

DİYANET

İlmi Dergi Cilt: 37 • Sayı: 2 Nisan-Mayıs-Haziran 2001



DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI
Dini Yayınlar Dairesi Başkanlığı

*

Üç Ayda Bir Yayınlanır

ISSN 1300-8498 Diyanet İlmi Dergi, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı 1971-

ÖRF VE ÂDETİN HUKUK METODOLOJİSİNDEKİ YERİ

Zeki KOÇAK*

Giriş

Tarihi süreç içinde insanlığın yaşadığı hukukî hayatın yazılı olmayan boyutunu teşkil eden örf ve âdetler¹, yazılı hukuk kurallarının esasını teşkil eder. Sosyal şuurun itiyat haline getirdiği kurallar, toplumsal hayatın sürekliliğini temin ettiği gibi, hukukî yapının da şekillenmesine yardımcı olmuştur diyebiliriz. Örf ve âdet hukuku, hukuk metodolojisindeki şekilden önce mer'iyet kazandığından dolayı, metodolojik çalışmalarında mer'î hukukun bütün versiyonlarının dikkate alınması hukuk mantığının ve hukukî tefsirin bir gereği olarak düşünülebilir. Hukukun kaynağı bakımından teâmül haline gelmiş hadiselerin, hukuk tekniği açısından yorumlanarak, hukuk metodolojisine geniş bir hareket alanı sunulabilir. Bu bağlamda, hukuka kaynaklık eden örf ve âdetin huku-

* Erzurum Dadaşkent Eğitim Merkezi Öğretmeni

- 1 Kur'an-ı Kerim'de örfle amele izin verilmiştir. "Halk ile münasebetinde affı iltizam et, örf ile emreyle, cahillerden yüz çevir" (Araf 7/198-199) Kur'an da 39 defa kullanılan "ma'ruftakriben, "iyi, doğru, uygun" ve akil sahipleri yanında güzel kabul edilen işler manalarını işaret eder. "Münker" in zıddı olarak kullanılır. Âdet kelimesine ise Kur'an'da herhangi bir işaret yoktur. Sık olmasa da hadiste her ikisinde kullanılmıştır. Hukuk doktrinine gelince, bu terimler fıkıh mezheplerinin kuruluş zamanında zaten kullanılıyordu. Fakat sonraları bilhassa mezkur Kur'an ayetine, örf ve âdetin Kur'an-ı meşruiyetine devamlı atıfta bulunulmuştur. (Abduljavad Falauri-Erwın Grof, İslâm Hukuku Üzerine Araştırmalar, trc. Halit Ünal, Kayseri, 1994, s. 28.) Teâmül kelimesi ise âdetle müradiftir. Kullanımı galip olan demektir. Âdet ile aralarında fark yoktur. Yalnız örf ile aralarında fark vardır. Örf daima iyi olan şey'dir. Fakat âdet ve teâmül iyi veya kötü olabilir, iyi âdet fena âdet iyi teâmül, fena teâmül denir. Lakin iyi örf kötü örf denmez. Çünkü örfün manasında iyilik mündemiçtir. Bundan başka amelde örf, akli selime istinat eder, Âdet ve teâmülide ise makul olup olmama düşünülemez. (Berki, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ank. 1948, s. 96) Ancak âdet, örf ile birlikte kullanılırken te'kit manasını ifade eder. (Zeydan, Abdülkerim, el-Veciz fi Usul fıkıh. Ist. ts. s. 252). Kanaatimizce "amel" kelimesi de, bu muhtevada örf ve âdet manasına kullanılır. Meselâ, İmam Malik'in Amelü Ehli Medine" (Bu terim için bkz. Zeydan, a, e, s. 173, Huderibek, Muhammet, Tarihu Teşri'i'l-İslâmî, Beyrut, 1983, s. 176) ifadesi örf ve âdet mefhumunu çağırıştırır. (Koçak, Zeki, Nüzûl ve Vürüd Sebeplerinin Ahkâm'a Etkisi, basılmamış Y.L.T. Erzurum, 1997 s.73) örf ve âdet kelimesinin diğer anlamları ve yorumu için bkz. Cassas, Ebu Bekir Ahmet, er-Razi, Ahkâmü'l - Kur'an, thk. Sıdkı M. Cemil, Beyrut, 1993, III, 59; Ragıbu'l-İsfehani, Ebi'l-Kasım el-Hüseyn, el-Müfredatü fi Garibi'l-Kur'an, Beyrut, ts. s. 331-332.

kî yönünü, mukayeseli bir tarzda, metodolojik açıdan yorumlamaya çalışacağız. Amacımız örf ve âdetin geçmiş dönemlerdeki oluşun hukuk metodolojisine ve pozitif hukuka olan etkinliğini ortaya koyarak, bu günkü hukukî yapımızda mevcut problemlerin çözümüne ve oluşturulmak istenen hukukî düzene, örf ve âdetin katkısını belirtmektir.

I. Örf Ve Âdetin Tarihi Süresi

Bir hukuk kaynağı olarak örf ve âdet, bütün insanlık tarafından dikkate alınmıştır. Çünkü toplumsal hayatı şekillendiren kollektif şuurdan, amme vicdanından azade olarak oluşturulacak her türlü kanun ve kuralların, yürürlük kazanması beklenemez. Bu, tarihi bir gerçektir. Belki geçici olarak, devlet tarafından kanun ve kuralların uygulanması kısmen de olsa sağlanabilir. Ancak böylesi bir devlette hukuk devletinden ve hukukun üstünlüğünden bahsedilemez -isterse anayasasında hukuk devleti yazsın- olsa olsa böyle bir devletten "kanun devleti" diye bahsedilebilir. Oysa hukukun amacı, kuvvetin değil, hakkın ve amme iradesinin sağlanmasını temin etmektir. Bu da toplumun benimseydiği, devam ettirdiği ve amme vicdanında yerleştiği örf ve âdet kurallarının dikkate alınmasıyla sağlanır.

İşte bu sebepten dolayı, bütün hukuk sistemlerinde örf ve âdete riayet edildiği ve hatta İngiltere gibi yazılı hukuktan ziyade teâmül hukukunu esas alan hukuk sistemlerinin varlığı da bu esasın ehemmiyetini vurgulamaktadır. Zaten Avrupa'da kanunlaştırma çağı başlamadan önce uygulanan hukuk, hemen hemen yalnızca örf ve âdet hukukuydu.²

1. Hz. Peygamber'in Örf ve Adet'e Bakışı

İslâm hukuku³ sisteminde fer'i delil⁴ olarak kabul edilen örf ve âdetler. Hz.

2 Geniş bilgi için bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi, Medenî Hukuka Giriş Dersleri, İst. 1987, s. 66.

3 "İslâmî ilimler sahasında fıkıh ile ilgili olarak yapılan çalışmalarda yaygın olarak kullanılan "İslâm Hukuku" terimi kanaatimizce "İslâm Fikhi" terimini karşılamamaktadır. Hatta şeriat, Kanun, Hukuk, Fıkıh, İslâm Hukuku, İslâm Fikhi terimlerinin birbirinden tefrik edilmesi gereğine inanıyoruz. Çünkü bu terimlerin tariflerinin kaplamaları ve içlemleri birbirinden farklıdır. Diğer taraftan bu terimlerin tarihi süreç içinde geçirdikleri istihaleler ve kullanıldıkları alanlar göz önüne alınırsa, bu terimlerin farkı daha belirgin olarak ortaya çıkabilir." (Koçak, s.11) Bütün terimleri ve tarifleri bir soyutlama kabul edersek bu soyutlamanın lugavî, istilâhî ve örfî anlamlarını da dikkate almamız gerekir. Soyutlanan şeylerin müteradif olarak kullanılabilmesi için zatlari bir olmasa da mefhumları bir olmak zorundadır. Mantikî bir kuraldan hareketle yukarıda zikrettiğimiz terimlerin zatlari bir olmadığı gibi, mefhumları da birbirinin aynı değildir. Öyleyse bu terimlerin birbir yerlerine kullanılması anlam bozukluklarını doğurur. Mesalâ "İslâm Hukuku" dediğimiz zaman bu kime ve neye göre İslâmî dir? Bu sorunun cevabı, "müslümanların hukuku" teriminde aranmalıdır. Öyleyse İslâm hukuku yerine müslümanların hukuku terimini kullanmak daha uygundur. Çünkü İslâm kelimesinin hukukun başına eklenmesi hukukî sâhâyı sınırlar, belki de kanun gibi bir kesinlik ifade eder. İnsanların hareket alanını daraltmış olur. Diğer taraftan sosyolojik olarak konuya baktığımızda kimin hukukî yapısının İslâmî olduğu konusu gündeme gelecektir. Bu gün yer yüzünde yaşayan İslâm devletlerinin her biri kendi hukukunun İslâmî olduğunu söylemektedir. Şimdi biz hangisinin İslâmî, hangisini gayri İslâmî kabul edeceğiz. Kanaatimizce hukukun ruhunu oluşturan örfî uygulamaların farklılığından dolayı her İslâm ülkesinin hukukuna o ülkenin adını ekleyerek bu yanlış kullanımdan kurtulabiliriz. Örneğin "Türk Hukuku" "İran Hukuku" "Mısır Hukuku" gibi terimlerle özel anlamda hukukî yapının kimliğini tesbit ederiz. Buna ilaveten genel anlamda da "müslümanların hukuk"u terimini kullanarak problemi kısmen çözmüş oluruz. Zaten önceki fukuhâ Hanefî fikhî, Şafîî fikhî gibi terimleri kullanarak bu günkü yanlış kullanıma düşmemiştir. Konunun diğer bir boyutu

Peygamber gelmeden önce de Arapların hukukî yapılarını şekillendirmekteydi. Tarihde Arapların yazılı olarak bir hukuk metnininin mevcut olmaması bunun delilidir. Fakat Hz. Peygamber'in gelişinden sonra yazılı hukuka geçilse de, bizzat Peygamber tarafından örf ve âdete riayet edilmesi, İslâm'ın ve toplumsal hayatın gerçeklerine uygun olan örf ve âdetlerin devam ettirilmesi, İslâmî hukuk sisteminin teâmülî hukuka verdiği değeri gösterir, diyebiliriz. İslâmî prensiplere, toplumsal hayatın verilerine, akli selime ters düşmeyen örf ve âdetlere riayet etmenin veya realiteyi idealiteye yaklaştırmanın bir maslahat gereği olduğu anlaşılabilir.⁵ Diğer taraftan Hz. Peygamber; "Müslümanların iyi gördükleri Allah katında da iyidir."⁶ buyurarak örf ve âdetin değerini tesbit etmiştir. Başka bir hadisinde de "Tartı, Mekkeliler'in tartısı, ölçü, Medineliler'in ölçüsüdür."⁷ şeklindeki açıklamasıyla sosyal realiteye verdiği değeri ve örf kazanırdığı hukukî formu göstermiştir diyebiliriz.

2. Hulefa-i Raşidin Döneminde Örf ve Âdet'e Bakış

Hulefa-i Raşidin döneminde, önceki örfî uygulamalar dikkate alındığı gibi, hatta devletler hukuku bakımından, diğer devletlerin örf haline getirdiği bazı uygulamalar -öşür ve divan sistemi gibi- Hz. Ömer tarafından bizzat benimsenmiş ve uygulanmıştır. Devletler hukukunda kabul edilen "mütekabiliyet prensibi" âdeta devletlerin umumi örfü şekline gelmiştir. Raşit halifeler özellikle muamelat sahasındaki teâmülî yaşantıya hukukî form kazandırmada fazla tereddüt etmemişler, halkın yararına olacak her çeşit muameleyi onaylayıp kabul etmişlerdir. Nitekim hukukî problemleri çözmeye, halkın örf ve âdetine, fiilî realiteye, sosyal şura atıfta bulunmuşlardır.⁸

ise İslâm Hukuku terimi hukukçular tarafından yaygınlıkla kullanılmıştır. Bu kullanım âdeta hukukçuların örfü haline gelmiştir. -Bütün müslümanların örfü - Bu nedenle diyebiliriz ki istilaha münakaşa etmeye gerek yoktur, kuralından hareketle yine de bu terim kullanılacaktır. Biz de bu çalışmamızda aynı terimi kullanırken yerine göre diğer terimlere de yer vereceğiz. Ayrıca bu konuyla ilgili olarak, etimolojik açıdan yaptığım bir çalışmayı da genişleterek ilim erbabına arz edeceğim. Bu terimlerin anlamları ve kısmen de olsa yorumları için bkz. Atay, Hüseyin. İslâm Hukuk Felsefesi, (Abdulvehhab Hallaf'ın Ilmu Usulî' - Fikh tercemesine yazılan giriş) Ank. 1985, s. 49-67.

4 Şakiru'l Hanbelî, Usulü'l-Fikihî'l-İslâmî, Suriye, 1948, s. 18-41.

5 Örfün bir maslahat mertebesinde olduğunu ve Hz. Peygamber'in cahiliye örfündeki uygulamalarının değerlendirilmesi için bkz. Şelebi, M. Mustafa, el-Fikh ul-İslâmî Beyn'el-Misaliyye ve'l-Vakiyye, Beyrut, 1982, s. 80-88-89. Ayrıca cahiliye örfünün ibadet, muamelât ve ukubat yönünden örnekli tetkiki için bkz. Ateş Ali Osman, İslâm'a Göre Cahiliyye ve Ehl-i Kitap Örf ve Âdetleri, İst. 1996, s. 40, 73, 84, 110, 135, 212, 268, 331, 379, 395, 400, 408, 415, 468, 496 vd.

6 Ahmet b. Hanbel, Müsned, 1, 379. Bu hadisi yorumlayan Suyutî, örf ve âdetin belirleyiciliğini ortaya koyduktan sonra, bu esasa binaen çözülebilecek sayısız hukukî kanunun olduğunu söylemiştir. Geniş bilgi için bkz. Süyutî, Celaleddin Abdurrahman, el-Eşbah ve'n-Nezair fi Kavaid ve Furu Fikihî's-Safii. Beyrut, 1983, s. 89 vd.

7 Ebu Davut, Büyu, 8.

8 Hülefa-i Raşidin'in ve özellikle Hz. Ömer'in uygulamalarında ki örf ve âdetin etkisini geniş bir şekilde mütelâa etmek için bkz. Ebu Yusuf, Yakup b. İbrahim el-Ensari, Kitabu'l-Harac, trc. Muhammed Ataulah, Ank. 1982, s. 110, 112, 114, 117, 132, 154, 165, 282-295, 302-311. vd. Mahmasani, Subhi, Tûrâsü Hüleffai'r-Raşidin ve'l-Fikh ve'l-Kada, Beyrut, 1984, s. 13 vd. Şelebi, el-Misaliyye, s. 74 vd. Farukî, Yasin Muhammed, "Hülefa-i Raşidin ve İlk Fukahanın Kararlarında Örfün Etkisi, trc. F. Mehveş Kayanî, İSBD. II. s. 1, İst. 1994, s. 40 vd. Hamidullah, Muhammed, İslâm'da Devlet İdaresi, trc. Kemal Kuşçu, Ank. 1979, s. 77-84, Koçak, s. 76-80.

3. Mezheplerin Örf ve Âdet'e Bakışı

Fukahanın örfe bakışı, Raşit halifelerinin örfe bakışından farklı değildir. Fakat değişen şartlar gereği hukuk problematiğini kavrayan müçtehidler, örf delilinin yanında yeni hukukî kaynaklar tespit etmeye yönelmişlerdir. Farukî; fukahanın, İslâmî prensiplere aykırı düşmeyen cahiliyye âdetlerini, "İstihsan" ve "mesâlih-i mürsele" adı altında İslâmileştirdiğini söylemektedir.⁹ Kanaatimizce bu iki hukukî yöntemin çıkışını, cahiliyye örfünün İslâmleştirilmesine bağlamak pek isabetli görülüyor. Çünkü bu iki yöntem, daha ziyade örf ve âdetin hukukî problemi çözmede yetersiz kaldığı noktalarda kullanılmaktadır. Belki örf, bu iki yöntemin oluşmasına bazı durumlarda kaynaklık edebilir. Ama bu durum, istihsan ve maslahat yöntemlerinin batıla hak kisvesi giydirmeye muamelesi anlamına gelmez. Şöyle ki, bu iki yöntem artık örf ve âdetten bağımsız bir delil telakki edildiği gibi, kanun boşluklarını doldurmada da müstakil bir delil olarak atıfta bulunulmaktadır. Diğer taraftan bu yöntemler real olanın ideal olana yaklaşmasını temin etme gayesini içerdiğinden dolayı da "tabii hukuk" telakkisinin esasını teşkil etmeye matuftur diyebiliriz.

Mezhep imamlarının, hukuk doktrinleri incelendiğinde göze çarpan en bariz vasıfları, örf ve âdet hukukuna riayet etmeleridir. Bazı imamlar, örf ve âdeti hem teorik sahada hem de pratik sahada kullanırken, diğer bir kısım imam ise, daha ziyade pratik sahada örf ve âdetin hukukî etkinliğini dikkate almıştır.

Meselâ Hanefî ve Malikî mezhebinin başta kurucuları olmak üzere, diğer müçtehitleri de örf ve âdeti fıkıh usûlünde ve fıkıh kültürünü oluşturan bölümlerde kullanmışlardır.

a) Hanefî Mezhebi'nin Örf ve Âdet Hakkında Görüşü

Hanefî mezhebi müçtehitlerinden olan İmam Ebu Yusuf'un örf ve âdet hakkındaki yorumu bu sahada söylenen sözlerin mütemmimi mahiyetindedir. İbn Abidin'in naklettiğine göre. İmam Ebu Yusuf örf konusunda İmam-ı Azam'la aynı kanaattedir. Yani örf ve âdet nassa muhalif olursa, nasla amel edilir. Nassa muhalif olmazsa muteberdir. İmam Ebu Yusuf'un ikinci bir görüşü ise; örf ile nass muarız (çatışık) görüldüğünde, şayet nass örfe göre varid olmuş ise; örf ile amel edilip nassın ifade ettiği hüküm tahsis edilir.¹⁰ Örf değiştikçe nass örfe bağlı olarak yorumlanır. Eğer nass örfe müstenid değil ise, o zaman nass ile amel edilir. Örf terk edilir. Neticede nass örf ile ta'lil edilmiş olur. Yani örfe itibar etmek değil, bîakîs muvafakat etmektir. Çünkü altı şeyin dördünü (buğday, arpa, hurma, tuz) keyli olarak, ikisini de (altın ve gümüş) vezni olarak satmak, Hz. Peygamber'in yaşadığı dönemin bir sosyal özelliğidir. Bundan dolayı

9 Farukî, s. 46.

10 Örf ve âdetin tahsis edileceği hakkında geniş bilgi için bkz. Koca Ferhat, İslâm Hukuku Metodolojisinde Tahsis, İst. 1996, s. 251-265.

nass âdetle irtibatlandırılmış ve onunla ta'lim edilmiştir. Şayet âdet farklı olsaydı veya Hz. Peygamber'in döneminde değişse idi, hüküm ona bina edilebilecekti. Öyleyse, nassı örf ve âdetle ta'lim etmek veya nassın yorumunda örf ve âdetle atıfta (yollamada) bulunmak bizzat nassa ittibadır diyebiliriz.¹¹

Şöyle ki, yapılan farklı yorumlar her zaman örf'e isnat ettirilirse, nassın genel çerçevesinin aşılacağından hükümlerin tarihselliği gündeme gelebilir. Bu durum Müslümanların hukukunu kaygan bir zemine çeker ve İslâm fıkhnının ilâhîlik vasfını bozabilir. İmam Ebu Yusuf bu noktaya yukarıda "Eğer nass örf'e göre varid olmaz ise..." diyerek dikkat çekmiştir.

Kanaatimizce dikkat edilmesi gereken bir husus, hükümlerde bulunan değişebilirlik vasfıyla gelişebilirlik vasfının birbirinden ayrılması gerekir. Bu nedenle, Kur'an ve sünnette ifade edilmek istenen temel prensipler ve amaçlar gelişme istidadına sahipken, hukukçular tarafından sonradan oluşturulan hukukî prensipler ve hükümler her iki vasfın -değişim ve gelişim- dikkate alınması gereğine dayanır. Çünkü Kur'an ve sünnetteki hükümlerde tarihilik vasfından öteye ebedilik, genellik ve esneklik vasfı esastır. Şöyle ki Kur'an ve sünnetteki hükümlerin hukukî saikleri bazen örfî veya mahallî olsa da -özellikle Kur'anî hükümler küllî bir amaçla buyrulmuştur. Bunun en bariz delili ise, şahıslara, tarihlere ve mahallere fazla temas edilmeden asıl amaca, çıkarılacak küllî esaslara ve ibretlere dikkat çekilmiş olmasıdır. Hukukçuların doktrinlerinde ise iza-filik, mahallilik ve tarihilik ağırlık kazanmaktadır.

Mecelle de yer alan, "Ezmanın tagayyürüyle ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz"¹² kuralındaki "ahkâmın tagayyürü" kanaatimizce "ahkâmın tekâmülü" şeklinde kodlonsaydı, belki İlahî hukukun vasfına daha uygun olurdu diyebiliriz. Nitekim, kâinatta küllî bir değişimin olmadığı, her şeyin değişmediği veya her değişenin gelişme olmadığı bir gerçektir. Bu nedenle, aşırı değişimciliğin aslî safiyeti ve fıtriliği bozacağı kanısındayız. Pek tabii olarak İslâm Hukukunun bazı değişim özelliklerini içerdiğini kabul etsek de, bu durum onun her zaman durmadan değiştiğini gösteremez. Çünkü değişimde görelilik ve yörelilik vasfı ağırlık kazanırken, İslâm hukukunun gelişiminde ilâhîlik ve küresellik vasfı ağırlık kazanmaktadır diyebiliriz.

b) Malikî Mezhebi'nin Örf ve Adet Hakkında Görüşü

Maliki mezhebinde, örf ve âdetin usul ve furu' bakımından mütalâa edildi-

11 İbn Abidin, Seyyid M. Emin, Haşiyetü Reddî'l-Muhtar, Daru'l-Fikr, 1979, V. 176, 177. Aynı müellifin, Mecmuatu Resail, "Neşru'l Arf", Alemlü Kütüp, ts. II.114 vd, Ebu Zehra, Muhammet, Usulü'l-Fikh, Daru'l-Fikr, ts., s. 274-277, İzmîrî'li İsmail Hakkı, İlmî Hilaf, İst. 1330, s. 109-118.

12 Mecelleyi ahkâmî Adliye, md. 39 s. 22, Örfün hukukî değeri ile ilgili "Âdet Muhakkemdir." I Ahkam (100 md). İst. 1309, s. 87-97; Nedvi Ali Ahmet, el-Kavaidü'l-Fikhiye, Dumeşk, 1991, s. 256 vd. Baktır, Mustafa, İslâm Hukuku'nda Küllî Kaideler, (Basılmamış Çalışma) Erzurum, 1988, s. 106 vd.

ği yaygın bir görüştür.¹³ Fakat, Farukî, Malikî mezhebinde "örf" ile "amel" arasında bir ayırım yapıldığından bahsetmektedir. Meselâ örf herhangi bir manevî yaptırım gerektirmezken, amel manevî bir yaptırım gücüne sahiptir. Bu yüzden İmam Malik "Medine ehlinin amelini" delil olarak kabul etmiştir.

Kanaatimizce örf ile amel arasında bu denli bir ayrılığın olduğunu kabul etmek, biraz aceleci bir yorumdan doğmaktadır. Çünkü İmam Malik'in kabul ettiği "amelü ehli Medine" den maksat model alınması gereken bir Peygamberî yaşantının izlerinin devam ettirilmesidir. Bu da ya sünnettir ya sahih örfdür veya Peygamber ve onun sahabesi tarafından düzeltilerek İslâmileştirilen örfdür. Zaten fasit örfü hiçbir mezhebin delil kabul ettiği vaki değildir. Örfte de mündemiç olan anlam, iyilik ve güzelliştir. Bu bağlamda amelle örf kelimesinin, birbiriyle bağdaştığını düşünüyoruz. Çünkü örf amelde mündemiçtir. Belki hukukî açıdan tefrik edilmesi zorunlu olan nokta, "âdet" ile, "amelü ehli Medine" dir. Şöyle ki, etimolojik açıdan âdet teriminde her zaman iyiliğin mündemiç olmadığı malumken, "amel-ü ehli Medine" teriminde kanımca İmam Malike göre iyilik ve güzellik mündemiçtir. Zaten konuyu sosyolojik açıdan tahlil edersek, İmam Malik'in ifadesinin sadece Medine ile sınırlı tutulmasının sebebi de, ancak oradaki yaşantının bir "yaşanan sünnet" olmasından ibarettir diyebiliriz. Sünnet kelimesinin semantik açıdan tahlil edilmesi bu görüşlerimizi teyit eder mahiyettedir.¹⁴ Fazlurrahman da sünnetten bahsederken İmam Malik'in, Muvatta isimli eserindeki misalleri "yaşayan sünnet" terimine atıfla kullanmaktadır.¹⁵ Diğer taraftan, mutlak anlamda sünnet ile mutlak anlamdaki örfün normatiflik bakımından farklılığını belirtmek isteriz. Şu nedenle ki, İslâm fıkhında sünnet aslı bir kaynak telakki edilirken, örf ve âdet sadece kanun boşluğunu doldurmada hakimimin müracaat edeceği fer'î bir kaynaktır.

Malikî Hukukçusu Şatıbî, insanların âdetlerini iki bölümde mütalâa etmiştir. Birincisi; Şeriat tarafından benimsenen ve onanan âdetlerdendir ki, bunlar âdet olarak değil, şer'î kurallar olarak görülmüştür, ikincisi ise, şeriat tarafından ne reddedildiğine ne de tasvip edildiğine dair bir delil bulunmayan örf ve âdetlerdir. Şatıbî netice olarak, carî olan örf ve âdetlere itibar etmenin şer'an bir zaruret olduğunu¹⁶ belirtmiştir. Şelebî, İmam Malik'in örfte riayet etmeyi,

13 Ebu Zehra, s. 273. Geniş bilgi için bkz. Farukî, s. 47-50.

14 Bir hareket ve davranışın sünnet olarak anılabilmesi için şu sekiz vasfı ihtiva etmesi gerekir. 1- Orjinallik, 2- Süreklilik, 3- Suurluluk, 4- Olumluluk, 5- Örneklilik, 6- Doğruluk, 7- Mutedillik, 8- Kuralısalık. Görüldüğü üzere sünnetin semantik tahlili sonucu varılan bu vasıflar, sahih örfte ve "Âmel-i Medine"de de mündemiçtir diyebiliriz. Geniş bilgi için bkz. Görmez, Mehmet, *Sünnet ve Hadisin Anlaşılması ve Yorumlanmasında Metodoloji Sorunu*, Ank. 1997, s. 218.

15 Fazlurrahman, *Tarih Boyunca İslâmî Metodoloji Sorunu*, trc. Salih Akdemir, Ank. 1995, s. 183 vd.

16 Şatıbî, Ebu İhak, el-Muvafakat fi Usul-i Ahkâm, Daru'l- Fikr, ts., II, 97-201. Şatıbî'nin âdet hakkındaki görüşlerinin yorumu için bkz. M. Halid Mesu'd, *İslâm Hukuk Teorisi*, trc. Muharrem Kılıç, İst. 1997, s. 258-265.

bir maslahat gereği kabul ettiğini söyledikten sonra, Maliki mezhebinde, örf ile nassın tahsis edildiğini göstermiştir.¹⁷ Bu durum, Hanefilerde olduğu gibi, Malikîlerin de örf'e ne denli kıymet verdiklerini gösterir mahiyettedir.

c) Şafîî Mezhebinin Örf ve Âdet Hakkında Görüşü

Şafîî Mezhebinde örf ve âdetin delil olup olmadığı konusu tartışılmıştır.¹⁸ Şelebî'nin dikkat çektiği üzere İmam Şafîî'nin Mısır'a gitmeden önceki görüşlerini "kavl-i kadim" Mısır'a gittikten sonra görüşlerini "kavl-i cedit" diye isimlendirilmesi ve farklı yorumlarda bulunması, onun örf ve âdete ne denli riayet ettiğinin delilidir.¹⁹ Diğer taraftan İmam Şafîî bazı hukukî problemleri bizzat örf ve âdete atıfta bulunarak çözmüştür. Meselâ çalınan mallarda "hırz"ın (muhafaza) doğru tarifinin örf ve âdetten öğrenileceğini ve buna göre hukukî müeyyidenin tesbit edileceğini benimsemiştir.²⁰

Hukuk metodolojisi bakımından örf delilinin, kaynaklık ciheti Şafîî mezhebine mensup hukukçular tarafından tetkik edilmiştir.²¹ Meselâ Beydavî tahsis konusunu işlerken: "Hitabın hükme delaletini mantık bakımından ortaya koymak için önce lâfzın şer'î manası dikkate alınır, daha sonra ise lâfzın örfî manasına müracaat edilir."²² diyerek, lâfzın örfî manasıyla, hükümlerin tahsis edileceğine işaret etmiştir diyebiliriz. Bu durum, Şafîîlerin pratikte ve nazariyede, örf'e ne derece kıymet verdiklerini göstermesi açısından önemlidir. Nitekim hukukun ruhu mahiyetinde olan örf delilini kullanmadan, bir hukuk külliyesinin oluşmasını savunmak biraz müşkil görünür. Teorik bazda olmasa da, pratik sahada örf'süz bir hukuk telakki etmek imkânsızdır. Böyle bir telakkiye ulaşmak, hukuk mantığından uzaklaşmanın işareti sayılabilir.

d) Hanbelî Mezhebi'nin Örf ve Âdet Hakkında Görüşü

Ahmet b. Hanbel'in. örf ve âdet konusunda açık ve belirleyici bir fikrine rastlanmadığını kaydeden Farukî, Ahmet b. Hanbel'in istihsan ve mesâlih-î mürsele delilini kabul etmesini bir nevi örf ve âdeti kabul ettiğine delil gösteriyor. Çünkü bu iki prensip örf ve âdetleri içine almaktadır.²³

Öte yandan Hanbelî hukukçusu İbn Teymiyye, örf ve âdetlerin etkisini göz önüne alarak, bazı hukukî problemleri çözmeye yönelmiştir. Mesalâ, yeminini

17 Şelebî, M. Mustafa, *Usulu'l-Fikhi'l-İslâmî*, Beyrut, ts., s. 321.

18 İmam Şafîî'nin ve örf ile ihticacı hakkında bir değerlendirme için bkz. Paçacı, Mehmet, "Anlama (Fıkıh) *Usulüne Dair*" İ.A. VII, s. 2, 1995 s. 90.

19 Şelebî, *Usul*, s. 322.

20 Şafîî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm* (Yahya b. Müzenî'nin Hasiyesiyle Beraber), Kahire, ts. VI. 134-137.

21 Amidi, Seyfüddin Ebi'l-Hasan, *el-lhkam fi Usuli'l-Abkem* thk. S. el Cümeyli, Beyrut, 1986, IV, 162-163. Suyuti, s. 89-101.

22 Beydavî, *el-Kadı Nasruddin Minbacül-Vusul* (şrh. M. b. Yusuf el-Cezeri, Mi'racu'l-Minhac) tnk. Ş. M. İsmail, Kahire, 1993, 1, 275.

23 Farukî, s. 52.

bozan kişinin yemin keffaretini öderken "vasati yiyecek"ten vermesini nasıl tayin edeceği konusunda örf ve âdetlere göre hareket edilmesini savunmuştur.²⁴ Ayrıca, İbn Teymiyye'nin örf ve âdetin, hukukî terminolojinin oluşmasındaki etkisinden hareketle, hukukî terimleri değerlendirmeye yönelmesi²⁵ konuya neditli dikkat çektiğini gösterir.

Yine Hanbelî hukukçusu olan İbn Kayyım "Örfî şartlar lafzî şartlar gibidir," diyerek, örfün değerini ortaya koymuştur. Mesalâ bir alım-satım muamelesi esnasında paranın cinsi belirlenmeden mutlak bir akit yapılırsa, asıl olan, beldedeki geçerli para üzerinden edimin ifa edilmesidir.²⁶ Ayrıca fetvanın değişmesini, zamanın, mekânın, niyetin ve âdetin durumuna göre mütalâa ederek; müftülerden, örf teceddüt ederse fetvalarını değiştirmelerini, buldukları yörenin âdetlerini nazarı dikkate almalarını istemiştir. Hatta örfü dikkate almadan örfe muhalif olarak kitaptan verdikleri fetvalarından dolayı sapacaklarını ve insanları saptıracaklarını söylemiştir.²⁷

Halkın sorularına ve davalarına muhatap olan müftülerin, hukukçuların örf ve âdete riayet etmeleri hususunda bütün alimlerin ittifak halinde olduğu söylenmektedir. Bu görüşü nakleden Malikî hukukçusu Karafî bulunduğu belde-nin örf ve âdetini bilmeyen müftünün fetva veremeyeceğini²⁸ de belirterek konunun ehemmiyetini vurgulamıştır. Ebu Zehra ve Musa Carullah da bu paralde bir görüş açıklamıştır.²⁹

Netice itibariyle örf ve âdet delili, bütün mezhepler tarafından farklı boyutlarda olsa da kabul edilmiştir. Tabi ki, kabul edilen örf ve âdetin Kur'an ve sünnette ifade edilen temel prensiplere aykırı olmaması esastır. Ayrıca, şer'î ahkâmda vurgulanan "ibahe-i asliyye" kuralı örf ve âdetin fıkıh kültürümüze girişinde en büyük katkıyı sağlamıştır. Çünkü fıkıh külliyesini tetkik ettiğimizde karşılaştığımız durum şudur: Haram olanlar belirtilerek bunun dışındaki şeylerin genelde helâl olduğu vurgulanmak istenmiştir. Diğer bir ifade ile Müslümanların fıkıh külliyesinde neyin helâl olduğundan çok neyin haram olduğu üzerinde durularak insanların hukukî hayatlarına geniş bir alan bırakılmıştır. Bu durum, ilâhî hukuk sisteminin seyyaliyetini, insan aklına ve örf-âdete riayet etmenin gereğini çağırır mahiyettedir diyebiliriz.

4- Beşer Hukukunda Örf ve Âdet'e Bakış

Beşer hukukunda, hukukî kuralları kimin icad ettiği sorusu üzerinde durul-

24 İbn Teymiyye, Ahmet, *Mecmu'ül-Feteva*, thk. Abdurrahman M. b. Kasım, Riyad, ts., XIX, 243-247-252-253.

25 bkz İbn Teymiyye, XIX, 235.

26 İbn Kayyım, Ebî Abdillâh el-Cevziyye, *İlamu'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Alemin*, thk., M. A. İbrahim Beyrut 1993, III, 3.

27 İbn Kayyım, III, 66.

28 Karafî, Şahabuddin Ebî'l-Kasım, *el-İhkâm*, thk., A.F. Ebu Gudde, Beyrut, 1994, s. 232.

29 Ebu Zehra, s. 277, Musa Carullah, *Kavaid-i Fikhiyye*, Naşir, A. el-İshakî, Kazan, ts., s. 28.

muş ve çeşitli açılardan yorumlar yapılmıştır. Bu konu hakkında Hırş'in müte-lâası şöyledir: 19. Yüzyılda bilimsel alanda hakim olan deneycilik yöntemi, hu-kukî sahada da etkisini göstermiştir. Almanya'da kurulan tarihçi okul yukarı-daki soruya şöyle yanıt vermiştir: Hukukî kuralları halk ruhu yani milletin hu-kuki vicdanı doğurmuştur. Bu kurallar insan aklının yapay icatları değil, halk ruhunun doğal ürünleridir. Millî ruhun sır dolu derinliklerinde bu kurallar ha-zırlanır; önce örf ve âdet şeklinde belirir sonra kanunlaştırılır. Kanun koyucu hukuk icat etmez zaten, var olan bir hukuku belirler. Tıpkı bir dilbilgisi uzman-ının bir dildeki dil kuralını tespiti gibi.³⁰

Del Vecchio bu noktaya, "örf içtimaî iradenin aslî tezahür şeklidir"³¹ diye-rek işaret etmiştir. Abdulhak K.Yörük de, "önceleri hukukun teâmül ve âdet-ten doğan bir kaideler heyeti mecmuası olarak görüldüğünde şüphe yoktur."³² şeklindeki yorumlarıyla hukukun temelinde örf ve âdetin varlığını benimsemiş-tir. İslâmiyetten önceki Türklerin hukuk kaynakları arasında, örf ve âdetin de-ğeri öncelikle vurgulanmaktadır.³³ Her ne kadar, örf ve âdetin hukuk oluşturma-da sosyolojik açıdan büyük bir katkısı varsa da böylesi oluşan bir hukukun yöresel ve millî bir nitelikten kurtulup küresel bir niteliğe kavuşması zor olan bir hakikattir. Oysa hukukta asıl olan evrensellik ve dinamikliktir.

Neticede örf ve âdet, medenî hukukun yürürlük kaynakları arasında kabul edilmiştir. Bu kaynakları Velidedeoğlu şöyle sıralamıştır. Örf-âdet, içtihat ve doktrinler.³⁴ Diğer taraftan Medenî Kanunun 1. Maddesinde hukukun yürür-lük kaynakları şöyle sıralanmıştır: "Kanun, lafziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer'îdir. Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan mesele-de hâkim örf ve âdete göre, örf ve âdet dahi yoksa kendisi vazı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiye ona göre hükmeder."³⁵ Necip Bilge ise, pozitif hukukun kaynaklarını yorumlarken biçimsel anlamda: örf, ya-zılı metinler ve içtihatların³⁶ kaynaklığını vurgulamıştır. Kemal Oğuzhan ise, örf ve âdetin hukukî rolünden bahsederken ikinci derecede bir kaynak olarak kanun boşluğunu doldurmasına³⁷ dikkat çeker. Şöyle ki, örf ve âdet hukukî ka-ideleri kanunun örfe veya mahallî âdete yollama yaptığı hallerde bu kanunlar-daki hüküm içi boşluğu doldurmaya yarar. bk.md. 270-f.3.³⁸

30 Hırş, Ernes, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Hazırlayan Selçuk (Bayan) Veziroğlu, Ank., 1996, s. 88.

31 Del Veccio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, trc., Sahir Erman, İst. 1952, s. 327.

32 Yörük, Abdulhak Kemal, *Hukukun Umumî Prensipleri*, İst. 1949, s. 39.

33 Geniş bilgi için bkz. Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi, Konya*, 1989, s. 21-22-131-135.

34 Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medenî Hukuku Umumi Esaslar*, İst. 1959, 1.91.

35 Medenî Kanunun'un bu maddesinin 1971. 1984 de ki değişik ifadelenirilmesi için bkz. Oğuzhan Kemal *Medenî Hukuk Dersleri*, ist. 1994, s. 25.

36 Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı* Ank. 1995, s. 49.

37 Oğuzhan, s. 65.

38 Oğuzhan, s. 66.

S. Sulhi Tekinay ise, örf ve âdetin hukukî fonksiyonunu hiyerarşik olarak şöyle derecelendirir: "Kanunun kendilerine atıfta (yollamada) bulunduğu âdetler "kanun boşluklarını" doldurmaktan ziyade, kanundaki özel hükümlere üstün tutulmakta, onlara tercih edilmektedir. Oysa örf ve âdet kuralları ancak kanunda bulunmadığı takdirdedir ki, mevcut boşlukları dolduracaktır."³⁹

Turgut Akıntürk'ün Medenî hukukun kaynaklarını, aslî, talî ve yardımcı kaynaklar olmak üzere üçe ayırıp ve örf-âdet hukukunu talî kaynaklardan sayması fıkıh usulündeki taksimata uygun görülmektedir.⁴⁰ Bu durum beşer hukukunun örf ve âdete sınırlı bir kaynaklık değeri atfettiğini gösterir. Hukuk öğretisinde örf ve âdetin mutlak anlamda bir kaynak olmadığını görmemiz, beşer idrakinin de hukukî sahada aşırı değişkenlikten, yöresellikten; küllî prensiplere, belirli sabitelere ve evrenselliğe doğru bir seyir ve süreç içinde olduğunu gösterir.

II. Örf Ve Âdetin Hukukî Değeri

Hukukta kaynak olarak kabul edilen örf ve âdet, kavli ve amelî olduğu gibi, umumî ve hususî de olur. Bunların her biri sahih ve fasid olabilir. Fıkıh kültürümüzde örf ve âdetin kaynak kabul edilebilmesi için, nassa muhalif olması, küllî ve galib-i şayî olması, hükmün inşası anında mevcut olması ve örfün mahiyetini bozup aksini gösteren bir ifade ve fiilin bulunmaması gibi şartlar ileri sürülmüştür.⁴¹

Örf ve âdetin hukukî şartları, Beşerî hukukta da mütalâa edilmiştir. Birincisi, maddî unsur, "devamlılık"; bir âdetin arızî, gelip geçici değil, istikrarlı olması. İkincisi, ruhî unsur, "umumî kanaat", içtimaî vicdanının kanaati hasıl olmalıdır. Bu iki şarta ek olarak bir de hukukî unsur, "müeyyide" aranır. Cemiyyetin ve onun müşahhas ifadesi olan devletin bunu benimsemiş bulunması iktiza eder.⁴² K. Oğuzhan bu son şarta yani "Devletin yaptırım gücü ile kuvvetlendirilmiş olma" veya "Devlet ve özellikle yargı organları tarafından benimsenme" ifadelerine karşı çıkarak, hukukumuzda böyle bir şart aramanın söz konusu olmadığını ifade eder.⁴³

Ayrıca Necip Bilge ise, örf ve âdetin hukukî değeri için şöyle bir değerlendirmede bulunuyor. Özellikle, kanunun lâfzının veya ruhunun temas eylediği bir meselede örf ve âdete gidilemeyeceğine göre, genellikle onun lâfzına veya ruhuna aykırı bir geleneğin uygulanması da genellikle düşünülemez.⁴⁴ Bu neden-

39 Tekinay, s. 69.

40 Akıntürk, Turgut, Ank. 1994, s. 42-56.

41 Geniş bilgi için bkz. Zeydan, s. 252-257; Şelebî, s. 313-317; Hallaf Abdulvehhab, *İlmü Usulî'l-Fıkh*, İst. 1984, s. 154-149; Şener, Mehmet, *İslâm Hukukunda Örf*, İzmir, 1987, s. 135-142.

42 Velidedeoğlu, 1, 104; Bilge, 50-52. Akıntürk, s. 49-51.

43 Oğuzhan, s. 65.

44 Bilge s. 54.

le gelenek hukukunun faydalarının yanında bir takım sakıncalarının da varlığı eski zamanlardan beri anlaşılmiş bulunmaktadır. Örneğin: "Roma'da Plepler, Oniki Levha Kanunu'nda yapılmasını istedikleri zaman, gelenek hukukunun müphem ve kesinlikten yoksun bulunması şeklindeki sakıncasına dayanmışlardır.⁴⁵

A. K. Yörük ise, örf ve âdetin sakıncalarını şöyle sıralamıştır:

a) Hukukî hissin tezahürü olmasının yanında örf, anonim ve yazılı olmak itibariyle daima açık ve aydın değildir.

b) İyice yerleştiği farzedilen teâmülî kaidelerin varlığını isbat etmek güçtür.

c) Hukuku uygulayanın, ihtilafları başka şekilde anlaması veya başka şekilde yorumlaması mümkündür.⁴⁶

Bu nedenle diyebiliriz ki, örf; izafiliğinden, açık olmamasından ve isbatının zorluğundan dolayı, hukukun aslî kaynaklarından değil fer'î kaynaklarından kabul edilmiştir. Bununla beraber şöyle bir sonuca varabiliriz: "Örf ve âdetin İslâm hukukunun şekli kaynakları arasında özel bir yer tutmadığı, özellikle istihsan ve istislah metodları aracılığıyla fonksiyon icra etme durumunda kaldığı görülmektedir. Örfün kaynak olarak nitelendirilmesinden mümkün olduğu kadar kaçınan usûl eserleri ile, bunlara göre daha sert açıklamaların yapılabildiği furu eserleri arasında bir ikilikle karşılaşmaktadır. Bu son durumun temel sebebi hüsn ve kubuh meselesinde ve içtihat mekanizmasının işleyiş tarzında aramak gerekecektir."⁴⁷ Netice itibariyle örf ve âdetin yazılı hukuk kurallarını etkilemede sosyolojik bir niteliğe sahip olduğunu anlayabiliriz. 19. yüzyılda müstakil bir ilim dalı haline gelen sosyolojinin gelişmesi sebebiyle, hukuka kaynaklık eden örf ve âdetin yeni bir ehemmiyet kazanma istidadında olduğunu da söyleyebiliriz. Kanaatimizce, sosyolojik hukuk telakkilerinin gelişmesiyle, amme vicdanının ürünü olan örf ve âdetin hukukî değeri yeniden mütalâa edilerek, hukukun sosyolojik ve psikolojik boyutunda gelişmeler ve değişmeler olabilir.

III- Örf Ve Âdetin Sosyolojik Boyutu Ve Modayla Mukayesesi

İçtimâî hayatın nüvesini oluşturan insanın, sosyal davranışlarını etkileyen ideal düşüncelerin yanında bir takım toplumsal, eylemsel (fiili) hareketleri mevcuttur. İnsanın toplumsal boyutu, derunî, içsel boyutuyla paralel bir tarzda devam ederse, toplumsal hayatın daha dinamik ve daha düzenli olacağı kanısındayız. İşte sosyal hayatı ve kamu düzenini temin etme görevini yüklenen hukuk, sosyolojik görüş açısından: "Toplumsal hayatın bir gerçeği ve toplum hayatının bir ürünüdür."⁴⁸ Öyleyse hukuk temelinde toplumsaldır; toplumun dışın-

45 Bilge s. 53.

46 Yörük, s. 41-42; diğer bir yorum şekli için bkz. Bilge, s. 53.

47 Dönmez, İbrahim Kafi, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asr İslâm Hukukcularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları*, (Basılmamış Doktora tezi) İst. s. 236-237.

da bir hukuk düşünülemez. Bu nedenle hukuk kurallarının topluma, toplum kurallarının da hukuka olan etkisini⁴⁹ ideal ve real anlamda mütalâa etmek zorunluğu vardır, diyebiliriz.

Yalnız şurası önemlidir ki, hukukun kökünde "sosyal olma" vasfını her yönden benimsemek, hukukun tek yönlü yorumlanmasına neden olur.⁴⁹ Hukukun realite vasfının yanında idealite vasfının da varlığını benimsemek gerekir. Çünkü gerçek anlamda içtimaiyatın tetkiki ve yorumu hukuk felsefesine tabidir. Deontolojik araştırma (hukuk ideali) hukuk felsefesinin yorum alanı içindedir. Sosyoloji ise buna -deontolojik yoruma-yabancıdır. Şöyle ki, sosyoloji, idealleri değil, daha ziyade vakıaları konu edinir.⁵⁰ Öyleyse, öncelikle örf ve âdetin sosyolojik açıdan incelenme zarureti düşünülebilir. Buna ilaveten, örflerdeki kadim şeriatların izlerinin varlığını da dikkate alarak bu delili din felsefesi, tarih felsefesi ve hukuk felsefesi açılarından da mütalâa edebiliriz.

Örf ve âdetin, hukukî norm oluşturmanın zorluklarının yanında, birde moda ile karıştırılma problemi doğmuştur. Sosyolojik ve psikolojik yönden örfle modanın tefrikini yapmak biraz müşkil görünmektedir.⁵¹ Çünkü ikisinin de ortak katı taklit olduğundan, ikisinde de sosyal değişme ve sosyal hâdise olma özelliği bulunduğundan, örfle moda müradif gibi görülmektedir.⁵² "Modayla örf arasında psikolojik bakımdan bir fark yoktur. Moda çağdaşları taklit, örf ve âdetler ise ataları taklittir."⁵³ Bu nedenle fark taklit edende değil, taklit edilendedir. Oysa, örfün geçerli olmasının bir şartı, yukarıda geçtiği veçhile hükmün inşası anında mevcut olmasıdır. Moda da ise gündelik olma vasfı vardır. Başka bir açıdan baktığımızda, modanın ferdî şuuru ilgilendiren yönüne karşılık, örf ve âdet kolektif şuuru, maşerî vicdanı, kamu düşüncesini ilgilendirir ve onlardan sudur eder. Diğer bir fark ise, modanın hukukî esas olması fazla dikkate alınmazken, örf ve âdet, hemen hemen bütün hukuk doktrinlerinde atıfta bulunulan bir istinatgâh makamındadır. Ayrıca modada küllîlik (müttarid) vasfı yoktur. Örf ve âdet ise bu vasfı zorunludur. Hem de örf ve âdetin içtimâî hâdise olma özelliği modadan daha fazladır.⁵⁴ Çünkü "Bir hadise taklit vasıtasıyla umumileştiği için içtimâî hadise olmaz, içtimâî hadise olduğu içindir ki, taklit vasıtasıyla umumileşir."⁵⁵

Vecdi Aral'ın örf, moda ve hukuk hakkındaki mütalâası şöyledir:

48 Hırş, s. 92.

49 Geniş bilgi için bkz. Gözübüyük Şeref, *Hukukun Temel Kavramları*, Ank. 1993, s. 19.

50 Sosyolojik hukuk telakkisinin tek yönlülüğünün kritiği için bkz. Aral Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İst 1992, s. 153-154.

51 Geniş bilgi için bkz. Del Vecchio, s. 23-25.

52 Koçak, s. 74.

53 Sezen, Yümnî, *Sosyolojide ve Din Sosyolojisinde Temel Bilgiler ve Tartışmalar*, İst, 1990, s. 45.

54 Koçak, s. 74.

55 Sezen, s. 76.

Diğer bir açıdan baktığımızda modayı örften saymak doğru görülmez. Çünkü giyim ve kuşam eskiden bir süreklilik taşımasına rağmen, bu gün artık kısa sürmekte ve çabuk değişikliğe uğramaktadır. "Eskilik" vasfı örf için bir değerdir. Oysa moda için bir ölüm hükmüdür. Yeni örfler çok kez kuşku ile karşılanır; buna karşılık moda konusunda ise en yenisi arzu edilir ve eleştirmesiz kabul edilir. Bu yönden temelini geçmişten almadığından ötürü, moda bugün bir örf olmaktan çıkmıştır.

Örfler hukuk kurallarıyla büyük ölçüde benzerliğe sahiptir. Bunlar insanların toplum içinde davranışlarını düzenleyen zorlayıcı bir takım normlardır. Esasen bir norm olarak "olması gereken"i göstermek örfü alışkanlıktan ayıran bir özelliktir. Örf bu güne kadar olagelen şeylerin bundan böyle de olmasını, gerçekleşmesini buyurur; oysa, alışkanlıkta, olagelene birde "olması gerekir" düşüncesi katılmaz.

Böylece bir norm olarak örf, hukuk normları gibi "heteranom" bir karakter taşıdıktan, yani bir şeyin dışında topluca istenilmiş olmasından başka, içerik bakımından da hukukla geniş ölçüde benzerlik gösterir. Gerçekten bu normların içerikleri, her zaman değişmektedir. Eskiden hukuk normu olup bugün yalnızca örf normu kabul edilen normlar bulunduğu gibi, bunun aksi de sözkonusu olabilmektedir. Nitekim bugün milletler arası hukuk alanında rastlanan hukuk normları eskiden örf normlarından ibaret bulunmaktadır.⁵⁶

Ceza hukuku müstesna olmak üzere, iç ve dış amme hukukunda teâmüle yer verilmemesinin sebebi, sarıh bir kanun hükmü bulunmadıkça ne bir suç tesis edilebilir, ne de bir ceza tatbik olunabilir,⁵⁷ prensibine dayanmaktadır. Ayrıca modern ceza kanunlarının hemen hepsinde "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi yer almıştır. Aynı ilke Anayasamızın 38. maddesi ile güvence altına alınmıştır.⁵⁸

Netice itibariyle, örfle hukukun karşılaştırılmasına ve ilişkisine atıfta bulunma gereği doğmuştur. Şöyle ki, hukuk kendisine tabi olanların rıza ve muvafakatından bağımsız olarak yürürlüğe sahiptir. Oysa örf normları konvansiyonel normlardır. Yani kendilerine tabi olanların rıza ve muvafakatlarına dayalı olarak yürürlüğe sahip olan normlardır. Özetleyecek olursak, "Teâmülü hukuk da dahil, hukuk normlarının kesin (apodiktik) bir "olması gereken"i göstermelerine karşılık, örf normları kesin olmayan (problematik) bir "olması gereken"i deyimlerler. Yalnız şurası önemlidir ki, örf toplumsal bir şey olduğuna, toplumsal ilişkilerle ilgili olduğuna ve hukukta toplumsal yaşamın bir formu olduğuna göre, hukukla örf arasında derin bir ilişki bulunacağı açıktır. Nitekim her sosyal olan, hukuk formunu alabileceği için, örflerden teâmüli hukuk

56 Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İst. 1991, s. 83-84.

57 Yörük, s. 40.

58 Bilgi s. 53.

meydana gelebileceği gibi, kanun koyucu da, yalnızca örf normlarıyla düzenlemeye tabi kılınmış görünen alanları hukukî bir düzenlemenin içine alabilir, yani örf normlarına hukukî bir karakter verebilir.⁵⁹

Nitekim Hz. Peygamber, "Tartı Mekkelilerin tartısı, ölçü Medinelilerin ölçüsüdür."⁶⁰ Buyurarak, Mekke ve Medinelilerin örflerine hukukî bir form kazandırmıştır, diyebiliriz. Bu hâdisede dikkatimizi çeken diğer bir husus ise, toplumsal şartların sosyal olguların kolektif şuurun, hukukun kodlanmasına ve normlaşmasına da katkıları vardır.

Çalışmamızda, örfün sosyolojik ve psikolojik boyutlarına temas etmemizin yanında, modayla mukayese yapmamızın asıl amacı, Fıkıh kültürümüzdeki hükümlerin örf ve modayla olan ilişkisinin tespit edilmesinin gereğine işaret etmektir.

Diğer taraftan Hz. Peygamber dönemindeki örfi ve moda vari uygulamaların tesbit edilmesi gereğini de vurgulamak isteriz. Çünkü toplumsal hayatta devam eden yaşam şekli her yönüyle örften ibarettir diyemeyiz. Gündelik olguların ve anlayışların varlığı da bir gerçektir. Öyleyse hukuka kaynaklık eden ilahî kelâmın ve sünnetin anlaşılması, bir de fer'î kaynakların değer tesbiti için, Peygamber dönemi ve öncesinin örf ve âdet açısından olduğu kadar, moda açısından da tahlil edilmesi gereğine inanıyoruz.

Sonuç

Bütün hukuk sistemlerinde kaynak olarak kabul edilen örf ve âdetin, dayandığı temel felsefe kolektif şuur ve maşerî vicdandır. Bu yönüyle örf ve âdet, hukukun sosyal olgu olma vasfına işaret etmesiyle beraber, hukukun etik ve teolojik boyutlarına da işaret etmektedir diyebiliriz. Çünkü teâmül, insan hayatının varlık sürecinde derinleşerek devam eden bir sosyal olaydır. Bu yönüyle örf ve âdetin birkaç cihetten tetkik ve tahlil edilmesi zaruridir.

Şunu da ifade edelim ki, örf ve âdet, sosyal bir olay olma cihetiyle hukukun hem evrensel prensiplerinin oluşumuna kaynaklık eder, hem de yöresel vasfı niteliğiyle bölgesel hukukî esasların ve prensiplerin tesbit edilmesine de yardımcı olur. Öyleyse, örf ve âdetin kodifikasyon çalışmalarında dikkatten uzak tutulmaması gerektiğini söyleyebiliriz. Şöyle ki, yapılacak kanunların Anayasaya uygunluğu nasıl temel bir kurala, kanaatimizce aynı kanunların toplumsal bünyeye uygunluğu da aynı derecede bir kural olarak kabul edilmelidir. Çünkü toplumsal bünyeye, kamu vicdanına uygun olmayan kanunların yürürlük kazanması ancak kuvvetle sağlanabilir. Oysa hukukun gayesi: kuvvetin değil hakkın, adaletin, müşterek hayrın hâkim olmasını temin etmektir. Bu da evrensel hukuk prensiplerinin yanında, örf gibi yöresel hukukî normlara atıfta bulunmakla gerçekleşir, diyebiliriz.

59 Aral, *Hukuk Bilimi*, s. 85.

60 Ebu Davut, *Büyu*, 58.