

İSTİHSAN TANIMINA YENİ BİR BAKIŞ: EL-AMEL Bİ'Ş-ŞEBEHEYN UYGULAMASI VE İSTİHSANLA İLİŞKİSİ*

Bahaddin KARAKUŞ**

Özet: Bazı fer'i meselelerin birden çok asla benzediği durumlarda, özelde Ebu Hanife (v. 150/767) ve genelde Hanefi fakihler iki benzer yön ile de amel etmiştir. Bu durum hicri V. asırdan itibaren "el-amel bi'-ş-şebeheyn" kavramıyla ifade edilmiştir. Bir fer'de birbirine benzeyen ve şer'an muteber sayılabilecek birden fazla vasfın bulunmasıyla bu vasıfların hükmünün fer'in hükmüne tesir etmesi olarak tanımlayabileceğimiz şebeheyn ile amel kaidesi, birçok hükmün arka planını anlaşılır kılmaktadır. Kaidenin en dikkat çekici yönü ise istihsan uygulamalarıyla olan bağlantısıdır. Zira kaidenin işletildiği birçok örnekte fakihler istihsana da atıfta bulunmuştur. Buralardaki istihsan tatbikatı dikkate alındığında usûlde tanımı yapılan istihsan ile fûrûdaki istihsan örneklerindeki farklılaşmalar dikkat çekmektedir. İstihsan, başka bir delil sebebebiyle açık kıyastan rucu' etmek olarak tarif edildiğinde açık kıyası terk manası akla gelse de, verilen örnekler dikkatle incelendiğinde aslında açık kıyasın gerektirdiği hüküm de mümkün olduğu kadar sonuçtaki hükme tesir ettiği görülmektedir. Şebeheyndeki iki benzer yönün dikkate alınmasıyla açık kıyasın gerektirdiği hüküm terk edilmeden, kıyas ve istihsanın gerektirdiği hüküm bir arada yansıtılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hanefi Fıkhı, Fıkh Usûlü, İstihsan, el-Amel bi'-ş-şebeheyn, Fûrû-i Fıkıh, Şebeh Kıyası

نظر جديد إلى تعريف الاستحسان: تطبيق العمل بالشبهين واتصاله بالاستحسان

الملخص: عمل فقهاء الحنفية ولا سيما الإمام أبو حنيفة بالشبهين في بعض المسائل الفقهية التي يشبه الفرع أكثر من أصل. ومنذ قرن الخامس الهجري أفيد عن هذا المفهوم بـ«العمل بالشبهين». من الممكن أن نصف العمل بالشبهين بأنه أوصاف متماثلة وجدت في الفرع ومعتبرة شرعا، يؤثر حكم تلك الأوصاف إلى حكم الفرع. وتوضح هذه القاعدة كثيرا من الأحكام. وألفت جانب لهذه القاعدة علاقتها بتمرن الاستحسان. لأنه كثيرا ما نوه الفقهاء عن الاستحسان في الأمثلة التي استعملت القاعدة فيها. وإذا نظرنا بالإمعان يلاحظ الفرق بين الأمثلة في استحسان الفروع واستحسان الذي عرّف في الأصول. إن الاستحسان، إذا عرّف بأنه رجوع عن القياس الجلي بسبب خارجي، يتبادر في الذهن ترك القياس الجلي. ولكن يُرى بتدقيق النظر في الأمثلة المذكورة أن القياس الجلي يؤثر بالحكم كما يؤثر بسبب خارجي. وفي العمل بالشبهين يعمل سويا بالقياس الجلي والاستحسان مع مراعاة الوجهين المتماثلين، ولم يترك حكم القياس الجلي.

الكلمات المفتاحية: الفقه الحنفي، أصول الفقه، الاستحسان، العمل بالشبهين، فروع الفقه، قياس الشبه.

* Bu makale 25-26 Ekim 2019 tarihlerinde İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi tarafından düzenlenen V. İslam Hukuku Lisansüstü Öğrenci Sempozyumu'nda sunulan "İstihsan Tanımına Yeni Bir Bakış: el-Amel Bi'-ş-Şebeheyn Uygulaması ve İstihsanla İlişkisi" başlıklı tebliğin genişletilmiş halidir.

** Necmettin Erbakan Üniversitesi İslam Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, bahaddinkarakus42@gmail.com

GİRİŞ

Fıkıh ilmi, değişen hayat şartları karşısında asıllarına bağlı kalarak tahric, tercih gibi bünyesinde barındırdığı birçok kurumsal yapıyı işleterek problemlere aksiyoner çözümler üretmiştir. Bu çözümlerde önceliğin fıkıh usûlüne verilmesi gerektiği hemen akla gelse de, ilk asırlardan beri gerek nevâzil türü, gerekse fetâvâ türü eserlerde yeni karşılaşılan meseleler ele alınırken çözümde fûrû fikhın öncelendiği dikkat çekmektedir. Hanefi mezhebinin usûl geleneği olan Fukahâ Metodu'nda da bunu iyiden iyiye hissetmek mümkündür, çünkü fıkıh usulü eserlerinde, kaideler, mümkün olduğunca fûrû örnekleriyle bağlantılı olarak inceleterek adeta fûrûnun usûle yön verdiği îmâ edilmiştir. Ayrıca daha önce nas ile hükmü belirtilmemiş yahut kurucu imamlardan sarih bir nakil olmayan durumlarda hükme ulaşıırken, ilk bakılan şey ilgili fûrû meselenin fikhın hangi babında ele alınacağı ve bu konuda fûrûdaki asılların/davabitlerin neler olduğudur. Fıkıh usûlünün genel kabulleri, küllî kaideler ve şeriatın ruhuna uygunluk-mekâsîd gibi daha umumi denetleyiciler dikkate alınmakla birlikte, elde edilmeye çalışılan yeni hükmü, öncelikle fûrûdaki esaslar belirlemektedir.

Özellikle ibadât ve ukubât dışında kalan muâmelât gibi alanlarda akli ilkelerin tespiti daha kolaydır. Bundan dolayı akitlerin yapısı, akdin mahalli olan eşyanın vasfı gibi ta'lîlî özelliği bariz olan birçok fûrû meselede hükme ulaşırken asıllar ve fer' arasındaki bağlantıyı kurmak çok zor olmamaktadır. Ancak hükme tesir edecek kadar kuvvetli, birden fazla bağlantı olduğu durumlarda, mezheplerin bunlardan birini diğerine tercih etmek yahut ikisini de dikkate alarak bir sonuca ulaşmak gibi eğilimler barındırdığı görülmektedir.

Hanefi mezhebinin eğilimi, kuruluşundan itibaren, birden çok delil olması durumunda mümkün olduğu kadar hepsiyle amel etme yönünde olmuştur. Bazı fer'î meselelerin birden çok asla benzediği durumlarda da, özelde Ebu Hanife (v. 150/767) ve genelde Hanefi fakihler bu iki benzer yön ile de amel etmiş ve hicri V. asırdan itibaren konu "el-amel biş-şebeheyn" kavramıyla ifade edilmiştir. Ebu Yusuf (v. 182/798) ve Şeybânî (v. 189/805) ise bu konuda daha rahat bir yöntem takip etmiş, harici karinelere bağlı olarak genelde bu yönlerden birini tercih ederek hükme ulaşmaya çalışmışlardır. Ancak gerek hükme ulaşmada sağladığı esneklik ve rahatlık gerekse Ebu Hanife'nin mezhep içindeki otoritesi dolayısıyla "el-amel biş-şebeheyn" uygulaması mezhebin ittifakla kabul ettiği bir yöntem olagelmıştır. Çalışmamızda bir kısmını zikrettiğimiz ancak çoğunu buraya alamadığımız el-amel biş-şebeheyn'e dair örnekler İslam Hukuk tasavvurunun, sınırlarının ne denli geniş olduğunu ispat eden uygulamalardandır.

Kaidenin anahtarı konumundaki “şebah” terimi islami ilimlerin birçok dalında kullanılmaktaysa da, konumuza bakan yönü itibarıyla fıkıh ıstılahı olarak incelenecektir. Hanefi fûrû-i fıkıh eserlerinde ve nadiren usûl eserlerinde zikredilen “el-amel biş-şebeheyn” kaidesinin örnek uygulamalarının çoğunlukla fûrû-i fıkıh eserlerinde bulunması ve yapısı itibarıyla daha çok fûrû-i fıkıhın işleyişine uygun olması, konuyu fûrû-i fıkıhtaki tatbikatı üzerinden anlatmayı gerekli kılmaktadır. Ancak konu bütünlüğü sağlamak amacıyla yeri geldikçe usûl eserlerinde kaidenin nasıl ele alındığına da değinilecektir. Çünkü kaide, her ne kadar fûrû-i fıkıh eserlerinde yer alsa da, usûl eserlerinde geçen kıyas çeşitleri, illet, tearuz-tercih gibi konularla da bağlantısı bulunmaktadır. Kaidenin dikkat çekici bir yönü de istihsan uygulamalarıyla olan bağlantısıdır. Zira kaidenin işletildiği birçok örnekte fakihler istihsanla da atıfta bulunmuş, buralardaki istihsan tatbikatı dikkate alındığında usûlde tanımlanan istihsan ile fûrûdaki istihsan örneklerindeki farklılaşmalar dikkat çekmektedir. Çalışmamızda, usûldeki istihsan tarifininden daha şümulü bir kullanıma sahip olan istihsan örneklerinin şebeheyn ile amel bağlantısının kurulabilmesi için, öncelikle şebeheynin mahiyetinin belirlenmesi, örnekler üzerinden şebeheyn ile amel kaidesinin tatbikatının yapılması ve istihsanla bir arada kullanımını incelenerek, fûrû üzerinden istihsanın farklı yönleri ön plana çıkarılmaya çalışılacaktır.

Doğrudan şebeheyn istihsan ilişkisine temas eden bir eser bildiğimiz kadarıyla yoktur. Ancak Ürdün üniversitesinde Arif İzzeddin Hassune tarafından yapılan *el-Amel biş-şebeheyn 'inde'l-hanefiyye* isimli yüksek lisans tezinde şebeheynin mahiyeti ve şartları incelenmiştir. Ayrıca Mayyâde Muhammed Hasan tarafından Suud Üniversitesinde *et-Ta' lîl biş-şebah ve eseruhu fi'l-kıyas 'inde'l-usûliyyîn* adıyla yapılan yüksek lisans tezi daha sonra Mektebetü Rüşd tarafından kitap olarak da basılmıştır.

1. EL-AMEL BİŞ-ŞEBEHEYN: MAHİYETİ VE ŞARTLARI

1. 1. Tanımı ve Mahiyeti

İslam hukukunda kıyasın yapısı ve buna bağlı olarak hangi tür kıyasın muteber sayılacağı ilk dönemlerden itibaren fukaha arasında ihtilaf konusu olmuştur. Konuyla doğrudan ilgisi olan istihsan ve şebah kıyası kavramları Hanefi ve Şâfi mezheplerinin ayrışma noktası haline gelmiş, bu arada “asıl ile fer’ arasında şekli benzerlik” diyebileceğimiz “şebah” kavramı gündeme gelmiştir. Nihayetinde bu benzerliğin hangi ölçüde muteber sayılacağı ve hükme tesir edeceği, kıyasta kul-

lanılıp kullanılmayacağı ve fer‘in hükmünde bir olayın benzeştiği iki asıl varsa bunların aynı anda dikkate alınıp alınmayacağı gibi birçok meselenin delillendirilmesi konusunda kilit bir noktadadır.

el-Amel bi’ş-şebeyn kavramına geçmeden önce şebeh kavramının anlaşılması önem arz etmektedir. Zira şebeh kıyasını kabul eden mütekellimîn usûlcülerin şebeh kavramına yüklediği anlama nazaran, şebeh kıyasını kabul etmediği halde şebeyn/iki benzeşen ile amel eden Hanefi fakihlerin bu kavrama yüklediği anlam çok daha nitelikli ve işlevseldir. Bu fark dikkate alınmadığında Hanefilerin şebeh kıyasını kabul etmediği halde şebeyn ile amel etmeleri bir çelişki gibi algılanabilir.

Şebeh kelimesinin sözlükte şibh ve şebîh gibi okunuşları mevcut olup hepsi misil, benzer, benzemek/benzeşmek gibi mânâlara gelmektedir.¹ Usûlcülere göre şebeh en genel manasıyla, illeti tespit etmenin yollarından biridir.² Bu terim belâgattan, kelim ve fıkıh ilmine kadar birçok dalda geniş bir kullanım alanına sahiptir. Ancak konumuzla ilgisi açısından özellikle usûl ve fûrû-i fıkıh alanındaki kullanımları irdelenecektir.

Tarihsel süreçte usûlî bir muhtevaya sahip olarak şebeh kavramının açıkça fıkıhla ilk olarak ilişkilendirilmesi Şâfiî fıkıhında gündeme gelmiştir. Şebeh kıyasının kullanımı dikkate alındığında, İmam Şâfiî’nin (v. 204/820) er-Risale isimli eserinde bu lafzı doğrudan kullanmasa da sonraki mütekellimîn usûlcülerin şebeh kıyası olarak isimlendirdiği kıyas türüne işaret ettiği söylenmiştir.³ Şâfiî’nin ifadesine göre: “Kıyas iki çeşittir: birinde meydana gelen fer‘ aslın manasını barındırır. Bu durumda kıyasta farklılık olmaz. Diğerinde, fer‘in benzediği birden çok asıl vardır. Bu durumda o, daha ilkten olan ve daha çok benzerlik gösteren asla katılır.”⁴ “İctihad, ancak ihtiyaç duyulan konularla ilgili olur. Bu şeye de kendisine delalet eden mevcut bir şeyle veya mevcut olan hükümlerden birine benzetmek suretiyle ulaşılır.”⁵ Daha sonra Şâfiî fakihler açısından daha da netleşen şebeh kıyası “Hükmün illeti olmadığını itiraf ettiğimiz bir vasf sebebiyle (o vasma bazı yerlerde Şari‘ iltifat ettiği için) fer‘ ile aslın arasını birleştirmektir.”⁶ şeklinde tanımlanmış-

1 İbn Manzûr, *Lisânü’l-‘Arab*, XIII, 503;

”شبه: الشُّبُهَةُ والشَّبِيهَةُ والمِثْلُ، وَالْجَمْعُ أَشْبَاهٌ. وَأَشْبَهَ الشَّيْءُ الشَّيْءَ: مَاطَلَةٌ“

2 Tehânevî, *Keşşâfû Istilâhâtî’l-Fünûn ve’l-ulûm*, II, 1004.

3 Aydın, “Hanefi Fûrû Fıkıh Literatüründe Şekli Benzerlik”, s. 86.

4 Şâfiî, *er-Risale*, s. 479.

5 Şâfiî, *er-Risale*, 503; Candan, “İlletin Formelliğinden Benzerliğin Sadeliğine: Hükümlerin Tespitinde Şebeh Yöntemi”, s. 123.

6 Gazzâlî, *İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi*, II, 267; Kısıkkaya, *İslâm Hukuk Usûlünde Kıyas-ı Şebeh ve Bir Hüküm Çıkarma Yöntemi Olarak Değeri*, s. 14.

tır. Şebeh öyle bir vasıftır ki, derinlemesine araştırma yaptığımızda hükmün illeti olacak münasip bir vasfı bulunmadığı halde Şari'in bazı durumlarda bu vasma itibar ettiği görüldüğünden; münasip vasıfla, şerî açıdan asla muteber olmadığından tard olunan vasfın⁷ arasında bir konuma sahiptir. İşte bu ara geçiş formu özelliği dolayısıyla illetin iki vasma da benzemekte ve şebeh kıyası adını almaktadır.⁸

Usûl eserlerinde şebeheyn ile amel konusunun öncelikli olarak işlendiği bağlam delillerin tearuzu konusudur. Buna göre iki delil tearuz ettiğinde takip edilecek yöntem fukaha ve usûlcüler arasında geniş bir tartışma alanına sahip olmuştur. Günümüz hukuk sistemlerinde de eğer iki normatif düzenlemenin hükümleri arasında çelişki (teâruz) varsa bu durumun çözümlenmesi gerekir. Yasal düzenlemeler sayesinde genellikle önceki ve genel düzenlemelerin sonraki ve özel düzenlemelerle çelişik hükümlerin yürürlükten kalkacağı savunulmuştur. Bu yapı klasik fıkıh metodolojisinde nesh ve tahsis yöntemiyle paralellik arz etmesinin yanında çağdaş hukuk yönteminin Ebu Hanife'nin yöntemine yaklaştığını akla getirmektedir.⁹

Sadrüşşeriâ'nın (v. 747/1346) da içinde bulunduğu cumhur ulemaya göre delillerin teâruzu anında, önce neshin vâki olup olmadığına bakılması gerekir. Bu tespit edilemiyorsa bir gerekçeye bağlı olarak tercih yoluna gidilir. Eğer bu da mümkün değil ise yani deliller kuvvet bakımından eşitse, delillerin ikisiyle de amel edilir. Aksi durumda iki delil birbirine zıt olduğu için yok sayılarak hiçbirleriyle amel edilmeyecektir. Delillerin imali ise ihmaline tercih edilir. İşte bu cem metoduna *el-amel biş-şebeheyn* denilmiştir.¹⁰ Her ne kadar Sadrüşşeriâ burada el-amel biş-şebeheyn kavramını kullansa da usûl eserlerinde genel olarak bu durum için *cem ve tevfiik* terimlerinin kullanımı daha yaygındır.¹¹ Çalışmamızın konusu fûrû-i fıkıh eserlerinde delilden değil fer'in yapısından kaynaklanan benzerlik olduğu için bu kavram da örneklendirmelerde dışarıda bırakılacaktır.

Hanefi fakihler, şebek kıyası ile ilgili tanım ve örneklerin neticesinde konunun sınırları ve varılmak istenen nokta net bir şekilde ortaya konulmadığı için, yöntemin sıhhati hususunda tereddütler yaşamış, hatta bazı Hanefi kaynaklarında bu yöntem, kıyasın iptali şeklinde değerlendirilmiştir.¹² Ancak her ne kadar şebek

7 Tard: Münasib olmayan ve gizli bir münasebeti içermeyen vasıftır; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl ilâ tahkiki'l-hak min 'ilmi'l-usûl*, s. 728.

8 Hamed, *el-Furûk fi usûli'l-fıkıh*, s. 357.

9 Koçak, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tearuzu Gidermede Tercih Yöntemi (Hanefi Uygulaması)*, s. 72.

10 Teftâzânî, *Şerhu't-telvih ale't-Tavzih*, II, 208.

11 Şükrü Özen, "Teâruz", *DİA*, XL, 210.

12 Aydın, "Hanefi Fûrû Fıkıh Literatüründe Şekli Benzerlik", s. 124.

kıyasını doğrudan muteber bir kıyas türü olarak kabul etmeseler de¹³, nasslardaki şekli benzerliği dikkate alarak ve “lafzın i'mali, ihmalinden evladır”¹⁴ gibi kaideler ışığında, mümkün olduğu kadar şebeheyn ile amel etmişlerdir.¹⁵ Özellikle; vacip ve tahrimen mekruh gibi ara geçiş hükümleri, fasit akit ve fasit nikâh gibi sahihlik ve batıllık yönü bir arada bulunan akitler, hukuken hem insana hem mala benzeyen kölelikle ilgili durumlar, yemin ve nezirin bir arada bulunması gibi lafzı ve manası açısından farklı sonuçlar doğuran tasarruflar, şebeheynle ile amel kaidelerinin çokça işletildiği konulardır. Kavramsallaşmasının hicri V. asırdan itibaren meydana geldiğini düşündüğümüz kaidenin, uygulamalarının aslında kurucu imamlar dönemine kadar gittiğini söylemek mümkündür.

Görebildiğimiz kadarıyla şebeheyn ile amelin açık örneğini ilk zikreden fakih Kudûrî'dir. Konuyla ilgili örneklerden biri kölenin diyeti bahsindedir. Kölenin hatâen hür biri tarafından öldürülmesi halinde diyetinin ne olacağı müçtehitler arasında tartışma konusu olmuştur. Köle insan olması hasebiyle ibadetlerle mükelleftir ancak mal olması hasebiyle alınıp satılarak ticari muamelelere mahal olmaktadır.¹⁶ Buna binaen, tazmin edilecek bedelin tespitinde mal olma vasfı dikkate alınması bir sonuca götürürken, insan olma vasfı bir başka sonuca götürecektir. Kölede mal olma vasfını ön plana çıkararak Şâfiî'ye ve Ebu Yusuf'a göre kölenin kıymeti diyet olarak belirlenir, ancak hür insan diyetini geçse bile bu miktara bir üst sınır konulamaz. Ancak Ebu Hanife ve Muhammed'e göre, kölenin mal olma vasfıyla birlikte insan olma vasfı da hesaba katılarak, hür insan gibi köle için de diyet ödenmesi gerektiği öngörülürken, diyetin miktarı kölenin kıymeti olarak belirlenir, ancak bu kıymetin miktarı hür insanın diyetini geçmemelidir. Çünkü aksi halde bir kölenin bedeli hür insanın bedelinden daha yüksek olur ki, insanlık vasfı kölede de hürde de eşittir. Dolayısıyla diyet verilmesi ve diyetin hür insan diyetini aşmaması açısından insaniyet vasfı, diyetin kendi kıymetini aşmayacak miktarda verilmesi açısından da maliyet vasfı dikkate alınarak şebeheyn ile amel edilmiştir.¹⁷

Aynı meselede şebeheyn ile amelin ortaya çıktığı bir başka hüküm de cinayeti işleyeninin cezası olan diyeti âkilenin paylaşmaları konusundadır. Fer'de bulunan ilk asıl, âkilenin, hür bir insan öldürüldüğünde cinayeti işleyen kişinin cezası

13 el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr fi şerhi Usûli'l-Pezdevî*, III, 22.

14 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, s. 114.

15 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, IV, 393.

16 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, X, 355.

17 Kudûrî, *et-Tecrid*, XI, 5490.

olan bedeli paylaşmalarıdır. Köle de aslı itibarıyla insandır ve âkilenin bu diyeti paylaşmaları gerektiği akla gelmektedir. İkinci asıl, kölenin kıymeti karşılığında satılmasından dolayı hayvanlara benzemesidir. Hayvanların herhangi bir uzvu sakatlandığında suçlunun ödeyeceği tazminatı âkile paylaşmaz. Buna göre, âkilenin köleye karşı işlenen cinayetlerde durumunun ne olacağı bu iki asıldan yola çıkarak çözüme kavuşturulmuştur. Kölenin öldürülmesi halinde, diyeti ödeme konusunda kölenin insaniyet vasfı dikkate alınarak âkilenin diyeti paylaşmasına hükmedilirken, kölenin uzvunun yaralanması durumunda mala benzeme yönü dikkate alınarak tazmin yükümlülüğü âkileye yüklenmemiştir. Bu şekilde, bir fer'in iki farklı suretinde, farklı asıllar esas alınarak şebeheyn ile amel edilmiştir.¹⁸

Şebeheyn kaidesine yapılan vurgu zaman içinde artmış, hatta mezhebin en temel metinlerinden Hidaye¹⁹ ve şerhlerinde²⁰ bu kaideyi tatbik etmenin önemine işaretlerle, “*fıkıhta teâruz eden birçok meselenin çözümünün bu ilke etrafında dönüp dolaştığı*” söylenmiştir. Çünkü ilerleyen bölümlerde görüleceği üzere birden çok benzer vasfın bulunduğu durumlarda tek bir benzer yön tercih edilmesi halinde (galebetü'l-eşbah) diğer benzer yönler ihmal edilecektir. Ayrıca zaten kendisi zanni olan kıyas delili üzerine bundan daha fazla zannılığı gerektiren, benzer yönlerden sadece birinin kabulü, hükme ulaşmadaki munzabıt/objektif olma iddiasını sorgulanabilir hale getirecektir.

Konuyla ilgili müstakil bir tanım yapan fakihlerden Mahmud Esad'ın tanımı “*Amel biş-şebeheyn; bir şeyin diğer iki şeye vecheyn-i muhtelifeynden dolayı müşabeheti olduğu surette her birine olan müşabehetin hükmüyle amel etmektir.*”²¹ şeklindedir. Ancak bizce yukarıdaki tanım da yeterince kapsamlı görünmemektedir.

Bu tespitler ışığında el-amel biş-şebeheyn kavramını “*bir fer'de birbirine benzeyen ve şer'an muteber sayılabilecek birden fazla vasfın bulunmasıyla bu vasıfların hükmünün fer'in hükmüne tesir etmesi*” şeklinde tanımlayabiliriz. Bu tanımda bahsedilen fer'in hükmüne tesiri aşaması ise, kimi zaman fer'in tek bir suretinde kimi zaman da fer'in iki farklı suretinde tatbik edilmektedir. Oldukça kompleks görünen bu tanımın unsurları ve Hanefilerce muteber kabul edilen benzerlik yönleri tek tek izah edilecek ve ikinci bölümde detaylı bir şekilde ele alınan örneklerle konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

18 Kudûri, *et-Tecrid*, XI, 5735.

19 Merginânî, *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyetü'l-mübtedit*, II, 311.

20 Bâbertî, *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye*, V, 10; Aynî, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, VI, 81; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, V, 8.

21 Seydişehri, *Telhis-i Usûl-i Fıkıh*, s. 20.

1. 2. Unsurları

el-Amel biş-şebeheyn kaidesinin esas kullanım alanı fürû-i fıkıh kaynakları olduğu için kaidenin bölümleri ile ilgili doğrudan yapılmış bir taksime rastlamak mümkün olmamıştır. Ancak tümel bir yaklaşımla kaidenin geçtiği yerler dikkate alınınca, fer'in vasfındaki benzerlik ve suretinde/şeklinde benzerlik olarak iki farklı başlık altında toplamak mümkündür.

1. 2. 1. Fer'in Vasfındaki Benzerlik

Fer'in yapısı itibariyle birden fazla asla kıyas edilebileceği durumda şebeheynle amel eden fakihler buradaki izahı kimi zaman fer'deki münasip vasfın bulunmasıyla kimi zaman da mana/şekil itibariyle benzemesi gerekçesiyle izah etmişlerdir.

Yukarıda belirtilen fer'in asla çeşitli benzerlik yönlerinden en yaygın olanı müsanip vasıfta benzerliktir ki bu Hanefi usûlcülerin ittifakla kabul ettiği illet kıyasının temelini oluşturur.²² Genelde bu şart kıyasın şeran muteber sayılması için aranan öncelikli şarttır ve çeşitli usul eserlerinde salâhu'l-vasf veya mülâemet gibi isimlerle de anılmaktadır.²³ Münasip vasıfta benzerlik, kıyas yapılacak asıldaki illetin geçerli kabul edilebilmesi için illetin vasfının kıyas edilen şeye herkesçe kabul edilebilir ve hükme tesiri olan açık bir benzerliğinin bulunmasıdır.²⁴ Aslı itibariyle illet kıyasının konusu olan bu benzerlik, şebeheyn ile amel uygulamalarında kullanıldığı için kaidemizi doğrudan ilgilendirmektedir. Burada şöyle bir soru akla gelebilir: Hanefiler şebek kıyasını reddettiği halde şebehten çok daha güçlü olan illet kıyası ile amel etmek mümkün iken, nasıl oluyor da illet kıyasına muarız olan hükümde ya da manada benzerliği dikkate alıyorlar? Mütakellim usûlcülerin kabullerini düşündüğümüz zaman bu soru anlamlıdır, çünkü onlara göre illet kıyası şebek kıyası gibi kıyas türlerinden daha güçlüdür, dolayısıyla onlar, teâruz anında illet kıyasının diğerlerine tercih edileceği konusunda ittifak halindedirler.²⁵ Ancak Hanefiler şebek kıyasında dikkate alınan benzer yönleri, illet kıyasındaki münasip vasıftan daha düşük görmemekte, dahası bu benzerlikler ve vasıflar arasında hiyerarşik bir sıralama gözetmemektedirler.²⁶ Benzerlik yönünün çok olduğu durumlarda birinin daha çok benzediği durumları tercihi ifade eden

22 el-Buhâri, *Keşfü'l-esrâr fi şerhi Usûli'l-Pezdevi*, III, 352.

23 Debûsî, *Takvîmü'l-edille fi'l-usûl*, s. 304.

24 el-Buhâri, *Keşfü'l-esrâr fi şerhi Usûli'l-Pezdevi*, III, 352.

25 Zerkeşi, *el-Bahrü'l-muhît fi usûli'l-fıkıh*, VII, 298.

26 Hassûne, "el-Amel biş-şebeheyn inde'l-Hanefiyye", s. 444.

galebetü'l-eşbâhın tercih sebebi olmayacağı açıkça dile getirilmiştir.²⁷ Dolayısıyla şebah kıyası ile amel etmeleri, diğer vasıfların ihmal edilerek sadece birinin hükme tesirini gerektirecektir ki, bu durum yeterli sebep olmadan delillerin bir kısmını ihmal etmek demektir. Oysa şebeheyn ile amel edildiğinde deliller, bütünüyle hükme dahil edilmiş olacaktır.

Başka bir benzerlikle birlikte, münasip vasıfta benzerlik bir arada bulunduğu durumda, şebeheyn ile amelin örneğini buluşa ermemiş çocuğu babası ya da dedesi gibi aslen veli olan birinci derece yakını dışında, kardeşi veya amcası gibi yakın akrabası olan velilerin, baba ya da dedesi hayatta olmadığına yaptıkları nikâhın geçerli sayılıp sayılmayacağı meselesi oluşturmaktadır. Buna göre, çocuğun amcası ya da erkek kardeşi nikâh akdini yapsa, nikâh geçerli sayılacak ancak çocuk buluşa ulaştığında nikâhı devam ettirmeme hakkına (*hıyâru'l-bulûğ*) sahip olacaktır. Amca ya da kardeş gibi velilerin akrabalık bağı dolayısıyla duyacakları şefkatlerinin tam olması (*vufûru'ş-şefka*) illetinin bulunması hasebiyle bu veliler baba ve dedeye benzemekte, dolayısıyla buradaki vasıf münasip vasıf olarak isimlendirilmektedir. Ancak bu velilerin baba ve dededen farklı olarak çocukların mallarında tasarruf hakkı yoktur. Bu hüküm itibarıyla, akraba olmayan kimselere benzemektedirler.²⁸ Görüldüğü üzere babaya, münasip vasa benzeme yönü olan şefkat ile mali haklarda tasarruf yetkisinin olmaması açısından akraba olmayanlara hükümde benzeme yönü bir arada bulunmuş, münasip vasıf dikkate alınarak nikâh akdi geçerli sayılmış ancak hükümde benzerlik dikkate alınarak çocuğa buluşa ulaşınca muhayyerlik hakkı tanınmıştır.

1. 2. 2. *Fer'in Suretinde/Şeklinde Benzerlik*

Fer' ile ilgili diğer bir durum da suret/şekil açısından fer'in birden çok asla benzemesidir. Kaidenin bu unsurunda suretten kasıt büyük ölçüde fer'de cari olan lafızlar ya da yapılan muamelelerin şekliyle ilgili durumudur. Münasip vasfı tespit ederken bir tür ta'lil yapılmasına rağmen burada daha farklı bir işlem yaparak olayın suretini dikkate alıp fer'deki asıllardan biri tespite çalışılmaktadır. Dolayısıyla münasip vasıftakinden farklı olarak, bu manayı ikinci bir olaya taşıyıp kıyas yapılması mümkün değildir. Ancak yine de bir olayda iki farklı mana/şekil benzeşmesi bulunması durumunda bu iki mana da ihmal edilmeden mümkün olduğu kadar şebeheyn ile amel edilmektedir.

27 Semerkandî, *Mizanü'l-usul fî Netâicü'l-ukul*, II, 1011.

28 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 275.

Bu benzerliğin örneğini, muamelattaki ivazlı hibede görmekteyiz. Buna göre, taraflardan biri, malını hibe etmeyi karşı taraftakinin de kendisine bir malı hibe etmesi şartıyla teklif etmiş olsa, her ne kadar akitte hibe lafızları kullanılsa da, şekli itibariyle bey' akdine benzemektedir. Bu yüzden ivazlı hibe için başlangıcı itibariyle hibe, sonucu itibariyle bey' akdi hükmündedir denilmiştir. Hibeye benzeme yönü dikkate alınarak, akdin hüküm ifade etmesi için bedellerin kabzedilmiş olması ve şâyi hissesi olan bir malda hibe edilmemiş olması gerekli görülmüştür. Bey'e benzeme yönü dikkate alınarak, ayıp muhayyerliği ve ru'yet muhayyerliğiyle ve üçüncü şahıslar için şuf'a hakkı bulunması gibi sonuçlar doğurmuştur.²⁹ Yani şebeheynle amel edilerek akitte hükümler, bütün yönlerden dikkate alınmış, en ihtiyatlı sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

1. 3. İlgili Kavramlar

1. 3. 1. *el-Amel bi'd-delileyn*

el-Amel bi'-şebeheyn kavramına ismen benzerlik gösteren ilk kavram *el-amel bi'd-delileyn* kavramıdır. Daha doğrusu çalışmamızın odağında yer alan ve tatbikatı yapılacak kaide, delillerin birlikte amel ettirilmesinden öte bir fer'deki yapısal ve şekli benzerliklerin birlikte amel ettirilmesidir. Ancak el-amel bi'd-delileyn kavramının kullanımları incelendiğinde kimi zaman şebeheyn ile aynı anlamda kullanıldığı kimi zaman ise iki farklı şer'i delille bir arada amel edilmesiyle meydana geldiği yani yeknesak bir kullanımı olmadığı görülür.

Buna göre el-amel bi'delileyn yani iki delille birlikte amel etmekten kasıt ayetlerin, hadislerin ya da kıyas ve örf gibi delillerin eserinin farklı hükümler ifade etmesi durumunda amelin, iki delilin de tesirini dikkate alarak yapılan uygulamadır. Bunun örneklerini kendisinde bolca görebildiğimiz Kâsânî (v. 587/1191), ivazlı hibenin başlangıcı itibariyle teberruya benzerken nihayeti itibariyle bey' akdine benzediğini ifade etmekte ve bu durum için "amelen bi'd-delileyn" ifadesini kullanmaktadır³⁰ ki bu örnek şebeheyn ile amelin de örneğidir. Kitabının başka bir yerinde ise, atların zekatıyla ilgili bölümde Hz Ömer'den (r.a.) gelen, atlardan zekat alınacağına dair rivayeti ve Hz. Peygamber'den (s.a.v.) gelen, atların zekatının alınmayacağına dair rivayeti zikretmiş ve hükmün aslı ihtiyaç olan atlarda zekat olmayacağı, ihtiyaç fazlası olan atlarda zekat olacağı yönünde hükmederek delileyn/iki delil ile amel edildiğini söylemiştir.³¹

29 Haskefi, *ed-Dürrü'l-muhtâr*, V, 706.

30 Kâsânî, *Bedâ'i uş-sanâ'i fi tertîbiş-şerâ'i*, VI, 132.

31 Kâsânî, *Bedâ'i uş-sanâ'i fi tertîbiş-şerâ'i*, II, 35.

Benzer bir kullanım İbnü'l-Hümâm'da (v. 861/1457) da mevcuttur. Erkeğin karısına geçimini sağlayacak nafakasını ödemesi bir yönden yakın akrabaya yapılan teberruya yani hibeye benzerken diğer yandan kadının kocayla birlikte yaşaması, evinin ve çocuklarının bakımını üstlenmesi gibi yükümlülüklerinin karşılığı olması açısından ivazlı ve bağlayıcı bir akde benzemektedir. Burada erkeğin belirli bir müddet geçmesine rağmen nafakasını kadına teslim etmemesi durumunda akdin şeklen iki tarafa da benzer yönü dikkate alınarak, hüküm verirken delileyn ile amel ettiğini söylemiştir ki hükme ulaşılırken takip edilen yöntem şebeheyn ile amel kaidesiyle aynıdır.³² Çünkü nafaka, hibeye benzemesi açısından her şartta bağlayıcı olan bir borç kılınmamıştır. Ancak ivazlı bir akde benzemesi açısından da kadın hâkim kararıyla hakkını tescil ederse yahut kocasıyla sulh yaparsa hakkının sabit olacağına, değilse hakkının iptal olacağına hükmedilmiştir.

Örneklerden de görüldüğü üzere el-amel bi'd-delileyn kavramı için tekdüze bir kullanım şeklinden bahsetmek zordur.

1. 3. 2. *el-Amel bi'l-Emrayn*

Bu kullanım, adından da anlaşılacağı üzere doğrudan hakkında nass bulunan ve yapılması emredilen iki durum teâruz ettiğinde iki delille de amel etmenin gerektiğini ifade eder. Bu yönüyle delillerin tearuzu kısmında anlatılan cem ve tevfiik yöntemiyle birebir örtüşmektedir.

Bu kaidenin örneğini Cuma namazında hutbe esnasında salavat getirme meselesi yansıtmaktadır. Haskefi'nin (v. 1088/1677) ifadesine göre, Kur'an-ı Kerim okunduğu zaman susup, dinlemeyi emreden ayetin (el-Araf 7/204) kapsamına cuma hutbesinin okunduğu vakit de girmektedir. Çünkü Cuma hutbesi namazın iki rek'atlık kısmının yerine meşru kılınmıştır ve o anda birkaç istisna dışında namazdaki gibi hareket edilir. Buna göre cemaat, dua ve tesbih gibi ibadetler için bile olsa konuşmaması gerekir. Ancak hutbe esnasında Hz. Peygamber'e (sa.) salavat getirmeyi emreden ayetteki (el-Ahzâb 33/56) emir, salavat dille yapılacağı için, konuşmayı gerektirmektedir. Bu iki farklı emir dikkate alınarak mümkün olduğu kadar iki emirle de amel edilmiş, kişinin ses çıkarmadan, içinden salavat getirmesi güzel görülmüştür.³³

32 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, IV, 393.

33 Haskefi, *ed-Dürri'l-muhtâr*, I, 545.

1. 3. 3. *Galebetü'l-eşbâh*

Galebetü'l-eşbâh, bir fer'ın iki asılla ilişkilendirildiği durumlarda hükmün illeti olabilecek sığata benzerliği sayıca ya da kuvvetçe fazla olan asla dahil edilecek hükmün kıyas yoluyla tespit edilmesidir.³⁴ Şâfiî usûlcülerin kabul ettiği şebek kıyasının bazı uygulamaları³⁵ Hanefi usûl eserlerinde bu başlık altında değerkendirilmiştir. Hanefi usûlcüler bu tercihi kabul etmemelerinin birçok gerekçesini öne sürmüşlerdir. Bunlardan biri şebeklerin yani benzeme yönlerinin çok olması hükümdeki kesinliği değil zannı arttırmasıdır. Oysa kıyas ameliyesi bizzat zann-ı galibin meydana gelmesini gerektirir. Dolayısıyla böyle bir tercih ittifakla kabul edilen illet kıyasından daha zannî bir kıyas şekli olur.³⁶ İkinci bir problem Hanefilerin delillerin tearuzunda takip ettikleri yöntemle ilgilidir. Buna göre, bir hadis iki hadisle yahut bir ayet iki ayetle teâruz ettiğinde sadece sayısal çokluğa bakılarak tercih yapılamaz. Zira nice bir olan vardır ki, binden daha kuvvetlidir.³⁷

1. 3. 4. *Zü'ş-şebeheyn*

Teklifi hükümler incelenirken, usûlcüler vâcibi vaktine göre çeşitli kısımlara ayırmışlardır. Buna göre mukayyed vâcipler, vâcibin edâsı bakımından tayin edilen vakit hem ona hem de o cinsten başka bir ibadete imkân verecek genişlikteyse geniş zamanlı (müvessa'), değilse dar zamanlı (mudayyak), bir yönüyle birincisine, diğer yönüyle ikincisine benziyorsa her ikisiyle benzeşen vacip müşkil zamanlı vacip ya da zü'ş-şebeheyn vâcip olarak adlandırılır.³⁸ Hac böyle bir vaciptir. Hac için tayin edilen vakit bir yönden dar zamanlı ibadetlere benzer, çünkü bir senede hac için belirlenmiş vakitlerde ancak bir hac yapılabilir. Bir yönden de geniş zamanlı ibadetlere benzer, çünkü haccın rükunleri tayin edilen vaktin tamamını kaplamaz.³⁹ Haccın niyeti mutlak olarak yapıldığında, farz haccın yerine gelip gelmeyeceği konusunda hükme ulaşırken bu iki benzer yön dikkate alınmıştır. Dar zamanlı ibadetlere benzemesi açısından ramazan orucu gibi mutlak niyetle gerçekleşeceği, geniş zamanlı ibadetlere benzemesi açısından da nafîle niyetiyle yapılırsa namazda olduğu gibi, farz olan haccın yerine getirilmiş olmayacağı hükmüne ulaşarak aslında şebeheyn ile amel edilmiştir.⁴⁰

34 el-Hamed, *el-Furûk fi usûli'l-fikh*, s. 357.

35 İbn Vekil, *el-Eşbah ve'n-nezâir indeş-Şâfiîyye*, s. 172.

36 Molla Hüsrev, *Mirâtü'i-usûl*, s. 368.

37 Hadimi, *Mecâmiu'l-hakâik*, s. 326.

38 Dönmez, "Vâcip" *DİA*, XLII, 412; Apaydın, *İslam Hukuk Usûlü*, s. 142.

39 Civen, *Nûru'l-envâr şerhu Risaleti'l-menar*, I, 189.

40 İbn Emîru'l-Hâc, *et-Takrîr ve't-Tahrîr*, II, 134; Civen, *Nûru'l-envâr şerhu Risaleti'l-menar*, I, 192.

1. 4. Şartları

Şebeheyn ile amel etmenin şartları, Hanefi mezhep usûlü içinde açıkça zikredilmese de örnekler ve fakihlerin ifadeleri dikkatle incelendiğinde, bazı kurallar dahilinde gerçekleştiği görülmektedir. Bunlardan bir kısmına şebeheynin tanımında işaret edilmiş ise de daha genel bir bakış açısıyla aşağıdaki şartların bulunması gerektiğini söylemek mümkündür.

1. 4. 1. İki Farklı Asla Benzerliğinin Bulunması

Şebeheyn ile amelin tanımından da anlaşılacağı üzere zorunlu olarak fer'de iki farklı asla benzeme yönünün bulunması gerekir. Benzeme yönlerinden münasip vasıf, hüküm ya da mana benzerliklerinden herhangi birinin ya da iki farklı çeşidin bulunması zorunlu değildir. Örneklerden de anlaşılacağı üzere kimi zaman bu üç yönden bir fer'de iki asla benzerlik olarak bulunabileceği gibi, kimi zaman da birden fazla benzerlikle bir fer'de amel edilmektedir.

1. 4. 2. İki Zıt Hükmü İçermemesi

Bu şart, yapısı gereği bir yönüyle varlığı bir yönüyle yokluğu gerektiren yahut bir hakkı hem ispat hem de iptal eden olaylarda gündeme gelmektedir. İki zıt hükmün bir arada bulunması mümkün olmadığından, şebeheyn ile amel etmek imkânsız olmaktadır.

Bu şartı açıkça zikreden İbn Nüceym (v. 970/1563) mükâteb câriyenin efendisinden çocuk sahibi olması durumunda câriyenin kitabete devamı ya da ümmü veled olması bağlamında konuyu tartışmıştır. Cârîye mükâteb olarak kalırsa konuşulan kölelik ücretini ödemekle hür olabilecektir, ancak ümmü veled olması durumunda mükâtebe ücretini ödemesi de efendisinin ölümüne kadar köleliği devam edecektir. Dolayısıyla bu benzer yönlerden biri efendisinin ölümüne kadar köleliği devam etmeyi diğeri ise mükâtebe ücretini ödemekle hürriyeti gerektirecektir. Bu ise iki zıttın bir arada bulunmasını gerektirdiğinden, şebeheyn ile amel edilememiştir. O halde cârîye, dilerse mükatebe bedelini ödeyip derhal azat olacak, dilerse de mükatebe akdinden vazgeçip cârîyeliğe geri dönerek ümmü veled olarak efendisinin vefatıyla azat olacaktır.⁴¹

41 İbn Nüceym, *Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, VIII, 91.

1. 4. 3. *Bir Fer'in Tek Suretinde İki Aslın Birleştirilmesi*

Farklı örnekler bir arada düşünüldüğünde şebeheyn ile amel edilirken kimi zaman fer'in tek suretinde şebeheyn ile amel edildiği kimi zaman ise iki farklı sureti ile amel edildiği görülmektedir. Bu da ihtimallerden birinin vucubunu ya da imkânını gündeme getirmektedir.⁴² İbnü'l-Hümâm konuyu gündeme getirerek şebeheyn ile amelde vacip olanın fer'in tek suretinde iki benzer yönü birleştirmek olduğunu, ancak bu mümkün olmadığı durumlarda fer'in iki suretinde amel edilerek şebeheynin yine de tatbik edileceğini belirtmektedir.⁴³

Şebeheynle fer'in iki suretinde amel edilmesinin örneğini mühâyee akdinde görmek mümkündür. Mühâyee yapısı itibariyle hem ifraz hem de mübadele manasını barındırmaktadır.⁴⁴ Zamanen mühâyee mübadele yönü galiptir. Şöyle ki; bir hissedarın kendi nöbetindeki menfaati, diğer hissedarın nöbetindeki menfaatiyle mübadele etmesi halinde zamanen mühâyee, icare hükmündedir. Buna binaen zamanen mühâyee şu kadar gün veya şu kadar ay gibi bir müddet şeklinde tâyin gerekir ki, mühâyee fâsit olmasın. Mekânen mühâyee ise, ifraz yönü galiptir. Şöyle ki; iki hissedarın, mesela bir müşterek konakta olan menfaatleri şâyi, yani o konağın her cüzüne şâmil iken mühâyee ile iki hissedardan birinin menfaati o konağın bir bölümünde, diğerinin menfaati de diğer bölümünde cem edilmiş olur. Buna binaen mekânen mühâyee müddet tâyini lâzım değildir. Çünkü bu mühâyee menfaatlerin mekânı malûm olduğundan menfaatler de malûm olur, ayrıca müddet tâyinine ihtiyaç yoktur.⁴⁵ İfraz ve mübadele manasını bulundurma-sıyla şebeheynle amel edilen mühâyee akdi de, kıyasen caiz olmaması ancak nas sebebiyle kıyastan dönülmesi hasebiyle istihsanen caiz görülmüş bir akit tipidir.⁴⁶

1. 4. 4. *Şebeheynden Birini Tercih İmkânına Rağmen İkişile Birlikte Amelin Vacip Olması*

Bu şartı müteahhîr ulema şart koşmasına rağmen mütekaddimûnun daha esnek davrandığı söylenebilir. Çünkü kurucu imamların aynı meseleye verdiği bazı hükümlerde iki farklı benzerlik yönünden birini tercih ettiği halde bazılarında şebeheyn ile amel ettiğini görmek mümkündür. Ancak daha sonraki dönemlerde

42 Hassune, "el-Amel biş-şebeheyn inde'l-hanefiyye", s. 10.

43 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, X, 365.

44 Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, III, 182.

45 Bâbertî, *el-İnâye*, IX, 456; Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, III, 189; Bilmen, *Hukûk-ı İslâmîyye ve İstîlâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, VII, 156.

46 Merginânî, *el-Hidâye fi Şerhi Bidâyetü'l-mübedî*, IV, 334.

bu esneklik yerini *mümkün olduğu kadar şebeyn ile amel etmenin vacip olduğu* ilkesine bırakmıştır.⁴⁷

İmam Ebu Hanife ile talebeleri Ebu Yusuf ve Muhammed'in ikâlenin hükümünde içtihat farklılığına bağlı olarak ortaya koydukları tercihler ilk asırlardaki esnekliği yansıtmaktadır. Buna göre, ikâle şekli itibariyle hem feshe hem de yeni bir bey' akdine benzemektedir. Bu benzerliğin iki yönünü de dikkate alan Ebu Hanife, ikâlenin akdin tarafları için feshe, üçüncü şahıslar açısından yeni bir bey' akdine benzediğine hükmederek şebeheynle amel etmiştir. Ebu Yusuf ikâlenin bey'e benzerlik yönünün fazla olduğunu tercih etmiş (tağlib) ve hem feshin tarafları hem de üçüncü şahıslar için bey' akdi hükmünde olduğuna hükmetmiştir. Muhammed ise bütün taraflar açısından feshe benzeme yönünü tercih etmiştir.⁴⁸ Ebu Yusuf ve Muhammed'in dileselerdi Ebu Hanife'nin yaptığı gibi şebeheyn ile amel edebilecekleri halde benzer yönlerden birini tercih etmiş olmaları, kurucu imamlar açısından şebeheyn ile amelin vacip olmadığını düşündürmektedir. Bunun gibi birçok meselede de Ebu Hanife mümkün olduğu kadar şebeheynle amele yönelirken Ebu Yusuf ve Muhammed bir tarafı tercihe yönelmişlerdir.⁴⁹

Ancak ilerleyen dönemlerde Ebu Hanife'nin mezhepteki otoritesi ve kurucu imamların eğilimleri de dikkate alınarak şebeheyn ile amelin vacip olduğuna dair kanaat ağır basmış, mümkün olduğu ölçüde yani şebeheyn ile amel edilerek, tenâkuz doğurmadığı durumlarda bu ilkedен taviz verilmemiştir.⁵⁰

2. EL-AMEL BİŞ-ŞEBEHEYN UYGULAMALARI VE İSTİHSANLA İLİŞKİSİ

Şebeheyn uygulamalarına dair örnekleri illetleriyle birlikte zikreden mutavvel fıkıh eserleri birçok yerde şebeheynle amel edildiğini belirttikten sonra bu durumu istihsanla ilişkilendirmektedir. Ancak burada dikkat çekmek istediğimiz husus usûl kitaplarında zikredilen teorik istihsan tanımı ile fûrûdaki istihsan örneklerinin farklılaştığı noktadır. Aslında bu örnekler istihsanın usûl kaideleriyle tanımlanarak kuşatılamayacak kadar çok çeşidinin olduğunu düşündürmektedir. Günümüzde istihsanla ilgili araştırmalar genelde sadece usûl kitapları üzerinden anlatılmaya çalışıldığı için birbirini tekrar eden ve fûrûdaki örnekleriyle her zaman uzlaşmayan sonuçlar doğurmaktadır.

47 Hassune, "el-Amel biş-şebeheyn inde'l-hanefiyye", s. 17.

48 el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li-ta'li'l-Muhtâr*, II, 11.

49 Aynî, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, XIII, 299; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, X, 354.

50 Kâsânî, *Bedâ'i' us-sanâ'i' fî tertibiş-şerâ'i'*, VII, 313; İbn Maze, *el-Muhitü'l-Burhânî fi'l-fikhi'n-Nu'mâni*, IV, 119; Bâbertî, *el-Înâye Şerhu'l-Hidâye*, IX, 49; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, IX, 49.

Bilindiği üzere istihsanda açık kıyasın terkedilme gerekçesinin nass, zaruret ve örf gibi kısımları vardır. Bu kısımlardan biri de konumuzla yakından ilgili olan hafi kıyastan dolayı yapılan istihsandır.⁵¹ Hanefi fakihlerin birbirine yakın çeşitli istihsan tanımlarını genel olarak dar ve geniş manada istihsan olarak iki başlık altında toplamak mümkündür.⁵² Bunlardan Cessas'ın tanımını şebeheyn ile ilişkisi dolayısıyla dikkat çekicidir. Cessas, istihsanı, ikiye ayırarak ikinci şeklinde illetin tahsisi yoluyla yapılan istihsandan bahsetmektedir. Birinci istihsan şekli ise, bir fer'in iki asla benzemesi sonucu, bunlardan birinin delaleti dolayısıyla diğerine tercih edilmesidir.⁵³ Fer'in iki asla benzemesinden kastı birinin celî kıyası ikincisinin ise hafi kıyası gerektiren gerektirmesi hali olduğu, konuyu izah ederken verdiği örnekten açıkça görülebilmektedir. Asıl ile fer' arasındaki benzerlik şebeh kelimesiyle ifade edilse de istihsanın yaygın uygulamasında olduğu üzere şebeheyn ile amel edilmesi gündeme gelmeyip, hafi kıyasın tercih edildiğine işaret edilmesi izah etmeye çalıştığımız, celî kıyastan aslında tam olarak dönülmediği, bilakis celî kıyasın hükme tesiri konusuna doğrudan örneklik teşkil etmektedir.

Hafi kıyasın mahiyeti mütekellim usûlcüler tarafından da irdelenmiş, hatta İbn Hâcib hafi kıyası doğrudan şebeh kıyasıyla bir tutarak adeta, şebeh kıyasını kabul etmeyen Hanefilerin aslında hafi kıyasla amel ederek kendileriyle aynı çizgiye geldiği vehmettirmeye çalışmaktadır.⁵⁴ Ancak Hanefilerin baştan beri şebeh kıyasına karşı net tavrı ve hafi kıyasla amel ettikleri örnekler dikkate alındığında bu eksen kaymasının yaşandığını kabul etmek zordur. Çünkü Hanefiler şebeh kıyasıyla amel eden Şâfîlerin fûrûdaki birçok hükmünü tenkit ederek farklı hükümlere varmışlardır. Ayrıca çalışmamızda serdedilen örnekler incelendiğinde hafi kıyas istihsanı yapılan birçok yerde tek başına hafi kıyasla amel edilmemiş, celî kıyas ve hafi kıyasın gerektirdiği hükümler dikkate alınarak şebeheyn ile amel edilmiştir. Kimi zaman örf ve zaruret gibi gerekçelerle açık kıyastan dönüldüğü durumlarda da şebeheyn ile amel edilmişse de, hafi kıyas istihsanı ile şebeheyn arasındaki bağ daha kuvvetlidir.

Hafi kıyastan dolayı istihsanda, celî kıyas fer'de bir hükmü gerektirirken hafi kıyas başka bir hükmü gerektirmektedir. Bu yüzden fer'de iki hükmü bir arada uygulamak genelde mümkün olmamaktadır. Ancak usûl ve fûrû kitaplarında verilen örnekler incelendiğinde kimi zaman bir fer'in bir suretinde iki hükmün bir arada

51 el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr fi şerhi Usûli'l-Pezdevî*, IV, 5; Özer, "Pirizâde'nin Risâle Fi Ma'ne'l-İstihsân ve'l-Kiyâs Adlı Eserinin Tahlil, Tahkik ve Tercümesi", s. 15.

52 Muharrem Önder, *Hanefi Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, s. 72-78.

53 Cessâs, *el-Fusûl fi'l-usul*, IV, 234.

54 Emîr Pâdişâh, *Teysîru't-Tahrîr*, I, 322.

uygulandığı kimi zaman da bir fer'ın iki farklı suretinde hem açık hem kapalı kıyasın bir arada uygulandığı görülmektedir. Yani her ne kadar açık kıyastan kapalı kıyasa dönülse de, açık kıyas tamamen terk edilmemiş, açık kıyasın da hükme tesiri ihmal edilmemiştir ve bu durum istihsan olarak sunulmuştur. Zaten kıyas ya da istihsan, tek başına tercih edildiği durumlarda da, illetinin zahir olması değil hükme tesirinin ne derece bulunduğu dikkate alınmıştır.⁵⁵

Fıkhın hemen her babında örneklerinin görülebileceği şebeheyn, fıkhın beş farklı alanında örnekleri sunularak istihsanla ilişkileri zikredilecektir. Ancak hemen belirtelim ki hem uygulama sahasının genişliği sebebiyle hem de günümüze bakan pratik yönü açısından muamelat alanındaki uygulamalar özel bir ilgiyi hak etmektedir.

2. 1. İbadetlerde

Cenaze namazı manası/sıfatı itibariyle duaya benzemektedir. Mevta, kendisi namaz kılamayacağı için bu namaz, geride kalan Müslümanlara, mevtanın ardından bir vazife addedilmiştir. Bu namazın diğer namazlardan farklı olarak vakti, farz olan kıraâti, rukû ve secdesi yoktur ve son bölümünde de mevta için dua edilmektedir. Bunların hepsi bir arada düşünüldüğünde namazdan çok, dua vasfı olduğu akla gelmektedir. Hükümleri itibariyle düşünüldüğünde de namaza benzemektedir. Çünkü namazdaki abdestli olma, kibleye yönelme, iftitah tekbiri gibi şartlar bütünüyle cenaze namazında da bulunmaktadır.⁵⁶ Mevtanın yıkanmadan defnedilmesi durumunda nasıl hareket edileceği bu iki benzer yön açısından bir problem doğurmaktadır. Çünkü mevtanın definden önce yıkanması onun için hükmen taharet/abdest sayılmıştır. Bu yüzden, yıkanmadan defnedildiğinde kabri yanında cenaze namazı kılınmasının caiz olup olmayacağı tartışılmıştır. Diğer yandan, kabrine konulmuş bir mevtanın, aramızdan ayrılarak Allah Teâlâ'ya teslim edildiği kabul edildiğinden, zaruri bir hal olmadıkça kabrinden çıkarılması hoş görülmemiştir.

55 Serahsi, *Usûlü's-Serahsi*, II, 203;

الحاصل فأحد نوعي القياس ما ضعف أثره وهو ظاهر جلي والنوع الآخر منه ما ظهر فساد واستتر وجه صحته وأثره، وإنما يكون الترجيح بقوة الأثر لا بالظهور ولا بالخفاء لما بينا أن العلة الموجبة للعمل بها شرعا ما تكون مؤثرة وضعيف الأثر يكون ساقطا في مقابلة قوي الأثر ظاهرا كان أو خفيا بمنزلة الدنيا مع العقبى.

56 Bâberti, *el-İnaye şerhu'l-Hidâye*, II, 127.

Bu durumda yukarıda saydığımız benzerlikler dikkate alınarak şebeheyn ile amel ederek çözüm yoluna gidilmeye çalışılmıştır. Henüz üzerine toprak atılmadıysa, mezardan çıkarıp yıkanmasına mani bir durum olmadığından, namaza benzerlik yönüyle amel edilerek, yıkanması gerekli görülmüştür. Namaza benzemesi açısından kıyas bunu gerektirmektedir. Ancak, mevta yıkanmadan defnedilip, üzerine toprak atıldıysa, bu haliyle kabri yanında cenaze namazı caiz olacaktır. Çünkü üzerine toprak atılan mevtanın tekrar kabrinden çıkarılması uygun görülmediğinden, cenaze namazı duaya benzetilerek, mevta açısından taharetsiz şekilde geçerli olacağına hükmedilmiştir. Yani adeta açık kıyasın gereği olan duaya benzeme yönü ile kapalı kıyasın gereği olan namaza benzeme yönü iki farklı şartta dikkate alınarak yeni bir hüküm vaz edilmiştir. Kerhi'nin de tercihi olan bu cevaz yönü istihsan olarak isimlendirilerek, bu iki durumda şebeheyn ile amel edilmiştir.⁵⁷

Benzer bir durum cenaze namazının binek üzerinde kılınmasının cevazında da gündeme gelmiştir. Duaya benzeme yönüyle kıyasen binek üzerinde kılınması caizdir. Namaza benzeme yönü dikkate alındığında ise, farz-ı kifaye olan bu namazın binek üzerinde kılınması istihsanen caiz değildir, çünkü bu durumda kıyam ruknü terk edilmiş olacaktır. Ancak yağmur ve çamur gibi özür halleri bulunduğu binekte kılınmasına cevaz verilmiştir. Normal hallerde ise mutlaka ayakta kılınması gerektiği belirtilerek şebeheyn ile amel edilmiştir.⁵⁸

2. 2. Nikâh-Talakta

Bu konunun örneği kadının boşandığında, hayız gibi sadece kendisinin bilebileceği durumlarda, sözünün geçerli sayılıp sayılmayacağıyla ilgilidir. Buna göre erkek kadına “*eve girersen boş olursun*” ya da “*Zeyd ile konuşursan boş olursun*” dese, kadın eve girdiğini, koca ise girmedğini iddia etse, kocanın sözü kabul edilir. Ancak kadına, kocası kendisiyle ilişkiye girmek istediğinde, hayızının bitip bitmediği sorulduğunda, kadının sözü muteberdir. Yukarıdaki şartlı boşama şekline farklı olarak koca, karısına “*hayız olduğunda boşsun*” yahut “*hayız olduğunda diğer hanımım boştur*” diyerek talak şartını kadının hayız olmasına bağladığı durumlarda ise, kadının sözünün muteber olup olmayacağı istihsan bağlamında örnek olarak verilmiştir. Burada bir fer'de yani kadının sözünün talakta muteber olup olmamasında iki asıl yani iki farklı benzer yön vardır ve bu fer'in iki farklı şekli bulunmaktadır. Bu talak lafızlarından, kadının talakı hayız şartına bağlandığında, kadının sözü muteber sayılmış, yani hafi kıyas hükümde belirleyici olmuş-

57 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, II, 121.

58 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, II, 127.

tur. Çünkü hayız, ilişkinin cevazını tespit örneğinde olduğu gibi, sadece kadının bilebileceği, dışarıdan tespit edilemeyen bir durumdur. Ancak diğer hanımının talakı, hitap edilen kadının talakına bağlanması gibi başkasının hakkını ilgilendiren durumlarda ise, kadının sözü esas alınmamış ve böylece açık kıyas hükümde belirleyici olmuştur. Çünkü bu durumda talakın başkalarının muttali olabileceği şarta bağlı olan lafzındaki gibi hüküm verilerek, başkasının hakkı korumaya çalışılmıştır. Sonuç olarak her ne kadar iki farklı şekilde iki farklı benzerlik dikkate alınsa da, üst başlık olan fer'î olayda yani kadının sözünün şartlı talakta geçerliliği konusunda iki farklı benzer yön ile amel edilmiştir.⁵⁹

2. 3. Yargı Hukukunda

Merginânî (v. 593/1197) borçlunun borcu dirhem olduğu halde elinde dinar olması durumunda alacaklının bunu zorla tahsil edemeyeceğini ancak hâkimin borçlunun elindeki dinarları satıp, dirhem alarak borcu oranında alacaklıya vermeye yetkili olduğu hükmünü zikretmektedir. Ancak elinde dirhem yani borcun cinsinden para olsaydı, alacaklı, alacağı oranda parayı, borçluyu bulduğunda, mahkeme kararı olmadan tahsil etme hakkına sahip olacaktı. Eğer elindeki ticari eşya olsaydı hâkimin bu eşyayı satmaya yetkisi olmayacaktı. Dirhem ve dinar ise her ne kadar farklı cins olsa da, zekat nisabının hesabı gibi durumlarda para olma vasıfları dikkate alınarak tek bir cins gibi kabul edilmiştir. Ancak hâkim, dirhemi satıp yerine borcu oranında dinar alınca sarf akdi yapmış olur ki bu da ticari eşyanın satışına benzediğinden hâkimin yetkisini aşmaktadır. Çünkü hâkimin de alacaklının da ticari eşyaları satıp borcu tahsil etmeye yetkisi yoktur. Bu açıdan farklı cins nakitlerin tahsilinde bunlara aynı cins nakdin tahsili gibi mi yoksa ticari eşya gibi mi muamele yapılacağı gündeme gelmektedir. Açık kıyasa göre farklı cins paraların değişimi sarf işlemi olması yönüyle hüküm açısından ticari mallara benzeyeceğinden alacaklının borçluyu bulduğu yerde cebren dinarı satıp dirhem alarak borcunu tahsil etmeye hakkı olmayacaktır. Ancak istihsanen dirhem ve dinar, para olma vasıflarında birleştiğinden, tek bir cins para gibi kabul edilerek, hâkim dinarları satıp dirhem alma yetkisini kullanabilir. Yani sarf işleminden dolayı paraların mala benzemesi açısından alacaklının yetkisi kısıtlanırken, para vasfını bulundurmaları açısından da hâkime sarf işlemi yapma, yani bir tür satış yapma yetkisi tanınmış olmaktadır. İşte buradaki istihsanın da şebeheyn ile amel tatbikatı olduğu müellif tarafından açıkça belirtilmiştir.⁶⁰

59 Cessâs, *el-Fusûl fi'l-usûl*, IV, 236.

60 Merginânî, *el-Hidâye fi şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*, III, 282; Aynî, *el-Binâye fi şerhi'l-Hidâye*, XI, 118.

2. 4. Miras Hukukunda

Ölmeden önce yapılan bazı tasarruflar bir yönüyle ikrara bir yönüyle de vasiyete benzediği için ne ölçüde dikkate alınacağı ve hükme nasıl bir tesirinin olacağı tespiti zor bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bu tasarrufları ikrar bağlamında değerlendirirsek murisin borcu gibi kabul edilecek ve mirasın tamamını varislerin elinden çıkarabilecektir. Eğer vasiyet bağlamında değerlendirilirse, mirasın en fazla üçte birlik kısmına etki edecektir. Çünkü murisin tasarrufları ancak mirasın üçte birinde geçerlidir.

Buna binaen, muris ölmeden evvel “*filan şahıs, gelip benden alacağı olduğunu iddia ederse, ona istediğini verin*” dese, bu tasarrufu ancak mirasın üçte birine kadar geçerlidir. Bu hükmün izahı, murisin sözünün bir yönden ikrara bir yönden de vasiyete benzediği ve şebeheyn ile amel edildiği şeklinde yapılmıştır.⁶¹ Kıyasen bu sözün geçersiz sayılması gereklidir, çünkü ikrar meçhul bir şey üzerine yapılmıştır ve delil olmadan da geçerli olmaz. Gelen kişinin tasdik edilmesi de uygun değildir, çünkü bu kişi iddia sahibidir ancak delili yoktur. Bu açıdan ikrar hükümlerine tabi olması uygun değildir. Ancak istihansen bu kişi tasdik edilir. Çünkü bu kişinin tasarrufu lafzen ikrar olsa da, manen vasiyet kastedilmiştir. Lafzına itibarla bu tasarrufu ikrar saymak, gelen kişinin tasdik edilmesini gerekli kılacak ve ikrar da murisin borcu olarak kabul edileceğinden, alacaklının mirasın tamamını elde etmesine, dolayısıyla belki de varislerin mirastan pay alamamasına sebep olacaktır. Bu durum da, olayı muhtemelen taraflar arasında tartışmaya götürecektir. Vasiyet hükümleri dikkate alınır da kişinin malında tasarrufu ancak üçte bir oranında geçerli olacaktır. Sonuç olarak lafzen ikrar sayılıp zorunlu bir borç olarak varislerin bu kişiyi tasdik etmesi gerekmesi yönüyle ve bu ikrarın ancak üçte bir oranında geçerli olmasıyla tasarrufun iki asla da benzerliği dikkate alınarak şebeheyn ile amel edilmiştir.⁶² Çünkü eğer lafzın ikrar olmasına itibar edilmeseydi bu tasarrufu tamamen geçersiz saymak gerekecekti ve alacaklı hiçbir şey elde edemeyecekti. Eğer tasarrufun ikrar lafzı olmasına itibarla tamamen ikrar hükümleri uygulanırsa, alacaklının mirasın tamamını dahi istemeye hakkı olacaktı. İşte iki tarafın da hak kaybını önlemek için lafzen ikrar sayıp tasarrufu geçerli kılarken, manen vasiyet sayıp mirasın üçte birine kadar geçerli kabul edilmiştir.

61 Bâbertî, *el-İnaye şerhu'l-Hidâye*, X, 454.

62 İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, X, 355; Aynî, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, X, 454; İbn Nüceym, *Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, VIII, 481.

3. EL-AMEL Bİ'Ş-ŞEBEHEYN UYGULAMASININ MUAMELAT ALANINDA TATBİKİ

Muamelat sahasında ta'lilin/akliligin galip olması ve günümüzde oldukça kompleks hale gelen akit tiplerindeki karmaşa, bazı problemlere şebeheyn yönteminin çözüm getirebileceğini düşündürmektedir. Nitekim geçmişte de bu yolla İslam devletlerinin iktisadi buhranlardan çıkış yolları ürettiği görülmektedir. Muhtevasinin genişliği itibariyle muamelat alanındaki şebeheyn-istihsan ilişkisi ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

Asr-ı saadetten beri tatbik edilen bazı uygulamalar vardır ki, bunların cevazı tartışma konusu olmasa da, bu akitlerin tali hükümleri tespit edilirken şebeheyn ve dolayısıyla istihsanla ilişkilendirilmiştir. İstisnanın kıyasen fasit akde, istihsanen bey' ve icarenin karışımı olan bir akde benzediği düşünülmüştür. Çünkü istisna, maldaki belirsizlik dolayısıyla kıyasen akdin fasit olmasını gerektirmektedir.⁶³ Aynı zamanda da, başlangıcı itibariyle yapılan işçilik esas alınarak icareye, sonucunda ortaya çıkan malın satılmış olması itibariyle bey' akdine benzetilmiştir.⁶⁴ İstisna, kıyasen caiz olmamasına rağmen, teamül gerekçesiyle istihsanen caiz kabul edilmiş, kıyasen caiz olmadığı için de malın tesliminden önce gayri lazım hükmü verilmiştir.⁶⁵ Bu durum da bize istihsanla hükmedildiği halde açık kıyastan bütünüyle dönülmediğini yani açık kıyasın da hükme tesir ettiğini gösteren bir başka örnektir. Ancak daha sonra tarafların zararını önlemek için Ebu Yusuf'un kavli tercih edilerek iki taraf için de bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir.⁶⁶ İcare akdi mali mübadelelerden farklı olarak menfaat ile malın değişimi olduğu için ecir ancak ameli tamamlayınca ücreti hak eder. İstisnada da buna benzer bir yön bulunduğundan ücretin malın tesliminden sonra ödenmesi gerekli görülmüştür.⁶⁷ Ayrıca bey akdinin bir özelliği olan ru'yet muhayyerliği de bu akitte tatbik edilerek çıkan ürünün müşteri tarafından onaylanmasıyla akdin tamamlanacağına hükmedilmiştir.⁶⁸

Birden fazla akdi bünyesinde barındıran bir başka akit tipi olarak mudarebe de, akdin safhaları itibariyle bu farklı akit tiplerinin hükmünü alması açısından şebeheynin güzel bir örneğidir. Mudarebe akdi, bir emanet akdi olduğundan, helak olması durumunda tazmini gerektirmezken, kötüye kullanım durumunda

63 Kâsânî, *Bedâ'i' uş-sanâ'i' fi tertîbiş-şerâ'i'*, V, 3.

64 İbn Maze, *el-Muhîtü'l-Burhânî fi'l-fikhi'n-Nu'mânî*, VII, 135.

65 Kâsânî, *Bedâ'i' uş-sanâ'i' fi tertîbiş-şerâ'i'*, V, 3.

66 Mecelle, md. 392.

67 Orhan Çeker, *Fıkıh Dersleri*, s. 137.

68 Kâsânî, *Bedâ'i' uş-sanâ'i' fi tertîbiş-şerâ'i'*, V, 2.

tazmini gerekli kılmaktadır. Mudaribin tasarrufuyla ücretli vekalet akdine benzerken, malın helak olması durumunda eğer kâr edilmemişse, mudarib ecr-i misil hak etmektedir. Ayrıca mudarebede kâr elde edildiği andan itibaren şirket akdine benzediği için ancak şirket akdinin sahih olduğu dirhem ve dinar gibi para vasfı taşıyan mallar sermaye olarak kabul edilmiştir.⁶⁹ Kıyasen meçhul hatta ma'dum olan bir ücret üzerine akit yapıldığı için caiz olmaması gerekirken naslar ve icma dolayısıyla istihsanen caiz kabul edilmiştir.⁷⁰ Aslen caiz olmayan diğer akitler gibi mudarebe de bu yönü itibariyle lazımî olmayan akitlerdendir.

Şebeheyn ile amelin istihsanla bir arada uygulanmasını görebildiğimiz bir muamele de, henüz müşteri malı kabzetmeden satıcı ile müşteri, malın fiyatında ihtilaf ederse kimin yemin etmesi gerektiği, usûl eserlerinde istihsanın örneği olarak zikredilmiştir.⁷¹ Müşteri malı bin liraya aldığını, satıcı ise iki bin liraya sattığını iddia etmiş olsun. Açık kıyasa göre satıcı, müşterinin iddia ettiği miktarı zaten kabul ettiği için her hangi bir şeyi inkâr etmemiştir. Müşteri ise satıcının fazladan iddia ettiği bin lirayı inkâr etmekte, dolayısıyla yemin sadece müşteriye gerekmektedir. Ancak gizli kıyasa göre müşteri başka bir şeyi daha iddia etmektedir ki, o da malın bedeli olan bin lira teslim edildiğinde malın teslim edilmesi gerektiğidir. Satıcı ise bu iddiayı reddetmektedir. Bu açıdan satıcı hem iddiada bulunan hem de reddeden konumundadır. Sonuç olarak hem müşteri hem satıcı bir yönden iddiada bulunan bir yönden de inkâr eden hükmünde olmaktadır. İlke olarak, tarafların ihtilafı durumunda delil getirme yükümlülüğü iddia sahibine, yemin etme yükümlülüğü de iddiayı inkâr edene aittir. Satıcının da müşterinin de bir yönden inkâr etmeleri dolayısıyla, şebeheyn ile amel edilerek tarafların ikisinin de yemin etmeleri gerekli görülmüştür.⁷²

Sonradan ortaya çıkan ve hükmü tartışılan akit tiplerinden biri de *bey' bi'l-vefâ/vefâen satım* akdidir. Kaynaklarımızda *bey'ül-emâne* ismiyle de anılan akit tipi kısaca "*bedeli iade edilince geri almak üzere bir malı satmaktır*"⁷³ şeklinde tanımlanmıştır. Yaklaşık 5. asırdan itibaren tartışıldığını gördüğümüz⁷⁴ bu akit şeklinin hükmü konusunda sekiz farklı görüş zikredilmiştir.⁷⁵ Bu kadar tartışılmasının temel nedeni ise akdin sahih mi, fasit mi sayılacağı ya da rehin hükmünde mi olacağı gibi durumlardan dolayı akdin yapısının birden çok akdin hükmünü

69 İbn Nüceym, *Bahru'r-râik*, VII, 449.

70 Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i' fi tertibiş-şerâ'i'*, V, 2.

71 Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, II, 206.

72 Civen, *Nûru'l-envâr şerhu Risaleti'l-menar*, II, 64.

73 *Mecelle*, md. 118

74 Aynî, *el-Binâye fi şerhi'l-Hidâye*, XI, 45.

75 İbn Nüceym, *Bahru'r-râik*, VI, 11.

çağrıştırmasıdır. Konuyu bu açıdan zürafanın deve, sırtlan ve inek gibi hayvanlara benzemesiyle özdeşleştiren İbn Nüceym (v. 970/1563), hem bey akdini hem rehini andıran bu akit tipine birden çok akde benzerliği bulunan hükümlerde uygulanan yöntemi uygulamıştır. İvazlı hibede ve ölüm hastalığında yapılan ikrarda olduğu gibi birden çok akdin hükmünün bir arada verilmesi gerektiğini belirterek konuyu şebeheyn ile amel kaidesiyle ilişkilendirmiştir.⁷⁶

Konuyla ilgili bir analiz yapan Mahmud Esad, şebeheyn ile ameli yöntem mahiyetli usûl kaideleri arasında zikrettikten sonra bey' bi'l-vefâyı örnek olarak vermiştir. Mecelle'deki tanımını esas alarak, bu akdin hem sahih akde hem fasit akde hem de rehine benzediğinden, sahih akde benzediği için müşterinin maldan istifade edebileceğine, fasit akde benzediğinden iki tarafın da bu akdi feshe yetkili olacağına, rehine benzemesi yönüyle de müşterinin malı başkasına satamayacağına hükmetmiştir.⁷⁷ Akitlerde asolanın yasaklılık olması ilkesi ise burada gündeme gelmemiştir. Çünkü yasaklılık ilkesinde kastedilen akdin meşru sayılan ve hukuken hak iddia edilebilen akit tiplerinden hiçbirine benzememesi halinde akdin oturabileceği bir zemin olmamasıdır. Burada ise akit birden çok akit tipine benzediğinden, bu benzerlik yönlerinin hükümlerinden ortak bir hüküm meydana getirilmiştir. Nitekim insanların ihtiyacına binaen bu akde cevaz verildiği belirtildiğinden, şebeheynle ilgili olan bu durum istihsanla da ilişkilendirilmiştir.⁷⁸ Kıyasen bu akit tipi akde münafi bir şart barındırdığı için fasit olması gerekirken, insanların ribaya meyletme endişesinden dolayı ihtisansen cevaz verilmiştir.⁷⁹ Ancak açık kıyasın fesat yönü de dikkate alınarak taraflara feshetme yetkisi tanındığından kıyastan istihsana dönülürken kıyasın hükmü terk edilmemiş, sonuca yansıtılmıştır. Yani yukarıdaki örneklerde olduğu gibi istihsan, açık kıyası tamamen terk manasına gelmemiştir.

4. SONUÇ

Bir amelin sadece şeklini ya da vasfını değil, hükme tesiri olabilecek bütün yönlerini dikkate almak müctehidin, doğruya isabet etme ihtimalini de fazlasıyla arttıracaktır. Bu açıdan şebeheynle amel etmenin en temel maksatlarından birisi de, fakihin, asıl ile fer' arasında hükme tesir etme ihtimali bulunan tüm benzerlikleri hesaba katarak hata payını azaltmaya çalışmaktır. Şebeheyn ile amel edilen uygulamaları ayrıcalıklı kılan yönlerinden birisi de istihsanla olan bağlantısıdır.

76 İbn Nüceym, *Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, VI, 12.

77 Seydişehri, *Telhis-i Usûl-i Fıkıh*, s. 20.

78 Samar, *İslami Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, s. 239.

79 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, s. 68; İbn Nüceym, *Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*, VI, 12.

Kısaca başka bir delil sebebebiyle açık kıyastan rucu' olarak tarif edildiğinde, açık kıyası terk manası akla gelse de, verilen örnekler dikkatle incelendiğinde aslında açık kıyasın gerektirdiği hüküm de mümkün olduğu kadar sonuçtaki hükme tesir etmiştir. Dolayısıyla usûl kitaplarında sıkça tekrar eden ve açık kıyasın terk edilmesi şeklinde yapılan istihsan tanımı fûrudaki örneklerin büyük bir kısmını yansıtırsa da, yukarıda verdiğimiz örneklerde olduğu gibi, açık kıyasın hükmünün tamamen terk edilmediği uygulamalar da vardır. Biz burada her istihsanın bu şekilde olduğunu ya da her şebeheyn uygulamasının aslında istihsanla bağlantılı olduğunu söylemiyoruz. Ancak istihsanın işletildiği birçok örnek, yapısında birden çok delili/hükmü barındırması hasebiyle şebeheyn kaidesiyle birlikte uygulandığında daha açık ve anlaşılır hale gelmektedir. Ayrıca istihsanın usuldeki tanımında yaşadığı bu anlam daralmasına rağmen fûrudaki örnekleri düşünülünce, aslında kapsamının ne kadar geniş olduğu görülecektir. Muhtemeldir ki, geniş fûrû fıkıh kitaplarında yapılacak daha hacimli çalışmalarla, istihsanın usuldeki manasının dışına taşan daha farklı kullanımlarına da rastlanacaktır.

Günümüzde de başta akit tipleri olmak üzere birçok alanda çözüm bekleyen sorunlar şebeheynle amel çerçevesinde çözüme kavuşturulabilir. Çünkü fer'ın birden çok asla benzediği durumda birini tercih etmenin zorluğuna nazaran hepşiyle bir arada amel etmenin daha kolay ve problemlerin çözümünde daha işlevsel olacağı açıktır. Nitekim tarihsel süreçte de Hanefi fakihler konuyu bu minvalde çözüme kavuşturarak yeni çıkan akit tiplerini bu şekilde çözümlemiş ve istihsanla da bağlantısını kurarak sağlam bir usûl zeminine oturtmuşlardır.

Kaynakça

- Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, trc. Fehmî el-Hüseynî, Daru'l-Cil, y.y. 1991, I-IV.
- Apaydın, Hacı Yunus, *İslam Hukuk Usulü*, Kimlik Yayınları, Kayseri 2016.
- Aynî, Ebû Muhammed (Ebû's-Senâ) Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed, *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2000, I-XIII.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd, *el-Înâye*, Daru'l-fıkr, t.y, I-X.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul t.y., I-VIII.
- Cessas, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî, *el-Fusûl fi'l-usul*, Kuveyt Vakıflar Dairesi, Kuveyt 1994, I-II.
- Cîven, Ahmed b. Ebî Saîd b. Abdillâh (Ubeydillâh) el-Leknevî, *Nûru'l-envâr şerhu Risaleti'l-menar*, Mektebet Büşra, Karaçi 2015, I-II.
- Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri*, Tekin Kitabevi, Konya 2016.
- Dönmez, İbrahim Kafi. "Vâcip", *DİA*, İstanbul 2012, XLII, 410-414.

- El-Hamed, Abdullatif b. Ahmed, *el-Furûk fî Usulî'l-fikh*, Dâr İbn Hazm, Demmam 2010.
- Emîr Pâdişâh, Muhammed Emîn b. Mahmûd, *Teysîru't-Tahrîr*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1996, I-IV.
- Hadimi, Ebu Said Muhammed b. Muhammed, *Mecâmiu'l-Hakâik*, Müessesetür-risale, Dımaşk 2016.
- Haskefi, Alâüddîn Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Haskefi ed-Dımaşkı, *ed-Dürri'l-muhtâr ve Haşiyetü İbn Âbidîn*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1992, I-VI.
- Hassune, Arif İzzeddin, *el-Amel bi'ş-şebeheyn inde'l-Hanefiyye*, Ürdün 2014.
- İbn Emîru'l-Hâc, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed. *et-Tahrîr ve't-Tahrîr*, Daru'l-kütübü'l-ilmîyye, y.y. 1983, I-III.
- İbn Maze, Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhâri el-Merginânî. *el-Muhîtü'l-Burhânî fî'l-fikhî'n-Nu'mânî*, Daru'l-Kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2004, I-IX.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısri, *Bahru'r-râik şerhu Kenzîd-dekâik*, Mektebetü Reşidiyye, Pakistan t.y., I-IX.
- _____, *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*, Daru'l-Kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 1999.
- İbn Vekîl, Muhammed b. Mekki, *el-Eşbah ve'n-nezâir inde'ş-Şâfiîyye*, Daru'l-Kütübü'l-ilmîyye, Beyrut 2002.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsi el-İskenderî, *Fethu'l-kadîr*, Daru'l-Fikr, y.y. t.y, X.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed, *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fî tertibiş-şerâ'î'*, Daru'l-Kütübü'l-ilmîyye, y.y. 1986, I-VIII.
- Kısıkkaya, Ömer Hakan, *İslâm Hukuk Usulünde Kıyas-ı Şebeh ve Bir Hüküm Çıkarma Yöntemi Olarak Değeri*, Kayseri 2010.
- Koçak, Zeki, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tearuzu Gidermede Tercih Yöntemi (Hanefî Uygulaması)*, Erzurum 2004.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed, *et-Tecrid*, Daru's-salam, Kahire 2006, I-XII.
- Merginânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelil el-Ferganî. *el-Hidâye fî şerhi Bidâyetü'l-mübtedî*, Dâr İhyâü't-turâsi'l-Arabî, Beyrut t.y., I-IV.
- Molla Hüsrev, Mehmed b. Ferâmurz, *Mirâtü'l-usul*, Daru Sâdir, Beyrut 2011.
- Önder, Muharrem, *Hanefî Mezhebinde İstihsan Anlayışı ve Uygulaması*, Konya 2000.
- Özen, Şükrü, "Teâruz", *DİA*, İstanbul 2011, XL, 208-211.
- Özer, Hasan, "Pirizâde'nin Risâle Fî Ma'ne'l-İstihsân ve'l-Kıyâs Adlı Eserinin Tahlil, Tahkik ve Tercümesi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Konya 2019, XXXIII, 1-18.
- Samar, Mahmut, *İslami Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2019.
- Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed, *Mizanü'l-usul fî netâici'l-ukul*, Daru'n-Nûru'l-mübîn, Ürdün 2017, I-II.
- Serahsi, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl, *Usûlü's-Serahsî*, Daru'l-marife, Beyrut t.y, I-II.
- Seydişehri, Mahmud Esad, *Telhis-i Usul-i Fıkıh*, M. Nikolaydi Matbaası, İzmir 1313.
- Teftâzânî, Sa'düddîn Mes'ûd b. Fahriddin Ömer b. Burhâniddin Abdillâh el-Herevî el-Horâsânî, *Şerhu't-telvih ale't-Tavzih*, Mektebetü Sabih, Mısır t.y.