dair olan kanaattir" diyor (bkz. İbn Hazm, V, 3,5-6).

¹⁹³ Şa'ban, s. 210.

¹⁹⁴ Mecelle, md. 5; Şa'ban, s. 212.

¹⁹⁵ Şa'ban, s. 212; Ayrıca bkz. Ebu'l-Mekârim, s. 55.

¹⁹⁶ İbn Hazm, V, 4.

¹⁹⁷ Ebu Zehra, s. 281.

¹⁹⁸ Mevsua, VII, 61-62.

¹⁹⁹ el-Amidî, IV, 368.

4. Ramazanda imsak vaktinde bir şey yiyen kimse fecrin tulu'undan önce mi sonra mı yediğinde tereddüt etse kaza gerekmez. Çünkü yeme içmeye gece başladığı asıldır. Tereddüt aslın hükmünü bozmaz.²⁰⁰

5. Güneşin batıp batmadığı hususunda şüpheli iken battı zannıyla orucunu açan kimseye kaza gerekir. Çünkü burada güneşin batmaması asıldır.²⁰¹

6. Bir yiyecek haram olduğu bilinmedikçe helal sayılır.²⁰²

D. MEDENİ HAKLAR, AİLE, YARGI, EŞYA, BORÇLAR VE TİCARET HUKUKU İLE İLGİLİ İSTİSHÂB YOLLARI

1. Bir kimse başkasının malına zarar verse zararın miktarında ihtilafa düşseler, zarar gören iddiasını destekleyici emare ve delil getirmedikçe zarar verenin sözü geçerlidir.²⁰³

2. Hayatta olduğu önceden sabit olan mefkut vefatına dair emare veya delil bulunmadıkça sağ kabul edilir²⁰⁴. Şafiilere göre mefkut birisi istishâb yoluyla mirasçı olabilir. Çünkü o, ölümü isbat edilmedikçe berhayat sayılır.²⁰⁵

Hanefiler ise mefkuta mirasçı olunamayacağını ancak mefkutun da mirasçı olamayacağını kabul ederler. Çünkü Hanefiler, istishâb delilini sadece defide almaktadırlar.

3. Şafiiler inkar üzerine sulh bina edilemeyeceğine kaidirler. Mesela, bir kimse birisi üzerinde yüz dinar alacağı olduğunu iddia etse, karşı taraf da bunu inkar etse, aralarında sulh cereyan etmez. Çünkü sulhun sıhhat şartı ikrardır. Bunun delili ise istishâb delilidir. Beraet-i zimmet esasına göre inkar edenin sözüne itibar edilir. İddia edenin delil getirmesi gerekir.

Hanefiler ise böyle bir sulhun caiz olduğunu ancak istishâben değil nizâm kaldırılmasını sağladığı için caiz olduğunu söylerler.²⁰⁶

Hatta Serahsî, sulhta asıl ihtiyacın anlaşmazlığı gidermek olduğu, anlaşmazlığın ise ikrar ve itiraf ile değil inkarla bulduğunu dolayısıyla inkar etmekle beraber kişi iddiacıyı susturmak için bir miktar üzerinde sulh ederse bunun caiz olduğunu söyler. Serahsî'ye göre bu sulh, istishâb yoluyla değil anlaşmazlığın kaldırılmasının iyi olacağı dolayısıyladır.²⁰⁷

²⁰⁰ Şaban, s. 213.

²⁰¹ Şaban, s. 213.

²⁰² Ebu Zehra, s. 277.

²⁰³ Şaban, s. 209.

²⁰⁴ Hallaf, Usul, s. 92; Ebu Zehra, s. 276; el-Hanbeli, s. 325; Feydullah, s. 81; Mevsua, VII, 67-68.

²⁰⁵ Mevsua, VII, 68.

²⁰⁶ Mevsua, VII, 67.

²⁰⁷ es-Serahsi, el-Mebcut, XXX, 223.

4. Bir kimse bir kişi aleyhine iddiada bulursa iddiasını ispat etmedikçe o kişi masumdur.
5. Bir evlilik akti ile evli bulunan karı-koca arasındaki evliliğe bağlı bütün sonuçlar evlilik bağının çözüldüğü isbat edilmedikçe aynen geçerlidir.²⁰⁸
6. Bir erkekle bir kadın arasındaki ilişkide asıl olan haramlıktır. Nikah gibi bir delille isbat edilmedikçe bu haramlık devam eder.²⁰⁹
7. Müşteri, malı (akarı) temlik ettikten sonra şefi (satılan malın hisseli komşusu) şüf'a hakkını iddia etse ve bu hakka sahip olduğuna delil getirirse, Şafilere göre bu dava muteber olmaz. Çünkü müşteri malı mülk edinmiştir. Mülk ise asıldır. Aslın istishâbı deliliyle şefi' reddedilir.
Hanefilere göre ise şefi'nin davası muteberdir. Çünkü asla bağlanmak sorumluluğu kaldırmaz.
8. Mülkiyet, miras, hibe gibi akitlerle iktisap edilen mülkler aksi ispat edilmedikçe başkasına geçemez.²¹⁰
9. Bir yiyecek haram olduğu belli olmadıkça helaldir, alım satımı caizdir.²¹¹
10. Bir kimse evinin bahçesinden akıp geçen su yolunun sonradan olduğunu iddia ile kapatılmasını istese iddiasını da ispat edemese, söz su yolunun devamını talep edene -maalyemin- verilir.²¹²
11. Aynı davada su akıyorsa hak -maalyemin- mesil hakkının kaldırılmasını isteyen ev sahibine verilir.²¹³
12. Bir değirmen sahibi belli bir müddet değirmenini kiraya verse kiracı kira müddetinin hitamında değirmenini suyunun belli bir müddet kesildiğini iddia etse, bakılır; kiralayan su kesildiği iddiasıyla ilgili müddete itiraz ederse söz -maalyemin- kiracıdır. Eğer mucirin itirazı suyun hic kesilmediği yönünde ise dava anındaki durum esas alınır, değirmenin suyu akıyorsa -maalyemin- mucirin lehine, suyu akıyorsa -maalyemin- müste'cir lehine hükmedilir.²¹⁴
13. Mudarip kar etmediğini iddia etse sözü muteberdir. Çünkü mudarebe akdinde kar etmemek asıl, kar arızidir.²¹⁵
14. Borçlu borcunu ödediğini ispat etmedikçe borçlu olduğuna hükmedilir.
15. Bir mudarabe akdinde rabbülmal, mudaribe bazı malların alım satımına izin vermediğini iddia etse, mudarip bunu ikrar etmedikçe iddia geçersizdir.²¹⁶
16. Birkimse birisinde alacağı olduğunu iddia etse, iddiasını ispat edemese davalının borçlu olmadığına hükmedilir.²¹⁷ Buna benzer iddialar da aynı hükümlere tabidir. Mesela, berhayat olduğu sabit

²⁰⁸ Şaban, s. 210.

²⁰⁹ Ebu Zehra, s. 277.

²¹⁰ Ebu Zehra, s. 276.

²¹¹ Ebu Zehra, s. 277.

²¹² Mecelle, md. 1777.

²¹³ Mecelle, md. 1777.

²¹⁴ Mecelle, md. 1776.

²¹⁵ Şaban, s. 209.

²¹⁶ Şaban, s. 209.

²¹⁷ Şaban, s. 209.

bir kimsenin vefatını iddia eden, bir kimsenin bir kadınla evlendiğini söyleyen, evli birisinin karısını boşadığını ileri süren, bir kimsenin sahibi bulunduğu mülküyle alakasının klmadığını ya da önceden sahibi bulunmadığı bir mülke sahip olduğunu iddia etse, ... bütün bu iddialarını isba etmedikçe eski halin devamına hükmedilir.²¹⁸ Nitekim Malikiler, haklı olarak karısını boşayıp boşamadığında şübhe eden birisinin talakını geçersiz saymaları yerinde bir karardır.²¹⁹

E. CEZA HUKUKU İLE İLGİLİ İSTİSHÂB ESASLARI

Bir kimse bir iddiada bulunsa, örneğin birisi için "irtidat etti", "zina etti" gibi ithamlarda bulunsa, iddiasını ispat etmedikçe maznunun masum olduğuna hükmedilir.²²⁰

Buna benzer iddialar da aynı hükme tabidir. Mesela adil bir kişinin fasıklıkla suçlanması ya da fasık bir kimsenin adil olduğunun iddia edilmesi durumlarında, bu iddialar ispat etmedikçe karşı tarafa ceza verilmesi veya masumiyetinin kabulü mümkün değildir.

III. BEŞERİ HUKUKTA İSTİSHÂB ÖRNEKLERİ

Akşit, "Latince ifadesiyle, kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege) ve kanunsuz ceza olmaz (nulla poena sine lege) diye anlatılan kanunilik ilkesi, İslam ceza hukukunda da umumi bir esastır" der.²²¹

²¹⁸ İbn Hazm, V, 4.

²¹⁹ İbn Hazm, V, 4-5; Hallaf, Mesadır, s. 154.

²²⁰ İbn Hazm, V, 4.

²²¹ AKŞİT, M. Cevat, İslam Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları, İstanbul, 1976, s. 68.

Kanunsuz ceza ve suç olmaz ilkesinin kabul edilen genel görüşe göre 1215 tarihli Magna Carta Libertatum (md. 39)da belirtildiği söylenebilir. Bu ilke 26 Ağustos 1789 tarihli "İnsan ve vatandaş hakları bildirisi" ile kesinleşmiş ve anayasal bir hak haline gelmiştir.²²²

Buradaki kuralların "kişinin suç işlediği sübut buluncaya kadar, suçsuz olduğu" esasına dayandığına göre, istishâb delilinin insani ceza hukukunda geniş bir alanın temeli olduğu söylenebilir.

Beşeri hukuk sistemlerinde istishâba benzer vakıaların varlığı inkar edilmemekle beraber, bu konuda kesin sonuçlara ulaştığımızı söyleyemeyiz.

Görebildiğimiz kadarıyla Abdulkadir Udeh (1380/1962), "et-Teşrû'l-Cinâiyyu'l-İslâmî Mukârinen bi'l-Kânûni'l-Vad'î" adlı eserinde böyle önemli bir konu için yeterli bahis açmamıştır.

Ancak Ebu Zehra'nın bu konuda önemli diyebileceğimiz bilgiler sunduğunu söyleyebiliriz. Şener konu ile ilgili açtığı mebhasda yalnız Ebu Zehra'yı referans vermektedir.²²³

Ebu Zehra İslam Hukuk Metodolojisi (Usulü'l-Fıkh) adlı eserinin 290. paragrafında şu açıklamalarda bulunuyor: "Ceza kanunlarındaki esaslar istishaba dayanır. Çünkü bir şeyin yasak olduğu belli oluncaya kadar mübah olduğuna hükmedilir. Sanık, suçu sabit olmadıkça suçsuz sayılır. Bütün bunlar "Beraet istishâbi"nın kapsamı içine girer."

"İslamdaki bu temel esaslarda olduğu gibi beşeri ceza hukuklarında da durum aynıdır. Kişilerin suçsuzluğu esas alınır. Ayrıca akit serbestisi ile ilgili hükümler, yani herkesin serbestçe akit yapabileceğine dair esaslar da istishâb deliline dayanır."

"Özellikle Hanbeli mezhebindeki, mugayyir delil bulunmadıkça bütün akitlerin caiz olacağına dair icthatları insani ticaret hukukuna ait önemli bir kaynak sayılır."²²⁴

SONUÇ

Aklı kullanma ve rey ile icthadda bulunma kapsamı içinde yer alan istishâb delilinin literatürdeki dayanağını, Muaz b. Cebel (r.)'ın Hz Peygamberin huzurunda söylediği rivayet edilen; "Kitap ve Sünnette bulamadığım konuların hükmünü rey ile icthad ederek veririm ve bu hususta elimden gelen hiçbir şeyi esirgemem" sözlerine kadar uzatmak mümkün olabilir. Bilindiği gibi Muaz b. Cebel'in bu ifadeleri Rasulullah'ı son derece hoşnut kılmıştı.²²⁵

Yeni bir hüküm koyma yerine, mevcut hükümleri koruma ve günümüze taşıma esasına dayanan istishâb delilinin gerek huciyeti gerekse uygulama alanındaki hukuki fonksiyonları hakkında tam bir

²²² ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992, s. 56-58.

²²³ Şener, s. 47.

²²⁴ Ebu Zehra, s. 285. Ayrıca bkz. İbn Kayyim, I, 284-299.

²²⁵ Ebu Davud Akdiye, 11; Tirmizi, Ahkam, 3; Nesai, Kudat, 11; İbn Mace, Menasik, 38.

ittifakın olduğunu söylemek mümkün değildir. Bazı görüş ayrılıkları vardır. Bu farklılıkların başında , onu hem defide (iktisabedilen hakların korunmasında) hem de isbatta (yeni hakların kazanılmasında) delil kabul edenlerle sadece defide muteber sayan hukukçuların görüş ayrılıkları gelmektedir. Mu'tezile, İmamiyye, Şafiiler, Zahiriler başta olmak üzere Maliki ve Hanbeli hukukçular istishabın her iki fonksiyonunu muteber sayarken Hanefiler sadece defide kabul ediyor ve kabul şartlarını dar kapsamlı ele alıyorlar.

Üzerindeki bu görüş ayrılıklarına rağmen, İslam hukukçularının istishâb delilini ana hatlarıyla kabul ettikleri ve uygulamada yer verdikleri anlaşılıyor.

Hatta -görebildiğimiz kadarıyla- temel esasları yalnız İslam hukuku metodolojisi bilginleri tarafından belirlenen bu istidlâl yolunun insani hukuk sistemlerince de, başka isimler altında da olsa, bir anlamda gerek teori ve gerekse uygulama planında benimsendiği görülmektedir.

Bu bakımdan deyiniriz ki -aksini savunanlar bulunsu bile²²⁶- istushâb delili fikhi problemlerin çözümünde önemli bir konuma sahip olmuştur. Günümüzde de aynı işlevini sürdürdüğünü söylemek yerinde olur. Şukadar varki, özellikle Şafii hukukçuların istishâb delilini hem defide hem de isbatta kayıtsız şartsız uygulama kapsamına almaları, pratikte bazı sıkıntılara yol açabilir kanaatindeyiz. Örneğin, bu durumda mefkudun vefatı isbat edilemedikçe -uzun bir zaman aşımına rağmen- gerek aile hukukuna ait hakları gerekse mali hakları aynen devam edecek, mirasçı olabileceği bir çok yakınının vefatı halinde onlara mirasçı olabilecek, buna karşılık hiç kimse kendisinin malına el süremeyecek, eşiyle ilgili evlilik hükümleri devam edecek ...

Bununla beraber akıllı ve akıl yoluyla delil getirmeyi öne çıkaran bu delil, doğabilecek problemlere çağın gereklerine göre çözüm üretmede önemli bir mevkiyi haizdir. Bu sayede İslam hukukundaki evrensel nitelik her çağa uygun hükümler üretebilme ve insanlar arasında vuku bulan olaylara kolayca ve süratli bir şekilde hal çaresi bulabilme özelliğinin istushâbla bir kez daha temayüz ettiği görülmektedir.

Böylece İslam dininin, kolaylık sağlamak, zorlukları kaldırmak ... gibi evrensel ilkeleri ve hoşgörü ortamı içinde insanların ihtiyaçlarına çareler üretebilme özelliği, istushâb delilinin işlevinden yola çıkılarak bir kez daha görülebilir.

²²⁶ Bkz. Hallaf, Mesadır, s. 156.

BİBLİYOGRAFYA

- AKGÜNDÜZ, Ahmed, **Osmanlı Kanunameleri ve Hukuki Tahlilleri**, I-IX, İstanbul, 1990.
- AKTAN, Hamza, **"İslam Hukukunun Dinamizmi"**, Erzurum, 1991.
- _____ , **"Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Problemleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Bir Değerlendirme"**, Erzurum, 1996.
- ALİ HAYDAR EFENDİ, Hocaeminzade, (Küçük Ali Haydar), **Dürrü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**, I-IV, İstanbul, 1330.
- AKŞİT, M. Cevat, **İslam Ceza Hukuku ve İnsanî Esasları**, İstanbul, 1976.
- el-AMİDİ, Seyfuddin, Ebu'l-Hasen Ali, **el-Ahkâm fî Usulî'l-İhkâm**, I-IV, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts).
- AYDIN, Hakkı, **"İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukukî Bilmeme (Cehalet)"**, Cumhuriyet Üniv. İFD, sayı: 1, Sivas, 1996.
- ATAR, Fahreddin, **İslam Adliye Teşkilatı**, DİB Yayınları, İstanbul, 1972.

- el-BACİ, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef, **İhkâmü'l-Fusûl fî Ahkâmî'l-Usûl**, (thk. Abdülmecid Türki), I-II, Daru'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut, 1995.
- BAKTIR, Mustafa, **İslam Hukukunda Külli Kaideler**, Erzurum, 1988.
- BALJON, J.M.S., "**Şah Veliyyullah Dehlevî'nin Şeriat Anlayışı**", çvr., Abdullah KAHRAMAN, İsmail ÇALIŞKAN, İslamiyat, cilt: 1, sayı: 4, Ankara, 1998.
- el-BEDAŞŞÎ, Muhammed b. el-Hasen, **Minhacü'l-Ukûl fî şerhi Minhâcî'l-Vusûl fî İlmi'l-Usûl li'l-Kâdî el-Beydâvî Mea Şerhi'l-İsnevî**, (Şerhu'l-Bedahşî), I-III, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts).
- el-BERZENCİ, Abdullatif Abdullah Aziz, **et-Teârud ve't-Tercîh Beyne'l-Edilleti's-Şer'iyye**, I-II, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1993.
- BEŞİR, İdris Cuma Dirar, **er-Re'yu ve Eseruhu Fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Fi Usûri Mâ Kable Kıyami'l-Mezâhibi'l-Fıkhîyye**, Daru İhyai Kütübi'l-Arabiyye, Kahire, (t.y.).
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukuku İslâmiyye Istilâhât-ı Fıkhîyye Kâmusu**, I-VIII, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1967
- _____, **Muvazzah İlmi Kelam**, Bilmen Yayınları, İstanbul, 1972.
- el-CEZİRÎ, Abdurrahman, **el-Fıkhü alâ Mezâhibi'l-Erbea**, I-V, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabiyy, Beyrut, 1986.
- DAVUTOĞLU, Ahmet, "**İslam Düşünce Geleneğinin Temelleri, Oluşum Süreci ve Yeniden Yorumlanması**", Divan Dergisi, Sayı:I, s. 2-45, İstanbul, 1996.
- ed-DEBUSÎ, Ebu Zeyd Abdullah Ömer b. İsa, **Te'sîsu'n-Nazar, Mea Usûli'l-Kerhî**, (thk. Mustafa Muhammed el-Kabbani), Eda Neşriyat, İstanbul, (ts).
- ed-DEHLEVÎ, Şah Veliyyullah, **el-İnsâf fî Beyanı Esbabı'l-İhtilâf** (thk. Abdulfettah Ebu Ğudde), Daru'n-Nefais, Beyrut, 1978.
- DÖNMEZ, İbrahim Kafi, "**İslam Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese**", MÜİFD, Sayı: 4.
- EBU'L-MEKÂRİM, Abdullah İsmail, **el-Edilletu el-Muhtelefu Fiha ve Eseruhâ Fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Daru'l-Müslim, Kahire, (t.y.).
- EBU ZEHRA, Muhammed, **Usulü'l-Fıkh**, Daru'l-Fikri'l-Arabiyy, Kahire, 1958.
- FEYDULLAH, Muhammed Fevzi, **el-İctihâdu fi's-Şerîati'l-İslâmîyye**, Mektebetu Dari't-Türas, Kuveyt, 1983.
- el-GAZALÎ, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, **el-Mustasfa Min İlmi'l-Usûl**, Mea Kitabi Fevatihî'r-Rahamut bi şerhı Musellemi's-Sübutfi'Usuli'l-Fıkh li Muhibbillah b. Abdışşekur (ta'lik: eş-Şeyh İbrahim Muhammed Ramadan), I-IV, Daru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, Beyrut, 1994.
- HABENNEKE el-Meydani, Abdurrahman Hasen, **el-Akıydetu'l-İslâmîyye**, Oaru'l-Kalem, Dimaşk, 1988.

- el-HÂDİMÎ, Ebu Said Muhammed b. Mustafa b. Osman, **Menâfiu'd-Dakâik fi Şerhi Mecâmiu'l-Hakâik**, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1273.
- HALLAF, Abdülvehhab (1375/1956), **Mesadîru't-Teşri'il-İslâmî Fimâ Lâ Nassa Leh**, Daru'l- Kalem, Kuveyt, (ts).
- _____, **İlmu Usuli'l-Fıkh**, Daru'l-Kalem, Kuveyt, 1970.
- _____, **el- İctihadu Bi'r-Re'y**, Daru'l-Kitabi'l-Arabî, Mısır, (t.y.).
- HAMEVÎ, Ebu'l-Abbas Şihabuddin Ahmed b. Muhammed, **Gamzu U'yûni'l-Besâir Şerhu Kitabi'l-Eşbâh ve'n-Nezâir**, I-IV, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1985.
- HANBELÎ, Şakir, **Usulü'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Matbaatu'l-Camiati's- Suriyye, 1948 (yy).
- HİTO, Muhammed Hasen, **el-Vecîz fi Usûli't-Teşri'l-İslâmîy**, Muessesetu'r-Risale, Beyrut, 1984.
- el-HUDARÎ BEG, Muhammed, **Târîhu't-Teşri'l-İslâmî**, Daru'l-Kalem, Beyrut, 1983.
- İBN HALDUN, Ebu Zeyd Abdurrahman b. Muhammed, **Mukaddime**, I-III, (çev. Zakir Kâdîri UGAN), MEB Basımevi, İstanbul, 1968.
- İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed b. Said, **el-İhkâm fi Usuli'l-Ahkâm**, I-VIII, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts)
- İBN KAYYİM el-Cevziyye, Ebu Abdillâh Şemsuddin, **İ'lâmu'l-Muvakkiyn** (thk. Isamuddin es-Sıbabati), I-IV, Daru'l-Hadis, Kahire, 1993
- İBN MANZUR, Ebu'l-Fadl Cemalüddin Muhammed b. Mükrim, **Lisânu'l-A'rab**, I-XV, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabiy - Daru Sadır, Beyrut,(ts).
- İBN MELEK, İzzeddin Abdullatif b. Abdilaziz, **Şerhu'l-Menar fi Usûli'l-Fıkh**, Salah Bilici Kitabevi, İstanbul, 1965
- el-İSNEVÎ, Cemalüddin Abdurrahim, **Nihâyetu's-Sûl fi Şerhi Minhâci'l-Usûl** (fişerhi Minhâcu'l-Vusul fi İlmi'l-Usul li'l-Kâdî el-Beydâvî) Mea Şerhi'l-Bedahşî, I-III, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts).
- İZMİRLİ, İsmail Hakkı, **İlm-i Hilaf**, İstanbul, 1330.
- el-KÂDÎ, Muhtar, **er-Re'yu Fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Daru'l-Kütüb, Mısır, 1948.
- KARAMAN, Hayreddin, **İslam Hukukunda İctihad**, DİB Yayınları, Ankara, (ts).
- KOCA, Ferhat, **İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis**, İSAM Yayınları, İstanbul, 1996.
- MAHMASANÎ, Subhi, **Felsefetu't-Teşri' fi'l-İslam**, Daru'l-İlm li'l-Melayin, Beyrut, 1968.
- MECELLE, **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye**, Mahmud Bey Matbaası, İstanbul, 1297.
- MEVSUATU CEMAL ABDİNNASIR Fİ'L-FIKHİ'L-İSLAMÎ**, (Mevsua), el-Meclisu'l-A'la li's-Şuuni'l-İslâmîyye, I-XXXIII, Kahire , 1391 h.
- el-MEVSUATU'L-FIKHİYYE**, (el-Mevsua), I-XXXVI..., Vezaratu'l-Evkaf ve's-Şuûni'l-İslâmîyye, Kuveyt, 1983.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992.
- ÖZEL, Ahmet, **Hanefî Fıkh Âlimleri**, Ankara, 1990.
- PAK, Zekeriya, **Kur'an'da Kulluk**, (basılmamış doktora tezi), Marmara Üniv. Sosyal Bil. Enst., İstanbul, 1998._

- er-RAZİ, Muhammed Fahrüddin b. Ziyaeddin Ömer, **Mefâtîhu'l-Ğayb**, I-VIII, Matbaa-i Amire, İstanbul, 1307.
- es-SERAHSÎ, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed, **el-Mebsût**, I-XXX, Çağrı Yayınları, İstanbul 1983.
- _____, **Usûlü's-Serahsî**, I-II, Daru Kahraman, İstanbul, 1984.
- ŞA'BAN, Zekiyyüddin, **Usulü'l-Fıkhî'l-İslâmî**, Menşuratu Camiati Karyunus, Bingazi, 1995.
- eş-ŞAFİÎ, Muhammed b. İdris, **er-Risale** (thk. Ahmed Muhammed Şakir), el-Mektebetu'l-İlmiyye, Beyrut, (ts).
- _____, **el-Umm**, I-IX, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1993.
- eş-ŞATİBÎ, Ebu İshak İbrahim b. Musa, **el-Muvâkât fî Usûli's-Şerîa**, I-IV, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, (ts).
- ŞENER, Abdülkadir, **Kıyas İstislah İstihsan**, DİB Yayınları, Ankara, 1971.
- eş-ŞEVKANÎ, Muhammed b. Ali, **İrşâdu'l-Fuhûl**, (thk. Dr. Şa'ban Muhammed İsmail), I-II, Daru'l-Kütüb, Kahire, 1992.
- YAZIR, Elmalılı M. Hamdi, **Hak Dini Kur'an Dili**, I-IX, Eser Yayınevi, İstanbul, 1968.
- _____, **İslam Hukuku ve Fıkıh İstihlaları Kamusu**, I-V, Eser Neşriyat, İstanbul, 1996.
- ez-ZEBİDÎ, Muhammed Murtedâ el-Huseynî, **Tâcu'l-Arûs min Cevâhîri'l-Kâmûs**, I-X, Matbaatu'l-Hayriyye, (yy), 1888.
- ZEYDAN, Abdulkerim, **el-Medhal Li Dirâseti's-Şerîati'l-İslâmîyye**, Mektebetu'l-Kuds - Muessesetu'r-Risale, Bağdat, 1969.
- _____, **el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh**, Dersaadet, (ts).