

İslâm Hukuku Açısından Örf ve Hükümlere Etkisi^a

ÜMİT KOCA^b

Geliş Tarihi: 17.09.2023 | Kabul Tarihi: 19.10.2023

Öz: Toplumsal düzenin sağlanması ve korunması noktasında varlığı akla ilk gelen kurum hukuk kurumudur. Bu kurumun sağlıklı bir biçimde işleminin ilk şartı ise uygulandığı toplumun hassasiyetlerinin göz önünde bulundurularak inşa edilmiş olmasıdır. Bu noktada çözüm odaklı bir bakış açısıyla olaya yaklaşıldığında işlevsel ve uygulanabilir bir hukuk oluşturmada müracaat edilecek kaynaklardan birinin örf olduğu anlaşılacaktır. Kısaca, insanların çoğunun benimseyip alışkanlık haline getirdikleri şeyler olarak tarif edilebilecek örf, olduğu toplumun karakteristiğini en iyi yansıtan mekanizmadır. Örf, hem beşeri hem de ilahi kaynaklı hukuk sistemlerinin oluşumunda kendine yer bulmuştur. İlahi kaynaklı bir hukuk sistemi olan İslâm hukukunda da o denli bir yere sahiptir ki yeni bir yere tayin olunan kâdının/hâkimin o yörenin örfünü öğrenmeden hüküm vermemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu makalede öncelikle genel bir çerçevede örfün tanımına, mahiyetine ve hukuk normu oluşturmada kaynaklık değerine değinilecektir. Daha sonra İslâm hukuku özelinde örfün ne ifade ettiği ve deliller hiyerarşisindeki yeri ele alınacaktır. Ayrıca örfün değişiminin İslâm hukuk üzerindeki izleri yansıtılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, örf, değişim, hukuk kuralları, İslâm hukuku.

^a Bu makale, 9-11 Ekim 2017 tarihlerinde düzenlenen *II. Uluslararası İğdir Sempozyumu*'nda sunulan "Hukuk Kurallarının Oluşumunda Örfün Etkisi: İslâm Hukuku Örneği" başlıklı tebliğin genişletilmesiyle oluşturulmuştur.

^b İğdir Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü
umutmisafiri@hotmail.com

Custom in Islamic Law and Its Effect on Legal Rules

Abstract: The first institution that comes to mind in terms of ensuring and protecting social order is the institution of law. The first condition for the healthy functioning of this institution is that it is built by taking into account the sensitivities of the society in which it is applied. At this point, when approached from a solution-oriented perspective, it will be understood that custom (*'urf*) is one of the sources to be consulted in creating a functional and applicable law. In short, custom, which can be defined as what most people adopt and make a habit, is the mechanism that best reflects the characteristics of the society in which it is formed. Custom has found its place in forming both human and divine legal systems. In Islamic law, which is a legal system of divine origin, it has such a place that it is stated that the qāḍī/judge appointed to a new place should not make a judgment without learning the custom of that region. In this article, first of all, the definition of custom in a general framework, its nature, and its value as a source in creating legal norms will be mentioned. Then, what custom means in Islamic law and its place in the hierarchy of evidence will be discussed. In addition, the traces of the change of custom in Islamic law will be tried to be reflected.

Keywords: Law, custom, changing, legal rules, Islamic law.

Giriş

Birlikte yaşama ihtiyacı içinde yaratılmış bir varlık olarak insan, bu birlikteliğin sonuçlarından biri olarak bazı söz ve eylemleri zaman içinde teâmül haline getirmektedir. Bilinçsiz bir şekilde edinilen bu teâmüller bazen ilgili fiil veya sözlerin birer yeni kimliğe bürünmesi şeklinde sonuçlanmaktadır. Kazanılan bu kimliklerden bir kısmı ise “bu böyle olmalı” şeklinde manevi bir baskı formunda kendini hissettirmektedir. Bu durumun sonucu olarak, bir sözün neden belli bir şekilde anlaşılması ya da icra edilen bir fiilin niçin belli bir kalıp şeklinde algılanması gerektiği sorulsa “Biz atadan/babadan böyle gördük” şeklinde bir cevap alınacak ve aslında bilinçli bir tercih sonucu olmamasına karşın içselleştirilmiş bir durumun varlığı görülecektir.

Bazen de bu teâmüller maddi bir hukuk normuna dönüşerek “bu böyle olacak” şeklinde bir yaptırım gücüne ulaşmaktadır. İşte ister kazanılan yeni kimlikle varlığını korusun isterse de bir hukuk normu halini alarak ikinci bir kimlik değişikliği yaşamış olsun birlikte yaşama kültürünün sonucu olan bu teâmüller esas itibarıyla örf olarak ifade edilmektedir.

Yazılı hukuk metinleri ortaya çıkmadan önce toplumsal düzenin oluşturulması ve sürdürülmesinde birinci derece hukuk kaynağı olan örf, kanun metinlerinin oluşturulmasından sonra da ikinci derece kaynak olarak etkinliğini devam ettirmektedir. Örneğin Türk Medeni Kanunu’nun¹ birinci maddesinde “... *Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir* ...” şeklinde örfün kanundan sonra ikinci derece hüküm kaynağı olduğu ifade edilmiştir.

Bunun dışında örfte farklı fonksiyonlar da atfedilmiştir. Ülkemizde uygulanan hukuk sisteminde örfün tamamlayıcı, yorumlayıcı ve zorlayıcı olmak üzere üç ayrı fonksiyonu bulunmaktadır. Ta-

¹ 22.11.2001 tarihinde kabul edilen ve 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu.

mamlayıcılık fonksiyonu kanunda ortaya çıkacak boşlukların doldurulmasında örfe müracaat edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Yorumlayıcılık fonksiyonu ya kanunun doğrudan örfe gönderme yapması ya da kanundaki belirsizlikten dolayı örfe gidilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Zorlayıcılık fonksiyonu ise bazı durumlarda örfün, kanunun değiştirilmesi yahut kaldırılmasına neden olması şeklinde ifade edilmektedir.²

İslâm Hukukunda da örf önemli bir yere sahiptir. Fürû-ı fıkha dâir eserler incelendiğinde her mezhep tarafından örf üzerine bina edilen birçok mesele olduğu görülecektir. İlginç olan ise Şerhu Tenkîhu'l-Fusûl³ hariç şer'î hükümlerin dayanağı olan delilleri tüm boyutları ile ele alan ve bunlara dâir tüm tartışmalara yer veren klasik usûl eserlerinde örfe yer verilmemesidir.⁴ Bu eserin müellifi olan Karafî'nin (v. 684/1285) örfü şer'î deliller arasında sayması, kendisinin, amel-i ehli Medine'ye özel bir önem atfeden Mâlikî mezhebine mensup olmasından kaynaklanabileceği ihtimalini akla getirmektedir.

Son dönem fıkıh usûlü eserlerinde⁵ ise örfün ayrı bir başlık halinde ele alındığı görülmektedir. Örfü müstakil bir eser şeklinde ele alan ilk kişi ise İbn Âbidîn'dir. Müellif "Neşru'l-Arf fî Binâi ba'dî'l-Ahkâmî ale'l-Urf" isimli risalede kapsamlı bir şekilde örf konusunu işlemektedir.⁶

1. Örf ve İlgili Kavramlar

Örf: Arapça a-r-f kökünden türeyen örf, sözlükte sabır, itiraf, bilinen, cömertlik, birbiri ardına gelen, at yelesi, kum, dağ, yüksek olan her şey ve deniz dalgası gibi anlamlara gelmektedir.⁷

² Yasemin Işıқтаç, "Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku" (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1991), 117-121.

³ Şihâbuddîn Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs el-Karafî, *Şerhu Tenkîhu'l-Fusûl fî İhtisârî'l-Mahsûl fi'l-Uşûl*, nşr. Sıdkı Cemîl el-Attâr (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 2004), 350.

⁴ İbrahim Kâfî Dönmez, *Fıkıh Usulü İncelemeleri* (İstanbul: İSAM Yay., 2014), 375.

⁵ Örneğin bakınız: Abdulvehhâb Hallâf, *İlmü Usûli'l-Fıkıh* (Kahire: Dâru'l-Hadîs, 2003), 99-101; Abdulkerîm Zeydân, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkıh* (Amman: Müessesetü'r-Risâle Mektebetü'l-Beşâir, 1990), 252-259.

⁶ Dönmez, *Fıkıh Usulü İncelemeleri*, 376.

⁷ İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab* (Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, 1999), 9: 154-158.

Örf kelimesi Kur'ân-ı Kerim'de iki yerde geçmektedir. Birincisi mealen "Sen affet, örfü emret ve cahillerden yüz çevir."⁸ şeklindedir. Bu ayette örfün, ma'rûf yani selim akıl sahiplerince kötü sayılmayan ve yapılması aklen güzel görülen şeyler anlamına geldiği ifade edilmektedir.⁹ İkincisi ise mealen "Yemin olsun örfen gönderilenlere."¹⁰ şeklindedir. Buradaki örf ya ardı ardına gelen anlamındadır ya da bilinmeyenin zıddı anlamındadır ki meleklerin rahmet için yahut azap için gönderilmelerini ifade eder. Bu gönderiliş ise kâfirler için bilinmeyen bir durum iken peygamberler ve Allah'tan korkan müminlerce bilinen bir durumdur.¹¹

Ma'rûf: Örf ile aynı kökten türeyen ma'rûf kelimesi ise sözlükte münkerin (kötü/iyi karşılanmayan) zıddı, şeriat ve akıl ile güzelliği bilinen her fiilin adı, cömertlikte iktisat gibi anlamlara gelmektedir.¹² Bu anlamıyla ma'rûf ile örf arasında anlam yakınlığı olduğu ve bu yakınlığa binaen bazen birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Örneğin "Allah'tan korkanların üzerine bir sorumluluk olarak, boşanmış kadınların ma'rûfa göre nafaka hakları vardır."¹³ ayetindeki ma'rûf, örfeye uygun bir miktar anlamında yani örf makamında kullanılmıştır.

Ma'rûf kelimesi Kur'ân-ı Kerim'de otuz dokuz yerde geçmekte¹⁴ ve meşru surette, iyilik ve güzellikle, örfeye göre, şeriatın ve aklın iyi gördüğü gibi farklı anlamlarda kullanılmaktadır.¹⁵ Hadislerde ise insanlara ihsan ve iyilik, Allah'a yaklaşmak, Allah'a taat

⁸ A'râf, 7/199.

⁹ Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, thk. Abdusselâm Muhammed Ali Şahîn (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1434/2013), 3: 50.

¹⁰ Mürselât, 77/1.

¹¹ Muhammed er-Râzî Fahrüddîn İbn Allâme Ziyâuddîn Ömer, *Tefsîru Fahri'r-Râzî (Mefâtihu'l-Ğayb)*(Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1401/ 1981), 30: 264.

¹² Seyyid Muhammed Murtaza el-Hüseynî ez-Zebidî, *Tâcu'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, thk. Mustafa Hicâzî (Kuveyt: et-Türâsü'l-Arabi, 1408/1987), 24: 135-136.

¹³ Bakara, 2/241.

¹⁴ Muhammed Fuâd Abdulbâki, *el-Mu'cemü'l-Müfehres li Elfâzı'l-Kur'âni'l-Kerîm* (Kahire: Dâru'l-Kütübü'l-Mısıriyye, 1364), 458-459.

¹⁵ Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf* (İzmir: Öğrenci Basımevi, 1987), 101.

olarak bilinen her şey, insaf, aile fertleri veya başkaları ile iyi geçinmek gibi çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır.¹⁶

Âdet: Örf ile ilgili bir diğer terim ise âdetdir. Arapça a-v-d kökünden türeyen adet, sözlükte “eski durumuna dönmek, geri çevirmek, akli bir bağ olmaksızın bir şeyi devamlı veya çoğunlukla yaparak alışkanlık haline getirmek” anlamlarına gelmektedir.¹⁷ Terim olarak ise “Tekrar edilerek veya defalarca yapılarak nefis ve akıllarda tanınıp yerleşen, herhangi bir karîne olmaksızın kabul gören ve sonuçta da örfî hakikate dönüşen şey”¹⁸ olarak tanımlanmaktadır.

Örf ile âdet arasında anlam ve kapsayıcılık açısından iki tür ilişki mevcuttur. Aralarında anlam açısından eş anlamlılık ve farklı anlamlılık şeklinde bir ayrım vardır.¹⁹ İbn Âbidîn²⁰ ve Ali Haydar Efendi'nin²¹ de aralarında yer aldığı bir kısım hukukçuya göre bu iki terim eş anlamlıdır.²² Bu durum Mecelle'nin “Âdet muhakkemdir.”²³ şeklindeki küllî kâidesinde açıkça görülmektedir. Bu konudaki diğer bir görüş ise “Örf sözlü, âdet ise fiilî olan durumlara mahsustur şeklindedir.²⁴ Yine anlam farklılığı noktasında aralarında şöyle bir ayırmadan da söz edilmektedir. Örf, iyilik, güzellik ve cömertlik gibi güzel hasletleri içeren bir kavramdır. Buradan hareketle

¹⁶ Selahattin Kıyıcı, *İslâm Hukukunda Örf Ve Âdet* (İstanbul: İşaret Yay., 1990), 27.

¹⁷ Zebidî, *Tâcu'l-Arûs*, 8: 443.

¹⁸ es-Seyyîd Muhammed Emîn Âbidîn, *Neşru'l-Arf fî Binâi ba'di'l-Ahkâmi ale'l-Urf* (Mecmûat-u Resâi-i İbn Âbidîn içerisinde), (Dersâadet: Şirket-i Sahâfiyye-i Osmanîyye Matbaası, ty), 2: 114.

¹⁹ İsmail Hakkı İzmirli, “Örfün İslâm Hukukundaki Yeri”, Notlarla sadeleştiren Osman Şahin, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 5 (2005): 207; İhsan Şenocak, “İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi” (Doktora Tezi, Ondokuzmayıs Üniversitesi, 2011), 25-26.

²⁰ İbn Âbidîn, *Neşru'l-Arf*, 2: 114.

²¹ Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm* (Beyrut: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003), 1: 44

²² Hayreddin Karaman, “Âdet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. I, (Ankara: TDV Yay., 1988), 369-370.

²³ Madde 36.

²⁴ Alâuddîn Abdulazîz b. Ahmed el-Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr an Usûli Fahru'l-İslâm Bezdevî* (Lübnan: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2009), II: 140; Şenocak, “İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi”, 26.

münkerin zıttı olarak kullanılır. Adet ise iyi olana yönelik olabileceği gibi kötü ve batıla yönelik de olabilir.²⁵

Aralarındaki ikinci ilişki türü ise kapsayıcılık açısından dır. Bu görüş sahiplerine göre ikisi arasındaki ilişki umum-husus ilişkisidir. Yani âdet daha kapsayıcı iken örf daha dar bir alanı ifade eder.²⁶ Ebû Sünne, İbn Emiri'l-Hâc, Karafî ve İbn Hümâm'ın görüşlerinin de aynı doğrultuda olduğunu ifade etmektedir.²⁷ Ebû Sünne bu durumu, “âdet bir belde halkının tamamına ait olabileceği gibi onlardan bir kısmına hatta bir grubun üyelerine dahi ait olabilir” şeklinde açıklar.²⁸ Buna göre her örf âdettir fakat her âdet örf değildir.²⁹

Örf ile âdetin ortak yönü ise ikisinin de toplumun yazılı olmayan hukuk kurallarından olmalarıdır.³⁰

1.1. Hukukî Bir Terim Olarak Örf

Örfün terim olarak kapsamlı bir tanımını yapan ilk kişi Ebu'l-Berekât en-Nesefî'dir (v. 710/1310).³¹ Nesefî'ye göre örf “Aklî verilerin delâletiyle insanların tabiatlarına yerleşen ve selim tabiatlarca benimsenen şeyler”dir.³² Buna göre insanların âdet haline dönüştürmediği, nadiren söylenen veya gerçekleşen söz ve fiiller ile sarhoş edici şeylerin alım satımı, şehvet ve istekler cihetiyle oluşan ahlaksızlık çeşitleri de örfün tanımı dışında kalmaktadır.³³

²⁵ Mehmet Taplamacioğlu, *Din Sosyolojisi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963), 108; Şener İslâm Hukukunda Örf, 101; Muhsin Koçak ve dğr., *Fıkıh Usûlü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013), 156.

²⁶ Ahmed Fehmi Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fî Re'yi'l-Fukahâ* (Kahire, Tab'atü'l-Ezher, 1947), 13; Taplamacioğlu, *Din Sosyolojisi*, 108.

²⁷ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fî Re'yi'l-Fukahâ*, 13.

²⁸ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fî Re'yi'l-Fukahâ*, 15.

²⁹ Taplamacioğlu, *Din Sosyolojisi*, 108.

³⁰ Taplamacioğlu, *Din Sosyolojisi*, 108; Şener, İslâm Hukukunda Örf, 101.

³¹ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fî Re'yi'l-Fukahâ*, 8.

³² Ebu'l-Berekât Hâfızuddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Nesefî, *el-Mustasfâ fî Şerhi'n-Nâfi'*, Fatih Kütüphanesi, nr 1943, 22a; Nesefî'nin bu eseri, Ebû'l-Kâsım Muhammed b. Yusuûf es-Semerkindî'nin (v. 656/1258) fıkha dair *en-Nâfi'* isimli eserinin şerhidir (Ayrıntılı bilgi için bakınız: Ahmet Özel, *Haneî Fıkıh Alimleri* (Ankara: TDV Yay., 2013), 124; Ahmed b. Muhammed b. Sa'd el-Ġâmîdî, “el-Mustasfâ li İmam Hâfızüddîn Ahmed b. Abdullah en-Nesefî 'Gismü'l-İbâde'” (Doktora Tezi, Câmîati Ümmü'l-Kurâ, h. 1432), 425.

³³ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fî Re'yi'l-Fukahâ*, 8-9.

Burada dikkat çeken husus Neseffî'nin örf tarifine kendisinin usûle dâir olan Menâru'l-Envâr ve bu esere yazmış olduğu Keşfü'l-Esrâr isimli şerhinde yer vermeyip furû-ı fıkha dâir olan Mustasfâ adlı eserinde yer vermesidir. Bunun gerekçesi olarak müellifin, örfü aslî delillerden biri olarak kabul etmemesi ifade edilmektedir.³⁴

Örfün tanımına dair dikkatlerden kaçırılmaması gereken bir husus da yukarıda verilen tanımın örf ifadesi bizzat kullanılarak yapılan ilk tanım olmasıdır. Ancak Cessâs³⁵ (v. 370/981) tarafından Neseffî'den daha önce bu tanıma çok yakın olan "Selim akıl sahiplerince kötü sayılmayan ve yapılması aklen güzel görülen şey" şeklinde bir tanım yapılmıştır. Farklı olarak bu tanımda Cessâs örf yerine ma'rûf ifadesini kullanmıştır.³⁶

2. Örfün Tasnifi

Örf; mahiyet, muteber olup olmama ve genel-özel olma açısından farklı şekillerde tasnif edilmektedir.

2.1. Mahiyet Açısından Örf

Örf, mahiyet yönünden kavî ve fiilî örf olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.³⁷ Kavî örf, insanların bazı lafızları sözlük anlamı dışında bir manada kullanıp onunla belli bir şey kastetmeleridir.³⁸ Örneğin mutlak olarak zikredilen "et" kelimesi, örf gereği balık etini dışarıda tutmaktadır. Yine veled kelimesinin hem erkek hem de kız çocuğu anlamına gelmesine rağmen yalnız erkek çocuğu için kullanılması da bu kâbildendir.³⁹

Fiilî örf ise insanların gündelik fiillerden ve beşerî ilişkilerden alışkanlık haline getirdikleri şeylerdir.⁴⁰ Adab-ı muâşeret, yeme-

³⁴ İbrahim Kafi Dönmez, "el-Urf fi Fikhi'l-İslâmî", *Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmî*, 4, sy. 5, (1409/1988): 3310-3312.

³⁵ Cessâs, *Ahkâmu'l-Ku'ân*, 3: 50,

³⁶ Dönmez, "el-Urf fi Fikhi'l-İslâmî", 3310 (İki numaralı dipnot).

³⁷ İbn Âbidîn, *Neşru'l-Arf*, 2: 114.

³⁸ İbn Âbidîn, *Neşru'l-Arf*, 2: 114-115; Zeydân, *el-Vecîz fi Usûli'l-Fikh*, 252; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fikhu'l-Âmm* (Dımeşk: Dâru'l-Kalem, 2004), 2: 875; Koçak ve dğr., *Fıkıh Usûlü*, 157.

³⁹ Zeydân, *el-Vecîz*, 252; Zekiyyüddîn Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, trc. İbrahim Kâfi Dönmez (Ankara: TDV Yay., 2007), 195.

⁴⁰ Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fikhiyyi'l-Âmm*, II: 876.

içme, ekip-biçme, giyinme gibi durumlar gündelik fiillere örnek verilebilir. Beşerî ilişkiler kabilinden olarak ise nikah, alış-veriş ve ibra⁴¹ gibi insanlar arasında hakların oluşmasına, sona erdirilmesine yahut ortadan kaldırılmasına sebep olan tasarruflar sıralanabilir. Haftanın belirli günlerinin tatil yapılması, tahıl, odun ve kömür gibi ağır ürünleri satanların sattığı malı müşterinin adresine teslim etmesi, işyerlerinin yıllık kiralarının belli taksitler halinde ödenmesi gibi durumlar da fiilî örf kapsamındadır.⁴²

2.2. Muteber Olup Olmaması Açısında Örf

Muteber olup olmaması açısında örf, sahih ve fâsid olmak üzere ikiye ayrılır. Sahih örf, insanların âdet haline getirdiği, şer'î esaslara aykırı biçimde haramı helal kılmayan, vâcibi iptal etmeyen,⁴³ muteber maslahatı ortadan kaldırmayan ve zarara yol açmayan öftür.⁴⁴ Nişanlanan erkeğin nişanlısına süs ve elbise olarak verdiği eşyaların hediye olarak kabul edilip mehir kapsamında değerlendirilmemesi⁴⁵ bu tür örfün örneklerindedir.

Fâsid örf ise insanların âdet haline getirdiği fakat şer'î bir esasa aykırı, haramı helal yapan, vacibi iptal eden,⁴⁶ zarara sebebiyet veren veya maslahatı ortadan kaldıran⁴⁷ öftür. Örneğin doğum günü ve cenazeye dair yapılan yanlış fiiller,⁴⁸ faizli borç verme gibi batıl akitler, bahis, piyango, at yarışı ve kâğıt oyunları gibi kumarın alışkanlık haline getirilmesi durumları bu türdendir.⁴⁹ Fâsid örfün herhangi bir hukukî geçerliliğinin olmadığı konusunda İslâm hukukçuları arasında görüş birliği vardır.⁵⁰

⁴¹ **İbra**: Bir kimsenin, uhdesinde kendisine ait bir hak bulunan bir şahıstan hakkını talep etmekten vaz geçmesi veya kendisine karşı açtığı davayı geri çekmesidir. (Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Enes Sarmaşık Yayınları, ty.), 8: 29.

⁴² Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fıkhiyyi'l-Âmm*, 2: 876-877.

⁴³ Hallâf, *İlmü Usûli'l-Fıkıh*, 99.

⁴⁴ Zeydân, *el-Vecîz*, 253.

⁴⁵ Zeydân, *el-Vecîz*, 203; Hallâf, *İlmü Usûli'l-Fıkıh*, 99.

⁴⁶ Hallâf, *İlmü Usûli'l-Fıkıh*, 99;

⁴⁷ Zeydân, *el-Vecîz*, 253; Koçak ve dğr., *Fıkıh Usûlü*, 158.

⁴⁸ Hallâf, *İlmü Usûli'l-Fıkıh*, 99.

⁴⁹ Zeydân, *el-Vecîz*, 253.

⁵⁰ Abdülkerim Zeydan, *İslâm Hukukuna Giriş*, trc. Ali Şafak (İstanbul: Kayhan Yay.,

2.3. Genel Olup Olmaması Açısından Örf

Son olarak örf genel ve özel olması yönünden de tasnife tabi tutulmaktadır. Bu noktadan örf umumî ve hususî şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Umumî örf, tüm İslâm ülkelerinde yaygın olan ve insanlar tarafından benimsenen örfdür. İstisna' (ısmarlama usulü) akdi⁵¹ bu tür örfün en yaygın örneklerindedir.⁵² Günümüzde de oldukça aktif şekilde müracaat edilen bir akit türü olması nedeniyle istisna' akdini genel hatlarıyla izah etmek yerinde olacaktır. Mahiyetini de ortaya koyan bir tarifile istisna', "İmal edilecek türden bir şeyin, akdin teşekkülünden itibaren ısmarlanan kimse tarafından malzemesi kendinden olmak üzere belli bir semen karşılığı nitelikleri belirlenmiş bir malın tesliminin üstlenildiği akittir."⁵³ Maket üzerinden gayrimenkul satımı bu açıdan ele alınabilir. Günümüzde konut, ofis yahut devre mülk satışında yaygın bir şekilde maket üzerinden satış yöntemi kullanılmaktadır. Gerek zamanında teslim

2012), 277.

⁵¹ İstisna' akdi, Hz. Peygamber devrinden günümüze kadar insanlar tarafından yapıla gelmektedir. Genel kabule göre akdin konusu, meydana getirilecek şeydir. Söz konusu akid gereği ısmarlanan şeyin, insanların ısmarlamayı örf haline getirdikleri şeylerden olması gerekir. Ayrıca ısmarlanan şeyin cinsinin, miktarının, nasıl bir malzemedan imal edileceği gibi diğer bütün özelliklerinin belirtilmesi gerekir. Tanımda da belirtildiği üzere kullanılacak malzemenin temini ısmarlanana aittir. Aksi görüş olmakla beraber teslim için sürenin belirlenmemesi gerekir. Ücretin de baştan belirlenmesi gerekir. Ödeme peşin, bir kısmı peşin yahut tamamı teslim zamanında olacak şekilde yapılabilir. İsmarlanan kişi ancak ısmarlanana ısmarlayana teslim ettiğinde ücret almaya hak kazanmaktadır. Daha öncesinde ödeme talep edemez. Üzerinde anlaşıldığı şekilde ve talep edilen tüm hususiyetleri taşıyan şeyin ısmarlayan tarafından alınması gerekir. (İbrahim Çalışkan, "İstisna' Akdinin Mahiyeti ve Unsurları", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 31, sy. 1 (1990): 349-365)

İstisna' akdi, günümüzde de aktif şekilde kullanılan bir akit türü olması nedeniyle İslâm Fıkıh Akademisi tarafından incelenmiş ve konu ile ilgili şu kararlar alınmıştır: 1. Yapılacak bir iş ve zimmette bir ayn üzerine kurulan istisna' akdi rükün ve şartlara riayet edildiği takdirde tarafları bağlayıcıdır. 2. Bu akit üzerinden sipariş verilen malın cinsinin, miktarının ve niteliklerinin ve teslim tarihinin belirlenmesi gerekir. 3. Bedelin tamamı vadeye bağlanabileceği gibi taksitler halinde de ödenebilir. 4. Bu akit tabii afetler gibi mücbir sebepler dışında tarafların üzerinde anlaşıldıkları cezâî şartları da içerebilir. (*Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî* 7, sy. 2 (1992): 3310-3312.

⁵² Zeydân, *el-Vecîz*, 253; Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fıkhîyyi'l-Âmm*, 2: 877; Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 196.

⁵³ Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü* (Dımaşk: Dâru'l-Fıkr, 1433/2012), 4: 390-391.

yapılmamasından gerekse akit esnasında ücretin bir kısmının yahut tamamının peşin olarak alındıktan sonra satıcının ortadan kaybolması nedeniyle müşteriler ciddi mağduriyetler yaşamaktadır. Bu noktada günümüz şartları göz önünde bulundurularak istisna' akdi şeklinde ifade edilen satışın revize edilmesiyle doğabilecek benzeri problemlerin önüne geçilebilecektir.

Hususî örf ise bir beldeye bir yere veya bir kesime ait olan öftür. Bu tür örf zamana ve bölgeye göre değişkenlik gösterir. Bazı yerlerde emtianın bedelinin belli taksitler halinde ödenmesi ve avukatlık ücretinin bir kısmının peşin ödenip geri kalanının ödenmesinin davanın kazanılma şartına bağlanması hususî örfün örneklerindedir.⁵⁴ Yine, iş yeri ve evlerin kiralarının aylık, üç aylık ya da yıllık ödenmesi veya kira bedellerinin döviz şeklinde ödenmesinin kararlaştırılması bu tür örf kapsamındadır.

Her ne kadar hususî örf kapsamında olsa da şer'î ıstılahlar, şer'î örf şeklinde ayrı bir başlık halinde ele alınmış ve bazı kelimelerin İslâm ile beraber sözlük anlamları terk edilip yeni anlamlar kazanarak ıstılahlaşmaları bu başlık altında işlenmiştir.⁵⁵ Örneğin hac kelimesi sözlükte kastetmek anlamına gelirken belli aylarda Kâbe'yi ziyaret etmeyi ifade eden bir şer'î ıstılah haline dönüşmüştür.⁵⁶

3. Örfün Delil Olmasının Şartları

Hukuki değere sahip bir örften bahsedebilmek için iki grup şartın varlığından söz edilmektedir. İlk grupta örfün varlık şartları yer alır.⁵⁷

1- Örfün Devamlı (muttarid) veya Galip Olması: Bununla örfün değişmemesi ve bütün ülkelerde veya bir bölgede yaşayan insanların tamamı tarafından bilinecek şekilde yaygın olması ifade edilmektedir.⁵⁸ Mecelle'de bu durum "Âdet ve örf ancak devamlı ve

⁵⁴ Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fıkhıyyi'l-Âmm*, II: 878.

⁵⁵ İbn Âbidîn, *Neşru'l-Arf*, 2: 114; Ali Haydar, *Dürer*, 1: 45; Şenocak, "İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi", 17.

⁵⁶ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukahâ*, 20.

⁵⁷ İbrahim Kafi Dönmez, "Örf", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, c. 34, (İstanbul: TDV Yay., 2007), 89.

⁵⁸ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukahâ*, 56.

galip olması durumunda muteber olur.”⁵⁹ şeklinde yerini almıştır.⁶⁰ Bu şart örfün maddi unsuru olarak nitelendirilir.⁶¹ Şayet ilgili örf bu özelliğini kaybederse kendisiyle amel etmek mümkün olmaz.⁶²

2- Örfün Varlığı Konusunda Yerleşik Genel Kanaatin Bulunması: İlgili toplumda bir fiilin belli şekilde yapılması yahut sarf edilen sözün anlamının öyle olması gerektiği yönünde bir inancın veya genel bir kanaatin varlığı anlamındadır. Bu şart örfün manevi unsurunu oluşturmaktadır.⁶³

İkinci grup şartlar ise örfün muteber sayılma şartlarıdır.

1- Nassa Aykırı Olmama: Bu şart ile ilgili örfün Kitap ve Sünnet’e veya bunlar esas alınarak tespit edilen bir ilkeye aykırı olmaması gerektiği vurgulanmaktadır.⁶⁴ Bu durumu Serahsî, “Nassa aykırı olan hiçbir örf dikkate alınmaz.”⁶⁵ şeklinde ifade etmiştir. Örneğin içki tüketilmesi açık bir nass ile yasaklanmıştır.⁶⁶ Buna rağmen düğün gibi bazı organizasyonlarda bu fiilin işlenmesi teşvik edilmesine yaygın bir şekilde devam ettirilmekte ve hatta bu ortamdan uzak duranlar dışlanmaktadır. Fâsid bir örf mesabesinde olan bu uygulama her ne kadar yaygınlık kazanmış olsa da hakkında yasaklandığına dâir açık nass bulunmasından dolayı dikkate alınmayacaktır.

2- Örfün Sonradan Ortaya Çıkmış Olmaması: Yani hukukî bir konuya esas teşkil eden örfün tasarruf anından önce mevcut olması

⁵⁹ *Mecelle*, m. 41.

⁶⁰ Ali Haydar, *Dürer*, 1: 50.

⁶¹ İbrahim Kafi Dönmez, “Örf”, 34: 89.

⁶² Ömer b. Abdülkerim el-Cîdî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlikî*, (Mağrib: Matbaat-u Fudale, 1982), 104; Âdil b. Abdulkadir b. Muhammed Veli Kuvte, *el-Urf Hücciyetühü ve Eserühü fi Fıkhî'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeh inde'l-Hanâbile*, Mekke: Mektebetü'l-Mekkiyye, 1997), 232.

⁶³ İbrahim Kafi Dönmez, “Örf”, 34: 89.

⁶⁴ Cîdî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlikî*, 107; Kuvte, *el-Urf Hücciyetühü ve Eserühü fi Fıkhî'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeti inde'l-Hanâbile*, 242; Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 199.

⁶⁵ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût*, (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1438/2017), 10: 152.

⁶⁶ Mâide 5/90-91: *Ey İman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar ve fal okları şeytan işi iğrenç şeylerdir. Bunlardan sakının ki kurtuluşa eresiniz. Şeytan içki ve kumar ile aranızda düşmanlık ve kin sokmak, sizi Allah'ı anmaktan alıkoymak ister. Artık vazgeçtiniz değil mi?*

gerekir. Buradan hareketle tasarruf vaktinden sonra ortaya çıkan veya tasarruftan önce mevcut olmasına rağmen uygulamadan önce değişen örflere itibar edilmez.⁶⁷ Örneğin zekât verilecek sınıflardan bahseden ayette⁶⁸ “ibn sebîl” bunlardan biri olarak zikredilmektedir. Esas itibariyle bu ifade “bir yerden başka bir yere giden kişi” için kullanılırken sonradan sokakta yaşayan ve ailesi bilinmeyen çocuklar için kullanılmaya başlanmıştır. Ancak “ibn sebîl” ifadesi sonradan kazandığı bu mana ile değil nüzûl zamanındaki örfе göre anlaşılmalı ve anlamlandırılmalıdır. Çünkü nassın ortaya çıkışından sonra oluşan bu örfî anlam kanun koyucunun muradını ortaya koymamaktadır.⁶⁹

3- Akitteki Açık İfade ile Çatışmaması: Akdin tarafları arasında örfе aykırı bir şartın açıkça kararlaştırılması durumunda örfе değil kararlaştırılan bu şarta itibar edilir.⁷⁰ Örf, delâlet açısından açık lafızdan daha zayıf olduğundan “Sarahat (açık olan) karşısında delâlete itibar edilmez”⁷¹ kaidesi gereği örf geçersiz olacak ve kararlaştırılan şart üzere hareket edilecektir.⁷² Örneğin, yapılan bir alışveriş sonucunda malın kargo ücretinin alıcıya ait oluşu şeklinde bir örf olsa, tarafların kargo ücretini satıcı yüklenecek şekilde anlaşmaya varmaları durumunda var olan örfе değil üzerinde anlaşılan şarta göre hareket edilmesi gerekir.⁷³

4. İslâm Hukuku Açısından Örfün Kaynaklık Değeri

Mutedil bir yaşam için kurallar koyan İslâm Hukuku, ilgili kuralları koyarken bazen kendine has hükümler oluşturmuş bazen ise

⁶⁷ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukahâ*, 65; Cîdî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlikî*, 112; Kuvte, *el-Urf Hücciyetühü ve Eserühü fi Fikhi'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeti inde'l-Hanâbile*, 239; Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 198.

⁶⁸ Tevbe 9/60.

⁶⁹ Zerkâ, *el-Medhalü'l-Fikhiyyi'l-Âmm*, II: 878; Cîdî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlikî*, 112.

⁷⁰ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukahâ*, 67; Cîdî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlikî*, 112; Kuvte, *el-Urf Hücciyetühü ve Eserühü fi Fikhi'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeti inde'l-Hanâbile*, 241-242; Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 198-199.

⁷¹ *Mecelle*, madde 13.

⁷² Ali Haydar, *Dürer*, I: 31-32; Kuvte, *el-Urf Hücciyetühü ve Eserühü fi Fikhi'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeti inde'l-Hanâbile*, 242.

⁷³ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukahâ*, 67; Kuvte, *el-Urf Hücciyetühü ve Eserühü fi Fikhi'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeti inde'l-Hanâbile*, 242.

vahyin ilk muhatapları olan Cahiliye Arapları tarafından uygulanan ve hukuki yönü bulunan birtakım örfleri kullanmıştır. Bu örflerden bir kısmını dinin ruhuna uymadığı gerekçesiyle kaldırmış, bir kısmını ıslah etmiş, bir kısmını ise olduğu gibi bünyesine katmıştır. Bu şekilde o dönemin örfi hukukuna dâir bazı uygulama ve kuralların Şer'î bir norm haline dönüşmesi fukahayı da hukuk normu üretmede ihtiyaç halinde örf'e yönelmeye sevk etmiştir.⁷⁴ "Âdet muhakemdir"⁷⁵ küllî kaidesi de bu durumu açıklar mahiyettedir.

Ancak hükme medâr olması noktasında umumî örf ile hususî örf farklı şekilde değerlendirilmiştir. Umumî örf nassın olmadığı yerde üzerine hüküm bina edilme hususunda kesin delil olarak görülürken hususî örf sadece Nusayr b. Yahya ve Muhammed b. Seleme'nin aralarında bulunduğu Belh hukukçularına göre delil olarak kabul edilmektedir.⁷⁶

İslâm Konferansı Fıkıh Akademisi tarafından 10-15 Aralık 1988 tarihlerinde gerçekleştirilen oturumlarda örf konusu ele alınmış ve kararlar kısmında umumî örfün herkes hakkında geçerli olacağı, hususî örfün ise ait olduğu kesim için geçerli olduğu kararına varılmıştır.⁷⁷

Örfün nass ile çatışması durumunda ise şayet nass örf kaynaklı ise bu durumda örf ile amelin tercih edilmesi gerektiği, eğer nass örf kaynaklı değil ise örfün terk edilip nass ile amel edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁸

Öncelikle ifade etmek gerekir ki örf, dört mezhebin tamamı tarafından üzerine hüküm bina edilen bir delil olarak kullanılmıştır. Bu durum Kâdî Hüseyin el-Mervezî tarafından "Örfe müracaat, fıkıhın dayandığı temel kaidelerden biridir" şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁹

⁷⁴ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukahâ*, 69-70; Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 196-197; Mehmet Şener, "Örf, Âdet ve Göreneğin Hukuki Değeri" *Din ve Gelecek* içinde (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011), 230.

⁷⁵ *Mecelle*, madde: 36.

⁷⁶ İbn Âbidîn, *Neşru'l-Arf*, 2: 114; İzmirli, "Örfün İslâm Hukukundaki Yeri", 209.

⁷⁷ *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî* 5, sy. 4 (Cidde: 1988): 3465.

⁷⁸ Ali Haydar, *Dürer*, 1: 44.

⁷⁹ Celâlüddîn Abdurrahmân es-Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fi Kavâidi ve Furû-i Fıkhî'ş-Şafiyye*, (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1983), 7.

Yine Serahsî, nassın olmadığı yerde itibar edilecek kaynağın örf ve âdet olduğunu bildirmektedir.⁸⁰ İbn Hümâm ise “Nassın olmadığı yerde örf icma konumundadır”⁸¹ diyerek örfün delil olma hususun-
daki durumunu daha da net bir şekilde ifade etmektedir.

Konu mezhepler açısından ele alındığında ise durum şöyledir: Hanefiler özellikle istihsan delili doğrultusunda örfe ayrı bir önem atfetmişler ve örf üzerine birçok hüküm bina etmişlerdir. Mâlikîler, Medinelilerin örfüne azami önem vermiş ve onu haber-i vâhide tercih etmişlerdir. Her ne kadar Şafîîlerin örfü delil olarak kullanmadıkları yönünde bazı görüşler bulunsa da fıkıh kitapları incelendiğinde bu mezhebin de örfe bina ettiği hükümler olduğu görülmektedir.⁸² Örneğin hırsızlık konusunda hırs şartı yani malın korunan bir alanda bulunması zorunludur. Ancak açık alanda olan bir malın çalınması konusunda İmam Şâfiî’ye soru sorulduğunda söz konusu malın açıkta bırakılması oranın örfünde varsa hırs şartı gerçekleşmiş ve hırsızlık olayı cereyan etmiş olur⁸³ demiştir. Hatta İmam Şâfiî’nin Bağdat’ta iken verdiği hükümleri Mısır’a gittiğinde değiştirmesinin Bağdat örfü ile Mısır örfünün farklılığından ileri geldiği ifade edilmektedir.⁸⁴ Hanbelî mezhebince de örf kullanılmıştır. Örneğin Ahmed b. Hanbel’e ihtikâr (karaborsacılık) sorulduğunda cevaben ihtikâr ancak halkın yiyecek olarak kullandığı şeylerde olur. Tarifi de yerel halka bırakılmıştır der.⁸⁵ Bu cevap onun örfü, üzerine hüküm bina edilecek bir asıl olarak elverişli bulunduğunu göstermektedir.

⁸⁰ Serahsî, *Mebûsât*, 10: 152; 13:97.

⁸¹ İbnü’l-Hümâm, Kemalüddin Muhammed b. Abdulvâhid b. Hümâm es-Sivasî el-İskenderî, *Şerhu Fethü’l-Kadîr*, (Kâdî Zâde’nin Netâicü’l-Efkâr fî Keşfi’r-Rumûz ve’l-Efkâr’ı ile birlikte), ta’lik ve tahric, Abdurrezâk Gâlib el-Mehdî, (Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1424/2003) 7: 15.

⁸² Ali Kaya, “İslâm Hukukunda Örfün Kaynaklık Değerinin Sınırları Konusuna Hukuk Felsefesi Açısından Bir Yaklaşım”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 5 (2005), 191-192.

⁸³ Muhammed b. İdris eş-Şâfiî, *el-Ümm*, thk. Muhammed İbrahim el-Hafnâvî (Kahire: Dâru’l-Hadîs, 1429/2008), 8: 55.

⁸⁴ Abdulvahhâb Hallâf, *Mesâdiru’t-Teşrî’l-İslâmî fî mâ lâ Nassa Fih* (Kuveyt: Dâru’l-Kalem, 1993), 148.

⁸⁵ Muhammed Yusuf Faruqî, “Râşit Halifelerin ve İlk Dönem İslâm Hukukçularının Kararlarında Örf Telakkisi”, trc. Talip Türcan, *Diyanet İlmî Dergi* 30, sy. 1, (1994): 57.

4.1. Örfün Hukukî Bir Delil Olduğunu Gösteren Şer'î Deliller

İslâm hukukunda örfün delil olduğuna dair hem Kur'ân-ı Kerim'den hem de sünnetten delil getirilmiştir.

"*Sen affet, örfü emret ve cahillerden yüz çevir.*"⁸⁶ Ayeti örfü şer'î bir asıl kabul edenlerin görüşlerine delil gösterdikleri ilk sıradaki nasıttır. Bunda, Şârî'nin gerek emir kipi kullanması gerekse doğrudan örf kelimesini tercih etmesinin etkili olduğu anlaşılmaktadır.⁸⁷

Yine "...Annelerin yiyecek ve giyeceğini ma'rufa göre sağlamak babının görevidir... Çocuklarınıza sütanne tutup emzirtmek isterseniz, ücretini örfe uygun olarak verdiğiniz takdirde sizin için bir sorumluluk yoktur."⁸⁸ ayetinde Şârî'nin açıkça hüküm belirtmediği meselelerde örfe atfı yaptığı görülmekte ve buradan ise hakkında hüküm bulunmayan meselelerde hükme konu olayın gerçekleştiği yerdeki sahih örfe itibar edileceği anlaşılmaktadır. Buradan hareketle yeme-içme adabı, kıyafet şekli, selamlaşma, ev dekorasyonu ve bazı ticari işlemler gibi hususlarda varsa nassların belirlediği sınırlar çerçevesinde, şayet nass yoksa İslâm'ın genel ilkelerine aykırı olmayacak şekilde yerleşmeye gidilmesinde sakınca olmadığı söylenebilir.

Yukarıda verilen ayetlerin yanı sıra örfe atfı yapan birçok hadis bulunmaktadır. Buhârî, Sahîh'inde örfe bağlı konulara dâir hadisleri "Şehrin işini, oranın halkının alış-veriş, kiralama, ölçü ve tartı konularındaki bilinen ve yapılagelen örf ve âdetlerine göre yapan kişi babı"⁸⁹ adında ayrı bir başlık altında vererek konunun önemini vurgulamaktadır.⁹⁰ Örfün delil olduğunu gösteren bazı hadisler şunlardır.

Yukarıda değinilen İstisna' akdi örfün delil oluşuna sünnetten getirilen örneklerdendir. Normal şartlarda mevcut olmayanın satışı

⁸⁶ A'râf 7/199.

⁸⁷ Bu ayetin, örfün delil oluşuna gönderme yapmadığı yönündeki görüş için bakınız: Mehmet Şener, "Örf, Âdet ve Göreneğin Hukuki Değeri", 231.

⁸⁸ Bakara 2/233.

⁸⁹ Ebu Abdullah Muhammed b. İsmâil b. İbrahim b. Muğîre el-Cu'fî el-Buhârî, *Sahîhu'l-Buhârî (Mustafa Dîb el-Buğ'a'nın şerh ve taliki ile birlikte)* thk. Muhammed Züheyr b. Nâsir Beyrut: Dâru Tavgî'n-Necâh, by. h. 1422), Buyû: 101.

⁹⁰ Muhammed Hamidullah, "İslâm Hukukunda Örf ve Âdet", trc. Zahit Aksu, *Hikmet Yurdu* 1, sy. 2 (2008): 160.

yasak olduğundan bu tür bir akdin İslâm hukukuna göre câiz olması gerekir. Çünkü burada satışı yapılan sadece bir vaattir. Ancak Cahiliye dönemi de dâhil uygulana gelen bu akit türü örf nedeniyle meşru kabul edilmiştir. Hatta Hz. Peygamber bu akit türü üzerinden kendisine bir yüzük⁹¹ ve bir minber⁹² yaptırmıştır.

Hz. Peygamber Rumlara İslâm'a davet mektubu yazmak istediğinde sahabe tarafından kendisine "Onların diplomasi geleneklerine göre mühürsüz mektup okunmaz" denilince kendisine gümüş bir yüzük yapılmasını ve kaşında da "Muhammed Rasûlullâh" yazılmasını istemiş ve bu yüzüğü mühür olarak kullanmıştır.⁹³ Bu durum Arap örfünde olmamasına rağmen Allah Rasûlü'nün uluslararası diplomasi örfüne uygun davrandığını göstermektedir.⁹⁴

Yine Allah Rasûlü'nün Cahiliye dönemine ait olup ceza hukukuna dâir bir uygulama olan "kasame"⁹⁵ sistemini yürürlükte tutması da kendisinin örfe verdiği değeri göstermektedir.⁹⁶

Hz. Ömer'in halifeliği zamanında Ebû Musa el-Eşârî kendisine bir mektup yazar ve "Memleketimize Bizans'tan tüccarlar geliyor. Bizanslıların Müslüman tüccarlardan ne kadar gümrük vergisi aldığını bilmiyoruz. Bu tüccarlardan ne kadar gümrük vergisi alalım" diye sorar. Cevaben Hz. Ömer, "Bizim tüccarlarımızdan aldıkları kadar siz de onlardan alın." der.⁹⁷ Buradan, yabancı tüccarlardan alınacak vergi miktarının belirlenmesinde Bizans'ın ilgili örfüne müracaat edildiği anlaşılmaktadır.

⁹¹ Buhârî, Libâs, 46.

⁹² Buhârî, Salât, 64; Buyû' 32.

⁹³ Buhârî, Libâs, 46, 52.

⁹⁴ Şenocak, "İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere etkisi", 42.

⁹⁵ Müslim b. Haccâc, Ebu'l-Hasan el-Kuşeyrî en-Nisâbüri, *Sahihu Müslim I-V*, thk. Muhammed Fuâd Abdülbâkî (Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsî'l-Arabi, 1374/1955), Kasâme, 7/1670. **Kasâme**: Kâtîli meçhul olan ve üzerinde katil eseri bulunan bir maktûlün bulunduğu mahal ahalisinden seçilen elli kimsenin, onu öldürmediklerine ve öldüreni de bilmediklerine dâir yemin etmeleridir. Böyle bir durumda ölenin kanunun heder olmaktan korunması ve o yer ahalisinin dikkatsizliğine bir tür ceza olmak üzere haklarında diyetle hükmolunur. (Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 3. Baskı (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010), 293)

⁹⁶ Bayram Demir, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Kaynak Kavramı* (Ankara: Aktif Yayınevi, 2016), 129.

⁹⁷ Ebû Yusuf Yakub b. İbrahim, *Kitâbu'l-Harac* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1399/1979), 135.

Hız. Ömer döneminden başka bir örnek ise ise “dîvan sistemi”⁹⁸dir. Hız. Ömer toplanan zekâtların dağıtımının nasıl yapılacağı hususunu sahabe ile istişare eder. Kendisine İnan’da uygulanan divan sisteminden bahsedilir. Kendisi de bu teklifi makul bularak İslâm devletinde yürürlüğe koyar.⁹⁹ Yabancı bir kültüre ait olan böyle bir örfün de mâlî yönetim alanında sağladığı kolaylık nedeniyle benimsendiği anlaşılmaktadır.

Bu örneklerden görüleceği üzere Allah Râsûlü zamanından başlayan örften istifade etme Râşid Halifeler zamanında devam etmiş ve sonrasında da konulan belli kriterler çerçevesinde süregelmiştir.

5. Örfün Hükümlere Etkisi

Örfün hükümlere etkisi örf tahsis ilişkisi; örf fetva, kaza ve muhakeme usulü ilişkisi ve örf değişim ilişkisi başlıkları altında ele alınacaktır.

5.1. Örf-Tahsis İlişkisi

Örf ve tahsis konusuna geçmeden önce tahsise değinilmesi konunun anlaşılması adına isabetli olacaktır. Tahsis için farklı tanımlar yapılmakla birlikte net bir ifade ile tahis, “Muhassısın (tahsis delili) var olmadığı düşünüldüğünde âmma dâhil olacak şeylerden bir kısmını tahsis delili ile ondan çıkarılmasıdır.”¹⁰⁰ şeklinde tarif edilebilir. Muhassıslar muttasıl ve munfasıl olmak üzere iki gruptur. Muttasıl muhassıs, tek başına var olmayıp varlığı kendisinden önceki lafza bağlı olan muhassıstır. Farklı sayılar verilmekte birlikte genel olarak dört tanedir. Bunlar istisna, şart, sıfat ve gayedir. Munfasıl muhassıs ise varlık için herhangi bir lafza ihtiyaç duymayıp kendi başına mevcut olan muhassıs şeklinde tarif edilebilir.¹⁰¹ Bunların da his, akıl ve şer’î deliller olmak üzere üç grup şeklinde ele alınması

⁹⁸ Dîvan: İslâm devletinin askerî, idarî ve malî işlerinden yönelik kayıtların tutulduğu arşivdir. (Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 105)

⁹⁹ Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Ahkâmü’s-Sultâniyye ve’l-Vilâyâtü’t-Dîniyye* (Kuveyt: Mektebetü Dâr-i İbni Kuteybe, 1989), 259-260.

¹⁰⁰ Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî, *İrşâdü’l-Fuhûl* (Şam: Dâru’l-Kelîmeti’t-Tayyib, 2009), 388.

¹⁰¹ Şevkânî, *İrşâdü’l-Fuhûl*, 396.

mümkündür.¹⁰² Örf de munfasıl muhassıslardan olup şer'î deliller başlığı altında işlenmektedir.

Örf ile tahsisin mümkün olup olmadığı konusu usûl eserlerinde örf ile nassın teâruzu (çatışması) başlığı altında ele alınmıştır.¹⁰³ Ebu'l-Hüseyn Basrî, Gazâlî, Râzî ve Âmidî örfü delil kabul etmediklerinden onun tahsis işlevinin de bulunmadığı kanaatindedirler.¹⁰⁴

Örfün hâs (özel) bir nass ile çatışması durumunda şayet ilgili nass o dönemdeki mevcut bir örfeye dayalı değil ise bu durumda örfeye itibar edilmez. Örf terk edilir ve nass ile amel edilir. Hâs bir nassa muhalif örf, teşri açısından değer taşımamaktadır. Örneğin İslâmiyet'ten önce Araplar arasında evlat edinilen kişilere sanki bu kişiler kendilerini evlat edinenlerin öz evlatlarıymış gibi onlara nispetle hitap etme şeklinde bir örf vardı. Ancak bu örf "... *Evolatlıklarınızı da öz oğullarınız kılmamıştır. Bunlar, sizin dilinize doladığımız boş sözlerdir. Allah gerçeği söylemektedir. Doğru yola O erdirtir. Evolatlıklarınızı babalarına nispet ederek çağırım...*"¹⁰⁵ ayetleri ile yasaklanmıştır.¹⁰⁶

Hâs nassın örfeye dayalı ya da örf ile muallel olması durumu hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüş farklılığının nedeni riba hadisi¹⁰⁷ olarak bilinen hadisin farklı şekillerde yorumlanmasıdır. Bu hadiste özetle altın ve gümüşün tartı ile; buğday, arpa,

¹⁰² Ferhat Koca, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis* (İstanbul: TDV Yay., 1996), 193.

¹⁰³ Koca, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis*, 254.

¹⁰⁴ Ebu'l-Hüseyn Basrî, *Kitâbü'l-Mu'temed fi Usûli'l-Fıkh*, thk. Muhammed Hamidullah (Şam: el-Ma'hedü'l-İlmiyyi'l-Fransî, 1385/1996), 1: 301; Ebû İshâk İbrahim b. Ali eş-Şirâzî, *el-Lüma' fi Usûli'l-Fıkh* (Kahire: el-Mektebetü't-Tevfikkiye, 2013), 94-95; Ebû hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazâlî, *el-Mustasfâ min İlmî'l-Usûl* (Kahire: Dâru'l-Hadis, 2011), 2: 204-205; Fahrüddîn Muhammed b. Ömer b. el-Hüseyn er-Râzî, *el-Mahsûl fi İlmî'l-Usûli'l-Fıkh* (Şam: Müessesetü'r-Risâle, 2008), 1: 354; Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed el-Âmidî, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm* (Mekke: Mektebetü Nizâr Mustafa el-Bâz, 1426/2005), 2: 530.

¹⁰⁵ Ahzâb 33/4-5.

¹⁰⁶ Cidî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlikî*, 167-168; Zerkâ, *el-Medhal*, 2: 905.

¹⁰⁷ İster külçe ister basılmış olsun altın altın ile gümüş gümüş ile satılır. Buğday buğday ile, arpa arpa ile, hurma hurma ile ve tuz tuz ile ölçüğü ölçüğüne satılır. Kim fazla verir veya fazlalık isterse faize girer. Gümüşün fazla olması şartıyla altını gümüş karşılığında peşin olarak satılmasında sakınca yoktur. Veresiye olursa caiz olmaz. Yine arpa daha fazla olmak şartıyla buğdayın arpa karşılığında peşin olarak satılmasında sakınca yoktur. Veresiye olursa caiz olmaz. (Ebû Dâvud, Süleyman b. El-Eş'as b. İshak b. Beşir b. Şeddâd el-Ezdi es-Sicistânî, *Sünenü Ebi Dâvud*, thk. Şuayb Arnaût ve

hurma ve tuzun ise ölçü ile satılması gerektiği ifade edilmektedir.

Birinci görüş Ebû Yusuf'a aittir. Kendisine göre böyle bir durumda söz konusu örfün değişmesiyle hüküm de değişir. Yani bugün ölçü ile alım-satımı yapılan bir ürün yarın tartı ile satılır hale gelebilecektir ki nitekim öyle de olmaktadır. İkinci görüş olan cumhurun görüşüne göre ise bu hadisteki altı kalemin nassta belirtildiği şekilde alım-satımının yapılması gerektiğinden insanların bu alandaki örfü değişse de hükümde değişiklik olmaz. Yani altın ve gümüş tartı; buğday, arpa, hurma ve tuz ise ölçü ile işlem görmeye devam etmelidir.¹⁰⁸

Günümüz ticari hayatına bakıldığında durumun Ebû Yusuf'un görüşü ekseninde sürmekte olduğu görülecektir. Örneğin farklı iklim koşullarına, suya duyduğu ihtiyaca ve kullanım alanına (örneğin ekmeçlik buğday ile makarnalık buğday birbirinden farklıdır) göre birçok çeşit buğday yetişmekte, aralarında fiyat farkları bulunmakta ve bu ürünlerin ticareti hem iç ticaret hem de uluslararası ticarete ölçü ile değil ton bazlı yani tartı ile yapılmaktadır. Yine en küçük tuz işletmesi sahipleri bile ürünlerini piyasaya ölçü ile değil, tartı yani kilo işi sürmektedirler. Kış mevsiminde don olayına karşı yolların tuzlanması maksadıyla kullanılan tuzun ton hesabıyla satıldığı ise bilinen bir gerçektir. Hal böyle olunca yerleşen bu yeni örfün İslâm Hukuku açısında gayr-ı meşru olduğunun ifade edilmesi isabetli olmasa gerektir.

Örfün, âm (genel) bir nassı tahsis etmesi konusu ise ilgili örfün massın teşri zamanında mevcut olup olmaması ve kavli veya fiili olması açılarından ele alınmaktadır.

İslâm hukukçuları âm bir nassın teşri zamanında mevcut olan lafzî örf ile tahsis edileceği hususunda görüş birliği içerisindeyler. Örfün fiili olması durumu ise tartışmalıdır. Şayet fiili örf aynı zamanda umumi ise bununla tahsis gerçekleşir.¹⁰⁹ Maliki fıkıhçıların çoğunluğu¹¹⁰ ile Hanefiler bu görüştedirler. İstisna akdi bu tür örfün

Muhammed Kâmil Karabellî (by: Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, 2009), Buyû: 12

¹⁰⁸ Cidî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlîki*, 170; Zerkâ, *el-Medhal*, 2: 910.

¹⁰⁹ Cidî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlîki*, 172-173.

¹¹⁰ Cidî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlîki*, 174-175.

örneğidir.¹¹¹ Fiili örfün hususi olması durumunda ise bu örf tahsis delili olarak kabul görmemektedir.¹¹²

Teşriden sonra meydana gelen örfe itibar edilmeyeceği ve bu örfün tahsis delili sayılmayacağı hususunda İslâm hukukçuları ittifak etmişlerdir. Böyle bir örfün kavli veya fiili yahut umumi veya hususi olması da farklı bir sonuç doğurmamaktadır.¹¹³ Bu durumun tek istisnası ilgili nassın örf ile yahut bir illet ile muallel olması durumudur. Bu görüş cumhura muhalif olarak Ebû Yusuf'a aittir.¹¹⁴

Örf ile Fetva-Kazâ-Muhakeme Usûlü İlişkisi

Fetvâ ve kazâ ile memur kişiler olan müftü ve hâkimlerin müctehid olmaları gerekliliğinin¹¹⁵ yanı sıra halkın örf ve âdetini de iyi bilmeleri gerekir. Yine o dönemin şartlarından, insanların yaşam tarzlarından, genel ve özel örflerinden de haberdar olmalıdırlar. Öyle ki şayet bir kişi delilleri bilse ve fıkıh kitaplarındaki bütün meseleleri ezberlese bile müftülük ya da hâkimlik yapmadan önce bu konularda tecrübeli bir kişinin yanında çalışması gerekir. Çünkü çözümlenecek meselelerin çoğu o günün insanının örf ve âdetini bilmeyi gerektiren durumlardır.¹¹⁶

Bir müftü veya bir hâkim yöre sakinlerinin örf-âdet ve yaşayışını bilmediği bir yere atansa, o yerin genel durumu hakkında bilgi sahibi olmadan fetva yahut hüküm vermemesi gerekir.¹¹⁷ Ayrıca âkile üzerine diyetin farz kılınması durumunda olduğu gibi Şâri'in teşride sahih Arap örfünü dikkate alması, hüküm verilirken örfün

¹¹¹ Zerkâ, *el-Medhal*, 2: 914-916.

¹¹² Cîdî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlikî*, 174; Zerkâ, *el-Medhal*, 2: 916.

¹¹³ Cîdî, *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlikî*, 176; Zerkâ, *el-Medhal*, 2: 919-922.

¹¹⁴ Zerkâ, *el-Medha*, 2: 922-923. (İlgili örnekler için devam eden sayfalara bakınız.)

¹¹⁵ Mâverdî, *el-Âhkâmü's-Sultâniyye*, 90.

Bu gereklilik günümüz açısından değerlendirildiğinde üzerinde durulması gereken bir husustur. Bir taraftan artan nüfus karşısında ihtiyaç duyulan yargı mensubu sayısı diğer taraftan sürekli yenisi üretilen veya tashih edilen mevzuat düşünüldüğünde bu şartın mutlak olarak her yargı kademesi için aranmasının makul olmayacağı düşünülmektedir. Bu şartların belki Yargıyat veya Anayasa Mahkemesi gibi denetim mahkemelerinin üyeleri için aranması belli bir seviyeye kadar kabul edilebilir görülebilir.

¹¹⁶ İbn Âbidîn, *Neşru'l-Arf*, 2: 129.

¹¹⁷ Burhânüddîn İbraim b. Muhammed b. Ferhûn *Tebîrâtü'l-Hükkâm fi Usûli'l-Akdiyyeh ve Menâhici'l-Ahkâm*, thk. Osman b. Cum'ah Damîriyye (Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 1437/2016), 2: 508.

dikkate alınması gerektiğini göstermektedir.¹¹⁸ Bir müftü veya bir hâkimin ikrar, yemin, vasiyet ve benzeri lafızlarla bağlantılı olup anlaşılmaları ancak bu kelimeleri kullananların örflerine bakılarak öğrenilebilecek konularda da ilgili kişilerin yaşadığı bölgenin örfüne vâkıf olmadan fetva yahut karar vermesinin câiz olmadığı¹¹⁹ ifade edilmektedir.

Eğer bir kimse kitaplarda nakledilen soyut bilgiler üzerinden, insanların örflerinin, âdetlerinin, yaşadıkları çağın, buldukları yerlerin ve durumlarının farklılığını göz önünde bulundurmadan fetva vermeye kalkarsa hem kendisi yanılmış hem de kendine soru soranı yanıltmış olur. Onun din konusundaki bu hatası, farklı bölgelerde, farklı âdetlerle, değişik zamanlarda ve değişik tabiatlarda insanları tedaviyle meşgul olan bir doktorun işlediği hatadan daha elimdir.¹²⁰

Yine İmam Mâlik'in birçok meseleyi Medinelilerin uygulaması üzerinden çözümlemesi, Hanefilerce pek çok meselenin örf üzerine bina edilmesi¹²¹ ve İmam Şâfiî'nin Bağdat'tan Mısır'a gittikten sonra öncesinde verdiği bazı hükümleri Mısır'daki örfün Bağdat'tan farklı olması nedeniyle değiştirmesi ve de bu nedenle kendisi için mezheb-i kadim ve mezheb-i cedid şeklinde iki farklı dönem tespitinin yapılması örfle itibar edildiğini göstermektedir.¹²²

Aynı şekilde “âdet muhakkemdir (hakem kılınır)”¹²³ “Nasın istimali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur”¹²⁴, “Âdeten yasak

¹¹⁸ Hallâf, *İlmü Usûli'l-Fıkh*, 100. **Âkile**: Kasıtsız olarak işlenen cinayetin diyetini veya gurre denilen mali tazminatı yüklenerek ödeyen asabe, aşiret, divan üyeleri, meslek kuruluşları ve benzeridir. (Mehmet Erdoğan, *Fıkh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 20).

¹¹⁹ İbn Kayyîm el-Cevziyye, Ebû Abdullah Muahammed b. Ebi Bekr, *İ'lâmu'l-Muvakkâîn*, thk. Ahmed Abdüsselâm ez-Zü'bi, (Beyrut: Şirketü Dâru'l-Erkâm b. Ebî Erkâm, 1997), 4: 458.

¹²⁰ İbn Kayyîm el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-Muvakkâîn*, 3: 67-68.

¹²¹ Hanefilerin örf üzerine bina ettikleri mesele örnekleri için bakınız: Musa Günay, “Örfün Tanımı, Delil Oluşu ve İmam Ebû Hanife'nin Bazı Konuları Örfle Çözümlemesi”, *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 19, sy. 32 (Temmuz-Aralık 2014): 26-49.

¹²² Hallâf, *İlmü Usûli'l-Fıkh*, 100.

¹²³ *Mecelle* md. 36.

¹²⁴ *Mecelle* md. 37.

olan hakikaten yasaklanmış gibidir.”¹²⁵“Örfen ma’rûf olan şart koşulmuş gibidir.”¹²⁶, “Tüccarlar arasında ma’rûf olan, aralarında şart koşulmuş gibidir.”¹²⁷ ve “Örf ile sabit olan, nass ile sabit olan gibidir”¹²⁸ külli kâideleri de muhakeme usulü açısından örfün önemine işaret etmektedir.

Hâkimin takdir yetkisini kullanmasında da örfün etkisinin görülmesi mümkündür. Bu takdir yetkisi hem hukuki uyumsuzlukların çözümünü hem de nassların yorumlanması ile ilgili olabilmektedir.¹²⁹ Örneğin “Yetimleri, evlenme çağına gelinceye kadar deneyin. Eğer onlarda akılca olgunlaşma görürseniz mallarını kendilerine verin. Büyüyecekler de mallarını geri alacaklar diye o malları israf ederek ve alelacele yemeyin. Zengin olan yetimin malına dokunmayın. Fakir olan ise örfeye uygun bir şekilde yesin...”¹³⁰ ayetindeki örfeye uygun olan miktarın ne kadar olduğunu tespit etmek için hâkim, ilgili küçük kişi ve velisinin yaşadığı bölgenin örfüne bakarak bir tespitte bulunacaktır.

Yine, başka ispat vasıtaları ile açıklanamayan durumlarda da örf taraf beyanlarının doğruluğunu tespit için kullanılabilir. ¹³¹ Bir örnekle durumu izah etmek gerekirse, bir çiftin ayrılığı veya eşlerden birinin vefatı nedeniyle evliliğin son bulduğu düşünüldüğünde ev eşyalarının kime ait olduğu kesin olarak bilinmiyorsa ve iki taraf da eşyaların kendisine ait olduğunu iddia ediyorsa hangi eşyanın kime ait olduğu nasıl belirlenecektir? Böyle bir durumda hangi eşyanın kadın veya erkek tarafından alınmış olabileceğinin belirlenmesinde o yörenin örfüne müracaat edilmesi en makul yoldur.¹³²İslâm hukukunda mal rejimi olarak mal ayrılığı (yani hangi mal kim tarafında edinilmişse ona aittir) kabul edildiğinden eşyaların kime ait olduğunun tespiti daha da önem kazanmaktadır.

¹²⁵ Mecelle md. 38.

¹²⁶ Mecelle md. 43.

¹²⁷ Mecelle md. 44.

¹²⁸ Mecelle md. 45.

¹²⁹ Dönmez, “Örf”, 91.

¹³⁰ Nisa 4/6.

¹³¹ Dönmez, “Örf”, 91.

¹³²İbn Ferhûn, *Tebşiratü'l-Hükkâm*, 2: 492.

Durum, günümüz açısından değerlendirildiğinde, saklanan faturalar, ilgili eşyaların alınışına yahut nakliyesine dâir görüntüler, şayet eşyalardan hediye gelen varsa hediye edenin şahitliği gibi durumlar ilk bakışta durumu çözecek gibi görünmektedir. Ancak uzun bir evlilik hayatından sonra ortaya böyle bir durumun çıkması, yukarıda kesin ispat vasıtası gibi görünen hususları büyük oranda geçersiz kılmaktadır. Ayrıca eşlerden her ikisinin de çalışıyor olması gibi bir durum da olaya dâhil olduğunda konunun aydınlığa kavuşturulması için örf müracaat zorunlu hale gelmektedir.

5.2. Örf-Değişim İlişkisi

Uygulanabilir bir hukuk sisteminden bahsedilebilmesi için hukukun sosyal değişimlere bağlı olarak değişmesi ve gelişmesi gerekir. Hukuki değişime neden olan farklı etkenler¹³³ vardır. Hukuki hükümler bunlardan biri, aynı anda birkaçı veya tamamına bağlı olarak değişebilir.¹³⁴ Bu etkenlerden biri de örftür.

Örf ve değişim ilişkisinden önce değişimin etki alanının belirlenmesi gerekir. Cumhura göre İslam hukuku değişime açık olmakla birlikte değişime kapalı olan bir alana da sahiptir. Bazı âlimlere göre ise İslam hukukunda değişime kapalı alan yoktur.¹³⁵ Had cezaları, miras ve iddet gibi konulara dair açık hükümler dikkate alındığında cumhurun görüşünün tercihe şayan olduğu düşünülmektedir. Ayrıca İslâm hukukunda hükümlerin, taabbudî (illeti bilinmeyen) ve muallel (illeti bilinen ve belirlenebilen) hükümler şeklinde iki kısma ayrılması¹³⁶ da cumhurun görüşünü destekler mahiyettedir.

Taabbudî hükümler, manası akıl ile kavranamayan, Allah ve

¹³³ Bunlardan bazıları morfolojik etkenler, ekonomik etkenler, eğitsel etkenler, siyasal etkenler, ideolojiler, din ve ahlak şeklinde sıralanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Nihat Dalgın, “Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16, sy. 16 (2004): 75-76.

¹³⁴ Nuri Kahveci, “Sosyal Değişim Dinamiğinin İslam Hukukuna Etkisi”, *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 6 (2005): 48.

¹³⁵ Dalgın, “Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku”, 85.

¹³⁶ Muhammed Mustafa Şelebî, *Ta'îlû'l-Ahkâm* (Beirut: Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, 1981), 37; Muhammed Tâhir b. Âşûr, , çev. Mehmet Erdoğan ve Vecdi Akyüz (İstanbul: Rağbet Yay. 2013), 94.

Râsûlü'nün yapılmasını veya terk edilmesini mutlak olarak talep ettiği, mükellefçe yapılması durumunda sevap, terk edilmesi durumunda ceza şeklinde bir karşılık doğuran ve kıyasın uygulanmadığı hükümlerdir.¹³⁷ Muallel hükümler ise konuluş nedeni normda belirtilen veya işaret edilen¹³⁸ ve manası akıl ile kavranabilen hükümlerdir.

Ancak bu iki hüküm türü arasındaki ayrım çizgisi net değildir. Bu nedenle icthad kurumu ile akla geniş bir hareket alanı açan İslâm hukuku, ilk dönemlerdeki canlılığını, duraklama döneminde taabbudî alanın aşırı bir biçimde genişletilmesi nedeniyle kaybetmiştir. Bu kaybedişin asıl nedeni bizzat taabbudî hükümlerin varlığı değil, bu hüküm türünün sınırlarının makul alanın dışına çıkarılmasıdır. Bunun nedenleri genel olarak, dini dış etkenlerden koruma çabası, mezheplerdeki yerleşik hükümlere sahip çıkma eğilimi ve müracaat edilen hadislerin sadece bir kısmından hareket edilip kabul edilen hadislerin de eksik veya yanlış yorumlanması şeklinde sıralanabilir. Bu noktada taabbudî hükümler için kesin bir nassa dayanması, dinin aslına dâhil olması ve mevcut hali ile maslahatı temin edip mefseleti gidermesi şeklinde ölçü konulup, kaynaklarda taabbudî olarak ifade edilen hükümlerin tekrar gözden geçirilmesi sınırın netleştirilebilmesi için uygun olacaktır.¹³⁹

Muallel hükümlerde zamanla değişim olabileceği görülmektedir.¹⁴⁰ Böyle bir değişimin imkân ve varlığına ilk işaret eden Karafî'dir.¹⁴¹ Karafî, "Şayet bir örf, varlığını devam ettiriyor ise onun üzerine bina edilen hükümler de devam eder. Eğer hükümlerin üzerine bina edildiği örf ortadan kalkmış ise söz konusu hükümlerin

¹³⁷ Şelebî, *Ta'lîlü'l-Ahkâm*, 299.

¹³⁸ İbn Âşur, *İslâm Hukuk Felsefesi*, 94.

¹³⁹ Abdullah Kahraman, *İslâm Hukukunda Değişim ve İbadetler* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2012), 433-434.

¹⁴⁰ Taabbudî alanın dışında kalan bu hükümlerin sübut ve delâlet açısından zanni olan naslara dayalı bulunan hükümler, vahiy dönemindeki İslam toplumunda cari olan örf sebebiyle konulmuş olan hükümler ve müçtehitlerin içtihadına dayanan hükümler şeklinde üç guruba ayrılması hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Dalgın, "Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku", 90-94.

¹⁴¹ Mehmet Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2014), 7.

geçerliliği de son bulur. Ancak bu durumdan fukahânın çoğunluğu habersiz.”¹⁴² diyerek durumun ciddiyetini nazara verir. İbn Kayyim el-Cevziyye de durumu benzer ifadelerle şu şekilde dile getirmektedir: “Bu hususun bilinmesi çok önemlidir. Bu durumun bilinmemesi şeriat konusunda ciddi bir hatadır. Bu hal üstesinden gelinemeyecek zorluklara, sorunlara ve sorumluluklara sebebiyet verecektir. Bunun yanı sıra maslahatların en yüksek derecesinde parıldayan şeriata bu şekilde ulaşamayacaktır. Oysaki şeriat, hikmetler ve kulların yaşantılarındaki maslahatlar üzerine tesis edilmiştir. O tam bir adalet, rahmet, maslahat ve hikmettir. Adaletten zulme, rahmetten merhametsizliğe, maslahattan mefsedete ve sağduyuya davetten kışkırtmaya kayan hiçbir hususun şeriatle alakası yoktur.”¹⁴³

İbn Âbidîn, değişimi zorunlu kılan âmilleri örfün değişmesi, zaruretin ortaya çıkması ve dönemin insanların ahlaken bozulması şeklinde sıraladıktan sonra durumu şöyle ifade etmektedir: “Şayet değişime karşı çıkılıp hüküm ilk haliyle kalırsa insanlar için zarar ve meşakkat kaçınılmaz olacaktır. Ayrıca bu değişim karşılığı, âlemin en güzel hükümler ile tam bir düzen üzere devamlılığının sağlanabilmesi için hafifletme, kolaylaştırma, bozulma ve zararın ortadan kaldırılması üzerine kurulmuş şerî ilkelere ters düşecektir.”¹⁴⁴ Bu değişimi fark eden âlimler, bir konuda kendi mezhep imamlarının verdiği hükümlerden farklı hükümler vermişlerdir. Buna gerekçe olarak şayet öncelikler de kendilerinin yaşadıkları dönemde yaşasalardı aynı şekilde hareket ederlerdi.”¹⁴⁵ demişlerdir. Örneğin, muhakeme usulü açısından şahitlerin tezkiyesinin gerekli olup olmadığı konusunda Ebû Yusuf ile İmam Muhammed (İmâmeyn) Ebû Hanife’den farklı görüş belirtmişlerdir. Şöyle ki Ebû Hanife adaletin yaygın olduğu bir dönemde yaşadığı için şâhidin zâhiren adaletli olmasını yeterli görmüşken İmameyn kendi dönemlerinde adaletin bozulup yalanın yaygınlaşmasından dolayı şahitler

¹⁴² Ebu’l-Abbas Ahmed b. İdrîs el-Karafi, *el-Furuk* (Lübnan: Dâru’l-Kütübü’l-İlmiyye, 2009), 3: 297-298.

¹⁴³ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ’lâmu’l-Muvakkâtîn*, 3: 13-14.

¹⁴⁴ İbn Âbidîn, *Neşru’l-Arf*, 2: 125.

¹⁴⁵ İbn Âbidîn, *Neşru’l-Arf*, 2: 125; Şa’bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 20.

için tezkiyeyi şart koşmuştur.¹⁴⁶ Bu durum Mecelle’de “Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz.”¹⁴⁷ Yani zamanın değişmesi ile hükümlerin de değişmesi kaçınılmazdır şeklinde külli kâide olarak da yerini almıştır. Buradaki değişme potansiyeli taşıyan hükümler kıyas ve maslahattan doğan icthadî hükümlerdir.¹⁴⁸ Bunların arasında örf ve âdete dayalı birçok hüküm bulunmaktadır.¹⁴⁹ Bu değişime işaretle İslâm Konferansı Fıkıh Akademisi de bir fakihin, fıkıh kitaplarında nakledilenler karşısında örfün değişimini hesaba katmadan zoraki bir nakilciliğe kalkışmasının doğru olmayacağını¹⁵⁰ belirtmiştir.

Örfün değişiminin izini ilk dönemden itibaren sürmek mümkündür. Sahipleri tarafından kaybedilmiş develerin durumu Allah Rasûlü’ne sorulduğunda “Onların kendi başlarına otlayabileceklerini” ifade etmiş ve “Sahipleri buluncaya kadar onlara dokunulmamasını”¹⁵¹ emretmiştir. Bu uygulama Hz. Osman zamanına kadar bu şeklide devam etmiştir. Ancak emanete riayetin azaldığını ve genel ahlâkın bozulmaya başladığını gören Hz. Osman uygulamayı değiştirmiş ve bu tür kayıp hayvanların toplanıp ilan edilerek sahiplerine ulaştırılmasını, sahiplerine ulaşılamaması durumunda ise satılarak paralarının sahiplerine verilmek üzere kendisine teslim edilmesini emretmiştir.¹⁵² Çünkü bu tür hayvanların çalınması yahut farklı bir şekilde sahibi olmayanlarca değerlendirilmesi daha büyük problemlere yol açacaktır. Hz. Osman’ın yöntemi ise hem hukuka hem de maslahata daha uygundur.

Örfün değişimine farklı hukuk dallarından birçok örnek verilebilir. Aile hukukuna bakıldığında nafakanın cinsinin ve miktarının belirlenmesinde örfün belirleyici olduğu açıkça görülmektedir.¹⁵³

¹⁴⁶ İbn Âbidîn, *Neşru’l-Arf*, 2: 126; Ali Haydar, *Dürer*, 1: 48.

¹⁴⁷ *Mecelle* madde: 39.

¹⁴⁸ Zerkâ, *el-Medhal*, 2: 941-942.

¹⁴⁹ İzmirli, “Örfün İslâm Hukukundaki Yeri”, 210.

¹⁵⁰ *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhî’l-İslâmî* 5, sy. 4 (1988) 3466.

¹⁵¹ Buhârî, *Lukata*, 3.

¹⁵² Mâlik b. Enes, *Muvatta*, thk. Muhammed Fuad Abdülbaki (Beyrut: Dâru İhyâi’t-Turâsî’l-Arabî, , 1406/1985), Akdiyye: 51.

¹⁵³ Bâsım Huseyn Aytânî, *el-Urf ve Eseruhu fi’t-Tatbîk’l-Fıkhî Vefka’l-Mezhebi’l-Hanefî*, (Dımaşk: Müessesetü’r-Risâle, 1438/2018), 276-277.

Boşanma sonrasında belirli süre kapsamında kocanın boşandığı karısına nafaka verme yükümlülüğü vardır. Kur'ân-ı Kerim'de sadece varlıklı olanın sahip olduğu imkân ölçüsünde harcaması, geçim sıkıntısı yaşayanların ise Allah'ın kendisine verdiği kadarından harcaması gerektiği emredilmiştir.¹⁵⁴ Hz. Peygamber ise nafaka hususunda örf'e göre hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁵ İslam hukukuna göre boşanan kadının kocasından belirli süreliğine alacağı nafakanın da günümüz örfüne göre belirlenmesi gerekir. Buna göre barınma, ısınma, ulaşım, eğitim, sağlık, giyinme ve gıda kalemlerinin kocanın ekonomik durumu ölçüsünde karşılanması gerekir.¹⁵⁶

Borçlar hukukuna bakıldığında birçok meselede örfün etkisi görülür. Hatta bazı konularda örfün etkisi ilkeleşmiş durumdadır. Örneğin "Örfen maruf olan şey şart şart kılınmış gibidir",¹⁵⁷ "Beyye't-tüccar maruf olan şey beynlerinde şart kılınmış gibidir",¹⁵⁸ve "Örf ile tayin nass ile tayin gibidir",¹⁵⁹bunlardan bazılarıdır. Somut bir örnek vermek gerekirse muhayyerlikler hususunda örfün belirleyiciliği açıkça görülür. Ebû Hanife, İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre ev almak isteyen bir kişinin alacağı evin dışını görmesi veya odalarını avludan görmesi ile muhayyerlik hakkı sona erer. Züfer'e göre ise muhayyerlik hakkının düşmesi için müşteri olan kişinin odaları girip görmesi gerekir.¹⁶⁰ Bu konudaki görüş farklılığının nedeni örften kaynaklanmaktadır. İlk görüş sahiplerine göre evler basit formlarda ve benzer malzeme ile yapıldığından bir evin içi ile dışı arasında veya inşa edilen evlerin geneli arasında

¹⁵⁴ Talâk, 65/7.

¹⁵⁵ Müslim, Hâc: 147/1218.

¹⁵⁶ Hanbeli mezhebinin klasik eserlerinde örfün aile hukukundaki yeri ve modern dönem Suudi Arabistan mahkemelerinde nafaka miktarının belirlenmesinde örfün kullanımı için bakınız, Sümeyra Yakar, "The Usage of Custom in the Contemporary Legal System of Saudi Arabia: Divorce on Trial", *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 6/11 (2019), 395 - 419.

¹⁵⁷ *Mecelle*, madde. 43.

¹⁵⁸ *Mecelle*, madde. 44.

¹⁵⁹ *Mecelle*, madde. 45.

¹⁶⁰ Aytânî, *el-Urf ve Eseruhu fi't-Tatbîka'l-Fikhî Vefka'l-Mezhebi'l-Hanefî*, 266-268.

kayda değer farklılıklar olmadığından evin ayrıntılı bir şekilde incelenmesine gerek yoktur. İkinci görüşe göre ise zamandan zamana ve bölgeden bölgeye değişen mimari hususiyetler nedeniyle evin tamamının içine girilerek görülmesi gerekir. Konuya günümüz açısından bakıldığında verilen örnek bağlamında ilk görüşün kabulü mümkün değildir. Yapı ve yalıtım malzemesi, zemin yapısı, büyüklük, konum, cephe, işçilik ve sunduğu olanaklar gibi hususlar dikkate alındığında evler arasında oluşan büyük farklılıklar nedeniyle alınacak bir ev hakkından görme muhayyerliği hakkının düşmesinden bahsedilebilmesi için müşterinin evin her noktasını inceleme hakkının olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Eşya hukukunda da durum farklı değildir. Örneğin gayrimenkuller ile ilgili resmi tapu sicilleri oluşturulmadan önce üzerinde işlem yapılan gayrimenkulün sözleşmenin yapıldığı yerde bulunmaması durumunda, sözleşmenin geçerli olabilmesi için onu diğerlerinden ayıran sınırların dört cihetten net bir şekilde belirtilmesi gerekiyordu. Ancak tapu kayıtlarının oluşturulmasından sonra tek tek sınırların nerden başlayıp nerde bittiğini ayrıntılı bir şekilde vermeye gerek kalmamıştır. Bunun yerine ada ve parsel bilgisi gibi gerekli malumatın yer aldığı tapu belgesinin beyan edilmesi ile ilgili gayrimenkul üzerinde istenilen işlemler gerçekleştirilebilmektedir.¹⁶¹ Eşya hukukundan başka bir örnek ise bir malın değerli veya değersiz olduğunun örfe göre belirlenmesidir. Bu nedenle geçmişte değerli kabul edilen bir mal günümüzde değersiz addedilebilir. Bunun aksi de mümkündür. Örneğin eskiden ticari bir değeri olmayan bir haşere türü günümüzde ticari değere sahip olabiliyor.¹⁶² Mesela Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre arı alınıp satılması caiz olan bir mal değildir. İmam Muhammed'e ve İmam Şâfiî'ye göre ise insanların kendilerinden yararlanmaları nedeniyle arı alınıp satılabilir. İpek böceğinin ticaretinin yapılması hususunda da benzer bir durum söz konusudur. Ebû hanife'ye göre caiz olmayan bu işlem İmâmeyn'e

¹⁶¹ Zerkâ, *el-Medhal*, 2: 953-954.

¹⁶² Aytânî, *el-Urf ve Eseruhu fi't-Tatbîk'l-Fıkhî Vefka'l-Mezhebi'l-Hanefî*, 249-250.

göre caizdir.¹⁶³ Daha güncel örnekler vermek gerekirse mesela akrep, günümüzde çiftlik kurularak yetiştirilmekte ve sağılan zehri ilaç ve kozmetik sanayisine yüksek bir bedel karşılığında ham madde olarak satılabilmektedir. Yine solucan, solucan gübresi elde etmek maksadıyla alınıp satılan bir ticaret malı haline gelmiştir. Ayrıca malların adedî (tane usulü alınıp satılan), keyfî (belirli bir kap ile ölçülerek alınıp satılan) veya veznî (tartılarak alınıp satılan) olarak sınıflandırılmalarında da örfün etkisini görmek mümkündür. Mesela ülkemizin pek çok yerinde ceviz vezni bir üründür. Ancak Kahramanmaraş örneğinde olduğu gibi cevizin adedî mallardan kabul edilip ticaretinin tane ile yapıldığını veya Sinop gibi bazı şehirlerde teneke usulüyle alınıp satıldığını görmek de mümkündür.

Son bir örnek de ceza hukukundan verilerek konu toparlanacaktır. Her ne kadar tek başına suç ve ihlallerin önlenmesinde yeterli etkiye sahip olmasa da mali cezalar günümüz hukuk sisteminde temel cezalardan biridir. İslam hukukçuları arasında ise failin malen cezalandırılmasının caiz olup olmadığı hususunda farklı görüşler vardır.¹⁶⁴ Örneğin Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre failin para cezası ile cezalandırılması caiz değilken Ebû Yusuf'a göre caizdir.¹⁶⁵ Ülkemizdeki yasal mevzuat tarandığında tazir cezası türünden müeyyide içeren pek çok yasal düzenleme olduğu görülmektedir. Örneğin Kara Yolları Trafik Kanunu değişik ihlallerle ilgili ehliyete el koyma ve aracın trafikten men edilmesinin yanı sıra farklı

¹⁶³ Alâuddîn Ebî Bekr b. Mesûd el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi*, thk. Ali Muhammed Mauvâd ve Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2019, 6: 561-562; Burhâneddîn ebî'l-Hasan b. Ebî Bekr b. Abdulcelîl er-Rîşdânî el-Merğînânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, thk. Ahmed Câd, Dâru'l-Hadîs, Kahire 2008.3: 61-62; Abdullâh b. Mahmud b. Mevdûd el-Mavsîlî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîlî'l-Muhtâr* thk. Muhammed Adnan Dervîş (Beyrut: Dâru'l-Erkâm, ts.), 2: 277.

¹⁶⁴ Bu konudaki görüş farklılıkları ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Ali Bardakoğlu, "Garâmet", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, c. 13 (İstanbul: TDV Yay., 1996), 360; Aytânî, el-Urf ve Eseruhu fi't-Tatbîkî'l-Fikhî Vefka'l-Mezhebi'l-Hanefî, 280-281.

¹⁶⁵ İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî, *Reddî'l-Muhtâr ale'd-Dürrü'l-Muhtâr* (Hâşiyetü İbn Âbidîn) (Takrîrâtü'r-Râfîi ile birlikte) thk. Abdülmeccid Ta'me Halebî (Beyrut: Dâru'l-Marife, 2018), 6: 98.

miktarlarda para cezaları da öngörmektedir. Bunlar, tazîr cezası türünden mali cezalar olup ihtiyaca, zarurete, örf ve kamu yararına istinaden yasalştırılmaktadır.¹⁶⁶ Tazir cezalarının konulmasındaki maksadın kamu yararı olduğu açıktır.¹⁶⁷ İlgili yasal düzenleme ve benzeri mevzuata istinaden yapılan denetimlerin can, mal ve yol güvenliği için taşıdığı önem düşünüldüğünde oran ve uygulama şekli tartışmaya açık olmakla birlikte mali ceza şeklinde tazir cezalarının kanunlaştırılmasının isabetli olduğu açıktır.

Son bir husus olarak şunun da ifade edilmesi gerekir. Örf, bölgeden bölgeye yahut kültürden kültüre değişebileceği gibi bir bölgedeki örf de zaruret ve maslahat gereği değişebilir. Bu durum nesih yani ilgili hükmün tamamen ortadan kalkmasından farklıdır. Çünkü nesih, Allah Rasûlü zamanı ile sınırlı olup kendisinin vefatı ile uygulanması son bulmuştur.¹⁶⁸ Buna göre bir olayın örfün değişmesine göre birden fazla hükmünün olması nesih olmayıp şeriatın ruhuna uygun bir durumdur.¹⁶⁹ Çünkü aksinin düşünülmesi, insanı merkeze konumlandırın şeriatın insanların maslahatını düşünmemesi anlamına gelecektir ki bu da gerçekte bağdaşmayan bir durumdur.

Sonuç

İnsanların benimseyip günlük hayatlarının bir parçası kıldıkları söz ve fiiller, belli şartlar dâhilinde ister örf veya ma'rûf ister âdet ya da teâmül olarak isimlendirilsin hukukî açıdan değer taşımaktadır. İlgili şartları taşıyanlar, muteber örf şeklinde nitelendirilmektedir. Bu tür örfün umumî-hususî veya kavli-fiilî olması fark etmeksizin sonuç doğuracağı yani hükümlere etki edeceği düşünülmektedir ki ilk devirlerden günümüze kadarki uygulama da bunu göstermektedir.

Kaynaklık yönüne gelindiğinde, şerî bir asıl olduğuna işaret eden ilgili ayet ve hadislerin varlığının yanı sıra örfün ilk dönemden

¹⁶⁶ Aytânî, *el-Urf ve Eseruhu fi't-Tatbîkî'l-Fikhî Vefka'l-Mezhebi'l-Hanefî*, 280-281.

¹⁶⁷ Mâcid Ebû Ruhye, *el-Vecîz fî Ahkâmî'l-Hudûd ve'l-Kisâs ve't-Ta'zîr*, (Amman: Dâru'n-Nefâis, 1439/2018), 297.

¹⁶⁸ Ebû İshak eş-Şâtûbî, *el-Muwâfakât fî Usûli's-Serîa* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rîfe, 2010), 2: 571.

¹⁶⁹ Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fî Re'yi'l-Fukahâ*, 13.

itibaren aktif bir hüküm kaynağı olarak kullanıldığı görülmektedir. Buna karşılık klasik usul eserlerinde aslî deliller arasında örfe yer verilmeyişindeki sebebin, Muaz b. Cebel'in Yemen'e vali tayin edilmesinden sonra Allah Rasulü'nün kendisine yöneltilecek meselelerin çözümünde nasıl bir yol izleyeceğini sorması üzerine, sırası ile kitap, sünnet ve icthadı sıralamasından dolayı mezhepler tarafından kitap, sünnet, icma ve kıyas dörtlüsüne verilen ayrı değer ve önemin korunmak istenmesi eğilimi olduğu düşünülmektedir. Ayrıca İbn Âbidîn'in müstakil bir risalede örfü ele alması, külli kâideler arasında farklı açılardan tekrarlar yer alması, son dönemlerde telif edilen fıkıh usûlü eserlerinde örfün müstakil bir başlık halinde işlenmesi, örfe dâir birçok tez ve makale çalışmasının yapılması da örfün deliller hiyerarşisindeki yerinin tespiti noktasında somut birer veri olarak okunmalıdır.

Örfe müstenid naslar hususunda cumhurun görüşüne muhalif olan Ebû Yusuf'un görüşünün isabetli olduğu kanaatine varılmıştır. Bu tercih bir yandan asıl taabbudî hükümlerin tespitinde yardımcı olurken diğer yandan icthad kapısının aktif şekilde kullanılması hususunda geniş bir hareket alanı açmak suretiyle zahiren de olsa İslâm hukukuna yöneltilen donukluk eleştirilene muknâ bir cevap olacaktır.

Fetva ve kazâ konusunda da örfün bilinmesinin isabetli hükümler verilmesi açısından son derece önemli olduğu açıktır. Özellikle hususî örfün bölgeden bölgeye veya bir iş kolundan başka bir iş koluna değişiklik gösterebileceği ihtimali, yeni müftü ve hâkim atamalarında göz önünde bulundurulmalı ve farklılıkların bilindiği durumlarda ilgili görevliler önceden durum hakkında bilgilendirilmelidir. Aksi takdirde temyiz mahkemelerine hükmün bozulması yönündeki talepler nedeni ile gereksiz bir iş yükü yüklenilecek ve bu durum yargılama süreçlerinin boş yere uzaması neticesinde mağduriyetlerin yaşanmasına neden olacaktır.

Muallel hükümlerden örf üzerine bina edilen hükümlerin örfün değişmesi ile değişeceği muhakkaktır. Aksi durum şeriatın gözettiği maksatlardan ve sevk ettiği maslahatlardan uzaklaşılması söz ko-

nusu olacaktır. İlaveten, önceki dönemlerde geçerli örfe dayalı olarak verilen fetva ve hükümlerin günümüz için de geçerli olduğunun taassubane bir şekilde savunulması ve dayatılmasının kişileri önce hiyele ardından da şerî hükümleri yok saymaya götürmesinin ihtimalden uzak olmadığı dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Adaletin tesisi, maslahatın temini ve bozulmanın önlenmesi için değişime açık hükümlerin tekrar gözden geçirilmesi zorunluluk arz etmektedir. Şayet böyle bir süreç yaşanacak ve örf üzerine bina edilen hükümler revize edilip fıkıh birikimimiz güncellenecekse o vakte kadar şunlar unutulmamalıdır: Öncelikle günümüz şartları ile fıkıh mirasımız değerlendirilmemeli ve yukarıda değinildiği gibi örf kaynaklı olması nedeniyle değişime açık ve günümüz insanına çözüm sunamayan hüküm ve fetvalar yadsınmamalıdır. Bu durumun varlığı ne şeriatın ne de ilgili eserin müellifinin bir kusuru olmadığı aksine en azından o günün müelliflerinin zamanı hakkında bilgiler vermesi açısından ayrı bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bu tür mevcut bilgiler üzerinden İslâm hukukunun günceli yakalayamadığı savının ısrarla piyasaya sürülmesinin iyi niyetle bağdaşmayacağı belirtilmelidir.

Kaynaklar

- Abdubâki, Muhammed Fuâd. el-Mu'cemü'l-Müfreh li Elfâz'l-Kur'âni'l-Kerîm. Kahire: Dâru'l-Kütübî'l-Mısriyye, 1364.
- Ali Haydar, Dürerü'l-Hukkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm. 4cilt. Beyrut: Dâru Âlemi'l-Kütüb, 1423/2003.
- Âmidî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed. el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm. 2. baskı. 4 cilt. Mekke: Mektebetü Nizâr Mustafa el-Bâz, 1426/2005.
- Aytânî, Bâsım Huseyn. el-Urf ve Eseruhu fî't-Tatbîkî'l-Fikhî Vefka'l-Mezhebi'l-Hanefî. Dimaşk: Müessesetü'r-Risâle, 1438/2018.
- Bilmen, Ömer Nasuhî. *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu*. 8 cilt. İstanbul: Enes Sarmaşık Yayınları, ty.
- Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmâil b. Muğîre el-Cu'fî. *Sahîhu'l-Buhârî (Mustafa Dîb el-Buğ'a'nın şerh ve taliki ile birlikte)*. thk. Muhammed Zühêyr b. Nâsır. 9 cilt. Beyrut: Dâru Tavgî'n-Necâh, h. 1422.
- Buhârî, Alâuddîn Abdulazîz b. Ahmed. *Keşfü'l-Esrâr an Usûli Fahrul-İslâm Bezdevî*. 2. Baskı. 4 cilt. Lübnan: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2009.

- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî. Ahkâmü'l-Ku'ân. thk. Abdusselâm Muhammed Ali Şahîn. 4. Baskı. 3 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1434/2013.
- Cîdî, Ömer b. Abdulkerim. *el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Mâlikî*. Mağrib: Matbaat-u Fudale, 1982.
- Çalışkan, İbrahim. "İstisna' Akdinin Mahiyeti ve Unsurları". *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 31, sy. Kırkıncı yıl özel sayısı (1989), 349-365.
- Dalgın, Nihat. "Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku". *On-dokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16, sy. 16 (2004): 73-109.
- Demir, Bayram. *İslâm Hukuk Metodolojisinde Kaynak Kavramı*. Ankara: Aktif Yayınevi, 2016.
- Dönmez, İbrahim Kafi. "Örf". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 34: 87-93. İstanbul: TDV Yayınları, 2007.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. *Fıkıh Usulü İncelemeleri*. İstanbul: İSAM Yayınları, 2014.
- Dönmez, İbrahim Kafi. "el-Urf fi Fıkhî'l-İslâmî", *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî* 4, sy. 5 (1409/1988): 3297-3369.
- Ebû Dâvud, Süleyman b. El-Eş'as b. İshak b. Beşîr b. Şeddâd el-Ezdî es-Sicistânî, *Sünenü Ebî Dâvud*. thk. Şuayb Arnaût ve Muhammed Kâmil Karabellî. 7 cilt. by: Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, 2009.
- Ebû Ruhye, Mâcid. *el-Vecîz fi Ahkâmi'l-Hudûd ve'l-Kisâs ve't-Ta'zîr*. 4. Baskı. Amman: Dâru'n-Nefâis, 1439/2018.
- Ebû Sünne, Ahmed Fehmi. *el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukahâ*. Kahire: Tab'atü'l-Ezher, 1947.
- Ebû Yusuf Yakub b. İbrahim. *Kitâbu'l-Harac*. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1399/1979.
- Ebu'l-Hüseyn Basrî. *Kitâbü'l-Mu'temed fi Usûli'l-Fıkh*. thk. Muhammed Hamidullah. 2 cilt. Dımaşk: el-Ma'hedü'l-İlmiyyi'l-Fransî, 1385/1996.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* 3. Baskı. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010.
- Erdoğan, Mehmet. *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*. 8. baskı İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2014.

- Faruqi, Muhammed Yusuf. "Râşit Halifelerin ve İlk Dönem İslâm Hukukçularının Kararlarında Örf Telakkisi". trc. Talip Türcan, *Diyanet İlmî Dergi* 30, sy. 1, (1994): 45-58.
- Gazâlî, Ebû hâmid Muhammed b. Muhammed. *el-Mustasfâ min İlmî'l-Usûl*. 2 cilt. Kahire: Dâru'l-Hadîs, 2011.
- Günay, Musa. "Örfün Tanımı, Delil Oluşu ve İmam Ebû Hanife'nin Bazı Konuları Örfle Çözümlemesi". *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 19, sy. 32 (Temmuz-Aralık 2014): 26-49.
- Ğâmidî, Ahmed b. Muhammed b. Sa'd. "el-Mustasfâ li İmam Hâfûzüddîn Ahmed b. Abdullah en-Nesefî 'Gismü'l-İbâde'". Doktora Tezi, Câmîatü Ümmü'l-Kurâ, h. 1432.
- Hallâf, Abdulvahhâb. *Mesâdiru't-Teşrî'l-İslâmî fimâ lâ Nassa Fih*. 6. baskı Kuveyt: Dâru'l-Kalem, 1993.
- Hallâf, Abdulvehhâb. *İlmü Usûlî'l-Fıkh*. Kahire: Dâru'l-Hadîs, 2003.
- Hamidullah, Muhammed. "İslâm Hukukunda Örf ve Adet". trc. Zahit Aksu, haz. Ali Duman. *Hikmet Yurdu* 1, sy. 2 (2008): 153-177.
- Işıқтаç, Yasemin. *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*. Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi, 1991.
- İbn Âbidîn, es-Seyyîd Muhammed Emîn. *Neşru'l-Arf fi Binâi ba'di'l-Ahkâmi ale'l-Urf* (Mecmûat-u Resâi-i İbn Âbidîn içerisinde). 2 cilt. Dersaadet: Şirket-i Sahâfiyye-i Osmaniyye Matbaası, ty.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî. *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Dürrü'l-Muhtâr/Hâşiyetü İbn Âbidîn* (Takrîrâtü'r-Râfiî ile birlikte). thk. Abdülmecîd Ta'me Halebî, 5 baskı. 12 cilt. Beyrut: Dâru'l-Marife, 2018.
- İbn Âşûr, Muhammed Tâhir. *İslâm Hukuk Felsefesi*. çev. Mehmet Erdoğan ve Vecdi Akyüz. İstanbul: Rağbet Yayınları, 2013.
- İbn Ferhûn, Burhânüddîn İbrahim b. Muhammed. *Tebstratü'l-Hükkâm fi Usûlî'l-Akdîyyeh ve Menâhici'l-Ahkâm*. thk. Osman b. Cum'ah Damîriyye. 3 cilt. Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 1437/2016.
- İbnü'l-Hümâm, Kemalüddin Muhammed b. Abdulvâhid es-Sivasî el-İskenderî, *Şerhu Fethü'l-Kadîr* (Kâdî Zâde'nin Netâicü'l-Efkâr fi Keşfi'r-Rumûz ve'l-Efkâr'ı ile birlikte). ta'lik ve tahric, Abdurezzâk Gâlib el-Mehdî. 10 cilt. Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003.

- İbn Kayyîm el-Cevziyye, Ebû Abdullah Muahmmmed b. Ebî Bekr, *İ'lâmu'l-Muvakkîn*. thk. Ahmed Abdüsselâm ez-Zü'bî. 4 cilt. Beyrut: Dâru'l-Erkâm, 1997.
- İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*. 3. Baskı. 18 cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabî, 1999.
- İzmirli, İsmail Hakkı. "Örfün İslâm Hukukundaki Yeri". Notlarla sadeleş-tiren Osman Şahin. *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 5 (2005): 207-216
- Kahraman, Abdullah. İslâm Hukukunda Değişim ve İbadetler. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2012.
- Kahveci, Nuri. "Sosyal Değişim Dinamiğinin İslam Hukukuna Etkisi". *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6 (2005): 43-64.
- Karafî, Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdrîs. *el-Furuk*. thk. Halîl el-Mansûr. 3. baskı. 4 cilt. Lübnan: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2009.
- Karaman, Hayreddin. "Âdet". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* I: 369-373. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Kâsânî, Alâuddîn Ebî Bekr b. Mesûd. *Bedâiu's-Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi*. thk. Ali Muhammed Mauvva'd ve Âdil Ahmed Abdulmevcûd. 4. Baskı. 10 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2019.
- Kaya, Ali. "İslâm Hukukunda Örfün Kaynaklık Değerinin Sınırları Konu-suna Hukuk Felsefesi Açısından Bir Yaklaşım". *İslâm Hukuku Araştır-maları Dergisi* 5 (2005): 181-206.
- Kıyıcı, Selahattin. *İslâm Hukukunda Örf Ve Âdet*. İstanbul: İşaret Yayınları, 1990.
- Koca, Ferhat. *İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis*. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Koçak, Muhsin, Nihat Dalgın ve Osman Şahin. *Fıkıh Usûlü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.
- Kuvte, Âdil b. Abdulkadir b. Muhammed Veli. *el-Urf Hücciyetühü ve Eserühü fi Fıkhi'l-Muâmelâti'l-Mâliyyeh inde'l-Hanâbile*. Mekke: Mektebetü'l-Mekkiyye, 1997.
- Mâverdü, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb. *el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü't-Dîniyye*. Kuveyt: Mektebetü Dâr-i İbni Kuteybe, 1989.

- Mavsilî, Abdullâh b. Mahmud b. Mevdûd. *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*. thk. Muhammed Adnan Derviř. 2 cilt. Beyrut: Dâru'l-Erkâm, ts.
- Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî 5, sy. 4 (1409/1988): 3465-3466.
- Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî* 7, sy. 2 (1992): 3310-3312.
- Merğînânî, Burhâneddîn ebi'l-Hasan b. Ebî Bekr b. Abdulcelîl er-Riřdânî. *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*. thk. Ahmed Câd, 4 cilt. Kahire: Dâru'l-Hadîs, 2008.
- Müslim b. Haccâc, Ebu'l-Hasan el-Kuşeyrî en-Nisâbûrî. *Sahîhu Müslim*. thk. Muhammed Fuâd Abdulbâkî. 5 cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsî'l-Arabi, 1374/1955.
- Nesefî, Ebu'l-Berekât Hâfızuddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd. *el-Mustafâ fi şerhi'n-Nâfi'*. 1943: 1a-254b, Fatih Ktp.
- Özel, Ahmet. *Hanefi Fıkh Alimleri*. 3. Baskı. Ankara: TDV Yayınları, 2013.
- Râzî, Muhammed Fahrüddîn İbn Allâme Ziyâuddîn Ömer. *Tefsîru Fahri'r-Râzî (Mefâtihu'l-Ģayb)* 32 cilt. Beyrut: Dâru'l-Fıkr, 1401/ 1981.
- Râzî, Fahrüddîn Muhammed b. Ömer b. el-Hüseyn. *el-Mahsûl fi İlmi'l-Usûli'l-Fıkh*. 2 cilt. şam: Müessetü'r-Risâle, 2008.
- Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl. *el-Mebsût*. 30 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1438/2017.
- Suyûtî, Celâlüddîn Abdurrahmân. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fi Kavâidi ve Furû-i Fıkhî'ş-Şafiiyye*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1983.
- Şa'bân, Zekiyyüddîn. *İslâm Hukuk İlminin Esasları*. trc. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2007.
- Şâfiî, Muhammed b. İdris. *el-Ümm*. thk. Muhammed İbrahim el-Hafnâvî. 9 cilt. Kahire: Dâru'l-Hadîs, 1429/2008.
- Şâtîbî, Ebû İşhak. *el-Muvâfakât fi Usûli'ş-Şerîa*. 7. Baskı. 4 cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 2010.
- Şelebî, Muhammed Mustafa. *Ta'lîlü'l-Ahkâm*. Beyrut: Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, 1981.
- Şener, Mehmet. *İslâm Hukukunda Örf*. İzmir: Öğrenci Basımevi, 1987.
- Şener, Mehmet. "Örf, Âdet ve Göreneğın Hukuki Değeri" *Din ve Gelenek içinde*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011.
- Şenocak, İhsan, "İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi" (Doktora Tezi, Ondokuzmayıs Üniversitesi, 2011.
- Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed. *İrşâdü'l-Fuhûl*. Dımaşk: Dâru'l-

- Kelime'ti't-Tayyib, 2009.
- Şirâzî, Ebû İshâk İbrahim b. Ali. *el-Lüma' fî Usûli'l-Fıkh*. 3. Baskı. Kahire: el-Mektebetü't-Tevfikiyye, 2013.
- Taplamacıoğlu, Mehmet. *Din Sosyolojisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1963.
- Yakar, Sümeyra. "The Usage of Custom in the Contemporary Legal System of Saudi Arabia: Divorce on Trial". *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 6/11 (2019): 395 - 419.
- Zebidî, Seyyid Muhammed Murtaza el-Hüseynî, *Tâcu'l-Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*. thk. Mustafa Hicâzî. 40 cilt. Kuveyt: et-Türâsü'l-Arabi, 1408/1987.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l-Fıkhü'l-Âmm*, 2. Baskı. 2 cilt. Dımeşk: Dâru'l-Kalem, 2004.
- Zeydân, Abdülkerîm. *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh* 3. Baskı. Amman: Müessesetü'r-Risâle Mektebetü'l-Beşâir, 1990.
- Zeydan, Abdülkerim. *İslâm Hukukuna Giriş*. trc. Ali Şafak. İstanbul: Kayhan Yayınları, 2012.
- Zuhaylî, Vehbe. *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*. 10 cilt. Dımeşk: Dâru'l-Fıkr, 1433/2012.