



DİN ve GELENEK

Tartışmalı İlmî Toplantı

22 - 24 Ekim 2010

Atatürk Ü. Kültür ve Gösteri Merkezi

Ve İlahiyat Fakültesi Okiç Amfisi/Erzurum

Prof. Dr. Kemal SANDIKÇI * Prof. Dr. Şinasi GÜNDÜZ
Prof. Dr. Mümtaz'er TÜRKÖNE * Prof. Dr. Şamil DAĞCI
Doç. Dr. Mazhar BAĞLI * Prof. Dr. Vedat BİLGİN
Prof. Dr. İlyas ÇELEBİ * Prof. Dr. Mehmet ŞENER
Prof. Dr. Ziya KAZICI * Prof. Dr. M. Kâzım YILMAZ
Ali BULAÇ

İstanbul 2011

ÖRE, ÂDET ve GÖRENEĞİN HUKÛKÎ DEĞERİ

Mehmet ŞENER*

GİRİŞ

Önce bu kavramların sözlük ve terim anlamları üzerinde duralım.

I- ÖRF KAVRAMI

A-Örf'ün, sözlük ve terim anlamı:

a) "Örf"ün Sözlük Anlamı:

"Örf", sözlük olarak birkaç anlama gelir: Bunlardan bazıları; iyilik, ihsan, cömertlik, hediye olarak verilen şey, deniz dalgası, dağın doruğu, zirvesi, horozun ibiği, bir şeyin arka arkaya gelmesi gibi anlamlara gelir. Bir de "Örf": Kanunlarla sınırlanmaksızın, durumun gerektirdiği hüküm ve icraat anlamına da geldiği gibi, örfî idâre yani "sıkıyönetim" anlamına da gelir.¹

"Örf" kelimesi, Kur'ân'da iki yerde geçer: "... Örf ('urf)" ile emret."² Âyetinde bu kelime, terim anlamına yakın bir anlam ifade eder. Ayrıca bu kelime burada, iyi ve güzel fiiller veya sözler anlamına gelen "ma'rûf" karşılığı olabileceği gibi,³ akl-ı selim⁴ sahibi kişilerce kötü sayılmayan ve

* Prof. Dr., DEÜ. İlâhiyât Fakültesi.

¹ Âsım, *Kâmus Tercemesi*, Dersaâdet, II, 933; Prof. Dr. Mehmet Şener, *Örf*, İzmir, 1987, s. 99-100; Prof. Dr. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 1998, s. 4.

² Ârâf, 7/199.

³ Zemahşerî, *Keşşâf, Mısır, 1385/1966*, II, 138.

⁴ *Akl-ı selim*: Sağduyu; doğruyu, iyiyi, güzeli yanlıştan, kötüden, çirkinden ayırt edebilme yeteneği. Prof. Dr. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 11, İstanbul, 1998.

yapılması aklen güzel görünen şey anlamına da gelir.⁵ Daha açık bir ifade ile: Örf, iyi ve güzel fiiller veya aklın beğendiği; şer'in yani din ve hukukun da kabul ettiği özellikler anlamına da geldiği görülür.⁶

b) "Örfün Terim Anlamı":

Ebu'l-Berekât en-Neseî (710/1310), "el-Mustasfâ" adlı eserinde "örf'ü; şöyle tanımlar:

"Örf, aklın rehberliği veya öncülüğü ile kişilerde yerleşen ve selim tabiat ile benimsenip, kabul edilen şeydir."⁷

II- ÂDET KAVRAMI

A- Âdet'in Sözlük ve Terim Anlamı:

a) Âdet'in Sözlük Anlamı:

Sözlük olarak, "âdet": Bir şeye tekrar dönmek, anlamında olan "avd" ve "avdet" kökünden gelen bir isimdir. Âdetin kökü olan "avd", nöbet nöbet, zaman zaman bir işi yapmak ve işlemek,⁸ bazı işleri ara ara tecrübe ettikten sonra tekrar yapmak, bir işe başlayıp bitirdikten sonra bir daha yapmak, yani ikilemek ve dönmek anlamlarına gelir.⁹

b) Âdet'in Terim Anlamı:

Terim olarak "âdet": Sözlük anlamında olduğu gibi, terim anlamı da hemen hemen aynı anlama gelir.

İslâm Hukuk Metodolojisi ile ilgili kaynaklarda "âdet" in birkaç tanımı yapılmıştır:

⁵ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, İst. 1335/III, 38.

⁶ Ebu'l-Berekât en-Neseî, *Medârikü't-Tenzil (Tefsîru'n-Neseî)*, Mısır, ts., II, 91.

⁷ Mehmet Şener, *Örf*, s. 102.

⁸ Ali Himmət Berki, *Hukuk Mantiği ve Tefsiri*, s. 95, dip notu, 42.

⁹ İbn Manzûr, *Lisânu'l-arab*, III, 315-319; Âsım, *Kâmus*, I, 1223; Mehmet Şener, *Örf*, s. 104.

Bunlardan Ömer b. İshak el-Gaznevî (793/1390)¹⁰, "el-Muğnî"¹¹ şerhinde âdeti şöyle tanımlar: "Âdet, selim tabiatça benimsenen ve tekrar edile edile kişilerde yerleşen şeydir."¹²

İbn Emîri'l-Hâcc'da (879/1474), İbnü'l-Hümâm'ın "et-Tahrîr"¹³ şerhi'nde "Âdet": "Düşünmeden tekrar tekrar yapıla gelen şeydir."¹⁴ Şeklinde tanımlamıştır.¹⁵ Bir başka ifade ile Âdet; Toplum nazarında genel kabul görmüş ve öteden beri tekrar edilen ve yaygın hale gelen uygulamalardır.¹⁶ Bazı Türkçe kaynaklarda, "âdet" için benzer tanımlar yapılmış, bunlar genellikle; hukuk, sosyoloji ve felsefe ile ilgili, tanımlardır.

c) Sosyolojik yönden; "Âdet";

Toplumda öteden beri uygulanana gelen kural, yazılı olmayan ve gelenekle nesilden nesile geçen "halk, ahlâk ve hukukudur".¹⁷ Hukuk açısından "örf" ve "âdet", aynı anlamda olduğundan,¹⁸ şu şekilde tanımlanmıştır: "Toplumun bünyesinden doğan ve uzun bir zamandan beri uygulanması sebebiyle hukuken bağlayıcı özelliği olan ve yazılı olmayan hukuk kurallarıdır."¹⁹

¹⁰ *el-Leknevî, el-Fevâidu'l-behiyye*, (Beyrut/Lübnan, 1418/1998) adlı kitabının, 241. Sayfasında bu (773/1371) ölüm tarihinin doğru olmadığını; doğrusunun ise: (793/1390) olduğunu ifade etmiştir. Bkz. S. 241.

¹¹ *el-Muğnî (Usûl)*, Ömer b. Muhammed el-Habbâzî el-Hanefî (691/1291)'nindir. Bkz.; Kâtip Çelebi, *Kesfu'z-zunûn*, II, 1749.

¹² İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, s. 46; Prof. Dr. Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 105-106.

¹³ *et-Tahrîr*, İbn Hümâm (861/1456).

¹⁴ *et-Tahrîr ve Tahbîr*, (*et-Tahrîr*'in şerhi) Bulak, Mısır, 1316-1317, I, 282.

¹⁵ Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 106.

¹⁶ TDV. *İslâm Ansiklopedisi*, 1, 369.

¹⁷ Hilmi Ziyâ Ülken (Ord. Prof. Dr.), *Sosyoloji Sözlüğü*, s. 3, âdet maddesi. MEB Basımevi, İstanbul 1969.

¹⁸ Prof. Dr. Zâhit İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 166; Hilmi Ergüney, *Türk Hukukunda Lügat ve İstihlâlar*, İstanbul, 1973, s. 373 (Bkz.; Örf maddesi).

¹⁹ Prof. Dr. Zâhit İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 166; Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 106.

III- ÖRF - ÂDET İLİŞKİSİ ve ARALARINDAKİ FARKLAR

“Örf” ve “âdet” kelimeleri, İslâm hukukunda cüz’î bir farkla aynı anlamda kullanılır. İslâm hukukçularına göre, örf ve âdet kavramlarının hukuk açısından hemen hemen aynı seviyede olmaları, özellikleri yönünden de aynı olmalarını gerektirmez. Bu iki terim çoğu zaman aynı anlamda kullanılmalarına rağmen, içerik bakımından farklı anlam ifade ederler. Bunlardan “Örf”; irfân, iyilik ve cömertlik, güzellik içeren bir kavramdır. Bir görüşe göre; buna, âlim ve ârif kişilerin koyduğu bir kavramdır da denebilir. Fakat âdet kavramı, iyi ve güzel sayılan bir şey olabileceği gibi, bâtil ve kötü şeyler de olabilir.²⁰ Bu sebeple iyi âdet; kötü âdet denir. Örf ise böyle değildir. Örf için, iyi örf; kötü örf denmez, örf’ün hepsi güzeldir. “Örf” her zaman “münker”in zıddı olarak kullanılır.²¹ Bu kavramlar arasında genellik-özellik ilişkisi vardır; buna göre, örf daha özel, âdet ise daha geneldir. Bu sebeple, her örf âdettir; fakat her âdet, örf değildir.²² Ortak yönleri ise, her ikisinin de toplumda yaşayan ve yazılı olmayan hukuk kurallarından, olmalarıdır.²³

Bu günkü hukuk, örfü, âdetin daha şuurlaşmış bir şekli sayar. Bu bakımdan örf, âdet ile kânun arasında, daha doğrusu, yazısız hukuk ile yazılı hukuk arasında bir köprüdür.²⁴

IV- ÖRF VE ÂDET’İN GENEL VE HUKÛKÎ TAKSİMİ:

Genel olarak örf-âdetler birkaç kısma ayrılır:

A-Hukuk ve muâmelatla (medenî ilişkilerle) ilgili âdetler.

²⁰ Hilmi Güney, *Türk Hukukunda Lügat ve İstilahlar*, İstanbul, 1973, s. 7, Prof. Dr. Mehmet Taplamacıoğlu, *Din Sosyolojisi*, Ankara 1963, s. 108; *Karşılaştırmalı Dinler Tarihi*, Ankara 1966, s. 223.

²¹ Mirâs, Kâmil, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercemesi*, Ankara 1969, V. 117, dipnotu 1; Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukûku*, Ankara, 1955, s. 87.

²² Ebû Sünne, Ahmed Fefmi, *el-'Urf*, Kahire, 1947, s. 13. Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 107.

²³ Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 107.

²⁴ Prof. Dr. Mehmet Taplamacıoğlu, *Din Sosyolojisi*, Ankara 1963, s. 108 (Yavuz Abadan, *Hukuk Tarihi*, taş basması, s. 63’den naklen). Prof. Dr. Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 106.

B-Ahlâk ve terbiye/eğitimle ilgili âdetler.

C-Günlük yaşayış, meslek ve çalışma hayatı ile ilgili âdetlerdir.²⁵

Biz bunlardan yalnız (A) şıkkı üzerinde duracağız.

Hukûkî değeri olan örf, -İslâm hukuk bilginlerine göre üç kategoriye ayrılır:

1-Nass'ın herhangi bir sebeple destekleyip, kabulüne işâret ettiği örf'tür ki, İslâm hukukçularının çoğu bunu benimsemiştir. Bu bakımdan nassın desteklediği örf, ittifakla kabul edilir.²⁶ Evlilikte denkliğin aranması²⁷ ve selem akdi²⁸ buna örnektir.²⁹

2-Şâri'in kesin olarak nasla haram kıldığı/yasakladığı "âdet"tir. Bu tür âdet'in hukûkî değeri olmadığı gibi, kabul de edilmez. Toplumun bozulmasına sebep olan bu tür âdetin kaldırılmasına yardımcı olmak; iyilik ve takvâda yardımlaşmak gibidir. Aksine buna göz yummak, kötülüğün yayılmasına râzı olmak anlamına gelir.³⁰ Câhiliye döneminde Kâbe'nin çıplak tavaf edilmesi, kadınların açık-saçık gezmeleri³¹ ve içki âlemleri vb. gibi.

3-Kabul veya reddedildiği ile ilgili herhangi bir nass/âyet ve hadis veya imâ dahî olmayan "örf" türüdür. Hanefîler'le Mâlikî'ler, bunu benimserler ve buna hukûkî bir değer verirler, hattâ bağımsız bir delil kabul ederler.³² Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî kaynaklarında "örfe" göre verilen fetvâların birçoğu, buna örnek gösterilebilir.³³

²⁵ Mahmasânî, Prof. Dr. Subhi, *Felsefetü't-teşrî'i'l-İslâmî*, ikinci baskı, Beyrut 1371/1952, s. 179.

²⁶ Ebû Zehrâ, *Mâlik*, ikinci baskı, Kahire 1952, s. 421; Tuvânâ, Dr. Seyyid Muhammed Mûsâ Afganistânî, *el-İctihâd*, Kâhire 1550/1972, s. 336.

²⁷ Tirmizî, *Mevâkıf*, 13 (veya ebvâbu's-salât, 127); cenâiz, 73; nikâh, 3; İbn Mâce, *nikâh*, 46; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 105.

²⁸ Buhârî, *selem*, 1, 2, 7; Müslim *müsâkât*, 127, 128. *Selem*: Para peşin, mal verisiye satılan bir muameledir.

²⁹ Tuvânâ, *a.g.e.*, s. 336. Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 108.

³⁰ Ebû Zehrâ, *Mâlik*, ikinci baskı, Kahire 1952, s. 421 (özetle); Tuvânâ, *el-İctihâd*, s. 336.

³¹ Tuvânâ, *a.g.e.*, s. 336.

³² Ebû Zehrâ, *Mâlik*, ikinci baskı, Kahire 1952, s. 421; krş. Tuvânâ, *age.*, s. 336.

³³ Tuvânâ, *age.*, s. 336. Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 109.

Son (III.) paragrafta açıklanan ve esas üzerinde durulması gereken bu tür örf: sıhhat, mesned ve kaynak yönünden kendi arasında kısımlara ayrılır.

A) Sıhhat Yönünden Taksimi:

Örf'ün hukûkî bir unsur (delil) olabilmesi, onun sahih olmasına bağlıdır. Bu sebeple onu bu yönden kısımlara ayırmak gerekir.

1) Sahih Örf:

"Naslara aykırı olmayan, maslahatı heder etmeyen ve kötülüğe sebep olmayan âdet'e denir."³⁴

Evlenecek bir gencin, nişanlısına hediye olarak verdiği elbise, süs eşyası ve buna benzer bazı şeyleri vermesi, birçok yerde âdettir. Bu hediyeler, damad adayının dînen vermesi gerekli olan "mehire"³⁵ dâhil değildir. Dâhil edilmemesi örf olarak yerleşmiştir. Ayrıca mehrin bir kısmının hemen verilmesi, bir kısmının da sonra verilmesi yani muaccel (hemen) ve müeccel yani daha sonra verilmesi de "örf'e dayanan bir ödemedir. Bu şekilde verilmesi âdet haline gelmiş ve yerleşmiştir.³⁶

2) Fâsid Örf:

Nass'a aykırı olan, zarar doğuran ve kamu yararını yok eden kötü âdete denir.

Fâizli akitler, bazı dernek ve toplantılarda yapılagelen –dinin kabul etmediği kötü âdetler-, içki âlemleri, kumar vb. gibileri...³⁷

B) Örfün Mesned Yönünden Taksimi:

1) Kavli (Sözlü) Örf:

İnsanların, bir sözü sözlük anlamı dışında, kendilerince bilinen bir manayı belirtmek için kullana geldikleri ifâdelere kavli (sözlü) örf denir. Bu

³⁴ Zeydâ, *el-Vecîz*, s. 216; Hallâf, *Masâdir*, s. 146.

³⁵ *Mehir*: İslâm'da erkek, evleneceği kadına, "Mehir" adıyla bir mal verir. Bunun miktarı örf, âdet ve emsâle (yani kadının akrabalarına verilen miktara) göre belirlenir. Mehir kadının hakkı, onun özel malıdır, peşin verilmemişse kocasının boşaması veya ölmesi halinde kadına derhal ödenmesi gerekir. (*Heyet, Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Tercümesi*), Medîne-i Münevvere, 1407/1987, S. 80.

³⁶ Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 109.

³⁷ Zeydân, *A.g.e.* s. 216; krş. İbn Âbidin, *Neşru'l-arf*, II, 116.

çeşit örfî lafızlar söylendiği veya konuşulduğu zaman, sözlük anlamı akla gelmez. Örfî anlam, nerede ise gerçek anlam yerine geçmiştir.³⁸ Sözelimi bir kimse arkadaşına: "Eğer bu hediyemi kabul etmezsen, bir daha evinize ayak basmam." dese, bu cümledeki "*ayak basmam*" ifadesi örfî bir lafızdır. O kişi bu sözle "*evinize bir daha gelmem*" demek istemiştir. Bu deyim bu anlamda kullanılması öylesine yaygındır ki, bu sözün esas anlamı olan; "*hakikaten ayak basmak*" hiç akla gelmez.³⁹

2-Amelî (Fiilî) Örf:

İnsanların bir şeyi yapa yapa âdet haline getirdikleri işlere "*amelî örf*" denir.⁴⁰ Amelî örf'e "*âdet*" dendiği gibi,⁴¹ "*teâmül*" de denir ve aynı anlamda kullanılır.⁴² Bu tür örf'e birkaç örnek verelim:

->Her hangi bir satış yerinde; satılık malın "*etiketinde*" fiyatları yazılı olan malları, satış esnasında söylenen; "*ıcap*" ve "*kabul*"e ait herhangi bir söz söylemeden yani pazarlık yapmadan, hemen parayı vererek satın almaktır. (el-Bey'u bi't-teâtî).⁴³

->Hemen her yerde, hamamda kullanılan "*suyun miktarı*" ile "*zamanın belirlenmemesi*" de, bu konunun her zaman için geçerli örneklerinden biridir.

->Kişi için zarûrî olan birtakım eşyaların, "*sipariş yoluyla (istisna')*" yaptırılması, senelerden beri uygulanana gelen köklü âdetlerdendir.⁴⁴

->Odun, kömür ve buğday gibi, araba ve benzeri araçlarda satılan şeyleri, "*satan kimsenin, müşterinin evine kadar götürmesi*".⁴⁵ San'at

³⁸ Ebû Sünne, *el-Urf*, s. 18; Krş. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkâm*, I, 95.

³⁹ Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, s. 110.

⁴⁰ Zeydân, *A.g.e.* s. 215.

⁴¹ Bilmen, Ömer Nasûhî, *Hukûku İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, I-VIII, İstanbul, 1967-1970, I, 198.

⁴² Krş. Berki, Ali Himmet, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, s. 87.

⁴³ *Bey bi't-Teâtî*, Alım-satım muamelesinde, "*ıcap*" ve "*kabulle*" ilgili bir şey söylemeden, müşterinin parayı; bâyiin de malı teslim ederek, rızaları ile yapılan beydir/satıştır.

⁴⁴ Zeydân, *A.g.e.* s. 215.

(zanâat) öğrenen bir çırağın, ustası ile kendi arasında çıkabilecek ücret anlaşmazlığında durumun, o yerin örf ve âdetine göre çözüme kavuşturulması.⁴⁶

->İşçinin yemeğini iş sahibi/iş veren tarafından vermesi âdet olan bir yerde, bu yemeğin iş sahibi tarafından verilmesi de, bu çeşit örfün örnekleri arasında yer alır. Bu konu ile ilgili örnekleri çoğaltmak mümkündür.

3-Örf'ün Kaynak Yönünden Taksimi:

İslâm Hukukunun delil kabul ettiği "sahih örf" kaynak yönünden, "örf'ü âmm" ve "örf'ü has" şeklinde ikiye ayrılır. Bunlara bir de "şer'i örfü" eklemek mümkündür.⁴⁷

1-Örf-i âmm (Genel örf):

Bütün İslâm ülkelerinde yaygın olan ve Müslümanların her asırda yapa geldikleri âdetlerdir.⁴⁸ Her yerde geçerli olan⁴⁹ veya kime âit olduğu belli olmayıp, her bir guruba da ait olmayan büyük bir topluluğun örfüdür.⁵⁰ Bu örf, sahâbeden zamanımıza kadar -kıyasa aykırı da olsa- İslâm Hukukçularının kabul edip, kendisiyle amel ettikleri ve içtihatlarında yer verdikleri, hakkında nass bulunmayan örf'tür.⁵¹ Bu örf türünün en başta gelen örneklerinden biri, "İstisnâ"⁵² akdidir. İstisnâ, insanların birçok ihtiyaçlarını gidermek için her zaman başvurdukları akitlerden biridir. Bu akit, hayâtî ihtiyaçları elde etmede önemli bir rol oynadığı için ta ilk dönemlerde asr-ı saâdete kadar uzanır.⁵³

⁴⁵ Berki, Age., s. 88; Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhi'l-âmm*, II, 844; *Mecelle*, Mad., 291.

⁴⁶ Zerkâ, Age., II, 844; *Mecelle*, mad. 291.

⁴⁷ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'Nezâir*, s. 46 (el-Hindî'nin, *el-Muğnî* şerhinden naklen) bkz. bu bölümün 55. Nolu dipnotu.

⁴⁸ İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 125; Ebû Sünne, *el-Urf*, s. 19; Zerkâ, Age., II,845; Zeydân, Age., s. 216.

⁴⁹ Berki, Age., s. 88.

⁵⁰ Ali Haydar, Age., I, 93, 94; İbn Âbidîn, Age., II, 124.

⁵¹ Ali Haydar, Age., I, 93, 94; İbn Âbidîn, Age., II, 124.

⁵² *İstisnâ' akdi*: Zanaatkâra siparişle iş yaptırma akdidir.

⁵³ Krş. Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhi'l-âm*, II, 845.

2) Örf-i Has (Özel Örf):

Bir şehir veya bölge halkı veya herhangi bir sanat ve meslek sahibi kimseler arasında yaygın olan örf'dür. İlim ve sanat erbabının ıstılahları ve teknik terimler, bu tür örfün örneklerindedir.⁵⁴

Gerek dinî ilimlerle, gerek pozitif ilim dalları ile veya teknik alanlarla ilgili teknik terimler bu örf'ün kapsamına girer. Çünkü bu alanlarla ilgili çoğu terimler, hemen hemen sözlük anlamı dışında, başka özel anlamda kullanılmaktadır.

Ticâret veya sanatla uğraşan kişilerin, ücretle haftalık tezgahlar çalıştırması; yevmiye defteri tutması; sattığı eşyayı ambalajlayarak müşteriye teslim etmek gibi âdetler, bu gurubun birkaç örneğidir.

3) Şer'î örf:

Şer'î örf; dinin özel bir manayı kastetmek için kullandığı lafızdır.⁵⁵ Dinin özel bir manayı kastetmek için kullandığı "*Salât*" kelimesi sözlükte "*duâ*" anlamındadır. Ama bu kelime şer'î örfte yani fıkıh dilinde ise "*namaz*" anlamındadır. Buna benzer birkaç örnek vermek gerekirse, "*Hacc*" kelimesi sözlük olarak "*kastetmek*" anlamında, fakat din dilinde ise, "*belli aylarda Ka'bey'i ziyâret*" anlamında kullanılması "*örf olarak*" yerleşmiştir. "*Zekât*" kelimesi de aslında, sözlük olarak "*temizlik*" anlamında olmakla beraber, terim olarak; "*Bir Müslümanın belli bir nisabdan sonra, belli bir miktarı fakire vermesi*" anlamında yerleşmiş bir terimdir,⁵⁶ şer'î bir örf'tür.⁵⁷

İMAM ŞÂTİBÎ'NİN ÖRF ve ÂDETİ TAKSİMİ

İmam Şâtîbî (790/1388) âdeti, yukarıdaki taksimden ayrı fakat ona yakın bir tasnif şekli getirmiştir. Şöyleki:

⁵⁴ Zeydân, A.g.e. s. 216.

⁵⁵ Ebû Süne, *el-'Urf*, s. 20.

⁵⁶ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 46; İbn Âbidîn, *Neşru'l-'arf*, II, 114 (112); Ebû Süne, *el-'Urf*, s. 20; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkâm*, I, 94, üçüncü baskı, İstanbul, 1330.

⁵⁷ Şer'î örfün, "örf'ü has" içinde birlikte açıklanabileceği için, Mecelle yalnız örf'ü âm ile örf'ü hass'a itibar etmiştir.

Şâtıbî'ye göre âdetler genel olarak: "Şer'î âdetler, şer'î olmayan" âdetler şeklinde iki ana bölümde ele alınır:

1- Şer'î Âdetler:

Bunlar, şer'in kabul ettiği veya etmediği âdetlerdir ki, bu şu anlamdadır: Şer'in ya *vücüb* veya *nedb* yoluyla yapılmasını istediği veya *kerâhet* ya da *tahrim* yoluyla yasakladığı; yahud da yapılıp yapılmamasını serbest bıraktığı âdetlerdir. İbâdet için tahâret hazırlığı, setr-i avret ve pisliğin temizlenmesi gibi âdetlerin yapılması emredilmektedir. Bunların aksine, Cahiliye döneminde olduğu gibi, çıplak olarak Kâ'bey'i tavaf etmek, âdetlerin de yapılması yasaklanmaktadır.

İçki, kumar ve zina gibi Dinin yasakladığı kötü âdetler de yasaklananlar arasında yer alır. Mükelleflerin bu konulardaki görüşleri her ne kadar değişse de, şer'in kesin olarak yapılmamasını istediği ve yasakladığı dine aykırı âdetlerle ilgili konularda herhangi bir değişiklik sözkonusu olmaz. Çünkü şer'in/dinin güzel gördüğünü çirkin; çirkin gördüğünü güzel görmek, bir çeşit nesh yani şer'î hükmü değiştirmek anlamına gelir ki, Hz. Peygamber'in Dâr-ı Bakâ'ya intikal ettikten sonra böyle bir şey mümkün değildir. Binaenaleyh, dinin kabul edip, yapılmasını emrettiği âdetleri kaldırıp, hiçe saymanın, şer'î (hukukî) hiçbir değeri yoktur.⁵⁸

2- Şer'î Olmayan Âdetler:

Bu tür âdetler, dinin reddetmediği âdetler olup, halk arasında yaşanan ve kabul veya reddi ile ilgili şer'î bir delil bulunmayan âdetlerdir. Bunlara kendi arasında: Değişen ve değişmeyen şeklinde ikiye ayrılır.⁵⁹ Esas üzerinde durmak istediğimiz âdetler de bu tür âdetlerdir. Şöyleki:

a) Değişmeyen âdetler:

Bunlar, zaman, yer ve durumun değişmesiyle değişmeyen, herkesi kapsayan âdetlerdir. Başka bir ifade ile, değişmeyen âdetlerdir: Yemek, içmek, evlenmek, konuşmak, yürümek vb. âdetlerdir.⁶⁰

⁵⁸ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 209; *Ebû Sünne, el-'Urf*, s. 21.

⁵⁹ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 209; *Ebû Sünne, el-'Urf*, s. 21.

⁶⁰ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 209; *Ebû Sünne, el-'Urf*, s. 21.

b) Değişen Âdetler:

Bu tür âdetler ise, zamana, yöreye ve hale göre değişebilen âdetlerdir⁶¹ ki, şerî/dinî hükmü de ona göre değişir.⁶² Bunları şu şekilde özetlemek mümkündür:

ba) İklim gibi tabîî ve dış etkenler sebebiyle değişebilen âdetler: İnsanın büyümesi, yetişmesi, ergenlik çağına girmesi, kadının âdet görmesi ve menopoza girmesi gibi bedenle ilgili âdetler, bu türdendir. Dolayısıyla dinî yükümlülük de buna paralel olarak yürür.

bb) Her bölge veya toplumun meramını anlatabilmesi için, kendine özel birtakım ifadeler kullanmasıdır ki, bu her bölgeye göre değişebilen sözlü (kavfî) âdet ve örflerdir. Özellikle yeminler, akitler/sözleşmeler, evlenme (nikâh), boşanma (talak) ve bunun gibi medenî hayatta kendini gösteren âdetlerdir.

İlim, sanat ve meslek sahiplerinin kullandığı gerek işle, gerek sözle ilgili birtakım terim ve teknik deyimler/tabirler de bu gruba girer.⁶³

VI- Örf ve Âdet'in Doğuşu:

Bilinçli olarak yapılan her şeyin bir sebebi vardır. Bu sebep, ya ilmin veya tecrübenin yahut çevreden kaynaklanan bir faktör olabilir veya aksine, kişiyi aşırı sevgiye, utanmaya ve intikam almaya yönlendiren içten gelen bir sebep olabilir. Bu sebepler, kişide bir şey yapma arzusu veya ona meyletme hissi uyandırır. Bu hissin uzantısı olarak insan arzuladığı şeyi yapar ve onu birkaç defa tekrarlırsa, bu alışkanlık âdet haline gelir. Âdet'in meydana gelmesine sebep olan şey de, arzu edilen bir şeyin, tekrar tekrar yapılmasıdır.

Tekrarlanarak yapılan ve kişilerin yararına olan âdetler, çoğunluk tarafından benimsenir ve yapılırsa, toplum içinde yaygın hale gelir ve âdet olarak yerleşir. Sonuç da toplumun onu benimsemesiyle, cemâat örfü meydana gelmiş olur. Bir âdet veya örf, bu dereceye ulaşıncaya kadar;

⁶¹ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 220.

⁶² Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 210.

⁶³ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 210 (Özetle); Krş., Ebû Sünne, *el-'Urf*, s. 22.

*meyletme, yapma, taklit etme ve tekrarlama gibi aşamalardan geçer ve sonra yerleşir.*⁶⁴

VII- Örfün Hukûkî Yönü (Huccet Oluşu):

Örf-âdetler, insanlar arasında önemli bir konuma ve hukûkî bir değere sahiptir.

Mustafa Ahmed ez-Zerkâ'nın ifadesine göre, insan hayatının birçok yönlerinde göze çarpan âdetlerden birçoğu İslâmî prensiplere aykırı olduğu gibi, bir kısmı da güzel ve hoştur. Âdetlerin kötü olanlarını belli zaman dilimleri içinde aşama aşama ıslâh ederek yararlı hale getirmek, insanlığın mutluluk ve saâdetini amaç edinen dinlerin hedefleri arasındadır.⁶⁵

İslâm dini de aynı gâye ile hareket etmiş ve cahiliye Araplarınca uygulanan ve hukûkî yönü ağır basan bazı âdetleri birtakım şartlar öne sürerek kabul ve ıslah etmiş; birçoklarını da dinin ruhuna uymadığı gerekçesiyle, yasaklamıştır.⁶⁶ Bununla beraber İslâm, ferdî ve toplumsal hayatı düzenlemek için, kendine has birtakım hukûkî hükümler vaz' etmiştir.⁶⁷

İnsanlığın ıslahı ve mutluluğu için İslâm, birtakım güzel âdetleri onaylamış olması, başka bir deyişle, onlara şer'î ve hukûkî değer yüklemesi, İslâm Hukuk bilginlerinin ictihadlarında örf-âdeti hukûkî bir mesnet kabul etmelerine, sebep olmuştur.⁶⁸ Bu konuda İslâm hukukçuları arasında bazı farklı görüşler olmasına rağmen, örf'ü hukûkî delil kabul etmeyen hemen hemen yok gibidir, nerede ise görüş birliği vardır.⁶⁹

Bu girişten sonra, örf'ün hukûkî bir delil ya da hüccet olduğunu gösteren deliller üzerinde duralım.

⁶⁴ Krş., Ebû Sünne, *el-'Urf* s. 13, 14.

⁶⁵ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhi'l-âmm*, I, 144; II, 880.

⁶⁶ Bkz. Ahmed Emin, *Fecru'l-İslâm*, 11. Baskı, Kâhire 1975, s. 227; Ebû Sünne, *el-'Urf*, s. 70; ez-Zerkâ, *A.g.e.* I, 145; II, 881-883; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 29-35; Hamîdullah, *İslâm'da Devlet İdâresi* (Çev.: Kemâl Kuşçu), Beşinci baskı, Ankara 1979, s. 83.

⁶⁷ ez-Zerkâ, *A.g.e.* I, 145; krş. Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 30.

⁶⁸ Krş., Ebû Sünne, *el-'Urf*, s. 77.

⁶⁹ ez-Zerkâ, *A.g.e.* I, 147.

VIII-Örfün Hukûkî Bir Delil Olduğunu Gösteren Şer'î Deliller:

A) Kitab:

Mâlikî Şihâbuddîn el-Karâfî (684/1285) gibi bazı İslâm hukukçuları: “*Örf (urf) ile emret.*”⁷⁰ âyetini, “örf’ün” hukûkî bir delil olma yönünü ispat etmek için şer’î bir delil kabul ederler. Ali b. Halil et-Tarablûsî (844/1440), Muînu’l-Hukkâm” adlı eserinde: “Hâkimin, örf ve âdeti dikkate alarak hüküm verebileceği” şeklinde açtığı bölümün içeriği için, zikri geçen âyeti delil gösterir. Âyette yer alan “*el-urf*” kelimesi ile, halkın “âdet” ve “teâmüller”inin kastedildiğini ileri sürerek; Allâh’ın, Peygamber’ine: emir kipi ile “*Örf ile emret.*” Demesi, o’nun hukûken bağlayıcı olduğunu gösterir. Aksi düşünülmesi zaman hâşâ bir anlam ifade etmezdi.⁷¹

Bu paragrafta; Allâh’ın, Peygamber’ine: emir kipi ile “*Örf ile emret.*” Demesi, bazılarında göre o’nun hukûken bağlayıcı olduğunu gösterir.

Bu âyette “*örf (el-urf)*” kelimesi, örf’ün terim/hukûkî anlamına delâlet ettiği öne sürülmekte ise de, bu görüşün isâbetli olmadığı kanâatindeyiz. Çünkü bu kelime, örf’ün terim anlamına tam olarak delâlet etmemektedir. Şöyle ki: Abdullah b. Abbas’a (68/687) göre; âyetteki “*örf (urf)*” kelimesi “*iyilik ve ihsan*”⁷² anlamına gelmektedir. Taberî (310/922) ise, bu konuda sözün en doğrusu: “Allah, Peygamber’ine; ‘insanlara “örf” ile yani iyilikle emretmesini buyurdu.’ Üstelik bu kelime Araplarca; iyilik anlamına gelen “*ma’rûf*”un mastarıdır.”⁷³ Der. Ebû Bekr el-Cessâs (370/980), ‘Urve b. Zübeyr (94/712) ile Katâde (118/736)’nin bu kelimeyi yani “örf” kelimesini, iyilik anlamına gelen “*marûf*” ile tefsir ettiklerini naklettikten sonra, bunun: “*Yapılması aklen güzel görülen ve sağ duyuya kötü görülmeyen şey,*” anlamına geldiğini, söyler.⁷⁴ Râğib el-İsfahânî (502/1108, örf’ün yine “*marûf*” karşılığı

⁷⁰ Ârâf, 7/199.

⁷¹ Ebû Sünne, *el-Urf*, s. 23.

⁷² Abdullah b. Abbas, *Tenvîru’l-mikbâs min tefsîri İbn Abbas (ed-Dürrü’l-mensûrun kenarında)*, Mısır, 1314, II, 149.

⁷³ et-Taberî, *Câmi’u’l-beyân (Tefsîru’t-Taberî)*, Mısır, 1954, IX, 156.

⁷⁴ Ebû Bekr el-Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, İstanbul, 1335-1338, III, 38.

olduğunu söyleyerek, bunun da "ihsân" anlamına geldiğini, belirtir.⁷⁵ Ebû Bekr İbnu'l-Arabî (543/1148), zikri geçen âyetteki "'Urf" den maksadın, iyilik anlamına gelen; "Ma'rûf"⁷⁶; Kelime-i tevhid,⁷⁷ dinden olduğu bilinen şeyler ve halkın kabul ettiği "güzel hasletler" anlamına geldiğini, söyler." *İbn-i Arabî* sözüne devamla: "Burada örf'den maksat; Din ve ahlâk yönünden "iyi ve güzel" görülen davranışlardır."⁷⁸ Der. Süfyân b. Uyeyne'ye (198/813) dayanan bir rivâyete göre; "*Ve'mur bi'l-marûf: Örf ('urf) ile emret .*"⁷⁹ âyeti nâzil olunca, Hz. Peygamber (s.a.v.), Cebrâil'e bunun ne anlam ifade ettiğini sormuş, O da: "*Bilmiyorum, Rabbim'e sorayım*", diyerek Allah'a havale etmiştir. Bunun üzerine, Allah bu âyetle: "*Sıla-i rahim, sadaka ve zulmedenî af gibi, prensipleri emrettiği, öğrenilmiştir.*"⁸⁰

Sonuç olarak, üzerinde durduğumuz bu âyette, örf'ün şer'î/hukûkî delillerden biri olduğunu ve ona değer verilmesi gerektiğini gösteren açık bir delâlet yoktur.⁸¹ Ancak şunu belirtelim ki, bu âyetteki "el-Urf" kelimesi: "*Sözlük olarak, alışlagelen ve aklın güzel gördüğü şey*" anlamına geldiği için, örfün terim anlamını ve hukûkî (şer'î) değerini dolaylı olarak kuvvetlendirmektedir.

Örf'ün delil olduğunu vurgulayan bazı âyetler üzerinde duralım.

1-" *Annelerin yiyecek ve giyeceklerini örfe göre uygun olarak sağlamak çocuk kendisi için doğurulanın (babanın) borcudur. Hiçbir kimse gücünden fazlasıyla sorumlu tutulamaz.*"⁸² Âyetinde, "babanın" sorumlu tutulduğu

⁷⁵ Râğıb, *el-Müfredât*, s. 332; Krş. *Mu'cemu elfâzı'l-Kur'ânı'l-Kerîm* (Hey'et), Mısır, 1973, II, 34.

⁷⁶ Krş., Buhârî, *Tefsir*, (Sûre, 7), 5; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, Mısır, 1385/1966, II, 138; Kurtubî, *Tefsîr*, VII, 346.

⁷⁷ Er-Râzî, *Mefâtî'l-ğayb*, Tahran, ts., XV, 96; ve Kurtubî, *Age*, VII, 346, gibi kaynaklarda; "Urf/Örf" kelimesinin, Kelime-i Tevhid'le tefsiri, "Atâ b. Ebî Rabâh'a (115/733), nisbet edilir.

⁷⁸ İbnu'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, II, 823-825.

⁷⁹ A'râf, 7/199.

⁸⁰ et-Taberî, *Câmi'u'l-beyân*, IX, 155; Kurtubî *el-Câmiu li Ahkâmi'l-Kurân*, VII, 345; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, IV, 148; 158.

⁸¹ Ebû Sünnne, *el-Urf*, s. 25.

⁸² Bakara, 2/233.

"nafaka"nın miktarı, şer'î bir ölçüye göre belirlenmiş değildir.⁸³ Bu miktar anneye yetecek şekilde, babanın ekonomik haline ve yaşadığı beldenin "örf"üne uygun (bil-ma'rûf) olarak belirlenmesi gerekir.⁸⁴

2-Yukarıdaki âyetle bağlantısı olan: "Varlıklı olan kimse, nafakayı kendine yaraşır şekilde (varlığına göre) versin, rızkı ancak kendisine yetecek kadar verilmiş olan kimse, Allah'ın kendisine verdiğiinden versin"⁸⁵ âyetinde de nafaka ile sorumlu olan kocanın (babanın) durumu belirtiliyor. Burada nafakanın miktarı, âyet ve hadislerle belirlenmeyip, mükellefin mâlî gücüne ve yaşadığı yerin "örf-âdet"ine göre belirleniyor.⁸⁶

3-"Çocuklarınızı sütana tutup, emzirtmek isterseniz, ücretini Örf'e uygun olarak verdiğiniz takdirde, sizin için bir sorumluluk yoktur."⁸⁷ Âyetinde, süt anaya verilecek ücretin, örf-âdete uygun ve meşrû olmasının gerekli olduğu, belirtiliyor.⁸⁸

Şâri'in, ictihada bıraktığı bu tür hükümlerde, "örfü" referans göstermesi, o'nun/örfün naslardan sonra şer'î-hukûkî bir delil olduğunu ortaya koyar.

Sünnet:

Kurân ve Sünnet'ten sonra "örf'ü", şer'î bir delil veya kaynak olarak gösteren bazı hadisler vardır. Bunlardan bir kaçına temas edelim.

1- "Müslümanların güzel gördüğü şey, Allah katında da güzeldir."⁸⁹ Muhaddis Alâî (761/1359)⁹⁰ bu hadis hakkında şunu söylemiştir: Ben bu

⁸³ İbnu'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, IV, 1841; Kâsânî, *Bedâiyu's-sanâî*, IV, 23; Serahsî, *el-Mebcut*, V, 182.

⁸⁴ (Bu paragrafta, Nafakanın miktarı, şer'î bir ölçüye göre değil, babanın ekonomik durumuna ve yaşadığı beldenin "örf"üne uygun olarak belirlenmesi gerektiği vurgulanıyor.)

⁸⁵ Talak, 65/7.

⁸⁶ İbnu'l-Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, IV, 1842.

⁸⁷ Bakara, 2/233.

⁸⁸ Krş. Muhammed Reşid Rızâ, *Tefsîru'l-menâr*, ikinci baskı, Mısır, 1367, II, 412.

⁸⁹ Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, I, 379; Hâkim en-Neysâbüri, *el-Müstedrek*, Haydarâbâd, 1334, III, 78; Zeylaî, *Nsburrâye*, IV, 133, 134.

⁹⁰ Halil b. Keykeldî b. Abdillâh el-Âlâî (761/1359), Şâfiî olup, muhaddis, fakih ve usulcüdür. Kehhâle, Ömer Rızâ, *Mucemu'l-muallimîn*, Dımaşk 1657-1961, IV, 126.

hadîsi araştırmama rağmen, ne sahîh ne de zayıf bir senedle merfû olarak her hangi bir hadis kaynağında bulamadım. Ancak bunun, Abdullah b. Mes'ûd (R.a.)un bir sözü veya O'na mevkuf bir hadis olduğunu bulabildim⁹¹ der. Bu Hadis Ahmed b. Hanbel'in Müsned'inde de tahrir edilmiştir.⁹² Abdullah b. Yusuf ez-Zeyle'î (762/1360) de: "Bu hadisin merfû oluşu gariptir. Yalnız, İbn Mes'ûd'a âit mevkûf bir hadis olup, farklı yollarla rivâyet edilmiştir." Der. Ancak, mevkûf bir "Eser", rey ve ictihatla söylenemeyecek şerî bir konu içeriyorsa –bu hadiste olduğu gibi- ihtivâ ettiği konunun aksini gösteren bir delil olmadıkça, Mevkuf da olsa, bu delil kabul edilir.⁹³

Şâfîî usûl bilginlerinden Seyfuddîn el-Âmidî (631/1234) de, bu hadisin icmâ ile ilgili olduğu kanâatındadır.⁹⁴ İmam Şâtübî (790/1300) de aynı görüştedir.⁹⁵

Buna mukabil, bu hadisin örf için delil olabileceği kanâatinde olanlardan, Serahsî (483/1090) ile Kâsânî'nin (587/1191) görüşlerine de temas edelim. O'na göre; "Zanâatkâra siparişe (istisnâ') iş yaptırmak, kıyasa göre câiz değildir; çünkü bu henüz (mâdûm) yani ortada olmayan bir şeyin satışı demektir. Bu ise, yasaklanmıştır."⁹⁶ Ancak, Hz. Peygamber devrinden beri bu tür akitlerle ilgili devam eden gelen bir teâmül (örf) vardır. Buna dayanarak kıyası (hükümünü) bırakıyor, istisnâ' ve benzeri akitleri tecviz ediyoruz. Binâenaleyh, bu gibi akitlerin mesnedi durumunda olan teâmül (örf), İslâm hukukunun –naslardan sonra- en önemli kaynaklardan biridir. Bu durumu Rasûllah'ın: "Müslümanların güzel gördüğü şey, Allah katında da güzeldir"⁹⁷ hadisi ortaya koyar.⁹⁸ Âlâüddin Kâsânî de (587/1191), Serahsî gibi, "istisnâ" ve benzeri akitlerin, teâmül ve örf'e hukûkî nitelik kazandırdığı

⁹¹ Süyûtî, *el-Eşbâh ve nezâir*, Mısır, 1378/1959, s. 89; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve nezâir*, s. 46.; İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II,115. Mehmet Şener, *Örf*, s. 126.

⁹² Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, I, 379; Krş. İbn Nüceym, *Age.*, s. 46; İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 115.

⁹³ Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhu'l-âmm*, I, 146, dn. 1.

⁹⁴ Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 139.

⁹⁵ Şâtübî, *el-İ'tisam*, Mısır ts., II, 117.

⁹⁶ Bkz., *Ebü Dâvud, Büyû*, 70; *Tirmizî, Büyû*, 19, *Ahmed b. Hanbel*, III, 402.

⁹⁷ Ahmed b. Hanbel, I, 379.

⁹⁸ Serahsî, *Mebcut*, XII, 138.

görüşünde olup, bu görüşünü hemen yukarıda geçen hadisle desteklemektedir.⁹⁹

2- İslâm'dan önce Arapların benimseyip de yapa geldikleri, hatta kendilerini uymaya mecbur ettikleri mâlî muâmeleler, âile hayatı (âile hukuku) ve cezâlarla ilgili birtakım örf ve âdetleri vardı. Bunların çoğu kendilerine göre, uyulması gereken kanun hükmünde idi. Onların bu âdetleri içinde akl-ı selîme uygun, insanların yararlarını koruyan olduğu gibi, olmayan da vardı.

Yirmi üç senelik bir dönemde İslâm, bu âdetlerden, naslara ve ruhuna tamamen aykırı olanlarını aşama aşama, kaldırmış; bazılarını ıslah ederek kabul etmiş ve bazılarını da aynen/olduğu gibi kabul etmiştir.¹⁰⁰ Bu cümleden olarak, kulların yararlarını kollama ve karşılaşacakları güçlükleri giderme amacı ile İslâm, gelenek halinde devam eden Selem,¹⁰¹Mudârabe,¹⁰²şirket (ortaklık)¹⁰³ kasâme¹⁰⁴ ve arâyâ¹⁰⁵ gibi âdetleri benimseyip, olduğu gibi kabul etmiştir.¹⁰⁶

Güçlüğü kaldırma¹⁰⁷ gâyesiyle, özellikle "selem" ve "arâyâ" akitlerini kabul etmesi, örf ve âdet'in İslâm hukuku nazarında değerli oluşunun en açık delilidir.¹⁰⁸

⁹⁹ Kâsânî, *Bedâyi'*, V, 3.

¹⁰⁰ Krş., Ahmed Emin, *Fecru'l-İslâm*, s. 226, 227, Karaman, Hayreddin, *İslâm Hukuk Târîhi*, s. 29, 30. Bkz., Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*. S. 86.

¹⁰¹ Selem: Peşin para ile veresiye mal almak. (Mecelle; Madde, 123).

¹⁰² Mudârabe: Emek sermâye ortaklığı. Bir taraftan sermaye, diğer taraftan da emek olmak üzere akdedilen bir tür ortaklıktır. Prof. Dr. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*.

¹⁰³ Şirket; Ortaklık.

¹⁰⁴ Kasâme: Kâtîli bilinmeyen ve üzerinde katl eseri bulunan bir maktûlün bulunduğu yer halkından seçilen elli kimsenin, onu öldürmediklerine, öldüreni bilmediklerine dair yemin etmeleridir. Mehmet Erdoğan, *Age.*,232.

¹⁰⁵ Arâyâ: Bir kimsenin yoksul birisine hurma ağacını bir yıl süre ile vermesi ve böylece onun ağacın hurmalarından istifâde etmesini sağlaması. Mehmet Erdoğan, *Age.*, 18.

¹⁰⁶ Ebû Sünne, *el-'Urf*, s. 70, 71; Mehmet Şener, *Örf*, 129.

¹⁰⁷ Bkz., Mâide, 5/6; Hacc, 22/78.

¹⁰⁸ Ebû Sünne, *Age.*, s. 71; Mehmet Şener, *Örf*, 130.

3-Hz. Muâviye'nin annesi Hind, kocası Ebû Süfyan'ın cimri oluşunu ve çoluk-çocuğunun nafakası ile ilgilenmeyişi, Rasûlüllah'a (s.a.v.) şikâyet edercesine şöyle der: "Yâ Rasûlellah! Kocam Ebû Süfyan çok cimri biridir. Acaba O'nun malından kendim ve çocuklarım için -haberi olmadan- yetecek miktarda alsam bunun bir günahı var mı? Üstelik buna ihtiyacımız da var." Sorusuna karşı Hz. Peygamber (s.a.v.): "*Hayır (yok), 'örfe göre' sana ve çocuklarına yetecek miktarı alabilirsin, al.*" Başka bir rivâyette, "*Örfe uygun*" miktarı onlara yedirmen, sana bir günah yüklemes."109 Dedi. Nafaka ile ilgili âyette110 nafakanın miktarı belirtilmeyip, "*örf'e*" havâle edildiği gibi, Rasûllah'da (s.a.v.) burada, onu (nafakanın miktarını) Hind'in bulunduğu yörenin "*örfüne*" havale etmiş ve "*belli bir miktar* tespit etmemiştir.111 Bu hadiste geçen "*el-Ma'rûf*" kelimesinden maksat; halkın benimseyip, kabul ettiği "*örf-âdetler*"dir. Buna göre, Hz. Peygamber'in ilgili hadisi, uyulması gereken "*temel bir prensip*" olduğuna açıkça delâlet eder.112 Nevevî de (676/1277); "*Bu hadisin, dinen açık bir hüküm bulunmayan konularda, örfe başvurulabileceğini; başka bir deyişle 'örf'ün, İslâm hukûkuna göre, ikinci derecede bir delil olduğunu,*"113 ifade etmiştir.

Hz. Peygamber (s.a.v.), bir âilenin yiyim ve giyim'in yani "*nafakasının*"114 miktarının belirlenmesinde, âilenin yerleştiği "*beldenin örfüne göre*", hareket edilmesinin gerekli olduğuna, *Vedâ Haccı hutbesinde* işâret etmiştir.115

Sonuç olarak, naklettiğimiz bu hadisler, naslarla hükmü belirtilmeyen konularda örf'ün bir delil ve hakem olduğunu ortaya koymaktadır.116

109 Buhârî, Büyû', 95, Nafakât, 9, 14.

110 Bakara, 2/233.

111 Bedreddin el-Aynî, *Umdetu'l-kârî fi şerhi Sahîhi'l-Buhârî*, Âsitâne, 1979, VI, 195; krş., İbn Kudâme, *el-Muğnî*, III, 195, Örf, s. 130..

112 Bedreddin el-Aynî, *Age.*, V, 564.

113 Nevevî, "*Sahîhu Müslim bi Şerhi'n-Nevevî*", Mısır 1349, XII, 8; Krş. İbn Hacer, "*Fethu'l-Bârî*", Mısır, h. 1319-29, IX, 446.

114 Nafaka: Beslenme, giyim kuşam ve barınma ihtiyaçları ile (sağlık giderleri gibi) bunlara tâbi olan şeylerdir.

115 Müslim, *Hacc*, 147; Ebû Dâvud, *Menâsik*, 57; Müsned, V, 73.

116 Buhârî, Şurût, 19.

B) Fukahânın Örf'ü Delil Kabul Etmesi (Örf'e İtibârı):

İslâm hukukçuları, hukukun birçok konularıyla doğrudan ilgisi olan örf-âdet'i, içtihatlarında naslardan sonra bir "asil" kabul etmiş¹¹⁷ ve onu içtihat şartlarından saymışlardır.¹¹⁸

Şâfîiler'den Kâdî Hüseyin el-Mervezî (462/1070), örf ve âdetin hukûkî yönünü açıkça ortaya koyan: "*el-Âdetü muhakkemetün*" yani; "*hakkında nass bulunmayan konularda, şer'in hükmü isbât için, örf-âdet hakem kılınır.*" kuralını, İslâm hukukunun temel kurallarından biri¹¹⁹ olarak kabul etmiş ve bunun: "*Müslümanların güzel gördüğü şey, Allah katında da güzeldir.*"¹²⁰ Hadisine dayandığını söylemiştir.¹²¹

Usulcüler, bir lafzın veya bir kelimenin, "sözlük" anlamında kullanılmasına engel olan sebepler arasında "*örf-i istîmâl*" i yani "örfteki kullanım şekli"ni de sayarlar. Bunu da; "Bir kelimenin sözlük anlamı, örf'te aldığı anlam sebebiyle terk edilir. (الحقيقة تترك بدلالة عرف الاستعمال)"¹²² diyerek bunu bir kâide şeklinde ifade etmişlerdir. Buna göre, bir kelimenin sözlük anlamı dışında, başka bir anlamda kullanılması "âdet haline" gelmişse yani "kavli örf" olarak yerleşmişse, bu sebepten o kelimenin "sözlük anlamı" terk edilir. Örfde kullanılan anlam, sözlük anlamın yerine geçer. Söz gelimi, "*Salât*" kelimesi (lafzı), sözlükte; "duâ" anlamındadır. Ama bu kelime, belli bir ibâdetin (namazın) adı olarak kullanılması (istîmâli) şerî örf olarak yerleştiğinden, "*Salât*" dendiği zaman, hemen "*Namaz*" akla gelir. Böylece örf sebebiyle "*düâ*" anlamı terk edilmiş olur.

İslâm hukuk bilginlerine göre, *örf-âdet, nassın bulunmadığı yerlerde kendisiyle amel edilmesi vâcib olan bir hüccettir/delildir.*¹²³ Yani örf-âdet,

¹¹⁷ Serahsî, *Mebcut*, VIII, 178; XII, 138; Ali Haydar, *Düreru'l-hukkâm*, I, 96; Zeydân, *el-Vecîz*, s. 318.

¹¹⁸ Serahsî, *Age.*, XVI, 62.

¹¹⁹ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Mısır, 1378/1959,

¹²⁰ Ahmed b. Hanbel, I, 379; Zeyle'î, *Nasburrâye*, IV, 133.

¹²¹ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 7, 89.

¹²² Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Beyrut-Lübnan, 1393/1973, I, 190; Abdulazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, Beyrut, 1414/1994, II, 95.

¹²³ Serahsî, *el-Mebcut*, XIII, 81; Güzelhisârî, *Menâfu'd-dekâik*, s. 308; *Mecelle*, mad., 37

naslara zıt olmamak şartıyla onunla amel edilir.¹²⁴ Nitekim Rasûlullah (s.a.v.) bizzat hükmünü belirtmediği ayrıntılarla ilgili problemler, halkın âdetine bakarak çözüme kavuşturulurdu.¹²⁵ Serahsî, akit gerektirmediği halde, herhangi bir "şart", âdet olarak yerleşmişse bunun geçerli olabileceğini, kabul eder ve "örf ile sâbit olan, şer'i delille sâbit olmuştur."¹²⁶ Prensibiyle, örfün -nasdan sonra bir- delil olduğuna işaret eder.¹²⁷

Menkul malların vakfının câiz olduğunu, bunun Sahâbe zamanından beri yapıla geldiğini, hattâ örf olarak yerleştiğini¹²⁸ belirten Serahsî: "Eğer örf, nas ile hükümsüz bırakılmamışsa, onunla amel etmek câizdir."¹²⁹ Der.

İbnu'l-Hümâm (861/1456)' da, hamamda geçen zaman ile, harcanan su miktarı konusunda "örfe göre" hareket edileceğini belirttikten sonra, "Hükmü nasla belirtilmeyen konularda ÖRE, İCMA' konumundadır,"¹³⁰ diyerek "örfün hukûkî delil olduğunu", açık bir ifade ile belirtmiş oluyor.

Bu konuyu bitirmeden önce, örf'ün ikinci derecede bir delil oluşunu; icmâ'nın huccet oluş sebebiyle izah ederler: İcmâ'nın hüccet oluşu; nasıl icmâ ehlinin, başka bir ifade ile müçtehitlerin hatâdan ma'sun oluşuna bağlı ise; örfün delil oluşu da, ehl-i örfün hatâdan uzak oluşuna bağlıdır.¹³¹ O halde örf'ün, icmâ konumuna yaklaşması bundan ileri gelmektedir.

Sonuç olarak, hükmü belirtilmeyip ihtihada bırakılan problemlerin hukukî çözümleri, nasların rûhu olan genel kural ve içtihat prensipleri ışığında, çözüme kavuşturulacağı¹³² bilinen bir gerçektir. İslâm, hukukun değişmeyen temel prensiplerini koymuş, bunların yanında değişme özelliği

¹²⁴ Güzelhisârî, *Age.*, s. 14.

¹²⁵ Merğînânî, *el-Hidâye ve Şerhi Fethu'l-kadîr*, Mısır, 1389/1970, VII, 15.

¹²⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 14.

¹²⁷ Mehmet Şener, *Örf*, s.134.

¹²⁸ Serahsî, *Şerhu Siyerilkebîr*, Kâhire 1971-72, V. 2083.

¹²⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 45.

¹³⁰ İbnu'l-Hümân, *Fethu'l-kadîr*, VII, 15.

¹³¹ Güzelhisârî, *Age.*, s. 14.

¹³² Krş. Şâfiî, *er-Risâle*, s. 477; Şâtibî, *el-Muvafakât*, IV, 58; İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 125.

olan problemlerin de çözümünü, örf-âdet ve benzeri tâlî metotlarla ictihad uzmanlarına bırakmıştır.¹³³

IX-Örf ve Âdete Hukûkî Değer Kazandıran Şartlar:

Bu başlık altında daha çok âdet'le ilgili şartlar ele alınacaktır.

İslâm hukukçuları, âdeti doğrudan kabul etmemiş, o'nu bazı kayıt ve şartlara bağlı olarak kabul etmişlerdir. Çünkü örfün bir yönüyle müradifi olan "âdet", 'iyi' de olabilir; 'kötü' de olabilir. Bu açıdan 'kötü âdet'in, İslâm'da yeri olmağından, âdetin hukûkî bir delil kabul edilmesi de elbette bazı şartlara bağlı olması gerekir. Bu şartlar üzerinde kısaca duralım:

1- Âdet'in Nass'a Aykırı Olmaması:¹³⁴

Âdetin sahîh olması ve naslara zıt olmaması gerekir. Eğer herhangi bir 'âdet', nassa aykırı ise buna itibar edilmez. Fâiz alıp-vermek, içki içmek, kumar oynamak, türbelere mum yakmak vb. gibi naslara yani âyet ve hadislere aykırı olan kötü âdetlerin hiçbir değeri yoktur.¹³⁵

2- Örfün Devamlı (Muttarîd) ve Galip (Uygulanmış) Olması:¹³⁶

a) *Muttarîd*¹³⁷ olması: Örfün devamlı olarak uzun zamandan beri *tekrar edile gelmesi, istikrar kazanması ve yaygın hale gelmiş olması*, demektir.

b) *Gâlip olması ise; çoğu zaman uygulanmış olması, demektir.* Eğer, âdet devamlı veya çoğu zaman tekrar edilmezse, yani zaman zaman, arasıra tekrarlanıyorsa, bu tür âdete itibar edilmez.¹³⁸ "*Gâlip olması*" şartına; "*örfün, genel (küllî) olması*" şartı da eklenmektedir.¹³⁹

¹³³ Mirâs, Kâmil, *İslâm Türk Ansiklopedisi (Muhîtu'l-ma'arif)*, İstanbul 1360/1941, I, 72, *âdât mad.*, ; krş. Ali Haydar, *Düreru'l-hukkâm*, I, 134.

¹³⁴ İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 116; Ebû Sünne, *el-Urf*, s. 61.

¹³⁵ İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 116; Ebû Sünne, *el-Urf*, s. 61.

¹³⁶ İbn Nuceym, *el-Eşbâh*, s. 47; Ebû Sünne, *el-Urf*, s. 56.

¹³⁷ Muttarîd: Düzenli bir şekilde; hiç değişmeden birbiri ardınca olan, tek düze sürüp giden, monoton. İlhan Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, II, 2164.

¹³⁸ Ebû Sünne, *Age.*, s. 56; Zeydân, *Age.* s. 219.; Mecelle, mad. 42.

¹³⁹ İbn Nuceym, *Age.*, s. 51.

Genel örf'ün geçerli oluşu yani delil kabul edilmesi, hukukçular arasında tartışma konusu değildir; ancak özel örfün delil olması, tartışmalıdır, ihtilafıdır.¹⁴⁰

3- Örfün, tasarruf¹⁴¹ anında var olması; ondan sonra meydana gelmemesi yani uygulanıyor olması:

Uygulamadan sonra meydana gelmemesi, örf eğer tasarruftan sonra meydana gelecek olursa buna itibar edilmez.

4- Örf'ün aksini ifade eden bir söz veya anlaşmanın bulunmaması:

a) Piyasada âlim satım muamelelerinde âdet, "ücretin taksitle ödenmesi olduğu halde," taraflar ücretin peşin ödenmesi konusunda anlaşmışlarsa,

b) Nakliye masraflarının örf'e göre müşteriye âid olmasına rağmen, taraflar bu masrafların satıcıya âid olması hususunda anlaşmışlarsa,

c) Örf'e göre, gayr-i menkulün "tabudaki tescil masrafları" müşteriye âid olduğu halde, "taraflar bu masrafların satıcıya ait olması konusunda anlaşmışlarsa", artık örf'e göre hüküm verilmez. Bu gibi durumlarda kural şudur: "Alım-satım esnâsında, masrafların kime âit olduğu, açıkça belirtilmese bile, örf'e göre "sâbit olan anlaşma", örf'ün aksine bir hüküm bulununca, sabit olmaz."

X- Örf'ün Değişmesiyle, Örf'e Bağlı Hükümlerin de Değişmesi:

Örf'le ilgili konulardan biri de, mesnedi örf olan hükümlerin, zamanla değişmesidir.

Örf'e dayanarak yapılan ictihâdî bir hükmün değişmesinde; "zaman", "yer" ve "şart" gibi faktörlerin büyük payı vardır. Nitekim bu yüzden birçok hükümler, zamanla hikmet ve maslahata göre yeniden düzenlenmiştir/düzenlenmelidir. Daha sonraki dönemlerde yaşayan fakihler, yukarıdaki faktörleri dikkate alarak hareket etmişler, hüküm

¹⁴⁰ Krş., Ali Haydar, *Age.*, I, 95. "Özel örfün, delil olup-olmayacağı" konusunda, Bkz. Mehmet Şener, *Örf*, s.134...

¹⁴¹ Bir şeyi istediği gibi kullanma yetkisi.

istinbat ederken, adaletin ikamesi, maslahatın temini... gibi hedefleri; gibi şer'î maksatlar olmuştur.¹⁴²

İbn Âbidîn bu konuya parmak basarak, "örf"e ve "maslahata" bağlı birçok hükümler vardır ki, bunlar zamanla örfün değişmesi, birtakım zaruretlerin doğması ve genel ahlâkın bozulması gibi, bazı faktörler sebebiyle değişebilir. Eğer daha önce verilen bazı hükümler, olduğu gibi kalacak olsaydı, insanlara zorluk verileceği gibi, İslâm'ın teşrî prensiplerinden olan; yükün hafifletilmesi (tahfîf),¹⁴³ kolaylaştırma,¹⁴⁴ zarar ve fesad:¹⁴⁵ yok etme gibi küllî kâidelere aykırı hareket edilmiş olurdu. Bu bakımdan sonraki fıkıh bilginleri birçok konularda, önceki fakihlerin hüküm ve görüşlerine muhalefet ederek, kendi zamanlarının hal ve örf'üne göre hüküm vermişlerdir. Eğer önceki fıkıh bilginleri, daha sonra yaşamış olsaydı, onlar da bunlar gibi hüküm verilerdi." Demıştır.¹⁴⁶ Şu fıkıh kuralı, üzerinde durulan konuyu daha güzel dile getirir: "*Ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr edilemez.*"¹⁴⁷

Daha önce de belirtildiği gibi, ictihâdî hükümlerin değişmesine etki eden faktörler: "

- a) *Örfün değişmesi,*
- b) *Zarûretlerin doğması ve*
- c) *Genel ahlâkın veya zamanın bozulmasıdır.*"¹⁴⁸

Bu faktörler sebeble değiştirilmesi hedeflenen ictihâdî hükümlerde temel amaç; "insanların yararının ön planda tutulmasıdır. Nitekim fıkıh bilginleri içtihatlarında, bunu hedeflemişler, hüküm ve fetvalarını ona göre vermişlerdir."¹⁴⁹

¹⁴² Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhi'l-âm*, II, 919-920.

¹⁴³ Nisâ, 47/28

¹⁴⁴ Bakara, 2/185.

¹⁴⁵ Bakara, 2/205; Mâide, 5/33, 64, Kasas, 28/77.

¹⁴⁶ İbn Âbidîn, *Neşru'l-'arf*, II, 125.

¹⁴⁷ el-Hâdimî, s. 46 ve *Şerhi Menâfi*, s. 328; *Mecelle*, Mad. 39; Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhi'l-âm*, II, 920.

¹⁴⁸ İbn Âbidîn, *Neşru'l-'arf*, II, 125; Zerkâ, *Age*, II, 922.

¹⁴⁹ Mehmet Şener, *Örf*, s. 146.

Aşağıda verdiğimiz bir kaç örnek bunu açıkça ortaya koyar:

1-Hz. Peygamber (s.a.v.) kadınların koku sürünmeden, açılıp-saçılmadan, kendilerine yaraşır bir şekilde mescide gitmelerine izin vermiştir.¹⁵⁰ Daha sora, Hz. Âişe (R. anhâ) ve Abdullah b. Ömer'in oğlu Vâkıd (diğer adı Bilâl) zamanla kadınların, tesettüre riâyetsizlik gibi, fitne doğurabilecek bazı şeyler ihdâs ettiklerini görünce, onların mescide gitmelerini hoş görmemişler ve buna engel olmuşlardır. Hattâ Hz. Âişe: "Eğer Rasûlüllâh (s.a.v.), kadınların bu hallerini görseydi -İsrâil oğulları'nın-kadınlarının (mescide) gitmelerine engel oldukları gibi- onların mescide gitmelerine engel olurdu."¹⁵¹ Demıştır. Bu olayda, Hz. Âişe ve İbni Ömer'in oğlu Vâkıd, "Mescide gitmelerine izin veren hadisi" kabul etmekle beraber, hükme etki eden illete/gerekçeye bakarak, İslâm'ın esas amacı olan "maslahatı, yani fitne ve fesâdı önlemek" gâyesiyle, onların mescide gitmelerine engel olmuşlar ve bu yönde fetvâ vermişlerdir.¹⁵²

2-Yitik develerle ilgili bir soru üzerine, Hz. Peygamber: "Onların kendi hallerine çobansız otlaya bileceklerini" belirttikten sonra, "Sâhiplerini buluncaya kadar, onlara dokunulmamasını"¹⁵³ emretmiştir. Rasûllâhın bu tavsiyesi (veya emri), Hz. Osman zamanına kadar devam eder, ondan sonra, bir başka şekilde uygulanmaya başlar. Bu uygulamaya götüren sebep de, "Zamanın değişmesi, emânete riâyetin azalması ve ahlâkın bozulmaya yüz tutmasıdır." Bu durumu izleyen Halife Hz. Osman, bu tür yitiklerin toplanıp ilan edilerek, sahiplerine ulaştırılmasını, bu mümkün olmadığı takdirde, bunların satılarak parasının, sahibi bulununca kendisine verilmesini, emretmiştir.¹⁵⁴ Serahsî bu uygulamayı şöyle yorumlar: "Develerin bu şekilde kendi hallerine bırakılmaları -Hz. Ömer'in son zamanlarına kadar uzayan-¹⁵⁵ ilk dönemlerde idi. Çünkü bu zamanlarda, kötülük yapmak ve hırsızlık yoktu. Daha sonraki zamanlarda ise, emânete hıyanet, ahlâksızlık, hırsızlık ve buna benzer kötülükler ortaya çıkınca -

¹⁵⁰ Buhârî, *Cum'a*, 13; Müslim, *Salât*, 134-139; Ebû Dâvud, *Salât*, 53.

¹⁵¹ Müslim, *Salât*, 144; Ebû Dâvud, *Salât*, 54.

¹⁵² Prof. Dr. Muhammed Yusuf Mûsa, *Târîhu'l-fıkhu'l-İslâmî*, s. 111, 112 (Özetle).

¹⁵³ Buhârî, *İlim*, 28; *Lükata*, 2; Müslim, *Lükata*, 1.

¹⁵⁴ Muvatta' Kâhire, 1307/1951, 'Akdiyye, 51 (II,759), Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhi'l-âm*, II, 929.

¹⁵⁵ Muvatta', *Akdiyye*, 51 (II,759).

diğer yitik mallarda olduğu gibi- bunları da (yitik develeri) alıp, sahiplerine teslim etmek gerekir. Böyle bir yol izlemek hem hukuka hem de Şâri'in maksadına ve maslahata daha uygundur."¹⁵⁶

Sonuç olarak, bir olayın zaman icâbı, birden fazla hükmü olabilir. O zaman vukû bulan hâdise ile ilgili her hüküm, ancak kendi zamanı içinde uygulanabilir. Nesih böyle olmayıp, bir hükmün tamamen ortadan kalması demektir. Binâenaleyh zamanla, zaruret ve maslahat gereği, bir hükmün belli bir zaman içinde yürürlükten kaldırılması, nesh değil, aksine şer'in ruhuna uygun bir davranıştır.¹⁵⁷

XI- Fetvâ ve Kazâ (Kadâ)'da Örfün Yeri:

Şer'î hükümleri tebliğ yönünden, fetvâ ile kazâ aynı derecededir. Ancak fetvâ, hükümleri **haber yoluyla**; kaza ise **ilzâm yoluyla** bildirir.¹⁵⁸ Yani müsteftî (fetvâ soran), müftünün verdiği fetvânın gereğini yapıp-yapmamada serbesttir. Çünkü müftü Rasûlüllah'ın yalnız tebliğe me'mûr olduğu gibi¹⁵⁹ sadece hükmü bildirir, bildirmekle görevlidir. Zorla yaptırma gücüne sahip değildir. Ama hâkimin hükmü karşısında ise, hükmün gereğini yapıp-yapmama gibi bir muhayyerlik yoktur. Onun verdiği hüküm ilzâm edicidir, yani bağlayıcıdır. Binaenaleyh onu yerine getirmek mec-bûriyeti vardır.¹⁶⁰

İslâm hukukunun icrâ organları durumunda olan, "fetvâ" ve "kaza" müesseseleri, diğer müesseselere göre oldukça önemi hâizdir. Bu bakımdan, bu müesseseleri yürütecek olan müftü ve hâkimin müctehid olmaları, birinci planda olmakla beraber,¹⁶¹ gerek örf'ün hukukî yönünü, gerekse halkın

¹⁵⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 10, 11: Krş. İbnu'l-hümâm, *Fethu'l-kadir*, Mısır 1386/1970, VI, 125.

¹⁵⁷ Ebû Sünne, *el-Urf*, s. 89; Mehmet Şener, *Örf*, 151.

¹⁵⁸ Ebû Sünne, *a.g.e.*, s. 108; krş. İbnu'l-Kayyim, *İ'lAm*, 1, los; IV, 174; Serahsi, *Mebsut*, XVI, 62, 86, 106.

¹⁵⁹ Bkz. Ah, 'İmrân (3), 20; MAide (4), 92, 99; Ra'd (13), 40; Nahl (16), 35, 82.

¹⁶⁰ Krş. Bilmen, Ömer Nasûhi, *Hukûk-u İslâmiyye*, 1, 253.

¹⁶¹ Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 62; İbnü'l- Hümmâm, *Fethu'l-kadir*, VII, 256; krş. el-Mâverdi, Ali b. Muhammed, *el-Ahkâmü's-sultüniyye ve'l-velâyâtü'd-dînîyye*, Mısır , ts., s. 74.

hâlen yaşamakta olduğu örf-âdetleri iyi bilmesi gerekir.¹⁶² Hatta öyle ki, bu (örf-âdet'i bilmek), müftü ile hâkim için gerekli olan ictihad şartları arasında bile yer almıştır.¹⁶³

İbnü'l-Hümâm (891/1486), müftünün halkı her yönüyle çok iyi tanınması gerektiğine işâret ederek, müftü yeni problemlere doğru cevap (fetvâ) verebilmesi için, ictihad melekesine sahip olması ve halkın durumunu (ahvâlü'n-nas) yani, yaşayışını, karşılaştıkları zorlukları, örf-âdetlerini ve psikolojik durumlarını iyi bilmesi gerekir,¹⁶⁴ der.

Müftinin yeni problemlere, Şâri'in maksadına uygun cevaplar verebilmesi için, birtakım usûl ve kâideleri de bilmesi gerekir. Buna işâretle denir ki; birisi fıkıh kitaplarındaki bütün problemleri öğrense, ezberlese, onun fetvâ verebilmesi için fevtâ usullerini iyi bilen uzman bir müftünün yanında bulunması ve staj görmesi gerekir. Çünkü sorulan problemlerin bir çoğu zamanla değişen örf'ün ışığı altında cevaplandırılır.¹⁶⁵ Müftü, fetvâ verirken selefin verdiği hükümlere (fetvâlara) muhalif fetvâ vermemesi gerekir. Ancak, beldesinin örf'üne uygun fetvâ vermesi gerekir. Onun bu şekilde hareket etmesi, esasında önceki fakihlerin görüşleri dışına çıkması demek değildir. Yalnız o, maslahat icabı kendi örf'üne uygun fetvâ vermiş oluyor.¹⁶⁶

Müftü için öne sürülen bu şartlar, aynen hâkim için de geçerlidir.¹⁶⁷ Bu cümleden olarak; hâkim de müftü gibi, halkın durumunu yani gerek ferdi, gerek sosyal yaşayışını, örf-âdetini iyi bilmesi gerekir. Böylece o, doğru söyleyenle, yalancıyı; haklı ile haksızı ayırt edip, isabetli hüküm verme imkânına sahip olur.¹⁶⁸

¹⁶² İbnü'l-Kayyim, *a.g.e.*, IV, 205; İbn Abidin, 'Ukûdü resmi'l-müftî (Resâil), 1, 45, 46; krş. ay. Müellif, *Neşru'l-arf*, II, 129, 130; Serahsî, *a.g.e.*, XVI, 62.

¹⁶³ Serahsî, *Mebûsât*, XVI, 62; el-Hatlibü'l-BağdAdî, *el-Fakih ve'l-Mütefakkih*, s. 303. Merğînânî ve İbnü'l-Hümâm, *el-Hidâye ve Şerh'l Fethu'l-Kadir*, VII, 259, 260; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, VI, 289; İbn Abidin, *Neşru'l-arf*, II, 125; Zeydan, *el-Vecîz*, s. 218.

¹⁶⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, II, 334.

¹⁶⁵ İbn Abidin, 'Ukûdü resmi'l-müftî, 1, 46; ay, müel. *Neşru'l-arf*, II, 129.

¹⁶⁶ İbn Abidin, 'Ukûdü resmi'l-müftî, 1, 45.

¹⁶⁷ Bkz. Ebû Sünne, *el-'Urf*, s. 110.

¹⁶⁸ İbn Abidin, *Neşru'l-arf*, II, 129.

Gerek müftü, gerek hâkim, örf'ün hukûkî (şer'î) yönünü dikkate almaz ve halkın içinde bulunduğu vâkıf olmaz ise; o, halkı yanlış yola sürüklediği gibi, dinî esaslara aykırı birçok hüküm ve fetvâlar da verebilir.¹⁶⁹ Hattâ o, birtakım hakların çiğnenmesine de sebep olabileceğinden; zararı, faydasından daha çok olabilir.¹⁷⁰

İbnü'l-Kayyim (751/1350), izahına çalıştığımız konu ile ilgili olarak Mâlikîlerin görüşünü örneklerle izah ettikten sonra, sözüne devamla O, örf'e bağlı hükümlere itibâr edileceğini, başka bir ifade ile, örf'ün hukuken muteber olduğunu; hattâ fukahânın bunda ittifak ettiğini kaydeder. O, müftü ile fetvâ isteyen uyması gereken kurallara (âdâbu'l-müftî ve'l-müsteftî) işaret eden kısa ve özlü ifâdelere yer verdikten sonra, konuyu şu cümlelerle bitirir: "Müftünün, fetvâ isteyen hâline, özellikle örf'üne bakarak ona uygun fetvâ vermesi, fıkhn (şer'in) özüdür. Bir kimse, insanların yaşamakta Olduğu beldelerinin, benimsedikleri âdetlerin, iklim ve zamanın, sosyal, ahlâkî ve psikolojik durumların bunca değişikliği karşısında bunları göz önünde bulundurmadan, kitaplarda nakledile gelen soyut görüşlerle fetvâ verecek olursa, o kişi, Şâri'in maksadından uzaklaştığı gibi, başkalarını da uzaklaştırmış olur. O'nun bu cinayeti, câhil bir doktorun cinayetinden daha tehlikelidir."¹⁷¹ *Tarih: 11.07.2010, Temmuz.*

III- GÖRENEĞİN TANIMI:

A) Sözlük olarak görenek:

Görenek; İnsanların bir birinden görerek yaptıkları şey, âdet, usûl, îtiyat ve örf¹⁷² demektir.

Bir toplumda halkın; yasaların ve yönetici kurumların etkisi altında kalmadan toplumsal, ekonomik, kültürel ve güncel sorunlarını, dinî ve geleneksel anlayışlarına aykırı düşmeyecek bir biçimde çözümlenmek amacıyla oluşturduğu ve kesinlikle uyma zorunluluğu bulunan kurallardan her biri.

¹⁶⁹ İbnü'l-Kayyim, *İ'lâm*, IV, 229.

¹⁷⁰ İbn Abidin, *'Ukûdu resmi'l-müftî*, 1, 47; aynı müel. *Neşru'l-'arf*, II, 131.

¹⁷¹ İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmu'l-mukakkîn*, III, 88, 89.

¹⁷² Millî Eğitim Bakanlığı, *Örnekleriyle Türkçe Sözlük*. II. 1031. Ankara 1995.

Bir başka ifade ile "görenek", toplum içinde alışkanlık haline getirilen ve uyulan davranış biçimleridir. Meselâ, çıplak gezmek ve mutlaka giyinmek zorunluluğu bir geleneğe dayanır; fakat giyim tarzı görenekler tarafından belirlenir.¹⁷³

B) Göreneğin Yaptırım gücü:

Göreneğin örfe, âdete, geleneğe bakarak yaptırım gücü daha zayıftır. Örfteki yapıma zorunluluğu, âdet ve gelenekteki yapılmalı özelliği görenekteki yapılabilmek özelliğini alır. En yalın tanımıyla bir şeyi görüle geldiği gibi yapma alışkanlığı olan görenek, öteki sosyal alışkanlık gibi gerekli ve uygun görülürleri kapsar. Ama bunların mutlaka yerine getirilmesini istemez. Öteden beri yapıla gelmekte olan, fakat henüz âdet durumunu kazanmamış olan bu davranış biçimlerine grubun, toplumun gelişmesine uygun yenilikler eklenir. Bunlar süreklilik kazandığı gibi, bir süre sonra ortadan kalkabilirler.

C-Göreneklerin Fonksiyonları:

- 1-Günlük yaşantımızın gerekli gördüğü ilişkilerin düzenlenmesinde,
- 2-Bireyler arasındaki sürtüşmeleri azaltmada,
- 3-Toplumsal ilişkilerin kolaylaşmasında, -belirleyici rol oynarlar.

Misâl olarak:

- 1-Komşu ve
- 2-Hasta ziyaretlerinde,
- 3-Alış-verişlerde,
- 4-Ortak taşıtlara inip binmede,
- 5-Kişilerle ilk defa ki tanışmalarda nasıl davranılacağını belirleyerek ilişkilerin düzenli olmasında yardımcı olurlar.

¹⁷³ Sezgin Kızılcelik-Yaşar Erjem, *Açıklamalı Sosyoloji Terimler Sözlüğü*, Konya 1992. Sayfa, 426.

Görenek, görgülere¹⁷⁴ dayanılarak alışlagelen sosyal davranış tipi ve biçimidir. Dilimizdeki; “*Biz babamızdan böyle gördük.*” ifadesi, göreneğin halk dilinde dile getiriliş biçimidir. Nitekim görenekle kastedilen de, bir şeyi eskiden beri görüldüğü şekilde yapma alışkanlığıdır. Görenek, örf ve âdetten, hiçbir yaptırım gücü veya karşı konduğu zaman, çok zayıf yaptırım gücü bulunmasıyla ayrılan sosyal bir davranış tipidir. Görenek, geleneğe göre daha güçsüz, modaya göre daha dayanıklıdır. Görenekler, birkaç nesil devam edebilir, bazıları yerleşerek geleneklere karışır, bir kısmı da yalnız kalıntı halinde sürüp gider.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Görgü; 1-Bir topluluğa ait uyulması gereken nezaket kâideleri, muâşeret, âdâb-ı muâşeret, muâşeret âdabı, görmüş olma durumu... *Büyük Türkçe Sözlük*, D. Mehmet Doğan, 1996, 423.

¹⁷⁵ Yeni Türk Ansiklopedisi, İstanbul, 1985, III, 1082.