



**T.C.
Hitit Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı**

MEVSİLÎ'NİN İHTİYAR ADLI ESERİNDE ÖRF VE ÂDET

Ayhan KURT

Yüksek Lisans Tezi

Çorum 2014

MEVSİLÎ'NİN İHTİYAR ADLI ESERİNDE ÖRF VE ÂDET

Ayhan KURT

Hitit Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Kâşif Hamdi OKUR


Çorum 2014

KABUL VE ONAY

Ayhan Kurt tarafından hazırlanan “Mevsili’nin El-İhtiyar Adlı Eserinde Örf ve Adet” başlıklı bu çalışma, 28.05.2014 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.


Prof. Dr. Ferhat KOCA (Başkan)


Prof. Dr. Kaşif Hamdi OKUR (Danışman)


Yrd. Doç. Dr. Aygün AKYOL

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.


Prof. Dr. Mehmet EVKURAN
Enstitü Müdürü

T. C.
HİTİT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (11.07.2014)

Tezi Hazırlayan Öğrenci

Ayhan Kurt

İmza


ÖZET

KURT, Ayhan. Mevsilî'nin İhtiyar Adlı Eserinde Örf ve Âdet. Yüksek Lisans Tezi. Çorum, 2014.

Bu araştırma 13. yüzyılda Irak-Kûfe bölgesinde yaşamış olan Mevsilî ve onun en önemli eseri olan *İhtiyar* hakkındadır. Bu eserde yer alan örf ve âdetle ilgili hükümler tezin ana konusunu oluşturmaktadır.

Bu çalışma, giriş ve iki bölümden oluşmaktadır: Giriş bölümünde Mevsilî'nin hayatı hakkında bilgi verilmiş, hocaları, talebeleri, ilmi şahsiyeti ve yaşadığı dönem hakkında genel bilgiler verilmiştir.

Birinci bölümde, örf ve âdet kavramı üzerinde durulmuş, örfün kaynak olma değeri, çeşitleri anlatılarak Hanefî mezhebinde örfün yeri konusuna ana hatlarıyla değinilmiştir.

İkinci bölüm ise, tezin ana bölümünü oluşturmaktadır. Bu bölümde örf ve âdetin geçtiği konular başlıklar halinde tasnif edilerek örfle ilgili hükümler, tezin planına uygun olarak konularına göre ele alınıp incelenmiştir.

Anahtar Kavramlar: Mevsilî, örf, âdet, hüküm.

ABSTRACT

KURT, Ayhan. The Custom And Tradition in the Book of Ihtiyar Written by Mevsilî. Master Degree. Çorum 2014.

This research is about Mevsilî who lived in the area of Irak-Kûfe in the 13th century and *Ihtiyar*, his most important book.

The main subject of the thesis is about the provisions concerning custom and tradition taking place in the book. This study consists of one introduction and two sections: In the introduction, it has been provided the general informations about the life of Mevsilî, his teachers, his students, his scientific personality and the era of his life.

In the first section, it was discussed about the concept of custom and tradition, was taken about the source value of custom and was generally mentioned about the importance of custom in the Hanefî's denomination.

The second section is the main part of the thesis. In this section, the subjects passed concerning customs and traditions were classified under headings and the provisions concerning custom was discussed based on the issues accordance with the plan of the thesis.

Keywords: Mevsilî, Custom, Habit, Judgement.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	viii
ÖNSÖZ	ix
GİRİŞ	1
1. MEVSİLÎ : HAYATI VE ESERLERİ	1
1.1 Nesebi ve Doğumu.....	1
1.2 Yaşadığı Dönem (Hocaları, Talebeleri)	1
1.3 İlmi Şahsiyeti ve Bulunduğu Görevler.....	2
1.4 Eserleri:	3
1.4.1 el-Muhtar li'l- fetvâ	3
1.4.2 el- İhtiyâr li ta'lîli'l- Muhtar.....	3
1.4.3 Diğer eserleri:	4

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA ÖRF VE ÂDET KAVRAMI

1. ÖRF VE ÂDETİN ANLAMI.....	5
1.1 Örf ve Âdet Kavramı.....	5

1.2 Örf ve İcmâ Arasındaki Farklar	11
1.3 Örfün Değişme Nedenleri	12
2. ÖRFÜN KAYNAK DEĞERİ	15
2.1 Örfün Kaynak Değeri ve Temellendirilmesi.....	15
2.2 Örfün Şartları	17
2.2.1 Varlık Şartları.....	17
2.2.2 Muteber Sayılma Şartları	18
3. ÖRFÜN ÇEŞİTLERİ.....	19
3.1 Yapısı Bakımından.....	19
3.2 Yayıldığı Muhit Açısından.....	19
3.3 Geçerlilik Bakımından	20
4. HANEFİ MEZHEBİNDE ÖRFÜN KONUMU.....	21

İKİNCİ BÖLÜM

İHTİYAR'DA ÖRF VE ÂDET

1. ÖRF VE ÂDETLE İLGİLİ TERİMLEŞMİŞ İFADELER.....	25
2. ÖRF VE ÂDETE DAİR HÜKÜMLER.....	28
2.1 İbâdetlerle İlgili Hükümler.....	28
2.1.1 Temizlik İle İlgili Hususlar	28
2.1.2 Teyemmümü Bozan Şeyler	32
2.1.3 Namazlarda Tesvîb Uygulaması	33

2.1.4 Namazdan Önce Yapılacak İşler	35
2.1.5 Cemâat ve İmâmetle İlgili Hükümler	36
2.1.6 Kadınların Cemâate Gelmelerinin Hükümü.....	37
2.1.7 Teravîh Namazı	37
2.1.8 Zekâtın Sarf Yerleri.....	39
2.1.9 Fıtır Sadakası.....	39
2.1.10 Orucu Bozmayan Haller.....	40
2.1.11 Yemin Bahsi	40
2.1.12 Helal ve Haram Olan Hususlar.....	57
2.2 Muâmelâtla İlgili Hükümler.....	62
2.2.1 Alışverişle İlgili Konular.....	63
2.2.1.1 Alışverişte Paranın Miktar ve Cinsinin Belli Olması.....	63
2.2.1.2 Arazi Satışları.....	63
2.2.1.3 Meyve Satışları.....	64
2.2.1.4 Yırtıcı Hayvanların ve Köpeğin Satışı	65
2.2.1.5 Görme Muhayyerliği.....	66
2.2.1.6 Bitmiş Alışverişte Araya Girmek.....	67
2.2.1.7 Ribâ	68
2.2.1.8 Selem Akdi.....	69
2.2.1.9 İstisnâ' Akdi	70
2.2.2 İcâre Akdi.....	72

2.2.3 Rehin	78
2.2.4 Kısmet	79
2.2.5 Kadılık Âdâbı (Hâkimin Uyması Gereken Kurallar)	80
2.2.6 İkraah (Zorlama)	82
2.2.7 Dâva	83
2.2.8 İkrar	85
2.2.9 Şâhitlik	86
2.2.10 Vekâlet	87
2.2.11 Kefâlet Akdi	92
2.2.12 Mudarebe (Emek-Sermaye Ortaklığı)	93
2.2.13 Vedâ Akdi	95
2.2.14 Lukata (Yitik Mal)	96
2.2.15 Vakıf.....	97
2.2.16 Ariyet (Ödünç Verme)	101
2.2.17 Ölü Araziyi İhyâ Etmek	103
2.2.18 Müzâraa (Ziraat Ortaklığı)	104
2.2.19 Vasiyetler	104
2.2.20 Köle Azad Etmek	105
2.3 Münâkehâtla İlgili Hükümler.....	106
2.3.1 Nikâhla İlgili Konular	106
2.3.1.1 Nikâh Akdi	106

2.3.1.2 Evlenmede Tarafların Denk Olması.....	108
2.3.1.3 Mehirde Belirsizlik.....	110
2.3.1.4 Kadının Kocasıyla Sefere Çıkmama Hakkı	111
2.3.1.5 Geline Mehri Babanın Vermesi	112
2.3.2 Talakla İlgili Konular	112
2.3.2.1 Sarih Talak	113
2.3.2.2 Parmak İşaretiyle Boşama.....	114
2.3.2.3 İlâ.....	114
2.3.2.4 Zihar	115
2.3.3 Nafaka	117
2.3.3.1 Gıda Nafakası.....	117
2.3.3.2 Giysi Nafakası.....	120
2.3.3.3 Mesken Nafakası.....	121
2.4 Ukubâtla İlgili Hükümler	122
2.4.1 Hadler	123
2.4.2 Hırsızlık	125
2.4.3 Cinâyetler	127
2.4.4 Diyetler.....	128
SONUÇ	130
KAYNAKÇA	132

KISALTMALAR

agm.	: Adı geçen makale
age.	: Adı geçen eser
bk.	: Bakınız
c.	: Cilt no
ev.	: Çeviren
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
GÜÇİFD	: Gazi Üniv. orum İlahiyat Fak. Dergisi
Haz.	: Hazırlayan
Hız.	: Hazreti
MÜİFV	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakóltesi Vakfı
md.	: Madde
nşr.	: Neşreden, tahkik eden
s.	: Sayfa no
s.a.v.	: Sallallahü aleyhi ve selleme
ss.	: Sayfalar arası
sy.	: Sayı
ts.	: Baskı tarihi yok
ö.	: Ölüm tarihi
vd.	: ve devamı
yy.	: Baskı yeri yok

ÖNSÖZ

Miladî XIII. yüzyıl Hanefî fakihlerinden olan Mevsilî'nin el- *İhtiyar* adlı eserinde örf ve âdete dair hükümler konusunda yaptığımız bu çalışma, örf ve âdetin genelde Hanefî mezhebinde özelde ise Mevsilî'nin yaşadığı dönemde ulaştığı noktayı ele almayı hedeflemektedir.

Biz araştırmamızda Mevsilî'nin el- *İhtiyar* adlı eserinde örf ve âdete dair hükümleri tesbit etmeye çalıştık. Bunu yaparken eserde geçen belli bazı kavramlardan yola çıkarak araştırmamızı tamamlamaya çalıştık. Mesela “örf, âdet, amelü'n-nâs, teamülü'n-nâs, tearuf” ve bunların türevi olan kavramlar üzerinden giderek konuyu sınırlandırdık. Bunun yanında her “ö.r.f” ve “â.d.t” kökünden gelen bazı türevleri üzerine bina edilen hüküm olmadığından ve bu sözcükler ıstilahî anlamda kullanılmadığından kapsam dışında bıraktık. Tezimizde el-*İhtiyar*'ın Dâru'l-hayr yayınevi tarafından h. 1419 (m. 1998)'de neşredilen Dimaşk-Beyrut baskısını esas aldık. Çeşitli baskıları bulunan eserin bizdeki baskısı iki cilt halinde beş ayrı cüzden oluşmaktadır. Tezimizde kullandığımız eserin tam adı “el-*İhtiyar li-ta'lili'l- muhtâr*” olmakla beraber dipnotlarda, Mevsilî'nin adıyla beraber kısaca el- *İhtiyar* olarak kaydettik. Bu çalışmamızın iki amacı bulunmaktadır:

1. Mevsilî'nin örfle ilgili ele aldığı konuları tespit etmek.
2. Tespit ettiğimiz örf temelli meselelerin eserde hangi alanlarda ve ne şekilde kullanıldığını ortaya koymak.

Tezimiz bir giriş ve iki bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde Mevsilî'nin hayatı genel olarak ele alınmış tezimizin asıl konusunu teşkil etmediğinden Mevsilî'nin hayatı ile ilgili fazla ayrıntılı bilgi verilmemiş bu bölüm ana hatlarıyla anlatılmıştır.

Birinci bölümde İslam Hukukunda örf ve âdet kavramı üzerinde durulmuş örfün delil değeri ve çeşitleri anlatılarak Hanefî mezhebinde örfün yeri konusunda temel bilgiler verilmeye çalışılmıştır.

İhtiyar'da örf ve âdete dair hükümler başlığını taşıyan ikinci bölüm tezimizin asıl bölümünü teşkil etmektedir. İkinci bölümde öncelikle örf ve âdete işaret eden

ibareleri kaydedip, sonra örf'e dair hükümlerin bulunduğu konuları başlıklar halinde sıralayarak konuyu incelemeye çalıştık. Mevsilî'de geçen örf ve âdetle ilgili ibarelerin tamamını Arapçasıyla beraber parantez içerisinde vermeye çalıştık. Örf ve âdetle ilgili tespit ettiğimiz konuları yerine göre tercümesini yazmak suretiyle yerine göre de parçanın bütününden özetlemek yoluyla aktarmaya çalıştık. Mevsilî'nin örf ve âdetle ilgili zikrettiği konuları başka kaynaklarla da özellikle miladi 11. yüzyılda yaşamış olan Şemsüleimme es-Serahsî ve 12. yüzyılda yaşamış bulunan Merğınânî ile desteklemeye çalışarak konunun daha iyi anlaşılmasına, örfle ilgili aynı konulara dair benzer ve farklı yaklaşımların nasıl açıklandığına ve günümüzdeki şartlara göre konuların değişebilen boyutlarını ortaya koymaya çalıştık. Ayrıca milâdî 12. yüzyıl Fergana bölgesi âlimlerinden Kâdîhân ve Kâsânî'den de yer yer alıntılar yaparak meseleye dair farklı bakış açılarını ortaya koymaya çalıştık.

Mevsilî'nin *İhtiyar* adlı eserinde örf konusunu ele alırken İbrahim Kâfî Dönmez'in "el- 'Urf fi'l- fıkhi'l- İslâmi" makalesini, Kuvte'nin "el- Urf: Hucciyetühü ve Eseruhü" adlı eserini ve İhsan Şenocak'ın "İslam Hukuku'nda Örfün Hükümlere Etkisi" isimli doktora tezini esas alarak genel bilgileri aktarmaya çalıştık.

Bu çalışmanın adının belirlenmesinden yazılmasına ve teslimine kadar olan süreçte değerli katkılarını esirgemeyen, tezin her aşamasında rehberliğiyle bize yol gösteren başta danışman hocam Prof. Dr. Kâşif Hamdi Okur'a, değerli fikirleriyle bize katkı sağlayan Prof. Dr. Ferhat Koca hocama ayrıca tezin tamamlanması için desteklerini esirgemeyip fedakarlık gösteren aileme ve bu günlere gelmemizde emeği geçen bütün hocalarıma teşekkürü bir borç telakki ediyorum.

Ayhan KURT

Çorum 2014

GİRİŞ

1. MEVSİLÎ: HAYATI VE ESERLERİ

1.1 Nesebi ve Doğumu

Ebu'l- Fazl, Mecduddin, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud b. Mahmud el-Mevsilî.¹ Dedelerinden biri için zikredilen Beldecî ismi, bir icazetnamede Belûcî şeklinde geçmektedir.Bu da onun Belucistan asıllı olabileceği ihtimalini gösteriyor.² Mevsilî h. 599 Şevval ayında (m.1203) Musul (Mevsil)'da dünyaya geldi.³

1.2 Yaşadığı Dönem (Hocaları, Talebeleri)

Mevsilî'nin yaşadığı yer olan Musul'da o dönemde tam bir istikrar yoktu. Öyleki Musul sultanı olan Melikü's-Sâlih İsmail zamanında Musul, 1262 yılında Moğol tahribatına maruz kaldı. Ancak Musul ilim ve kültür hayatı açısından canlıydı.Nitekim on üçüncü yüzyılın ikinci yarısında burada mevcut olduğu bilinen yirmi sekiz medrese on sekiz dâru'l-hadis ve yirmi yedi ribat vardı. Bunların bazıları şunlardır: Nizamiye Medresesi, el-Medresetü'l-atabekiyye, Atika, el-Medresetü'l-Kemaliyye, el-Medresetü'z-zeyniyye;Dâru'l-hadisi'l-muzafferiyye, Dâru'-hadis'l-muhaciriyye; Ribât-ı mücahidi, Ribât-ı Seyfeddin Gazi gibi. Yine İslam tarihinde ilk dâru'l-‘ilim, Ebu'l-Kasım Cafer b. Muhammed b. Hamdan el-Mevsilî (ö.323/955) tarafından Musul'da kurulmuştur.⁴

Mevsilî, temel eğitimini babası Şeyh Mahmud'tan aldı.Sonra Şam'a gitti. Orada Cemalüddin el- Hasırî (ö. 636/ 1238)'den dersler aldı.

Mevsilî'nin, Abduddaim, Abdulaziz ve Abdulkerim adında üç kardeşi vardı. Bunlar da ilimle meşgul oldular. Abduddaim, Mevsilî gibi Şam'da Hasırî'den fıkıh dersleri aldı. Abdulkerim ve Abdulaziz ise fıkıh muallimi idiler ve Musul'da fıkıh

¹ Abdulkadir el-Kureşî , *el- Cevahiru'l- mudîyye*, 2. Baskı, 1993, c. II, s. 349.

² Takiyyuddin b. Abdulkadir et- Temimî, *et-Tabakatü 's-seniyye*, 1. Baskı, Riyad 1989, c. IV, s. 239; Davut Yaylalı, "Mevsilî", *DİA*, c. XXIX, s. 487.

³ el- Kureşî, *age*, c. II, s. 349; et- Temimî, *age*, c. IV, s. 239.

⁴ Sâmi es- Sakar, "Musul ", *DİA*, c. XXXI, s. 362, 363.

dersleri okuttular.⁵

Mevsılî, Musul nakîbi Kemaleddin Haydar b. Muhammed b. Zeyd el-Huseynî'den dersler aldı. Musul, Dimaşk ve Bağdat'ta hadis dinleyip çeşitli dersler aldığı âlimler arasında Mahmud b. Ahmed el-Hasırî, Şehabeddin es-Sühreverdî, Abdurrahim b. Abdulkerim es-Sem'anî, İbnu'l-Ahdar, İbnü Sükeyne, İzzeddin İbnu'l-Esir, Ruhavi ve İbnu'l-Hâcib gibi önemli şahsiyetler bulunmaktadır. Talebeleri arasında çeşitli mezheplerden Abdülmü'min b. Halef ed-Dimyatî ve İbnu'l-Fuvati gibi âlimler bulunmaktadır.⁶

1.3 İlmî Şahsiyeti ve Bulunduğu Görevler

İmam Mevsılî, kendi asrında fıkıh ve usul sahasında devrinin otoriteleri arasında yer alıyordu.⁷ Âyet ve hadis bilgisinin iyi olması ve bunların tatbikat durumlarını iyi bilmesinden ve hafızasının sağlam olmasından dolayı fetvâ verenlerin en önde gelenlerinden idi. Hatta usûl-i fıkıh ve fûru-i fıkıhta kendi asrında tek adamdı.⁸ Mevsılî ayrıca Hanefî mezhebinde kuvvetli görüşleri zayıflarından ayırt edebilecek derecede ilmî yeterliliğe sahip fakihlerden (ashâb-ı temyiz) sayılmıştır.⁹ İmam Mevsılî, melik ve ayaana karşı azametli, fukara ve talebeye karşı mütevazı davranırdı.¹⁰ Alanında üstad, fakîh, hayır ve fazilet sahibi bir âlimdi.¹¹

Mevsılî, bir müddet Kûfe kadılığında bulundu. Bu görevinden azlinden sonra Bağdat'a döndü. Burada ölünceye kadar Meşhed-i Ebû Hanîfe'de tedris, te'lif ve fetvâ işleriyle meşgul oldu.¹² Mevsılî, 19 Muharrem 683 (7 Nisan 1284) yılında Bağdat'ta vefat etti.¹³

⁵ Muhammed Abdülhay el-Leknevî, *el-Fevaidu'l-behiyye*, Dâru'l-Erkam, Beyrut 1998, s. 180.

⁶ Yaylalı, "Mevsılî", *DİA*, c. XXIX, s. 487.

⁷ Temimî, *age*, c. IV, s. 239; Zeynuddîn Kasım b. Kutluboğa (İbn-i Kutluboğa), *Tâcü't-teracim*, 1. Baskı, Dâru'l-kalem, Dimaşk 1992, s. 177.

⁸ Leknevî, *age*, s. 180; Abdullah b. Mahmud el-Mevsılî, *el-İhtiyar li-ta'lili'l-muhtar*, 1. Baskı, Dâru'l-hayr, Beyrut 1998, c. I, s. 7 (Kitabı neşreden, Ali Abdulhamid Ebu'l-Hayr, Muhammed Vehbi Süleyman, giriş bölümü, s.7).

⁹ Temimî, *age*, c. IV, s. 239; Ahmet Özel, *Hanefi Fıkıh Alimleri*, TDV Yayınları, Ankara 2006, s. 71.

¹⁰ Yaylalı, "Mevsılî", *DİA*, c. XXIX, s. 487.

¹¹ Kureşî, *age*, c. II, s. 349.

¹² Kureşî, *age*, c. II, s. 350; Temimî, *age*, c. IV, s. 239; Taşköpri-zâde Ahmed b. Mustafa, *Miftâhu's-saade*, 3. Baskı, Dâru'l-kutübi'l-ilmîyye, Beyrut 2002, c. II, s. 255.

¹³ Kureşî, *age*, c. II, s. 350; Temimî, *age*, c. IV, s. 239.

1.4 Eserleri

1.4.1 el-Muhtar li'l- Fetvâ:

Ebû Hanîfe'nin fikhını derlemesi yönündeki istek üzerine gençlik yıllarında mübtedîler için hazırladığı bu eser Hanefî mezhebinin “mütûn-i erbaa” olarak bilinenki bunlar Mevsilî'nin el- *Muhtar*'ı, Neseî'nin *Kenzü'd-dekaik'i*, İbn-i Saatî'nin *Mecmau'l- behreyn*'i, Tâcû's-Şeria'nın *Vikâyetü'r-rivayesi*'dir.¹⁴- dört temel metninden biridir.¹⁵

Ebû Yusuf, İmam Muhammed ve İmam Şafî'nin muhalefetlerinin rumuzlarla gösterildiği kitap Ebû Hanîfe'nin görüşleri esas alınarak kaleme alınmıştır.

Eseri Ebu'l- Abbas Ahmed b. Ali ed- Dimaşkî önce “et-*Tahrir*” adıyla kısaltmış sonra şerhetmiş, ancak şerhi tamamlayamadan vefat etmiştir. Yine Ebû İshak Cemaleddin İbrahim b. Ahmed el- Mevsilî, “*Tevcihu'l- Muhtar*” adıyla hazırladığı şerhi müellifine defalarca okumuştur. Ayrıca el- *Muhtar*'ın üzerine Çivizade Muhyiddin Mehmet Efendi (şerhi:el-*İsar li-halli'l-Muhtar*), Zeylâi, İbn Emiru'l-Hâc, Ömer b. İshak el- Gaznevî, İbn Kutluboğa, Hattab b. Ebu'l-Kasım el-Karahisarî ve Muhammed b. İbrahim b. Ahmed el-İmam (şerhi:*Feyzu'l-ğaffar*) gibi âlimlerin şerhleri vardır.Ebu Muhammed Zeynuddin Abdurrahman b. Ebû Bekir el-Aynî, eserin feraiz bahsini şerhetmiş, Zeynuddîn Kasım b. Kutluboğa (ö. 879/ 1474) da eserdeki hadisleri tahriç etmiştir. Eseri ayrıca Ebû Abdullah Tacüddîn Abdullah b. Ali el- Buhârî (ö.799/1397) nazmetmiştir.¹⁶

1.4.2 el- İhtiyâr li ta'lili'l- Muhtar:

Bu eser el- *Muhtar*'ın yine Mevsilî tarafından hazırlanmış şerhi olup Hanefî fikhının orta hacimdeki muteber kaynakları arasında yer alır.

Mevsilî'nin ifadesine göre, el- *Muhtar* ders kitabı olarak benimsenip talebe

¹⁴ Leknevî, *age*. s. 180; “Mutûn-i Erbaa (dört metin)” olarak bilinen bu dört eser Osmanlı medreselerinin de fıkıhtan yıllarca ders kitabı olarak okutulmuşlardır. (bk. Recep Cici, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları Kuruluştan Fatih Devri Sonuna Kadar*, Arasta Yayınları, Bursa 2001, s. 50.)

¹⁵ Yaylalı, “Mevsilî”, *DİA*, c. XXIX, s. 487.

¹⁶ Mustafa İbn Abdullah (Kâtib Çelebi), *Keşfü'z- zunûn an esami'l- kütub ve'l-fünun*, Dâru'l-ihyai't-türa si'l-Arabî, Beyrut ts, c. II, s. 1622; Özel, *age*, s. 71.

tarafından ezberlenmeye başlanınca hükümlerin illetlerini ve delillerini aktaran, diğer mezheplerin görüşlerini kısa açıklayan, bazı güncel meselelere dair fetvalara yer veren, ihtilaflı konularda, esas alınan içtihadlara işaret eden bir şerh yazması yönündeki talep üzerine bu şerhi hazırlamıştır.¹⁷

1.4.3 Diğer eserleri:

- *Kitabü'l- müştamil alâ mesaili'l- muhtasar.*
- *Şerhu'l- Cami'i'l- Kebir li's- Şeybâni.*¹⁸

Mevsîlî'nin Ebû Hanîfe'nin görüşlerini esas alarak kaleme aldığı el-*Muhtar* adlı eseri, Hanefî mezhebinde sonra gelen âlimler arasında kazandığı güven, üzerine yazılan şerhler ve geçmişten günümüze kadar farklı ilmî ortamlarda okunması ile bu değerini günümüze dek muhafaza etmiştir.

Hayatı ve eserleri hakkında bilgi verdiğimiz Mevsîlî'nin örf ve âdet konusundaki yaklaşımları çalışmamızın ana konusunu teşkil edecektir.

İslam Hukukunun zamana ve şartlara göre değişebilen ve değişmeyen boyutunu görebilmek, bütün zamanlara hitab eden esnek tarafını anlayabilmek ve yaşanan zamandaki sosyo-kültürel yapının ve ilim anlayışının hükümlere nasıl etki ettiğini tam anlamıyla kavrayabilmek için örf ve âdet kavramlarının ne olduğunu ve bunların kavramsal çerçevesini bilmek gerekir. Bu nedenle tezimizin birinci bölümünde örf ve âdet kavramı, örf ve icma arasındaki farklar, örfün değişme nedenleri ve örfün kaynak değeri gibi konulara temas etmeye çalışacağız.

¹⁷ Yaylalı, "Mevsîlî", *DİA*, c. XXIX, s. 487.

¹⁸ Yaylalı, "Mevsîlî", *DİA*, c. XXIX, s. 487.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA ÖRF VE ÂDET KAVRAMI

Tezimizin bu bölümünde klasik dönemden çağdaş döneme örf ve âdet kavramlarına ilişkin fakihlerin yaptıkları tanımlara, örf ve âdete dâir yaklaşımlara, örf ve icma arasındaki temel farklara, örfün değişmesine etki eden faktörlerin neler olduğuna, şer’î deliller arasında örfün bulunduğu konuma ve nihayetinde Hanefî mezhebinde örfün tarihsel süreç içerisindeki seyrine temas etmeye ve bu konudaki yaklaşımları kısaca ortaya koymaya çalışacağız.

1. ÖRF VE ÂDETİN ANLAMI

İslâm’ın, insanlara ister hukukî ister hukukî olmayan ilişkilerde öngördüğü hayat modelini uygulama yollarını öğretirken, onların öteden beri uygulaya geldikleri örf ve âdetlerini, alışkanlıklarını tamamen silip atmadığı aksine, hüküm koyarken bu olguları dikkate almış olduğunu görmekteyiz. İslâm bu âdetlerin bazılarını tamamen kaldırmış, bazılarını düzeltmiş, bazılarını ise onaylamıştır. Zamanla ortaya çıkan yeni örflerin insanların yeni şartlar altında kendilerinden güçlüğü ve meşakkati kaldırdığı ve menfaatlerini sağladığı göz önünde bulundurularak örfe dayanan hükümlerin de değişebileceği konusu modernleşme sürecinde yeniden gündeme getirildi.¹⁹ Bu nedenle tarihsel süreç içerisinde İslam hukukçularının örf ve âdet hakkındaki değerlendirmelerini ortaya koymak yararlı olacaktır.

1.1 Örf ve Âdet Kavramı:

Örf kelimesi sözlükte, ‘sabır, iyilik, cömertlik, ihsan, akılla bilinen ve şer’in güzel gördüğü şey’²⁰ gibi manalara gelir. Özellikle ilk devir İslam hukukçuları tarafından ıstilahî tanımı yapılmadan kullanılan örf kavramı, literatürde ilk defa Ebu’l-Berekât Abdullah b. Ahmed en-Neseffî (ö.710/1310) tarafından tarif edilmiştir. Ebû Sünne, Neseffî’nin fûru ile ilgili el- *Mustasfa* adlı eserindeki ilk örf tarifini şöyle naklediyor: “Örf, aklın delaletiyle nefislerde yerleşen ve selim tabiatlarca benimsenip

¹⁹ Samire Hasanova, “Örf ve Âdetin İslam Hukuk Düşüncesinde Yeri ve Hükümlerin Değişmesi Kapsamındaki Tartışmalarda Rolü”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Ankara 2009, sy. 14, s. 204.

²⁰ İbn Manzûr, *Lisânü’l- Arab*, Dâru’l-me’arif, c. IV, s. 2899; Zebidî, *Tâcu’l- arûs min cevahiri’l-kâmus*, Dâru’l-fikr, 1994,c. XII, s. 375; Şemsettin Sami, *Kâmus-u Turkî*, Çağrı Yayınları, 1996, s. 933.

kabul edilen şeylerdir.”²¹

İlk örf tarifine Neseî'nin *el-Mustasfâ* adlı fûrû eserinde rastlanmış olması iki açıdan önemlidir. Birincisi ilk örf tarifine ulaşılabildiği kadarıyla, İmam Gazzâlî'den yaklaşık iki asır sonra yaşamış olan İmam Neseî'nin eserinde rastlanılmıştır ki bu da İslam hukuk literatüründe, VIII.(XIV.) yüzyılın başlarına kadar tam bir örf tarifine rastlanmadığını gösterir. İkincisi de, ilk örf tarifinin bir usul kitabında değil de bir furu fıkıh kitabında bulunmuş olmasıdır.²² Bununla beraber Neseî, *Keşfü'l-esrâr* adlı usul eserinin sonunda “el- Müteferrikât” başlığı altında örf ve âdetin tanımlarına da yer vermiştir: Bu tanımlara göre, “Örf, akılların şâhitliği (onaylaması) aracılığıyla kişilerde yerleşen ve selim fitratların kabul edip benimsediği şeydir. Âdet ise (insanların) sürekli yaptıkları, defalarca tekrarladıkları şeydir.”²³ Bu husus da göstermektedir ki, henüz usul sistematigine eklenmemiş de olsa örf tanımına aynı dönemlerde hem usul hem de fûrû eserlerinde yer verilmiştir. Nitekim, örfün terim olarak tanımı her ne kadar geç dönemlerde yapılmış olsa bile örf ve âdet, daha önceki zamanlarda ortaya çıkan meselelerde hukukî bir sonuca ulaşmak için ihtiyaç duyulduğunda dikkate alınmıştır. Nitekim Neseî'nin furu kitabında da yer verdiği gibi sosyal hayatta ortaya çıkan meselelerin çözümünde insanların içinde buldukları şartlara ve bu şartların yönlendirmesi çerçevesinde farklı yer ve zamanlarda örfe her zaman mürâaat edilmiştir.

Seyyid Şerif Cürçânî (ö.816/1413) örfü, “akıl şehâdetiyle nefislerde yerleşen ve tabiatlerin kabul ile telakki ettiği şey”²⁴ diye tarif ederek Neseî'nin tanımına yaklaşmıştır. İbn-i Âbidîn (ö.1252/1836) *Neşrü'l-'arf* te, es-Sirâcu'l-Hindî'ye

²¹ Tanımın Arapça tanımı şu şekildedir: (Mâ istekarra fi'n-nufûsi min ciheti'l-'ukuli ve telekkathu't-tiba u's-selimetu bi'l-kabûl). Ahmed Fehmi Ebû Sünne, *el-'Urfve'l-'âde*, Matbaatu'l-Ezher, Kahire 1992, s. 9,10.

²² İbrahim Kafî Dönmez, “el-'Urf fi'l-fıkhi'l-İslâmî”, *Mecelletü mecmai'l-fıkhi'l-İslâmî*, 1988, sy. 5, s. 3310; Dönmez, “İslam Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese”, *Makasid ve İctihad*, Der. Ahmed Yaman, Rağbet Yayınları, İstanbul 2010, s. 251, 252.

²³ Ebu'l-Berekât Hâfızuddîn Abdullah b. Ahmed en-Neseî, *Keşfü'l-esrâr*, Dâru'l-kütubi'l-ilmiyye, Beyrut-Lübnan, c. II, s. 593. Neseî'nin *Keşfü'l-esrar*'daki örf ve âdet tariflerinin Arapçası şöyledir: “ve'l-'urf, mâ istekarra fi'n-nufûsi min ciheti'l-'ukul ve telekkathu't-tibâ'u's-selimetu bi'l-kabûl. Vel-'âdetu, mâ istemerrû 'aleyhi ve 'âdu lehu merraten ba'de uhrâ”. Bu hususla ilgili bir değerlendirme için bk. Kâşif Hamdi Okur, *Osmanlılarda Fıkıh Usulü Çalışmaları Hadimi Örneği*, Mizan Yayınevi, İstanbul ts, s. 131.

²⁴ Seyyid Şerif Cürçânî, *Kitabu't-ta'rifat*, 2. Baskı, Dâru'n-nefâes, Beyrut 2007, s. 225. Tanımın Arapçası şu şekildedir: “Mâ istekarra'n-nufusu bi şehâdeti'l-'ukuli ve telakkathü't-tebâ'u bi'l-kabûl.” Bk. İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-nezair*, 1. Baskı, Mektebetü'l-asriyye, Beyrut 1998, s. 115, 116.

(ö.773/1372) atıfla yer verdiği bir tanımda örfü, “tekrar edilerek ve alışkanlık haline getirilerek nefislere yerleşmiş, ilişki ve karine olmaksızın aklın kabulüne şayan olmuş şeydir.”²⁵ şeklinde tanımlamıştır.

Çağdaş hukukçulardan Abdulvehhab Hallâf, Abdulkerim Zeydan ve Şelebî örfü, “insanların itiyad ettikleri hayat ve muamelelerinde üzerinde yürüdükleri söz, fiil veya terk”²⁶ Mustafa Ahmed ez- Zerkâ, “toplumun çoğunluğunun bir söz veya fiil hakkındaki âdeti”²⁷, Muhammed Ebû Zehrâ, “insanların muamelât bakımından sürekli bir şekilde yapageldikleri ve işlerinin düzgün gitmesini sağlayan şey”²⁸, Zekiyyüddîn Şaban ise örfü, “ insanların çoğunluğunun benimseyip alışkanlık haline getirdiği işler veya duyulduğunda hatıra başka anlam gelmeyecek derecede özel bir anlamda kullanmayı âdet edindikleri lafızlardır.”²⁹ şeklinde tanımlamıştır.

Modern hukukta da yardımcı bir kaynak kabul edilen örfün çeşitli şekillerde tarifleri yapılmıştır:

- Örf ve âdet kuralları, kişinin içinde bulunduğu belirli bir toplumsal çevre tarafından konulan ve insan davranışlarını düzenleyen uyarma, kınama, dışlama ve linç gibi müeyyideleri olabilen emir ve yasaklardır.³⁰

²⁵ İbn-i Âbidin, *Neşru'l- 'arfî binâi ba'zi'l-ahkâmi 'ale'l- 'urf*, (Mecmûatu resâil-i İbn Âbidin'in içinde), yy. , ts. , s. 114.

²⁶ Abdulvehhab Hallaf, *İlmu usuli'l-fikh*, Dâru'l-fikri'l-Arabî, Kahire 1996, s. 85; Abdulkerim Zeydân, *el-Medhal li-diraseti't-teşri'i'l-İslâmî*, Beyrut 1999, s. 172; Muhammed Mustafa Selebi, *Usulü'l-fikhi'l-İslâmî*, Beyrut 1986, s. 313. Üç hukukçu da bu eserlerde “terk”i tariflerine alırken, ilk iki hukukçu kendi lerine ait başka eserde “terk”i tariflerinde kullanmamışlardır. Bk. Hallâf, *Mesadiru't-teşri'i'l-İslâmî*, Ku veyt 1982, s.145; Zeydân, *el- Veciz fi usuli'l-fikh*, Beyrut 2000, s. 252.

²⁷ Mustafa Ahmed ez- Zerkâ, *el- Medhalu'l-fikhiyyu'l-âmm*, 1. Baskı, Dâru'l-kalem, Dimaşk 1998, c. II, s. 872.

²⁸ Muhammed Ebû Zehra, *Usulü'l-fikh* (çev . Abdülkadir Şener), Fecr Yayınevi, Ankara 2009, s. 234.

²⁹ Zekiyyüddin Şa'ban, *Usulü'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 191. Ayrıca bk. Ömer Nasuhi Bilmen, *Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu* (Haz. Sıtkı Güllü), Eser Neşriyat, c. IV, s. 108, 109 vd. Daha fazla bilgi için bkz. Vejdi Bilgin, *Fakih ve Toplum Osmanlı'da Sosyal Yapı ve Fıkıh*, İz Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 51 vd.

³⁰ Kemal Gözler, *Hukukun Temel Kavramları*, Ekin Yay. Bursa 2010, s. 23; (Adı geçen kitapta örf ve âdetin şu dört özelliğinden de bahsedilir: 1. Örf ve âdet kuralları da özü itibariyle hukuk, din ve ahlak kuralları gibi emir ve yasaklar içerir. Bu açıdan hukuk kuralları ile örf ve âdet kuralları arasında bir fark yoktur. Her ikisi de normatif niteliktedir. 2. Örf ve âdet kuralları da hukuk kuralları gibi insan davranışlarını düzenlemeye yöneliktir. 3. Örf ve âdet kurallarının koyucusu belirli bir toplumsal çevredir. Örf ve âdet kuralları toplumun kendisi tarafından meydana getirilmektedir. 4. Örf ve âdet kurallarının müeyyidesi ayıplama, kınama, dışlama, dövme ve hatta öldürme (linç) gibi değişik şekillerde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca eserde örf ve âdet kuralları, müeyyideleri itibariyle sınıflandırılır. Şöyle ki; Teamüller: İhlalleri halinde ayıplama, kınama gibi hafif müeyyideleri olan örf ve âdet kurallarıdır. Çiğnemeleri ile toplumsal grup varlığını tehlikede görmez. Sadece çiğneyen kişi kınanır. Âdetler: Çiğnemeleri durumunda dışlama, gruptan atma gibi orta şiddette müeyyideleri olan örf ve âdet

- Örf, muhataplarının arzu ve ihtiyaçlarına terk edilmiş konvansiyonel bir nizamdır.³¹
- Toplumsal düzenin geçerliliğini, belirli bir insan çevresi içerisinde göreceli olarak sapmalara karşı genel ve etkin bir kınama ile karşılamaya yönelik davranış biçimidir.³²

Âdet ise sözlükte “dönmek, geri çevirmek, tekrarlamak, alışkanlık haline getirmek”³³ manalarına gelir. Cürcanî âdeti, “insanların akla dayalı olarak sürdürdükleri ve defalarca tekrar ettikleri şeyler”³⁴, Karafî, “bir olgunun bütün beldelerde veya bazı beldelerde insanlara galebe etmesi”³⁵ İbn Emîr el- Hâc (ö. 879/1474) ise, “aklî bir alaka olmaksızın (düşünmeden) tekrar tekrar yapılan iş”³⁶ şeklinde tarif etmiştir. İbn Âbidin de örf risalesinde şöyle demektedir: “Âdet muavede’den alınmıştır. O tekrar tekrar, yapıla yapıla ruhlara ve akıllara yerleşir, orada karar kılar, ma’ruf olur. Bir alaka ve karîne aranmaksızın kabul edilir. Böylece örfî bir hakikat hâlini alır.”³⁷

Bu tanımlar örf ve âdetin mahiyet bakımından birbirinden farklı olduğunu gösteriyor. Şöyle ki örf, başlangıçta akıl ve iradeye dayanırken âdet, tekrar ve alışkanlığa dayanır, hem fertlere hem de topluma ait olay, söz ve fiilleri içine alır. Âdetle başlangıçta marufiyet olmamakla beraber tekrar ede ede ve mükerreren kendisine müracaat edile edile marufiyet kazanır. Âdet daha genel örf ise daha özeldir.

kurallarıdır. Âdetler teamüllere nazaran daha önemlidir. Âdetleri çiğneyen kişi kendisini gruba bağlayan bağı yok saymıştır. Bu durumdaki kişi, o gruptan dışlanarak grubun varlığı korunur. Örfler: Çiğnemeleri halinde kişinin fiziki bütünlüğüne zarar verilmesi ve hatta öldürülmesi gibi çok daha ağır müeyyideleri olan kurallardır. Örfleri çiğneyen kişi ise toplumsal grubu temelden sarsmıştır. Sadece kendisini o gruba bağlayan bağı değil, grup içi bağları tehlikeye düşürmüştür. O nedenle örfü ihlal eden sadece gruptan atılmakla kalmaz, aynı zamanda “linç” gibi “cebrî” bir müeyyideye de maruz kalır. Gözler, age, s. 24, 25.)

³¹ Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966, s. 67. (İhsan Şenocak’ın Tezinden naklen. İhsan Şenocak, “İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi” (Doktora Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun 2011, s. 12.)

³² Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 29.

³³ İbn Manzur, *Lisanü’l-Arab*, c.IV. s. 3158; Zebidi, *Tâcü’l-arus*, c. 5, s. 139; Hayrettin Karaman, “Âdet”, *DİA*, c. I, s. 369.

³⁴ Cürcânî, *age*, s. 223. Cürcanî’nin âdet tanımı Arapça şu şekildedir: “Mâ istemerra’n-nâsu ‘ala hük mi ‘l-ma’kûli ve ‘âdu ileyhi merraten ba’de uhrâ.”

³⁵ Ebu’l-Abbas Şihabuddin Ahmed b. İdris el- Karafî, *Şerhu tenkihi’l- fusul fi- ihtisari’l- Mahsul fi’l-u sul*, Beyrut 2004, s. 352.

³⁶ İbn Emîr el-Hâc, *et-Takrir ve’t-tahbir*, 1. Baskı, Dâru’l-kütubi’l-ilmiyye, Beyrut 1999, c. I, s. 340; İbn Âbidin, *age*, c. II, s. 114; Ebû Sünne, *el-‘Urf ve’l-‘âde*, s. 12. Ayrıca bk. Ömer N. Bilmen, *age*, c. 1, s. 45.

³⁷ İbn Âbidin, *age*, c. II, s. 114.

Âdet iyi bir iş hakkında olabileceği gibi bâtil bir şey hakkında da olabilir. Onun için “iyi âdet, kötü âdet” denildiği halde “iyi örf, kötü örf” denmez.³⁸

Örf ve âdet arasında mahiyet bakımından bazı farklar olmakla beraber, fakihler genellikle örf ile âdeti aynı manada kullanırlar. Nitekim Mecelle“âdet muhakkemdir, yani şer’i hükmü ispat için örf ve âdet hakem kılınır.”³⁹ maddesini sevk ederek bu iki terimi aynı manada kullanmıştır.⁴⁰

Fürû eserlerinde fikhîsonucun belirlenmesinde örf ve âdeteyoğun atıflar olmasına rağmen klasik usul kitaplarında örf, müstakil bir başlık altında incelenmemiştir. Ancak Hanefî müelliflerin sistematüğinde, şer’î bir asla dayanan tâli bir kaynak olarak istihsan konusu içerisinde, “istihsanın sebeplerinden biri” olan icmayı destekleyen bir unsur olarak ele alınmıştır.⁴¹

Nitekim Cessâs (ö.370/980), istihsanla ilgili olarak “illeti olan hükmün tahsisi” konusunda icmayı ele aldıktan sonra örfle ilgili olarak “amelü’n-nâs” ter kibini kullanmaktadır. İcma konusunu serdettikten sonra “ ‘amelü’n-nâs” ter kibini kullanan Cessâs, bunun icma gibi tahsis sebebi olduğunu tam olarak zikretmemekte sadece genel kuralın “ ‘amelü’n-nâs” ile tahsisi konusunu örneklerle açıklamaktadır. Örneğ in bir evin kiralanması ve ücretin belirlenmesi hususunda, hamama girerken ücret verilmemesi hususunda genel kuralın (kıyas) terk edilip insanların ameline (‘amelü’n-nâs) tâbi olduğunu belirtmektedir.⁴²

Debûsî (ö.430/1039) de örfü müstakil bir delil olarak kullanmayarak icmayı istihsanın dayandığı deliller arasında verdikten sonra örnek olarak da üzerinde “teâmülü’l-ümme”nin (İslam toplumunun uygulaması) gerçekleştiği istisna’ akdi

³⁸ Ebû Sünne, *el-‘Urf ve’l-‘âde*, s. 12; Zerka, *Medhal*, c. II, s. 871-874; İbn Emîr el-Hâc, *Takrir*, s. 340; Karaman, “Âdet”, *DİA*, c. I, s. 370; Seyyid Bey, *Usul-i Fıkıh*, Haz. Selçuk Camcı, Işık Akademi Yayınları, İstanbul 2011, s. 362; Selahattin Kıyıcı, *İslam Hukukunda Örf veÂdet*, İşaret Yayınları, İstanbul 1990, s. 22, 23.

³⁹ Ali Haydar Efendi, *Düreru’l- hükkam şerhu Mecelleti’l-Ahkâm* (Osmanlıca), 3. Baskı, İstanbul 1330, c. 1, s. 92, 93.

⁴⁰ İbn Âbidin, *Neşru’l-‘arf*, c. II, s. 114; Karaman, “Âdet”, *DİA*, c. I, s. 370; Zeydan, *el-Veciz*, s. 252; Hallaf, *Usul*, s. 85.

⁴¹ İbrahim Kafî Dönmez, “Örf”, *DİA*, c. XXIV, s. 88; Dönmez, “el-‘Urf fi’l-fikhi’l-İslâmî”, s. 3310; Şen ocak, *age*, s. 9, 10;

⁴² Cessâs, *Fusûl*, c. IV, s.248.

ifadesini kullanır.⁴³

Şemsüleimme es-Serahsî (ö.483/1090) insanların uygulaması (teamülü'n-nâs) adı altında örfü genel kurala karşı yapılan istihsanın delilleri arasında sayar.⁴⁴

Pezdevî (ö.482/1089) de istihsan başlığı altında icmayı, istihsanın dayandığı deliller içerisinde zikredip, sipariş akdini örnek olarak verir.⁴⁵ Böylece örf üzerinde icma hâsıl olduğunda gerekçe teşkil edebileceğini ifade eder.⁴⁶

Kelamcı usul geleneğinde ise, tahsis bağlamında âdete temas edilir; ancak bir kaynak değeri taşımadığının vurgulandığı görülür. Bununla beraber kimi müelliflerin örf ve âdetin tüm mezhepler tarafından kabul edildiğine vurgu yapmalarına rağmen, kelamcı usul geleneğinde örf konusu müstakil olarak ele alınmamıştır.⁴⁷

XVIII. yüzyıl Osmanlı ilim dünyasında önde gelen bir ilim adamı olan Ebû Said Muhammed el- Hâdimî (ö. 1762), örf konusuna bir usul metninde yer vererek ve örfü istihsandan bağımsız bir kaynak olarak ele alarak, özelde Hanefî usul geleneğine genelde ise usul literatürüne önemli bir katkıda bulunmuştur. Hâdimî, *Mecâmiu'l-hakâik* adlı usul eserinde örfle ilgili şu değerlendirmeleri yapmaktadır: İctihad dönemindeki teâmül şayet küllî bir nitelik taşıyorsa bu amelî (ve sukûtî) bir icmadır. Eğer bölgesel bir nitelik taşıyorsa, bazılarında (Belh meşâyihine) göre bu da amelî bir icmadır. Kuvvetli görüşe göre ise bölgesel teâmül, amelî bir icma olarak değerlendirilmez ve nassın bulunmadığı hususlarda muteber olur. İctihad döneminin dışında gerçekleşen genel teâmül de aynı şekilde nassın bulunmadığı hususlarda geçerlidir. Bundan dolayıdır ki fukaha “Nassın istimali bir hüccettir.” ve “Örfen ma'ruf olan, şart kılınmış gibidir.” demişlerdir.⁴⁸

Buradan anlaşıldığına göre Hadimî, ictihad zamanında oluşan genel örfü amelî icma kapsamında değerlendirmekte; ictihad zamanında oluşan özel örf ile ictihad

⁴³ Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa ed- Debûsî, *Takvimu'l-edille fi usuli'l-fikh*, 1. Baskı, Dâru'l-Kütubi'l-İlmiyye, Beyrut 2001, s. 405.

⁴⁴ Ebû Bekir Ahmed b. Ebi Sehl Şemsüleimme es- Serahsî, *Usulu's-Serahsî*, 1. Baskı, Dâru'l-kütubi'l-ilmiiyye, Beyrut 1994, c. II, s.202,203.

⁴⁵ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed Fahu'l-İslâm el-Bezdevî, *Usulu'l-Bezdevî (Kenzu'l-vusul ilâ ma'ri feti'l-usûl)* (Usulu'l-Kerhî ile birlikte), yy, ts, s. 276.

⁴⁶ Şenocak, *age*, s. 10.

⁴⁷ Okur, *age*, s. 130.

⁴⁸ Okur, *age*, s. 132.

zamanından sonra oluşan genel örfü, amelî icmaya “ilhak” ederek temellendirmektedir.⁴⁹

Hâdimî'nin bu değerlendirmesinden anlaşıldığı üzere sosyal bir norm olan örfün, kimi hususlar üzerinde icmanın oluşmasında önemli bir etkisi vardır. Örfün, insanların genel anlayışını yansıtmaması, onların ortak uygulamalarını göstermesi yönüyle icma ile benzerlikleri vardır. Ancak örf ile icmayı birbirinden ayıran farklılıklar da bulunmaktadır. Örf ile icma arasındaki belli başlı farklılıkları aşağıda ele almaya çalışacağız.

1.2 Örf ve İcmâ Arasındaki Farklar:

Bazı terimler yakın anlamlar ifade etmekle beraber birbirinden farklı anlamlara sahip olabilmektedirler. Örf ve icma terimleri de böyledir. Örneğin icma, bir makamın yazılı şekilde açıklanmış iradesine dayanmaması ve kesin bir “olması gerekeni” göstermesi bakımından örf ve âdet kurallarına benzerlik gösterir. Ayrıca her iki kavram spontane bir şekilde oluşmaları açısından da birbirine benzerlik gösterirler.⁵⁰ Ancak örf ve icma arasında bellibaşlı farklar da bulunmaktadır. Aşağıda bu temel farkların neler olduğuna değinilecektir.

- Örf, okuryazar ya da ümmî; müçtehid ya da mukallid gibi niteliklere sahip olan ya da olmayan insanların çoğunun benimsediği söz ve fiilden oluşur. İcma ise bir konuda sadece müçtehidlerin hemfikir olmalarıyla gerçekleşir.⁵¹
- Örf, bir işin ancak vicdanlarda yerleşecek derecede tekrar edilmesiyle gerçeklik kazanırken;⁵² icma, müçtehidlerin bir konuda görüş birliğine varmalarıyla oluşur. İcmanın gerçekleşmesi için işin tekrar tekrar olmasına ihtiyaç yoktur.⁵³
- Örfün kaynağı ya da oluşmasına zemin hazırlayan unsur insanların ihtiyaç ve maslahatlarını gerçekleştirmek, onlardan zorluğu kaldırmak iken, icmada

⁴⁹ Okur, *age*, s.133.

⁵⁰ Dönmez, “İcma”, *DİA*, c. XXI, s. 428.

⁵¹ Adil b. Abdulkadir b. Veli Kuvte, *el- Urf: Hucciyyetuhu ve eseruhu fi fikhi'l-muamela'ti'l-maliyye 'inde'l-Hanabile*, 1. Baskı, Mektebetü'l-mekkiyye, Mekke 1997, c. I, s. 122.

⁵² Ahmed Fehmi Ebû Sünne, *age*, s. 8.

⁵³ Kuvte, *age*, c. I, s. 122.

dayanak nass, kıyas ya da diğer delillerden biri olmalıdır.⁵⁴

- Örf'e dayanarak verilen hükümler, örfündeğişmesine paralel olarak değişir ve ancak bu örfü benimseyenler için gerekli olur. Fakat icma edilen hususlar nassa dayanan hükümlere eşdeğer olduklarından değişmezler.⁵⁵

Örf ile icma arasındaki bu temel farklılıklara temas ettikten sonra örfün sosyal bir norm olması hasebiyle zamana bağlı olarak değişmesi kaçınılmazdır. Örfün değişmesinde rol oynayan faktörlerin neler olduğunu aşığıda ele almaya çalışacağız. Kuşkusuz örfün değişmesindeki faktörler bunlarla sınırlı değildir. Her zaman ve zeminde bu faktörler farklı tezahürlerle örfün değişmesinde kendisini gösterebilir.

1.3 Örfün Değişme Nedenleri:

Bir yerde mevcut olan örfün değişmesi çeşitli sebeplerle açıklanabilir. Bunları şöyle açıklayabiliriz:

- **Genel ahlakın bozulması (fesâdü'z-zamân):** Zamanın bozulmasından maksat, ahlakın bozulması, başkalarına saygının zayıflaması veya yok olması ve değerlerin fesada uğrayıp sorumluluk duygusunun kalmamasıdır. Genel ahlakın bozulması ile müftülük için bir amme velayetinin kurulması, “divan-ı mezâlim” ve “dârü'l-adl” adlı divanların tesis edilmesi, hisbe teşkilatının kurulması gibi yeni müesseseler kurulmuş veya var olan müesseselere; mahkemelerde davaların tescili, şâhitlerin tezkiyesi, hâkimin kendi bilgisiyle hüküm vermesi gibi yeni şekiller verilmiştir.⁵⁶
- **Hükümün değişmesini gerektirecek etkenlerin oluşması:** Bu etkenleri dış etkenler, siyasî etkenler ve iktisadî etkenler olarak tasnif edebiliriz:

a. Dış Etkenler: Hz. Peygamber zamanında Arabistan yarımadasında ve ondan sonra da fetih hareketleri ile İslâmiyet başta İran olmak üzere Anadolu, Akdeniz gibi geniş bir alana yayıldı. Bunun sonucunda yabancı medeniyetler

⁵⁴ Kuvte, *age*, c. I, s. 122.

⁵⁵ Kuvte, *age*, c. I, s. 122; Bu konuda geniş bilgi için bk. Şenocak, *age*, s. 19.

⁵⁶ Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, MÜİFV Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1994, ss. 153-163.

ile kurulan irtibatlar yoluyla onlardan, tedavüldeki mevcut Bizans ve İran paraları olan dinar ve dirhemin kabul edilmesi, divan teşkilatının kurulması, teşrifat ve alayışın zarurîliği gibi yeni müesseseler alınmıştır. Yabancı medeniyetlerden alınan bu müesseseleri, devlet teşkilatında, saray hayatının ve teşrifatının inkişafında, vergi ve toprak meselelerinde hülâsa bütün amme müesseselerinde ve toplumsal hayatın birçok tezahürlerinde açıkça görmek mümkündür.

b. Siyasî Etkenler: Hz. Peygamber (s.a.v.)'in devlet başkanlığı idaresinde doğup gelişen İslâm devleti, esasta vahye, vahyin bulunmadığı konularda da şûra prensibine ve ictihada dayanıyordu. Hz. Peygamber (s.a.v.)'in vefatıyla Râşid halifeler dönemi başlamış ve bu dönemde özellikle Hz. Ebû Bekir ve Hz. Ömer zamanında şûra ictihadına büyük önem verilmiştir. Hz. Osman ve Hz. Ali zamanında ise yine hâkim olan unsur, İslâm'ın âli menfaatlerini kendi çıkarlarından üstün tutma anlayışı idi. Sonraki dönemlerde şûra prensibi yerini mutlakiyet anlayışına ve asabiyet duygusuna devretmiş diğer taraftan hilâfetin saltanata dönüşmesi ile devlet idaresinde sünnet ve Râşit halifelerin yolundan ayrılmalar başlamış, siyaseten öyle icab ettiği için hadislere aykırı uygulamalar meydana gelmiştir.

c. İktisadî Etkenler: İslam hukukunda hükmün değişmesine neden olan etkenlerden biri de iktisadî etkenlerdir. Öyle ki teşri' dönemindeki iktisadî yapı zamanla değişerek farklı şekiller almıştır. Bu değişime paralel olarak da fikhî hükümlerde bazı değişiklikler müşahede edilmiştir. Hz. Ömer tarafından divan teşkilatının kurulması, Ömer b. Abdülaziz tarafından sadaka-i fitrin atıyyelerden kesilmesi, divanın âkile yerini alması, altın ve gümüşten başka diğer tedavül araçlarının kullanılmaya başlanması bu değişikliklerin başında gelir.⁵⁷

- **Bilim ve teknolojideki gelişmeler:** Bilim ve teknolojideki gelişmeler insan hayatında ve toplumsal yapıda değişikliklere neden olduğu gibi hukuk alanında da değişikliklere neden olmuştur. Hukuk alanındaki bu değişiklikleri

⁵⁷ Age, ss. 184-207.

anahatlarıyla şöyle sayabiliriz: İnsanoğlunun fezaya açılması, aya çıkması ile buradaki namaz vakitlerinin nasıl olacağı, tıbbın ilerlemesi ile yeni tedavi yöntemlerinin gelişmesi sonucu alkol ve uyuşturucu madde içeren ilaçların kullanılması, kan nakli, organ nakli, tüp bebek gibi konuların fikhî hükmünün ne olduğu, matbaanın icadı ile “telif hakkı” kavramının doğması, radyo televizyon gibi âletlerin icadı ile bunların ibadetlerde kullanılıp kullanılmayacağı gibi yeni problemler bu değişikliklerden bazılarıdır. İşte bu ve benzeri sorunlar, zaman ve mekân unsuruna dayalı tatbikî hükümlerin değişmesine neden olmuş ve nassların yorumuna esneklik kazandırmıştır.⁵⁸

- **Coğrafi faktörler:** İslâm hukukunda özellikle ahkâmın farklılık arzemesinde tesirini gösteren etkenlerden biri de coğrafi faktörlerdir. Mekân farklılığı ve iklim özelliği gibi bu tür faktörler, hükümlerin henüz oluşumu sırasında etkisini göstererek onların yöreden yöreye farklılık göstermesini sağlamıştır. Örneğin iklim şartlarına göre insanların buluş çağının farklılık göstermesi, namazı bozan necasetin miktarında âlimlerin yöreden yöreye farklı içtihadlarda bulunması, bir yerin mescit sayılıp sayılmaması hususunda ortaya çıkan farklı görüşler ve namaz vakitlerinin tayininde coğrafi faktörlerin hükümlere etki etmesi bu etkilerden bazılarıdır.⁵⁹

Görüldüğü üzere her dönemin ve bölgenin tarihî, coğrafi ve sosyokültürel şartlarının oradaki şer’î hükümlerin oluşmasında etkisi vardır. Örf ile hükümler arasındaki bu etkileşim geçmişten günümüze devam etmiş, bundan sonra da değişen şartlara göre devam edecektir.

Sosyal bir norm olan örfün, toplumdaki gerçekliğinin yanında bir de şer’î hükümlere kaynaklık edip etmemesi yönüyle konumunun bilinmesi önem arz etmektedir. Aşağıda örf ve âdetin bu önemini, delil değerini, öncelikle âyet ve hadis temelinde göstermeye sonra da fıkıh âlimlerinin bu konudaki görüşlerine ve değerlendirmelerine yer vermeye çalışacağız.

⁵⁸ *Age*, ss. 221-231.

⁵⁹ *Age*, ss. 231-235.

2. ÖRFÜN KAYNAK DEĞERİ

2.1 Örfün Kaynak Değeri ve Temellendirilmesi:

Usulcü ve fakihlerin çoğunluğu örfü, şer'î hükümlerin oluşmasında dolaylı kaynak kabul etmektedir. Buna göre örf ancak icma, istihsan, istislah gibi başka bir şer'î delile dayanması durumunda hüküm çıkarmada dikkate alınmaktadır.⁶⁰ Bu durumda örf bizzat delil değil, kıyas gibi hükmü ortaya çıkararak bir delildir. Gerçek delil ise örfün dayandığı nass, icma gibi esaslardır.⁶¹ Çağdaş araştırmacılardan Hallâf (ö.1375/1956) ve Ebû Sünne'ye göre de örf müstakil bir delil değildir.⁶²

İslam hukukçuları hukukî bir kaynak olarak örf ve âdeti incelerken, bu kavramların kaynak değerini temellendirmek amacıyla, Kitap ve Sünnet'te ilgili metinleri araştırmışlar ve şu delilleri getirmişlerdir:

Kur'an-ı Kerim' de; "af yolunu tut, örfü emret(ve'mur bi'l-'urfi) cahillere kulak asma" âyeti⁶³ bu konudaki en önemli delildir. Nitekim İbn Âbidin (ö. 1252/ 1836) örfle ilgili kaleme aldığı *Neşru'l-arf fi Binai ba'di'l- ahkâmi 'ale'l-urf* adlı risalesinde örfü temellendirirken bu âyeti delil olarak kullanmıştır.⁶⁴

İlgili âyetle istidlal edip örfün hukukî açıdan bir delil olduğunu ifade eden Karâfi, "bir delil olmaması durumunda bu âyetin zâhirine bakarak örf ve âdetin doğruladığı şeye dayanarak hüküm verilir." demektedir. Aynı yaklaşımı benimseyen Alâuddin et-Trablusî (ö. 844/1440), âyette geçen örf kelimesinin, insanların âdetleri ve teâmülleri anlamında olduğunu, Yüce Allah'ın da Hz. Peygambere "örfü emret" buyurmasının hukukî konularda onun dikkate alınması gerektiğine delâlet ettiğini, aksi halde bu emrin bir faydasının olmayacağını söylemiştir.⁶⁵

Âyette, hukukçulara şer'in reddetmediği hususlarda, insanların tanıyıp bildiği şeylerin yani örfün esas alınarak hükümlerin belirlenmesinin emredildiğini söyleyen Suyûtî (ö. 911/1505), bu durumun örfün dikkate alınması noktasındaki hukukî pensibin

⁶⁰ Muhammed Cebr el- Elfi, "el-'Urf", *Mecelletü mecma'i'l-fikhi'l-İslâmî*, 1988, c. V, s. 3275.

⁶¹ Kuvte, *age*, c. I. s. 225, 226.

⁶² Hallâf, *İlmu usuli'l-fikh*, s. 86; Ebû Sünne, *el-'Urf*, ss. 40-42.

⁶³ A'raf, 7/199.

⁶⁴ İbn Âbidin, *age*, c. II, s. 114.

⁶⁵ Ebû Sünne, *age*, Dârü'l-besâir, 1. Baskı, yy. , 2003, s. 55.

esasını oluşturduğunu söylemektedir.⁶⁶ Âlûsî (ö. 1270/1854)de benzer bir yaklaşımla âyette geçen örfü, “güzel olarak bilinen bu yüzden de insanların itiraz etmeksizin onaylamalarına daha yakın olan fiiller”⁶⁷ olarak açıklamaktadır.

Hiz. Peygamber’in ashabından olması yönüyle âyetleri tefsir etmesi ayrı bir önem arz eden Abdullah b. Abbas (ö. 68/687) ilgili âyette geçen örfü, “iyilik etmek ve ihsanda bulunmak”⁶⁸ şeklinde, Abdullah b. Zübeyr (ö. 73/692) de, âyetin insanların ahlakıyla ilgili olarak indiğini söylemektedir.⁶⁹ Yine müfessirlerden Cessâs (ö. 370/981) âyette geçen örfü “sahih akıl sahiplerince hoş karşılanan ve yapılması aklen güzel olan her şey”⁷⁰ olarak, Fahrüddîn er-Râzî (ö.606/1209), “mutlaka yapılmasının gerekli, varlığı yokluğundan daha hayırlı olduğu bilinen her şey”⁷¹, Kurtubî (ö. 671/1273), “akılların beğenip kabul ettiği, ruhların da huzur ve sükûn bulduğu bütün güzel hasletler”⁷², Ebu’l-Berekât en-Nesefî (ö. 710/1310), ‘urf kelimesini “akıl kabul ettiği ve dinin de uygun bulunduğu hasletler”⁷³, İbn Kesîr (ö. 774/1373)ise, “Yüce Allah’ın Hiz. Peygamber’e öğrettiği ahlak esasları,”⁷⁴ olarak açıklamışlardır.

Buradan anlaşıldığı üzere âyette emredilen örf, genellikle “güzel kabul edilen şeyler” olarak tefsir edilmiştir. Bu mana ise tam olarak ıstılahî anlamda ifade edilen örfü karşılamamaktadır. Ancak âyette geçen örfü “vicdanlarda yerleşen ve selim tabiatlarca kabul gören söz ve eylemler” şeklinde açıklamak mümkündür. Nitekim âyette, örf kelimesinin başında bulunan, istiğrakiyye anlamında olan “el” takısının gelmesi ona kuşatıcılık ve yaygınlık anlamı kazandırmaktadır. Bu yüzden müfessirlerin önemli bir bölümü de bu kelimeyi yaygın anlam çerçevesinde tefsir etmişlerdir. Buna göre âyette emredilen örf, hem “güzel kabul edilen şeyi” hem de, “vicdanlarda yerleşen ve selim

⁶⁶ Kuvte, *age*, c. I, s. 182.

⁶⁷ Ebû Fazl Şihabuddin el-Âlûsî, *Ruhu’l-meanî fi tefsiri’l-Kur’ânî’l-azîm*, Dârü’l-fikr, Beyrut 1998, c. VI, s. 213.

⁶⁸ Abdurrahman Celaü’l-Dîn es-Suyûtî, *ed-Dürü’l-mensur fi tefsiri’l-me’sûr*, Dârü’l-fikr, yy, 1993, c. III, s. 629.

⁶⁹ Abdurrahman Celaü’l-Dîn es-Suyûtî, *age*, c. III, s. 628.

⁷⁰ Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, Dârü ihyai’t-türasi’l-Arabî, yy, ts, c. IV, s. 214.

⁷¹ Fahrüddîn er-Râzî, *Tefsîr-i Kebîr* (Mefâtihu’l-Ğayb), Dârü ihyai’t-türasi’l-Arabî, 3. Baskı, Beyrut 1999, c. V, s. 434.

⁷² Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî el-Kurtubî, *el-Câmi’ li-ahkâmi’l-Kur’ân*, Dârü ihyai’t-türasi’l-Arabî, Beyrut 1985, c. V, s. 346.

⁷³ Ebu’l-Berekât Hâfizüddîn Abdullah b. Ahmed en-Nesefî, *Medâriku’t-tenzîl ve hakâiku’t-te’vîl*, Dârü’l-kütubi’l-ilmiyye, Beyrut ts, c. I, s. 597.

⁷⁴ İmâduddin Ebu’l-Fidâ İsmail b. Ömer b. Kesîr, *Tefsîru’l-Kur’ânî’l-azîm*, Mektebetü’l-ulûm ve’l-hikem, Medine 1993, c. II, s. 266.

tabiatlarca benimsenen söz ve eylemleri” kapsar.⁷⁵

Sünnet’te ise konuyla ilgili olarak şu rivayetler önemlidir. “Müslümanların güzel gördüğü şey (hasen), Allah katında da güzeldir” rivâyeti⁷⁶ bulunmakla beraber, her ne kadar bu hadis, Hz. Peygambere isnat edilse de Abdullah b. Mes’ud’ dan gelen mevkuf bir haber olarak geçmektedir.⁷⁷

Yine Hz. Peygamber’in, kocası Ebû Süfyan’ın cimriliği ve nafaka vermemesi nedeniyle onun malından gizlice alıp alamayacağını soran Hind’e “Ma’rûf miktarda sana ve çocuğuna yetecek kadarını alabilirsin.” diyerek verdiği cevap örfü hakem kıldıklarının diğer bir delilidir.⁷⁸

Örfün naslardaki yerini ve önemini belirttikten sonra onun hangi durumlarda delil kabul edilip edilmediği önemlidir. Nitekim hukukî olarak muteber kabul edilmeyen örfler de söz konusu olabilmektedir. İşte hukuken geçerli bir örfte bulunması gereken şartlar vardır. Bu şartları iki başlık altında ele alarak aşağıda inceleyeceğiz.

2.2 Örfün Şartları:

Hukuk düzenince muteber kabul edilmeyen örflerin meydana gelmesi mümkün olduğundan örfle ilgili şartları, varlık şartları (unsurlar) ve muteber sayılma şartları olarak iki grupta incelemek mümkündür.⁷⁹

2.2.1 Varlık Şartları:

- Sürekli uygulama (İttirat ve Galebe): Örf, muttarid ve gâlip olmalıdır.⁸⁰ Bundan kastedilen sayı çokluğu olmayıp olayların çoğunluğunda rastlanması anlamına gelmektedir.⁸¹ Bu şart örf kuralının maddî (objektif)

⁷⁵ Şenocak, *age*, s. 38.

⁷⁶ A. b. Hanbel, *Müsned*, I, 379; İ. Malik, *Muvatta’* (Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî rivâyeti), Dârü’s-sünne ve’s-siyer, 1. Baskı, Bombay 1992, c. I, s. 633.

⁷⁷ İbn Nüceym, *el-Eşbah ve’n-nezâir*, c. 1, s. 295; İsmail İbn Muhammed el-Aclûni, *Keşfu’l-hafâ*, Di maşk 2000, c. II, s. 219. İbn Abidin, *Neşru’l-’arf*, c. II, s. 115; Ebû Sünne, *el-’Urf*, s. 31, 32; Kuvte, *el-’Urf*, c. I, s.189; Ayrıca bk. Dönmez, “Örf”, *DİA*, c. XXIV, s. 89;

⁷⁸ Dönmez, “el-’Urf fi’l-fikhi’l-İslâmi”, s. 3343.

⁷⁹ Dönmez, *age*, s. 3348-3355; geniş bilgi için bk. Zerka, *el-Medhal*, c. II, s. 897-902; Kuvte, *el-’Urf*, c. I, s. 231-246; Ebû Sünne, *age*, 73-88; Dönmez, “Örf”, *DİA*, c. IV, s. 89, 90.

⁸⁰ İbn Nüceym, *age*, c. 1, s. 299; Ebû Sünne, *age*, s. 73.

⁸¹ Zerka, *age*, c. II, s. 897.

unsuru olarak değerlendirilir.⁸²

- İstikrar (Yerleşik Kanaat): Toplumda öyle olması gerektiği yönünde bir inancın, genel bir kanaatin bulunması manasına gelen bu şart örfün manevî unsurunu oluşturur.⁸³

Toplumdaki devamlı kanaati ve baskın uygulamayı ifade eden örfün manevî unsurunun sınırlarını maddi unsurun belirlediğini söyleyebiliriz. Örfün varlık şartlarını oluşturan bu hususlardan sonra bir örfün şer'an geçerli sayılabilmesinin de bazı şartları vardır. Şimdi bu şartların neler olduğuna temas edilecektir.

2.2.2 Muteber Sayılma Şartları:

- Örf, şer'î delillere muhalif olmamalıdır.⁸⁴Yani hukuka ve ahlaka aykırı (fâsid) örflere dayanılarak hüküm verilemez. Şarap içmek, kumar oynamak, zina, faiz ve benzeri gibi İslam hukukunun men ettiği şeyler insanlar arasında hoş görülmeye başlansa ve örf halini alsa bile meşruluk kazanamaz.
- Örf tasarruf anında mevcut olmalıdır.(Târi olmama): Bir örfün fikhî ihtilafın çözümünde esas alınabilmesi için tasarruf anında mevcut olması gerekir. Buna göre örfün ortaya çıkması tasarruf anından önce olmalı ve tasarruf zamanına kadar devam etmelidir.Tasarruf vaktinden sonra ortaya çıkan örfler ile, tasarruftan önce mevcut olmasına rağmen uygulamadan önce değişen örflere itibar edilmez.⁸⁵
- Örfün hilâfına bir söz veya fiil bulunmamalıdır.⁸⁶Yani örfün tatbik edilmeyeceği kararlaştırılmış olmamalıdır. Nitekim bir akit yapılırken eğer örfün tatbik edilemeyeceği hususunda taraflar anlaşmışsa, bu örf delil olmaz. Mesela, işçiye yemek vermek örf olduğu halde başta bunun aksi kararlaştırılmış ise, sonradan örf olduğu gerekçesi ile yemek verilmesi

⁸² Dönmez, "Örf ", *DİA*, c. XXXIV, s. 89.

⁸³ Dönmez, "Örf ", *DİA*, c. XXXIV, s. 89.

⁸⁴ Ebû Sünne, *el-'Urf ve'l-âde*, s. 80; Zerka, *Medhal*, s. 902.

⁸⁵ Ebû Sünne, *age*, s. 85.

⁸⁶ Ebû Sünne, *age*, s. 87, 88; Zerkâ, *age*, c. II, s. 901.

istenemez.

Örfün daha iyi anlaşılabilmesi ve işlevinin tesbit edilebilmesi için örf hakkında çeşitli tasnifler yapılmıştır. Bu tasniflerin her birinin kendi içinde elbette bir değeri vardır. Biz de aşağıda örfü yapısı bakımından, yayıldığı bölge açısından ve şer'an sahih olup olmaması açısından tasnif ederek izah edeceğiz.

3. ÖRFÜN ÇEŞİTLERİ

3.1 Yapısı Bakımından:

- Lafzî (Kavlî) Örf: Kavlî örf, insanların bazı lafızları sözlük anlamı dışında bir manada kullanıp onunla belli bir şey kasetmesidir. Örneğin “veled” kelimesi sözlükte hem erkek hem de kız çocuk anlamına gelirken örfte sadece erkek çocuk için kullanılır. Mutlak olarak zikredilen “et” kelimesinin balık etini dışarıda bırakması da sözlü örfte örnektir.⁸⁷ Yine dâbbe ismi asıl itibariyle adım atan, hareket eden her şey için konulmuş ise de sonraları dört ayaklı hayvanlara tahsis edilmiştir. Aynı şekilde konuşan, söz söyleyen herkes mütekellim (konuşan) ise de mütekellim ismi sonraları kelim ilmini bilenlere tahsis edilmiştir.⁸⁸
- Amelî Örf (Uygulama Örfü): Amelî örf, insanların teati ile alışveriş yapmak, mihri, muaccel ve müeccel şeklinde taksim etmek, umûmi hamamları belli bir bekleme süresi tayin etmeksizin kullanmak gibi âdet haline getirdikleri seylerdir.⁸⁹ Yine bazı ağır şeylerin örneğin odun, kömür ve buğdayın satılması hususunda bunların müşteriye tesliminin satıcının üzerine olması amelî örf kapsamına giren hususlardandır.⁹⁰

3.2 Yayıldığı Muhit Açısından:

Örf-i Âmm (Umumî-Genel Örf): Bütün insanlar tarafından her zaman ve her

⁸⁷ Zeydan, *Vecîz*, s. 252.

⁸⁸ Gazzalî, *Mustasfa*, (Çev: Yunus Apaydın), Klasik Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2006, c. II, s. 8, 9.

⁸⁹ Zeydan, *age*, s. 252

⁹⁰ Zerkâ, *Medhal*, c.II, s. 877.

yerde geçerli olan veya İslam hukuku açısından risalet devrinden zamanımıza kadar bütün hukukçuların benimseyip uyguladıkları ve hakkında herhangi bir nass bulunmayan örflere genel örf denir.⁹¹ Hamamda yıkanma ve istisna' (sanatkara bir şey ısmarlama) akdini buna örnek verebiliriz. Hanefiler bu örf karşısında kıyas'ı terk ederler ve buna örf sebebiyle istihsan (istihsanü'l-'urf) adını verirler.⁹²

Örf-i Hâs (Hususî- Özel Örf): Bir bölge, şehir ya da sanat veya meslek sahipleri arasında yaygın olan örflere özel örf denir.⁹³ Mesela "dâbbe" kelimesinin Irak'ta sırf at için kullanılması, tüccarın tuttuğu defterin borç ispatı için delil kabul edilmesi bu kısımdan sayılır.⁹⁴

3.3 Geçerlilik Bakımından:

- Sahih Örf: Sahih örf insanların âdet edindikleri, şer'î bir delile aykırı olmayan, haramı helal kılmayan ve vacibi de ortadan kaldırmayan örfdür.⁹⁵ İnsanların istisna' akdini âdet edinmeleri, evlilikte erkeğin eşine sunması gereken mehri, mukaddem ve muahhar olarak ikiye ayırmaları, nişanlanan erkeğin nişanlısına süs ve elbise olarak verdiği eşyaların hediye olarak kabul edilip mehir sayılmaması sahih örf olarak kabul edilir.⁹⁶
- Fâsid Örf: İnsanların âdet haline getirdiği fakat şer'î esaslara aykırı olan ya da haramı helal yapan veya vacibi iptal eden örfdür. Fâsid örf, şer'î esaslara olduğu gibi genel ahlaka da aykırıdır. İnsanların doğum günükutlamalarında ve cenaze törenlerinde âdet haline getirdikleri yasak işler ve davranışlar fâsid örf kapsamına girerler.⁹⁷

⁹¹ Ferhat Koca, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis (Daraltıcı Yorum)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, s. 253.

⁹² Muhammed Ebû Zehra, *Usulü'l-fıkh*, Çev. Abdülkadir Şener, Fecr Yayınevi, Ankara 2009, s. 234; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2005, s. 68.

⁹³ Koca, *age*, s. 253.

⁹⁴ Zuhayli, *Fıkh Usulü*, s. 106.

⁹⁵ Hallâf, *İlmi usûli'l-fıkh*, Dâru'l-fikri'l-Arabî, Kahire 1996, s. 85.

⁹⁶ *Age*, s. 85.

⁹⁷ Hallaf, *age*, s. 85; Ayrıca bk. Şâtîbî, *el-Muvafakât fi usuli's-şerîa*, (Çev: Mehmet Erdoğan), İz Yayıncılık, İstanbul 1999, c. II, s. 284;

Sonuç olarak, toplumda sosyal bir realite olarak var olan her örfün meşru' ve makbul olduğunu söylemek mümkün değildir. Örflerin meşru' ve makbul olmalarının şartı ise sahih nasslara ve genel ahlaka aykırı olmamaları gelmektedir. Elbette örf ve âdetler insanlar bir arada yaşadıkça hep var olacaklar ve örfler, içinde olduğu ve geliştiği toplumu müsbet ve menfi yönde etkileyecektir. Bu durum aslında geçmişten geleceğe bütün toplumlarda yaşanan bir süreç olarak devam eden bir gerçekliktir. Örflerin devam edegelen bu süreç içerisinde farklı mezheplerde farklı değerlendirmelere tâbi tutulduğu da kuşkusuzdur. Ancak biz tezimizde sadece Hanefî mezhebi açısından örfün tarihî sürecini anahatlarıyla kısaca ele almaya ve belli dönemlerde fıkıh âlimlerinin örfle karşı bakış açılarını ortaya koymaya çalışacağız.

4.HANEFÎ MEZHEBİNDE ÖRFÜN KONUMU:

Hanefî mezhebinde, örfün tarihsel süreç içerisinde geçirdiği aşamaların bilinmesi ve tezimizde örfle ilgili konularda bir Hanefî fakihi olan Mevsılî'nin görüşlerinin anlaşılması, yaşadığı zaman diliminde mezhebin örfle ilgili eğiliminin tesbit edilebilmesi için Hanefî mezhebinde örfün konumunun bilinmesi önem arz etmektedir.

Mezhebin ilk döneminde örf, hukukî uygulamada daha merkezî bir konuma sahiptir. Mezhebin tedvini ve usûlünün oluşmasından sonraki yüzyıllar itibari ile örf, metinlerin elde ettiği merkezî rolün de etkisi ile en azından teoride tâli bir konuma gerilemiştir. Hatta Wael B. Hallaq'a göre örf, istihsan ve istüşab gibi tâli kaynakların, kaynaklar hiyerarşisinde elde ettikleri konumu elde edememiştir.⁹⁸

Hanefî mezhebinde örf, genellikle istihsan başlığı altında ele alınmakla beraber örfün konumu ile ilgili Ebû Yusuf'un tutumu, özgün bir yorum ortaya koymuştur. Ebû Yusuf'un "ribâ hadîsi" ile ilgili görüşü, örfle kaynaklar hiyerarşisi içinde önemli bir konum sağlamakta idi. Fakat Ebû Yusuf'un görüşü çoğunluğun desteğini almaktan yoksun kalmıştır. Ebû Hanîfe'nin bizzat kendisinden sonra ikinci otorite olan Ebû

⁹⁸ Ömer Faruk Ocakoğlu, *Hanefî Mezhebinin Mezhep İçi İşleyişinde Örfün Konumu: İbn-i Abidin'in "Örf Risalesi" Örneği*, (Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2004, s. 55.

Yusuf'un, örfü bir nevi kaynak olarak kabul etmesine rağmen, örfün hukukun resmî kaynakları arasında yer almada başarı kazanamayışı dikkat çekicidir.⁹⁹ Ebû Yusuf'tan sonraki dönem ise, metinsel otoritenin daha fazla merkezî rol almasını beraberinde getirmiştir. Merğînânî'nin, “ sarîh metinsel kurallar örften daha kuvvetlidir ve kuvvetli olan zayıf olan karşısında terk edilmez.” ifadesi bu değişimi bize net bir şekilde aktarmaktadır. Usul alanında metinsel otoriteler karşısında gerileyen örf, buna rağmen fûru alanında geçerliliğini sürdürebilmiştir.¹⁰⁰

Hanefî mezhebinde Ebû Yusuf'tan sonra örfle ilgili sarîh açıklamalarda bulunan Serahsî'dir. İmam Serahsî'nin örfle ilgili kaidesi “ örfle sabit olan şey, şart kılınmış gibidir.”¹⁰¹ kuralıdır. Sonraki yüzyıllar itibari ile hukukî uygulamada örfün kullanımı giderek artsa da hukuk usulünde örf, formel bir yere sahip olamamıştır.

16. yüzyıla gelindiğinde İbn Nüceym (ö. 970/1563) örf konusuna ve onunla ilgili meselelere değinen en önemli fakihlerden biri olarak karşımıza çıkar. Bilindiği gibi İbn Nüceym, fıkhn üzerine bina edildiği ilkeleri toplamak amacı ile kaleme aldığı “*el-Eşbâh ve'n-nezâir*” adlı eserinde örf konusuna “*el-âdetü muhakkimetün.*” (Örf hukukî normları belirler.) başlığı altında müstakil bir bölüm açmıştır.* İbn-i Nüceym evrensel (örf-i 'âmm) ve yerel (örf-i hâs) diye iki tür örf arasında ayırım yapar. İlki bütün Müslüman ülkelerde yaygınken, ikincisi sınırlı bir bölge veya bir kasaba veya köyde etkilidir. Evrensel örf nassa aykırı değilse Hanefî mezhebinin yetkin öğretisine göre hukuk yapımında dikkate alınmalıdır. Ancak yerel örfün hukukî bir gücünün olup olmadığı konusunda ihtilaf vardır.¹⁰² İbn-i Âbidin'in (1198/1783-1252/1836) “*Neşru'l-'arf*”te *el-eşbâh*'a yaptığı atıflardan da anlaşıldığı kadarıyla örfün meşrulaştırılması noktasında ondan fazlaca yararlanılmıştır. İbn-i Nüceym'in bu çalışmasından sonra kaleme alınan en yetkin ve sistemli çalışma İbn-i Âbidin'in *Neşru'l-'arf* adlı çalışmasıdır.¹⁰³

⁹⁹ Wael B. Hallaq, “ Bir Osmanlı Reform Öncüsü: Örf ve Hukukî Değişim Üzerine İbn Âbidin”, çev: Ömer Faruk Ocakoğlu, *Usûl*, 2005, sy. 3, s. 165, 166.

¹⁰⁰ Ocakoğlu, *age*, s. 55.

¹⁰¹ Serahsî, *Mebûsût*, Dârü'l-ma'rife, Beyrut ts, c. XXIII, s. 102.

* İlgili ibare yaygın kabule göre “ âdet muhakkemdir. Yani hükmi şer'îyi isbat için örf ve âdet hakem kılınır.” şeklinde anlaşılmıştır. (bk. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul ts., c. I, s. 266, 267.)

¹⁰² İbn Nüceym, *age*, s. 79, Hallaq, *agm*. s. 169;

¹⁰³ Ocakoğlu, *age*, s. 56.

Son büyük Hanefî hukukçu Dimeşkli Muhammed Emin İbn-i Âbidin de örfe dair görüşlerini iki önemli risalesinde ele almıştır. 1243/1827'de *Ukudu resmi'l- müfti* adlı şiirine yine aynı adla yazdığı şerhde ifta makamını, ifta makamının fonksiyonunu ve müftünün yorum alanının sınırlarını belirleyen kuralları açıklamıştır.¹⁰⁴

“*Neşru'l- 'arf fi binâi ba'zı'l-ahkâmi 'ale'l- 'urf*” adlı eserinde ise güncel pratik meselelerin yani örf ve âdetin hukukî muhakeme sürecine dâhil edilebilmesinin yöntemini sunar. Örf ile fıkhîta ona verilen rol arasındaki ikiliğin hassas bir çözümünü dener.¹⁰⁵

İbn Âbidin, *Neşru'l- 'arf* te mezhebin muteber metinlerinden örf tanımlamaları ve örfe meşruiyet zemini sağlayan ifadeler iktibas ederek¹⁰⁶ örfün nass karşısındaki durumuyla ilgili yeni söylemin, hem mezhep geleneği içerisinde kalarak legalleştirilmesini sağlamakta hem de ortaya çıkan probleme mezhep geleneği içerisinde kalarak çözüm üretmenin yolunu açmaktadır. Nass ve örf arasındaki ilişkiyi açıklarken İbn-i Nüceym'i izleyerek evrensel ve yerel örf arasındaki ayrımı ortaya koyar. Evrensel örfün nassı tahsis edebileceğini ancak hiçbir şekilde onu iptal etmeyeceğini belirtir. Yerel (özel) örfle ilgili olarak İbn-i Âbidin, özel örfün hukukî muhakeme sürecine dahil edilmesinin meşruiyetini sistem içerisine yerleştirmeye çalışır. Bununla ilgili olarak Ebû Yusuf'un görüşünün gerçek anlamından saptırıldığını düşünerek, onun yapmak istediği şeyin örfü nassa ait yasakların hukukî gerekçesi olarak kullanmak olduğunu iddia eder. Peygamber hadisi, muayyen malların tartı ile ve diğerlerinin de ölçü ile ölçümünü gerekli kıldıysa, bu sadece Peygamber zamanında örf böyle olduğu için olmuştur. Eğer örf farklı olsaydı Peygamber hadisinin altının ölçü ile ve arpanın tartı ile satımına cevaz verebileceği bütünüyle düşünülebilirdi. Bundan dolayı İbn-i Âbidin, “örf değişime uğrarsa, hukukî kuralın da değişmesi gerekir. Değişen ve yeni ortaya çıkan örfe itibar edilmesi nassı ihlal değildir. Bilakis böyle bir itibar gerçekte nassın gereklerine bağlanmayı sağlar.” sonucuna ulaşır. Ebû Yusuf'un öğretisine minnettarlığını ifade ederek şöyle der: “Tanrı bu zamanın insanlarına yaptığı

¹⁰⁴ Hallaq, *agm*, s. 175.

¹⁰⁵ Ocakoğlu, *age*, s. 59.

¹⁰⁶ İbn Âbidin, *age*, c. II, s. 114. (İbn Âbidin burada İbn Nüceym'in el-*Eşbahı*'ndan, Siracüddin el-Hindî'nin (ö. 773/ 1372) *Şerhu'l- Muğni* adlı eserinden ve diğer bazı fakihlerden örf ve âdet tarifleri nakleder. İbn Âbidin'in iki âlimden naklettiği tarif şöyledir: “ *el- 'âdetu 'ibaratün 'ammâ yestekirru fi'n-nufusi mine'l- 'umuri'l-mütekarriruhu'l- ma'kuleti 'inde't-taba'i's-selîm.*)

şeyden dolayı Ebû Yusuf'u çokça mukafatlandırısın. O, faiz gibi ciddi bir dertten onları muhafaza etmiştir."¹⁰⁷

Buradan anlaşılmaktadır ki özel örfle ilgili olarak her ne kadar mezhebin asıl görüşü aksine de olsa İbn-i Âbidin, zayıf görüş uyarınca özel örfün özel hüküm ortaya koyarak sadece örfün uygulandığı bölgede geçerli olabileceğinisöyler. Bu da müftünün bölgesinde uygulanan örfler uyarınca hukukî muhakemede bulunabileceği anlamına gelir.¹⁰⁸

Hanefi mezhebinde örfün tarihsel sürecine bakıldığında inişli çıkışlı bir süreç yaşandığını söyleyebiliriz. Ebû Yusuf'un tutumu örfe kaynaklar hiyerarşisi içinde önemli bir konum sağlamış, İbn Nüceym'in örfün meşrulaştırılmasının zeminini oluşturan "âdet muhakkemdir." kaidesiyle örfün meşruiyeti konusunda önemli bir aşama kaydedilmiştir. Daha sonra İbn Âbidin bu silsileyi devam ettirmiş ve Hanefi geleneği içerisinde kalarak eleştirel bir yaklaşımla örfün özel bir hüküm ortaya koyabileceğini belirtmiştir.

Bu bölümde Mevsılî'nin hayatı, yaşadığı dönem ve bu dönemin sosyo-kültürel yapısı ve ilim anlayışı ile ilgili bilgileri tesbit etmeye çalıştık. Ayrıca İslam hukukunun zamana ve şartlara göre değişebilen boyutlarını anlayabilmek için örf ve âdet kavramları üzerinde durduk. Ve bu kavramların birbirleriyle ilişkilerini, örf ve icma arasındaki ilişkiyi, örfün değişme nedenlerini, şartlarını ve çeşitlerini, Hanefi usul geleneğinde ilk dönemden günümüze yapılan örf tariflerini, örfün bir delil olarak ele alınıp alınmadığını incelemeye çalıştık. Buraya kadar yapılan tesbit ve değerlendirmelerden anlaşıldığı kadarıylaörfün, fıkıh usulü açısından tarihî seyri içerisinde, aslında kaynaklar hiyerarşisi içinde Ebû Yusuf'un etkisiyle önemli bir konuma geldiğini ancak daha sonraki dönemlerde hukukî uygulamada örfün kullanımı giderek artsa da metinsel otoritenin daha fazla rol almasıyla fıkıh usulünde örfün formel bir yere sahip olamadığını söyleyebiliriz. Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde Mevsılî'nin "el- *İhtiyâr li ta'lili'l-muhtâr*" adlı eserinde örf ve âdet konusu ele alınacaktır.

¹⁰⁷ Hallaq, *agm*, s. 175-178; Ayrıca bu konuda geniş bilgi için bk. İbn-i Âbidin, *age*, c. II, ss. 116-118.

¹⁰⁸ Ocakoğlu, *age*, s. 71.

İKİNCİ BÖLÜM

İHTİYAR'DA ÖRF VE ÂDET

İhtiyar'da örf ve âdete dâir hükümlere geçmeden önce bu kavramlarla ilgili bazı hususların bilinmesinde yarar mülâhaza ediyoruz. Zira eserde kullanılan tâbirlerin her biri yaklaşık bir mana ifade etseler de aralarında bazı nüanslar bulunabilmektedir. İşte bu nüanslara işaret etmesi ve eserde geçen konuların daha iyi anlaşılmasına yardımcı olması hasebiyle bu tâbirlerin manasını aşağıda kısa açıklamalarla izah etmeye çalışacağız.

1. ÖRF VE ÂDETLE İLGİLİ TERİMLEŞMİŞ İFADELER:

1. Örf- Âdet: Örf, İslam toplumunun benimsediği, alışageldiği ve günlük yaşayışında uymak zorunda bulunduğu söz veya fiillerdir. Âdet ise, zaman zaman bir işi yapma ve işleme, bir işi yapıp bitirdikten sonra bir daha yapma, öteden beri yapılagelen şeyleri ifade eder. Çoğulu 'âdât'tır. Âdet kavramı fıkıhta örfle eş anlamlı olarak kullanılır. Örf ve âdetle ilgili *el-İhtiyar*'da geçen bazı tâbirler şunlardır: *el-'Urf*,¹⁰⁹ *el-'âde*,¹¹⁰ *'urfen*,¹¹¹ *'âdeten*,¹¹² *fi-'urfihim*,¹¹³ *li'l-'urf*,¹¹⁴ *te'ârafûhu (fiil olarak)*,¹¹⁵ *i'tibaren li'l-'urf*,¹¹⁶ *i'tibaren li'l-'âde*,¹¹⁷ *li-'ademi'l-'urf*,¹¹⁸ *lem tecri'l-'âde*,¹¹⁹ *fi'l-'âdeti*, *i'tadû (fiil olarak)*,¹²⁰ *'ale'l-'urf*,¹²¹ *fi 'urfînâ*,¹²² *'amelen bi'l-'urf*,¹²³ *li 'urfî'l-hisâb*,¹²⁴ *ceryen 'ale'l-'urf*,¹²⁵ *bi-delâleti'l-'urf*.¹²⁶

2. Te'âruf: Tearuf da örf ile aynı kökten gelir. Bir şeyin örf haline gelmesi, herkesçe

¹⁰⁹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 303.

¹¹⁰ Mevsilî, *age*, c. II, s. 277.

¹¹¹ Mevsilî, *age*, c. I, s. 162.

¹¹² Mevsilî, *age*, c. IV, s. 305.

¹¹³ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 317.

¹¹⁴ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 312.

¹¹⁵ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 451.

¹¹⁶ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 298.

¹¹⁷ Mevsilî, *age*, c. III, s. 216.

¹¹⁸ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 300.

¹¹⁹ Mevsilî, *age*, c. III, s. 77.

¹²⁰ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 434.

¹²¹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 308.

¹²² Mevsilî, *age*, c. IV, s. 312.

¹²³ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 315.

¹²⁴ Mevsilî, *age*, c. II, s. 404.

¹²⁵ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 313.

¹²⁶ Mevsilî, *age*, c. II, s. 245.

bilinir olması manasına gelir. Tearufla ilgili *el- İhtiyar*'da geçen ifadeler şunlardır: *el-mütearef fihi*,¹²⁷ *gayri mutearef*,¹²⁸ *li-cereyani't-te'aruf*¹²⁹.

3. Teâmül: Teamül de örf ve âdetle aynı anlamda kullanılır. Ancak bazı usul eserlerinde teâmül ve amelü'n-nâs kavramlarının, Resûlullah döneminden beri süregelen sahabe ve tabiin âlimlerinin karşı çıkmadığı uygulamaları ifade ettiği belirtilir. Teâmül, öteden beri bir yerde ve bir şeyde yapılagelen, usûl ve âdet halini alan muameleleri ifade eder. Teâmülle ilgili eserde geçen bazı kelimeler: *et-te'amül*,¹³⁰ *li'l-hâceti* ve *cereyani't-te'amül*.¹³¹

4. Beled-Diyâr: Beled, mahkemesi yahut karakolu ya da pazarı olan küçük yerleşim birimlerine verilen bir isimdir. İlgili tabirler şunlardır: *Âdetü ehli'l-harameyn*,¹³² *'alâ 'âdeti ehli'l-Kûfe*,¹³³ *fi cemi'i'l-bilâd*,¹³⁴ *'urfu ehli'l-Kûfe*.¹³⁵

5. Ma'rûf-Mu'tâd: Ma'rûf, insanlar tarafından tanınan, bilinen şeye denir. İstilahî olarak, şer'an ya da aklen güzel görülen her şeyi ifade eder. Münker kelimesinin zıddıdır. Cümle içinde genellikle "bi kadri'l-hâce" (ihtiyacı kadar) anlamını ifade eder.¹³⁶ Mu'tâd, âdet kelimesiyle aynı kökten olup "örf olan, âdet olan şey" demektir. *İle'l-mu'tadi*¹³⁷ gibi.

6. Beyne'n-nâs: Bu tâbir "insanlar arasında" anlamına gelir. Genellikle terkip halinde kullanılır. İlgili tabirler şunlardır: *Âdetü'n-nâs*,¹³⁸ *li-hâceti'n-nâsi ileyhi*¹³⁹, *beyne'n-nâs*.¹⁴⁰

7. Hâcetü'n-nâs: Hâcetin kelimesinin çoğulu hâcât ve havâic'tir. Lüzum, gereklilik, ihtiyaç anlamına gelir. Terkip olarak manası, karşılanmadığı zaman insanlar için sıkıntı

¹²⁷ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 316.

¹²⁸ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 299.

¹²⁹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 313.

¹³⁰ Mevsilî, *age*, c. II, s. 287.

¹³¹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 260.

¹³² Mevsilî, *age*, c. I, s. 95.

¹³³ Mevsilî, *age*, c. II, s. 337.

¹³⁴ Mevsilî, *age*, c. III, s. 42.

¹³⁵ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 321.

¹³⁶ Ebu'l-Feth Nasıruddin el Mutarrızı, *el- Mugrib fi tertibi'l-mu'rib*, Mektebetü Usameti'bni Zeyd, 1.

Baskı, Şam 1979, c. II, s. 55.

¹³⁷ Mevsilî, *age*, c. II, s. 313.

¹³⁸ Mevsilî, *age*, c. I, s. 61.

¹³⁹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 251.

¹⁴⁰ Mevsilî, *age*, c. II, s. 313.

ve zorluk doğuracak şeyleri ifade eder. İlgili örnekler: *li'l-hâce*,¹⁴¹ *'urfen li'l-hâce*,¹⁴² *li hâceti'n-nâs*.¹⁴³

8. İhtilâfü'-zamân, fesâdü'z-zamân: Zamân kelimesi, yaşanan dönemi ve çağı ifade eder. Zamanın bizzat kendisinde bozulma söz konusu değildir. Buradaki fesâd (bozulmadan) maksat, insanların sahip olduğu ahlakın ve başkalarının hakkına saygının zayıflaması, değerlerin fesâda uğrayıp sorumluluk duygusunun kalmaması ve yöneticilerin hak ve adâletten ayrılmasıdır. İlgili kelimeler şunlardır: *fi külli beldetin ve külli zamânin*¹⁴⁴, *ihtilafu 'âdetin ve zamanin*,¹⁴⁵ *li fesadi'z-zamân*,¹⁴⁶ *li fesadi ehli'z-zamân*,¹⁴⁷ *fi zamaninâ*,¹⁴⁸ *ihtilafu'z-zamân*,¹⁴⁹ *el-ân*.¹⁵⁰

9. İstihsân: Zâhiren kıyası bırakıp insanların ihtiyacına daha uygun olanı almaktır. Başka bir ifadeyle istihsan, “kolaylık için güç olanı terk etmek, herkesin mübtela olduğu şeylerde şer'i müsadeye dayanarak, kolaylık tarafını arayıp amel etmektir.”¹⁵¹ Örnek: *istihsânen li'l-'urf*.¹⁵²

10. Umûm-i Belvâ: Sözlükte belvâ, “zahmet ve imtihan konusu olan şey” anlamındadır. Fıkıhta umûmü'l-belvâ, çokça karşılaştığı ve toplumda yaygınlaştığı için mükelleflerin kaçınmasının hayli zor olduğu hâdiselerle, bilinmemesi âdeten mümkün olmayan durum ve olayları ifade eder.¹⁵³ İslam dini kolaylık dini olması hasebiyle zarûret ve ihtiyaç durumlarında zarûretin derecesine göre, hükümlerde esneklik sağlanarak bazı istisnalar getirilmiştir. İlgili tâbirler şunlardır: *li umûmi'l-belvâ*,¹⁵⁴ *li-enne'-belvâ fihi e'amm*,¹⁵⁵ *li'z-zarûreti'l-âmm*.¹⁵⁶

¹⁴¹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 345, c. II, s. 260.

¹⁴² Mevsilî, *age*, c. III, s. 60.

¹⁴³ Mevsilî, *age*, c. III, s. 101.

¹⁴⁴ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 317.

¹⁴⁵ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 321.

¹⁴⁶ Mevsilî, *age*, c. I, s. 82, c. II, 445.

¹⁴⁷ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 446, c. III, s. 145.

¹⁴⁸ Mevsilî, *age*, c. I, s. 58, c. II, s. 383, 418, c. III, s. 62, c. IV, s. 446.

¹⁴⁹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 418

¹⁵⁰ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 380.

¹⁵¹ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 265.

¹⁵² Mevsilî, *age*, c. IV, s. 312.

¹⁵³ Mustafa Baktır, “Umûmü'l-belvâ”, *DİA*, İstanbul 2012, c. XIII, s. 155.

¹⁵⁴ Mevsilî, *age*, c. I, s. 24.

¹⁵⁵ Mevsilî, *age*, c. I, s. 43.

¹⁵⁶ Mevsilî, *age*, c. I, s. 45.

Örf ve âdetle ilgili bu tâbirler örf kavramını ve onunla ilgili kavramları daha iyi anlamamızı sağlayacak ve kullanılan kavramların el- *İhtiyar*'da orijinal ifadesiyle nasıl ifade edildiğini göreceğiz. Şimdi örf ve âdete dair hükümleri konularına göre taksim edip bunları ana başlıklar halinde ele alıp işleyeceğiz.

2. ÖRF VE ÂDETE DAİR HÜKÜMLER: Örf ve âdete dair hükümleri şu başlıklar altında inceleyebiliriz:

2.1 İbâdetlerle İlgili Hükümler: İbâdet dînî terim olarak, “insanın Allah’a saygı, sevgi ve itaatini göstermek, O’nun hoşnutluğunu kazanmak niyetiyle ortaya koyduğu belirli tutum ve davranışlardır”.¹⁵⁷İbâdetler dinin özünü teşkil eden iman esaslarından sonra dinde ikinci önemli halkayı oluşturur. Ayrıca ibâdetler, dinin amelî hükümlerinin en başında yer aldığından, Hz. Peygamber ve Hulefâ-i Raşidîn döneminde dini anlama faaliyeti şeklinde algılanan ve II. (VIII.) yüzyıldan itibaren dinin amelî hükümlerine hasredilmeye başlanan fıkıh ilminin ana konularından birini oluşturmuştur.¹⁵⁸

İbâdet konuları klasik fıkıh kitaplarının genel olarak ilk bölümlerinde yer alır. Klasik fıkıh kitaplarının sistemetiği ile ilgili muâmelât bölümünde daha geniş bilgi verilecektir. İbâdetlerle ilgili hükümleri on bir başlık altında ele alıp inceleyeceğiz:

2.1.1 Temizlik (Tahâret) İle İlgili Hususlar:

a. Kuyuların Temizlenmesi:

Su kuyusuna bir pisliğin düşmesi durumunda genel kurala (kıyas) göre, o kuyunun suyu tamamen boşaltılsa bile kuyu temizlenmiş olmaz. Zira suyun necis olması ile kuyudaki çamur da necis olur ve her hâlükarda dipten çıkan suya bu çamur karışır. Ancak bu kuralın istisnaî durumları aşağıda görüleceği şekilde olabilir:

Şöyle ki; sahralarda ve şehirlerdeki kuyulara deve, koyun, keçi, at ve sığır tersi düşer ve kuyuya bakan kimse [kendi takdirine göre] bunları çok görmezse, kuyu pislenmiş olmaz. Çünkü bu pisliklerin azında zarûret vardır. Hatta bu pisliklerin yaşı, kurusu, sağlam ve dağılmış olanı kaçınılması mümkün olmayan umûmî bir belâ

¹⁵⁷ Mustafa Sinanoğlu, “İbâdet”, *DİA*, c. IX, s. 233.

¹⁵⁸ Ferhat Koca, “İbâdet”, *DİA*, İstanbul 1999, c. XIX, s. 241, 242.

olduğundan (*li 'umûmi'l-belvâ*) aynı hükmü taşırlar.¹⁵⁹Fakat çok olanında böyle bir zarûret söz konusu değildir (*velâ zarûrete fi'l-kesîr*). İtimat edilen görüşe göre, çok olan miktarın ölçüsü Ebû Hanîfe'den yapılan rivayetle, ona bakan kişinin onu çok görmesidir.

Yine koyun sağılırken pisleyip de tersinden bir veya iki tane, süt kabına düşmesi durumunda zarûrete binâen (*li mekâni'z-zarûre*) pislik hemen atılırsa süt necis olmaz.¹⁶⁰

Bu meselede Mevsilî, İmam Serahsî'yi takip etmiştir.¹⁶¹

Anlaşıldığı üzere bilhassa kırsal bölgelerde kuyu olmasa bile çeşmelere, su depolarına benzeri pislikler düşebilmekte, insanlar da buralardan sularını tedarik etmektedirler. İşte bu hüküm, böyle durumlarda kuşkusuz önemli bir kolaylık sağlar.

b. Artıkların Hükümü:

Kedi, serbest gezen tavuk, yılan, akrep ve fare gibi evlerde dolaşan hayvanların genel kurala göre etlerinin pis olması, artıklarının da pis olmasını gerekli kılar. Ancak bu genel kurala muhalif olarak *İhtiyar*'da, şu hüküm aktarılmaktadır: Bunlar evlerimizde dolaştıklarından ve kendilerinden kaçınmak mümkün olmadığından (*lem yekûni'l-ihirazü anhu li kevnihâ mine't-tavâfâti 'aleynâ*) artıkları kerâhetle temizdir. Yırtıcı kuşların artıkları da böyledir.¹⁶²

İmam Serahsî, doğan, şahin, atmaca gibi yırtıcı kuşların artıklarının istihsânen (*istehsennâ*) ve belvâen (*tetehakkü'l-belvâ*) kerâhetle birlikte temiz olduğunu; kedinin artığının ise *Câmiu's-Sağîr*'e atfen Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre mekruh, Ebû Yusuf'a göre ise, temiz olduğunu aktardıktan sonra kendi görüşünü, "biz Hanefîlere göre (lenâ) mekruhtur." diyerek açıklıyor.

Ayrıca fare, yılan, akrep gibi evlerde yaşayan haşerâtın artığı olan sular konusunda Serahsî şöyle diyor: "Kedide bulunan kaçınılması mümkün olmayan durum (*li enne'l-belve'l-letî...fi'l-hirre*), bu hayvanlarda da bulunmaktadır. Dolayısıyla Ebû

¹⁵⁹ Mevsilî, *age*, c. I, s. 24.

¹⁶⁰ Merğînânî, *age*, c. I, s. 26.

¹⁶¹ Serahsî, *age*, c. I, s. 87.

¹⁶² Mevsilî, *age*, c. I, s. 26.

Hanîfe'ye göre bunların artıkları istihsânen (*istehsene*) temiz, ancak mekruh kabul edilmiştir.¹⁶³

Merğînânî bu meseleyi şöyle açıklamaktadır: Yılan, fare gibi evlerde barınan canlıların etlerinin haram olması artıklarının da haram olmasını gerektirmiştir. Ancak bu haşerâtlar, kedi gibi kap kacak arasında dolaştıkları için (*li 'illeti't-tavf*) onlardaki necâ set hükmü düşürülmüştür.¹⁶⁴

Ayrıca domuzun, köpeğin ve yırtıcı hayvanların artığı olan sular pis artıklardır. Ancak bu yırtıcı hayvanların terleri, kendilerinde bulunan umûmî bir belâ sebebiyle zarûret olduğundan (*fîhi zarûretün li 'umûmi'l-belvâ*) necis değil, temizdir.¹⁶⁵

c. Necâsetler ve Temizlenmeleri:

Necâsetlerin, galîza ve hafîfe olmak üzere iki kısma ayrılmasında kullanılan ölçütlerden biri de umûm-i belvâ olup olmamalarıdır. Ebû Hanîfe'ye göre, necâset-i galîza, hakkında nass bulunan ve bu hususta muâriz bir nass bulunmayan, sakınılmasında zorluk bulunmayan pisliklerdir.

Buna göre, insan bedeninden çıkan ve temizlenmesi gereken dışkı, sidik, irin ve kusuntu gibi şeyler necâset-i galîzadır. Ancak meninin necâseti hususu Mevsilî'de şöyle nakledilmektedir: “*Meni, eğer vücuda bulaşıp üzerinde kurursa Ebû Hanîfe'nin Hasan vasıtasıyla rivayetine göre, bu durumda ovalanmakla temizlenmez.*¹⁶⁶ Ancak Kerhî'nin ahabımızdan nakline göre ise, bu sakınılması çok zor ve yaygın bir belâ olduğundan (*li-enne'-belvâ fîhi e'amm*) *meni ovalanmakla temizlenmiş olur.*”¹⁶⁷

Hidâye'de elbisede kuru olan meniye ovmanın kâfi olduğu, vücuda değmiş olanın da Mâveraünnehir âlimlerine istinaden [kâle maşâyihunâ...] daha büyük bir güçlük olması sebebiyle (*li enne'l-belvâ fîhi eşeddü*) ovulmakla temizlenmiş olacağı bilgisi aktarılmaktadır.¹⁶⁸

¹⁶³ Serahsî, *age*, c. I, s. 50, 51.

¹⁶⁴ Merğînânî, *age*, c. I, s. 29.

¹⁶⁵ Mevsilî, *age*, c. I, s. 27.

¹⁶⁶ Ebû Hanîfe'den rivayet edilen sahih görüşe göre, üzerimize bulaşıp kuruyan meni ovalanmakla azalır. Azaldığı için de onunla namaz kılmak câiz olur. (Mevsilî, *age*, c. I, 43.)

¹⁶⁷ Mevsilî, *age*, c. I, s. 42, 43.

¹⁶⁸ Merğînani, *Hidâye*, Dârü'l-erkam, Beyrut ts. c. I, s. 43.

İmam Serahsi ise, kuru meniyi ovarak gidermekle, elbisenin temiz olacağına istihsânen (*istehsene*) cevaz verildiğini belirtmektedir.¹⁶⁹

Yine Ebû Hanîfe'ye göre, hayvan ve sığırların dışkısı ve sidiği pistir. Ancak İmameyn'e göre, bunlar umûm-i belvâ olduklarından (*li 'umûmi'l-belvâ*) necâset-i hafifedir. Ebû Hanîfe'ye göre, ayakkabıya bulaşan [kuru] hayvan pislikleri zarûret sebebiyle (*ve 'z-zarûre*) necâset-i hafifedir. Dolayısıyla silmekle temizlenmiş olurlar.¹⁷⁰ Şarap ve sidik gibi yaş olan ve cirmi bulunmayan pislikleri temizlemek ise, ancak yıkamakla mümkün olur. Zira yaş pislik bulaşan ayakkabı, yere sürülürse, o pislik ayakkabıya daha çok bulaşır. Bundan dolayı ayakkabı temizlenmiş olmaz. Ancak Ebû Yusuf'a göre, şarap ve sidik haricinde [yaş veya kuru] bir pislik, ayakkabıya bulaşırsa umûmî bir zarûret sebebiyle (*li 'z-zarûreti'l-âmm*) ayakkabı yere sürmekle temizlenmiş olur.¹⁷¹

Merğînânî *Hidâye* adlı eserinde Ebû Yusuf'un görüşünün umûm-i belvâ (*li 'umûmi'l-belvâ*) sebebiyle daha isabetli olduğunu, kendi âlimlerinin de bu görüşte olduğunu ifade etmektedir.¹⁷²

Serahsî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.¹⁷³

Ebû Yusuf'un yukarıdaki görüşünün, özellikle kırsal bölgelerde, yaylalarda sürü yönetimiyle geçimlerini sağlayan insanlar için önemli bir kolaylık sağladığını söyleye biliriz.

Ayrıca sakınılması zor (*lâ yümkinu'l-ihtrâzü anh*) ve umûmu'l-belvâ olduğundan (*li 'umûmi'l-belvâ*), eti yenmeyen kuşların tersleri hafif pisliklerdir.¹⁷⁴ Zira güvercinlerin mescitlerde bırakılabilecekleri hususunda müslümanlar icmâ etmişlerdir (*li icmâi'l-müslimîn*). Fakat tavuk ve ehlî ördek pislikleri galîza pisliklerdir. Bununla

¹⁶⁹ Serahsî, *age*, c. I, s. 81.

¹⁷⁰ Mevsilî, *age*, c. I, s. 44.

¹⁷¹ Mevsilî, *age*, c. I, s. 45.

¹⁷² Merğînânî, *age*, c. I, s. 43.

¹⁷³ Serahsî, *age*, c. I, s. 82.

¹⁷⁴ İmam Muhammed, kuşlar ile insanlar bir arada bulunmadıkları için kuşların pisliğinden korunmak imkansız değildir. Bunun sebeple necasetin hafif olması zarûretten (*li 'z-zarûre*) dolaydır demiş ve kuşların pisliğini galîz necaset kabul etmiştir. Dolayısıyla eti yenilmeyen kuşların pisliğine, bir dirhemden fazla miktarda bulaşan bir elbise ile namaz kılmak Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre câiz, İmam Muhammed'e göre ise câiz değildir. (Merğînânî, *age*, c. I, s. 45.)

beraber iğne başı kadar sidiğın elbiseye sıçraması durumunda, bundan sakınmak mümkün olmadığından (*lâ yümkinu'l-ihtirâzü anh*) ve bunda zorluk olduğundan (*fihî harac*) mahsurlu değildir. Yarasaların tersi ve sidiği, bit ve pire kanı da böyledir.¹⁷⁵

Mebsût'ta güvercin ve serçe pisliklerinin temiz olduğuna istihsânen (*istehsenehû 'ulemâünâ...*) cevâz verildiği nakledilmekte¹⁷⁶, iğne başı kadar ufak damlacıkları, insanların sıkça başına gelen bir durum olması sebebiyle (*li enne fihî belvâ*) yıkamanın da gerekli olmayacağı zikredilmektedir.¹⁷⁷

Anlaşıldığı üzere İslam dini, insanların içinde buldukları sosyal yapıya ve yaşam biçimlerine uygun esnek kuralları ve her türlü zorluk karşısında ibadetlerini yerine getirebilecekleri kadar yeterli temizlik ölçülerini yukarıda görüldüğü gibi somut ve objektif olarak ortaya koymuştur.

2.1.2 Teyemmümü Bozan Şeyler

Mevsılî'nin konuyla ilgili olarak verdiği örnek şöyledir:

Bir kervan yolcusunun, yükleri arasında suyu unutup teyemmüm ile namaz kılması durumunda, daha sonra hatırladığında namazını iade edip etmemesi hususunda örf'e göre farklı hükümler verilmiştir. Şöyle ki;

Ebû Yusuf'a göre, budurumda namazı iade etmesi gerekir. Çünkü yolcu, suyun varlığına delil mevcut olduğu halde, suyu aramadan önce teyemmüm etmiştir. Su âdeten sunulmuş sayılır (*li-enne'l- mâe mebzûlun 'âdeten*). Ve mevcut gibi kabul edilir.

Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre ise, böyle bir kimse suyu kullanmaktan âcizdir; çünkü unutma halinde suyu kullanmaya gücü yoktur. Bu güçsüzlüğü semâvi bir sebeptendir ki o da unutmaktır. Dolayısıyla bu kimsenin teyemmümü câizdir.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Mevsılî, *age*, c. I, s. 46.

¹⁷⁶ Serahsî, *age*, c. I, s. 56.

¹⁷⁷ Serahsî, *age*, c. I, s. 86.

¹⁷⁸ Mevsılî, *age*, c. I, s. 31;

Mevsilî, bu hususta Serahsî ve Merğînânî'yi takip etmiştir.¹⁷⁹

Burada âdet kelimesi, daha çok insanların kendi dönemlerinde yaşadıkları koşulları, ulaşım vasıtalarını ve kültürel yapılarını yansıtan bir kavram olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla Ebû Yusuf'un bu şartlara istinaden namazın iâde edilmesi yönünde bir hükümde bulunmuş olduğunu söylemek mümkündür.

2.1.3 Namazlarda Tesvîb Uygulaması

İbadetleri ifa etmede aslolan, onları Şâri'in bizden yapılmasını istediği şekilde hiçbir değiştirme yapmadan yerine getirmektir. Namaz, oruç, hac ve benzeri ibadetler naslarda ne şekilde yapılması isteniyorsa, o şekilde eda edilmelidir. Neden ve niçin'i bilinmeyen, illeti naslarda açıklanmayan hususlarda bir değiştirme söz konusu olmaz. İbadetlerdeki bu özellik taabbudîlik kavramıyla ifade edilir. Ancak ibadetlerin taabbudî yönüyle değil de onların uygulanması ile ilgili tâli derecede önemli, bölgeden bölgeye farklılık gösteren hususlarda değişiklik söz konusu olabilmektedir.¹⁸⁰

Namaza çağrı niteliğinde olan, Peygamberimiz (s.a.v.) zamanında sabah ezanına ilave olarak söylenen tesvîb uygulaması bu farklılığa bir örnek teşkil etmektedir.

Tesvîb, beş vakitte ezan okunduktan sonra “ vakt-i salât, namaza namaza!” gibi bir tabirle ayrıca çağrıda bulunulmasıdır.¹⁸¹Tesvîb, namaz vaktinin girdiğini her belde halkının anlayacağı dilde ve şekilde, ezanla kamet arasında fazladan bildirmektir.¹⁸²

Mevsilî, tesvîb uygulamasının, Bilâl-i Habeşî'nin sabah namazına giderken Hz. Peygamber (sav.)'in hâne-i saadetine, “es-salâtü hayrun mine'n-nevm” diyerek seslenmesi, Hz. Peygamber'in de bundan hoşnut olup onu sabah ezanına eklemesinin kendisinden istemesiyle ilk olarak başladığını aktardıktan sonra bunun sebebini fecir vaktinin, insanların gaflet ve uyku zamanı olmasıyla izah eder.

Tesvîble ilgili diğer görüşleri ve konunun örfe göre değişkenlik arz eden

¹⁷⁹ Serahsî, *age*, c. I, s. 121, 122; (İmam Serahsî, burada muteber olanın, suyu kullanmaya güç yetirebilmek olduğunu unutmakla bu gücün ortadan kalktığını belirterek Ebû Hanife ve İmam Muhammed'in görüşünü isabetli bulmuştur); Merğînânî, *age*, c. I, s. 34.

¹⁸⁰ Abdullah Kahraman, *İslam Hukukunda Değişim ve İbadetler*, 1.Basım, Ensar Neşriyat, İstanbul 2012, s. 29 vd.

¹⁸¹ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 573.

¹⁸² Mevsilî, *age*, c. I, s. 58.

boyutunu Mevsilî şöyle nakletmektedir:“Ebû Yusuf’a göre namaz vakitlerini bildirecek görevliler Hz. Ömer tarafından tayin edildiğine göre bütün vakitlerde tesvîbin yapılmasında bir sakınca yoktur. Bir kavle göre kadı, müftü ve müslümanların idaresiyle meşgul olan herkes için namaz vaktinin girdiğini bildirmekte bir sakınca yoktur. Yine denildi ki, zamanımızda (*fî zamâninâ*) dini işlerde ihmalkârlık zuhur ettiği için her namaz vaktinde bu yapılmalıdır.”¹⁸³

Kâsânî (ö. 587/1191) tesvîble ilgili, zamanımızda (*fî zamâninâ*) insanlar genellikle gâfil olduklarından ve dünyaya aşırı meylettiklerinden [sadece sabah namazında değil] diğer namazlarda da tesvîbin uygulanmasında bir sakınca olmadığını ifade eder. Ayrıca Kâsânî, her beldenin örfüne göre tesvîbin, ‘tenahnuh (öksürme)’, ‘es-salah es-salah’ veya Buhara ehlinin örf haline getirdikleri (*mâ yete ’ârafûnehû*) şekilde ‘bâyek namaz bâyek’ (namaza kalkın, buyurun!) gibi sözlerle yapılabileceğini zikretmektedir.¹⁸⁴

Merğînânî de sabah namazı dışındaki namazlarda tesvîbin mekruh olduğunu ancak bu namazlardaki tesvîbin sahabe-i kirâm döneminden sonra Kûfe uleması tarafından insanların hallerinin değişmesi sebebiyle (*li teğayyuri ahvâli ’n-nâs*) ihdas edildiğini daha sonra müteahhirîn ulemasının da dinî işlerde ciddiyetsizliğin ve gevşekliğin zuhur etmesinden dolayı (*li zuhûri ’t-tevânî*) bütün namazlarda tesvîbi güzel gördüklerini (istehsenûhu) nakletmektedir.¹⁸⁵

Serahsî’nin de bu meseleye aynı şekilde yaklaştığını görmekteyiz.¹⁸⁶

Kâdîhân da (ö. 592/ 1196) “zamanımızda (*fî zamâninâ*) diğer namazlarda da tesvîbin yapılmasında bir mahzur yoktur.”¹⁸⁷ diyerek tesvîbin artık zamanın değişmesine bağlı olarak söylenmesinin vazgeçilmez bir durum olduğuna vurgu yapmaktadır.

Buradan anlaşıldığı üzere insanların namaz konusundaki duyarlılıklarına bağlı olarak ve bölgeden bölgeye farklılık gösteren bir uygulama ile tesvîbin yapıldığını ve

¹⁸³ *Age*, c. I, s. 58.

¹⁸⁴ Kâsânî, *Bedâi’u ’s-sana’i*, Dâru’l- kütubi’l- ilmiyye, 2. Baskı, Beyrut 2003, c. I, s. 641, 642.

¹⁸⁵ Merğînânî, *age*, c. I, s. 52.

¹⁸⁶ Serahsî, *age*, c. I, s. 131.

¹⁸⁷ Kâdîhân, Fahreddin Hasan b. Mansur, *FetâvâKâdîhân* (Fetavayı Hindiyeye ile birlikte), 2. Baskı, Dâru’s- sadır, Bulak 1310, c. I, s. 79.

bugün de aynı gerekçelere bağlı olarak insanların namaz konusundaki hassasiyetlerini koruma adına tesvîbin farklı üsluplarda yapılmasının faydalı olacağını söylemek mümkündür.

2.1.4 Namazdan Önce Yapılacak İşler

Namazın sahih olması farzlarına ve rukünlerine uygun olarak kılınmasına bağlıdır. Namazın rukünlerinden olan setr-i avret konusu ve bu konunun ayrıntıları da tabiatıyla önem arz etmektedir. Konunun âdetle ilgili kısmı el-*İhtiyar*'da şöyle geçmektedir:

Namazda setr-i avret konusunda erkeğin ve kadının örtünmesi gereken kısımları vardır. Buna göre, erkeğin avret yeri, göbek altından başlayıp dizlerini geçinceye kadardır. Hür kadının ise yüzü ve elleri hariç vücudunun her tarafı avrettir. Kadının, başını ve bedeninin tamamını örtmedikçe, tek elbise ile namaz kılması câiz olmaz. Mevsilî, konunun devamında kadının ellerinin dirseğe kadar olan kısmının (zira') açık bulundurulmasının namaza zarar vermeyeceğini söylüyor ve bunu temellendirmek için kadının ekmek ve yemek yaparken bu kısmı açık bulundurageldiğini (ve *tehtâcu ilâ keşfihi*) ve burada da zâhir zînet olarak (*mine'z-zîneti'z-zâhirati*) bileziklerin bulunduğunu söylüyor.¹⁸⁸Bu görüşüyle Mevsilî, kadının namazda örtünmesini ve namazının sihatini örf'e dayandırmış ve farklı bir hükümde bulunarak kendi görüşünü ortaya koymuştur.

Erkeğin ise, sadece şalvar veya pantolonla namaz kılması mekruhtur. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v), erkeğin omuzu üzerinde bir giysi olmaksızın sadece alt tarafını örten bir giysi ile namaz kılmasını yasaklamıştır.

Ebû Hanîfe de, erkeğin namazdaki setr-i avreti ile ilgili, insanların örfüne dayanarak şu hükme varmıştır: Sadece şalvarla namaz kılmak cefa ehlinin (kaba insanların) yaptığı işe benzer. Oysa tam elbise giymek, insanı cefa ehlinin durumundan uzaklaştırır. Hem altı hem de üstü örten elbiseler giymek insanların âdetidir (*fi kamîsin ve ridâin 'âdetü'n- nâs*).¹⁸⁹

¹⁸⁸ Mevsilî, *age*, c. I, s. 62.

¹⁸⁹ Mevsilî, *age*, c. I, s. 61, 62; Serahsî, *age*, c. I, s. 34. (Hz. Peygamber döneminde takım elbise biri izar diğeri rida olmak üzere iki parça kumaştan meydana gelmekte idi. İzar peştemal gibi bağlanır, rida ise

Görüldüğü üzere burada Ebû Hanîfe, insanların sosyal durumuna, giyim kültürüne ve bununla ilgili anlayışlarına bakarak bu çerçevede bir hüküm vermiştir.

Ancak günümüzde insanların kılık kıyafet konusundaki algı ve uygulamalarının değişmesi, özellikle deniz turizminin yaygınlaştığı bölgelerde erkeğin, sadece avret sayılan yerlerini örten pantolon veya şort gibi alt kıyafetleri ile dolaşması yaygınlık kazandığından bu şekilde namaz kılmalarının câiz olduğunu ve bunun namazdaki setr-i avret kurallarına aykırı olmadığını söylemek yapılması gereken en isabetli davranış olsa gerektir.

2.1.5 Cemâat ve İmâmetle İlgili Hükümler: Mevsilî’de konuyla ilgili geçen örnek şöyledir:

İmamlık yapması mekruh olan kişiler sayılırken, kölenin, bedevînin, körün, fâsığın, zinâdan doğmuş olanın ve bid’atçinin imamlık yapmalarının mekruh olduğu zikredilir. Bunlardan zinâdan doğmuş olan kimsenin imamlığının mekruh olması âdeten hafife alınıp hor görülmesi(*veledü’z-zina yustehaffu bihi ‘âdeten*) ve tabiatıyla kendisine dînî bilgi öğretecek kimsenin bulunmayacağı ve bu kimselerin çoğunlukla câhil kalacağı gerekçesine dayandırılmıştır.¹⁹⁰

Mevsilî’nin bu hususta Serahsî ve Merğînânî’yi tâkip ettiğini görüyoruz.¹⁹¹

Burada imamlık yapması mekruh olan kişiler sayılırken hepsinde ortak olan özellik içinde buldukları toplum tarafından kabul görüp görmemeleri olmuştur. İçinde yaşadığı toplumun önderi konumunda olan böyle kişilerin bu ve benzeri konuların her zaman ve zeminde dikkat etmeleri gereken en önemli hususlar olduğunu fikhın da bu hususları dikkate alarak hüküm verdiğini söyleyebiliriz.

ihram gibi omuza atılırdı. Bunların ikisi bir bütün halinde bir takım elbise ederd (Serahsî, *age*, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008, c. I, s. 66).

¹⁹⁰ Mevsilî, *age*, c. I, s. 80;

¹⁹¹ Serahsî, *age*, c. I, s. 41; Merğînânî, *age*, c.1, s. 29.

2.1.6 Kadınların Cemaate Gelmelerinin Hükümü:

Kadınların cemaate [camiye]gelmeleri konusunda genç yaşlı ayrımı yapılarak genç kadınların cemaate gelmelerinin mekruh olduğu zikredildikten sonra konu Mevsilî'de şu gerekçeye dayandırılıyor: Genç kadınların cemaate gelmeleri halinde fitneden korkulur. Yaşlı kadınlar için fitne söz konusu olmayacağından Ebû Hanîfe'ye göre,yaşlı kadınlar sabah, akşam ve yatsı namazlarındacemaate (camiye) gelebilirler. Zira fâsıklar öğle ve ikindi vakti etrafa dağılırlar. Akşam vakti de yemekle meşgul olurlar. Yatsı ve sabah vakitlerinde de uykuda olurlar.

İmameyn'e göre ise, yaşlı kadınlar bütün vakitlerde cemaate katılabilirler.¹⁹²

Bu görüşlerden sonra Mevsilî, kendi zamanındaki durumu dikkate alarak şu hükme varmıştır: Zamanımızda (*fi-zamâninâ*) muhtar olan şudur ki; fesat yaygın olduğu ve kötülükler alenen işlendiği için (*li-fesâdi'z-zamâni ve't-tezâhuri bi'l-fevâhiş*) kadınların evlerinden çıkmaları, cemaate gelmeleri câiz değildir.¹⁹³

Mevsilî yukarıdaki görüşünü kendi zamanında, kadının toplum içerisindeki konumuna ve sosyal hayata katılma biçimine göre ortaya koymuştur. Ancak günümüzde fitne- fesâdın yaygın olmasına ve kötülüklerin daha da alenî işleniyor olmasına rağmen, kadının toplumsal hayata aktif olarak katılabildiğini, çarşı pazara rahatça çıkabildiğinigördüğümüzden kadınların camiye de gelmelerinde bir beis olmadığını söylemek mümkündür. Bununla beraber camilerin fiziki şartlarının kadınların cemaate katılmalarına engel olmayacak şekilde düzenlenmesinin, ibadetlerini her yönüyle rahat yapabilmeleri açısından son derece önemli olduğunu da gözden uzak tutmamamız gerekir.

2.1.7 Teravîh Namazı:

Ramazan ayında yatsı namazından sonra, vitir namazından önce tek başına veya cemaatle orucun değil, Ramazan'ın sünneti olarak kılınan yirmi rekâtlı namaza Teravîh Namazı denir. Şafî mezhebine göre,teravîh namazını, câmide cemaatle kılmak efdal, iki rekatta bir selam vererek kılmak şarttır.Malikî mezhebine göre, teravîh namazını

¹⁹² Merğînânî, *age*, c. 1, s. 71.

¹⁹³ Mevsilî, *age*, c. I, s. 82.

cemaatle kılmak mendup, Hanbelî mezhebine göre ise aynî sünnettir.¹⁹⁴

Konumuzla ilgili olarak Hanefî mezhebinde İmam Muhammed, “müslümanların güzel gördüğü şey Allah yanında da güzeldir, müslümanların çirkin gördüğü şey, Allah yanında da çirkindir.”¹⁹⁵ hadisini esas alarak şöyle demiştir: “Ramazan ayında insanların cemaat halinde namaz kılmalarında bir beis yoktur. Çünkü müslümanlar bu konuda icmâ etmişler ve bunu güzel görmüşlerdir.”¹⁹⁶ Ayrıca İmam Serahsî, Peygamber (sav.)’in: “Benim ve benden sonra Râşit Halifelerimin sünnetine sarılız.” hadisini¹⁹⁷ naklederek Râşit Halifelerin teravihi düzenli olarak kıldıklarını söylemektedir.¹⁹⁸

Konu Mevsilî’nin el-İhtiyaradlı eserinde şöyle geçmektedir: Ramazan gecelerinde cemaatin yatsı namazından sonra toplanarak 5 terviha kılmaları gerekir. Her terviha 4 rekâttır, her iki rekatta bir selam verilir. Her dört rekattan sonra dört rekatlık bir namaz kılacak kadar oturulur. Teravih namazı tamamlanınca yine bu kadar oturulur ve sonra imam cemaate vitir namazını kıldırır. Ubey b. Ka’b, teravih namazını ashâba böyle kıldırıştır. Ve bu kılış şekli Mekke ve Medine halkının da âdetidir (*huve ‘âdetu ehli’l- harameyn*).¹⁹⁹

Serahsî ve Merğînânî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.²⁰⁰

Burada şunu söylemek mümkündür: Teravih namazı Peygamberimiz (sav) tarafından nafile olarak kılınmış, ancak bu namaz farz kılınma endişesinden, devamlı olarak câmide değil, evde de kılınmıştır. Ancak daha sonra râşit halifeler zamanında camide cemaatle kılınagelen bir namaz olmuşve bu kılınış şekli Mekke ve Medine ahâlisinin âdeti olarak devam etmiştir.

¹⁹⁴ Vecdi Akyüz, *Mukayeseli İbadetler İlmihali*, İz Yayıncılık, İstanbul 1995, c. II, s. 240 vd.

¹⁹⁵ A. b. Hanbel, *Müsned*, I, 379; İ. Malik, *Muvatta’* (Muhammed b. Hasan eş- Şeybânî rivâyeti), Darü’s-sünne ve’s-siyer, 1. Baskı, Bombay 1992, c. 1, s. 633. (Hadisin *Muvatta’* daki metni şöyledir: “ *Mâ reâhü’l- mü’minûne hasenen fe-huve ‘indellahi hasenun ve-mâ reâhü’l-müslimûne kabîhan fe-huve ‘indellahi kabîhun.* ”).

¹⁹⁶ İ. Malik, *Muvatta’*, (Muhammed b. Hasan eş- Şeybânî) , Dâru’l-kalem, 2. Baskı, Beyrut 1984, s. 91; Ayrıca bk. İsmail Hakkı Ünal, *İmam Ebu Hanife’nin Hadis Anlayışı ve Hanefî Mezhebi’nin Hadis Metodu*, Dîb Yayınları, Ankara 2010, s. 131.

¹⁹⁷ A. b. Hanbel, *Müsned* IV/ 126; Ebû Dâvud, *Sünnet* 5; Tirmizî, *İlim* 16. (Hadisin Arapça metni şöyledir: ‘aleyküm bi sünneti ve sünneti’l- hulefâi’r- râşidîne min ba’dî.)

¹⁹⁸ Serahsî, *age*, c. II, s. 145.

¹⁹⁹ Mevsilî, *age*, c. I, s. 95

²⁰⁰ Serahsî, *age*, c. II, s. 145; Merğînânî, *age*, c. I, s. 85.

2.1.8 Zekâtın Sarf Yerleri:

Hız. Peygamber (sav)'in zengine zekât vermenin helal olmayacağı hadîsinden²⁰¹ yola çıkarak İmam Mevsilî, zengin kimsenin küçük çocuğuna da zekâtın verilemeyeceğini söyler ve bunu şu delille açıklar: Çünkü örfe göre, babanın zenginliğiyle küçük çocuğu da zengin sayılır (*li-ennehu yu'addu ğaniyyen bi- ğaniyyi ebîhi 'urfen*). Öyle ki, bu çocuğun nafakasının sadece babası tarafından karşılanması vâciptir. Ama zenginin büyük evlâdı böyle değildir. Babasının zenginliğiyle bu çocuk zengin sayılmaz.²⁰²

Merğinânî de bu konuda aynı hükümleri nakletmektedir.²⁰³

2.1.9 Fıtır Sadakası:

Aslî ihtiyaçlardan başka nisap miktarı mala sahip olan hür ve Müslüman herkesin fıtır sadakası vermesi vâciptir. Bu kimseler kendilerinin fitrelerini vermekle mükellef oldukları gibi küçük çocuklarının veya akıl hastası olan yakınlarının fitrelerini vermekle de yükümlüdür.

Kişinin anne ve babası, büyük çocukları ve eşi için fıtır sadakası vermesi gerekmez. Çünkü kişinin bunlar üzerinde velâyeti yoktur. Ancak Ebû Yusuf'tan rivayete göre, bir kimse emirleri olmaksızın karısının ve geçimlerini temin etmekte olduğu büyük çocuklarının fıtır sadakalarını verse, bu geçerli olur. Çünkü âdete göre bu hususta o kimse izinlidir (*li-ennehu me'zünun fî-hi 'âdeten*).²⁰⁴

İmam Serahsîkocanın, emirleri olmaksızın karısı için fitre vermesini aynı şekilde âdeten câiz kabul ederken, kişinin ebeveyni ve diğer yakınları için vermiş olduğu fitrelerin onlar adına yapılan bir bağış olduğunu söylemektedir.²⁰⁵

Merğinânî de babanın kendiliğinden, büyük çocuğunun veya eşinin fitresini

²⁰¹ Hadisin Arapça metni şöyledir: “Lâ tehullu's-sadekatu li-ğaniyyin...” (İmam Mâlik, *Muvatta'*, Tahkik: M. Fuâd Abdalbâki, Dâru'l-hadîs, Kahire 2005, s. 208.)

²⁰² Mevsilî, *age*, c. I, s. 162.

²⁰³ Merğinânî, *age*, c. I, s. 137.

²⁰⁴ Mevsilî, *age*, c. I, s. 166.

²⁰⁵ Serahsî, *age*, c. III, s. 105.

vermesini istihsânen (*istihsânen li sübûti 'l-izni 'âdeten*) câiz görmektedir.²⁰⁶

Bu bağlamda Ebû Yusuf'un görüşünden hareketle kırsal yerleşimlerde özellikle geniş aile yapısının hâkim olduğu, ev reisliğinin tek kişiye bağlı olduğu aile yapılarında bu kimsenin geçimini sağlamakta olduğu kişilerin ki bunlar ebeveyn, kendi eşi, çocukları veya başka yakınları olabilir bunların emri (izni) olmaksızın onlar adına verilen fitrelerin geçerli olabileceğini söyleyebiliriz.

2.1.10 Orucu Bozmayan Haller:

Ramazân ayında orucu bozmayan hallerin neler olduğu bilinmektedir. Burada umûm-i belvâ olup olmaması açısından orucu bozmayan bazı durumlara değinilecektir.

Buna göre, dişler arasında kalan nohut büyüklüğündeki yemek kalıntısını yutmak orucu bozar. Ancak bundan azı bozmaz. Çünkü dişler arasında kalan az miktardaki yemekten sakınmak mümkün değildir (*lâ yüsteda 'u 'l-imtinâ 'u 'anh*). Ama nohut tanesi kadar olan kalıntıyı yutmak orucu bozar. Çünkü âdeten bu umûm-i belvâ değildir (*felâ te 'ummü bihi 'l-belvâ*).

Yine boğaza toz ve sinek kaçması halinde oruç bozulmaz. Çünkü bunlardan sakınmak mümkün değildir (*lâ yümkinu 'l-ihtirâzü anh*).²⁰⁷

Bu mesele *Mebisût* ve *Hidâye*'de de aynı şekilde geçmektedir.²⁰⁸

2.1.11 Yemin Bahsi:

Yemin konusunda örf ve âdete göre verilmiş hükümler oldukça fazladır. Yeminlerde kullanılan kelimelerin anlamına göre yeminin sonucu da değişebilmektedir. Biz burada Mevsilî'nin *el-İhtiyar* adlı eserinde geçen örf ve âdetle ilgili yeminleri başlıklar halinde sunarak konuyu açıklamaya ve anlaşılır kılmaya çalışacağız.

1. Yeminin Târifi:

Yemin kelimesi lugatte kuvvet manasındadır. Şer'î ıstılahta ise yemin iki çeşittir:

²⁰⁶ Merğînânî, *age*, c. I, s. 139.

²⁰⁷ Mevsilî, *age*, c. I, s. 180.

²⁰⁸ Serahsî, *age*, c. III, s. 98; Merğînânî, *age*, c. I, s. 148.

- Kasem: Bu üzerine yemin edilenin büyük olmasını gerektirir. Bu sebeple Allah'tan başkası üzerine yemin etmek câiz olmaz .
- Şart ve Ceza: Cezayı öylesine şarta bağlamaktır ki şart bulununca ceza gelir. “Yarın sana gelmezsem kölem hür olsun” ifadesinde olduğu gibi.

2. Yemin Keffâreti:

Yemin keffâreti konusunda âyet-i kerime'de: “Yemin keffâreti, çoluk çocuğunuza yedirdiğinizin ortalamasından on yoksulu yedirmek yahut giydirmek ya da bir köle âzat etmektir.”²⁰⁹ buyruluyor.

Burada giysi konusuna gelince, bundan maksat çıplaklığı örtmektir. Kişinin giyinik sayıldığı her elbiseye ‘kisve’ denilir. Giyinik sayılmıyorsa giydiği şeye kisve denmez. Yemini bozan kimse keffâret olarak kisve vermeyi tercih ederse, on düşküne kisve denebilecek elbise giydirmesi gerekir. Bununla ilgili Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'tan gelen rivayete göre, kisvenin en azı kişinin bedenini tamamıyla örtenidir. Sadece şalvar veya pantolon vermek câiz olmaz. Çünkü sadece bunları giyen kimse [o dönemin Kûfe] örf(ün)e göre çıplak sayılır (*yusemmâ 'uryânen 'urfen*). İmam Muhammed'e göre ise, giysinin en azı kendisiyle namazın câiz olabileceği giysidir. Ancak, mest ve takkenin giysi olarak verilmesi câiz olmaz.

Mevsılî, konuyla ilgili başka görüşleri de nakleder: Buna göre, keffaretle mükellef olanın her düşküne bir izar, bir ridâ ve bir gömlek vermesi gerekir. Hatta kimi, elbise (kisâ), kimi kaftan (milhafe) vermesi gerektiğini, kimisi de şöyle demiştir: Eğer kendisiyle örtünebiliyorsa, izâr vermek câiz olur. Ama bu, kişinin sadece avret yerlerini örtüyorsa şalvarda olduğu gibi, câiz olmaz. İmam Muhammed'e göre, bununla namaz kılmak caiz olduğu için, bu da câizdir.

Giysi olarak sadece sarık verilip verilmeyeceği konusunda Ebû Hanife'den rivayetle; sarık eğer tam bir izâr kadar uzun ise veya ondan bir gömlek çıkarılacak kadar uzun ise câiz olacağı, değilse câiz olmayacağı görüşü nakledilir.²¹⁰

²⁰⁹ Mâide 5/89.

²¹⁰ Mevsılî, *age*, c. IV, s. 294.

Serahsî, keffâret âyetinin tefsirinde İbn Abbas'ın; “keffârette her yoksula bir elbise verilir.” sözünü ve onun da bir elbise verdiğini aktardıktan sonra şöyle der: Elbise (kisve), insanın giydiği zaman giyinik sayıldığı şeydir. Bir elbise ile de insan giyinmiş sayılır. Ve bir tek elbise giymiş olan kişiye, insanlar çıplak demezler, giyinmiş derler. Serahsî, İmam Muhammed'in kendisiyle namaz kılmak câiz olduğu için sadece göbekten aşağısını örten bir pantolonun (şalvar) verilmesinin yeterli olacağı görüşünü önceleyerek bu kanaati tercih etmiştir.²¹¹

Merğînânî ise, bu meselede Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'un yukarıdaki görüşünü [kendi yaşadığı dönemin örfü] örfe (*fi'l-'urf*) dayandırarak bunun daha isabetli olduğunu belirtmiştir.²¹²

Burada da insanların giyim kuşamının ve bunları isimlendirme konusundaki farklılığa göre hükümlerin nasıl değiştiğini görmekteyiz.

3.Yemin Harfleri:

Hanefîler'e göre yeminin anlamı hakkında önce örfe sonra dildeki kullanım şekline bakılır. Hanbelîler'e göre sırasıyla şer'î, örfî ve lügavî manaya uyulur.²¹³

Yemin Allah (c.c.) lafzı ve bir de O'nun diğer güzel isimleriyle olur. Yeminler, örf temeli üzerine (*'ale'l-'urf*) kurulur. Yemin olduğunu insanların örfen kabul ettikleri şey (*femâ te'ârafe'n-nâsü'l-halfü bihî*) yemindir. Örfen kabul etmedikleri şey ise yemin değildir. Yemin ederken insanların kasıt ve niyetleri örfî hakikatlere (*ile'l-hakîkati'l-'urfîyye*), örfün bulunmadığı hususta da lügavî hakikatlere yönelir.

İmam Muhammed'ten rivayet edildiğine göre, “Allah'ın emanetine yemin olsun ki...” (ve emânetillah) demek yemindir. Kendisine bunun manası sorulduğunda ‘bilmiyorum öyle zannediyorum ki Araplar âdeten (*'âdeten*) böyle yemin ediyorlardı.’ demiş ve bunu yemin saymıştır.²¹⁴

²¹¹ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 153.

²¹² Merğînânî, *age*, c. II, s. 362.

²¹³ Ertuğrul Boynukalın, “Yemin”, *DİA*, c. XLIII, s. 419.

²¹⁴ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 296.

Serahsî de bu sözün yemin olduğunu nakletmektedir.²¹⁵

4. Yemin Sayılan ve Sayılmayan İfadeler:

Bu tür yeminleri birkaç örnekle açıklayabiliriz:

Bir kimse, ‘ben bu işi yaparsam, haça tapayım.’ veya ‘Allah’tan başkasına tapayım.’ derse yemin etmiş olur ki bu örfün gereğidir (*huve yemînun li’l-’urf*).

Mevsîlî, yukarıdaki şekilde yemin edenveya Yahudi olmaya, Hıristiyan olmaya yemin eden bir kimsenin durumuyla ilgilikendi görüşünü şöyle nakleder: “*Böyle yemin eden bir kimse, bu sözlerinin yemin olduğunu bilir ve yalan konuşup yeminini bozmuşsa kâfir olur. Şayet yeminini bozma sebebiyle kâfir olacağına inanıyorsa yine kâfir olur.*”²¹⁶

Ancak İmam Serahsî, bu konuda farklı bir görüşe sahiptir. Ona göre, bu sözü söyleyen kişi, bunun örfen yemin olarak söylendiğini biliyorsa, ister geçmiş, ister gelecek bir şey için söylesin dinden çıkmaz. Bunun örfen yemin olduğunu bilmiyor da bu söz ile kâfir olacağına inanıyorsa, hem geçmiş hem de gelecek bir şey için söylediğinde dinden çıkar. Çünkü kâfir olacağını bile bile bunları söylemesi, küfre razı olması demektir.²¹⁷

Yine ‘Allah (cc.) hakkı için’ (ve hakkillah) demek Ebû Yusuf’a göre yemindir. Çünkü hak, Allah’ın sıfatlarındandır ve o hakikattir. ‘Allah (cc.) hakkı için’ diyen kimse ‘hak olan Allah’a yemin ederim ki...’ demiş gibi olur. Ve bu şekilde yemin etmek i’tiyad haline getirilmiştir (*li-enne’l-halfe bihi mu’tâd*). Örf esas alındığında muhtar olan görüş de budur (*huve’l- muhtâru i’tibâren li’l-’urf*). Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed’e göre ise, Allah’ın kulları üzerindeki hakkı, taat ve ibadet olduğundan ve bunlarla yemin etmek câiz olmadığından bu, yemin değildir.²¹⁸

²¹⁵ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 133;(Bu sözün yemin olduğuna dair delil *Mebûrât*’da şöyle açıklanır: Belirli bir şeye Allah’ın emanetidir diye işaret etmek mümkün değildir. Bu sözle yemin etmek örf durumunu almıştır (*ve’l-halfu bihi müte’âref*). Dolayısıyla bu sözle yemin edenler, emânet kelimesi ile Allah’ın niteliğini kastederek, sanki “Vallahi’l-emîn” (emîn olan Allah’a yemin ederim ki) demiş olur.)

²¹⁶ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 299.

²¹⁷ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 134; Ayrıca bk. Boynukalın, “Yemin”, *DİA*, c. XLIII, s. 417.

²¹⁸ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 298.

Serahsî ve Merğînânî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.²¹⁹

Bir kimsenin ‘şu işi yaparsam, Allah’ın lâneti üzerime olsun’ yahut ‘zinâ etmiş olayım’ veya ‘şarap içmiş olayım’ demesi yemin olmaz. Aynı şekilde ‘şu işi yaparsam, Allah’ın gazâbı, öfkesi üzerime olsun’ demesi de yemin sayılmaz. Çünkü bu gibi kelimeler ile yemin etmek örf haline gelmemiştir (*li-ennehu ğayru mute’ârifin fi’l-eymân*).

Ancak, Allah’ın ömrüne (le ‘umrullah), Allah’ın yeminlerine (ve eymullah), ahdine (ve ‘ahdullah) ve misakına (ve misâkullah) yemin etmek, yahut ‘üzerime adak olsun’ veya ‘Allah’ın adağı üzerime olsun’ demek yemindir. Zira bunlarda örf cereyan ettiğinden dolayı(*enne-hû mute ‘âref*) yemin sayılır.²²⁰

Yukarıdaki iki meselede de Mevsilî’nin, Serahsî ve Merğînânî’yi takip ettiğini görüyoruz.²²¹

Yukarıda bahsi geçen “Allah’ın laneti, gazabı üzerime olsun ki...” gibi lafızların yemin sayılmaması hususuyla ilgili şöyle bir değerlendirme yapabiliriz: Günümüzde bunlara benzer bir çok sözün yemin maksatlı kullanıldığını müşahede etmekteyiz. Örneğin “Allah canımı alsın ki..., Allah belamı versin ki...,Kur’an çarpsın ki..., gibi ifadelere halk arasında yemin sözü olarak çokça rastlanmaktadır. Dolayısıyla bu gibi sözleri yemin olarak değerlendirmek gerekir.

‘Yemin ederim ki..., Allah’ın yemini üzerime olsun ki...’ şeklindeki yemin, Allah’ın adıyla yapılması ve Araplar arasında mu’tad olması (*mu’tâdun ‘inde’l-‘Arab*) nedeniyle yemin sayılır.²²²

Merğînânî de bu sözleri, yemin lafzı olarak kullanılması nedeniyle (*hâzihi’l-elfâz müste’meletün fi’l-halif*) yemin kabul eder.²²³

²¹⁹ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 133,134; Merğînânî, *age*, c. II, s. 361. (Ancak bu iki eserde Ebû Yusuf’un başka bir rivayetinde, böyle bir yeminin câiz olmadığı nakledilir).

²²⁰ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 299.

²²¹ Serahsî, *age*, c. VIII, s.131, 132; Merğînânî, *age*, c. II, s. 361, 362.

²²² Mevsilî, *age*, c. IV, s.300;

²²³ Merğînânî, *age*, c. II, s. 361.

5. Allah'ın Vechi İle Yemin

Âyet-i kerîme'de "O'nun yüzünden (zâtından) başka her şey yok olacaktır."²²⁴ buyruluyor.

Ebû Hanîfe'ye göre, 've vechillahi' (Allah'ın vechine yemin olsun ki) şeklindeki yemin, yemin değildir. Çünkü buna dair bir örf yoktur (*li-'ademi'l-'urf*). Vech kelimesiyle, Allah'tan başkasının zâtı da kastedilebilir ve bu kelime, Allah'ın rızası ve sevabı manasına da gelebilir.²²⁵

Ancak İmam Serahsî, burada İmâmeyn'in görüşünü naklederek bunun yemin sayılacağını söylemektedir.²²⁶

6. Helal Olanı Haram Kılmakla Yemin

Bir kimsenin, 'her helal bana haram olsun' demesi, başka şeylere de niyeti olmadıkça sadece yenilecek ve içilecek şeylere yorumlanır. Mevsilî, Ebû Hanife'nin görüşünü verdikten sonra (*ve lenâ*) ifadesiyle kendi görüşünü şöyle açıklamaktadır:

Bu yeminin gereği her helalden uzak durmaktır ki, bu mümkün olmayacağından, helallerin tamamı kapsam dışı bırakılır ve yeme içmeye yorumlanır. Çünkü bu yemin âdeten (*'âdeten*) kullanılan helal şeyleri kapsamına alır. Karısını da kendisine haram kılmaya niyet ederse, karısı da yiyecek ve içeceklerle beraber bu yeminin kapsamına girer ve bu sebeple karısına îlâ yapmış olur. Ama bu yeminiyle sadece karısını kendisine haram kılmaya niyet ettiğini söylerse, bu sözü diyâneten doğrulanır, yeme içme sebebiyle yeminini bozmuş olmaz.

İmam Mevsilî, "kâle meşâyihunâ" ifadesiyle onların görüşünü de şu şekilde aktarır: Bu, onların örfüne göredir (*fi 'urfihim*). Bizim örfümüze göre (*fi 'urfinâ*) bu boşamak olur. Bu durumda boşamaya niyet edilmese de yemin sahibinin zevcesi boş olur. Çünkü onlar bunu örf haline getirmişlerdir (*li-ennehum te'ârafûhu*) ve bu, sarih

²²⁴ Kasas 28/ 88.

²²⁵ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 300.

²²⁶ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 133; (İmâmeyn'in görüşünün gerekçesi şudur: "Vech" kelimesi, Rahmân Süresi'nin 27. âyetine istinaden "zât" anlamında da kullanıldığından böyle demekle yemin edilmiş olur).

lafızlarla boşamak gibidir. Fetvâ da buna göre verilmiştir.²²⁷

Merğînânî, konuyla ilgili aynı genel kuralları aktardıktan sonra meşâyihunâ ifadesiyle kendi zamanındaki Mâverâû'n-nehir ulemâsının görüşünü şöyle nakletmektedir: Bu söz, îlâ olmayıp sarîh talaktır. Yani niyet olmasa da, kullanımı yaygın olması nedeniyle (*li ğalabeti'l-isti'mâl*) bu söz ile boşama vâki olur.²²⁸

Kâdihân'ın eserinde konuyla ilgili şu bilgiler geçmektedir: Evli bir erkek, hiçbir şeye niyet etmeksizin “küllü helâlin ‘aleyye harâmun” veya “küllü helâlin..., helâlullah..., helâlü'l-müslimîn...[‘aleyye harâmun]” derse bu durumda hükmün ne olacağı konusunda âlimler ihtilaf etmişlerdir:

[Buhâra meşâyihundan] Ebû Bekir Muhammed b. Fazl (ö. 381/991), Ebû Cafer Hinduvânî (ö. 362/973), Ebû Bekir el-İskâf [el- Belhî] (ö. 334/944-45) ve Ebû Bekir b. Said [el-Belhî]'ye göre (kocasını niyet etmemişse) karısı bir bâin talakla, üç talaka niyet etmişse, üç talakla boşanmış olur. Eğer bu kişi “ben bununla boşamaya niyet etmedim.” dese bile, kocanın sözü kazâen geçerli kabul edilmez. Çünkü bunlar örfen (*'urfen*) bâin talak olur. Ve sadece erkekler bu şekilde yemin ederler.²²⁹

Görüldüğü üzere bir lafzın boşama ifade edip etmemesi hususunda, o lafzın kullanıldığı toplumda ne anlama geldiği bu lafızdan insanların genel olarak ne anladığı büyük önem taşımaktadır. Öyle ki kullanılması yaygınlık kazanmış ve örfen boşama ifade eden bir lafız söylendiğinde niyete bakılmaksızın boşama hükmünün gerçekleşeceği açıkça ortaya çıkmaktadır.

7. Bir Yere Girmemeye veya Bir Yerden Çıkmamaya Yemin Etmek

Mekke'ye gelmeyeceğine yemin eden bir kimse, oraya girmedikçe yeminini bozmuş olmaz. Çünkü gelmek, ulaşmak demektir. Nitekim halk arasında da (*fi'l-'urf*) “falan şehre çıktım, ama oraya gelemedim denilirken, bununla “ben o şehre gelmek üzere yola koyuldum, ama oraya ulaşamadım” demek istenmiştir.²³⁰

²²⁷ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 301.

²²⁸ Merğînânî, *age*, c. II, s. 363.

²²⁹ Kâdihân, *age*, c. I, s. 519.

²³⁰ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 302, 303.

Ebû Yusuf'tan rivayet edilen bir görüşe göre bir kimse, 'vallahi falan evden çıkmayacağım' diye yemin ederse yemini, kendi bedeniyle o evden çıkmamasını gerektirir. Ama 'vallahi şu evden dışarı çıkmayacağım' diye yemin ederse, yemini kendi bedeniyle ve ailesiyle o evden çıkmamasını gerektirir. Zira bununla ilgili örf böyledir (*hâzâ huve'l- 'urf*).²³¹

Başka bir örnek de ev (*dâr*) kelimesinin kullanımıyla ilgilidir. Mesela 'şu dâra girmeyeceğim' diye yemin eden bir kimse, orası sonradan harap olmuş boş bir arsa haline gelse de, o yere girmesiyle yemini bozulur. Fakat ev (*beyt*) için edilmiş yeminlerde ise, yemin bozulmuş olmaz. Çünkü *dâr* kelimesi, hakikaten ve örfen (*hakâkten ve 'urfen*) arsanın adıdır. Bina ise ondaki bir niteliktir. Ev (*beyt*) kelimesi ise, içinde gecelenen yerin adıdır. Bina yıkılıp yok olduktan sonra orada ev vasfı kalmaz. Ev yıkıldıktan sonra yeniden yapılsa bile, oraya girmekle yemin yine bozulmaz. *Dâr* da; bostana, hamama, mescide veya eve (*beyt*) çevrilir de oraya girerse, başka bir isim ve sıfatın meydana gelmesiyle eski isim ve sıfat değişikliğe uğradığından dolayı yemin bozulmaz.

Yine 'eve (*beyt*) girmeyeceğim' diye yemin eden kimse Kâbe'ye, mescide, havraya, kiliseye girerse yemini bozulmaz. Çünkü örfeye göre bu gibi yerlere ev denilmez (*li- 'ademi itlâki ismi'l- beyti 'aleyhâ 'urfen*). Ev, içinde gecelenen ve geceleme için hazırlanmış olan yerdir.²³²

Serahsî ve Merğînânî de meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.²³³

Falanın evine girmemeye yemin eden ve oraya girme niyeti de olmayan bir kimse, falanın mülkü olsa da olmasa da onun kalmakta olduğu eve girerse yemini bozulur. Çünkü ev örfen ona izafe edilmektedir (*li- ennehû yuzafu ileyhi 'urfen*)²³⁴. Ama falanın bineğine binmemeye veya onun kölesini kendi hizmetinde kullanmamaya yemin eden bir kimse, ondan kiraladığı bineği biner veya onun kölesini ücret karşılığında kendi hizmetinde kullanırsa yemini bozulmaz. Çünkü bu takdirde binek ve köle âdete

²³¹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 303.

²³² Mevsilî, *age*, c. IV, s. 304;

²³³ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 169; Merğînânî, *age*, c. II, s. 364.

²³⁴ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 168; (İ. Şafî'ye göre bu durumda, evin bir kimseye bağlanması mülkiyet yoluyla gerçek, oturma yoluyla mecaz olduğundan ve aynı sözde hakikat ve mecazın birleşmeyeceğinden yemin bozulmaz.)

göre ona izafe edilmez (*lâ yuzâfu ileyhi 'âdeten*).²³⁵

8. Yemin-i Fevr

Bir kimse diğeri, ‘otur, yanımda yemek ye’ diye davet eder de o, ‘eğer yemek yersem kölem hür olsun’ der ve dönüp onun evinde yemek yerse, yeminini bozmuş olmaz. Yine kadın dışarı çıkmak ister de kocası ona, ‘eğer çıkarsan, boşsun’ derse, o da oturup sonra çıkarsa, boş olmaz. Zira burada koca dışarı çıkmak isteyen karısını dışarı çıkmaktan alıkoymak istemektedir. Aynı şekilde bir kimse kölesini dövmek ister de bir başkası ona, ‘eğer köleni döversen, benim kölem hür olsun’ der, o da kölesini o anda bırakıp sonra döverse, kendisine o sözü söyleyen kimsenin kölesi hür olmaz. Çünkü kölesini dövmek isteyen adama o sözü söyleyen kimse, onu kölesini dövmekten alıkoymak istemektedir. Örf ve âdet de buna şahitlik etmektedir. (*yeşhedü'l-'urfû ve'l-'âde*). Böyle yeminlere yemin-i fevr denilir. Bunu ilk ortaya koyan Ebû Hanîfe'dir. Ebû Hanîfe buradaki hükümlerinde örf ve âdeti esas almıştır.²³⁶

Konuyla ilgili aynı sayfada İmam Muhammed'den de bunlara benzer ifadelerle yemin-i fevr'ler nakledilmektedir. Ayrıca bu mesele Serahsî ve Merğînânî'de de benzer örneklerle anlatılmaktadır.²³⁷

9. Kur'an Okuma ve Tesbihin Konuşma Sayılıp Sayılmaması

‘Konuşmayacağım’ diye yemin eden bir kimse, Kur'an okur, tesbihatta bulunur, ‘lâ ilâhe illellah’ derse, yemini bozulmaz. Çünkü yeminler örf esası üzerine kurulurlar (*li-enne mebbe'l-eymâni 'ale'l-'urf*). Zira konuşmak, örfen Kur'an okumak ve tesbih çekmekten ayrı bir şeydir.²³⁸

İmam Serahsî ise, burada yeminin bozulmamasını namazdaki okumalara tahsis etmiş ve eğer namazda, bu zikirler ve okumalar yapılırsa yeminin bozulmayacağını, halk arasındaki kullanımın da (*ve kezâlike fi'l-'urf*) böyle olduğunu ifade etmiştir.

²³⁵ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 305.

²³⁶ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 307

²³⁷ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 186; Merğînânî, *age*, c. II, s. 366. (*Hidâye*'de de konuyla ilgili şu örnek geçer: Bir kimse bir başkasına; “otur yemek ye, ondan sonra git” der o da “eğer yersem karım boş olsun” dedikten sonra gidip kendi evinde yemek yerse karısı boşanmaz. Zira “eğer yersem” sözü örfen “eğer senin yemeğini yersem” manasındadır).

²³⁸ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 308.

Namaz dışında “ sūbhânellah, lâ ilâhe illellah, Allâhu ekber” denmesi halinde ise yeminin bozulacağını söylemiştir.²³⁹

Merğînânî de Serahsî'nin yukarıdaki görüşünü naklettikten sonra; “namazda Kur'an okumak ne örfen ne de şer'an (*ennehu fi's-salâti leyse bi kelâmin 'urfen ve lâ şer'an*) konuşmak değildir.” diyerek kendi görüşünü ortaya koymuştur.²⁴⁰

Yine günün bir kısmında; “bir gün onunla konuşmayacağım” diye yemin eden bir kimse, günün kalan kısmında ve gecede onunla konuşmaması gerekir. Çünkü o bu durumda belli bir zaman konuşmamaya yemin etmiştir. Dolayısıyla o günün kalan kısmında konuşmaması gerekir. Zâhiren ve örfen bundan kastedilen de budur (*huve'l-murâdu zâhيران ve 'urfen*).Çünkü o günün, yemin edilen vakte kadar geçmiş olan kısmı zarureten (*zarûreten*) yemin kapsamından çıkar.²⁴¹

10. Yeme İçme Üzerine Edilen Yeminler

‘Şu buğdaydan yemeyeceğim’ diye yemin eden bir kimse onu dişleri ile tane olarak yemedikçe yemini bozulmaz, yani o buğdayın ekmeğinden veya kavutundan²⁴² yerse Ebû Hanife'ye göre, yemini bozulmaz. Ancak İmâmeyn'e göre, o buğdayın hem tane olarak kendisinden²⁴³ hem de ekmeğinden yerse, örfen (*li'l-'urf*) yemini bozulur.²⁴⁴ Burada İmâmeyn'in görüşlerinin delili şudur: Örfte (*fi'l-'âde*) buğday yemek denildiğinde, ekmek yemek anlaşılır. Mesela bir insan “ yeryüzünün en kaliteli buğdayını yedim” dediği zaman maksadı o buğdaydan yapılan ekmektir.²⁴⁵

Yine ‘şu undan yemeyeceğim’ diye yemin edilmişse unun kendisinden değil de ekmeğinden yerse, yemini bozulur. Çünkü unun kendisinden yemek alışılmış bir şey olmadığından (*gayri mu'tâd*) bu yemin, o undan yapılan şeye, ekmeğe yönelir. O buğdaydan yapılan bulamaç, helva ve kadayıfı yerse yemini yine bozulur. İşte bir kimse âdeten yenilmeyen bir şeyi yememeye niyet etmişse, ettiği yemin o şeyden imal edilen

²³⁹ Serahsî, *age*, c. IX, s. 22.

²⁴⁰ Merğînânî, *age*, c. II, s. 371.

²⁴¹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 309.

²⁴² Kavut (sevîk), buğday ve arpa unundan yapılan bir yiyecektir. (İbn Manzûr, *age*, c. XVII, s. 2156). Kavut, Karadeniz yöresinde kavrulmuş buğday ununun su ile pişirilmesi ile yapılan bir yemektir.

²⁴³ İmameyn'e göre buğday, mecazen bu manaların hepsine şamildir. (Merğînânî, *age*, c. II, s. 368)

²⁴⁴ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 312.

²⁴⁵ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 181.

yiyecekleri yemesine mâni olur. Çünkü örfen makbul olan mecaz, terk edilen hakikate tercih edilir (*li-enne'l-mecâze'l-mute'âref râcihun 'ale'l- hakîkati'l- mehcura*).

Ekmek denilince, o belde halkının yemeyi âdet edindiği ekmek (*mâ i'tâdehu ehlü'l- beled*) anlaşılır. Ekmek yememeye yemin eden bir kimse, tirid yerse Ebu'l-Leys'e göre örften dolayı (*li'l-'urf*) yemin bozulmaz. Çünkü tirid bir taâm (yemek)dir. Taâm ise, yenilip tadı alınan şeydir. Mesela, zeytinyağı, sirke ve tuz âdeten (*li cereyâni'l-'âde*) ekmeğe katık yapıp yenildiklerinden dolayı taamdır.²⁴⁶Yine bu kimse Irak'ta pirinç ekmeğini yese yemini bozulmaz. Çünkü Irak'ta pirinç ekmeği âdet değildir (*gayri mu'tâd*). Fakat bu kimse Taberistan veya yediklerinin çoğu pirinç ekmeği olan bir yerde olursa o zaman yemini bozulur.²⁴⁷

Ebû Yusuf'a göre nebiz(şıra)²⁴⁸bir meşrubattır. İmam Muhammed'e göre, nebiz de meyve de taamdır.²⁴⁹ Taam satın almamaya yemin eden bir kimse buğday, un ve ekmek satın almadıkça yemini bozulmaz. Bu hüküm istihsanen verilmiş olup örfü uygundur (*istihsânen li'l-'urf*).Ancak İmam Mevsilî, kendi bölgesinin (Kûfe) örfüne vurgu yaparak şöyle demiştir: Bizim örfümüze göre (*fi 'urfinâ*), bu kişi arpa, darı vb. şeyleri satın almakla da yeminini bozmuş olur.²⁵⁰

Aynı şekilde, kebab denilince örfen (*müte'ârefun*), pişirilmiş et anlaşılır. Buna göre, kebab yemeyeceğine yemin eden bir kimse, bununla pişmiş her şeyi kastederse kıyasen niyeti sahih olur. Ancak örf, onu ete tahsis etmiştir (*enne'l-'urfe ihtessa bi'l-lahm*). [Dolayısıyla yemini bozulur.]. Yahni (haşlama) denilince de örfen (*li'l-'urf*), suda pişmiş et yemeği anlaşılır. Mesela haşlama yememeye yemin eden bir kimse, suda kaynatılmış balık yerse yemini bozulmaz.²⁵¹ Ancak İbn Semmâa (ö. 233/ 847) göre, haşlama iç yağı ile yapılandır. Dolayısıyla mercimek veya pirinç, etin yağı ile haşlanırsa

²⁴⁶ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 312.

²⁴⁷ Merğînânî, *age*, c. II, s. 368.

²⁴⁸ Nebîz (şıra), içine hurma, kuru üzüm vb. atılıp bekletilen ve henüz sarhoşluk verici kerteye ulaşmamış içeceğe denir. (Erdoğan, *age*, s. 448).

²⁴⁹ Serahsî, nebîzle ilgili şu örneği verir: Nebiz içmemeye yemin eden kişi, hurma suyunun sarhoş edici duruma gelenini veya koruk hurma suyu ya da meyve suyu içse yemini bozulmaz. Çünkü bunlara âdete göre ('âdeten) nebîz denilmez. Bu hüküm yeminin Arapça yapılması durumundadır. Farsçada nebîz, sarhoşluk veren bütün içkilerin adıdır. Dolayısıyla yeminler, her bölgenin kendi örfüne göre ('ale'l-'urfi *fi külli mevdi'*) anlaşılır. (Serahsî, *age*, c. VIII, s. 186).

²⁵⁰ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 312.

²⁵¹ Serahsî, bu durumda etin suda pişirilip çorba durumuna getirilenini yerse, et kısmından yemese bile yeminin bozulacağını söyler. (Serahsî, *age*, c. VIII, s. 178).

buna haşlama denilir. Ama sâde yağ veya zeytinyağı ile yapılırsa, buna haşlama denmez. Netice itibariyle bütün bunlarda örfе itibar edilir (*ve 'l-mu'teberu, el-'urf*).²⁵²

Ebû Yusuf'tan rivayete göre, 'falanın malından şu yemeği yemeyeceğim' diye yemin eden bir kimse, birkaç arkadaşıyla aralarında para toplayarak o yemeği alıp beraberce yerlerse, yemini bozulmuş olmaz. Çünkü bu durumda örfen (*'urfen*) o kendi malını yemiştir.

Yine 'kelleleri yemem' diye yemin edilince, örfе göre (*ceryen 'ale'l-'urf*) bu yeminden fırınlarda pişirilip çarşılarda satılanlar anlaşılır. Ancak Ebû Hanîfe'ye göre, sığır ve deve kelleleri bu yeminin kapsamına girer. İmâmeyn'e göre ise bu yeminin kapsamına sadece koyun kelleleri girer. Bu görüş farklılığı âdete ve çağa göredir (*huve ihtilâfu 'âdetin ve 'asrin*).²⁵³

Ebû Hanîfe önceleri baş denildiği zaman deve, sığır ve koyun başının anlaşılacağını söylerdi. Çünkü o, Kûfelilerin bu üç hayvanın başını kızarttıklarını görmüştü (*li-ennehu reâ 'âdete ehl'l- Kûfe*). Sonra Kûfeliler bunu terk ettiler. Ebû Hanîfe de görüşünden dönerek kelle yememeye yemin edenin, sadece koyun ve sığır başı yerse yemininin bozulacağını söyledi. Ebû Yusuf ve İmam Muhammed ise Bağdatlıların ve başka şehirde oturan insanların sadece koyun başını kızartıp yediklerini gördüklerinden (*şâhedâ 'âdete ehl-i Bağdâd'e ve sâiri'l-buldân*) bu şekildeki yeminin sadece koyun başı yemekle bozulacağını söylediler. Bütün bunlardan anlaşılıyor ki, bu konudaki görüş ayrılıkları hüküm ve anlayıştan değil, örf ve zaman farklılığından (*ihtilâfu 'asrin ve zamânin*) kaynaklanmaktadır.²⁵⁴

Bazı ürünlerin meyve sayılıp sayılmaması da örfе göre değişkenlik arz eden hususlardandır. Nitekim Ebû Hanife'ye göre, taze hurma, üzüm, nar, hıyar ve acur meyve sayılmazken İmâmeyn'e göre, taze hurma, üzüm ve nar meyvedir. Çünkü diğer meyveler gibi bunları yiyen kimse, âdeten (*'âdeten*) meyve yemiş olur. İmam Muhammed'e göre dut, şeker kamışı ve kırmızı hurma çağlası da meyvedir. Ancak

²⁵² Mevsilî, *age*, c. IV, s. 312, 313.

²⁵³ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 313; Merğînânî *Hidâye*'de aynı konuyu naklettikten sonra "bizim zamanımızda âdet ne ise ona göre fetvâ verilir (*fi zamâninâ yuftâ 'ala hasebi'l-'âde*)" görüşünü zikreder. (Merğînânî, *age*, c. II, s. 369).

²⁵⁴ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 178; Ayrıca bu konuda geniş bilgi için bkz. Soner Duman, "Ebû Hanife'nin İctihadlarındaki Değişim", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2012, sy. 19, s. 443.

örfen (*fi 'urfînâ*) ceviz meyve değildir. Zira o meyve niyetiyle yenmez. Yine Ona göre, bir kimse, 'bu senenin meyvesini veya ürününü yemeyeceğim'diye yemin eder ve bu yemini taze meyve zamanında olursa, taze meyve yemekle yemini bozulmuş olur. Ama bu yemini taze meyve zamanı geçtikten sonra ederse, kuru meyve yemekle örfeye istinâden (*li't-te'âruf*) yemini bozulmuş olmaz.²⁵⁵

Serahsî ve Merğînanî'de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmaktadır.²⁵⁶

11. Katıklar ve Kapsamı:

Ebû Hanîfe'ye göre, yenmesinde başka bir yiyeceğe ihtiyaç duyulan şeyler katıktır. Ama yalnız olarak yenilebilen şeyler ekmekle yenseler de katık değildir. Mesela, sirke, zeytinyağı, süt, bal, tuz ve et suyu bundan dolayı katıktır. Ancak et, kebab, yumurta ve peynir katık değildir. Çünkü bunlar yalnız olarak yenilebilir ve ekmeğe karışmazlar.

İmam Muhammed'e göre ise, âdeten (*'âdeten*) ekmekle yenilebilen her şey katıktır. Örfeye uyulduğunda (*'amelen bi'l-'urf*) muhtar olan görüş budur. Buna göre, kuru hurma, ceviz, yaş üzüm, kavun, bakliyat ve diğer meyveler, ekmezsiz yenebildiğinden dolayı katık değildirler. Ancak bunlar, ekmekle beraber bir yerde yenirse, o yerdeki halkın örfüne uyularak (*i'tibâren li'l-'urf*) katık olurlar.²⁵⁷

Mevsîlî bu hususta Serahsî'yi ve Merğînanî'yi takip etmiştir.²⁵⁸

12. Öğünler Ve Zamanları

Ğadâ (kahvaltı), fecrin doğuşundan öğleye kadar olan zaman içinde yenilen yemeğe denir. Çünkü bu, kahvaltı olarak yenilen yemektir. Günün yarısından sonra yenilen yemeğe ise kahvaltı denmez.

Buna göre, 'ğadâ yemeyeceğim' diye yemin eden bir kimse, mukîm olup süt

²⁵⁵ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 313, 314.

²⁵⁶ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 179; Merğînanî, *age*, c. II, s. 369. (Merğînanî, bu görüşleri verdikten sonra meseleye dair kendi kanaatini şu şekilde açıklar: Yemekten önce ve yemekten sonra meyve olarak yenil mesi âdet olan (*mu'tâd*) her şey ister kuru ister yaş olsun meyvedir. Bu özellik ise elma vb. şeylerde mevcuttur.)

²⁵⁷ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 315.

²⁵⁸ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 177; Merğînanî, *age*, c. II, s. 369.

içerse, yemini bozulmuş olmaz. Eğer bedevî ise âdeti nazar-ı itibara alınarak (*i'tibaren li'l-âde*) yemini bozulur. Kerhî (ö. 340/ 952)'ye göre, bu kimse kuru hurma, pirinç, yahut başka bir şeyi doyuncaya kadar yerse, yemini bozulmuş olmaz. Ekmek yemedikçe ğadâ yemiş olmaz. Yine eti ekmeksiz yerse, örf nazar-ı itibara alınarak (*i'tibaren li'l-urf*) yemini yine bozulmuş olmaz.²⁵⁹

Merġinânî *Hidâye*'de, ister kahvaltı (ġadâ) ister akşam yemeġi ('aşâ) olsun ikisinin de âdeten ('âdeten) doyuncaya kadar yiyilen yemekler olduġunu dolayısıyla sofradan yarı tok kalkıldığında yeminin bozulmayacaġını söyler.²⁶⁰

13. Nehirden Su İçmekle İlgili Yeminler

Ebû Hanîfe'ye göre, nehirde su içmek ağız nehire dayayarak su içmektir. Dicle'den veya Fırat'tan su içmemeye yemin eden bir kimse, o nehirde eğilip ağız ile sudan içmedikçe yemini bozulmuş olmaz. Eliyle veya bir kapla nehrin suyunu içse de yemini bozulmaz. Çünkü bunda hakîki mana nazar-ı itibara alınır. Zarûret hali dışında hakiki mananın terk edilmesi de câiz olmaz. Ancak İmâmeyn'e göre, 'bütün bu durumlarda' yemini bozulur. Çünkü kullanıldığı yer ve örf sebebiyle (*li mekâni'l-isti mâli ve'l-urf*) kelimenin hem hakiki hem mecâzi manası nazar-ı itibara alınır.

Bu konudaki görüş farkının nedenini Mevsilî'nin diliyle şöyle açıklamak mümkündür: Ashâbımızdan bir kısmı (min ashâbinâ) şöyle demiştir: "Ebû Hanîfe, Kûfe'de Arapların mûtad olarak açık bir sûrette (*zâhiren mu'tâden*) ağızlarını nehre dayayarak su içtiklerini görmüş, bu nedenle su içmeme yeminini bu manaya yorumlamıştır. İmâmeyn ise, bundan sonra insanların nâdiren ağızlarını nehre dayayarak su içtiklerini görmüşler, dolayısıyla su içmeme yeminini bu manaya yorumlamışlardır."²⁶¹

Mevsilî, bu meselede Serahsî ve Merġinânî'yi takip etmiştir.²⁶²

14. Küp ve Kuyudan Su İçmekle ve Bazı Kavramlarla İlgili Yeminler

Ebû Hanîfe'ye göre, bir kuyudan su içmemeye yemin eden bir kimse, kapla

²⁵⁹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 315, 316.

²⁶⁰ Merġinânî, *age*, c. II, s. 369.

²⁶¹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 316.

²⁶² Serahsî, *age*, c. VIII, s. 187; Merġinânî, *age*, c. II, s. 370.

ondan su içerse yemini bozulmuş olur. Çünkü kap olmadan kuyudan su içmek mümkün değildir. Küpten su içmemeye yemin eden bir kimse, eğer küp su ile dolu ise ve ondan su içmek mümkün ise, belirlendiği için ondan avuçlayarak veya kapla alarak içerse, yemini bozulmuş olmaz. ‘Şu kapla’ içmemeye yemin eder de aynı o kapla içerse yemini bozulmuş olur. Çünkü bu işlem örf haline gelmiştir (*li-ennehu’l- mute’ârifu fih*).²⁶³

Ancak Ebû Yusuf ve İmam Muhammed’e göre, küp ister dolu ister boş olsun ‘şu küpten içmeyeceğim’ diye yemin eden bir kimse ondan bir bardakla alıp içerse [de] yemini bozulur.²⁶⁴

Ev yıkılmaya yemin eden bir kimse, örümcek evini yıkarsa yemini bozulmuş olmaz. Aynı şekilde kandil ışığında oturmamaya yemin eden bir kimse güneş ışığı olan bir yerde oturursa, yemini bozulmuş olmaz. Zira burada muteber olan örfdür (*İnneme’l-mu’teberu fi zâlike’l- mute’âref*).

Aynı şekilde et yememeye yemin eden bir kimse, koyun kuyruğu ve iç yağı yerse, yemini bozulmuş olmaz. Çünkü bunlar et değildir, et gibi de kullanılmazlar. Örfen (*’urfen*) bunlara et adı da verilmez. Ama et yememeye yemin eden bir kimse bunları da yememeye yemin etmişse bunları yediği takdirde yemini bozulur.

İşkembe, karaciğer, akciğer, yürek, böbrek, kelle, paça, barsaklar ve dalak et sayılır. Çünkü bunlar etle beraber satılırlar. Bu Ebû Hanife’nin zamanında (*hâzâ fi ’urfihim*) Kûfe’de var olan bir örfdür. Bunların etle beraber satılmadıkları yerlerde bir kimse et yememeye yemin eder de, bunları yerse, her beldede ve her zamanki örfe nazaran (*i’tibaren li’l- ’urfi fi külli beldetin ve külli zamânin*) yemini bozulmaz.²⁶⁵

Serahsî ve Merğînânî de etin kapsamı ile ilgili meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.²⁶⁶

²⁶³ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 316.

²⁶⁴ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 188.

²⁶⁵ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 317.

²⁶⁶ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 176; Merğînânî, *age*, c. II, s. 368; (Nitekim Merğînânî, ciğer ve işkembenin örfen et sayılmadığı için bunları yemekten dolayı yeminin bozulmayacağına dair bir görüşü de aktarır.)

15. Şahm (İç Yağı) Yememekle İlgili Yemin

Konuyla ilgili Mevsilî şu bilgileri vermektedir:

Ebû Hanife'ye göre, iç yağı yememeye yemin eden bir kimse sırttaki iç yağını yerse, yemini bozulmuş olmaz. Çünkü bu, etten sayılır ve buna 'yağlı et' denilir. Ancak İmameyn'e göre, bu durumda yemini bozulmuş olur. Çünkü iç yağı, onların [İmameyn'in yaşadığı zamandaki mevcut örf]örfüne göre (*fi 'urfihim*), sırttaki yağı da kapsar. Bizim [Mevsilî'nin yaşadığı zamandaki Kûfe örfü]örfümüze göre (*fi 'urfina*), iç yağı sırttaki iç yağını hiçbir şekilde kapsamaz.²⁶⁷

Serahsî, bu konuda Ebû Hanife ve İmameyn'in görüşlerini verdikten sonra Ebû Yusuf'un, görüşünü "*sırtlarında yahut bağırsaklarında taşıdıkları ya da kemiğe karışan yağlar hariç olmak üzere sığır ve koyunun iç yağlarını da onlara haram kıldık.*"²⁶⁸ âyetine istinâden verdiğini açıklar. Daha sonra Serahsî, "yeminler Kur'an'daki sözcükler esas alınarak anlamlandırılmazlar." diyerek Ebû Hanife'nin görüşünü benimsediğini imâ etmektedir.²⁶⁹

Hidâye'de de bu mesele, sadece Ebû Hanife'nin ve İmameyn'in görüşleri aynı şekilde verilerek açıklanmıştır.²⁷⁰

Koyun eti yememeye yemin eden bir kimse, keçi eti yerse yemini bozulmuş olur. Çünkü koyun adı, keçiyi ve diğerlerini de kapsar. Fakih Ebu'l-Leys es-Semerkindî (ö. 373/ 983)'nin ifadesine göre bu durumda yemini bozulmuş olmaz. Çünkü örf, koyun ile keçiyi birbirinden ayrı kabul eder (*li-enne'l- 'urfe yuferriku beynehumâ*). Muhtar olan görüş de budur. Yine sığır eti yememeye yemin eden kişi manda etini yerse, yemini bozulmuş olmaz.²⁷¹

16. Yeminde Yumurtanın Kapsamı

Yeminlerde balık yumurtası esas yumurtaya dâhil olmaz. Nitekim meselenin örfle bağlantısı Mevsilî'de şöyle anlatılır: Yumurta yememeye yemin eden bir kimse, tavuk,

²⁶⁷ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 317.

²⁶⁸ En'âm 6/ 146.

²⁶⁹ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 183, 184.

²⁷⁰ Merğînânî, *age*, c. II, s. 368.

²⁷¹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 317.

kaz ve kuş yumurtası yerse yani kabuklu yumurtaları yerse, yemini bozulur. Çünkü örf (*'urf*), bunları yumurta kapsamına alır. Ancak balık yumurtası yerse yemini bozulmaz. Eğer buna niyeti varsa, bunu da yiyemez.²⁷²

Serahsî de meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.²⁷³

17. Genel Lafızlarla Yemin Etmek

Reyhân kelimesi, sözlükte gövdesi olmayan çiçeğe denir. Örfte ise kokusu güzel bir bitkinin adıdır. Reyhân koklamamaya yemin eden bir kimse, gül, yasemin, anber veya sultani reyhanı koklarsa örfte göre (*fi 'urfînâ*), yemini bozulur. Ancak lugat anlamına göre yemin edildiğinde gül ve yasemin ile yemin bozulmaz.²⁷⁴

Serahsî'nin de bu meseleye aynı şekilde yaklaştığını görüyoruz.²⁷⁵

Ebû Hanîfe'ye göre, gül ve menekşeye yemin edildiğinde örfen (*'urfen*) bunların yaprağına yemin edilmiş olur. Mevsilî, burada ashabımız (ashabunâ) diyerek onların görüşünü şöyle nakleder: “Menekşe satın almamaya yemin eden bir kimse, menekşe yağını satın alırsa yemini bozulmuş olur. Ancak menekşe yaprağını satın alırsa, yemini bozulmuş olmaz.” Nitekim Kûfelilerin örfü de (*'urfu ehli'l-Kûfe*) böyledir. Mevsilî daha sonra ‘bizim örfümüz (*'urfunâ*), yukarıda anlatıldığı gibidir.’ diyerek Ebû Hanîfe'nin görüşüne atıfta bulunmuştur.²⁷⁶ Ancak Serahsî, *Mebûsût*'ta Kerhî'nin görüşünü naklederek şöyle demektedir: Bu durumda da [yani menekşe yaprağı satın aldığı da] örfen (*'ale'l-'urf*) yemin bozulur. Kerhî, Bağdat'ta halk arasında (*'urfu ehl-i Bağdâd*) menekşe yaprağı satana da “menekşe satıcısı” dendiğini görmüş, bundan dolayı “yemini bozulur.” demiştir. Serahsî devamında ‘bizim yöremizde de böyledir’ (*ve hâkezâ fi diyarinâ*), diyerek aynı görüşü paylaşmıştır.²⁷⁷

Merğînânî de *Hidâye*'de şöyle demektedir: Menekşe satın almamaya yemin eden bir kimse, menekşenin yağı ile bitkisinden birini kasetmezse, onun yemini menekşenin yağı hakkında olur. Çünkü halk arasında (*i'tibâren li'l-'urf*) menekşe dendiği zaman

²⁷² Mevsilî, *age*, c. IV, s. 318.

²⁷³ Serahsî, *age*, c. VIII, s. 178.

²⁷⁴ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 320.

²⁷⁵ Serahsî, *age*, c. IX, s. 29.

²⁷⁶ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 321.

²⁷⁷ Serahsî, *age*, c. IX, s. 28.

ondan menekşe yağı anlaşılır.²⁷⁸

Yine esans koklamamaya yemin eden bir kimse, esansı sakalına sürerse, bu örfen (‘*urfen*’) koklama sayılmadığından yemini bozulmuş olmaz.²⁷⁹

Serahsî de bu meseleyi aynı şekilde mütalaa etmiştir.²⁸⁰

18. Zinet Kullanmamaya Yemin Edenin Gümüş ve İnci Kullanması

İnciden yapılmış gerdanlık, işlenmiş ve yaldızlanmış değilse zinetten sayılmaz. Yeminde de nazarı itibara alınan hakikat değil örf olduğundan Ebû Hanife’ye göre, işlenmemiş ve yaldızlanmamış gerdanlığı erkeklerin takınması câizdir. Çünkü bu, zînet değildir. Ancak İmâmeyn’e göre, bu işlenmiş ve yaldızlanmış olmasa da zinetir. Çünkü bu mutâd olmuştur (*li-ennehu sâre mu’tâd*) ve bu âdete ve zamana göre değişir (*huve ihtilâfu ‘âdetin ve zamânin*).²⁸¹

Serahsî, bu hususta aynı bilgileri verdikten sonra İmâmeyn’in görüşünün daha açık ve kendi yöresinin örfüne (*ilâ ‘urfî diyârinâ*) daha yakın olduğunu söylemektedir.²⁸²

Merğînânîde iki farklı görüşü değerlendirdikten sonra kendi zamanındaki âdeti nazar-ı itibara alarak şu açıklamayı yapmaktadır: “İmam Ebû Hanîfe zamanında işlemez inci gerdanlığını takınmak âdet değildi. İmâmeyn zamanında ise bu âdet idi. Bugün de işlemez incilerle süslenmek âdet olduğu için (*li-enne’tehelli bihi ‘ale’l-înfirâdi mu’tâd*) fetva iki imamın görüşüne göre verilmiştir.”²⁸³

2.1.12 Helal ve Haram Olan Hususlar:

Yapılması mekruh olan fiiller fıkıh kitaplarımızda genellikle kerâhiyye başlığı altında ele alınıp incelenmektedir. Bazıları buna “el-hazru ve’l-ibâha”, bazıları “istihsân”

²⁷⁸ Merğînânî, *age*, c. II, s. 380.

²⁷⁹ Mevsilî, *age*, c. IV, s.321.

²⁸⁰ Serahsî, *age*, c. IX, s. 29.

²⁸¹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 321; Merğînânî, bir kimsenin “ ben hiç zinet kullanmayacağım.” diye yemin etmesi halinde gümüş yüzük takmasıyla gümüş yüzüğün örfen ve şer’an zinet olmadığından (‘*urfen ve-la şer’an*’) yemininin bozulmayacağını söyler. (Merğînânî, *age*, c. II, s. 378)

²⁸² Serahsî, *age*, c. IX, s. 30.

²⁸³ Merğînânî, *age*, c. II, s. 378.

bazısı da “kitâbü’z-zühd ve’l-verâ” adını vermişlerdir. İmam Muhammed’e göre, mekruh kaçınma gerekliliği açısından haramla eşdeğerdir. Ebû Hanîfe ve Ebu Yusuf’a göre ise, harama yakın olan şeydir. Şimdi bu fiilleri örf ve âdet açısından konularına göre sıralayarak inceleyeceğiz.

1. İpek ve Zînetin Hükümü: Kadınların ipek elbise giymesi helal, erkeklerin giymesi ise haramdır. Ancak erkekler bir işaret olarak dört parmak kadar bir parçayı kullanabilir. Bu hüküm hadis-i şerîfe²⁸⁴ dayanır. Ayrıca İmam Mevsîlî, konuyu örfle de temellendirerek şöyle demektedir: “İskenderiye hükümdarı Mukavkıs Rasûlullah’a kenarı ipek olan bir cübbe hediye etmiş, Peygamber Efendimiz (sav) de bu cübbeyi giymişti. Çünkü insanlar sâir zamanlarda da üzerinde işaretler bulunan elbiseleri giymeyi alışkanlık haline getirmişlerdir (*ve li enne’n-nâse i’tâdû lûbse’s-siyâb...fi sâiri’l-izmân*).²⁸⁵

Yine Ebû Hanîfe’ye göre, ipekten yastık ve yatak yapmakta, ipek örtü kullanmak ve bu örtüyü kapıya asmakta bir sakınca yoktur. Ancak İmameyn’e göre yasak umumî olduğundan ipeğin böyle kullanılması mekruhtur. Çünkü bu Acemlerin giysi âdetlerindedir (*min zeyyi’l-e’acim*). Bu da bize yasaklanmıştır.²⁸⁶

Merğînânî, İmameyn’in genel anlamlı rivayetler dışındaki görüşünün gerekçesini şöyle nakletmektedir: İpek elbise giyme, zâlim ve gaddar kişilerle Acem hükümdarlarının âdeti (*min zeyyi’l-ekâsirati ve’l-cebâbira*) ve de onlara benzemenin haram olması nedeniyle mekruhtur.²⁸⁷

Serahsî, Acemlerin giysi âdetlerinden olması hasebiyle yasaklanan ipek giysinin gerekçesini şöyle açıklamaktadır: Acemlerin dokuduğu ipek kumaşlardan yapılan elbiseler içinde namaz kılınmaz. Zira onlar, dokuma sırasında sidik kullanırlar. Bunun kumaşın parlaklığını artırdığını zannederler. Sonra da kumaş bozulur diye onu yıkamazlar. Ayrıca Serahsî, ipek elbise giymek erkeklere haram olmakla beraber “attâbî” ve “musammet” denilen kumaşlardan yapılan elbiseyi giymelerinde bunların

²⁸⁴ *İhtiyar*’da zikredilen hadis-i şerif mealen şöyledir: Hz. Ömer’den rivayet edildiğine göre, “Rasulullah (sav) ipek giymeyi erkeklere haram kıldı. Ancak şu kadar ve şu kadar hâriç. Böyle derken iki, üç veya dört parmak gösterdiği rivâyet edilir.” (Ebû Dâvud, Libas 7; Buhârî, Libas 25).

²⁸⁵ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 434.

²⁸⁶ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 434; Meydânî, *age*, c. III, s. 213.

²⁸⁷ Merğînânî, *age*, c. IV, s. 363.

atkıları başka iplikten olması nedeniyle bir sakınca olmadığını söylemektedir.²⁸⁸

2. İpek Mendil Kullanmak: Teri ve burnu silmek için ipek mendil kullanmak kibir sayıldığından (*darbu kibr*) mekruhtur. Ancak ipek mendili pislik ve kazurati silmek için [yani ihtiyaç nedeniyle] kullanmanın bir sakıncası yoktur. Müslümanlar, öteden beri alışkanlık haline getirdikleri için (*li tevârusi'l-müslimîne zâlik*) abdestten sonra ipek mendille kurulanmanın da bir sakıncası yoktur. Ancak kişi kibirlenmek için (*tekebbüuran*) bunu yapıyorsa –bağdaş kurup yaslanarak oturmada olduğu gibi- mekruh, ihtiyaçtan dolayı yapıyorsa (*li'l-hâce*) mekruh değildir.²⁸⁹

Merğînânî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.²⁹⁰

3. Yüzük Takmanın Sünnet Oluşu ve Şekli: Yüzük takmak, sultan, kadı ve bunların makamlarında olanlar için sünnettir. Yüzüğün kaşının akîk, firûzec, yâkût ve benzeri taşlardan olması câizdir. Aynı şekilde, yüzüğün kaşına sahibinin, adını veya Allah'ın güzel isimlerinden birini yazdırması, insanların bunu teâmül haline getirmelerinden (*li te'âmüli'n-nâsi zâlik*) ve bu çirkin görülmediğinden dolayı (*min ğayri nekîr*) câizdir.²⁹¹

Merğînânî, yüzüğün haram ve helal olmasında yüzüğün halkasına itibar edileceğini ve erkekler için, yüzüğün kaşının avuç içine, kadınlar için ise dışa dönük olduğunu belirtir. Merğînânî, hâkim ve sultanların yüzüğe ihtiyaç duyduklarından yüzük kullanmalarının uygun olacağını ancak bunların dışında olan kimseler için yüzük kullanmamalarının efdal olacağını belirtir.²⁹²

Serahsî, erkeğin süs eşyası takmasının normalde yasak olduğunu ancak gümüş yüzük takabileceğini belirtir.²⁹³

Buradan anlaşıldığı üzere yüzük takmanın hükmü ve takılma şekli üzerinde örften kaynaklanan farklı görüşler söz konusu olabilmektedir. Örfün değişmesine bağlı olarak hükümlerin de değişmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle yüzüğün içe dönük dışa dönük

²⁸⁸ Serahsî, *age*, c. IX, s. 3.

²⁸⁹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 435.

²⁹⁰ Merğînânî, *age*, c. IV, s. 365.

²⁹¹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 436.

²⁹² Merğînânî, *age*, c. IV, s. 365.

²⁹³ Serahsî, *age*, c. IX, s. 29.

takılması konusunda bugün için farklı bir uygulama bulunmuyor. Ayrıca erkekler de yüzüğü süs olarak takıyor kadınlar da. Dolayısıyla yüzüğün herkes için zînet olarak takılmasında bir sakınca olmadığını söyleyebiliriz.

4. Câmî Kapılarının Kapatılması: Camilerin kapılarının kapatılmasını âlimler önceden mekruh görürlerdi. Ancak zamanımızda (*fi zamâninâ*) namaz vakitleri haricinde kapıların kapatılmasında insanların bozulmuş olmaları nedeniyle (*li fesâdi ehli 'z-zamân*) bir sakınca yoktur. Zira camideki eşyalar hususunda emin değiliz.²⁹⁴

Cami kapılarının kapatılmasıyla ilgili Serahsî ise, kendi zamanındaki durumu Ebû Hanîfe'ye atıfla özetle şöyle aktarmaktadır: Bir câminin düzenini sağlamak o bölgedeki cemaate aittir. Bunun delili de, câminin kapısını açıp kapamanın, imam, müezzin ve mütevellî atamanın cemaate ait bir hak oluşudur.²⁹⁵ Câmî cemaatinin ise, mescidin kapılarını kapatmaları hoş karşılanmayıp mekruh görülürken başka birisinin cami kapılarını kapatması kesinlikle hoş karşılanmaz.²⁹⁶

Anlaşıldığı üzere cami kapılarının kapatılması esasında mekruh görülürken insanların bozulması ve camideki eşyaların güvende olmaması nedeniyle geçmişte bu meseleye cami kapılarının kapatılması ile çözüm bulunmuştur. Ancak camilerin güvenliği sorunu günümüzde genel olarak teknolojik imkanlar sayesinde çözülebildiğinden en azından güvenlik kamerası sistemiyle denetim yapılabildiğinden cami kapılarının kapatılmasının isabetli olmayacağını hiç değilse son cemaat kısmının açık bulundurulması gerektiğini söyleyebiliriz.

5. Hamama Gitmek: Erkek ve kadınların, peştamal sarındıkları ve gözlerini sakındıkları takdirde hamama gitmelerinde bir sakınca yoktur. Çünkü bunda süslenme ve temizlenme manası vardır ve insanlar hiçbir itirazla karşılaşmadan (*min gayri nekîr*) eskiden beri hamama gitmektedirler (*ve tevârusi 'n-nâsi zâlik*). Ancak hamamda vücudun bazı yerlerini ovalatıp masaj yaptırmak, nimet içinde şımaranların ve mütekebbirlerin âdeti olduğundan (*'âdetü 'l-müteraffîn ve 'l-mütekebbirîn*) mekruhtur. Bir acı ve yorgunluk olması halinde ise bir sakınca olmaz.²⁹⁷

²⁹⁴ Mevsilî, *age*, c. IV. s. 446.

²⁹⁵ Serahsî, *age*, c. XXVII, s. 24.

²⁹⁶ Serahsî, *age*, c. XII, s. 36.

²⁹⁷ Mevsilî, *age*, c. IV. s. 448.

Serahsî, hamamların fitne unsuru olması/olabilmesi nedeniyle özellikle kadınlar için hamama gitmenin mekruh olduğuna dair bazı âlimlerin görüşlerini verdikten sonra kendi görüşünü şöyle ifade etmektedir: “*Erkekler ve kadınlar için hamam yapmakta bir sakınca yoktur. Buna özellikle bizim bölgemizde (fî diyârinâ) ihtiyaç vardır. Kadınlar için buna daha çok ihtiyaç(hâcetü'n-nisâi... ekser) vardır. Zira kadınlar, özel hallerinden dolayı yıkanma ihtiyacı duyarlar. Ayrıca yıkanmanın amacı, insanın kiri gidererek süslenmesidir. Kadınların ise süslenmeye daha çok ihtiyacı vardır.*”²⁹⁸

Buradan anlaşılmaktadır ki, bu meseleye ilgili her dönemde ve bölgede ortaya çıkan veya çıkabilecek mahremiyet sorunlarına göre farklı hükümler verilmiştir. Hamam gibi insanların toplu olarak bulunduğu yerlerde bu tür sorunların günümüzde de yaşanabilmesi mümkündür. Ancak eski zamanlara nazaran günümüzde insanların kendi evlerinde temizliğini yapma imkânlarının gelişmiş olması bilhassa kadınlar açısından hamama gitme ihtiyacını en aza indirmiştir. Dolayısıyla günümüzde kadınların, zarûret olmadıkça hamama gitmelerinin uygun olmayacağını söylemek daha isabetlidir.

6. Atı Koşturmak, Burmak ve Terbiye Etmek: Atların koşturulması ve burulmasıyla ilgili Hz. Ömer (ra), Sa'd b. Ebi Vakkas'a (ra): “Atları burmayın, onları süratle koşturmayın.” diye yazmıştı. Mevsilî bu emri, şöyle açıklamaktadır: Atın kişnemesi düşmanı korkutur. Burulması ise kişnemesine mâni olur. Yoksa burulması haram değildir. Çünkü Peygamber Efendimiz (sas)'in zamanından günümüze dek atların burulması, yadırganmayacak bir örf haline gelmiştir (*te'ârefûhuilâ yevminâ min gayri nekîr*).²⁹⁹

Merğînânî, iğdiş edilmiş hayvanların çalıştırılmasında hem insanlar hem de hayvanlar için faydalar olduğunu (*menfe'atün li'l-behîmeti ve'n-nâs*) söyleyerek meseleyi fayda-yarar düşüncesi ile izah etmiştir.³⁰⁰

İbadetler ve kerâhiyye denilen haram ve helal olan hususlarla ilgili bu konuları gördükten sonra şimdi muâmelât bölümüne geçebiliriz.

²⁹⁸ Serahsî, *age*, c. XV, 156, 157.

²⁹⁹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 451.

³⁰⁰ Merğînânî, *age*, c. IV, s. 380.

2.2 Muamelâtla İlgili Hükümler

Hukukî bir sonuca yönelik irade beyanı anlamındaki muâmele kelimesinin çoğulu olan muamelât terimine farklı manalar yüklenmiştir. Geniş anlamıyla fikhın ibadetler dışında kalan kısmını yani hukukun tamamını, dar anlamıyla mâmelek hukukundan medenî hukuk, özel hukuk ve iç hukuka varan değişik manalarda kullanılmıştır.

Fıkıh, biri fûru diğeri usûl olmak üzere iki ana çizgide gelişimini sürdürmüş, fûru ile ilgili birikimin tasnif edilmesi gündeme gelince ibadet hükümlerini öne alan bir sistematik benimsenmiş ve fûru kitaplarında fikhî hükümlerle ilgili genel inceleme ve anlatımlarda öncelikle ibadât ve muamelât şeklinde ikili bir tasnif kullanılmıştır. Her ne kadar bu kavramlar bölüm başlıkları olarak fıkıh eserlerinde kullanılmasa da kişinin Allah`a karşı vecibelerini düzenleyen ve özü itibarıyla manevî arınmayı hedefleyen hükümler ibadât; kişinin diğer fertler ve toplumla ilişkilerini düzenleyen fıkıh kuralları ise muamelât bölümünü oluştururlar.

Süreç içerisinde ceza hukuku ile ilgili olanlara ayrı bir başlık bulunmuş ve bunlara ukubât denmiştir. Son tahlilde klasik fıkıh eserleri genel bir sınıflama ile bu üç alana ayrılmıştır. 19. yüzyıl kanunlaştırma hareketine kadar başka bir tasnif meşhur olmamış, fıkıh mevzularının tümü ibadât, muâmelât ve ukubât ana gruplarına bölünmüştür.³⁰¹

19. yüzyılda gerçekleşen kanunlaştırma hareketlerinden sonra muamelât terimi artık daha çok mâmelek yani mal varlığı ile ilgili hükümleri, başka bir deyimle mâlî muamelâtı ifade eder hâle gelmiştir. Son yüzyılda tercih edilen isimlendirmelere göre ise şahıs, aile ve miras hukuku bir bütün halinde “ahvâl-i şahsiyye”, borçlar hukuku, “ukûd ve iltizâmât”, ceza hukuku “cinâyât”, anayasa hukuku “düstûr veya nizâmü'l-hükm” terimleriyle ifade edilmeye başlanmıştır.³⁰²

Günümüz beşerî hukuk sistematüğinde alışveriş, icâre ve rehin akitleri borçlar hukuku; kadılık âdâbı, davâ, ikrar ve şahitlik, yargılama usûlü hukuku; vekâlet, iş görme amaçlı akitler; emânet, muhafaza amaçlı akitler; kefâlet, teminat amaçlı akitler; müzâraa ve mudârebe ise şirketler hukuku kapsamına girmekle beraber biz kitabımızın

³⁰¹ Bilal Aybakan, “Muamelât”, *DİA*, c. XXX, s. 318.

³⁰² Ahmet Yaman, Halit Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, İFAV, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 72.

sistematğine uyarak tezimizde konuları dörtlü tasnif olanibâdât, muâmelât, münâkehât ve ukubât ana başlıkları altında incelemeyi tercih ettik.

2.2.1 Alışverişle İlgili Konular:

2.2.1.1 Alışverişte Paranın Miktar ve Cinsinin Belli Olması:

Bir alışverişte ödenecek olanın paranın miktar ve cinsinin bilinmesi şarttır. Zira akitleri ifsad eden sebeplerden birinin bulunmasıyla akit fâsit olur. Akdi ifsad eden sebeplerden birisi de insanlar arasında nizâyâ, kavgaya ve kırgınlığa sebep olan cehâlet (bilinmezlik)' tir.³⁰³ İşte akitlerdeki bilinmezliğin çözülmesi hususunda bazen örf belirleyici olur. Şimdi konuyu Mevsilî'den takip edelim:

Bir alışveriş akdinde mutlak bir para sözü edilmiş ise, bu o memleket parasının revaçta olanına hamledilir. Çünkü o beldedeki insanlar paranın o para olduğunu bilirler. Bir kimse, 'şu evi ona satın aldım' veya 'şu elbiseyi ona satın aldım' veya 'şu karpuzu ona satın aldım'der ve kendisi de halkının dinar ve dirhemle alışveriş yaptıkları bir belde de bulunuyorsa, örfün delaletiyle (*bi delâleti'l-'urf*) bu ifadeden, evi on dinara, elbiseyi on dirheme karpuzu da on fulûsa satın aldığı anlaşılır. Ve anlaşmazlık örfün delâletiyle giderilir.³⁰⁴ Eğer o beldedeki halk bu paralarla muamele etmiyorsa kendi aralarında kullandıkları mutâd para ile (*ilel-mu'tâdi 'indehum*) bu eşyaları satın aldığı anlaşılır.³⁰⁵

Görüldüğü gibi böyle bir alışveriş akdinde paranın cinsinin ne olduğu ile ilgili bilinmezlik o ülkenin kullandığı para birimine yani o zamandaki cârî örf'e müracaat etmekle çözülmüştür.

2.2.1.2 Arazi Satışları:

Arazi satışı hususunda bir hadîs-i şerif'te: " Bir kimse içinde meyve bulunan hurmalık veya ağaç satın alırsa, müşteri aksini şart koşmadığı takdirde meyvesi satıcıya

³⁰³ Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, (Doktora Tezi), A.H.İ. Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 101.

³⁰⁴ Mevsilî, *age*, c. II, s. 245.

³⁰⁵ Serahsî, *age*, c. IX, s. 29.

aittir.”³⁰⁶buyruluyor.³⁰⁷Çünkü meyveler bina gibi sürekli olmak üzere araziye bitişik değildir. Olgunlaşmak üzere olup mevsimlik görünen bitişikliklidir. Dolayısıyla bunlar binaya konulmuş eşya gibi olup belirtilmeden akdin hükmüne girmez. Ancak bir kimse bir arazi satın alsa, içindeki hurma ve ağaçlar onundur. Çünkü bunlar, bina gibi sürekli olmak üzere araziye bitişiktir. Ancak içindeki ekin ve meyveler ise alıcının değildir.³⁰⁸

Bu hadis-i şerîf’in ifade etmiş olduğu mananın ve kapsamının neler olduğu hususu değişik uygulamalar ile daha iyi açıklığa kavuşmuştur. Bu uygulamalar da zamandan zamana farklılık göstermektedir. Konunun el- *İhtiyar*’da ele alınışı şu şekildedir:

Bir kimse bir ev (dâr) satın alır ve alırken evin sınırları anlatılırsa; alt kat, üst kat, tavla, ağıl, helâ ve ağaçlar da satışa dâhil olur. Çünkü ev, etrafında sınırları çevrili olan yerin adıdır. Ve sınır da zikredilen şeylerin tamamını içine almaktadır. Bahçe (bustân) eğer evin sınırları dışında ise ve şayet evden küçükse, satışın kapsamına girer. Çünkü örfte göre bu durumda bahçe, eve tâbi şeylerden sayılır. (*li-ennehu min tevâbi ‘i-dâri ‘urfen*). Ama bahçe ev kadar veya evden daha büyük ise şart koşulmadığı takdirde satışa dahil olmaz. Çünkü bu bahçe evin sınırları dışındadır. Gölge de İmâmeyn’e göre eğer eve çıkışı varsa örfen eve tabi olur (*li-ennehu tu’addu mine ‘d-dâri ‘urfen*) ve satış kapsamına girer. Ebû Hanife’ye göre bu gölge satış kapsamına girmez. Çünkü uçlarından biri evin duvarının üstündedir, bu nedenle eve tâbidir.³⁰⁹

2.2.1.3 Meyve Satışları:

Bir kimse iriliklerinin son haddine ulaşmalarından sonra, ağaç üzerindeki meyveleri satın alırsa, o meyveleri hemen devşirmesi gerekir. Eğer meyveler ağaç üzerinde bırakılırsa, meyvelerin daha da irileşmesi gerçekte bir fazlalık olmadığı, vasıf

³⁰⁶ Zeylaî, Ebu Muhammed Cemalüddin Yusuf b. Abdullah, *Nasbu’r-râye tahrîcu ehâdîsi ‘l-Hidâye, Dâru ‘l-kütubi ‘l-ilmîyye*, 1. Baskı, Beyrut 1996, c. IV, s. 10;[Bu hadis-i şerif Müslim, Ebû Dâvud ve Tirmizî’de şöyle nakledilir: *men ibta’a (men ba’a) nehlen kad ubbirat fe semeratüha li’l-ba’i illa en yeşterida ‘l- mübtâ’*. (“Kim aşılansmış bir meyve ağacını satarsa, (bir rivayette satın alırsa) müşteri kendisi için şart koşmamış sa, mal satıcıya aittir.”) Müslim, Büyû’, 77-80; Ebû Davud, İcâre, 42; Tirmizi, Büyû’, 25; Buhari’deki rivâyet ise şöyledir: “men ba’a nehlen kad ubbirat fe semeratüha li’l-bai’i illa en yeşterida ‘l-mübtâ’.” (Buharî, Büyû’, 90.)]

³⁰⁷ Mevsilî, *age*, c. II, s. 247. (Nâşir, el-*İhtiyâr*’da hadisin bu lafızla garib olduğunu ancak benzer lafızlarla Buhari’de geçtiğini ifade ediyor.)

³⁰⁸ Serahsî, *age*, c. XIV, s. 136.

³⁰⁹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 247.

değişikliği olduğundan o kimseye helal olur. Eğer müşteri [olgunlaştıktan sonra] meyvelerin ağaç üzerinde bir müddet daha kalmasını şart koşarsa, İmam Muhammed'e göre, bu örfe dayalı olarak yapılan istihsana göre (*istihsânen li'l-'urf*) câizdir. Ancak meyveler irileşmenin son haddine ulaşmamışlarsa, müşteri tarafından ağaç üzerinde bir müddet daha bırakılmalarını şart koşturmak, meyveler irileşmekle artmış olacağından ve ortada mevcut olmayan bir şeyin meydana gelmesi şart koşulmuş olacağından câiz değildir.³¹⁰

Merğînânî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmaktadır.³¹¹

Yine buğdayın başağında, baklanın kabuğunda satılması, susam, pirinç, ceviz ve badem gibi ürünlerin kabuklarında satılması tıpkı başağın kendisinden yararlanılan bir mal olduğundan (*müntefe'un bih*), câiz olması gibi câizdir. Bu durumda meyve ve hurmaların devşirilmesi, köklerin sökülmesi, soğanların yerden çıkarılması ve buna benzer işlerin yapılması *örfen* (*li'l-'urf*) müşterinin vazifesidir.³¹²

2.2.1.4 Yırtıcı Hayvanların ve Köpeğin Satışı:

Köpek, bekçilik ve avlanmada kendisinden yararlanılan (*muntefe'un bih*) bir hayvan olduğundan satılması câizdir. Ancak yılan, akrep, keler, kirpi vb. haşereler kendilerinden yararlanılmadığı için bunların satılması câiz değildir. Filin satılması câizdir. Maymunun satılması hususunda Ebû Hanîfe'den gelen en sahih kavle göre derisinden yararlanıldığından satılması câizdir. Yine Ebû Hanîfe'den gelen bir rivayete göre; yengeç, kaplumbağa ve kurbağanın ölülerinin değil, dirilerinin satılması câizdir. İnsanların kendisine olan ihtiyacı sebebiyle (*li-hâceti'n-nâsi ileyh*) sülüğün satışı da câizdir.³¹³

Kâsânî, Mevsilî'den farklı olarak maymunun satışı hususunda Ebû Hanîfe'den iki rivâyet bulunduğunu ancak bu rivayetlerden sahih olanın, âdeten (*'âdeten*) derisinden yararlanılmadığı için maymunun satışının câiz olmadığı görüşüdür. Ayrıca filin satışı icmaen câizdir. Yılanın satışı konusunda *Fetâvâ*'da ilaç için kendisinden yararlanıldığı için satışının câiz olduğu nakledilmekle beraber, Kâsânî bunun isabetli bir görüş

³¹⁰ Mevsilî, *age*, c. II, s. 248.

³¹¹ Merğînânî, *age*, c. III, s. 27.

³¹² Mevsilî, *age*, c. II, s. 248.

³¹³ Mevsilî, *age*, c. II, s. 251.

olmadığı, içki ve domuzda olduğu gibi helal olmayan bir şeyde şifa olmayacağı hadisine istinâden bunun câiz olmadığını söylemektedir. Yine Kâsânî, *Fetâvâ*'ya atfen insanlar kendisinden yararlandığı için kurbağanın satışının câiz olduğunu belirtir.³¹⁴

İmam Serahsî ise, eğitilmiş ve eğitilebilir olan köpeklerin -ki bunlar av, bekçi ve çoban köpekleridir- satışının câiz olduğunu belirtiyor. Bu düşünceden hareketle Serahsî, eğitimi kabul edeceği/ edebileceği gerekçesiyle köpek eniğinin, hatta arslanın, parsın ve doğanın da satışının câiz olduğunu söylüyor. Ayrıca Serahsî, kedinin satışını da câiz görür; ancak bunların dışındaki kurbağa, yengeç ve benzeri hayvanların, mütekavvim mal olmadıkları için satışının câiz olmadığını ifade etmektedir.³¹⁵

Merğînânî de, bu konuda eğitilmiş olsun veya olmasın köpek (kelb), pars (fehđ) ve başka yırtıcı hayvanların (sibâ') satışının câiz olduğunu nakletmektedir.³¹⁶

2.2.1.5 Görme Muhayyerliği

“Hıyâr-ı rü'yet” olarak tabir edilen görme muhayyerliğibir kimsenin bir malı görmeden satın alıp gördükten sonra malı iade edip etmemekte serbest olmasıdır. Ve bu muhayyerlik Hanefî mezhebinde şartsız ve açık olarak muteber kabul edilir.³¹⁷Bu konunun örfle ilgili boyutu el- *İhtiyar*'da şöyle anlatılmaktadır:

Bir kimsenin görmediği malı satın alması câizdir ve malı gördüğü zaman muhayyerlik hakkı vardır. Yani malı gördüğünde dilerse alır dilerse geri verir. Muhayyerlik hakkı ancak malı görme anında sâbit olur. Ama görmeden satış akdini geçerli kılar, akid yine de bağlayıcı olmaz. Çünkü muhayyerlik şer'an sâbit olmuştur, tarafların iptal etmeleriyle yok olmaz. Ama şartla ve ayıp sebebiyle elde edilen muhayyerliklerde hüküm bundan farklıdır.

Buna göre bir kimse, yer altında olduğu bilinen havuç, şalgam, soğan, sarımsak ve turp gibi sebzeleri satar, sonra da bunlardan biraz numune koparıp alır ve müşteri de

³¹⁴ Kâsânî, *age*, c. VI, s. 557, 558.

³¹⁵ Serahsî, *age*, c. XI, s. 235, 255. (Serahsî, ayrıca bir rivayete göre Hz. Peygamber'in, av köpeği için 40 dirhem, bekçi köpeği için bir farak (41, 024 kg.) buğday, çoban köpeği için de 1 koyun değer biçtiği ni nakleder.)

³¹⁶ Merğînânî, *age*, c. III, s. 79.

³¹⁷ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 1999, c. II, s. 290.

bu numuneleri beğenirse³¹⁸bu mal soğan gibi ölçeklik mallardansa veya havuç ve sarımsak gibi tartı ile satılan mallardansa İmâmeyn'e göre müşterinin muhayyerliği bâtil olur. Çünkü buna ihtiyaç vardır ve muamele de bu şekilde cereyan etmektedir (*li'l-hâceti ve cereyani't-teâmuli bihi*).³¹⁹

Görüldüğü gibi burada taraflar arasında ta'yin edilen bir mal hususundaki görme muhayyerliği örfte cereyan eden uygulamaya dayanarak terk edilmiştir.

2.2.1.6 Bitmiş Alışverişte Araya Girmek:

Bir fiyat üzerinden alışverişi bitiren iki kimsenin fazla fiyat vererek aralarına girmek mekruhtur. Bu konuyla ilgili olarak Hz. Peygamber (s.a.v.) şöyle buyurmuştur: “Kişi kardeşinin pazarlığı üzerine pazarlık yapmasın.”³²⁰ Mesela satıcıyla müşteri alışverişi yapmaya râzı olur, fiyat kesinlik kazanır, geride sadece akdin yapılması kalır da tam o esnada üçüncü bir şahıs araya girerek fazla fiyat verip alışverişi bozarsa bu câiz değildir. Ancak ikisinin anlaşmasından evvel üçüncü bir şahsın fazla fiyat vermesi câizdir. Bu, bütün beldelerde ve zamanlarda alışılmış olan bir durumdur (*huve'l-mu'tâdü beyne'n-nâs fi cemi'il-bilâdi ve'l-emsâr*).³²¹

İmam Serahsî, alıcı ve satıcı akit yapmaya meyilli olduğunda bu yasağın geçerli olduğunu, eğer taraflar akit yapma konusunda meyilli olmazsa başka bir kişinin satıcı ile pazarlıkta bulunarak malı satın almasında bir sakınca olmadığını söylemektedir.³²²

Merğînânî de konuyla ilgili aynı bilgileri vermektedir.³²³

Bu meselede yasaklanan husus taraflar anlaşlığında üçüncü bir şahsın araya girerek fiyatı kızıştırıp alıcının mağdur olmasına sebep olmasıdır.

³¹⁸ Merğînânî'ye göre, bu durumda ölçülen ve tartılan mallar gibi satışı yapılan eşyanın taneleri arasında fark yoksa yani tek örnekle gösterilebiliyorsa bir tanesini görmekle yetinilir. Ancak görülmeyenler, görülenden kötü ise alıcı alıp almamakta serbesttir. (Merğînânî, *age*, c. IV, s. 35)

³¹⁹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 260.

³²⁰ Buhari, Büyû' 58, 70; Müslim, Büyû' 9-12; A. b. Hanbel, II, 402. (Buharî, Büyû' 58'de geçen hadis in Arapça metni şöyledir: “lâ yebî'u 'ala bey'i ehîhi velâ yesûmu 'ala sevmi ehîhi hatta ye'zene lehu ev yetruke.”)

³²¹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 271.

³²² Serahsî, *age*, c. XV, s. 75.

³²³ Merğînânî, *age*, c. III, s. 53,54.

2.2.1.7 Ribâ (Faiz)

Ribâ, arapça'da fazlalık manasındadır. Şer'î istilahta ise, akit yapılırken şart koşulan fazlalıktır. Bu da aynı cins malların birbirleriyle karşılıklı takaslarında söz konusu olur. Ribânın haram olmasının delillerinden biri olan eşya-i sitte hadisinde: "Altın, altın karşılığında ağırlık ölçüsüyle peşin olarak misli misline satılır, fazlalık faizdir. Buğday, buğday karşılığında peşin olarak ölçüyle misli misline satılır, fazlalık faizdir. Arpa, arpa karşılığında peşin olarak ölçüyle misli misline satılır, fazlalık faizdir. Hurma, hurma karşılığında peşin olarak ölçüyle misli misline satılır, fazlalık faizdir. Tuz, tuz karşılığında peşin olarak ölçüyle misli misline satılır, fazlalık faizdir"³²⁴ buyrulur.³²⁵

Yukarıdaki hadisin literal anlamını esas alan Ebû Hanîfe ve Muhammed İbn Hasan mübadelede bu ölçü birimlerinin esas alınmasını zorunlu görmektedirler. Ancak Ebû Yusuf'tan gelen bir rivayete göre bu konuda örf de muteber olur (*ennehu yu'teberu fihi'l-ûrfi eyzan*). Çünkü bu husustaki nass da insanların âdetine göre vârid olmuştur. Bu sebeple de âdet muteber (*tu'teberu'l-âde*) olmaktadır.³²⁶

Merğînânî'nin bu meseleyle ilgili Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'in görüşünü tercih ettiğini görmekteyiz.³²⁷

Serahsî, konuyla ilgili hadiste geçen "mislen bi-mislin" ifadesinde bundan maksadın, ölçüyle alınıp satılanlarda ölçü miktarı, tartı ile alınıp satılanlarda tartı miktarı olduğunu söylemektedir. Ayrıca Serahsî, buğdayın mütekavvim bir mal olduğunun ölçü ile, altının ise tartı ile bilineceğini bunun ise nassın gereği olduğunu hatta buğdaydaki eşitliğin ölçüyle sağlanabileceği konusunda icmânın gerçekleştiğini belirtmektedir.³²⁸

Konuyla ilgili ortaya konan bu yaklaşımlardan sonra Ebû Yusuf'un görüşü ile ilgili şu değerlendirmeyi yapabiliriz. Burada Ebû Yusuf'un yaptığı, mahiyet itibarıyla

³²⁴ Buhârî, Büyû' 78; Müslim, Müsakât 81, 82; Ebû Dâvud, Büyû' 12.

³²⁵ Mevsilî, *age*, c. II, s. 205.

³²⁶ Mevsilî, *age*, c. II, s. 277.

³²⁷ Bu konuda Merğînânî *Hidaye*'de; peygamberimizin ölçülerek ve tartılarak birbiriyle satımına izin verdiği şeylerin halk bu ölçü birimlerini bıraksa bile, bu ölçü birimlerinin devamlı olduğunu belirterek bunu nassın örften daha kuvvetli olmasına (*li-enne'n-nasse ekvâ mine'l-'urf*) bağlamaktadır. Hakkında nass bulunmayan mallar ise, halkın âdetlerine bağlıdır (*huve mehmûlun 'ale'l-'urf*). (Merğînânî, *age*, c. III, s. 63)

³²⁸ Serahsî, *age*, c. XII, ss. 113-116.

nassa muhalif bulunan örf ile amel olmayıp, belki nassın te'vili ve yorumlanmasıdır. Bu meseledeki görüşünden hareketle Ebû Yusuf'a genel bir kural olarak, "nass örf'e dayalı olduğu takdirde, örfün değişmesi halinde hükmün de değişeceği" izâfe edilmiştir.³²⁹

2.2.1.8 Selem Akdi

Selem, lugatte öne almak ve teslim etmek anlamındadır. İstilahta ise para peşin mal veresiye şeklindeki alış veriş akdidir. Paranın peşin olarak ödenmesi gereğini içerdiğinden dolayı bu adı almıştır.

Selem akdinin meşrûiyeti ile ilgili bir hadiste Peygamberimiz (s.a.v.):"Sizden selem akdi yapan bir kimse belli ölçekteki, belli tartıdaki mal ile belli bir vadeye kadar selem yapsın."³³⁰ buyuruyor.

Ebû Hanîfe'ye göre, selem akdinin câiz olması için yedi şartın bulunması gerekir. Bu şartlar şunlardır: 1. Malın cinsinin belirlenmesi. 2. Türünün belirlenmesi. 3. Miktarının belirlenmesi. 4. Niteliklerinin belirlenmesi. 5. Vadenin belirlenmesi. 6. Taşınması masraf ve külfet gerektiren malların teslim yerinin belirlenmesi. 7. Semen (satış bedeli) belli edilmesi. Bu şartların belli edilmemesi taraflar arasında anlaşmazlığa neden olabilir. Bu şartların kaynağı yukarıdaki hadîs-i şeriftir.³³¹

Üzerinde selem akdi yapılan malların vasıfları konusunda hadisi şerif bize ışık tutuyor. Ancak bazı mallar üzerinde selem akdinin yapılıp yapılamayacağı konusunda farklı rivayetler vardır. Bu farklı hükümlerde örfün belirleyici olduğu muhakkaktır. Şimdi konuyla ilgili örnekleri Mevsilî'den takip edelim:

Tuzlu balıkların tartarak selem suretiyle satışları câizdir. Çünkü bunlar piyasadan çekilmezler, pazarda hep bulunurlar. Büyük balıkların³³² selem suretiyle satışlarının câiz olup olmadığı hususunda ise Ebû Hanîfe'den gelen iki rivayet vardır. Tercih edilen kavle göre ve İmameyn'in de örf'e dayandırdığı görüşe göre bu câizdir. Çünkü âdete

³²⁹ Kâşif Hamdi Okur, *age*, s. 134, 135.

³³⁰ İ. Malik, *Muvatta'*, (Muhammed b. Hasan rivâyeti), c. III, s. 212.

³³¹ Serahsî, *age*, c. XII, s. 124.

³³² *Hidâye*'de, taze balıkta, satış eğer devamlı bulunduğu bir yörede yapılıyorsa sayı ile değil, tartı ile her zaman selemin caiz olduğu belirtilir. (Merğînânî, *age*, c. III, s. 73).

göre (*fihî 'âdetun*) etin yağlılığı ve dolgunluğu nazarı itibara alınmaz.³³³ Bir adamın diğerine selemle et satması konusunda ise, Ebû Hanîfe şöyle demiştir: “Bunda hayır yoktur. Çünkü bu bilinen bir şey değildir.” Ancak İmâmeyn’e göre, satıcı etinin belli bir yerinin belli bir niteliğini söylesen selem câiz olur. Çünkü bu et tartılı ve niteliği düzenli bir ettir.³³⁴

Mebûsût’ta konuyla ilgili farklı olarak şu bilgiler yer almaktadır: Büyük balıkların yine ‘tartı ile’ selem yaparak satışları câizdir. Ancak, Hasan b. Ziyâd’ın Ebû Hanîfe’den rivayetine göre, ‘parçalanarak satılan’ büyük balıklarda, ette olduğu gibi tartı ile selem câiz değildir. İmâmeyn’e göre etin tartı ile satımı, insanlar âdet haline getirdiklerinden dolayı (*i’tâdû bey’ahû veznen*) câizdir. Ayrıca Serahsî, mevsimi dışında taze balıkta selem yapmanın câiz olmadığını; mevsiminde ise, insanlar onun satımını tartı ile yapmayı âdet edinmişlerse (*i’tâdû bey’ahû veznen*) câiz olduğunu nakleder.³³⁵

Görüldüğü üzere selem akdinin meşruiyeti hadis-i şerifle sabit olmakla beraber bunun hangi cins mallarda geçerli olup olmayacağı hususu önemlidir. Hz. Peygamber cahiliye döneminden beri Araplar arasında yaygın olan selem akdiyle mal alışverişini yasaklamamış, sadece bazı ölçüler koymuştur. Ve selem akdinin hangi tür mallarda geçerli olup olmayacağı da örfte bırakılmıştır.

2.2.1.9 İstisnâ’ Akdi

İstisnâ’ akdini, bir sanatkâra bir malın yapılması hususunda sipariş vermek olarak tanımlayabiliriz.³³⁶

Bu akit ma’dumun (mevcut olmayan şey) satışı³³⁷ olduğundan ve Hanefiler de bu satış yasağını genel bir kural (kıyas) olarak gördüklerinden bu kurala rağmen cevazını

³³³ Mevsilî, *age*, c. II, s. 286.

³³⁴ Merğînânî, *age*, c. III, s. 73, 74; İsmail Hakkı Ünal, *age*, s. 131.

³³⁵ Serahsî, *age*, c. XII, s. 137, 138; [Serahsî, derinin selem yoluyla satışında da şunları aktarır: Hanefî lere göre, deve ve sığır derisinde selem câiz değildir. Çünkü âdeten (*'âdeten*) deri tartılmaz, sayı ile satılır. Aynı şekilde işlenmiş deride ve kağıtta da selem câiz değildir. Zira bunlarda ebatından dolayı belir sizlik vardır. Ancak kağıtta ve deride ebatı ve nitelikleri belli olursa o zaman selem yapmak câiz olur. (Serahsî, *age*, c. XII, s. 131)].

³³⁶ Mevsilî, *age*, c. II, s. 287.

³³⁷ Ma’dumun satışı ile ilgili olarak Peygamber (sav)’in şöyle dediği rivayet edilir: “Yanında bulunma yan şeyi satma.” (Ebû Dâvud, *Büyû’* 68; Tirmizi, *Büyû’* 19.)

izah maksadıyla istisna'ın amelî icma, insanların ihtiyacı ve ortak yararı veya örf sebebiyle istihsanen câiz olduğunu söylemişlerdir.

İstisna' akdinin örfe dayanılarak câiz kılındığından hareketle akdin, ancak ismarlanması örf haline gelmiş şeylerde geçerli olacağı ifade edilmiştir. Klasik literatürde istisna' akdine konu yapılması örf haline gelmiş imalat türlerinin sayımı yapılırsa da bunun müelliflerin yaşadığı dönemin örf ve teamülünü göstermesi dışında fazla bir anlamı yoktur.³³⁸

İstisna' akdinin hangi tür mallarda geçerli olduğuna dair klasik literatürde örfe göre bazı eşyalar zikredilir. Mevsilî de kendi zamanında örfe göre istisna' akdinin nelerde câiz olduğunu belirtmiştir. Mesele *İhtiyar*'da şöyle izah edilir:

İstisna' akdinin hangi nesnelere üzerinde yapılacağı âdete göre belirlenir. Buna göre, istisna' (sipariş) akdi, âdete göre devam edegelen tunç ve bakır kaplarda, şişelerde, udlarda, mestlerde, takkelerde, deri kaplarda, kemerlerde ve bütün silahlarda câizdir. Cübbe ve elbise dokuma gibi, siparişleri âdeten câri olmayan şeyler üzerinde (*fi-mâ lâ te'âmüle fihî*) istisna' akdi câiz değildir. Çünkü bu muameleleri câiz kılan unsur, muamelenin o şeylerde uygulanagelmekte (*huve't- te'âmül*) olmasıdır. Yani teâmüldür.³³⁹

Mebûsû't'ta konuyla ilgili benzer eşyalar zikredildikten sonra bunlar üzerinde Rasûlullah (sav.) zamanından günümüze kadar hiçbir müctehidin itirazı ile karşılaşılmeden istisna' akdi yapıldığı aktarılıyor; ancak bu, bir hadîs-i şerife³⁴⁰ dayandırılarak açıklanıyor.³⁴¹

Merğînânî, genel bir teamül bulunduğundan (*li icma'i's-sabiti bi't-teamül*) leğen, bakraç, mest ve benzerleri üzerinde istisna' akdi yapmanın caiz olduğunu söylemektedir. Elbise gibi halkın teamülü bulunmayan mallarda (*fi-mâ lâ teamüle fihî li'n-nâs*) ise bu muamele câiz değildir.³⁴²

³³⁸ Hamza Aktan, "İstisna' " *DİA*, c. XXIII, s. 393-396.

³³⁹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 287.

³⁴⁰ Hadisin Arapça metni şöyledir: "mâ reâhu'l-müslimîne hasenen fe- huve 'indellâhi hasen." (A. b. Hanbel, I, 379).

³⁴¹ Serahsî, *age*, c. XII, 138.

³⁴² Merğînânî, *age*, c. III, s. 78, 78.

Kâsânî de istisna' akdinin câiz olmasının şartlarını sayarken bunlardan birinde bu mallar üzerinde teâmülün bulunması (*fîhi't-teâmülü beyne'n-nâs*) olduğunu zikrederek, bakır kaplarda, mermilerde, şişelerde, terliklerde, ayakkabılarda, hayvanların ağzına vurulan demir gemlerde, kılıçlarda, bıçaklarda, oklarda, bütün silahlarda, leğenlerde ve bakraçlarda istisna' akdinin câiz olduğunu elbiselerde ise teâmül olmadığından (*lâ teâmüle fî's-siyâb*) câiz olmayacağını söylemektedir.³⁴³

2.2.2 İcâre Akdi

İcâre akdinin sözlük anlamı kiraya vermek demektir. Terim anlamında ise cins ve miktar bakımından belli olan bir menfaati belli bir bedel karşılığında satmak demektir. Bu tâbir hem kira hem de hizmet akitlerini kapsamaktadır. Mevsilî'de icâre akdiyle ilgili verilen hükümleri altıbaşlık altında toplayacağız:

1. Kiralanan Malın Kullanım Şekli:

İcâre akdinin sıhhat şartlarından olan akdin konusunun bilinmesi onun yerini, süresini ve kullanma amacını belirlemekle olur. Bu belirleme ise farklı şekillerde ortaya çıkabilir.

Buna göre, bir ev veya dükkan kiralayan kimse orada oturma hakkına sahip olduğu gibi dilediği kimseyi de orada oturabilir. Oraya eşya koyabilir, hayvan bağlayabilir ve diğer işleri yapabilir. Zira örfe göre evlerde ve dükkanlarda normal olarak bu işlerin yapılabileceği bilinmektedir (*li-enne'l- maksûde'l-müte'ârif*). Ancak çamaşır temizleyiciliği, demircilik ve değirmencilik bunun dışındadır. Bu işler binayı yıpratır ve zarar verirler. Ancak akit esnasında bu işlerin yapılacağı söylenirse, o zaman kiralanan yerde bunlar da yapılabilir. Kiralanan ev dar ise kiracı, âdet olmadığı için (*li-'ademi'l- âde*) oraya hayvan bağlayamaz.³⁴⁴

İmam Serahsîve Merğînânîde bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.³⁴⁵

³⁴³ Kâsânî, *age*, c. VI, s. 86.

³⁴⁴ Mevsilî, *age*, c. II, s. 305.

³⁴⁵ Serahsî, *age*, c. XV, s. 130. (Serahsî *Mebûsât*'ta; evdeki değirmencilikten maksadın su değirmeni olduğunu el değirmeninin eve konabileceğini, eve hayvan bağlamanın ise evde ahırın bulunmasına bağlı olduğunu öyle ki kendi yaşadığı Buhara'da evlerin dar olması nedeniyle hayvan bağlamanın mümkün olmadığını; ancak İmam Muhammed'in yaşadığı Kûfe'de evlerin geniş olması nedeniyle onun yerleşik

Bu konuda özetle söylemek gerekirse, kayıtsız olarak yapılan bir kira sözleşmesinde, kiracı binayı yıpratana veya zayıflatana hiç bir şey yapamaz. Binayı zayıflatmayan şeyleri yapma hakkını ise kayıtsız yapılan akitle elde eder.

Yine bir kimse kendisine hizmet etsin diye başkasına ait bir köleyi ücretle tutarsakölenin, hizmet etmede örfü uyararak (*'amelen bi'l-'urf*) seher vaktinden başlayarak, yatsıdan sonra insanlar uyuyuncaya kadar ona hizmet etmesi gerekir. Ev hizmetlerini, misafir hizmetlerini yapması gerekir. Ancak ekmek ve yemek pişirme, hayvanları yemleme ve benzeri hizmetleri yapmak zorunda değildir.³⁴⁶

Serahsî de bu meseleye dair aynı görüşleri nakleder.³⁴⁷

2. Ücretin Hak Edilmesi:

Kiralanan maldan menfaat sağlanınca ve istenen iş yapılıncaya mal sahibi veya işçi ücreti hak eder. İşçinin veya mal sahibinin ücreti hak edebilmesinin veya hak ettiğinin sabit olmasının örfü ve zamana göre değişen durumları vardır. Bu durumların neler olduğunu ve zamana göre değişkenliğini Mevsilî'de görmekteyiz. Şöyle ki;

Ebû Hanîfe'ye göre ekmeğin tamam olması, fırından çıkarılması ile, yemeğin pişmesinin tamamlanması da, eğer yemek düğünde yapılıyorsa tabaklara konması ile olur. Eğer bir adama (tek kişiye), bir miktar yemek pişiriliyorsa, örfü göre (*li'l-'urf*) aşçının tabaklara yemekleri koyması gerekmez.

Aynı şekilde kerpiç yapımı da kerpiçin ayakta durması ile tamamlanır. Çünkü o haliyle kusursuz olarak kerpiçten yararlanılır. Ebû Hanîfe'ye göre, kerpiç yapma işi onun ayakta durması ile tamamlanır. Kerpiçi duvara koyup diğerleriyle birleştirmek ise başka bir iştir. Ancak İmâmeyn'e göre, kerpiçin yapımının tamamlanması onu duvara yerleştirip diğerleriyle birleştirmekle olur. Çünkü ancak böyle yapmakla kerpiçin kırılıp telef olmasından emin olunur. Bu kerpiçinin örfü (*'urfen*) yapması gereken bir vazifedir.³⁴⁸

âdete göre hüküm verdiğini (*binâen 'alâ 'urfihim fi'l-Kûfe*) nakletmektedir.); Merğînânî, *age*, c. III, s. 230.

³⁴⁶ Mevsilî, *age*, c. II, s. 308,309.

³⁴⁷ Serahsî, *age*, c. XVI, s. 52.

³⁴⁸ Mevsilî, *age*, c. II, s. 309, 310.

Mevsilî'nin bu konuda Serahsî ve Merğînânî'yi takip ettiğini görmekteyiz.³⁴⁹

3. Kira Akdinin Fâsid Olması:

Alışveriş akdinde olduğu gibi kirâ akdi de bazı şartlarla fâsid olur. Alışveriş akdini ifsad eden her belirsizlik kira akdini de ifsad eder. Mesela üzerine akid yapılan şeyin veya kira ücretinin ya da kira müddetinin belirsizliği -belirsizliğin nizaya yol açacağı bilindiğinden dolayı- kira akdini ifsad eder.³⁵⁰ Ancak bunun özel durumları da vardır. Bu özel durumların neler olduğunu Mevsilî'den takip edelim:

Mesela bir kimse sırtına mahfe yükleyip Mekke'ye götürmesi için deve kiralasa bu câizdir. Kıyasa göre bu akdin sahih olmaması gerekir. Çünkü burada belirsizlik vardır. Ancak hakkında nass bulunmayan bir konuda kaide gereği örfen bilinen teâmüle göre hareket edilir(*yerçi'u fihi ile'l-mute'ârif*). Burada kira akdinden maksat deveye binecek olan kişidir. Mahfe ise bu maksada tâbi nesnedir. Belirsizlik mutada başvurmakla ortadan kalkar (*tertefi'u bi'r-rucû'i ile'l-mu'tâd*) ve taraflar arasında anlaşmazlığa da yol açılmış olmaz.

Aynı şekilde, bir kimse yüklemek için iki deve kiralasa birine içinde iki adam, bu iki adamın üzerinde oturdukları ve devecinin görmediği yaygı ve sırtlarına giydiği kaftanın bulunduğu bir mahfeyi yüklemek; diğerine de biraz azık, ihtiyaç duyulan sirke, zeytinyağı ve yeterli miktarda su- bunun miktarını açıklamasa bile- kırba ipi, matara, ibrik- bunların da ağırlıklarını açıklamasa bile- veya insanların yüklenip Mekke'den getirdikleri hediyeleri deveye yüklemeyi şart koşarsa, bu istihsânen caizdir. Çünkü bu örfen bilinen bir gelenektir (*li-enne zâlike ma'lûmun 'urfen*).³⁵¹

Serahsîve Merğînânîde bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.³⁵²

Yine bir kimse başka birisiyle nöbetleşe binmek için bir binek kiralasa -her birinin ne kadar bineceği açıklanmasa bile- teâmüle uygun olduğu için (*li- cerayani't-te'âruf*) câiz olur.³⁵³

³⁴⁹ Serahsî, *age*, c. XVI, s. 57; Merğînânî, *age*, c. III, s. 229.

³⁵⁰ Mevsilî, *age*, c. II, s. 311.

³⁵¹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 313.

³⁵² Serahsî, *age*, c. XVI, s. 16; Merğînânî, *age*, c. III, s. 246.

³⁵³ Mevsilî, *age*, c. II, s. 313.

4. Sütanne Kiralamak:

Belli bir ücret karşılığında sütanesi kiralamak câizdir. Çünkü âyet-i kerîme'de: “Sizin için çocuğu emzirirlerse, onlara ücretini verin.”³⁵⁴ buyruluyor. Zira insanlar arasında böyle bir teâmül de cereyan etmektedir (*ve-li-enne't-te'âmule bi-zâlike câre beyne'n-nâs*). Birsütannenin, yemesi ve giyiminin temini karşılığında kiralanması İmâmeyn'e göre câiz değildir. Çünkü bunda belirsizlik vardır. Zira bu kadının yiyeceği ve giyeceği belirsizdir. Ebû Hanife'ye göre ise câizdir. Çünkü bu belirsizlik anlaşmazlığa yol açmaz. Âdete göre insanlar çocuklarına olan şefkatinden dolayı, emzikçi kadınlara her şeyi bol verir, onlara karşı cimrilik yapmaz, istek ve arzularını yerine getirir (*li-enne'l-âdete cerat bi't-tevsi'âti ale'l-ezâri ve 'ademi'l- mümakeseti meahunne*). Sütannesinin de çocuğa gerçek annesinin yapmakla mükellef olduğu emzirme, elbiselerini yıkama, yemek ve ilaçlarını hazırlama gibi onun yararına olan işleri yapması örfen (*'urfen*) şart koşulmuş gibidir.³⁵⁵

Bu konuda Mevsilî'nin Serahsî'yi takip ettiğini görüyoruz.³⁵⁶

Merğînânî'nin verdiği açıklayıcı bilgiye göre, hakkında nass bulunmayan bu gibi konularda örfte itibar edilir (*yu'teberu fi-mâ lâ nasse 'aleyhi'l-'urfu fi misle hâze'l-bâb*). Dolayısıyla çocuğun elbisesinin temizliği, yiyeceğin hazırlanması vb. gibi örfün öngördüğü işler (*fe-mâ cerâ bihi'l-'urf*) sütanneye ait olur. Yiyeceğin kendisi ise, çocuğun babasına ait olur [sütanne sadece hazırlar]. İmam Muhammed'in, sütanneye gerekli gördüğü yağ ve fesleğen ise [o devirdeki] Kûfe halkının âdetidir (*fe-zâlike min 'âdet-i ehli'l- Kûfe*).³⁵⁷

Kâsânî'nin *Bedâi'u's-sanâ'i* adlı eserinde ise konu şu şekilde geçmektedir: Çocuğun yemek ve tedavisinin sağlanması sütanneye ait değildir. Zira bu, akdın kapsamına girmez. [İmam Muhammed'e ait] *el-Asl*'da “çocuğun bakımında kullanılan yağ ve kokunun sütanneye ait olduğu” zikredilmekle beraber bu da âdete göre verilmiş (*mahmûlun 'ale'l-âde*) bir hükümdür.³⁵⁸

³⁵⁴ Talak, 65/6.

³⁵⁵ Mevsilî, *age*, c. II, s. 313, 314;

³⁵⁶ Serahsî, *age*, c. XV, s. 119, 120.

³⁵⁷ Merğînânî, *age*, c. III, s. 236, 237.

³⁵⁸ Kâsânî, *Bedâi'u's-sana'i*, Dâru'l- kütubi'l- ilmiyye, 2. Baskı, Beyrut 2003, c. VI, s. 53.

5. İcâre Akdinin Câiz Olmadığı İşler:

Konuyla ilgili Mevsîlî'de şu bilgiler geçmektedir: Hac, ezan, imamlık gibi ibadetleri ifâ etmek, Kur'an-ı Kerîm ve fıkıh öğretmek için adam kiralamak câiz değildir. Mevsîlî, bu konuda[kendi döneminin] son devir ulemalarının (*ba'zu ashâbina'l-müteahhirine*) şu görüşünü aktarır: “Zamanımızda (*fi zamâninâ*) imamlık yapmak ve Kur'ân-ı Kerîm öğretmek için birini ücretle tutmak câizdir. Fetvâ da buna göre verilmiştir. Çünkü insanların buna ihtiyacı vardır (*li-hâceti'n-nâsi ileyh*) ve dini işlerde (*fi'-umûri'd-diniyye*) gevşeme, hasbî olarak yapılan işlerde insanların tembelleşmesi ortaya çıkmış olup bu câiz görülmezse, Kur'an ezberlenmez ve öğrenilmez olur.³⁵⁹

Yine hamamcının ücret almasında kişinin hamamda ne kadar su kullanacağı her ne kadar belirsiz ise de, teâmül böyle cereyan ettiği (*li't-te'âmül*) ve Müslümanların bu hususta anlayış göstermeleri sebebiyle (*me'a istilahi'l-müslimîn*), bu belirsizliğe ehemmiyet verilmemektedir.³⁶⁰

Hamam ücretiyle ilgili İmam Serahsî de meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.³⁶¹

Merğînânî de hac, ezan, imamlık, Kur'an ve fıkıh öğretimi gibi Müslümanların kendilerinemahsus taat işleri için ücret alınamayacağını asıl olduğunu (*ve'l-aslu enne külle tâ'atin yehtessu biha'l-müslimu lâ yecuzu'l-isti'câru aleyhi indenâ*) belirttikten sonra şöyle demektedir: Bazı fıkıhçılarımız (*ba'zu meşâyihinâ*) bugün için (*el-yevme*) Kur'an öğretme ücretini istihsanen câiz görmüşlerdir (*istehsenû*). Çünkü umur-u diniyyede gevşeklik meydana geldiğinden bu görevden kaçınmak, Kur'an-ı Kerîm'in öğrenmesinin ve ezberlenmesinin (*hifzu'l-Kur'an*) ortadan kaldırılmasına yol açacaktır.³⁶²

³⁵⁹ Mevsîlî, *age*, c. II, s. 314, 315.

³⁶⁰ Mevsîlî, *age*, c. II, s. 315.

³⁶¹ İmam Serahsî, *el-Mebsût*'ta; İmam Muhammed'in insanların uygulamasından dolayı (*li-ennehû 'amelu'n-nâs*) istihsan deliline göre (*istehsene*) hükmederek bu akdi onayladığını ayrıca insanların bu muameleyi güzel gördüklerini (*istehsenû-hu*) aksi bir uygulamanın zorluk olacağını bunun da dinen ortadan kaldırıldığını belirterek konuyu izah etmiştir. (Serahsî, *age*, c. XV, s. 160).

³⁶² Merğînânî, *age*, c. III, s. 235; Kâdihân (ö. 592/1196) Fetâvâ adlı eserinde konuyla ilgili olarak Kur'an ve fıkıh öğretilmesi, ezan, hac ve umre gibi taat olan işlerde esasında icarenin caiz olmadığını belirttikten sonra devamında şu bilgileri verir: Belh âlimleri, Kur'an öğretmek için belirli bir müddet, belirli bir ücrete adam kiralamanın caiz olduğuna fetvâ vermişlerdir. [Buhara meşayihından] Şeyhu'l-İmam Ebu Bekir Muhammed b. Fadl (ö. 381/991): “ Kur'an öğretmek üzere kiralanen kişiye ücretin verilmesi için

İmam Serahsî de, Kur'an ve fıkıh öğretimi, hac, imamlık ve müezzinlik gibi konularda benzer bir yaklaşımı benimsemektedir.³⁶³

6. Elbise Yaptırmakla İlgili Hükümler:

Bir kimse terziye bir elbise dikmesini söyler ve elbise dikildikten sonra elbise sahibi, terziye ücretsiz diktiğini söyler, terzi de ücret karşılığında diktiğini söylerse ve aralarında anlaşmazlık çıkarsa, Ebû Hanîfe'ye göre, terzilik eğer onun mesleği ise örfe uyularak (*'amelen bi'l-'urf*) ona ecri misil vermek gerekir. Terzilik onun mesleği değilse, ücret alma hakkı yoktur, elbiseyi bir bağış olarak dikmiş olur.

Ebû Yusuf'a göre ise, bu durumda elbiseyi diken ücret almayı hak etmez. Ancak aralarında bu şekilde devam edegelen bir muamele varsa, ikisi arasındaki âdete uygun olarak (*ceryen 'alâ 'âdetihimâ*) dikici ücreti hak eder. İmam Muhammed'e göre ise, dikiş yapan kişi bir dükkan tutmuş ve kendisini terziliğe vermişse, dikiş karşılığında ücret alır, aksi takdirde alamaz. Fetvâ da buna göredir. Çünkü terzilik için dükkan tutmak, örfe göre ücret karşılığında iş yapmanın bir delilidir (*delilun 'ale'l-'ameli bi'l-'ücrati 'urfen*). Örfe uygun olan şey ise şart koşulmuş gibidir.³⁶⁴

Serahsî ve Merğînânî'nin konuyla ilgili delilleri verdikten sonra Ebû Hanîfe'nin genel kurala göre (kıyas), elbise sahibinin ücret alamayacağı görüşünü tercih ettiklerini

kiralayan cebredilir. Ve o sebepten dolayı hapsedilir” der. Fıkıh ve emsali ilimleri öğretmek üzere adam kiralamak da böyledir. Zamanımızda (*fi zamâninâ*) muhtar olan fetvâ budur. (Kâdihân, Fahreddin Hasan b. Mansur, *age*, c. II, s. 310).

³⁶³ Serahsî, *age*, c. XVI, s. 37; (Serahsî, konuyla ilgili temel görüşünü şöyle nakleder: “ Bize göre (*'indenâ*), müslümana özgü olan her türlü ibâdet için ücretle bir kimseyi tutmak câiz değildir. Buna göre bir kimsenin, çocuğuna Kur'an, fıkıh veya feraiz öğretmek üzere bir kimseyi ücretle tutması geçerli olmaz. Zira Abdurrahman b. Şebl el-Ensârî (r.a.)'den rivâyete göre Peygamberimiz (sav) şöyle buyurmuştur: “*Kur'an'ı okuyun, karşılığında ücret almayın.*” (ikrau'l-Kur'ân ve lâ te'külû bihî), (Ahmed b. Hanbel, Müsned, III/ 2). Dolayısıyla başkalarına Kur'an öğreten kişi, bu işte Peygamber (sav)'in yerini almakta, onun halefî olmaktadır. Rasûlullah (sav), öğretim işi için insanlardan ücret almaya açgözlülük etmezdi. Onun halefî olan kişi de böyle olmalıdır. Öğreticinin yaptığı iş ibâdetdir. Bunun yararı da kendisine aittir.” Serahsî, hac, imamlık ve müezzinlik için de aynı görüşü beyan etmektedir. İmam Serahsî bu görüşleri verdikten sonra Belh alimlerinin, Medine ehlinin görüşüne dayanarak bu meseleyle ilgili onların görüşlerini naklederek zamanın değişmesine bağlı olarak hükümlerin değişeceğine dikkatleri şöyle çekmektedir: “Bizim önceki alimlerimiz (*inne'l- mütekaddimine min ashabina*) kendi dönemlerinde (*fi 'asrihim*), insanların Allah rızası için Kur'an öğretme ve öğrenenlerin de herhangi bir şart konulmaksızın iyiliğe iyilikle karşılık vermeye istekli olduklarını gördükleri için yukarıdaki hükmü ona dayandırmışlardır. Bu nedenle günümüzde (*fi zamâninâ*), Kur'an eğitim ve öğretiminin ortadan kalkmaması için ücretle hoca tutmanın caiz olduğunu söylüyoruz. Hükmün, zamanlara göre değişmesi (*bi'htilâfi'l-evkât*) de yadırganacak bir şey değildir.”).

³⁶⁴ Mevsilî, *age*, c. II, s. 316.

görmekteyiz.³⁶⁵

7. Ücretle İş Yaptırmak:

Bir kimse bir kuyucuyu kendisine bir kuyu kazması için belli bir ücretle tutar, kuyunun genişlik ve derinliğini belirtirse, bu durumda yapılan akit câiz olur. Ancak mezar kazdırma işleminde bu ölçüler verilmese bile akit yine câiz olur. Çünkü mezar için bu ölçüler örfen (*'urfen*) bellidir.³⁶⁶

İmam Serahsî de aynı şekilde konuyu izah ettikten sonra kendi yaşadığı bölgenin örfüyle ilgili şu örneği verir: “Bir kimse, kabir kazması için bir kişiyi tutsa sonra da işveren buraya bir cenaze koysa ve işçiye “üzerine toprak at” dese, kıyasa göre işçinin bunu yapması gerekmez. Çünkü işçi yalnız kabir kazma işini üstlenmiştir.” Serahsî bu genel kuralın dışında kendi görüşünü örfle temellendirerek şöyle açıklar: “Ben bu konuda halkın uygulamasını (*ilâ mâ yeda'u ehlu milki'l-bilâd*) dikkate alırım. Eğer o bölgede toprağı işçi atıyorsa, anlaşmazlık durumunda işçi bunu yapmaya zorlanır. Nitekim Kûfe’de uygulama böyledir. Çünkü kayıtsız olarak yapılan sözleşme ile örfeye uygun olan şey (*mâ huve'l-müte'âraf*) hak edilir.³⁶⁷

2.2.3 Rehin

Rehin, meşru bir alacağın yerine getirilmesini güvence altına almak için yapılan bir güvence verme (teminat) sözleşmesidir. Hanefîlere göre rehin sözleşmesinin hükmü, rehin alanın, alacağını rehin konusu maldan alabilme yetkisine sahip olmasıdır.³⁶⁸

Mürtehinin (rehni alan), rehinden faydalanması hususunda *Mecelle*’nin 750. maddesinde şu ifade yer alır: “Râhinin izni olmadıkça mürtehin rehinden intifa edemez. Ancak râhinin (rehni veren) izin ve ibahasıyla mürtehin rehni kullanır, meyve ve süt gibi hâsılatını alır ve bunların mukabilinde deynden bir şey sâkit olmaz.” Rehin alan,

³⁶⁵ Serahsî, *age*, c. XV, s. 97; Merğînânî, *age*, c. III, 243, 244.

³⁶⁶ Mevslî, *age*, c. II, s. 316.

³⁶⁷ Serahsî, *age*, c. XVI, s. 48, 49. (Serahsî konuyla ilgili başka örnekler de verir: Ölen kimsenin yakınları, kabri kazan işçinin ölüyü lahde yerleştirmesini daha sonra da lahdi kerpiçle örmesini isterlerse işçi bunu yapmaya zorlanamaz. Çünkü bu örfte yoktur (*li-enne hâzâ ğayru müte'âref*). Örfeye göre (*el-'urf*), ölüyü yakınları ve arkadaşları lahde koyar. Bu işi kabir kazana bırakmak, ölüye değer vermemek anlamına gelir. Yine ölünün yakınları kabrin çamur veya kireçle sıvanmasını isteseler, kazıcı bunu yapmak zorunda değildir. Çünkü o kazma işini üstlenmiştir. Âdete göre (*fi'l-âde*), kabri kazıcıdan başkası çamurla sıvar.)

³⁶⁸ Serahsî, *age*, c. XXI, s. 63.

rehin verenin izni olmadan rehinden istifade ederse gâsıp hükümleri uygulanır.³⁶⁹

Mürtehinin rehin bırakılan şeyden istifade ettiğinin sübutu ise örf ve âdete göre belirlenir. Örneğin mürtehinin, rehin bırakılan bir yüzüğü serçe parmağına takması yetki aşımıdır. Ama diğer parmaklara takması ise muhafazadır. Bir veya iki kılıcı kuşanmak âdete göre (*li'l-âde*) yetki aşımıdır. Ama üç kılıcı kuşanmak böyle değildir. Rehine sarık veya taylasanın âdete göre (*kemâ cerat bihi'l-âde*) başa konması yetkiyi tecavüzdür. Ama omuza ve boyuna atılması tecavüz sayılmaz. Gömleği başa sarık gibi sarmak tecavüz değildir. Halhalın bilezik yerine, bileziğin de halhal yerine takılması haksızlık değildir. Ama bunların âdet olan yerlere takılmaları ise yetki aşımı sayılır.³⁷⁰

Hidâye'de de bu meseleye dair aynı yaklaşımı görmekteyiz.³⁷¹

Görüldüğü üzere burada rehin bırakılan bir malın mürtehin tarafından kullanıldığının tesbiti konusunda zamanın örfünün belirleyici olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

2.2.4 Kısmet

Kısmet, bir mal veya menfaat üzerinde birden fazla şahsın hak sahibi olması halinde herkesin hissesini ayırıp vermektir. İşte ortaklar arasında müşterek olan bir malın muayyen kısımlara bölünmesi ve ortaklardan her birine bu kısımlardan birinin has kılınması şeklindeki taksimat da menfaat taksimatını oluşturur.³⁷² Bu menfaatlerin taksimatı da dönemin şartlarına göre değişkenlik gösterebilmektedir. Konuyla ilgili olarak Mevsilî'deki örnek meseleye açıklık getirmesi bakımından önemlidir:

1. Ortaklar Arasında Taksimat:

Ebû Yusuf'a göre, bir binanın alt ve üst katları eşit hisse olarak nazarı itibara alınır. İmam Muhammed'e göre ise, alt ve üst katlar ayrı ayrı kıymetlendirilir ve kıymetlere göre taksim edilir. Alt ve üst katlardan sağlanan faydalar değişik olduğundan, bunlar ayrı cins olarak telakki edilmişlerdir. Mesela alt kata kuyu

³⁶⁹ Karaman, *age*, c. III, s. 156.

³⁷⁰ Mevsilî, *age*, c. II, s. 322.

³⁷¹ Merğînânî, *age*, c. IV, s. 419.

³⁷² Orhan Çeker, *age*, s. 222.

kazılabilir, bodrum yapılabilir. Ama üst katta bu gibi şeyler yapılamaz. Fetvâ da bu görüşe göredir. Ebû Hanîfe'ye göre de, alt katın sahibinin menfaati üst katın sahibinin menfaatinden iki kat fazladır. Çünkü alt katta bina ve barınma menfaati vardır. Üst katta ise, sadece barınma menfaati vardır. Alt kat sahibinin izni olmadan üst kat sahibi binanın temelini dayanarak ilave kat yapamaz. Ebû Hanîfe bu görüşünü Kûfelilerin âdetine ('*alâ 'âdet-i ehli'l-Kûfe*) dayandırmıştır. Çünkü Kûfeliler alt katı üst kata tercih ederlerdi.³⁷³

Serahsî de bu mesleye aynı şekilde yaklaşmış ve üç farklı görüşü de gerekçeleriyle beraber *Mebûsût*'ta ayrıntılı olarak izah etmiştir.³⁷⁴

Merğînânî de bu meseleyle ilgili mezkûr görüşleri verdikten sonra kendi döneminin uygulamasıyla ilgili hükmü şöyle nakletmektedir: “Günümüzde (*el-yevm*) fetvalar İmam Muhammed'in görüşüne göre verilmekte ve onun görüşü de yeterince açıktır.”³⁷⁵

2.2.5 Kadılık Âdâbı (Hâkimin Uyması Gereken Kurallar):

Hâkimin yargılama yaparken uyması gereken kuralları ve prosedürleri ifade eden bir tâbir olan kadılık âdâbı (edebü'l-kâdî), dinin gösterdiği adâleti yaymak, zulmü ortadan kaldırmak vehüküm verirken bir tarafa meyletmemek olarak tanımlanır.³⁷⁶

Kadı'nın hediye kabulü ve davetlere katılması konusunda genel olarak

³⁷³ Mevsilî, *age*, c. II, s. 337.

³⁷⁴ Serahsî, *age*, c. XV, s. 16; (İmam Serahsî, Ebû Hanîfe'nin; “Yalnızca üst kat ve yalnızca alt katın paylaşımında alt katın bir zira'ı (takriben 68 cm'lik uzunluk ölçüsü), üst katın iki zira'ına denk olarak hesaplanır.” görüşünü, Ebû Yusuf'un; “üst kat da alt kat da yarım zira' üzerinden hesaplanır sonra toplam olarak ne kadar geldiğine bakılır. Toplamın yarısı bu hesaptan düşülür.” görüşünü, İmam Muhammed'in de; “alt kat ve üst kat değerlerine göre paylaşılır.” görüşünü verdikten sonra bunların gerekçesini şu şekilde açıklar: Ebû Hanîfe; Kûfelilerin alt katı üst kata tercih etmeleri âdeti üzerine (*binâen 'alâ mâ şâhede min 'âdeti ehli'l-Kûfe*), Ebû Yusuf; Bağdatlıların oturma konusunda alt ile üstü bir tutmaları üzerine (binâen 'alâ mâ şâhede min 'âdeti ehli'l-Bağdâd) bu hükümleri vermişlerdir. İmam Muhammed ise; bu konuda bölgeler arasında farklı anlayışların bulunduğunu (*ihtilâfu'l-'âdâti fi'l-büldân*) göreyak paylaşımın katların değeri üzerinden yapılacağını söylemiştir.)

³⁷⁵ Merğînânî, *age*, c. IV, s. 327.

³⁷⁶ Tehânevî, Muhammed Ali b. Ali, *Keşşâf u istilâhati'l-fünûn, Dârü'l-kütubi'l-ilmiyye*, 1. Baskı, Beyrut 1998, c. I, s. 72; Mahmûd Abdurrahman Abdulmunim, *Mu'cemu'l-mustalahati ve elfazi'l-fikhiyye*, Dârü'l-Fazilet, ty., 1999, c. I, s. 116.

yasaklayıcı hükümler bulunmakla beraber³⁷⁷ özelde ise iki kişi arasında veya kişilerin kendi aralarında süregelen uygulamalarında aşağıda görüleceği üzere bunun cevâzı söz konusu olabilmektedir.

Mesela kadı (hâkim), kendisine kadı olmadan önce hediye vermeyen bir yabancısının hediyesini kabul etmez. Çünkü mahkemelik olan şahıs, hediyeyi lehinde karar vermesi için kadıya vermiş olur ki bu da rüşvete benzemektedir. Ancak kadılığa tayin edilmeden önce kendisine hediye vermeyi âdet edinmiş biri için (*men cerat 'âdetuhû*) böyle bir sakınca söz konusu değildir. Çünkü bu şahıs eski âdeti üzere (*'ala 'âdetihi*) kadıya hediye vermektedir. Ama âdetinden fazla miktarda verirse (*lev zâde ale'l-'âde*) ya da kadıya intikal etmiş bir davası varsa, o zaman kadı hediyeyi kabul etmez.

Yine kadı (hâkim), umumî davetlere katılır. Töhmetsiz altında kalmasına sebep olacağından hususî davetlere ise katılamaz. Ancak, kadı olarak tayin edilmeden önce kendisini davet etmeyi âdet haline getirmiş (*men cerat 'âdetuhû*) birinin veya kendi akrabalarından birinin davetine icâbet edebilir.³⁷⁸

İmam Serahsî de bu iki meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.³⁷⁹

Her ne kadar buradaki örnekler o dönemde bireyler arasındaki ilişkileri ortaya koyuyorsa da bu ilişkileri, toplumun tamamı için düşündüğümüzde o dönemin örf ve âdetini yansıttığını söyleyebiliriz. Aynı şekilde bu tür sosyal münasebetlerin günümüzde de yatay ve dikey olarak gerek fertler arasında gerekse toplumsal olarak yaşandığı bir gerçektir. Dolayısıyla özellikle makam sahibi olan kişilerin insanların töhmetinden sakınmak için kendisine verilen hediyelere ve yapılan davetlere icabette bu hususlara dikkat etmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

³⁷⁷ Mevsilî'nin Beyhakî'den rivayet ettiği hadis mealen şöyledir: "Ümeraya verilen hediyeler ganimetten mal çalmak gibidir." (Beyhakî, *Sünenü'l-kübrâ*, XV/ 143; A. b. Hanbel, V, 424.)

³⁷⁸ Mevsilî, *age*, c. II. s. 348.

³⁷⁹ Serahsî, *age*, c. XVI, s. 81, 82; (Serahsî, özel ve genel daveti şöyle tanımlar: Davet sahibinin hâkimin gelmeyeceğini bilince yapmaktan kaçındığı her türlü davet özel davettir. [Yani hâkimin gelmesine bağlı olan davet özel davettir.] Hâkimin gelmeyeceğini bilmesine rağmen yapmaktan kaçınmayacağı her türlü davet ise genel davettir.)

2.2.6 İkraha (Zorlama)

İkraha, insanı tabiatı gereği ya da şer'an hoşlanmadığı bir işi yapmaya ilzam etmek ve zorlamaktır. İkraha'nın geçerli olabilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Bu şartların en başında zorlayanın söylediği şeyi yapmaya muktedir olması gerektiği gelir. Hükümlere etkisi bakımından bu şartın sübûtu konusunda farklı görüş vardır:

Mevsîlî, Ebû Hanîfe'nin; "İkraha, ancak sultan (devlet başkanı) tarafından yapılabilir." görüşünü aktardıktan sonra bunun asra ve zamana göre değişebileceğini (*fe'htilâfu 'asrin ve zamânin*) belirtir.³⁸⁰ İmâmeyn'e göre ise, tehdit ettiği şeyi yaptırabilecek bütün güç sahipleri devlet başkanı olsun hırsız ve benzeri kişiler olsun ikrahta bulunabilir.³⁸¹

Bu iki görüş arasındaki farkı fıkıh âlimlerinin bakış açısıyla şöyle değerlendirebiliriz: Buradaki ihtilaf hüccet ve delil ihtilâfı değil, çağ ve zaman ihtilâfıdır (ihtilâfu asrin ve zamânin). Ebû Hanîfe zamanında (*fi zamanihî*), güç sadece sultanın elinde olduğundan o da gördüklerine göre cevap verdi. İmâmeyn zamanında ise, (*fi zamânihimâ*) fesad ortaya çıkıp bütün güç sahipleri ikraha yapar hâle geldiğinden, fetvâ da buna göre verilmiştir.³⁸²

Yine bir kimse, malını satmaya veya bir şey satın almaya veya bir kimse için bin dirhem ikrar etmeye veya evini kiraya vermeye zorlanarak bu maksatla ölümle veya şiddetli dayak ile veya hapis ile tehdit edilir de, bir şey satar veya satın alırsa muhayyerdir. İsterse satışı sürdürür, isterse satışı feshederek sattığı malı geri çevirir.³⁸³ Yukarıdaki hususlar rızayı yok ettiğinden akdi fasit kılar. Ancak bazı durumlarda yapılan zorlamalar bunların dışında olabilmektedir:

Mesela bir kişi kırbaçlanır veya bir gün hapsedilir veya bir gün boyunca zincire vurulursa, bu zorlama sayılmaz. Çünkü âdeten (*'âdeten*) bu gibi işlere aldırış edilmez. Ancak bu gibi muâmelelere maruz kalan kişi makam ve mevki sahibi birisi olup,

³⁸⁰ Mevsîlî, *age*, c. II, s. 372.

³⁸¹ Abdulğani b. Tâlib el-Meydânî, *el-Lübab fi şerhi 'l-Kitâb*, Dârü'l-kütubi'l-Arabî, 6. Baskı, Beyrut 2003, c. III, s. 177.

³⁸² Merğînânî, *age*, c. III, s. 269; Kâsânî, *age*, c. X, s. 104; Meydânî, *age*, c. III, s. 177; Ayrıca bk. Ali Bardakoğlu, "İkraha", *DİA*, c. XXII, s. 32.

³⁸³ Merğînânî, *age*, c. III, s. 269.

bundan zarar görüyorsa rızası olmadığı için bu onun hakkında ikrah sayılır.³⁸⁴

Merğînânî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.³⁸⁵

2.2.7 Dava

Dava kelimesi, bir şeyi istemek, talep etmek manasına gelir. Şer'i istılahta ise dava, insanın başkası üzerinde olan hakkını kendisiyle ispat etmek istediği sözdür.³⁸⁶ Yani dava, bir kimsenin hakkını mahkemede hâkim karşısında başkasından talep etmesi anlamına gelir. Dava konusuyla ilgili aşağıda iki mesele üzerinde durulacak ve konunun örfle ilişkisine değinilecektir:

1. Davalarda Yeminin Kuvvetlendirilmesi: Hâkimin istemesine bağlı olarak davalarda yeminler daha da kuvvetlendirilir. Ancak yeminin kuvvetlendirilmesi yemin edenin haline, korkusuna, ilgisinin azlığına göre değişir. Yemin, zaman ve mekân ile kuvvetlendirilmez. Çünkü adına yemin edilen zâtı tazim etmek her zaman ve mekânda hâsıl olur ki maksat da budur. Karım boş olsun ki, kölem azad olsun ki... şeklinde yemin edilmez. Ancak 'zamanımızda (*fî zamâninâ*) insanların yalan yemini umursamamalarından ve bu şekilde yemine çokça cüret ettiklerinden boşama ve azad üzerine yemini hoş karşılamadıkları için böyle yemin edilir.' denmiştir.³⁸⁷

Serahsî, yeminin kuvvetlendirilmesiyle ilgili insanların durumunun farklı farklı olduğunu (*ehvâlî'n-nâsi tehtelifu*) bu konuda takdirin hâkime kaldığını eğer dilerse, hâkimin yemini kuvvetlendirebileceğini söyleyerek konun örfle ilişkisine dikkat çekmiştir.³⁸⁸

Merğînânî ise *Hidaye* adlı eserinde, yeminin kuvvetlendirilmesi ile ilgili farklı görüşleri³⁸⁹ zikrettikten sonra günümüzde [kendi yaşadığı zamanda] (*fî zamâninâ*)

³⁸⁴ Mevsilî, *age*, c. II, s. 373.

³⁸⁵ Merğînânî, *age*, c. III, s. 269.

³⁸⁶ Mevsilî, *age*, c. II, s. 377.

³⁸⁷ Mevsilî, *age*, c. II, s. 383, 384.

³⁸⁸ Serahsî, *age*, c. XVI, s. 118, 119.

³⁸⁹ Bazılarına göre hâkim, takva ile tanınan kimseler için yemini ağırlaştırılmaz, başkasına ağırlaştırılmaz. Kimi âlimlere göre ise, değerli mal konusunda ağırlaştırılabilir, değersiz mal konusunda ağırlaştırılmaz. (Merğînânî, *age*, c. III, s. 157).

insanların Allah'a yemin etmekten çekinmelerinin azalması ve boşama yemininden fazlaca kaçınmaları nedeniyle, nassa göre³⁹⁰davaliya boşama yemini verdirilemeyecek olmasına rağmen, hâkimin boşama yemini verdirmesinin câiz olduğunu nakletmektedir.³⁹¹

2. Mehirdeve Ev Eşyasında Anlaşmazlık: Sahih bir nikah ile evlenmiş bir kadın, birleşme veya sahii halvetten önce kocası tarafından boşanırsa âyete istinâden³⁹² zikredilen mehrin yarısını alır. Ancak koca gerdeğe girmeden önce, karısını boşar da sonra mehirde anlaşmazlığa düşerlerse Ebû Yusuf'a göre kadına mehrin yarısı verilir ve bunda da erkeğin sözüne itibar edilir. Ebû Hanife ile İmam Muhammed'e göre ise, kadına emsallerine verildiği miktarda mut'a verilir. Çünkü alışlagelen mutad mehir miktarına (*nazaran ile'l-mutâd*) kadının velîlerinin inkârına ve mutaddan daha az miktardaki bir mehri ifade etmelerine bakarak, dış görünüş mehr-i misilin de kendisini doğruladığı kimseyi doğrular.

Karı-koca ev eşyasında anlaşmazlığa düşerlerse, kadınlara elverişli olanlar ki bunlar: baş örtüsü, dolap ve benzeri şeyler dış görünüşün şehadeti sebebiyle (*bi-şehâdeti'z-zâhir*) kadının; sarık, takke ve benzeri gibi erkeklere elverişli eşyalar da erkeğin olur.³⁹³ Ayrıca Merğînânî, kaplar gibi her ikisine yarayan şeylerin, kadının eşyalarıyla birlikte erkeğin idaresi altında (fi yedi'z-zevc) olması nedeniyle kocanın olduğunu söylemektedir.³⁹⁴

Serahsî, eşya anlaşmazlığında konuyu daha da detaylandırarak Ebû Yusuf'un örfе dayandırdığı şu görüşünü nakleder: Bu durumda, kıyas bütün eşyaların kocaya ait olmasını gerektirir. Çünkü kadın elindeki eşyalarla birlikte kocanın eli altındadır. Ancak bir kız, kocasının evine çevresinde emsali olan kızlar ayarında bir çeyizle birlikte gelir. Bu emsal çeyiz miktarında zâhir örf sebebiyle (*li'l-'urfi'z-zâhir*), kıyas terk edilir. Bu miktardaki mal, kadına verildikten sonra geriye kalanlar ise erkeğin kabul edilir.³⁹⁵

³⁹⁰ “Allah'tan başkası adına yemin eden kimse Allah'a şirk koşmuş olur.” (A.b. Hanbel, II, 86; Tirmizî, Nüzur ve'l-eyman 9); “ Sizden kim yemin edecek olursa, ya Allah adına yemin etsin veya sussun.” (Buharî, Kitabu'l-eymân 4; Buharî, Edep 74; Nesâî, Eymân 4.)

³⁹¹ Merğînânî, *age*, c. III, s. 157.

³⁹² Bakara 2/237.

³⁹³ Mevsilî, *age*, c. II, s. 394.

³⁹⁴ Merğînânî, *age*, c. III, s. 163.

³⁹⁵ Serahsî, *age*, c. V, s. 214, 215.

2.2.8 İkrar

İkrar, lügatte ‘durdurmak ve sâbit hale getirmek’ anlamındadır. Şer’i ıstılahta ise kişinin, başkasına ait olup kendisi üzerinde bulunan bir hakkı ortaya çıkararak bir itirafta bulunmasıdır. Hak sahibinin kalbi bu ikrar sayesinde sükûnet bulur. Bu şer’i bir delildir. Nitekim âyet-i kerime’de “Ey iman edenler! Adaleti titizlikle ayakta tutan, kendiniz (ana babanız ve akrabanız) aleyhinde de olsa Allah için şahitlik eden kimseler olun.”³⁹⁶ buyruluyor. Kişinin kendi aleyhinde şahitlik yapması ikrardır. İkrar, hakkı ortaya koyan ve derhal bağlayıcı olan bir hüccettir.³⁹⁷

İkrarın zamana ve mekâna göre arz edeceği hususlarla ilgili şu örnekler konuyu daha muşahhas hale getirecektir:

Bir kimse, ‘bende falan adamın bir malı veya hakkı var’ derse, bu adamın kıymet taşıyan bir malı ve hakkı açıklaması gerekir. Bir malın kıymet taşıyıp taşımadığının tespitinde ise örf belirleyicidir. Zira bir malın ikrarında, malın kıymetinin bir dirhemden daha az olması durumunda bu örfе göre (‘urfen) mal sayılmaz. Yine onun bende ‘şöyle bir dirhem’ alacağı var derse, yirmi dirhem vermesi gerekir. Zira ‘keza’ kelimesi örfе göre (‘urfen) sayı için kullanılır. Dirhem kelimesinin kendisinden sonra bulunduğu mensup olarak okunacağı mürekkep olmayan en küçük sayı da ‘işrûn’dur.³⁹⁸

Bir kimse, falancanın kendi üzerinde bir alacağı olduğunu (lehû ‘aleyye) söylese borcu olduğunu anlatmış olur. Çünkü örfе göre bu ifade icap için kullanılır (muste’melun li’l-îcabi ‘urfen). Zimmet de icabın mahallidir. Böyle demekle bu bir borç olur. Yine yüzük borcu olduğunu ikrar eden kimsenin hem halkasını, hem de kaşını vermesi gerekir. Çünkü örfе göre (‘urfen) yüzük kelimesi halkayı da kaşı da kapsar.³⁹⁹

İkrar sahibi, ‘benim beşte beş dinar borcum var.’ derse bu sözle çarpmayı kasetmiş olsa bile, beş dinarı ikrar etmiş olur; çünkü çarpma işlemi çarpılan malın kendisini çoğaltmaz. Sadece parçalarını çoğaltır. İmam Züfer’e göre, ikrar sahibinin hesap örfü sebebiyle (li- ‘urfi’l-hisâb) yirmi beş dinar vermesi gerekir. Yine anne

³⁹⁶ Nisâ 4/135.

³⁹⁷ Mevsilî, age, c. II, s. 399.

³⁹⁸ Mevsilî, age, c. II, s. 401.

³⁹⁹ Mevsilî, age, c. II, s. 403; Merğînânî, age, c. III, s. 176.

karnındaki çocuk ile ikrarda bulunmak mülkü olmaya elverişli bir sebep söyleyince câiz olur. Ancak Ebû Yusuf'a göre mutlak ikrar, 'âdeten ('âdeten) muameleler sebebiyle verilmesi vacip olan şeylere yöneldiğinden bu ikrar sahih olmaz.⁴⁰⁰

Hidâye'de de benzer bir yaklaşımla bu mesele Mevsilî'dekilerle birebir aynı ve farklı örneklerle izah edilmektedir.⁴⁰¹

2.2.9 Şâhitlik

Şâhitlik etmek, sözlük olarak bir yerde hazır olmak manasına gelir. Şer'î ıstılahta ise, şâhitlerin hazır bulunup gördükleri bir hadiseyi haber vermeleri demektir. Bu şâhitlik, zina ve adam öldürme gibi fiillerde olduğu üzere ya görerek olur veya akit ve ikrarlardaki gibi işiterek olur.⁴⁰²

Şâhitlerin Vasıfları: Şâhidin âdil, hür ve müslüman olması ve bir de 'şehâdet ederim' lafzını kullanması şarttır. Şâhitlerin âdil olma vasfıyla ilgili Mevsilî'de; "Ebû Hanîfe'ye göre, kısas ve had cezalarıyla alakalı davalardan başka davalarda müslüman şâhitler âdil olarak kabul edilir. Hasım, şâhitlerin yalancı olduklarını iddia ederse, o zaman hâkim, bu şâhitlerin durumunu araştırır. İmameyn'e göre ise, bütün hukuk davalarında hâkim, şâhitlerin durumunu araştırır." görüşleri verildikten sonra her iki görüşün dayanakları Ebû Bekir er-Râzî'den nakille şu şekilde aktarılır: "Ebû Hanîfe adaletin zâhir olduğu bir zamanda (fi zemâni kâneti'l-'adaletü fihi zâhîratün) fetvâ vermiştir. Hz. Peygamber (sav) kendi zamanının insanlarının adil olduklarını beyanla; "Nesillerin en hayırlısı benim neslimdir. Sonra onların ardından gelen nesildir. Sonra da yalan yaygınlaşacaktır." buyurmuştur. Ancak İmameyn zamanında yalan yaygın hale gelmiş (fi zamânihimâ feşa'l- kizb), o sebeple kendileri şâhitlerin durumlarını araştırmaya ihtiyaç hissetmişlerdir. Onlar Ebû Hanife'nin zamanında olsalardı (ve lev kânâ fi zamânihi) bu ihtiyacı hissetmeyeceklerdi. Ama Ebû Hanife onların zamanında olsaydı bu ihtiyacı hissedirdi."⁴⁰³

⁴⁰⁰ Mevsilî, *age*, c. II, s. 404, 405.

⁴⁰¹ Merğînânî, *age*, c. III, s. 176-178; (Konuyla ilgili farklı olarak şu örnekler geçmektedir: Bir kimse diğeri için kılıç ikrarında bulunursa kılıcın yüzü, kını ve kabzası ikrar edilenidir. Yine bir kimse, gerdek (büyük çadır) ikrarında bulunsa onun direkleri ve bezi ikrar edilenidir. Zira örfen ('urfen) bunların 'tümüne' bu ad verilir.)

⁴⁰² Mevsilî, *age*, c. II, s. 413.

⁴⁰³ Mevsilî, *age*, c. II, s. 417, 418.

Mevsilî'nin bu konuda Serahsî'yi takip ettiğini görüyoruz.⁴⁰⁴

Merğînânî de konuyla ilgili aynı temel görüşleri verdikten sonra kendi zamanında geçerli olan görüşe şöyle atıfta bulunmuştur: “Bu zamandaki fetva (*ve'l-fetvâ 'ala kavlihimâ fi hâze'z-zamân*), İmameyn'in görüşü üzeredir.”⁴⁰⁵

Bu meseleden bir çıkarsama yapacak olursak Mevsilî'nin diliyle şunu söyleyebiliriz: Zamanımızdaki insanların dini ahkâma aldırmadıklarını ve bozulduklarını (*min fesâdi ehli'z-zamân*) gördüğü için Ebû Bekir er-Râzi, başka hiçbir meselede olmasa da bu meselede İmameyn'in görüşünü Ebû Hanîfe'nin görüşüne tercih etmiştir.

Şâhidin tezkiye edilmesi konusunda Mevsilî,özetle şu bilgileri vermektedir: Şâhidi tezkiye edenin,yani ‘o âdildir, şahitlik etmesi câizdir.’ demesi gerekir. Önceleri tezkiye alenen yapılır ve bununla yetinilirdi. Ama zaman değiştiği için (*li'htilâfi'z-zamân*), zamanımızda (*fi zemâninâ*) [Mevsilî'nin yaşadığı zamandaki Kûfe'de] buna gizli tezkiye de eklenmiştir. Sonra denildi ki, fitneden sakınmak için gizli tezkiye ile yetinilir. İmam Muhammed, alenî tezkiye hakkında; ‘alenî tezkiye fitne ve belâdır.’ demiştir.⁴⁰⁶

Bu meselede Mevsilî'nin verdiği bilgilere ilaveten Merğînânî, kendi zamanındaki uygulama hakkında şöyle demektedir: “Bizim zamanımızda (*fi zamâninâ*) fitne ve fesattan korunmak için gizli soruşturma ile iktifa edilmektedir.”⁴⁰⁷

2.2.10 Vekâlet

Vekâlet, niyabeti kabul edilen muamelelerde kişinin kendi yetkisini başkasına vermesi onu kendi yerine ikame etmesidir.⁴⁰⁸ Vekâletle ilgili el-*İhtiyar*'da geçen konuları dört başlık halinde ele alıp işlemeye çalışacağız.

1. Vekâletin Meşruiyeti:

⁴⁰⁴ Serahsî, *age*, c. XVI, s. 88.

⁴⁰⁵ Merğînânî, *age*, c. III, s. 117.

⁴⁰⁶ Mevsilî, *age*, c. II, s. 418.

⁴⁰⁷ Merğînânî, *age*, c. III, s.

⁴⁰⁸ Nezih Hammad, *Mu'cemu'l-mustalehati'l-maliyye ve'l-iktisadiyye fi lugati'l-fukaha*, Dârü'l-kalem, 1. Baskı, Dimaşk 2008, s. 477.

Bir şahsın karşılıklı rıza ile işini, yapılması için başkasına bırakmasından ibaret olan vekâlet akdi, her şeyden önce bir akit olduğu için akidlerde gerekli şartlar kendisinde aranır.⁴⁰⁹ Bununla beraber vekâletin meşruiyeti ile ilgili naslar ve bu akdin insanlar arasında süregelen bir uygulama olması vekaletin meşruluğunu açıkça ortaya koymakta ve bunun için bir delil teşkil etmektedir. Vekâletin meşruiyetine örfün delil olması ile ilgili konu Mevsilî’de şöyle geçmektedir:

Vekâlet, Kitap ve Sünnet ile meşru kılınmıştır. Kitap’tan delili; “İçinizden birini şu gümüş paranızla şehre gönderin”⁴¹⁰ âyetidir. Vekâletin bir diğer delili de ilk zamanlardan günümüze dek (*min ledüni’s-sadri’l-evvel ilâ yevminâ*) hiçbir itirazla karşılaşmaksızın (*min gayri nekîr*) insanlar, vekâletle muamele etmişler ve bu konuda insanlar arasında süregelen bir uygulama (*te’âmulü’n-nâs*) oluşmuştur. Zira insanlar bir takım işleri şahsen yapamazlar ve bir başkasına vekâlet verme ihtiyacı hissederler.⁴¹¹

Serahsî, diğer delillerin yanında insanların bu sözleşmeye şiddetle ihtiyaç duymasından dolayı (*li’n-nâsi ilâ hâze’l-akde hâcetün mâssetün*) bunun meşru’ olduğunu vurgulamaktadır.⁴¹²

Merğînânî de vekâletin meşruiyetinde ihtiyaca vurgu yapmıştır.⁴¹³

Buradan anlaşılmaktadır ki, bir arada yaşamanın doğal bir sonucu olarak insanlar bazı durumlarda kendilerinin yapabilecekleri işleri başkalarına yaptırma ihtiyacı hissetmişler ve bu durum da onların hayatını kolaylaştırmış ve teâmülden dolayı vekâletin meşruluğuna bir delil teşkil etmiştir.

2. Vekâlette Belirsizliğin Çeşitleri:

Konuyla ilgili olarak verilen örnekler Mevsilî’de şu şekilde anlatılmaktadır:

Bir kimse, birisini bir köle veya câriye veya ev satın almak için vekil tayin etse, eğer bedeli belirtmişse vekâlet sahih olur. Bedeli belirtmemişse vekâlet sahih olmaz. Zira bedel belirtmekle âdete göre (*âdeten*) her türün bedeli belli olduğundan alınacak

⁴⁰⁹ Orhan Çeker, *age*, s. 125.

⁴¹⁰ Kehf 17/19.

⁴¹¹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 435.

⁴¹² Serahsî, *age*, c. XIX, s. 2.

⁴¹³ Merğînânî, *age*, c. III, s. 135.

nesnenin türü de belirlenmiş olur.⁴¹⁴

Bu konuda Mevsilî'nin Serahsî ve Merğînânî'yi takip ettiğini görmekteyiz.⁴¹⁵

Bir kimse vekiline, falan köyden kendisi için bir ölçek buğday satın almasını emrederse, örf ve âdete göre (*li-cerayani'l-âdeti evi'l-urf*) taşıma masrafını da müvekkilin vermesi gerekir.

Yine bir kimse, diğerine yiyecek (taam) alması için para verirse bu, buğday ve buğday unu almaya vekâlet sayılır. Örf'e göre (*i'tibaren bi'l-urf*) bu böyledir. Bir görüşe göre de yine örf'e göre, para çoksa buğday almaya, az ise ekmek almaya, orta ise un almaya vekil kılınmış olur. Eğer alışveriş, buğday ve buğday ekmeğinden başka şeylerin yenmesinin âdet haline getirildiği (*yete'ârefûne*) bir mıntıkada yapılıyorsa, o zaman âdeten yenen gıda maddesini almaya vekâlet vermiş olur.⁴¹⁶

Serahsîve Merğînânîde bu mesele hakkında aynı yaklaşımı göstermektedir.⁴¹⁷

Görüldüğü üzere insanların günlük hayatlarıyla ilgili olarak kullandıkları kapalı ifadeler örf sayesinde açıklığa kavuşuyor ve günlük yaşamları örf sayesinde kolaylaşıyor.

3. Bir Malı Satma ve Satın Alma Konusunda Vekâlet:

Ebû Hanîfe'ye göre bir malı satmaya vekil olan kişi, müvekkil onu sırf satışı vekil kıldığından (mutlak vekâlet) –töhmetsiz hali dışında- o malı noksan fiyatla, vade ile ve bir mal karşılığında satabilir. Paraya ihtiyaç duyulması halinde de aldanarak bir malı ucuza satmak örfen kabul edilebilir (*mute'ârafun inde'l-hâceti ile's-semen*) bir durumdur.

İmameyn'e göre ise, vekile satış emri (mutlak vekâlet) verildiğinde, vekil o malı, örf'e göre (*ve'l- mute'aref*) emsal değeriyle dirhem ya da dinarla satması gerekir. Satış paradan başka bir şey karşılığında yapılırsa câiz olmaz. Çünkü müvekkilin kayıtsız olarak verdiği satış emri, mutâd satış manasında telakki edilir (*yensarifu ile'l-*

⁴¹⁴ Mevsilî, *age*, c. II, s. 439.

⁴¹⁵ Serahsî, *age*, c. XIX, s. 39; Merğînânî, *age*, c. III, s. 138.

⁴¹⁶ Mevsilî, *age*, c. II, s. 440; Merğînânî, *age*, c. III, s. 138.

⁴¹⁷ Serahsî, *age*, c. XIX, s. 41; Merğînânî, *age*, c. III, s. 138.

mu'tâd).⁴¹⁸Halk arasındaki teâmül (*ve'l-müte'âref*) ise, malı benzerinin değeriyle ve parayla satmak şeklindedir.⁴¹⁹

Merğînânî meseleyi aynı şekilde ele almış ve farklı bir örnekle konuyu tafsil etmiştir.⁴²⁰

Bir malın satın alınması konusundaki vekâletin hususiyeti ile ilgili olarak da Mevsilî önemli bilgiler vermektedir. Şöyle ki;

Bir malı satın almaya vekil edilen kimse, o malı ancak emsallerinin kıymeti ve herkesin aldanabileceği bir fazlalıkla (yani az bir aldanma ile) satın alabilir. Bu az aldanmadaki ölçüler şunlardır: Ticaret malları için 10 dirhemde yarım dirhem, hayvanlarda bir dirhem, akarlarda (taşınmaz mal) ise iki dirhem fazlasına almaktır.⁴²¹

Merğînânî de konuya aynı şekilde yaklaşmaktadır.⁴²²

4.Vekâletin Batıl Oluşu:

Mevsilî, konuyla ilgili temel kaideyi verdikten sonra kendi görüşünü naklederek şöyle demektedir: “Dâvâ açmaya vekil olan, davalıdan malı kabzetmeye de vekildir.” Bize göre (*ve lenâ*), dava açmaktan maksat (*enne'l-maksûde mine'l-husûme*), alacağın tahsil edilmesidir. Şu halde dava açmaya vekil olan, davalıdan malı kabzetmeye ve tahsil etmeye de vekildir. Ancak İmam Züfer'e göre, dava açmaya vekil olan, malı kabzetmeye de vekil sayılmaz. Zira müvekkil, onun o malı kabzetmesine değil, dava açmasına razı olmuştur. Dolayısıyla dava açmaya elverişli olan herkesin malı kabzetmede muvaffak olacağına güvenilemez. Çünkü zaman bozulmuş, insanlar arasında hıyanet çokça zuhur etmiştir (*li-fesâdi'z-zamân ve kesrati zuhûri'l-hiyâneti fi'n-nâs*). Dolayısıyla bu konuda İmam Züfer'in görüşüne göre fetvâ verilmiştir.⁴²³

⁴¹⁸ Mevsilî, *age*, c. II, s. 441.

⁴¹⁹ Merğînânî, *age*, c. III, 143.

⁴²⁰ Merğînânî, *age*, c. III, s. 144, 145; [Merğînânî'nin örfle açıkladığı diğer örnek şöyledir: Ebû Hanîfe'ye göre, bir kimse başkasını bir köleyi satmaya vekil kılrsa, vekil kölenin yarısını satarsa bu câiz olur. Çünkü müvekkilin sözünde kölenin nasıl satılacağı hususunda bir kayıt yoktur. Hatta Ebû Hanîfe'ye göre vekilin, kölenin tamamını yarı fiyata satması câiz olduğundan kölenin yarısını bu fiyata satması evleviyetle câizdir. İmameyn göre ise bu câiz değildir. Çünkü bu satış, sakıncalı bir ortaklığa neden olduğundan bu konuda teâmül oluşmamıştır (*gayri müte'âref*)].

⁴²¹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 442.

⁴²² Merğînânî, *age*, c. III, s. 144.

⁴²³ Mevsilî, *age*, c. II, s. 445.

Hanbeliler'e, Şafii'ye ve bir rivayetinde Ebû Yusuf'a göre de dava vekâleti tasrih edilmedikçe hâkimin hükmettiği şeyi vekîlin kabz yetkisi yoktur. *Mecelle*'de de bu görüş benimsenmiştir.⁴²⁴

Merğînânî, bu meseleye dair aynı bilgileri verdikten sonra bir kimseden alacağın talep edilmesi konusunda da kendi zamanındaki örfün, İmam Züfer'in görüşü istikametinde olduğu ve fetvânın da buna göre verildiği (*ve'l-fetvâ el-yevm 'alâ kavli Züfer*) bilgisini nakleder.⁴²⁵

Fergana bölgesi âlimlerinden Kâdihân, el- *Fetâvâ'l-hâniyye* adlı eserinde başka âlimlerin görüşlerine yer vermekle beraber kendi görüşünü şöyle nakleder: "*Davaya vekil olan kimse emîn ve mal konusunda kendisine itimat edilen biri ise, o zaman malı kabzetmeye de vekil olur.*"⁴²⁶

Kâsânî'de geçtiği üzere *Zâhiru'r-rivâye*'ye göre borç davasına vekil olan malı kabzetmeye de vekil olmasına rağmen Kâsânî, müteahhirîn ulemasının Buhara örfüne binaen (*fi 'urfî diyarinâ*) vekilin borcu kabzedemeyeceği görüşünü naklederek bunun gerekçesini şöyle açıklamaktadır: Çünkü zamanımızda (*fi zamâninâ*) insanlar, vekillerin mal konusunda sadakatsizlikle itham edilmelerinden dolayı malı kabzetmeye rıza göstermezler.⁴²⁷

⁴²⁴ Bilal, Aybakan, "Vekâlet", *DİA*, c. XLIII, s. 3.

⁴²⁵ Merğînânî, *age*, c. III, s. 146, 147; (*Hidâye*'de konu şöyle geçmektedir: Bir davaya vekil olan, malı kabzetmeye de vekildir. Bu bize göredir. İmam Züfer'e göre böyle değildir. Bize göre (*ve lenâ*), bir şeye yetkili olan kimse onu tamamlamaya da yetkilidir. Davanın tamamlanması ve sonuçlanması ise ancak kazanılan şeyin teslim alınması ile (kabz) gerçekleşir. Fetvâ ise bugün (*ve'l-fetvâ el-yevm*), vekillerde hıyânet zuhur ettiğinden (*li-zuhûri'l-hiyâneti fi'l-vükelâ*) ve davada güvenilen kişiye malı teslim almada güvenilmediğinden İmam Züfer'in görüşüne göre verilmiştir.)

⁴²⁶ Kâdihân, *age*, c. III, s. 19; [Kâdihân, Buhara meşayihından Ebû Bekir Muhammed b. Fazl (ö. 381/991) 'ın görüşünü de şu şekilde nakleder: Vekil borcu kabzedebilir. Ve bu konuda örf'e itimat edilmesi gerekir (*el-i'timâd fi zâlike 'ale'l-'urf*). Eğer vekâlet verme işi, vekilin borcu kabzedebileceği uygulamasının tüccarların örfü haline geldiği bir beldede olursa, davaya vekil olan, malı kabzetmeye de vekil olur. Böyle bir örfün bulunmadığı yerde ise vekâlet, kabzi içermez. Kâdihân ayrıca, 'vekil kadı'nın (hâkimin) veya devlet başkanının yardımcılarında veya kendisine güvenilmeyen bir kimse ise, malı kabza vekil olmaz. Kabzedilecek mal, vekile güvenilmeyecek kadar değerli ise, vekil bunu kabzedemez.' diyerek bu konuda malın kabzedilmesi hususunu güven esasına bağlamış ve bunu öncelendiğini ortaya koymuştur. (Kâdihân, *age*, c. III, s. 19)].

⁴²⁷ Kâsânî, *age*, c. VII, s. 437.

2.2.11 Kefâlet Akdi

Kefâlet, sözlükte bir şeyi başka bir şeye katmak manasındadır. Şer'i istilahta ise kefâlet, bir şeyin istenmesi hususunda kefilin zimmetini asilin zimmetine katmaktır. Kefâlet, başkasının borcunu üstlenme, garantiye alma akdi olup ihtiyacı gidermek maksadıyla meşru kılınmıştır.⁴²⁸

Bütün akidlerde olduğu gibi kefâlet akdinde de tarafların kendi aralarında yaptıkları bir muâmelede herhangi bir anlaşmazlığa düşülmemesi için icap ve kabul sıygalarının açık ve anlaşılabilir bir mahiyette olması gerekir. Ancak kullanılan bu sıygaların şekli, ifade biçimleri, zamana ve insanların kullanım biçimlerine göre değişebilir. İcap ve kabul sıygalarının kullanılış biçimleri Mevsilî'de şu şekilde görülmektedir:

Kefâlet akdi, “onu tazmin ederim” demekle tamamlanır. Çünkü bu kefâlet manasındadır. “Şu borç benim üzerimdedir, ödemek bana aittir.” demekle de kefâlette bulunmuş olur. Çünkü bu sözler icap manasındadır. Veya “ben kabul ediyorum, senin için şu adam, benim yanımdadır, onu sana ödemek benim üzerimdedir veya seni o adamla karşılaştırmak benim üzerimdedir.” gibi sözlerle de kefâlet tamamlanmış olur. Çünkü örfe ve lugate göre (*lugaten ve 'urfen*) bu sözler de kefâlet manasındadır.⁴²⁹

Aynı şekilde kefâlet akdini oluşturan lafızlar zamana ve mekâna göre değiştiğinden “bir kimsenin kendisine, boynuna, canına, cesedine ve başına kefil oldum” demekle kefâlet akdi kurulmuş olur. Zira bu sözcükler ya hakikaten veya örfen (*immâ hakikaten ev 'urfen*) beden anlamında kullanılır. Falancanın yarısına veya üçte birine veya bir parçasına kefil oldum denmesi de aynıdır. Ancak “falancanın eline veya ayağına kefil oldum” demekle kefâlet akdi kurulmuş olmaz. Çünkü bu lafızlar [kullanıldığı toplumda]beden anlamında kullanılmazlar.⁴³⁰

Nefse kefâlet konusunda kefil olanın, kefil olduğu kimseyi muhakeme edilebileceği yerde hazır bulundurması gerekir. Eğer kefil, o adamı çölde ve köyde teslim ederse muhakeme edilemeyeceğinden dolayı kefâletten kurtulamaz. Şehirde

⁴²⁸ Orhan Çeker, *age*, s. 194.

⁴²⁹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 448, 449.

⁴³⁰ Merğînânî, *age*, c. III, s. 88.

veya bir sokakta teslim ederse kefâletten kurtulur. Çünkü hâkimin yardımcılarının ve müslümanların yardımıyla onu mahkemeye götürme imkânı vardır. Ancak örfе dayandırılan bir görüşe göre şöyle denilmiştir: “Zamanımızda (*fi zamâninâ*) insanlar o kişinin mahkemeye götürülmesine mani olup haksızdan yana çıktıklarından dolayı kefil yine kefâletten kurtulamaz.⁴³¹

Mevsilî, bu hususta Serahsî ve Merğînânî’yi takip etmiştir.⁴³²

Kâdihân, nefse kefalet konusunda değil de bir kimsenin mal için birine kefil olması durumunda kefil, alacaklıya ‘onun kendisini (borçluyu) yarın sana getirirsem, ben bu maldan beriyim.’der ve kefil olunan kişiyi getirirse bu câizdir ve teâmül nedeniyle (*li mekâni’t-teâmül*) söz konusu maldan beri olur.⁴³³

2.2.12 Mudârebe (Emek-Sermaye Ortaklığı)

1. Mudârebe Ortaklığının Kurulması:

Mudârebe, darp kökünden türeyen bir mastar olup yeryüzünde dolaşmak manasındadır. Bu ortaklığa mudârabe ortaklığı denmesinin sebebi, bundan sağlanan kazancın genellikle yeryüzünde dolaşarak elde edilmesindedir. Mudârabe ortaklığı “bu malı sana mudârabe olarak verdim” veya “kârın yarısı veya üçte biri senin olmak üzere şu malı al ve işlet” gibi sözlerle kurulur.

“Şu malı yarı ile al” deme durumunda da yine örfе dayalı istihsan yoluyla(*istihsânen ‘amelen bi’l- ‘urf*) bir mudârabe ortaklığı kurulmuş olur.⁴³⁴

Bir sermayedar Kûfe’de bir mudâribe belli bir parayla Kûfeli halktan mal satın almak için mudarabe olarak verir de, mudârip Kûfe’de başkasından mal alırsa câiz olur. Çünkü örfе göre (*‘urfen*) sermayedarın maksadı mekândır, yani ticaretin Kûfe’de yapılmasıdır ki bu maksat da tahakkuk etmiştir.

⁴³¹ Mevsilî, *age*, c. II, s. 449.

⁴³² Serahsî, *age*, c. XIX, s. 165; Merğînânî, *age*, c. III, s. 89.

⁴³³ Kâdihân, *age*, c. III, s. 60.

⁴³⁴ Mevsilî, *age*, c. III, s. 26.

Yine sermayedar bir mudâribe, belli bir parayla sarraflarda alım satım yaparak sarraflık yapması için para verir de mudârip başkalarından satın alırsa, örfe göre (*'urfen*) maksat (*li-enne'l-murâd*) alım satım olduğundan câiz olur.⁴³⁵

Serahsî de bu iki meseleye aynı şekilde yaklaşmış, ancak buradaki hükümleri lafzen örfe değil, sermayedarın kullanım amacına (*maksûdehû*) bağlamıştır.⁴³⁶

Merğînânî de konuyu *Hidâye*'de aynı şekilde ele almış ve bunların câiz olmasını aynı gerekçelere bağlamıştır.⁴³⁷

2. Mudâribin Nafakası (Geçim Masrafları): Genel kurala göre işletmecinin hiçbir durumda ortaklık sermayesinden geçim sermayesi alma hakkı yoktur. Ancak bazı durumlarda bununla alakalı istisnai hükümler söz konusu olabilmektedir. Şimdi bu istisnai durumu ve bunun delilini Mevsilî'nin *İhtiyar*'ından tâkip edelim:

Mudârib, şehirde bulunduğu süre içinde nafakasını sermayeden karşılayamaz. Ancak mudâribin, seferde bulunduğu müddetle şehre dönünceye kadar nafakası mudârebe sermayesinden karşılanır. Çünkü nafakayı, kendisini o iş için alıkoymasının karşılığında almaktadır. Mudâribin nafakası yemek, içecek, giyecek, uyumak için yatak, binek, bineğin yemi, ahçı ve çamaşırcı ücreti, hamam parası, kandil yakıtı, odun gibi câri ihtiyaçlarının karşılanması için lâzım olan paradır. Mudâribe, örfe göre (*bi'l-ma'rûf*) emsallerine verilen miktarda da nafaka verilir.⁴³⁸

Serahsî de mudâribin nafakası hususunda aynı bilgileri verdikten sonra nafakanın neler olduğunu şu şekilde sıralar: Yiyecek, giyim, parfüm, elbiselerin yıkanma ve yolculuk harcamalarıdır. Ancak Serahsî, "*Nevâdir*"den nakille Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'un, parfüm giderlerini nafaka kapsamında tutmadıklarını ve onların bunu, insanların genellikle (*'âdeten*) koku kullanmadığı yerlerde, dolayısıyla parfüme nadiren ihtiyaç duyulan yerlerde olması gereken hüküm olarak açıkladıklarını ifade eder. Serahsî, daha sonra İmam Muhammed'in maksadının (*ve muradü Muhammed*) Hicaz, Irak gibi insanların genellikle (*'âdeten*) koku kullanmayı ihtiyaç olarak gördüğü (*yehtâcu fi-hâ*) yerlere yolculuk yapılması durumunda geçerli olacak bir hüküm vermek

⁴³⁵ Mevsilî, *age*, c. III, s. 29.

⁴³⁶ Serahsî, *age*, c. XXII, s. 42.

⁴³⁷ Merğînânî, *age*, c. III, s. 198.

⁴³⁸ Mevsilî, *age*, c. III, s. 31.

olduğununakleder.⁴³⁹

Merğînânî de konuyla ilgili benzer bir yaklaşım göstermiş ancak emekçiye verilecek nafakanın kapsamıyla ilgili farklı şeyler de zikretmiştir.⁴⁴⁰

2.2.13 Vedâ Akdi

Vedâ, ved' kökünden türemiş olup terk etmek manasındadır. Vedâ (emanet bırakmak), bazen sarîh bir icap ve kabulle olur, bazen de delâlet yoluyla olur. Emanet sahibinin emanetçiye, “bu malı sana emanet olarak bıraktım” emanetçinin de, “kabul ettim” demesi sarîh bir icap kabuldür. Örfle ilgili *İhtiyar*'da geçen örnekler şöyledir:

Vedâ akdinin delâlet yoluyla yapılmasında, bir kimse hiçbir şey söylemeden başkasının yanına bir şey bırakır veya bırakırken “bu sana emanettir.” der ama diğeri susarsa bu, emânet olur. Öyle ki mal sahibi o meclisten kalkıp gider, sonra emanetçi de kalkıp gider ve o mal orada zayi olursa emanetçi onun için tazminat öder. Çünkü yapılan bu muamele örf'e göre (*'urfen*) emanet vermek ve emaneti kabul etmektir.⁴⁴¹

Emânet malın korunmasına gelince, emânet malı bizzat onu alanın kendisinin ve mûdi yasaklasa bile, ailesinden olan birisinin koruması gerekir. Zira emanetçi o malı koruyacağını taahhüt etmiştir. Emanetçinin malı, devamlı olarak yanında bulundurması mümkün olmadığından onu evinde ve aile efradının yanında da muhafaza edebilir. Emanetçinin bunu yapmaya ihtiyacı vardır (*felem yekun lehu büdde min zâlik*). Mal sahibinin onu bundan yasaklaması, bu sebepten dolayı sahih olmaz.⁴⁴² Mesela emânet alan kişi emânet malı karısı, çocukları, ana-babası, işçisi (ecîr-i hâs)⁴⁴³ ve benzeri gibi bakımını üstlendiği kişilere verirse, telef olduğunda genel kurala (kıyas) göre kendisine

⁴³⁹ Serahsî, *age*, c. XXII, s. 62- 64; (Serahsî ayrıca işletmecinin tedavi, hacâmat ve ilaç giderlerinin nafa ka kapsamında olmadığını bunların nadir olarak duyulan ihtiyaçlar olduğunu dolayısıyla bunların örf gereği (*bi tariki'l- 'âde*) hak edilen şeyler kapsamına girmediğini ifade eder.)

⁴⁴⁰ Merğînânî, *age*, c. III, s. 204, 205; (Merğînânî'nin ihtiyaçlar konusunda saydığı şeyler şunlardır: Yiyecek, içecek, giyecek ve bineceği için yaptığı harcamalardır. Elbisenin yıkanması, hizmetçi ücreti, bindiği hayvanın yemi, Hicaz'da olduğu gibi âdete göre (*'âdeten*) kendisine ihtiyaç duyulduğu yerde yağ da bu ihtiyaçlardandır. Bunlarda da örf'e göre (*bi'l-ma'rûf*) harcama yapılır.)

⁴⁴¹ Mevsilî, *age*, c. III, s. 33, 34.

⁴⁴² Mevsilî, *age*, c. III, s. 34.

⁴⁴³ Ecîr-i hâs, kişinin aylık veya yıllık olarak çalıştırdığı yalnız kendisi için çalışan işçisidir. Ecîr-i müş terek ise, herhangi bir iş yapmak üzere çalıştırılan işçidir. Ecîr-i müşterek olanlar, yabancılar gibidir. Emâ net kendisine verilirse ödemeyi gerektirir. (Serahsî, *age*, c. XI, s. 109,110.)

ödeme gerekirken, istihsanen(*istihsânen*) ödeme gerekmez.⁴⁴⁴

Buradan anlaşıldığı üzere örfün diğer muamelelerde olduğu gibi emanet konusunda da gündelik hayata dair meselelerde belirleyici olduğörülmektedir.

2.2.14 Lukata (Buluntu Eşya)

Lukata, yerde bırakılmış olarak bulunan ve koruyucusu olmayan hayvan haricindeki mala denir. Dâlle kelimesi de, yolunu şaşırıp bağlanacağı yere gidemeyen hayvana denir. İşte böyle buluntu malların durumuyla ilgili olarak Ebû Hanife'nin görüşü, bunları buldukları yerden almanın, onlara hiç dokunmamaktan daha iyi olduğu, eğer o malın zayi olacağından korkulursa onu yerden alıp kaldırmanın vâcip olduğuşeklindedir. Mevsilî, bu hükmü açıklarken meseleyi kendi zamanındaki örfeye dayandırarak şöyle demektedir: Zira, zamanımızda (*fi zamâninâ*) böyle şeyler umumiyetle zâyi olurlar.⁴⁴⁵

Buluntu malın alınıp alınmaması konusunda Serahsî, Hanefilerin görüşünü şöyle nakleder: Sahabe zamanında insanların buluntu malı yerden almamaları o zaman için söz konusuydu (*hâzâ kâne fi zâlike'l-vakt*). Çünkü sâlih ve dürüst kimseler çoğunlukta idi. Birisi bir malı almayıp yerinde bıraktığı zaman diğerleri de yerinde bırakıyor veya emaneti sahibine teslim etmek için alıyordu. Zamanımızda (*fi zamâninâ*) ise, kötü kimseler çoğunlukta idi. Güvenilir kimse malı yerinde bırakınca niyeti bozuk olan kimse onu alıp sahibinden saklar. Hüküm, insanların durumundaki değişmeye göre(*bi'htilâfi ahvâli'n-nâs*) değişir.⁴⁴⁶

Buluntu bir malın kıymetli ve kıymetsiz oluşu konusunda da câri örfün belirleyici olduğunu söyleyebiliriz. Mevsilî'de geçen şu misal bunu açıkça göstermektedir: Hasat edildikten sonra tarladaki başaklar, durumun delâletiyle (*bi delâleti'l-hâl*) özellikle onları toplayanların olur. Bütün beldelerde (*fi cemî'i'l-bilâd*) insanlar bu hükümde ittifak etmişlerdir. Konunun devamında Ebû Yusuf şöyle

⁴⁴⁴ Serahsî, *age*, c. XI, s. 109.

⁴⁴⁵ Mevsilî, *age*, c. III, s. 42.

⁴⁴⁶ Serahsî, *age*, c. XI, s. 5.

demıştır: Bir kimse ölü bir koyunu sokağa atar, bir başkası gelip o leşin derisini ve yününü alır, derisini tabaklarsa, kendisinin olur. Daha sonra sahibi gelirse, deriyi ve yününü alabilir. Ancak, tabaklama sebebiyle deride meydana gelen değer olarak artan miktarı, mal sahibi tabaklattıran şahsa öder.⁴⁴⁷

Serahsî’de de Ebû Yusuf’un görüşü aynı şekilde geçmektedir.⁴⁴⁸

Buluntu malın kıymetli olup olmamasıyla ilgili yukarıda örfе dayanılarak verilen hükümden hareketle şunu söyleyebiliriz: Günümüzde de özellikle kırsal bölgelerde bazı mahsüllerde örneğin Karadeniz’de fındık mahsulünde devşirme işlemi tamamlandıktan sonra fındık bahçelerinde arda kalanları toplama işlemi (yöresel ismiyle ganzilîs) yapılmaktadır. İşte bu bölgesel örften dolayı, toplanan mahsullerin helal ve bu toplama işleminin câiz olduğunu söylemek mümkündür.

2.2.15 Vakıf

1. Vakfın Tarifi ve Şartları:

Vakıf, lugatte hapsedmek manasındadır. Şer’î ıstılahta ise, malı sahibinin mülkü olmak üzere bırakmak ve o malın menfaatlerini sadaka olarak vermek demektir.⁴⁴⁹

Vakfın Sıhhat Şartları: Konunun örfle ilgili bağlantısının anlaşılması için vakfın sıhhat şartlarının bilinmesinde fayda mülâhaza ediyoruz.

İmam Muhammed’e göre vakfın sıhhat şartları şunlardır:

- Vakfedilen ayn mütevellîye teslim edilmeli.
- Vakfedilen arazi ifraz edilmeli
- Vâkıf (vakfeden kimse), vakfedilen malın menfaatlerinden bir kısmının kendisine verilmesini şart koşmuş olmamalı.

⁴⁴⁷ Mevsilî, *age*, c. III, s. 44.

⁴⁴⁸ Serahsî, *age*, c. XI, s. 2, 3.

⁴⁴⁹ Mevsilî, *age*, c. III, s. 54.

- Vakıf ebedî olmalı, geçici olmamalıdır, geliri sonsuza dek fakirlereverilmelidir.⁴⁵⁰

Hanefiler vakıf işleminin ebedilik özelliği taşımasını ve mevkufun gayri menkul olmasını gerekli görmüşlerse de zaman içinde ihtiyaçlara göre bu kaideye bazı istisnalar getirilmiştir. Bu çerçevede akarların mütemmim cüzü kabul edilen menkullerle akarların işleyiş ve devamına hizmet edebilecek malların akara tabi olarak vakfi geçerli sayılmıştır. Osmanlı uygulamasında da vakıf konusunda İmam Muhammed'in görüşü esas alınmış, fakir çiftçiler için tohumluk buğday ve benzeri hububat, fakirlerin yararlanması için süt hayvanları, fakir kız ve kadınlar için gelinlik ve süs eşyaları gibi menkul malların vakfi örf ve teamüldeki ihtiyaç göz önüne alınarak geçerli kabul edilmiştir.⁴⁵¹

2. Vakfedilmesi Câiz Olan ve Olmayan Mallar:

Hanefî mezhebinde vakfedilen mallarda te'bid (süreklilik) şartı arandığı için menkul malların vakfedilmesi genel olarak câiz görülmemiş, bu kuralın istisnası olarak İmam Ebû Yusuf'un (ö. 182/798) Hz. Peygamber'in uygulamasına dayanarak silah ve savaş atlarının vakfedilebileceği konusunda bir görüşü bulunmaktadır. İmam Muhammed b. Hasen eş- Şeybanî (ö. 189/805) de menkul malların vakfedilebilmesi için teâmül kriterini esas alarak vakfedilmesi teâmül haline gelmiş olan menkullerin vakfedilebileceğine cevaz vermiştir.⁴⁵²

Menkul malların vakfedilmesinin câiz olup olmadığı ve bunun temellendirilmesi hususunda XVI. yüzyılda Osmanlı'da devrinin en meşhur şeyhulislâmı olan Ebussuud Efendi (ö. 982/1574)'nin önemli gayretleri olmuştur. Ebussuud Efendi, İmam Muhammed'in görüşünden hareketle vakfedilmesi teâmül haline gelen her menkulun vakıf konusu olabileceğini ileri sürer.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Mevsilî, *age*, c. III, s. 55.

⁴⁵¹ Hacı Mehmet Günay, "Vakıf", *DİA*, c. XLII, s. 475- 478.

⁴⁵² Kâşif Hamdi Okur, "Para Vakıfları Bağlamında Osmanlı Hukuk Düzeni ve Ebussuud Efendinin Hukuk Anlayışı Üzerine Bazı Değerlendirmeler", *GÜÇİFD*, c. IV, sy. 7-8, s. 45: Hanefi mezhebinin bu konudaki yaklaşımları için bk. Kâsânî, *Bedaiu's-sanai*, 2. Baskı, Dârü'l-kütubi'l-ilmiyye, Beyrut 1986, c. VI, s. 220; Ömer Nuhu Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul 1985, c. IV, s. 313.

⁴⁵³ Okur, *agm.* s. 46.

Bu çerçevede örf ve teâmül haline gelmek şartıyla menkul malların vakfedilmesinin geçerli (sahih) olduğu açık olmakla beraber hangi cins malların teâmül haline gelip vakfedilebilmesine *İhtiyar*'dan örnekler vererek konuyu açıklamak uygun olacaktır:

İmam Muhammed kitaplar, mushaflar, balta, keser, testere, kazan ve tabut gibi halk arasında örfen vakfedilen malların vakfedilebileceğine hükmetmiştir. Çünkü insanların buna ihtiyacı vardır (*li-hâceti'n-nâs*) ve insanlar bu eşyaları vakıf gibi kullanmayı teâmül haline (*li-vücûdi't-teâmül*) getirmişlerdir. Teâmül mevcut oluncaistisna' akdinde olduğu gibi kıyas terk edilir.⁴⁵⁴

Fakat örfen vakfedilmesi âdet haline gelmeyen (*mâ lâ te'âmüle fihi*) elbise ve emtia gibi menkul mallar vakfedilemezler. Çünkü vakfin sıhhat şartlarından biri de onun ebedi olmasıdır.⁴⁵⁵

Serahsî de *Mebûsât*'ta, insanların vakfedilmesini örf haline getirdikleri (*mâ cera'l-'urf beyne'n-nâsi bi'l-vakf*) menkullar malların, vakfının câiz olduğunu söyleyerek bunları şöyle sıralar: Kefen, ölünün yıkanması için ihtiyaç duyulan kazan ve kovalar, mushaflar, cihad için verilen silah ve atlardır.⁴⁵⁶

Hidâye'de de bu mesele, Mevsilî'de olduğu gibi ele alınmış ve Merğînânî, bu konuya dair görüşünü şöyle belirtmiştir: “Gerek Kur'an gerekse diğer kitaplar dinin öğretilmesi, öğrenilmesi ve okunmasını muhafaza ettiklerinden böyle bir vakıf sahihtir. Pek çok şehrin fıkıhçısı İmam Muhammed'in görüşündedirler. Bize göre de (ve lenâ), teâmül bulunmayantaşınır malların (*mâ lâ te'âmüle fihi*) vakfı câiz değildir.”⁴⁵⁷

Kâdhân'ın eserinde insanlar arasında açık örf (*'urfun zâhirun*) bulunan taşınır malların vakfedilebileceği, ayrıca cenaze için ihtiyaç olan eşyaların, mushafların ve cihad için silah ve atın vakfının câiz olduğu belirtilmektedir. Meşâyih, kitapların vakfında ihtilaf etmekle beraber [Belh meşâyihinden] Ebu'l-Leys es-Semerkindî, kitapların vakfına cevaz vermiş ve fetva da buna göre verilmiştir. Yine [Belh

⁴⁵⁴ Mevsilî, *age*, c. III, s. 57; Geniş bilgi için bk. Ahmet Akgündüz, *İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı (OSAV), 2. Baskı, İstanbul 1996, s. 206 vd.

⁴⁵⁵ Mevsilî, *age*, c. III, s. 57.

⁴⁵⁶ Serahsî, *age*, c. XII, s. 45.

⁴⁵⁷ Merğînânî, *age*, c. III, s. 18.

meşayihından] Nusayr [b. Yahya] (ö. 268/881-82) da kitaplarını vakfetmiştir. Ayrıca örf olması halinde (*te'ârafû*) sınır boylarında sütü yağı yolculara verilmek üzere sığır cinsi hayvanlar vakfedilebilir.⁴⁵⁸

Görüldüğü üzere bir kısım menkullerin vakfında teâmülün esas alınmasına binaen diğer menkullerin vakfında teâmül kriter olarak kabul edilip ayrıca değerlendirmeye tâbi tutulmuştur. Buna göre fıkıh âlimleri, kendi dönemlerinde vakfedilmesi teâmül haline gelen menkullerin vakfının geçerliliğine hükmetmişler, teâmül oluşmayan menkullerin vakfının ise ancak teâmülün oluşması durumunda geçerlilik kazanacağını ifade etmişlerdir.⁴⁵⁹

3. Mescid Olan Vakfın Özellikleri:

Ebû Hanîfe'ye göre, bir mescid sırf Allah'a mahsus kılınmazsa; mesela altı bodrum veya üstü ev olursa veya bir kimse binasının ortasını mescid yapar da insanların oraya girip namaz kılmalarına izin verirse, orası mescid olmaz. Sahibi ölünce de o yer miras olarak mirasçılara intikal eder. Ancak İmam Muhammed ve Ebû Yusuf bu konuda ihtiyaçtan dolayı farklı bir hüküm vermişlerdir. Rivayete göre, İmam Muhammed Rey şehrine, Ebû Yusuf da Bağdat'a girdiğinde yerlerin darlığı yüzünden (*li-diki'l-menâzil*) hiçbir şart aramaksızın bunları câiz görmüşlerdir.

Aynı şekilde, bir kimse yaptırdığı bir mescidi o mescidin çıkarlarını gözeterek birine teslim ederse bu câiz olur. Orada namaz kılmaya bile mescidin o kimseye teslim edilmesi sahihtir. Örf'e göre herkesin buna ihtiyacı olduğundan (*'urfen li-hâceti'l-küllî ilâ zâlik*) bunda zenginler ile fakirler müsâvîdir.⁴⁶⁰

Merğînânî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.⁴⁶¹

4. Vakıf Malının Kiraya Verilmesi:

Vakıf malının vakfedenin şart koştuğu müddetten daha fazla bir müddet için kiraya verilmesi câiz olmaz. Çünkü vakfedenin bu şartı gerçekleşmeden o mal

⁴⁵⁸ Kâdihân, *age*, c. III, s. 311.

⁴⁵⁹ Okur, *agm*, s. 48.

⁴⁶⁰ Mevsilî, *age*, c. III, s. 59, 60.

⁴⁶¹ Merğînânî *age*, c. III, s. 21, 22.

kendisinin mülkiyetinden çıkmaz. Ancak vakfeden, kira hususunda belli bir şart koşmamış ise, mütekaddimîn Hanefî ulemasına göre, her müddet için kiraya verilmesi câiz olur. Müteahhirîn Hanefî ulemasına göre ise, bir seneden fazla bir müddetle kiraya verilmesi câiz olmaz ki, uzun müddet kiraya vermekle vakfın malı kiracı tarafından mülk edinilmesin. Çünkü zamanımızda zalimler çoğalmış (*li-kesrati'z-zalameti fi zamâninâ*), zorbalanmış ve vakıf malını kendilerine helal saymışlardır.⁴⁶²

İmam Mevsilî, konuyla ilgili başka bir görüşü de şöyle nakletmektedir: Vakıf olan tarlaları [ziraat arazisi, bahçe ve bostanlar] üç sene, tarladan başka vakıf emlâkını [evler ve dükkânlar] ise, bir sene müddetle kiraya vermek câizdir. Muhtar olan görüş de budur. Çünkü tarlalarda üç seneden az bir müddetle kiralamaya rağbet edilmez (*li-ennehulâyurğab...*).⁴⁶³

Burada görüldüğü üzere, müteahhirîn âlimleri mezhep imamlarına muhalefet etmişlerdir. Çünkü zamanın örfleri bunu gerektirmiştir. Bu meselede önceki âlimlerin icthadı örfün tesirine bağlı olarak tahakkuk etmişti. Eğer onlar bu zamanda yaşamış olsalardı bu ihtiyacı görecek ve ona göre hüküm vereceklerdi.

2.2.16 Âriyet (Ödünç Verme)

Âriyet akdi, bedelsiz olarak menfaatin temlikidir. Âriyet veren kendisinin faydalanmasını şart koşmamış ise ve menfaat kullanana göre değişmiyorsa onu âriyet alan menfaati başkasına da temlik edebilir.⁴⁶⁴

1. İğreti Malın İâdesi:

İğreti alınan hayvan, sahibinin ahırına götürülünce, onu iğreti almış olan istihsanen (*istihsânen*) mes'uliyetten kurtulur. Kıyasa göre o hayvan, sahibine teslim edilmediği için mesuliyetten kurtulamaz. İstihsanen bunun caiz oluşu da örfe dayanmaktadır (*vechü'l-istihsâni enne'l-'âdete cerat bi'r-radd ...*). Şöyle ki, âdete göre bu hayvan, sahibinin ahırına bırakılır. Sahibine teslim edilecek olsa bile sahibi yine onu

⁴⁶² Mevsilî, *age*, c. III, s. 62.

⁴⁶³ Mevsilî, *age*, c. III, s. 62.

⁴⁶⁴ Karaman, *age*, c. III, s. 114, 115.

ahıra bırakacaktır.⁴⁶⁵

Serahsîve Merğînânîde bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.⁴⁶⁶

Yine iğreti elbisenin sahibinin evine bırakılması da aynı hükme tâbidir. İğreti mal iğreti verenin kölesine veya aile efradından birine teslim edilince de iğreti almış olan sorumluluktan kurtulur. Çünkü malın sahibi, malını âdeten (‘âdeten) bunlar vasıtasıyla korur.

Mevsilî, iğreti olarak alınan malların tesliminde dolaylı olarak kıymetli ve kıymetsiz ayrımı yaparak kıymetli malların tesliminde sorumluluktan kurtulmanın söz konusu olmayacağını imâ eder. İmam Mevsilî, bu görüşünü de *Müntekâ*’dan alıntı yaparak şöyle temellendirmektedir: İğreti mal mücevher ve benzeri kıymetli bir mal ise, bunları sahibinin evine bırakmak veya sahibinin hizmetçilerine teslim etmekle mes’ûliyetten kurtulmuş olacağına dair bir âdet yoktur (*lem tecri’l- ‘âde...*).⁴⁶⁷

Merğînânî de âriye, kıymetli taştan bir gerdanlık olduğunda bunun sahibine teslim edilmesi gerektiğini başkasına verileceğine dair bir âdet olmadığını (*li ‘ademi....mine’l- ‘urfi fihî*) zikretmektedir.⁴⁶⁸

Bu meseleyi günümüz şartları açısından değerlendirdiğimizde şunu söyleyebiliriz: Geçmişte insanlar haberleşme vasıtalarına bugünkü gibi sahip olmadığından iğreti alınan eşyaların eve bırakılması sorumluluk açısından âdeten yeterli idi. Ancak günümüzde haberleşme vasıtaları çok gelişmiş olduğundan sadece eve [evin içine veya kapısına] bırakılan değerli veya değersiz iğreti eşyalardan kaybolduğu takdirde, kişinin sorumlu olmayacağını söylemek mümkün değildir. Yani kişi bunlardan genel bir kaide olarak sorumludur.

⁴⁶⁵ Mevsilî, *age*, c. III, s. 77.

⁴⁶⁶ Serahsî, *age*, c. XI, s.145;(Serahsî, benzer bir örnek de şunu verir: Bir hayvanı ödünç alan kişi, hayvanı kullanarak işini gördükten sonra onu kölesi veya kendi bakımında olan bakıcısı gibi bir kişi ile sahibine gönderse, hayvanı telef olduğunda kendisine ödeme gerekmez. Çünkü yaygın örf (*ve’l- ‘urfu’z-zâhir*), ödünç alan kişinin, malı kendi bakımında olan bir kişi ile sahibine geri göndermesidir.); Merğînânî, *age*, c. III, s. 216.

⁴⁶⁷ Mevsilî, *age*, c. III, s. 77.

⁴⁶⁸ Merğînânî, *age*, c. III, s. 216.

2.2.17 Ölü Araziyi İhyâ Etmek

Ölü arazi (el-mevât), suyunun kesilmesi veya su basması ya da buna benzer bir sebepten dolayı ziraate elverişsiz, boş ve kendisinden yararlanılamayan sahipsiz araziye denir.⁴⁶⁹ Ölü arazinin kapsamı, ihya edilmesi ve oraya sahip olunması konusunda örften kaynaklanan görüş farklılıkları ortaya çıkmaktadır. Konunun ayrıntısına dâirel-*İhtiyar*'da şu bilgiler verilmektedir:

Ebû Hanîfe'ye göre ölü arazi, müslümanın veya bir zımmînin mülkü olmayıp, kasabanın ucundaki bir kimsenin olanca sesiyle bağırdığı zaman sesi duyulamayacak kadar 'kasabadan uzaktaki' bir arazidir. 'Devlet reisinin izniyle' ölü araziye ihya eden kimse, müslüman da olsa zımmî de olsa oraya sâhip olur. Çünkü âdete göre ('âdeten) insanlar kasabaya yakın arazileri ortak menfaatleri için kullanırlar.[Dolayısıyla bu yerler ölü arazi sayılmazlar.]. Ancak İmam Muhammed'e göre, buralar kasabaya yakın olsalar da muteber görüş kasaba halkının buralardan istifade etmiyor olmalarıdır.⁴⁷⁰

Mevsilî, bu iki görüşü naklettikten sonra: "Hakikaten veya delâleten (*hakikaten ev delâleten*) kasaba halkının hakları bu arazilerle bağlantılıdır." diyerek muhtar olanın birinci görüş olduğunu zikreder.

İmam Serahsî, mevât arazinin sınırı konusunda Ebû Yusuf'un görüşü olan, bir kimsenin îmarlı yerin sınırından bağırdığında sesinin duyulduğu yerden sonraki kısmı ölçü olarak kabul eder. Ve mevât araziye ihya ederek oraya sâhip (mâlik) olma hususunda naslara dayanarak⁴⁷¹ devlet izninin şart olduğunu ifade etmektedir.⁴⁷²

Merğînânî'nin de bu konuya aynı şekilde yaklaştığını görmekteyiz.⁴⁷³

Buradan anlaşıldığı üzere bir arazinin ölü arazi olmasında ve o araziye sahip

⁴⁶⁹ Merğînânî, *age*, c. IV, s. 384.

⁴⁷⁰ Mevsilî, *age*, c. III, s. 89.

⁴⁷¹ Devlet izni konusunda Serahsî şu hadislere dayanır: "Kişiye ancak kendi devlet yetkilisinin gönül hoşnutluğu ile verdiği vardır." (Taberânî, *Mu'cemu'l-kebir*, IV/ 20; Heysemî, *Mecme'u'z-zevâid*, V/ 596. Serahsî'den naklen.) "Kim ölü (işlenmemiş/sahipsiz) bir araziye ihya ederse arazi onunundur. Zâlim olan kök (bir şeye zorla sahip olan) için hak yoktur. (Buhârî, Müzaraa 13; Ebû Dâvud, Harac 35). Serahsî, hadisteki "kim ölü bir araziye ihya ederse..." ifadesinin devlet reisinin izninden sonra, mülk sahibi olmanın nedenini açıkladığını -ki bu da ihyâdır- devlet reisinin izninin şart olduğunu ifade eder. (Serahsî, *age*, c. XXIII, s. 167.)

⁴⁷² Serahsî, *age*, c. XXIII, s. 166, 167.

⁴⁷³ Merğînânî, *age*, c. IV, s. 384.

olunmasında hem insanların o araziyle olan bağlantı ve menfaatleri hem de resmiyetin bulunması hükmün tesbitinde belirleyici olmaktadır.

2.2.18 Müzâraa (Ziraat Ortaklığı)

Müzâraa, ürünün bir bölümü karşılığında ziraatçılık üzerine yapılan bir ortaklık akdidir.⁴⁷⁴ Müzâraa akdinin câiz olup olmamasıyla ilgili İmâmeyn ile Ebû Hanîfe arasında farklı hükümler bulunmaktadır.

Ebû Hanîfe, ücretin ve miktarın belli olmayışı nedeniyle akdin fâsid olacağını söylerken, İmâmeyn'in görüşü ise, örf ve ihtiyaca dayandırılarak el-İhtiyar'da şöyle nakledilir: “İnsanların bu muâmeleye ihtiyacı olduğundan (*li-hâceti'n-nâs*) ve öncekiler de bunu yaptıklarından dolayı (*kad te'âmelu bihâ's-selef*) bu tevarüs eden bir şeriat (*şerî'atün mütevârisetün*) ve bilinen bir kaziyeye (*kaziyyetün müte'ârifetün*) haline gelmiş, fetvâ da buna göre verilmiştir.”⁴⁷⁵

Yine bu ortaklıkta ekini biçme, toplayıp kaldırma, harman etme ve savurma gibi işleri Ebû Hanîfe'ye göre, sadece çalışan ortağın yapması câiz değil iken Ebû Yusuf'a göre, zirâi olmayan böyle işlerin şart koşulması bu konuda teâmül bulunduğundan (*li't-te'âmül*) câizdir. Ve fetvâ da buna göre verilmiştir.⁴⁷⁶

Mevsilî, mezkûr iki meselede Serahsî ve Merğînânî'yi takip etmiştir.⁴⁷⁷

2.2.19 Vasiyetler

Vasiyet kelimesinin çoğulu vesâyâ'dır. Vasiyyet, bir kimsenin yokluğunda veya ölümünden sonra bir işin kendi maslahatına uygun bir şekilde yapılmasını başkasından istemesidir.⁴⁷⁸ Vasiyet, âlimlerin çoğunluğuna göre farz veya vâcip olmayan, mendûp ve

⁴⁷⁴ Mevsilî, *age*, c. III, s. 100.

⁴⁷⁵ Mevsilî, *age*, c. III, s. 101.

⁴⁷⁶ Mevsilî, *age*, c. III, s. 105.

⁴⁷⁷ Serahsî, *age*, c. XXIII, s. 17, 36; (Serahsî ayrıca Nasr b. Yahya ile Muhammed b. Seleme'nin; ekinin biçilmesi, toplanması gibi şeylerin ister şart koşulsun ister koşulmasın bunların tamamının yaygın örften dolayı (*li-enne fi-hi 'urfen zâhîran*) emek sahibinin sorumluluğunda olduğu görüşünü aktarır. Ve devamında da: “Bizim bölgelerimizde (*fi diyârinâ*) geçerli olan da budur.” diyerek kendi görüşünü açıkça ortaya koymuştur. Serahsî, *age*, c. XXIII, s. 36, 37); Merğînânî, *age*, c. IV, s.332-336. (Merğînânî ayrıca zirâi olmayan işlerin yani ekinin toplanması, harman edilmesi gibi hususlarda Belh âlimlerinin görüşünün de aynı yönde olduğunu aktarır.)

⁴⁷⁸ Mevsilî, *age*, c. V, s. 552.

güzel bulunan bir akittir. Bazı âlimler ise, ana-babaya ve eğer vasiyet edenin mirasçısı değilse akrabaya vasiyette bulunmanın farz olduğu görüşündedir.⁴⁷⁹Vasiyetin örfle ilişkisini aşağıdaki örnekte görebiliriz:

1. Vasiyet Edilmesi Câiz Olan Şeyler:

Bir kimse, bahçesinin ürününü vasiyet ederse (men evsâ bi semerati bustânihi); lehdar, vasiyet edenin ölümü esnasında mevcut ürünü alır. Eğer ‘daimi’ kaydı konulmuşsa, yaşadığı müddetçe bahçenin ürünü onun olur. Eğer bahçenin galle (gelir) vasiyet edilmişse (lev evsâ bi ğalleti bustânihi); hazırdaki ve gelecekteki gelirler vasiyet edilenidir. Çünkü ürün kelimesi, örfen (‘urfen) mevcut olanların adıdır. Başka bir delil olmadıkça o anda mevcut olmayanlara bu ad verilmez. Ğalle (gelir) ise, vasiyet esnasında mevcut olan ürünü ve daha sonra peyderpey yetişecek olan ürünleri de örfen (‘urfen) kapsamına alır.⁴⁸⁰

Bu mesele *Hidaye*’de de aynı şekilde ele alınmıştır.⁴⁸¹

Bu mesele hakkında kavramsal düzeyde bir ayırım yapılarak bunların anlamı üzerinden bir hüküm verilmiştir. Ancak günümüzde muhtemelen böyle bir ayırma gitmek doğru olmasa gerektir. Zira her iki kavram aynı anlamda (mevcut olan şey) kullanıldığından farklı bir hükmün ortaya çıkmaması gerektiğini söylemek mümkündür.

2.2.20 Köle Azad Etmek:

“el-i’tâk” (özgür kılma), sözlükte bir şeyde kuvvet meydana getirmek demektir. Kuş yavrusu kuvvetlenip yuvasından uçtuğunda “ ‘ateke’l-ferih” (kuş yavrusu kuvvetlendi.) denilir.

Şer’î istilahta ise insana, malik olma ve tek başına hareket etme özelliğini kazandırma anlamına gelir. Bunun zorunlu sonucu da başkasının mülkü olma ve kölelik vasfının ortadan kalkmasıdır. Bu nedenledir ki, özgür kılınmanın peşinden nesep gibi

⁴⁷⁹ Serahsî, *age*, c. XXVII, s. 42.

⁴⁸⁰ Mevsilî, *age*, c. V, s. 563.

⁴⁸¹ Merġinânî, *age*, c. IV, s. 535.

olan velâ⁴⁸² gelir. Azad olma, insana özgü olan mâlik olma niteliğinin meydana gelmesine nedendir. İşte bu nedenle İslâm dini köleyi özgür kılmaya teşvik etmiştir.⁴⁸³

Bir kimse köleyi kastederek “bu benim kardeşimdir” dese *Zâhiru’r-Rivâye*’ye göre köle azad olmaz. Çünkü bu sözle örfe ve şer’an (*’urfen ve şer’an*) din kardeşliği kastedilmiş olur. Ancak Ebû Hanîfe’den rivayete göre, bu söze muhatap olan köle azad olur. Çünkü köle sıfatıyla bir kardeşe mâlik olmak onun azat olmasını gerektirir. Mutlak manadaki kardeşlikten nesep kardeşliği anlaşılır.⁴⁸⁴

İmam Serahsî, bu meseleye dâir aynı bilgileri verdikten sonra *Zâhiru’r-rivâye*’nin delilini tercih ederek, bunu şöyle açıklamaktadır: “Kardeşlik” sözcüğü ile nesepteki kardeşlik de kastedilir. Ortak (müşterek) bir söz, kendisi ile ne kastedildiği açıklanmadan delil olmaz. Şayet efendi, “ bu, benim baba-bir erkek kardeşim” veya “ana-bir erkek kardeşim” dese bu şekilde kölenin özgür kılınmış olacağını söyleriz.⁴⁸⁵

Merğînânî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.⁴⁸⁶

2.3 Münâkehâtla İlgili Hükümler:

Münâkehât kavramı, ailenin hukukî yapısını ve bu ilişkiden doğan hak ve borçları içine alır. Tezimizde münâkehât ile ilgili işleyeceğimiz konuları üç ana başlık altında incelemeye çalışacağız. Bunlar nikah akdi, talak ve nafaka konularıdır.

2.3.1 Nikahla İlgili Konular:

2.3.1.1 Nikah Akdi:

Nikah, lugatte bir araya getirmek, toplamak manasındadır. Şer’î istilahta ise,

⁴⁸² Velâ, bir kimsenin diğer bir kimseye varis olmasına imkân veren hükmî yakınlıktır. Bunun da iki se bebi vardır: 1. El: İyilik, köle azadı 2. Akit. (Mehmet Erdoğan, *age*, s. 602.)

⁴⁸³ Serahsî, *age*, c. VII, s. 60. [Köleyi özgür kılmanın faziletine dâir bir hadis-i şerif’te şöyle buyruluyor: Bir Müslüman, mü’min bir köleyi özgür kılsa (azad ederse), Allah o kölenin her bir organına karşılık kendisinin bir organını ateşten kurtarır. (Buharî, Kitâbü’l-eymân 6; Müslim, ‘İtk 21-24)]

⁴⁸⁴ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 260.

⁴⁸⁵ Serahsî, *age*, c. VII, s. 68.

⁴⁸⁶ Merğînânî, *age*, c. II, s. 340.

hususî bir surette kadın ile erkeğin bir araya gelip birlikte olmalarıdır.⁴⁸⁷

Nikahın rüknu ve sıygası:

Nikahın rüknu icap ve kabuldür. Bir şeyin rüknu o şeyin kendisiyle var olduğu şeydir. Nikah akdi iki mazi sıyga ile yapılır. Mesela birinin, “seni zevce olarak aldım” demesi, diğerinin de “seni kocalığa aldım” veya “kabul ettim” demesi gibi.

İcap ve kabul sıygalarının yukarıda olduğu gibi mazi sıygalarında olması mümkün hatta kesinlik ifade etmesinden dolayı ısrarla istenmekle beraber bu sıygaların hal ve muzari sıygasında olması da mümkündür.⁴⁸⁸ İcap ve kabul sıygalarının şimdi ve gelecek zaman kiplerinde kullanıldığında akdi meydana getirebilmesi ancak söylendiği âna niyet edilmesi ile mümkündür. Bununla ilgili Mevsîlî'nin eserindeki şu örnek konuyu açıklaması bakımından önemlidir:

Bir erkek bir kadına, “seninle evleniyorum” der, kadın da “yaptım” derse, nikah akdi kesinleşir ve bağlayıcı olur. Çünkü “seninle evleniyorum” sözü örfe göre (*urfen*) “seninle evlendim” manasındadır. Bunu söyleyenin hâli (*bi delâleti'l-hâl*) buna delâlet eder. Tıpkı kelime-i şehâdette olduğu üzere “şehâdet ederim ki” diyen, “şehâdet ettim ki” demiş gibi olur.⁴⁸⁹

Evlenme akdi ayrıca biri geçmiş diğeri gelecek zamanı ifade eden iki fiil kipiyle de olur. Mesela biri, “kızını bana nikahla” der, diğeri de “nikahladım.” dese bu câizdir.⁴⁹⁰

İcap ve kabul sıygalarının kipi ve zamanı üzerinde bilhassa Hanefî fukahası tafsilâta girmiş, en azından birinin geçmiş zamana, diğerinin ise üç zamandan birine delâletini şart koşmuşlardır. Dolayısıyla “evlenirim, evleneceğim.” sözleri, o anda yapılmak istenen akde, ancak niyet ve karîneler ile delâlet edebilir.⁴⁹¹

İmam Serahsî de, konuyla ilgili tafsilâta girerek Hanefîlere göre, evlilik akdinin “nikah” ve “tezvîc” sözcükleriyle yapılabildiği gibi, “hîbe”, “sadaka” ve “temlik”

⁴⁸⁷ Mevsîlî, *age*, c. III, s. 109.

⁴⁸⁸ Çeker, *age.*, s. 51.

⁴⁸⁹ Mevsîlî, *age*, c. III, s. 111.

⁴⁹⁰ Merğînânî, *age*, c. I, s. 224.

⁴⁹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, c. I, s. 321.

sözcükleriyle de yapılabileceğini, Şafî'ye göre ise, “nikah” ve “tezvic” dışındaki sözlerle nikahın sahih olmadığını⁴⁹² naklediyor. Mesela, erkek “seninle şu kadar mehir karşılığında evleniyorum.” der, kadın da “şüphesiz yaptın.” cevabını verirse bu, kadının “seninle evlendim.” sözü yerine geçer. Yine [İmam Muhammed'in] *el-Asl* kitabına atıfla, erkek kadına, “şu mehir ile seni senden istedim.” der, kadın da “kendimi sana eş kıldım.” cevabını verirse, şahitler huzurunda olduğu takdirde bu geçerli bir nikah olur. Çünkü bu, halkın konuşmasıdır (*kelâmu'n-nâs*). Genel kurala (kıyas) göre kadına tâlip olmayı ifade eden bu gibi sözlerle nikah ekdedilemez olsa da insanların âdetinde (*fi'âdeti'n-nâs*) bundan kastedilenin evlilik akdi olmasından dolayı istihsânen (*istihsânen*) nikah olarak kabul edilir.⁴⁹³

Şüphe yok ki, fukahanın nikah akdinde kullanılmak üzere tesbit ve kabul ettikleri sözler zamanlarının örf ve âdetlerine dayanmaktadır. Bu sebeple her yerde ve zamanda halkın evlenme akdi için her dil ve kipteki ifadenin kabul edilmesi İslam hukukunun ruhuna daha uygun düşmektedir.⁴⁹⁴

Anlaşıldığı üzere îcap ve kabul sıygalarının nikah akdini meydana getirebilmesi sadece mazi sıygasıyla değil örfün delâletiyle hâl ve gelecek zaman sıygalarıyla da mümkün olabilmektedir.

2.3.1.2 Evlenmede Tarafların Denk Olmaları

Her ne kadar mezhepler arasında ihtilafı olsa da denklik konusu sosyal ve ekonomik boyutu olan sosyal bir konudur. Günümüzde de kısmen geçerli olmakla beraber özellikle klasik dönemde toplum içinde farklı hiyerarşi ve vazifelerin getirdiği muhtelif statüler, toplumsal hayatın devamında hâkim bir yapıyı ortaya koymuş ve bunun neticesi olarak yapılacak evliliklerde belirli niteliklerin aranması ve muayyen şartların belirlenmesi gerekmiştir. Dolayısıyla nikahın şartları dışında kadınlar için söz konusu olan bir diğer şart da kefaetin bulunmasıdır.⁴⁹⁵

⁴⁹² Nitekim 1917 tarihinde yürürlüğe giren *Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesi* de Madde 36'da: “Nikahta icap ve kabul, “tenkih” ve “tezvic” gibi lafızlarla olur.” demektedir.

⁴⁹³ Serahsî, *age*, c. V, ss. 59- 62.

⁴⁹⁴ Karaman, *age*, c. I, s. 321.

⁴⁹⁵ Hasan Tetik, “*Kâdhân'ın el-Fetâvâ Adlı Eserinde Örf ve Âdet*” (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 92; Kefaet konusuyla ilgili olarak ayrıca bk. Mevsilî, *age*, c. III, s. 132, 133; Merğînânî, *age*, c. II, s. 484- 487; Kâsânî, *Bedâi*, c. III, s. 574-585.

Kefâet hukukî bir kurum olarak evlilikte kadın tarafının haklarını koruyucu bir şart olarak gündeme getirilir ve nikahta erkek tarafında kefâet aranır. Yani erkeğin kadına denk olmasına bakılır fakat kadının erkeğe denk olmasına bakılmaz. Buna göre şan ve şeref sahibi bir erkek mevkice kendisinden aşağıda bulunan bir kadınla evlenebilir. Ama mevkice yüksek bir kadın kendisinden daha aşağıda bulunan bir erkekle evlenemez.⁴⁹⁶ Burada esas olan kadının erkeğe denk olması değil, erkeğin kadına denk ya da ondan üstün bir konumda olmasıdır.

Mevsîlî, kefâetin beş konuda arandığını zikrederek bunları: Soyda denklik,⁴⁹⁷ din ve takvada denklik, sanatta denklik, hürriyette denklik ve malda denklik olarak sıralar. Bu beş denkliği saydıktan sonra Mevsîlî, İmam Muhammed'in, din ve takvada denklik konusundaki: "Kocanın fâhiş olmayan anlamda fasık olmasının denklikte sakınca teşkil etmez. Ancak sokaklarda tokatlanan, kendisiyle alay edilen, sarhoş olarak dışarı çıkıp çocukların kendisiyle alay ettikleri bir koca ise o zaman bu denklige hâle getirir." sözünü zikrediyor ve bunu da dünyevi işlerin bu temeller üzerine kurulamayacağı görüşü ile temellendirdiğini naklediyor. Yine Ebû Yusuf'un, "fasık erkek mürüvvet sahibi (fasıklığı örtülü, açığa çıkmamış)ise, salih bir kadına denk olur. Ve evlendiği kadın bu sebeple lekelenmiş olmaz." görüşü de aktararak kefâet konusuyla ilgili farklı görüşler ifade ediliyor.⁴⁹⁸

Malda denklik konusuna gelince Mevsîlî, bu konuyu şöyle açıklıyor: Malda denklikten maksat, kocanın kadına vereceği muaccel (peşin) mehre ve nafakaya sahip olmasıdır. Muaccel ve müeccel mehri de örf dayandırarak şöyle diyor: Muaccel (peşin) mehir, peşin verilmesini insanların örf haline getirdikleri (*mâ te'arafu'n-nâsu te'cileh*) mehirdir. İnsanların daha sonra vermeyi örf haline getirdikleri (*te'rafu'n-nâsu müeccelen*) mehre ise mehr-i müeccel denir.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, *İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, c. II, s. 65; Karaman, *İslam'da Kadın ve Aile*, Ensar Neşriyat, İstanbul 1995, s. 214, 215; Orhan Çeker, *age*, s. 267; Aktan, "Kefâet", *DİA*, XXV, s. 166-168.

⁴⁹⁷ Nesep konusunda Kureyşliler birbirlerinin dengidirler. Başka Arap kabilelerine mensup olanlar Kureyşlilerin dengi değildirler. Arap olmayan Müslümanlar (Mevaliler) de birbirlerine denktirler.

⁴⁹⁸ Mevsîlî, *age*, c. III, s. 133; Merğînânî, *age*, c. I, s. 236.

⁴⁹⁹ Mevsîlî, *age*, c. III, s. 133; Merğînânî, *age*, c. I, s. 236; (Şayet bu hususta bir örf yoksa bazı âlimlere göre kadın mehrini peşin alma hakkına sahiptir. Dilediği takdirde ise peşin almayabilir (H. İbrahim Acar, "Mehrin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2011, sy. 17, s. 379).

Melikü'l-ulemâ lakabıyla anılan Hanefî fakihi Kâsânî (ö.587/1191) de mehrin yarısının muaccel diğer yarısının da müccel olarak ödenmesinin Buhara bölgesinin âdeti olduğunu (*kemâ cerati'l- 'âdetu fi diyârinâ*) belirtmektedir.⁵⁰⁰

Buradan anlaşılmaktadır ki gerek kefâetin şart olması gerekse kapsadığı konuların neler olduğu hususunda esas olan nokta, eşlerin birbiriyle anlaşp memnun kalacakları mesut bir aileyi kurmalarına yardımcı olmaktır. Bu ise insanların kendi dönemlerinde yaşadıkları sosyo- kültürel şartlardan örf ve âdetlerinden bağımsız düşünülemez. Nitekim *Hukuk-i Aile Kararnamesi* Madde 45'te kefâeti sadece mal ve hırfet (sanat) hususuna inhisar ettirmiştir.⁵⁰¹

2.3.1.3 Mehirde Belirsizlik

Mehirdeki belirsizliğin niteliği ve bunun sahihliği ile ilgili olarak Mevsilî'de konu şu şekilde geçmektedir:

Mehirdeki belirsizlik cins ve vasıf belirsizliği şeklinde olabilir. Bu belirsizlik, mehir olarak “bir elbise veya hayvan veya ev vereceğim” gibi hem nevi hem de vasıf belirsizliği şeklinde olursa böyle bir mehir ta'yin etmek sahih olmaz. Serahsî bu şekilde bir akit yapıldığında emsal mehrin esas alınması gerektiğini söylemektedir.⁵⁰²

Merğınânî de mehrin, en azından türü bilinen bir mal olmasının şart olduğunu belirtmektedir.⁵⁰³

Mehrin nevinin belli olması ama, “köle, at, inek, koyun vereceğim” demek gibi vasfının belli olmaması şeklindeki bir ta'yin sahihtir. Bu durumda yukarıda sayılan şeylerin orta halde bulunanlarının mehir olarak verilmesi gerekir. Bu durumda Ebû Hanife'ye göre orta derecedeki bir kölenin kıymeti 40 dinardır. Mehir olarak beyaz tenli bir köle ta'yin edilmişse bu 50 dinardır.

İmameyn'e göre ise kölenin kıymeti bolluğa ve kıtlığa göre değişir. Başka bir

⁵⁰⁰ Kâsânî, *age*, c. III, s. 515.

⁵⁰¹ Madde 45 şöyle der: Mal ve hırfet (sanat) gibi hususlarda, erkeğin kadına küfuv olması nikahın lüzü munda şarttır. Malda kefâet, zevcin mehr-i muacceli itaya (verme) ve zevcenin nafakasını tedarike mukte dir olmasıdır. Hırfette kefâet, zevcin sülûk ettiği ticaret veya hizmetin şerefce zevce velilerinin ticaret ve ya hizmetleriyle mütekarib olmasıdır. (*Hukuk-i Aile Kararnamesi*, md. 45)

⁵⁰² Serahsî, *age*, c. V, s. 68, 69.

⁵⁰³ Merğınânî, *age*, c. I, s. 243, 244.

görüŖe göre bu zamana göre değişir ve değişmez bir burhan değildir (*hâzâ ihtilâfu zamânin lâ burhânun*).⁵⁰⁴

Serahsî de bu meseleye dair aynı bilgileri aktarmakla birlikte evlenme akdinde mehir olarak bir evin (oda) belirlenmesi hususunda Ŗöyle diyor: Mehir olarak bir ev belirlenmiŖse⁵⁰⁵ âdeten (*âdeten*) bundan maksat ev değil, evineŖyasıdır. Irak'ta insanların mehir olarak bir veya iki ev vermek üzere nikah yaptıkları ve bundan kadının çeyiz olarak hazırladığı ev eŖyalarını kastettikleri bilinmektedir. Bu da orta derecedeki bir ev eŖyası olarak yorumlanır. Ebû Hanîfe'ye göre evindeğeri 40 dirhem, hizmetçinin değeri de 40 dinardır. Bu konuda Serahsî; “İmâmeyin görüŖü zamanımıza daha uygundur.” diyerek onların, “bunların değeri piyasa fiyatlarına göre azalır, çoğalır.” görüŖünü tercih etmiŖtir.⁵⁰⁶

İmameyn burada iktisadî Ŗartları dikkate alarak her biri için belirli bir fiyat takdir etmekten kaçınmiŖ ve ekonomik yapının o zamanki durumuna göre hüküm vermiŖtir. Ebû Hanife de kendi zamanının ekonomik yapısını gözetmiŖtir.

2.3.1.4 Kadının Kocasıyla Sefere Çıkmama Hakkı

Kadın, mehrini almadıkça kendisini kocasınateslim etmek zorunda olmadığı gibi onunla birlikte başka yerlere de gitmeyebilir. Eğer kocası mehrini verirse, onu istediği yere götürebilir. Zira Cenâb-ı Hak, “Kadınları gücünüz oranında kendi oturduğunuz yerde yerleŖtirin.”⁵⁰⁷ buyurmuŖtur.⁵⁰⁸ Ancak Ŗartların deęiŖmesi ve zamanın bozulması durumunda istisnâî hükümler söz konusu olabilmektedir.

Nitekim konuyla ilgili rivayet edilen ve fetvaya esas olan bir görüŖe göre,kocası onunla sefere çıkamaz. [Yani onu başka bir Ŗehre götüremez.] Çünkü zamanımızın insanları [Mevsilî'nin yaŖadığı zaman] bozukturlar (*li fesâdi ehli'z-zamân*) ve garip

⁵⁰⁴ Mevsilî, *age*, c. III, s. 143.

⁵⁰⁵ Mutlak olarak ev denildiğinde bununla, göçebe hayatı yaŖayanların örfüne göre, kıl çadırdan yapılmıŖ bir ev, Ŗehirde yaŖayanların örfüne göre ise, ev eŖyası anlaşılır. (Serahsî, *age*, c. V, s. 69).

⁵⁰⁶ Serahsî, *age*, c. V, s. 69.

⁵⁰⁷ Talak 65/ 6.

⁵⁰⁸ Meręinânî, *age*, c. I, s. 245, 246.

kimseler de (ve'l-garîb) eziyet görürler.⁵⁰⁹

Merğînânî konuyla ilgili, mehri verdikten sonra erkeğin, eşini istediği yere götürebileceğinin esas olduğunu belirttikten sonra bazı âlimlerin,[kadın için] yabancılık zor olduğundan (*li-enne'l-garîbete tü'zî*) erkeğin, eşini oturduğu yerden başka yere götüremeyeceği görüşünü de nakleder.⁵¹⁰

Görüldüğü üzere zamanın bozulmasına ve şartların değişmesine bağlı olarak kadının, mehrini alsa bile kocasıyla başka bir şehre gitmeyebileceği câiz olmaktadır. Ancak normal zamanlarda, bir engel olmadığı durumlarda asıl olanın kadının kocasıyla sefere çıkmasıdır. Nitekim *Hukuk-i Aile Kararnamesi*, Madde 71'de⁵¹¹ bu hükmü açıkça ortaya koymaktadır.

2.3.1.5 Geline Mehri Babanın Vermesi

Veli, evlendirdiği küçük yaştaki oğlu için gelinine mehri tekeffül ederse bu sahih olur. Veli bu mehri kadına öderse, dönüp bu parayı oğlundan alamaz. Çünkü örfe göre (*'urfen*) bu, oğluna yaptığı bir iyiliktir, babalık vazifesidir. Babaların, oğulların mehrini ödemeleri aynı zamanda âdet gereğidir (*fe inne'l- 'âdete câriyetün...*).⁵¹²

Hidâye'de örfe gönderme yapılmaksının konu şöyle nakledilmektedir: Veli kadının mehrini tekeffül ederse bu muteber olup kadın muhayyerdur. Mehri ister velisinden, isterse kacasından isteyebilir.⁵¹³

2.3.2 Talakla İlgili Konular:

Talak (boşama), sözlükte bağı çözmek ve tahliye etmek manasındadır. Şer'î istılahta ise talak, manevi bir bağ olan nikâhı çözmek ve izale etmek, nikâhı ortadan kaldırmak demektir.⁵¹⁴

⁵⁰⁹ Mevsîlî, *age*, c. III, s. 145; Mevsîlî, başka bir görüşü de '*kîle*' ifadesiyle şöyle nakleder: Bu durumda erkek karısıyla beraber şehrin yakın köy ve kasabalarına gidebilir. Çünkü buralar onun için gurbet değil dir.

⁵¹⁰ Merğînânî, *age*, c. I, s. 246.

⁵¹¹ Madde 71: "Zevce (kadın), mehr-i muacceli istifadan sonra zevcinin (kocasının) mesken-i şer'i olan hanesinde ikamete ve zevci başka memlekete gitmek istedikte bir mâni bulunmadığı takdirde birlikte âzimate (yola çıkmaya) mecburdur.

⁵¹² Mevsîlî, *age*, c. III, s. 145.

⁵¹³ Merğînânî, *age*, c. I, s. 245.

⁵¹⁴ Mevsîlî, *age*, c. III, s. 161.

Talak bahsinde üzerinde durulacak temel konu lafızların ne için kullanıldığı ve ifade ettiği manaya delâletinin nasıl olduğudur. Lafızlar kullanılış yerine göre farklı anlamlar ifade edebilmektedir. Dolayısıyla lafızların bağlamına göre ifade ettiği manaları doğru anlamak önem kazanmaktadır. Aşağıdaki başlıklarda açıklanacağı üzere, bir lafzın anlam ve delâletine göre hüküm ortaya çıkacağından lafzın anlamının sarih olarak tesbit edilmesi gerekir. Anlamın tesbit edilmesinde ise örfün önemli bir kaynaklık değerinin bulunduğu göz ardı edilmemelidir.

2.3.2.1 Sarih Talak:

Sözlü tasarrufların bir hüküm ifade edebilmesi için açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Sarih lafızlar konuşma esnasında değişikliğe maruz kalabildiğinden bu lafızların manaya delaletinde bazı ihtimaller de ortaya çıkmaktadır. Aşağıdaki örnekte görüleceği üzere normalde talak hükmünü ortaya çıkarmayan bir lafız, örf haline geldiğinde talak vâki olabilmektedir:

“Talak, nikah bağıni ortadan kaldırmaktır. Dolayısıyla nikahın organlara izafe edilmesi sahih olmadığından organlarda nikah bağı yoktur. Bu nedenle talakın el ve ayak gibi bedeninin tamamını ifade etmeyen organlara izâfe edilmesi durumunda talak vâki olmaz. Böyle durumlarda talak, parmağa ve saça izafe edilmiş gibi geçersiz olur. Çünkü talak burada mahalli olmayan bir yere izafe edilmiştir.⁵¹⁵ Ancak bir topluluk el kelimesinin, vücûdun tamamını ifade eden zâhir bir örf olduğunu kabul ederse (*velev te'ârafe kavmun enne'l-yede yu'beru bihâ ani'l-bedeni 'urfen zâhiren*), elin boşanmasıyla talak vâki olur.”⁵¹⁶ Nitekim *Hukuk-i Aile Kararnamesi* de 109. maddede bu hükmü benimsemiştir.⁵¹⁷

Gördüğümüz kadarıyla sarih talak lafızları dil kaidelerine uygun olarak kullanıldığında boşama ifade etmese bile, toplum eğer bu ifadeden talakın kastedildiğini biliyor ve bu kullanım tarzının o toplum içinde talak ifade ettiği sarih ise böyle lafızlar hüküm ifade edebilmektedirler.

⁵¹⁵ Merğînânî, *age*, c. I, s. 267.

⁵¹⁶ Mevsilî, *age*, c. III, s. 169.

⁵¹⁷ Madde 109: Talak, elfâz-ı sariha ile vâki olur. Mütearef olan (örf haline gelen) elfâz-ı kineviyye dahi sarih hükmündedir. Amma mütearef olmayan elfâz-ı kineviyye ile talakın vukuu ancak zevcin niyetine mütevakıftır.

2.3.2.2 Parmak İşaretiyle Boşama:

Üç parmağıyla işaret ederek karısına; “sen şöyle boşsun” diyen bir kimse, ben açtığım üç parmağı değil de, yumduğum iki parmağı veya avucumun içini kastetmişim derse, bu sözü hüküm bakımından tasdik edilmez. Zira onun bu niyeti zâhir duruma (*hilâfu’z-zâhir*) ters düşmektedir. Ancak parmakların sırt kısmı ile işaret yapılırken, muteber olan yumulan parmaklardır. Çünkü o kimse, insanlar arasında geçerli olan âdete (*ile’l-’âdeti beyne’n-nâs*) dönerek talakı ika ettiğini bildirmek istemektedir.⁵¹⁸

Bu meselede Mevsilî’nin Serahsî ve Merğînânî’yi takip ettiğini görmekteyiz.⁵¹⁹

2.3.2.3 İlâ

İlâ kelimesi, sözlükte mutlak olarak yemin manasındadır. Şer’î ıstılahta ise, bir kimsenin dört ay ve daha fazla bir zaman için nikahlı karısına yaklaşmayacağına, Allah üzerine yemin etmesi veya yaklaşmayı ağır bir ibadete bağlamasına denir.⁵²⁰ Bir kimsenin ilâ yapmış olması için sarîh ve kinevî lafızlarla eşine yaklaşmamaya yemin etmesi gerekir. Eşine yaklaşmamaya yemin eden kimsenin kullandığı sarîh lafızların örfen yemin manası taşıması gerekir.

Nitekim *İhtiyâr*’da konuyla ilgili bilgiler şöyle anlatılmaktadır: “Bir kimse, karısıyla cinsi münâsebette bulunduğu takdirde; hacca gideceğine, oruç tutacağına, sadaka vereceğine, köle âzad edeceğine veya karısını boşayacağına dair Allah’a (c.c.) yemin ederse, ilâda bulunmuş olur. Çünkü bütün bunlarda yemin mevcuttur. Ancak bir kimse karısına, ‘sana yaklaşırsam, iki rekât namaz kılmak... veya ...gazâ etmek borcum olsun’ derse, Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf’a göre, ilâ etmiş olmaz. Çünkü namaz, yemin hükmünde değildir. Hatta âdete göre (*âdeten*), cenaze namazı ve tilavet secdesinde olduğu gibi namazla yemin edilmez.⁵²¹

Merğînânî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.⁵²²

Serahsî yukarıdaki bilgilere ilaveten şu örneği de verir: Bir kimse, “Kur’an

⁵¹⁸ Mevsilî, *age*, c. III, s. 172.

⁵¹⁹ Serahsî, *age*, c. VI, s. 122; Merğînânî, *age*, c. I, s. 272.

⁵²⁰ Karaman, *age*, c. I, s. 376.

⁵²¹ Mevsilî, *age*, c. III, s. 200.

⁵²² Merğînânî, *age*, c. II, s. 300.

üzerine and olsun ki sana yaklaşmayacağım.” dediğinde îla yapmış olmaz. Çünkü insanlar Kur’an üzerine yemin etmeyi örf haline getirmemişlerdir (*lem yete ‘ârefû*).⁵²³

Yine konuyla ilgili Mevsilî’de geçen ilginç bir örnek de şöyledir: Bir kimse karısına, ‘sen bana haramsın’ der ve bu sözyle yalan söylediğini ifâde ederse, sözü doğrulanır. Çünkü bu onun sözünün hakikî manasıdır. Başka bir görüşe göre de, sözü doğrulanmaz. Çünkü bu söylediği zâhiren bir yemindir. Bu sözünden boşamayı kastederse, kinevî lafız olduğundan bir bâin talâk vâki olur. Üç talâka niyet ederse, üç talâk vâki olur. Zihârı kastederse, onda da bir nevi haramlık olduğundan, mecâzen zihâr meydana gelir. Ancak Mevsilî, bu görüşleri verdikten sonra örfeye dayanan farklı bir görüşü de özetle şöyle nakleder: Bu kimse, o sözyle [yukarıda geçen şeyleri değil] kadını kendine haram kılmayı kastederse, yaptığı şey îla olur. Çünkü helali haram kılmak yemindir. Son devirdeki arkadaşlarımızda (*ve’l-müteahhirûne min ashâbinâ*), haram kılma lafzını, talâk manasında anlamışlar ve çokça kullanıldığı, örf de bu yönde câri olduğu için (*li kesrati’l-isti’mâli fihi ve’l-‘urf*), bu sözüsarîh boşama lafızlarına katmışlardır.⁵²⁴

Hidâye’de bu konuyla ilgili Merğînânî kendi görüşünü şöyle nakletmektedir: Bize göre (‘indenâ), helali olan şeyi haram kılmada kullanılan sözlerde asıl olan yemindir. Nitekim Hanefî fukahâsından bazıları (mine’l-meşâyih), ‘sen bana haramsın’ lafzını ondan boşama kastedilmediğinde örfeye göre (*bi hükmi’l-‘urf*) boşamaya hamlelerler.⁵²⁵

Serahsî de bu meseleye benzer şekilde yaklaşmıştır.⁵²⁶

2.3.2.4 Zihâr

Zihâr, zahr (sırt) kelimesinden türemiştir. Aslında zihar, kocanın karısına; ‘sen bana anamın sırtı gibisin.’ demesidir. Sonraları ziharın kapsamı genişlemiştir. Zihar, bir erkeğin karısının tamamını veya baş ve yüz gibi bedenin tamamı yerine geçen bir organını ya da bir organın üçte bir dördte bir gibi orantılı bir bölümünü kendisine nikâhı ebediyen haram olan bir mahreminin, bakması helal olmayan organlarından birine

⁵²³ Serahsî, *age*, c. VII, s. 24.

⁵²⁴ Mevsilî, *age*, c. III, s. 204.

⁵²⁵ Merğînânî, *age*, c. II, s. 301.

⁵²⁶ Serahsî, *age*, c. VII, s. 33.

benzetmesidir.⁵²⁷

Eşine zihâr yaptıktan sonra yeniden dönmek isteyenlerin âyet-i kerîme gereğince önce bir köle âzad etmeleri, buna imkanları yoksa aralıksız olarak iki ay oruç tutmaları, buna da gücü yetmeyenlerin ise altmış fakiri doyurması gerekir.⁵²⁸ Zihâr keffareti olarak açıklanan bu hususların sonuncusunda yedirmenin niteliği konumuz açısından önem arz etmektedir.

Burada fakirlere yemek vermenin miktarında gözetilmesi gereken husus toplumun âdetidir. Nitekim âdetin gözetildiğine dair örnekleri Mevsilî’de görmekteyiz. Altmış fakire sabah akşam iki defa yemek verme konusunda, “her iki yemekte de âdete itibar edilerek (*i’tibâren li’l-âde*) altmış kişiyi doyuracak kadar yiyecek vermek gerekir. Buğday ekmeği verilince katık şart değilse de, arpa ekmeği verilince katık vermek şart olur. Çünkü katıksız arpa ekmeği yiyen bir kimsenin doyması mümkün değildir. Bu ekmeği katıksız olunca, boğazdan rahat geçmez. Ama buğday ekmeği böyle değildir.” denilmektedir. Ebû Hanîfe’den rivayet edilen bir görüşe göre de, keffâretle mükellef olan bir kimse, yoksullara sabahlı akşamlı ekmeği (hubz) ve katık (idâm) veya katıksız ekmeği veya arpa ekmeği (hubzu’ş-şe’îr) yahut kavut (sevîk) ve hurma (temr) yedirse, câiz olur.⁵²⁹

Merğînânî de bu meseleye aynı şekilde yaklaşmıştır.⁵³⁰

Serahsî ise, sabah ve akşam kavut ve hurma vermenin tek başına ihtiyacı karşılayamayacağını söyleyerek buna dâir sonraki âlimlerin görüşünü şöyle nakleder: Bu onların yaşadığı bölge için geçerlidir. Çünkü onlar âdeten (*âdeten*) bununla yetinirlerdi. Bizim bölgemizde (*fi diyârinâ*) ise ekmeği mutlaka gereklidir. Ailenin yiyeceğinde her bölgede âdet (*mu’tâden*) olan iki doyurucu yemeğe itibar edilir. Nitekim Sahabe şöyle demiştir. “Kişinin ailesine yedireceği en üstün yemek ekmeği ve et, ortası ekmeği ve süt, en düşüğü de ekmeği ve tuzdur.”⁵³¹

Görüldüğü üzere zihâr kefaretinde yedirmenin niteliği zamandan zamana

⁵²⁷ Mevsilî, *age*, c. III, s. 210.

⁵²⁸ Mücâdele 58/ 3, 4.

⁵²⁹ Mevsilî, *age*, c. III, s. 216.

⁵³⁰ Merğînânî, *age*, c. II, s. 309.

⁵³¹ Serahsî, *age*, c. VII, s. 15, 16.

insanların zenginleşmesine göre değişebilmektedir. Bu itibarla günümüzde de, bu zenginleşme daha fazla artmış ve yemek vermenin şekli aynı olandan nakdî olana dönüşmüştür. Bu sebeple günümüzde ortalama bir günlük yemek miktarı üzerinden bedelin ödenmesinin daha sağlıklı ve isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

2.3.3 Nafaka

Evlilik akdinin hukuki sonuçlarından biri olan ve erkeğin karısına ödemekle yükümlü olduğu nafaka konusu örf ve âdete göre değişkenlik gösterebilmektedir.

Mevsîlî'nin farklı yönleriyle ele alıp işlediği nafakayı üç başlık altında incelemeye çalışacağız. Bunlar, yiyecek (gıda), giyecek ve mesken nafakasıdır.

2.3.3.1 Gıda Nafakası:

Kur'an-ı Kerim'de nafakayla ilgili olarak; “Annelerin örfe uygun olarak (*bi'l-ma'rûf*) beslenmesi ve giyimi baba tarafına aittir.”⁵³²“İmkanı geniş olan, nafakayı imkanlarına göre versin; rızkı kendisine daraltılan fakir de nafakayı Allah'ın ona verdiği gibi versin. Allah hiçbir kimseye ona verdiği gibi başkasını yüklemeyiz. Allah güçlüğü arkasından kolaylık ihsan eder.”⁵³³ buyruluyor. Bu âyetlerden anlaşıldığına göre, erkeğin ailesinin nafakasını temin etmesinde ekonomik seviye ve toplumun örf ve âdetlerinin belirleyici olduğu muhakkaktır. Hz. Peygamber (s.a.v.)'in Ebû Süfyan'ın karısı Hind'e, “Kocanın malından örfe göre (*bi'l-ma'rûf*) sana ve çocuğuna yetecek miktarı al.” şeklindeki hadisinde de belirtildiği üzere uyulması gereken mecbûri bir nafaka ölçüsü yoktur.⁵³⁴Zira nafakanın miktarı zamana, tabiatlara, bolluk ve kıtlığa göre (*bi'htilafi'l-evkâti ve't-tibâi ve'r-ruhsi ve'l-ğalâi*) değişir. Buna göre, orta derecedeki nafaka, kadına yetecek miktarda (*bi kadri kifâyetihâ*) buğday ekmeği ile katıdır. Ayrıca nafakanın miktarı da dinar ve dirhemle takdir olunmaz.⁵³⁵

⁵³² Bakara2/233.

⁵³³ Talâk 65/ 7.

⁵³⁴ Hadiste geçen ‘yeteceği kadar’ ifadesiyle ilgili Merğînânî *el- Hidaye*'de, miktar belirtmenin manasız olduğunu; zira yeteceği kadar vâcib olan bir yerde miktarın belirtilemeyeceğini söyler (Merğînânî, *age*, c. II, s. 328).

⁵³⁵ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 240.

Şemsü'l-eimme es-Serahsî, İmam Muhammed'in " el- *Asl*" adlı kitabındaki " Koca yoksul ise kadın için aylık dört veya beş dirhem belirlenir." şeklindeki görüşünü aktardıktan sonra bunun bağlayıcı olmadığını, bölgeden bölgeye (*bi'htilâfi'l- mevâdi'i*), zamandan zamana (*bi'htilâfi'l-evkât*) değişeceğini söyler.⁵³⁶

Mevsilî, kadının nafakasının ödenme usulü ile ilgili olarak da; "kadının nafakası aylık olarak⁵³⁷ takdir edilip kendisine takdim edilir. Zira bir ay, vadelerin en yakını ve orta olanıdır."⁵³⁸ demiştir.

Nafakanın kocanın üzerine vâcip olmasının temel nedeni, Mevsilî'nin belirttiği üzere "ihtibas"tır. Yani kadın, evlilikte kocası ne zaman isterse cinsel yönden onun arzularını yerine getirmekle mükelleftir. Bu nedenle kadın, çalışıp para kazanamaz, nafakasını temin edemez.⁵³⁹ Dolayısıyla fıkıh, nikah akdinde kadına ihtibas vazifesi yüklediği için ev işleriyle mükellef tutmamıştır.

Kadının yemek yapmasıyla ilgili, dönemin anlayışını yansıtmaları bakımından ilginç görüşler de *İhtiyâr*'da yer almaktadır. Buna örnek olarak; "ekmek ve yemek pişirmek istememesi halinde kadın bu işleri yapmaya zorlanamaz. Bu işleri yapacak birisi kendisine verilir. Çünkü kadına yemek vermek kocanın vazifesidir." görüşü verildikten sonra devamında şu ilâve yer alır: "Dediler ki; kadın bu işleri yapmaya muktedir değilse veya eşrâf kızlarından (min benâti'l-eşrâf) ise, bu işler başkasına yaptırılır. Ancak yapmaya muktedirse ve kendi hizmetini kendisi görebiliyorsa, zorluk ve sıkıntı çıkardığından dolayı (*li-ennehâ müte'annitetün*) bu işleri yapmaya mecbur tutulur."⁵⁴⁰

Kâsânî de fakih Ebu'l-Leys'ten nakille bu meseleye dair aynı yaklaşımı göstermektedir.⁵⁴¹

Serahsî, *Mebûsût*'ta, gıda nafakasıyla ilgili âyette geçen "min evsadi mâ tud'imûne

⁵³⁶ Serahsî, *age*, c. V, s. 182.

⁵³⁷ Serahsî, bunun insanların o günkü âdetlerine dayandırıldığını (*'ala 'âdetihim*), kocanın durumuna göre (*hâle'r- racul*) ödemenin değişeceğini söyler. Örneğin koca esnaf ise günlük, tacir ise aylık, tarımla uğraşıyorsa nafakayı yıllık olarak ödemesine hükmedilir. (Serahsî, *age*, c. V, s. 184.)

⁵³⁸ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 240.

⁵³⁹ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 240.

⁵⁴⁰ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 241.

⁵⁴¹ Kâsânî, *age*, c. V, s. 150.

ehlüküm.”⁵⁴²âyetinin yorumu hakkında şu bilgileri vermektedir: Bir kimsenin ailesine yedirdiği en üstün yiyecek, ekmek ve ettir (lahm). Orta halli yiyecek, ekmek ve zeytin yağı (ez-zeyt)’dir. En düşük seviyeli yemek ise ekmek ve süttür. Özellikle sıcak bölgelerde yağ (ed-dehn) olmadan yapılamaz. Dolayısıyla buralarda yağ, ekmek gibi temel ihtiyaç maddelerindedir (*min asli’l- havâic*).⁵⁴³Yine koca zengin ise karısına, sekiz veya dokuz dirhem nafaka verir.⁵⁴⁴

Kâsânî (ö.587/1191)’ye göre ise, gıda nafakası yetecek kadar ta’âm (yemek), katık ve katı yağdır. Çünkü ekmek, âdeten katıksız yenilmez (*li enne’l-hubze lâ yu’kelu ‘âdeten illâ me’dûm*). Ve katı yağ da kadınlar için vazgeçilmezdir.⁵⁴⁵

Merğînânî gıda nafakasıyla ilgili hem kadının hem kocanın durumuna bakılacağını söyleyerek şöyle der: Eğer her ikisi zengin iseler, kadına zengin kadınların; fakir iseler, fakir kadınların; biri zengin diğeri fakir ise, orta halli kadınların nafakası verilir. Merğînânî ayrıca İmam Şafî’nin; “*zengin kimseye günde iki avuç, fakire bir avuç, orta halli kimseye de bir buçuk avuç lazım gelir.*” görüşünü aktararak, nassda geçen ‘yeteceği kadar’ ifadesine istinaden miktar belirtmenin manasız olduğunu söyler.⁵⁴⁶

Kadına nafaka verilmesi hususunda nasların çizdiği sınırlar çerçevesinde zamanın şartlarına, toplumun sosyokültürel ve sosyoekonomik yapısına bağlı olarak değişik uygulamaların olması tabiidir. Konuyla ilgili yukarıda bahsi geçen kadının yemek yapmaya mecbur tutulması da bunu yansıtmaktadır. Ancak toplumun değişmesi, yeni örf ve anlayışların yaygınlaşmasına bağlı olarak da farklı yaklaşımlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin zamanımızda, özellikle ülkemizin bazı yörelerinde bir kadın, evinin ekmek ve yemek işlerini yapmaya, hem erkek hem de erkeğin ailesi ve sosyal çevre tarafından mecbur tutulmaktadır. Ne var ki, bu tutum bile zamanın değişmesi, teknolojik gelişmeler, toplumun kültür seviyesinin yükselmesi ve kadının çalışma hayatına aktif olarak katılması gibi nedenlere bağlı olarak kendi yapısı içerisinde belli bir dengeye oturmuştur.

⁵⁴² Maide 5/89.

⁵⁴³ Serahsî, *age*, c. V, s. 182.

⁵⁴⁴ Serahsî, *age*, c. V, s. 183. Hz. Peygamber (s.a.v.) döneminde, yaklaşık 5 dirhem gümüş para bir koyun bedelidir.

⁵⁴⁵ Kâsânî, *age*, c. V, s. 149.

⁵⁴⁶ Merğînânî, *age*, c. II, s. 328.

2.3.3.2 Giysi Nafakası:

Kadının elbisesi her altı ayda bir verilir; çünkü sıcaklığın ve soğukluğun değişmesi sebebiyle kadın elbiseye her altı ayda bir ihtiyaç duyar (*lienne yehtâcu ile'l- kisveti fiküllü sitteti eşhurin bi'htilâfi'l-harri ve'l- berd*).

Yazlık giysi; bir gömlek (kamîs), baş örtüsü (mikne'a) ve kaftan (milhafa); kışlık ise, bunlara ilave olarak erkeğin mali kudretine göre bir manto ve şalvar (seravil) verilir. Varlıklı erkeğin ise, sabur yapısı bir kaban (dir'un sabûriyyun), ibrişim baş örtüsü (himâr u ibrisim) ve keten şal (milhafet ü kettân) vermesi gerekir. Kadın üzerinde yatmak için yatak (firaş) isterse bunu almaya hakkı vardır. Yine onu sıcaktan ve soğuktan koruyacak bir örtü verilmesi de gerekir. Bu örtü de âdete ve yöreye göre (*bi'htilâfi'l- âdâti ve'l- bikâ*) değişir.⁵⁴⁷

Şemsüleimme Serahsî giysi nafakasıyla ilgili şu bilgileri vermektedir: Kûfe örfünde (*hâzâ fi 'urfihim*) İmam Muhammed'in bahsettiğine göre⁵⁴⁸, fakir olan kocanın karısına kışlık olarak vermesi gereken giyecek; bir gömlek (dir'), Zût kumaşından bir üst elbise (milhafet ü zûtiyyun) ve sabûr yöresine ait bir baş örtüsü (himâr u sabûriyyun) ile kadına yeterli olup onu sıcak tutacak şekilde en ucuzundan bir mantodur (kisâ). Kadına yazlık olarak verilmesi gereken elbise; bir gömlek (dir'), bir üst elbise (milhafa) ve baş örtüsüdür (himâr). Koca zengin ise kışlık elbise; Yahudi veya Herat dokuması bir gömlek, Dinever dokuması bir elbise ve saf ipekten bir baş örtüsü ile bir Azerbaycan dokuması mantodur. Yazlık için; bir sabur gömleği, bir keten elbise ve saf ipekten bir baş örtüsüdür.⁵⁴⁹

Ayrıca Serahsî, İmam Muhammed'in, kadınların giyeceğini sayarken izar ile mesti belirtmediğini, hizmetçinin giyeceğini sayarken de izarı belirttiğini mesti belirtmediğini aktardıktan sonra şöyle der: Hizmetçi bazı ihtiyaçlar için dışarı çıkıyorsa kendisine mest ve ayakkabı verilir. Kadın ise, evinde oturmakla yükümlü olduğu,

⁵⁴⁷ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 240, 241.

⁵⁴⁸ İmam Muhammed burada örften bahsetmemiş, sadece bu giysilerin neler olduğunu zikretmiştir. İmam Muhammed'in nafakayla ilgili zikrettiği giysilerin kendi zamanındaki insanların âdeti olduğunu (*huve binau 'ala âdetihim*) ve bu giyeceklerin soğuk ve sıcaklığın şiddetinin bölgeden bölgeye değişmesine bağlı olarak (*bi'htilâfi'l- emkineti fi şiddeti'l-harri ve'l-berd*) değişiklik gösterebileceğini ve her devirde insanların giydikleri şeylerde izledikleri âdete bağlı olarak da farklılıklar göstereceğini belirten Serahsî'dir. (Serahsî, *age*, c. V, s. 183)

⁵⁴⁹ Serahsî, *age*, c. V, s. 182, 183.

(me'mûretun bi'l-karari fi'l-beyt), dışarı çıkması meşru' olmadığı(memnû'atün mine'l-hurûc) ve kendisini kocasına hazır etmekle yükümlü olduğundan kocasından mest ve ayakkabı almayı, izar almayı hak etmez.⁵⁵⁰

Görüldüğü üzere Serahsi, kadının nafakasını tesbit etme hususunda kendi yaşadığı dönemdeki toplumsal yapıyı, özellikle kadın açısından sosyo-ekonomik şartları dikkate alarak böyle bir hükme varmıştır.

Kâsânî'nin belirttiğine göre, Buhara bölgesinin örfünde (*fi 'urfi diyârinâ*) yazlık olarak gömlek, baş örtüsü, milhafa (kaftan) ve serâvil (şalvar) nafaka olarak verilir. Bu şalvar, bölgenin âdetlerine göre (*'alâ hasebi 'âdâti'l- büldân*), erkeğin maddi gücünebakarak tamamı pamuktan veya ketenden olabilir. Erkek zenginse, karısına ipek baş örtüsü almalıdır. Bölgeye (*bi hasbi'h-tilâfi'l-bilâd*) ve sıcaklık durumlarına göre, kışın buna haşvî⁵⁵¹ ve kürk de ilave edilir.⁵⁵²Ayrıca yazlık ve kışlık olmak üzere elbiseler ikişer adet olmalıdır.⁵⁵³

2.3.3.3 Mesken Nafakası

Erkek karısını kendi ailesinden hiçbir kimsenin kalmadığı ayrı bir evde oturtmak mecburiyetindedir. Kadına yiyecek ve içecek temin etmek nasıl vacipse ona mesken temin etmek de aynı şekilde vaciptir. Çünkü bu aslî ihtiyaçlardandır (*mine'l-hevâici'l-asliyye*) ve bu mesken, kadına yetecek miktarda (*mine'l-kifâye*) olmalıdır. Ayrıca kadın, iyi insanların arasında oturmalıdır ki, dünyevî işlerinde kendisine yardımcı olsunlar ve kocası kendisine zulmetmek isterse, onu bu zulme karşı korusunlar.⁵⁵⁴

Merğînânî, mesken nafakası konusunda şu bilgileri vermektedir: Kişi, eşinin râzı olması hâriç, karısına aile fertlerinden hiçbirinin oturmadığı müstakil bir ev vermek zorundadır. Mesken, kadının hakkı olduğu için kadın başkalarını kendine ortak kılmayabilir. Çünkü kadın, başkalarının kendi yanında kalmasından birçok yönden rahatsız olabilir. Ancak eğer kişi karısını, evin müstakil ve anahtarı ayrı bir odasına

⁵⁵⁰ Serahsî, *age*, c. V, s. 183.

⁵⁵¹ Haşvî, kalın ve iç dolgulu elbiseye denir.

⁵⁵² Kâsânî, *age*, c. V, s. 153.

⁵⁵³ Kâsânî, *age*, c. V, s. 149; Ayrıca bk. Meydânî, *age*, s. 487.

⁵⁵⁴ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 245.

yerleştirirse maksat hâsıl olduğu için (*li-enne'l-maksûde kad hasale*) yine geçerlidir.⁵⁵⁵

Serahsî ise, mesken nafakasının, âyet-i kerîmeye⁵⁵⁶ istinaden kadının nikâhla kazandığı mâlî haklardan olduğunu belirtmiş ancak bunun detayı üzerinde durmamıştır.⁵⁵⁷

Buradan anlaşıldığı üzere kadının barınma ihtiyacının karşılanması asıl olmakla beraber, bazen zamanın şartları, maddî imkansızlık ve toplumsal yapının uygun olmaması gibi nedenlerden, müstakil bir eve sahip olma ihtiyacı karşılanmayabilir. Bununla beraber günümüzde büyük ölçüde bu imkâna kavuşmanın mümkün olması, şehirleşmenin ve şehir kültürünün hâkim olduğu bir sosyal yapının bulunması nedeniyle asıl olan hükme uymanın daha isâbetli olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim 1917'de resmen yürürlüğe giren *Hukuk-i Aile Kararnamesi* de bunu şu şekilde hükme bağlamıştır: Zevc, kendi istediği mahalde zevcesi için bi'l-cümle levâzımıyla bir mesken-i şer'î tedârikine mecburdur.⁵⁵⁸

Ayrıca yoksul anne babanın nafakasıyla ilgili Mevsîlî'de şu bilgiler de yer almaktadır: Yoksul bir kadının, kocası da yoksul ise ve başka kocadan doğma varlıklı bir oğlu ya da varlıklı bir kardeşi varsa, kadının nafakası yine kocasına aittir. Ancak nafakasını oğlunun veya kardeşinin temin etmesi emredilir. Kocası varlıklı hale geldiğinde kadın bu masrafları ondan geri alır. Oğlu ve kardeşi kendine nafaka vermekten kaçınırlarsa, hapsedilirler. Çünkü bu örfeye uygun olan (*mine'l-ma'rûf*) [dînen uygun olan manasını da kapsar.] bir durumdur.⁵⁵⁹

Münâkehât ile ilgili konuları işledikten sonra şimdi ukûbât bölümüne geçebiliriz.

2.4 Ukûbâtla İlgili Hükümler:

Ukûbât, dünyada hukuk düzeni tarafından suçluya uygulanacak maddî ve manevî müeyyideyi ifade eden bir fıkıh terimidir. Ukûbât terimi, ibâdât ve muamelâtla birlikte

⁵⁵⁵ Merğînânî, *age*, c. II, s. 330, 331,

⁵⁵⁶ Talak 65/ 6.

⁵⁵⁷ Serahsî, *age*, c. V, s. 202.

⁵⁵⁸ *Hukuk-i Aile Kararnamesi*, Md. 70.

⁵⁵⁹ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 251.

fürû-i fikhın temel üç bölümünden birini oluşturur. İslam dini, iman, ibadet, muamelât ve ahlak alanlarındaki prensiplerin uygulanmasını, bunlarla ilgili emir ve yasakların ihlalini önlemek, ferdî ve ictimai hayatı bütün yönleriyle ıslah etmek amacıyla birtakım özendirici ve caydırıcı tedbirler almıştır. Bu tedbir ve müeyyidelerin tamamı ukûbât kavramının kapsamı içerisine girmektedir.⁵⁶⁰

Tezimizde ukûbâtla ilgili konuları dört başlık altında ele alarak incelemeye çalışacağız. Bunlar hadler, hırsızlık, cinayetler ve diyetlerdir.

2.4.1 Hadler

Haddin Tarifi: Hadd, lugatte “men etmek, engel olmak” manasındadır. Çoğulu hudud’tur. Şer’î ıstılahta hadd, Allah (c.c.)’ın hakkı olarak vâcip olan, miktarı belli bir cezânın adıdır.⁵⁶¹

1. Kazf Haddini Gerektiren Lafızlar ve Söyleniş Şartları:

Bir kimseye, ‘sen falan adamın oğlu değilsin’ diyen bir adam, bu sözü öfke halinde söylemiş ise hadd cezasına çarptırılır. Çünkü o bu sözüyle muhatabına sövmeyi kastedmiştir. Ama söylerken öfkeli değilse hadd cezasına çarptırılmaz. Çünkü o bu sözüyle muhatabını - cömertlik ve mürüvvetle babasına benzemediğini kastederek - âdeten (‘âdeten) kınamak istemiştir.

Aynı şekilde bir kimse bir kadına, ‘sen eşekle (himâr)... veya öküzle(sevr) zina ettin’ derse hadd cezasına çarptırılmaz. Ama sen ‘dirhem... veya elbise... veya dişi deve ile zina ettin’ derse hadd cezasına çarptırılır. Çünkü bu, ‘sen zina ettin bunları da bedel olarak aldın’ manasındadır. Ancak bu sözlere muhatab olan erkek ise, sözün sahibi bu durumların hiçbirinde hadd cezasına çarptırılmaz. Çünkü örfe göre (‘urfen), erkek zina karşılığında hiçbir mal almaz.⁵⁶²

Yukarıdaki iki meselede Mevsilî’nin, Serahsîve Merğînânî’yi takip ettiğini görüyoruz.⁵⁶³

2. Zina İsnadı Dışında Hakaret Etmek:

⁵⁶⁰ Adil Bebek, “Ceza”, *DİA*, c. VII, s. 469.

⁵⁶¹ Serahsî, *age*, c. IX, s. 36.

⁵⁶² Mevsilî, *age*, c. IV, s. 351;

⁵⁶³ Serahsî, *age*, c. IX, s. 121, 122; Merğînânî, *age*, c. II, s. 401.

Fakih veya yüksek bir şahsiyete; ‘ey eşek!’, ‘ey domuz!’, ‘ey öküz!’, ‘ey köpek!’ denmesi halinde tâzir cezası verilir. Çünkü bu gibi kimseler bu sözlerin kendilerine söylenmesi halinde incinirler. Ancak avamdan olan câhil kimse incinmez.

Bu konuda örf ve insanların durumuna göre *İhtiyâr*’da farklı görüşler de nakledilir. Şöyle ki: Her kime söylenirse söylensin bu sözü söyleyen kimse, bizim örfümüze göre (*fi ‘urfına*) tâzir edilir. Çünkü bu sözler sövgü sayılır. Başka bir görüşe göre de, her kime söylenirse söylensin, bu sözleri sarfedene ta’zir cezası verilmez. Çünkü bir insanın eşek, domuz, öküz, veya köpek olması mümkün değildir. Ancak bu sözler nedeniyle muhatap, utançla lekelenmiş olur. İftirada bulunan da yalancılıkla lekelenmiş olur; ama muhatap çirkin tabiatlı ve kötü ahlaklı ise eşeğe, domuza, öküze veya köpeğe benzetilmesi bir masiyet değildir.⁵⁶⁴

İmam Serahsî, bu tür sözlerin Araplar arasında kullanımının yaygın olması sebebiyle (*li-enne min ‘âdeti’l-Arab*), ta’zir cezası verilmeyeceğini belirtmektedir.⁵⁶⁵

Merğînânî ise, konuyla ilgili olarak bir kimsenin bir müslümana, “fâsık”, “kâfir”, “habîs” veya “hırsız” demesi durumunda, kişi bu sözlerle lekelenip büyük bir üzüntü duyduğundan dolayı ta’zir cezası verileceğini söylemiştir. Ayrıca “eşek” veya “domuz” sözlerinin kullanılması halinde Merğînânî’nin en isabetli bulunduğu görüş şudur: Eğer sövülen kimse âlimler ve ileri gelen kişiler gibi eşraftan (*mine’l-eşrâf*) ise bu sözleri söyleyene ceza gerekir. Çünkü eşrâf veya ilim ehlinde olan kimseler, bu sözlerden büyük üzüntü duyar. Ancak bu sözlerin muhatabı sıradan kişiler ise (*mine’l-‘âmmeh*) bir ceza gerekmez.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Mevsîlî, *age*, c. IV, s. 354.

⁵⁶⁵ İmam Serahsî bu ifadelerin “hırs ve ahmaklık” anlamında kullanımının Araplar arasında yaygın olduğunu (*li-enne min ‘âdeti’l-Arab*) bunlarla sövmeyi kastetmediklerini öyle ki bu sözcükleri (İyâz b. Himâr, Süfyân-ı Sevrî gibi) özel isim olarak kullanmaları nedeniyle ta’zir cezası verilmeyeceğini ifade eder. Ayrıca Serahsî, [Belh’li fıkıh âlimi] Hinduvânî’nin (v. 362/ 973), “ey köpek!” sözüne karşı şöyle dediğini nakleder: “Bizim yörede (*fi ‘urfî diyârinâ*), bunu söyleyene ta’zir cezası verilir. Çünkü bu söz, bizde (*fi-nâ*) sövmek için kullanılır.” Serahsî devamında bu sözle ilgili görüşünü de şöyle açıklar: Doğrusu ta’zir cezası verilmeyeceğidir. Çünkü “köpek” sözcüğünün “aşırı istek ve yüzüzlük” anlamında kullanılması Araplar arasında yaygındır (*li-enne min ‘âdeti’l-Arab*). (Serahsî, *age*, c. IX, s. 119, 120).

⁵⁶⁶ Merğînânî, *age*, c. II, s. 405.

2.4.2 Hırsızlık

Hırsızlık, sözlükte az olsun çok olsun, mal sayılsın veya sayılmasın bir şeyi sahibinin izni olmadan gizlice aşırıp almaktır. Şer'î istilahta hırsızlık, nisap miktarında olan veya kıymeti nisap miktarında bulunan başkasının mülkündeki korunmuş bir malın âkil ve bâliğ olan birisi tarafından, kendisinin o malda bir mülkiyet şüphesi dahi bulunmadan gizlilik üzere alınmasıdır.⁵⁶⁷

1. Mal Kendisine Layık Vasıta İle Korunmalı:

Malın korunması hususu İslamın üzerinde durduğu önemli konuların başında gelir. Malın korunması o kadar önemlidir ki bunun için belli cezâî yaptırımlar Kur'an-ı Kerîm'de bulunmaktadır. Malı korumanın şekliyle alakalı olarak şu örnek önemlidir:

Malın korunması mekân ve bekçi ile olur. Bekçi ise sahrada ve mescitte ya da yolda oturup malı yanında muhafaza eden kimsedir. Bekçinin uykuda veya uyanık olması arasında fark yoktur. Çünkü bir rivayete göre Rasulullah mescitte uyumakta olan Safvân'ın abasını başının altından aşırıp götüren hırsızın elini kesmiştir. Malın bekçinin yanında veya altında olması aynıdır. Çünkü bütün bu durumlarda o, örfe göre (*'urfen*) mala bekçilik ediyor sayılır.⁵⁶⁸

Bu mesele Serahsî ve Merğînânî'de de aynı şekilde geçmektedir.⁵⁶⁹

İzin almadan bir yerden mal çalmayla ilgili olarak örf ve âdetin belirleyici olduğunu şu misaldegörebiliriz: Geceleyin hamamdan mal çalan kimsenin eli kesilir. Çünkü orası malı muhafaza etmek için bina edilmiştir. Ama gündüzleyin sahibi orada bulunsa bile, hamamdan mal çalanın eli kesilmez. Çünkü gündüzleyin o, hamama giriş iznine sahiptir. Bununla beraber, insanların bazı gecelerde hamama, hana, ticarethaneye, otel ve misafirhaneye girmeye dair edindikleri bir âdetleri varsa (*mâ i'tâde'n-nâsu min duhûli'l-hemmâm*), giriş izni mevcut olduğundan geceleyin oralara girmeleri, gündüz girmeleri gibi olur.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 363.

⁵⁶⁸ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 365;

⁵⁶⁹ Serahsî, *age*, c. IX, s. 151; Merğînânî, *age*, c. II, s. 413.

⁵⁷⁰ Mevsilî, *age*, c. IV, s. 366.

Mevsilî'nin bu meselede Serahsî ve Merğînânî'yi takip ettiğini görüyoruz.⁵⁷¹

2. Yol Kesme Suçunun Oluşma Şartları:

Zâhiru'r-rivâye'de yol kesme suçunun oluşma şartları olarak şunlar zikredilir: Yol kesiciler silahlı olmalıdır. Yol kesme fiili şehirde, iki köy arasında ve iki şehir arasında yapılmış olmamalıdır. Kendileriyle şehir arasında, sefer mesafesi kadar bir uzaklık bulunmalıdır. Çünkü şehirde sefer mesafesinden daha az bir uzaklık bulunulduğunda, buraya halkın ve devletin yardımı mütemadiyen ulaşabildiğinden, yolcuların gelip geçmelerine mâni olunamaz.

Ancak Ebû Yusuf'tan rivâyete göre, yol kesme fiili, geceleyin şehirde veya şehre sefer mesafesinden daha kısa bir uzaklıkta olursa, fâiller yol kesen sayılır. Düzeni bozan zorbarın şerrini bertaraf etmek ve insanların maslahatını gözetmek maksadıyla (*li maslahati'n-nâs*) fetva da bu görüşe göre verilmiştir.

Konuyla ilgili Ebû Hanîfe'nin görüşü örfe dayandırılarak Mevsilî tarafından özetle şöyle temellendirilir: Ebû Hanîfe, kendi zamanında gözlediklerine göre (*'alâ mâ şâhede fi zamânihi*) cevap vermiştir. Zira şehirde yaşayanlar silah taşırlar. Dolayısıyla yol kesenlerin onlara gâlip gelmesi mümkün değildir. Ama şehirliler bu âdetlerini terk ederler de (*izâ terakû hâze'l-âde*) yol kesiciler onlara gâlip gelme imkanı bulursa, yol kesicilere, had cezası tatbik edilir. Bu sebeple Ebû Hanife; 'Hîre ile Kûfe arasında yol kesme fiili sâbit olmaz' demiştir. Ama bu zamanda (*el-ân*) oralar çöl haline gelmiş ve oralarda yol kesme fiili gerçekleştirilmektedir.⁵⁷²

Bu konuda Mevsilî'nin Serahsî' ve Merğînânî'yi takip ettiğini görüyoruz.⁵⁷³

Konuyla ilgili Merğînânî mezkûr görüşleri verdikten sonra kendi görüşünü şu şekilde açıklamaktadır: Biz diyoruz ki yol kesicilik ancak kervanları soymakla olur. Kervan soygunu ise ne şehirde ne de şehre yakın bir yerde gerçekleşmez. Çünkü şehrin içinde yahut şehre yakın yerlerde zâhir şudur ki (*li enne'z-zâhir*), olay yerine yardım yetişir. Bununla beraber onlara uygun görüldüğü kadar bir ceza verilir. Ve soydukları ne

⁵⁷¹ Serahsî, *age*, c. IX, s. 150, 151; Merğînânî, *age*, c. II, s. 413.

⁵⁷² Mevsilî, *age*, c. IV, s. 380.

⁵⁷³ Serahsî, *age*, c. IX, s. 201.

ise onlardan geri alınır. Gerekirse terbiye için onlara hapis cezası da verilir.⁵⁷⁴

2.4.3 Cinâyetler (Adam öldürme ve müessir fiil suçları)

Cinâyet kelimesinin çoğulu cinayâttır. İçinde zarar bulunan her mahzurlu işe cinâyet denilir. İnsan bazen kendi şahsına bazen de başkasına karşı cinayet işleyebilir. Başkasına karşı işlenen cinayet, onun nefesine, uzuvlarına, namusuna ve malına karşı olur. Nefse karşı işlenen cinâyetslere öldürme, asma ve yakma adları verilir. Uzuvlara karşı işlenen cinâyetslere ise, kesme, kırma ve yaralama adları verilir.⁵⁷⁵ Şimdi öldürme ile ilgili el-*Ihtiyar*'dageçen meselenin detaylarına ve örflle ilgisine temas edeceğiz.

1. Kasten Öldürme:

Kasten ve taammüden öldürmenin kisası gerektireceği ittifakla sâbit bir hüküm olmakla beraber kasıt ve taammüdün karînesi üzerinde görüş ayrılığı vardır:

Ebû Hanîfe'ye göre kasten öldürme, bir uzvu vücuttan ayırabilecek bir silah veya âlet ile icra edilen öldürmedir. Kılıç, keskin taş, keskin kamaş ve ateş gibi bedenın kısımlarını birbirinden ayıran âletlerle kasten vurup öldürmek gibi. İmâmeyn'e göre ise, ister öldürücü âlet ile olsun ister arkasından ölüm gelen bir hareket ve fiille olsun icra edilen öldürme suçu kasten öldürme sayılır. Mesela denize atmak, boğmak, yüksek bir yerden itmek, zehirlemek bu çerçeveye girer.⁵⁷⁶

Ebû Hanîfe'ye göre, kasten öldürmenin tesbiti ancak delille olur ki, o da 'âdeten öldürme neticesini doğuran âlet ile doğrudan öldürmektir. Buna göre bir kimse, bir adamı iğne ve benzeri bir şeyle kasten vurur da o adam ölürse kâtile kisas tatbik edilmez. Ama çuvaldız ve benzeri bir şeyle vurup öldürürse kisas tatbik edilir. Çünkü âdeten ('âdeten) iğne ile vurmada öldürme maksadı güdülmez ama çuvaldız ile vurmada bu maksat güdülür.⁵⁷⁷

Buradan anlaşıldığı üzere, o dönemde daha ziyade kesici ve delici aletler,

⁵⁷⁴ Merğınânî, *age*, c. II, s. 423.

⁵⁷⁵ Mevsilî, *age*, c. V, s. 499.

⁵⁷⁶ Karaman, *age*, c. I, s. 190.

⁵⁷⁷ Mevsilî, *age*, c. V, s. 500.

yaralamak suretiyle öldürme eylemi için kullanılıyordu. Ancak bugün iğne, şırınga vb. aletlervücuda öldürücü madde zerketmek için kullanılabilir.

2.4.4 Diyetler

Diyet, ödenen şey demektir. Adam öldürmek, maktûlün velîlerine mal vermeyi icap ettirdiğinden, bu mala diyet adı verilmiştir. Başka zararlar için değil de sadece öldürülen kimsenin can bedeli olarak ödenen tazminatadiyet adı verilmiştir.⁵⁷⁸ Diyet meselesine örfe ilişkin şu örnekleri verebiliriz:

1. Umûmi Yola Pencere ve Benzeri Şeyler Açmak:

Bir kimse, umuma ait yola aydınlatma yeri, oluk, helâ, veya dükkan çıkartırsa, halktan herhangi bir kimsenin onun hakkında davacı olmaya hakkı vardır. Çünkü umuma ait yoldan yaya olarak veya binek üzerinde geçmek herkesin ortak hakkıdır. Müşterek mülkte ortaklardan biri diğerlerinin rızası olmadan bir yapı yaparsa, ortaklardan her biri o yapıyı yıkabileceği gibi, umuma ait yola yapılan yapıları da herkesin yıkmaya hakkı vardır. Ancak yola yapılanlardan hiç kimse zarar görmüyorsa, sahibi ondan faydalanır. Çünkü onun oradan geçme hakkı vardır. Ama bir kişi bundan zarar görüyorsa, o yolu kullanmak mekruh olur. Bu genel hükümlerden sonra konunun örfe ilişkisinin daha iyi anlaşılması için şu örnek dikkat çekicidir:

Çıkmaz sokak ahalisinden bir kimsenin ortakların izni olmadan yola doğru bir şey yapmaya hakkı yoktur. Çünkü yol onların müşterek malıdır, evi gibidir. Evde barınma âdetine uygun olarak çıkmaz sokağa eşya koymak gibi bir fiil işlemişse sorumlu olmaz. Çünkü âdete göre (*nazaran ile 'l- 'âde*) o mütecâviz değildir.⁵⁷⁹

Merğînânî aynı konuyu farklı bir örnekle özetle şöyle nakleder: Ev sahibinin ana yola döktüğü veya abdest aldığı su, bir insanın veya hayvanın ölümüne yol açarsa ev sahibi, gelen gideni rahatsız edip haksızlık yaptığından zâmin (sorumlu) olur. Ancak ev sahibi bu yaptığı fiilleri, kendisinin de oturduğu çıkmaz sokakta yapar veya burada oturur veya eşyasını koyarsa durum böyle değildir. Çünkü bu davranışların her biri o sokakta oturmanın zarûretlerindedir (*min zarûrati 's-süknâ*). Merğînânî daha sonra

⁵⁷⁸ Mevsilî, *age*, c. V, s. 516.

⁵⁷⁹ Mevsilî, *age*, c. V, s. 531, 532.

konuyla ilgili zayıf olan görüşü de şöyle nakleder: Dediler ki, ev sahibi normal olarak (*'âdeten*) kaymaya sebep olacak kadar çok su serpmişse zâmin olur. Eğer mutâd olan (*mu'tâd*) kaymaya yol açmayan az bir su serpmişse zâmin olmaz. Merğînânî kendi görüşünü de şöyle belirtir: Burada zâhir olan (*ve'z-zâhir*) şudur ki, normal olarak (*'âdeten*) bir kimse o suyla kaymıyorsa ev sahibi zâmin (sorumlu) olmaz.⁵⁸⁰

2. Divan Üyelerinin Âkile Kapsamında Kabul Edilmesi:

Câhiliye devrinde Araplar, akrabalık, velâ, antlaşma gibi sebeplerle birbirleri ile yardımlaşarlardı. Bu zamanda fâil, aşiretinin arka vermesinden, onların çokluğuna güvenerek kuvvet bulduğundan ve aşiretinin yardımcılarının gücüne bel bağlayarak cinayet işlediğinden, onlar bu cinayette kendisine ortak olmuş gibi olurlardı. Bu durum insanların karşılıklı yardımlaşma âdetlerindeki gibi (*ke'âdeti'n-nâsi fi't-te'âruf*) bir muâvenet idi. Bu nedenle Resulullah(s.a.v.), hatâen öldürmede kasıt olmadığı için ödenecek diyeti fâilin aşiretinin ödemesine hükmediyordu.

Eğer fâil divan ehlinde ise, divandakiler onun âkilesidirler.⁵⁸¹ Divan ehli ise, geçimlerini devlet hazinesinden temin eden kimselerdir. Bunlar da zamanımızda (*fi zamâninâ*) asker aileleridir. Hz. Ömer, hilâfete geçip divanları tedvin edince, insanlar bu kez divanlar vasıtasıyla birbirleriyle yardımlaşır oldular. Bunun üzerine daha önceleri diyet, fâilin aşiretinin mallarından alınırken, Hz. Ömer (r.a.), diyeti üç sene içerisinde fâilin mensup olduğu divandaki kimselerin 'atıyyelerinden alınmasına hükmetmiştir. Mesela kâtilin âkilesi maaşlı kimselerden ise, diyet onların maaşlarından kesilir. Maaşları senede bir veriliyorsa, her sene verilen maaşlarından diyetin üçte biri kesilir. Mevsılî bu hükmü, Hz. Ömer (ra), ahabın huzurunda verdiği için, icmâ olarak (*icmâ'an minhüm*) kabul etmiştir.⁵⁸²

Mevsılî'nin bu meselede Serahsî ve Merğînânî'yi tâkip ettiğini görüyoruz.⁵⁸³

⁵⁸⁰ Merğînânî, *age*, c. IV, s. 477.

⁵⁸¹ 'Âkile, kasıtsız olarak işlenen cinayet diyetini veya "gurre" denilen mali tazminatı yüklenip ödeyen asabe, aşiret, divan üyeleri, meslek kuruluşları ve benzerleridir. (Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 20).

⁵⁸² Mevsılî, *age*, c. V, s. 547, 548;

⁵⁸³ Serahsî, *age*, c. XXVII, s. 125, 126 ; Merğînânî, *age*, c. IV, s. 507.

SONUÇ

Mevsîlî'nin *İhtiyar* adlı eserinde örf ve âdete dâir hükümler üzerine yaptığımız bu çalışmada görülmüştür ki örf, pasif değil aktif olarak toplumlarda hukukî varlığını devam ettirmekte veherhangi bir meseleye dâir verilen hükümlere doğrudan ya da dolaylı olarak etki etmektedir.

Mevsîlî'nin konuları işlerken ve bunlara dâir görüşlerini beyan ederken sadece kendi yaşadığı dönemle kendisini sınırlandırmaması, kendisinden önceki zamandan süzülen hükümleri de dikkate alarak görüşlerini bu temel üzerine binâ etmeye çalışması örfün hukuken sürekliliğini ve değişkenliğini de açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bilhassa sosyal hayatı ve insanların pratik yaşantısını ilgilendiren konularda hüküm verirken sürekli değişen şartları dikkate almanın hukuken çok daha isabetli olacağını söyleyebiliriz.

İmam Mevsîlî, Musul'da dünyaya gelmiş olmakla beraber hayatının önemli bir bölümünü Şam, Kûfe ve Bağdat'ta geçirmiş ve yine Bağdat'ta vefat etmiştir. Mevsîlî'nin yaşadığı dönem yani 13. yüzyıl Hanefî mezhebinde belli bir istikrarın olduğu ve klasik eserlerin ortaya çıkmış olduğu bir dönemdir. Mevsîlî'den yaklaşık bir asır önce yaşamış olan *Bedâi's- sana'i* sahibi Kâsânî (ö. 587/1191), *Hidâye* yazarı Merğînânî (ö. 593/1197) ve *Fetâvâ* müellifi Kâdihân'nın (ö.592/1196) mezheb doktrininin oluşmasında ve belirgin bir yapıya kavuşmasında önemli etkileri olmuştur.

Tezimizde de görüleceği üzere örfle ilgili olarak geçen bazı hükümler Serahsî'nin *Mebûsât*'unda, Merğînânî'nin *Hidâye* adlı eserinde, Kâsânî'nin *Bedâi's- sana'i adli* eserinde ve Kâdihân'ın *Fetâvâ'sında* geçmektedir. Bu durum Mevsîlî'nin örfle ilgili konuların önemli bir kısmında mezhep içerisinde geliştirilen argümanlara bağlı kaldığını göstermektedir. Ancak bazı meselelerde de kendi dönemindeki örfü gönderme yaparak fetvada mevcut örfün esas alınacağını vurgulamıştır. Mevsîlî'de geçen "Kâlû" (dediler ki) ifadesi Hanefî fakihlerinin önemlilerini, "Kîle" (denildi ki) kelimesi, konuyla ilgili zayıf görüşleri ifade etmektedir. Mevsîlî'nin *İhtiyar* adlı eserinde geçen örfler genellikle Irak-Kûfe bölgesindeki örfleri, ilk üç imamın yaşadığı erken döneme ait örfü dâir hükümleri ihtiva etmektedir.

Netice olarak diyebiliriz ki, örfün hükümlerin oluşmasında önemli bir rolü ve uygulama alanı vardır. Zira örfе bağılı hükümler toplum yapısınınve zamanın örfünün değişmesine paralel olarak değişmektedir. Aynı zamanda bu durum İslam hukukunun kolaylaştırıcı ve esnek olma boyutunu, bütün zamanlarda ve mekânlarda uygulanabilme özelliğini, evrensellik ve yerellik karakterinin her zaman canlı olduğunu da göstermektedir. Dolayısıyla günümüzde ve gelecekte değişen örflere göre hüküm vermek, her ne kadar önceki fıkıh âlimlerine muhalif gibi görülse de gerçekte onların amaçlarına ve maksatlarına uygun hareket etmek anlamına gelmektedir.

KAYNAKÇA

Acar, H. İbrahim, “Mehrin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2011, sy. 17.

Aclûni, İsmail İbn Muhammed, *Keşfü'l- hafa*, Dimaşk 2000.

Akyüz, Vecdi, *Mukayeseli İbadetler İlmihali*, İz Yayıncılık, I-IV, İstanbul 1995.

Aktan, Hamza, “İstisna' ” *DİA*, XXIII, İstanbul 2001.

-----, “Kefâet”, *DİA*, XXV, Ankara 2002.

Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkam şerhu Mecelleti'l- Ahkâm*, I-IV, 3. Baskı, İstanbul 1330.

Âlûsî, Ebû Fazl Şihabuddin, *Ruhu'l-Meani fi tefsiri'l-Kur'âni'l-azîm*, I-XVI, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1998.

Aybakan, Bilal, “Vekâlet”, *DİA*, XLIII, İstanbul 2013.

Baktır, Mustafa, “Umûmü'l-belvâ”, *DİA*, XIII, İstanbul 2012.

Bardakoğlu, Ali, “İkrah”, *DİA*, XXII, İstanbul 2000.

Bebek, Adil, “Ceza”, *DİA*, c. VII, İstanbul 1993.

Bilgin, Vejdi, *Fakih ve Toplum Osmanlı'da Sosyal Yapı ve Fıkıh*, İz Yayıncılık, İstanbul 2003.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, I- VIII, İstanbul 1985.

-----, *Alfabetik İslam Hukuku ve Fıkıh İstilahları Kamusu*(Haz.Sıtkı Gülle), Eser Neşriyat, İstanbul 1997.

Boynukalın, Ertuğrul, “Yemin”, *DİA*, XLIII, İstanbul 2013.

Cessâs, Ebû Bekir Ahmet b. Ali er-Râzi, *el-Fusul fi'l-usul*, I-IV, İstanbul 1994.

-----*Ahkâmü'l-Kur'ân*, I-VI, Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabî, yy, ts.

Cici, Recep, *Osmanlı Dönemi İslam Hukuku Çalışmaları Kuruluşun Fatih Devri Sonuna Kadar*, Arasta Yayınları, Bursa 2001

Cürcânî, Ali b. Muhammed eş- Şerîf, *Kitabü't-ta'rifat*, 2. Baskı, Dâru'n-Nefaes, Beyrut 2007.

Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş* I-II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966.

Çeker, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, A.H.İ. Yayıncılık, İstanbul 2006.

Debûsi, Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa, *Takvimü'l-edille fi usuli'l-fikh*, 1. Baskı, Dâru'l-Kütubi'l-İlmiyye, Beyrut 2001.

Dönmez, İbrahim Kâfi, “el-'Urf fi'l-fikhi'l-İslâmî”, *Mecelletü mecma'i'l-fikhi'l-İslâmî*, c. IV, V, Cidde 1988.

-----, “İslam Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese”, *Makasid ve İctihad*, haz. Ahmed Yaman, Rağbet Yayınları, İstanbul 2010.

-----, “Örf” *DİA*, XXXIV, İstanbul 2007.

-----, “İcma”, *DİA*, XXI, İstanbul 2000.

Duman, Soner, “Ebû Hanîfe'nin İctihadlarındaki Değişim,” *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2002, sy. 19.

Ebû Sünne, Ahmed Fehmi, *el- Urf ve'l- 'âde fi ra'yi'l-fukaha*, Matbaatü'l-ezher, Kahire 1992.

-----, *el- Urf ve'l- 'âde fi ra'yi'l-fukaha*, Dâru'l-besâir, 1. Baskı, yy, 2003.

Ebû Zehra, Muhammed b. Ahmed b. Mustafa, *İslam Hukuk Metodolojisi* (Çev. Abdulkadir Şener), Fecr Yayınevi, Ankara 2009.

Elfî, Muhammed Cebr, “el-Urf” *Mecelletü Mecmai’l- Fıkhi’l-İslâmî*, IV,V, Cidde 1988.

Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, 2. Baskı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1994.

-----, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005

Ekinci, Ekrem Buğra, *İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2005.

Fahrüddîn er-Râzî, Muhammed b. Ömer el-Hüseyn, *Tefsîr-i Kebîr* (Mefâtihu’l-Ğayb), Dârü İhyai’t-Türasi’l-Arabî, I-XI, 3. Baskı, Beyrut 1999.

Gazzalî, İmam Muhammed, *Mustasfa*, çev. Yunus Apaydın, Klasik YayınlarıI, II, İstanbul 2006.

Gözler, Kemal, *Hukukun Temel Kavramları*, Ekin Yay. Bursa 2010.

Gündüz, Ahmed, “Musul” *DİA*, XXXI, İstanbul 2006.

Günay, Hacı Mehmet, “Vakıf”, *DİA*, c. XLII, İstanbul 2012.

Hallaf, Abdülvehhab, *İlmu Usuli’l-Fıkıh*, Dârü’l-fikri’l-arabi, Kahire 1996.

-----, *Mesadıru’t-teşri’ il-İslâmî*, Kuveyt 1982.

Hallaq, Wael B. “ Bir Osmanlı Reform Öncüsü: Örf ve Hukukî Değişim Üzerine İbn Âbidin” çev: Ömer Faruk Ocakoğlu, *Usul*, 2005, sy. 3.

Hammad, Nezih, *Mu’cemu’l-mustalehati’l-maliyye ve’l-iktisadiyye fi lugati’l-fukaha*, Dârü’l-kalem, 1. Baskı, Dimaşk 2008.

Hasanova, Samire, “Örf ve Âdetin İslam Hukuk Düşüncesinde Yeri ve Hükümlerinin Değişmesi Kapsamındaki Tartışmalarda Rolü”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Ankara 2009, sy. 14.

Hukuk-i Aile Kararnâmesi, Yayına Haz. Orhan Çeker, Mehir Vakfı Yayınları,

sy. 3, 1917.

Işıktaç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.

İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz, “Neşru’l-‘arf fi binai ba’zı’l-ahkami ‘ale’l-‘urf”, *Mecmu‘atü resa‘ili İbn ‘Âbidin*, II.

İbn Emir el-Hâc, Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed b. Muhammed, *et-Takrir ve’t –TahbirŞerhu’t- Tahrir*, 1. Baskı, Dârü’l-kütübi’l-‘ilmiyye, I-III, Beyrut 1999.

İbn Kesîr, İmâduddin Ebu’l-Fidâ İsmail b. Ömer, *Tefsîru’l-Kur’ani’l-azîm*, I-IV, Mektebetü’l-ulûm ve’l-hikem, Medine 1993.

İbn Kutluboğa, Zeynuddin Kasım b. Kutluboğa, *Tâcü’t- teracim*, Dârü’l-kalem, 1. Baskı, Dimaşk 1992.

İbn Manzur, Muhammed b. Mükerrrem b. Ali, *Lisânü’l- ‘Arab*, ts.

İbn Nüceym, Zeynelabidin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısrî (970/1563), *el-Eşbah ve’n-nezair ala mezhehi Ebî Hanife*, 1. Baskı, Mektebetü’l-asriyye, Beyrut 1998.

-----, *Muvatta’*, Tahkik: M. Fuâd Abdulbâki, Dâru’l-hadîs, Kahire 2005.

Kâdîhân, Fahreddin Hasan b. Mansur b. Mahmud el-Uzcendî el-Fergânî, *Fetâvâ Kâdîhân* (Fetevayi Hindiyeye ile birlikte) I- III, Bulak 1310.

Kahraman, Abdullah, *İslam Hukukunda Değişim ve İbadetler*, 1. Basım, Ensar Neşriyat, İstanbul 2012.

Kâtib Çelebi, Mustafa İbn Abdullah, *Keşfü’z- zünun an esami’l- kütub ve’l-fünun*, Dâru’l-ihyai’t-türasi’l-arabi, II, Beyrut ts.

Karafi, Ebu’l-Abbas Şihabuddin Ahmed b. İdris, *Şerhu Tenkihi’l- Fusul fi İhtisari’l- Mahsul fi’l- Usul*, Beyrut 2004.

Karaman, Hayreddin, “Âdet”, *DİA*, I, İstanbul 1988.

-----, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İzYayıncılık, İstanbul 1999.

-----, *İslam'da Kadın ve Aile*, Ensar Neşriyat, İstanbul 1995.

Kâsânî, Alauddin Ebu Bekir b. Mes'ud, *Bedâiu's- sana'i fi tertibi's- şera'i*, 2. Baskı, Dâru'l-Kütubi'l-İlmiyye, I-VII, Beyrut 1986.

-----, *Bedâi'u's-sana'i*, Dâru'l- kütubi'l- ilmiyye I-X, 2. Baskı, Beyrut 2003.

Kıyıcı, Selahaddin, *İslam Hukukunda Örf ve Âdet*, İşaret Yayınları, İstanbul 1990.

Koca, Ferhat, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis*, İsam Yayınları, İstanbul 1996.

-----, "İbâdet", *DİA*, XIX, İstanbul, 1999.

Kureşî, Ebu Muhammed Muhyiddin Abdulkadir b. Muhammed (v. 775/1373), *el- Cevahiru'l-mudiyye fi tabakati'l-Hanefiyye* (Nşr. Abdulfettah Muhammed el-Huluv), Kahire 1993.

Kurtubî, Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'an*, I-XXIV, Dârü İhyai't-Türasi'l-Arabî, Beyrut 1985.

Kuvte, Adil b. Abdulkadir b. Veli, *el- Urf: Hucciyetuhu ve eseruhu fi fıkhi'l-muamelati'l-maliyye 'inde'l-Hanabile*, 1. Baskı, Mektebetü'l-Mekkiyye, Mekke 1997.

Leknevî, Muhammed Abdülhayy b. Muhammed, *el-Fevaidü'l-behiyye fi teracimi'l-Hanefiyye*, Daru'l-Erkam, Beyrut 1998.

Mahmûd Abdurrahman Abdulmunim, *Mu'cemu'l-mustalahati ve elfazi'l-Fıkhiyye*, I-III, Dârü'l-Fazilet, ty., 1999.

Malik b. Enes, *Muvatta'* (Muhammed b. Hasan eş- Şeybânî rivâyeti), I-III, Dârü's- sünne ve's-siyer, 1. Baskı, Bombay 1992.

Merğînânî, Burhanettin Ali b. Ebu Bekir, *Hidaye*, Dârü'l-erkam, I-IV, Beyrut-Lübnan ts.

Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mahmud, *İhtiyar li-ta'lili'l-muhtar*, Dâru'l-hayr, Beyrut 1998.

Meydânî, Abdulgani b. Tâlib, *el-Lübab fi şerhi'l-Kitâb*, I-III, Dâru'l-Kütubi'l-Arabî, 6. Baskı, Beyrut 2003.

Mutarrızî, Ebu'l-Feth Nasıruddin, *el- Mugrib fi tertibi'l-mu'rib*, Mektebetü Usameti'bni Zeyd, 1. Baskı, Şam 1979.

Nesefî, Ebu'l-Berekât Hâfızuddîn Abdullah b. Ahmed, *Keşfü'l-esrâr*, Dâru'l-kütubi'l-ilmîyye, Beyrut-Lübnan ts.

-----, Ebu'l-Berekât Hâfızuddîn, Abdullah b. Ahmed, *Medâriku't-Tenzîl ve Hakâiku't-Te'vîl*, I-III, Dâru'l-kütubi'l-ilmîyye, Beyrut ts.

Ocakoğlu, Ömer Faruk, *“Hanefî Mezhebinin Mezhep İçi İşleyişinde Örfün Konumu: İbn-i Abidin'in “Örf Risalesi” Örneği*, (Yüksek Lisans Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2004,

Okur, Kâşif Hamdi, *Osmanlılarda Fıkıh Usulü Çalışmaları Hadimi Örneği*, Mizan Yayınevi, İstanbul 2010.

-----, “Para Vakıfları Bağlamında Osmanlı Hukuk Düzeni ve Ebussuud Efendinin Hukuk Anlayışı Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, *GÜÇİFD*, c. IV, sy. 7-8.

Özel, Ahmet, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, TDV Yayınları, Ankara 2006.

Pezdevî, Fahrulislam Ali b. Muhammed b. Hüseyin, *Usulü'l-Pezdevî* (Usulü'l-Kerhî ile birlikte), yy, ts.

Sami es- Sakar, “Musul ” *DİA*, c. XXXI,

Şelebi, Muhammed Mustafa, *Usulü'l- fıkhi'l- İslâmî*, Beyrut 1986.

Serahsî, Şemsuleimme Ebû Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, *Usulü's-Serahsî*, 1. Baskı, Dâru'l-Kütubi'l-İlmîyye, Beyrut 1994.

-----, *Mebсут*, Dâru'l-ma'rife, Beyrut ts.

-----, *Mebcut*, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayınları, İstanbul 2008.

Suyûtî, Abdurrahman Celaü'd-Dîn, *ed-Dürü'l-mensur fi tefsiri'l-me'sûr*, I-VIII, Dârü'l-Fikr, yy, 1998.

Şa'ban, Zekiyyuddin, *Usuli'l-fikhi'l-İslâmî*, yy. ts.

Şâtıbî, Ebû İshak İbrahim, *el- Muvafakât fi usûli's- şeria*, Çev. Mehmet Erdoğan, 2. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 1999.

Şemseddin Sami, *Kamus-i Turkî*, Çağrı Yayınları, 1996.

Şenocak, İhsan, *İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi* (Doktora tezi), Ondokuzmayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun 2011.

Seyyid Bey, *Usuli'l-fikh*, Haz. Selçuk Camcı, Işık Akademi Yayınları, İstanbul 2011.

Taşköprü-zâde, Ahmed b. Mustafa, *Miftahu's- saade ve misbahu's- siyade*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, II, Beyrut 2002.

Tehânevî, Muhammed Ali b. Ali, *Keşşâf u istilahati'l-fünûn*, I-IV, Dârü'l-kütübi'l-ilmîyye, 1. Baskı, Beyrut 1998.

Temimî, Takiyyuddin b. Abdulkadir el-Ğazzi el-Mısırî, *et-Tabakatü's- seniyye fi teracimi'l- Hanefiyye*, Riyad 1989.

Tetik, Hasan, “*Kâdîhân'ın el-Fetâvâ Adlı Eserinde Örf ve Âdet*” (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.

Ünal, İsmail Hakkı, *Ebû Hanife'nin Hadis Anlayışı ve Hanefî Mezhebi'nin Hadis Metodu*, DİB Yayınları, Ankara 2010.

Yaylalı, Davut, “*Mevsîlî*” *DİA*, XXIX, Ankara 2004.

Zebîdî, Muhibbuddin Ebû Feyz Muhammed Murtaza el- Hüseyinî, *Tâcü'l- arus min cevahiri'l – kâmus*, Dârü'l-fikr, 1994.

Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el- Medhali 'l- fikhiyyi 'l- âmm*, 1. Baskı, Dâru'l-kalem, Dimaşk 1998.

Zeydan, Abdülkerim, *el-Veciz fi usûli 'l- fikh*, Beyrut 2000.

-----, *el- Medhal li diraseti 'l- teşri 'il- İslâmî*, Beyrut 1999.

Zeylaî, Ebû Muhammed Cemaluddin Yusuf b. Abdullah, *Nasbu'r-râye tahrîcu ehâdisi 'l-Hidâye*, I-V, Dâru'l-kütubi'l-ilmîyye, 1. Baskı, Beyrut 1996.

Zuhayli, Vehbe, *Fıkıh Usulü*, Risâle Yay., İstanbul 2010.

