

**usûl**

*İslam Araştırmaları*

Islamic Researches / بحوث إسلامية

Sayı: 3, Ocak-Haziran 2005

# usûl

## İslam Araştırmaları

Islamic Researches / بحوث إسلامية

Sayı: 3, Ocak-Haziran 2005

ISSN 1305-2632

**Sahibi/Publisher**

Yavuz KAMADAN

**Editör/Editor-in-Chief**

Faruk BEŞER

**Editör Yardımcısı/Associate Editor**

Hayati YILMAZ / Muammer İSKENDEROĞLU / H. Mehmet GÜNAY

**Yayın Kurulu / Editorial Board**

Abdullah AYDINLI (Sakarya Ü.) / Sabri ORMAN (IIU Malaysia)

İbrahim KALIN (College of the Holy Cross MA, USA.) / İrfan İNCE (Sakarya Ü.)

Ahmet BOSTANCI (Sakarya Ü.) / Atilla ARKAN (Sakarya Ü.) / Fuat AYDIN (Sakarya Ü.)

İbrahim EBU RABİ (Hartford Seminary, USA) / Erdiñç AHATLI (Sakarya Ü.)

İsmail ALBAYRAK (Sakarya Ü.) / Mehmet ÖZŞENEL (Sakarya Ü.)

Muhammet ABAY (Marmara Ü.) / Murteza BEDİR (Sakarya Ü.)

**Danışma Kurulu / Advisory Board**

Ahmet DAVUTOĞLU (Beykent Ü.) Ahmet GÜÇ (Uludağ Ü.)

Ali ERBAŞ (Sakarya Ü.) Alparslan AÇIKGENÇ (Fatih Ü.)

Bilal GÖKKIR (S.Demirel Ü.) C. Sadık YARAN (İstanbul Ü.)

Cağfer KARADAŞ (Uludağ Ü.) Ejder OKUMUŞ (Fırat Ü.)

Ferhat KOCA (Gazi Ü.) İ. Kafi DÖNMEZ (Marmara Ü.)

İbrahim HATİBOĞLU (Uludağ Ü.) İlhan KUTLUER (Marmara Ü.)

M. Ali BÜYÜKKARA (O.Mart Ü.) M. Erol KILIÇ (Marmara Ü.)

M. Sait KAYA (İSAM) M. Sait ÖZERVARLI (İSAM)

Mehmet BAYRAKDAR (Ankara Ü.) Mehmet PAÇACI (Ankara Ü.)

Mesut OKUMUŞ (Gazi Ü.) Muhsin AKBAŞ (O.Mart Ü.)

Mustafa KARA (Uludağ Ü.) Mustafa ÖZTÜRK (Çukurova Ü.)

Ö. Mahir ALPER (İstanbul Ü.) Raşit KÜÇÜK (Marmara Ü.)

Recep KAYMAKCAN (Sakarya Ü.) Suat YILDIRIM (Marmara Ü.)

Şükrü ÖZEN (İSAM) Yunus APAYDIN (Erciyes Ü.)

**Sayı Hakemleri / Referees on This Issue**

Mehmet ERDOĞAN / Mehmet PAÇACI / Fahrettin ATAR / Mesut OKUMUŞ

M. Sait ÖZERVARLI / Davut AYDÜZ / İbrahim HATİBOĞLU / İsmail ALBAYRAK

Süleyman AKKUŞ / Murteza BEDİR / Atilla ARKAN / Bilal GÖKKIR / Ahmet BOSTANCI

H. Mehmet GÜNAY / Yunus EKİN / Hayati YILMAZ

Usûl İslam Araştırmaları hakemli bir dergidir.

Yılda iki sayı olarak yayımlanır. Yazıların sorumluluğu yazarlarına aittir.

**İletişim / Communication**

Hayati YILMAZ, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Ozanlar / ADAPAZARI / TÜRKİYE, +90 (264) 274 30 60

Web: <http://www.usuldergisi.com>, e-Posta: hayatiyilmaz@hotmail.com

Şubat 2006

# Bir Osmanlı Reform Öncüsü: Örf ve Hukukî Değişim Üzerine İbn Âbidîn\*

Wael B. Hallaq\*\* / Çev. Ömer Faruk OCAKOĞLU\*\*\*

## Giriş

Avrupa Sömürgeciliğinin zirveye ulaşmasıyla birlikte, İslam hakkında Batı hukuk araştırmaları bir paradigma inşa ettiler. Bu paradigmaya göre İslam hukuku nihayetinde bir tür tıkanıklığa neden olan donuklukla muzdariptir. Sömürgeci yaklaşım ve uygulamalardan destek alan bu paradigma, Doğunun Batılılaştırılmasının ve geleneksel yakın doğu hukuk sistemlerinin etkin bir şekilde, yapısal olarak yıkımını vurgulamanın ilk adımıydı. Bu yapısal bozum, ardından, sömürgeci politikaların gerçekleştirilmesinde araçsal önemi olan Batı-benzeri ulusal hukuk sistemlerinin inşası için bir ön gereklilikti. Ne yazık ki; bu paradigma, onu bertaraf etmeye yönelik artan girişimlere rağmen, büyük oranda etkisini sürdürmektedir. Bu girişimlerin en tipik özelliği belirli bir zaman ve belirli bir mekânda hukukun değişime uğradığını gösterme gayretidir.

---

\* Bu makale, *Histories of the Modern Middle East: New Directions*, (ed. Israel Gershoni, Hakan Erdem, and Ursula Wokoede, Boulder & London: Lynnie Rienner PuH., 2002) 37-61. sayfalar arasında, "A Prelude to Ottoman Reform: Ibn 'Abidîn on Custom and Legal Change" başlığıyla yer almaktadır.

\*\* Lübnan asıllı bir Hıristiyan olan Hallaq, önde gelen çağdaş oryantalist simalardan biridir. Hallaq çalışmalarını genelde Usûl-i Fıkıh ve Fıkıh Tarihi, özelde de Muhakeme Usûlü, fetva ve yargı alanlarında yoğunlaştırmıştır. Çalışmalarında özellikle J. Schacht ile kemale eren Klasik Oryantalist yaklaşımın İslam hukuku ile ilgili birçok problemleri alana sahip olduğu üzerine vurgu yapan Hallaq, bu yaklaşımın tekrar gözden geçirilmesi gerektiği üzerinde durmaktadır. Bu makalesinin özellikle Giriş ve Sonuç bölümlerinin satır aralarında Klasik Oryantalist söyleme ve bu söyleme eklemlenen Modernist İslamcı yaklaşıma karşı alttan alta bir meydan okuma sezilenmektedir. Hallaq hakkında daha geniş bilgi için bkz. Bilal Aybakan, "Batıda İslam Hukuku Araştırmalarında Farklı Bir Ses: Wael b. Hallaq", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı 4, s. 149-174, 2004; ve <http://www.arts.mcgill.ca/programs/islamic/~hallaq/>

\*\*\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Doktora Öğrencisi.

Bu bölüm, hâlihazırda var olan bu temaların ötesine gitmeyi amaçlayan daha geniş bir araştırmanın sonuçlarını tanıtmaktadır. İbn Âbidîn'in söylemi, burada yazar-hukukçu çalışması olarak tanımlanmıştır. Şimdiye dek yapısal bir işlev olarak hukukî değişimi sağlayan bir hukukî kategori veya rol tanımlanmamıştır. Diğer bir deyişle, hukuktaki dönemsel değişimin, kendi başına, değerli bir arayış olduğunu göstermekle birlikte bu bölüm, ardından, sadece hukukî değişim mekanizmalarınca kurulan hukukun yapısal özelliklerini (*structural feature*) değil aynı zamanda yazar-hukukçunun söyleminin –söylemsel bir geleneğin uygulayıcısı olarak- bu yapısal mekanizmaların zorunlu olarak ayrılmaz bir parçası olduğunu göstermeyi hedefler. Daha özel olarak ve ortaya konacak parametreler dâhilinde bu bölüm, bu mekanizmaların – yazar-hukukçunun söylemsel stratejisinin bir aracı olarak - hukuk metodolojisi ve teorisini köklü bir şekilde yeniden formüle ettiğini göstermeyi dener.

### Problem

İslam hukuk felsefesinin merkezinde, ister dolaylı bir şekilde çıkarılmış olsun, isterse doğrudan vahiy tarafından konmuş olsun, hukukun ve hukuksal normların inananların maslahatı için konulduğuna dair esaslı bir tasavvur yer alır.<sup>1</sup> Sıra tersine çevrildiğinde aynı unsurlar şu muteber önermeyi de söylemek anlamına gelir: İnananların yararı, Tanrı kaynaklı hukuk içerisinde yer alır. Bundan maksat da, insan yararı ve toplum iyiliğinin daima önceden takdir edilmiş Tanrısal buyruklar olarak görüldüğünü ortaya koymaktır. Karşılıklı olarak birbirini tamamlayan doğası ve hukukun resmi kaynaklarının özü bu tasavvuru tam olarak yansıtır: Kur'an ve Peygamber sünneti hukukun kaynak malzemesini oluşturur; *kıyas* (hukukî çıkarım yöntemi), hâkime bu kaynaklara dayanarak hukukî akıl yürütme için gerekli mantıki yöntem setleri verir ve *icma*, bir hukuk meselesi hakkında hukukçuların anlaşmasını tasarlar.<sup>2</sup> Bunlar, ister açık bir şekilde

<sup>1</sup> Bu genellikle şu Arapça sözle ifade edilir "*İnne-ma şüri'ati'l-ahkâm li-mesâlihi'l-'ibâd.*" Bkz. örnek olarak, Seyfüddin el-Âmidî, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, 3 cilt (Kahire: Matba'at Subeyh ve Evladihi, 1387/1968), c. III, s. 81; Ebu İshak İbrahim eş-Şatîbî, *el-Muvâfakat fi Usûli'l-Ahkâm*, 4 Cilt. (Kahire: Matba'atü'l-Medenî, 1969), c. II, s. 3, 27vd.

<sup>2</sup> Âmidî, *İhkâm*, c. I, s. 148; Cemaleddin İbnü'l-Hacib, *Münteha'l-Vusûl ve'l-Amel fi İlmeyi'l-Usûl ve'l-Cedel*, ed. M. Bedreddin el-Na'sânî (Kahire: Matba'atü's-Sa'âde, 1326/1908), s. 37; Muvaffakuddin İbn Kudâme, *Ravdatü'n-Nâzir ve Cünnetü'l-Menâzir*, ed. Seyfüddin el-Kâtib (Beyrut: Daru'l-Kitabi'l-Arabî, 1401/1981), s. 116.

vahiy metinlerinde belirtilmiş olsun isterse istidlal edilmiş olsun fark etmez. Su götürmez bir şekilde bu dört mafsallı yapı, hukuk kaynakları ve metodolojisinin teorik ve söylemsel özünü meydana getirir.

Ancak böyle bir özeti indirgemeci olduğu ve hatta kaba olduğu eleştirisi yöneltilebilir ve belirli oranda bu eleştiri doğrulanabilir de. Zaten hiçbir açıklama, bu tasavvurun ana unsurlarına istenmeden giren nitelikleri, değişkenleri ve detayları kuşatamaz. Örneğin biz biliyoruz ki, neredeyse bu tasavvurun gelişim tarihinin her aşamasında, hukuk ve hukuk teorisi günlük-sıradan gerçeklerin ve toplumsal zorunlulukların gerekleriyle uğraşmak zorundaydı. Çünkü bu görmezden gelinemezdi ve gerçekte de görmezden gelinmedi. Aynı zamanda biliyoruz ki; *ta'lil* (causation) başlığı altında, teolojik ve mantıki söylemin katmanları arasına gizlenmiş bir şekilde, hukuk teorisi, kuramsallaşmasının zirvesinde bile, hukukun sosyal boyutunun ve onun dünyevi gereklerinin farkında olmuştur.<sup>3</sup> Hukukun tali veya resmi olmayan kaynakları diye nitelendirilen tam da bu farkında oluş -*istihsan* (hukukî tercih), *ıstıslah* (toplum iyiliği/çıkarı), ve diğerleri<sup>4</sup>- sosyal realite ve onun gereksinimlerinin *kadıları* yönlendirdiğinin son derece üst düzey bir göstergesidir. Yakınlarda yayımlanan bir çalışma, Peygamber sünneti ve icma ile birlikte bu resmi olmayan kaynakların, sosyal teamüllerle zamanla nasıl uyum sağladığını, genellikle vahiy kaynaklarından bağımsız bir şekilde nasıl işlev gördüğünü göstermiştir.<sup>5</sup> Bununla birlikte herkes kabul eder ki; İslam tarihinin erken dönemlerinde hukuk, oluşum sürecindeyken bu uyum tarzı çok daha yaygındı. Ki bunun aracılığıyla Peygamber sünneti de, tahminen kutsal bir kaynak [olarak], o zamana kadar İslamî kaideler alanının dışında yer alan sosyal adetlerin, teamüllerin ve değerlerin oldukça istekli ve yaygın bir şekilde özümsemesine izin vermişti.

Her şeye rağmen, hayli sınırlı bir şekilde de olsa, *istihsan* ve *ıstıslah* gibi kaynaklar bu uyumun beklentileri doğrultusunda hizmet etmeye oldukça elverişli bir şekilde devam etmiş olabilir: Her iki yöntem, oluşum sürecinin

<sup>3</sup> Bkz. 7. dipnot

<sup>4</sup> Tali kaynaklar hakkında bkz, Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997), s. 107-117; Rudi Paret, "Istihsan and Istıslah," *Shorter Encyclopaedia of Islam* (Leiden: E.J Brill, 1974), s. 184-186.

<sup>5</sup> Gideon Libson, "On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law," *Islamic Law and Society* 4 (1997): s. 131-155.

sonu ve sonrasında, kademeli olarak yeniden tanımlandı ve kıyasın altındaki yöntemler kadar sıkı bir sistematikle kontrollü bir metodoloji altına yerleştirildi.<sup>6</sup> Hatta şu bile ihtimaldir: Bu iki resmi olmayan kaynak bu uyuma hizmette kıyasın kendisinden daha açık değildir. Kıyas, sınırlandırılmış bir şekilde de olsa, illiyet teorisi, özellikle de muğlâk uygunluk (*münasebe* / suitability) yöntemi vasıtasıyla kanun dışında kalan örflerin ve sosyal teamüllerin özümsemesine cevaz vermiştir.<sup>7</sup>

Bununla beraber hukuk teorisi örf ve insani gerekleri –tam anlamıyla hukukun etki alanı dışında kalan yerlerde- dikkate almaya yönelik hangi araç ve yöntemlere izin vermiş olursa olsun, aynı araç ve yöntemler zoraki ve oldukça yaygın bir şekilde gayri meşru sayılmaya devam etmiştir. Çünkü genel kabul gören yöntemler hukukî akıl yürütme biçimleri dikte ederken, sadece kapsam bakımından dar değil, aynı zamanda nicel uygulamalar bakımından da sınırlı ola gelmiştir. Bu özellikle böyledir. Çünkü hukuk işlemi her bir olay hakkında hukuk metodolojisi ve hukuk teorisine ilişkin kaynakların yeni bir yorumunu, kurallara bakılırsa, zorunlu kılmamaktadır. Daha doğrusu hukuk uygulaması, hukukçuya sadece pozitif hukukî şartlara değil, aynı zamanda hukukî açıklamaların sınırlarını tanımlayan *usulü* (ilkeleri) sunacak güçte otoriter hukuk doktrinin varlığına bağlı kalmıştır. Ki bu ilkeler, hukukçunun bağlı bulunduğu mezhebin geçerli yorum çerçevesinin sınırlarını çizmiştir.<sup>8</sup> Başka bir deyişle örfün, sosyal gerçeklerin ve insani etkenlerin, dini hukuk içerisine, hukuk teorisinin dar tanımlamaları ve mezhebin otoriter, birikimsel geleneğinde var olan açıklar yoluyla damla damla akmasına müsaade edilmiştir.

Örneğin Hanefilerde yorumsal (hermenötik) faaliyetin sınırları, belirli durumlarda sadece *müctehidin* aşabilmesine cevaz verilen hukukî otoritenin hiyerarşik olarak tabakalandırılmasıyla belirlenmiştir.<sup>9</sup> Hiyerarşinin en

<sup>6</sup> Bu değişim süreci hakkında, bkz, Hallaq, *History*, s.19, 23, 107 devamı, 112 devamı, 131 devamı.

<sup>7</sup> Âmidî, *İhkâm*, c. III, s. 62, 72, 74-75, ve muhtelif yerlerde; İbn el-Hacib, *Münteha'l-Vüsûl*, s. 124 vd., Fahrüddîn er-Râzî, *el-Mahsûl fî İlmi Usûli'l-Fıkh*, 2 Cilt. (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1408/1988), c. II, s. 319-344. *Münâsebe*'nin akli doğası ve *mesâlih-i mürsele* ile ilişkisi hakkında, bkz, Hallaq, *History*, s. 88, 112-113, 132.

<sup>8</sup> Bkz, Wael B. Hallaq, *Authority, Continuity, and Change in Islamic Law* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001), 4. bölüm.

<sup>9</sup> Fahrüddîn Hasan b. Mansur el-Uzcendî Kâdihân *Fetâvâi Kâdihân, el-Fetava'l-Hindiyye*'nin kenarında, c. I—III (Beyrut: Daru'l-İhya' el-Turas el-'Arabi, 1400/1980), I,

tepesinde doktrinin üç kurucu üstadı yer alır: Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybanî. *Zâhiru'r-rivâye* olarak bilinen yazı formunda korunarak bu doktrin, güvenilir ve yüksek nitelikli hukukçular aracılığıyla birçok kanaldan geçerek rivayet edilmiştir. *Zâhiru'r-rivâye* olarak nitelendirilen görece sayılı görüş de Ebu Hanife'nin en seçkin iki öğrencisi Züfer ve Hasan b. Ziyad'a nisbet edilmiştir.<sup>10</sup> Bu hiyerarşinin ikinci sırası, *mesâilu'n-nevâdir* olarak biline gelir. Aynı kurucu üstadlara atfedilen hukukî çalışma ve meselelerden müteşekkildir. Fakat ne yüksek nitelikli ravilerin otoritesince tasdik edilmişlerdir ne de geniş bir rivayet ağına sahiptirler.<sup>11</sup> Üçüncü sırayı *vâkıat* veya *nevâzil* olarak tanımlanan kısım oluşturur. Yani ilk üstadlarca ele alınmamış bilakis hicri dördüncü/onuncu asır ve sonrasında öne çıkan daha sonraki hukukçular tarafından çözümlenmiş hukukî meselelerden oluşmaktadır.<sup>12</sup>

Bu tabakalama *müftü* veya hukukçunun ve *kadının* içerisinde işlem yaptığı sınırları ve girişimlerine kapalı alanları tanımlar. Eğer bir *müftü* bir mesele hakkında sorgulama yapıyorsa, ilk önce meselenin *zâhiru'r-rivâye* çalışmalarında yer alan çözümünü araştırmak zorundadır. Çözümü orada bulur ve üç üstadın tümünün çözümde ittifak ettiğini görürse, bu çözüme göre meseleye cevap vermek zorundadır; ehliyetli bir *müctehid* olsa bile kendisi görüş beyan edemez. İhtilaf varsa, Ebu Hanife ve onun iki şakirdinden birisi aynı görüşe sahiplerse, o zaman bu görüş benimsenir. Bununla beraber Ebu Hanife yalnız kalırsa, o zaman onun iki öğrencisinin görüşü, karşı karşıya kalınan meseledeki duruma daha makul ve uygun ise benimsenebilir.<sup>13</sup> Hukukun belli alanlarında, ticari işlemler ve zirai kiralamalar gibi, Ebu Yusuf ve Şeybanî'nin görüşünün, *müteahhirunun* icmasıyla, Ebu Hanife'nin görüşlerine tercih edilmesi çoğu kez kabul görmüştür.<sup>14</sup> Hiye-

3; Wael B. Hallaq, "From Fatwas to Furu': Growth and Change in Islamic Substantive Law," *Islamic Law and Society* 1 (1994), s. 39.

<sup>10</sup> Hiyerarşik otorite kuramı açısından en üst beş Hanefi üstad hakkında Bkz. Alaaddin Muhammed Ali el-Haskefi (el-Ala'i), *ed-Dürü'l-Muhtâr*, İbn Âbidîn'in *Hâşiyetü Reddü'l-Muhtâr*'ıyla birlikte basılmıştır. 8 cilt. (Beyrut: Daru'l-Fikir, 1399/1979), I, 70-71.

<sup>11</sup> Hacı Halife Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-Zunûn an Asâmi'l-Kütübi ve'l-Fünûn*, 2 cilt. (İstanbul: Maarif Vekaleti Matbaası, 1941-1943), II, 1281; İbn Âbidîn, *Hâşiyeye*, I, 69.

<sup>12</sup> Hâcî Halife, *Keşfü'z-Zunûn*, II, 1281.

<sup>13</sup> İbn Âbidîn, *Hâşiyeye*, I, 71.

<sup>14</sup> Kâdihân, *Fetâvâ*, I, 3; "ve-fî'l-müzâraa vel-muâmele ve-nev'ihimâ yühtârü kavlühümâ li-ictimâi'l-müteahhirîn alâ zâlîke."

rarşinin ikinci ve üçüncü sırasındaki görüşlere gitmek zorunda kalınan yerlerdeki örneklerin tümünde, genel görüşe göre, hukukçunun *müteahhirunun* (sonraki hukukçular) yetkin öğretisini takip etmesi gerekirdi; aksi halde kendi *ictihadı*<sup>15</sup> uyarınca, uygun olarak gördüğü şey ile karar vermesi gerekirdi.

Şimdi, mezhep geleneğince dayatılan sınırlamalar ve hukuk teorisinin kısıtlı bir şekilde müsaade ettiği alanlar arasında, örfi teamüllerin kurulu bu duvar içerisine veya diğer taraftan özellikle *zâhiru'r-rivâye* içerisine yerleştirilen yetkin hukuk öğretisi içerisine nüfuz edebilmesi için çok az hareket alanı kalmıştır. Bu hareket alanı konusunda adeta sistematik olarak gerçekleştirilen daraltmanın sonuçları, en azından teorik olarak, çok ağır olmuştur. Hukukun bu teorik formülasyonu, kısmen kendi başına, kısmen de hukukî uygulamaların gereklerine bir tepki olarak, örfü resmi ve bağımsız bir hukuk kaynağı olarak tanıma konusunda asla başarılı olamamıştır. Gerçekte sözde tali kaynaklar ile karşılaştırıldığında bile örf, sonrakilere hukuk kaynakları hiyerarşisinde atfedilen konuma eşit bir konum asla elde edememiştir. Bir biçimsel varlık olarak örf, dört mezhebin hukukî imkanlarında marjinal bir konumda kalmıştır. Hanefi ve Malikiler, en azından görünüşte, diğer iki mezhepten daha fazla örfü tanıyor gibi gözükseler de, bu tanıma gayrı resmi olmuş olmalıdır.

Hanefi mezhebinde örfün tarihi üzerine bazı açıklamalar, en azından hukukun teorileştirilmesindeki resmi düzeylerde, onun hukuktaki görece marjinal konumunu göstermek için yeterli olabilir. Bu gerçeğe rağmen bu mezhep, diğer bütün mezhepler gibi, bir hukukçunun *kadılığa* hak kazanabilmesi için yetkisi dâhilindeki geçerlikte olan toplumsal örflere bütünüyle vakıf olmak zorunda olduğunda ısrar eder. Bu ihtiyacın ardında yatan amaç, asla örfü bir normatif veya resmi hukuk kaynağı yapmak değildir. Bundan dolayı bu gereklilik, onun mütekabili olan şeyle, yani hâkimin dört resmi kaynağın yeterli bilgisine sahip olması gerekliliğiyle eşit sayılmamalı-

<sup>15</sup> Age. Belirtmek gerekir ki burada *ictihâd*, kesin olarak nassa doğrudan müracaat etmeyi içeren bir tür canlı hukukî akıl yürütme anlamını taşımaz. Nassa doğrudan müracaat etme imkânı tümüyle asla devre dışı bırakılmamış olmasına rağmen, buradaki durum mevcut muhtelif görüşlerin ele alınmasıdır. Ki bu hukukî faaliyet burada *ictihâd* olarak isimlendirilmiştir.



dır.<sup>16</sup> Bu dört kaynağın bilgisine, hukuk oradan üretildiği için gereksinim duyuluyordu. Lakin örfi bilgiye hâkimin yetkiye sahip olduğu özel yerdeki örfi değerlerin gücü ışığında ancak hukuk uygulanabildiğinden dolayı ihtiyaç duyuluyordu. Örneğin canlı hayvanlar ile ilgili tazminatlar, para ve takas değeri bakımından bir yerden hatta bir köyden hemen yanındaki bir başka köye göre değişebiliyordu. Takasta eşitlik açısından böyle tazminatlara layıkıyla değer biçmek için *kadı* yerel örfün elverişli bilgisine başvurmak zorundadır.

Hâkimin örf bilgisi aynı zamanda, standart hukuk mantığı, mantıksız veya dayanılmaz zorluğa sebep olan sonuçlar ürettiği için İslam hukukunun uygulanamadığı görece birkaç durumda bir ön gereklilik teşkil ediyordu. Örneğin Hanefi hukukçusu İbn Mâze (ö. 536/1141),<sup>17</sup> *kadının* böyle bilgilere sahip olması gerektiğini şu şekilde ifade eder: “Çünkü *kıyas* örf lehine terk edilebilir. Örf tanınmak zorundadır. Ki biz *istisnaya*, örfi bir uygulama olduğundan dolayı,<sup>18</sup> *-kıyas istisnaya* cevaz vermeme gerekliliğini dikte etmesine rağmen- cevaz verdik.”<sup>19</sup>

Hukukun çeşitli alanlarındaki varlığına rağmen örfün formel kaynakların arasında bir yer elde etmede nihayetinde başarısız oluşu, anlamsız değildir. Hanefi otoritelerinin önde gelenlerinden ve Ebu Hanife'nin bizzat kendisinden sonra ikinci otorite olan Ebu Yusuf'un örfü bir nevi kaynak olarak kabul etmesine rağmen, örfün hukukun resmi kaynakları arasında

<sup>16</sup> Bkz. Ömer İbn Abdülaziz el-Hüsam eş-Şehîd İbn Mâze, *Şerhu Edebi'l-Kâdi*, Ebu'l-Vefâ' el-Afganî ve M. el-Hâşimî (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1414/1994), s. 19; Kâdihân, *Fetâvâ*, I, 3. diğer kaynaklar için, bkz Ömer Cidi, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Maliki* (Rabat: Matba'at Fedâla, 1982), s. 85 vd. Mezhep bilgisi, mezhep yetkin öğretisi olarak, bu dört kaynak konusunda uzmanlığın yerine geçtiği daha sonraki süreç boyunca bu gereksinim, bazı değişimlere uğramıştır. Bkz. Hallaç, *Authority*, 3. bölüm.

<sup>17</sup> Bir biyografik anlatı için, bkz. Zeynüddin İbn Kutlûbuğâ, *Tâcü't-Terâcim fi Tabakati'l-Hanefiyye* (Bağdat: Matbaatü'l-Müsennâ, 1962), s. 46-47; Ebu'l-Vefâ Muhammed el-Kureşî, *el-Cevâhirü'l-Müdf'a*, 2 cilt. (Haydarabad: Matbaatü Meclisi Dâireti'l-Maarifi'n-Nizâmiyye, 1332/1913), II, 560-561.

<sup>18</sup> *İstisna* gelecekte teslim şartıyla tamamlanmış bir satış yoluyla imal akdidir. Bu akid, bir kişinin demirciye daha sonra kendisinden bir çömlek veya kap imal etmesi için belirli bir miktar demir vermesi gibi belirli bir ödeme karşılığında birinin kiralananması olabilir. Selem gibi benzer bir akidden dolayı istisna, satılan veya kiralanan şeyin satım anında var olmasını şart koşarak riski (ğarar) ortadan kaldırmayı gerektiren kıyas prensibine aykırıdır. Hem iş gücü hem de kontrol seçeneği geçerlilik/yasalılık için şarttır. Bkz. Şemsü'l-Eimme es-Serahsî, *el-Mebsût*, 30 cilt. (Kahire: Matba'atü's-Sa'ade, 1906-1912), XV, 84 vd.

<sup>19</sup> İbn Mâze, *Şerhu Edebi'l-Kâdi*, s. 19.

yer almada başarı kazanamayışı daha da dikkat çekicidir.<sup>20</sup> Hala araştırma- yı bekleyen nedenlerden dolayı, Ebu Yusuf'un konumu çoğunluğun deste- ğini almakta başarısız olmuş ve gerçekte de terk edilmiştir.<sup>21</sup> Bunun yerine, Ebu Yusuf'tan sonraki beşinci ve altıncı yüzyıllar boyunca Hanefi mezhebi, nassların örfü tartışmasız bir şekilde nesh ettiği temel pozisyonunu öne çıkarmıştır.

Bu dönem boyunca Hanefi metinlerin söylemi, bu önermeye yönelik olarak, güçlü bir sadakati yansıtmaktadır. Çünkü nassların örften üstün olduğu şeklindeki vurgu, evrensel bir şekilde kabul görmüştür.<sup>22</sup> Bazen aynı söylemin bir parçası olarak örfe atfı yapılmakla birlikte, yine de bu atıflar gel-gitli bir şekilde arızı varlıklar olarak görülürler ve hukukla ara sıra ilgilidirler. (=Bunlara sistematik bir vurgu yapılmamaktadır.) Örneğin Serahsî'nin çok takdir edilen *Mebûsût* adlı eserinde, örfe birçok kez ve farklı konularla ilgili olarak hem açık atıflar ve hem de göndermeler mevcuttur.<sup>23</sup> Örneğin kiralama bağlamında o, genel kuralı (*maxim*) şu şekilde açıklar: "Örf olarak bilinen şey; nass tarafından şart koşulmuş gibidir."<sup>24</sup> Ancak bu genel kuralın hukukî bir ilke ortaya koymak amacıyla vaz edilmediği bilakis meskenlerin kiralanması ile ilgili olarak oldukça spesifik bir öğretinin meşrulaştırılması olduğu aşikardır. Bir ev kiralanırsa ve sözleşme kiralanma amacına yönelik herhangi bir şart içermese, o zaman –adı geçen genel kuralın meşrulaştırdığı- yürürlükteki varsayıma göre ticari veya başka bir amaca yönelik olarak değil iskâna yönelik olarak kiralanmış olacaktır. Örfü çok dar bir alana hasretme eğilimi –Serahsî'nin çalışmasında bu açıktır.–

<sup>20</sup> Muhammad İbn Âbidin, "Neşru'l-Urfi Binâ'i Ba'di'l-Ahkâmi alâ'l-Urf", *Mecmuât Resâil İbn Âbidin* içinde (y.y., 1970), II, 118 (bundan sonara "Neşr" diye bahsedilecektir.).

<sup>21</sup> Şu ki, İbn Âbidin tutumu/görüşü konusundaki ilgiyi yalnızca canlandırmakla kalmamış aynı zamanda aslında onu, daha sonra göstereceğimiz gibi, yeniden uygulamaya koy- muştur.

<sup>22</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 131 (Zahuruddîn b. Ahmed, tarafından ifade edildiği gibi); Suyuti, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* s. 93, Merğûmani'nin "Sarih nassı bir kural, örften daha kuvvetlidir ve zayıf bir şey için de kuvvetli olan terk edimez." beyanı için bkz. Gedeon Libson, "On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Lâw," *Islamic Law and Society*, 4, 2 (1997), 145.

<sup>23</sup> Sonraki dipnota bkz. Serahsî'yi anlatan bir biyografi için, bkz. İbn Kutlûbuğâ, *Tâcü't- Terâcim*, s. 52-53

<sup>24</sup> Serahsî, *Mebûsût*, XV, 130: "el-ma'lûm bi'l-urfi ke'l-meşrût bi'n-nassi." Aynı zamanda bkz. XV, 85-86, 132, 142, 171; XII, 142 ve daha başka yerlerde.

*istihsan* ve icma gibi diğer resmi kaynakların kamuflesi altında kabul edilmesiyle de örtüşen bir durumdur.

Şüphe yoktur ki; *istihsan* ve icma gibi çeşitli metodolojik örtüler altındaki örf uygulaması hukuktaki din-dışı unsurların formlarının yadsınmasından biraz daha fazlasını ifade eder. Böyle unsurların formları, hukuk içerisine uygun bir şekilde yerleştirilmeden önce, hukuk metodolojisinin parametrelerine uymak zorundadır. Yani hukukta her nerede onlara cevaz verilmişse orada. Neden şartlı/sınırlı bir şekilde? Çünkü bu şekildeki biçimlendirme/ resmileştirme araçlarıyla bütün örfi unsurların (hukuk içerisine) yerleştirilmesinde ciddi zorluklar ortaya çıkmaktadır. Hukukta ve hukuk kitaplarında örf, basit ve saf bir biçimde yalnızca örf sıfatıyla (*qua custom*) ele alınır.\* İşte bu da geçerli usul araçları görünümü altında bile örfün hukuka dâhil edilmesinde hukukçuların başarısızlığını net bir şekilde gösterir.<sup>25</sup> Örfün kullanımında kümülatif bir artış söz konusu olmasına rağmen, örf metodolojik ve teorik tasavvur içerisinde yer alamamıştır. Kuşku yok ki; hukuk teorisi ve metodolojisi yapısal ve köklü bir değişikliğe izin vermeyecek kadar muhkem hale gelmişti.

### Bir Çözüm Girişimi

Emarelerden anlaşılan odur ki 10/16. yüzyıla gelindiğinde hukukçular, hukuk içerisinde örfün rolünün, hukuk teorisinin temel varsayım ve önermelerini rahatsız da etmeden, hak ettiği bir konuma getirilmesinin gerekliliğini anladılar. Hanefi mezhebinde İbn Nüceym (ö. 970/1563) hukuk, hukuk teorisi ve örf arasındaki ilişkiyi açıklamaya girişen yazar-hukukçuların en önemlilerinden biri olarak görülür.<sup>26</sup> Değerli çalışması *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*'de örfü "el-Adetü muhakkimetün" ("Örf hukukî norm-

\* Kerameti kendinden menkul bir biçimde...

<sup>25</sup> Bu bağlamda bu farklı iki yoldan hukuka toplumsal uygulamanın eklenmesinin ardında yatan muhtemel nedenleri keşfetmek öğretici olacaktır. Yani, direk ekleme (örf sıfatıyla örf) ve formel ve ek kaynaklar yoluyla ekleme. Tarihsel gelişim açısından muteber açıklamanın, benim yaptığım gibi, kabul edilmesi (ki bu şekilde örf, pozitif hukuk ve hukuk teorisinin sebep olduğu evrimsel süreçlerin bir parçası olarak hukuka katılır.) hukukun resmi ve tali kaynakları arasına niçin katılmayıp örfi uygulamaların sonraki süreçte bu kaynaklar içinde niçin eritildiğini cevaplayabilir.

<sup>26</sup> Carl Brockelmann, *Geschichte der arabischen Literatur*, (Leiden: E.J. Brill, 1937-1942), Suppl., II, 401-403.

ları belirler.”) başlığıyla önemli bir bölüm tahsis etmiştir.<sup>27</sup> Hukukî kaynakların izahında geleneksel olarak ele alınan ilk mesele, nasslardan kesin bir ispatın (delil-i kat’i) olup olmaması anlamında hücciyet meselesidir. Yani söz konusu kaynağın geçerli, kabul edilebilir ve daha ileri düzeyde hukuk inşasına temel teşkil eden bir kaynak olup olmadığı meselesidir. Fakat İbn Nüceym’in nass (delil-i kat’i) olarak öne sürebildiği tüm delil, “Müslümanların güzel buldukları her şeyi, Allah’ta aynı şekilde güzel bulur.”<sup>28</sup> sözde Peygamber hadisidir. İbn Nüceym, bu hadisin kaynağının İbn Mesud olduğunu ima ederek, hadisin son kertede Peygamber ile irtibatının olmadığını kabul eder.<sup>29</sup> El-Haskefi el-‘Alaî kapsamlı bir araştırmadan sonra İbn Hanbel’in Müsned’inin dışında hiçbir hadis mecmuasında bu rivayeti bulamadığını iddia eder.<sup>30</sup> Tuhaf bir şekilde, örfe yetkin bir temel oluşturmadaki açık başarısızlığına rağmen –bütün Müslüman hukukçuların paylaştığı bir başarısızlık- İbn Nüceym, geleneksel olarak hukukta örfün dikkate alındığı alanları ele almaya başlar.<sup>31</sup> Mutat örflerin dikte etmesiyle hukukçular topluluğu nezdinde makbul kabul edilen hukukî olayların bir dizi listesinden sonra İbn Nüceym, nass tarafından belirtilmemiş ribevi maddeler için örfün, dikkate alınması gerektiğini savunur. Ölçü ve/veya tartı ile takdir edilen ve ribevi uygulamaların kapsamı dışında tutularak nass tarafından düzenlenmiş olan mezkur maddeler, tabiatıyla hiç bir şekilde örfi uygulamadan etkilenmemektedir. İbn Nüceym bunun Ebu Hanife ve Şeybanî’nin görüşü olduğunu ve fakat görmüş olduğumuz gibi örfün müdahalesine cevaz veren Ebu Yusuf’un görüşü olmadığını iddia eder. İbn Nüceym, müteahhirun fakihlerden\* bazılarının “örf düşüncesi açık bir

<sup>27</sup> İbn Nüceym *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 129.

<sup>28</sup> “*Ma re’âhu’l-Muslimüne hasenen fe-huve ‘inda’llahi hasen.*”

<sup>29</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 129-130.

<sup>30</sup> *Neşr*, s. 115; Suyutî, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, s. 89. Bu hadis, icmanın meşrulaştırılmasında Şafîî tarafından kullanılır. Bkz. W. B. Hallaq, "On the Authoritativeness of Sunnî Consensus," *International journal of Middle East Studies*, 18 (1986), 431

<sup>31</sup> Hukuk içerisine dâhil edilmiş olan örf örneklerinin tümevarımsal bir şekilde sıralanması, her ne kadar böyle bir alternatif çözüme gitme açıkça bazı sorunlar ortaya çıkarsa da, bunların hüccet olduğuna dair delilin yerine sunulmak zorunda kalındığını gösteriyor. Belki de, hüccet meselesinin çözümünü sağlamak için tümevarımsal malumat iddiasından onları alıkoyan, bu döngünün (nassi delil ile hüccet olduğunu ispat yerine, hukuk edebiyatındaki tek tek olaylardaki kullanımını tümevarımsal olarak derlemek) zararlı/öldürücü sonuçlarının farkında olmalarıdır.

\* Hallaq *Authority*’de bu fakihlerin Zahiruddîn (d. 619/1222) ile birlikte İbnü’l-Hümam (*ve-kavvahu fi Fethu’l-Kadîr*) olduğunu açıklar. Çev dipnotu.

nassın asla yerini alamaz.” şeklinde vurguladıkları argümanla Ebu Hanife ve Şeybanî'nin görüşünün güçlendirildiğini ilaveten ifade eder.<sup>32</sup>

İbn Nüceym evrensel (örf *âmm*) ve yerel örf (örf *hâs*) diye iki tür örf arasında ayırım yapar. İlk bütün Müslüman ülkelerde yaygınken, ikincisi sınırlı bir bölge veya bir kasaba veya köyde etkilidir.<sup>33</sup> İlk bir *nassa* aykırı değilse Hanefi mezhebinin yetkin öğretisine göre hukuk yapımında dikkate alınmalıdır. *İstisna* akdi bu konuda bir örnekten başka bir şey değildir.<sup>34</sup> Ancak yerel örfün hukukî bir gücünün olup olmadığı konusunda ihtilaf gösterirler. Örneğin Necmüddin ez-Zâhidî (d. 658/1259) yerel örfün herhangi bir güce sahip olduğu düşüncesini reddeder.<sup>35</sup> Çünkü yerel mülhazaların önemi ihmal edilebilirdir. Buhara hukukçularının bir kısmı gibi diğer hukukçular ise bu görüşe katılmazlar. Hatta İbn Nüceym'in aktardığı gibi, Zâhidî bize, bu hukukçuların Hanefi mezhebinin tarihinde böyle bir görüşü savunan ilk hukukçular olduğu izlenimini verir.<sup>36</sup> Fakat Zâhidî ısrarlı bir şekilde, yerel uygulamaların hukuken tam anlamıyla makbul bir örf gibi kendilerini kabul ettirmek için yetersiz oldukları şeklindeki görüşün *sahih* görüş olduğunu ifade eder.

Bununla birlikte, nihayetinde bu mesele, sadece yerel örfün hukukî norm oluşturup oluşturamayacağı meselesi değildir. Çünkü açıktır ki; böyle örfler hukukçulara evrensel ve normatif hukukî kurallar üretmez. Olursa sadece özel kural üretirler. Evrensel bir kural sadece yerel bir örften çıkmaz (*el-hükümü'l\_âmm la yesbut bi'l-urfü'l-hâss*).<sup>37</sup> Her ne kadar Hanefi hukukçuların pek çoğu bu öğretiye rağmen yerel örfe dayanarak *fetvalar* vermişlerse de İbn Nüceym'e göre bu, *mezhebin* yetkin öğretisidir. Son kertede İbn Nüceym'in, *mezhep* öğretisine karşı bilinçli ve cesurca bir kararla, bu hukukçuların tarafında yer alması oldukça ilginçtir.<sup>38</sup>

<sup>32</sup> İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 131.

<sup>33</sup> *Age.*, s. 137; *Neşr*, s. 132. Evrensel ve yerel örf için, bkz B. Johansen, "Coutumes locales et coutumes universelles," *Annales Islamologiques*, 27 (1993): s. 29-35.

<sup>34</sup> Bkz önceki 18. dipnot

<sup>35</sup> Biyografik bilgiler için, bkz. İbn Kutluboğa, *Tâcü't-Terâcim*, s. 73; Brockelmann, *Geschichte*, I, 382 (475).

<sup>36</sup> İbn Nüceym, bu görüşü Buharalıların kendileri için tasarladıklarını ifade eder. Ki bu görüş, hukukî uygulamalarının bir yansıması olan görüşlerinin hemen hemen kesin bir ifadesidir. Bkz. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 138.

<sup>37</sup> *Age.*, s. 137.

<sup>38</sup> *Age.*, s. 138; "*lâkin eftâ kesîrun mine'l-meşâyih bi i'tibârihi, fe-ekûlü 'alâ i'tibârihi.*"

İbn Nüceym'in tali bir kaynak olarak örfü tanınması Hanefi mezhebinin üç kurucusu ile başlayan gel-gitli tarihsel sürecin geç dönem hassas bir yansımasıdır. Serahsî'nin mesele mesele örfü tanınması, Ebu Yusuf'un öğretisinin ve benzerlerinin nerdeyse tamamen yok olmasına sebep olan hukukun ilahi kökeni tezinin başarısının göstergelerinden biridir. Fakat örfün dayattığı istekler sürmüştür. Diğer başkalarının yanında Buhara hukukçularının uygulamaları ve yazdıkları, genişletilmiş ve daha ağırlık verilmiş bir hukuk kaynağı olarak örfün resmi olmayan gelişimine neden olmuştur. İbn Nüceym'in Buharalıları da kapsayan erken dönem otoritelerine seçici ama aynı zamanda başarılı bir şekilde dikkat çektiği yazıları bu sürecin en son noktasını temsil eder.

### İbn Âbidîn: Arka plan

Bu süreç zirvesine, son büyük Hanefi hukukçu Dımeşkli es-Seyyid Emin İbn Âbidîn'nin (1198/1783–1252/1836) yazdıklarıyla ulaşmıştır. Onun kariyeri Osmanlı *tanzimat*ına girişten hemen önceki kritik döneme yayılır. İbn Âbidîn'in devlette resmi görev aldığına dair bir kayıt yoktur ve politik güç merkezinden uzak durmuş olduğu anlaşılıyor. Eğitimi ve sonraki kariyeri sıkı bir şekilde gelenekseldi: Kur'an eğitimi görmüş ve Şeyh Sa'îd el-Hamevî'den dil ve Şafîî hukuku öğrenmiştir. Daha sonra hukuk eğitimini, görünüşe göre onu Hanefiliği benimsemeye ikna eden Şeyh Şakir el-Akkad ile sürdürmüştür. Ondandır aritmetik, miras hukuku, hukuk teorisi, hadis, tefsir, tasavvuf ve akli ilimler eğitimi almıştır. Şeyhiyle beraber okuduğu metinler içinde İbn Nuceym'in, Sadruşşeria'sı ile İbnu'l-Hümâm'ın ve diğer önemli Hanefi yazarlarındakiler vardır.<sup>39</sup> Başarılı kariyeri, özellikle son derece meşhur bir yazar ve *müftü* olarak dikkat çekici bir şekilde ön plana çıkması, onun birçok alanda sivrilmesini sağladı. Birçok şey yanında başarılı kariyerine denk bir eğitimci olarak, Osmanlı şeyhülislamı Arif Hikmet Bey gibi önemli birine *icazet* vermiş olma ayrıcalığına da sahip görünür.<sup>40</sup>

Doğrusu İbn Âbidîn, *Tanzimat*'ın başlamasından önce başarı kazanmıştır. Ama uzun süre önce İmparatorluğu sarmaya başlayan değişimlere daha önceden bizzat tanıklık etmiştir. Hukuk eğitimine başladığında, III. Selim'in *Nizam-ı Cedid*'i yaklaşıyordu. Ve yazı kariyerinde zirveye ulaştığında II. Mahmut ve adamları, daha önce benzeri görülmemiş ama gayet kritik bir hamle ile İmparatorluğun büyük yardım vakıflarını 1826'da kurulan Evkaf-ı Hümâyün Nezareti çatısı altında merkezileştirmişlerdir.<sup>41</sup> Bu önemli gelişmeler, Şam toplumunun Batının girişim ve müdahalesiyle yaşadığı değişimlerle birleşerek, zaten sadece *Tanzimat* reformlarıyla değil aynı zamanda geleneksel yapıdan köklü bir kopuşla da sonuçlanan yeni bir

<sup>39</sup> İbn Âbidîn'in biyografik bilgileri için, bkz. Halil Merdam Bey, *A'yânu'l-Karnî's-Sâlisî 'aşer fî'l-Fikri ve's-Siyase ve'l-Ictima'* (Beyrut: Mu'assasat al-Risala, 1977), s. 36-39; Abdürrezzak el-Bitâr, *Hilyetü'l-beşer fi Târihi'l-Karnî's-Sâlisî 'aşer*, ed. M. B. Bitâr, 3 cilt. (Dımeşk: Matba'atü'l-Mecma'i'l-İlmi'l-Arabî, 1963), III, 1230-1239; Hayrüddin ez-Zirikli, *A'lam*, 8 cilt (Beyrut: Daru'l-İlm li'l-Melâyin, 1980), VI, 42.

<sup>40</sup> Merdam, *A'yân*. s. 37.

<sup>41</sup> Bkz. Madeline C. Zilfi, "The *Ilmiye* Registers and the Ottoman *Medrese* System prior to the *Tanzimat*", *Contributions a l'histoire economique et sociale de l'Empire ottoman*'ın içinde (Leuven: Editions Peeters, 1983), s. 309-27, s. 312-13.

görünümü doğurmuştur.<sup>42</sup> İbn Âbidîn'in yazdıklarında (kullandığı) hem epistemolojik hem de kültürel kavramlarda açık bir kriz algılamasının en ufak izi yoktur. Buna rağmen onlar, geleneğin bakış açılarının bazı sınırlayıcı özelliklerine karşı gizli ve alttan alta duyulan sabırsızlığın kesin bir ifadesini yansıtır.

İbn Âbidîn 1243/1827'de *iftâ* makamını, *iftâ* makamının fonksiyonunu ve *müftünün* yorum alanının sınırlarını belirleyen kuralların özetlendiği *Ukûd Resmî'l-Müftî* adlı şiirine kısa bir açıklama yazmıştır.<sup>43</sup> Aynı yıl, münhasıran hukukta örfün rolünü gösteren şiirin tek bir mısrasını ayrıntılı bir şekilde açıkladığı bir *risale* kaleme almıştır.<sup>44</sup> İki *risale* arasında, aynı zamanda yazılmış olmalarından dolayı, karşılıklı birçok atıf mevcuttur.<sup>45</sup> Bu iki *risale* arasındaki metinsel sınırların ayrılması, sürekli referanslarla ve üstün-şerhi *Hâşiyetü Reddî'l-Muhtâr*'la yan yana konarak daha da geliştirilmiştir. Keza sonuncusunda iki *risalesine* geçmiş zaman kipinde<sup>46</sup> ve iki *risalesinde* *Hâşiyе'sine* aynı zaman kipinde atıf yapar.<sup>47</sup> Eşzamanlı çoklu karşılıklı atıf, İbn Âbidîn'in bu iki risaleyi, *Hâşiyе'nin* uzun yazım sürecinde kaleme aldığını akla getiriyor.

Bu risalelerin tarihsel sırasının belirlenmesi veya belirlenememesi, bu noktada özellikle önemlidir, Çünkü İbn Âbidîn'in örf telakkisinin doğru analizi, *Neşru'l-urf*deki epistemolojik ve otorite-temelli varsayımlar ile içinde yer aldığı ve *Hâşiyе'sinin* söylemini belirleyen hiyerarşik otorite arasındaki ilişkiye dayanmaktadır.<sup>48</sup> *Neşru'l-urf* ve *Hâşiyе'nin* eş zamanlı

<sup>42</sup> Bu dönem boyunca genel bir Şam tarihi için, bkz George Khoury, "The Province of Damascus" (Felsefe Doktora Tezi: University of Michigan, 1970); Yûsuf Na'îsa, *Müctema' Medîneti Dimeşk*, 2 cilt. (Dimeşk, 1986). Şunu da belirtmek gerekir ki; Butrus Ebu-Manneh'in 1839 Gülhane Hatt-ı Hümayûnu'un İslami ilkelerden esinlenilmiş olduğunu ortaya koyan aydınlatıcı argümanına rağmen, Osmanlı Reformlarının Batılılaşmaya temayülü 1839'dan itibaren zaten aşikardı. (Bununla birlikte Ebu-Manneh'in argümanı, bu hümayundaki dinsel azınlıkların işleyişini- geleneksel İslami ilkeler tarafından zorlukla ayakta tutulabilen bir işleyiş- açıklamaz.) makalesine bkz, "The Islamic Roots of the Gülhane Rescript," *Die Welt des Islams* 34 (1994): s. 173-203.

<sup>43</sup> "Şerhu'r-Risâletü'l-Müsemma bi-Ukûdi Resmî'l-Müftî", *Mecmûatu Resâli İbn Âbidîn* içinde, 2 cilt. (y.y., t.y.), I, 1-53 (bundan sonara "Şerh 'Ukud" olarak anılacak).

<sup>44</sup> *Neşr*, 114; bu dize yanda gösterildiği gibidir: "ve'l-örf fi'ş-Şer' lehu i'tibâr / liza 'aleyhi'l-hükûm kad yûdâr."

<sup>45</sup> *Neşr*, 114, 125, ve çeşitli yerlerde; *Şerhu'l-Manzûme*, s. 48 ve çeşitli yerlerde.

<sup>46</sup> İbn Âbidîn, *Hâşiyе*, IV, 364, 434, 519 ve çeşitli yerlerde.

<sup>47</sup> *Neşr*, s. 139 ve çeşitli yerlerde; *Şerhu'l-Manzûme*, s. 15.

<sup>48</sup> İbn Âbidîn, *Hâşiyе*, I, 70 ve devamı. Aynı zamanda bkz. *Şerhu'l-Manzûme* 16-18.



olarak yazılması ve birincisinin aslında ikincisinin söylemsel bir uzantısını temsil etmesi, İbn Âbidîn'in *Hâşiye*'sini içine yerleştirdiği ve ondan önceki yüzyıllar boyunca Hanefi mezhebine eklenmiş otoriter ve epistemolojik yapıyı desteklemeye devam ettiği izlenimi verir. İbn Âbidîn'in karşı karşıya kaldığı en büyük meydan okuma, tam da bu otoriter yapı ile onun hukukta örfе verdiği rol arasındaki gerilimin çözümüdür.

### Yeni bir Çözüm

*Neşru'l-urfün* açıklanan esbabı mucibesi, örfün hukukçuya İbn Âbidîn'den öncekilerin layıkıyla ele almadıkları birçok karmaşıklıklar sunmasıdır.<sup>49</sup> (Zannımca ihmal edilen bu alanı ele almakla İbn Âbidîn belirli bir oranda özgünlük sözü veriyor gibidir.) *Risalenin* dikkatli bir okuması, bu karmaşıklıkların hukukî bir kaynak olarak örf hakkında ve örfün nass ve *zâhiru'r-rivâye*'de<sup>50</sup> mücessemleşmiş otoriter görüşlerle olan ilişkisi hakkında olduğunu ortaya çıkaracaktır. Fakat bu karmaşıklıkları çözmeye geçmeden önce İbn Âbidîn, örfün ('ade) tanımlamasına girişir. Bu tanımlamanın önemi, mahiyetinde değil ele alınış biçimindedir. Ve bu, yazar-hukukçunun, farklı yapısal yollarla, metot ve alışkanlıklarını niteleyen dolambaçlı ayrıntılandırma usulüdür. Burada, risalenin başka yerlerinde olduğu gibi, söylem biçimi, yüzyıllarca yazar-hukukçuların genelinin uyguladığı bir biçim olan seçici iktibas ve erken dönem otoritelerinin art arda sıralanmasıdır. Bununla beraber ister geleneksel isterse yeni görülsün, bu argümanlar otoriter geleneğin kapsamı içine gelecek şekilde sunulur. Çünkü onlar genellikle erken dönem otoritelerinden genel iktibaslar olarak ileri sürülür ve yazarın kendi yorumları, müdahaleleri, karşı argümanları ve nitelendirmeleri ile bir araya getirilirler. Bu işlem yoluyla, yeni argümanlar, en yüksek otoriteden otorite olmayanlara doğru sıralanan sesler dizisiyle temsil edilen geleneğin desteğini alır. Bu dikkat çekici metinsel ayrıntılandırma özelliği, hem İbn Âbidîn'i hem de diğer yazar-hukukçuları okurken her zaman aklımızda tutmamız gereken söylemsel bir stratejiyi verir.

Örfü tanımladıktan sonra İbn Âbidîn, örfün nasslarda içkin olan hücciyetini - herhangi bir hukuk kaynağının nitelendirilmesinde olduğu gibi - ispatlamaya girişir. Burada İbn Âbidîn, İbn Nüceym'in daha önce zikrettiğimiz İbn Mesud'un zayıf rivayetine başvurur. Geleneğin zayıflığını ve bu argümanın geçersizliğini fark edince, Serahsî'nin "Örfen bilinen şey,

<sup>49</sup> *Neşr*, s. 114.

<sup>50</sup> Kapalı metinlerden ayrı olarak nass, bir yorumdan daha fazlasına muktedir olarak tanımlanır. That is, the *nass*, as distinguished from ambiguous texts that are by definition capable of more than one interpretation. Bkz. Ebu'l-Velid el-Bâcî, *Kitabü'l-Hudûd fi'l-Usûl* (Beyrut ve Horns: Müessesetü'l-Zu'bi, 1392/1973), s. 42 devamı. Kapalı, iki anlama gelebilen metinler, hermenötik etkileri kuşkulu olduğundan dolayı, örf karşı bir tehdit oluşturmazlar.

mansusu aleyhe eşdeğerdir.”<sup>51</sup> sözünü delil getirerek hukukta bir ilke (*asl*) haline getirilecek kadar sıklıkla örfе başvurulduğunu belirtir. Fakat İbn Âbidîn’in dengelemeye yönelik argümanı, örfün hiçbir nassın desteğini alamamış olması gerçeğini gizleyemez. Ne de “örf hukukta kullanılmalıdır, çünkü kullanılmaktadır” diye hukukta örfün sıklıkla kullanılması bakımından savunulması, bir kısır döngüden başka bir şeydir. Böyle farz etsek bile, İbn Âbidîn bu kadarını zikredip devam eder. Bu meselenin çözümünde kendisinin ve geleneğin başarısızlığı onu, hissediyorsa bile, çok az kaygılandırır.

Bu yüzden İbn Âbidîn için gerçek sorun, daha acil ve pratik bir endişedir. Bu endişe, örf ve *Zâhiru’r-rivâye* arasındaki ilişkiye dair çatışan iki görüşün sunulmasıyla problematize edilir. *Kunye’de*, Zâhidî’nin “ne müftü ne de kadının örfü tamamen bir tarafa bırakarak *zâhiru’r-rivâye* görüşleri benimseyecekleri”ni iddia ettiği nakledilir. Hem Hindî<sup>52</sup> hem de Bîrî,<sup>53</sup> Zâhidî’nin argümanını, argümanın çıkarımını onaylarcasına, nakletmişlerdir. İbn Âbidîn, bu iddiaların bir sorun ortaya çıkardığını öne sürer. Çünkü mezhebin ortak öğretisi, *zâhiru’r-rivâye* görüşlerin, önde gelen hukuk âlimlerinin (*el-meşâyih*) tashihe<sup>54</sup> konu olan diğer görüşleri onların yerine koymaya karar vermedikleri sürece, bağlayıcı olarak kalmalarıdır. Bu sorun, hukukta kati bir nassa (*sarih en-nass*) dayanarak inşa edilen ve/veya kesin icma otoritesi ile tasdik edilen *zâhiru’r-rivâye* görüşlerin bulunduğu alanlarda daha fazla hissedilir. Bu alanlarda nassların aksine örf, bir kaynak oluşturamaz ne de oluşturmalıdır. Çünkü o sadece bir yanlı olabilir. Öyle anlaşılıyor ki bu problematike vurgu yapma amacıyla İbn Âbidîn, İbn Nüceym’in nassın olduğu yerde örfün bir kenara bırakılması gerektiği ve bunun tam tersi olarak da sadece mevcut sorun ile ilgili herhangi bir nassın bulunmadığı durumda örfе itibar edilebileceği sonucunu veren ifadesine başvurur.

İbn Âbidîn, bu problematiki ele almaya girişmeden önce, İbn Nüceym’i izleyerek, evrensel ve yerel örf arasındaki ayrımı ortaya koyar. Her iki tip örfün de hem kesin nass hem de *zâhiru’r-rivâye* ile özel bir ilişki içerisinde

<sup>51</sup> Serahsi, *Mebûsât*, XV, 130: “*el-Ma’lûmü bi’l-urfi ke’l-meşrûti bi’n-nass*,” (Örfen bilinen, nassla şart koşulmuş gibidir.)

<sup>52</sup> *Hizânetü’r-Rivâyât*’da. Bkz. Brockelmann, *Geschichte*, s. 11, 221 (286).

<sup>53</sup> Kim olduğunu tespit edemedim.

<sup>54</sup> *Tashih* hakkında, bkz. Hallaq, *Authority*, 5. bölüm.

olduğu söylenir. Böylece aslında dört-katlı bir sınıflandırma oluşturulur. Lakin İbn Âbidîn bunları, ilki örfün kesin nass ile ilişkisi diğeri de *zâhiru'r-rivâye* ile ilişkisi bakımından ele alan, iki-bölümlü bir tartışmaya indirger.

Geleneksel hukukî epistemolojiye uygun olarak İbn Âbidîn'in öğretisi, nassın kesin ve açık bir şekilde gerektirdiklerine her yönden (*min külli veh*) her ne karşysa onun geçersiz olacağı, ne hukukî etki ne de otorite taşıyamayacağı şeklinde devam eder. Sarhoş edici maddeler meselesi bu tür bir karşıtlığın en sarih örneğini verir. Bu öğretinin formülasyonunda anahtar öge her yönden ifadesidir. Bu ifade, nasslara açık ve doğrudan bir karşıtlık içermeyen bütün durumları onların alanından çıkararak, özel bir otorite oluşturan nassların sınırlarını oldukça etkili bir şekilde tespit eder. Nass ve örf arasındaki kısmi ilişki, bu nedenle, ikincisini kabul edilemez kılmaz. Çünkü böyle bir durumda uygun olan kısım dikkate alınır, karşı olan değil. Bu nedenle uyumlu kısım nassı tahsis eder, ama hiçbir şekilde onu iptal etmez. Bununla beraber, örfün böyle bir tahsis etkisine sahip olabilmesi için, evrensel olması gerekir. Eğer evrensel örf, bir nassı tahsis edebilirse, bu durumda zannî bir çıkarsamadan başka bir şey olmayan *kıyası* evleviyetle (*a fortiori*) tahsis edebilir. *İstisna*, gördüğümüz gibi, bu konuyla ilgili bir durumdur.<sup>55</sup>

Yerel örfe gelince, İbn Âbidîn, mezhebin otoriter öğretilerine (*mezheb*) uyararak, ona itibar edilmeyeceği şeklinde kesin bir beyanda bulunur. Fakat İbn Âbidîn tarafından diğer hukukçuların ifade ettiği nitelendirici ve zıt görüşlerin peşi sıra sunulmasıyla, doktrinin bu oldukça radikal beyanının altı oyulur. Ancak bunu yapmadan önce İbn Âbidîn, erken dönem hukukçuların otoritesine dayanarak geleneksel mezhep öğretisini tekrar eder. Bununla ilgili tartışmalı bir manevrayla meşgul olur. İbn Nüceym'in oldukça önemli onayı ilk olarak verilir. Tahmin edilebileceği gibi bu sunumun yapılmasının maksadı, mezhep öğretisinin teyidi değil, İbn Nüceym'in yerel örfe dayanarak birçok hukukçunun fetvalar verdiği şeklindeki kısmi kaydı ve istisnasıdır.<sup>56</sup> Bunu ivedilikle bir başkası takip eder. Bu defa, Nasır b. Yahya<sup>57</sup> ve Muhammed b. Seleme<sup>58</sup> dâhil olmak üzere Belh hukukçuları-

<sup>55</sup> Neşr, s. 116.

<sup>56</sup> Bkz. üstte sayfa 2.

<sup>57</sup> Muhammed el-Muderrisi, *Meşâyihu Belh mine'l-Hanefiyye*, 2 cilt. (Bağdat: Vizâretü'l-Evkâf. Silsiletü'l-Kütübi'l-Hadise, 1979), I, 53, 76 ve bkz. Index II, 942.

<sup>58</sup> Age., I, 53, 89 ve bkz. İndekste II, 938.

nın, başka şeyler yanında, yasak kabul edilen belli bir tür kiralamaya cevaz verdiğini nakleden İbn Mâze tarafından yapılan daha aşırı bir beyana başvurulur. Bu tür bir kiralamanın caiz olması, bu uygulamanın nass tarafından açık bir şekilde düzenlenmemiş olmasıyla ve Belh ahalisinin bu uygulamayı adet haline getirmiş olmasıyla gerekçelendirilmiştir. Bu, istisnai cevazın herhangi bir şekilde kiralama ilkeleri içerisinde yer aldığı anlamına gelmez. Bu tür bir kiralamaya izin verilmişse, tıpkı satışı yapılan nesnenin satış zamanında var olması gerektiği prensibinden istisna teşkil eden *istisna* yöntemi gibi bu bir istisnadır.

Fakat İbn Mâze, son kertede, Belh hukukçularına katılmaz. Yerel bir örf-e dayanarak *tahsis* yapmaları gibi kural dışı uygulamalarına ihtiyatla yaklaşır. Onların durumunun tam olarak geçerli kabul edilemeyeceğini ifade eder. Çünkü böyle bir örfün nüfuzu önemsenmeye değmez ve böyle bir örf, bütün bölgelerde görülen (*fi'l-bilâd külliha*) yaygın bir uygulama olan *istisna* için söz konusu olmayan bir şüphe (*şekk*) ortaya çıkarır. İbn Mâze'yi destekleme babında İbn Âbidîn, İbn Nüceym'in diğer hukukçulardan bir dizi alıntıya dayandırarak sıraladığı yerel örf tartışmasını araya sokar. Bu noktada, bildiğimiz gibi İbn Nüceym'in otoritelerinden bazıları onu kabul etse de, *kıyasın* yerel örf lehine devre dışı bırakılmayacağı sonucuna varır. Şarihler, İbn Âbidîn'e göre, buğday, arpa, hurma ve tuzun istisnasız ölçü ile satılması bunun yanında altın ve gümüşün ölçü ile satılması kuralını benimsemişlerdir. Bu kural meşhur ve açık bir Peygamber hadisi tarafından konur. Buna göre, buğdayın keyl ile satımı ve altının vezn ile satımı, örf ister öyle gerektirsin isterse gerektirmesin, ittifakla geçersiz sayılmıştır. Sarih nass daima hâkim olmalıdır. Bununla birlikte, nassla şart koşulmamış diğer mallar, belli bir toplumdaki yaygın örf-e uygun olarak satılabilir.<sup>59</sup>

Görünüşe bakılırsa Kudûrî'nin otoritesine dayanarak muhtemel bir soru soran kişiye şu söylenir: Ebu Yusuf, muayyen malların satımındaki faiz ile ilgili olarak, örf-e Peygamber hadisine galip gelecek şekilde cevaz vermiştir. Dolayısıyla eğer örf öyle olmasını gerektiriyorsa altın ölçü ile satılabilir.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Neşr, s. 118.

<sup>60</sup> Karşılaştır. Ahmad b. Muhammed b. Cafer el-Kudûrî, *Muhtasar* (Beyrut: Daru'l-Kütübil-İlmiyye, 1997), s. 87.

Nassın gereklerinden bu kopuş, örf gerektirdiğinde faiz uygulaması ve diğer hukuk dışı durumları meşrulaştırmaktadır.

Ebu Yusuf'un konumunun gerçek anlamından saptırıldığını düşünen İbn Âbidîn, üstadın yapmayı kast ettiği şeyin örfü nassa ait yasakların hukukî gerekçesi (*ratio legis / ta'lil*) olarak kullanmak olduğunu iddia eder. Peygamber hadisi muayyen malların tartı ile ve diğerlerinin de ölçü ile ölçümünü gerekli kıldıysa, bu sadece Peygamber zamanında örf böyle olduğu için olmuştur. Eğer örf farklı olsaydı, Peygamber hadisinin altının ölçü ile ve arpanın tartı ile satımına cevaz verebileceği bütünüyle düşünülebilirdi. Bundan dolayı İbn Âbidîn “örf değişime uğrarsa, hukukî kuralın da (*hüküm*) değişmesi gerekir. Değişen ve yeni ortaya çıkan örfte itibar edilmesi nassı ihlal değildir: Bilakis böyle bir itibar gerçekte nassın [gereklerine] bağlanmayı sağlar.”<sup>61</sup> sonucuna ulaşıyor. Bu aşamada İbn Âbidîn, – *dirhem* ile satımı veya itibari değerine (sayısına / *aded*) göre borç para alımı gibi- zamanındaki kaçınılmaz yaygın parasal uygulamaların gerçekte nassı ihlal etmediğini ekleyiverir. Ebu Yusuf'un öğretisine minnettarlığını ifade eder. “Tanrı bu zamanın insanlarına yaptığı şeyden dolayı Ebu Yusuf u çokça mükâfatlandırınsın. O, faiz gibi ciddi bir dertten onları muhafaza etmiştir.”<sup>62</sup>

Paranın tartı veya ölçü ile değil de itibari değeriyle borçlanılmasıyla ilgili verilen bu serbestliğe, Ebu Yusuf'un öğretisini doğrudan genişletecek şekilde yorumlayarak, tahrir yoluyla ulaşılmıştır.<sup>63</sup> Bu aslen Sadi Efendi'nin tahriridir. Daha sonra Siracüddîn İbn Nüceym ve diğer başkaları tarafından tashih edilmiştir.<sup>64</sup> İsmail b. Abdülmecid en-Nablusî, bununla beraber, madeni paralar devlet tarafından belli bir ağırlıkta bastırıldığından ve ağırlığı aynı şekilde etkin bir biçimde gösteren ölçü birimiyle borçlanma ve

<sup>61</sup> Neşr, s. 118: “*tekûnü'l-âde hiye'l-menzûru ileyhâ fe-izâ teğayyerat teğayyera'l-hüküm, fe-leyse fi i'tibâri'l-âde'l-müteğayyira'l-hâdise muhâlefe li'n-nass bel fi-hi ittibau'n-nass.*” Bu Arapça metin –ve bundan sonrakiler- makalenin *Authotity*'de yer alan uyarlanmış versiyonunda ki dipnotlardan alınmıştır (Çev.)

<sup>62</sup> Age., s. 118: “*Fe-lev teârefe'n-nâsü bey'e'd-derâhime bi'd-derâhimi ev istiğrâdehâ bi'l-âdedi, ke-mâ fi zamâninâ, lâ yekûnu muhâlifen li'n-nass. Fa'llahu teala yeczî'l-İmame Ebâ Yusuf an ehli hâzâ'z-zamâni hayra'l-cezâ fe-lekad sedde an-hüm bâben azimen mine'r-ribâ.*”

<sup>63</sup> Tahrir ve onun mezhep kurucularının öğretisiyle ilişkisi üzerine bkz. Üstte 2. bölüm, 111. kesit.

<sup>64</sup> *en-Nehru'l-Fâ'ik*'inde. Bkz. Brockelmann, *Geschichte*, Suppl. II, 266.

mübadele gerçekleştirildiğinden dolayı bunun tamamıyla gereksiz bir hukuk inşası (yorumu) olduğunu düşünmüştür.<sup>65</sup> İbn Âbidîn Nablusî'nin argümanını sadece onunla uyuşmaması bakımından dile getirir. Görünüşe bakılırsa onu daha sonraki argümanına destek olması için retorik bir ifade olarak kullanır. İbn Âbidîn “Nablusî zamanındaki madeni paralar, ağırlık ve değer açısından eşit olabilir. Mamafih “bizim zamanımızda” her Sultan selefinin bastırıldığından daha düşük kalitede para bastırır.” şeklinde bir ifade kullanır. İbn Âbidîn dönemindeki bu uygulama, her çeşit paranın kullanımında geçerlidir. Bazısı yüksek oranda altın ve gümüş içerirken diğerleri daha düşük kalitede olabiliyordu. Örneğin insanlar borçlandığında, paranın türünü belirlemiyor sadece numarasını [tarihini] belirliyorlardı. Ödeme zamanı geldiğinde borç alındığındakine eşit bir değerde olduğu müddetçe herhangi bir parayla ödeme yapabiliyorlardı.<sup>66</sup> Ebu Yusuf'un öğretisi olmasaydı, bu tür işlemlerin faize soktuğu söylenebilecekti. Çünkü madeni paraların ağırlığı ödeme yapıldığında asla borçlanıldığındakiyle eşit olmaz. Diğer taraftan böyle işlemler Ebu Hanife ve Şeybanî'nin öğretilerine göre düzenlenseydi –para türünün ve basım yılının akitte şart koşulması gerekirdi- muhakkak bunun sonucu, bütün parasal işlemler ve akitler fâsîd sayılacağından nahoş bir durum ortaya çıkacaktı. Aynı zamanda zorunlu olarak “zamanımızın insanların inançsızlığı”<sup>\*</sup> sonucunu gerektireceği için öğretileri bu şekilde büyük zorluklara (*harac azîm*) yol açacaktı. İbn Âbidîn, bu ikircikli durumdan çıkmanın tek yolunun Ebu Yusuf'un yalnızca uygulama temelinde ortaya çıkan öğretilerini almak olduğunu ifade eder.<sup>67</sup>

Ebu Yusuf'un öğretilerini tercih etmekte ve diğerine –Ebu Hanife ve Şeybanî'nin benimsediğine- karşı olmada inkâr edilemez bir zorluk vardır. Zayıf bir görüşten yana mezhebin en nüfuzlu simalarından üç otoriter öğretinin by-pass edilmesi elbette bir açıklama gerektirir. İbn Âbidîn

<sup>65</sup> Büyük bir ihtimalle İsmail b. Abdülmecid en-Nablusi (ö. 043/1633). Bkz. Brockelmann, *Geschichte*, Suppl. II, 476.

<sup>66</sup> Hukukta mali meselelerin ayrıntılı bir tartışması için, bkz. İbn Âbidîn, “*Tenbihu'r-Rükûd 'alâ Mesâ'ili'n-Nükûd*”, *Mecmûatu Resâil İbn Âbidîn*, II, 58–67

<sup>\*</sup> Risalede bu konunun ele alındığı yerde Hallaq'ın “unbelievers” (inançsızlık) olarak tercüme ettiği ifade “fasıklık”tır. Dolayısıyla “inançsızlık” ifadesinin kullanımının ne kadar isabetli olduğunun değerlendirmesini okuyucuya bırakıyoruz. (Çev.)

<sup>67</sup> *Neşr*, s. 119: “fe'l-yelzem min-hu tefsîku ehli hâzâl'asr, fe-teayyene'l-iftâ bi-zâlike alâ hâzihî'r-rivâye an Ebî Yusuf.” Aynı zamanda Age., 119-24, benzer argümanların verildiği yerler.

mümkün iki temel çözümden bahseder. Birisi yeterli bir meşrulaştırma olarak örfü örf olduğu için savunma. Diğeri zaruret (*zarûre*) düşüncesine başvurma.<sup>68</sup> Fakat İbn Âbidîn, zaruret lehine örfü bıraktığı için, bu iki tür meşrulaştırma arasındaki farkı izah etmez. Bu beklenebilirdi. Ebu Yusuf'un öğretisinin anlamını makul kılmak ve örf dolayısıyla ona gereksinim duymak mantık kurallarına aykırı bir kısır döngü (*petitio principii*) argümanı olan örfün örfle meşrulaştırılması anlamına gelir. Bu yüzden zarurete müracaat etmek mantıklı tek seçim olarak kalır.

Bununla beraber zaruret düşüncesi hukukun katı gereklerinden ayrılmayı meşrulaştırmak için kullanılsa da zaruret ilkesi, örf gibi, kesin vahiy metinlerinin sessiz kaldığı alanlarla sınırlandırılmıştır. Örneğin Ebu Yusuf zaruret dolayısıyla Harem bölgesinin bitkilerinin kesimine verilen cevaz – Peygamber sünnetinin gerektirdiğinin aksine- fikrini benimsediğinde eleştirilmişti. Bu konuda İbn Âbidîn, Peygamberin *izhir* ağacını<sup>69</sup> yasaklamının dışında tutması gerekçesinde, Ebu Yusuf'la uyuyor gözükmez. Dolayısıyla bizim yasağın yürürlüğünün devam ettiği ve zaruret dolayısıyla yasağın kaldırılmasının sadece bu bitkiye özgü olarak uygulanabileceği sonucuna varmamız gerekir. Daha önemlisi bitkilerin kesilmesine yönelik yasaklamadan kaynaklanabilecek sıkıntı bir toplumu değişime zorlayan alışkanlık ve örflerin sonuçlarıyla kıyaslandığında çok daha önemsizdir.

Evleviyetle zaruretin bu şekilde tespit edilmesinden sonra İbn Âbidîn mezhep öğretisinin hiyerarşisi içinde zaruretin yerini belirlemeye çalışır. Büyük olasılıkla birçok Hanefi hukukçunun yerel örfe dayanarak fetva verdiğini söyleyen İbn Nüceym'e dayanarak İbn Âbidîn, zayıf bir görüş (*kavl za'if*) de olsa mezhep görüşlerinden biri olan belirli bir hukukî norm oluşturmak üzere yerel örfün kabul edildiğini<sup>70</sup> ifade eder. Böylece zaruret böyle bir görüşün caiz olmasının benimsenmesine imkân verir.<sup>71</sup> Fakat bu başka şeylerin yanında icma ilkesini ihlal ettiği için zayıf görüşün uygulanmasını sıkı bir şekilde yasaklayan mezhep ana öğretisinden ciddi bir

<sup>68</sup> Age., s. 120: "ve alâ küllin, fe yenbaği'l-cevâz ve'l-hurûc ani'l-ism inde'llahi teala immâ binâen alâ'l-amel bi'l-örfi ev li'z-zarûre."

<sup>69</sup> Mekke civarında yetişen, defin işlemlerinde ve ev dekorasyonunda kullanılan kokulu bir bitki. Bkz İbn Manzur, *Lisânü'l-Arab*, 15 cilt. (Beyrut: Dâru Sâdır, 1972), IV, 302-03.

<sup>70</sup> İbn Âbidîn'in yerel örfü geçerli bir hukuk kaynağı olarak düşünerek vurguladığı nokta dikkate değerdir. O geçerli olduğu topluma tamamen nüfuz etmiş olması gerekir. Bkz. *Neşr*, s. 134.

<sup>71</sup> Age., s. 125: "*el-kavlü'z-za'ifi yecüzü'l-'amel bi-hi inde'z-zarûre.*"



ayrılışı meydana getirir.<sup>72</sup> Ayrıca yorumsal açıdan zayıf görüş, *esah* veya *racih* görüş tarafından kaldırıldığı farz edilen *mensuh* kategorisine ait olduğu için geçersiz kabul edilir. Bununla beraber geç dönem Şafiiler bu meselede Hanefilerden daha az katı bir konum benimsemişlerdir. Ve bu nedenle İbn Âbidîn (içinde bulunduğu) ikircikli durumdan kurtulmak için onlara müracaat eder. Fetvalarından birinde, nüfuz sahibi Takiyyüddîn es-Subkî (ö. 756/1355)<sup>73</sup> - vakıf konusuyla ilgili- zayıf bir görüşün hâlihazırda ki mesele ve kişi ile sınırlandırıldığı ve başka olaylara aktarılmadığında ister hukuk mahkemesinde isterse ifta' faaliyetinde benimsenebileceğini ifade eder.<sup>74</sup> Fakat anlaşılana o ki İbn Âbidîn bir Şafî otoriteye başvuruyu yetersiz buluyor. Subkî'nin görüşünü geliştirmek için İbn Âbidîn okuyucuyu, diğerlerinin yanında, Merğînânî'nin şarihlerin aynı yazarın *Hidâye* adlı eserine şerh yazarken sık sık kullandığı meşhur *Muhtârat en-Nevâzil*<sup>75</sup> adlı eserine götürür.

Burada Merğînânî yaradan sızan kanın abdesti bozmayacağı görüşünü benimser. Bu görüş, İbn Âbidîn'in hem daha önce örneği görülmediğini hem de Hanefiler boyunca veya Merğînânî'nin döneminden sonra destek elde etmede başarısız olduğunu kabul ettiği bir görüştür. İbn Âbidîn bu görüşün şaz olduğunu kesin olarak bilmesine rağmen yine de o, Merğînânî'nin mezhebin en büyüklerinden olduğunu ve oldukça seçkin *ashabü't-tahrîc*<sup>76</sup> arasında yer alan meşhur bir Hanefi olarak durduğunu ifade eder. Bundan dolayı İbn Âbidîn devamla, onun görüşünün *esah* addedilmesi gerektiği ve yapılması gerekli görüldüğünde zayıf görüşün uygulanmasına sınırlı bağlamda cevaz verilmesi gerektiğini söylüyor.<sup>77</sup> Neden sadece sınırlı bir anlamda? Çünkü zayıf doğası göz önünde bulundurulduğunda, sadece hâkim olduğu şehir, kasaba veya köyde uygulanan bir hukukî norm üretme anlamında yerel örf, evrensel kabul edilmemiştir.

<sup>72</sup> *Şerhu'l-Manzûma*, s. 10-11, 48.

<sup>73</sup> Biyografik bir anlatı için, bkz. Tâcuddîn es-Subkî, *Tabakâtü's-Şâfiyyi'l-Kübrâ*, 6 cilt. (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1906), VI, 146-227.

<sup>74</sup> *Şerhu'l-Manzûme Ukud*, s. 49; "yecûzü taklîdü'l-vechi-z-zaif nefsu'l-amr bin-nisbe lil-'ameli fi hakkı nefsihi, lâ fi'l-fetvâ vel-hükm."

<sup>75</sup> Brockelmann, *Geschichte*, I, 378 (469); Burhanuddîn el-Merğînânî, *el-Hidâye: Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, 4 cilt. (Kahire: Mustafa Bâbî'l-Halebî, 1400/1980), I, 3-9.

<sup>76</sup> *Şerhu'l-Manzûme*, s. 49-50. *Tahrîc* ve onu uygulayanlar hakkında, bkz. Hallaq, *Authority*, 2. bölüm.

<sup>77</sup> *Şerhu'l-Manzûme*, s. 50.

İbn Âbidîn'in akıl yürütmesi, ispatlamak şöyle dursun adını bile koymadığı köklü bir sıçramaya yol açıyor. Dört mezhep tarafından genellikle kendi hakkında (*fi hakki nefsihi*) şeklinde ifade edilerek cevaz verildiği düşünülen bu sınırlı uygulama, geleneksel olarak hukukî akıl yürütmeyi yapan kişi yani *müctehid* ile sınırlı bir ilkedir. Örneğin heretik bir *müctehidin* kendisinin hukukî düzenlemesini yine kendisine uygulaması caiz görülmüştür. Fakat bu görüşle diğer Müslümanlara fetva vermekten men edilmiştir.<sup>78</sup> Bu ilkenin vakıftan yararlananlara uygulanmasına cevaz vererek Subkî böyle bir sıçrama yapmış görünüyor. İbn Âbidîn ise daha da ileri giderek bu ilkenin bir köy, kasaba ve hatta kurak arazi sakinlerine uygulanmasını öngörmüştür. Nihai analizde İbn Âbidîn'in argümanlarını düzenlerken attığı adımları ispat edip etmemesinin önemsiz olduğunu gözlemlemek oldukça ilginçtir. Subkî ve Merğînânî'nin kuraldışı görüşleri, İbn Âbidîn'in söylemsel stratejisi içine bir amaca hizmet ettiği için seve seve ve sorgulanmaksızın nasıl dâhil edildiyse; İbn Âbidîn'in kendi ulaştığı sonuçlar da gelecekte daha ileri noktalara ulaşmak için kullanılacaktır.<sup>79</sup> Üzerinde önemle durulması gereken mesele -yani yerel örfün hukuka uygun olarak özel bir kural meydana getirip getiremeyeceği sorunu- çözümlenmiştir. En azından İbn Âbidîn'in varsayımlarını ve bakış açısını paylaşanlara göre.

## Örf ve Toplum

Şimdiye kadar yerel örfün sarıh nassın gereklerine karşıt bile olsa hâkim olduğu bölgede özel kural üretebileceği gösterilmiştir.<sup>80</sup> Geriye örf ve istidlal yoluyla nasslardan elde edilen *zâhiru'r-rivâye* görüşler arasındaki ilişkinin açıklanması kalır. Bu, *Neşru'l-urf*'ün en merkezi konusu, *Şerhu'l-*

<sup>78</sup> Osman b. Abdurrahman İbnu's-Salâh, *Edebu'l-Müftî ve'l-Müsteftî* (ed. Muvaffak Abdülkadir), Beyrut: Âlamü'l-Kütüb, 1986, s. 107.

<sup>79</sup> Diğer bir deyişle bu, geleneksel hukuk yapılarının yaşamasına müsaade edildiğinin zannedilmesidir. [Hallaq burada Mecelle'ye gönderme yapıyor gibidir. O bir taraftan İbn Âbidîn'in -ki oğlu İbn Âbidînzâde Mecelle komisyonundadır.- Mecelle'ye etkisini gündeme getirirken diğer taraftan da Mecelle'nin geleneksel mezhep yapısı içinde kalarak ürünlerini veren İbn Âbidîn'den ve dolayısıyla gelenekten ciddi bir kopuşu temsil ettiğini savunuyor gözükür. Bkz. 96. dipnot (Çev.).]

<sup>80</sup> Tahsis (*particularization*) açısından bu çelişkili görülmüş olmasına rağmen. Bkz. İleride 25. sayfa ve devamı.

*manzûme*'nin de en önemli konularından biridir.<sup>81</sup> İbn Âbidîn bu iki çalışmasında, *müctehidler* bir kaç etkene dayanarak bu görüşlere ulaştıklarını öne sürüyor. Ki bunların en önemsizi, bu görüşlerin oluşturulduğu zamanda yaygın olan örfi uygulama da değildir. Örfi uygulamanın dikkate alınmasına duyulan ihtiyaç, *müctehidin* hizmet ettiği toplumda yaygın örf ve alışkanlıkların bilgisine tam olarak sahip olması gerektiği şeklindeki teorik zorunluluğun nedenini de açıklıyor.<sup>82</sup> *Müctehidin* akıl yürütmesi ve ulaştığı sonuçlar, hukuk ve olgunun –ki ikincisi tamamen olmasa da kısmen örf tarafından belirlenmektedir.- özel bir bileşimini yansıtıyor. Eğer bu uygulamalar zamandan zamana veya bir mekândan başka bir mekâna farklılık gösteriyorsa, bunlar *müctehidi* zaman ve mekâna bağlı olarak farklı hukukî sonuçlara götürecektir. İbn Âbidîn bunun, *müctehid*'in (*Meşâyihu'l-mezheb*) mezhep kurucularının ortaya koyduğu görüşlerden neden ayrıldıklarını açıkladığını iddia ediyor. Yaygın olan kanaat şudur ki; mezhep kurucuları sonraki *müctehidler* karşılaştığı benzer örflerle karşılaşsalar, onlar yani kurucular, kendilerinden sonrakilerin savunduklarına benzer görüşleri ortaya koyarlardı.

Burada İbn Âbidîn, *meşâyihu'l-mezheb*'in kurucu üstatlardan farklılaştığı en az bir kaç düzine olay iktibas eder.<sup>83</sup> Bu konudaki örneklerden biri, *Kur'an* öğreticilerinin ücret almasına *müteahhirunun* verdiği cevazdır. Bu tür ücret alma akdi erken dönem Hanefi âlimlerce yasaklanmıştır. İslam'ın ilk çağları boyunca *Kur'an* öğreticilerinin ücretlerini, durdurulana kadar, devletten aldığı söylenir. İddia edilmiştir ki; bu tür ücret akdi yasaklanmaya devam ederse, öğretici ailesiyle birlikte açlıktan ölecek hale gelecektir veya *Kur'an* öğretimi sona erecektir. Diğer örnek vakıf hukukundaki bölgesel ve kronolojik değişimdir. Örneğin Anadolu'da nakit veya madeni parayı vakıf olarak adamak adettir. Hâlbuki taşınabilir malların vakıf olarak adanmayacağı mezhebin otoriter öğretisidir.<sup>84</sup> İbn Âbidîn “bizim bölgemizde” böyle bir uygulama asla olmamıştır diye belirtir. Kronolojik değişime örnek ise erken dönem boyunca Suriye'de adet olarak uygulanan “ama zamanı-

<sup>81</sup> Neşr, s. 128 (1. 17); İbn Âbidîn, *Şerhu'l-Manzûme*, s. 46 vd.

<sup>82</sup> Neşr, s. 128-30.

<sup>83</sup> Age., s. 126-28,

<sup>84</sup> Bu uygulama hakkında, bkz J. E. Mandaville, "Usurious Piety: The Cash Waqf Controversy in the Ottoman Empire," *International Journal of Middle East Studies*, 10 (1979): s. 295-304.

mızda hiç işitmediğimiz”<sup>85</sup> çiftçinin baltasını vakıf olarak adaması şeklindeki uygulamadır. Toplumdaki alışkanlıkların değişimi, hukukta müteakabil bir değişime sebep olmalıdır. Ancak şuna dikkat etmek gerekir ki; İbn Âbidîn böyle bir değişimin hukukta delil sisteminin veya hukukî akıl yürütme usulünün değişimi anlamına gelmediğini belirtiyor. Bu sadece zamanın değişmesi ile harekete geçirilen bir değişimdir.<sup>86</sup> ( Bu oldukça basit açıklama, pek çok anlam ihtiva eder. Çünkü bu, İslam Hukukunun hakiki yapısında gömülü hukukî değişim mekanizmalarının, bizim bir başka yerde ispatladığımız, katı (müsamahasız) bir önermesidir.<sup>87</sup>

İbn Âbidîn tarafından derlenen bu etkileyici olaylar listesi, hukuk bilgininin “toplumun gereksinimlerini ve içinde yaşadığı dönemin [gereksinimleri] dikkate almaksızın *zâhiru’r-rivâye*’den aktarılan görüşlere ısrarla bağlı kalmaması gerektiği”ni göstermeye yöneliktir. “Eğer hukuk bilgini böyle yaparsa pek çok hakkın zayi olmasına ve böylece faydadan çok zarara neden olacaktır.”<sup>88</sup> “Hukuk bilgininin, otoriter *zâhiru’r-rivâye* görüşlerle ters düştüğünde dahi örfü izlemesi gerekir.”<sup>89</sup> Evrensel ve yerel örfün her ikisi de bu genellemeye dâhildir. “Yerel örf otoriter mezhep kurucularından (*sâhibu’l-mezheb*) nakledilen mezhep öğretisine (*en-nassü’l-mezhebi*) aykırı olsa dahi ona itibar edilmesi gerekir.”<sup>90</sup>

Hukukun tümevarımsal incelenmesiyle ulaştığı bu sonuçlardan sonra İbn Âbidîn, hukuk bilgininin hem yerel hem de evrensel örfü, *zâhiru’r-rivâye* külliyyatını geçersiz kıldığında, ona eşit bir mesabede, uygulaması gerektiğini devamlı söyler. Aralarındaki tek fark; evrensel örf evrensel bir hukuk normu üretirken, yerel örfün özel norm üretmesidir. Diğer bir deyişle, evrensel bir örften kaynaklanan hukukî norm bütün Müslüman ülkelerdeki Müslümanlar için bağlayıcı iken, yerel örf yaygın olduğu köy veya kasabada bağlayıcıdır.<sup>91</sup> İbn Âbidîn, bu sonuçları, neye malolursa olsun savunmaya ve meşrulaştırmaya çalışıyor. Bu noktada İbn Âbidîn, İbn

<sup>85</sup> İbn Âbidîn, *Hâsiye*, IV, 364.

<sup>86</sup> Neşr, s. 126: “*ve-kad nassa’l-ulemâ ‘alâ enne hâzâ’l-ihtilâf (hüva) ihtilâf asr ve-evân lâ ihtilâf hüccce ve burhân.*”

<sup>87</sup> Bkz. Hallaq, *Authority*, 5-6. bölümler.

<sup>88</sup> Neşr, s. 131; *Şerhu’l-Manzume* s. 47.

<sup>89</sup> Neşr, s. 131-32, yeniden ifadesi 133.

<sup>90</sup> Age., s. 133.

<sup>91</sup> Age., s. 132: “*fe’l-örfü’l-âmm fi sâ’iri’l-bilâd yesbüt hükmühu ‘alâ ehli sâ’iri’l-bilâd ve’l-hâss fi belde vâhide yesbut hükmühu alâ tilke’l-belde fakat.*”

Nüceym'in eseri üzerine bir şerh çalışması olan *Hâşiye alâ'l-Eşbâh* adlı eserinde Ahmed el-Hamevî'nin söylediği bir ifadeyi gündeme getiriyor. Bu çalışmada Hamevî, İbn Nüceym'in "Bir yerel örf asla evrensel bir hukukî norm üretmez." ifadesinden "Bir yerel örf özel bir hukukî norma sebep olabilir." sonucunun çıkarılabileceğini ifade eder.<sup>92</sup> Açıktır ki; bu çıkarımı destekleyen mantikî bir zorunluluk yoktur. Fakat İbn Âbidîn, Hamevî'nin çıkarımını seve seve ve sorgusuz sualsiz onaylıyor.

Yerel örfün mezhep otoriter öğretisine karşı hâkimiyetini meşrulaştıran prensipler, aynı zamanda devamlı olarak bir yerel örfün yerini, aynı düzeyde bir güçle, diğerinin almasını da meşrulaştırırlar. Bir yerel örf mezhep kurucuları tarafından ortaya konan bu öğretileri yürürlükten kaldırırsa, daha sonra gelen bir yerel örf de, seleflerin hâkimiyetinin yerini alarak, selefleri ve *zâhiru'r-rivâye*'yi yürürlükten kaldırabilir. Bu, mezhep otoriter öğretisini geçersiz kılan yerel örfün hem eski hem de yeni örfü kapsadığı şeklindeki İbn Âbidîn'in ifadesinde çok açıktır.<sup>93</sup> Sürekli değişimin meşrulaştırılması, İbn Âbidîn'in sonraki hukukçuların karşılaştığı aynı örflerle kurucu üstadlar karşı karşıya gelselerdi, onların da aynı hukukî görüşleri ortaya koyacağına duyduğu derin inanca dayanır.<sup>94</sup> Bu, İbn Âbidîn'in neredeyse hukukî bir genel ilke olarak geliştirdiği ana prensiplerden birdir.

## Sonuç

Şüphesiz örf mütemadiyen Müslüman hukukçu ve hukuk uygulayıcısına [karşı karşıya olduğu] en ciddi meydan okumalardan birini sunmaktadır. İşte hukukla örfün kesişme noktasında ayrılık, çelişki, uzlaşma ve sentez sorunları ortaya çıkmaktadır. İbn Âbidîn'in örf konusundaki söylemsel detaylandırma yöntemi özellikle önemlidir. Çünkü onun yazdıklarında beliren meydan okumaların varlığı açık bir şekilde anlamlı ve yoğunudur. Ve köklü sosyal, kültürel ve epistemolojik değişimlerin başlamış olduğu bir zamanda yazmış olması, bizim için öğreticidir.

<sup>92</sup> Abmed el-Hamevî, *Şerhu'l-Eşbâh*, İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* ile birlikte basılmıştır, s. 137; *Neşr*, s. 132: "*kâle'l-allâme es-Seyyid Ammed el-Hamevî... el-hükmü'l-âmm la yesbüt bi'l-urfî'l-hâss, yüfhemü minhü enne'l-hükmü'l-hâss yesbüt bi'l-urfî'l-hâss.*"

<sup>93</sup> *Şerhu'l-Manzûme*, s. 45; *Neşr*, s. 133: "*emmâl-urfü'l-hâss, izâ 'arade'n-nassa'l-mezhebi'l-menkül an sâhibi'l-mezhep fe-hüve muteber... ve semele'l-urfü'l-hâssi'l-kadîm ve'l-hadîs.*"

<sup>94</sup> *Neşr*, s. 128, 130: "lev kâne Ebu Hanife rae mâ raev la-efât bi-hi."(s. 130, 1. 15'de); İbn Âbidîn, *Şerhu'l-Manzûme*, s. 14.

İbn Âbidîn'in söylemi birkaç açıdan öğreticidir. Karmaşık ve çok katmanlı yorum örgüsüne sahip olması bunların en önemsizi değildir. Mezhep otoritesi altında hareket eden İbn Âbidîn'in söylemi, kendisinin içinde çalışma yaptığı ve ötesine geçemeyeceği bir hukukî gelenek bilinciyle sürekli tahakküm altındadır. Fakat bu gelenek o kadar da kısıtlayıcı değildir. Aksine o, zaman olarak hukukun yüzlerce yıllık evriminde ve mekân olarak da Hanefiler kadar diğer mezheplerin de hâkim olduğu çok geniş bir alanda vücut bulan çoklu söylem düzlemleri sunmaktadır. Bu zengin çeşitlilik, yazar-hukukçuya kendi iradesine göre görüşleri tercih etme veya ihmal etme konusunda oldukça geniş bir özgürlük imkânı vermiştir. Önceki ve daha yakın seleflerin görüşleri seçici bir şekilde iktibas edilmiş ve yan yana konmuştur. Onlar aynı zamanda geleneğin hâkim ağırlığını ve kendisi aracılığıyla geleneğin etkin bir şekilde işletilmesini temsil etmektedir. Yazar-hukukçu, yani manipülatör, ara değerlendirmeler, müdahaleler, karşı argümanlar ve nitelendirmeler aracılığıyla söylemini inşa ettiği seçili iktibasları bir araya getirir. Her ne kadar manipülatörün varlığı ürettiği metinlerde genellikle asgariden biraz fazla görünse de, geleneğin ve onun otoritesinin nasıl kullanılacağına, biçimlendirileceğine ve yeniden üretileceğine karar veren odur. Yazar-hukukçu söyleminin son derece ilginç bir özelliği de, neredeyse sayısız yollar aracılığıyla, bu çeşitli ve çok katmanlı geleneği yeniden üretme imkânına sahip olmasıdır. Yorumsal ihtimallerin çokluğu şaşırtıcı gözükmektedir.

İbn Âbidîn'in örf söylemi özellikle de gelenekteki zayıf ve azınlık durumlara başvurma yoluna gitmesi bakımından öğreticidir. Bu görüşler, zorunlu olarak, hukuk öğretisinin ve uygulamasının hâkim anlayışını temsil eden mezhebi otorite öğretisiyle yan yana sıralanmışlardır. Bunda muharrik etken, İbn Nüceym döneminde büyük oranda terk edilmiş olan Ebu Yusuf'un görüşünün azınlık görüşü olarak ileri sürülmüş olmasıdır. Ebu Yusuf'un görüşü, zaruret aracıyla yeniden canlandırılmıştır. Bu aracın bütün diğer yorum girişimlerinin başarı ihtimalinin olmadığı durumlarda başarılı olmuş olduğu anlaşılıyor. İbn Âbidîn'in yorumları, Merğînânî ve Subkî'ninkiler gibi azınlık görüşlerin manipüle edilmesini de gerektiriyordu. Otoriter öğretinin aşamalarını tersine çeviren yorum girişimlerinde, bir cedelci, yazar ve metinsel stratejist olarak İbn Âbidîn'in marifetleri küçümsememelidir. Bununla beraber, herkesin kabul edeceği gibi bunlar mantığı

delillendirme bakımından bariz kusurlar içermektedir. Kuşkusuz bu kusurlar, bir akıl yürütücü olarak İbn Âbidîn'in kifayetsizliğinin bir yansıması olmaktan çok, onun hermenötik anlamda çok emek ve sabır isteyen girişiminde içkin olan gerilimin bir sonucudur.

İbn Âbidîn'in karşı karşıya kaldığı zorluklar, Hanefi öğretisinin hiyerarşik otoritesine bağlılığı ile sadece tekil hukukî olaylar seti olarak değil aynı zamanda, daha da önemlisi, hukukî bir delil anlamında örfün gerekleri arasındaki çatışmadan kaynaklanıyordu. Çünkü tekil hukukî olaylar bütünü olarak örf oldukça başarılı bir şekilde hukuk ile birleştirilmişti. Erken dönem hukukçuların çalışmalarında çok sayıda delili mevcut olan bir gerçekliktir bu. Ve bu gerçeklik, bizimde gördüğümüz gibi, Serahsî'nin *Mebûsû't*'u ile örneklendirilmişti. Fakat İbn Âbidîn'in yaptığı gibi, örfü hukukî bir kaynak konumuna yükseltme çabasında, bu kaynağı sadece *zâhiru'r-rivâye* içerisine değil aynı zamanda hem deliller hiyerarşisinin hem de hukukun teolojik desteğinin sürekliliğini sağlayan hukuk metodolojisi içerisine yerleştirmekte kendine özgü bir zorluk vardır. Ki İbn Âbidîn'in Hanefi mezhebinin hermenötik zorunluluklarına tamamen sadık olması ve aynı zamanda hukukî bir kaynak olarak örfü hararetili bir şekilde desteklemesi onu nevi şahsına münhasır bir hukukçu yapar. Şu görece kesindir ki; onun benzeri kaygıları taşıyan öncülerinden hiçbiri metodolojik olarak örfü formel bir konuma yükseltmeye çalışmamıştır ve şu da kesinlikle doğrudur ki; ondan sonra hiç kimse mezhep doktrininin otoriter hiyerarşisine tam bir bağlılık üzerinde ısrar etmemiştir.

Bununla birlikte, nihayetinde İbn Âbidîn örfü Kuran ve Sünnetin büyük bölümü de dahil resmi kaynakların sonuçlarını ortadan kaldırma yetkisine sahip bir hukuk kaynağı konumuna yükselten bir argüman geliştirmeyi başarmıştır. O halde onun katkısına bir ilk adım olarak bakmak zorlama bir durum değildir., Beklenebileceği gibi, epistemolojik şizofreni diye isimlendirilebilecek bir sorunla muzdarip olsa da bu, modern hukuk reformlarını hazırlayan bir adımdır. Merğînânî ve Ahmed el-Hamevî gibi otoritelere dayanan bu fazlasıyla sınırlandırılmış icbari argümanlar bir biriyle çelişen iki zıt emre (yani mezhep doktrininde yorumla inşa edilmiş ilahi buyrukla hukukun insani beklentilerine) parçalı sadakatın doğurduğu temel hemenötik zorlukları göstermektedir.

Bununla birlikte İbn Âbidîn başarısı ağır bir bedel ödemeksizin elde edilmemiştir. Onun öğretisinin imaları, ölümünü izleyen yüzyıldaki tarihi gelişmelere bakıldığında oldukça ağır olmuştur. Doğrusu onun, mezhep öğretisi ve bunu ayakta tutan metodolojisini çok ciddiye aldığı, bunun her şeyden fazla, onun kavramsal sıkıntılarının kaynağı olmasından anlaşıl-maktadır. Ancak son tahlilde, aslında örf lehine hukuk yapısını ve hukuk metodolojisini tümüyle kurban etmiştir. Onun ustaca nitelemeleri, istisna-ları ve söylemsel manevraları, geleneksel araçları kullanarak geleneğin arazisini sürdürdüğü gibi farklı ama yanıltıcı bir intiba verir. Lakin gerçek, örfün konumunu asıl kaynak statüsüne yükseltmek için hukuk içerisinde görece daima önemsiz bir unsur ola gelen zaruret mefhumunu kullanmış olmasındır. Bu, belki de İbn Âbidîn'in örf söyleminin en önemli gerçeğidir. Ve burada İbn Âbidîn'in dikkat çekici bir biçimde modern durmaktadır. Yani o sadece Muhammed Reşid Rıza gibilerin öğretilerini öngörmemiş, aksine gerçekte otoritenin sınırları içinde ve ona sadık kalarak, en azından biçimsel olarak, daha sofistike argümanlar geliştirme konusunda onları aşmıştır. İbn Âbidîn'in söyleminde ve modern reformistlerin çoğunluğunun söyleminde zaruret geleneksel hukuk metodolojisini de kapsayacak şekilde herhangi bir maksadı meşrulaştırmak için kullanılır.<sup>95</sup>

Geleneksel hukuk öğretisi ve metodolojisi örf lehine feda edilmiş olsa bile, bir kişisel mezhep olarak Hanefiliğin otoritesi yok edilmemiştir. Bu noktada İbn Âbidîn ve modern reformistler arasında büyük bir fark ortaya çıkar. Sonrakiler sadece eski mezhep yapılarını terk etmekle kalmamış aynı zamanda da onlara karşı çıkmışlardır. Bu onların niçin doğrudan nassa başvurduklarını ve mezhep otoritesi üstünden sessiz bir şekilde geçtiklerini açıklar. Onların en büyük argümanı, Kur'an ve Sünnet'in ilk Müslümanlara, Araplara onların anlayabilecekleri bir dilde hitap etmeyi seçmiş olmasıdır. Vahiyden mahsul bu yeni hukuk Arapların örf ve adetlerini dikkate almıştır. Yoksa bu örf ve adetler farklı olsaydı, o da farklı olarak tezahür ederdi. Nasslarla bu doğrudan çatışma durumu İbn Âbidîn'in hukuk anlayışının bir parçası değildir. Bir Hanefi olarak, İbn Âbidîn'in referans/düşünce çerçevesi, mezhebi ve en üst otorite olarak Ebu Hanife ve

<sup>95</sup> Muhammed Reşid Rıza ve diğer modern reformistler hakkında, bkz. M. Kerr, *Islamic Reform: The Political and Legal Theories of Muhammad 'Abduh and Rashid Rida* (Berkeley: University of California Press, 1966); Hallaq, *History*, s. 214-220.



onun seçkin iki öğrencisiydi. Yani aslında metin olmayan ama metin olarak kabul edilen onların yorumlarıydı. Fakat yine de İbn Âbidîn'in Ebu Hanife'nin farklı bir çağda yaşamış olsaydı farklı hukukî sonuçlara ulaşacağı iddiası, dikkat çekici bir şekilde moderndir ve diyebilirim ki bu ifade biçimi İbn Âbidîn'den önceki otoritelerin çalışmalarında yoktur.

Ne var ki; İbn Âbidîn'in hem evrensel hem de yerel örfü hukukî norm üretebilir olarak görmesi onu, kati surette, daha modern ve faydacı terminoloji içerisinde hümanistik bir hukuku yeğlediklerini söyleyen modernistler grubuna dâhil etmez. Onun örf düşüncesi ve yan anlamları, geleneklerine eşdeğer bir şekilde sosyal ihtiyaçların insani gereklerine bağlıdır. Diğer bir deyişle, yirminci yüzyıl modernistlerinin yaptığı şey, sistemi destekleyen/ayakta tutan epistemolojiyi üreten örfü en baştan (a priori) devre dışı bırakan bir kestirme-yol bulmaktır. İbn Âbidîn ise geleneksel yapı içerisinde çalışmalarını yürütmüş ve bu yüzden örf ile yüzleşmek zorunda kalmıştır. Osmanlı devlet örgütlenmesinin bir üyesi olmaması ve büyük hukuk reform dalgalarının öncesinde çalışmalarını icra etmesi, İslam hukukunun kendisini dönüştürmeye ve önemli değişimlere uyum sağlamaya muktedir olduğunun açık bir kanıtıdır. İbn Âbidîn, yaşamış olduğu zamanın gereği, sadece son büyük Hanefi âlimi değil aynı zamanda Osmanlı İmparatorluğu'nda bir hukuk reform programının yapılması gerektiğini önerme faziletine sahip ilk hukukçudur.<sup>96</sup>

### Notlar:

Amy Singer, Selim Deringil, Zachary Lockman, Iris Agmon ve diğer seminer katılımcılarına bu bölüm hakkındaki aydınlatıcı açıklama ve soruları için teşekkür etmeliyim.

<sup>96</sup> İbn Âbidîn'in burada ele aldığımız teorisinin temel özelliklerinin neredeyse tümü, Mecelle'de yer alır: (1) İhtiyaç zarurete eşdir. (2) Zaruret haramı (normal halde meşru olmayan şeyi) meşru kılar. (3) Sıkıntı hukukun hafifletilme nedenini oluşturur. (4) Örf, ister evrensel isterse yerel olsun, hukukî normları belirler. (5) Örfen maruf olan şey, bir anlaşma şartının gücüne sahiptir. (6) Örfün gerektirdiği şey, sarih nass gücüne sahiptir. (7) Hukukî normlar, zamanın değişmesiyle değişir. Bkz. *Şerhu'l-Mecelle*, 2 cilt. (Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1923) maddeler 17, 21, 32, 36, 39, 43, 45. Önsöze de bkz. I, 9-14.