



Ondokuzmayıs Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

İSLÂM HUKUKUNDA ÖRFÜN HÜKÜMLERE ETKİSİ

Hazırlayan:
İhsan Şenocak

Danışman:
Prof. Dr. Nihat Dalgın

Doktora Tezi

Samsun, 2011

Ondokuzmayıs Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

İSLÂM HUKUKUNDA ÖRFÜN HÜKÜMLERE ETKİSİ

Hazırlayan:
İhsan Şenocak

Danışman:
Prof. Dr. Nihat Dalgın

Doktora Tezi

Samsun, 2011

KABUL VE ONAY

İhsan Şenocak tarafından hazırlanan “İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi” başlıklı bu çalışma, __/__/__ tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oy çokluğuyla başarılı bulunarak jürimiz tarafından Doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan: _____

Üye: _____

Üye: _____

Üye: _____

Üye: _____

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

__/__/__

Prof. Dr. Mahmut AYDIN

Müdür

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Hazırladığım Doktora tezinin proje aşamasından sonuçlanmasına kadarki süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet ettiğimi, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığım bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu taahhüt ederim.

__/__/__

İmza

İhsan ŞENOCAK

ÖNSÖZ

Zamanımızda hızlı bir şekilde gerçekleşen toplumsal, siyasal, kültürel ve iktisadî değişim ve buna bağlı olarak yaşanan yeniden yapılanma, örfün hukukî değerini geçen yüzyıllara nispetle daha da önemli kılmaktadır. Zira örf; hukuki prensiplerin oluşması, uygulanması, ihtiyaçlara paralel olarak yenilenip topluma uyum sağlaması, ayrıca ifadelerin ve olayların yorumlanmasında öncelikli başvurulmuş sosyal bir gerçek olarak varlığını korumaktadır.

Bütün hukuk sistemlerinde birinci ya da ikinci derecede kaynak kabul edilen örfün, hukukî süreçte üstlendiği rol fevkalade bir öneme sahiptir. Zira örf, toplumların sürekliliğini sağlayan kuralların nesilden nesile aktarılmasını temin eder. Ayrıca uyarma, kınama gibi belli yaptırımlarla da toplumsal düzenin tesisinde rol üstlenir.

İslam hukukunda örf; nassların, ilahî muradı gözeterek insanların maslahatını koruyacak bir şekilde yorumlanması, yeni hükümlerin belirlenmesi ve hukukun zamanımızla irtibatının sağlıklı bir şekilde sağlanabilmesi vazifesini yürütür.

Örfün hukukî konumunun doğru bir şekilde belirlenmesi, hukukçuya tanınan yorum alanının sınırlarının bilinmesi açısından önemlidir. Zira hukukçu, klasik metinlerde yer alan örfî hükümleri yorumlamada ve değişen olgu ve olaylara paralel olarak hükümleri yenilemede örf'e müracaat etmektedir. Böylece hukukçu, farklı zamanların değişken hükümlerini tekrar eden bir tarih okuyuculuğundan problem çözen kişi konumuna yükselir.

İslam hukuku ile alakalı metin, şerh ve haşiye çalışmalarının önemli bir bölümü, başka gerekçeler yanında örf'e dayalı hükümlerin değişmesine cevap verebilmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu durum Şârî'in bazı konuları "ma'rûf" kavramıyla örf'e havale edip detayı ona bırakmasında da açıkça görülmektedir. Örfün insan ve toplum gerçekliği içerisinde sürekli olarak yeni yorumlara tabi tutulması, aslında Şârî'in örf'ten kastettiği şeyin özüne uygun atılması gereken bir adımdır. Sürekli

artan olayların insanların fayda ve zararını dikkate alarak çözümlenmesi ancak bu şekilde mümkün olacaktır.

İlk olarak furû kitaplarında yer alan örfün zamanla fıkıh usûlünün ilgi alanına da girmesi İslam hukukunda hukukî bir asla dayanarak hüküm çıkarmada kendisine sürekli olarak başvurulduğunu göstermektedir.

Hem furû hem de usûl kaynaklarında önemli bir yere sahip olan örfü konu edinen ve onu problem çözecek bir konumda tekrar incelemeyi hedefleyen bu çalışma, bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde örf ve âdetin kavramsal boyutu, ilgili kavramlarla mukayese edilerek verilmiş, ayrıca örfün İslam hukuku yanında diğer hukuk sistemlerindeki yeri de araştırılmıştır. Bu bölümde örfün sahit olabilmesi için onda yer alması gereken şartlar da değerlendirilmiştir. İkinci bölümde örf-nass ilişkisi tarihselci ve geleneksel yöntemlere göre incelenmiş, ilgili yöntemlerin ilke ve esasları tespit edilip değerlendirilmiştir. Yine bu bölümde vahyin Cahiliyye âdetleri ile ilişkisi de incelenmiş, bu yolla nassın varlığı karşısında örfün ne anlam ifade ettiğini anlamak hedeflenmiştir. Üçüncü bölümde ise hükümlerin oluşması ve değişmesinde örfün rolü tespit edilmeye çalışılmıştır.

Bu araştırmada Kur'an ve sünnetin ilgili nassları dışında, İslam hukukçularının furû kitaplarında ve usûl çalışmalarında yer alan sorun çözücü, örneklendirici ve yönlendirici katkılarına sıklıkla müracaat edilmiştir.

Bu çalışmanın adının belirlenmesinden kaleme alınmasına kadar olan süreçte katkılarını esirgemeyen danışman hocam sayın Prof. Dr. Nihat Dalgın'a teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca görüşlerinden istifade ettiğim muhterem hocam sayın Prof. Dr. Muhsin Koçak'a ve sayın Yrd. Doç. Dr. Recep Gün'e şükranlarımı arz ederim.

İhsan ŞENOCAK
Samsun – Şubat 2011

TÜRKÇE ÖZET

Öğrencinin Adı-Soyadı	İhsan ŞENOCAK
Anabilim Dalı	İslam Hukuku
Danışmanın Adı	Prof. Dr. Nihat DALGIN
Tezin Adı	İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi

Bütün hukuk sitemlerinde birinci ya da ikinci derecede kaynak kabul edilen örfün hukukî süreçte üstlendiği rol fevkalade önemlidir. Çağımızda hızlı bir şekilde gerçekleşen toplumsal, siyasal, kültürel ve iktisadî değişim ve buna bağlı olarak yaşanan yeniden yapılanma bu önemi daha da artırmaktadır.

Örfün hukukî konumunun doğru bir şekilde belirlenmesi, hukukçuya tanınan yorum alanının sınırlarının bilinmesi açısından önemlidir. Zira hukukçu, klasik metinlerde yer alan örfî hükümleri yorumlamada ve değişen olgu ve olaylara paralel olarak hükümleri yenilemede örf'e müracaat etmektedir.

İslam hukukunda ilk olarak furû-ı fıkıh kitaplarında (doğrudan hükümleri içeren eserler) yer alan örfün zamanla fıkıh usûlünün (İslam hukuk metodolojisi) ilgi alanına da girmesi İslam hukukunda hukukî bir asla dayanarak hüküm çıkarmada örf'e sürekli olarak başvurulduğunu göstermektedir.

Hem furû-ı fıkıh hem de usûl kaynaklarında önemli bir yere sahip olan örfü konu edinen ve onu, sorun çözecek bir konumda tekrar incelemeyi hedefleyen bu çalışma bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde örf ve âdetin kavramsal boyutu, ilgili kavramlarla mukayese edilerek verilmiş, ayrıca örfün İslam hukuku yanında diğer hukuk sistemlerindeki yeri de araştırılmıştır. Bu bölümde örfün sahih olabilmesi için onda yer alması gereken şartlar da değerlendirilmiştir. İkinci bölümde örf-nass ilişkisi tarihselci ve geleneksel yöntemle göre incelenmiş, ilgili yöntemlerin ilke ve esasları tespit edilip

değerlendirilmiştir. Yine bu bölümde vahyin Cahiliyye âdetleri ile ilişkisi de incelenmiş, bu yolla nassın varlığı karşısında örfün ne anlam ifade ettiğini anlamak hedeflenmiştir. Üçüncü bölümde ise hükümlerin oluşması ve değişmesinde örfün rolü tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Örf, âdet, nass, hüküm, İslam hukuku

İNGİLİZCE ÖZET

Student's Name and Surname	İhsan ŞENOCAK
Department's Name	Islamic Law
Name of the Supervisor	Prof. Dr. Nihat DALGIN
Name of the Thesis	The Influence of Custom on Judgements in Islamic Law

In all systems of law, the role of custom which is accepted as the primary or secondary source in the legal process is really crucial. The importance of custom has increased considerably in our age due to the rapid social, political, cultural and economic changes and the reconstruction that results from this process.

Establishing the exact place of custom in law correctly is important so that the boundaries of comment that a judge or lawyer is allowed to make may be known well, for the judge refers to the custom both, while making comments on the rules/ judgements based on custom that take place in classical texts and while making judgements paralel to the changing phenomena or situation.

The fact that custom which takes place in Islamic Law in the books about furû-ı fikh (the books which include only the rules about Islam) has become part of the methodology of Islamic Law shows that custom has been referred to continually while making judgement based on a legal basis in Islamic Law.

This study, which deals with custom which has an important place in the resources about furû fikh and the method, and which aims to examine it in a way that it may help to solve problems, consists of three chapters except for the introduction. In the first chapter, the concept of custom and habit has been studied comparing them with the the related concepts, and the place and importance of custom in other systems of law as well as in in Islamic Law has been investigated. The standards that a custom must meet in order to be an accepted one have been evaluated. In the second chapter, the relation between custom and

the verses of the Qur'an has been examined according to historical and traditional methods, and the principles and essence of the methods in question have been determined and evaluated. It is also in this chapter that the relation between divine inspiration and customs of the time of pre-Islamic Arabian Paganism has been examined in order to understand what custom means compared to the divine inspiration. In the third chapter, we tried to find out the role of custom in making a judgement and changing it.

Key words: Custom, habit, Qur'anic verses, judgement, Islamic Law

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
TÜRKÇE ÖZET	iii
İNGİLİZCE ÖZET	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xiii
1. GİRİŞ	1
1. Araştırmanın Konusu.....	1
2. Araştırmanın Amacı ve Önemi.....	2
3. Araştırmanın Yöntemi.....	3
4. Araştırmanın Kaynakları.....	4
1. BİRİNCİ BÖLÜM	5
KAVRAMSAL ÇERÇEVE	5
1.1 Örf - Âdet.....	5
1.1.1 Örf.....	5
1.1.1.1 Tanımı.....	5
1.1.1.2 Örfün Kısımları.....	14
1.1.1.2.1 Mahiyeti Yönünden Örf.....	14
1.1.1.2.1.1 Sözlü Örf.....	14
1.1.1.2.1.2 Fiilî Örf.....	14
1.1.1.2.2 Muteber Olup Olmaması Yönünden Örf.....	15
1.1.1.2.2.1 Sahih Örf.....	15
1.1.1.2.2.2 Fasid Örf.....	15
1.1.1.2.3 Genel ve Özel Olması Yönünden Örf.....	16
1.1.1.2.3.1 Umumî Örf.....	16
1.1.1.2.3.2 Hususî Örf.....	16
1.1.1.3 Örfle İlişkili Kavramlar.....	18
1.1.1.3.1 İcma.....	18
1.1.1.3.1.1 Tanımı.....	18
1.1.1.3.1.2 İcma-Örf İlişkisi.....	18
1.1.1.3.2 İctihat.....	19
1.1.1.3.2.1 Tanımı.....	19
1.1.1.3.2.2 İctihat-Örf İlişkisi.....	20
1.1.1.3.3 İstihsan.....	20
1.1.1.3.3.1 Tanımı.....	20
1.1.1.3.3.2 İstihsan-Örf İlişkisi.....	21
1.1.1.3.4 Amel.....	21
1.1.1.3.4.1 Tanımı.....	21
1.1.1.3.4.2 Amel-Örf İlişkisi.....	22
1.1.1.3.5 Moda.....	22
1.1.1.3.5.1 Tanımı.....	22
1.1.1.3.5.2 Moda-Örf İlişkisi.....	23
1.1.2 Âdet.....	24
1.1.2.1 Tanımı.....	24
1.1.3 Örf-Âdet İlişkisi.....	25

1.1.3.1 Anlam Açısından Örf-Âdet İlişkisi	25
1.1.3.1.1 Eş Anımlı Olmaları Açısından Örf-Âdet İlişkisi	25
1.1.3.1.2 Farklı Anımlı Olmaları Açısından Örf-Âdet İlişkisi	26
1.1.3.1.3 Kapsayıcılık Açısından Örf-Âdet İlişkisi	26
1.2 Örfün Hukuk Sistemlerindeki Yeri	26
1.2.1 Roma Hukukunda Örf	28
1.2.2 Eski Türk Hukukunda Örf	29
1.2.3 Cahiliyye Araplarında Örf	31
1.2.4 Modern Hukukta Örf	31
1.2.5 İslam Hukukunda Örf	33
1.2.5.1 Örfü Şer'î Kaynak Kabul Etmeyenler	33
1.2.5.2 Örfü Şer'î Kaynak Kabul Edenler ve Delilleri	35
1.2.5.2.1 Kur'an	36
1.2.5.2.2 Sünnet	38
1.2.5.2.2.1 Sözlü Sünnet	38
1.2.5.2.2.2 Filî Sünnet	40
1.2.5.2.2.3 Takrirî Sünnet	42
1.2.5.2.3 İcma	43
1.2.5.2.4 Mesâlih-i Mürsele	44
1.3 Örfte Bulunması Zorunlu Şartlar	45
1.3.1 Örfün Devamlı (Muttarid) Veya Galip Olması	45
1.3.2 Örfün Nassa Veya Temel Bir Esasa Aykırı Olmaması	47
1.3.3 Örfün Akitteki Açık İfade İle Çatışmaması	48
1.3.4 Örfün Tasarruf Anında Mevcut Olması	49
2. İKİNCİ BÖLÜM	51
ÖRF-NASS İLİŞKİSİ	51
2.1. Örf-Nass	51
2.1.1 Tarihselci Yönteme Göre Örf-Nass İlişkisi	53
2.1.1.1 Tarihselcilik	54
2.1.1.2 Tarihselcilik ve Hermenötik	55
2.1.1.3 Kur'an ve Tarihselcilik	58
2.1.1.4 Tarihselci Görüşün Eleştirisi	62
2.1.1.4.1 Vahiy ve Örf	62
2.1.1.4.2 İnzâl ve Örf	64
2.1.1.4.3 Kur'an'ın İçeriği ve Örf	65
2.1.1.4.4 Levh-i Mahfûz ve Örf	69
2.1.1.4.5 Kur'an ve Etkin Tarih	72
2.1.1.4.6 Örfün Nassa Etkisi Bağlamında Hz. Ömer'in Uygulamaları	73
2.1.1.4.7 Kur'an Kıssaları ve Örf	74
2.1.1.5 Değerlendirme	76
2.1.2 Geleneksel Yönteme Göre Örf-Nass İlişkisi	79
2.1.2.1 Örf-İbâdet İlişkisi	79
2.1.2.1.1 Namaz	80
2.1.2.1.2 Oruç	81
2.1.2.1.3 Zekat	83
2.1.2.1.4 Kurban	86
2.1.2.1.5 Hac	88

2.1.2.1.5.1 Telbiye	89
2.1.2.1.5.2 Tavaf.....	89
2.1.2.1.5.3 Kabe Örtüsü	91
2.1.2.1.5.4 Safâ ve Merve Arasında Sa'y Etmek	91
2.1.2.1.5.5 Hums (Aşırılık)	92
2.1.2.1.5.6 Şeytan Taşlama	93
2.1.2.1.5.7 Hac Mevsiminde Alışveriş	94
2.1.1.2 Örf-Aile Hukuku İlişkisi	95
2.1.2.2.1 Örf-Nikah İlişkisi	96
2.1.2.2.1.1 Şiğar Nikahı	96
2.1.2.2.1.2 Makt Nikahı	97
2.1.2.2.1.3 İstibda' Nikahı	98
2.1.2.2.1.4 Müşterek Nikah.....	98
2.1.2.2.1.5 Biğâ Nikahı	99
2.1.2.2.1.6 Mut'a Nikahı.....	99
2.1.2.2.1.7 Meşru Nikah	101
2.1.2.2.2 Örf ve Mehir	102
2.1.2.2.3 Örf ve Çok Eşlilik	103
2.1.2.2.4 Örf ve Evlenilmesi Haram Olanlar	104
2.1.2.2.5 Örf ve Evlat Edinme	105
2.1.2.2.6 Örf ve Evliliği Sona Erdiren Uygulamalar.....	106
2.1.2.2.6.1 Boşama	106
2.1.2.2.6.2 Zihar	108
2.1.2.2.6.3 Îlâ	110
2.1.2.2.6.4 Hulu'	110
2.1.2.2.7 İddet	112
2.1.2.2.7.1 Kadının Yaşam Koşulu	112
2.1.2.2.7.2 İddet Süreleri.....	113
2.1.2.2.7.2.1 Eşi Vefat Eden Kadının İddeti	114
2.1.2.2.7.2.2 Âdet Gören Kadının İddeti	114
2.1.2.2.7.2.3 Âdet Görmeyen Kadının İddeti.....	114
2.1.2.2.7.2.4 Hamile Kadının İddeti	115
2.1.2.3 Örf-Miras Hukuku İlişkisi.....	116
2.1.2.3.1 Vasiyet.....	116
2.1.2.3.2 Miras	118
2.1.2.3.2.1 Verâset Yolları	118
2.1.2.3.2.1.1 Neseb Yoluyla Verâset	118
2.1.2.3.2.1.2 Sebep Yoluyla Verâset	119
2.1.2.3.2.1.3 Velayet Yoluyla Verâset.....	121
2.1.2.4 Örf-Ticaret Hukuku İlişkisi.....	121
2.1.2.4.1 İslam'ın Onayladığı Bazı Ticarî Uygulamalar	122
2.1.2.4.1.1 Şirket Akdi.....	122
2.1.2.4.1.2 Mudarabe	123
2.1.2.4.1.3 Selem Akdi	124
2.1.2.4.1.4 Rehin	124
2.1.2.4.2 İslam'ın Yasakladığı Bazı Ticarî Uygulamalar.....	125
2.1.2.4.2.1 Faiz	125
2.1.2.4.2.2 Münâbeze.....	127

2.1.2.4.2.3 Mülânese Satışı	128
2.1.2.4.2.4 Neceş (Hileli Satış)	128
2.1.2.4.2.5 Habelü'l-Habele	129
2.1.2.4.2.6 İlkâ-i Hacer	129
2.1.2.4.2.7 Borçlunun Satışı	130
2.1.2.5 Örf-Ceza Hukuku İlişkisi	132
2.1.2.5.1 Kıyas	133
2.1.2.5.2 Diyet	134
2.1.2.5.3 Kasâme	136
2.1.2.5.4 Zina Suçu	136
2.1.2.5.5 Zina İftirası	138
2.1.2.5.6 Hırsızlık ve Yol Kesme	139
2.1.2.6 Örfün Çeşitli Hukukî Konularla İlişkisi	140
2.1.2.6.1 Ganimet	140
2.1.2.6.2 Sakal	142
2.1.2.6.3 Sarık	144
2.1.2.6.4 Baş Örtüsü	145
2.1.3. Değerlendirme	146
2.2.1 Âmm Lafız Ve Tahsis	147
2.2.1.1 Âmm Lafzın Tahsîsi	148
2.2.1.1.1 Cumhura Göre Tahsisin Şartları	149
2.2.1.1.1.1 Müstakil Muhassıs	149
2.2.1.1.1.1.1 Akıl	149
2.2.1.1.1.1.2 His	150
2.2.1.1.1.1.3 Nass	151
2.2.1.1.1.1.4 Örf	152
2.2.1.1.1.2 Muttasıl Muhassıs	152
2.2.1.1.1.2.1 İstisna	152
2.2.1.1.1.2.2 Şart	153
2.2.1.1.1.2.3 Sıfat	153
2.2.1.1.2 Hanefilere Göre Tahsisin Şartları	153
2.2.2 Örf Ve Tahsis	154
2.2.2.1 Örf ve Özel Nass	155
2.2.2.2 Örf ve Umum Nasslar	159
2.2.2.2.1 Teşri Vaktinde Mevcut Olan Örf	160
2.2.2.2.1.1 Lafzî Örf	161
2.2.2.2.1.2 Fiilî Örf	162
2.2.2.2.1.2.1 Nassın Geliş Zamanında Mevcut Olan Genel Fiilî Örfün Nassla Çatışması	162
2.2.2.2.1.2.2 Âmm Nassa Aykırı Hususî Örf	164
2.2.2.2.2 Genel Nasstan Sonra Gerçekleşen Örf	167
3. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	171
ÖRF-HÜKÜM İLİŞKİSİ	171
3.1 Hükümlerin Oluşmasında Örfün Etkisi	171
3.1.1 İbâdetlerle İlgili Hükümlere Etkisi	172
3.1.1.1 Temizlik	172
3.1.1.1.1 Yıkanma Ücretinin Teyemmüme Etkisi	172

3.1.1.1.2 Mâ-i Musta'mel'in Miktarının Belirlenmesi.....	173
3.1.1.2 Cami Mimarisine Etkisi	174
3.1.1.3 Namaz	175
3.1.1.3.1 Tesvîb Lafızlarının Örflü Meşruiyet Kazanmaları	175
3.1.1.3.2 Cuma Namazını Kıldırma	175
3.1.1.4 Zekat	177
3.1.1.4.1 Devenin Zekatının Belirlenmesi	177
3.1.1.4.2 Kadının Zîynetinin Zekata Dahil Olması	177
3.1.1.4.3 Fıtır Sadakasının Belirlenmesi	178
3.1.1.5 Yevm-u Şekkte Oruç Tutmak	179
3.1.1.6 Haccın Farz Olması	179
3.1.2 Ticaret Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi	180
3.1.2.1 Akitlerin Belirlenmesi.....	180
3.1.2.1.1 Örfün Lafızları Anlamaya Etkisi	181
3.1.2.1.2 Örfün Fiilleri Anlamaya Etkisi	181
3.1.2.2 Akde Konu Olan Mal.....	182
3.1.2.2.1 Akde Konu Olan Malın Akdin Hükümünü Kabul Etmesi.....	182
3.1.2.2.2 Akde Konu Olan Malın Teslim Edilebilir Olması.....	182
3.1.2.2.3 Akde Konu Olan Malın Akit Zamanında Mevcut Olması	183
3.1.2.2.4 Akde Konu Olan Malın Bilinir Olması.....	184
3.1.2.3. Akde Dahil Olup Olmayan Uygulamalar	185
3.1.2.4 Satışa Dahil Olan Unsurların Belirlenmesi	185
3.1.2.5 Kira	185
3.1.2.5.1 Yapılacak İş Belirleme	185
3.1.2.5.2 Kirada Bilinmezlik Durumunun Aşılması.....	186
3.1.2.5.3 Görevi Belirleme	186
3.1.2.5.4 Zamanın Tespit Edilmesi	187
3.1.2.5.5 İşin Şeklinin ve Kullanım Çeşidinin Belirlenmesi	187
3.1.2.5.6 Nakliyenin Tonajının Belirlenmesi.....	188
3.1.2.5.7 Çırak Ücretinin Kime Ait Olduğunun Tespit Edilmesi	188
3.1.2.5.8 Çalışanın Ücretinin Belirlenmesi.....	189
3.1.2.6 Borç Akdi.....	189
3.1.2.6.1 Akit Lafızlarının Delâleti	189
3.1.2.6.2 Borcun Ölçü Biriminin Tespit Edilmesi	190
3.1.2.6.3 Borçlunun Hediye Vermesi	190
3.1.3 Aile Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi	190
3.1.3.1 Kefâetin Tespit Edilmesi.....	191
3.1.3.2 Şahitlik	192
3.1.3.3 Mehirin Ödeme Şeklinin Tespit Edilmesi.....	192
3.1.3.4 Nafakanın Belirlenmesi	193
3.1.4 Ceza Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi	194
3.1.4.1 Çalınan Malın Yerinin Tespit Edilmesi	194
3.1.4.2 Cinayetin Tespit Edilmesi	195
3.1.5 Diğer Konularla İle İlgili Hükümlere Etkisi	195
3.1.5.1 İ'âre (Ödünç Vermek).....	195
3.1.5.1.1 Örfün İ'âre Sözcüklerine Etkisi	196
3.1.5.1.2 Örfün Mutlak İ'âreyi Sınırlandırması	196
3.1.5.2 Hibe.....	197

3.1.5.2.1 Örfün Hibe Sözcüklerine Etkisi.....	197
3.1.5.2.2 Hibenin Alanının Tespit Edilmesi	198
3.1.5.3 Vekâlet	198
3.1.5.3.1 Örfün Vekâlet Sözcüklerine Etkisi	199
3.1.5.3.2 Örfün Mutlak İfadelerle Vekâlet Vermeye Etkisi	199
3.1.5.3.3 Örfün Vekilin Satışına Etkisi.....	200
3.1.5.3.4 Örfün Vekilin Tasarrufuna Etkisi	200
3.1.5.4 Vakıf.....	201
3.1.5.4.1 Örfün Vakıf Sözcüklerine Etkisi	201
3.1.5.4.2 Örfün Vakfîyenin Kullanımına Etkisi.....	201
3.1.5.4.3 Örfün Taşınırların Vakfına Etkisi	202
3.1.5.5 Yemin.....	202
3.2 Hükümlerin Değişmesinde Örfün Etkisi	203
3.2.1 İbadetlerle İlgili Hükümlere Etkisi.....	206
3.2.1.1 Ücretle Kur'an-ı Kerim Okumak	206
3.2.2 Ticaret Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi	209
3.2.2.1 Satılan Malı Görme Muhayyerliği.....	209
3.2.2.2 Arazinin Sınırlarının Tespit Edilmesi.....	210
3.2.3 Aile Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi	210
3.2.3.1 Kadının Seyahat Etmeme Hakkı	211
3.2.3.2 Kefâette Meslek Faktörünün Dikkate Alınması.....	211
3.2.4 Ceza Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi	212
3.2.4.1 Menfaatin Gaspı	212
3.2.4.2 Borçlunun Tasarrufunu Engelleme.....	212
3.2.5 Diğer Hükümlere Etkisi.....	213
3.2.5.1 Gasbedilen Bir Maldaki Tasarrufun Tazmin Edilmesi	213
3.2.5.2 Taşınır Malın Vakfı	214
3.3 Örfün İctihatla Çatışması.....	214
3.3.1 Örfün Kıyasla Çatışması.....	215
3.3.2 Örfün Mürsel Maslahatla Çatışması.....	218
3.4 Örf ve Küllî Kaideler	220
SONUÇ	228
BİBLİYOGRAFYA	233
ÖZGEÇMİŞ	258

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜİF	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
b.	: bin
bk.	: bakınız
bnt.	: binti
by.	: basım yeri yok
DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
DİB	: Diyanet İşleri Başkanlığı
der.	: derleyen
gr.	: gram
h.	: hicri
haz.	: hazırlayan
H. no.	: hadis no
Hz.	: Hazreti
İA	: İslam Ansiklopedisi
İFAV	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı
İİFVY	: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları
karş.	: karşılaştırınız
MEB	: Milli Eğitim Bakanlığı
md.	: madde
neş.	: neşriyat
nşr.	: neşreden
sad.	: sadeleştiren

s.	: sayfa
sy.	: sayı
TDV.	: Türkiye Diyanet Vakfı
thk.	: tahkik
tkd.	: takdim
trc.	: tercüme
ty.	: tarih yok
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
yy.	: yayın yeri yok

1. GİRİŞ

1. Araştırmanın Konusu

İlk çağlardan itibaren hukukî bilincin oluşmasında vahiy ve örf önemli roller üstlenmiştir. Tarihi süreç içerisinde, bu iki kavram arasında farklı düzeylerde sürekli bir iletişim olmuştur. Bazen dinî kurallar, belli zaman ve ortamlarda hukuk kuralı vasfını kazanmış ya da bazı hukuk kuralları zamanla bu vasfını kaybederek sadece dinî bir ilke olarak varlığını sürdürmüştür.

Yazılı olmayan kurallardan oluşan örf ve âdet hukuku, ilk toplumlardan itibaren hukukî münasebetleri belirleyen kurallar olarak işlev görmüştür. Örf, hayatı yöneten kuralların belirlenmesinde zaman zaman tek belirleyici güç konumuna da gelmiştir.

Sosyal bir varlık olan insan, toplumun kolektif akıl ve tecrübeyle inşa ettiği örfün, zamanla nesnesi olmuştur.

Günümüzde, örf ve âdet hukuku kapsamında değerlendirilen kurallar, yazılı hukukla birlikte hukuki ilişkiler alanında da uygulama imkanına sahiptir.

Şârî, sosyal bir realite olan örfü dikkate almış, pek çok konunun detay hükmünü ona havale etmiştir. Doğal olarak İslam hukukçularının tamamı, örfü dikkate almış; fakat örfün ne tür bir delil olduğu noktasında ihtilaf etmişlerdir. Cumhura göre, örfle ancak şer'î bir delile dayanması durumunda amel edilebilir.

İslam hukukunda örf, hükümlerin tespitinde önemli bir konumda olmasına, furû' ile ilgili eserlerde çok sayıda hükmün ona dayanmasına rağmen, görebildiğimiz kadarıyla onun kapsayıcı bir tanımı ilk olarak VIII. hicri asırda Ebu'l-Berekât en-Nesefî (v. 710/1310) tarafından yapılmıştır. Nesefî'nin; "Aklî verilerin delaletiyle vicdanlarda yerleşen ve selim tabiatlarca benimsenen söz ve eylem."¹ şeklinde yaptığı tarif, örfün kavramsal çerçevesinin belirlenmesinde etkili olmuştur.

¹ bk. Tez, 10.

Nitekim kendisinden sonra gelen pek çok hukukçu, onun tanımını referans almıştır.

Onun, bu tanıma, kaleme aldığı usûl eserlerinde değil, Müstesfâ adlı fıkıh kitabında yer vermesi, örfün aslî kaynak olmaktan ziyade tâlî-tâbî bir kaynak veya fer'î bir delil olarak anlaşıldığı yönündeki tezi güçlendirmektedir.²

Örf, ancak yakın dönem İslam hukukçuları tarafından yazılan kitaplarda müstakil bir başlık altında usûl konusu olarak incelenmiştir. Neseff'nin etkisinin açıkça görüldüğü tanımlarda örf, soyut anlam temelli somut bir davranış şekli olarak algılanmıştır.

Araştırma konumuz olan örf, gerek klasik gerekse de çağdaş döneme ait pek çok eserde incelenmiş ve hakkında bilimsel çalışmalar yapılmıştır. Daha çok kavram etrafında yapılan bu çalışmalarda, örfün kaynak değeri üzerinde durulmuş; örf-nass ilişkisi, örfün hükümlere etkisi ve örf'e bağlı hükümlerin değişmesi gibi güncel değeri olan konular ya hiç araştırılmamış ya da sistematik olarak incelenmemiştir.

2. Araştırmanın Amacı ve Önemi

İnsanlar arasındaki toplumsal ilişkilerin, hak ve ödevler çerçevesinde düzenli olarak yürütülebilmesi için her bireyin bilip uyması gereken sözlü ya da yazılı kurallar vardır. Sosyal hayatın düzeni için bireyler, hak ve ödevlerini hukukun temel esaslarına göre belirlemelidirler. Bu esasların bir kısmı sabit, diğerleri ise değişken değerleri oluşturur. İslam hukunun sabitelerini oluşturan nassların günümüz sorunları bağlamında yeniden anlaşılması kadar değişken değerleri kapsamına giren örfün kavranması da önemlidir.

Tez çalışmamızın amacı, her hukuk sisteminde önemli bir yere sahip olan örfün nasslarla ilişkisini, nass olmayan hususlarda (meskûnun anı) hükümlerin

² bk. Tez, 11.

oluşmasında ve değişmesindeki etkisini araştırıp hukuk sisteminin işleyişindeki yerini tespit etmektir.

Örfün sahih kabul edilebilmesi için gerekli olan şartların bilinmesi, örf-nass ilişkisinin doğru bir şekilde kavranması, örfün, hükümlerin oluşmasındaki yerinin tespit edilmesi gibi konular, modern dönemde ortaya çıkan sorunların hukukî kurallar çerçevesinde çözülmesine katkı sağlayacaktır.

3. Araştırmanın Yöntemi

Çalışmamızda araştırma ve inceleme yöntemi esas alınmıştır. Buna göre, başta Kur'ân ve sünnetin ilgili nassları olmak üzere, tefsir ve hadis disiplinlerinin belli kaynakları, fıkıh usûlü, fetva usûlü, fıkıh tarihi kitapları ve konu ile ilgili müstakil çalışmalar söz konusu yöntemle incelenmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, örfün kavramsal tahlili yapılmış, farklı açılardan kısımları incelenmiş; kaynak değeri ve İslam hukukundaki yeri araştırılmıştır. İkinci bölümde örf-nass ilişkisi, üçüncü bölümde ise örfün hükümlerin oluşmasında ve değişmesindeki rolü incelenmiştir.

Örflerle ilgili kuralların, günümüz sorunlarını çözmeye daha anlaşılır ve işlevsel olabilmesi için Hz. Peygamber döneminden günümüze kadar olan mevcut uygulamaları belli örneklerle analiz ettik. Ayrıca örfle alakalı icthatları Kur'ân ve sünnet nasslarına arz ederek değerlendirdik. Elde ettiğimiz bilgiler çerçevesinde örfün hükümlere etkisini yeni örneklerle güncelleyip çağdaş muamelelerin çözümünde kullandık.

Bu çalışmamızda örfe dayanan hükümlerin metodolojik yönünü inceleyip örfî icthatların hukukî arkaplanını tespit etmeye çalıştık. Bununla, geleneksel anlama yöntemi ile tarihselcilik arasında daha sağlıklı bir değerlendirmenin yapılması hedeflenmiştir.

4. Araştırmanın Kaynakları

İslam hukukunda örfle ilgili temel kaynaklar; ilgili nasslar ve bu nasslar çerçevesinde yapılan ictihatları içeren metin, şerh ve haşiye kitaplarıdır. Söz konusu kaynaklar dışında konumuzla ilgili yapılmış müstakil çalışmalardan İbn Abidîn'in "Neşru'l-Arf fi Binâ-i ba'di'l-Ahkâmi ale'l-Urf" adını taşıyan risalesi ile çağdaş araştırmacılardan Ahmed Fehmi Ebû Sünne'nin "el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukaha" isimli tezi örfün mahiyeti, İslam hukukundaki yeri, hükümlerin oluşmasındaki etkisi üzerinde durmaları yönüyle önemlidir. Ayrıca İsmail Hakkı İzmirli'nin "Örfün İslam Hukukundaki Yeri", Rukiyye Taha Cabir el-Ulvânî'nin kadınlarla ilgili hükümler örneğinde kaleme aldığı "Eseru'l-Urf fi Fehmi'n-Nusûs" adlı eseri, Mehmet Şener'in "İslam Hukukunda Örf", Selahattin Kıyıcı'nın "İslam Hukukunda Örf ve Âdet", Adil b. Abdulkadir Muhammed Veli Kuvte'nin "el-Urf Hucciyetuhû ve Eseruhû fi Fıkhi'l-Muamelâti'l-Maliyye inde'l-Hânâbile" adlı doktora tezi de konu ile alakalı yapılan müstakil çalışmalardandır. Ancak bu eserler örf-nass ilişkisine ya hiç değinmemiş ya da kısmen yer vermiş ayrıca hükümlere etkisini de kapsamlı olarak değerlendirmemiştir. Bu bakımdan yapmış olduğumuz çalışma, konuyu bütün yönleriyle ele aldığı için ayrıca önem arz etmektedir.

1. BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1.1 Örf - Âdet

1.1.1 Örf

Sosyal hayatın değişik alanlarında, oldukça geniş bir kullanıma sahip olan örfün kavramsal çerçevesinin doğru bir şekilde tespit edilebilmesi, onun tanımlanabilmesine bağlıdır. Bu sebeple, araştırmanın birinci bölümüne örfün tanımıyla başlamanın uygun olacağı kanaatindeyiz.

1.1.1.1 Tanımı

Arapça “a-r-f” kökünden türeyen örf, “kum, dağ, yüksek olan her şey, saç ve tüy bitim yeri” (İbn Manzûr 1994: IX, 241); “deniz dalgası, at yelesi (Firûzâbâdî 2003: 836); “cömertlik, yadırganmayan, itiraf, birbiri ardından gelen, bilinen, güzel görülen, sabır” (Zebîdî 2005: XII, 377-8); “alimlerin resmi makamlarda giydiği bir çeşit kavuk” (Sâmî 1317: 933) anlamlarına gelmektedir. Kelime “arf” şeklinde okunduğunda ise; “güzel koku” anlamında kullanılmaktadır (İbn Fâris 2008: 732).

Kur’an-ı Kerîm’de iki yerde geçen “urf” kelimesi, iki farklı anlamda kullanılmıştır. Bunlardan, “Sen affet, örfü emret ve cahillerden yüz çevir!” (Araf 7/199) mealindeki ayette örf, “Güzel olarak bilinen fiiller” (Zemahşerî ty: II, 138) anlamında kullanılmıştır. “Yemin olsun, örfen (birbiri ardınca) gönderilenlere.” (Mürselât 77/1) şeklindeki ayette ise “örf” kelimesi, “birbiri ardından gelen” anlamındadır.

Urf kelimesi ile kök birlikteliği olan “ma’rûf” sözcüğü ise örften farklı anlamlarda kullanılmaktadır.

Çoğunlukla, “Güzel olduğu akıl ya da şer’ yoluyla bilinen fiiller/sözler.” (Râgıb 1997: 561) anlamında kullanılan “ma’ruf” kelimesine şu ayetler örnek verilebilir:

“...Annelerin yiyecek ve giyeceğini ma’rufa göre sağlamak, babanın görevidir...” (Bakara 2/233) mealine gelen ayette babanın sorumluluğu fakir ve zengin oluşuna göre belirlenir. Zira fakir bir babayı güç yetiremeyeceği bir yükün altına sokmak, zengini de gayet kıymetsiz bir bedelle sorumlu tutmak ma’rufa aykırı bir durumdur. Bu durumda nafaka âdet dikkate alınarak ictihatla tespit edilir (İbnü’l-Cevzî 2002: I, 227).

“İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları eşleri, kendi kendilerine dört ay on gün (iddet) beklerler. Sürelerini bitirince artık, kendileri adına ma’rufa göre hareket etmelerinde size (velilere) bir günah yoktur.” (Bakara 2/234). Buna göre eşleri vefat eden kadınların iddetleri bitiminde, örfü uygun bir şekilde süslenip güzel koku sürünmelerine cevaz verilmektedir.

“Nikahtan sonra kendilerine el sürmeden ya da mehir belirlemeden kadınları boşarsanız size bir günah yoktur. Bu durumda onları faydalandırın. Zengin olan durumuna göre, fakir de durumuna göre verir. Dine ve ma’rufa göre faydalandırmak iyilik yapanlar için bir vazifedir.” (Bakara 2/236). Kadın, mehirin belirlenmesinden ve zifafın gerçekleşmesinden önce boşanırsa eşi üzerinde, onun şartlarına uygun bir şekilde ondan faydalanmak ya da hediye alma hakkına sahiptir. Örfü göre belirlenen bu hediye kadına vermek vaciptir (es-Sa’dî 2005: 105; Meydanî 1996: II, 150).

“Boşanan kadınların da ma’rufa göre nafaka hakları vardır ki, verilmesi Allah’tan korkanlara bir vazifedir.” (Bakara 2/241). Kur’an’ın ma’ruf kelimesi ile örfü havale ettiği nafaka, eşlerin durumuna göre belirlenir (el-Hererî 2008: III, 376).

“Sizden, hayra çağıran, ma’rûfu emreden ve kötülükten alıkoyan bir topluluk bulunsun.” (Âl-i İmrân 3/104). Buna göre ma’rûf; güzel olduğu, şer’ ve akıl

yoluyla sabit olan (es-Sa'dî 2005: 142), Allah hakkı ve kul hakkı kapsamında değerlendirilen sorumlulukların yanında vacip ve müstehapların da dahil olduğu esaslar bütünü kapsamaktadır.

“...Veli veya vasilerden zengin olan, yetimin malını yemekten kaçınsın. Yoksul olan da ma'rûfa göre bir şey yesin.” (Nisa 4/6). Yetimin işlerini yöneten ve malını düzene koyan kişi hakkında inen bu ayet, fakir olması durumunda velinin, yetimin malından örfün belirlediği miktarda (ma'rûf) yiyebileceğini göstermektedir (Buhârî Buyû' 95).

Kur'an'da ma'rûf sözcüğü, yukarıdaki manalardan farklı anlamlarda da kullanılmaktadır.

“Ma'rûf bir söz ve bağışlama, arkasından incitme gelen sadakadan daha iyidir.” (Bakara 2/263). Ayette geçen “ma'rûf söz” terkibi; dua, rahatlatma, Yüce Allah katında olan şeyi ummak, kalplerin reddetmediği güzel söz, dille iyilikte bulunmak anlamlarına gelmektedir (İbn Atiyye 2007: I, 357; es-Sa'dî 2005: 113). Buna göre sadaka vermeyen kişinin, isteyiciyi hoşnut edecek bir söz ve dua ile geri çevirmesi de bu çerçevede değerlendirilir (es-Sa'dî 2005: 113).

“Ma'rûf söyleyin.” (Ahzâb 33/32). Ayet, Hz. Peygamber'in hanımlarını çekici bir eda ile konuşmaktan nehyettikten sonra onlara, şüpheden uzak, kaba ve sert olmayan bir tarzda konuşmalarını emretmektedir (es-Sa'dî 2005: 664). Ayette ma'rûf kelimesi güzel söz anlamında kullanılmaktadır.

Urf kelimesinin çoğulu olan “A'raf” Kur'an-ı Kerîm'de, “Cennetle cehennem arasındaki perde, sûr” (Râgıb 1997: 561) anlamlarında kullanılmaktadır:

“A'raf üzerinde herkesi simalarından tanıyan kimseler vardır.” (A'raf 7/46).

Örf ile kök birlikteliği olan “itiraf” ise “günahı ikrar” anlamına gelmektedir:

“İşte, böylece günahlarını itiraf ederler.” (Mülk 67/11).

Örfün terim anlamı ise İslam hukuk metodolojisi oluşturulduktan sonra yapılmıştır. Bu yüzden hicri VII. asra kadarki süreçte yazılan eserlerdeki örf tarifleri daha çok kelimenin Kur’an ve sünnetteki kullanımını esas alınarak yapılan yorumlar şeklindedir:

Taberî (v. 310/922), “Sen affet, iyiliği (örfü) emret ve cahillerden yüz çevir!” (A’raf 7/199) ayetinde geçen “örf” kelimesini, Yüce Allah’ın Hz. Peygamber’den Arap dilinde “ma’rûf” olarak bilinen “örf”ü emretmesini istemesi şeklinde yorumlamıştır (ty: VI, 154). Taberî’nin örfün ıstılahî anlamını tam olarak yansıtmayan bu yorumu, ilerleyen asırlarda yapılacak olan ıstılahî tanıma zemin hazırlamıştır.

Cessâs (v. 370/980) örfü/marufu, “Aklen yapılması güzel sayılan, sağlam akıl sahipleri tarafından da münker kabul edilmeyen şey” olarak tarif etmektedir (ty.: III, 50). Zemahşerî (v. 538/1144) ise, “Cahaletin zıddı ve fiillerin güzel olanı” (ty: II, 138-9) şeklinde tanımlamıştır. Görüldüğü gibi her iki müfessir “örf” kelimesini Taberî gibi “mekârim-i ahlak” çerçevesinde yorumlamıştır. Fahreddin er-Râzî (v. 606/1209), “Yapılması gerekli olan, varlığı yokluğundan daha hayırlı kabul edilen her işi” örf kapsamında değerlendirmektedir (1996: XV, 78). Beydâvî (v. 685/1286) ise örfü, “Fiillerin güzel ve yararlı olanları” şeklinde yorumlamaktadır (1998: IV/350).

Buharî, Hz. Peygamber’in Ebû Süfyan’ın cimriliğinden şikayet eden Hind binti Utbe’ye eşinin malından “ma’rûf” ile kendisine ve çocuklarına yetecek kadar almasını emreden (Buyû’ 95; Nafakât 9) hadisini, “Hakimin zandan ve töhmetten korkmadığı durumlarda (hadler gibi Allah hakları dışındaki konularda) insanların işlerinde kendi bilgisi ile hüküm verebileceğini” belirten bir içerikte ve bu kanaatte olan hukukçuların da görüşünü destekleyici bir başlık altında zikreder. Buharî, söz konusu açıklamayı, “Bu meşhur bir iş olduğu zaman” şeklinde kayıt altına da alır (Aynî 2001: XXIV, 350).

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle Buhârî'nin başlıkta kullandığı, “meşhur” kelimesini, “Yerine getirilmesi emredilen şey” (İbn Hacer 2000: XV, 37) anlamında ya da hadis metninde geçen, “Örfe göre kendine ve çocuklarına yetecek miktarı al” şeklinde örfi anlamı öne çıkararak tefsir etmek mümkündür.

Buna göre Buhârî, kadınların herhangi bir engellemeye maruz kaldıkları durumlarda kendilerine bakmakla yükümlü olan eşlerinin mallarından örfün belirlediği miktarda bir nafaka alabileceklerini söylemektedir.

Görüldüğü gibi tefsirciler gibi hadisçiler de örfü, insanlar tarafından iyi olduğu kabul edilen söz ve fiiller manzumesi şeklinde değerlendirmişlerdir. Hukukçu kimliğiyle temayüz eden Cessâs'ın yorumundaki akıl vurgusu ise tanımın hukukî bir boyut kazanması yönünde atılan ilk önemli adım olarak kabul edilebilir.

Hukukî içerikte kapsayıcı bir tanımın geç dönemde yapılması örfü itibar edilmediği anlamına gelmez. Nitekim İslam'ın ilk yıllarından itibaren fikhî bir ilke ya da hüküm belirlenirken örf, nassa aykırı olmadığı durumlarda dikkate alınmıştır. Nitekim fakih sahabî Abdullah b. Mesud'un (v. 31/651), “Müminlerin iyi ve güzel gördükleri Allah katında da güzel, çirkin gördükleri ise Allah katında da çirkindir.” (Muvatta Salât 71; Aclûnî 1997: II, 168; Leknevî 2005: I, 230-3) şeklindeki sözü, sahabe döneminde örfün, hükümlerin tespitinde ne derece önemli bir yere sahip olduğunu göstermektedir. Tabiûn döneminde yün eğiren sanatkârlar, aralarındaki bir durumdan dolayı anlaşmazlığa düşüp birbirlerini Kadı Şüreyh'e (v. 79/698) dava ettiklerinde, onların, “Bizim geleneğimiz şu şekildedir.” sözlerini esas alan Şüreyh, “Aranızdaki âdet ve yöntem muteberdir.” diyerek hükmü örf üzerine bina ettiğine vurgu yapmıştır (Aynî 2001: XII, 16).

İbn Mes'ud'un örfü geniş bir meşruiyet alanı açan sözüne, Kadı Şüreyh'in, hükmü örfle gerekçelendirmesine ve furû ile ilgili eserlerde örfü dayanan çok sayıda örnek hüküm olmasına rağmen klasik usûl kitaplarında örf, müstakil bir başlık altında incelenmemiş ancak şer'î bir asla dayanan talî bir kaynak olarak istihsan

konusu içerisinde, “istihsanın sebeplerinden biri” olan icmayı destekleyen unsur olarak ele alınmıştır. Nitekim Cessâs, istihsan başlığı altında, “İnsanların uygulamasına (amelü'n-nâs) bağlı olarak illeti olan hükmün tahsisi” konusunda örfle ilgili olarak “insanların uygulaması” ifadesini kullanmıştır (2000: II, 354-55).

Serahsî (v. 483/1090) insanların uygulaması (teâmülü'n-nâs) adı altında örfü genel kurala karşı yapılan istihsanın delilleri arasında sayar (1992: II, 202-3); Pezdevî (v. 482/1089) de istihsan başlığı altında icmayı, istihsanın dayandığı deliller içerisinde zikredip, sipariş akdini örnek olarak verir (1991: IV, 10). Böylece örf üzerinde icma hasıl olduğunda istihsana gerekçe teşkil edebileceğini ifade eder. Görüldüğü gibi, müctehit imamlar devrinden sonra kaleme alınan usûl kitaplarında örf, ancak istihsan konusu içerisinde “insanların uygulaması” ifadesi şeklinde yer almıştır.

Çağdaş İslam Hukukçusu Ahmed Fehmî Ebû Sünne'nin de belirttiği gibi (1993: 6) örfün kapsayıcı hukukî tanımı ilk olarak Ebu'l-Berekât en-Nesefî (v. 710/1310) tarafından yapılmıştır. Ancak bu ifade, Nesefî'ye kadar yazılan eserlerde örf ve âdetle alakalı hiç bir tanımlama yoktur, şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim daha önce de belirtildiği gibi, Nesefî'den dört asır önce yaşayan Cessâs (v. 370/980) örf anlamında da kullanılan ma'rufu “Ahkâmu'l-Kur'an” adlı tefsirinde müellifin tanımına yakın bir anlamda, “Akılca yapılması güzel sayılan, sağlam akıl sahipleri tarafından da münker kabul edilmeyen şey” şeklinde tarif etmiştir (ty: III, 50). Nesefî ise el-Mustesfâ adlı furû kitabında Cessâs'ın ma'ruf tarifini daha da geliştirerek örfü şu şekilde tanımlamıştır: “Aklî verilerin delaletiyle vicdanlarda yerleşen ve selim tabiatlarca benimsenen söz ve eylem.” (vr. 38^a; Ebû Sünne 1993: 8).³ Bu durum, bir fıkıh terimi olarak örfün tanımının ilk olarak VIII. (XIV.) yüzyılda yapıldığı tespitini teyit etmektedir (DİA 2007, XXXIV, 88).

³ Birçok çağdaş İslam hukukçusu (Ebû Zehre ty: Dip not: 2, 357; Zerkâ 1998: II, Dip not: 2, 872) aynı tarifi Gazzâlî'nin “el-Mustesfâ”sını kaynak göstererek naklederse de bu tarif belirtilen eserde yoktur. Muhtemelen bu yanlışlık İbn Âbidîn'in konuyla ilgili risalesinde (ty.: II, 112) örfün tanımını verip kaynağını sadece ‘el-Mustesfâ’ olarak, müellifi belirtmeden zikretmesinden kaynaklanmaktadır.

Neseffî'nin tarifi, kendisinden sonra gelen alimler üzerinde de etkili olmuş, çok sayıda usûlcü örfü tanımlarken onun vurgularını dikkate almıştır. Nitekim, Şerif Cürçânî (v. 816/1413) örfü, “Akılların şehâdetiyle nefislerde karar kılan ve tabiatların alıp kabul ettiği şey” (2000: 152) şeklinde tarif etmiştir.

Neseffî'nin usûl ile alakalı “Menâru'l-Envâr” (1992; I) ve onun üzerine kaleme aldığı “Keşfü'l-Esrâr” (ty, I-II) isimli bir eseri olmasına rağmen “örf”ün tanımına furû ile ilgili çalışması olan “Mustesfâ”da yer vermesi, müellif nezdinde örfün aslı kaynak olmaktan ziyade tâlî-tâbî bir kaynak veya fer'î bir delil olarak anlaşıldığı (Dönmez 2004: V, IV, 3310) dolayısıyla da hüküm çıkarmada tek başına kullanılmadığını göstermektedir. Nitekim Cessâs Serahsî, Pezdevî⁴ gibi usulcülerin yanı sıra Debûsî (v. 430/1039) de örfü müstakil bir delil olarak kullanmaz. Debûsî icmayı istihsanın dayandığı deliller arasında verdikten sonra örnek olarak da, üzerinde “teâmulü'l-ümme”nin (İslam toplumunun uygulaması/örf) gerçekleştiği istisna' akdi, ifadesini kullanır (2007: 405).

Neseffî'nin örf tarifi, hukukî açıdan önemli ve belirleyici bir özelliğe sahip olmasına rağmen içerisindeki bazı eksikliklerden dolayı ikmal edilmeye muhtaçtır. Onun “aklî veriler” ve “selim tabiat” vurgusu örfü, insanı konu edinmesi gereken bir içerikten daha çok, insanın inşa ettiği bir tanıma dönüştürmüştür. Bu durum, ancak şer'in örfü sınırlayan üst delil olarak kabul edilmesi ile aşılabılır. Şer'in belirleyici olma yönü kabul edildiğinde fasid örf kapsam dışı bırakılıp, örf sadece sahih örf'e tahsis edilir (Hayyât 1977: 23-4; el-Eşkar 2004: V/IV, 3215). Şer'î bir asla dayanan örf, dolaylı olarak delil konumuna yükselir.

Örf, ancak yakın dönem İslam hukukçuları tarafından yazılan kitaplarda müstakil bir başlık altında usûl konusu olarak incelenmiştir. Neseffî'nin etkisinin açıkça görüldüğü tanımlarda örf, soyut anlam temelli somut bir davranış şekli olarak algılanmıştır. Çağdaş İslam hukukçularının örf'e verdikleri anlam da bu geçiş doğrulamaktadır. Aşağıda bu konuya ışık tutması açısından birkaç örf tarifi

⁴ bk. Tez, 10.

vereceğiz:

“Örf, peşi sıra tekrar edilerek vicdanlarda yerleşen ve selim tabiatlarca kabul gören söz ve eylemlerdir.” (Ali Haydar Efendi 1330: I, 92).⁵

“Örf, insanların muamelat çerçevesinde sürekli yapageldikleri ve işlerinin yolunda gitmesini temin eden şeydir.” (Ebû Zehre ty: 254).

“Örf, toplumun çoğunluğunun söz ya da fiildeki âdetidir.” (Zerkâ 1996: II, 872).

Muhammed Zahid Kevserî (v. 1952), “Sen affet, iyiliği (örfü) emret ve cahillerden yüz çevir!” (Araf 7/199) mealindeki ayette geçen “örfün”, “orada burada uygulanagelen âdet” anlamında olmadığını, ayetteki örfün, “Şer’in çirkin görmeyip onayladığı, aklın da çirkin saymayıp güzel kabul ettiği ma’rûf hüküm” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir (ty: 235).

Kevserî’nin akılla şer’i birlikte zikretmesi, örf tanımlarında yer alan eksikliği tamamlayıcı olduğu gibi, özneliği de ortadan kaldırmaktadır. Buna göre dikkate alınan örf, akıl ve ruh sağlığı yerinde olan kişilerin makul buldukları, başlangıcı bilinmeyen bir zamandan beri tekrarlanarak insan tabiatına yerleşen, şer’î naslarla aykırı olmayan sözlü ve fiilî alışkanlıklara denmektedir.

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

“Örf ve âdet, topluluk içerisinde uzun zamandan beri kök salan, uyulması zorunlu kabul edilen ortak davranışlardır.” (Bilge 2004: 32).

“Örf, muhataplarının arzu ve ihtiyaçlarına terk edilmiş konvansiyonel bir nizamdır.” (Çağıl 1966: 67).

⁵ Ali Haydar Efendi (v. 1936), örf ile âdetin aynı anlamda olduğunu belirtmektedir.

“Toplumsal düzenin geçerliliğini, belirli bir insan çevresi içerisinde göreceli olarak saptamalara karşı genel ve etkin bir kınama ile karşılamaya yönelik davranış biçimidir.” (Işıқтаç 1992: 29).

“Örf, tamamlayıcı kanun kurallarının boşluğunu dolduran kurallardır.” (Hatemi 1999: 55).

Modern hukukta da örf, kanunlarda olduğunun aksine, yetkili bir otoritenin bilinçli bir işlemiyle vücut bulmaz; fakat nitelikleri itibariyle birbirine benzeyen değişik durumlarda, aynı davranış biçiminin tekrarlanması ile meydana gelir. Başlangıçta belki bilinçsiz bir şekilde tekrar edilen bu hareketler, zamanla insanların bilincinde yer alan bir alışkanlık haline gelir ve toplum da bunu benimseyerek yaptırım altına alır. Böylece gelenek (örf ve âdet) hukuku meydana gelmiş olur (Bilge 2004: 32).

Gelenek, hukukun yazılı kurallarında yer almaz; hukuk tarafından desteklenemezse sadece vicdanlarda yaşar. Tâli bir hukuk kaynağı olarak kalır (Şafak 1994: 47). Toplum bireyleri arasında sosyal bir davranış kuralı olarak benimsenen bir geleneğin, hukuk kuralı haline gelebilmesi için üç koşulun bir araya gelmesi gerekir: süreklilik, genel inanç ve devlet yaptırımı (Bilge 2004: 32).

Buna göre, modern hukukta örf, toplum içerisinde kendiliğinden ortaya çıkan, aynı davranış biçiminin tekrarlanması ile pekişen, insan davranışlarını düzenleyen uyarma, kınama, dışlama gibi değişik müeyyideleri içeren ancak yazılı olmayan hukuk kurallarıdır.

Yukarıdaki tanımlar incelendiğinde görülmektedir ki örf; İslam hukukuna, genel ahlak ve adaba aykırı olmayan, insanların yaşayışlarını düzene koyan, akl-ı selim tarafından kabul gören, toplumca benimsenip uygulanan makul davranış ve sözler bütünüdür. Diğer bir ifadeyle, şer’ ve aklın güzel gördüğü, nefislerin rahat bir şekilde benimseyip kabul ettiği, sürekli yapılagelen işlerin yolunda gitmesini temin eden söz ve fiiller toplamıdır.

Buna göre insanların âdet haline dönüştürmediği, nadiren söylenen ve gerçekleşen söz ve fiiller örf kapsamına dahil olmadığı gibi, sarhoş edici şeylerin alım satımı, şehvet ve istekler cihetiyle oluşan ahlaksızlık çeşitleri de örf tanımı dışında kalır. (Ebû Sünne 1992: 8).

1.1.1.2 Örfün Kısımları

Örf; mahiyeti, muteber olup olmaması, genel ve özel olması açısından farklı şekillerde tasnif edilmektedir.

1.1.1.2.1 Mahiyeti Yönünden Örf

Örf mahiyeti açısından sözlü ve fiilî olmak üzere ikiye ayrılır.

1.1.1.2.1.1 Sözlü Örf

Sözlü 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; gümüş para demek olan “dirhem” de bir ülkede tedavülde olan dinar, kuruş, fulus (dinarın binde biri), kağıt para gibi bütün para çeşitleri için kullanılır. Mutlak olarak zikredilen “et” kelimesinin balık etini dışarıda tutması da sözlü örfte örnektir (Hayyât 1977: 34-5; Zeydân 2003: 252).

1.1.1.2.1.2 Fiilî Örf

Fiilî örf; toplumun yemek, içmek, ekip-dikmek gibi hayati işleri, insanlar arasında haklar oluşmasına sebep olan akitleri ve şahsi ilişkileri âdet haline getirmesiyle oluşur. Müşteri ve satıcının îcâp ve kabul lafızlarını kullanmadan para ve onun karşılığı olan malı birbirlerine vererek (teâtî) alışveriş akdini yerine getirmeleri; mehirin peşin ve veresiye olarak iki ayrı zamanda ödenmesi; kişinin umuma ait hamamlara içeride ne kadar bir zaman kalacağı ve ne ölçüde su tüketeceğini

belirtmeden girmesi (Hayyât 1977: 36--7; Zeydân 2003: 252), odun, kömür, buğday gibi ağır mallar satıldığında onların müşterinin evine teslim edilmelerinin satıcının sorumluluğunda olması (Zerkâ 1998: II, 877) gibi karşılıklı ilişkiler fiilî örf kapsamında değerlendirilmektedir.

1.1.1.2.2 Muteber Olup Olmaması Yönünden Örf

Örf, hukuken muteber olup olmaması açısından sahîh ve fasîd örf olmak üzere ikiye ayrılır (Zuhaylî 1998: II, 834). Bu ayrımın temelinde örfün nassa ve şer'î esaslara aykırı olup olmaması vardır.

1.1.1.2.2.1 Sahîh Örf

Sahîh örf; insanların âdet haline getirdiği, şer'î esaslara aykırı biçimde haramı helal kılmayan, vacibi de ortadan kaldırmayan örfdür (Hallâf 1940: 69). Kişinin istisna' akdinde kapora vermesi, evlilikte erkeğin eşine sunması gereken mehîrin bir kısmını peşin, geri kalanını ise daha sonra vermesi (Zuhaylî 1998: II, 834-5), nişanlanan erkeğin nişanlısına süs ve elbise olarak verdiği eşyaların hediye olarak kabul edilip mehîr kapsamında değerlendirilmemesi (Hallâf 1940: 69) sahîh örf olarak kabul edilmektedir. Şer'î delillerden biri olarak kabul edilen sahîh örfün (Ebû Zehre ty: 255) İslam hukukundaki yerini ileride müstakîl olarak inceleyeceğiz.

1.1.1.2.2.2 Fasîd Örf

Fasîd örf, insanların âdet haline getirdiği fakat şer'î esaslara aykırı olan ya da haramı helal yapan veya vacibi iptal eden örfdür. Fasîd örf, şer'î esaslara olduğu gibi genel ahlaka da aykırıdır. İnsanların doğum günü kutlamalarında ve cenaze törenlerinde âdet haline getirdikleri yasak işler ve davranışlar (Hallâf 1940: 69), erkeklerin evli olduklarına delalet etmesi için altın yüzük takmaları (Hayyât 1977: 37) gibi, haccın vücûb şartlarından olan Mekke'ye gidip oradan dönünceye kadar yetecek gıda maddesine ve ulaşım bedeline sahip olma durumuna akraba ve arkadaş çevresi için hediyeler satın almayı eklemek fasîd örf kapsamında kabul

edilir (Tahmâz 2009: I, 451-452). Günümüzde ‘‘Töre cinayetleri’’ olarak bilinen aile içi vahşetler de Yüce Allah’ın öldürülmesini haram kıldığı canları (Mâide 5/32) öldürmeyi helal saydığından fasid örf kapsamında değerlendirilmelidir.

1.1.1.2.3 Genel ve Özel Olması Yönünden Örf

Örf, bütün İslam ülkelerinde veya meslek gruplarında benimsenip uygulanması açısından temelde umumî ve hususî olmak üzere iki kısma ayrılır.

1.1.1.2.3.1 Umumî Örf

Bütün İslam ülkelerinde yaygın olan ve insanlar tarafından benimsenen örfে umumî örf denir (İbn Abidîn ty.: II, 130; Zeydân 2003: 253). Hamamda yıkanmak, sanatkarlarla ısmarlama yoluyla (istisna’) akit yapmak (Ebû Zehre ty: 255), lokanta ve otellerde çalışanlara müşteriler tarafından bahşış verilmesi, umuma ait yollara düşen meyveleri almak bu kapsamda değerlendirilmektedir (Zuhaylî 1998: II, 834).

Zannî olan âmm nassı tahsis eden ve kıyasın terk edilmesine yol açan umumî örf, sahabe, tabiûn ve her devirdeki alimler tarafından inkar edilmeksizin kabul edilmiştir. Ebû Zehre’ye göre bu nev’i örfе, icma adını vermek yerinde olur. Hatta buna, müctehitleri ve müctehit olmayanları, sahabeyi ve onlardan sonra gelenleri kapsadığından icma çeşitlerinin en hassası demek gerekir. Bundan dolayıdır ki umumî örfе, geçmiş ya da gelecek asır kaydına bakmaksızın, her beldede hakim olan örf denmektedir (ty: 256).

1.1.1.2.3.2 Hususî Örf

Bir bölgeye ya da bir sanat çevresine ait olan örfе hususî örf denir (İbn Abidîn ty.: II, 130). Hususî örf, zamana ve bölgeye göre değişkenlik gösterir. İş yeri ve evlerin kiralarını aylık, üç aylık veya yıllık olarak ödemek hususî örf kapsamına girer (Zuhaylî 1998: II, 834).

Hususî örfün hüccet olup olmaması ihtilafıdır. Hususî örf, Nusayr b. Yahya (v. 268/881), Muhammed b. Seleme'nin (v. 278/891) dahil olduğu Belh hukukçularına göre delildir (İzmirli 2005: sy. 5, 209).

Hususî örf kapsamında değerlendirilen fakat şer'î öneminden dolayı hukukçular tarafından genelde farklı bir başlık altından incelenen örf, “şer'î örf” denmektedir. Şer'i örf, kelimelerin sözlük anlamlarından ıstılahî manalara taşınmalarıyla ya da şer'î anlamlarından dolayı lügat anlamlarının terk edilmesiyle olur (Ali Haydar 1330: I, 94). Namaz, oruç ve vakıf kelimelerinin sözlük anlamlarından ıstılahî alana aktarılmaları bu bağlamda örnek olarak gösterilebilir. Namaz kelimesi “dua” anlamından özel bir ibadete, hac “kasdetmek, yönelmekten” hac aylarında Kabe'yi ziyaret etmeye (Molla Cüyûn ty.: I, 268), vakıf kelimesi de “mutlak olarak hapsedmekten” bir şeyi Yüce Allah'ın mülkünde olarak saklayıp menfaatini hapsedmek anlamına taşınmıştır. Kelimelerin sözlük anlamlarından ıstılahî alana taşınmasını ise Şâri' belirlemektedir (Ebû Sünne 1992: 25).

Örfün kısımları başlığı altında zikredilen sıfatlar bir örfte toplanabilir. Buna göre bir örf; umûmî sözlü, umûmî fiilî, umûmî sahîh, umûmî fasid olabileceği gibi husûsî sözlü, husûsî fiilî, husûsî sahîh ya da husûsî fasid de olabilir.

Farklı sıfatların bir örfte toplanmasını şu şekilde örneklendirebiliriz: İstisna' akdi umûmî, fiilî ve sahîh mehirin bir miktarının müeccel olması umûmî, sözlü ve sahîh; kadeh tokuşturmak umûmî, fiilî ve fasid; düğünlerde kadın ve erkeğin bir arada eğlenmesi husûsî, fiilî ve fasid örfdür (Hayyât 1977: 32).

1.1.1.3 Örfle İlişkili Kavramlar

İcma, icthāt, istihsan, amel ve moda kavramları farklı şekillerde örfle ilişkilidirler. Aşağıda öncelikli olarak bu kavramlar tanımlanacak, ardından da örfle ilişkileri incelenecektir.

1.1.1.3.1 İcma

İcmanın tanımı ve örfle ilişkisi şu şekildedir.

1.1.1.3.1.1 Tanımı

Lügatte, “ittifak etmek, bir şeyi yapmaya kesin karar vermek” (Fîrûzâbâdî 2003: 710) anlamına gelen icma, ıstılahta, “Hz. Peygamber’in vefatından sonra herhangi bir asırda yaşayan müctehitlerin şer’î bir hüküm üzerinde ittifak etmeleri” şeklinde tarif edilir (Molla Hüsrev 1307: II, 50-51).

1.1.1.3.1.2 İcma-Örf İlişkisi

Örf ve icma farklı nitelik ve niceliklere sahip insanlar yoluyla oluşmalarına rağmen her iki kavram arasında birçok hususta benzerliğin olduğu görülmektedir. Öyle ki, umumî örf icmanın bir çeşidi olarak değerlendirilmektedir (Ebû Zehre ty: s. 256). Bazı araştırmacılar İslam toplumunun bir kısmının ya da tamamının bir konuda ittifak etmeleri yönüne bakarak örfün icma olduğunu savunmuştur (Hayyât 1977: 31). Fakat aşağıdaki hususlar iki kavramın birbirlerinin yerinde kullanılacak derecede benzerlik arz ettiği yönündeki yaklaşımı (Hayyât 1977: 31) geçersiz kılmaktadır:

Örf, okuryazar ya da ümmî; müctehit ya da mukallit gibi özel niteliklere sahip olan ya da olmayan insanların çoğunun benimsediği söz ve fiillerden oluşur. İcma ise bir konuda sadece müctehitlerin hemfikir olmalarıyla gerçekleşir (Molla Hüsrev 1307: II, 50). Ayrıca çoğunluğun karşısında yer alan insanların muhalefeti, örfü geçersiz hale getirmezken aynı asırda yaşayan bir müctehitin bir konuda karşı görüş beyan etmesi icmayı bozar (Kuvte 1997: I, 122).

Örf, bir işin ancak vicdanlarda yerleşecek derecede tekrar edilmesiyle gerçeklik kazanırken (Ebû Sünne 1992: 8); icma, müctehitlerin bir konuda görüş birliğine

varmalarıyla oluşur. İcmanın gerçekleşmesi için işin tekrar tekrar olmasına ihtiyaç yoktur (Molla Hüsrev ty: II, 50).

Örfün kaynağı ya da oluşmasına zemin hazırlayan unsur insanların ihtiyaç ve maslahatı iken, icmada dayanak nassa, kıyas ya da diğer delillerden biri olmalıdır (Kuvte 1997: I, 122).

Örfe dayanarak verilen hükümler, örfün değişmesine paralel olarak değişir. Fakat icma edilen hususlar nassa dayanan hükümlere eşdeğer olduklarından değişmezler (Kuvte 1997: I, 122).

Örf, nassa aykırı olan haram bir unsurun benimsenmesiyle meydana gelirse “fasid örf” olarak isimlendirilir (Hayyât 1977: 32). Fakat aynı durum, “İslam ümmetinin dalalet üzerinde birleşmeyeceği” (İbn Mâce Fiten 8) kabulünden hareketle icma için söz konusu olmaz. Diğer bir deyişle icma fasid olmaz (Kuvte 1997: I, 122).

1.1.1.3.2 İctihat

İctihadın tanımı ve örfle ilişkisi şu şekildedir:

1.1.1.3.2.1 Tanımı

İctihat lügatte; “bir şeyi elde edebilmek için güç ve çaba sarf etmek, bütün gücü ortaya koymak” anlamına gelir (Zebîdî 2005: II, 329). Yapılmasında ya da elde edilmesinde zorluk ve meşakkat olan konuları ifade etmek için kullanılır.

İstilahî açıdan ictihat, tarihî süreç içerisinde farklı şekillerde tarif edilmiştir. Gazzalî (v. 505/1111) ictihâtı, “Şer’î hükümleri öğrenmek maksadıyla müctehidin olanca gücünü sarf etmesi” (ty: II, 350) şeklinde tanımlarken, Nizamüddin Leknevî (v. 1225/1809), “Müctehitin zannî-şer’î bir hükmü elde edebilmek için olanca gücünü ortaya koyması” (2002: II, 404) olarak tarif etmiştir. Muasır hukukçulardan Mustafa Şelebi ise ictihâtı, “Şer’î hükümleri nassların ibare, işaret ve manalarından çıkarabilmek için gayret göstermek” (ty: 11) şeklinde tanımlamaktadır.

1.1.1.3.2.2 İctihat-Örf İlişkisi

İctihat-örf ilişkisini tespit edebilmek için öncelikle ictihat alanının sınırlarını belirlemek gerekir. Buna göre hem sübutu hem de anlama delaleti ya da sadece bunlardan biri açık olmayan naslar ile hakkında nass ve icmâin olmadığı hükümlerde ictihat yapılabilir (Zuhaylî 1986: II, 1081). Yukarıdaki açıklamadan da anlaşıldığı gibi ictihat iki farklı alanda gerçekleşmektedir:

Nasların bulunması durumunda; nassın sübutunda problem olduğunda hadislerin senetlerini ve rivayet şekillerini incelemek, delalette açıklık olmadığına ise nass ile kastedilen anlamı ve nassın manaya delalet gücünü araştırmak şeklinde yapılan ictihat (Karaman 1996: 21).

Nass ve icmâin olmadığı yerlerde; konunun hükmünü kıyas, istihsan, masalih-i mürsele, örf ve istishab gibi (Zuhaylî 1986: II, 1081) yollarla araştırmaktan (Karaman 1996: 21) ibaret olan ictihat.

Furû kitaplarında hakkında açık nass bulunmayan pek çok konuda örf'e dayanarak ictihat yapıldığı görülmektedir.

1.1.1.3.3 İstihsan

İstihsanın tanımı ve örfle ilişkisi şu şekildedir:

1.1.1.3.3.1 Tanımı

İstihsan, lügatte, “bir şeyi güzel kabul etmek, onun güzel olduğuna inanmak” (Zebîdî 2005: XVIII, 143) anlamlarına gelir. Buna göre kişi, “istahsentu kezâ” dediğinde kastettiği şeyin “güzel olduğuna inandım.” demiş olur (Pezdevî 1991: IV, 5).

İstılahta, istihsan farklı şekillerde tarif edilmiştir. Bu tariflerden ikisi şöyledir: İstihsan, “Müçtehidin gördüğü daha güçlü bir delilden dolayı bir konuda, onun benzerlerine verilen hükümden zıddı bir hükme geçmek yoluyla ilk hükümden vazgeçmesi” (Pezdevî 1991: IV, 5) ya da bir kıyastan vazgeçip ondan daha güçlü olan bir başka kıyasa yönelmesidir (Şevkânî ty: 211).

Hanefi hukukçular istihsanı, genel kural açısından meşru olmayan bir durumu mubaha dönüştürmesinden dolayı fer'î şer'î delil kapsamında değerlendirmişlerdir (Hayyât 1977: 103).

1.1.1.3.3.2 İstihsan-Örf İlişkisi

Açık bir kıyas, hüküm ya da delilden vazgeçip aksi bir delil ya da insanların faydasına olan bir uygulamayı esas alarak hüküm vermek, istihsan ile örf arasında belirgin bir ilişkinin olduğunu göstermektedir. Kişinin kalacağı süreyi, tüketeceği suyu ve suyun ücretini belirlemeden bir hamama girmesi, vasıflardaki bilinmezlikten dolayı akdi fasid etmesi gerekirken bu durumun genel bir uygulama (örf) haline gelmesi istihsan cihetiyle caiz olmasını sağlamaktadır (Şatibî 1997: II, 119). Aynı şekilde bazı hukukçulara göre kitap ve kap gibi taşınır eşyanın örf'e göre vakfedilmelerinin caiz olması, vakfın ebedi olması ilkesine aykırı bir uygulamadır. Yalnız akar olan malın vakfedilebileceği şeklindeki genel uygulamadan istihsan deliline dayanarak istisna edilen bu muamele örf'e dayanmaktadır (Zeydan 2003: 233-4). Yani örf, nass ve icma gibi istihsanın dayandığı delillerden biridir.

1.1.1.3.4 Amel

Amelin tanımı ve örfle ilişkisi şu şekildedir:

1.1.1.3.4.1 Tanımı

Amel lügatte; “iş, çalışma, uygulama” (Fîrûzâbâdî 2003: 1036); “bütünüyle ya da belli organlarıyla insan bedeninin hareketi” (Zebîdî 1995: XV) anlamlarına gelir. Amel, iş kelimesinden daha özel bir anlama sahiptir. Çünkü iş, bazen canlıların bir amaca bağlı olmaksızın gerçekleştirdikleri işlere nispet edilirken bazen de cansız varlıklara isnat edilir. Nadiren amaçsız iş ile cansız varlıklar için kullanılan amel genellikle, “canlı varlığın bir gayeye bağlı olarak yaptığı işleri” içerir (İsfahanî 1997: 587).

Bir hukuk terimi olarak ise amel; “kişinin dış dünyaya aktardığı söz ve davranışlarını” kapsamaktadır. Buna göre ibadet, “amel” kavramıyla örtüşmektedir.

1.1.1.3.4.2 Amel-Örf İlişkisi

Amel ile örf kavramları fikhî bir temele oturtulmadan zaman zaman aynı anlamda kullanılır. Buna göre, “Âdet bu şekilde işlemektedir.” dendiğinde, insanların geneli nezdinde uygulamanın (amel) ifade edilen şekilde olduğu belirtilir (Elfi 1988: V/IV, 3266).

İbadette niyetin şart olması (Buhârî Bed’u’l-Vahy 1) onu âdetten ayırır. Buna göre rejim yapmak ya da tedavi görmek maksadıyla aç kalmak “âdet”, oruç tutmak ise ibadet kapsamında değerlendirilir. Amel, fertlere özel iken örf herkesi kapsar. Amelin tercih edilmeyen olsa (mercûh) da kendisine itimat edeceği fikhî bir görüşün varlığını istemesi; örfün ise aklî verilerin delaletiyle vicdanlarda yerleşen ve selim tabiatlarca benimsenen söz ve eylem olması iki kavramı birbirinden ayıran en temel özelliktir (Elfi 1988: V/ IV, 3267).

1.1.1.3.5 Moda

Modanın tanımı ve örfle ilişkisi şu şekildedir:

1.1.1.3.5.1 Tanımı

Moda (mode) Latince, oluşmayan sınır anlamına gelen “modus”tan türemiştir. Ortaçağ Fransa’sında La Mode olarak kullanılmıştır (Barbarasoğlu 1995: 26). Modanın İngilizce karşılığı olan fashion ise, âdet, usul, biçim, şekil, tarz, üslup; davranış, kibar sınıf hayatı, üst tabaka, yüksek zümre anlamlarını içermektedir (Redhouse 1987: 380).

Toplum hayatına giren geçiçi yenilik anlamında kullanılan modayı farklı açıları dikkate alarak şu şekilde tanımlamak mümkündür:

Moda, bir yaşam biçiminin yeniden üretimini veya sürekliliğini sağlamak üzere meydana gelen ve temel öğelerden ziyade, sözkonusu kültürün ayrıntılarında ortaya çıkan kısa ömürlü değişikliklerdir.

Moda, daha çok giyim-kuşam dünyasında tüketimi körükleme amacına yönelik mevsimlik değişiktir (Demir-Acar 1997: 159).

Moda, zamanın kabul etmiş olduğu tarz, biçim ve bu biçimde giyinmektir (Arseven 1983: III, 1462).

1.1.1.3.5.2 Moda-Örf İlişkisi

Örf ve moda arasında toplum hayatında etkili olmaları açısından bir benzerlik kurulabilir. Fakat aşağıdaki hususlar iki kavramın birbirinden bir çok hususta farklı olduğunu göstermektedir:

Örf, bir işin ancak vicdanlarda yerleşecek derecede tekrar edilmesiyle gerçekleşir (Ebû Sünne 1992: 8); moda ise değişiklik gereksinimi veya süslenme özentisiyle toplum yaşamına giren geçici yenilik, anlamına gelir (TDK Sözlüğü, Moda md.).

Örfün kaynağı ya da oluşmasına zemin hazırlayan unsur insanların ihtiyacıdır (Kuvte 1997: I, 122). Moda ise temelde yararlılık ilkesine bağlı olmayan bir takım değişikliklerden ibarettir. Fakat bazen sunulan yenilikte yararlı ve pratik oluş ön plana çıkar ki, bu durumda moda “âdet” kategorisine dahil olur ve varlığını uzun süre korur (Barbarasoğlu 1995: 36).

Örf, okur-yazar ya da ümmî; müctehit ya da mukallit gibi özel niteliklere sahip olan ya da olmayan insanların çoğu tarafından benimsenen (Molla Hüsrev 1307: II, 50) ve toplum içerisinde kendiliğinden ortaya çıkan söz ve fillerden oluşur. Moda ise modacılar yoluyla ve moda olması gayesiyle üretilir veya ünlü bir kişinin değişiklik ihtiyacı içinde ortaya attığı bir yeniliği başkalarının benimsemesiyle gerçekleşir. Örf toplumun her katmanında yer alan insanların ortak ürünü iken, moda üst tabakada yer alan insanların icadıdır (Meydan Larousse Moda md.).

Örf, çoğunluk tarafından isteğe bağlı olarak benimsenirken; moda ya medyanın etkisinde kalıp sınıf atlama arzusuna ya da alternatifsiz olmaya bağlı olarak gelişir (Barbarosoğlu 1995: 55-56).

Topluluk içerisinde uzun zamandan beri var olan ve uyulması zorunlu kabul edilen ortak davranışlardan oluşan örf (Bilge 2004: 32) tarım öncesi ve tarımcı toplumlarda görülür. Yüksek kültür tarafından icat edilen ve endüstriyel toplumlarda görülen moda ise sanayi devrimiyle başlar (Barbarosoğlu 1995: 28-30).

Örfün ve âdetin kuralları eskidikçe güçleri artar. Moda ise yeniliği oranında geçerli olur. Nitekim eski moda, moda için bir kınama hükmüdür (Işıқтаç 1992: 18).

Örf, toplumun alıştığı, sürekli yapageldiği söz ya da fiillerden oluşur (Zeydan 2003: 252). Resim, müzik, ev dekorasyonu, felsefe, psikoloji, sosyal bilimler, politik doktrinler gibi devamlı değişiklik gösteren sosyal yaşamın her alanıyla ilgili olan moda ise, yaygın olarak kıyafet anlamında kullanılmaktadır (Barbarosoğlu 1995: 27).

1.1.2 Âdet

Âdetle örf arasında yakın bir ilişki vardır. Nitekim bazı İslam hukukçuları bu ilişkiyi yakınlıktan aynîyet düzeyine çıkarıp örfle âdetin aynı anlamları içerdiğini ifade etmiştir.

1.1.2.1 Tanımı

Arapça bir şeyi tekrar yapmak anlamına gelen “avd” mastarından ya da “avede” fiilinden türeyen âdet (İbn Fâris 2008: 692) lügatte, “eski duruma dönmek, geri çevirmek, devamlı yaparak alışkanlık haline getirmek” (Zebîdî 2005: V, 139) manalarında kullanılır. Herhangi bir davranışın bir sebebe bağlı olarak ya da olmayarak sürekli tekrarlanması onu, toplumun genelinin alışkanlığı haline getirir.

Istılahta, “Bir mananın bütün beldelerde ya da bir kısmında insanlara galebe etmesi” (Karâfî 2004: 352) şeklinde tanımlanan âdeti, İbn Emîr el-Hâc (v. 879/1474), “Aklî bir ilişkiye bağlı olmaksızın sürekli tekrar eden iş” (1999: I, 340) olarak tarif etmektedir. İbn Âbidîn’in şu ifadesi, âdetin tanımını daha anlaşılır hale getirmiştir: “Tekrar edilerek veya defalarca yapılarak nefis ve akıllarda tanınıp yerleşen, herhangi bir alaka ve karine olmaksızın alınıp kabul gören sonuçta da örfî hakikate dönüşen şey.” (ty. II, 112).⁶ İbn Emîr el-Hâc ve İbn Âbidîn’in tanımları toplum ve fert tarafından “peş peşe yapılan işleri” kapsadığından birinciye göre daha kuşatıcıdır. Buna göre bir defa olan işler ile aralarında aklî ilişki bulunan olaylar âdet kapsamına girmez (Kuvte 1997: I, 109).

1.1.3 Örf-Âdet İlişkisi

Genellikle İslam hukuku ile ilgili eserlerde örf ve âdet birlikte ya da birbirlerinin yerinde kullanılsa da (İbn Âbidîn ty.: II, 112) İslam hukukçuları bu iki kavram arasında temelde iki farklı tarzda gerçekleşen bir ilişki olduğu görüşündedirler (İzmirli 2005: sy. 5, 207; Kuvte 1997: I, 115).

1.1.3.1 Anlam Açısından Örf-Âdet İlişkisi

Anlam açısından örf-âdet ilişkisini üç başlık altında inceleyeceğiz.

1.1.3.1.1 Eş Anımlı Olmaları Açısından Örf-Âdet İlişkisi

Nesefî, Cürçânî, İbn Âbidîn ve Ali Haydar Efendi’nin de (ty: I, 182; 2000: 193; ty: II, 114; 36 md) aralarında yer aldığı hukukçulara göre örf ve âdet kavramları eş anlamlıdır. Muasır hukukçulardan Abdolvahhab Hallâf da, örf ve âdetin hukukçular nezdinde eş anlamlı iki lafız olarak değerlendirildiğini belirtmektedir (1940: 69). Buna göre örf yerine âdet, âdet yerine de örf kullanılabilir. Nitekim Nesefî, “Hakikat, âdetin delaletiyle terk edilir.” kaidelerini sözlü ve amelî örf yerine kullanmıştır. Zira konuyla ilgili verdiği örnekte şöyle demektedir: “Kişi yumurta yemeyeceğine dair yemin etse bundan insanların örfü esas alınarak tavuk ve kaz yumurtası anlaşılır. Güvercin ve serçe yumurtası yemine dahil olmaz.” (ty, I, 182). Görüldüğü gibi, Nesefî; hakikatin âdetin delaletiyle terk edilmesini örfün tahsis ettiği bir örnekle izah etmektedir.

⁶ İbn Abidîn “Şerh-u Ukûd-i Resmî'l-Müftî” adlı risalesinde, İbn Emîr el-Hac’ın ifadelerini tercih etmiştir (ty.: I, 44).

1.1.3.1.2 Farklı Anlamli Olmaları Açısından Örf-Âdet İlişkisi

İbnü'l-Humâm (v. 861/1457) ve Pezdevî'nin de (1372: I, 317; 1991: II, 95) aralarında yer aldığı hukukçulara göre, "Örf sözlü, âdet ise fiilî olan durumlara" mahsustur. Âdetle, "amelî örf"; örfle ise, "sözlü örf" kastedilmektedir. Örf mutlak olarak kullanıldığında sözlü ve fiilî, âdet ise sadece fiilî olanı kapsar (İvad ty: 60).

1.1.3.1.3 Kapsayıcılık Açısından Örf-Âdet İlişkisi

İbn Emiri'l-Hâc (1999: I, 340) muasır hukukçulardan Zerkâ ve Ebû Sünne'nin de tercih ettiği görüşe göre âdet örften daha kapsayıcıdır. Çünkü âdet hem bireye hem de çoğunluğa ait olan örfü içerir. Bu yüzden âdet daha kapsayıcı, örf ise daha sınırlıdır. Buna göre her örf âdettir; fakat her âdet örf değildir (Ebû Sünne 1992: 15).

Ebû Sünne, örf ve âdetin farklı anlamlara sahip olduğunu savunan görüşün gerçeği yansıtmadığını, zira gerek önceki gerekse de muasır hukukçuların âdet kavramını hem sözlü hem de fiilî durumlar için kullandığını belirtmektedir (Ebû Sünne 1992: 13).

Furû kitaplarında yer alan çok sayıda örnek âdetin daha kapsayıcı, örfün ise daha sınırlı olduğunu savunan üçüncü görüşü desteklemektedir. Dolayısıyla aralarında umûm-husus ilişkisi vardır.

1.2 Örfün Hukuk Sistemlerindeki Yeri

İnsan "ilk hayat bilgisini" vahiyle öğrenmiştir (Bakara 2: 31). Vahyin yanında farklı düzeylerde sosyal çevrelerden de etkilenen insanlar, zamanla atalarının örf ve âdetlerini, hayatın şekillenmesi ve devam etmesinde etkin bir unsur olarak algılamaya başlamışlardır. Bu yüzden ilk çağlarda belli toplumlarda hukukun büyük bir kısmı, örf şeklinde ifade edilmiştir (Vecchio 1940: 213). Hukukun oluşmasında örfün önemli bir rol üstlenmesi vahyin hukuk üzerinde belirleyici olması ile çatışmaz. Zira semavî dinlerin öğretilerine göre, ilk insan aynı zamanda bir peygamberdir (Bakara 2/30-34; Kurtubî 2000: I, 182). Yüce Allah, ilk insan ve onun aile bireylerinden oluşan çekirdek toplumda düzeni temin için 10 sayfalık bir mesaj göndermiştir. Muhtemelen bu mesajın bir kısmı, temel hukukî

hükümlerdir (Dalgın 2003c: sy. 2, 63). Buna göre hukukun örfle yakın ilişkisi onun vahiyden bağımsız şekillendiği anlamına gelmez. Bu yüzden hukuk tarihçilerinin, “Hukuk, ilk olarak örf ve âdet şeklinde doğmuş, kuşaktan kuşağa geçerek hukukî bir şuurun konusu haline gelmiştir.” (İmre 1971: 166) şeklindeki tespitleri ilk insanın vahye muhatap olan bir peygamber olduğu, dolayısıyla da örfün temelinde vahyin yer aldığı kabulü ile anlaşılmalıdır.

Toplumda doğan ve uzun zaman uygulamada kalması sebebiyle hukuken bağlayıcı sayılan ve yazılı olmayan hukuk kurallarından oluşan örf ve âdet hukuku (İmre 1971: 166) ilk toplumlarda, hukukî münasebetleri tanzim eden kurallar (Oğuzoğlu 1958: 45) olarak karşımıza çıkmaktadır.

“Bütün hukuk kuralları gibi örf ve âdet hukukunun da bir yasa koyucusu vardır, o da toplumun kendisidir.” (Işıқтаç 1992: 32). Konuya insanın ilk hayat bilgisini vahiy yoluyla öğrenmesi açısından bakıldığında sahih örfün kaynağının vahiy ve insanların ortak maslahat algısı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla toplum tek başına yasa koyucu kabul edilemez.

Beşerî hukuklarda toplumun ortak şuuru konumunda olan örf ve âdetler hukuk kurallarının kökenini teşkil etmeleri açısından oldukça önemli bir yere sahiptir. Nitekim bunlar hukuka kaynak olması itibarıyla kanun (yazılı hukuk)’dan daha öncedir (Oğuzoğlu 1958: 45).

Kanunun, örf ve âdet hukuku ile münasebeti ise tarihî süreç içerisinde farklılıklar arz etmiş; bazen birincisi bazen de ikincisi hakim unsur haline gelmiş, belli dönemlerde de birbirlerinin yerini almışlardır. Bütün bu durumlarda, hukuk kuralları ile din, ahlak ve görgü kuralları arasında sürekli bir ilişki, karşılıklı etki ve hatta karışma olması önemli bir etkidir. Bazı ahlak ve din kuralları, belli bir zamanda ve belli bir ortamda hukuk kuralı vasfını da kazanmış veya bazı hukuk kuralları zamanla bu vasfi kaybederek sadece ahlakî veya dinî bir ilke niteliğinde kalmıştır (Bilge 2004: 12-3).

Örf ve âdet hukuku olma niteliğini kazanmış olan kurallar, yazılı hukukun yanında ve onunla birlikte hukuksal ilişkiler alanında uygulama olanağı bulmaktadır (Işıқтаç 1992: 39). İki hukuk arasındaki en temel fark ise yazılı hukukun daha çabuk meydana gelmesi, örf ve âdet hukukunun ise uzun yılların geçmesi ile oluşmasıdır. Ayrıca kanun, örf ve âdet hukukuna göre daha kesin ve açıktır. Örf ve âdet hukuku ise, birinciye oranla daha kapalıdır (İmre 1971: 121; Şener 1987: 96). Fakat her ikisi de sistemlerin güvenilirliği açısından aynı öneme sahiptirler. Zira sistemler meşruiyetlerini ancak örf ve âdete veya hukuka isnat ettikleri ölçüde kazanabilir (Weber 1986: 29).

1.2.1 Roma Hukukunda Örf

Roma hukuku, başlangıcı Roma tarihinin ilk devirlerine kadar uzanan ve VI. asırda Justinianus'un kanunlarıyla sona eren uzun bir sürecin ürünüdür. Hukuk tarihçileri Roma hukukunu siyasi kurumların tekâmülü açısından dört ayrı devre ayırmışlardır (Oğuzoğlu 1959: 13). Günümüz örf ve âdet hukuku açısından hâlâ önemini koruyan Roma hukukunu oluşumu ve gelişimi ile anlayabilmek için onu farklı özelliklere sahip dört devriyle tanımak gerekir. Bu devreleri ise şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Krallık devri: Roma'nın kuruluş tarihi olan M.Ö. 753'ten M.Ö. 510 yılına kadar devam eden devirdir. Krallık devrinde hukukun kaynağı örf ve âdettir (Oğuzoğlu 1959: 16-19).

2. Cumhuriyet devri: Bu dönem M.Ö. 510 yılından başlayıp M.Ö. 27 yılına kadar devam eder. Bu dönemde örf ve âdet hukuku tedvin edilerek On İki Levha Kanunları oluşturulmuştur. Böylece hukukta ilk olarak örf ve âdet hukuku yanında yazılı hukuka da yer verilmiştir (Oğuzoğlu 1959: 21-26).

3. Prenslük devri: Bu dönem M.Ö. 27 yılından başlayıp 284 senesine kadar devam etmiştir. Bu dönemle alakalı pek çok belge vardır. Bu dönemde Roma'da önemli hukukçular yetişmiş ve hukuk bir ilim olarak büyük mesafeler kat etmiştir. Kanun yapma yetkisinin bir kısmını elinde bulunduran senatonun aldığı kararlar ve

Constitutio denen imparator iradeleri bu devrin yeni hukuk kaynaklarıdır. Buna rağmen âdet hukuku önemini korumuştur (Oğuzoğlu 1959: 31-36).

4. Mutlakiyet devri: Bu dönem Diocletianus'un tahta çıktığı 284 tarihinde başlayıp Justinianus'un öldüğü 565 yılına kadar devam eder. Bu dönemde bütün yetkiler imparatora toplanmıştır. Bu dönemdeki tek hukuk kaynağı imparatorun iradesidir (Oğuzoğlu 1959: 41-42).

Yukarıda sıraladığımız bu dönemlerden tezimiz açısından en fazla önem arz eden Roma hukuk tarihinin birinci dönemini teşkil eden "krallık devresi"dir. Çünkü bu dönemde hukukun tek kaynağı örf ve âdettir. Nitekim "Cumhuriyet devrinde" örf ve âdet hukuku tedvin edilene kadar örf, hukukun tek kaynağı olarak işlev görmüştür.

Krallık döneminde Roma devlet hukukunun tek kaynağı olan örf ve âdetin yazılı olmaması bu döneme ait bilgilerin sıhhat derecesini olumsuz yönde etkilemiştir. (Oğuzoğlu 1959: 16; Karaman 1989: 32).

Günümüzde yürürlükte olan hukuk sistemlerinin çoğunun kaynakları arasında, ilk devresi itibariyle tamamen örf ve âdete dayanan Roma hukuku vardır. Nitekim Almanya, Fransa, İtalya, İsviçre ve doğal olarak da Türkiye gibi ülkelerde özel hukuk kaidelerinin önemli bir kısmı Roma Hukuku orjinlidir (Oğuzoğlu 1959: 8).

1.2.2 Eski Türk Hukukunda Örf

İslamiyet öncesi Türk devletlerinde diğer bütün göçebe toplumlarda olduğu gibi, sadece örf-âdet niteliğinde bir hukuk sistemi söz konusuydu. Nitekim bu alanda yapılan çeşitli araştırmaların hiçbiri günümüze kadar ulaşan, anayasa niteliğinde yazılı hukuk kuralları tespit edememiştir (Bilen 1994: 28).

İslamiyet'ten sonra kurulan, Karahanlı, Gazneli ve Selçuklu devletlerinde örf ve İslam hukuku yanında ayrı bir Türk Amme Hukuku da gelişmiştir. Bu hukukî

unsurların bir kısmı aynen, bir kısmı da şekil değiştirerek İslam kisvesi altında varlıklarını devam ettirmiştir (Bilen 1994: 28; İnalçık 1993: 320).

Bazı Türk toplumlarında örf, birinci derecede hukuk kaynağı olarak etkinliğini sürdürmüştür. Nitekim Kırgızlar-Kazaklar davaları töreye göre beylerin huzurunda çözer, törenin şer'î hukukla çatışması durumunda ise töreyi esas alırlardı. Örneğin evli bir kız, babasının malından Şeriat'a göre mal talep etmesi durumunda; bey, töreye dayanarak onun isteğini reddederdi (Bilen 1994: 41). Harzemşahlar da askerî mahkemelerde örf ve âdet kaidelerine göre hüküm verirlerdi (Bilen 1994: 39).

Osmanlı hukuk sisteminde ise şer'î hukukun yanında bir de devlet başkanının, müslüman cemaatin faydası için kendi iradesine dayanarak çıkardığı “örfî kanunlar” vardı (İnalçık 1963: 480-1). İslam hukukunun devlet başkanına sınırlı bir yasama yetkisi tanıdığı düşünüldüğünde söz konusu örfî kanunlar da şer'î hukuk içerisinde değerlendirilmelidirler. Nitekim Osmanlı Devleti'nin hukukî tatbikatını yansıtan ana kaynakların, kanunnameler ve şer'iyye sicilleri olduğunu belirten Ahmet Akgündüz (1990: 459), şer'iyye sicillerinin şahıs, aile, miras, borçlar, ticaret, devletler hukuku, kamu, ceza ve anayasa hukukunun çoğunluğunu kapsadığını, bunun da Osmanlı hukukunun %85'ini oluşturduğunu belirtmektedir. Şer'iyye sicillerinde genel olarak şer'î hükümlerin esas alındığı düşünüldüğünde Osmanlı hukukunun İslam hukuku ile aynı olduğu söylenebilir. Bu yüzden şer'iyye sicilleri gibi örfî hükümleri içeren kanunnameleri de İslam hukuku dışında değerlendirmek doğru değildir. Çünkü ileride görüleceği gibi, İslam hukuku nazarında örf, belli şartlar çerçevesinde hükümlerin oluşmasında dikkate alınmıştır.

Tanzimat devrinden sonra ise aşamalı olarak İslam hukukundan uzaklaşarak ticaret, ceza ve usûl hukuku yanında medeni hukukta da Batılı ülkelerin kanunlarından alıntılar yapılmıştır (Bilge 2004: 93).

1.2.3 Cahiliyye Araplarında Örf

Kur'an'da İslam öncesi Arapların içinde buldukları durumu ifade etmek için kullanılan (Ahzâb 33/33) "Cahiliyye" kelimesi, "Cahiliyye devri" anlamında Hz. Peygamber'den önceki "fetret" in karşılığı olarak geçmektedir (Zeydan 1999: 16). Araplar, tevhid akidesine aykırı bir inancı benimsemeleri, bazı helalleri haram bazı haramları da helal olarak kabul etmeleri, çağdaşları olan milletlere nispetle daha kapsamlı bir cehalet içerisinde olmaları gibi nedenlerden dolayı "Cahiliyye" nitelemesiyle anılmışlardır (Ali el-Kârî 2007: III, 54; Osmanî 2006: III, 377).

Cahiliyye döneminde yaşayan Arapların işleri örf, âdet ve gelenekten oluşan yazılı olmayan hukuk kuralları çerçevesinde yürümekte, husumet ve anlaşmazlık durumlarında da onları esas alarak yargılama yapmaktaydılar. Onlar bu dönemde ne bir hükümete ne de yasama yetkisini elinde bulunduran bir otoriteye sahiptiler. Anlaşmazlık durumunda kabile liderlerine ya da kahinlere başvururlardı (Zeydan 1999: 23).

Bu dönemin hukuk alanındaki başvuru mercileri yazılı hukuk ve belli ilkeler yerine ya tecrübelerin oluşturduğu örf ve gelenekler, inançlar ya da Yahudiler yoluyla Araplara ulaşan esaslardan ibaretti. Örf ve gelenek üzerine kurulan Cahiliyye hukukunun belli bir ceza sistemi olmadığından insanlar ortaya çıkan hükme dilerse itaat eder dilerse onu reddederdi. İtaat etmeyenler için söz konusu olabilecek en olumsuz durum kabilenin kızgınlığı idi (Emîn 2004: 217).

İslam'ın Cahiliyye döneminin yazılı olmayan hukuk kurallarıyla, diğer bir deyişle Arapların örf ve gelenekleriyle ilişkisi, onların bir kısmını onaylama, bir kısmını inkar etme, diğer bir kısmını da değiştirip düzeltme şeklinde olmuştur (Emîn 2004: 217). Bu konu çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

1.2.4 Modern Hukukta Örf

Türkiye Cumhuriyeti, her alanda olduğu gibi hukuk sahasında da Osmanlı Devleti ile arasına mesafe koymayı ve modern bir yapılanma içerisinde olmayı ilke

edinmiştir. Bu yüzden yeni kanunlar çeşitli Avrupa devletlerinin hukuk sistemlerinden ya olduğu gibi ya da kısmî değişikliklerle iktibas edilmiştir. Nitekim İcra ve İflas Kanunu, İsviçre'nin 1889 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'ndan; Ceza Kanunu, İtalya'nın 1889 tarihli Ceza Kanunu'ndan; Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu, 1887 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'ndan; Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu ise, İsviçre'nin 1925 tarihli Neuchatel Usûl Kanunu'ndan bazı değişiklikler yapılarak alınmıştır (Bilge 2004: 93).

Osmanlı sonrası Türk hukuku, Batı hukuk sistemlerinde olduğu gibi yazılı hukukun olmadığı durumlarda örf ve âdet hukukunu esas almıştır (Şener 1987, 98). Bu durum Medenî Kanunun 1. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

1961 Anayasasının 132. maddesinin gerekçesinde, “Hâkim, hüküm verirken objektif kaidelerden başka hukuk prensiplerini de nazara alacaktır ve delillerin takdirinde ve bunun sonunda hükme varışında vicdanî kanaatine göre hareket edecektir.” denmektedir. İlgili maddenin Danışma Meclisi tutanaklarında bu konuda, Medeni Kanun'un başlangıç maddesine de göndermede bulunarak, bu konuya ilişkin (normlar hiyerarşisinin yansıtılmasına dair) düzenlemenin anayasada yer alması gerektiği ileri sürülmüş; ancak madde metninde geçen, ‘hâkim, kanuna, hukuka ve vicdanî kanısına uygun olarak...’ ibaresinde yer alan hukuk teriminin zaten örf ve âdet hukukunun bir ifadesi olduğu söylenerek ayrıca zikredilmesinin gereksizliğine karar verilmiştir. Yukarıdaki ifadede geçen hukuk teriminden yazılı olmayan hukuk anlaşılmaktadır. Aksi takdirde ayrıca ‘kanun’ ifadesinin belirtilmesinin bir anlamı olmazdı.⁷ (Işıқтаç 1992: 45).

⁷ 1982 Anayasası 138. maddesinin gerekçesinde, bu konuyla alakalı bir açıklamada bulunulmamıştır (Işıқтаç 1992: 45).

Modern dönem Türk hukukunda örf-âdet, hukukun ikinci kaynağı olarak görülmüş ve kanunu tamamlayıcı bir unsur olarak değerlendirilmiştir (Saymen, 1948: 79). Kanunda açıklık bulunmaması durumunda ise hâkime, örf'e başvurma yetkisi tanınmıştır (Şener 1987: 98).

Günümüzde örf ve âdet hukukuna, daha çok yazılı hukukla birlikte bir rol tanınmakta, onun soyut bir ifade olmaktan çok, toplumun adalet anlayışının hukuka yansımış bir biçimi olarak kabul edildiği belirtilmektedir (Işıқтаç 1992: 51).

1.2.5 İslam Hukukunda Örf

İslam hukukunda genelde şer'î kaynaklar arasında zikredilen örfün konumu ile ilgili görüşleri şu şekilde değerlendirmek mümkündür:

1.2.5.1 Örfü Şer'î Kaynak Kabul Etmeyenler

Şafî mezhebine mensup hukukçuların, örfü delil olarak kabul etmedikleri rivayet edilmektedir (İbn Hacer 2000: X, 639; Ebû Zehre 2002: 358). Fakat araştırmamız neticesinde bu şekilde bir genelleme yapmanın doğru olmadığı kanaati ortaya çıkmıştır. Nitekim Cemalüddîn İsnevî (v. 772/1330) Şafîlerin kaynak değer açısından örfü ikiye ayırdıklarını kavî örf ile tahsisi kabul ettiklerini buna mukabil insanların uygulaması yani ameli örfü delil olarak almadıklarını belirtmektedir (1999: 217; İzmirli 2005: sy. 5, 213). Şafîlerin örfü delil olarak kabul etmedikleri yönündeki genellemeci rivayet ise tespit edebildiğimiz kadarıyla Kurtubî'ye (v. 671/1273) aittir. Nitekim Kurtubî, Hz. Peygamber'in, Ebû Süfyan'ın cimriliğinden şikayet eden Hind binti Utbe'ye, eşinin malından "ma'rûf" ile kendisine ve çocuklarına yetecek kadar nafaka almasını emreden (Buhârî Buyû' 95; Nafakât 9) hadisini zikredip, "Bu hadis örfü lafzen reddeden fakat gerçekte onunla amel eden Şafî hukukçuların zıddına örfün şer'î konularda delil olduğuna delalet etmektedir." der (İbn Hacer 2000: X, 639; Ebû Zehre 2002: 358). Şafîî bilginlerden İbn Hacer el-Askalânî (v. 852/1448) Kurtubî'nin bu ifadesinin gerçeği yansıtmadığını, Şafîî hukuçuların, örfü ancak şer'î bir nassla

çatışması ya da nassın onu yönlendirmemesi durumunda reddettiklerini belirterek Kurtubî'ye itiraz eder (İbn Hacer 2000: X, 639).

Şafîî hukukçuların da örfü dikkate aldıkları kabul edildiğinde tartışma daha farklı bir mecraya yani örfün nass ve icma gibi müstakil bir delil olup olmaması noktasına kaymaktadır. Bu durumda örfle ilgili asıl tartışma, onun müstakil mi yoksa dolaylı şer'î bir kaynak mı olduğu yönünde gerçekleşmektedir.

Usûlcü 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 (Elfî 1988: V/IV, 3275) Bu durumda örf bizzat delil değil kıyas gibi hükmü ortaya çıkaran bir delildir. Gerçek delil ise örfün dayandığı nass, icma gibi esaslardır (Kuvte 1997: I, 225-6).

Çağdaş araştırmacılardan Hallâf (v. 1375/1956), Ebû Sünne ve Seyyid Salih İvad (1940: 70; 1992: 40-42; ty.: 617) da örfün müstakil bir delil olmadığı görüşündedir.

Örfün müstakil bir delil olmadığını savunan hukukçular, görüşlerini şu gerekçelere dayandırmaktadırlar.

Dikkatle incelendiğinde örfle ilgili her hükmün şer'î bir delile döndüğü görülecektir. Mesela menkul malların vakfedilmesi, istisna' akdi, ne kadar su tüketeceğini bilmeden kişinin hamama girmesi gibi hususlar, müctehitlerin de katıldığı amelî icmaya dayanmaktadır. İbnü'l-Hümâm İstisna' akdinin Hz. Peygamber devrinden günümüze kadar karşı çıkılmadan gelen amelî bir icmaya dayanan genel bir uygulama olduğunu, bu yüzden ona istihsanen onay verildiğini belirtmektedir (Ebû Sünne 1992: 41; Elfî, 1988: V, IV, 3275).

İmam Malik'in Medinelilerin uygulamasını delil kabul etmesi de Medinelilerin icmayı ile istidlal etmeye dayanmaktadır (Ebû Sünne 1992: 41).

Örfün kaynağı akıldır. Akıl da hüküm koyucu bir özelliğe sahip değildir. Dolayısıyla akıl gibi ondan doğan örf de müstakil bir delil olamaz.

Örf her zaman bir maslahatı temin etmediği gibi bazen de içerisinde zarar barındırır. Nitekim Arapların kız çocuklarını diri diri gömmeleri, erkek çocukların babaları öldüğünde geride bıraktıkları eşleriyle (üvey anne) evlenmeleri, iki kız kardeşi tek bir nikah altında tutmaları gibi örf ve âdetlerinde fert ve toplum için hiçbir fayda yoktur. Buna rağmen bu örfler uzun yıllar uygulamada kalmıştır. Cahiliyye dönemi Arapları ancak Kur'an gelip yaptıklarının çirkin olduğuna dikkat çekince âdetlerini terk etmişlerdir (Ebû Sünne 1992: 37-39). Bu durum tek başına doğruyu göstermede yeterli olmayan aklın kaynaklık ettiği örfün delil kabul edilmesinin sakıncalarını göstermektedir. İnsanların zararlı olan şeyleri ancak vahyin yönlendirmesiyle fark edebilmesi (kız çocuklarını diri diri gömmek, babanın eşiyle evlenmek gibi) örfün şer'î bir asla dayanması durumunda dikkate alınabileceğini desteklemektedir (Ebû Sünne 1992: 41; Elfî, 1988: V, IV, 3275).

Bütün bunlar örfün şer'î bir kaynak ve kaynak ile delil kelimelerinin kendisi için mutlak olarak kullanıldığı bir asıl olmadığını göstermektedir (Ivad ty.: 617). Bu durumda örf ancak sonuç itibarıyla şer'î bir kaynağa dönüşebilmektedir.

1.2.5.2 Örfü Şer'î Kaynak Kabul Edenler ve Delilleri

İslam hukukçuları, örfün hukukî yönü ile alakalı detayda farklı yaklaşımlar içerisinde olmalarına rağmen, hükümlerin oluşmasında örfün dikkate alınması hususunda ittifak etmişlerdir. Nitekim bir kısmı örfü, delil, bir kısmı usûl kaidesi olarak ele almış, Âmidî (v. 631/1234), İbn Hacib (v. 646/1248) ve İz. b. Abdisselam (v. 660/1262)'in da aralarında yer aldığı hukukçular ise küllî kaide şeklinde değerlendirmişlerdir (el-Ulvânî 2003: 52).

İslam hukuk ekollerinin tamamının dikkate aldığı örfü Maliki'lerden sonra en fazla Hanefi hukukçular itibar etmiştir (Ebû Zehre 2002: 358). Nitekim Karâfî (v. 684/1258), örfün İslam hukuk ekollerinin tamamı tarafından kabul edilen bir delil

olduğunu, araştırmacıların da bu durumu, onların uygulamalarında ve eserlerinde açık bir şekilde belirttiklerini görebileceklerini söylemektedir (2004: 353).

Malikî ve Hanefî fakihler örfü, kesin bir delilin olmadığı yerde fikhî asıllardan biri olarak kabul etmişlerdir. Şafîiler de nassın olmadığı konularda örfü dikkate almışlardır (Ebû Zehre 2002: 358). Bazı Hanbelî fakihler özel durumlarda örfü itimat etmişlerdir (Şemmâm 1988: V/IV, 3377). İmamiyye Şiası ise örfü aklın hükmünü tekit eden bir unsur ya da icmam delillerinden kabul etmişlerdir (Şemmâm 1988: IV/V, 3377).

Örfü tâli bir delil olarak ele alanlar başta olmak üzere ona değer yükleyen diğer bütün İslam hukukçuları, örfün (Ebû Sünne 1992: 29) hukukî açıdan bir değer ifade ettiğini gerekçelendirebilmek için farklı delillerle istidlal ederek konuyu ayrıntılı bir şekilde tartışmışlardır. Fer'î hükümlerin önemli bir bölümüne kaynaklık eden örfün, hukukî yönünün farklı delillerle temellendirilmiş olması dayanaklarının tespit edilip incelenmesini gerekli kılmaktadır. Bu dayanakları Kur'an, Sünnet, İcma ve Mesâlih-i Mürsele olarak sıralamak mümkündür.

1.2.5.2.1 Kur'an

Örfün hukukî yönünü Kur'an'la temellendiren hukukçular daha çok ayetlerde detayı insanlara havale edilen hak ve görevler (Bakara 2/228) ve örfün türdeşi olan kelimelerle istidlal etmişlerdir. İbn Arabî, "Eli geniş olan, elinin genişliğine göre nafaka versin. Rızkı dar olan da, Allah'ın ona verdiğiinden (o ölçüde) harcasın." (Talâk 65/7) ayetini tefsir ederken, Şârî'in nafakada şer'î bir ölçü tayin etmediğini, ölçüyü örfüye havale ettiğini belirtir. Bu yüzden müctehit, infak edenle kendisine nafaka verilenin durumuna bakarak örf çerçevesinde nafakayı belirler (2003: IV, 219).

Bu alanda kullanılan delillerin en açık olanı, "Sen affet, örfü emret ve cahillerden yüz çevir!" (Araf 7/199) ayetidir. Nitekim İbn Âbidîn (v. 1252/1836) de örfle alakalı kaleme aldığı "Neşru'l-Arf fî Binâ-i ba'di'l-Ahkâmi alâ'l-Urf" adlı eserinde bu duruma dikkat çekmektedir (ty.: II, 113). İlgili ayetle istidlal edip

örfün hukukî açıdan bir delil olduğunu ifade eden Karâfi, “Bir delil olmaması durumunda bu ayetin zahirine bakarak örf ve âdetin doğruladığı şeye dayanarak hüküm verilir.” (ty.: III, 149) demektedir. Karâfi’nin yaklaşımını benimseyen Alâuddin et-Trablusî (v. 844/1440), ayette geçen örf kelimesinin insanların âdetleri ve teamülleri anlamında olduğunu, Yüce Allah’ın da Hz. Peygamber’e “örfü emret” buyurmasının hukukî konularda onun dikkate alınması gerektiğine delalet ettiğini, aksi takdirde bu emrin bir faydasının olmayacağını söylemiştir (Ebû Sünne 1992: 29). Ayette hukukçulara, şer’in reddetmediği hususlarda, insanların tanıyıp bildiği şeylerin yani örfün esas alınarak hükümlerin belirlenmesinin emredildiğini söyleyen Suyûtî (v. 911/1505), bu durumun örfün dikkate alınması noktasındaki hukukî prensibin esasını oluşturduğunu, bunun altında sayılamayacak kadar çok konunun yer aldığını ifade eder (Kuvte 1997: I, 182). Âlûsî (v. 1270/1854) ayette geçen örfü, yukarıdaki ifadeleri destekler bir içerikte, “Güzel olarak bilinen, bu yüzden de insanların karşı çıkmadan kabul etmelerine daha yakın olan fiiller” olarak açıklamaktadır (2005: V: 137).

Örfün, hukukî bir delil olduğunu savunanların görüşlerini temellendirirken bu ayetle istidlal etmelerine birçok açıdan itiraz edilmiştir. İtiraz edenlerin bir kısmı bu ayetle istidlalin yerinde olmayacağına vurgu yaparken, diğer bir kısmı ise istidlalin batıl olduğunu belirtmiştir (Ebû Sünne 1992: 24-25; Kuvte I, 183). Öncelikle bilinmelidir ki Hz. Peygamber’den sonra gelen müfessirlerin önemli bir bölümü ayette geçen örf kelimesini ıstılahî anlamından farklı anlamışlardır. Nitekim Kevserî ayette geçen örf kelimesini âdet şeklinde tefsir edenlerin rivayet ve dirayet yönünden yetersiz olduklarını belirtmektedir. Buna gerekçe olarak da örfün âdet anlamında tanımlanmasının vahiy devrinden sonra olmasını zikretmektedir (Kevserî ty.: 235). Bunda Hz. Peygamber’in ilgili ayeti Cebrail’e isnat ederek, zulmedenı affetmek, mahrum bırakana sadaka vermek, irtibatı koparana da sıla yapmak (Taberî 2005: VI, 154) şeklinde tefsir etmesinin büyük rolü vardır. Hz. Peygamber’in ashabından olması cihetiyle ayetleri tefsir etmesi ayrı bir önem arz eden Abdullah b. Abbas (v. 68/687) ilgili ayette geçen örfü, iyilik etmek ve ihsanda bulunmak şeklinde tarif etmiştir. Abdullah b. Zübeyr de (v. 73/692) ayetin insanların ahlakıyla ilgili olarak indiğini belirtmiştir. Süddî,

Yüce Allah'ın neshettiğini bildirmediği önceki peygamberlere ait şeriatlar, Dahhâk ise büyük şehirlerde geçerli olan kesin delile aykırı yönü bulunmayan âdetler şeklinde tanımlamaktadır (el-Cîdî 1982: 54). Diğer bazı müfessirler Yüce Allah'ın Hz. Peygamber'e öğrettiği ahlak esasları (İbn Kesîr 1399: II, 769); mekârim-i ahlak (Ebû Hayyan 1993: IV, 444); varlığı yokluğundan daha hayırlı olan (Konevî 2001: VIII: 580) gibi anlamlarla izah etmişlerdir.⁸

İtiraza gerekçe olarak ileri sürülen delillerin de gösterdiği gibi ayette emredilen örf, “güzel kabul edilen şey” şeklinde tefsir edildiğinde tam olarak ıstılahî anlamdaki örfün karşılığını vermemektedir. Fakat ayetle örfün ıstılahî anlamı arasında şu açıdan güçlü bir irtibat vardır: -Daha önce de belirtildiği gibi- ayette geçen örfü, “vicdanlarda yerleşen ve selim tabiatlarca kabul gören söz ve eylemler” şeklinde tefsir etmek mümkündür. Nitekim ilgili ayette örf kelimesinin başına istiğrakiyye anlamında olan “el” takısının gelmesi ona kuşaticılık ve yaygınlık anlamı kazandırmaktadır. Bu yüzden müfessirlerin önemli bir bölümü de örf kelimesini yaygın anlam çerçevesinde tefsir etmişlerdir. Buna göre ayette emredilen örf hem, “güzel kabul edilen şeyi” hem de, “vicdanlarda yerleşen ve selim tabiatlarca benimsenen söz ve eylemleri” kapsar.

1.2.5.2.2 Sünnet

İslam hukukçuları şer'î bir delil olan örfün dayanakları arasında, Hz. Peygamber'in sözlü, fiilî ve takrirî sünnetinin de önemli bir yer tuttuğunu ifade etmişlerdir.

1.2.5.2.2.1 Sözlü Sünnet

Serahsî (v. 483/1090) ve Kâsânî'nin (v. 587/1191) (2001: XII, 138; 1997: V, 3) de içinde yer aldığı pek çok hukukçu gerek fer'î hükümleri örf'e dayandırırken gerekse de örfün şer'î bir delil olduğunu ispat ederken Abdullah b. Mes'ud'dan gelen şu rivayeti kullanmaktadır: “Yüce Allah, kulların kalbine nazar kıldı ve içlerinden Hz. Muhammed'i seçip peygamber olarak gönderdi. Tekrar nazar kılıp

⁸ Diğer açıklamalar için bk. Tez, 8.

O'nun için sahabeyi seçti ve onları dininin yardımcıları, peygamberinin yakın arkadaşları ve destekçileri yaptı. Müminlerin iyi ve güzel görüp bildikleri Allah katında da güzel; çirkin gördükleri Allah katında da çirkindir.” (Ahmed I, 379; Malik Salât 71; hadisin son kısmı için Hakîm III, 84; Leknevî 2005: I, 230-3). Daha çok Hanefî hukukçulara ait eserlerde Hz. Peygamber'in sözü olarak verilen (DİA 2007, XXXIV, 89) bu rivayetin örfün hukukî bir kaynak olduğuna delalet etmesine isnat ve istidlal açısından itiraz edilmiştir.

Alâî (v. 761/1359) bu hadisle ilgili şöyle demektedir: “Uzun süre araştırmama ve sorup sorgulamama rağmen bu rivayeti, hadis kitaplarında zayıf bir senetle de olsa merfu olarak bulamadım. Bu, Abdullah b. Mes'ud'a ait mevkuf bir hadistir.” (İbn Nüceym 1998: 115). Abdullah b. Yusuf Zeyla'î (v. 762/1360) rivayetin merfu olarak garip olduğunu, yalnız Abdullah b. Mes'ud'tan farklı yollarla mevkuf olarak nakledildiğini belirtir (Zeyla'î ty: IV, 133); İbn Kayyim da (v. 751/1350), söz konusu rivayetin merfu olmadığını ancak bu alanda bilgisi olmayan kişiler tarafından Hz. Peygamber'e izafe edildiğini söyler (1996: 60; Kuvte 1997: I, 189).

Eser hakkında yapılan değerlendirmelerden de anlaşıldığı gibi rivayet Hz. Peygamber'e ait merfu bir hadis değil, Abdullah b. Mesud'dan mevkuf olarak rivayet edilen hadisin bir bölümüdür (Ebû Sünne 1992: 32).

İctihat kapsamına girmeyen konulardaki sahabe sözü ve fiili, lafız itibariyle mevkuf olsa da hükmen merfudur. Bu durumdaki mevkuf hadisler, sıhhat şartlarını taşımaları durumunda merfu hadis gibi delil olurlar (Tahhân 1987: 131-3). Özellikle Hanefî hukukçuların, ilgili hadisi bu kapsamda değerlendirip örfün şer'î bir delil olduğuna dayanak yapmaları, senede yöneltilen tenkitleri zayıflatmakla beraber bütünüyle ortadan kaldıramamaktadır.

Hadis metni şu açılardan tenkide tabi tutulmuştur: Metinde geçen “el-müslimûn” kelimesi ile avam değil müctehitler kastedilmektedir. Çünkü “mâ raâhû/gördüğü şey” ifadesindeki “raâ” fiili delillerin birbirine muhalif olması durumunda doğruya ulaşmak için derin düşünme ve araştırma sonucunda oluşan kalbin bilgisi

anlamına gelen “re’y” mastarından türemiştir (İbn Kayyim 1996: I, 73). Bu da ancak istinbat edebilme dirayetine sahip, ictihat mertebesine yükselen kişilerde olur (Ebû Sünne 1992: 32). Ayrıca “el-müslimûn” kelimesindeki cins için olan “el” takısının mecaz ya da mübalağa anlamı içeren ve cinsin sadece mübalağa için olan isimlerinin başına gelen şekli kabul edilmesi durumunda anlam, “müctehitlerin güzel olarak bildikleri” şeklinde olur. Çünkü müslüman sıfatını temsil eden en yetkin kişiler müctehitlerdir. Metinde, müslümanların geneline işaret eden bir emare olmadığından kelime en yetkin olanla sınırlandırılır. Buna göre anlam şu şekilde olur: “Sahabe ve müctehitlerin güzel görüp bildiği, Allah katında da güzel; çirkin kabul ettikleri ise Allah katında da çirkindir (Leknevî 1992: 46).

Şayet “el-müslimûn” kelimesinin başındaki “el” takısı, istigrak-i hakikî olarak kabul edilirse bu durumda kelime geneli kapsar ve hadisin anlamı, “Bütün müslümanların güzel görüp bildiği, Allah katında da güzel; çirkin kabul ettikleri Allah katında da çirkindir.” şeklinde olur (Leknevî 1992: 46). Buna göre hadiste geçen ‘müslümanların görüp bildiği’ ifadesi, nüfûz sahibi (ehlu’l-hall ve’l-akd) alimlerin icması anlamında kabul edilir (Ebû Sünne 1992: 32). Nitekim Âmidî hadisin müslümanların icmama işaret ettiğini, icmanın da bir esasa dayandığından delil olduğunu belirtir. Âmidî ayrıca, hadiste müslümanlardan herhangi birinin güzel gördüğünün Yüce Allah katında da güzel sayılacağına işaret eden bir karine olmadığını, zaten böyle bir durumun da kabul edilemeyeceğini belirtir (ty.: IV, 394).

Buna göre hadis bütün müslümanların güzel görüp kabul ettikleri örfün şer’î delil kapsamında değerlendirilebileceğine açıkça delalet etmese de onun, alimlerin güzel gördükleri sahih örfün delil olacağına işaret ettiği söylenebilir.

1.2.5.2.2.2 Fiilî Sünnet

İslam hukukçuları, örfün dayanakları arasında fiilî sünneti de zikretmişlerdir. Aşağıdaki rivayetler örfün fiilî sünnetteki dayanakları arasında yer almaktadır.

Hız. Peygamber Urve b. Ebû'l-Ca'd el-Bârigî'ye kendisine bir kurbanlık ya da koyun satın alması için bir dinar verir. O da bununla iki koyun alır. Onlardan birini, bir dinara satar ve Hız. Peygamber'e koyunla birlikte bir dinar getirir. Bunun üzerine Allah Resûlü, Urve'ye alışverişinin bereketli olması için dua eder ve "Toprak satın alsa onda da kâr eder" buyurur (Ebû Davûd Buyû' 28).

Urve bu muameleyi örfî açıdan verilmiş kabul edilen izne göre yapmış ve Hız. Peygamber de bunu onaylamıştır. Zira örf'e göre vekil, kendisine emredilen muameleden daha hayırlısını yapma noktasında müvekkile muhalefet etme yetkisine sahiptir. Her ne kadar müvekkil bunu açıkça belirtmese de vekâletin hedef ve amacı bu istikamettir (İbn Kayyım 1996: II, 384).

Ebû Taybe, Hız. Peygamber'in vücudundan kan alınca, Allah Resûlü ona ücret olarak bir sa' (3.333 gr) hurma verilmesini, efendisi olan Harise oğullarına da, Ebû Taybe'nin ödemesi gereken vergiyi hafifletmelerini emretmiştir (Buhârî Buyû' 39).

Hız. Peygamber Ebû Taybe ile, kan alma ücretinde anlaşmadan, örf'e dayanarak kan almasına müsaade etmiştir (Aynî 2001: XII, 25).

Hicretin dokuzuncu yılında Hız. Peygamber'le müşrikler arasında yürürlükte olan anlaşmayı bozan ayetleri de içeren Berâe Suresi'nin ilk on ayeti inince Allah Resûlü, Hız. Ebû Bekir'i bu ayetleri Mekkelilere okuması için görevlendirip gönderir (Aynî 2001: XVIII, 354). Daha sonra bu ayetleri benim ailemden birisinin tebliğ etmesi gerekir (Tirmzî, Tefsir, Tevbe 5) buyurarak Hız. Ali'ye, Ebû Bekir'e yetişip ayetlerin yazılı olduğu sahifeyi ondan alıp, Mekkelilere bizzat kendisinin okumasını emreder (Buhârî Tefsir, Berâe 3).

İbn Hacer, alimlerin Hız. Peygamber'in Ebû Bekir'in ardından ilgili ayetleri duyurması için Hız. Ali'yi göndermesinin hikmeti kapsamında şöyle dediklerini nakletmektedir: "Arap örfüne göre bir anlaşmayı ancak onu akdeden kişi ya da onun emriyle ailesinden biri bozabilir. Hız. Peygamber de bu konuda onların

örfüne göre davranıp Hz. Ali'yi göndererek anlaşmayı yürürlükten kaldırdığını ilan etmiştir (İbn Hacer 2000: IX, 216; Cemal 2006: III, 226).

Hz. Peygamber, Rumlar'a İslam'a davet mektubu yazmak istediğinde sahabe tarafından kendisine, "Onların diplomasi geleneklerine göre mühürlü mektup okunmaz." denince, yazısı, "Muhammed Resûlullah" şeklinde olan gümüş bir mühür yüzük temin etmiştir (Buhârî Libas 52).

Hz. Peygamber'in Arap örfünde olmamasına rağmen mühür olarak kullanmak üzere bir yüzük edinmesi (İbn Hacer 2000: XI, 511), O'nun yaşadığı dönemin diplomasi geleneğine riayet ettiğini ve devletler arası yazışmalarda da muhatap ülkenin örfünü dikkate aldığını göstermesi açısından ayrıca önem arz etmektedir.

Yukarıdaki örnekler Hz. Peygamber'in çeşitli uygulamalarında örfü itibar ettiğini açıkça göstermektedir.

1.2.5.2.2.3 Tahrîrî Sünnet

Hz. Peygamber'in sözlü ve fiilî sünneti gibi tahrîrî sünneti de örfün hukukî bir delil olduğunu desteklemektedir. Hz. Peygamber'in müslümanların bir kısmının söz ya da fiillerine vakıf olmasına rağmen onlara karşı çıkmaması şeklinde tanımlanan tahrîrî sünnet, O'nun ilahi emir ve yasakları duyurmak ve onlara aykırı olan hususların geçersiz olduğunu bildirmek üzere gönderildiği temel ilkesi çerçevesinde düşünüldüğünde, reddetmediği söz ve davranışı onayladığı dolayısıyla da meşru ve caiz olduğunu (Şa'ban, ty: 56) kabul ettiği anlamına gelir.

Buna göre Hz. Peygamber'in haberdar olmasına rağmen karşı çıkmadığı örf ve âdetler, tahrîrî sünnet kapsamında değerlendirilir. Nitekim Hicaz bölgesinde yer alan selem, mudarabe, şirket, kasâme, arâyâ (Buhârî Selem 1; Ebû Davûd Buyû' 28; Edeb 20; Müslim Kasâme 7; Buhârî Buyû' 75) gibi çeşitli ticarî ve cezaî örf ve âdetlerin İslam'da da yürürlüklerinin devam etmesi tahrîrî sünnet yoluyla gerçekleşmiştir (Ivad ty: 182).

Hız. Peygamber, bazı âdetleri takrîri sünnet yoluyla onaylarken bazılarını da bizzat uygulayarak fiilî sünnet çerçevesinde meşru hale getirmiştir. Nitekim Arapların ticarî örfünün bir parçası olan sipariş (istisna') akdini esas alarak minber ve yüzük yaptırmıştır (İbn Hacer 2000: IV, 319; X, 325).

1.2.5.2.3 İcma

Şevkânî (v. 1250/1834) icmayı, “Hız. Peygamber’in vefatından sonraki bir asırda yaşayan müctehitlerin herhangi bir konuda ittifak etmeleri” (ty: 109) şeklinde tarif etmektedir. Şevkânî, tarifte geçen, “herhangi bir konuda” ifadesinin kapsamını, şer’î, aklî, örfî ve lügavî konular olarak izah eder (ty: 110). Buna göre müctehitler nasslara aykırı olmamak kaydıyla örfle alakalı konular üzerinde icma edebilmektedir. Örfün icma yoluyla hukukî bir kimlik kazanması da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Nitekim, herhangi bir asırda yaşayan insanların bir uygulamayı örf haline getirmesi, buna devam etmesi ve bundan haberdar olan alimlerden birinin buna karşı çıkmaması ile oluşan onaylamaya (Ahmed 1992: 124) ya da müctehitlerin yürürlükte olan bir örfü uygulama noktasında avamla birlikte hareket etmelerine amelî icma denmektedir. Görüldüğü gibi başlangıçta örf olan bir söz ya da uygulama sonuç itibarıyla amelî icmaya dönüşebilmektedir.

Alışverişte satıcı ve müşterinin şart muhayyerliğine sahip olmaları (Meydanî 1996: I, 2002) sipariş akdinin meşruiyeti, nakledilebilir malların vakfedilebilmesi ve kişinin hamama ne kadar süreyle kalacağını ve ne ölçüde su tüketeceğini belirtmeden girmesi (Ebû Sünne 1992: 42) gibi hususlar söz konusu akitlerle alakalı genel kurallara aykırı örfî uygulamalardır.

İcma, insanların sosyal hayatta ihtiyaç duydukları nasslara aykırı olmayan uygulamaları meşru hale getirmiştir. Nitekim alışverişte alıcı ve satıcı tarafından icap ve kabul gerçekleşince akit, kusur ve görme muhayyerliği dışında taraflar için bağlayıcı olması gerekirken insanların uygulaması esas alınarak akde uygun olmamasına rağmen tarafların şart muhayyerliği ile alışveriş yapmaları caiz görülmüştür (Ebû Sünne 1992: 42).

Sipariş akdi de satıcının yanında olmayan ya da mevcut olmayan bir malı satması şeklinde gerçekleştiğinden, genel kurala aykırı bir uygulamadır. Kâsânî bu akdin caiz olmasının gerekçesini, insanlar tarafından asırlar boyu reddedilmeden uygulanmasına bağlamaktadır. Ona göre Hz. Peygamber'in, "Ümmetim sapıklık üzerinde birleşmez." (İbn Mâce Fiten 8) hadisi ile, "Müslümanların güzel gördüğü Allah katında da güzeldir..."⁹ sözü bu uygulamayı desteklemektedir. Bu yüzden genel kural, örf üzerinde oluşan icma ile terk edilmiştir (1997: VI, 85).

Kâsânî, genel kurala aykırı bir şekilde hamama girmenin caiz görülmesini de aynı gerekçeye bağlamaktadır (1997: VI, 85).

Genel kurala aykırı olarak taşınır malların vakfedilmesinin caiz olduğunu söyleyen İmam Muhammed (v. 189/805) ise ictihadına insanların uygulamalarını gerekçe göstermektedir (Ebû Sünne 1992: 42).

Örfe dayanan çok sayıda uygulama, müctehitlerin haberdar olmalarına rağmen karşı çıkmamaları (Bâhisîn, 2004: 126) ya da bizzat uygulayıcılar arasında yer almaları ile caiz görülmüş ve amelî icma olarak meşruiyet kazanmıştır.

1.2.5.2.4 Mesâlih-i Mürsele

Mesâlih-i mürsele, hükmün kendisine bağlanması ve üzerine bina edilmesi insanlara bir fayda sağlaması ya da onlardan bir zararı gidermesi ile izah edilmesine rağmen dikkate alındığına ya da geçersiz kabul edildiğine dair ortada bir delil olmayan durumlara ve fiillere denir (Şa'ban ty: 162).

Esas itibariyle kanun koyucunun tasarruflarına uygun bir içerikte olan mesâlih-i mürsele (Ahmed 1992: 128) üzerine birçok hüküm bina edilmiştir. Çünkü maslahatın dikkate alınması gerek bireysel gerekse de toplumsal açıdan hayatın bir düzen içerisinde yürütülmesine imkan hazırlar.

⁹ Değerlendirme için bk. Tez, 9.

Örf ve âdetlerin önemli bir bölümünün hukukî açıdan meşruiyeti mesâlih-i mürsele esasına dayanmaktadır. Bu yüzden sahih örf'e dayanan hükümler gerçekte maslahat üzerine bina edilmiştir (Kuvte 1997: I, 141) demek yanlış olmaz. Çünkü toplumda zaruret ya da ihtiyaç olarak ortaya çıkan durumlar insanların uygulamalarıyla süreklilik kazanır ve sonuçta toplumun geneli tarafından kabul gören örf'e dönüşür. Maslahat olarak ortaya çıkan bu çeşit bir örfü terk etmek de oldukça zordur. Nitekim İslam hukukçuları, insanları âdetlerinden soyutlamanın zorluğuna dikkat çekmiş (Ahmed 1992: 128); sahih örfün maslahatın kısımlarından olduğuna, dolayısıyla da fakih tarafından terk edilmesinin doğru olmayacağına, bilakis fakihin onunla amel etmesi gerektiğine işaret etmişlerdir (Ebû Zehre 2002: 358; Hallâf 1940: 91)

Maslahat neticesinde ortaya çıkan master ve doktora öğrencilerinin tez hazırlama çalışmaları da zamanla örf haline gelmiş, günümüzde bir araştırmacı ancak tezini hazırlayıp, jüriye sunup, savunmasını yaptıktan sonra diplomasını alabilmekte yani yeterli görülmektedir (Ahmed 1992: 128).

Yukarıdaki örnekler örfün önemli bir bölümünün hukukî açıdan maslahata dayandığını teyit etmektedir.

1.3 Örfte Bulunması Zorunlu Şartlar

İslam hukukçuları, örfü belli şartları içermesi durumunda kaynak değer olarak kabul etmiş, aksi durumda ise örf'e göre hüküm vermenin caiz olmadığını belirtmişlerdir (Ebû Sünne 1992: 73). Buna göre ancak aşağıdaki şartlara sahip olan örf üzerine şer'î hükümler bina etmek mümkündür:

1.3.1 Örfün Devamlı (Muttarid) Veya Galip Olması

Örfün devamlı ya da galip olması ile, değişmemesi ve bütün ülkelerde ya da belli bir bölgede yaşayan insanların tamamı tarafından bilinecek şekilde yaygın olması anlaşılmaktadır (Ebû Sünne 1992: 73). Yukarıdaki tanımı devamlılık ve galip olmak kelimeleri çerçevesinde ayrı ayrı izah etmek gerekirse şöyle denebilir:

“Devamlılık, örfün aynı olay karşısında uzun süre tekrarlanan ve insanlar tarafından bilinen bir davranış biçimi ya da söz olmasıdır.”; “Galip olmak ise, uygulamanın örfü göre yapılması ve örfün olayların çoğunda gerçekleşmesi anlamına gelmektedir.” (Zerkâ 1998: II, 897-8).

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi sıklıkla değişen bir fenomen olmayan örfün toplumda yerleşmesi ve vicdanlarda karar kılması ancak devamlı olması ya da sıklıkla uygulanması ile mümkündür. Buna göre nadiren olan ya da uygulanma ve terk edilme oranları eşit kabul edilen örf şekilleri hukukî açıdan bir değer ifade etmez (Ebû Sünne 1992: 74). Bu konu Mecelle’de şu şekilde ifade edilmektedir: “Âdet ve örf ancak devamlı veya galip olması durumunda muteber olur.” (md. 41).¹⁰

Örfün devamlı ya da galip olması onun bütün İslam ülkelerinde yaygın olan ve insanlar tarafından benimsenen umumî örf şeklinde olmasını gerektirmez (el-Cîdî 1982, 106). Buna göre devamlı ve galip olma özelliğini koruyan, çoğunluk tarafından bilinen hususî içerikteki örfler de kendi bölgelerinde hukukî açıdan bir değer ifade ederler. Bu noktada İbn Âbidîn şunları söylemektedir: “Umumî ya da hususî içerikteki bir örfün hükmü, uygulandığı dönemin tanıkları için geçerlidir. Umumî bir örfün hükmü uygulandığı bütün ülke halkları için, bir bölgede mevcut olan hususî örfün hükmü de yalnız o bölge halkı için geçerlidir. Buna göre umumî bir örfle genel bir hüküm, hususî bir örfle ise özel bir hüküm sabit olur.” (İbn Âbidîn ty: II, 132; Kuvte 1997: I, 234). Nitekim bir müctehit örf ve âdeti kendi ülkesiyle farklılık arz eden yabancı bir ülkeye gittiğinde, ülkesinin örfünü terk edip gittiği ülkenin örfüne göre fetva verir. Aynı şekilde örfü farklılık arz eden bir ülkeden başka bir ülkeye giden mukallide de kendi ülkesinin örfü esas alınarak fetva verilir (Kuvte 1997: I, 2349). Eğer örf, devamlılık şartını kaybeder, bazen uygulanan bir şekle dönüşür ya da böyle bir yapıda olursa bu durumda onu dikkate alıp gereğince amel etmek mümkün olmaz (el-Cîdî 1982: 107). Çünkü bu durumdaki bir örf toplumun söz ve fiilde ortak refleksi olma özelliğini diğer bir deyişle kadîmlik vasfını kaybetmiş olur. Nitekim konuyla ilgili olarak Mecelle’de

¹⁰ Açıklama için, (Ali Haydar 1330: I, 105).

şöyle denmektedir: “Kadîm, kırk elli yıla denmez, kadîm odur ki onun evveli bilinmeye.” (md.: 116).

Konuyu şöyle bir örnekle izah etmek mümkündür: Bir ülkede örf, mehirin nikah akdinde peşin (muaccel) ve gecikmeli (müeccel) olacak şekilde belirlenmesi ile olur, halk da bütün akitlerde bu uygulamayı esas alırsa, o ülkede mehirle ilgili örf devamlı kabul edilir. Az sayıdaki olayda bu uygulamanın terk edilmesi ise örfün devamlılığına zarar vermez. Zira olayların çoğunda uygulamanın ona göre yapılması durumu devam etmektedir (Zerkâ 1998: II: 874).

1.3.2 Örfün Nassa Veya Temel Bir Esasa Aykırı Olmaması

İslam hukukçuları örfün muteber olabilmesi için Kitap ve Sünnet’e ya da her ikisi esas alınarak tespit edilen temel bir ilkeye aykırı olmamasını şart koşmuşlardır. Çünkü nassa, uyulması gereken kesin bir delildir. Buna göre toplumun içki içmeyi, kumar oynamayı, kadınların cenazenin arkasında yürümelerini, kabirlerde mum yakmayı, vücudun örtülmesi farz olan yerlerini açmayı örf haline getirmesi nassa aykırı uygulamalar olduğundan fasid kabul edilir. Çünkü bu tür örfler ya bir haramı helal ya da bir farzı mübah hale getirmektedir. İslam hukuku ise özünde fesat olan şeyleri onaylamayı değil, onları kaldırmayı hedefler. Bu yüzden bütün İslam hukukçuları nassa aykırı olan bir öfzü meşru kabul etmediği gibi onun bizzat kaldırılması gerektiğini ve örf olarak algılanmasının yanlış olduğunu söylemiştir. Aksi takdirde arzulara uyulup, İslam hukuku ve hukukun esaslarının yok olacağını belirtmişlerdir (Hayyât 1977: 58).

Örfe daha etkin bir alan tanımak isteyenlerin, “Gerektiği zaman örf nassın yerini tutar.” şeklindeki iddiaları kabul görmemiştir.¹¹ Nassa aykırı olan örfün dikkate alınmayacağı noktasında fikir birliği içerisinde olan İslam hukukçularının farklı vurgularla belirttikleri ifadeleri Serahsî genel prensipler çerçevesinde şöyle dile getirmektedir: “Nassa aykırı olan hiçbir örf dikkate alınmaz.”; “Nassa aykırı olan

¹¹ Örfü nassa yerinde değerlendiren Ziya Gökalp ile buna karşı çıkan İzmirli İsmail Hakkı arasındaki tartışmalar için, (Şener 2001: 259-269).

uygulamalara (örf) itibar edilmez.”; “Örf ancak hakkında nass olmayan konularda geçerlidir.” (2001: XII, 196; X, 146).

Buna göre İslam hukuku açısından insanların ticarî örfleri, siyasî programları, iktisadî uygulamaları ve sosyal kuralları nassla çatışmamak şartıyla dikkate alınır. Örfle nass arasında sadece görünürde bir çatışma olması veya örfün genel ya da sünnetin belirlediği özel bir yapıda olması durumunda örfün dikkate alınması ve mevcut iki delilin çatışmasının genel olan bir nassı tahsis etmek, mutlak olanı sınırlandırmak ya da genel kuraldan istihsan yapmak yollarından biriyle aşılması mümkün olur (Ebû Süne 1992: 83).

Bu yöntemlerin hiçbirinde örfü dikkate alarak nassı devre dışı bırakmak ya da nassa rağmen hüküm belirlemek söz konusu değildir. Bilakis böyle bir yaklaşım imkan nispetinde her iki delili de amel ettirmeye yöneliktir.

1.3.3 Örfün Akitteki Açık İfade İle Çatışmaması

Örf olarak bilinen bir konuda akit yapan iki tarafın açık görüş belirtmemeleri onu onayladıklarına ve benimsediklerine delalet eder. Aksine görüş bildirmeleri ise bu delaleti bozduğu gibi örfü de geçersiz hale getirir. Çünkü örf, açık lafzın delalet gücünden daha zayıf bir konumdadır. Nitekim bu durum genel bir prensip olarak şu şekilde ifade edilmektedir: “Açık ifade karşısında delalete itibar edilmez.” (Mecelle, md. 13; Ayrıntı için Ali Haydar 1330: I, 63; Zerkâ 1996: 141). Buna göre örf, nassın yanı sıra akdi yapan tarafların şartlarına da aykırı olmaması durumunda dikkate alınır. Nitekim birisi belli bir ücret karşılığında öğleden ikinci vaktine kadar çalışmak üzere adam tutsa, yaşadıkları bölgenin örfünü gerekçe göstererek ücret karşılığı tuttuğu bu kişiyi sabahtan akşama kadar çalıştıramaz (Ali Haydar 1330: 99). Çünkü açık ifade, örfü aykırıdır.

Aynı şekilde alışverişin, taksitle yapıldığı bir piyasada akdi yapan taraflar paranın peşin olması noktasında açıkça anlaşsa ya da örfün malın gönderme masraflarının müşteriye ait olduğu bir bölgede alıcı ve satıcı, masrafların satıcıya ait olması yönünde ortak bir karara varsa açık söz dikkate alınır (Ebû Süne 1992: 88).

İz b. Abdisselam bu durumu genel bir prensip çerçevesinde şu şekilde ifade etmektedir: “Akitle hedeflenen şeye uygun olacak şekilde tarafların örfle sabit olan duruma ya da fiile aykırı olacak tarzda açık görüş belirtmeleri uygundur.” (ty: II, 158).

1.3.4 Örfün Tasarruf Anında Mevcut Olması

Hukukî bir konuya esas teşkil eden örfün tasarruf vaktinde mevcut olması gerekir. Buna göre örfün ortaya çıkması tasarruf anından önce olmalı ve tasarruf zamanına kadar devam etmelidir (Ebû Sünne 1992: 85). Tasarruf vaktinden sonra ortaya çıkan örfler ile (İbn Nüceym 1998: 125) tasarruftan önce mevcut olmasına rağmen uygulamadan önce değişen örflere itibar edilmez (Ebû Sünne 1992: 85).

Örfün tasarruf anında mevcut olması şartı sözlü ve fiilî tasarrufları kapsadığı gibi lafzî ve amelî örfleri de içerir. Vakıf, yemin, adak, vasiyet, boşama gibi tek tarafın iradesiyle gerçekleşen uygulamalarda mutasarrıfın, tarafların iradesiyle bağlayıcı olan akitlerde de akdi gerçekleştiren kişilerin sözleri, onların örfî anlamları esas alınarak anlaşılır. Bu noktada sözün lügat anlamına itibar edilmez. Sözün anlamını tespit etmede esas alınan lafzî örfün akdi gerçekleştiren kişinin iradesini belirleyici olması hesaba katılarak uygulamaların gerçekleştiği tarihte yürürlükte olmasına da bakılır. Örf, daha sonra, vakıf tüzüğü, vasiyet ve diğer kontratların lafızlarının içerdiği anlamlar noktasında değişikliğe uğrarsa, eski örf çerçevesinde gerçekleşen sözlü uygulamaların tefsirini yaparken yeni örfle itibar edilmez (Zerkâ 1998: II, 899). Buna göre bir şahıs, gayr-ı menkul bir malının gelirini, alimlere ait olmak üzere vakfetse, işlemin gerçekleştiği anda alimler lafzı ile İslami ilimler uzmanları kastedilse, daha sonra ise bu örf, değişikliğe uğrayıp alimler ifadesi ile matematik, tıp, kimya gibi diğer ilimlerde uzman olan bilginler anlaşılrsa, vakfın gelirinin dağıtılması aşamasında senetteki alimler kaydı işlemin gerçekleştiği zamandaki örfle göre tefsir edilerek kazanç, İslam alimlerine verilir (Hasaneyn 1988: 51).

Tıpkı diğerk hükümler gibi, nasslar da ortaya çıktıkları zamanda sahip oldukları lügavî ve örfî anlamları çerçevesinde anlaşılmalıdır. Çünkü kanun koyucunun iradesi o istikamette cereyan etmiştir. Dolayısıyla sonraki zamanlarda örflerin anlamlarının değışmesi bir hüküm ifade etmez (Zerkâ 1998: II, 900).

Örneğın zekat verilecek sınıflar içerisinde yer alan “fî sebilillah” (Tevbe 9/60) lafzının Kur’an-ı Kerîm’in indiğı zamandaki örfî anlamı, “Allah yolunda cihad eden kişi” (Taberî 2005: VI, 402) şeklinde idi. Yine ilgili ayette geçen “İbn sebîl” de, “bir yerden başka bir yere giden misafir” (Taberî 2005: VI, 402) anlamında kullanılmaktadır. Zamanla bu kavramların örfî anlamları değışip, “fî sebilillah” ilim öğrenen talebeler için, “İbn sebîl” de sokakta bulunan, ailesi belirsiz çocuklar için kullanılmaya başlanmış olsa da, yine de Kurân’ın indiğı zamanda içerdiği örfî anlam çerçevesinde anlaşılır. Çünkü kanun koyucunun muradı, kavramın ayetin nüzûl zamanındaki örfî anlam çerçevesinde sahip olduğı manadır. Bu yüzden, nassın ortaya çıkmasından sonraya ait olan örfî anlamlara ve yeni ıstıhlara itibar edilmez (Zerkâ 1998: II, 900). Bu noktada Karafî şöyle demektedir: Örfün delaleti lüğatin delaletinden önceliklidir. Bunun içindir ki örf, lüğati nesh eder. Zaten nesh eden fenomenin nesh edilenden önde olması gerekir.”(Ebû Zehre 2002: 358; Zerkâ 1998: II, 900).

Buna göre vakıf, vasiyet, alış veriş, hibe ve evlilik gibi akitlere ait belgelerin ve onlarda var olan şart ve ıstıhlarn tefsirinde tarafların yaşadıkları dönemlerin örfü esas alınır (Ebû Sünne 1992: 86).

2. İKİNCİ BÖLÜM

ÖRF-NASS İLİŞKİSİ

2.1. Örf-Nass

Kur'an'ın, Cahiliyye dönemi Arap örfü ile ilişkisinin inceleneceği bu bölümde, insanların uzun bir tarihî süreç içerisinde aklî veriler doğrultusunda ürettikleri, selim tabiatlar tarafından da kabul edilen örfün İslam fihhının ibadet, aile, miras, ticaret ve ceza hukuku gibi alt başlıkları ile ilişkisi de araştırılacaktır.

Örfün gerek insanlar, gerek insanla toplum, gerekse de toplumlar arasındaki sosyal ilişkilerin tesisinde önemli bir yeri olduğu, bu cihetle İslam'ın hedefleriyle aynîyet arz ettiği bilinmektedir.

Şâri', yeryüzü toplumuna son defa bir elçi ile mesaj gönderip murat ettiği toplum modeli için gerekli kuralları vahyederken, mesajın ilk muhatapları olarak seçilen Arap toplumunun yapısı, o dönemin insanların kabulleri, algılama düzeyleri, örfleri ve beklentilerini dikkate almıştır (Dalgın 2003c: sy. 2, 64).

Şâri' insanların aşına oldukları söz ve fiilleri daha kolay kabul etmeleri ve ilahî hükümleri uygulamadaki başarısızlıktan kaynaklanan bir usanma ile yüz yüze gelmemeleri gibi nedenlerden dolayı sahih örf'e itibar etmiştir (Ebû Sünne 1992: 89).

İnsanların hayatlarını daha yaşanır kılmayı, işlerini düzeltmeyi ve önceki dinlerin eskiyip bozulan yönlerini yenilemeyi hedefleyen Kur'an, toplumun faydasına olan örfleri neshetmediği gibi, adil olan sistemleri de yıkmamıştır. Hayatın dinlerin miras bıraktığı ve insan fitratının doğruladığı çok sayıda hak ilkeler üzerine kurulmasını dikkate alan son şeriat (din) kaybolmuşu diriltmiş, eğrilmiş düzeltilmiş, eksikliği tamamlamıştır (Dalgın 2003c: sy. 2, 64).

Şâri' onaylayarak değer verdiği örfü, insanlar için kural haline dönüştürmüştür. Böylece örf, dini-hukukî bir boyut da kazanmıştır. Toplum faydasını gözeten Kur'an, Cahiliyye dönemi Arap örfünün önemli bir bölümüne Hz. İbrahim ve Hz. İsmail'in dinleri ile Yahudiliğin ve Hıristiyanlığın kaynaklık etmesini dikkate alarak yazılı olmayan bu hukuk kurallarıyla ilişkisini onların bir kısmını onaylama, bir kısmını kaldırma, diğer bir kısmını da değiştirip yeniden yapılandırma şeklinde düzenlemiştir (el-Fâsî 2007: I, 64; Ebû Sünne 1992: 90; Ali 1993: 478; el-Ulvânî 2003: 106; Dalgın 2003c: sy. 2, 64).

Bu bağlamda İslam alışveriş, rehin, şirket, mudarabe, kira akdi ve kasâme cezası gibi muameleleri onaylarken (Emîn 2004: 217) insanların mallarını batıl yolla yemeye yol açan, onları tartışmaya götüren ve yüksek derecede risk içeren ilişkileri ise yasaklamıştır (Ebû Sünne 1992: 90). Hac ibadeti yanında evlilik, mehir, boşanma, bir bedel karşılığında boşanma ve îlâ gibi aile hukukuyla ilgili örfî hukukun bir kısmını da değiştirmiştir. Evlat edinmeyi kaldırmış (Emîn 2004: 217), kumar oynamayı, kız çocuklarını diri diri gömmeyi ve faizi yasaklamıştır (el-Ulvânî 2003: 47).

İslam'ın onayladığı ya da düzelterek kabul ettiği Kabe'ye saygı göstermek, onu tavaf etmek, hac ve umre yapmak, Arafat ve Müzdelife'de vakfeye durmak, büyükbaş hayvanları kurban etmek, hac ve umre için telbiye'de bulunmak gibi unsurların Hz. İbrahim ve Hz. İsmail zamanından tevarüs etmesi (Ezrakî 2002, I: 115) örf-nass ilişkisinin kırılma noktasını teşkil etmektedir. Nitekim sahih örfün Şâri' tarafından dikkate alınması, ilahî olanı beşerî olana karşı etkin ya da edilgen kılan; biri geleneksel diğeri ise çağdaş iki farklı anlama metodolojisinin doğmasına zemin hazırlamıştır (Değerlendirme için Dalgın 2003c: sy. 2, 63-68). Batıdan alındığı şekliyle nasslar üzerinde uygulanan tarihselciliğin tespit ve sonuçlarının birkaçını, örfün mü nassa, nassın mı örfü önceliği olduğu, hangisinin diğerini etkilediği, nassların sonraki zamanlarda anlaşılmasında tarihî ve coğrafi olduğu farz edilen unsurların rolünün olup olmadığı şeklinde değerlendirmek mümkündür.

2.1.1 Tarihselci Yönteme Göre Örf-Nass İlişkisi

Kur'an, insanlara yeni hükümler getirirken onların bilip tanıdıkları ortamı dolayısıyla örflerini göz ardı etmez.

Nassın örfü dikkate almasını Kur'an'ın yerel unsurlar barındırması şeklinde değerlendiren (Ruthven 2000: 36-37) Fazlurrahman gibi bazı çağdaş araştırmacılar belirli bir tarihsel zeminde oluşan hükümlerin, var olan şekliyle günümüzde herhangi bir topluma uygulanmasının nassların ruhuna aykırı olduğunu, bunun yerine hükümlerin konulmasının arka planındaki gayenin araştırılarak yeni durumlara uygun hükümler oluşturulmasının doğru olacağını iddia etmektedirler (Fazlurrahman 1999: 55). Bu görüş sahipleri, Kur'an'ın indiği coğrafyadaki örf ve âdetlerin nassların oluşmasına etki ettiğini de savunduklarından ayetlerin tarihsel okumaya tabi tutulmalarını gerekli görmektedirler. Bu bağlamda Rudi Paret şöyle demektedir: “Kuran'ı anlamaya giden en kestirme yol, tarihsel bakış açısından geçmektedir. Bu yolu izlerken Kur'anî tebliğleri hemen genel geçer mutlak ifadeler olarak kabul etmemek gerekir. Kur'anî ifadeler yedinci asrın şartlarına karşı Peygamberin takındığı somut tarihsel duruşun tezahürleridir.” (Paret 1995: 100). Paret, yukarıdaki ifadeleri destekler içerikte ayrıca şunları söylemektedir: “Kur'an ifadelerine anlam vermek isteyen kişinin kendisine sürekli şu soruyu yöneltmesi gerekir: ‘Bu ibare ile Muhammed –o zaman için- acaba ne demek istemiş olabilir?’” (Özsoy 1994: VII, sy. 3-4, 238, dip. 5). Görüldüğü gibi Kur'an'ın ilk muhataplarının Araplar olması, indiği toplumun tarih ve coğrafyasıyla yakın ilişki içerisine girmesi, örf ve âdetleri kendi özgünlüğü çerçevesinde onaylama, reddetme ve düzenleme şeklinde yeniden değerlendirmesi, onun yalnızca nüzûl döneminde ve coğrafyasında yaşayan Araplara hitap ettiği şeklindeki bir iddiaya zemin yapılmak istenmektedir (Güler 2004: 136).

Tarihselci görüşün nassın örften etkilenmesi şeklinde yorumladığı bu durumu (Fazlurrahman 1987: sy. 5, 101) gelenekselci yöntem, Kur'an'ın Hz. İbrahim'den kalan ve Cahiliyye toplumunda farklı şekillerde de olsa varlığını sürdüren mirasın

bir bölümünü (Faruqi 1992: 9, 4, 482) onaylaması şeklinde değerlendirmektedir. Nitekim, “Sana ancak senden önceki peygamberlere söyleneneler söylenmektedir.” (Fussilet 41/43) mealine gelen ayet, peygamberlerin mesajlarının esasta aynı olduklarını dolayısıyla bir peygamberden diğerine tevarüs eden unsurların kaynağının örf değil vahiy olduğunu desteklemektedir. Buna göre Kur’an’ın bazı hükümlerinin Cahiliyye örfü ile uyum içerisinde olması, örf içerisinde hâlâ varlığını sürdüren nebevî mirastan kaynaklanmaktadır. Tarihselci görüşe göre ise bu durum Kur’an’ın yerel unsurlar barındırması şeklinde yorumlanmaktadır (Ruthven 2000: 36-37).

Tarihselci görüşü benimseyen araştırmacılar diğer grupta yer alan ilim adamlarının zıddına, nassı anlamada tarihselci yöntem ile hermenötik olarak bilinen çağdaş anlam bilimini kullanmaktadırlar.

Örf-nass ilişkisinin anlaşılabilmesi ve kurgulanan soruların yanıtlarının bulunabilmesi, geleneksel anlama yönteminden esasta farklı olan tarihselciliğin doğru bir şekilde tanımlanmasına bağlıdır. Bu sebeple araştırmanın bu bölümünde öncelikli olarak örf-nass bağlamında tarihselciliğin Kur’an’la ilişkisi incelenecektir.

2.1.1.1 Tarihselcilik

Kökleri Eski Yunan’a kadar uzanan felsefi bir gelenekten gelen tarihselcilik, uzun yıllar ne olduğunu tam olarak ifade eden bir tanıma sahip olamadı. On dokuzuncu yüzyıla gelindiğinde; izafilik, evrimcilik, tarih ideolojisi ve hatta nihilist uydurmacılık ile eş anlamlı olarak izah edildi (Laroui 1998: 116). Öz anlamı dışında uygulama alanları bulan tarihselciliği, “geçmişte olup biten her şeyin geçmişte kalmasına rağmen etkisini sürdürmesi” (Özlem 1992: 145) şeklinde tarif etmek mümkündür.

‘Tarihle ilgili’ ve ‘tarihe ait’ anlamına gelen tarihsel ve tarihî kelimeleri ise sıfattırlar ve aidiyet bildirirler. Tarihîliğin tarihe aidiyetindeki en önemli bağ ise, tarihin bütün tanımlarının kesişme noktasında yer alan zaman kavramıdır. Buna

göre tarihselcilik, tarihin belli bir dönemine ait söz ya da eylemi, cereyan ettiği zamanla sınırlı tutarak anlamak (Uçar 2005: sy. 1, 13) şeklinde de tarif edilebilir.

Tarihî bir olguyu, olayı ya da nesneyi bütün unsurlarıyla kavramaya da tarihselcilik diyoruz. Buna göre tarihî fenomenler biriciktirler ve bir defa olup bitmişlerdir. Her çağ, her tarihî dönem o çağa ve o döneme damgasını vuran fikirler ve ilkeler aracılığıyla yorumlanmalıdır. Dolayısıyla geçmişteki insanların davranışları tarihinin kendi çağına ait değer, inanç ve motifler temel alınarak açıklanamaz. İnsanlar, toplumlar ve kurumlar kısacası her şey ne ise odur. Bir şeyi anlamak o şeyi tasvir etmektir. Tarihî fenomenler gibi, tarihî dönemler de yalnız kendi terimleriyle anlaşılabilirler. Birbirleriyle karşılaştırılmamalıdır (Cevizci 1997: 241).

Birinci tanıma göre tarihselcilik tarihin belli bir dönemine ait söz ya da eylemin etkilerinin sonraki zamanlara yansımaları şeklinde tanımlanırken, son iki tarifte ise tarihe konu olan unsurların cereyan ettikleri zamanla sınırlı tutularak anlaşılmaları gerektiğine vurgu yapılmaktadır.

Tarihselciliğin ortaya çıkmasının arka planında Batı zihniyetinin tarih tasavvurunun efsaneleştirdiği bilimin problemlerini çözmek iddiası vardır. Kilise, tarihselcilikle Aydınlanma felsefesinin “bilgiç aklı” karşısında kendini savunabilmek için dini aklileştirme ve tarihileştirme sürecini başlatmıştır. Böylece, dinî ifadeler, hadiseler kendi şartları içinde doğdukları zaman çerçevesinde yorumlanma imkanına sahip olmuştur (Uçar 2005: sy. 1, 13).

2.1.1.2 Tarihselcilik ve Hermenötik

Kur'an'ın tarihsel olduğunu savunanların, ayetlerin tefsirinde başvurdukları hermenötik yöntem, yaygın kullanımıyla çağdaş yorumbilimin karşılığıdır. Lügatte ise dile getirmek, anlatmak ve bir dilden diğer bir dile çeviri yapmak anlamlarını bir arada içermektedir (Kotan 2001: 131). Fakat hermenötik, yabancı birinin metnini anlaşılır kılmak gayreti olduğundan onu, dile getirmek ve yorumlamak diye anlamak daha doğru olacaktır.

Bir metni çözümlene tekniklerini veren hermenötik (Bolay 1997: 511) ilk olarak ortaya çıktığı Antik Yunan'da, her şekle girebilen tanrı Hermes'in etkinliği şeklinde anlaşılmıştır. Hermes, hermenötik yaparak tanrıların dilini insanların anlayabileceği kalıplara aktarır. Fakat bu aktarma bir tercüme değil, mücerret kalıpları insanlara açıklamak şeklinde gerçekleşir (Özcan 1998: 18; Çakır 1997: sy. 75, 33).

Gadamer'in, başka bir dünyaya ait anlam bağlamını, o an içinde yaşanan dünyaya aktarma/çevirme olarak tanımladığı hermenötik (Gadamer 1995: 11) Grek mitolojik teolojisi bağlamında düşünüldüğünde, Gadamer'in "başka dünya" dediği alem mitolojideki tanrıların dünyasıdır (Kotan 2001: 131). Hermenötik yaparak/yorumlayarak başka dünyalar, çağdaş insanların zihin dünyasına taşınır.

Hermes'le ilk defa mitolojik teolojide kullanılan hermenötik zamanla edebiyatta, hukukta, felsefede yani doğa bilimlerinin dışında ne varsa hepsinde uygulama alanı bulmuştur (Uçar 2005: sy. 1, 13).

Patristik döneme gelindiğinde kilise babaları dini, felsefi formda ifade edebilmek için Antik çağa hakim olan "mitolojik hermenötik"ten istifade etmişlerdir. Bunun neticesi olarak "teolojik hermenötik" ortaya çıkmış ve Ahdi Atik'le (Tevrat) Ahdi Cedit (İncil) arasındaki çelişkinin giderilmesinde etkili olmuştur (Gadamer 1995: 12).

Aydınlanma devrinde Hıristiyanlık, yorum üzerindeki otoritesini kaybetmiş, buna karşın kutsal metinleri tenkitçi-tarihselci okuma talebi ilgi görmüştür. Bu dönemdeki yorumbilimciler hermenötiğe biçilen belli doktrinleri doğrulama rolünü reddetmişlerdir. Teolojik metinlerin de hermenötik açıdan imtiyazlarının olamayacağı iddiası Protestanların gücünü artırmıştır. Salamo Semler'in çabasıyla akılcı ve tenkitçi bir hermenötiğin desteklediği bilimsel bir teoloji ortaya çıkmıştır (Paçacı 2000: 8).

Alman filozof Heidegger, hermenötiğe varoluşsal bir bakış açısı getirdi. Tarihsel-kollektif otantikliği ön gerçek olarak kabul etti. Buna karşın özsel bilişi evrenselleştirmeyi reddetti. Onun Nietzsche'den etkilenerek geliştirdiği “Estetik hermenötik” çağdaş felsefe ve edebiyat tenkitlerinde çokça kullanıldı (Özlem 1992: 179-180).

Heidegger'in düşüncesine ciddi manada tesir eden Nietzsche'ye göre tarihte objektiflikten söz etmek gülünçtü. Çünkü tarihsel olaylar asla tek bir anlama sahip değillerdi. Ona göre tarih, insanların ya da grupların kendi varoluşları açısından bağlı oldukları sınırsız sayıdaki ilgilerin bir savaş alanıydı (Özlem 1992: 121). Heidegger'in öğrencisi olan Gadamer, estetik ve tarihsel hermenotiğin yöntemlerinin insicamlı ve bütüncül olabilmeleri için her ikisinin de rasyonelleştirilmeleri gerektiğini iddia etti. Ona göre insan, evreni değil kendi tarihi içinde kendini anlamaya çalışmaktadır. İnsan, hermenotik yapmaktadır, yani anlamamanın anlamı üzerinde felsefi bir düşünme gayreti içerisindedir (Özlem 1992: 179-180).

Gadamer'e göre anlamamanın içinde önyargılar, peşin kabuller vardır. Bir metni anlamak, onun gelenekteki konumundan beslenir. Buna “Felsefi hermenötik” denir. Bir metni anlamak için ön yargıları yok etmek gerekmiyor. Kendi ufkumuzu unutup yabancı metinleri yazan, yaşayan milletlerin ufkunda doğmak, anlamamanın şartı olmadığı gibi esası da değildir. Metinden sağlıklı bir yorum çıkarmanın yolu, kendi ufkumuz ile onların ufuklarını birleştirmekten geçer (Uçar 2005: 14).

Son tahlil esas alındığında hermenötiğe göre, bir metni anlamak, yazarın niyetini çözmeye, ufkunu keşfetmeye bağlıdır. Yazarın niyetini idrak etmek ise onu kuşatan çevreyi, etkileyen şartları tanımakla mümkündür. Bu, Gadamer'in iddia ettiği gibi ya yazarın dünyasıyla okuyucunun dünyasının bütünleşmesiyle olacak ya da bütün bunların ötesinde Dilthey'in hermenötiğe verdiği anlam ekseninde gerçekleşecektir. Nitekim Dilthey hermenotiğin hedefini belirlerken şöyle demektedir: “Hermenötik, bir yazarı onun kendisini anladığından daha iyi

anlamaktır.” (Birand 1960: 31). Buna göre her eser belli bir dünya görüşü çevresinde şekillendiğinden, anlayan, eserde anlatılanı iyi anlamak istiyorsa yazarın düşünce gidişatının dışına çıkmalıdır. Çünkü yazar, eserini meydana getirirken döneminin dünya görüşünün tesiri altındadır. Fakat çoğu zaman yazar bunu fark etmez. Sadece eseriyle ilgilenir. Fakat eseri doğru anlamak isteyen yorumcu ise eserin ortaya çıkışını sağlayan sebepleri ve yazarın durumunu incelemek zorundadır (Birand 1960: 37).

Bir metni anlamamanın yolunun, metnin yazarının niyetini keşfetmekten ibaret olduğunu bunun da metnin yazarını kuşatan, etkileyen tarihsel bağlamı ele almayı gerektirdiği görüşü, tarihsellik ve hermenötik ilişkisinin temelini oluşturur (Çakır 197: sy. 75, 33).

Her şey gibi Kur’an’ı da tarihî ve coğrafi şartların etkisinde vücut bulan bir metin olarak gören hermenötik, onu ilahî bağlamından koparıp anlama iddiasında bulunmaktadır.

2.1.1.3 Kur’an ve Tarihselcilik

Ahdi Atik ve Ahdi Cedit başta olmak üzere onlar etrafında yazılan kutsalla ilgili metinleri tarihsel okumaya tabi tutmak ya da hermenötik bir çaba ile tefsir etmek Hıristiyanlık için tutarlı bir yöntem kabul edilebilir (Çakır 197: sy. 75, 33). Zira ancak bu sayede ilahi olan beşeri olandan ayrılabilir.

Batıda gelişen seküler tarihselci yaklaşım daha sonra müsteşrikler tarafından Kur’an’a uygulanmıştır (Paçacı 2000: 57). Kur’an’ın belli bir tarihe ait olduğunu savunan tarihselcilik, ayetlerin de o tarihî bağlamda ele alınmasını önermiştir (Yıldız 2005: 36). Zira tarihselci düşünceye göre Kur’an daha çok Hz. Peygamber’in toplumla mücadelesi esnasında karşılaştığı olay ve olgulara yönelik özel açıklamalarını ve çözümlerini ihtiva eder.

Müsteşrikler tarafından kurgulanan tarihselcilik, İslam dünyasında farklı vurgularla Fazlurrahman, Hasan Hanefi, Roger Garaudy, Muhammed Arkoun,

Nasr Hamid Ebu Zeyd, Emin el-Huli gibi çağdaş yaklaşımları ile bilinen araştırmacılar tarafından savunulmuştur (Bulaç 1997: sy. 75, 38; Şenocak 2005: sy. 1, 17) Bütün bu isimler arasında öncü olması hasebiyle Fazlurrahman'ın ve temsil ettiği fikirlerin ayrı bir önemi vardır (Özsoy 2004: 81).

Fazlurrahman'a göre Kur'an aysberg gibidir. Onda dokuzu, tarihin derinliklerinde bulunmakta ve ancak onda biri gözükmektedir (Fazlurrahman 1987: sy. 5, 101). Bu yüzden ondaki özel hükümler günümüze ancak genel prensipler şeklinde uyarlanabilir (Fazlurrahman 1987: sy. 5, 105).

Tarihselci yöntemi benimseyen araştırmacılara göre Kur'an'ın teşekkül ve teşkil olmak üzere iki devresi vardır (Özsoy 1994: VII, sy. 3-4, 240). Buna göre vahyin başlaması ile kesilmesi arasındaki zamanı içeren teşekkül devrinde Kur'an, hakikati ve özü itibari ile Arap örf ve kültürünün ürünüdür. Yani vahiy, yukarıdan yeryüzüne gelen bir gerçek olmaktan öte, dünyadan yukarıya doğru şekillenen bir fenomendir. Bu dönemde Kur'an, örf'e karşı edilgendir. Hayata rengini veren değil onun rengini alan bir Kur'an vardır. Böyle bir kitabın, önceden mevcut metafizik bir varlığının (Levh-i mahfûz) olduğuna inanmak Kur'an'ın kültür içinde teşekkül ettiği gerçeğinin gücünü azaltmakta ve bilimsel anlayışın imkanını zorlaştırmaktadır (Ebû Zeyd 2001: 47).

Vahyin kesilmesi ile başlayan ve nassın olguya etkisinin görüldüğü teşkil devri (Özsoy 1994: VII, sy. 3-4, 240) ise Kur'an'ın örften ve kültürden aldıklarıyla hayata müdahale ettiği dönemi kapsar. Bu dönem, Kur'an metninin egemen ve otoriter bir metne dönüştüğü, diğer metinlerin kendisine kıyaslanıp, meşruiyetini ondan aldıkları bir süreçtir (Ebû Zeyd 2001: 47-8).

Fazlurrahman da "etkin tarih" (Kotan 2001: 182) teziyle yukarıdaki yargılara katılmakta ve Kur'an'ın örf ve âdet içerisinde varlık bulduğunu iddia etmektedir. Yazar, Kur'an'ın örfî, tarihî ve kültürel değerlerin karşı konulamaz yönlendiriciliği altında şekillendiğini iddia ederken şunları söylemektedir: "Kur'an'ın anlaşılması için onun nesnel ortamı şüphesiz ki olmazsa olmaz bir

usuldür. Çünkü özellikle Müslümanlar için mutlak kuralsal olması açısından Kur'an, Allah'ın tarih içerisinde cereyan eden durumlara Peygamber'in zihni vasıtasıyla verdiği cevaplar olduğu için bu zorunluluk daha da güçlenmektedir." (1990: 67).

Tarihselci tasavvura göre naslar örf ve âdetten etkilenerek teşekkül ettiklerinden ancak ortaya çıktıkları coğrafi ve tarihî bağlamda bir geçerliliğe sahip olabilmektedirler.

Kur'an'ın hitap ettiği insanla yakın ilişki içerisinde olmasını, ona bildiklerinden hareketle bilmediklerini öğretmesini, bu bağlamda sahih örf'e itibar etmesini, onun tarihî ve kültürel değerlere karşı edilgen bir konumda olması şeklinde yorumlayan ve tarihî değer taşıdığı iddia edilen ayetlerin ancak evrensel ilkeler çıkarılarak günümüzde uygulama imkanı bulabileceğini savunan Fazlurrahman vahyi şu şekilde tanımlamaktadır: "Vahiy, Hz. Peygamber'in zihni vasıtasıyla yedinci yüzyıl Arap Yarımadası'nın sosyokültürel şartlarına verilen tepkiden ibarettir." (1992: 54). Fazlurrahman, iddiasına kanıt olarak da şunları söylemektedir: "Kur'an'daki fiili yasama, o sırada mevcut olan toplumu, başvurulacak bir örnek olarak kısmen kabul etmek zorunda kalmıştır. Bu açıkça demektir ki, Kur'an'daki fiili yasamanın bizzat Kur'an tarafından lafzî anlamda ezeli olduğu kastedilmiş olamaz." (1992: 54). Bu yüzden tarihî olma özelliği taşıyan Kur'an'ın emir ve yasaklarının maksatlarını ortaya çıkaran ve onları genel ilke ve değerler şeklinde ifade eden, daha sonra bunları sistemleştiren ve nihayet onlardan hüküm çıkaran bir hukuk yöntemi ile çok daha geçerli sonuçlar elde edilebilir (Fazlurrahman 1997: 143). Bu yaklaşıma göre, Kur'an'daki tikel hükümler günümüz toplumunda uygulama imkanı bulamaz. Çünkü yazara göre bunlar yedinci yüzyılın örfi, tarihî ve kültürel durumu esas alınarak Hz. Peygamber'in zihninde şekillenmiş unsurlardır. Nitekim savaş ve barışla ilgili bütün ayetlerde yedinci asır Hicaz Yarımadası'nın etkilerinin görülmesi de bu durumu desteklemektedir (1995: 22-23). Yazarın örfi ve tarihî değerler taşıdığını düşündüğü ayetler ancak dolaylı olarak hukuka referans olabilir.

Fazlurrahman, çevresel durumun değişmeye maruz kaldığı gerçeğinden hareketle ilahi emirlerin de değişeceğini iddia etmiştir. Buna kanıt olarak da sahabe tarafından şiddetle karşı konulmasına rağmen Hz. Ömer'in Kur'an'daki bazı ictimai konularda köklü değişiklikler yapmış olmasını gösterir (1990: IV, sy. 4, 4).

Fazlurrahman, sadece küllî olarak nitelediği genel hükümleri içeren ayetlerin evrensel olduğunu fakat bunların da sayıca yetersiz kaldığını söylemektedir. Ona göre, sınırlı sayıda ayetle yetinmek hayatın önünü tıkar (1990: 67). Dolayısıyla yapılması gereken tikel çözümlerden; adalet, yardımlaşma, şefkat gibi genel ilkelere varmak, sonra da bu genel ilkelerden ana hedefler çıkarmak ve bunları tikel sorunlara tatbik etmektir (Çiftçi 2001: 260).

Ayetleri, tarihselci yönetime göre yorumlamanın Kur'an'ın anlaşılması için kaçınılmaz bir usûl olduğunu düşünen çağdaş araştırmacılar, Kur'an'da tikel hükümler kapsamında değerlendirilen; iki kadının bir erkek şahit yerine geçmesi, mirasta erkek kardeşlerin kız kardeşlerin iki katını alması, faizin haram olması gibi hükümlerin günümüz toplumunda uygulama imkanı bulamamasını yöntemlerinin geçerliliğine gerekçe olarak ileri sürmektedirler (Fazlurrahman 2000: 118). Nitekim tikel hükümler içeren ayetlerin mahalli olduklarını savunan M. Said Hatipoğlu şunları söylemektedir: “Günümüzün aydın, yüksek tahsilli hanımından, Kur'an'da var diye (Bakara 2/282) kendi cahil biraderinin yarısı değerinde şahid sayılmasını bekleyemezsiniz. Mesela, kızlara erkek kardeşlerinin yarısı kadar hisse tavsiye eden ayete (Nisâ 4/11-176) müslüman toplumun doktor, mühendis, şirket patronu... olmuş kadınına razı etmeniz mümkün değildir (2004: sy. 1, 12).

Tarihselcilere göre İslam geleneği içerisinde Kur'an'ın var oluş gayesine uygun bir şekilde anlaşılmasının bir yansıması olan her ayetin kendi başına delil kabul edilmesinin arka planında fakihlerin Kur'an'ı bir hukuk kitabı olarak görmeleri yatmaktadır. Oysaki O'nun hukuka kaynaklık etmesindeki asıl gaye, adaletin temini gibi küllî bir taleptir (Fazlurrahman 1996: 121).

Kur'an'ın nüzûl dönemi ve coğrafyasında yaşayan insanların örflerini ve kültür dünyasını esas aldığı ayrıca onların bildikleri olaylara atıfta bulunduğunu iddia eden Mehmet Paçaçı da şunları söylemektedir: “Esâtîru'l-evvelîn olarak Kur'an'ı Kerim'de anlatılan kıssaların Hicaz merkezli çevre medeniyetlerden bahsettiği, halbuki uzak bölgelerde yaşayan Maya Uygarlığı'ndan (mö. 2600-ms. 900) veya Oğuz Han Destanı'ndan tek söz ihtiva etmediği aşikardır. Bu da Kur'an'ın doğrudan nüzûl dönemi insanlarına konuştuğunu açıklıkla ortaya koymaktadır (2004: VII, sy. 1, 132).

2.1.1.4 Tarihselci Görüşün Eleştirisi

Kur'an'ın, Hz. Peygamber'in muhiti içerisinde bir evveliyatı olduğu (Fazlurrahman 1997: sy. 5, 101) dolayısıyla da yerel unsurlar taşıdığı yönündeki tezi, Cahiliyye örfünün nassların oluşmasında etkin olduğu iddiasına delil yapan tarihselci görüşün temel esasları, geleneksel yöntemin vahiy, inzâl, tenzîl ve Kur'an kavramına yüklediği anlamlarla çelişmektedir. İki yöntem arasındaki farklılığın daha belirgin olarak görülebilmesi için kavramsal değerlendirme yapmanın doğru olduğu kanaatindeyiz.

2.1.1.4.1 Vahiy ve Örf

Vahy mastarından türeyen vahiy kelimesinin özünde gizli ve acele olmak anlamı vardır. Vahiy ıstılahta ise, “Yüce Allah'ın hidayet olarak dilediğini, gizli ve süratli bir şekilde seçtiği bir kuluna bildirmesi” (Kattân 2000: 28-9) şeklinde tarif edilmektedir. Buna göre vahiy muhatap, şekil ve içerik olarak Yüce Allah'ın dilemesi ile gerçekleşen bir ilahî bilgi aktarımıdır.

Kur'an'da zikri geçen vahiy kelimesinin içeriğinde tarihselci düşüncenin iddiasının aksine teşekkül yerine tek taraflı bir müdahaleden bahsedildiği yani nassın olgu üzerinde mutlak tasarrufta bulunduğu görülmektedir (Kattân 2000: 26-38). Nitekim vahyin Hz. Peygamber'in kalbine gelişini anlatan ayetler (Bakara 2/97; Şuara 26/193-4) intiha/ulaşma bildiren “ila” harf-i cerri ile “ila kalbike”

şeklinde değil de istila/sahip olmak, hakimiyeti altına almak anlamına gelen “alâ” harf-i cerri ile “alâ kalbike” şeklinde nazil olmuştur (Ebu Hayyân 1993: I, 488). Buna göre Kur’an Hz. Peygamber’in kalbini bütünü ile hakimiyeti altına almış, ve Hz. Peygamber tarafından da vahyedildiği şekilde kabul edilip, korunmuştur.

Ayetlerde geçen ‘alâ kalbike’ terkibi Hz. Peygamber’in kalbine farklı fonksiyonlar yüklemek isteyen, bunu da, ‘Kur’an hem tamamıyla Allah kelimidir hem de olağan anlamda tamamıyla Hz. Muhammed’in kelimidir.’ ifadesiyle formüle edip vahyi, ilahi bilgiyle Hz. Peygamber’in kalbindeki örf ve âdetlerin sentezi olarak gösteren tarihselci düşüncelyi reddetmektedir.

Yüce Allah’ın Kur’an’ı vahyederken Hz. Peygamber’in zihni yerine kalbini tercih etmesi, bu organın insan şuurunun merkezi olması cihetiyledir. Ayrıca kalp, anlamada ne bir noksanlığa ne de bir fazlalığa imkan tanır (İbn Kesîr 1399: III, 687). Yani gelen bir haberi geldiği gibi nakleder. Bu yüzden Hz. Peygamber’in kalbi üzerinde “etkin tarih”in değil ilahi hitabın tasarrufu vardır demek doğru olur.

Elmalılı Hamdi Yazır’ın, Necmettin-i Kübra’nın tefsirinden naklettiği şu yorum da yukarıdaki ifadeleri desteklemektedir: “Hz. Musa’ya verilen levhalar Onun kalbine indirilseydi, gazap halinde onları yere atmayacak ve de ilmi ledün tahsili için Hızır’ı aramaya gitmeyecekti.” (1936: V, 3644).

Vahyin Hz. Peygamber’le irtibatını, yukarıda izah edildiği şekilde anlamak iddia edildiği gibi Ehl-i Sünnet alimlerinin Hz. Peygamber’in vahiy karşısındaki konumunu küçümsemeleri anlamına gelmemektedir (Fazlurrahman 1990: 78). Zira bizzat Kur’an, Hz. Peygamber’i vahiy karşısında pasif bir alıcı olarak kabul etmektedir. Nitekim Yüce Allah, Hz. Peygamber’in vahiyle olan ilişkisini, her gelen vahyi gönderdiği şekilde ezberleyen bir elçi olarak anlatmaktadır: “(Resûlüm!) onu (vahyi) çarçabuk almak için dilini kımıldatma. Şüphe etme ki, onu toplamak (Senin kalbine yerleştirmek) ve onu okutmak bize aittir. O halde biz onu okuduğumuz zaman, sen onun okuyuşunu takip et.” (Kıyame 75/16-18; Ayrıca Taha 20/16). Buna göre Yüce Allah, Hz. Peygamber’e şöyle

buyurmaktadır: “Cebrail’in kıraatiyle birlikte okuma. O, okuyuşunu bitirinceye kadar sessiz bir şekilde bekle. Ne zaman o, vahyi tamamlayıp susarsa sen okumaya başla.” (Râzî 1990: XXX, 198). Zira, “Sana Kur’an’ı okuyacağız, sen onu hiç unutmayacaksın.” (Â’la 87/6).

Kur’an’daki mücmel ayetlerin, yine Yüce Allah tarafından açıklanacağını ifade edilmesi de Hz. Peygamber’in vahiy karşısında müdahale imkanı olmayan bir alıcı konumunda olduğunu desteklemektedir: “Sonra şüphen olmasın ki, onu açıklamak da bize aittir.” (Kıyame 75/19).

Vahyin Hz. Peygamber’le olan ilişkisinde örf ve âdeti belirleyici ya da yönlendirici unsur olarak görmek beşerî olanı ilahî olandan daha üstün kabul etmek anlamına geleceği gibi insanla Yüce Yaratıcı arasında gerçekleşen bir ortaklığı da çağrıştırmaktadır (İstanbul 2005: 52). Bütün bu hususlar tarihselci yöntemin örf-vahiy tasavvurunun birçok çelişkiyi barındırdığını ve bu yüzden dikkate alınmasının doğru olmadığını göstermektedir.

2.1.1.4.2 İnzâl ve Örf

Nuzûl kelimesi, lügatte yukarıdan inmek anlamına gelmektedir. Ondan türeyen tenzîl, tedricen, inzâl ise bir defada indirme anlamlarını içermektedir (Zebidî 1994: XV, 728). İnzâl ve tenzîl kelimelerinin farklı anlamlara sahip olmaları Kur’an bağlamında düşünüldüğünde vahyin geliş keyfiyetinin de iki farklı şekilde gerçekleştiği ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi olan inzâl, Kadir gecesinde gerçekleşmiştir (Kadr 97/1; Duhân 44/3). Nitekim konuyla ilgili rivayetler de inzâlin, yirmi üç yılda Hz. Peygamber’in kalbine inen tenzilden farklı olduğunu desteklemektedir. İbn Abbas, Kur’an’ın Kadir gecesinde bir defada dünya semasına indirildiğini, yirmi yıl devam eden nüzûlün ise bundan sonra gerçekleştiğini bildirmektedir (Hâkim 1990: II, 242, H.no: 2879). Kur’an’ın tenzîli ise Yüce Allah’ın dünya semasına indirdiği kitaptan dilediğini Hz. Peygamber’e vahyetmesiyle gerçekleşmiştir (Hâkim 1990: II, 241, H.no: 2877).

Kur'an'ın dünya semasına bir defada inmesine karşın, oradan yeryüzüne parça parça gelmesi (Kattân 2000: 101) ile insanların vahyi algılamaları hedeflenmiştir. Nitekim Hz. Aişe şöyle demektedir: “İlk olarak cennet ve cehennemden bahseden ayetler indi. İnsanlar İslam'a dönünce helal ve haramdan bahseden ayetler nazil oldu. Eğer ilk olarak: ‘İçki içmeyiniz.’ hükmü inseydi insanlar ‘Asla içkiyi bırakmıyoruz.’ derlerdi. ‘Zina etmeyin’ ayeti için de aynı yaklaşım söz konusu olurdu.” (Buhârî Fedâilu'l-Kur'an 6).

İnzâl kavramı, Kur'an'ın örfî ve tarihî her olay ve olgudan önce var olduğunu, tenzîl ise ilahi iradenin insanla yakın iletişimi dikkate alarak dilediğini, belli hikmetleri gözeterek vahyettiğini ifade etmektedir.

Vahyin geliş keyfiyetini anlatan inzâl ve tenzîl kavramları Kur'an'ın Hicaz toplumunun örf ve âdeti içerisinde olduğu iddiasını geçersiz kılmaktadır.

2.1.1.4.3 Kur'an'ın İçeriği ve Örf

Tarihselci yöntemin Kur'an yorumu geleneksel usûlün tasavvurundan oldukça farklıdır. Bu farkı somut bir şekilde görebilmek için yöntemlerin Kur'an tanımlarının mukayesesini yapmanın gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Geleneksel yöntemi benimseyen alimlerden Molla Hüsrev (v. 885/1480) Kur'an'ı, “Hz. Peygamber'e indirilen ve ondan mütevatir olarak nakledilen nazım” diye tarif ederken (1307: I, 32-33); Âmidî, “Mushaf'ın iki kapağı arasında meşhur yedi kıraatin mütevatir olarak nakledilmesi” (ty: I, 138) şeklinde izah eder. Şevkânî (v. 1250/1834) ise Kur'an'ı şu şekilde tanımlar: “Hz. Peygamber'e indirilen, mushaflarda yazılan, mütevatir olarak bize nakledilen ilahi kelimedir” (ty: s. 46).

Tariflerde, Kur'an'ın Hz. Muhammed'e nazım (lafız) ve mana olarak indirildiğine, sahifelerde yazıldığına ve mütevatir olarak günümüze ulaştırıldığına vurgu yapılmaktadır. Kur'an'ın mana yanında nazım olarak da Hz. Peygamber'e indirildiği hususunda usulcü, fakih, dilbilimci ve kelimciler ittifak etmişlerdir. İhtilaf ise tanımlarda, Kur'an'ın bütün özelliklerini sayan ya da onlardan bir

kısmını belirtmekle yetinen alimler arasındadır. Gerçekte ise bu bir ihtilaf değil tanımı özet ya da ayrıntılı olarak yapmak keyfiyetidir (Zürkanî 1998: I, 17). Söz konusu tarifleri bir araya getirerek şöyle bir ortak tanım yapmak mümkündür. Kur'an, Allah'ın Resûlü Hz. Muhammed'e Arapça olarak indirilen, rivayet ve yazı yoluyla mütevatiren bize ulaştırılan, karşıtlarını, benzerini getirmekten aciz bırakan, tilavetiyle ibadet edilen, Fatiha Suresi ile başlayıp, Nas Suresi ile sona eren ilahi kelimedir.

Kur'an'ın Allah kelamı olması, indiği zaman süreci içerisinde kayda geçmesi, olduğu gibi korunması, mütevatir yolla günümüze kadar ulaşması ise onu diğer kitaplardan farklı kılmaktadır.

Örfün nasslar üzerinde etkin olduğu düşüncesi, özünde vahyin edilgen olması kabulünü içerdiğinden dilediğini yapma kudretine sahip olan Yüce Allah'ın belli aralıklarla yeryüzüne istediği gibi vahyetmesi ve Kur'an'ın onun mesajlarını içermesi keyfiyetiyle çelişmektedir. Çünkü Hz. Peygamber'in kalbine indirilen Kur'an (Şu'arâ 26/192-194), "daima ve kesintisiz etkin olan" (Hud 11/107; Buruc 85/16); "her an bir etkinlikte bulunan" (Rahman 55/29) Yüce Allah'ın kelamı olması cihetiyle aşkın olup beşerî metinlerden farklıdır.

Kur'an, tarihî olmayı aşan, belirli bir coğrafya ve belirli bir topluma ait olmayan ilahi kitaptır. O, bu yönüyle hem evrensel hem de nebevîdir. Zira o hem kültürler arası hem de kültürler ötesidir. Bu durum örfilik, tarihîlik ve kültürel varsayımıyla çelişmektedir (Kutluer 2001: 28-29).

Önceki peygamberlerin şeriatlarıyla ya da onlardan tevarüs edip zamanla örfî dönüşen kültürel değerlerle Kur'an arasında benzerlikler olmasının arka planında bütün peygamberlerin, vahyi aynı kaynaktan almaları, temelde aynı iman esaslarına çağırımları, karşılarında yer alanların gerekçe ve tavırlarının tarih boyu benzer olması gibi unsurlar vardır. Bu duruma dikkat çeken Seyyid Kutup, Arap Yarımadasında inen ayetlerin uygulama alanının tarihî ve coğrafi bir sınırının olmayacağını zira, "İslam'ın Hz. Muhammed'le başlayan değil Hz.

Muhammed'in risaletiyle mühürlenmiş bir din olduğunu" ifade eder (2007: III, 1607). Nitekim Ebû Hanife de, Ebû Mukatil es-Semerkindî'nin sorularına verdiği cevapları içeren "el-Alim ve'l-Mutallim" adlı eserinde bütün peygamberlerin dinlerinin aynı, şariatlarının farklı olduğunu bu yüzden, sonra gelen hiçbir peygamberin, milletine kendinden önceki bir elçinin dinini terk etmelerini emretmediğini; şariatların birden fazla olabilme özelliğinden dolayı sadece onları önceki Resullerin şariatlarını terk etmeye çağırdıklarını dile getirmektedir (thk. Kevserî 2004: 574). Ebû Hanife, dinlerin aynı, şariatların ise birden fazla olduğuna şu ayetleri delil getirir: "Dini dosdoğru tutun ve onda ayrılığa düşmeyin!" diye Nûh'a emrettiğini, sana vahyettiğini, İbrâhim'e, Mûsâ'ya ve İsâ'ya emrettiğini size de din kıldı." (Şûrâ 42/13). Yüce Allah bütün peygamberlere ve ümmetlerine tevhit demek olan dini ikame etmelerini, dinleri esasta bir tek yaptığından dolayı da bölünüp parçalanmamalarını emretmektedir (Kevserî ty.: 14); "Sizden her biriniz için bir şariat ve bir yol koyduk. Eğer Allah dileseydi, elbette sizi tek bir ümmet yapardı." (Maide 5/48). Ayetten de anlaşıldığı gibi bütün peygamberlerin hayatında din aynı kalmakta buna karşın emir ve yasakları içeren şariatlar değişmektedir.

Ayrıca Kur'an'da Hz. İbrahim'in müslüman olarak nitelenmesi, önceki dinlerin İslam üst başlığında zikredilmeleri, özel durumlar hariç birçok hakikatin değişmeden İslam'da da var olması, ilahi hitabın örfî ve tarihîliğin üzerinde evrensel bir gerçekliğe sahip olduğuna delalet etmektedir. Bu yüzden "Şer'u men kablênâ" (İslam'dan önceki peygamberlerin şariatları) belli konularda ve şartlarda müslümanlar için de geçerlidir (Fussilet 41/43).

Tarihsel yöntemi esas alarak hüküm ayetlerinin yeniden yorumlanmasını talep etmek, ilahî olanı beşerî olanın tasarrufuna açmak anlamına gelecektir. Esasında bu talep akli vahiyden, örfü nasstan, yedinci asırda yaşayan Hz. Peygamber ve ashabını da fikri anlamda bugünün insanından daha geri görmek kabulüne dayanmaktadır. İlgili ayetlerde var olduğu zannedilen tarihî unsurlar Hz. Adem'den kıyamete kadar; düşünmek, konuşmak, evlenmek, sevinmek, üzülme gibi değişmez fitrî özelliklere sahip ve bu özellikleri itibarıyla hep aynı kalan

insanı konu edinmektedir (Yıldız 2005: 37). Bu durum, Kur'an'ın fitrî özellikleriyle hep aynı kalan insana hitap etmesi açısından değerlendirildiğinde ilahî hitabın evrensel olduğunu desteklediği diğer semavi dinlerle de aynı ya da benzer esasları kabul ettiği gerçeğini teyit etmektedir. Nitekim Takıyyuddin es-Sübkî (v. 756/1355) Hz. Peygamber'in, "Ben bütün insanlara gönderildim." (Buharî Salat 56) hadisinden hareketle O'nun Hz. Adem'den kıyamete kadar olan zaman içerisinde gelecek bütün insanlara gönderilen bir peygamber olduğunu, önceki peygamberlere verilen şeriatların gerçekte Hz. Muhammed'in şeriatları olduğunu savunur. Sübkî'nin Hz. Peygamber'i yüceltme amacıyla söylediği bu ifadeler, peygamberlerin söylediklerinde süreklilik olduğu gerçeğini teyit etmesi açısından önemlidir (Suyûtî 2003: I, 9; Avvâme 1997: 28).

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı gibi Şârî'in sahih örfe itibar etmesi Hz. Muhammed'den önceki peygamberlerin söz ve uygulamalarının tahrif edilmiş de olsa Cahiliyye döneminde yaşıyor olması ve onları bozulmamış haliyle temsil eden vahyin aynı kaynaktan gelmesinden dolayıdır (Kutluer 2001: 29).

Şârî' helal ve haramla ilgili ilahî hükümleri evrensel yasalarla irtibatlandırmakta (Tevbe 9/36), bozulanları vahiyle yenileyerek asıl yasa ile uyumlu hale getirmektedir. Nitekim Cahiliyye Arapları tarafından Hz. İbrahim'den kalma bir uygulama olarak sürdürülen haram aylarda savaşmama geleneğini, ayların yerini değiştirerek çiğneyen fasid örfü düzelterip haram ay hükmünü onaylayan ayet, bu durumu, yer ve göklerin yaratıldığı günle irtibatlandırmıştır (Tevbe 9/36). Bu konudaki örfi uygulama ile alakalı belirleme ve yasak, Yüce Allah'ın kanunlarının bir parçası ve onların devamlılığı gibi sürekli kabul edilmiş, insanın arzusuna göre değiştirilemeyeceği, ileri ve geri de alınamayacağı belirtilmiştir. Çünkü bu sınırlama ve yasak değişmez bir ölçüye göre tamamlanan ve şaşmaz evrensel yasalara uygun bir şekilde oluşan zamanın dönüşümüne benzemektedir (Kutup 2007: III 1652). Şârî' bu durumu, "dosdoğru din" (Tevbe 9/36) olarak nitelemektedir. Bu durumda o dosdoğru din, Yüce Allah'ın gökleri ve yeri yarattığı günden beri süregelen göklerin ve yerin dayanağı olan evrensel kanunlarla uyum içindedir (Kutup 2007: III 1652).

Kur'an-insan ilişkisini, örfün nassların oluşmasına etkisi şeklinde algılamak yukarıdaki ifadelerin yanında, Cahiliyye Araplarının, Kur'an'ı, örf ve âdetlerini ortadan kaldıran bir unsur olarak görmeleri ve bu yüzden İslam davetini reddetmeleri gibi tarihi gerçeklerle de çelişmektedir (Bakara 2/170; Maide 5/104).

2.1.1.4.4 Levh-i Mahfûz ve Örf

Kur'an'ın "Levh-i Mahfûz"dan¹² yani her şeyin yazıldığı varlık sahifesinden (Yasin 36/12) dünya semasına indirildiği hususunda, alimler fikir birliği etmişlerdir (Zerkeşî 2001: I, 289; Suyûtî 1978: I, 53). Kur'an da, "Levh-i Mahfûz"dan indiğini açıkça belirtmektedir: "Hayır, o şerefli bir Kur'an'dır. Levh-i Mahfûz'dadır." (Burûc 85/21-22), "O, elbette değerli bir Kur'an'dır. Korunmuş bir kitaptadır (kitab-ı meknûn)"¹³ (Hadid 57/77-78). Melek işte o, "Levh-i Mahfûz"dan aldığı ayetleri Hz. Peygamber'e indirmiştir (Razi 1990: XXIX, 168). Kur'an'ın Levh-i Mahfûz'daki varlığı, tarihî olana önceliğini isbatlamakta, buna karşın örfi ya da tarihî değerlerin teşekkülünde etkisi olduğu varsayımını geçersiz kılmaktadır.

Yukarıdaki ayetlerden de anlaşıldığı gibi Kur'an, haber verdiği bütün olaylardan önce, Kur'an olarak Levh-i Mahfûz'da mevcuttu. Yani O'nun sebeplere/hadiseler önceliği vardır. O; sonlu ve sınırlı bir aleme, sonlu ve sınırlı yaratıklar için gönderilen ezeli hakikatin bilgisidir.

Şu da bilinmelidir ki Yüce Allah'ın iradesinin de fiillerine kesin olarak önceliği vardır. Yani bir şey, yaratılmadan önce bilgi olarak O'nun katında ezeli bir surette mevcuttur. Alem yaratılmadan, yani 'kün' (ol) emrinden önce onun yaratılacağı Yüce Allah katında malumdu. Buna göre alemin yaratılmış olması ona işaret eden 'kün' emrinin mana ve lafız itibarıyla yaratılmış olduğuna delâlet etmez. Çünkü ilahi ilmin varlıklara önceliği vardır (Sabunî 1995: 71). Bu yüzden bazı tarih

¹² Levh-i Mahfûz'la ilgili yorumlar için (Tahânevî 1998: IV, 70-73).

¹³ Levh-i Mahfûz ile "Kitab-i Mekkûn" aynı anlama gelmektedir (Râzî 1990: XXXI, 114).

kitapları canlıların yaratılışını anlatmaya başlamadan önce Levh-i Mahfûz'un hakikatinden bahsederler (İbn Kesîr 1992: I, 13).

Levh-i Mahfûz gerçeğine ve nüzûl kavramına yüklenen anlama rağmen Kur'an'ın sadece gökten inmediğini aynı zamanda yerden de bittiğini savunmak (Güler, 2004: 139) ya da olgu ve kültür içinde şekillendiği iddiasına bazı ayetlerin sebeplere bağlı olarak inmesi (esbâb-ı nüzûl) ve sonra gelen belli sayıda ayetin aynı konuda önceden inen ayetleri nesh etmesini gerekçe yapmak (Ebû Zeyd 2001: 102 vd.) Kur'an'ın önceki peygamberlerin şeriatlarıyla ve insan gerçeğiyle yakın ilişkisini gereği gibi yorumlayamamaktan kaynaklanmaktadır.

Bazı ayetlerin birtakım tarihî sebeplere bağlı olarak inmeleri de Levh-i mahfûz gerçeği ile çelişmemektedir. Çünkü 'nüzûl sebepleri', ayetlerin var oluş sebepleri değil, daha iyi kavranmalarının nedenleridir. Ayrıca özel bir sebeple inen ayetlerin anlamları da umumdur. Nitekim Kur'an, genel bir kural yerleştirirken onu zaman ve çevre bağlamından soyutlar. Böylece özel hüküm her zaman ve mekandaki Müslüman için genel bir kural haline gelir (Kutup 2008, II, 740).

Tarihselci yöntemi benimseyenlerin bu bağlamda delil olarak kullandığı rivayetlerin başında gelen İbn Umm-i Mektum olayını örnek olarak değerlendirmenin konunun anlaşılması için gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Rivayet şu şekildedir: Hz. Peygamber Zeyd b. Sabit'e henüz kendisine vahyedilen, "Müminlerden oturanlarla Allah yolunda mal ve canlarıyla cihad edenler bir olmaz." (Nisâ 4/95) mealine gelen ayeti yazmasını emrettiği sırada meclise görme özürlü sahâbi Abdullah b. Umm-i Mektum gelir ve, "Ey Allah'ın Resûlü! Gücüm yetse ben de cihad ederim." şeklinde kendi durumunu arz eder. Hz. Peygamber'de ona, "Senin durumunla alakalı bana bir şey emredilmedi." (Taberî 2005: IV, 231; Suyûtî 2004: II, 362) buyurur. Bunun üzerine Yüce Allah, Hz. Peygamber'e ayetin, "Özür sahipleri müstesna" (Nisâ 4/95) şeklindeki bölümünü indirir (Buharî Cihad 31; Müslim İmare 141-142; Ebû Davûd Cihad 19; Suyûtî 2004: II, 361-363).

Ayetin İbn Umm-i Mektum ile ilgili kısmının daha sonra inmesi, Hz. Peygamber'in vahiy karşısında müdahale imkanı olmayan bir alıcı konumunda olduğunu belirtmekte ve “ayetlerin aynı zamanda yerden bittiği” iddasını da reddetmektedir.

Özürlerle ilgili hükmün İbn Umm-i Mektum'un arzından sonraya tehir edilmesi Yüce Allah'ın kullarıyla yakın bir irtibat içerisinde olduğuna, onların makul mazeretlerini dikkate aldığına fakat bütün bunları Levh-i Mahfûz'daki değişmez kayıtların bir gereği olarak yaptığına işaret etmektedir.

Ayrıca İbn Umm-i Mektum örneğinde olduğu gibi olaylara bağlı olarak inen ayetler daha somut bir durum arz ettiğinden insan hafızasında daha uzun süre kalmakta ve pratik örneklere sahip olduklarından daha kolay uygulanabilmektedirler.

Bazı ayetlerin inişinin önce, hükmünün sonra olması (Ebû Zeyd 2001: 121) nüzûl sebeplerinin ayetlerin daha iyi kavranmasından öte bir anlam içermediğini, dolayısıyla şahıs, zaman ve mekan faktörlerinin ayetlerin var oluş sebepleri olmadığı gerçeğini teyit etmektedir. Nitekim Hz. Ömer'in, “O topluluk yakında yenilecek ve arkalarına dönüp kaçacak.” (Kamer 54/45) mealine gelen ayet inince, kendi kendine bu hangi topluluktur diye sorduğunu, Bedir günü gelip Kureyş hezimete uğrayınca, Hz. Peygamber'i düşmanların ardı sıra kılıcını çekmiş, yukarıdaki ayeti (Kamer 54/45) okur görünce ayetin iniş sebebinin Bedir olduğunu anladığını nakletmesi (Suyûtî 1978: I, 48) ayetlerle sebepler arasında zorunlu bir ilişki olmadığını dolayısıyla bu durumun ilahi hitabın olaylara önceliği olması gerçeğine aykırı düşmediğini göstermektedir.

Kur'an'da nesh edilen ayet olması da ilahi hitabın örf ve âdet içerisinde teşekkül ettiği ve bu yönüyle Levh-i Mahfûz gerçeğine aykırı olduğu iddiasına mesnet teşkil etmez. Zira ayetlerin nesh edilişleriyle değişen ilm-i ilahî değil hitab-ı ilahîdir (Sabuni 1980: II, 103). Buna göre ilmi ilahî, Kur'an'ın ilk muhataplarının

toplumsal gelişimini dikkate alarak, -önceden takdir edildiği üzere- hitab-ı ilahîde değişiklikte bulunmuştur. Neshedilen şeylerin önceden mevcut olmalarını inkar etmek, ilmi-i ilahînin şümülünü inkar etmek anlamına gelir. Nasıl kâinat ilm-i ilahînin kapsamında önceden mevcutsa, Kur'an da ilm-i ilahîde önceden mevcuttur. Dolayısıyla nesh, Kur'an'ın 'Levh-i Mahfûz' gerçeğine aykırı olmaz. Bilakis her şeyin maslahat çerçevesinde işlediğini gösterir.

2.1.1.4.5 Kur'an ve Etkin Tarih

Tarihselci yönetime göre içinde 'etkin tarihin' ve örfün kodlarını barındıran Kur'an, nazım ve mana itibariyle evrensel değildir. Bu yüzden Kur'an'ı anlayabilmek için öncelikle nüzûl dönemine gidip ilahi hitabın örf ve âdetten nasıl etkilendiği tespit edilmeli daha sonra ise bu etki nazımdan ayıklanarak nass birtakım ilkelerle mana olarak bugüne taşınmalıdır. Geleneksel yönetime göre Kur'an'ı tefsir eden İslam bilginleri ise ilahî kelamı gerek nazım (lafız) gerekse de mana açısından Yüce Allah'a ait kabul ettiklerinden onu tefsir ederken nazımdan hareket eder ve ayetlerin bütün zaman ve mekanlarda geçerli olduğunu söylerler (Yıldız 2005: sy. 1, 36).

Doğrudan ya da dolaylı olarak çok sayıda ayet, Kur'an'ın nüzûl devri dahil bütün zaman ve mekanlara hitap ettiğini savunan geleneksel yöntemi desteklemektedir: "Alemlere bir uyarıcı olsun diye kuluna Furkan'ı indiren Allah'ın şanı yücedir." (Furkan 25/1) Ayet, Kur'an'ın ve ilk muhatabı olan Hz. Peygamber'in mesajının belli bir zaman, coğrafya ve milletle sınırlı olmadığını bilakis onunla aynı asırda yaşayanlar dahil kıyamete kadar gelecek bütün insanları kapsadığını yani tarih üstü olduğunu ifade etmektedir (Râzî 1990: XXIV, 40; Ebû Hayyân 1993: VI, 440); "O (Kur'an), bütün alemler için ancak bir uyarıdır." (En'am 6/90) Yani Kur'an sadece indiği ilk toplumu değil kıyamete kadar gelecek bütün milletleri uyaracak kitaptır (Râzî 1990: XIII, 59; Reşid Rıza 1999: VII, 505); "Kuşkusuz O, alemler için bir zikirdir." (Tekvir 81/ 27). Ayetin de açıkça belirttiği gibi Kur'an, bütün mükellefleri kapsayan bir kitaptır (Şeyhzâde 1999: VII, 528).

2.1.1.4.6 Örfün Nassa Etkisi Bağlamında Hz. Ömer'in Uygulamaları

Fazlurrahman, örf ve âdetin şekillendirdiği çevresel durumun değişmesine paralel olarak hüküm ayetlerinin de değişeceğini iddia etmekte ve bu iddiaya Hz. Ömer'in bazı uygulamalarını gerekçe olarak zikretmektedir (Yıldız 2005: sy. 1, 38).

Hz. Ömer'in iddiaya delil olarak sunulan icthatları incelendiğinde bunların özünde hükümlerin illetlerine bağlı kalarak toplumsal faydayı temin ve zararı def etmek olduğu görülmektedir. Hz. Ömer, bunu yaparken nassı örfе göre tefsir etmemiş, sadece bir nassla amel edip bir başka nassın hükümlerini geçici olarak uygulamamıştır (Yıldız 2005: sy. 1, 38).

Hz. Ömer'in icthatlarını örf ve âdet gibi çevresel faktörlerin nassların değişmesinde etkin olabileceği iddiasına gerekçe yapmanın tutarsız olduğunu iki örnek çerçevesinde izah etmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz:

Hırsızlık yapan kişinin elinin kesilmesine dair ayet (Maide 5/38) olmasına rağmen Hz. Ömer, aşırı kıtlık yılında hırsızın elini kesme cezasını uygulamamıştır. Nitekim Müzeyne'den bir adamın devesini çalan Hatıb b. Beltea'nın kölelerine bu cezayı tatbik etmemiştir. Bunun temelinde ise, Hz. Ömer'in hükmün illetini, hikmetini ve uygulama şartlarını detaylı bir şekilde anlamış olması vardır. Zira hırsızlık, başkasının malına tecavüz etmek olduğundan aşağılık bir suçtur. Bu yüzden onu ortadan kaldırabilmek için el kesme cezası uygun bir müeyyidedir. Fakat hırsızlığın el kesmeyi gerektirir bir suç olması birçok şartın gerçekleşmesine de bağlıdır. Bu şartlardan bir tanesi de zaruret halinin olmamasıdır. Çünkü "Zaruretler, haramları mübah kılarlar." (İbn Kayyim 1996: III, 13-15; Zeydan 1999: 103).

Zenginin fakiri doyurmadığı, insanların aç kaldığı, aşırı derecede kıtlığın hakim olduğu bir zamanda yapılan hırsızlık, helak olmayı ortadan kaldırmak için yetecek miktarda başkasının malından almayı mübah kılan bir zaruret olduğundan ceza gerekmez (Serahsi 2001: IX, 140, Şirâzî 1995: II, 282). Zira Yüce Allah bu ve

benzeri durumlardaki kişiler hakkında, "Her kim bunlardan yemeye mecbur kalırsa hiç kimseye saldırmadan ve sınırı aşmadan bir miktar yemesinde günah yoktur." (Bakara 2/173) buyurmaktadır.

Hz. Ömer'in zekat mallarından müellefe-i kulub olarak bilinen belli insanlara verilen payı durdurmasını da nassı, değişen şartlara göre geçersiz kılması şeklinde anlamak doğru olmaz. Bu durum Muhsin Koçak'ın da belirttiği gibi önceki dönemlerde bu isim altında zekat fonundan pay alan belli insanların istismarını önlemeye yöneliktir (1997: 54-57) Ayrıca söz konusu uygulamanın bu kişilerin zaman içerisinde müellefe-i kulub olma özelliklerini yitirmelerine dayanması da mümkündür. Nitekim Hz. Ömer hicivleriyle bilinen şair Hutay'a (v. 45/665) müslümanlara dil uzatmaması için üç bin dirhem ödeme yapmıştır (Erdoğan 1994: 72; Şahin 2006: sy. 9-10, 67). Bu da ilgili tespiti doğrulamaktadır.

Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü gibi Hz. Ömer nassı terk etmemiş bilakis aynı konudaki nasslar arasında tercihte bulunmuştur.

2.1.1.4.7 Kur'an Kıssaları ve Örf

Kur'an, farklı içerikte çok sayıda kıssa içermektedir. Hz. Adem'den Hz. Muhammed'e kadar olan süreçte Arap yarımadası ve yakın bölgede yaşayan bazı peygamberlerin kıssalarının Kur'an'da geçmesi, buna karşın bölgeye yabancı olan uygarlıklardan bahsedilmemesi ilahî hitabın tarihsel olduğuna kanıt gösterilmektedir. Bu durum şu açıdan gerçeğe aykırıdır: Kıssalardaki belirli olaylar ve onların ilk muhatapları değişse bile vahiy yoluyla iletilen ilahi mesaj aynı kalmaktadır. Zira örfi, tarihî ve ictimaî yönü olan açıklamalar her ne kadar belli bir tarihî süreç ve bölge içerisinde olmuşsa da gerçekte bunlar geçmişte olmuş ve gelecekte de olacak, tekrarlanabilecek hakikatlerdir. Bu yüzden bunlar yemek, içmek gibi insan varlığının devam etmesi için gerekli olan, bundan dolayı da sürekli tekrarlanan öğeler gibidirler (İstanbul 2005: sy. 1, 52).

Kur'an'ın Cahiliyye Arapları tarafından bilinen kıssalardan bahsetmesinin vahyin kültür içerisinde teşekkül ettiği iddialarına gerekçe yapılması da itiraza açık bir

hususdur. Zira Kur'an, anlatılan kıssaların tamamının Hz. Peygamber tarafından Kur'an'da olduğu şekliyle bilinmediklerini ifade etmektedir: "Sana bu Kur'an'ı vahy etmekle biz, sana kıssaların en güzelini anlatıyoruz. Gerçek şu ki, daha önce senin bundan hiç haberin yoktu." (Yusuf 12/3).

Hz. Peygamber, kıssaları önceden hiçbir mecliste duymadığı gibi hiçbir metinde de okumamıştı. Kur'an'ın ifadesiyle onlar gaybın haberleriydi: "İşte bu, sana vahyettiğimiz gayb haberlerindedir." (Yusuf 12/112). Madem kıssalar gaybın haberleridir, niçin sadece Mekke ve çevresindeki medeniyetlerden bahsediyor da Maya ya da Oğuz uygarlıklarından söz etmiyor diye akla bir soru gelirse Kur'an, bu soruyu ilahi hikmet çerçevesinde açıklamaktadır: "Gerçekten de onların kıssalarında üstün akıllılar için bir ibret vardır." (Yusuf 12/111). Kur'an-ı Kerim'deki kıssaların genel özelliği şahsiyetlerden, tarih ve yerden bahsetmemeleridir. Çünkü asıl gaye kıssadan ibret almaktır. Bu da çoğu kere hiçbir zaman ve mekan sınırlamasına gitmeden gerçekleşmektedir (Kutup 2007: IV, 2289; Havvâ 2003: VI, 3220).

Tarihselcilerin Kur'an'daki kıssaları, "Esâtîru'l-evvelîn/öncekilerin masalları" bağlamında değerlendirip ilahi hitabın doğrudan nüzûl dönemi insanlarına konuştuğu iddiasına gerekçe yapmaları da uç bir yorumdur. Zira Kur'an'daki kıssaları esâtîr başlığı altında değerlendiren yaklaşımla Mekke müşriklerinin Kur'an telakkileri örtüşmektedir. Nitekim İran'da Rüstem ve benzeri şahıslarla alakalı öğrendiği haberleri Mekke'de anlatırken, "Ben size Muhammed'in söylediklerinden daha güzelini anlatıyorum." diye propaganda yapan Nadr b. Haris de -insanlar ondan uzaklaşsın diye- Kur'an'a esâtîru'l-evvelîn/öncekilerin masalları/yalanları derdi (İbn Kesîr ty: I, 573).

Yukarıdaki yorum sahiplerinin bu ifadeden ne anladıklarını kavrayabilmek için öncelikle esâtîru'l-evvelîn'in Kur'an bağlamında nasıl anlaşıldığına bakmak gerekir.

Esâtîr kelimesi, nizamsız/saçma sözler, yalan ifadeler, masallar, hurafeler, faydasız hikayeler, kitaplardan alınıp aktarılan saçma sapan nakiller gibi anlamlara gelmektedir (İbn Manzûr 1990: IV, 363; Fîruzabâdî 1999: II, 111; Esâtîr kelimesinin ıstılahi anlamları için Râzî 1990: XII, 155; Ebu Hayyân 1993: IV, 103; Sâvî 1993: II, 12).

2.1.1.5 Değerlendirme

Nass-örf ilişkisinin doğru bir şekilde değerlendirilebilmesi için şu hususların göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz:

Kur'an'ı, nazım ve anlam şeklinde katagorize edip sadece anlamını bu güne taşımak Yüce Allah'ı yedinci asrın insanına hükmetmeye yetkili fakat modern çağ insanına doğrudan hitap etmeye yetkisiz görmek anlamına gelmektedir.

Kur'an, nazım ve mana itibarıyla Yüce Allah'ın kelimidir (Ebû Zehre ty.: 81). Dolayısıyla nazmı ve anlamını birbirinden ayırıp nazmından bağımsız olarak ondan ilkeler çıkarmak bütünlüğüne zarar verecektir. Bu yüzden Kur'an, lügat alimlerinin istikra/tümevarım yolu ile tespit ettikleri kaidelerden hareketle ve mutlaka nazmı dikkate alınarak anlaşılmalıdır.

Kur'an, İslam hukukunun en önemli kaynağıdır. Dolayısıyla dinin özüne ulaşmak isteyen kişinin onu, diğer bütün hükümlerin kendi etrafında döndüğü bir unsur olarak kabul etmesi gerekmektedir (Hudârî 1998: 212).

Kur'an'ın hükümleri, örfî ya da tarihî değil evrenseldir. Dolayısıyla hükümler bütün zaman ve coğrafyalar için indiği şekliyle geçerlidir.

Şârî', Hicaz bölgesini vahyin dünyaya açılım noktası olarak kabul ettiğinden verilen örneklerde ilk muhatabların bildiklerine ve anlayış seviyesine riayet etmiş fakat bu örneklerde insan ortak paydasında buluşan her kuşak ve her bölge kendini bulabilmiştir. Örneğin deveden ya da hurmadan bahsedilmesinden bir bölgede yaşayan belirli bir deve ya da hurma değil Yüce Allah'ın yaratıştaki eşsiz

kudreti kastedilmektedir. Bunun içindir ki Kur'an'ın deveden söz etmesi, buna karşı farklı iklimlerde bilinen bir başka hayvandan bahsetmemesi, ilk muhatablarının anlayış seviyelerinden hareketle anlaşılabilir evrensel hakikatler oluşturma gayesine bağlıdır demek isabetli olur (Şenocak 2005: sy. 1, 30).

Kur'an'ın, ilk muhatabı olan Arap toplumunun belli örflerini dikkate alması yerel olmasına delil olmaz. Zira, bir hukukî metnin/kuralın-söylemin hazırlanmasında, fiziki gerçekliği olan bir sosyal yapının izlerinin bulunması, o hukukî metni ne tamamen o toplumla sınırlı kılar ne de bu metnin tarihsel olmasını gerektirir. Belli bir zaman ve mekan diliminde, belirli sosyal şartlar altında oluşturulmuş nice hukukî metinler ve felsefî düşünceler vardır ki, bütün dünyaya mal olmuş ve yüzyıllardır, evrensel bir değer olarak canlılığını hala korumaktadır(Dalgın 2003c: sy. 2, 66-67).

Kur'an, Yüce Allah'ın gönderdiği kitapların en sonuncusudur. Kendisinden önce gönderilen kitaplarla bazı hükümlerinin aynı olması onun örfî hükümler içeren tarihsel bir metin olduğuna değil önceki kitaplarla kaynağının aynı olduğuna işaret eder (Şenocak 2005: sy. 1, 31).

Daha önce de belirtildiği gibi, Kur'an'ın önceki kitaplarla ve onlardan topluma yansıyıp örfe dönüşen uygulamalarla ilişkisi onları onaylama, reddetme ve düzenleme şeklinde gerçekleşmiştir.

İlim sıfatıyla yarattıklarının her halini bilen, semî ve basar sıfatlarıyla, onların dilek ve temennilerini, yakarışlarını gören ve işiten Yüce Allah'ın bir çok hukuksal içerikli mesajını, mesaja ilk muhatap olacak toplumun vahye intibakını sağlayacak içerikte göndermesi (Dalgın 2003c: sy. 2, 64) muhatapların sağlıklı bir şekilde dönüşümünü temin etmiştir.

Örfün değişmesini gerekçe göstererek miras, şahitlik, faiz, vb. gibi Kur'an'da açık bir şekilde emredilen ya da yasaklanan hususların değişmesini talep etmek, Yüce

Allah'ın şeriatını nesh etmek/hükümsüz kılmak anlamına gelir. Gerçekte ise O'nun ayetlerini yalnızca kendisi neshedebilir.

Buna göre, felsefî, edebî ya da başka tür bir metni okurken takınılan tavırla Kur'an'ı okurken benimsenen tavır ve yöntem farklı olmalıdır. Bu yüzden, kutsal olmayan metinlerde geçerli olan anlam bilimleri Kur'an'a uygulanmamalıdır.

Kur'an dışındaki metinleri okuyan bir özne, onlar üzerinde istediği gibi yorum yapabilir. Çoğu zaman, yazarın anlattığı ile öznenin anladığı farklılık arz edebilir ya da özne anladığında özgürdür. Fakat Kur'an, kendine özgü kabuller ve anlam biliminin kurallarına göre anlaşılmalıdır. O, özneyi dinleyen kendini ise dinlenen olarak görür. Yani Kur'an'ı anlamada Kur'an etken, anlayan ise edilgen olmalıdır (Şenocak 2005: sy. 1, 31).

Kur'an'ı, yirmi üç yıllık nüzûl devrinde Arap örf ve âdetine karşı edilgen kabul edip vahyin bir anlamda yerden yukarıya doğru gerçekleştiğini iddia etmek vahiy, inzâl ve tenzîl kavramları yanında Kur'an tanımlarıyla da çelişmektedir.

Kur'an kıssalarının tarihî yönünü, tarih kitaplarında anlatılan rivayetlerle, isbat ya da inkar yoluna gitmek veya sorgulamak iki açıdan doğru değildir. Birincisi, tarih ilmi oldukça yenidir. Bu ilim, insanlık tarihindeki birçok olaya hiç değinmemiştir. İkincisi, tarih insanın yetersiz uğraşlarından birisidir. Bu yüzden diğer uğraşları gibi tarih yazıcılığı da kusur, hata ve tahriften beri değildir. Nitekim teknolojinin oldukça ileri düzeyde olduğu günümüzde bile bir haber ya da olay birçok şekilde rivayet edilmekte ve birbiriyle çelişen yorumlarla tefsir edilmektedir (Kutup 2007: IV, 2290). Bilimsel yöntemlerin ve araştırma-incelemede kullanılan malzemelerin oldukça ileri seviyede olduğu günümüzde bile tarihî bir olayın sıhhat derecesi birçok açıdan yetersizlikler içeriyorsa tarihe ait eserleri esas kabul edip vahyi sorgulamak tarihselciliğin nesnellik vurgusuyla çelişmektedir. Ayrıca bu durum "ilahî alanı", "insanî alana" hapsedme anlamına gelmektedir. Bu da insanı Yüce Allah'tan daha alim olarak görme kabûlüne yol açar.

Ayrıca kutsal olan bir kitabın özneliği, açık olan rivayetlere muhtaç addedilmesi onun kutsallığını ihlal edecektir. Bu yüzden Kur'an'ı örfün, tarihin ya da bilimin şehâdetine arz etmek, onun haber verdiklerini daha iyi anlamak için olursa fayda temin eder. Aksi bir amaç için olursa uç yorumlara yol açar. Bunu ifade ederken Kur'an'ın bilimle, tarihle anlaşılamayacağını söylemiyor, bilakis onun anlaşılmasında tarih ve bilimin “mutlak ölçü” kabul edilemeyeceğini ifade etmek istiyoruz.

2.1.2 Geleneksel Yönteme Göre Örf-Nass İlişkisi

Geleneksel anlama usulüne göre örf-nass ilişkisini ibadet, aile, miras, ticaret ve ceza hukuku başlıkları altında İslam'ın onayladığı, kaldırdığı ve değiştirerek kabul ettiği hükümler çerçevesinde inceleyeceğiz.

2.1.2.1 Örf-İbâdet İlişkisi

Mükellef olan kişinin nefsinin arzusuna aykırı olarak Rabbini yüceltmek için yaptığı işlere ibadet denir (Cürçânî 2000: 149). Bir başka deyişle ibadet, kulun her türlü nimeti veren Yüce Allah'a O'nun belirttiği şekilde ta'zim maksadıyla yaptığı fiilî ve sözlü ameller bütünüdür. Bütün peygamberler, insanları imandan sonra ibadet etmeye davet etmişlerdir. Zamanla ibadet şekillerinin bir kısmı örfî, tarihî ve coğrafî unsurların etkisinde kalarak ya değişmiş veya tamamen beşerî ya da kısmen ilahî kısmen de beşerî boyutu olan fenomenler olarak varlıklarını korumuşlardır.

Tarihi süreç içerisinde defalarca yaşanan ilahî olanın beşerîleştirilmesi geleneği Cahiliyye dönemi Araplarında da görülmüş ve bu çerçevede Araplar, Hz. İbrahim ve Hz. İsmail'in dinini tahrif ederek putlara tapmışlardır. Yeni dine uyum sürecinde tevhit dinine ait çok sayıda hükmü değiştiren Araplar, dinde pek çok bid'at oluşturup onlara işlerlik kazandırmışlardır (Ezrakî 2002: I, 250-1). Bunu yaparken şirk kültürü içerisinde oluşan geleneklerini esas almış, onunla çatışmayan örfün mübah kıldığını helal, çatışanını ise haram saymışlardır (Ali 1993: V, 474).

Cahiliyye dönemindeki Araplar'ın kendilerinden önce yaşayan milletlerden dalâlette tek farkları Hz. İbrahim'den kalan hac başta olmak üzere (İbn Kesîr 1992: II, 191) namaz, oruç, sadaka (Ali 1993: VI, 336 vd.) gibi bazı ibadetleri farklı şekil ve içerikte de olsa yapmalarıydı. Bu yüzden örf-ibadet ilişkisi başlığı altında yukarıdaki konular incelenecektir.

2.1.2.1.1 Namaz

Lügatte salât (namaz); dua, rahmet, istiğfar gibi anlamlara gelmektedir (Fîruzâbâdî 2003: 1303-4). Hz. Peygamber, salât kelimesini tavaf anlamında da kullanmıştır (Ebû Hayyân 1993: IV, 487). Namaz ıstılahta, “Belli şartlar dahilinde, belli vakitlerde akdedilen, belirli zikir ve rükünlerden oluşan” (Mevsîfî 1998: I, 50) ibadet ya da, “Belli söz ve fiillerden oluşan; tekbirle başlayıp selamla biten” (Buhûtî 2003: I, 261) Yüce Allah'a yakınlaşma şekli olarak tanımlanmaktadır.

Namaz, Hz. Muhammed'den önceki peygamber ve ümmetlere de farz kılınmıştır. Nitekim Kur'an Hz. İbrahim'i Kabe'yi tavaf etmek ve namaz kılmak gibi ibadetlerle ilintili olarak zikretmektedir (Âlûsî 2005: IX, 136):

“Hani biz İbrahim'e, Beytullah'ın yerini, ‘Bana hiçbir şeyi eş tutma; evimi tavaf edenler, namaz kılanlar, rükû ve secdeye varanlar için temizle!’ diye belirlemiştik.” (Hac 22/26).

Yüce Allah, İsrailoğullarından, Allah'tan başkasına ibadet etmemeleri, anne babaya, yakınlara, yetimlere, yoksullara iyilik etmeleri, herkese güzel sözler söylemelerinin yanında, “namaz kılmalarına” dair de söz aldığını bildirmektedir (Bakara 2/83). Ayrıca Hz. İsa'ya da, teklif çağına geldiğinde namazı kılmayı (Kurtubî 2000: XI, 70) kesin bir emir olarak (Ebu's-Suûd 1999: IV, 239) farz kıldığını bildirmektedir:

“Nerede olursam olayım beni kutlu ve erdemli kıldı ve bana yaşadığım sürece namazı ve zekâtı emretti.” (Meryem 19/31).

Cahiliyye döneminde İslam’da emredildiği şekilde bir namaz yoktu (Ali 1993: VI, 337). Araplar ıslık çalmayı ve alkış tutmayı bir çeşit ibadet görür ve namaz anlamında Allah’a bir yakınlaşma vesilesi olarak kabul ederlerdi (Râzî 1990: XV, 128).

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı gibi Araplar, önceki peygamberlerden tevarüs eden namazın adını koruyup, keyfiyetini değiştirmiş, yerine ise ıslık çalmayı ve alkış tutmayı koymuşlardı (Ebû Hayyân 1993: IV, 487). Nitekim Kur’an, müşriklerin bu âdetini şu şekilde ifade etmektedir:

“Onların, Kâ’be’nin yanında namazları ıslık çalıp el çırpılmaktan ibarettir. Öyle ise (ey müşrikler) inkâr etmekte olduğunuzdan dolayı tadın azabı.” (Enfâl 8/35).

Ayrıca bu dönemde müşrikler, Hz. Peygamber namaz kılarken onu yanıltıp namazını fasit duruma düşürmek için yanaklarını yere koyar ve alkış tutup, ıslık çalarlardı (İbn Kesîr 1399: II, 103).

İslam, önceki peygamber ve ümmetlere de emredilen fakat cahilliyye döneminde yaşayan Araplar tarafından ibadet şeklinden çıkarılan ve adeta bir eğlence formatına sokulan namazı örfî unsurlardan ayıklayıp tekrar kulluğun en önemli ödevi haline getirmiştir. Nitekim Kur’an’ın imandan hemen sonra kesin bir farz olarak bildirdiği namazı (Bakara, 2/3) Hz. Peygamber dinin beş esasında biri olarak zikretmiştir (Buharî iman 1; Müslim İman 5).

2.1.2.1.2 Oruç

Oruç, lügatte kişinin kendini yeme, içme, konuşma ve cinsel ilişki gibi aktivitelerden alıkoymasına anlamına gelmektedir (İbn Faris 2008: 558; Fîrûzâbâdî 2003: 1303-4). İstilahta ise, “oruç tutmaya engel bir durumu olmayan kişinin niyet eşliğinde fecrin doğuşundan güneşin batmasına kadar olan süre içerisinde yeme,

içme ve cinsel ilişkiyi terk etmesi” (Zeylaî 2000: II, 145) şeklinde tarif edilmektedir.

Kur’an-ı Kerîm’de de belirtildiği gibi, oruç Hz. Muhammed’den önceki peygamber ve ümmetlere de farz kılınmıştır:

“Ey iman edenler! Allah’a karşı gelmekten sakınmanız için oruç, sizden öncekilere farz kılındığı gibi, size de farz kılındı.” (Bakara 2/183).

Ayetten de anlaşıldığı gibi Ramazan ayında oruç tutmak önceki peygamberlerin ümmetlerine de farz kılınmıştır. Ne var ki Yahudi ve Hıristiyanlar çeşitli gerekçeler ileri sürerek orucun vaktini ve miktarını değiştirmişlerdir (Kurtubî 2000: II, 184).

Ramazan orucu, Hz. İsmail ve babası Hz. İbrahim şeriatından kalan bir gelenek olarak Cahiliyye Arapları tarafından da bilindiğinden bazı kimseler bu ayda oruç tutarlardı. Hz. Peygamber de dedesi Abdulmuttalib’in adeti üzere (Osmanî 2006: II, 146) bu ayda Hira dağına çekilir, burada ibadet ve tefekkür ederdi (Hudarî 2002: 35; Karaman 1989: 83).

Oruç, Yahudi ve Hıristiyanlarda malum olduğu şekliyle Cahiliyye Arapları tarafından da bilinmekteydi. Araplar özellikle Aşura gününde oruç tutarlardı. Nitekim Hz. Peygamber’in de cahiliyye devrinde bu orucu tuttuğu bildirilmektedir (Ali 1993: VI, 339). Hz. Peygamber, Medine’ye hicret ettikten sonra da âdeti üzere bu günde oruç tuttu ve ashabına da tutmayı emretti. Hicretin ikinci yılı Şaban ayında (Kastallânî 2000: IV, 570) Ramazan orucu farz kılınca bu orucu tutma noktasında onları serbest bıraktı (Buhârî Savm 69).

Kur’an örfî bir uygulama olarak varlığını sürdüren orucu örfî değerlerden ayırarak zaman ve şekil açısından yeniden düzenlemiştir:

“Oruç, sayılı günlerdedir. Sizden kim hasta ya da yolculukta olursa, tutamadığı günler sayısınca başka günlerde tutar. Oruca gücü yetmeyenler ise bir yoksul doyumu fidye verir. Bununla birlikte, kim gönülden bir iyilik yaparsa (mesela fidyeyi fazla verirse) o kendisi için daha hayırlıdır. Eğer bilerseniz oruç tutmanız sizin için daha hayırlıdır.” (Bakara 2/184).

“(O sayılı günler), insanlar için bir hidayet rehberi, doğru yolun ve hak ile batılı birbirinden ayırmanın apaçık delilleri olarak Kur’an’ın kendisinde indirildiği Ramazan ayıdır. Öyle ise içinizden kim bu aya ulaşırsa, onu oruçla geçirsin. Kim de hasta veya yolcu olursa, tutamadığı günler sayısınca başka günlerde tutsun. Allah, size kolaylık diler, zorluk dilemez.” (Bakara 2/185).

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı gibi oruç önceki şeriatlerden Cahiliyye toplumuna intikal etmiş ve örfi bir uygulama olarak İslam’da olduğundan farklı vakit ve miktarlarda tutulmuştur. Kur’an, orucun hasta ve yolcu dışında teklif çağına gelen her müslümana farz olduğunu, tutamayanların başka günlerde onu kaza etmelerini, tutamayacak durumda olanların ise fidye vermelerini emrederek bu ibadeti yeniden düzenlemiştir.

2.1.2.1.3 Zekat

Zekat lügatte; artmak, çoğalmak, temizlenmek anlamlarına gelmektedir (Fîrûzâbâdî 2003: 1303-4; Mutarrizî 1999: 122). İstılahta ise zekat; “belli bir malın belli bir kısmını, Yüce Allah’ın belirlediği belli bir şahsa Allah rızası için vermek” şeklinde tarif edilmektedir (Meydanî 1999: I, 136).

Zekat, İslam’dan önceki Peygamberlere ve onların ümmetlerine de emredilmişti. Nitekim Yüce Allah, Hz. İbrahim’e, oğulları İshak ve Yakub’a diğer ibadetler yanında zekat vermeyi de emrettiğini bildirmektedir:

“Ve hepsini (İbrâhîm’i, İshak’ı ve Yakûb’u) emrimizle doğru yolu gösteren imamlar (önderler) yaptık. Kendilerine hayırlar işlemeyi, namaz kılmayı, zekat vermeyi vahyettik. Onlar hep bize ibadet ediyorlardı.” (Enbiyâ 21/73). İlgili ayette

“hayırlar” bağlamında değerlendirilen namaz ve zekatın müstakil olarak zikredilmesi, has olan kavramın genel olana atfedilmesi şeklinde nitelenir ki bu da atfedilen has kavramın fazilet ve yüceliğini gösterir (Âlûsî 2005: IX, 69). Buna göre ayetten, önceki peygamberler zamanında zekatın namaz gibi oldukça yüksek bir değere sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Yüce Allah, Kur’an’da İsrailoğulları’ndan da zekat vereceklerine dair söz aldığını bildirmektedir (Bakara 2/83). Ayrıca Hz. İsa’ya da teklif çağına geldiğinde (Kurtubî 2000: XI, 70) ve nisaba malik olduğunda zekatı eda etmesini (Ebu’s’Suûd 1999: IV, 239) emretmiştir (Meryem 19/31). Fakat önceki peygamberlere emredilen zekat, şekil ve içerik açısından İslam’dakinden farklıydı (Ebû Hayyân 1993: I, 455; Âlûsî 2005: IX, 69).

Cahiliyye dönemi Arapları, zekat vermeyi Yüce Allah’a ibadet formatından çıkarıp kendi gelenekleri içerisinde yeniden yorumlamışlardı. Buna göre ekinin ve hayvanların bir bölümünü Yüce Allah için ayırır ve bunu fakir ve yoksullara harcar, bir bölümünü de putlarına tahsis edip onların bekçileri ve bakıcılarına sarf ederlerdi (Hudarî 2002: 39-41). Kur’an kötü hükmetmek ve Yüce Allah’a iftirada bulunmak şeklinde nitelediği bu durumu birçok ayette yermektedir:

“Allah’ın yarattığı ekinlerden ve hayvanlardan O’na bir pay ayırdılar ve akıllarınca, ‘Şu, Allah için şu da bizim ortaklarımız (putlarımız) için’ dediler. Ortakları için olan Allah’ın payına eklenmiyor. Allah için olan ise ortaklarına ekleniyor. Ne kötü hükmediyorlar!” (En’âm 6/136).

“Bir de (asılsız iddialarda bulunarak) dediler ki: ‘Bunlar yasaklanmış hayvanlar ve ekinlerdir. Onları bizim dilediklerimizden başkası yiyemez. (Şunlar da) sırtları (binilmesi ve yük yüklenmesi) haram edilmiş hayvanlardır.’ Bir kısım hayvanları da keserken üzerlerine Allah’ın adını anmazlar. (Bütün bunları) Allah’a iftira ederek yaparlar. Bu iftiraları sebebiyle Allah onları cezalandıracaktır.” (En’âm 6/138).

“Allah, (cahiliyye devrindeki âdet üzere) kulağı yarılıp salıverilen ve putlara adak yapılan develerle, putlar için kesilen koyunların ve sırtı yüke haram kılınan develerin hiçbirini meşru kılmamıştır. Fakat, küfredenler, Allah’a yalan uydururlar. Onların çoğunun akılları ermez.” (Maide 5/103).

İslam, Cahiliyye Araplarının şer’î hiçbir gerekçeye dayanmadan bazı hayvanları haram, bazılarını da helal olarak değerlendirmelerinin şirk olduğunu belirtmiş ve onların sadece sadaka adını taşıyan fakat içerikte sadakadan tamamen farklı olan örfî uygulamalarını ortadan kaldırmıştır (el-Fâsî 2007: I, 64; Hudari 2002: 41).

Kur’an, sadaka kavramını, içerisine nüfûz eden Cahiliyye örf ve âdetinden arındırıp yeniden düzenlemiş ve öneminden dolayı da onu imandan hemen sonra namaza bitişik olarak zikretmiştir:

“Onlar gayba inanır, namazı dosdoğru kılar, kendilerine rızık olarak verdiğimizden de Allah yolunda harcarlar.” (Bakara 2/3); “Namazı dosdoğru kılın, zekâtı verin.” (Nûr 24/56). Hz. Peygamber de zekatı iman ve namazdan hemen sonra zikretmiştir (Buharî İman 1; Müslim İman 5).

İslam’da sadaka ilk olarak müslümanların zor şartlar altında hayatlarını sürdürdükleri Mekke döneminde emredilmiştir. Nitekim Kur’an fakirlerin, inananların mallarında belli oranda haklarının olduğunu belirtmiştir (el-Mevsua 2002, XXIII, 228):

“Onlar, namazlarına devam eden kimselerdir. Onlar mallarında; isteyenler ve (isteyemeyip) mahrum kalanlar için belli bir hak bulunan kimselerdir (Meâric 70/23-5).

Medine döneminde zekatın sınırları daha net çizgilerle tayin edilmiş ve gerekli şartlara sahip olan kişilere kesin olarak emredilmiştir:

“Onların mallarından, onları kendisiyle arındıracağın ve temizleyeceğin bir sadaka (zekat) al ve onlara dua et.” (Tevbe, 9/103).

Aşağıdaki ayet zekatın kimlere verilebileceğini bildirerek örfteki putlara ve onların bakıcılarına pay ayırma uygulamasını iptal etmiştir:

“Sadakalar (zekâtlar), Allah’tan bir farz olarak ancak fakirler, düşkünler, zekat toplayan memurlar, kalpleri İslâm’a ısındırılacak olanlarla (özgürlüğüne kavuşturulacak) köleler, borçlular, Allah yolunda cihad edenler ve yolda kalmış yolcular içindir. Allah, hakkıyla bilendir, hüküm ve hikmet sahibidir.” (Tevbe 9/60).

Zekatın verileceği yerleri belirleyen ayet, Cahiliyye örfündeki sadaka kültürüne nihaî müdahaleyi yaparak onu yeniden inşa etme sürecini tamamlamıştır.

2.1.2.1.4 Kurban

Türkçeye kurban şeklinde tercüme edilen udhiyye kelimesi sözlükte, kuşluk vaktinde kesilen şey anlamında kullanılmaktadır. İstilahta ise, “ibadet niyetiyle belli bir vakitte belli bir hayvanı kesmek” şeklinde tarif edilmektedir (Mutarriżî 1999: 159; Meydanî 1999: III, 98; Sâğircî 2000: III, 186).

Yüce Allah, İslam’dan önceki peygamber ve ümmetlere bir ibadet olarak kurban kesmeyi emretmiştir (Zemahşerî ty.: III, 14; Âlûsî 2005: IX, 147; Merağî 2006: VI, 234). Nitekim konu ile ilgili ayet meali şu şekildedir:

“Her ümmet için, Allah’ın kendilerine rızık olarak verdiği hayvanlar üzerine ismini ansınlar diye kurban kesmeyi meşru kıldık. İşte sizin ilâhınız bir tek ilâhtır. Şu halde yalnız O’na teslim olun. Alçak gönüllüleri müjdele!” (Hac 22/34).

Yukarıdaki ayetten, önceki peygamberlere iman eden insanların kurban kesip kan akıtmalarının, yapmaları gereken ilahî bir ödev olduğu anlaşılmaktadır (Kurtubî 2000: XII, 39).

Cahiliyye döneminde yaşayan Araplar, kurbanı çok tanrılı hayatlarının bir parçası olarak gelenekleri çerçevesinde yorumlamış ve putları yüceltme vesilesi haline getirmişlerdir.¹⁴

Kur'an, Cahiliyye Araplarının farklı isimler altında yürüttükleri bu faaliyeti geçersiz kılmıştır:

“Allah, (cahiliyye devrindeki âdet üzere) kulağı yarılıp salıverilen ve putlara adak yapılan develerle, putlar için kesilen koyunların ve sırtı yüke haram kılınan develerin hiçbirini meşru kılmamıştır. Fakat, inkarcılar Allah'a karşı yalan uydururlar. Onların çoğunun akılları ermez.” (Mâide 5/103).

İslam, Cahiliyye örfünde yer alan kurbanla alakalı yanlış uygulamaları kaldırmış, dinin nişaneleri oldukları bildirilen kurbanların sadece Yüce Allah'ın adı anılarak kesilmelerini emretmiştir:

“Kurbanlık büyük baş hayvanları da sizin için Allah'ın dininin nişanelerinden kıldık. Sizin için onlarda hayır vardır. Onlar saf saf sıralanmış dururken (kurban edeceğinizde) üzerlerine Allah'ın adını anın. Yanları üzerlerine düşüp canları çıkınca onlardan siz de yiyecek, istemeyen fakire de istemek zorunda kalan fakire de yedirin. Şükredesiniz diye onları böylece sizin hizmetinize verdik.” (Hac 22/36).

Kur'an, geleneksel yapı içerisinde şekillenirken müşrik topluma ait bir çok özelliği de kazanan kurban âdetini, ıslah ederek ilahi rızanın gözetildiği bir ibadet olarak yeniden düzenlemiştir:

“Onların etleri ve kanları asla Allah'a ulaşmaz. Fakat O'na sizin takvanız (Allah'a karşı gelmekten sakınmanız) ulaşır.” (Hac, 22/37).

¹⁴ Hz. Peygamber, Mekke toplumunu Hz. İsmail'in mirasından ilk olarak çok tanrılı bir topluma taşıyıp yeniden yapılandıran kişinin Amr b. Lühey olduğunu bildirmektedir (Kurtubî 2000: VI, 218).

Hz. Peygamber de iki adet alaca (beyazı baskın) ve boynuzlu koçu kendi eliyle besmele çekip, tekbir getirerek kurban etmiştir (Müslim Adâhî 3).

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı gibi Kur'an, Cahiliyye örfünde zenginliğin bir göstergesi olarak kabul edilen ve insanlar nezdinde daha fazla saygınlık kazanmak için kesilen kurbanı kelime anlamına uygun olacak şekilde ibadet formatında yeniden inşa etmiştir.

2.1.2.1.5 Hac

Cahiliyye döneminde Araplar Kabe'ye saygı gösterir, hac ve umre yapar, Beytullah çevresinde yedi defa döner, bu esnada Hacerü'l-Esved'i mesheder, Safa-Merve arasında sa'y eder, telbiye getirir, hedy kurbanlarını takdim eder, şeytan taşlar, hac için ihrama girer, Hz. İbrahim'in belirlediği şekilde Harem sınırlarını tanır ve gereğini yaparlardı. Ne var ki Kabe'nin çevresine ve içine her kabileyi temsilen üç yüz altmış put yerleştirmiş, telbiyenin şeklini değiştirerek ona Yüce Allah'a ortak koşmayı içeren ifadeler eklemiş, Kabe çevresinde tavaf ederken de ıslık çalıp el çırpmayı (Enfâl 8/35) âdet haline getirmişlerdi. Hac ibadetini bitirdikten sonra şarkı, oyun, eğlence ve içki için meclisler düzenler çeşitli nedenlerden dolayı Mekke'de kalan Arapların ileri gelenleri ve tacirleri de henüz karşılayamadıkları ihtiyaçlarını gidermek için bu meclislere katılırdı. Yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı üzere Cahiliyye döneminde Araplar Hz. İbrahim'den tevarüs eden hac ile ilgili bazı unsurları örf şeklinde hala sürdürmekteydiler (İbn Kesîr 1992: II, 191).

Araplara hac yolculuğunda dünya milletlerinden Hintliler, İranlılar, Sabiler ve bazı Yahudiler de iştirak ederdi (Harbûtlî 2004: 176).

İslam, Araplar'ın Kur'an'ın inmeye başladığı dönemde Kabe'yi ziyaret ederek hac ve umre yapma örflerini şirk kalıntılarından temizleyerek (Ebû Sünne 1992: 96) haccı Hz. İbrahim zamanındaki asıl haline döndürmüştür (Hammûr 2006: II, 979).

İslam'ın bir kısmını değiştirerek düzelttiği, bir kısmını olduğu şekilde bıraktığı, bir kısmını da bütünüyle kaldırdığı hacla ilgili uygulamalar (menâsik) ve bunların nasslarla ilişkisi şu şekildedir:

2.1.2.1.5.1 Telbiye

Lügatte çağrıya icabet etmek, emre tekrar tekrar itaat etmek (Mutarrizî 1999: 230) anlamlarına gelen telbiye, ıstılahta, “İhrama girmek için Hz. Peygamber'den rivayet edilen şu mealdeki hadisi okumaktır: ‘Buyur Allah’ım buyur! Buyur, senin hiçbir ortağın yoktur. Buyur, şüphesiz her türlü övgü, nimet, mülk ve hükümler sana aittir. Senin hiçbir ortağın yoktur.’” (Buhârî Hac 26; Ebû Davûd Menâsik 27).

Kinâne ve Kureyş kabileleri Hz. İbrahim'den nakledilen telbiyeyi şu şekilde değiştirmişlerdi: “Buyur Allah’ım buyur! Senin ancak bir tane ortağın vardır ki, sen ona da, onun sahip olduklarına da maliksin.” (İbn Kesîr 1992: II, 191).

Araplar diğer ibadet şekillerinde olduğu gibi telbiyede de ilahî olanla beşerî olanın sentezini yapıp, Yüce Allah'ın varlığını ikrardan hemen sonra putlarına yer açarak tevhidin bir göstergesi olan telbiyeyi anlamsız hale getirmişlerdir. Nitekim Yüce Allah müşriklerin durumuyla ilgili şöyle buyurmaktadır:

“Onların çoğu, Allah’a ancak müşrik olarak inanmaktadır.” (Yûsuf 12/106).

İlk olarak Hz. İbrahim'le söylenmeye başlanan daha sonra Mekke müşriklerinin atalar geleneğini esas alarak içeriğine müdahale ettiği telbiye, Hz. Peygamber tarafından ayıklanarak tevhid inancına uygun hale getirilmiştir.

2.1.2.1.5.2 Tavaf

Araplar diğer bazı ibadetlerde olduğu gibi Kabe'yi tavaf etme noktasında da ikiye bölünmüşlerdi. Buna göre, dinlerine aşırı bağlılıklarından dolayı kendilerine “hums” adı verilen Kureyş ve müttelikleri (Mutarrizî 1999: 78) Kabe'yi ‘hums’ elbiseleri içerisinde tavaf eder, diğerleri ise ya üzerlerindeki elbiseleri çıkarır

çıplak halde ya da hums olarak bilinen insanlardan aldıkları kıyafetler içerisinde tavaf ederlerdi (İbn Hişâm ty: I, 214; Ezrakî 2002: I, 175). Mekkeli olmayanlar “hıll” denen harem bölgesi dışından getirdikleri elbiselerle tavaf etmişlerse, tavaftan sonra onları çıkarıp atar bir daha hiç kimse onlardan ne istifade eder ne de onlara el sürerdi (İbn Hişâm ty: I, 214-5).

Tavaf için elbise bulamayan ya da elbisesini çıkarıp atmak istemeyen erkekler Kabe’yi çıplak, kadınlar da üzerlerinde sadece ön ve arkalarını örten yırtmaçlı bir çeşit kadın elbisesi olduğu halde tavaf ederlerdi (İbn Hişâm ty: I, 214-5).

Ahlak dışı uygulama ve görüntülere sahne olan bu süreçte zaman zaman ilginç olaylar da yaşanırdı. Nitekim bir gün, güzel ve gösterişli bir kadın Mekke’ye gelir, tavaf etmek için Kureyşîlerden ödünç elbise ister fakat kimse kendisine elbise vermez. Çıplak olarak tavaf etmekten başka yol bulamayan kadın Mescid-i Haram’ın kapısında elbisesini çıkarır, içeri girer, elleriyle de cinsel organını kapatır ve şu şiiri inşâd eder:

“Bugün onun bir kısmı ya da tamamı ortaya çıkar
Ondan görüneni asla helal etmiyorum.” (İbn Hişâm ty: I, 215; Ezrakî 2002: I, 175).

Yüce Allah insana avret yerlerini örtmesi ve süslenmesi için verdiğini bildirdiği (A’râf 7/26) elbiseyi giymesini emrederek (A’râf: 7/31) Hz. İbrahim’in dinine şeytanın aldatmasıyla giren (İbn Hişâm ty: I, 216) Cahiliyye örfünü ortadan kaldırmıştır. Ayrıca Hz. Peygamber’in, Hicri dokuzuncu yılda hac emiri olarak görevlendirdiği Hz. Ebu Bekir’e Hz. Ali vasıtasıyla gönderdiği ve insanlara duyurulmasını istediği hususlardan biri de, “Kabe’nin çıplaklar tarafından tavaf edilemeyeceğidir.” (Ezrakî 2002: I, 175).

İslam, önceki peygamberlerden tevarüs eden tavafi Cahiliyye örf ve âdetinden temizleyerek ilahi murad çerçevesinde yeniden düzenlemiştir.

2.1.2.1.5.3 Kabe Örtüsü

İnsanlar Kabe'nin dış duvarlarını örtme ihtiyacı hissetmişlerdir. Kabe'yi ilk olarak gördüğü bir rüyanın etkisiyle Yemen Hükümdarı Tübbe örtmüştür. Daha sonra, hükümdarın halifeleri tarafından bu gelenek devam ettirilmiş, Kabe'ye deri ve Mısır'da dokunan beyaz bir kumaş giydirilmiştir. Kabe'yi örtme geleneği değişik şekillerde ve farklı şahıs ve kurumlar tarafından devam ettirilmiştir (Harbûtlî 2004: 176).

Araplar da Cahiliyye döneminde Kabe'nin dış yüzeyini örterlerdi. Hz. Peygamber de bu geleneği sürdürmüş Kabe'ye Yemen kumaşı giydirmiştir (el-Fâsî 1999: I, 230). Sırası ile Hz. Ebu Bekir, Ömer ve Osman da bu geleneğe uymuştur (Ezrakî 2002: I, 250-1).

Hz. Peygamber Cahiliyye Araplarına kendilerinden önce yaşayan medeniyetlerden intikal eden Kabe'yi giydirme geleneğini İslam'a aykırı hükümler içermediğinden onaylamıştır.

2.1.2.1.5.4 Safa ve Merve Arasında Sa'y Etmek

Hz. İbrahim; Kabe gibi, Safa ve Merve olarak bilinen iki tepe arasında da tavaf etmiştir (Taberi 2005: II, 48). Cahiliyye devri Arapları daha sonra Safa tepesine "İsâf", Merve'ye de "Naile" adında iki put koyup tavaf ederken ellerini bu iki puta sürmeyi âdet haline getirmişlerdir. Müslümanlar özellikle de Ensâr -diğer putlar gibi İsâf ve Naile de kırıldıktan sonra- Cahiliyye örfünün bir uzantısı olarak gördükleri sa'yı, "Şüphesiz, Safa ile Merve Allah'ın (dininin) nişanelerindedir. Onun için her kim hac ve umre eder ve onları da tavaf ederse bunda bir günah yoktur." (Bakara 2/158) ayeti ininceye kadar hoş karşılamamışlardır (Taberî 2005: II, 49). Ayrıca, "Sonra da sana, 'Hakka yönelen İbrahim'in dinine uy. O, Allah'a ortak koşanlardan değildi' diye vahyettik." (Nahl 16/123) ayeti Hz. İbrahim'in kendinden sonra gelenler için uyulması gereken imam olduğunu belirtmektedir. Allah'ın nişanlarından ve haccın menasikinden olan tavaf ve sa'yı Hz. İbrahim

yapmış ve takipçileri için de yol olarak belirlemiştir. Ayette Hz. Peygamber ve ümmeti Hz. İbrahim'e uymakla emrolunduğuna göre sa'y müslümanlar için de vaciptir (Taberî 2005: II, 48).

Cahiliyye âdetleri arasında yer alan sa'y, ilgili ayet indikten sonra, yapılması gereken bir ibadet (Taberî 2005: II, 50) ve İslam'ın özel alametlerinden biri olarak kabul edilmiş (Elmalılı 1971: I, 554) ve böylece nass Hz. İbrahim'den tevarüs eden sa'yı zamanla oluşan fasid örften arındırarak orijinal haline döndürmüştür.

2.1.2.1.5.5 Hums (Aşırılık)

Cahiliyye döneminde kişinin toplumdaki konumu, mensup olduğu kabileye göre belirlenirdi. Kureyş ve müttefikleri Hicaz Yarımadasındaki Arapların önemli bir bölümünün saygı gösterdiği Kabe'yi içinde bulunduran şehirde yaşadıklarından hem diğer bütün kabilelerden farklı görülür hem de kendilerini, “Allah'ın ehli, Hz. İbrahim'in çocukları, Beytullah'ın yöneticileri ve Harem'in halkı” olarak nitelediklerinden, hiçbir Arabı kendilerine eş kabul etmezlerdi (Ezrakî 2002: I, 176). Bunun bir yansıması olarak Fil Vakası'ndan önce (ya da sonra) “hums” meselesini icat ettiler (İbn Hişâm ty: I, 211; Aynî 2001: XI, 3-4). Kişinin fanatik olması, kabalaşması gibi anlamlara gelen “ahmes” kelimesi daha sonra inançlarındaki fanatizmden dolayı Kureyş, Kinane, Cedîle ve onları takip eden kabilelerin lakabı oldu (Fîrûzâbâdî 2003: 539).

Diğer Arapların; Harem'i, gereği gibi takdir edemeyeceğini düşünen Kureyşîler, Hill bölgesinde yer alan hiçbir şeyin harem bölgesindeki unsurlar gibi yüceltilemeyeceğini savundu. Bunlar, hac ibadetinin ifa edildiği mekanların nereler olduğunu iyi bilmelerine rağmen Harem sınırları içerisinde yer almamasını gerekçe göstererek Arafat'ta vakfe yapmayı ve oradan Müzdelife'ye inmeyi terk ettiler. Kendilerini “Hums” olarak nitelediklerinden (Ezrakî 2002: I, 176-7) “Harem” sınırları dışına çıkmayı (Aynî 2001: XI, 3-4) ve ondan başka bir yere hürmet etmeyi uygun görmediler. Cubeyr b. Mut'im'in rivayet ettiği bir hadis bu durumun ne derece derin bir sınıfsal ayrıma yol açtığını çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır: “Veda haccı yılında devemi kaybetmişim. Arefe günü onu

arıyordum. O sırada Arafat'ta Hz. Peygamber'i vakfede dururken gördüm. Kendi kendime bu peygamber, “hums”andır. O halde Arafat'ta ne işi var?” dedim (Buharî Hac 92).

Kur'an, bütün hacılara Arafat'tan Müzdelife'ye inmeleri gerektiğini emrederek Hz. İbrahim'den tevarüs eden sahih geleneği Cahiliyye örfünden ayırıp mevcut sınıfsal yapıyı ortadan kaldırmıştır. Hz. Aişe, aşağıda mealini verdiğimiz ayetin bu konuda indiğini (Buharî Hac 92) dolayısıyla Kur'an'ın Kureyşîlerin icat ettiği “hums” örfünü ilga ettiğini bildirmektedir:

“Sonra insanların akın ettiği yerden siz de akın edin ve Allah'tan bağışlama dileyin. Şüphesiz Allah çok bağışlayandır, çok merhamet edendir.” (Bakara 2/199).

Böylece Kur'an, Cahiliyye örfünün, tabii yapısını bozduğu vakfeyi “hums” gibi İslam'a aykırı bir gelenekten arındırmıştır.

2.1.2.1.5.6 Şeytan Taşlama

İlk olarak Hz. İbrahim tarafından îfa edilen hac ibadeti içerisinde şeytan taşlamak da vardı. Rivayet edildiğine göre Hz. İbrahim, Yüce Allah'a, “Rabbimiz! Bize ibadet yerlerini ve ilkelerini göster.” (Bakara 2/128) diye niyazda bulununca, Cebrail ona hac ibadetini göstermek için gelmiş ve bu amaçla onu dolaştırırken Cemre-i Akabe'de Şeytan'la karşılaşmıştır. Bunun üzerine Cebrail Hz. İbrahim'e: “Tekbir getir ve onu taşı!” diye söyler. İkinci Cemre'nin olduğu yerde Şeytan, tekrar karşılına çıkar, Cebrail Hz. İbrahim'e aynı şekilde tekbir getirip onu taşlamasını telkin eder. Şeytan, üçüncü defa Küçük Şeytan'ın olduğu yerde görünür, Cebrail, Hz. İbrahim'e aynı şekilde tekbir getirip onu taşlamasını telkin eder.” (Ezrakî 2002: II, 176).

Hz. İbrahim'le başlayan şeytan taşlama Cahiliyye döneminde de örf ve âdet olarak devam etmiştir (Ezrakî 2002: II, 177). Nitekim Veda Haccı yılında, Hz. Peygamber'e gelen bir sahabi, “Ey Allah'ın Resûlü! ‘Şeytan taşlamadan önce

kurbanımı kestim.’ ne yapmam gerekir, diye sorunca Hz. Peygamber, ‘taş at, zorluk yok.’ buyurmuştur.” (Tirmizî Hac 54). Sahabinin sorusu İslam’dan önce şeytan taşlamanın gelenek olarak var olduğunu göstermektedir.

Cahiliyye devrinde örf olarak yapılan şeytan taşlama, İslam’ın gelmesinden sonra da devam etmiş Hz. Peygamber’in fiilî ve kavli sünnetiyle sabit olan ve hakkında icma gerçekleşen bir ibadet (Kâsânî 1997: III, 90-1) olarak hac içerisinde yerini almıştır.

2.1.2.1.5.7 Hac Mevsiminde Alışveriş

Araplar, haccı ibadet ve ticaret mevsimi olarak görür bu yüzden ona önem verirlerdi. Nitekim hac ibadetini yaptıkları kamerî takvimin on ikinci ayına bu önemin bir göstergesi olarak “Zü’l-Hicce” adını vermişlerdi (Hammûr 2006: I, 583).

Araplar, hac için evlerinden çıkar, sırasıyla Ukâz, Mecenne ve Zü’l-Mecâz fuarlarında ticaret başta olmak üzere çeşitli etkinliklere katılır daha sonra Zu’l-Ka’de ayının girmesinden itibaren ilk yirmi gün Ukâz fuarında alışveriş yapar, ardından da Mecenne fuarına geçer orada da on gün kalırlardı. Zü’l-Hicce ayının hilalini görünce buradan ayrılır, sekiz gün devam edecek olan Zü’l-Mecâz fuarına giderlerdi. Zü’l-Hicce’nin terviye olarak isimlendirilen sekizinci günü ticaret fuarları son bulurdu (Ezrakî 2002: II, 176). Daha sonra sırasıyla Mina ve Arafat’a geçerlerdi. Fakat Arafat’ta ve Mina’da kaldıkları günlerde ticaret yapmayı günah kabul ederlerdi (Ezrakî 2002: II, 176; Hammûr 2006: I, 583).

İslam’dan sonra müslümanlar, hac mevsimlerinde bu büyük fuarlarda ticâret yapmayı cahiliyye geleneğinin devamı olarak gördüklerinden günah saymışlardı. Bunun üzerine, "Hac mevsimlerinde (ticaretle) Rabbinizden rızık istemenizde bir günah yoktur.” (Bakara 2/198) ayeti indi.” (Buharî, Hac 151, Tefsir Bakara 34).

İslam, cahiliyye toplumunun ticareti belli mekanlarla sınırlayan örfünü kaldırmak buna karşın müslümanlara üretim bilinci verebilmek için onlara peygamberlerin

rollerini tanıtmış ve helal yollardan ticaret yapmayı emretmiştir (A'râf 7/85). Ticaret yapma emrinin ilk uygulayıcıları da peygamberler olmuştur. Nitekim Abdullah b. Abbas, peygamberlerin ticarî hayattaki konumları ile alakalı şöyle bir rivayette bulunmaktadır: “Hz. Adem çiftçi, Nuh marangoz, İdris terzi, Davud demirci, Musa çoban, İbrahim çiftçi, Salih tüccardı. Hz. İsa yarına bir şey saklamayacak şekilde yaşar, Hz. Peygamber de Ecyad'da ailesinin koyunlarını güderdi.” (Hakim, Müstedrek II, 596). Allah Resûlü İslam'ın üretime verdiği önemi şu şekilde ifade etmiştir: “Hiç kimse kendi eliyle kazandığından daha hayırlı bir şey yememiştir.” (Buhârî, Büyû' 15; Enbiyâ, 37).

Yukarıdaki ayet ve hadislerden Yüce Allah'ın insanlara üretmeyi ve ürettikleri malların ticaretini yapmayı emrettiği anlaşılmaktadır. Buna göre hac mevsiminde ticaret yapmanın meşru olduğunu bildiren ayet, gerçekte ticaretin Yüce Allah'ın peygamberler aracılığıyla insanlara emrettiği rızık temin etme yolu olduğunu, bu açıdan Cahiliyye örfü olarak görülüp reddedilmemesi gerektiğini, ayrıca Arapların ibadete engel olur gerekçesiyle Arafat'ta alışveriş yapmama geleneklerinin (Taberî 2005: II, 295) de bir dayanağı olmadığını bildirmekte ve bu alandaki örfî uygulamaları ilgili ayet ve hadislerle yeniden düzenlemektedir.

2.1.1.2 Örf-Aile Hukuku İlişkisi

Doğum, evlilik ve süt bağı ile birbirine bağlı bulunan fertlerin meydana getirdiği sosyal kuruma aile denir. İslam'da aile bağı baba ve anne ile çocukları arasındaki ilişkiyi ifade eden neseptir. Nesep ancak meşru evlilik içerisinde meydana gelen doğum ile gerçekleşir (Karaman 1996: 59).¹⁵

Aile kurumunun meşruiyetini temin eden nikah, Hz. Adem'den günümüze kadar devam etmektedir (el-Mevsua 2005: XXXXI, 209). Hz. Peygamber'in nebilere ait sünnetlerden olduğunu haber verdiği dört şeyden biri de nikahtır (Tirmizî, Nikah 1)¹⁶. Bir başka hadiste Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır: “Kim benim, Davud, Süleyman ve İbrahim'in dini üzerinde ise bir imkan bulduğunda evlensin. Buna

¹⁵ İnsanlık ilk aileyi kuran Hz. Adem ile Havva'nın çocuklarından türemiştir (Miras 1981: IX, 77).

¹⁶ Diğerleri haya, güzel koku sürünmek ve misvak kullanmaktır.

imkan bulamazsa Allah yolunda cihad etsin (Ali el-Muttakî 2004: XVI, 119, H. no: 44459).

Aileyi toplumun temeli sayan ve kurumsal yapısını korumayı amaçlayan Kur'an, evliliği teşvik etmektedir:

“Aranızdaki, bekarları kölelerinizden ve cariyelerinizden elverişli olanları evlendirin. Eğer bunlar fakir iseler, Allah kendi lütfundan onları zenginleştirir...” (Nûr 24/32).

“Kaynaşmanız için size kendi (cinsi)nizden eşler yaratıp aranızda sevgi ve merhamet peyda etmesi de O'nun (varlığının) delillerindedir. Doğrusu bunda iyi düşünen bir kavim için ibretler vardır.” (Rûm 30/21).

Kur'an-ı Kerim, kendi terkibi içinde, çeşitli surelerde kadın ve aile hukuku ile alakalı yüzden fazla ayeti içermektedir (Karaman 1991: I, 224).

Cahiliyye döneminde Araplar, peygamberlerden tevarüs eden evlilik sistemine yenilerini ilave ederek nikahı örfileştirmiş ve yedi farklı formda yapmayı âdet haline getirmişlerdi. Ayrıca erkek çocuklar, babalarının vefatından sonra üvey annelerine varis olmakta, çok eşlilik, boşama ve zihar gibi muameleler hiçbir kurala ve kayda bağlı olmadan toplumun hemen hemen tamamında uygulanmaktaydı (el-Ulvânî 2003: 103). Bunlardan bazıları İslam tarafından değiştirilmeden, bazıları düzenlenerek kabul edilmiş, bir kısmı da tamamıyla reddedilmiştir (Berki-Hamidî 1962: 28 vd.).

2.1.2.2.1 Örf-Nikah İlişkisi

Cahiliyye toplumunda örf haline gelen nikah çeşitleri ve bunların nasslarla ilişkisi şu şekildedir:

2.1.2.2.1.1 Şiğar Nikahı

Bir erkeğin kızı ya da kız kardeşinden birini, bir başka erkekle onun kızı ya da kız kardeşinden biriyle nikahlanması karşılığında evlendirmesine şiğar nikahı

denmektedir. Cahiliyye nikahlarından olan şığar, kadına mehir vermemek için yapılan bir akittir (Abdulhamîd 1984: 36; Zeydan 1999: 24).

Hız. Peygamber, “İslam’da şığar yoktur.” (Müslim Nikah 7) buyurarak kadının kadınlığının diğere bir kadın için mehir yapılma âdetini ortadan kaldırmıştır (Abdulhamîd 1984: 36).¹⁷

2.1.2.2.1.2 Makt Nikahı

Bir erkeğın, babasının vefatından sonra üvey annesiyle evlenmesine, olayın iğrençliğinden dolayı “makt” denmektedir. Bu tür evlilik yapanlar toplumda sevimsiz işlerine nisbetle “maktî” olarak anılmışlardır (Ebû Hayyân 1993: III, 217).

Cahiliyye döneminde kişi vefat edip geride dul bir eş ve başka bir kadından erkek çocuk bıraktığında, çocuk mehir vermeden ve olurunı almadan üvey annesiyle evlenebilir ya da onu dilediğı biriyle nikahlayıp mehirini kendisi alabilirdi. Aynı şekilde, üvey annesini ölünceye kadar evlendirmekten imtina edip öldüğünde de mirasına el koyabilirdi (Reşid Rıza 1999: IV, 378).

Ölen kişinin oğlunun, bunu istememesi durumunda hak, kardeşlerine ya da yakınlık derecesine göre asebe olan yakınlarına geçerde (Zeydan 1999: 24).

İslam, Cahiliyye dönemi nikah âdetlerinden olan bu muameleyi ortadan kaldırmıştır:

¹⁷ İslam hukukçuları, evlendirilen kadının kadınlığının diğere için mehir kabul edilmesinin şart koşulmaması durumunda nikahın sahih olacağını belirtmişlerdir. Şart koşulması durumunda ise ihtilaf etmişlerdir. Şafî ve Ahmed b. Hanbel böyle bir evliliğın batıl olduğunu, zifaktan önce ya da sonra olmasına bakılmaksızın öğrenildiğı ilk anda feshedilmesi gerektiğini, Malik ise feshin sadece zifaktan önce olacağını söylemiştir. Ebû Hanîfe, öğrencileri, Zührî, Mekhûl, Sevrî ve Leysi gibi alimler bunun kendisine batıl şart izafe edilen akit türünden olduğunu, dolayısıyla akdin sahih şartın batıl olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre her bir kadın için mehir-i misil alma hakkı vardır (Abdulhamîd 1984: 36-7).

“Geçmişte olanlar bir yana, babalarınızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin; çünkü bu bir hayasızlıktır, iğrenç bir şeydir ve kötü bir yoldur.” (Nisâ 4/22).

Kur’an; üvey oğullara, eşleri ölen kadınlarla evlenmeyi haram kıldığı gibi, miraslarını alabilmek için onların evlilikten alıkonması âdetini de ortadan kaldırmıştır (Taberî 2005: III, 649):

“Ey iman edenler! Kadınlara zorla varis olmanız size helal değildir.” (Nisâ: 4/19).

2.1.2.2.1.3 İstibda’ Nikahı

Cahiliyye döneminde çocuğunun soylu olmasını isteyen bir koca, hayızdan temizlendiği zaman hanımına, “Falan kimseye haber gönder de ondan seninle cinsi münasebette bulunmasını iste.” diyerek kadının cinsi münasebette bulunduğu yabancı erkekten olan hamileliği iyice belirinceye kadar onunla cinsel ilişkiye girmezdi. Hamileliğin iyice ortaya çıkmasından sonra da kocası isterse hanımıyla cinsi münasebete girer, evliliğini sürdürürdü. Kişinin çocuğun soylu olması için yaptığı bu tür ilişkiye istibda’ nikahı denirdi (Buhârî, Nikah 37; Ebû Davûd, Talâk 33).

İslam evli kadınlarla eşleri dışındaki erkeklerin cinsi münasebetini kesin bir dille haram kılarak (Nisâ 4: 24) hiçbir peygamberin şeriatında olmayan bu fasid örfü ortadan kaldırmış ve bu tür uygulamaları zina kapsamında değerlendirmiştir.

2.1.2.2.1.4 Müşterek Nikah

Cahiliyye örfünde aile hukuku ile ilgili konulardan bir diğeri müşterek nikahtı. Söz konusu ilişki şu şekilde olurdu: On kişiden daha az sayıda bir grup erkek toplanır, bir kadının evine gider ve hepsi onunla cinsi münasebette bulunurdu. Kadın hamile kalıp çocuğunu doğurunca belli bir süre bekler daha sonra ilişkiye girdiği erkeklere haber gönderir ve hepsini yanına çağırırdı. -Bu durumdaki erkeklerin kadının çağırısına uyma zorunluluğu vardı.- Erkekler evde toplanınca kadın kendilerine, “Yaptığınızı biliyorsunuz. Ben bir çocuk dünyaya getirdim” ve

“O çocuk senindir ey falanca!” diyerek onlardan hoşuna giden birini ismiyle zikreder, çocuk da o adamın olurdu (Buhârî, Nikah 37; Ebû Davûd, Talâk 33).

Evlenmenin gerekçelerinden biri de neslin devam etmesi arzusudur. Bu da nikahla olur. Nitekim nikahın hikmetlerinden biri de nesli korumaktır (el-Mevsua 2005: XXXXI, 209). Müşterek nikah olarak bilinen gayr-ı meşru ilişki pek çok ahlaksızlık yanında nesebin tespitini de imkansız kıldığından bütün peygamberlerin şeriatında haram kabul edilmiştir.

2.1.2.2.1.5 Biğâ Nikahı

Cahiliyye döneminde fuhşu meslek haline getiren kadınlar vardı ve örf gereği onların bu hali normal kabul edilirdi. Fahişe oldukları herkesçe bilinen bu kadınlar ilişki için yanlarına gelen erkeklerden sakınmaz hatta kendilerine gelmek isteyen kişilere bir alâmet olması için kapılarının üzerlerine bayraklar dikerlerdi. Fahişe bir kadın ilişkilerinden hamile kalıp çocuğunu doğurunca daha önce kendisiyle cinsi münasebette bulunan erkeklerin hepsi onun yanında toplanır, kadın da - onlar için- çocuğun şekil ve şemailine bakarak babasının kim olduğunu tespit edecek bilirkişiler çağırırdı. Bilirkişiler tespit ettikleri karineler doğrultusunda çocuğu uygun gördükleri bir kişiye verirlerdi. O kimse de çocuğu kendisine nispet ederdi. Bundan sonra o çocuk bu kimseye nispet edilerek çağırılırdı (Buhârî, Nikah 37; Ebû Davûd ,Talâk 33).

Hiz. Aişe, Yüce Allah'ın Hiz. Peygamber'le, -günümüzdeki nikâh hariç- Cahiliyye örfünün her tür nikahı yanında biğâ nikahını da kaldırdığını bildirmektedir (Ebû Davûd, Talâk 33).

2.1.2.2.1.6 Mut'a Nikahı

Cahiliyye örfünde yer alan bir diğerk nikah çeşidi de mut'adır. Mut'a, erkeğin kadına şu kadar gün veya bu şehirde kaldığım müddetçe ya da bir ay süreyle şu kadar para karşılığında seninle birlikte olmak istiyorum demesi, kadının da bunu kabul etmesiyle gerçekleşir. Mut'ada erkeğin kadınla birlikte olmak istediği süreyi

günlerce ya da bu şehirde kaldığım süre içerisinde gibi kapalı ifadelerle zikretmesi yeterli kabul edilir (Abdulhamîd 1984: 33). Mut'ada, belirlenen sürenin bitiminde taraflar birbirinden ayrılır, eğer birliktelikten çocuk dünyaya geldiyse çoğunlukla anneye nispet edilirdi (Ali 1993: V, 536-7).

Mut'a, belli bir zaman için yapılan muvakkat nikahtan, istimta' ve temettü' gibi lafızlarla yapılması, şahitlerin ve vakti belirlemenin şart olmaması noktalarından ayrılır (Abdulhamîd 1984: 33).

Mut'a ile birlikte olunan kadın, erkekten boşama ya da İslam'ın meşru kıldığı yollardan biriyle ayrılmadığından taraflar arasında miras işlemi söz konusu olmaz. Bütün bunlar mut'anın nikah olmadığı dolayısıyla da mut'a yoluyla birlikte olunan kadının da erkeğin eşi olmadığı kanıtıdır (Aynî 2001: XVII, 328-9).

Cahiliyye âdeti olan mut'a, İslam geldikten sonra da belli bir dönem uygulanmış daha sonra kaldırılmıştır. Nitekim Yüce Allah, erkeğin kadını cinsel ilişkisi ancak eşi ya da bekar cariyesi olması durumunda ona helal kılmıştır (Müminûn 23/5-6).

Mut'a nikahının haram kılındığı zamanla alakalı farklı rivayetler vardır. Buna göre yasak, Hayber'in fethi, kaza umresi, Mekke'nin fethi, fetih senesindeki Evtâs gazvesi, Tebuk seferi veya Veda haccına isnat edilmektedir. İhtilaf, Nevevî'nin de belirttiği gibi ya iki defa haram kılma ve iki defa mübah olduğunu bildirmeden kaynaklanmakta ya da sahabenin yasağı ilk duyduğu zamana nispet etmesinden ortaya çıkmaktadır. Mazirî'nin ifade ettiği ikinci görüşe göre Hz. Peygamber, mut'anın haram olduğunu farklı zamanlarda ifade etmiş, O'nun ilk yasağı tekit etmek ya da yaygın hale getirmek için belirttiği hususu her defasında O'ndan farklı sahabe duymuş, doğal olarak her biri yasağı naklederken onu işittiği zamana isnat etmiştir (Aynî 2001: XVII, 330).

Hz. Peygamber'in mut'ayı Hayber'de haram kıldığı (Buhari, Megâzî 40; Nikah 32; Zebâih 28; Müslim, Nikah 3) yönündeki rivayet daha yaygın olsa da, bu durum

yasaklama zamanı ile alakalı sahabe arasındaki ihtilafı ortadan kaldıracak güçte değildir. Her ne kadar sahabeden yasaklama tarihi ile alakalı farklı rivayetler nakledilsede onlar arasında mut'anın kesin haram olduğu noktasında icma vardır (Aynî 2001: XVII, 328-330):

“Ey insanlar! Ben size kadınlarla mut'a hususunda izin vermişim. Muhakkak ki Allah bunu kıyamet gününe kadar haram kılmıştır. Şimdi kimin yanında bu tür kadınlardan biri varsa onu serbest bıraksın. O kadınlara verdiğiniz şeylerden hiç birini de geri almayınız.” (Müslim, Nikah 3).

Hiz. Ömer'den rivayet edilen, “Allah'a yemin olsun ki, evli olduğu halde mut'a yapan birini görürsem ona recm cezası uygulayım. Ya da bana Hiz. Peygamber'in onu haram kıldıktan sonra tekrar helal kıldığına şahâdet eden dört kişi getirir.” (İbn Mâce, Nikah 44) şeklindeki ifade, mut'anın haram olduğu hususunda icma edildiğini göstermektedir.

2.1.2.2.1.7 Meşru Nikah

Cahiliyye dönemi Arap yarımadasının her tarafında yaygın olan nikah çeşidine “buûle” denmektedir. Buûle, bir erkeğin diğer bir erkekten velayetindeki kadını veya kızını istemesi, akabinde de o kadına belli bir mehir takdir edip onunla evlenmesi ile gerçekleşirdi (Buhârî, Nikah 37). Aile hayatını ve aile bireylerinin sorumluluklarını bir sisteme oturtan buûleye göre erkek, kadının kocası; kadın da onun himaye ve gözetimindeki eşi kabul edilirdi. Erkek, dilediği kadar kadınla evlenme hakkına sahip olmakla beraber bir taneyle de yetinebilirdi (Ali 1993: V, 533).

İslam, fert ve toplum açısından önemli olan nesebi dolayısıyla da aileyi koruyabilmek için taraflar arasında icap kabule dayanan evliliği meşru kılmış, diğerlerini ise yasaklamıştır. Nitekim Hiz. Aişe, Hiz. Peygamber'in günümüzde uygulanan nikah dışındaki muamelelerin tamamını ortadan kaldırdığını bildirmektedir (Buhârî, Nikah 37). İslam, onayladığı nikahı da belli ölçü ve usuller çerçevesinde yeniden düzenlemiştir (Zeydan 1999: 25).

İslam'ın bazı hükümlerinde değişikliğe giderek onayladığı buûleye (Ali 1993: V, 533) sebep ve sonuçları itibariyle meşru nikah demek mümkündür.

2.1.2.2.2 Örf ve Mehir

Erkeğin yaptığı evlilik akdinden dolayı kadına ödemesi gereken mala mehir denmektedir (Abdulhamîd 1984: 125).

Akdin önemine, kadının değerine işaret eden ve gerektiği zaman kadın için kullanılacak bir teminat kıymetinde olan mehir, akit esnasında belirlenirse “mehr-i müsemmâ”, belirlenmemesi durumunda ise, kadının babası tarafından yakınlarının, bunların olmaması durumunda yaş, güzellik, bekâret gibi özellikleri itibariyle kendisine akran ve emsal olanların durumu dikkate alınarak tespit edilmesiyle olursa “mehr-i misil” adını alır. Mehire; sadâk, nihle, farîda, hibâ, ecr, ukr, âlâik, tavl, nikah, hars gibi isimler de verilir (Abdulhamîd 1984: 126).

Cahiliyye örfünde mehir, nikahın en önemli unsurlarından biriydi. Nikahın meşru ve muteber olabilmesi için mehir gerekli kabul edilir, mehiri vermemek ayıp sayılırdı. Bu yüzden, evlenen her erkek, mehir verirdi. Fakat mehiri kadın yerine kadını evlendiren veli alırdı (Ali 1993: V, 531). Mehir uygulamasını onaylayan Kur'an, onun tamamıyla kadının hakkı olduğunu bildirmiştir:

“Kadınlara mehirlerini (bir görev olarak) gönül hoşluğuyla verin. Eğer kendi istekleriyle o mehirin bir kısmını size bağışarlarsa, onu da afiyetle yiyin.” (Nisâ 4/4)

Müfessirler yukarıdaki ayetin asıl hedefinin kadınların mehirlerini alan velileri bu davranışlarından vazgeçirmeye yönelik olduğunu söylemektedirler (Taberî 2005: III, 583).

Görüldüğü gibi İslam Cahiliyye örfünde evlilik akdinin sıhhati için gerekli kabul edilen mehiri, kadına vererek örfte esaslı bir değişikliğe gitmiştir (Ali 1993: V, 530).

2.1.2.2.3 Örf ve Çok Eşlilik

Cahiliyye örfünde erkekler, dilediği sayıda hür kadınla evlenebilirdi (Kurtubî 2000: V, 10; Ali 1993: V, 533). Arap toplumunun sosyo-ekonomik yapısıyla doğrudan alakalı olan çok eşliliğin en önemli nedenlerinden biri düşmana karşı güçlü olabilmek için çok sayıda erkek çocuğa sahip olma arzusu idi. Çünkü aile ancak gençlerin kullanabildiği kılıç ve zırhların gölgesinde ayakta kalabilmekteydi (Şelebî 1999: I, 179)

Ğaylan b. Seleme es-Sakafî, müslüman olduğunda Cahiliyye döneminde kendileriyle evlendiği on hanımı da onunla birlikte İslam'ı seçmişti. Hz. Peygamber, Ğaylan'a hanımlarından dört tanesini seçip (İbn Mâce, Nikah 40; Ahmed, Müsned II, 83, H. no: 5558) diğerlerinden ayrılmasını emretmiştir. Haris b. Kays da Müslüman olduğunda nikahında sekiz kadın olduğunu, bu durumu Hz. Peygamber'e haber verince kendisine, dört tanesini seçip diğerlerinden ayrılmasını söylediğini bildirmektedir (Kurtubî 2000: V, 10).

Adaleti tesis etmekten kaygı duyanlara bir kadınla evlenmeyi telkin eden Kur'an, (Nisâ 4/3) Cahiliyye ve İslam'ın ilk yıllarında yürürlükte olan dörtten fazla eşle evlenme geleneğini nesh etmiştir (Kurtubî 2000: V, 10):

“Eğer velisi olduğunuz yetim kızlar (ile evlenip onlar) hakkında adaletsizlik etmekten korkarsanız, (onları değil), size helal olan başka kadınlardan ikişer, üçer, dörder olmak üzere nikahlayın. Eğer (o kadınlar arasında da) adaletli davranmayacağınızdan korkarsanız o takdirde bir tane alın veya sahip olduğunuz cariyelerle yetinin. Bu adaletten ayrılmamanız için daha uygundur.” (Nisâ 4/3).

Toplumun yapısını her zaman göz önünde tutan İslam Cahiliyye âdeti olan çok sayıda hür kadınla evlenmeyi bütünüyle ortadan kaldırmayıp ıslah etmiştir. Bu

çerçevede sayıyı en fazla dört olarak sınırlamış fakat adil davranmama endişesi taşıyan eşlere bir tane ile yetinmeyi tavsiye etmiştir.

2.1.2.2.4 Örf ve Evlenilmesi Haram Olanlar

Kur'an, Arapların Hz. İbrahim ve Hz. İsmail'in dini ile Yahudilik ve Hıristiyanlık'la olan ilişkisini dikkate alarak (Ebu Sünne, 1992: 90) evlenilmesi haram olan kadınların tespitinde örfün büyük bir bölümünü onaylama, bir kısmını kaldırma, diğer bir kısmını da değiştirip yeniden yapılandırma şeklinde düzenlemiştir.

Cahiliyye örfüne göre Araplar anneleri, kızları, halaları ve teyzeleri ile evlenmeyi haram kabul ederlerdi. Aynı şekilde kadının atası, çocukları, dayı ya da amcalarından biriyle evlenmesi de yasaktı (Zeydan 1999: 25). Nitekim İbn Abbas babanın geride bıraktığı eşyle evlenme ve iki kız kardeşi bir nikah altında tutma dışında İslam'da evlenilmesi haram olan kadınların Cahiliyye örfünde de yasak kapsamında olduğunu belirtmektedir (Taberî 2005: III, 660). Buna göre Kur'an, örfteki bu yasakları onaylayıp onlara yenilerini eklemiştir:

“Analarınız, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, kardeş kızları, kız kardeş kızları, sizi emziren analarınız, süt bacılarınız, eşlerinizin anaları, kendileriyle birleştiğiniz eşlerinizden olup evlerinizde bulunan üvey kızlarınız size haram kılındı. Eğer onlarla (nikâhlanıp da) henüz birleşmemişseniz kızlarınızı almanızda size bir mahzur yoktur. Kendi sulbünüzden olan oğullarınızın eşleri de size haram kılındı.” (Nisâ 4/23):

Kur'an, Cahiliyye Araplarının meşru kabul ettiği, babanın ölümünden sonra geride kalan erkek çocuğun üvey annesiyle evlenme geleneğini de ortadan kaldırmıştır (Taberî 2005: III, 660; Kurtubî 2000: V, 69):¹⁸

¹⁸ bk., Tez, 97.

“Geçmişte olanlar bir yana, babalarınızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin; çünkü bu bir hayasızlıktır, iğrenç bir şeydir ve kötü bir yoldur.” (Nisâ 4/22).

İki kız kardeşi bir nikah altında tutma geleneğini de (Taberî 2005: III, 660) ancak birinin boşanması ya da vefat etmesi ile mümkün olacak şekilde yeniden düzenlemiştir.

“İki kız kardeşi birden almak da size haram kılındı; ancak geçen geçmiştir.” (Nisâ 4/23).

2.1.2.2.5 Örf ve Evlat Edinme

Evlat edinme, Cahiliyye Araplarının en yaygın âdetlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Arap toplumunda bir erkek, başkasına ait bir çocuğu evlat edinmek istediğinde şifahi olarak onunla şu şekilde sözleşirdi: “Sen benim oğlumsun; ben sana varis olduğum gibi sen de bana varis olacaksın.”. Bu sözleşme neticesinde çocuk, adamın evladı olur ve miras, nikah, boşanma, evlilik yoluyla olan mahremiyet gibi evlatlık ile alakalı bütün hükümler onun için de geçerli olurdu (Sâbûnî 1982: II, 268). Kişi, olası bir ihtilafın önüne geçebilmek için evlatlığını umuma açık yerlerde ya da evlerde ilan ederek insanları buna şahit tutardı (Ali 1993: V, 559).

Arada, baba-oğul ilişkisi olmadığı halde kişinin oğlu olduğu iddia edildiğinden “daî” adını alan evlatlık babalığa nispet edilerek çağrılırdı (Sâbûnî 1982: II, 252). Hz. Peygamber de risâletten önce bu örfü uygun olarak Zeyd b. Hârise’yi küçük çocukken evlat edinmişti. Yanında büyüyüp yetişkin olunca da (Tirmizî, Tefsîr Ahzâb H.no: 3218) ona, Muhammed’in oğlu Zeyd anlamında, “Zeyd b. Muhammed” denilmiştir (İbn Kesîr 1399: III, 81). Nitekim İbn Ömer, onu, “Onları babalarına nispet ederek çağırım.” mealindeki ayet ininceye kadar Zeyd b. Muhammed şeklinde çağırıldıklarını rivayet etmektedir (Tirmizî, Tefsîr Ahzâb H. No: 3220). Daha sonra Kur’an evlat edinmeyi ve ona bağlı olan bütün hükümleri kaldırmıştır:

“Allah, evlatlıklarınızı öz oğullarınız olarak tanımadı. Bunlar sizin ağızlarınıza gelen sözlerden ibarettir. Allah ise gerçeği söyler ve doğru yola O erİştirir. Onları (evlat edindiklerinizi) babalarına nispet ederek çağırın. Allah yanında en doğrusu budur. Eğer babalarının kim olduğunu bilmiyorsanız, bu takdirde onları din kardeşleriniz ve görüp gözettiğiniz kimseler olarak kabul edin. Yanılarak yaptıklarınızda size vebal yok; fakat kalplerinizin bile bile yöneldiğinde günah vardır. Allah bağışlayandır, esirgeyendir.” (Ahzâb 33/4-5).

Yüce Allah bu ayetle, evlat edinenlere, “Kendilerinize nispet ettiğiniz evlatlıklarınızı babalarına isnad ediniz.” derken, Hz. Peygamber’e de şöyle buyurmuştur: “Zeyd’in nesebini babası Harise’ye nispet et. Ona Zeyd b. Muhammed deme.” (Taberî 2005: X, 257).

Konu ile ilgili diğEr bir ayet meali Şu Şekildedir:

“(Resûlüm!) Hani, Allah'ın nimet verdiği, senin de kendisine iyilik ettiğin kimseye: EŞini yanında tut, Allah'tan kork! diyordun. Allah'ın açığa vuracağı Şeyi, insanlardan çekinerek içinde gizliyordun. Oysa, asıl korkmana layık olan Allah'tır. Zeyd, o kadımdan iliŐiŐini kesince biz onu sana nikahladık ki evlatlıkları, karılarıyla iliŐkilerini kestiklerinde (o kadınlarla evlenmek isterlerse) müminlere bir güçlük olmasın. Allah'ın emri yerine getirilmiştir.” (Ahzâb 33/37).

2.1.2.2.6 Örf ve Evliliği Sona Erdiren Uygulamalar

Önceki semavî dinlerden Cahiliyye örfüne intikal eden boşama, zihar, îla, hul’ gibi evliliği sona erdiren uygulamalar bazı değişikliklerle İslam’da da geçerli kabul edilmiştir (Ali 1993: V, 548-555).

2.1.2.2.6.1 Boşama

Özel lafızlarla derhal ve gelecekte evlilik bağını kaldırmaya boşama denir (Meydanî 1996: II, 167).

Cahiliyye örfünde evliliği sona erdiren uygulamalardan biri olarak kabul edilen boşamada yetki, erkelerde idi. Erkek, dilerse kadını nikahında tutar dilerse boşardı. Fakat bazı kadınlar erkelerle, kendilerinde de boşama yetkisi olması şartıyla evlenirdi (Şelebî 1999: I, 177-8).

Örftte, boşamanın bir sınırı yoktu. Erkek, hanımını boşar; iddeti içerisinde tekrar ona döner ve bunu defalarca yapabiliyordu. Böylece erkek muallakta bıraktığı hanımından tam ayrılmadığından kadın başka biriyle evlenemez ayrıca onu boşadığından kadına karşı olan sorumluluklarını da eşi gibi yerine getirmezdi. Erkek, bunu kadına zarar vermek için yapardı (Zeydân 1999: 26).

Boşama yetkisi erkeklerin elinde kadına karşı bir baskı aracı olarak görülürdü. Nitekim eşine zulmetmek isteyen bir koca, önce onu boşar sonra da, “Ben vakit geçiriyor, şaka yapıyorum.” der, iddet bitmeden geri dönerdi. Kur’an, boşamayı yeniden düzenleyerek Cahiliyye Araplarının bu örfünü ortadan kaldırmıştır:

“Kadınları boşadığınız ve onlar da bekleme sürelerini bitirdikleri zaman, ya onları iyilikle tutun yahut iyilikle bırakın. Haklarına tecavüz edip zarar vermek için onları tutmayın. Bunu kim yaparsa kendine zulmetmiş olur. Sakın Allah’ın ayetlerini eğlenceye almayın.” (Bakara 2/131) Müfessirler de ayetin bu tür örfî uygulamalar üzerine indiğini belirtmektedirler (Taberî 2005: II, 497).

Prensip olarak boşamayı kabul eden İslam, bunu kadının hakkını koruyacak şekilde yapılandırmış ve bu çerçevede bir taraftan erkeğin boşama yetkisini sayıyla sınırlanmış diğer taraftan da iddet bittikten sonra kadına evlenebilme özgürlüğü getirmiştir. Çünkü bu durumda kadınla erkek arasındaki evlilik bağı sona ermiştir (Taberî 2005: II, 469-71).

“(Dönüş yapılabilecek) boşama iki defadır. Sonrası ya iyilikle geçinmek ya da güzellikle bırakmaktır.” (Bakara 2/229)

“Eğer erkek, karısını (üçüncü defa) boşarsa; kadın, onun dışında bir başka kocayla nikâhlanmadıkça ona helal olmaz.”(Bakara 2/230)

Kur’an, Cahiliyye örfüne dayanarak boşadıkları kadınların başka erkeklerle evlenmelerine engel olan erkekleri yaptıklarından vazgeçmeye çağırmaktadır (Kurtubî 2000: III, 105):

“Kadınları boşadıktan sonra, bekleme sürelerinin sonuna gelmişlerse, aralarında iyilikle anlaştıkları takdirde başka erkeklerle evlenmelerine engel olmayın.” (Bakara 2/232)¹⁹

2.1.2.2.6.2 Zihar

Cahiliyye döneminde, evliliği sona erdiren uygulamalardan biri olan zihar (Kurtubî 2000: XVII, 176; Azîmâbâdî 1995: VI, 243; Ali 1993; V, 550), sırt (zahr) kelimesinden alınan bir mastardır. Eşine, “Sen bana annemin sırtı gibisin” diyen adamın sözünden türemiştir (Mevsîlî 1998: III, 210).

Ziharın ıstılahî tanımı şu şekildedir: “Bir Müslüman erkeğin, eşini veya eşinin baş ve yüz gibi bedeninden onu temsil eden bir uzvunu veya üçte bir, dördte bir gibi şuyû ifade eden bir cüzünü, annesi, kızı, ninesi, halası, teyzesi ve kız kardeşi gibi nikahı kendisine ebedi olarak haram olan kadınlardan birinin sırt, baldır, karın ve cinsel organı gibi bakmasının haram olduğu bir uzvuna benzetmesidir (Mevsîlî 1998: III, 210).

Cahiliyye örfünde bir adam, eşinden hoşlanmaz ve onun başka biriyle de evlenmesine razı olmazsa, ona îlâ veya zihar yapardı. Böylece kadının ne eşi olur

¹⁹ Ayetin, bir ya da iki talakla boşanan kadının, iddetini tamamladıktan sonra eşinin tekrar ona dönme isteğini kabul etmesine engel olan velileri bundan alıkoymak için indiği rivayeti daha güçlüdür. Bununla alakalı biri, eşinin isteğine olumlu cevap veren kızkardeşine engel olan Ma’kıl b. Yasar diğeri ise amcasının kızına mani olan Cabir b. Abdullah ile alakalı iki farklı olay nakledilmektedir (Taberî 2005: II, 497-99). Buna göre anlam şu şekilde olur: “Kadınları boşadığımız ve onlar da bekleme müddetlerini bitirdikleri vakit, aralarında iyilikle anlaştıkları takdirde, onların (eski) kocalarıyla evlenmelerine engel olmayın.”

ne de kadın, eşinden başka biriyle evlenebilmek için serbest kalırdı (Zuhaylî 2004: IX, 7123). Bu durumda erkekler eşlerini anne gibi kabul eder, hemen onlardan ayrılırlardı. Kadın, ebedi olarak haram kabul edildiğinden eşi bir daha ona dönemezdi (Taberî 2005: XII, 8).

Hz. Peygamber İslam'da ilk kez gerçekleşen Evs b. Samit'in zihar hadisesinde boşanma ile alakalı örfî hükümlerin bir kısmının Hz. İbrahim ve İsmail'e dayanmasını (Ali 1993; V, 550) esas alarak Cahiliyye örfüne göre hüküm vermiştir. Evs'in eşi Huveyle (Havle) binti Mâlik b. Sa'lebe'nin rivayet ettiği hadiste bu durum açıkça görülmektedir. Konu ile alakalı rivayet şu şekildedir:

"Eşim Evs b. Sâmit bana zihar yapmıştı. Ben de Hz. Peygamber'e gidip ondan yakındım. Hz. Peygamber bana:

"Allah'tan kork, o senin amcanın oğludur." diyerek onun hakkında benimle tartıştı. Bu halde ben de onunla tartışmaya devam ettim. Sonunda benim hakkımda, "Allah, kocası hakkında seninle tartışan ve Allah'a şikayette bulunan kadının sözünü işitti." mealindeki ayetten farz kılınan keffareti açıklayan kısma kadar olan ayetler indi (Mücadele 58/1-4). Bunun üzerine Hz. Peygamber'le Huveyle arasında şu meyanda bir konuşma cereyan etti:

- Eşin keffaret olarak bir köle azad eder.
- Bu imkanı bulamaz.
- Peş peşe iki ay oruç tutar.
- O, yaşlı bir adamdır. Onda oruç tutacak güç yoktur.
- Öyleyse altmış fakiri doyursun.
- Onun elinde sadaka olarak verecek bir şey de yoktur.

Huveyle daha sonra şunları rivayet etmiştir:

Hemen o sırada Hz. Peygamber'e bir arak hurma getirildi.

Ben de: "Bir arakla ona ben de yardım edebilirim." dedim. Bunun üzerine Hz. Peygamber:

"Aferin sana! Git, iki arak hurmayı onun adına altmış yoksula yedir ve amcanın oğluna dön." buyurdu (Ebû Davûd, Talâk 17).

İslam, Cahiliyye örfünde boşama kabul edilen zıharın hükmünü iptal etmiş, kocanın eşine dönmesi için ise keffareti emretmiştir (Zeydan 1996: 26).

2.1.2.2.6.3 İlâ

Lügatte yemin etmek anlamına gelen ilâ, ıstılahta kişinin belli bir müddet, eşi ile cinsel ilişkiye girmeyeceğine dair yemin etmesi (Mevsılî 1998: III, 199) şeklinde tarif edilmektedir.

Cahiliyye örfünde, evliliği sona erdiren uygulamalardan biri olan ilâ (Ali 1993: V, 551), kadına zulmetmek kastıyla yapılır bir, iki yıl veya bundan daha uzun bir süreyi kapsardı (Kurtubî 2000: III, 68). İlâ süresinin bitiminde, eşle cinsel ilişkiye girmemeye dair yapılan yemin boşamaya dönüşürdü (Zeydan 1999: 27).

İslam, Cahiliyyedeki ilâyı onayladı fakat süresini dört ayla sınırladı (Kurtubî 2000: III, 68-72):

"Eşlerine yaklaşmamaya dair yemin edenler için dört ay bekleme süresi vardır. Eğer (bu süre içinde) dönerlerse, şüphesiz Allah çok bağışlayandır, çok merhamet edendir (Bakara 2/226).

Buna göre koca, dört ay dolmadan eşyle cinsi münasebette bulunursa yeminini bozmuş olur, dolayısıyla da kendisine keffaret gerekir. Aynı zamanda ondan ilâ da düşer. Koca, dört ay geçmesine rağmen eşine yaklaşmazsa eşi bain talak ile boş olur (Kudûrî 1996: II, 185).

2.1.2.2.6.4 Hulu'

Lügatte, elbise ve benzeri şeyi çıkarmak anlamına gelen hulu' ıstılahta, "Kadının ödemeyi üstlendiği bir bedel karşılığında hulu' ya da o anlama gelen bir ifadeyi kullanarak evliliğe son vermesidir." (Abdulhamid 1984: 313).

Hulu', Cahiliyye örfünde evliliği sona erdiren muamelelerden biri olarak kabul edilir ve kadının ya da velisinin, kocaya hanımını boşaması karşılığında bir miktar bedel ödemesi ile gerçekleşirdi (Zeydan 1999: 27).

İslam, hulu'yu boşanmanın bir çeşidi olarak kabul etmiştir. Nitekim ilgili ayet meali şu şekildedir:

"(Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız, sizin için helal olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa, onlar zalimlerin ta kendileridir." (Bakara 2/229).

İslam'ın hulu'yu onaylamasından sonra ilk uygulama Sabit b. Kays ile eşi, Abdullah b. Übeyy'in kız kardeşi Habîbe binti Sehl arasında olmuştur. Rivayet edildiğine göre Habîbe, Hz. Peygamber'e gelip, "Ey Allah'ın Resûlü! Asla hiçbir şey benimle eşimin başını aynı yastıkta birleştiremez; bir gün çadırın bir tarafını kaldırdım, bir grup insan içerisinde onun bana doğru geldiğini gördüm. Grubun en siyahı, en kısası ve yüz itibarıyla en çirkini o idi." diyerek şikayette bulundu. Bunun üzerine Hz. Peygamber meseleyi görüşmek için Sabit'i çağırdı. Sabit: "Ey Allah'ın Resûlü! Bu kadına mehir olarak malımın en kıymetlisi olan bir bahçeyi verdim. Eğer mehir olan bahçemi iade ederse olur." dedi. Hz. Peygamber, Habîbe'ye görüşünü sorunca, evet diyen Habîbe, dilerse bahçeden daha fazlasını da verebileceğini söyledi. Bunun üzerine Hz. Peygamber onları ayırdı." (Taberî 2005: XII, 8).

Hz. Peygamber, eşlerin karşılıklı rızasına dayanan hulu'nun bain talak olduğunu bildirmiştir (Darekutnî IV, 45).

Eşler arasında oluşan nefreti daha olumsuz bir noktaya varmadan kalıcı bir şekilde çözüme fırsatı sunan İslam, önceki Peygamberlerden tevarüs eden boşama ile ilgili muameleleri (Ali 1993, V, 549) yeni düzenlemelerle kabul etmiştir.

2.1.2.2.7 İddet

Lügatte saymak anlamına gelen iddet ıstılahta, “Şâri'nin eşlerin ölüm ya da boşanma ile gerçekleşen ayrılıklarından sonra evlilikten geriye kalan sonuçların ortadan kalkması için belirlediği zaman dilimi” (Mevsılî 1998: III, 199; Abdulhamid 1984: 333) şeklinde tarif edilmiştir. Belirlenen zamanı doldurmak zorunda olan kadın bu süre zarfında başka biriyle evlenemez (Abdulhamid 1984: 334).

Cahiliyye örfünde boşanan ya da eşi ölen kadının iddeti bir yıl olarak takdir edilmişti (Zeydan 1999: 28). Kadın, bu süre içerisinde evinin en küçük, en kötü odasına girer, en kötü elbiselerini giyer; bir yıl koku sürünmez, makyaj ve temizlik yapmazdı. Bu ağır hapis hayatından sonra kadının yanına eşek, koyun veya kuş türünden bir hayvan getirilir, kadın da (efsûnlanır gibi) o hayvanı kendi vücuduna sürterdi. Kadının böyle, vücuduna sürte sürte ezdiği hayvan artık yaşayamaz, ölürdü. Sonra kadın, o kerih hapis odasından çıkardı. Bu defa, kadının eline bir deve tersi verilirdi, o da bunu fırlatır atardı. Bu merasimden sonra artık kadın temizlenir, yıkanır ve istediği gibi süslenerek ortaya çıkar, kendisine evlenme teklif edecek taliplilerine görünebilir, kendini onlara arz edebilirdi (Buharî Talak 46).

İslam, temelde iddetle alakalı örfü kabul etmiş, fakat kadının bu süre içerisindeki yaşam koşulları ile beklemesi gereken süreyi kadının konumunu esas alarak yeniden belirlemiştir.

2.1.2.2.7.1 Kadının Yaşam Koşulu

İslam, iddet bekleyerek eşinin hakkına saygı gösteren kadının yaşam koşullarında önemli derecede iyileştirmelerde bulunmuştur. Nitekim kadının iddet süresi

içerisinde evin küçük ve kötü odasında çirkin elbiseler içerisinde temizlik yapmadan beklemesini kaldırdığı gibi, hayvanları üzerine sürterek öldürmesi gibi âdetleri de yasaklamıştır. Buna karşılık, özürülük hali müstesna kadın için yanlış anlamalara sebep olacak ve onun yaşamı için zorunluluk arz etmeyen koku sürme, sürme çekme, saçlarını yağlama ve kına gibi güzelliğini ve çekiciliğini artırıcı makyajları da kullanmamasını ona emretmiştir (Mevsilî 1998: III, 230). Nitekim iddet bekleyen kızının gözlerine sürme çekmek isteyen ve bu isteğini iki ya da üç defa tekrar eden kadına Hz. Peygamber'in, "Kocasını ölen kadının iddeti dört ay on gündür. Cahiliyye devrinde sizden biriniz (bir yıl beklerdi de) yılın başına geldiğinde bir deve tezeği atar, böylece matemden çıkardı." (Buharî, Talâk 46) buyurması, örfî hukuka şer'î sınırlar içerisinde getirilen yeni düzenlemenin mutlaka korunması gerektiğini ihtar etmektedir.

Ayrıca İslam'a göre iddet bekleyen bütün kadınlar, bu süreyi evlilikleri esnasında ikamet ettikleri evde tamamlamak zorundadırlar:

"Apaçık bir hayasızlık yapmaları dışında onları (bekleme süresince) evlerinden çıkarmayın, kendileri de çıksınlar. Bunlar Allah'ın sınırlarıdır. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa, şüphesiz kendine zulmetmiş olur." (Talâk 65/1).

Böylece, ölen kocasından dolayı iddet bekleyen kadınlar, eşlerinin hatırasına saygı göstermiş; boşananlar da evliliğin sonuçları hala devam ettiğinden eşleri tarafından gözetilmiş ve korunmuş olurlar. Ayrıca, hanımını boşayan eş, evde tamamlanan iddet süresinde kadının edep, korunma ve iffetinin mutlu bir aileyi yeniden inşa etmeleri için yeter sebep olduğunu keşfedebilir (Abdulhamid 1984: 247-8).

2.1.2.2.7.2 İddet Süreleri

İslam, Cahiliyye örfünde bir yıl olarak belirlenen iddeti kadınların nikahlarının sona erme şekli ve ayrıldıkları andaki bedensel durumları itibariyle aşındaki şekilde düzenlemiştir:

2.1.2.2.7.2.1 Eşi Vefat Eden Kadının İddeti

Cahiliyye örfünde kocası ölen kadın bir yıl iddet beklerdi (Ali 1993: V, 557). Buna karşın İslam, hukukî açıdan sahih olan bir evlilik akdinden sonra kadının kocasının vefat etmesi durumunda dört ay on gün iddet bekleyeceğini ifade etmiştir (Abdulhamid 1984: 334). Bu düzenleme ile ilgili ayet meali şu şekildedir: "İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları eşleri, kendi kendilerine dört ay on gün (iddet) beklerler. Sürelerini bitirince artık, kendileri için meşru olanı yapmalarında size bir günah yoktur." (Bakara 2/234).

Buna göre Şâri' zifafa giren kadınla, girmeyen kadın arasında fark gözetmeksizin her ikisine de dört ay on gün iddet beklemeyi emretmiştir (Abdulhamid 1984: 335).

Aynı şekilde hukukî açıdan sahih olmayan bir evlilik akdinden sonra kocası vefat eden kadın da zifafa girdiyse iddet bekler. Bunu eşine olan saygısından değil, bu süre zarfında rahmini temizlemek için yapar (Abdulhamid 1984: 335).

2.1.2.2.7.2.2 Âdet Gören Kadının İddeti

Cahiliyye örfünde boşanan kadınlar için takdir edilen bir iddet yoktu. Buna göre boşanan bir kadın belli bir süre beklemeden dilediği takdirde başka bir erkekle evlenebilirdi (Ali 1993: V, 556).

Kur'an, tamamen yeni bir hüküm olarak kocasından boşanan ve âdet gören kadının iddetini üç hayız müddeti olarak belirlemiştir (Meydanî 1996: II, 201):

"Boşanmış kadınlar kendi kendilerine üç ay hali (hayız veya temizlik müddeti) beklerler. Eğer Allah'a ve ahiret gününe inanıyorlarsa, Allah'ın kendi rahimlerinde yarattığını gizlemeleri onlara helal olmaz." (Bakara 2/228).

2.1.2.2.7.2.3 Âdet Görmeyen Kadının İddeti

İslam, Cahiliyye örfünden farklı olarak boşanan kadını, küçük olması ya da menapozdan dolayı âdet görememesi açısından ayrı olarak incelemiş ve bu

konumdaki kadınların iddetini ay üzerinden hesaplamıştır (Meydanî, 1996, II, 201). Kur'an'ın bu noktadaki düzenlemesi şu şekildedir:

"Kadınlarınızdan âdetten kesilmiş olanlarla, henüz âdet görmeyenler hususunda tereddüt ederseniz, onların bekleme süresi üç aydır." (Talak 65/4).

Kur'an örfte var olan bir hükmü ıslah ettiği gibi onda yer almayan hususlarda da yeni hükümler getirerek ihtiyaçları karşılamıştır. Böylece âdet görmeyen kadını cahiliye örfü mağduru olmaktan kurtarmıştır.

2.1.2.2.7.2.4 Hamile Kadının İddeti

Cahiliye örfünde, boşanan hamile kadınların belli bir iddeti yoktu. Buna göre hamile kadın, boşandıktan sonra tekrar evlendiğinde karnındaki çocuk yeni kocasından kabul edilirdi. Kadının, çocuğun ilk kocasından olduğunu bilmesi bu durumu değiştirmezdi (Ali 1993: V, 556).

İslam, bu konuda köklü bir değişiklikte bulunarak gayri ahlaki durumu ortadan kaldırmış ve hamile kadının iddetinin, çocuğun doğmasıyla son bulacağını belirtmiştir (Meydanî 1996, II, 201):

"Hamile olanların bekleme süresi ise, doğum yapımlarıyla sona erer. Kim, Allah'a karşı gelmekten sakınırsa, Allah ona işinde bir kolaylık verir." (Talak 65/4).

Boşanan ya da kocası ölen kadının, evlilik kurumuna saygı göstermek ve çocuğunun nesebinin karışmasını önlemek için kendi konumuna göre beklediği iddet, meşru evlilik çerçevesinde düşünüldüğünde şöyle bir sonuç ortaya çıkarmaktadır: İddet, Hz. Adem'den günümüze kadar devam eden nikahın sonuçları ile alakalı bir durumdur (el-Mevsua 2005: XXXXI, 209). İslam Cahiliye örfünde yalnız vefat iddeti şeklinde yer alan iddeti önceki peygamberlerin şeriatlarına uygun olacak şekilde yeniden düzenlemiştir.

2.1.2.3 Örf-Miras Hukuku İlişkisi

Vasiyet ve miras, kişinin öldükten sonra geride bıraktığı mal ile ilgili tasarruflar olduğundan iki kavram arasında yakın bir ilişki vardır. Ayrıca vasiyet, miras olarak kalan malda tekfin-techiz ve borçların ödenmesinden sonra malın üçte birinde gerçekleşen bir işlemdir (Cürcânî 1990: 26-31).

Vasiyetin miras içerisinde gerçekleşen bir işlem olmasından dolayı her iki konunun miras üst başlığı altında incelenmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz.

2.1.2.3.1 Vasiyet

Lügatte, tavsiye ve emir anlamına gelen vasiyet, ıstılahta, “Ölümden sonrasına ait bir temlik olarak tarif edilmektedir.” (Meydanî 1996: III, 222).

Cahliyye örfünde gerek varis gerekse de varis olmayanlar için miktarda hiçbir sınırlamaya gitmeden vasiyette bulunmak meşru idi (Zeydan 1999: 27).

İslam vasiyetle alakalı örfü temelde kabul etmekle kalmayıp yapılmasını da teşvik etmiştir (Buhârî Vesâyâ 1). Fakat vasiyetin kimler için yapılması hususunda ve oranında aşamalı olarak yeni düzenlemeler getirmiştir. Bu bağlamda Kur'an önce vasiyeti farz kılmıştır:

"Sizden birinize ölüm gelip çattığı zaman, eğer geride bir hayır (mal) bırakmışsa, anaya, babaya ve yakın akrabaya meşru bir tarzda vasiyette bulunması -Allah'a karşı gelmekten sakınanlar üzerinde bir hak olarak- size farz kılındı." (Bakara 2/180)

Kur'an daha sonra inen miras ayetiyle anne ve babanın ölen evladın malından ne kadar pay alacaklarını açıkça belirtince yukarıdaki ayetin ebeveynle ilgili bölümü neshedilmiş ve ayet yalnızca mirastan hisse alamayan akrabalara tahsis edilmiştir (Taberî 2005: II, 122-124). Nitekim İbn Abbas konunun tarihî arka planıyla alakalı şunları nakletmektedir: "İslâm'ın ilk yıllarında, kişi öldüğünde malı oğluna

kalırdı. Vasiyet de ana ve baba için olurdu. Sonra Allah, bundan dilediği kısmı miras ayetleriyle (Nisâ 4/11-12) neshetti de mirası, erkeğe iki dişi payı kadar tayin etti. Ve ebeveynin her birine altıda bir verdi. Yine kadına çocuk bulunduğu takdirde sekizde bir, yoksa dördte bir, kocaya ise çocuk yoksa yarım, çocuk varsa dördte bir hisse verdi." (Buharî, Vesâyâ 6). Hz. Peygamber de miras ayetinin vasiyeti sınırlandırdığına atıfta bulunan bir hadisinde şöyle buyurmaktadır: "Muhakkak ki Yüce Allah, her hak sahibine hakkını vermiştir. Artık varis için vasiyet yoktur." (Ebû Davûd, Vesâyâ 6).

Ölünün yakınlarının mirastan alacağı paylardan bahseden ayet, vasiyetin farz olduğunu bildiren ayetten sonra indiğinden doğal olarak vasiyetin hükmü de değişmiş, mendub olmuştur (Mevsîlî 1998: V, 552). Nitekim şu ayette de bu duruma atıfta bulunmaktadır:

"Bu paylaşırma, ölenin yapacağı vasiyetten ya da borcundan sonradır." (Nisa 4/11).

Cahiliye örfüne göre mûsîyi (vasiyet eden kişi) bağlayan hiçbir sınırlama yoktu (Ali 1993: V, 562). İslam, mûsînin geride bıraktığı varislerini zor durumda bırakmaması için vasiyetini terikesinin üçte biriyle sınırlandırmıştır. Hz. Peygamber'le hasta yatağında ziyaret ettiği Sa'd b. Ebî Vakkas arasında geçen aşağıdaki konuşma, nassın Cahiliye örfüne göre meşru kabul edilen bir uygulamayı sınırlandırdığını belirtmesi açısından önemlidir:

- Ey Allah'ın Resûlü! Malımın hepsini vasiyet etmek istiyorum.
- Hayır (öyle yapma).
- Yarısını vasiyet edeyim.
- Hayır öyle de yapma.
- O halde üçte birini vasiyet edeyim.
- Evet, üçte bir yeterlidir. Gerçi üçte bir de çoktur. Çünkü Ey Sa'd! Mirasçılarını zengin bırakman, onları insanlara avuç açarak dilenen fakirler olarak bırakmandan hayırlıdır." (Buharî, Vesâyâ 2).

2.1.2.3.2 Miras

İslam hukukunda miras, feraiz başlığı altında incelenmektedir. Lügatte takdir etmek, kesmek anlamına gelen "farz" kelimesinden türeyen feraiz "farîza" kelimesinin çoğuludur. İstilahta ise, "Şüpheye ihtimali olmayacak şekilde kesin olan delille sabit olan belirli hisseler" anlamında kullanılmaktadır (Meydâni 1996: III, 234). Buna göre feraiz kelimesi, mirastan vârişlere düşen payları ifade etmektedir. Bu paylar, ölen kişinin bıraktığı malların çeşidine, geride bıraktığı şahısların ona yakınlık derecesine, cinsiyetlerine, ölenin borç durumuna ve vasiyetine göre farklılık arz eder (Cürcanî 1990: 24-236)

Hak sahiplerine haklarını ulaştırmayı amaçlayan miras hukuku, önceki peygamberlerin şariatlarının bir uzantısı olarak Cahiliyye Arapları tarafından da bilinmekteydi. Araplar nesep ve sebep yoluyla birbirlerine varis olurlardı (Zeydan 1999: 29).

2.1.2.3.2.1 Verâset Yolları

Cahiliyye örfüne göre insanların birbirlerine varis olma yolları ve nassın bu uygulamalarla ilişkisi şu şekildedir:

2.1.2.3.2.1.1 Neseb Yoluyla Verâset

Cahiliyye örfünde miras taksimi, güce göre yapılırdı. Nitekim neseb yoluyla mirası, at sırtında savaşılan, kılıç kuşanan ve ganimet toplayan büyük oğullar hak ederdi. Eğer ölenin oğlu yoksa bu durumda terikesini, kardeşi ve amcası gibi asabeden en yakınları alırdı. Araplar, kadınları ve erkek-kız ayırmadan çocukları mirasçı yapmazlardı (Kurtubî 2000: V, 31; Zeydan 1999: 29; el-Ulvânî 2003: 170). Nitekim Ensardan Evs b. Sabit, vefat edip geride eşini ve üç kızını bırakınca örf gereği Evs'in Süveyd ve Arfece adını taşıyan iki amca oğlu malını alıp eşine ve kızlarına hiçbir şey vermemişti. Evs'in eşi Ümmü Kücce de mağduriyetlerini giderebilmek için Hz. Peygamber'i durumdan haberdar etmiş, Allah Resûlü Evs'in iki amca oğlunu çağırıp meseleyi sorunca, amca oğulları, "Ey Allah'ın Resûlü! Evs'in çocukları at binemez, silah taşıyamaz. Düşmanı da yaralayıp

öldüremezler.” diyerek örfi uygulamayı gerekçe olarak sunmaya çalışmışlardı. Hz. Peygamber onlara şimdilik gitmelerini, kendisinin ise onlar hakkında ayet ininceye kadar bekleyeceğini söylemiştir (Kurtubî 2000: V, 31). Daha sonra gelen ayet, ölünün geride bıraktığı malı güç esasına göre dağıtan Cahiliyye örfünü kaldırıp yerine malı, ölüye yakınlık derecesine göre dağıtmayı emreden uygulamayı getirmiştir. Bu noktadaki değişimi gerçekleştiren ayet meali şu şekildedir:

"Ana, baba ve akrabaların (miras olarak) bıraktıklarından erkeklere bir pay vardır. Ana, baba ve akrabaların bıraktıklarından kadınlara da bir pay vardır. Allah, bırakılanın azından da çoğundan da bunları farz kılınmış birer hisse olarak belirlemiştir.” (Nisa 4/7)

2.1.2.3.2.1.2 Sebep Yoluyla Verâset

Cahiliyye örfünde sebep yoluyla tevârüs, evlat edinme ve yeminleşme şeklinde gerçekleşmekte idi. Buna göre Arap toplumunda yaşayan bir erkek, başkasına ait bir çocuğu evlat edinmek istediğinde şifahi olarak onunla, “Sen benim oğlumsun. Ben sana varis olduğum gibi sen de bana varis olacaksın.” şeklinde sözleşir ve neticede çocuk, adamın evladı olur ve miras, nikah, boşanma, evlilik yoluyla olan mahremiyet gibi evlatlık ile alakalı bütün hükümler onun için de geçerli kabul edilirdi (Sâbûnî 1982: II, 268).

Daha önce de belirtildiği gibi Kur'an, Cahiliyye örfünde önemli bir yer tutan evlat edinmeyi ve onunla ilgili veraset başta olmak üzere diğer bütün hükümleri kaldırmıştır:

“Allah, evlatlıklarınızı da öz oğullarınız olarak tanımadı. Bunlar sizin ağızlarınıza geliveren sözlerden ibarettir. Allah ise gerçeği söyler ve doğru yola O erdştirir. Onları (evlat edindiklerinizi) babalarına nispet ederek çağırın. Allah yanında en doğrusu budur. Eğer, babalarının kim olduğunu bilmiyorsanız, bu takdirde onları din kardeşleriniz ve görüp gözettığınız kimseler olarak kabul edin. Yanılarak

yaptıklarınızda size vebal yok; fakat kalplerinizin bile bile yöneldiğinde günah vardır. Allah bağışlayandır, esirgeyendir.” (Ahzâb 33/4-5).

Sebeup yoluyla tevarüsün ikinci boyutu ise yeminleşmedir. Cahiliyye toplumunda insanlar hak-batıl ayrımı yapmadan birbirlerini koruyacaklarına ve birbirlerine varis olacaklarına dair anlaşma yaparlardı. Bunlardan hangisi, arkadaşından önce ölürse sağ kalan, şart gereğince ölenin malına varis olurdu (Cessâs ty.: II, 233-5).

Kur'an, toplumun dönüşümünde tedriciliği dikkate aldığından bu uygulamanın bir süre daha yürürlükte kalmasını insanlar için faydalı görmüş ve yeminleşmeyi onaylamıştır:

"Yeminlerinizin bağladığı kimselere de paylarını verin." (Nisa: 4/33).

Kur'an daha sonra bu uygulamada nihaî bir düzenlemeye gidip bir önceki uygulamayı tavsiye niteliğinde bir ifadeye dönüştürmüştür:

“Aralarında akrabalık bağı olanlar, Allah'ın Kitabı'na göre, (miras konusunda) birbirleri için (diğer) mü'minlerden ve muhacirlerden daha önceliklidirler. Ancak dostlarınıza bir iyilik yapmanız başka. Bu (hüküm) Kitap'ta yazılıdır." (Ahzâb 33/6).

Yukarıdaki ayet, İslam'ın ilk yıllarında Hz. Peygamber'in öncülüğünde Mekke'den Medine'ye hicret eden muhacirlerin hicret, muhacir ve ensarın da kardeşlik akdi sebebiyle birbirlerine varis olma geleneğini ortadan kaldırmıştır (Zeydan 1999: 29).

Kur'an'ın hukukî kurallar koyarken toplumun gelişmesine, insanların olgunlaşmasına ve hükümlerin içselleştirilmesine paralel olarak, tedriciliği de takip etmesi, ayrıca toplumun acil maslahatını temin için, geçici çözümler şeklinde koyduğu hükümleri daha sonra neshedip süreklilik arz eden hükümler

getirmesi, hükümler vazedilirken toplumsal gerçekliğin dikkate alındığını göstermektedir (Dalgın 2003c: sy. 2, 66).

2.1.2.3.2.1.3 Velayet Yoluyla Verâset

Cahiliyye örfüne göre ölünün velileri geride bıraktığı eşine varis olmaya herkesten daha fazla hak sahibi idiler. Buna göre velilerden biri dilerse ölen eşin verdiği mehir ile geride bıraktığı karısıyla evlenir ya da onu başka biriyle evlendirip mehirine el koyabilirdi. Ya da onu kimseyle evlendirmez, fidye vermesi için hapseder, ölünce de mirasını alırdı. Kocanın yakınları, kadına kendi ailesinden daha çok hak sahibi olurlardı. Kur'an bu uygulamaları şu ayetle ortadan kaldırmıştır (Buhari Tefsir- Nisa):

“Ey iman edenler! Kadınlara zorla mirasçı olmanız size helal değildir. Açık bir hayasızlık yapmış olmaları dışında, kendilerine verdiklerinizin bir kısmını onlardan geri almak için onları sıkıştırmayın. Onlarla iyi geçinin. Eğer onlardan hoşlanmadıysanız, olabilir ki, siz bir şeyden hoşlanmazsınız da Allah onda pek çok hayır yaratmış olur.” (Nisa 4/19)

İslam, çöl hayatı ve savaşların etkisiyle şekillenen Cahiliyye örfünün miras alabilmek için öngördüğü erkek ve ergen olma ile silah kuşanma şartlarını ortadan kaldırıp yerine kadına (Nisa 4/7-33) ve cinsiyetine bakmaksızın çocuğa mirastan pay ayıran sistemi getirmiştir (Zeydan 1999: 29). Buna göre mirası hak ediş silah kuşanma esası yerine, öncelikle ölenin usul ve furû'u yanında karı ve kocası gibi yakınlarına göre belirlenmiştir (Ahzâb 33/6; Nisa 4/7-11-12).

2.1.2.4 Örf-Ticaret Hukuku İlişkisi

İnsan hayatının önemli muamelelerinden biri şüphesiz ki ticarettir. İnsanlar ihtiyaç duydukları malları ticaret yoluyla temin etmektedirler. Lügatte bir şeyi başka bir şeyle değiştirmek anlamına gelen "bey", "ezdâd"tan olduğundan hem alım hem de satım anlamında kullanılır. İstılahta ise, "Karşılıklı rızaya bağlı olarak bir malı diğerinin karşılığında değiştirmek" şeklinde tarif edilmektedir (Aynî 2001: XI, 227;

Meydanî 1996: I, 197). Ticaretin çok sayıda çeşidi olduğundan hepsini içermesi için ticarî muameleler bey'in çoğulu olan buyû' kelimesi ile ifade edilir (Aynî 2001: XI, 226).

Cahiliyye örfünde ticaret, en değerli faaliyet olarak kabul edilir, toplumda ileri gelenler ticaretle uğraşır, bunun için şirketler kurulur ve ticarî seferler yapılırdı (Ali 1993: V, 624). Arapların farklı içerikte çok sayıda ticarî uygulamaları vardı. İslam, bunlardan bir kısmını geçerli kabul edip onaylarken diğer bir kısmını ise iptal etmiştir (Zeydan 1999: 30).

2.1.2.4.1 İslam'ın Onayladığı Bazı Ticarî Uygulamalar

İslam, cahiliyye örfünde Arapların karşılıklı rızaya dayanan aşağıdaki uygulamalarını "Ticaretin asıl itibariyle helal olması" (Bakara 2/275) ve "Tartıyı adaletle yapma ve teraziyi eksik tutmama" (Rahman 55/9) gibi ticarî ve ahlakî ilkeler çerçevesinde değerlendirmiş ve uygun gördüklerini onaylamıştır.

2.1.2.4.1.1 Şirket Akdi

Lügatte karışım, karışma anlamına gelen şirket, ıstılahta, "İki ya da daha fazla kimsenin bir hususta kâr gayesiyle oluşturdukları birliktelik" (Meydanî 1996: II, 53) şeklinde tarif edilir.

Cahiliyye örfünde ticarî birçok muamele yanında şirket akdi de uygulanmakta idi (Zeydan 1999: 30). Hz. Peygamber'in nübüvvetten önce Saib b. Ebi's-Sâib ile ortaklık etmesi de bu hükmü desteklemektedir. Nitekim Saib, Hz. Peygamber'in huzuruna vardığında övgü dolu ifadelerle tanıtılınca Allah Resûlü, "Ben onu sizden iyi tanırım." buyurmuş, bunun üzerine Saib araya girip şöyle demiştir: "Annem babam sana feda olsun, doğru söyledin. Evet sen benim ortağımydın. Hem ne iyi ortakydın. Ne muhalefet eder, ne engel olur, ne de tartışırdın." (Ebû Davûd, Edeb 20).

İslam, şirket akdini onaylamakla kalmayıp teşvik de etmiştir. Nitekim Hz. Peygamber, Yüce Allah'ın şöyle buyurduğunu bildirmiştir: "Biri diğerine ihanet etmediği müddetçe iki ortağın üçüncüsü ben olurum. Biri ihanet edince, aralarından çekilirim." (Ebû Davûd, Buyû' 27).

2.1.2.4.1.2 Mudarabe

Lügatte yeryüzünde seyahat etmek anlamına gelen mudarabe²⁰, ıstılahta, "Bir tarafın sermaye, diğer tarafın iş gücünü ortaya koyarak akdettiği kar ortaklığı" şeklinde tarif edilmektedir (Meydanî 1996: II, 53).

Mudarabe akdi, Cahiliyye Arapları tarafından bilinen ve Kureyşliler arasında da oldukça yaygın olan bir ticarî uygulamaydı (Zeydan 1999: 30). Nitekim onlar biri yazın Şam'a diğeri ise kışın Yemen'e olmak üzere her yıl iki büyük ticarî seyahat yaparlardı (Taberî 2005: XII, 702). Sermayelerini de mudarabe yaptıkları kişilere verir, onlarla kâr ortağı olurlardı. Kur'an, bu geleniği şu şekilde ifade etmektedir:

"Kureyş'e kolaylaştırıldığı, evet, kış ve yaz seyahatleri onlara kolaylaştırıldığı için onlar, kendilerini açlıktan doyuran ve her çeşit korkudan emin kılan şu evin Rabbine kulluk etsinler." (Kureyş 106/1-4).

Hız. Peygamber de nübüvvetten önce Hız. Hatice ile mudarabe akdi yapmıştır. Hız. Peygamber nebi olarak gönderildiğinde insanlar mudarabe akdine devam etmekteydi (Mevsilî 1998: III, 26).

İslam mudarabe akdini örfteki şekliyle onaylamış (Zeydan 1999: 30), Kur'an da kavramın vahiy kültürüne olan yakınlığından dolayı rızık elde etmeyi onunla aynı kökte birleşen muzari bir fiille ifade etmiştir:

"Allah, içinizde hastaların bulunacağını, bir kısmınızın Allah'ın lütfundan rızık aramak üzere yeryüzünde dolaşacağını (yadribûne), diğer bir kısmınızın ise Allah yolunda çarpışacağını bilmektedir." (Müzzemmil 73/20).

²⁰ Hicazlılar mudarabe, mukarada demektirler (Mevsilî 1998: III, 26).

Hız. Abbas, birtakım şartlar ileri sürerek malını mudarabe olarak verdiğinde, Hız. Peygamber onun bu ticarî uygulamasını güzel kabul edip onaylamıştır (Beyhakî VI, 111; Mevsilî 1998: III, 27). Hız. Ömer de yetimin malını müdarebe olarak verirdi (Mevsilî 1998: III, 27).

2.1.2.4.1.3 Selem Akdi

Selem lügatte; teslim olmak anlamına gelmektedir. İstilahta ise, "Peşin para karşılığında sonradan teslim edilecek malın satımıdır." (Meydanî 1996: I,225).

Selem akdi Cahiliyye dönemi ticarî uygulamalarında önemli bir yere sahipti (Zeydan 1999: 30).

Satış anında mevcut olmayan bir malın peşin para ile satımı anlamına gelen selem akdi, Hız. Peygamber'in Hakîm b. Hizâm'a; "Yanında olmayan malı satma." (Tirmizî, Buyû' 19; İbn Mâce, Ticârât 20) emrinden hareketle oluşan İslam ticaret hukukunun genel prensiplerinden, 'ancak elde mevcut olan bir malın satışının caiz olması' kuralına aykırıdır. Bu yüzden genel kurala göre selem caiz olmaması gerekir. Fakat İslam, iflas edenlerin ihtiyacını giderebilmek için bazı değişikliklerle selemi ruhsat olarak onaylamıştır (Meydanî 1996: I, 225) Nitekim Hız. Peygamber Medine'ye geldiğinde Medineliler Cahiliyye örfünün devamı olarak iki ve üç yıl vade ile hurma alışverişi yapmaktaydılar. Hız. Peygamber, "Kim herhangi bir şeyde selem suretiyle alışveriş yaparsa bilinen ölçekte, bilinen tartıda olarak bilinen bir müddete kadar yapsın." (Buharî, Selem 1) buyurarak selemi onaylamış ve tartışmaya sebep olacak unsurları belirlediği kriterlerle ortadan kaldırmıştır.

2.1.2.4.1.4 Rehin

Rehin lügatte; hapsetmek anlamına gelmektedir. İstilahta ise, "Bir malı kendisinden alınması tamamen ya da kısmen mümkün olan bir hak karşılığında hak sahibinin ya da tarafların güvendiği üçüncü bir şahsın elinde mahbus ve mevkuf kılmasıdır." (Mecelle md: 701). Alacaklı tarafından borçludan alınan rehin, borcun ödenmesini garanti altına alır (Karaman 1989: 50).

Cahiliyye dönemi Arap örfünde rehin önemli bir yere sahipti. Rehini olarak verilen mallar borçtan fazla olduğunda rehin veren alacaklı durumda olan tarafa, "Hakkın olan alacağı falan zamana kadar getirirsem rehni geri alırım, yok eğer bunu yapamazsam rehin borcumu karşılık senin olsun." (Muvatta, Akdiye 10) şeklinde teminat verirdi. Borcun ödenme tarihinde rehin veren kişi borcunu ödemezse rehin alan, rehin olarak verilen malı mülkiyetine geçirirdi (Zeydan 1999: 31).

İslam, örfteki rehin uygulamalarını onaylamış (Bakara: 2/283) fakat önemli bir değişiklikte bulunmuştur. Bu çerçevede, rehinin alacaklı tarafından mülkiyete geçirilmesini iptal etmiştir. Nitekim Hz. Peygamber, rehinin bağlanamayacağını belirtmiştir (Muvatta, Akdiye 10).

2.1.2.4.2 İslam'ın Yasakladığı Bazı Ticarî Uygulamalar

İslam, Cahiliyye Araplarının karşılıklı rızaya dayanmayan, içerisinde aldatma olan ya da batıl yollarla başkasının malını yemekten ibaret olan ticarî uygulamalarını geçersiz kılmıştır (Zeydan 1999: 31).

2.1.2.4.2.1 Faiz

Faiz lügatte; artmak, büyümek ve gelişmek anlamlarına gelmektedir. İstilahta ise, "Bir alışveriş akdinde taraflardan biri için şart koşulan şer'î ölçüye göre de karşılığı olmayan fazlalıktır." (Meydanî 1996: I, 221).

Cahiliyye örfünde faiz, oldukça yaygın bir uygulamaydı (Ali 1993: V, 626). En fazla görülen şekli şöyleydi: Kişi, belirlenen zamanda parası ödenmek üzere bir şey satar, ödeme için tayin edilen zaman gelip çatar, borçlunun ödeme gücü olmazsa bu durumda alacaklı, borcun miktarını artırır ve alacağını erteler ya da borçlu, alacaklıya, "ödeme süresini uzat, buna karşın ben de sana vereceğim malı artırayım." derdi (Taberî 2005: III, 102-4). Borçlu, yeniden belirlenen zamanda ödeme yapamazsa alacaklı aynı şekilde, "Öde ya da artırayım." der ve ödemenin gerçekleşmemesi durumunda borç katlanarak devam ederdi (Zeydan 1999: 30).

Genelde borçlar hep katlanarak artardı. Zira borçluların çoğunluğu fakir insanlardan oluştuğundan belirlenen sürede parayı ödeme imkanı bulamazlardı. (Ali 1993: V, 626).

Cahiliyye Arapları arasında faizcilik, o derecede yaygın hale gelmişti ki zenginlerin en önemli geçim kaynağı faiz gelirinden oluşmaktaydı. Kureyş'in ileri gelenlerinin her biri birer banker konumundaydı. Kendilerine özgü borç verme şartları vardı. Bu dönemde verilen ve mutlaka faizli olan borçların günü geldiğinde ödenmemesi durumunda kimi yalnız ana paraya yeni bir faiz koyarak basit bir fazlalık ile yetinir kimi de ana paraya eski faizi ilave ederek ikisini yeni bir faize esas yapardı. Bu katlamalı faize günümüzde mürekkebe faiz denmektedir. Vade yenilendikçe borcun miktarı da artardı. Öyle ki faiz, asıl paranın birkaç katına ulaşır neticede ödenemeyecek bir hal alırdı (Elmalılı 1979: II, 952-3; Miras 1978: VI, 387).

İslam, Cahiliyye ticaret hukukunun önemli bir unsuru olan faizi her çeşidiyle yasaklamıştır (Zeydan 1999: 31). Konu ile ilgili ayet mealleri şu şekildedir:

"Faiz yiyenler, ancak şeytanın çarptığı kimsenin kalktığı gibi kalkarlar. Bu, onların, 'Alışveriş de faiz gibidir.' demelerinden dolayıdır. Oysa Allah, alışverişi helal, faizi haram kılmıştır. Bundan böyle kime Rabbinden bir öğüt gelir de (o öğüde uyararak) faizden vazgeçerse, artık önceden aldığı onun olur. Durumu da Allah'a kalmıştır. (Allah, onu affeder.) Kim tekrar (faize) dönerse, işte onlar cehennemliklerdir. Orada ebedî kalacaklardır." (Bakara 2/275).

"Allah, faizi tüketir (faiz karışan malın bereketini giderir); sadakaları ise bereketlendirir." (Bakara 2/276).

"Ey iman edenler! Allah'a karşı gelmekten sakının ve eğer gerçekten iman etmiş kimselerseniz, faizden geriye kalanı bırakın. Eğer böyle yapmazsanız, Allah ve Resûlüyle savaşa girdiğinizi bilin. Eğer tövbe edecek olursanız, anaparalarınız

sizindir. Böylece siz ne başkalarına haksızlık etmiş olursunuz ne de başkaları size haksızlık etmiş olur.” (Bakara 2/278-279).

“Ey iman edenler! Kat kat arttırılmış olarak faiz yemeyin. Allah’a karşı gelmekten sakının ki kurtuluşa eresiniz.” (Al-i İmran 3/130).

Hiz. Peygamber, Veda Hutbesi’nde Cahiliyye örfünden kalma faizi kaldırdığını ifade ederek Kur’an’ı tekit etmiştir:

"Dikkat edin, Cahiliyye geleneğinden kalan her şey şu iki ayağımın altındadır... Cahiliyye faizi bütünüyle kaldırılmıştır. İlk kaldırdığım faiz de ailemizin yani Abbas b. Abdulmuttalib'in faizidir." (Müslim, Hac 19). Hiz. Peygamber, ayağımın altına aldım ifadesiyle Cahiliyye uygulamalarını geçersiz kıldığını bildirmiştir." (Nevevî 1995: VIII, 149).

İslam, faize alternatif olarak karşılıksız ödünç verme anlamına gelen karz sistemini önermiştir. Yüce Allah, ihtiyaç halindeki insana karşılıksız borç vermeyi kendine verilen borç kabul ederek (Taberî 2005: II, 607) uygulamanın değerine atıfta bulunmuştur:

“Kimdir, Allah’a güzel bir borç verecek o kimse ki, Allah da o borcu kendisine kat kat ödesin. (Rızkı) Allah daraltır ve genişletir. Ancak O’na döndürüleceksiniz.” (Bakara 2/245).

Hiz. Peygamber de borç vermenin; borçlunun ihtiyaç sahibi olması cihetiyle muhtaç olmadığı halde dilenen kimseye verilen sadakadan daha faziletli olduğunu belirtmektedir (İbn Mâce, Sadakât 19).

2.1.2.4.2.2 Münâbeze

Lügatte bir şeyi ön ya da arkaya atmak anlamına gelen “nebz” kökünden türeyen ve “mufâale” kalıbında mastar olan “münâbeze” (Fîruzâbâdî 2003: 338) ıstılahta, “Kişinin arkadaşına elbiseyi sana attığımda ya da sen onu bana attığında alışveriş

gerçekleşir, demesi ile yapılan ticarî uygulamanın adıdır.” (Mutarrizî 1999: 232).

İslam, Cahiliyye Araplarının ticarî uygulamaları arasında yer alan münâbezeyi geçersiz kılmıştır (Zeydan 1999: 31). Nitekim Ebû Hureyre, Hz. Peygamber'in el ile dokunma ve münâbeze şekillerinde yapılan satışlardan nehyettiğini bildirmektedir (Buharî, Buyû' 63; Müslim, Buyû' 1). Zira münâbezede alıcının malı alt üst etmesine ve ona bakmasına izin verilmeden (Buharî, Buyû 62) diğer bir ifadeyle karşı tarafın kabul ve rızası aranmadan ve satılan mal iyice görülmeden mülkiyet gerçekleşmektedir. Bu durum İslam ticaret hukukunun temelini oluşturan tarafların karşılıklı rızası ilkesine aykırıdır.

2.1.2.4.2.3 Mülâmese Satışı

Lügatte el ile dokunmak anlamına gelen “lems” kökünden türeyen ve “mufâale” kalıbında mastar olan “mulâmese” değmek, cinsel ilişkide bulunmak gibi anlamlara gelmektedir. İstılahta ise kişinin arkadaşına, “Elbisene dokunduğumda ya da sen benim elbiseme el sürdüğünde alışveriş gerçekleşir.” demesi ile yapılan ticarî uygulamanın adıdır (Mutarrizî 1999: 232).

İslam, Cahiliyye Arapları'nın ticarî uygulamalarından olan mülâmeseyi ortadan kaldırmıştır. Nitekim Ebû Said el-Hudrî, Hz. Peygamber'in münâbezenin yanı sıra, alıcının kumaşa bakmadan sadece dokunmasıyla gerçekleşen satış anlamına gelen mülâmeseyi de yasakladığını bildirmektedir (Buharî, Buyû 63; Müslim, Buyû' 1; Ebû Davûd, Buyû 25).

2.1.2.4.2.4 Neceş (Hileli Satış)

Lügatte neceş; avı kışkırtmak, bir şeyi araştırmak, tutkuları harekete geçirmek ve çıkarmak gibi anlamlarına gelmektedir (Fîruzâbâdî 2003: 607). İstılahta ise, “kişinin satın almayı düşünmediği halde başkasının görüp almasını sağlamak maksadıyla bir malın tutarından daha yüksek bir fiyatta pazarlığını yapması” (Mutarrizî 1999: 245) şeklinde tarif edilmektedir. Neceşin özünde müşteriye aldatmak ve meşru olmayan bir tarzda fayda temin etmek vardır (Ali 1993: VII,

390).

İslam, Cahiliyye örfünün önemli ticarî uygulamalarından olan neceşi yasaklamıştır. Nitekim İbn Ömer, Hz. Peygamber'in neceş yapmaktan yani satıcı ile müşteri arasına girip, kendisini alıcı şeklinde göstererek müşteriyi kandırıp fiyatı hileli bir şekilde yükseltmekten nehyettiğini nakletmektedir (Buharî, Buyû' 60).

2.1.2.4.2.5 Habelü'l-Habele

İzafet terkibi olan habelü'l-habele, hamile anlamına gelen “Habil” kelimesinin çoğulu “habele” ile gebe kalmak manasında olan “habel” kelimelerinden oluşmaktadır (Nevevî 1995: X, 134-5). İstilahta ise, gebe hayvanın karnındaki yavrusunun -dişi olması durumunda- hamile kaldığı yavrusunu satmak şeklinde tarif edilmektedir (Mutarrizî 1999: 64).

Cahiliyye Araplarının başvurduğu ticarî uygulamalardan biri de Habelü'l-Habele idi (Ali 1993: VII, 392). Buna göre Araplar, devenin etini habelü'l-habeleyle yani dişi bir devenin doğurması, sonra da doğan dişi yavrunun gebe olması zamanına isnat ederek satardı. Hz. Peygamber, bu şekilde bir satışı yasaklamıştır (Müslim, Buyû' 3).

Görüldüğü gibi habelü'l-habele, ödemedeki belirsizlik, malın ortada olmaması, bilinmezlik, satıcının mülkünde olmama ve teslim edilme imkanından uzak olma gibi unsurlardan dolayı İslam'ın öngördüğü alışveriş sistemine aykırıdır. Bu yüzden, Hz. Peygamber içerisinde birçok risk barından bu örfi uygulamayı yasaklamıştır.

2.1.2.4.2.6 İlkâ-i Hacer

İzâfet terkibi olan ilkâ-i hacar, atmak anlamına gelen “ilkâ” ve taş manasındaki “hacer” kelimelerinden oluşmaktadır. İstilahta ise, alıcı ya da satıcının taşı attığımda alışveriş gerçekleşir demesi ile yapılan (Mutarrizî 1999: 232) Cahiliyye

örfüne ait bir ticarî uygulamadır.

Ebû Said el-Hudrî, Cahiliyye Arapları tarafından benimsenen ticarî uygulamalar arasında yer alan ilka-i haceri Hz. Peygamber'in yasakladığını bildirmektedir (Ahmed, Müsned, H. no: 11582).

2.1.2.4.2.7 Borçlunun Satışı

Kölelik, dünyanın diğer milletleri gibi Cahiliyye Araplarının da benimsediği çok yönlü bir olguydu. İslam'dan önce Araplar, insanları esaret, korsanlık, soygun, hırsızlık ve buluntuyu almak gibi yolların yanında, adam öldürmek, hırsızlık ve zina etmek gibi büyük günahların bir kısmını işlemeleri durumunda ayrıca borçlu olanın vâdettiği günde borcunu ödememesi üzerine alacaklı tarafından mülke geçirerek köle ediniyorlardı (Habenneke 1994: 546).

İslam, köleliğin sosyo-ekonomik boyutunu dikkate alarak Cahiliyye Araplarının önceden temin ettikleri kölelerin mülkiyetlerinde kalmalarını ilk planda onaylamıştır. Nitekim erkeklere kimlerle cinsî birliktelik içerisinde olmalarının helal olduğunu bildiren ayette cariyeler de zikredilmektedir:

"Onlar ki, ırzlarını korurlar. Ancak eşleri ve ellerinin altında bulunan cariyeleri bunun dışındadır. Onlarla ilişkilerinden dolayı kınanmazlar." (Müminûn 23/5-6). Bu durum, müslümanların müşriklerden köle temin etmelerinin yolları arasında yer alan savaş durumundan önce söz konusu olduğu gibi, Medine'de inen şu ayette de belirtilmiştir (Hudârî 2002: 46): "Eğer (o kadınlar arasında da) adaletli davranamayacağınızdan korkarsanız, o takdirde bir tane alın veya sahip olduğunuz (cariyeler) ile yetinin." (Nisa 4/3).

Cahiliyye örfünde, köle edinmede kullanılan yukarıdaki yolların yanında bir de belirlenen günde alacaklısına borcunu ödeyemeyen kişinin paranın temin edilebilmesi için köle olarak satılması uygulaması vardı. İslam, Cahiliyyeden kalan bu âdeti ve onun yollarını yasaklamış (Zeydan 1999: 32) o günün sosyo-

ekonomik şartlarını dikkate alarak sadece savaş esirlerinin köleleştirilmesine müsaade etmiştir.

İslam devletini, savaş kölesi temin etme noktasında alternatifsiz bırakan bu durum bütünüyle diğer devletlerin esirleri köleleştirilmesi gibi dış nedenlerden yani uluslararası hukuktan kaynaklanmaktadır (Habenneke 1994: 547-9). İslam, köle temin yollarını sadece savaşta esir almaya indirmediği gibi, insanlara kölelerine iyi davranmalarını ve onları azât etmelerini de tavsiye etmiştir. Bu çerçevede ilk olarak köle azat etmeyi kulun Rabbine karşı şükür ödevini yerine getireceği özelliklerin başında zikretmiştir (Hudarî 2002: 46):

“Fakat o, sarp yokuşu aşamadı. O sarp yokuş nedir bilir misin? Köle azat etmek veya açlık gününde yakını olan bir yetimi, yahut aç açık bir yoksulu doyurmaktır.” (Beled 90/11-6).

İslam, işlenen suçlardan kaynaklanan keffaretlerin çoğunda da ilk olarak köle azat etmeyi emretmektedir. Nitekim hataen adam öldürme ve zihar keffaretlerinin ilk sırasında ayrıca yemin keffaretinde bu durum açıkça belirtilmektedir (Hudarî 2002: 46-7):

“Bir mü’minin bir mü’mini öldürmesi olacak şey değildir. Ancak yanlışlıkla olması başka. Kim bir mü’mini yanlışlıkla öldürürse, bir mü’min köleyi azat etmesi ve bağışlamadıkları sürece ailesine diyet ödemesi gerekir.” (Nisa 4/92).

“Kadınlardan zihar yaparak ayrılıp sonra da söylediklerinden dönecek olanlar, eşleriyle birbirlerine dokunmadan önce, bir köle azat etmelidirler.” (Mücadele 58/3).

“Allah, boş bulunarak ettiğiniz yeminlerle sizi sorumlu tutmaz. Ama bile bile yaptığınız yeminlerle sizi sorumlu tutar. Bu durumda yeminin keffareti, ailenize yedirdiğinizin orta hâllisinden on yoksulu doyurmak, yahut onları giydirmek ya da bir köle azat etmektir. Kim (bu imkanı) bulamazsa, onun keffareti üç gün oruç

tutmaktır. İşte yemin ettiğiniz vakit yeminlerinizin keffareti budur. Yeminlerinizi tutun. Allah, size ayetlerini işte böyle açıklıyor ki şükredesiniz. (Maide 5-/89).

İslam'ın çeşitli yollarla hürriyetlerini kaybeden insanları azat etmeyi emretmesi kölelik kurumunu zamanla zayıflatıp fiilen ortadan kaldırmıştır.²¹

İslam, Cahiliyye örfünde yer alan fakat borçlunun satılması gibi temel insan haklarına aykırı, neceş gibi aldatma üzerine kurulu uygulamaları bütünüyle kaldırırken; tarafların karşılıklı rızasına dayanan, adaleti gözeten ticarî muameleleri onaylamıştır.

2.1.2.5 Örf-Ceza Hukuku İlişkisi

Ceza hukuku, toplumun koymuş olduğu kurallara uygun hareket etmemek suretiyle düzeni bozan ve bu nedenle suç sayılan eylemlerle bunların yaptırımlarını belirleyen emredici kuralları içermektedir (Bilge 2004: 144). Örf, dolaylı bir kaynak olması itibariyle diğer hukuk bölümleri gibi ceza hukukunun kural, kavram ve uygulama alanlarının belirlenmesinde önemli bir yere sahiptir.

Cahiliyye devrinde ne yazılı hukuk metinleri ne de belli bir sistem dahilinde davalara bakan muvazzaf hakimler vardı. Bu yüzden, insanlar arasındaki ihtilaf ve davalara kabilelere mensup hakimler bakardı. Resmi bir görevi olmayan bu hakimler, belli hukuk metinlerine sahip olmadıklarından kendi akıl, anlayış ve örflerine göre hüküm verirlerdi (Ali 1993: V, 635).

Cahiliyye dönemindeki hakimlerin davalara bakarken dikkate aldıkları örfî kuralların bir bölümünün, önceki peygamberlerin şeriatlarından kısmen ya da tamamen etkilenmesi İslam ceza hukukunun Cahiliyye örfüyle ilişkisini incelemeyi gerekli kılmaktadır.

²¹ Osmanlı Devleti uzunca bir zaman Afrika kıtasının önemli bir bölümünü idaresinde bulundurmasına rağmen, İstanbul'da kölelere ait yerleşim bölgeleri yoktur. Fakat Amerika için aynı şeyi söylemek imkansızdır.

2.1.2.5.1 Kıyas

Lügatte misilleme olarak ceza vermek anlamına gelen kıyas, ıstılahta, “öldürülen kişinin velisinin katili ya da yaralananın yaralayanı misilleme olarak cezalandırması şeklinde tarif edilmektedir.” (Mutarrizî 1999: 212).

Cahiliyye döneminde yaşayan Araplar, âdet ve geleneklerine göre kıyasla alakalı bir sistem geliştirip, bu sistemi adam öldürme ve yaralama olaylarında uygulamakta idiler. Fakat suçun şahsiliğini göz ardı ettiklerinden caninin kabilesini de onun suçundan sorumlu tutmakta, cinayeti işleyenin yanısıra caninin kabilesinin bütün üyelerini de cezalandırmaktaydılar (Hudarı 2002: 62; Zeydan 1999: 32).

Kendilerini saygın ve güçlü kabul eden bir kabilenin kölesi, başka bir kabilenin kölesi tarafından öldürüldüğünde, maktulün tarafı köleye karşı diğer taraftan bir hür; eğer kadın öldürüldü ise bir erkek, aşağı tabakadan biri katledildiğinde de karşı taraftan bir lider öldürmeleri gerektiğini söylerlerdi (Kurtubî 2000: II, 165). Çoğu defa da canî, kabilesi tarafından himaye edilir, bundan dolayı da uzun süreli savaşlar olurdu (Hudarı 2002: 62).

Kur'an, önceki şeriatlarda olduğu gibi (Kurtubî 2000: II, 164) cahiliyye örfünde de suçluları cezalandırma yöntemi olarak kullanılan kıyası kabul etmiş fakat suçun şahsiliğini ön plana çıkararak sorumluluğun sadece cinayeti işleyen kişide toplanmasını emretmiştir (Hudarı 2002: 63). Kollektif ceza verme geleneğini ortadan kaldıran, buna karşın suç-ceza dengesini gözetmeyi emreden ayetin meali şu şekildedir:

“Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kıyas farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın öldürülür.” (Bakara 2/178). Buna göre ayet açık bir şekilde hiç kimsenin başka birinin yerine cezalandırılmayacağını belirtmektedir.

Kıyası suçun şahsiliği bağlamında değerlendiren Kur'an, onun, saldırgan bir zalimi adam öldürmekten alıkoymasını (Taberî 2005: II, 120) esas alarak, onda insanlar için hayat olduğunu belirtmiştir:

“Ey akıl sahipleri! Kıyasta sizin için hayat vardır.” (Bakara 2/179).

"Haklı bir sebep olmadıkça Allah'ın haram kıldığı cana kıymayın. Bir kimse zulmen öldürülürse onun velisine (hakkını alması için) yetki verdik.” (Bakara 17/33).

“Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş kıyas edilir. Yaralar da kıyasa tabidir. Kim de bu hakkını bağışlar, sadakasına sayarsa o, kendisi için keffaret olur.” (Maide 5/45).

Yukarıdaki ayetlerden anlaşıldığı üzere Kur'an, esas itibariyle kabul ettiği bu örfi uygulamanın içeriği ile alakalı önemli değişikliklere gitmiş, bu çerçevede suç cinayeti işleyenle sınırlamıştır. Zira aksi bir durum, “Hiçbir günahkar, başka bir günahkarın yükünü yüklenmez.” (İsra 17/15) ayetinin belirttiği, İslam'ın temel esaslardan olan suçun şahsiliği ilkesine aykırıdır.

2.1.2.5.2 Diyet

Lügatte; “nehirin akması” ve “çıkılmak” anlamlarına gelen diyet ıstılahta, “Katilin, maktulün velisine canın karşılığı olarak verdiği mal anlamında kullanılmaktadır.” (Mutarrizî 1999: 212).

Araplar, cahiliye örfüne ait cezaî uygulamalardan olan diyeti, âdeta zulmetme vasıtası olarak kullanmaktaydılar. Toplumda ileri gelenlerin diyetlerini diğerlerinin birkaç katı yapar, böylece arkası kesilmez kavga ve cinayetlere zemin hazırlarlardı. Nitekim Hz. Peygamber Medine'ye geldiğinde Evs ve Hazreç kabileleri arasında hala cahiliye devrinden kalma kan davaları vardı. Kıyasta da görülen bu dengesizliğin arkasında yukarıdaki bakış açısından kaynaklanan kabile kavgaları yatmaktaydı (Elmalılı ty: II, 601).

Kur'an, Cahiliyye örfünde de yer alan cezaî uygulamalardan diyeti geçerli kabul etmiştir:

“Ancak öldüren kimse, kardeşi (öldürülenin vârisi, velisi) tarafından affedilirse, aklın ve dinin gereklerine uygun yol izlemek ve güzellikle diyet ödemek gerekir. Bu, Rabbinizden bir hafifletme ve rahmettir. Bundan sonra tecavüzde bulunana elem dolu bir azap vardır.” (Bakara 2/178).

Kur'an, onayladığı diyeti ayrıntıya girmeden şu şekilde belirtmektedir:

“Bir mü'minin bir mü'mini öldürmesi olacak şey değildir. Ancak yanlışlıkla olması başka. Kim bir mü'mini yanlışlıkla öldürürse, bir mü'min köleyi azad etmesi ve bağışlamadıkları takdirde ailesine diyet ödemesi gerekir. (Öldürülen kimse) mü'min olur ve düşmanınız olan bir topluluktan bulunursa, mü'min bir köle azad etmek gerekir. Eğer sizinle kendileri arasında anlaşma bulunan bir topluluktan ise ailesine verilecek bir diyet ve mü'min bir köle azad etmek gerekir. Bunlara imkân bulamayanın, Allah tarafından tövbesinin kabulü için iki ay ard arda oruç tutması gerekir. Allah, hakkıyla bilendir, hüküm ve hikmet sahibidir (Nisa 4/92).

Hz. Peygamber, Kur'an'ın genel hatlarıyla belirttiği diyeti can ve organlar bağlamında şu şekilde açıklamıştır:

"Nefis için (diyet olarak) yüz deve; burun bütünüyle koparıldığında, dilde, iki dudakta, iki husyede, cinsel organda, belde, iki gözde tam diyet; tek ayakta yarım, me'mûme (beyin zarına ulaşan yara) ve câife (karın boşluğuna ulaşan yara) için diyetin üçte biri, münekkile (küçük kemik çıkan yara) için on beş deve, el veya ayak parmaklarından her biri için on deve, (her bir) diş ve muvaddiha (kemiğe ulaşan yara) için beş deve (diyet olarak verilir). Erkek, kadma karşı öldürülür, altını olanlardan ise (diyet-i kâmile olarak) bin dinar alınır (Şevkânî 1999: VII, 61).

2.1.2.5.3 Kasâme

Kasâme; lügatte, ateşkes, yemin ve şehâdet etmek anlamlarına gelmektedir (Fîruzabâdî, 2003: 1149). İstılahta ise, faili meçhul bir cinayette, olay yerine en yakın mahalde bulunan elli kişinin, “Maktulü ne biz öldürdük ne de katilini biliyoruz.” şeklinde Allah adına yemin etmeleri ile gerçekleşen muamele anlamındadır. Halk, bu şekilde yemin edince öldürmeden kaynaklanan diyeti öder (Kâsânî 1997: X, 375).

Cahiliyyede, bilinen kasâme sistemini ilk olarak Velid b. Muğire uygulamıştır (Zuhaylî 2004: VII, 5807).

İslam, Arap örfünde kullanıldığı şekliyle kasâmeyi onaylamıştır. Nitekim sahabe de Hz. Peygamber’in kasâmeyi olduğu gibi bıraktığını bildirmektedir (Şevkânî 1999: VII, 37).

Hz. Peygamber’in sünnetiyle sabit olan “kasâme” fakihlerin çoğunluğuna göre meşrudur (İbn Rüşd 2000: II, 624). Davada delil ya da ikrar olmadığı durumlarda kısas ya da diyet onunla sabit olur (el-Mevsûâtü'l-Fıkhiyye 1995: XXXIII, 166).

İnsanın can emniyetini sağlamaya yönelik uygulamalardan olan kasâme, her bireyi toplumsal sorumluluk bilinci içerisinde hareket etmeye sevkeder. Böylece, kimsenin kanı heder olmaz ve hiçbir suçlu cezasız kalmaz.

2.1.2.5.4 Zina Suçu

Günah işlemek anlamına gelen zina (Fîruzabâdî 2003: 1292) ıstılahta, “Erkeğin, şer’î bir akde dayalı olmaksızın kadınla, onun rızası doğrultusunda cinsel ilişkiye girmesi” (Zeydan 2000: V, 28; Sâğircî 2000: II, 288) şeklinde tarif edilmektedir.

Zina, bütün dinlerde suç olarak kabul edilmiş ve bu suçu işleyenlere farklı içerikte cezalar verilmiştir. Nitekim zina eden Yahudi bir erkek ile kadın, Hz.

Peygamber'e getirildiğinde Hz. Peygamber, Tevrat'ta yer aldığı şekliyle recm cezasını suçlulara uygulamıştır (Müslim, Hudûd 6).

Cahiliyye dönemi Arapları da zinayı kötü bir fiil olarak kabul etmekte ve yapanlara farklı cezalar vermekteydiler (Ali 1993: V, 559-60).

İslam da, aile birliğini sağlamak ve nesli korumak için zinayı (Zeydan 2000: V, 29) ve ona yaklaşmayı (İsrâ 17/32) kesin olarak haram kılmış; zengin-fakir ayrımı yapmadan suçun çeşidine göre herkese aynı cezayı uygulayarak ceza sistemine adalet getirmiştir (Müslim, Hudûd 6).

İslam, genel bir kaide olarak bir şeyi yasakladığında onun öncüllerini ve ona götüren yolları da haram kılmaktadır. Nitekim bir kadının yabancı bir erkekle halvet-i sahiha durumunda olması, mahremi olmadan yalnız başına yolculuk etmesi, uygunsuz ortamlarda erkeklerle birlikte bulunması, çekiciliğini göstermek için süslenmesi gibi fiilleri de bu gerekçeye dayanarak yasaklamıştır (Zeydan 2000: V, 30).

Kur'an, zina eden kadın ve erkeğin bekar olması durumunda cezalarını şu şekilde takdir etmiştir:

“Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine yüzer değnek vurun. Allah'a ve ahiret gününe inanıyorsanız, Allah'ın dini (nin koymuş olduğu hükmü uygulama) konusunda onlara acıyacağınız tutmasın. Mü'minlerden bir topluluk da onların cezalandırılmasına şahit olsun.” (Nûr 24,2).

Hz. Peygamber de muhsan olan Maiz b. Malik ile Ğamidiyye nisbesi ile bilinen kadına recm cezası vermiştir (Müslim, Hudûd 5).

Hariciler ve Mutezile'den Nazzam ve öğrencileri dışında bütün alimler, evli olan veya bir defa evlilik geçiren kişinin zina etmesi durumunda recm edileceğinde fikir birliği içerisindeydi (Nevevî 1995: VI, 157).

İslam, zina cezasını suçluların konumuna göre farklı farklı takdir etmiş ve oluşmasının önüne geçebilmek için de koruyucu tedbirler almıştır.

2.1.2.5.5 Zina İftirası

Türkçe'ye atmak şeklinde tercüme edilen “kazf” (Firuzâbâdî 2003: 843) kelimesi, ıstılahta, “ıffetli bir erkeğe ya da kadına zina isnadında bulunmak” anlamında kullanılmaktadır (İbn Kudâme 1994: VIII, 149; Zeydan 2000: V, 169).

Cahiliyye örfünde Araplar, bir kadının namusunu bütün kabilenin namusu olarak kabul ettiklerinden namusa gelebilecek bir saldırıyı ağır yaptırımlara bağlamışlardı (Kurtubî 2000: VII, 64; Şeyhzâde 1999: IV, 156).

İslam da zina iftirasını diyanî (kul ile Allah arasında olan) açıdan büyük günah kabul etmiş, hukukî açıdan da ona ağır müeyyideler getirmiştir. Nitekim Hz. Peygamber, bir kadına zina isnadında bulunup bunu ispatlayamamayı kişiyi helak eden yedi büyük günah arasında sayarken (Buhârî, Muhâribûn 31); Kur'an da bunun hukukî hükmünü şu şekilde açıklamaktadır:

“Namuslu kadınlara zina isnat edip sonra da dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun. Artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. İşte bunlar fâsık kimselerdir. Ancak tövbe edip bundan sonra ıslah olanlar müstesna. Çünkü Allah, çok bağışlayandır, çok merhamet edendir.” (Nûr 24/4-5).

Ayetten de anlaşıldığı gibi hür bir Müslüman kadın gibi hür ıffetli bir erkeğe iftira eden kişiye de seksen değnek vurulur (Aynî 2001: XXIV, 41).

Kur'an ayrıca zina iftirasında bulunan kişilerin lanetlendiklerini de bildirmektedir:

“İffetli ve (haklarında uydurulan kötülüklerden) habersiz mü'min kadınlara zina isnat edenler, gerçekten dünya ve ahirette lânetlenmişlerdir. İşlemiş oldukları

günahtan dolayı dillerinin, ellerinin ve ayaklarının kendi aleyhlerine şahitlik edecekleri günde onlara çok büyük bir azap vardır.” (Nûr 24/23-24).

İslam, esasta Cahiliyye örfünde yer alan fakat detayda farklı müeyyideleri olan zina iftirası cezasını daha belirgin hale getirmek suretiyle sorun çözmede etkin kılmıştır.

2.1.2.5.6 Hırsızlık ve Yol Kesme

Hırsızlık lügatte; “mal olsun ya da olmasın bir şeyi sahibinin izni olmadan gizlice almak” anlamına gelmektedir. İstılahta ise, “bizzat kendisi veya kıymeti nisap miktarına ulaşan, başkasının mülkiyetindeki korunan bir malın o malda hiçbir şekilde mülkiyet şüphesi olmayan akil ve baliğ kişi tarafından gizlice alınması” (Mevsılî 1998: IV, 363) ya da “Teklif çağına gelen birinin, bir başkasının şahsi mülkünde olan, korunan ve onda hiçbir şekilde hakkı olmadığı on²² dirhem değerindeki bir malı gizli olarak alması” (el-Kârî 1997: III, 237) şeklinde tarif edilmektedir.

Hırsızlık, Cahiliyye örfünde büyük suç kabul edilirdi. Cezası ise hırsızın elini kesmek olarak takdir edilmiştir (Ali 1993: V, 604).

İslam, Cahiliyye örfünde yer alan hırsızlık suçunun cezasını esasta onaylamakla birlikte, hırsız, çalınan mal ve malı çalınan ile alakalı bireyin ve toplumun durumunu ve ihtiyacını dikkate alarak yeni düzenlemelerde bulunmuştur (Zeydan 2000: V, 207 vd.). Buna göre hırsızın eli ancak ilgili şartlar gerçekleştiğinde kesilmektedir:

“Yaptıklarına karşılık ve Allah’tan caydırıcı bir müeyyide olmak üzere hırsız erkek ile hırsız kadının ellerini kesin. Allah mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir.” (Maide 5/38).

²² 1 dirhem gümüş 2,812 gramdır (Kal’acî 2006: 418).

Ayrıca Cahiliyye döneminde Araplar haram aylar dışında yol kesip kervandaki mallara el koymayı geçim yolları arasında değerlendirmekteydi.

İslam, “yol kesme gücüne sahip tek bir kişi ya da bir topluluğun yolcuların gitmesine imkan bırakmayacak ve yoldan kopmalarına neden olacak şekilde güç kullanarak mallarını almak için onlara karşı çıkması” şeklinde tarif edilen (Kâsânî 1997: IX, 360) fiilleri için ağır cezalar getirmiştir.

İslam, ülkede can ve mal emniyetini tehdit eden en önemli problem olan yol kesmeyi haram kılmış ve çirkinliğinden dolayı da onu Allah ve Resûlü ile savaşmak olarak nitelemiştir (Zeydan 2000: V, 2555):

“Allah’a ve Resûlü’ne savaş açanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası; ancak öldürülmeleri yahut asılmaları veya ellerinin ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi yahut o yerden sürülmeleridir. Bu cezalar onlar için dünyadaki bir rezilliktir. Ahirette de onlara büyük bir azap vardır.” (Maide 5/33).

Görüldüğü gibi İslam, hırsızlıkla alakalı örfî uygulamaya detayda önemli kayıtlar getirirken, güç kullanarak da olsa kişinin malının alınması cihetiyle hırsızlıkla ilişkisi olan yol kesme suçu için örfte hiç yer almayan yeni bir hüküm belirlemiştir.

2.1.2.6 Örfün Çeşitli Hukukî Konularla İlişkisi

2.1.2.6.1 Ganimet

Ganimet lügatte; “zorluk çekmeden bir şeyi elde etmek, başarmak” (Fîruzâbâdî 2003: 1143) anlamında kullanılmaktadır. Istilhata ise, “Zorla ve galip gelerek kafirlerden alınan mal.” (İhtiyar 1998: IV, 394) şeklinde tarif edilmektedir. Cizye ve haraç gibi barış yoluyla (Zuhaylî 2004: VIII, 5894) savaştan sonra müşriklerden alınan mala ise fey denmektedir (Mutarrizî 1999: 193).

Ganimet, Cahiliyye dönemi Araplarının özellikle kıtlık yıllarında başvurdukları önemli geçim yollarından biri idi. Kabileler birbirlerine saldırarak ya da güçlü olan zayıfı istila ederek ganimet elde ederdi. Bu saldırılar kıtlık olmadığı yıllarda bir kabilenin başka bir topluluğun malına tamah etmesi ya da kabile liderlerinin evlilik, boşanma, haset ve çekişme gibi tamamen şahsi ilişkilerindeki problemlerden kaynaklanırdı. Bu durum o derece yaygın bir hal almıştı ki güçlü toplulukların zayıf olanların yanlarındaki mal ve gıda maddelerine el koymaları âdet haline gelmişti (Ali 1993: V, 333-4).

Araplar, ganimeti fiilen savaşa katılanlar arasında dağıtır, başkanlarına ise büyükçe bir pay verirlerdi (Hudari 2002: 48).

Gasb ya da saldırı yoluyla mal temin etmeyi kesin olarak yasaklayan Kur'an, milletler arası savaş hukukunun bir gereği olarak savaş neticesinde düşman tarafından alınan malı helal kabul etmiştir. Nitekim İslam'ı ortadan kaldırmak için büyük bir orduyla Medine üzerine yürüyen Mekkeliler Bedir'de mağlup olunca malları ganimet olarak Müslümanlar tarafına geçmiştir. Savaşa katılan gençlerle savaşa destek veren yaşlılar arasında örfî kabullerin etkisiyle ganimet paylaşımı noktasında anlaşmazlık ortaya çıkınca Yüce Allah, ganimetin taksimi ile ilgili hükmün Allah'a ve Resûlü'ne ait olduğunu bildirip (Enfâl 8/1) bu konudaki ihtilafa son vermiştir (Cemel 2006: III, 164-5).

Kur'an, ganimet mallarının nasıl taksim edileceği ile alakalı detay hükmü şu şekilde açıklamıştır:

“Bilin ki, ganimet olarak aldığınız herhangi bir şeyin beşte biri mutlaka Allah'a, Peygamber'e, onun yakınlarına, yetimlere, yoksullara ve yolculara aittir. Eğer Allah'a; hak ile batılın birbirinden ayrıldığı gün, (yani) iki ordunun (Bedir'de) karşılaştığı gün kulumuza indirdiklerimize inandıysanız (bunu böyle bilin).” (Enfâl 8/41).

Buna göre, beşe bölünen ganimetin beşte biri peygambere ve ayette belirtilen yerlere verilirken, geriye kalanı ise ganimeti alanlara dağıtılmaktadır (Mutarrizî 1999: 193).

Kur'an'ın barış ortamında alınan fey' ile alakalı hükmü ise şu şekildedir:

“Allah'ın, (fethedilen) memleketlerin ahalisinden savaşılmaksızın, peygamberine kazandırdığı mallar; Allah'a, peygambere, onun yakınlarına, yetimlere, yoksullara ve yolda kalmışlara aittir. O mallar, içinizden yalnız zenginler arasında dolaşan bir servet (ve güç) hâline gelmesin diye (Allah böyle hükmetmiştir).” (Haşr 59/7).

Fey', Hz. Peygamber'den sonra müslüman toplum tarafından kabul edilmiş ve genel anlamda onların faydasına olan alanlara harcanmıştır (Zuhaylî 2004: VIII: 5894).

İslam, örfte tâbî bir mal edinme yöntemi olarak görülen ganimetin saldırı ve istila yoluyla temin edilmesini yasaklamış buna karşın milletler arası savaş hukukunun bir gereği olarak savaş yoluyla alınmasını ise meşru kabul etmiştir.

2.1.2.6.2 Sakal

Arapça karşılığı “lihye” olan sakal, yanaklar ve çenedeki tüylere denmektedir (Firuzâbâdî 2003: 1330).

İslam'dan önceki semavî dinlerin peygamber ve ümmetlerinde de görülen sakal, Hz. İbrahim ve ona uyanların sünnetleri arasında da zikredilmektedir (Ali 1993: IV, 610). Ayrıca Tevrat'ta da sakal tıraşının yasak olduğu belirtilmektedir (DİA XXXVI, 1).

Cahiliyye döneminde Araplar, Hz. İbrahim'in dininin bir yansıması olarak yaratılışa uygun davranır, erkekler sakal bırakır bunu da erkek olmanın bir işareti ve süsü olarak kabul ederlerdi. Sakala verilen değer bir göstergesi olarak kişi yemin etmek istediğinde sağ eliyle sakalını tutup sakalın hakkı için yemin eder ve

bu, ağır yeminlerden kabul edilirdi. Yine bu saygının bir gereği olarak, erkekler sakalı tıraş etmezdi (Ali 1993: IV, 609-610).

İslam, sakalın örften ziyade önceki peygamberlerle irtibatlı olduğuna vurgu yapmıştır. Nitekim Hz. Peygamber, sakalı Allah'ın resüllerinin sünnetleri arasında zikretmiştir (Nevevî 1995: II, 126)²³:

“On şey fitrattandır: Bıyıkları kesmek; sakalı salıvermek; misvak kullanmak; su ile burnu temizlemek; tırnakları kesmek; parmakların boğumlarını yıkamak; koltuk altındaki kılları gidermek, kasıkları tıraş etmek; su ile taharet almak.” (Müslim, Tahâre 16; Ebû Davûd, Tahare 29; Nesâî, Zine I), “Ağza su vermek.” (Müslim, Tahâre 16).

Hz. Peygamber, önceki resullerin sünnetine uyarak sakal bırakmış, sık olan sakallarını (Müslim, Fedâil 29) eninden ve boyundan kısaltmıştır (Tirmizî, Edeb 17).

Hz. Peygamber, müşrik ya da Mecusilere muhalefet etme gerekçesine bağlayarak ümmetine de sakal bırakmayı emretmiştir (Müslim, Tahâre 16):

“Müşriklere muhalefet edin; bıyıkları kısaltın (kesin); sakalları uzatın.” (Müslim, Tahâre 16)”.

Hz. Peygamber, erkeklerin sakal bırakmasını yaratılışa uygun bir davranış olarak nitelemiştir (Müslim, Tahare 56; Ebu Davud, Tahare 29; Nesâî, Zine I).

Yine Hz. Peygamber, bir başka hadiste hiçbir gerekçe zikretmeden sakalın uzatılmasını emretmiştir (Müslim, Tahâre 16; Tirmizî, Edeb 18).

Yukarıdaki hadislerden de anlaşıldığı gibi Hz. Peygamber'in sakal bırakması ve ümmetine de bırakmayı emretmesi sakalın örfi bir uygulama olmasından ziyade

²³ Fıtrat kelimesi hadis şarihleri tarafından peygamberlerin sünneti olarak yorumlanmıştır (Kurtubî 2005: I, 511; Suyûtî ty.: I, 416).

önceki peygamberlere ait bir sünnet olmasına dayanmaktadır. Bu durumda Hz. Peygamber, Arap toplumunda örfî bir uygulama olarak devam eden sakalı kısmî değişikliklerle ıslah edip peygamberlerin sünnetine uygun hale getirmiştir.

2.1.2.6.3 Sarık

Arapça karşılığı “îmâme” olan sarık, başa sarılan şey olarak tarif edilmektedir (Firuzâbâdî 2003: 1140; Kettânî 1342: 3).

Sarığın kullanımı, oldukça uzun bir geçmişe dayanır. Nitekim Hz. Adem’in de sarık taktığı rivayet edilmiştir. Ondan sonra ilk olarak sarık kullananın ise Zülkarneyn olduğu nakledilmiştir (Kettânî 1342: 5). Cahiliyye döneminde de Araplar, izzetin bir göstergesi olarak sarık sararlardı (Kettânî 1342: 5).

İslam erkeklerin sarık kullanma âdetini onaylamış, Hz. Peygamber de sürekli olarak sarık kullanmış (Teyâlisî, Müsned I, 23) ashabına da kullanmalarını emretmiştir (Kettânî 1342: 5).

Hz. Peygamber’in kendisine ihramlı erkeğin neler giyemeyeceği sorulduğunda giyilmeyecek elbise arasında sarığı da sayması (Buhârî, İlim 53; Ebû Davûd, Menâsik 32) ve Hz. Aişe’nin Hz. Peygamber’in üç parçadan oluşan kefeni içinde sarığının olmadığını rivayet etmesi (Buhârî, Cenâiz 24) ashabın günlük yaşamında sürekli sarıklı olduğu yönündeki tesbiti desteklemektedir.

Hz. Peygamber, genelde beyaz sarık sarardı. Nitekim Medine’ye hicreti esnasında başında beyaz sarık olduğu rivayet edilmektedir. Bazen de siyah sarık sarardı. Nitekim Mekke fethinde başında siyah sarık vardı (Muvatta’, Hac 73; Müslim, Hac 84; Ebû Davûd, Libas 24).

Hz. Peygamber’in minberde sarıklı olması (Müslim, Hac 84; Ebû Davûd, Libas 24); abdest alırken başında sarık bulunması (Ahmed, Müsned: IV, 255) gibi ibadet ortamındaki hallerini bildiren rivayetler ve sarığının inkarla iman arasında bir engel

olduğunu belirtmesi (Teyâlisî, Mûsned I, 23) sarığın ibadetin faziletini yükselttiği ile alakalı görüşü desteklemektedir.

Sarığın faziletiyle alakalı çok sayıda hadis vardır. Bunların çoğunun zayıf kabul edilmesi ayrıca bazılarındaki zaafın ileri derecede olması anlamın gücünü olumsuz yönde etkilmesine rağmen hadisleri delil olmaktan çıkarmaz. Çünkü hadislerin çokluğu birbirlerinin eksikliğini gidermekte ve onları desteklemektedir. Nitekim hadis alimleri rivayet yollarının çok olmasının hadisteki problemi giderdiğini böylece hadisin dikkate alınan bir esasa dönüştüğünü bildirmektedirler (Kettânî 1342: 14).

Rivayetlerden de anlaşıldığı gibi Hz. Peygamber'in sarık sarması ve ashabına da sarmayı emretmesi Cahiliyye örfünden ziyade -o örfte de etkili olan- önceki peygamberlerin uygulamalarına dayanmaktadır.

2.1.2.6.4 Baş Örtüsü

Arapça karşılığı "himâr" (Firuzâbâdî 2003: 387) olan baş örtüsü, Kur'an-ı Kerîm'de (Nûr 24/31) kadının başını örttüğü şeyin adı (Isfahâni 1997: 298) olarak geçmektedir.

Cahiliyye devrinde kadınlar baş örtüsü kullanırlardı. Ancak örtüyü arkalarına salar; göğüs, boyun ve kulaklarını dışarıda bırakırlardı (Kurtubî 2000: XII, 153).

Kur'an, önceki peygamberlerin şariatlarının bir yansıması olarak Cahiliyye döneminde değiştirilmiş bir halde devam eden baş örtüsü ile alakalı örfi uygulamayı ıslah ederek yeniden düzenlemiştir. Değişikliğin sınırlarını belirten ayet şu şekildedir:

"Baş örtülerini yakalarının üzerine vursunlar." (Nur 24/31).

2.1.3. Değerlendirme

Farklı başlıklar altında örnekler verilerek yapılan karşılaştırmalardan da anlaşıldığı gibi Kur'an, Cahiliyye örfünde yer alan hususların bir kısmını bütünüyle kaldırmış, bir kısmını onaylamış, diğer bir bölümünü de değiştirerek yeniden düzenlemiştir. İslam'ın temel değerler sistemini evrensel ölçekte inşa etmesinin bir sonucu olan bu durum örf-nass ilişkisinin en kırılma noktasındadır. Tarihselci yöntemle gelenekçi yöntem, bu ilişkiyi anlama noktasında birbirinden ayrılmaktadır. Birinciye göre bu durum vahyin örf içerisinde “teşekkül etmesi” şeklinde yorumlanırken, ikinciye göre farklı içeriklerde toplum içinde yaygınlık kazanan önceki peygamberlerin şeriatlarına ait hükümlerin tekrar edilmesi olarak anlaşılmaktadır. Buna göre, zaman içerisinde yaygınlık kazanıp örf'e dönüşen vahiy son defa Kur'an'la vahiy formatında ifade edilmiştir. Nitekim Yüce Allah, peygamberlerine temelde aynı şeyleri vahyettiğini bildirmektedir: “Dini ayakta tutun ve ondan ayrılmayın!” diye Nuh'a tavsiye ettiğini, sana vahyettiğimizi, İbrahim'e, Musa'ya ve İsa'ya tavsiye ettiğimizi Allah size de din kıldı.” (Şûrâ 42/13). Ayet, bütün peygamberlerin İslam'ın evrensel esaslarını benimseyip, onları uygulamakla emrolduklarını bildirmektedir. Buradaki İslam ifadesinden peygamberlerin üzerinde icma ettikleri “kadîm din” anlaşılmaktadır (Merâğî 2006: XXV, 21).

Dinler arasında temel esaslar, zamana göre değişmeyen hükümler ve ahlaki değerler genelde aynı olduğundan İslam'da da önceki şeriatlara ait bir hüküm inkar edilmediyse ya da hakkında nesh edici bir delil nazil olmadıysa bu Müslümanlar için de delil teşkil eder. Dolayısıyla cahiliye örfünün Kur'an'la ilişkisini şeriatın örften istifade etmesi şeklinde anlamak sağlıklı bir değerlendirme olmaz.

Ayrıca, Kur'an'ın onayladığı bazı örfi hükümler insanoğlunun ortak çabasına dayanmaktadır. Bu da şeriatın gayesi ile örtüşmektedir. Zira şeriatın amacı insanlar arasında sosyal bağları tesis ve onların faydasını temin etmektir. Bu açıdan bazı hükümlerin örf'e muvafık olması insan fikriyle şeriatın getirdiğinin örtüşmesi şeklinde izah edilebilir. Nitekim Hz. Ömer'in vahye muvafakatı da bu şekilde anlaşılmaktadır (Ebû Süne 1992: 107).

2.2 Örf ve Nassların Tahsisi

Şer'î asıllardan birine dayanan örfün dikkate alınması gerektiğinde birleşen İslam hukukçuları, şer'î nassla çatışan örfü iki başlık altında incelemişlerdir. Buna göre örf, her açıdan nassla çatışma içerisinde olur ve hiçbir şekilde aralarını birleştirmek mümkün olmaz. Bu durumda nassın daha güçlü, örfün de batıl olma ihtimalinden dolayı nassla amel edilip örf terk edilir (Merginanî ty.: III, 63; İbnü'l-Hümâm 2003: VII, 15). İslam hukukçularının çoğunluğu nassla örf arasını birleştirmenin mümkün olduğu; nassın umumî, örfün de onu tahsis ya da nassın mutlak olmasından dolayı takyit ettiği durumlarda örfün dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Çünkü örfün dikkate alınmasıyla nass terk edilmediği gibi her iki delille de amel etme imkanı doğmaktadır (Elfî 1998: V, IV, 3284).

2.2.1 Âmm Lafız Ve Tahsis

Kur'an ve Sünnet'i anlayabilmek için Arap dili esas alınarak istinbat metotları geliştirilmiştir. Bunlara lafzın manaya göre tabi tutulduğu ayrımlar da denir (Şaban 1983: 294). Bu metodları nazım ya da lafzın şer'î hükümlere delâleti açısından; lafzın hangi mana için konulduğu (hâss, âmm, müşterek); konulduğu manada mı yoksa başka bir anlamda mı kullanıldığı (hakikat, mecâz, sarîh, kinâye); kullanıldığı manaya delâletinin açıklık (zâhir, nass, müfesser, muhkem) ve kapalılık derecesi (hafî, müşkil, mücmel, müteşâbih) ayrıca kullanıldığı manaya delâletinin şekli ve lafızdan kastedilen mananın anlaşılması (ibâre, işâret, delâlet, iktizâ) şeklinde dörde ayırmak mümkündür (Şâ'ban 1983: 294; el-Hanbelî 2002: 56).

Nassın teşrîî sırasında Şârî'in ondan muradının ne olduğunu ortaya çıkarma faaliyeti olan tahsîs, âmm lafız üzerinde gerçekleşen bir anlam daraltması olduğundan örfün nassların tahsisindeki rolünü âmm lafızla ve tahsis delillerinin şartları ile ilgili genel bilgi verdikten sonra incelemenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

2.2.1.1 Âmm Lafzın Tahsîsi

Lügatte âmm; “içine almak, kapsamak, kaplamak, yaymak” anlamlarına gelmektedir. İstılahta ise, “İsimleri toplu bir şekilde lafız veya mana olarak kapsayan her lafız” (Pezdevî 1991: I, 94; Serahsî 1993: I, 125) şeklinde tarif edilmektedir. Buna göre âmm, belli bir miktarla sınırlı olmaksızın konulduğu mananın kendisinde gerçekleştiği bütün fertleri kapsar. “Hırsızlık yapan erkek ve hırsızlık yapan kadının ellerini kesin.” (Mâide 5/38) mealinde gelen ayette geçen “es-sârik” ve “es-sârîka” kelimeleri tek bir vaz’ ile tek bir anlam için konmuştur ki o da hırsızlıktır. Buna göre ilgili lafız kendisinde hırsızlık anlamı bulunan bütün her şeyi kapsar ve bu anlamın gerçekleştiği fertlerin belirli bir sayıya hasredildiğini göstermez (Şaban 1983: 327).

Âmm lafzı bazı fertleriyle sınırlandıran delile “muhassıs” denir (Zeydan 2003, 310). Muhassıs, tahsîs delili olarak da isimlendirilir. Tahsîs delili, yalnızca mütekellimin iradesini ortaya çıkarmaya yönelik olup bizzat mütekellim veya kanun koyucunun kendisi değildir (el-Basrî 2005: I, 235; Gazzâlî ty.: II, 100).

Âmm’ın içine aldığı bazı fertleri onun hükmünden çıkarma işlemine ise tahsîs denir.

Tahsisi, bir şeyin parçasını ondan çıkarmak şeklinde tarif eden Ebû’l-Hüseyn el-Basrî (v. 436/1044) bunun da ancak parçası olan şeyde gerçekleşebileceğini söylemiştir (2005: I, 235). Âmm lafza girmesi mümkün olan şeyi ondan çıkarmak (Gazzâlî ty.: II, 100) ya da âmm lafızla kastedilen şeyi beyan etmek (Şevkânî ty.: 125) şeklinde de tarif edilen tahsisin umum ifade eden bütün lafızlarda geçerli ve caiz olduğu noktasında İslam hukukçularının büyük çoğunluğu²⁴ ittifak etmiştir (Koca 1996: 104). Nitekim usulcüler arasında yaygın olan, “Bir kısmı tahsis edilmeyen hiçbir umum lafız yoktur.” (Gazzâlî ty.: II, 145; Âmidî ty.: II, 260; Tefâzânî 1996: I, 71; Molla Hüsrev 1307: 84) ifadesi bu durumu desteklemektedir.

²⁴ Bazı eserlerde âmmın tahsisini caiz görmeyen küçük bir grupun varlığından bahsedilmesine rağmen onlar isim ve mezhepleri belirtilmeden yalnızca “şâz bir grup” veya “görüşlerine itibar edilmeyen kimseler” olarak nitelenmişlerdir (Âmidî ty.: II, 259; Buharî 1991: I, 307).

Tahsiste aranan şartlar açısından usulcüler iki kısma ayrılmışlardır.

2.2.1.1.1 Cumhura Göre Tahsisin Şartları

Şafîlerin de içinde yer aldığı cumhur, muhassısın müstakil ya da gayr-ı müstakil; umûm ifade eden nassa bitişik ya da ondan ayrı olmasına bakmaksızın âmmi tahsis edeceğini söylemektedir. Ancak tahsis eden delil, âmm lafızla amel edildikten sonra gelmemelidir. Aksi takdirde tahsis yerine nesh gerçekleşmiş olur (Zeydan 2003: 310). Bu durumdaki delil de muhassıs değil nasih kabul edilir.²⁵

Cumhura göre muhassıs müstakil ve gayr-ı müstakil olmak üzere ikiye ayrılır.

2.2.1.1.1.1 Müstakil Muhassıs

Tek başına bir anlam ifade eden, âmm lafzı kapsayan cümlenin bir parçası olmayan tahsis edici delile müstakil muhassıs denir (Zeydan 2003: 311). Bunların en yaygın olanları akıl, duyu (his), nass (İsnevî 1999: 2111) ve âdettir/örftür (Sadrüşşerîa 1996: I, 76).

2.2.1.1.1.1.1 Akıl

Lügatte alıkoymak, engellemek anlamına gelen akıl; Kur'an'da ilmi kabul etmeye hazır olan bir kuvvet ve insanın bu kuvvetle elde ettiği bilgi anlamında kullanılmaktadır (Isfahânî 1997: 577).

Cumhur, âmm'ın akıl ile tahsisini kabul etmiştir (Semerkandî 1984: I, 453). Şevkânî ise isim ve mezheplerini belirtmeden “şâz” olarak bir grubun buna muhalefet ettiğinden söz etmektedir (ty.: 233).

²⁵ Nesh ile tahsis arasında şöyle bir fark vardır: Nesh, âmmın hükmüne giren bazı fertleri sonradan çıkarmaktadır. Tahsis ise bazı fertlerin ilk başta âmma girmemiş olduğunu beyan etmektir (Atar 2006: 196).

Aklın, tahsis delili olarak kabul edilmesi ile, âmm lafızla fertlerinden bir kısmının kastedildiğine aklın hükmetmesi ya da âmm olan nassın umumi değil hususi manaya geldiğine aklın delâlet etmesi anlaşılır (Semerkandî 1984: I, 455; Sadrüşşerîa 1996: I, 76; Şevkânî ty.: 233).

Aklın Kur'an ve Sünnet'in âmm olan ifadelerini tahsis ettiğini kabul eden cumhur (el-Basrî 2005: I, 252) Yüce Allah'ın her şeyin yaratıcısı ve her şeye kadir olduğunu bildiren ayetlerle (Bakara 2/20,29; Âl-i İmrân 3/165; Nisâ 4/32; Mâide 5/17) şer'î tekliften haber veren nassları buna örnek göstermektedir (Bakara 2/185; Âl-i İmrân 3/197). Buna göre birinci grup ayetlerde geçen ve nassın umumi olduğuna delâlet eden lafızlardan kabul edilen "kül/her şey" kelimesi kendi anlamında bırakıldığında Yüce Allah'ın zat ve sıfatlarını da içermektedir. Halbuki aklen ve şer'an böyle bir anlam imkansızdır. Dolayısıyla akıl, zat ve sıfatı yaratılanlar dışına çıkarmakta yani tahsis etmektedir (Gazzâlî ty.: III, 320). İkinci grupta yer alan ayetler de akıl tarafından tahsis edilmektedir. Nitekim istiğrak ifade eden "el" takısı alarak "âle'n-nâs" şeklinde gelen ayetin haccın farziyetinden (Âl-i İmrân 3/197) bahseden umum bir ayet olduğu, mevcut halde anlaşılması durumunda çocuk ve deliyi de kapsayacağı açıktır. Akıl, ilahi hitabın manasını anlayamayan kişinin mükellef olmasının imkansız olduğuna delalet ederek teklif ile alakalı nassları tahsis etmiştir (Gazzâlî ty.: III, 320).

2.2.1.1.1.1.2 His

His, dış alemde gelen bilgi ve etkileri değerlendirmede kullanılan iç dünyaya ait anlama gücü (Tahânevî 1998: I, 412) olarak tarif edilmektedir. Duyu organları ise görmek, işitmek, tatmak, koklamak ve dokunmak (Tahânevî 1998: I, 412) fiillerinin gerçekleştiği uzuvlardan oluşmaktadır.

Usulcüler, duyuların tahsis delili olması ile, lafzın umumundan çıkan anlamın mütekellimin maksadı olmadığına delalet etmesini kastetmişlerdir (Âmidî ty.: II, 520). Örneğin, "O (rüzgâr), Rabbinin emriyle her şeyi yıkar, mahveder." (Ahkâf 46/25) mealine gelen ayette Ad kavmine gönderilen rüzgarın (Kurtubî 2000: XVI, 137) umum ifade eden "kül" lafzı ile birlikte zikredilip her şeyi yıkıp mahvettiği

bildirilmektedir. Fakat his ile “her şey” ifadesi tahsis edilip, gökler, yeryüzü ve daha birçok şey “kül” lafzının dışında bırakılmıştır (Gazzâlî ty.: III, 319). Zira sözkonusu cezanın üzerinden uzun yıllar geçmesine rağmen bunlar hala olduğu gibi durmaktadır.

2.2.1.1.1.1.3 Nass

Tahsis eden nass ister âmm lafza bitişik isterse de ondan ayrı olsun (Şaban 1983: 321) anlam daralması hem Kur’an’da hem de Sünnet’te gerçekleşir.

Birinciye yani âmm lafza bitişik bir nass ile, umumu tahsis etmeye şu ayet örnek verilebilir: “Oysa Allah alışverişi (el-bey’) helal kıldı.” (Bakara 2/275) mealine gelen ayette geçen alım-satım anlamına gelen “el-bey” kelimesi, başındaki istiğrak için kullanılan “el” takısından dolayı umumiyet ifade etmekte ve bütün alışveriş türlerini kapsamaktadır. Şârî, umum ifade eden lafızdan hemen sonra getirdiği “ribâyı haram kılmıştır.” (Bakara 2/275) lafzıyla faizi dışarıda bırakmış yani âmmi tahsis etmiştir (Zuhaylî 1998: I, 259). Böylece helallik hükmü bakımından “el-bey” lafzı bütün fertlerini kapsamaktan çıkarılmış, anlamı daraltılmıştır.

İkinciye yani âmm lafızdan ayrı olan müstakil bir lafızla tahsis etmeye ise şu ayet örnek verilebilir: “İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları eşleri, kendi kendilerine dört ay on gün (iddet) beklerler.” (Bakara 2/234). Ayete göre hamile olan ya da olmayan eşi ölen her kadın dört ay on gün iddet bekler. Fakat müstakil bir delil olan, “Hamile olanların bekleme süresi ise, doğum yapmalarıyla sona erer.” (Talâk 65/4) ayetiyle birinci ayetteki umum ifade tahsis edilmiş ve hamile olan kadınlar dışarıda bırakılmıştır (Semerkandî 1984: II, 460; Âmidî ty.: II, 520).

Mütevâtir sünnet de anlam itibariyle âmm olan bir ayeti tahsis edebilir. Âmidî bu hususta ihtilaf olmadığını söylemektedir (Âmidî ty.: II, 525). Buna göre, “Allah, size, çocuklarınızın (fî evlâdikum) alacağı miras hakkında, erkeğe iki kadının payı kadarını emreder.” (Nisâ 4/11) mealindeki ayette “çocuklarımız” anlamına gelen “evlâdiküm” terkihi, izafetle ma’rife olan cemi bir lafız olduğundan umum ifade

eder (Zeydan 2003: 306). Âmm olan bu lafız Hz. Peygamber'in, "Kafir Müslümana, Müslüman da kafire varis olamaz." (Buhârî, Meğâzî 46; Tirmizî, Ferâiz 15; İbn Mâce, Ferâiz 6) hadisiyle tahsis edilerek kafir çocuklar dışarıda bırakılmıştır.

2.2.1.1.1.1.4 Örf

Hanefî (Şevkânî ty.: 240) ve Malikilerin çoğunluğuna göre fiilî örf, âmm bir nassın delâlet ettiği anlamı tahsis eder (Zuhaylî 1998: I, 257). Nitekim Malik b. Enes, "Emzirmeyi tamamlamak isteyenler için anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler." (Bakara 2/233) mealine gelen ayetin asil olmayan kadınları kapsadığını zira Kureyş arasında geçerli olan, asil kadınların çocuk emzirmeme âdetinin anneler anlamına gelen "validât" lafzını tahsis ettiğini belirtmektedir (Karâfî ty.: I, 178). Buna göre asil ailelere mensup anneler dışarıda kalmaktadır.

2.2.1.1.1.2 Muttasıl Muhassıs

Kendi başına bir anlam ifade etmeyen, âmm lafzı kapsayan nassın ibaresinin bir parçası olan delile muttasıl tahsis delili denmektedir (Zeydan 2003: 314). Bu tür deliller âmm lafzın bir parçasıdır. Bunların en çok karşılaşılan çeşitleri istisna, şart ve sıfattır (Şaban 1983: 322-3).

2.2.1.1.1.2.1 İstisna

İstisna, cümleye bitişik bir lafızdır. İstisna harfleriyle birlikte olur ve anlamı istisna edildiği cümleden farklıdır (Zeydan 2003: 314).

Yüce Allah, "İnandıktan sonra Allah'ı inkâr edenlere" (Nahl 16/106), gazap ineceğini ve onlar için büyük bir azap olduğunu haber vermektedir. Allah'ı inkar edenler anlamına gelen "Men kefer" ifadesi, başındaki şart için olan "men"den dolayı umum ifade eder. Ayetin devamında gelen istisna, bu umumu tahsis edip hükmü kendi isteğiyle ve rızasıyla inkar edenlerle sınırlar (Şaban 1983: 333):

“Kalbi imanla dolu olduğu hâlde zorlanan kimse hariç” (Nahl 16/106). Eğer istisna olmasaydı anlam daralmayacak, umum lafız ilk hali üzere kalacaktı.

2.2.1.1.1.2.2 Şart

Şart, “Kendi bulunmadığı zaman şart koşulanın da bulunmadığı fakat kendisi bulunduğu zaman şart koşulanın bulunmasının zorunlu olmadığı şey (Gazzalî ty.: III, 395) şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu tanıma göre şartın âmmı tahsis etmesine şu ayet örnek verilebilir: “Eğer çocukları yoksa, karılarınızın geriye bıraktıklarının yarısı sizindir.” (Nisâ 4/12). Çocuk şartı, kocaların bütün durumlarda eşlerinin terikesinin yarısını almalarını sınırlandırmıştır. Buna göre, mirasın yarısını almak, ölen eşin çocuğunun olmamasıyla daraltılmıştır (Zeydan 2003: 316).

2.2.1.1.1.2.3 Sıfat

Umum ifadeyi tahsis eden sıfat, cümle ya da cümlelerden sonra gelmeli (Âmidî ty.: II, 516) ve manevi olmalıdır (Şevkânî ty.: 229).

Sıfatın âmmı tahsis etmesine şu hadis örnek olarak verilebilir: “Sâime olan koyunlarda zekat vardır” (Nesâî, Fer’ 2; Ahmed, Müsned, V, 76, zekat yerine fer’ lafzıyla). Hadiste geçen koyun lafzı hem yılın çoğunu umumun kullanımına açık otlardan beslenerek sürdüren koyunları hem de böyle olmayanları kapsamaktadır. Fakat koyun lafzı “Sâime” (otlaklarda beslenen) sıfatı ile nitelendiğinde hüküm sadece bu vasfı taşıyan koyunlarla sınırlandırılmış olur. (Şaban 1983: 333).

2.2.1.1.2 Hanefilere Göre Tahsisin Şartları

Hanefî usulcüler tahsis edici delilin âmm lafza mukarin ve ondan ayrı olmasını aksi takdirde muhassıs değil nesh edici bir delil olacağını söylemektedirler. İstisna gibi âmm lafızdan bağımsız olmaması durumunda ise onu kasr olarak isimlendirmişlerdir (Zeydan 2003: 310).

Tahsis edici delilin âmm lafza mukarin ve ondan müstakil olmasını şu ayetle örneklendirebiliriz: “İçinizden kim bu aya ulaşırsa, onu oruçla geçirsin” (Bakara 2/185). Buna göre umum lafızlardan olan ve kim anlamına gelen “men” kelimesinden Ramazan ayına erişen herkese orucun farz olduğu anlaşılmaktadır. Fakat umumilik âmm lafızdan sonra gelen müstakil ve bitişik delille hasta ve yolcu olmayanlarla sınırlandırılmıştır (Zeydan 2003: 311): “Kim de hasta veya yolcu olursa, tutamadığı günler sayısınca başka günlerde tutsun.” (Bakara 2/185).

2.2.2 Örf Ve Tahsis

Nass üzerinde gerçekleşen bir yorum çeşidi olan tahsisin örfle yapılıp yapılmayacağı, usûl kitaplarında örf ile nassın çatışması başlığı altında incelenmiş Ebû'l-Hüseyin el-Basrî, Gazzâlî, Râzî (v. 606/1210), Âmidî gibi hukukçular örfün nassı tahsis edemeyeceğini savunmuşlardır (el-Basrî 2005: I, 278; Gazzâlî ty.: III, 329). Kevserî ise tahsisin ancak tevarüs eden genel bir örf olması durumunda genel kural ya da rivayeti tahsis edebileceğini fakat bu durumun örfün nass üzerindeki tasarrufu şeklinde anlaşılmasının doğru olmayacağını belirtmektedir (ty.: 235).

İslam'ın örf ve maslahatla ilişkili hükümlerinin örfün ve maslahatın değişmesine bağlı olarak değişmesi, gerçekte bir şeyde oluşan değiştirme ve dönüştürme değildir. Aslında bu durum Şârî'in farklı hallere bakarak hükmü detaylandırarak sunmasıdır. Dolayısıyla bunda insana ait arzu ve ideolojilerin asla bir dahli söz konusu değildir (Kevserî ty.: 233).

Kevserî, örf-nass ilişkisini beşerî hukukta yaşanan değişim ve dönüştürme şeklinde değerlendirmenin diğer bir deyişle ikisini de aynı şartlarda ele almanın inanç açısından problemlili olduğunu şu ayeti zikrederek ifade eder: “Vay o kimselere ki, elleriyle Kitab'ı yazarlar, sonra da onu az bir karşılığa değiştirmek için, ‘Bu, Allah'ın katındandır.’ derler. Vay ellerinin yazdıklarından ötürü onların hâline! Vay kazandıklarından dolayı onların hâline!” (Bakara 2/799).

Nassla çatışan bir örf ister özel ister genel olsun dikkate alınmaz. Bu tür bir örfün nassın gelmesinden önce ya da sonra olması arasında bir fark yoktur. Zira nassa aykırı olan örfü amel ettirmek şer'î bir nassı ihmal etmek anlamı taşımaktadır (el-Cîdî 1982: 168). Bu yüzden İslam hukukçuları şer'î nassa aykırı hiçbir örfün dikkate alınmayacağını belirtmişlerdir (Serahsî 2001: XII, 196).

Örfün nassla çatışması durumunu konunun sonuçlarını da dikkate alarak üç ana başlık altında incelemek uygun olacaktır. Birinci bölümde örfün özel bir nassla, ikinci bölümde örfün genel bir nassla, son olarak da genel nasstan sonra gerçekleşen örfün nassla çatışması durumunu araştıracağız.

2.2.2.1 Örf ve Özel Nass

Özel (hâs) bir nass ya da şer'î örf niteliğinde olan lafızla örf çatışırsa, örf fasid kabul edilir ve ona itibar edilmez (Koca 1996: 255). Zira böyle bir durum nassı iptal edip örfle amel etmek olur ki, Şâri' tarafından emredilen bunun tam aksi bir durumdur (Zerkâ 1998: II, 905).

Şâri', Cahiliyye örfünün önemli bir bölümünü fasid kapsamında değerlendirip ya iptal etti ya da onu nassa uyumlu olacak veya onunla çatışmayacak şekilde değiştirerek yeniden yapılandırdı. Bu çerçevede faiz, içki içmek, kumar oynamak, mülânese, münâbeze, müşterinin taşı elbiseye atmak suretiyle satıcıya muhayyerlik hakkı tanımadan gerçekleştirdiği ilkâ-i hacer gibi özünde karşı tarafı aldatmak olan alışveriş türleri, borçlunun köleleştirilmesi, şigar nikahı gibi Cahiliyye örfünde yer alan uygulamaların her biri, ilgili nasslarla yasaklanmıştır (el-Cîdî 1982: 168).

Nass bağlayıcı olduğunda onunla çatışan ve ona göre kaynak değer bakımından daha zayıf olan örfü itibar edilmez. Bu noktada örfün özel ya da genel, nassın gelmesinden sonra ortaya çıkması veya ondan önce olması (Zerkâ 1998: II, 905), lafzî ya da fiilî olması arasında bir fark yoktur. Zira örf, Şâri'in bağlayıcı bir şekilde hükümleri belirlediği alanda amel edemez. Aksi takdirde örfün zaman içerisinde bütünüyle şer'î esasları iptal edecek şekilde değiştirmesinin önü açılmış

olur. Neticede şeriat tamamen yok olup ortada sadece izi kalan bir fenomene dönüşecektir. Bu yüzden, emredici özel nass umumî bir örfle çatışsa da dikkate alınır (Zerkâ 1998: II, 905).

Özel nassın, önceden var olan örf'e dayalı ve onunla muallel olacak şekilde gelmesi durumunda, örfün değişmesine paralel olarak hükmünün de değişip değişmeyeceği hukukçular arasında görüş ayrılığına sebep olmuştur (el-Cîdî 1982: 170).

Cumhur, önceden var olan amelî bir örf ile muallel olan nassın, örfün değişmesine bağlı olarak hükmünün değişeceği görüşünü reddetmektedir (Zerkâ 1998: II, 910). Hanefî hukukçulardan Ebû Yusuf ise bu durumda nassın hükmünün değişeceğini söylemektedir (İbn Abidîn ty.: II, 116). Ebu Yusuf'la, Ebû Hanife'nin de içerisinde yer aldığı cumhur arasındaki ihtilaf riba hadisinden kaynaklandığından²⁶ ilgili hadisteki yorum farkından hareketle konuyu açıklamak uygun olacaktır. Hadiste belirtilen ribevî malların kendi cinslerinden olan mallarla kalitesine bakılmadan değiştirilmeleri ancak eşit ve peşin olmaları şartıyla caizdir. Nitekim kalitesiz iki sa' hurmayı kaliteli bir sa' ile değiştiren Bilal'e Hz. Peygamber bu durumun faiz olduğunu belirtmiştir (Buharî, Vekâle 11).

Hz. Peygamber'in karşılıklı değişimde peşin ve eşit miktarda olmalarını emrettiği ribevî mallardan altın ve gümüşte eşitlik tartı ile; buğday, arpa, tuz ve hurma da ise ölçü ile gerçekleşir. Bu malların değişiminde "ölçü-cins" ya da "tartı-cins" birlikte olduğunda (Merginanî ty.: III, 61) mallardan birinin fazla veya veresiye olması caiz değildir. Buğdayla tuz örneğinde olduğu gibi cins farklı, ölçü aynı olduğunda fazlalık, caiz; veresiye satış ise haramdır. Buna göre buğdayın buğdayla, altının altınla değişim yoluyla satışı ancak miktar eşit olduğunda mümkün olur. Altının gümüşle, buğdayın arpayla değişimi örneğinde olduğu gibi

²⁶ Külçe olsun, sikke olsun; altın altınla ve gümüş gümüşle (eşit olarak) satılır. Buğday buğdayla, arpa arpayla, hurma hurmayla ve tuz tuzla ölçü ölçüye satılır. Kim fazla verir veya fazlayı isterse faize girer. Peşin olmak şartıyla altını gümüş karşılığında -gümüş daha çok olmak üzere- satmakta sakınca yoktur. Fakat veresiye olursa caiz olmaz. Yine peşin olmak şartıyla buğdayı arpa karşılığında, arpa daha fazla olmak üzere satmakta bir sakınca yoktur. Fakat veresiye caiz değildir (Ebû Davûd Buyû' 12; Ayrıca Buharî Buyu' 74, 76, 77, 78).

cinslerin farklı olması durumunda ise taraflardan birinin aldığı fazlalık, faiz olmaz. Fakat altın ve gümüş tartı; buğday ve arpa ölçü ile alınıp satılan mallar olduklarından değişimin akit meclisinde gerçekleşmesi gerekir. Bedellerden birinin sonraya bırakılması nesie faizi olur (Merginanî ty: III, 61-63).

İslam hukukunun her sınıf malda örfi ölçüleri dikkate alması, Ebû Yusuf'un görüşünü desteklemektedir. Burada zeytin yağı ve katı yağda olduğu gibi bir mal, örfte tartı ile alınıp satılırsa tartıda; eğer ölçü ile alınıp satılmakta ise de ölçüde eşitliğe riayet etmek (Zerkâ 1998: II, 909) gerekir.

Bir malın örfünde ölçü değişir ve tartı ile alınıp satılan mal, ölçü ile satılır ya da ölçü ile değiştirilirken zamanla tartı ile alınıp satılmaya başlansa ondaki ribevî ölçü yani faizle ilgili kriterler de örfte bağılı olarak değişir (Zerkâ 1998: II, 909). Sonradan meydana gelen bu teâmül, Hz. Peygamber döneminde mevcut olsaydı, nasslarda varit olan mevcut kayıtlar, bu defa buna uygun olarak gelecekti (Erdoğan 1994: 236). Ebû Yusuf, konunun Hz. Peygamber zamanındaki uygulamaya (örfte) dayanmasını esas alarak bağlayıcı olmadığı görüşüne varmış ve alternatif uygulamaların da kullanılabileceğine karar vermiştir (Şahin 2006: sy. 9-10, 56)

Ebu Hanife'nin de içerisinde yer aldığı cumhura göre nassın getirdiği ölçü, sürekli olarak dikkate alınması gerektiğinden bu noktada örfün değişmesine itibar edilmez. Buna göre Hz. Peygamber'in birinin diğerinden ölçü de fazla olmasından dolayı değişimi yasakladığı buğday, arpa, hurma ve tuz gibi mallarda ölçü ile alınıp satılma terk edilse de bu mallar sonsuza kadar keylî olarak işlem görür. Aynı şekilde Hz. Peygamber'in, birinin diğerinden fazla olarak değişimini haram kıldığı altın ve gümüşte de tartı terk edilse onlar yine de tartı ile alınıp satılır. Çünkü nass örften daha güçlüdür (Merginanî ty. III, 63). Zira örf, bayram gecelerinde kabirlerde mum ve lamba yakmak gibi batıl bir alışkanlık da olabilir. Nassın batıl olması ise söz konusu değildir. Ayrıca örf onu âdet haline getiren ve benimseyenler için kaynak değer iken nass herkes için delil teşkil eder (İbnü'l-Hümâm 2003: VII, 15). Bu yüzden daha güçlü olan zayıf olanla terk edilmez. Hz.

Peygamber'in ölçü ya da tartı ile alınıp satılması noktasında bir açıklamada bulunmadığı mallar ise örf ve âdete göre değerlendirilir (Merginanî ty. III, 63). Zira örf, nassın olmadığı yerde icma yerinde kabul edilir (İbnü'l-Hümâm 2003: VII, 15).

Ebû Hanife ve İmam Muhammed'in de içinde yer aldığı cumhurun görüşüne göre insanlar buğdayı kendi cinsiyle eşit bir şekilde tartıyla, altını da kendi cinsiyle aynı oranda ölçü ile satsa bu satışlar örf haline gelmiş olsa da caiz değildir (Aynî 2000; VIII, 275). Zira eşitliğin buğdayda ölçü, altında ise tartı ile olması gerekir. Çünkü ribevî mallar hadisinde belirtilen sınıflarla ilgili olarak tayin edilen faiz, ilgili kriterlere ait özel bir nasstır. Bu yüzden ona aykırı olan örf dikkate alınmaz.

Ebû Yusuf, söz konusu hadisi örfeye dayalı bir nass kabul ettiğinden (İbn Abidîn ty.: II, 116) altı maldaki kriterin de örfi olduğunu savunmaktadır. Bu yüzden, ölçüleri ile alakalı özel bir nass varit olmayan diğer ribevî mallarda olduğu gibi bunlarda da örfün değişmesine bağlı olarak kriterin değişeceğini ifade etmektedir. Ona göre bu altı sınıf malın kriteri hakkındaki nass örfle mualleldir. Bu yüzden âdet değişip Hz. Peygamber devrinde ölçülen bir mal daha sonra tartı ile alınıp satılır hale geldiğinden bu değişime bağlı olarak hükmün de değişeceğini, bu noktada örfün dikkate alınacağını söylemiştir (İbnü'l-Hümâm 2003: VII, 15-16). Değişimden sonraki uygulama örf haline geldiğinde buğdayın kendi cinsiyle eşit bir şekilde tartı; altının da aynı şekilde ölçüyle satılması caiz olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, malların tesliminde tartışmayı ortadan kaldırmaktır. Bu durum buğdayda ölçü ile olduğu gibi tartının zikredilmesi ile de gerçekleşir. Günlük hayatta bu uygulamanın çok sayıda örneği vardır. Nitekim Hidaye Muhaşşilerinden Sa'dî Çelebî yaşadığı dönemde örf haline gelen dirhemlerin sayı ile ödünç alınması, unun da tartı ile satılması işlemlerinin Ebû Yusuf'tan gelen rivayete dayandığını söylemektedir (2000: VII, 17).

Nassın örfle ta'lil edilmesi noktasında İbnü'l-Hümâm'la aynı görüşte olan İbn Abidîn (v. 1252/1836) Ebû Yusuf'un nassı âdetle gerekçelendirdiğini bunun ise nassın varit olduğu zamanda buğday, arpa, hurma ve tuzun ölçülen; altın ve

gümüşün de tartılan mallar katagorisinde olmalarından kaynaklandığını, şayet o tarihte âdet, buğdayın tartı, altının da ölçü ile satışı şeklinde cerayan etseydi nassın da buna uygun olarak geleceğini belirtmektedir. Nitekim ilgili hadiste ölçü ve tartı, hüküm ve teklifle direkt ilgili olmadan sadece isimlendirme şeklinde geçmektedir (Suyûtî 2007: 125). Bu ise örfün dikkate alınmasını desteklemektedir. Zira hadisin özünde malların değişimi sırasında fazlalağı önleyerek meşru olmayan bir kâra engel olmak vardır. Adaleti tesis etmeye yönelik olan bu durum uygulamadaki örf dikkate alındığında gerçekleşmektedir.

İbn Abidîn –çağdaşları gibi- insanların dirhemi dirhem karşılığında satmayı ya da sayı ile dirhemi borç almayı âdet haline getirmelerinin de nassa aykırı olmadığını, Ebû Yusuf'un bu şekilde ictihat yaparak günümüz insanının önündeki büyük bir faiz kapısını kapattığını belirtir (ty: II, 116).

İbn Abidîn, Ebû Yusuf'un bu fetvasından hareketle nassa aykırı faiz ve benzeri muamelelerin örf haline gelmeleri durumunda caiz kabul edilip edilmeyecekleri yönündeki farâzî bir soruya açıkça hayır cevabını verir. O, Ebû Yusuf'un yorumunun nassa rağmen örfle amel etmek olmadığını bilakis Hz. Peygamber'in hadisini ortaya çıktığı dönemin şartlarında değerlendirip nassı örfle ta'lil etmek olduğunu belirtmektedir. O, bu durumun nassa uymak, onun özünü kavramak anlamına geldiğini de söyler (ty.: II, 116).

İbn Âbidin farklı vurgularla Hz. Peygamber'in hadisini kendi döneminin örfüyle ta'lil ederek örfün değişmesiyle ona bağlı hükmün de değişeceğini, bunun nassa aykırı örfle amel etmekten farklı olduğunu dolayısıyla iki durumun birbirine karıştırılmasının (ty.: II, 116-123) yanlış olacağını ifade eder.

2.2.2.2 Örf ve Umum Nasslar

İslam hukukçuları, örfün âmm nassı tahsis etmesi noktasında ihtilaf etmişlerdir. Bir kısmı sadece kavli örfün, bir kısmı da sadece fiili örfün nassı tahsis edebileceğini söylemiştir. Caferî ekolüne mensup hukukçular, ne kavli ne de fiili örfün nassı tahsis edici bir özelliğinin olmadığını belirtmiştir (Caîd 2004: V/ IV,

3045). Malikî hukukçular ise bu noktada örfte oldukça geniş bir alan tanımışlardır (Caîd 2004: V/ IV, 3014).

el-Basrî'nin de aralarında yer aldığı hukukçulara göre, umum lafızlar lügatteki kapsayıcı anlamlarından farklı olarak örfte sadece belli şeyler için kullanılabilirler (2005: I, 279). Örneğin dabbe lafzı, sözlükte dört ayak üzerine giden bütün hayvanlar anlamına gelirken örfte sadece at manasında kullanılmaktadır. Buna göre Şâri', dabbe ile alakalı bir şey emrettiğinde bundan dört ayak üzerinde giden deve ve sığır gibi hayvanlar değil sadece at anlaşılır (el-Basrî 2005: I, 279). Bu görüş sahiplerine göre insanların âdetleri, lafızlardan maksatların ne olduğunun belirlenmesinde etkilidir. Örneğin sofraya oturan kişi su istediğinde bundan tatlı ve soğuk su istediği anlaşılır. Fakat âdetin, Şâri'nin onlara yönelik hitabını değiştirmede bir etkisi yoktur (Gazzâlî ty.: III, 329-330). Nitekim Teftâzânî bu durumu şu şekilde izah etmektedir: Kişi, kelle yemeyeceğim diye yemin etse, her ne kadar kelle, örfte bütün hayvanlar için kullanılsa da ondan bütün hayvan kafaları anlaşılmaz. Çünkü fırınlarda kızartılıp satılan kellelerle tahsis yapıp serçe ve çekirge başı -kızartılıp satılmadığından- kelle kelimesinin içeriğine dahil olmaz (1996: I, 75). Görüldüğü gibi tahsisle istisna edilen gerçekte âmın kapsamına hiç girmemiştir (Serahsî 1993: II, 208).

Umumî bir nassla çatışan örf, nassın teşriî vaktinde ona mukarîn olması ya da teşriden sonra ortaya çıkmasına göre iki başlık altında değerlendirilmektedir (Ebû Sünne 1992: 118; Zerkâ 1998: II, 913; Caîd 2004: V/IV, 3079).

2.2.2.2.1 Teşri Vaktinde Mevcut Olan Örf

Umumî örf, nassın teşriî zamanında mevcutsa Hanefî ve Malikî hukukçulara göre nassı tahsis eder. Nassın gelmesinden sonra ortaya çıkan örfün tahsis etmesi ise nesh anlamına geldiğinden caiz değildir (Zerkâ 1998: II, 908-913).

Nassın teşri vaktinde mevcut olan örf de lafzî ve fiilî olmak üzere ikiye ayrılır:

2.2.2.2.1.1 Lafzî Örf

Umumî nassın lafzî örfle tahsis edilmesi hususunda usulcüler fikir birliği içerisindeyler (İbn Emîrülhac 1999: I, 340). Buna göre örfün tahsis içermesi durumunda lafzın umum anlamı örf esas alınarak daraltılır. Zira örfî anlamın lügat anlamına önceliği vardır. Çünkü örfî anlam lügat anlamını nesheder. Nesh edici olanında nesh edilene öncelik hakkı vardır (Karafî 2004: 166). Buna göre bir ülkede insanlar bir kelimenin hakiki anlamını terk eder, onu yeni bir anlam çerçevesinde kullanmayı örf haline getirir; hakiki anlam da ancak bir karineyle bilinirse umumî nass, örf'e göre anlaşılır. Örneğin dirhem kelimesi kullanıldığında kelimenin gerçek anlamı yerine ülkede kullanılan para anlaşılır. Bu tür kullanımlarda akla ilk olarak örfî anlam gelir (İbn Emîrülhac 1999: I, 340). Yukarıdaki örnekte de görüldüğü gibi kanun koyucunun kullandığı lafzın delâleti lügatte örfî delâletten daha geniş olsa da genel hukukî nass; akıl, şer' ve his gibi karinelere uzak olduğu durumda örfî anlamı çerçevesinde anlaşılır. Çünkü umumî lafzî örf, hitap dilidir (Zerkâ 1998: II, 913). Gerçekte bu durum mecaz anlamın kastedildiğini gösteren bir delil olmadıkça lafız, hakiki anlamı çerçevesinde anlaşılır, kaidenin bir parçasıdır. Çünkü sözlü örf alışılmış anlamı örfî hakikate dönüştürmektedir (Zerkâ 1998: II, 914).

Bu durumu şöyle bir örnek çerçevesinde açabiliriz: Alışveriş, lügatte “mal ya da başka bir şeyi karşılıklı olarak değiştirmek” anlamına gelmektedir. “Allah alışverişini helal kıldı.” (Bakara 2/275) mealine gelen ayette geçen umum lafızlardan olan alışveriş (bey') ise kelimenin şerî' anlamı yani malın mal ile değiştirilmesi manasında yorumlanır (Ebû Sünne 1992: 119). Görüldüğü gibi alışveriş daha geniş olan lügat anlamı yerine daha dar olan örfî anlamı çerçevesinde anlaşılmıştır. Diğer bir ifadeyle sözlü örf alışveriş kelimesini örfî hakikate dönüştürmüştür.

Kiralama, oruç, namaz, hac, boşanan ve eşleri ölen kadınların iddeti ile ilgili nasslardaki bu ve benzeri lafızlar, dilin aslındaki kelimenin sözlük anlamlarından farklı olsalar dahi nassların oluştuğu zamandaki örfî anlamları çerçevesinde anlaşılırlar (Zerkâ 1998: II, 914).

Lafzî örfün anlamı sınırlandırmasına Şârî açısından bakıldığında gerçekte bu uygulamanın bir tahsis olmadığı görülmektedir. Konu, “dabbe” örneği bağlamında incelendiğinde şunlar söylenebilir: Bilindiği gibi dabbe adı, örfte yalnızca at için kullanılmaktadır. Bu durumda dabbe sanki sadece onun için belirlenmiş olmaktadır (el-Basrî 2005: I, 279). Zira Şârî, söz konusu kelimeyi kullandığında onu hakiki (âmm) değil, örfî (has) anlamı dikkate alarak vaz’ ettiğinden gerçekte ortada ne daraltılan bir lafız ne de bir hüküm vardır.

Buna göre Şârî hükmü vaz’ ederken lafzın örfî anlamını seçmiş olmaktadır. Bu duruma tahsis demek doğru olmaz ya da tahsis, insanlar için geçerli bir anlama yöntemidir. Bu yorum bazı usulcülerin örfün tahsis delili olmayacağı şeklindeki iddialarını desteklemektedir. Hukukçuların Şârî’nin lafzı kullanırken kastettiği anlamı ortaya çıkarma faaliyetine tahsis demeleri ise ancak mecazi olabilir.

2.2.2.2.1.2 Fiilî Örf

Nassın geliş zamanında mevcut olan fiilî örfün umumî nass ile çatışması örfün umumî ve özel olması açısından ikiye ayrılır.

2.2.2.2.1.2.1 Nassın Geliş Zamanında Mevcut Olan Genel Fiilî Örfün Nassla Çatışması

İslam hukukçuları, âmm bir nassın geliş zamanında mevcut olan umumî fiilî örfün umumî nassı tahsis etmesi hususunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefiler bu çerçevedeki bir örfün nassı tahsis edeceğini söylerken Şafîîlerin (İbn Emîrülhac 1999: I, 340) de içinde yer aldığı cumhur buna itiraz etmiştir (Ebû Sünne 1992: 120).

Buna göre, bir beldenin genel yiyeceği (taâm-ı galib) buğday olsa, Şârî’ de o beldenin halkına, “Size yiyecekte faizi haram kıldım.” dese, Hanefilere göre haram hükmü beldenin genel yiyeceği olan buğdayla sınırlı olur. Çünkü halkın amelî örfünde taâm denince buğdayın anlaşılması Şârî’in hitabındaki yasağı buğdayla sınırlandırmaktadır. Cumhur, tahsisi kabul etmediğinden haram

kılmanın bütün yiyecekleri kapsadığını savunmaktadır (Ebû Sünne 1992: 120). Zira onlara göre uygulamanın bazı parçalarında gerçekleşen umum sigası, lügat itibariyle kapsayıcıdır. ‘Ortada umumî anlamı daraltan bir delil olmadığı zaman umum nassları yaygınlıkları üzere bırakmak gerekir.’ (Ebû Sünne 1992: 120) ilkesinden hareketle anlam bütün fertleri kapsamalıdır. Gazzalî örfün nassı tahsis edemeyeceğini şöyle bir örnekle açıklar: “Peygamber, ümmetinden bir topluluğa, ‘size yeme (et-taâm) ve içmeyi (eş-şerâb) yasakladım.’ dese bunların âdeti de belli tür yemeklerden oluşsa yasak her zamanki yemekleriyle sınırlı kalmaz. Bilakis balık eti, kuş gibi, bölgelerinde yenmesi âdet olmayan yiyecekleri de kapsar. Çünkü hüccet Şârî’in yeme içme lafzıdır. O da “el” takısı alarak umum ifade eden bir yapıda gelmiştir. Şârî’in lafızları insanların ilişkilerindeki âdetleri üzerine kurulu değildir (Gazzâlî ty.: III, 329).

Hanefiler, fiilî örfün nassı tahsis etmesine itiraz edenlerin, örfün mutlakı takyid ettiğini onaylamaları açısından kendileriyle ittifak içerisinde olduklarını ifade etmektedirler. Zira onlara göre bu iki durumun birbirine benzemesi âmm olan nassın da örfle tahsis edileceğini göstermektedir. Nassın tahsisinde bütünlük arz eden bu durumu şöyle bir örnekle açıklamışlardır: Koyun eti yemenin âdet olduğu bir beldede birisi vekil olarak tayin ettiği kişiye, “Bana et satın al.” dese bu ifadeden koyun eti anlaşılır. Zira vekâlet koyun eti ile sınırlandırılmış kabul edilir. Her ne kadar et kelimesi lügatte gerek koyun gerekse de diğer hayvanların etlerine delalet etme noktasında mutlak bir lafız olsa da koyun etinden başkasını alan vekil müvekkiline muhalefet etmiş olur. Çünkü fiilî örf ifadeyi tahsis eder (İbn Emîru’l-Hac 1999: I, 340). Yukarıdaki örnekte fiilî örf mutlak olan bir ifadeyi nasıl takyid etti ise aynı şekilde umumî bir nassı da tahsis eder. Bu bağımlılığın temelinde ise takyid ve tahsisin sonuçlarının aynı olması vardır (İbn Emîru’l-Hac 1999: I, 340; Ebû Sünne 1992: 120).

Örfün âmm bir nassı tahsis etmesini nassın ihmali ya da örfle neshedilmesi şeklinde değerlendirmek doğru bir yorum değildir. Zira bu durum gerçekte örf ile nassı birlikte amel ettirmektir. Fiilî örf insanların alışık oldukları şeye ihtiyaç duyduklarına delalet eder. İnsanları yapageldikleri âdetlerden çekip almakta

büyük bir zorluk vardır. Dolayısıyla her ikisi ile birlikte amel etmek, ihtiyacı giderme bakımından daha isabetlidir (Zerkâ 1998: II, 914). Bu durumda âmm olan nass örfle tahsis edildikten sonra da umumî olmasının kapsamına giren geri kalan içerikte amel etmeye devam etmektedir.

Umumî bir nassın olduğu yerde genel kurala (kıyasa) aykırı olarak örfle amel etmeye istisna' akdi örnek gösterilebilir (İbn Abidin ty.: II, 114). Ayrıca Hz. Peygamber, kişinin mevcut olmayan bir malı satmasını yasaklamasına rağmen (Tahavî, Buyû' IV, 47, H no: 5234) seleme cevaz vermiştir (Buharî, Selem 1; Ebû Davûd, İcâre 57; Tirmizî, Buyû' 70). Hz. Peygamber'in mevcut olmayan bir malı satmaktan nehyeden hadisi malın, satıcının mülkiyetinde hazır olmadığı her tür alışverişi kapsamaktadır. Görüldüğü gibi Şârî', üretimde bulunmaya yardımcı olmak için paranın peşin ödenmesinde fayda görmüş, böylece selemi istisna etmiştir. Örf, âmm olan ve mevcut olmayan malın satışını yasaklayan nassı tahsis etmektedir (Zerkâ 1998: II, 916).

İhtiyaçtan dolayı insanların her ülkede örf haline getirdikleri istisna' akdi, üzerinde akit yapılan malın satıcının mülkiyetinde olmaması açısından selem gibidir. Uygulamadaki örften dolayı istisna' akdinin meşruiyeti icthatla onaylanmıştır. Örf, olmayan malın satışını yasaklayan âmm nassın yaygınlığını tahsis etmiş olmaktadır. Bu noktada sanki selemi, âmm nasstan açıkça istisna eden hadis gibi istisna'ı da zimnen âmm nassın kapsamından çıkaran bir hadis var kabul edilir. Bunun dışında, olmayan malın satış çeşitlerinde nass ile amel etmek devam etmektedir (İbn Âbidîn ty.: II, 114; Zerkâ 1998: II, 916).

2.2.2.2.1.2.2 Âmm Nassa Aykırı Hususî Örf

Âmm bir nassın kanunlaşması sırasında mevcut olan örf, bazı beldelerdeki tüccar ve sanayicilerin ya da grupların sadece bir mekan ya da bir çevrede gerçekleşen âdeti şeklinde ise buna hususî örf dendiği bilinmektedir.²⁷

²⁷ bk. Tez, 16.

Hususî örfün dikkate alınması ulema arasında ihtilaflıdır. İbn Nüceym (v. 970/1562) Hanefî mezhebinin hususî örfüne itibar etmediğini fakat müctehit imamlar kuşağını takiben gelen hukukçuların çoğunun onu esas alarak fetva verdiğini, kendisinin de hususî örfün delil olacağı görüşüne sahip olduğunu belirtir (Hamevî 2004: I, 286-7).

Hususî örf ile özel hüküm sabit olur. Buna göre, nakledilebilir bir şeyin vakfedilmesi, bir bölgede bilinir, diğer yerlerde bilinmezse sadece bilinen ve uygulanan bölgede vakıf işlemi sahih olur (Ali Haydar 1330: I,94).

Ebû Zehre'nin (v. 1974) de ifade ettiği gibi, hususî örf, nassın karşısında bir değer ifade etmez. Fakat illeti, kat'i bir nassla ya da açıklıkta ona benzeyen bir şeyle sabit olmayan kıyasa tercih edilir (ty: 256).

Âmm nassa aykırı olan örf nassın geliş zamanında mevcut olsa da onu tahsis edemez (Caîd 2004: V, IV, 3082). Bu görüş Hanefîlerce de tercih edilmiştir (İbn Nüceym 2004: I, 286; İbn Âbidîn ty.: II, 114).

Hanefî hukukçular tercihlerine gerekçe olarak özel örfün, genel örfün güç ve tesirine sahip olmamasını göstermektedirler. Çünkü özel örf bazen küçük bir grup arasında ya da dar bir çevrede meydana gelir. Bu yüzden o, Şârî'in umumî nasstan; nassın genel anlamını kastetmediğine delil olamaz (Zerkâ 1998: II, 916). Ayrıca bir ülke halkının uygulaması nassı tahsis etmeyi gerekli kılsaydı başka bir ülke halkının örfü terk etmesi de tahsise engel olurdu. Tahsis ise şüphe ile gerçekleşemez (İbn Âbidîn ty.: II, 114). Bütün bunlardan dolayı özel örf, umumî ve ona aykırı olan nassı, nassın vujud zamanında olsa dahi tahsis edemez.

Hanefîlerde yaygın olan görüş, özel örfün nassı tahsis edemeyeceği istikametinde olsa da Meşâyih²⁸ (Buhara ve Semerkad fakihleri) başta olmak üzere İbn

²⁸ Meşâyih kelimesi Hanefî literatüründe Ebû Hanîfe'ye yetişemeyen mezhep fakihleri için kullanılır. Merginanî gibi bazı hukuçular ise bu kavramı "meşâyihunâ" şeklinde zikredip onunla Maveraunnehr bölgesinde yer alan Buhârâ ve Semerkand alimlerini kastederler (Leknevî 1417: I, 13).

Nüceym'in de aralarında yer aldığı çok sayıda hukukçu, özel örfü dikkate alarak pek çok fetva vermiştir (İbn Nüceym 2004: I, 286-9; İbn Âbidîn ty.: II, 114). Nitekim Belh fakihleri, bölgelerindeki örfü esas alarak elbise yapımında dokumacıları, yaptıkları işin bir bölümü karşılığında kiralayıp çalıştırmaya cevaz vermişlerdir (Serahsî 2001: XXV, 277). Gerçekte bu akit hakkında nass olan değirmencinin ölçü anlamına gelen “Kafizi't-tahhân”²⁹ (Beyhagî, Buyû' H.no: 10636; Darekutnî, Buyû' H.no: 195) örneğinde olduğu gibi ücretin sanatkarların kendi emeklerinden belirlenmesinden dolayı fasittir. Bu durumda sanatkar, tarafsız kişilerin takdir edeceği emsal ücret alır (Kasânî 1997: VI, 16).

Dokumacının ücretini emeğinden alıp almaması konusunda bir nass olmamasına rağmen meselenin bu şekilde fıkıh kitaplarında yer alması, hakkında nass sabit olan “kafizi'-tahhân”a benzemesinden dolayıdır. Bu benzerlikten dolayı nass, dokumacı hakkında da gelmiş kabul edilir ve özel örf nassı tahsis eder (İbn Âbidîn ty.: II, 114).

İmam Malik, itibar sahibi bir kadının, örfi maslahat gereği kendinden başkasının göğsünü kabul edip ondan süt emen çocuğunu emzirmek zorunda olmadığını belirtmektedir. Çünkü onunla aynı konumda olan kadınlar hakkındaki örf, çocukları için süt anne tutmaları şeklinde gerçekleşmektedir. İmam Malik, “Anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler.” (Bakara 2/233) ayetinde geçen anneler anlamına gelen ve umum ifade eden “validât” kelimesini itibar sahibi anne ile tahsis etmiştir (İbn Ârabî 2003: I, 228).

Belli yörelerde özel örf riayet edilmiş olması onun aynı konuda aksine bir nass olduğu durumda dikkate alınmayacağı gerçeğini değiştirmez. Özel bir örf ile ancak özel bir hüküm konabilir. Bu çerçevede yemin, sözleşme gibi konularda tarafların ifadelerine açıklık getirmede delil olabilir. Nitekim Kevserî'de, genel kural ve rivayete aykırı olmayan özel bir örfle ancak özel bir hükmün sabit

²⁹ Kafiz, bölgelere göre farklılık arz eden ölçü birimidir. Hanefilere göre bir şer'î kafiz 40,344 lt ya da 39,183 kg, diğerlerine göre ise 32,973 lt ya da 26,064 kg buğdaya karşılık gelmektedir. Hanefi fıkhında meşhur olan “kafizi't-tahhân” ise kişinin değirmenciye öğütmesi için buğdayını verip ücretini ise unundan kafiz olarak almasını şart koşmasıdır. (Kal'acî 2006: 336).

olabileceğini ayrıca onun gerek kıyas gerekse de rivayeti tahsis etme yetkisinin olmadığını belirtmektedir (Kevserî ty.: 235).

Bu durumda özel bir fiilî örf umumî bir hüküm ifade edemez. Bu yüzden üzerine hüküm bina edilmiş âmm bir nassı tahsis edecek örfün, özel değil âmm bir örf olması gerekir (Koca 1996: 262).

2.2.2.2 Genel Nasstan Sonra Gerçekleşen Örf

Nassın gelmesinden sonra oluşan örfte itibar edilmez (İbn Nüceym 1998: 125). Bu yüzden bu tür örf esas alınarak lafız tahsis edilemez. Zira nass geldiği anda, sonradan ortaya çıkan örfle çatışma halinde değildir. Bu yüzden nass lügat anlamına göre anlaşılır. Bu durumu şöyle bir örnekle izah etmek mümkündür: Bir alışveriş akdinde ödenmek üzere konuşulan para, mevcut âdete göre anlaşılır. Zira önceden yapılan bir alışverişte, nakitlerle alakalı teamülde sonradan ortaya çıkan örfte itibar edilmez. Adak, ikrar, vasiyette de durum böyledir. Aynı şekilde sonradan ortaya çıkan örf de, şer'î nasllara mukarin olma durumu hariç onları tahsis edemez (Karâfi 2004: 166).

Nasstan sonra ortaya çıkan ve onunla çatışan örfte iki durum söz konusudur: Birincisi örfün şer'î asıllardan birine dayandırılması, onlardan biriyle ifade edilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. Bu durumda örf ister sözlü isterse de fiilî olsun ona itibar edilmez. Zira lafızların kendisiyle anlaşılacağı örfün dikkate alınması, lafızların ortaya çıktığı zamanda örfün var olmasına bağlıdır (Ebû Sünne 1992: 124). Çünkü Şâri' bu lafızların vaz' edildikleri anda taşıdıkları anlama göre anlaşılma durumlarını kastetmiştir. Dolayısıyla sonradan kazanılan anlam Şâri'in muradı olamaz. Uygulamada buna riayet edilmektedir. Nitekim Hz. Peygamber zamanında bir lafız mutlak olarak söylendiğinde ondan başka bir şeye imkan vermeyecek şekilde âdet anlaşılıyorsa ve âdet bu derece yaygın bir konumda ise nassı tahsis ederdi. Zira Hz. Peygamber insanlara değerleri, kelimelere yükledikleri anlamları esas alarak konuşmuş; onlarla konularına bakarak iletişimde bulunmuştur. Bunun başka türlü anlaşılması da uygun değildir. Çünkü insanlar ancak tanıdıkları şeyleri anlayabilirler (Şevkanî ty.: 241) Ayrıca sonradan

meydana gelen bir örfle nassın tahsis edilebileceğini söylemek gerçekte örfle nassın nesh edilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum şer'î hükümlerin büyük çoğunluğunun onları ilga eden ve yerlerine geçen târî (sonradan ortaya çıkan) örfle değiştirilmesine yol açar (Zerkâ 1998: II, 920), bu da apaçık bir hata olur (Şevkanî ty.: 241).

Konuyu şöyle bir örnekle izah etmek mümkündür: Kur'an ve sünnette geçen yemin ıstılahta, Yüce Allah'ın adını anarak bir şeyi yapma ya da yapmama noktasında kişinin azminin güç kazanması anlamına gelmektedir (Meydanî 1996: III, 103). Buna göre, "Allah, kasıtsız olarak ağzınızdan çıkıveren yeminlerinizden dolayı sizi sorumlu tutmaz; fakat bilerek yaptığınız yeminlerden dolayı sizi sorumlu tutar." (Mâide 5/ 89) ayetinde geçen yemin lafzı şer'î ıstilah çerçevesinde anlaşılır. Ayette geçen yemin lafzını sonradan ortaya çıkan boşama ve köle azat etmeyle alakalı olarak kullanılan yemin üzerine hamletmek bu yeminlerin Kur'an'ın indiği dönemde olmamasından dolayı caiz değildir. Dolayısıyla boşama ve köle azat etmede kasıtsız olarak ağızdan çıkıveren yemin dikkate alınır (Zerkâ 1998: II, 920).

Fakihlerin meseleleri tayin ve hükümleri tertip için yaptıkları ayrımlarda kullandıkları eski ve yeni ilmî ıstilahlarla Kur'an ve sünnetteki nassların tefsir edilmesi emir ve yasaklardan kastedilen anlamın budur denmesi de doğru olmaz (Zerkâ 1998: 920). Zira emir kipi vucup, nedb, ibaha, tehdid, irşad, te'dib, ta'ciz, dua gibi birçok anlama gelmektedir (Zeydan 2003: 292). Buna göre bir emir sigası bazen fiilin kesin bir şekilde yapılmasını bazen de efdal ya da mübah olduğunu ifade eder. Nehiy de bunun aksi bir durum vardır (Zerkâ 1998: II, 920).

Nasstan sonra ortaya çıkan ve onunla çatışan örfün ikinci şekli ise örfün umumî olması ve takrirî sünnet ya da icma gibi şer'î asıllardan birine de dayanmasıdır. Bu durumda nassı tahsis ve takyit eden örf değil onun dayandığı şer'î delildir. Zira genel kurala aykırı, fakat insanların maslahatını temin eden örfeye dayalı bir uygulama Hz. Peygamber devrinde mevcut ise sünnet; sahabe devrinde hiç kimse

tarafından reddedilmeden kabul edildi ise icma' ile gerçekleşmiş olur (Şatibî 1996: Dip not: 2, IV, 562).

Buna göre genel örf nassı tahsis edebilir. Özel örf ise bu daraltma işlemini yapamaz. Hanefî hukukçular bu konuda diğer müctehitlerle aynı fikirde olmalarına rağmen bazı fakihler özel örf'e dayanarak fetva vermişlerdir. Ancak bu yaklaşım, mezhep içerisinde zayıf görüş olarak kabul edilmiştir.

Örfün nassı tahsis edeceğini kabul eden hukukçular bunun sadece zannî nasslarda mümkün olduğunu belirtmişlerdir. Örfün vurut ve delâlet açısından kesinlik arz eden nasslar üzerinde etki edip onları tahsis etmesi ya da başka yöntemlerle anlamlarını daraltması mümkün değildir. Çünkü tahsis, delillerin çatışmasının alt başlığıdır. Bu da eşitliği gerektirir. Örf ise hiçbir şekilde kesin nassın derecesine çıkamadığından ortada tahsisi gerektirecek bir delil çatışması olmaz. Diğer bir deyişle örfün zamanın değişmesiyle değerinden hiçbir şey kaybetmeyen faiz, içki, miras, hadler, kısas ve benzeri hükümleri getiren nasslarla çatışması söz konusu olmaz (el-Cîdî 1982: 193).

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı gibi nassların tahsisi başlığı altında incelenen deliller delalet ya da vurûd açısından zannîdir. Zira hadisler zann-i galiple sabit olmanın yanında birden çok anlama ihtimali olma açısından da bazen delalet yönünden de zannî olurlar. Bu yüzden kesin hüküm ifade eden sahih icmaya aykırı olan örf dikkate alınmaz (Şelebî 1974: 325; el-Cîdî 1982: 193).

İmam Malik'in, "Anneler çocuklarını iki tam yıl emzirirler." (Bakara 2/233) ayetinde geçen anneler anlamına gelen ve umum ifade eden "validât" kelimesini itibar sahibi anne ile tahsis etmesi (İbn Ârabî 2003: I, 228) örfün ancak zannî olan delilin anlamını daraltabileceği gerçeğini değiştirmez. Zira İbn Arabî'nin de belirttiği gibi ayetin (Bakara 2/233) her ne kadar subutu kat'î olsa da iki anlama ihtimali olması açısından delaleti zannîdir. Nitekim Kurtubî (v. 671/1273) de bu durumu farklı vurgularla teyit etmektedir (2000: III, 106). Örfün müstakil bir delil olmadığı görüşüne göre İmam Malik'in ictihadı ya mürsel maslahata ya da Hz.

Peygamber zamanında bu örfün olduğu dikkate alınarak takrirî sünnete dayanmış kabul edilir (Ebû Sünne 1992: 41).

Sosyolojik durumlar, zaman, örf ve maslahatın değişmesine paralel olarak faiz ve mut'a nikahını helal saymak, birden fazla eşle evlenmenin haram olduğunu söylemek, içkiye soğuk çay adını verip mübah saymak, kadının açılıp saçılmasına izin vermek, boşama yetkisini şer'î sahibinin elinden alıp kadın ya da kadıya vermek gibi nassa aykırı tasarruflarda bulunmak tasavvur edilemez (Kevserî ty.: 235). Sınırlarını tam olarak belirlemeden örfü, hükümlerin değişmesinde esas almak dinin sabitelerini yok etmeye, şeriatı zaman ve şartlara göre değişen bir yapıya dönüştürmeye yol açacaktır (Kevserî ty.: 239). Bu yüzden örf ancak şer'î bir asla dayandığında muteber olur.

Bütün bunlar göstermektedir ki şer'î hükümler sahabe, tabiûn ve onlara tabi olanların Kur'an ve sünnetten Arap dili gereğince anladıklarıdır. Dolayısıyla İslam hukukçularının nassa ilişkisi, Kitap ve sünneti anlama çabasıdır. Şâri' dışında hiç kimsenin mutlak olarak teşriye müdahale imkanı yoktur (Kevserî ty.: 239).

3. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖRF-HÜKÜM İLİŞKİSİ

İbadet, ticaret, aile, ceza hukuku gibi üst başlıklar altında çok sayıda hükümleri içeren İslam hukuku hayatın her alanı ile alakalıdır. İbadet dışındaki alanlarda yer alan hükümlerin oluşmasında örfün hem önemli bir rolü hem de geniş bir uygulama alanı vardır (Mubârekî 1992: 201).

İslam hukukçularının bir kısmı örfü kıyas gibi hükmü ortaya çıkaran bir delil olarak gördükleri için onun ancak icma, istihsan, istislah gibi başka bir şer'î delile dayanması durumunda meşru olacağını söylemişlerdir (Elfî 1988: V/IV, 3275; Mecellet-ü Mecma'î'l-Fıkhî'l-İslamî 1988: V/IV, 3442).

İslam hukukçuları farklı medeniyetlere ait örf ve âdetlerden de istifade etmişlerdir. Nitekim teâmül ve maslahata uygun oldukları ve özellikle de İslam'ın ilkeleri ile çelişmediği için Bizanslılar, İranlılar vb.den hukuki hükümler alınmıştır (Şahin 2006: sy. 9-10, 62) Hukukçular bu konumdaki örfeye dayanarak çok sayıda hüküm vermişlerdir.

Örfün İslam hukuku içerisindeki etkisi hükümlerin oluşması ve değişmesi konularında ortaya çıkmaktadır. Nass bulunmayan konularda müctehidin örfeye dayanarak hüküm vermesi örfün etkisini daha da artırmaktadır.

3.1 Hükümlerin Oluşmasında Örfün Etkisi

Örf, İslam hukukunun yenilenen hayatın sorunlarını çözmede en fazla başvurduğu -şer'î bir asla dayanma şartıyla bir hükme kaynaklık teşkil eden- deliller arasında yer almaktadır. İbadet alanında dolaylı bir etkiye sahip olan örf en fazla muamelat sahasında varlığını hissettirir.

3.1.1 İbâdetlerle İlgili Hükümlere Etkisi

İslam hukukunda hükümler, gerekçesi akılla kavranan (ma'kulü'l-ma'nâ) ve maslahatı temin etmesi ya da bir zararı def etmesi açık olmayan teabbudî hükümler olmak üzere ikiye ayrılır (İbn Abdisselam 1999: 18-19):

Gerekçesi akılla kavranamayan hükümler daha çok ibadetlerde görülmektedir (Mevsuâ 2004: XII, 2009). İbadetler nasslar tarafından belirlendiği, içerik ve keyfiyeti de nasslar tarafından tayin edildiğinden onlar üzerinde âdetin direkt bir etkisi yoktur. Zira ibadetlerin özü ile ilgili hükümler değişmeye kapalıdır. Değişiklik, ancak ibadetlerin yerine getirilmesi sırasında bazı düzenlemelerle ya da vesilelerle ilgilidir. Bu alanlardaki değişim de oldukça sınırlıdır (Kahraman 2002: 166; Şahin 2006: sy. 9-10, 66). Örfün de sadece, sonradan gerçekleşen durumlarda bir rolü vardır fakat bu da sınırlıdır (Hasaneyn 1988: 129).

İbadetlerde aklın ve reyin etkisi olmadığından mükellef, illetini bildiği ya da bilmediği her hükümde Şârî'ye uymak zorundadır (Mubârekî 1992: 201). Buna göre namazın vucubiyeti, rekatlarının adedi, şartları, vakitleri gibi emredilmesinde örfün etkisi olmayan hususlar (el-Basrî 2005: II, 214) örf-hüküm ilişkisi kapsamına girmemektedir. Örf, bu tür hükümlerin uygulama alanları gibi dış unsurları üzerinde ya da detayında bir etkiye sahiptir.

3.1.1.1 Temizlik

Temizlik, namazın şartı olduğundan klasik metinlerde olduğu gibi çalışmamızda da ibadet kapsamında değerlendirilmektedir.

3.1.1.1.1 Yıkama Ücretinin Teyemmüme Etkisi

Mükellef, abdest ve guslü gerektiren hallerde hakikaten ya da hükmen suyu bulamadığı zaman teyemmüm eder.

Gusül abdesti alması gereken kişi, soğğun kendisini öldürmesi ya da hasta etmesi endişesini taşırsa onun için su hükmen yok kabul edilir. İmameyn, bu durumdaki kişinin şehir dışında olması gerektiğini şart koşmuş, Ebû Hanife ise şehirde de teyemmüm alabileceğini söylemiştir (Merginânî ty.: I, 32).

Güslün esası ile alakalı olmayan konuda Ebû Hanife ile İmameyn arasındaki ihtilaf, zamanlarındaki örften kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, Ebû Hanife zamanında hamam ücreti içeriye girmeden, İmameyn zamanında ise içeri girdikten sonra verilirdi. Buna göre ikinci durumdaki kişi parası olmadığı zaman da hamama girip gusül alabilir. Bu örfü dikkate alan Meşayih, şehirdeki kişinin gusül yerine teyemmüm alamayacağını söylemiştir (İbnü'l-Hümâm 2003: I, 128-9).

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı gibi gusül ile alakalı icthah farklılığı örften kaynaklanmaktadır. Nitekim Mahmud el-Buharî (v. 616/1219) meşayihın bir kısmının, bu durumun mezhebin üç müctehitinin yaşadığı bölge için geçerli olduğunu, kendi ülkelerinde böyle kişilerin teyemmüm almalarının mümkün olmadığını belirttiğini nakleder. Ona göre, bu konumdaki bir kişi bir fırsatını bulup hamama girip abdest ve gusül alarak temizlenir. Çünkü bölge örfüne göre ücret, hamama girerken değil girdikten sonra istendiğinden kişinin ücret vermeden içeriye girmesi pekala mümkündür. Hamama girenin ücret ödemediği çıkması durumunda ise haline bakılır, eğer parası yoksa kendinden bir şey istenmez (2003: I, 164).

İçerisinde çok sayıda hamam barındıran şehirlerde ücretler içeri girildikten sonra ödeniyorsa o bölge vatandaşının gusül almak için su bulamaması mümkün değildir.

3.1.1.1.2 Mâ-i Musta'mel'in Miktarının Belirlenmesi

İslam hukukçuları, temiz olduğunu söyledikleri kullanılan suyun (mâ-i musta'mel) hades halini gideremeceğini belirtmişlerdir (Haskefi 2002: 33; Meydanî 1996: I, 47; Herevî 2008: I, 16).

Fakihler, temiz ve temizleyici suya karışan ve suyun temizleyici özelliğine etki eden kullanılmış suyun (mâ-i musta'mel) az ve çok olmasına göre farklı görüşler belirtmişlerdir. Birinci görüşe göre kullanılmış su az olursa suyun temizleyici olma özelliğini gidermez. İkinci görüşe göre ise kullanılmış su fazla olursa kullanılmayan suyun temizleyici olma özelliğini ortadan kaldırır (İbn Kudâme 1994: I, 41; Mubarekî 1992: 202).

Temizleyici suya düşen ya da damlayan kullanılmış suyun azlık ya da çokluğu örf'e göre belirlenir. İnsanların çok saydıkları miktarlarda, suyun temizleyici olma özelliğinin gittiği kabul edilir ve bu durum, suyun temizleyici olarak kullanılmasına engel olur. Az kabul edilmesi durumunda ise suyun hükmü değişmeden aynı kalır (İbn Kudâme 1994: I, 41).

3.1.1.2 Cami Mimarisine Etkisi

Örf, ibadet mekanlarının mimarisine etki etmiş, buna bağlı olarak Hz. Peygamber devrinden itibaren mescidler gerek tarihi süreç gerekse de bölgesel farklılıklara göre değişiklik göstermiştir.

İslam hukukçuları ihtiyaç olarak ortaya çıkan bu değişikliklerin zamanla yaygın hale gelerek âdete dönüşmesini dikkate alarak mescid kavramına yüklenen anlamlı olumsuz yönde etkilemeyen gelişmelere onay vermişlerdir. Nitekim Kâdîhân (v. 592/1196) mescitte bir yere, hasır ve mescide ait eşyaların konacağı bir bölüm yapılmasında bir sakınca olmadığını; zira bu konudaki âdetin yadırganmadan bu şekilde işlediğini bildirmektedir (2009: I, 63). Hanefiler cami içi süslemeleri de bu kapsamda değerlendirmişlerdir (Meydanî 1996: III, 215).

Yukarıdaki örnek hükümlerde de görüldüğü gibi, fukaha ibadet mekanlarının mimarisinin örf ve âdet dikkate alınarak değişebileceğini meşru görmüş ve bu doğrultuda fetva vermiştir.

3.1.1.3 Namaz

3.1.1.3.1 Tesvîb Lafızlarının Örflle Meşruiyet Kazanmaları

Beş vakitte, ezandan sonra, “Namaz uykudan daha hayırlıdır; haydi namaza namaza; namaz vakti geldi.” gibi ifadelerle herhangi bir dilde ayrıca çağrıda bulunmaya tesvîb denir (el-Mevsûâtü'l-Fıkhiyye 2004: X, 148; Kal'acî 2006: 100).

İslam hukukçuları, tesvîbin hangi namazlarda yapılabileceği hususunda ihtilaf etmişlerdir. Hz. Peygamber devrinde olduğu gibi sadece sabah namazında, “Es-selât-u hayrun minennevm” şeklinde olacağını söyleyenler (Mutarrizî 1999, 46) sahabenin diğer namaz vakitlerinde tesvîb yapanlara karşı çıkmasını delil olarak göstermektedirler (Babertî 2003: I, 250; İbn Kudame 1994: I, 293).

Kûfe fakihlerine göre tesvîb, uyku ve gaflet vakti olduğundan sabah namazı için ezanla kamet arasında ikişer defa, “Hayya ala's-salah; hayya ala'l-felah” ifadelerini söyleyerek yapılır (Merginânî ty.: I, 52). Sonraki dönem fakihleri ise dini işlerde baş gösteren gevşemeyi gerekçe göstererek ezanla kamet arasındaki tesvîbin örftüde uygun kabul edilen lafızlarla yapılabileceği yönünde fetva vermiştir (İbnü'l-Hümâm 2003: I, 250; Babertî 2003: I, 251).

Son tahlilde de görüldüğü gibi fakihler uygulamadaki örfü esas alarak hangi lafzın tesvîb kapsamında değerlendirildiğine karar vermişlerdir. Konu ile ilgili olarak Kadîhân şöyle demektedir: “Her bölgenin tesvîbi o ülke halkının örf haline getirdiği ifadelerdir.” (2009: I, 77).

3.1.1.3.2 Cuma Namazını Kıldırarak

İslam hukukunda Cuma, toplum namazı veya devlet iznine bağlı ibadet olmak üzere iki farklı şekilde değerlendirilmektedir (Mahmud el-Buhârî 2003: II, 179;

Kâsânî 1997: II, 192-3; Şîrâzî 1995: I, 207). Şafîî hukukçular Cuma'yı toplum ibadeti olarak görür ve kılınması için kırk kişiyi şart koşar (Şîrâzî 1995: I, 207), Hanefiler ise onu bir devlet namazı olarak değerlendirdiklerinden ya devlet başkanı ya da onun tayin ettiği kişi tarafından kıldırmasını gerekli görürler (Merginânî ty.: I, 99).

Cuma'nın her iki tahlilde de büyük bir öneme sahip olması, insanlarda onu kıldırma yönünde irade ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Hanefiler hem en layık olanın kıldırmasını temin etmek hem de olası bir kargaşayı önlemek için Cuma namazını kıldırarak kişileri kamudaki görevlerini esas alarak sınıflandırmıştır. Buna göre Cuma'yı öncelikle devlet başkanı kıldırır. Fakat başkanın her şehirde namazı kıldırması mümkün olmadığından bu vazifeyi görevlendirme yoluyla başkasına da verir. Bunlar sırasıyla vali, polis amiri, kadı ve baş kadının atadığı kişilerden oluşur (İbn Nüceym 1997: II, 253).

Hanefiler, devlet başkanının atadığı görevlilerden olan kâdının herhangi bir talimat almadan Cuma'yı kıldırması hususunda örfî uygulamaya göre hüküm vermişlerdir. Ebû Yusuf'un Ebû Hanife'den rivayet ettiği görüşe göre kadıya böyle bir emir verilmemiş ve görev kağıdına yazılmamışsa Cuma'yı kıldıramaz (Merginânî 2004: II, 225; İbn Nüceym 1997: II, 255). Kadihân ise örfî uygulamaya göre değişen bu durumun kendi bölgelerinde caiz olduğunu şu şekilde ifade eder:

Şehrin valisi vefat eder, Cuma vakti de gelirse namazı, vali yerine geçen sorumlunun, polis amirinin ya da kâdının kıldırması caizdir. Çünkü toplumun işleri onlara verilmiştir (2009: I, 155).

Halvanî (v. 448/1050) de polis amiri ve kâdının Cuma namazını kıldırıp kıldırılmalarını ilgili dönemlere ait örfle delillendirmektedir (Mahmud el-Buhârî 2003: II, 179).

Yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı gibi örf, farklı konumlarda kamu görevi yapan memurların herhangi bir izin olmadan Cuma namazını kıldırıp kıldıramayacakları hususunda belirleyici olmaktadır.

3.1.1.4 Zekat

3.1.1.4.1 Devenin Zekatının Belirlenmesi

Yılın yarısından fazlasını otlaklarda beslenerek geçiren develerin sayısı beşe ulaştığında bir koyun zekat olarak verilir (Merginânî ty., I, 119; İbn Kudâme 1994; II, 362).

Hukukçular zekat olarak verilecek koyunun durumuyla ilgili farklı görüşler belirtmişlerdir. İbn Kudame, koyunun kalitede ve düşüklükte develerle uyumlu olmasını buna göre besili develerden besili, cılızlardan cılız, kıymetlilerden kıymetli, değersizlerden de kendilerine uygun konumdaki koyunların zekat olarak verilmesini söylemektedir (1994: II, 363). İzzuddin b. Abdusselam ise verilecek koyunun bölgedeki hakim koyun unsuruna göre belirlenmesi gerektiğini dolayısıyla mal sahibinin yörenin koyunlarından birini zekat olarak verebileceğini ifade eder (1999: II, 96).

Son değerlendirmeden de anlaşıldığı gibi bölgedeki koyun kavramından hangi türün kastedildiği yönündeki örf, nassla sabit olan bir hükmün detaylandırılmasında belirleyici olmaktadır.

3.1.1.4.2 Kadının Zîynetinin Zekata Dahil Olması

İslam hukukçuları kadınların zîynet eşyalarının zekata tabi olmaları noktasında ihtilaf etmiş, Malik, Leys, Şafiî ve Ahmed b. Hanbel'in içinde yer aldığı çoğunluk, takılarda zekatın gerekli olmadığını söylerken, Ebû Hanife ve öğrencileri takının nisap miktarına ulaşması durumunda zekata tabi olduğunu belirtmiştir (İbn Rüşd 2000: I, 372; Dalgın 2003b: 141).

Zîynet eşyalarının zekat kapsamına girmediği görüşünü benimseyen Hanbeliler, nelerin takılmasının caiz olduğunun ve nelerin zekata tabi olmadığını tespiti hususunda örfün belirleyici olduğunu ifade etmektedirler. Buna göre kadınların bilezik, halhal, küpe, yüzük gibi yüz, boyun, el, ayak ve kulak gibi organlarına takmaları adet olan altın, gümüş, mücevher cinsinden zîynet eşyalarını kullanmaları mübahtır. Erkeklerle ait olan kemer ve benzeri eşyalar gibi kadınların giymeleri âdet olmayan zîynetleri kullanmaları ise kendilerine haram olduğu gibi bu tür eşyadan dolayı da zekat vermeleri gerekir (İbn Kudame 1994: III, 11).

Hanbelî hukukçular zekat kapsamına dahil etmedikleri zîynet eşyalarının nelerden oluşuklarını örf ve âdete göre belirlemiş, örf ve âdeti göre kadının zîynet eşyası kapsamına girmeyen unsurları ise zekata tabi olan mallar arasında değerlendirmişlerdir.

3.1.1.4.3 Fıtır Sadakasının Belirlenmesi

İslam hukukçuları hangi maddelerden fıtır sadakası verilmesi hususunda ihtilaf etmişlerdir. Bir grup, sadaka olarak verilecek malları hadiste belirtilen maddelerle sınırlandırırken, diğer bir grup ise bölgenin yaygın yiyeceğini esas almıştır. Yaygın yiyeceğin belirlenmesi ise âdete dayanmaktadır. Buna göre Hanefiler fıtır sadakası olarak verilecek ürünün buğday, buğday unu, sevik (ezme) veya kuru üzümün yarım sa', hurma veya arpadan bir sa' olması gerektiğini söylemişlerdir (İbn Abidîn 2003; III, 319). Onlara göre yukarıda adı geçen ürünlerin her birinin kıymetini vermek de caizdir (Zuhayli 2004: III, 2044). Malikilere göre ise buğday, un, arpa, kuru üzüm, keş, mısır, hurma ya da prinç gibi bölgenin yaygın yiyecek maddesinden bir sa' verilir (Şagfe 2001: I, 468). Şafîlere göre de sadaka, bölgenin yaygın yiyecek maddesinden olmalıdır (Şîrâzî 1995: I, 304). İz b. Abdüsselam da Şafîlerle aynı görüştedir (1999: II, 93).

Yukarıdaki fetvalarda da görüldüğü gibi bazı İslam hukukçuları, fıtır sadakası olarak verilecek eşyanın belirlenmesi hususunda bölgenin yaygın yiyeceğini dikkate alarak (İbn Rüşd 2000: I, 417) örfün ilgili hükmün oluşmasındaki etkisini açık bir şekilde belirtmişlerdir.

3.1.1.5 Yevm-u Şekkte Oruç Tutmak

Oruç vacip/farz, nafile, haram ve mekruh olmak üzere temelde dört kısma ayrılır (Zuhaylî 2004: III, 1630). Âdet, belli bir günde oruç tutmanın caiz olup olmaması hususunda ibadete etki etmektedir. Buna göre bayram günlerinde olduğu gibi Şaban ayının otuzuncu günü olan “yevm-u şek”te³⁰ de oruç tutmak caiz değildir. Bu günde oruç tutmanın caiz olmadığını belirten İslam hukukçuları bunun haram mı yoksa mekruh mu olduğu noktasında ihtilaf etmişlerdir. Fakat yevm-u şekin pazartesi ya da perşembe oruçları gibi kişilerin âdet olarak yaptıkları nafile ibadetlerin gününe denk düşmesi durumunda oruç tutmanın mekruh olmadığı bilakis mubah kabul edildiği noktasında ittifak etmişlerdir (Kâsânî 1997: II, 564; İbn Kudame 1994: III, 63; Şîrâzî 1995: I, 346).

3.1.1.6 Haccın Farz Olması

Hac; hür, baliğ, akıllı, sağlığı yerinde olan kişilere Mekke’ye gidip oradan dönünceye kadar yetecek gıda maddesine ve ulaşım bedeline sahip olmaları durumunda farz olur. Ayrıca hacı adayları bu giderleri evin ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin nafakasından almamalı ve yol emniyeti de olmalıdır (Meydani 1996: I, 164).

Bazı İslam hukukçuları haccın farz olmasını örfe göre seyahat imkanının olmasına ve yol için gerekli olan unsurların temin edilmesine bağlamışlardır (İbn Kudâme 1994: III, 156). Buna göre, âdeten kullanılan ulaşım araçlarına sahip olmayan ya da gidip gelecek kadar onlardan istifade edemeyen kişiden hac ibadeti sorumluluğu düşer.

³⁰ Havanın kapalı olmasından dolayı Şaban’ın otuzuncu gününün Ramazan’a ait olup olmaması noktasında tereddüt edildiğinden bu güne şüphe günü anlamında, “yevm-u şekk” denmektedir (Kal’acî 2006: 485).

3.1.2 Ticaret Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi

Kesin olarak yasaklanan alışveriş türleri ve faiz ilişkileri dışında örfün en geniş uygulama alanını ticaret hukuku ile ilgili konular oluşturur. Nitekim müctehitlerin pek çok hükümde müracaat ettiği örfle ilgili kâideler daha çok ticaret hukukunda uygulama alanı bulur.

3.1.2.1 Akitlerin Belirlenmesi

Akit; lügatte düğümlemek, bağlamak anlamına gelmektedir (Fîrûzâbâdî 2003: 300). İstilahta ise, iki taraf arasında îcab ve kabul ile gerçekleşen bir ittifaktır ki taraflardan her biri, üzerinde anlaşılacak şeyi gerçekleştirmeyi kendisi adına bir yükümlülük kabul eder (Kalâcî 2006: 287).

Yukarıdaki tanıma göre akit, iki tarafın iradesinin, üzerinde anlaştıkları konuyu gerçekleştirmeleri esasına dayanır. İrade ise kapalı, soyut bir gerçekliğe sahip olduğundan ancak lafız ya da lafız yerine geçen îcab ve kabul bağlamında değerlendirilen vesilelerle bilinebilir. İslam hukukçularının akit sözcükleri (sigaları) adını verdiği vesilelerin, tarafların iradelerine delaleti açık; ayrıca şüpheye ve başka bir anlama ihtimali olmayacak şekilde onlar tarafından anlaşılır olması gerekir (Zeydan 1999: 247).

Akitler lafızla olduğu gibi akdi gerçekleştirme iradesini gösteren yazı, işaret ve fiillerle de olur (Zerkâ 1998: II, 411). Doğuştan ya da sonradan dilsiz olan kişilerin akitleri işaret yoluyla akdettikleri dikkate alınarak dilsizin nikah akdi, anlaşılması durumunda işaretle ve yazıyla da gerçekleşir. Gaibin yazısı da konuşması gibi kabul edilmektedir (Kasânî 1997: III, 322). Nitekim bu durum, gaib olan iki şahıs arasındaki yazı, aynı mecliste olan iki kişi arasındaki konuşma gibidir, şeklinde genel bir prensip olarak ifade edilmiştir (Ali Haydar 1991: I, 69; Zerkâ 1998: II, 412). Yalnız yazı yoluyla yapılan akdin zamanın örfüne ve geleneklerine göre gerçekleşmesi gerekir (Zerkâ 1998: II, 412).

Akitler taraflardan her ikisi ya da yalnızca birinin fiiliyle, fiil akdi oluşturma iradesine dayalı olduğu sürece gerçekleşmiş kabul edilir (Zeydan 1999: 249).

Örf, akitlerin gerçekleşme vesilelerinden olan lafız ve fiillerin anlam ve kapsamının belirlenmesinde geniş bir etkiye sahiptir.

3.1.2.1.1 Örfün Lafızları Anlamaya Etkisi

İslam hukukçuları akitlerde kullanılan lafızların niteliği ile alakalı esasta iki farklı görüş benimsemişlerdir. Birinci görüşe göre akitlerin lafızla gerçekleşmesi için lafzın, tarafların iradelerine delâleti açık olmalıdır. Tarafların akitte geçen ifadeleri anlamasına vurgu yapan görüş sahipleri, kullanılan dilin çeşidinin, halk dili ya da fasih olmasının, üslup yönü ve kelime kullanımının önemli olmadığını belirtmektedir. Nitekim Hanefiler ve onlarla fikir birlikteliği içerisinde olan hukukçular evlilik akdinin nikah, evlilik ve bu ikisi dışında bir şeyin kendisini temlik etmek için kullanılan lafızlarla da olacağını söylemektedirler (İbn Nüceym 2002: II, 179; Aynî 2004: I, 191). Fakihler tarafından temlik anlamı içermesi şartıyla kabul edilen lafızlar gerçekte örfte, evlilik için kullanılan lafızlardır.

İbn Teymiyye, konuyu daha da açarak akitlerde esas belirleyici unsurun örf olduğunu belirtmektedir. Gerekçe olarak da Ehl-i Medine'nin akitlerde yetkin makam olarak insanların örf ve âdetlerini kabul etmesini göstermektedir. Nitekim Ehl-i Medine; insanların alışveriş kabul ettiklerini alışveriş; icâre saydıklarını icâre, hibelerini de hibe olarak değerlendirmiştir (İbn Teymiyye 2005: XX, 156).

Akitler, lafızların örfte taşıdıkları anlamlara göre bir gerçeklik kazanır. Buna göre alışveriş, Şâri' tarafından belli sözcüklerle sınırlandırılmadığından örfte alışveriş kabul edilen herhangi bir lafızla gerçekleşir (Buhûtî 2003: II, 1377). Kanaatimizce Kur'an-ı Kerim'de alışveriş lafzının mutlak olarak kullanılması da bu görüşü desteklemektedir.

3.1.2.1.2 Örfün Fiilleri Anlamaya Etkisi

İslam hukukçuları alışveriş, icâre başta olmak üzere diğer ticarî akitlerin icab ve kabul lafızlarını kullanmadan da gerçekleşebileceğini söylemektedir. Cumhuriyet,

fiillerle gerçekleşen akitlerde örfü yaygın olarak kullanılmaktadır. Nitekim insanlar fırından ekmeği, ekmeğin bilinen fiyatını ödeyip satın almakta, toplu taşıma aracına belirlenen ücreti verip binmektedir. Her iki akit de tarafların îcab ve kabul lafızlarını kullanmadan bizzat fiilleriyle gerçekleşmektedir (Merdâvî 1980: IV, 263; Zeydan 1999: 250).

Buna göre örfte alışveriş kabul edilen uygulamalar, satıcının îcabı, müşterinin sözsüz alımı, müşterinin sözlü ifadesi, satıcının fiilî tasarrufu ya da müşterinin parayı diğerinin de malı vermesi şeklinde gerçekleşir ve nassla belirlenen yasaklar ihlal edilmezse bütün şekiller tarafların iradelerini ortaya çıkaran vesileler kabul edilip îcab ve kabul yerine geçer.

3.1.2.2 Akde Konu Olan Mal

İslam hukukçuları akde konu olan (ma'kudun aleyh) mal ile alakalı bir takım şartlar ileri sürmüşlerdir. Mal, bu şartlara sahip olması durumunda akitten kaynaklanan hukukî hükümleri elde edebilir. Örfün hangi şartlar üzerinde etkili olduğunu anlayabilmek için şartları kısaca zikredip örfle ilgili olanları incelemenin uygun olacağı kanaatindeyiz:

3.1.2.2.1 Akde Konu Olan Malın Akdin Hükümünü Kabul Etmesi

Her akdin akde konu olan şeyde ortaya çıkan belli hüküm ve tesirleri vardır. Akde konu olan şeyin bunları kabul etmesi gerekir. Buna göre akde konu olan şey leş, içki, domuz gibi mali değeri olmayan mallardan oluşursa hükümleri kabul edemez ve bu yüzden akit, batıl olur (Zeydan 1999: 257).

3.1.2.2.2 Akde Konu Olan Malın Teslim Edilebilir Olması

Akit, taraflardan her birinin akde konu olan şeylere ulaşmasını amaç edinir. Dolayısıyla bir alışveriş akdinde satıcı akde konu olan malı akit zamanında müşteriye teslim etmeyi kabul etmiş olur. Buna göre sahibinin elinden kaçmış bir deveyi, havadaki kuşu, sudaki balığı, insanların mülkiyetinde olmayan ve herkesin

kullanımına açık mübah bir malı sahip olmadan satmak, teslim etme gücünden yoksun olduğundan caiz değildir (Kâsânî 1997: VI, 542-584; İbn Nüceym 2002: III, 419 vd.).

3.1.2.2.3 Akde Konu Olan Malın Akit Zamanında Mevcut Olması

İslam hukukçuları, gelecekte olması imkansız olan ma'dum (olmayan) bir şeyin akde konu olamayacağı hususunda fikir birliği içerisindeyler. Buna göre bir insan diğeriyle tarlanın hasadı, hurmanın aşılınması ya da eşyaların (esas) taşınması hususunda akit yapsa daha sonra akde konu olan tarladaki ürünün, hurma ağacının ve eşyanın akitten önce yandığı ortaya çıksa akit batıl olur ve ondan bir sonuç ortaya çıkmaz (Zeydan 1999: 258).

Malikiler başta olmak üzere bazı hukukçular, mevcut olmayan bir malın gelecekte olma imkanına sahip olması şartıyla akde konu olabileceğini söylemişlerdir. Meyvelerin, patlıcan ve karpuz gibi sebzelerin bir kısmı olmadan satılmalarını bir defada olmamalarıyla gerekçelendirerek cevaz vermişlerdir. Nitekim aşama aşama olan bu çeşit ürünler bir kısmı olduğunda satılmazsa insanlar zora düşer (İbn Rüşd 2000: II, 240-1; Zeydan 1999: 259). Hanefî hukukçular ise bu durumu örfle gerekçelendirmektedir. Buna göre yaş baklagilleri veya salatalık ya da bunlar gibi an be an büyüyen ürünler yanında koyunun sırtındaki yünün ve postun satışı da caiz değildir. Ancak satıcı bunları satış vaktinde keserse bu satışta bir sakınca yoktur. Genel kural çerçevesinde değerlendirildiğinde söğüt ağacının dallarının satışı da bu şekildedir. Ancak söğüt dallarının satışı yaygın uygulama (örf) nedeniyle caiz kabul edilmektedir (Kâdîhân 2009: II, 130). Dut ağacının dallarını satın almak örften, pırasayı ise yaygın uygulamadan dolayı satmak caizdir (İbn Nüceym 1997: V, 505).

Söğüt, dut dalı ve pırasanın akit tarihinden sonra ne kadar geliştiği bilinmemektedir. Ağaç ve bitki açısından bakıldığında bir katma değer oluşturan bu durum satışa yansımamaktadır. Aldanma ve anlaşmazlık riski barındıran bu durum genel kurala aykırı olmasına rağmen örf gerekçesiyle kabul edilmiştir.

Buna göre genel kurala aykırı bu tür alışverişler ancak yaygın uygulama esasına dayanarak yapılırsa işlem caiz olur (İbn Nüceym 1997: V, 505).

3.1.2.2.4 Akde Konu Olan Malın Bilinir Olması

İslam hukukunun taraflar arasında tartışmaya sebep olabilecek muhtemel problemleri ortadan kaldırmak için ileri sürdüğü şartlardan biri de akde konu olan şeyin bilinir olmasıdır.

Akde konu olan mal, taraflar nezdinde bilinmez ya da malın cins, çeşit ve vasfını bilmemek gibi fahiş bir cehalet söz konusu olursa akit gerçekleşmez. Eğer cehalet, tartışmaya yol açmayacak şekilde basit olursa örf devreye girer ve cehaletin etkisi giderilir (Zeydan 1999: 260). Buna göre sayı ile alınıp satılan mal katagorisinde yer alan bin adet tavuk yumurtasının bir kısmı standardın altında olacak şekilde satılsa bu durum akde zarar vermez. Aynı şekilde ölçü ile alınıp satılan suda da o bölgede sakaların kullandığı su tulumları dikkate alınır (İbn Nüceym 1997: V, 475; Zeylaî 2000; IV, 282). Buna göre kaplarla yapılan satışlarda kabın ölçüsü bilinir ve kabın kullanımı âdeten yaygın olursa cehalet yok kabul edilerek akde cevaz verilir.

Hanbelî mezhebinin genel kuralına göre de cehalet ve aldatma durumundan dolayı miskin toplandığı kap içerisinde satışı caiz değildir. Ancak İbn Kayyim, miskin kabı içerisinde satılmasının ceviz, fıstık, badem ve hindistan cevizi gibi, yenecek kısmı içinde olan şeyler hükmünde olduğunu, bu şekilde daha iyi korunduğunu, bu yüzden aldatma satışı kapsamında değerlendirilemeyeceğini söylemekte ve cevâz hükmünü, tüccarlar arasında misk satışı ile ilgili örfün bu şekilde olması ile delillendirmektedir (1998: V, 438). Buna göre belli kutular içerisinde satılan gıda maddelerinin müşteri tarafından görülmemeleri satışlarına engel olmaz. Zira genel örf, belli ürünlerin çeşitli gerekçelerden dolayı bu şekilde satışlarının caiz olduğu yönündedir.

3.1.2.3. Akde Dahil Olup Olmayan Uygulamalar

Alışverişte akde dahil olmayan fakat ürünün teslim edilmesi ile ilgili olan konular kapsamında değerlendirilen görevlerde örf dikkate alınır. Buna göre buğdayın kaba dökülmesi, yiyeceğin gemiden çıkarılması, tahmini olarak satılan üzümün koparılması müşterinin; başakta satılan buğdayın harman edilip müşteriye verilmesi, içerisindeki elbise satılan çantanın açılması, ölçü ile satılan ürünlerin ölçülüp müşterinin çuvalına konması, kırbada satın alınan suyun dökülmesi satıcının görevleri arasında zikredilmektedir. Bu ve benzeri konularda görevler örfte göre belirlenir (İbn Nüceym 1997; V, 511; Kâdihân 2009: II, 148).

3.1.2.4 Satışa Dahil Olan Unsurların Belirlenmesi

Bir malın satışına nelerin girdiğini örf belirler. Buna göre kişi, konak satışı akdinde binanın da satışa dahil olduğunu söylemezse, örfte konak kelimesinin arsa ve binayı içermesi dikkate alınarak bina da satılmış kabul edilir (Merginânî ty.: III, 26).

3.1.2.5 Kira

Kira (icare) ıstılahta cins ve miktar bakımından bilinen bir menfaati belli bir bedel karşılığında satmak şeklinde tarif edilmektedir (el-Kârî 1997: II, 421).

Kira akdi, kiraya verdim ve kiraya aldım sözcükleri yanında, örfte bu anlamlarda kullanılan ve akdin her iki tarafınca da bilinen diğer lafızlarla da olur (İbn Teymiyye 2005: XX, 156).

Örfün kira akdi ile alakalı hükümlerin oluşmasında ki etkisini aşağıdaki başlıklar altında inceleyeceğiz:

3.1.2.5.1 Yapılacak İş Belirleme

Kira akdinde menfaatin niteliği belirtilmelidir. Buna göre, kiralayan tarafın ev ya da dükkanı onlarda ne yapacağını bildirmeden kiralaması fikhın genel kuralına

göre sahih değildir. Zira ev ve dükkanı kiralamaktan maksat olan faydalanma, bazen oturma bazen de onlara çeşitli mallar koyarak gerçekleşir. Kıyasa göre caiz olmayan bu işlem, örf sebebiyle caiz kabul edilir. Zira örfteki uygulama bunların içlerinde oturmak için kullanıldığı yönündedir (Merginanî ty.: III, 237; el-Kârî 1997: II, 421). Aynı şekilde bir şahsa, belli bir zaman hizmet etmesi için tutulan çalışanın iş durumu da örfte göre belirlenir (Merdâvî 1980: VI, 5). Günümüzde ev kiralarken içerisinde kaç kişinin kalacağı, eve ne kadar misafirin geleceği, ev eşyaların hangi büyüklükte ve sayıda olacağı belirtilmemektedir. Bu durumda ortaya çıkan muhtemel bir anlaşmazlık da örf dikkate alınarak çözülür.

Görüldüğü gibi örfteki bir uygulama akitte şart koşulmuş esas derecesinde kabul edilmektedir.

3.1.2.5.2 Kirada Bilinmezlik Durumunun Aşılması

Kira akdinin sahih olabilmesi için akde konu olan şeyde bilinmezlik durumu olmamalıdır. Buna göre, hamama giren kişinin ne kadar su tüketeceği bilinmediğinden ondan ücret almak caiz değildir. Fakat insanların yaygın uygulaması aksi yönde olduğundan ücret almak caiz kabul edilmiştir (Leknevî 1417: VI, 281).

Yukarıdaki durum esas alınarak toplu taşıma araçlarına binen bir yolcunun hangi durakta ineceğini belirtmeden sabit ücreti vermesi şeklinde yapılan akitler sahih kabul edilir.

3.1.2.5.3 Görevi Belirleme

Kira akdinde tarafların görevleri hakkında nass yoksa yapılacak işlerin sınırları örfte göre belirlenir. Örneğin örf, süt annelerin çocukların emzirilmesi yanında bakım işleri ile de uğraşmalarını gerektiriyorsa, süt anneler, emzirdikleri çocukların elbiselerini yıkama, yemeklerini hazırlama gibi işleri ile bunlar için gerekli olan malzemeleri de temin etmekten sorumludurlar. Nitekim İmam Muhammed, Kûfe âdetine göre çocuğun bakımında kullanılan yağ ve kokuyu

temin etmenin süt anneye ait olduğunu belirtmektedir (Merginânî ty.: III, 237; Kâdîhân 2009: II, 287). Yiyeceğin temin edilmesi ise çocuğun babasına aittir (Merginânî ty.: III, 237).

3.1.2.5.4 Zamanın Tespit Edilmesi

Kira, menfaat teminine dayalı bir akit olduğundan zaman kavramıyla ayrılmaz bir ilişki içerisindedir. Çünkü menfaat ancak belli bir zamanın geçmesiyle gerçekleşir. Bu yüzden yapılan iş gibi zamanında bilinmesi gerekir. Zaman kiralanan malın çeşidine göre değişir. Burada ölçü, kiralanan şeyin ondan fayda sağlanana kadar bozulmadan elde kalmasıdır (Merdâvî 1980: VI, 40). İhtilaf durumunda örf ve ilgili alanın uzmanlarına müracaat edilir. Buna göre kişi bir işçi ile bir günlük hizmet alımı karşılığı anlaşsa günün sınırları örf göre belirlenir. Eğer örfte bir günlük çalışma güneşin doğmasından ikindiye ya da güneşin doğmasından batmasına kadar olan zamanı içerirse, çalışanın bu vakitler dahilinde hizmet vermesi gerekir. Eğer örf müşterek olursa gün kelimesi güneşin doğmasından batmasına kadar olan sureyi kapsar (İbn Receb 1972: 298; Kâdîhân 2009: II, 287).

Ulusal ya da uluslararası bazda ticaret yapan kişiler, ödemelerini mutlak olarak bir yıl şeklinde takdir ederse bu İslam ülkelerinde Hicri takvim üzerinden bir yıl; diğerlerinde ise miladi ya da Kıpti takvim gibi bilinen ölçüler üzerinden bir yıl olarak anlaşılır. Mutlak olarak zikredilen yıl lafzından insanların uygulaması esas alınmaktadır. Zira mutlak, örf göre değerlendirilir (Kuvte 2007: 129).

3.1.2.5.5 İşin Şeklinin ve Kullanım Çeşidinin Belirlenmesi

Hizmet alımına dayalı akitlerde taraflar tartışmaya yol açmamak için yapılacak işin sınırlarını ve şekillerini belirlemelidir. Aksi durumda örf devreye girer. Bu durumu şöyle bir örnekle izah etmek mümkündür: Mezar kazmak için tutulan bir işçiye mezarın derinlik, genişlik ve şekli beyan edilmediyse bu durum örf göre belirlenir (Kâdîhân 2009: II, 257). Buna göre günümüzde evlerde temizlik için

tutulan fakat görev alanına nelerin girdiği belirtilmeyen bayanların işleri de örf'e göre tespit edilmelidir.

Kişi mutlak bir ifadeyle kiraladığı maldan ancak örf'e göre istifade edebilir. Şayet kişi, malın ne için kullanılacağını belirtir, buna rağmen onu benzer bir işte kullanır, kullanım şekli de kiraladığı mala zarar verirse bu caiz olmaz. Nitekim ev eşyası taşımak için kiralanmış bir arabayla -ona zarar vereceğinden- kum ya da kaya taşınmaz. Zira böyle bir faydalanma şekli örf'e uygun değildir (Buhûti ty.: II, 368).

3.1.2.5.6 Nakliyenin Tonajının Belirlenmesi

Nakliyecisi ile malın sahibi olan taraf arasında yük miktarı konusunda belirlenen bir anlaşma ve ilgili makamların tonajla ilgili bir sınırlandırması yoksa yükün miktarı taşınan arabalarla alakalı örf esas alınarak belirlenir. Buna göre örfte devenin taşıyacağı nakliyenin ağırlığının 1 vesk (165 lt.) olarak sabit olduğu bir yerde deve kiralayan kişi onunla ancak 1 vesk mal taşıyabileceğini de kabul etmiş olur (Kâdîhân 2009: II, 257). Aynı şekilde kişi binmek ya da yük taşımak için bir hayvan kiralasa, bu işlemlerin her birinin hayvana etkisi farklı olduğundan hayvanı iki şekilde de kullanım hakkına sahip olamaz (İbnu'n-Neccâr 1961: II, 368).

Günümüzdeki araba kiralamalarında şayet taşınacak şey akit esnasında mutlak bırakıldıysa örf'e müracaat edilir. Buna göre, taksimde kamyonette taşınan bir malı ya da kamyonette kamyonunda nakledilen bir yükü taşımak örf'e aykırı olduğundan caiz olmaz.

3.1.2.5.7 Çırak Ücretinin Kime Ait Olduğunun Tespit Edilmesi

Sanat öğrenmek için ustaya teslim edilen çocuğun ücret alması ya da sanat öğrenmesine karşılık olarak ustaya bir bedel verilmesi noktasında farklı görüşleri sürülmüştür. Buna göre bir kişi kölesini bir dokuma ustasına belli bir zaman ona dokumayı öğretmesi ve karşılığında da efendisine her ay bir dirhem ödemesi

karşılığında verirse, çocuğu kiralamak anlamına gelen bu uygulama caiz olur (Kâdîhân 2009: II, 257). Usta, sanat öğrettiği kölenin aynı zamanda iş gücünden de istifade ettiğinden efendisine anlaşma gereği konuşulan bedeli öder. Şayet kişi, köle ya da çocuğunu aynı gaye ile ustaya verir ve efendi ya da ustadan hiç biri ücretin kime ait olduğunu şart koşmazsa öğretim faaliyetinin sonunda usta efendiden, efendi de ustadan çocuğun ya da kölenin ücretini isterse örfü müracaat edilir (Kâdîhân 2009: II, 257).

3.1.2.5.8 Çalışanın Ücretinin Belirlenmesi

Çalışan insanların konumları ücret tahakkukunda önemlidir. Nitekim bir iş veren, ücret konuşmadan ücret karşılığı iş yapan insanlar sınıfında yer alan bir çalışana iş yaptırırsa ücret, örfü göre belirlenir. Buna göre kişi; komisyoncuya, berbere, tedavi amacıyla kan alana, hacamat yapana, marangoza, hamal ve çamaşırcıya fiyatı konuşmadan iş yaptırdığında örfün delaleti esas alınarak mevcut âdete göre işçiler ücret alırlar (İbn Abdüsselâm 1999: II, 87).

3.1.2.6 Borç Akdi

Bir kimsenin misli bir malını daha sonra mislini almak üzere faydalanması için bir başka şahsa vermesine karz denmektedir (Kal'acî 2006: 329).

İnsanlar arasındaki işlemlere bir kolaylık getirmesi, borçluya fayda sağlaması ve onun ihtiyaç ve sıkıntısını gidermesi açısından borç veren için bir çeşit ibadet sayılan karz akdinde (İbn Kudâme 1994: IV, 224; el-Mevsûatu'l-Fıkhiyye 1995: XXXIII, 113) belirgin bir şekilde örfün etkisi görülmektedir.

3.1.2.6.1 Akit Lafızlarının Delâleti

Borç akdi borç verme anlamına gelen her lafızla gerçekleşir. Buna göre borç işlemi, borç verenin (mukriz) alacaklısına (mustakriz) söylediği: “Seni buna, bedelini bana ödemen karşılığında sahip kıldım; al bunu da ondan istifade et, bunu ihtiyaçlarına harca, sonra karşılığını bana öde.” gibi borç vermeye delâlet eden

ifadelerle ya da karza delalet eden karinelerin varlığıyla gerçekleşir (İbn Kudâme 1994: 225; Kuvte 2007: 143).

Yukarıda birkaç örnekle yetindiğimiz borç lafızlarının hangilerinin borç anlamına geldiği insanların yaygın uygulamalarına yani örflerine göre belirlenir.

3.1.2.6.2 Borcun Ölçü Biriminin Tespit Edilmesi

Karzın oluşması için belli şartlar vardır. Bunlardan birisi de borç verilen malın taraflarca bilinmesidir. Böylece eda vaktinde bedelin verilmesi mümkün olur. Borcun bilinmesi ise miktar ve vasfının malum olması ile gerçekleşir (İbn Kudâme 1994: IV, 227).

Borcun miktarını bilmek halk arasında yaygın olarak kullanılan ölçü, tartı, zira' gibi âdet haline gelen ölçülerin taşıdığı anlamdan haberdar olmakla mümkün olur.

3.1.2.6.3 Borçlunun Hediye Vermesi

Borç, verildiği miktar ve sıfatta geri alınır. Alacaklı olan taraf, borçlunun malından borç ödenene kadar istifade edemez. Aksi bir işlem faiz olur. Nitekim Abdullah b. Selam Ebû Musa'ya hitaben yaptığı konuşmada borçlunun alacaklıya bir yük saman, arpa ya da hayvan yemi hediye etmesinin faiz olduğunu ifade etmiştir (Buharî, Menâkıb 19). Şayet alacaklı ile borçlu arasında söz konusu işlemde önce hediye verme âdeti varsa, borçtan sonra da âdetin devam etmesinde bir sakınca yoktur. Nitekim Hz. Peygamber alacaklıya, borçlunun hediyesini kabul etmemeyi, hayvanına binmemeyi telkin ederken önceden var olan âdet durumunu bundan istisna etmiştir (Beyhakî V, H.no: 11093). Buna göre menfaat sağlayan borç, faiz kapsamında değerlendirilmesine rağmen (Beyhakî V, H.no: 11092) taraflar arasında önceden var olan âdet durumu bundan istisna edilmiştir.

3.1.3 Aile Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi

Aile hukuku ile ilgili hükümler, aklın uygulama alanı bulup bulmaması açısından ikiye ayrılır. Birinci grupta yer alan miras hukuku, boşama sayıları gibi aklın

uygulama alanı bulamadığı hükümlerde örfün etkisi yoktur. Zira nass ile sabit olan hükümlerde örf ancak açıklayıcı bir unsur olarak etkide bulunabilir. İkinci grupta yer alan kefâet, mehirin peşin ödenmesi ya da geciktirilmesi, nafaka gibi hükümlerde aklın takdir yetkisi vardır. Şâri' bu tür nassların takdir edilmesini örfe havale etmiştir. Nitekim Hz. Peygamber, Ebû Sufyan'ın eşine kocasının malından alacağı nafakayı örfe göre takdir etmesini söylemiştir.³¹.

Örfün aile hukuku ile ilgili hükümlerin oluşmasına etkisini aşağıdaki başlıklar altında örneklendirip inceleyeceğiz.

3.1.3.1 Kefâetin Tespit Edilmesi

Lügatte eşitlik, denklik anlamına gelen kefâet ıstılahta, “Erkeğin neseb, İslam’a girme tarihi, sanat, hürriyet, dindarlık ve mal gibi hususlarda kadına denk olması” (Basmacı, 2009: 480) şeklinde tarif edilmektedir.

Tanımdan da anlaşıldığı gibi kefâet, tarihî, ictimâî ve iktisadî yönü olan kapsamlı bir konudur. Kefâet, toplum içerisinde var olan farklı yapılanmalardan kaynaklanan statüleri ailenin sağlıklı bir şekilde devamı için sürdürmeyi amaçlar ve erkek tarafında aranır (Şeyhzâde 1998: I, 500).

Erkeğin dinde kadına denk olması noktasında ittifak eden İslam hukukçuları kefâetin diğer hususlarında ihtilaf etmişlerdir. İslam hukukçularının görüşlerini, dikkate aldıkları kriterler açısından şu şekilde değerlendirmek mümkündür:

Malikiler erkeğin kadına dinde ve muhayyerliği gerektiren kusurlardan uzak olma durumunda denk olması gerektiğini savunurken cumhur, din, neseb, hürriyet ve sanatta denk olmasını ileri sürmektedir. Hanefî ve Hanbeliler mevcut durumlara zenginliği de ilave etmişlerdir (Zuhaylî 2008, VII, 226).

³¹ bk. Tez, 33.

Kefâet konusunda erkeğin mesleğinin kadının babasının mesleğine denk ya da ondan itibarlı olması örfle yakın ilişki içerisindedir. Buna göre düşük itibarlı işlerde çalışan bir erkek, yüksek itibara sahip mesleğe sahip bir babanın kızına denk değildir. Zira bu durum insanların örfünde bir noksanlık sayılır (İbn Kudâme, 1994: VI, 339). Yukarıdaki ifadelerden de anlaşıldığı gibi denklik için gerekli olan mesleğin değerinin tespit edilmesinde örf etkindir. Örfün muteber kabul ettiği iş saygın, aksi ise değersizdir.

3.1.3.2 Şahitlik

Nikah akdi, şahitler huzurunda yapılarak kesinlik kazanır. Hakimu'ş-Şehîd el-Mervezî (v. 334/945) Müntekâ adlı eserinde şahit tutmanın örfi ve şer'î olmak üzere iki çeşit olduğunu bildirmektedir. Buna göre nikahı yalan üzere birleşmeleri düşünülmeyen kalabalıktan duymaya örfi, kişinin yanındaki iki adil erkeğin ya da bir erkek iki kadının -şahit tutmaksızın- şahadet lafzıyla şahitlik yapmaları ise şer'î şahitlik olarak tarif edilmektedir (Kâdihân 2009: I, 355).

3.1.3.3 Mehirin Ödeme Şeklinin Tespit Edilmesi

Mehir, kadına verilme süresi açısından mu'accel (peşin) ve müeccel (tehir edilen) olmak üzere ikiye ayrılır. Erkek, mehirin tamamını peşin ödeyebileceği gibi, kadınla anlaşması durumunda hepsini yakın ya da uzak bir zamana erteleyebilir. Mehiri ödeme şekillerini örf belirler. Örf, mehirde ödenecek miktarı mu'accel ve müeccel olarak ikiye ayırıp bir kısmını peşin bir kısmını da ileri bir zamanda ödeyebilir. Mehir, belirli taksitlerle de verilir (Abdulhamid 1984: 133). Burada asıl olan mehirin mu'accel ya da müeccel olmasında anlaşan eşlerin ileri sürdükleri şartlara sadık kalmalarıdır (Zeylâî 2000: II, 576). Ne var ki örf, tek belirleyici unsur değildir. Şayet eşler nikah akdinde mehirin tamamının peşin ödenmesini şart koşmuşlarsa mehir mu'accel kabul edilir ve bu durumda örf terk edilir (Kadîhân 2009: I, 337).

Bununla birlikte, mehirin miktarı hususunda anlaşan eşler ödeme şeklinde ihtilaf ederlerse ihtilaf, bölgelerinin örfüne müracaat edilerek çözülür. Buna göre örf,

mehirin tamamının mu'accel, müeccel, üçte ikisinin mu'accel ya da yarısının mu'accel geri kalanının müeccel olarak ödenmesi şeklinde ise örf dikkate alınarak mehir ödenir (Abdulhamid 1984: 133). Zira örf ile sabit olan, şart koşulmuş gibidir (Kadîhân 2009: I, 337).

3.1.3.4 Nafakanın Belirlenmesi

Nafaka, yaşam için gerekli olan gıda maddesi, ev/barınma ve elbiseden oluşur (Abdulhamid 1984: 181). Daha genel bir ifadeyle nafaka yukarıdaki maddelerin yanı sıra kadının ihtiyaç duyduğu ve örfte göre kendisi için gerekli olan her şeyi kapsar (Şaban 1993: 309). Özellikle günümüzde zaman zaman yüksek meblağlar ödeyerek gerçekleşen tıbbî giderler de nafaka bağlamında değerlendirilmektedir (Sibâî 1997: I, 295). Fukaha arasındaki galip örfte göre ise nafaka, mutlak olarak gıda maddesi için kullanılır (Şaban 1993: 309).

İslam hukukçuları kadına nafaka takdir edilmesi konusunda ihtilaf etmişlerdir.³² Hanefilerin de içerisinde yer aldığı cumhura göre nafaka takdir edilmez (Kâsânî 1997: V, 145). Erkek, eşinin nafakasını örfte göre karşılar. Bu da zaman ve mekana göre değişkenlik arz eder (Kadîhân 2009: I, 368). Şâfiî hukukçular ise nafakayı erkeğin zengin, fakir ve orta dereceli olmasına göre belirlemişlerdir (Ğamrâvî 2005: 451).

Cumhurun görüşü nassa daha uygundur. Zira ayet-i kerime, takdirde bulunmadan sadece, “Onların (annelerin) yiyeceği (rızkı), giyeceği örfte uygun olarak babaya aittir.” (Bakara, 2/233) buyurmaktadır. Görüldüğü gibi ayet, yiyecek nafakasını rızık kelimesi ile vacip kılmıştır. İnsanın rızık örf ve âdete göre ona yetecek miktardır (Kâsânî 1997: V, 145).

Hanefiler de gıda maddesinin nelerden oluşacağını örfte göre belirlemiştir. Irak örfüne göre kadının nafakası zamana ve mekana göre; Buhârâ örfüne göre ise insanların durumu ve zamana göre değişkenlik gösterir (Kâdîhân 2009: I, 368).

³² İslam, kadının nafakasını temin etme hususunda erkeği sorumlu tutmuştur (Talâk, 65/7).

Aile hukukuyla alakalı yukarıdaki örneklerde de görüldüğü gibi örfün etki ettiği hükümler zamana, bölgeye ve ailenin yapısına göre değişkenlik arz etmektedir.

3.1.4 Ceza Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi

Bilindiği gibi kuralları ihlal ettiğinden suç kapsamına giren eylemlerle bunların yaptırımlarını belirleyen emredici kurallara ceza hukuku denmektedir.

İslam hukukunda cezalar, aklın dolayısıyla da örfün uygulama alanı bulup bulmaması açısından ikiye ayrılır: Birinci grupta yer alan ve Allah hakkı olarak takdir edilen ceza anlamına gelen hadler (İbn Abidîn 2003: VI, 3; Kal’acî 2006: 154) ve kısas nassla ya da icma ile sabit olduklarından onlarda örfün etkisi yoktur. Fakat bu cezaların tespiti için gerekli olan şart ya da kavramların anlaşılmasında örfе başvurulur. İkinci grupta yer alan tazir hükümlerinde ise örfün etkisi vardır. Tazir cezaları suça ve faile göre değiştiği gibi bölge ve zamana göre de değişir. Ayrıca tazir cezasının miktarını kadı, insanların hal ve örflerini dikate alarak belirler (Hasaneyn 1988: 131-132).

3.1.4.1 Çalınan Malın Yerinin Tespit Edilmesi

Daha önce tanımı geçen hırsızlığın³³ tarifinden çıkan şartlardan birisi çalınan malın korunan bir mekandan ya da mekan hükmünde olan bir yerden (hırz) alınmasıdır (Mahmud el-Buhârî 2003: V, 228; İbn Kudâme 1994: VIII, 171).

Malın âdeten korunduğu yer(hırz)’in (Şelebî 2000: IV, 37) tespiti, örfе göre yapılır. Zira hukukta malın korunduğu yer dikkate alınmasına rağmen onun ne olduğu ile alakalı açıklayıcı bir bilgiye yer verilmemiştir. Bu durumda yerin niteliğini anlayabilmek için örfе başvurmak kaçınılmaz olmaktadır. Bu yüzden yerin belirlenmesinde örf muteber olur ve insanların “hırz” kabul ettikleri yerler ‘hırz’ kapsamında değerlendirilir (İbn Kudâme 1994: VIII, 172).

³³ bk. Tez, 137.

Ayrıacı ‘hırz’, korunan malların niteliklerine göre değişkenlik arz eder. Buna göre altın ve gümüşün ‘hırz’ı elbise için, koyununki de odun için ‘hırz’ olmaz. ‘Hırz’, devletin ve başkanın otoritesine göre değiştiği gibi zaman ve mekanın değişmesiyle de değişir (Mubârekî 1992: 227).

3.1.4.2 Cinayetin Tespit Edilmesi

İslam, insanlardan toplumsal sorumluluk sahibi olmalarını, çevrelerinde olup bitene karşı kayıtsız kalmamalarını ister, aksi bir durumu da suç olarak değerlendirir. Nitekim kasâme toplumsal duyarsızlıktan kaynaklanan bir cezadır.³⁴

Bir bölgede bulunan ölünün kasâme kapsamına girebilmesi için üzerinde yara, darp izi, boğma eseri, kulak ya da gözünden kan çıkmış olması gibi öldürmeye işaret eden emareler bulunmalıdır (Haskefi 2002: 725). Üzerinde yukarıdaki emarelerden hiçbiri olmayan aynı zamanda nasıl öldüğü de bilinmeyen kişi için kasâme söz konusu olmadığı gibi diyet de gerekmez. Zira örf'e göre bir insan eliyle hayatı sona eren kişiye maktul denmektedir. Bu ise üzerinde öldürüldüğüne dair bir işaret olmadığından tabii bir şekilde ölmüş kabul edilir ve maktul kapsamına girmez (Meydânî 1996: III, 51). Görüldüğü gibi ölünün maktul kapsamında değerlendirilmesi örfün belirlediği kriterlere göre olmaktadır.

3.1.5 Diğer Konularla İle İlgili Hükümlere Etkisi

3.1.5.1 İ'âre (Ödünç Vermek)

Bir malın kullanım hakkını bedelsiz olarak başkasına vermeye i'âre (ödünç) denir (Buhûtî 2003: III, 1854; Zeylaî 2000: VI, 32). İ'ârenin gerçekleşebilmesi için ödünç olarak verilen malın ödünç alanın elinde yiyecek gibi tükenen bir şey olmaması gerekir (Kâsânî 1997: VIII, 372; Ğamravî 2005: 258-9).

³⁴ İstılahta, üzerinde katl eseri olan bir maktulün katilinin meçhul olduğu bir mahalde bulunması üzerine bölge halkından olay yerine en yakın olan elli kişinin, “Allah’a yemin olsun ki onu biz öldürmedik, katili de bilmiyoruz”, şeklinde yemin etmeleridir. Halk bu şekilde yemin edince öldürmeden kaynaklanan diyeti öder (Haskefi 2002: 725; Herevî 2008: II, 260-1; Meydânî 1996: III, 50). Ayrıca Tez, 135.

İ'âre akdi üzerinde örfün etkisi aşağıdaki hususlarda gerçekleşmektedir:

3.1.5.1.1 Örfün İ'âre Sözcüklerine Etkisi

İ'âre, tarafların rızalarına işaret eden sözlü ya da fiilî icab ve kabulleriyle gerçekleşir. İ'âre, bizzat i'âre lafzıyla ya da aynı anlama gelen lafız ya da fiille olur (Buhûtî 2003: III, 1854). İ'âre, fiili olarak ödünç verenin, alanın ya da her ikisinin örfte i'âre anlamına gelen fiilleriyle de gerçekleşir (Zurkânî ty.: VI, 130; Kuvte 2007: 147). Buna göre kişi, muhatabına, “Bu arabayı kullanma hakkını şu kadar zaman sana veriyorum.” der, muhatabı da arabanın anahtarını alırsa bu, kabul anlamına gelen fiili bir onay olur. Bu ve benzeri durumların i'âre kapsamında değerlendirilmesi örfte göre belirlenmektedir. Zira anahtarın almanın kabul anlamına geldiği yaygın bir örfür.

3.1.5.1.2 Örfün Mutlak İ'âreyi Sınırlandırması

İ'âre, ödünç veren kişinin muhatabına malın kullanım zamanı, mekanı ve şartlarını bildirmesi açısından mutlak ve mukayyet olmak üzere ikiye ayrılır. Kişi sahip olduğu hayvanı birisine yeri, zamanı, binmek ya da yük taşımak yönünü belirtmeden verirse ödünç alanın hayvanı dilediği yer ve zamanda binmek veya onunla yük taşımak için kullanma hakkı vardır (Kâsânî 1997: VIII, 374).

Aynı şekilde bir yeri mutlak olarak ödünç alan kişi, uygun olması durumunda orayı bina yapmakta kullanabileceği gibi ekip dikme işlemlerinde de kullanabilir (Buhûtî 2003: III, 1861). Yukarıda da görüldüğü gibi mutlak ifade, örfte göre yorumlanarak sınırlandırılmaktadır. Ödünç veren kişi maldan faydalanma şekilleriyle ilgili bir açıklamada bulunmadığı durumlarda, ödünç alan kişi maldan örfte göre istifade eder (Kâsânî 1997: VIII, 375).

Ödünç veren kişi, i'âre olarak verdiği yeri bir şey dikmek veya bina kurmak ya da ekin ekmek için verirse ödünç alan orada sadece belirtilen işlemi yapabilir (Buhûtî 2003: III, 1861). Zira ödünç verirken sınırlandırma söz konusur.

İ'âre akdindeki ifadelerin mutlak ve kayıtlı olmasını güncel hayattan şöyle bir örnekle izah edebiliriz: Kişi birisine dizüstü bilgisayarını ödünç olarak verdiğinde ödünç alan, bir bilgisayardan yararlanmanın uygun olduğu her alanda ondan istifade edebilir. İstifadenin sınırlarını örf belirler. Ödünç verenin bilgisayar kullanımını yer, zaman veya şahısla sınırlandırması durumunda ise ödünç alan buna riayet etmek zorundadır.

Kişi ödünç aldığı malı örfte tayin edilen hususlar çerçevesinde kullanırken telef etse tazmin etmez (Zeylaî 2000: VI, 34). Fakat ondan örfte kullanılması doğru olmayan alanlarda istifade eder ve ödünç alınan mal da bu süreçte telef olursa meşru sınırları aşma söz konusu olduğundan tazmin gerekir (Buhûfî 2003: III, 1864). Buna göre ödünç alınan ve telef olan malın tazmin edilip edilmemesinde belirleyici değer örfdür.

3.1.5.2 Hibe

Bir malı bedelsiz olarak bir kişinin mülkiyetine geçirmeye hibe denir (Kadızaâde 2003: IX, 19; Zeylaî 2000: VI, 48). Hibe, i'âreden farklı olarak menfaatin yanında malın bizzat kendisini de temlik etmektir.

Örfün hibe üzerindeki etkisi aşağıdaki hususlarda gerçekleşmektedir:

3.1.5.2.1 Örfün Hibe Sözcüklerine Etkisi

Hibe, örfte bedelsiz temlik anlamına gelen her tür söz ve fiille gerçekleşir. Buna göre hibe bizzat “hibe ettim” lafzıyla akdedildiği gibi örfte bedelsiz temlik anlamına gelen diğer lafızlarla da olur (Kâsânî 1997: VIII, 84-7). Ayrıca hibe icab ve kabul anlamına gelen fiillerle de gerçekleşir. Zira Hz. Peygamber hediye verir ve kabul ederken ne kendisinin ne de ashabının icab ve kabulde bulunduğu ya da sonraki nesle bunu emrettiği veya birilerine öğrettiği rivayet edilmiştir (İbn Kudâme 1994: V, 390). Nitekim Hz. Peygamber'in, “Bana sat.” ifadesiyle Hz. Ömer'den satın aldığı deveyi, “O senindir Ey Abdullah!” diyerek Hz. Ömer'in

oğlu Abdullah'a temlik etmesi (Buharî, Hibe 26) kabulün de herhangi bir lafız kullanmadan gerekleştini göstermektedir. Zira Abdullah'ın kabule dair bir beyanı nakledilmemiştir.

3.1.5.2.2 Hibenin Alanının Tespit Edilmesi

Örf, hibe ile ilgili pek çok hükümde uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle de hibe edilen bir şeyi tüketme ya da kullanma izni, örf'e göre belirlenir. Nitekim misafirlere ikram edilen yemeğın onun yenmesi hususunda izin anlamı ierdiğı örf'e göre sabittir. Yine bir ev hanımının eşinin izni olmadan somun ekmek, yemek, eski elbise, az miktarda para gibi örfte uygulama alanı olan ve müsamaha ile karşılanan hususlarda sadaka vermesi de bu şekildedir (Kuvte 2007: 152).

Hibe edilen mal, tencere ya da bir kabın içinde olur; örf de bu kapların iade edilmesi şeklinde ise, yiyecek ya da meyveler alındıktan sonra kaplar hibe eden kişiye geri verilir. Âdetin kabın da hibeye ait olduğı şeklinde olması durumunda ise iade söz konusu olmaz (Merdâvî 1980: VII, 164).

3.1.5.3 Vekâlet

Vekâlet; ıstılahta, “Bir insanın bilinen bir tasarrufta başka birini kendi yerine koyması” (İbn Nüceym 1997: VIII, 235; el-Kermî 1401: II, 144)) şeklinde tarif edilmektedir.

İnsanın çeşitli nedenlerden dolayı yapamadığı işleri başkası vasıtasıyla görmesi anlamına gelen vekâletin sahih olabilmesi için müvekkilin vekâlet verdiğı konuyu bizzat kendisinin yapmaya malik olması (Kâsânî 1997: VII, 427), vekilin de akdi anlayıp kasetmesi (Merginânî ty.: III, 136) gerekir.

Örfün vekâlet üzerindeki etkisi aşığıdaki hususlarda gerçekleşmektedir:

3.1.5.3.1 Örfün Vekâlet Sözcüklerine Etkisi

Vekâlet, tarafların rızalarına işaret eden sözlü icab ve kabulleriyle gerçekleşir. Buna göre vekâlet bizzat müvekkilin bir şahsa, “Seni vekil yaptım, şöyle yap, şu şekilde yapmana müsaade ettim.” gibi ifadeleriyle; kabul ise vekilin, “Kabul ettim.” kelimesi ya da o anlama gelen bir cümlesiyle gerçekleşir (Kâsânî 1997: VII, 426). Müvekkilin icapta bulunurken, vekilin de kabul ederken kullandığı “vekil kıldım” ve “kabul ettim” ifadeleri dışındaki îcab ve kabul anlamına gelen kelimelerin sınırını ise sözlü örf belirler (Kuvte 2007: 176).

Ulaşım başta olmak üzere diğer başka nedenlerden dolayı şehirler hatta ülkeler arası karşılıklı ilişkilerin yaygın hale geldiği günümüzde internet üzerinden de taraflar îcab ve kabulde bulunabilir. Buna göre müvekkil, elektronik posta ile birisine ileti gönderir; karşı taraf kabul muhayyerliğini kullanarak dilerse bunu kabul, dilerse reddeder. Kendisine vekâlet teklif edilen kişinin konuyu herhangi bir şekilde yapması vekâleti kabul ettiği anlamına gelir. Gerekli önlemler alındığı takdirde elektronik iletiye dayalı muameleler insanlar arasındaki muameleleri kolaylaştıracak ve işlerini gerçekleştirmede onlara etkin bir hizmet sunacaktır (Sind 2004: 177; Kuvte 2007: 177).

3.1.5.3.2 Örfün Mutlak İfadelerle Vekâlet Vermeye Etkisi

Müvekkil, vekiline satış vekâleti verirken malı kaçta satabileceğini ve satışta kullanılacak paranın türünün ne olacağını belirtirse tartışma ihtimali ortadan kalkar. Şayet müvekkil, vekiline mutlak bir vekâletle satma yetkisi verirse, örf devreye girerek ücreti malın mislinin fiyatı ve ülkede yaygın olarak kullanılan para ile sınırlandırır. Birden fazla paranın işlem gördüğü bir ülkede yaygın olarak kullanılan para mutlak vekâlette açıkça belirtilen lafız yerinde kabul edilir. Bu durumda müvekkil vekiline, eğer ülkede tek bir para kullanılıyorsa malı mislinin ücreti karşılığında; şayet birden çok para işlem görüyorsa yaygın paraya göre satmasını söylediği kabul edilir (İbn Abdüsselâm 1999: II, 83). Vekil, malı ederinden daha az fiyata ya da yabancı bir para karşılığında satarsa sınırı aşmış kabul edileceğinden müvekkiline tazminde bulunur.

3.1.5.3.3 Örfün Vekilin Satışına Etkisi

Vekil, alım ve satımda vekâleti zan altında bırakacak muamelelerden uzak durmalıdır. Buna göre vekil, babası ve dedesi ya da oğlu gibi hakkında şهادeti kabul edilmeyen kişilerle de alım satım yapmamalıdır (Aynî 2000; IX, 266).

Yukarıdaki ifadelerden vekilin kendisine de vekâlete konu olan malı satamayacağı öncelikle anlaşılmaktadır (İbn Nüceym 1997: VII, 282). Buradaki yasağın gerekçesi örfdür. Çünkü alışveriş akdinde geçerli olan örfte göre kişi, kendinden başkasına satış yapar (İbn Kudâme 1994: V, 73).³⁵

3.1.5.3.4 Örfün Vekilin Tasarrufuna Etkisi

Vekâlet, izne dayalı bir akittir. Bu yüzden vekil müvekkilin tespit ve tayin ettiği ölçüler çerçevesinde işlem yapmak zorundadır. Buna göre vekilin tasarrufu müvekkilin ya bizzat beyanına ya da örfün onayladığı şekliyle iznine göre olmalıdır. Eğer müvekkil, vekilin tasarrufunu zamanla sınırlandırırsa vekil ne belirlenen zamandan önce ne de sonra işlemde bulunabilir. Zira izin hem mutlak hem de örfi olarak belirlenen zamanı aşamaz. Müvekkil vekile, “elbiseyi yarım sat.” diye vekâlet verse vekil, elbiseyi söz konusu zamandan ne önce ne de sonra satabilir. İzin zamanla olduğu gibi mekanla da sınırlandırılabilir. Buna göre kişi vekiline elbisesini çarşıda satması kaydıyla verse, müvekkil vekâleti çeşitli özelliklerinden dolayı tercih ettiği çarşıyla sınırlandırmış olur (İbn Kudâme 1994: V, 81).

Vekil, belirtilen ölçülere dikkat etmezse tazminde bulunur. Bunun ölçüsü de vekâlette tecavüz ve haddi aşmasıdır. Bu iki hususta kural örfdür: Örfte tecavüz ya da haddi aşmak kabul edilen şeyler bu bağlamda değerlendirilir (Kuvte 2007: 182).

³⁵ Ezdattan olan yani satmak ve satın almak anlamlarına gelen “bâ’e” fiilinin birinci mefulunun başına, “bi’tu min zeydin ed-dâra” örneğinde olduğu gibi te’kid için “min” harf-i cerri gelebilmektedir. (İbn Nüceym 1997: VII, 282).

3.1.5.4 Vakıf

İslam hukukçuları vakfın tarifiyle alakalı farklı görüşleri sürmüşlerdir. Ebû Hanîfe vakfı, “Bir aynı vakfedenin mülkü hükmünde tutarak dilediği yere menfaatini tasadduk ya da sarf etmesi” şeklinde tarif etmekte (İbnü’l-Hümâm 2003: VI, 186); İmameyn’in de içerisinde yer aldığı Şafii ve Hanbelî hukukçular, “Kendisi ile faydalanmanın mümkün olduğu bir malın gelirini, vakfedenin ve başkasının malın rakabesindeki (aynında) tasarrufuna son vererek, aynı baki kaldığı halde Allah’a yaklaşma maksadıyla, mevcut mübah yerlere, hayrî işlerde harcanmak üzere bağışlaması” veya “Kişinin bir aynı Allah’ın mülkü hükmünde sonsuza dek tutması” (Zuhaylî 2008: X, 7601; Leknevî 1417: IV, 426-7) olarak tanımlamaktadır. Malikiler ise vakfı, bir şeyin aynını sahibinin mülkiyetinde tutarak menfaatini vermek, şeklinde tarif etmektedirler (Huraşî 1997: VII, 361).

Hayrın sürekliliğini temin eden ve toplumun farklı alanlarda ihtiyacını karşılayan vakıf, örfle yakın ilişki içerisinde. Örfün vakıf üzerindeki etkisini şu şekilde incelemek mümkündür:

3.1.5.4.1 Örfün Vakıf Sözcüklerine Etkisi

Vakıf, bir aynın ebedi olarak şahsın mülkiyetinden çıktığına delalet eden söz ve fiille gerçekleşir. Sözler “vakfettim”, “hapsettim” gibi açık ifadeler olabileceği gibi kinayeli lafızlar da olabilir. Vakfedenlerin kullandıkları ifadeler fıkıh usûlü, fıkıh ve Arap dilinin kaideleri üzerine bina edilmez. Bilakis onlar örfte akla ilk gelen, anlaşılabilir ve vakfedenlerin amaç ve adetlerine en uygun olan şeye göre yorumlanır (İbn Abidin ty.: II, 144). Vakıf ebedi olarak hapsetmeyi içeren ve örfte geçerli olan fiillerle de olur. Buna göre kişinin evini mescit olarak kurması, orada namaz kılınmasına izin vermesi (Serahsî 2001: XII, 41) ile tercih edilen görüşe göre vakıf gerçekleşir. Zira örf tıpkı açık lafız gibi maksada delalet etmektedir.

3.1.5.4.2 Örfün Vakfiyenin Kullanımına Etkisi

Vakfedilen eser vakfedildiği anda geçerli olan örfte göre kullanılır. Zira vakfeden, yaşadığı zamandaki örfü dikkate alarak bu işlemi gerçekleştirmiştir. Buna göre

vakıf olan bir medresede ders okutma vakti geçerli olan örf'e göre sabahdır. Şayet hoca, zamanda değişikliğe gidip ders vaktini geceye, öğleye ya da akşama alırsa kendisine müsaade edilmez (İbn Abdüsselâm 1999: II, 89).

3.1.5.4.3 Örfün Taşınırların Vakfına Etkisi

Fıkıhın genel kuralına göre taşınırların vakfedilmesi caiz değildir. Zira vakfedilen şeyin ebedi olması vakfın şartlarındadır. Taşınır da sürekli var olmadığından vakfedilmez (İbn Abidîn 2003: VI, 556). Fakat İmam Muhammed genel uygulama olması durumunda taşınırın vakfedilmesinin caiz olacağını belirtmiştir. Fakihlerin çoğunluğu da bu görüşü tercih etmiştir. Para vakıfları da bu çerçevede değerlendirilir. Buna göre örf olması durumunda her türlü taşınırın vakfi caizdir (İbn Abidîn 2003: VI, 555).

Tabut, cenaze örtüsü, ölüyü yıkamak için gerekli olan kazan ve kaplar, mushaflar, cihad için at ve silah gibi taşınırların vakfi bu bağlamda değerlendirilmektedir. Meşayih, kitapların vakfedilmesi noktasında ihtilaf etmiş fakat Ebu'l-Leys es-Semerkandî ise buna cevaz vermiştir (Kâdîhân 2009: III, 189).

Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü gibi genel kural örf ile terk edilmiştir. Zira örf ile sabit olan nass ile sabit olmuş gibidir (İbn Abidîn 2003: VI, 556).

3.1.5.5 Yemin

Yemin, lügatte kuvvet ve ant içmek anlamına gelir (İbn Fâris 2008: 1072). İstılahta ise, "Bir işi yapıp yapmamaya dair ant içen kişinin kararlılığını kendisi ile kuvvetlendirdiği akde" denir (Haskefi 2002: 280).

Örfün en fazla etkili olduğu konulardan biri yemindir. Zira yeminler örf dikkate alınarak anlaşılır (Meydânî 1996: III, 106).

Örfün yemin üzerindeki etkisini şöyle bir örnekle izah edelim: Bir kimse, "Falanın evine ayağımı basmam." diye yemin etse bu ifadede 'ayak basmak' terkinin

lügat anlamı olan “çıplak ayağı koymak” değil, umumî örfteki “eve girmek” şeklindeki mana anlaşılır ve terkinin lügat anlamı terk edilir. Bu şekilde yemin eden kimse kastettiği kişinin evine yürüyerek ya da bir şeye binerek giderse yemini bozulur. Eve girmeden sadece ayağını koyması durumunda ise yemini bozulmaz (Ali Haydar 1330: I, 94).

3.2 Hükümlerin Değişmesinde Örfün Etkisi

Âdetler esas olarak sabit ve değişken olmak üzere ikiye ayrılır (Şatibî 1996: II, 571). Değişken olan örf ve âdetler toplumun yapısının değişmesine paralel olarak bağlı bulunduğu hukuk kaideleri ve hükümleri çerçevesinde değişerek hukukun sosyal hayata uyum sağlamasını temin eder.

İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından örf ve âdetin tâli bir kaynak olarak kabul edilmesiyle hukukun, toplumun gerisinde kalması önlenmiş gibi, toplum-hukuk çatışmasına da engel olunmuştur. Ayrıca bu durum, İslam hukukunun farklı coğrafyalarda hakimiyetini kolaylaştırmış, yasaklayıcı nassın bulunmadığı alanlarda bölge halklarının örfleri hakimler tarafından dikkate alınmıştır (Dalgın 2003a: sy. 16, 101-102).

Örfün, toplum-hukuk ilişkisindeki öneminden dolayı, müctehidin insanların âdetlerini bilmesi icthad şartları arasında zikredilmiştir (İbn Abidîn ty., II, 123). Zira içinde yaşadığı toplumun örfüne yabancı bir hukukçunun insanların fayda ve zararını gözeterek hükümler istinbat etmesi imkan dahilinde değildir.

Sonraki dönem hukukçuların seleflerine muhalefet etmelerinin arkasında zamanın değişmesi ve insanların ahlaken bozulması vardır (Zerkâ 1998: II, 941). Nitekim İbn Abidîn de değişen hükümlerin arka planındaki yapıyı ve etkenleri açıklayıcı mahiyette şunları söylemektedir: “Çok sayıda hüküm, örfün değişmesi, zaruretin ortaya çıkması, insanların ahlaken bozulması gibi etkenler sebebiyle değişir. Şayet hükümler ilk konumlarında kalsaydı kaçınılmaz olarak zorluk ve zarara yol açarlardı, ayrıca bu, şeriatin hafifletme (tahfif), kolaylaştırma (teysîr), dünyanın en mükemmel düzen ve güzel hüküm çerçevesinde devam etmesi için gerekli olan

zarar ve fesadı ortadan kaldırma prensiplerine aykırı olurdu.” (İbn Abidîn ty.: II, 123). Bu yüzden diğer mezheplere mensup hukukçular gibi Hanefî fakihler de Ebû Hanîfe'nin yaşadığı dönemin durumunu dikkate alarak onun icthatlarına muhalif fetvalar vermişlerdir. Fakihler bunu, Ebû Hanîfe kendi dönemlerinde yaşamış, icthatlarına referans olan olaylardan farklı yeni durumları görmüş olsaydı hükümdeki amacı elde edebilmek için kendileriyle aynı şeyi söyleyeceği bilinci içerisinde yapmışlardır (Ebû Sünne 1992: 113). Müctehit imamlar kuşağından sonra gelen fakihler seleflerine bu gerekçe çerçevesinde muhalefet etmiş ve hukukun gayesinin ancak âdete dayalı hükümlerin değişmesiyle gerçekleşebileceğini ifade etmişlerdir. Ayrıca hükümde aranan maksadın gerçekleşmesi için örf'e dayalı hükmün değişmesi, İslam hukukunun dinamik yapısının önemli nedenleri arasında yer almaktadır.

Örfün değişken oluşu fıkıh kitaplarında hükümlerin, âdetlerin değişmesiyle değişeceği (Zeylaî 2000: V, 125) kaidesi çerçevesinde ifade edilmiştir. Mecelle bu durumu şu şekilde kanun maddesi haline getirmiştir: “Ezmânın tağayyuru ile ahkâmın tağayyuru inkar olunamaz.” (Md.: 39).

Hükümlerin değişmesinde zaman faktörünün etkisini şahitlik örneği ile izah edelim: Ebû Hanîfe yaşadığı dönemin insanlarına bakarak mahkemede karşı taraf istemedikçe hadler ve kısas dışındaki davalarla ilgili şهادette şahitlerin tezkiye edilmesine ihtiyaç olmadığını belirtmiştir. İmameyn kendi devirlerinde yaşayan insanların hallerinde olumsuz yönde değişme gördüklerinden şahitlerin gizli ve açık tezkiye edilmesi yönünde icthat etmişlerdir. Fetvada İmameyn'in görüşü tercih edilmiştir (İbnü'l-Hümâm 2003: VII, 351-3; Kâsânî 1997: VII, 25-6; Zuhaylî 2004:VIII, 6038-9). Bu hükmün değişmesinde zaman faktörüne bağlı olarak ahlaki bozulmanın da etkisi vardır.

Örf'e dayalı hükümler zamana göre değiştiği gibi mekan faktörünün etkisiyle de değişmektedir. Bir bölgenin örfünde yer alan bir uygulama ilgili bir hükme meşruiyet verirken, örf olmayan bir başka bölgede aynı uygulama caiz görülmemektedir. Buna göre bir kimse Ramazan ayında mescide bir mum

gönderse ve kullanılan bu mumun üçte biri ya da daha azı geri kalsa, mum sahibinin açık izni olmadan imam ve müezzin mumun artan kısmını alamaz. Eğer örf, açık izin olmadan bu konumdaki bir mumu almaları yönünde ise caiz olur (İbn Nüceym 1998: 118; Ali Haydar 1330: I, 101). Mumun artan kısmı ile ilgili hükmün değişmesine etki eden amil mekandır. Artan kısmı almanın örf olduğu yerlerde almak caiz, aksi bölgelerde ise değildir.

İslam hukukçuları zaman ya da mekanın değişmesiyle örfeye dayalı hükümlerin de değişmesini adaleti yerleştirmek, maslahatı temin etmek ve bozulmayı gidermek (Zerkâ 1998: II, 941) için gerekli görmektedir.

Örf ve âdete dayalı hükümlerin oluşmasına insanların çirkinlik ve güzellik değerlendirmesi de etki etmektedir. Âdet güzellikten çirkinliğe ya da çirkinlikten güzelliğe doğru değişim gösterir ve hükmünü de bu çerçevede alır. Örneğin erkeğin başının açık olması yörelere göre farklılık arz eder. Doğu ülkelerinde mürüvvet sahibi kimselere göre çirkin kabul edilen başın açık olması, Batı (mağrib) ülkelerinde çirkinlik sayılmaz. Görüldüğü gibi şer'î hüküm, bölgelere göre değişmekte; erkeğin baş açık dolaşması Doğu ülkelerinde adaleti zedeleyici bir durum olurken Batı ülkelerinde olmamaktadır (Şatıbî 1996: II, 571). Nitekim Doğu bölgeleri fakihleri, âdeten fes takmak gereken yerlerde baş açık olarak dolaşan kişilerin şahadetinin kabul edilmeyeceğini belirtmişlerdir (Şîrâzî 1995: III, 438; Dimyatî 2002: IV, 461). Görüldüğü gibi bir nesne ya da davranışın insanlar tarafından çirkin veya güzel görülmesi hükmün değişmesine etki etmektedir.

Örf, kelimelerin anlamları üzerinde tasarrufta bulunarak lafızlara yeni manalar yükleyebilir. Belli bir amaca yönelik olarak yapılan bu değişme, önceki ile sonraki anlam arasında farklılıklara yol açar. Farklılıklar milletler arasında olabileceği gibi, aynı millet içerisinde bir sanat grubuna mensup insanların kendi işlerinde diğer insanlardan farklı olarak kullandıkları ifadelerle veya bir kelimenin birçok anlamı içerisinde yalnız bir tanesinin yaygınlık kazanıp zamanla kelimedenden sadece o yaygın anlamın anlaşılması ile de gerçekleşebilir (Şatıbî 1966:

II, 572). Bu ve benzeri durumlarda kelimenin yeni bir anlam kazanması örfe göre olur.

Muâmelât ve benzeri konulardaki teâmüllerde meydana gelen farklılıklarda da örf dikkate alınır. Mesela nikah konusunda âdet, zifaktan önce mehirin teslim edilmesi; falanca şeyin satışında âdet ödemenin veresiye değil peşin yapılması ya da aksi veya mutlaka şu kadar zamana kadar olması şeklinde olur. Bu gibi durumlarda hüküm, fıkıh kitaplarında da belirtildiği üzere söz konusu âdetler doğrultusunda cereyan eder (Şatıbî 1996: II, 572).

3.2.1 İbadetlerle İlgili Hükümlere Etkisi

İbadetlerin teabbudi hükümler bağlamında değerlendirildiği ifade edilmişti. Tabbudî hükümlerin oluşmasında aklın dolayısıyla da örfün hiçbir şekilde tasarrufu yoktur. Şârî'in emrine uymayı emreden (Mubârekî 1992: 201) ibadetlerde zaman ve mekan değişimi dikkate alınarak değişiklik olmaz. Zira değişiklik nassa değil örfe dayalı hükümlerde söz konusudur. Ayrıca ibadetin delili olan nass örften daha güçlüdür. Zira nassın batıl olması ihtimal dahilinde değilken, örf pek tabi batıl olabilir (Ali Haydar 1330: I, 102). Örf, ibadetlerle ilgili hükümlerin aslından olmayan hususlarla ilgili ya da sonradan olan konularda olursa etkide bulunabilir. İki örnekle bu konuyu izah edelim:

3.2.1.1 Ücretle Kur'an-ı Kerim Okumak

İbadetler sadece Şârî'in rızasını kazanmak için yapılır. Bu yüzden ilk dönem Hanefî hukukçuları ibadet kapsamında değerlendirdikleri Kur'an-ı Kerim öğretme faaliyeti karşılığında ücret almanın caiz olmadığını belirtmiştir (Merginânî ty.: III, 235; Dalgın 2003c: sy. 2, 72). Zührî'ye göre öğretme karşılığında alınan bedel mekruhtur (Aynî 2001: XII, 135).

Hanefî hukukçulardan Hakimu'ş-Şehid bu sınırı daha da genişletmektedir. Ona göre, "Kişinin çocuğuna Kur'an-ı Kerim, fıkıh, feraiz öğretmesi ya da Ramazan'da onlara imamlık veya müezzinlik yapması için ilim sahibi birisini

parayla tutması caiz değildir.” (Aynî 2001: XII, 135). Zira, edası müslümana mahsus olan bir ibadetin îfası için adam tutmak caiz görülmemiştir. Çünkü taât ve kurbet olan bu fiiller bizzat mükellefler tarafından yapılmalıdır (Aynî 2001: XII, 135). Nitekim Yüce Allah, “İnsan için ancak çalıştığı vardır.” (Necm, 53/39) buyurmaktadır.

Bu hükmün verildiği dönemde, Kur’an öğreticilerine beytü’l-malden tahsisat yapılmaktaydı. Zamanla şartlar değişti, beytü’l-malden verilen bu tahsisat kesildi. Kur’an öğretimi ile uğraşanlar, ücret almasalar, geçimlerini sağlayamayacaklardı. Öğretme vazifesini bıraksalar, Kur’an öğretimi yok olup gidecek, kutsal kitabı okuyup anlayamayan bir nesil yetişmiş olacaktı. (Dalgın 2003c: sy. 2, 72). İşte bu şartlar altında sonraki dönemde yaşayan hukukçular müctehit imamlara muhalefet ederek okutma karşılığında ücret alınabileceği yönünde fetva vermişlerdir. Nitekim Serahsî, Belh meşayihinin Kur’an-ı Kerim öğretmek için öğretmen tutmanın caiz olduğu noktasında Medine alimlerinin görüşünü benimsediğini nakletmektedir (Aynî 2000: X, 282). Osmanlı Devleti Şeyhülislamlarından İbn Kemâl de caiz olduğu yönünde fetva vermiştir (İbn Kemâl Paşa 1316: II, 227-8). Aynî de bu görüşü tercih ettiğini belirtmektedir (2000: X, 282).

Ücret karşılığı Kur’an-ı Kerim okutmanın caiz olduğunu söyleyen fakihler, gerekçe olarak öğretmenlere devlet tarafından verilen hediyelerin kesilmesi, insanların ahiret işlerine gerektiği şekilde ilgi göstermemesi, eğitimle dünya işinin birlikte yürütülmesi durumunda her iki cihetin de aksayacak olması, dini meselelerde baş gösteren durağanlık ve tembelliğin Kur’an-ı Kerim hıfzının kaybolmasına yol açması gibi nedenleri göstermektedirler (Aynî 2000: X, 281-2; İbn Abidîn ty.: II, 123-4).

Yukarıda da görüldüğü gibi sonraki dönemde yaşayan İslam hukukçuları öncekilere muhalefet ederek örfün değişmesine bağlı olarak ücret karşılığında Kur’an-ı Kerim okutmanın caiz olduğu yönünde fetva vermişlerdir.

3.2.1.2 Kadınların Camiye Gitmesi

Sahabe, Hz. Peygamber'le sürekli birlikte olmayı arzu ederdi. Nitekim Hz. Peygamber Medine'de Mescid-i Nebevî'yi inşa edince ona yakın olmak isteyenler evlerini mescidin çevresine kurmuştu. Evlerin kapıları da mescide açılmaktaydı (Eb'u Davûd, Tahare 93). Bu yüzden erkekler gibi kadınlar da her ne amaçla olursa olsun evlerinden çıktıklarında öncelikle mescide uğrarlardı. Bu durum kadınların mescit ortamında daha fazla bulunmalarına sebep oldu. Medine döneminin ilerleyen yıllarında mescitle sosyal hayatın münasebeti değişince evlerin mescide bakan kapıları bizzat Hz. Peygamber'in emriyle kapatıldı. Böylece kadınların cami ortamında yer almaları, yeni düzenleme ile sınırlandırılmış oldu. Bu tarihten itibaren kadınlar mescidi daha çok eğitim amaçlı kullandı. Nitekim Ebû Said el-Hudrî'den gelen şu hadis de bu durumu desteklemektedir: “(Bir gün) Kadınlar Hz. Peygamber'e, ‘Ey Allah'ın Resûlü! Erkeklerden bize meydan kalmıyor, bize özel bir gün ayırır mısınız?’ dediler. Hz. Peygamber de onlara bir gün belirledi. Kadınlar o günde Allah Resûlü'nün huzuruna gelir, O da kendilerine sohbet ederdi.” (Buharî, İlim 36).

Kadınların Hz. Peygamber'e, “Erkeklerden bize meydan kalmıyor, bize özel bir gün ayırır mısınız?” ricasında bulunmalarından, “Erkekler her gün camiye devam ediyor, ilim öğreniyor ve dini meseleleri dinliyorlar. Biz kadınlar zayıfız, onlarla boy ölçüşemeyiz.” (Aynî 2001: II, 202) gibi bir anlam çıkmaktadır. Aşağıdaki tespit kadınların Medine döneminin son yıllarında cemaate ya hiç katılmadıklarını ya da katılımlarının düşük bir düzeyde olduğunu desteklemektedir: “Kadınların namazgaha gitmeleri İslam'ın ilk yıllarındadır. Bundan gaye ise, düşman nazarında Müslümanları sayı itibarıyla çok göstermektir.” (Aynî 2001: III, 404).

Hz. Peygamber devrinde (özellikle Medine döneminin ilk yıllarında) kadınlar gerek cemaat sevabı alabilmek gerekse de dinde derin anlayış sahibi olabilmek amacıyla, elbiselerini giymiş, örtülerine bürünmüş olarak mescide gelirlerdi (Ebû Sünne 1992: 110). Fakat daha sonra kadınlar mescide gelirken tesettür hassasiyetine dikkat etmemeye başladılar. Bunun üzerine Hz. Aişe, Hz. Peygamber'in tedricen kadınların mescitteki ortamlarını sınırlandırmasından da

hareketle camiye gelmelerinde bir maslahat olmadığı yönünde ictihat yaptı: “Eğer Hz. Peygamber kadınların (kendisinden sonra) mescitlerde neler ihdas edeceklerini bilseydi, İsrailoğulları'nın kadınları gibi, o da onların mescitlere girmelerini yasaklardı.”(Buharî, Ezan 163).

Hz. Aişe, kadınların giyim kuşam ile ilgili değişen örflerinin camideki ibadet ortamına zarar verdiğini düşününce camiye gitmemeleri yönünde ictihatta bulunmuştur.

3.2.2 Ticaret Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi

Örf, haram kılınan alışveriş şekilleri, faizle borç alma gibi akıl ve örfün etki edemediği konular haricindeki muamelatla ilgili hükümlerin oluşmasında önemli bir role sahiptir (Hasaneyn 1988: 131). Örfе dayanan ticarî konular örfün değişmesine bağlı olarak değişir. Konuyu iki örnek üzerinde inceleyeceğiz:

3.2.2.1 Satılan Malı Görme Muhayyerliği

Müşteri, bir mal satın alırken onu görür. Görmemesi durumunda görme muhayyerliği (hıyâru'r-ru'ye) hakkı vardır. Buna göre kişi görmediği bir atı satın aldığı anda atı gördüğünde akdi feshetme ya da onaylama muhayyerliğine sahip olur (Zeydan 1999: 318).

İslam hukukçuları görme muhayyerliği bağlamında örfе dayalı hükmün değişmesini şöyle bir örnek çerçevesinde izah etmektedirler: Önceki dönem alimlerine göre kişi, satın alacağı evin akitten önce bir odasını gördüyse bu yeterlidir. Daha sonra söz konusu evi satın alan bu müşteri diğer odaları gördüğünde görme muhayyerliği hakkını elde edemez. Sonraki dönem hukukçularına göre ise müşteri, satın almadan önce evin her bir odasını görene kadar görme muhayyerliğine sahiptir. Önceki ve sonraki dönem hukukçuları arasındaki bu ihtilaf, delil ve hüccet üzerine bina eden bir ihtilaf değil bilakis inşaat hakkındaki örf ve âdetin ihtilafından kaynaklanmaktadır (Ali Haydar 1330: I, 101-2). Zira önceki dönem hukukçuları zamanında evlerin her odası tek bir

tarzda yapıldığından satıştan önce evin bir odasını görmek diğerlerini görmekten mustağni kılmaktaydı. Daha sonra ev mimarisi değişip her odayı farklı yapmak âdet haline gelince ‘bir odayı gören diğerlerini görmüş’ kabul edilmemiştir (Ali Haydar 1330: I, 102).

Günümüzde –kanaatimizce- standart üretimi olan mallar, zamanla piyasaya farklı modellerde arz edilirlerse müşteri, alacağı modeli görmeden görme muhayyerliğini kaybetmez.

3.2.2.2 Arazinin Sınırlarının Tespit Edilmesi

Akde konu olan mal, arazi gibi taşınmaz bir mal olursa akit meclisinde dört bir köşeden sınırları tayin edilmelidir. Böylece arazi diğerlerinden ayırt edilmiş ve taraflarca bilinmiş olur. Nitekim taşınmaz bir mal üzerinde hak iddia eden davacı da mahkemede kendisine ait olduğunu savunduğu yerin dört bir tarafını belirtip sahiplerini nesepleriyle birlikte zikretmek zorundadır (Meydânî 1996: III, 122).

Günümüzde birçok krallık ve ülkede arazi tapuları ihdas edilmiş ve satış akitlerinde yerin sınırları belirtilmeden tapu kayıt numarası zikredilmektedir (Zerkâ 1998: II, 954).

Satılan malda tartışmayı ortadan kaldırmayı amaçlayan sınırların tayin edilmesi, tapu kayıtlarında daha belirgindir. Bu yüzden örfün değişmesine bağlı olarak hüküm de değişmiştir.

3.2.3 Aile Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi

Örf, aile hukukunda aklın tasarrufta bulunduğu ya da örfü havale ettiği konularda hükümlerin oluşmasına etki eder. Biz bu durumu iki örnek üzerinde inceleyeceğiz:

3.2.3.1 Kadının Seyahat Etmeme Hakkı

Bilindiği gibi nikah akdi her iki tarafa da hak ve sorumluklar yükler. Zahiru'r-Rivâye kitaplarında belirtildiğine göre erkeğin akitten kaynaklanan haklarından birisi de, mehirini peşin olarak vermesi durumunda hanımını yanında alıp götürebilmesidir (İbn Abidîn 2003: IV, 294).

Sonraki dönem hukukçuları ahlakın bozulması, zulmün yayılması gibi olumsuzlukların etkisinde kalan birçok erkeğin eşlerini onların aile ve yardımcılarının olmadığı uzak diyarlara götürüp kötü davranmalarını dikkate alarak erkeğin her durumda eşini yanında götürebilmesi görüşüne aykırı fetva vermiştir (Zerkâ 1998: II, 946). Buna göre önceki fetvanın aksine kadın, mehirini almış olsa da güvenilir olmayan bir eşle seyahat etmeme hakkına sahiptir (İbn Abidîn 2003: IV, 294).

Ahlakî bozulmaya bağlı olarak toplumda ortaya çıkan güvensizlik, erkeklerin eşlerini diledikleri yere götürmemeleri şeklinde bir örfün ortaya çıkmasına yol açmış, fakihler de bu örfeye bağlı olarak kadının seyahat etmeme hakkının olduğunu belirtmişlerdir.

3.2.3.2 Kefâette Meslek Faktörünün Dikkate Alınması

İslam hukukçuları kefâetin detay hükümlerinde ihtilaf etmişlerdir. Zahiru'r-Rivâye kitaplarında Ebû Hanife'den nakledildiğine göre kefâette meslek dikkate alınmaz. Buna göre baytar, parfümericiye denk kabul edilir. İmameyn ve Ebû Hanife'ye isnat edilen iki rivayetten birine göre ise, baytar, hacamatçı, dokumacı, süpürgeci, derici gibi bayağı meslek sahipleri; parfümerici, manufakturacı ve sarrafa denk olmaz. Çünkü insanlar onlardan uzak dururlar. Bu durum asır ve zaman farklılığından kaynaklanmaktadır. Zira Ebû Hanife zamanında insanlar meslekte bayalığı noksanlandırıcı bir unsur olarak görmüyorlardı. İmameyn zamanında ise aksi bir örf oluşmuştur (Kadîhân 2009: I, 309).

Toplumun meselek algısı değişince doğal olarak kefâetle ilgili hükümde değişmiş, imameyn yeni örf'e bağlı olarak bayağı işlerde çalışan bir erkeğin parfümerici, manifaturacı ya da sarrafın kızına denk kabul olmayacağını söylemiştir.

3.2.4 Ceza Hukuku İle İlgili Hükümlere Etkisi

Örf, nass ve icma ile sabit olan hadler ve kısas dışındaki hususlarda sınırlı bir etkiye sahiptir.

3.2.4.1 Menfaatin Gaspı

İslam hukukçuları insanların konumlarına ve örflerine dayalı konularda ceza hukuku ile ilgili bir hüküm belirlerken cezanın işlevselliğine bakmışlardır. Buna göre ilk dönem Hanefi hukukçuları, menfaati bizzat mütekavvim olarak kabul etmediklerinden gasp edilmesi durumunda; gasp edildiği zamanın hesap edilerek tazmin edilmesini gerekli görmemişlerdir (Zerkâ 1998: II, 945). Bu fetvaya göre bir kimse bir malı, sahibinin izni olmadan kullanarak ondan istifade etse ya da malı yanında alıkoyarak sahibinin ondan faydalanmasına engel olsa, malı gasp ettiğinden ya da istifadeye engel olduğundan dolayı bir ücret ödemez (Ali Haydar 1330: I, 949). Bu durumun, kötü niyetli insanların yetimlerin ve vakıfların mallarına karşı tecavüzkar davranmalarına yol açtığını gören sonraki dönem fakihleri insanların değişen hallerini dikkate alıp kötü niyetli insanların meşru olmayan isteklerinin önüne geçmek için bu malların gasp edilmesi durumunda menfatlerinin bedelinin misli üzerinden tazmin edilmesi gerektiği yönünde fetva vermişlerdir (Ali Haydar 1330: I, 102).

3.2.4.2 Borçlunun Tasarrufunu Engelleme

İslam hukuku insanın şahsiyetini her şeyden önde tutar. Bunun göstergelerinden biri de borçlunun borcunun, onun zimmetiyle ilgili olmasıdır. Borç hiçbir şekilde borçlunun malına, mal ister borçlandığı zaman elinde olsun isterse de daha sonra mülküne geçsin taalluk etmez. Yani borç, bu konumdaki birinin malı üzerindeki tasarrufuna engel olmaz (el-Mevsûâtu'l-Fıkhiyye 2003: XXI, 106). Nitekim Ebû Hanife alacaklıların isteği üzerine hakimın, borçlunun ticarî faaliyetlerine hacr

koymasını ehliyetini yok etmeyle gerekçelendirip caiz görmemiştir. Bir çeşit hacr olduğundan hakimin borçlunun malı üzerinde de tasarrufta bulunmasına cevaz vermemiştir (Merginânî ty.: IV, 279).

İmameyn, Ebû Hanife'den farklı olarak alacaklıların istemesi durumunda hakimin borçluya hacr uygulayabileceğini ve alacaklılarına zarar vermemesi için malı üzerindeki tasarruflarını da engelleyebileceğini söylemiştir (Merginânî ty.: IV, 279).

Ebû Hanife ile İmameyn'in farklı şekillerde ictihatta bulunmalarının arka planında alacaklıların mallarını kurtarma düşüncesi vardır. Nitekim zamanın bozulmasına bağlı olarak borçlular mallarını güvendikleri bir yakınına veya arkadaşına vakfetme veya bağışlama yoluyla onları alacaklılarından kaçırmaya teşebbüs eder hale gelmişlerdir (Zerkâ 1998: II, 945).

Toplumda fesâd-ı zamana bağlı olarak fasid bir örf oluşunca İmameyn bu durumu dikkate alarak Ebû Hanife'nin hilafına ictihatta bulunmuştur.

3.2.5 Diğer Hükümlere Etkisi

3.2.5.1 Gasbedilen Bir Maldaki Tasarrufun Tazmin Edilmesi

Ebû Hanife'ye göre elbiseyi gasp eden kişi elbiseyi siyah renge boyarsa bu, elbisede bir kusur kabul edilir ve elbise sahibi ya elbiseyi gasıba bırakıp boyasız olarak gasp ettiği önceki hal üzerinden kıymetini ödettirir ya da boya ile gerçekleşen değer kaybını gasıba tazmin ettirerek elbiseyi geri alır. Ancak Abbasiler'in siyah elbiseyi moda haline getirmesine bağlı olarak siyah hakkındaki örf değişmiş, siyah rağbet edilen renk haline gelmişti. Buna bağlı olarak İmameyn de gasıbın elbiseyi siyaha boyamasının kusur değil artı değer olduğunu, bu yüzden onun gasp edilen malda fazlalığı bulunduğunu ve hükmün bu şekilde uygulanması gerektiğini söylemiştir. Bu durumda elbise sahibi malı gasbedene bırakıp ondan elbisenin boyanmamış haldeki kıymetini tazmin etmesini talep etmekle, elbiseyi geri alıp gasıba boyamadan dolayı oluşan fazlalığın kıymetini ödemek arasında

muhayyerdir. İki tarafın hakkını koruması bunu gerektirir (Aynî 2000: XI, 230; Zerkâ 1998: II, 934).

Ebû Hanife'nin muteber ya da ilgâ edildiğine dair bir nass olmayan elbisenin renkleri konusunda verdiği fetvanın İmameyn tarafından değiştirilmesi örfün etkisiyle olmuştur.

3.2.5.2 Taşınır Malın Vakfı

Örf dikkate alınarak taşınır malın vakfedilmesine cevaz verildiğini görmüştük. Şayet taşınırın vakfı hususî örf ise bununla ancak özel hüküm sabit olur. Buna göre bir taşınırın vakfı bir bölgede örf olur, diğerlerinde olmazsa vakıf sadece örfün geçerli olduğu bölgelerde sahih olur. Diğerlerinde vakıf işlemi sahih olmaz. Bir bölgede koyun, keçi, inek gibi hayvanların vakfedilmesi âdet ise, âdetin geçerli olduğu bölgelerde bu tür taşınırların vakfı sahih, diğer bölgelerde ise değildir (Ali Haydar 1330: I, 94).

3.3 Örfün İctihatla Çatışması

Hukuki hükümler ya nass ya da icthad ile sabit olur. Örf, nassla sabit olan hükümle çatıştığında hangisinin tercih edileceği ile alakalı görüşleri ve onların değerlendirmesini örf-nass ilişkisi başlığı altında yapmıştık. Bu bölümde örfün icthadi hükümlerle çatışması ile alakalı görüşler incelenip değerlendirilecektir.

Hakkında nass sabit olmayan konular icthad yoluyla mesela kıyas ile olduğu gibi istihsan ve istislah ile de tespit edilebilir. Bu iki durum arasında şöyle bir fark vardır: Müctehit kıyas yoluyla bir hükmü ortaya çıkarırken hakkında nass sabit olan bir konuyu dikkate alır. İstihsan³⁶ ve istislah³⁷ ise üzerine kıyas yapılacak hakkında nass sabit olan benzer bir hüküm yoktur (Zerkâ 1998: II, 931).

³⁶ bk. Tez, 20.

³⁷ Gazzalî'nin ıstıslâh dediği gerçekte mürsel maslahattır. İstislahta mürsel maslahat, “Şeriat tarafından ilga ve itibar edildiğine dair nass ve icma olmayan vasıf” şeklinde tarif edilmektedir.” (Zuhaylî 1998: II, 758).

Asıl konumuz olan icthâat ve rey ile sabit olan hükümlerin önemli bir bölümü müctehitlerin kendi dönemlerine ait örflere dayanmaktadır. Buna göre müctehit yeni örf'e ait zaman diliminde yaşasaydı ilk hükme aykırı görüş bildirirdi. Bu yüzden icthâatın şartları arasında insanların örf ve âdetlerini bilmek de zikredilir (İbn Abidîn ty.: II, 123; Ebû Süne 1992: 135). Kadihân'ın bazı hukukçuların görüşü şeklinde verdiği müctehidin örfü bilmesi durumunu (2009: II, 9) Serahsî ve İbnü'l-Hümâm, müctehitte bulunması gereken şartlar arasında saymıştır (2001: XVI, 70; 2003; VII, 240).

3.3.1 Örfün Kıyasla Çatışması

Müctehidin icthâdî hükümleri tespit ederken başvurduğu ve umumî örfle çatışması durumunda terk ettiği kıyas (İbn Abidîn ty.: II, 114) iki anlamda kullanılmaktadır: Usûl anlamındaki kıyas kavramından şu kastedilir: “Kitap ya da sünnetle sabit olan ve makîsun aleyh olarak nitelenen hükmün mislini illet birlikteliğinden dolayı diğer bir şeyde (mekîs) ortaya çıkarmak (Molla Hüsrev 1307: II, 70; Hanbelî 2002: 301). Diğeri ise belli bir konudaki delil, nass ve hükümleri tümevarım yoluyla araştırmak, aralarındaki bağlantı ve illetleri bulup çıkarmak ve birleştirmek yoluyla oluşan genel ve küllî kaideler anlamına gelir (el-Bahisîn 2004: 179). Kıyas ikinci anlamda genel kuraldan cüzî olana geçişi ifade etmek için kullanılır (Erdoğan 2005: 310).

Örfle kıyasî hüküm çatıştığında, örf tercih edilir. Fakat bu işlemin gerçekleşebilmesi için sonradan ortaya çıkan örfün özel ya da genel bir nassla çatışmaması gerekir. Ayrıca örf galip olarak ihtiyacın delilidir. Bu cihetle kıyastan daha güçlüdür. (Zerkâ 1998; II, 931). İbnü'l-Hümâm, örfün şer'î konumunu takdir ederken şöyle demektedir: “Nassın olmaması durumunda örf icma' konumunda kabul edilir.” (2003; VII, 15). Mecelle'de bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: “Örf ile tayin, nass ile tayin gibidir.” (Md.: 45).

Daha öncede ifade edildiği gibi Hanefîler'de tercih edilen görüşe göre belli bir bölge ya da meslek grubuna ait özel örf'e itibar edilmez. İbn Nuceym buna rağmen pek çok meşâyih'in bu konumdaki örfü dikkate alarak fetva verdiğini kendisin de

onların yolunu izleyerek Kahire örfüne dayanıp hüküm verdiğini belirtir (İbn Nüceym 1998: 128). İbn Abidîn ise şer’î nassa çatışması durumunda özel örfে itibar edilmeyeceğini, Ebû Hanife’den rivayet edilen icthâtî bir hükümle çatışması durumunda ise dikkate alınacağını belirtir (ty.: II, 131). İbn Nüceym’in özel örfü dikkate almasını değerlendiren Hamevî, müellife itiraz eder. Hamevî, İbn Nüceym’in özel örfün dikkate alınmasına örnek bağlamında zikrettiği, merdivenle kullanılabilen katlı Kahire evleri satılırken sadece Kahire’ye özel olarak merdivenin de satışa dahil edilmesini şu şekilde yorumlar: “Sahih olan görüşe göre özel örfе itibar edilmez. Bu durumda merdivenin satışa dahil olması akit esnasında satıcının, ‘Evi sana merdiveniyle sattım.’ şeklinde ileri sürdüğü bir şartla gerçekleşmektedir (Hamevî 2004: I, 292).

Hanefiler umumî örfle kıyasın (genel prensip) çatışması durumunda umumî örfün dikkate alınıp kıyasın terk edileceğini belirtmişlerdir. Buna, “örf sebebiyle istihsan” adı verilir. Bu durum ilk planda mezhebin, “Zahiru’r-Rivâye kitaplarında yer alan bir görüş ancak meşâyih’in aksini tashih etmesi durumunda terk edilir.” şeklindeki hükme aykırı düşse de gerçekte terk edilemeyeceği söylenen rivayet ile, Kitap ve Sünnet’ten anlamı açık bir nassa ya da icmaya dayanan hüküm kastedildiği açıktır. Ancak bu durumda örfе itibar edilmez (İbn Abidîn ty.: II, 113).

Nassa aykırı bir durumun örf haline gelmesi ve nassa uymada zorluk olması da örfün dikkate alınmasına gerekçe olamaz (İbn Abidîn ty.: II, 113). Nitekim Ebû Hanife ve İmam Muhammed, nassı dikkate alarak Harem sınırları içerisinde yer alan ve kendiliğinden biten izhir³⁸ dışındaki otların otlatılması ve koparılmasının haram olduğunu belirtmiştir. Bu konuda Ebû Yusuf’un görüşüne itibar edilmemiştir (İbn Nüceym 1998: 105).

Örfün kıyas çeşitlerine tercih edilmesini aşağıdaki örnekler üzerinde izah edelim:

³⁸ Güzel kokulu ot anlamına gelen izhir, kurduğunda rengi yeşilden beyaza döner (Basmacî 2009: 34).

Bir şeyin satış akdine konu olabilmesi için insanların ondan istifade etmesi şarttır. Buna göre insanların herhangi bir şekilde kendisinden istifade edemediği bir şeyin satışı caiz değildir (İbnü'l-Hümâm 2003: VII, 111).

Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre arı ve ipekböceği; kertenkele, akreb, eşek arısı ve yılan gibi haşerat cinsinden olduklarından ve kendilerinden istifade edilemediğinden satışları caiz değildir. Ancak İmam Muhammed arı ve ipekböceğinin alım satımına dair olan örfü ve insanların onlardan faydalanmalarını dikkate alarak mal olduklarına hükmedip satışlarının caiz olduğunu söylemiştir (İbnü'l-Hümâm 2003: VI, 284-5; Ebû Süne 1992: 135; Zerkâ 1998: II, 932).

İmam Muhammed, haşerata kıyas edilerek mal olmadıklarına dolayısıyla da satılmalarının caiz olmadığına hükmedilen arı ve ipekböceğinin kıyasî hükmünü örfü dikkate alarak terk etmiş ve satışlarını meşru kabul etmiştir.

Hanefî hukukçular kirayı ikâle ve feshi kabul etmesi cihetiyle alışverişe kıyas edip, alışveriş gibi kiranın da akdin muktezasına aykırı şartlarla fasit olacağını söylemiştir. Buna göre kişi su değirmenini suyu kesilmesi durumunda ücreti kendisine ait olmak üzere kiralsın ücretteki bilinmezlik geri kalanının da cehaletini gerektirdiğinden kira fasit olur (Aynî 2000: X, 269). Fakat şartın örf haline gelmesi durumunda söz konusu kıyas terk edilir (Ebû Süne 1992: 133; Bahisîn 2004: 180).

Hanefî mezhebinin genel kuralına göre kira müddeti belli bir zamanla sınırlanmaz. Fakat sonraki alimler insanların hallerinin olumsuz yönde değiştiğini, sürenin mutlak bırakılmasının vakfa zarar vereceğini, uzun süre olarak takdir edilmesinin ileride mülkiyet iddiasına yol açacağını dikkate alarak genel kurala aykırı olarak evlerin bir, arazilerin de üç yıldan fazla kiralanamayacağını belirtmişlerdir (İbn Abidîn ty.: II, 124; Ebû Süne 1992: 138).

Kıyasa (genel kural) göre borç, sahibine verilmelidir. Borcu kabzedene kişi alacaklı tarafından velâyet ya da vekâlet yoluyla görevlendirilmediyse yaptığı işlem, alacaklı adına hiçbir hüküm ifade etmez. Fakat İslam hukukçuları baliğa bekar bir kızın evlendiğinde eşinden babasının ya da onun olmaması durumunda dedesinin mehiri kabzetmesine cevaz vererek genel kuralı terk etmişlerdir. Kadının mehiri kendisine verilmesi yönünde bir şartı olmaması koşuluyla baba ya da dedenin mehiri almasını, örf ve âdete dayanarak kadın adına gerçekleşmiş ve eşini mehir borcundan kurtaran bir işlem olarak kabul etmişlerdir (Zerkâ 1998: II, 933; Hayyât 1977; 73; Bahisîn 2004; 184).

Zannî kıyasa dayanan hükümler zamanın değişmesine bağlı olarak değişir. Bundan dolaydır ki öncekilerin icihatlarının kıyasa dayanması durumunda sonraki dönem alimlerinin öncekilerin görüşlerine muhalefet etmeleri caiz kabul edilir. Çünkü onların kıyaslarında yaşadıkları dönemin örfünün etkisi var kabul edilir (Ebû Zehre ty: 256).

3.3.2 Örfün Mürsel Maslahatla Çatışması

Mürsel maslahat olarak da bilinen istislah, şer'î hükümlerde kendine uygun ya da aykırı bir durum söz konusu olmayan maslahat (Zuhaylî 1998: II, 758) şeklinde tarif edilmektedir. Mürsel maslahat, Şârî'nin hakkında hüküm bildirmediği, açıkça belirtilen bir benzeri olmayan konularda gerçekleştiğinden hiçbir şeye kıyas edilemez. Mürsel maslahat insanlar için faydayı temin, zararı ise def eder. (Zeydan 2003: 236-7).

Örfün dolaylı da olsa hukukî bir nassa dayanan kıyasa tercih edilmesi, aynı zamanda nassa itimat etmeyen bilakis zamansal farklılıklara göre değişime açık ve çeşitli durum ve ihtiyaçlara göre yenilenen mücerred değişken maslahatlara dayanan istislah da tercih edilmesini gerektirir (Zerkâ 1998: II, 931-2).

İnsanların maslahatları zaman ve mekana göre sürekli değişkenlik arz eder. Bu yüzden maslahat kavramının içine giren konuların sosyokültürel değişime paralel

olarak hükümleri değişmezse insanlar için fayda temin etme vesilesi olan maslahat, aksi bir işlev görür.

Maslahata dayanan bir hükmün örfle çatışması durumunda terk edilmesi gerektiğini bir örnek üzerinde inceleyelim:

Hız. Ömer'e kadar hazineye ait işlemlerin kayıtlı olduğu defterler yoktu. İslam ülkesine ait yerleşim bölgelerinin sınırlı olması, insanların birbirlerini tanımaları, sorumluluk duygusuna sahip olmaları gibi etkenler işlerin sorunsuz bir şekilde yürütmesini temin ediyordu. Yeni fetihlerle yaşanan hızlı büyüme ve sosyal değişim, İslam toplumunda yeni önceliklerin oluşmasına zemin hazırladı. Bu çerçevede önceden maslahata dayanan bir uygulama yeni dönemde sosyopolitik düzensizlik üretir bir yapıya dönüştü. Başka toplumlara ait de olsa örfle eski maslahat çatışır bir hal alınca örf tercih edildi. Nitekim Halid b. Velid, Hız. Ömer'e, Şam bölgesindeki devlet adamlarının hazineye ait defterler tuttuklarını söyleyince, Halife bu uygulamayı benimseyip İslam devletinde ilk defa dîvan oluşturmuştur. Ordu için ayrı bir divan tertip eden Hız. Ömer, vergi defterlerini ise İslam'dan önceki hallerinde bırakmıştır. Farsça olan Irak Dîvanı ve Rumca olan Şam Divanı Emeviler zamanında Arapça'ya aktarılmıştır (İbn Haldûn 1993: 190-1).

Raşid halifeler başta olmak üzere müctehitler hüküm verirken örfle geniş bir alan tanımış, nassla çatışmadığı ya da nassın ruhu ve temel esaslarıyla çelişmediği durumlarda örfle göre hüküm vermişlerdir. Böylece İslam'la yeni tanışan toplumların tarihî tecrübe ve medeni birikimleri dikkate alınıp onların tabii yaşam şartları çerçevesinde değişip zenginleşmelerine imkan sağlanmıştır.

Yukarıdaki uygulamalardan ve hükümlerden de anlaşıldığı gibi bir müftünün yaşadığı döneme ve insanlara bakmadan Zahîru'r-Rivâye kitaplarında nakledilen meselelere tavizsiz bağlı kalması doğru değildir. Böyle yapması durumunda birçok hakkı yok eder, zararı faydasından daha çok olur. Konunun bu yönünü

dikkate alan İslam hukukçuları, müftü ve kadı, örfü terk ederek zâhiru'l-mezhebe³⁹ göre fetva veremez (İbn Abidîn ty.: II, 129- 113) demiştir.

Örfe göre fetva veren müftünün üzerine hüküm bina edilen örfü diğer delillerden ayırt edebilmesi için ictihat ehliyetine sahip olması ve şeriatın prensiplerini bilmesi gerekir (İbn Abidîn ty.: I, 45-6). Aksi takdirde bilmeden nassa dayalı bir hükmü değiştirmiş olur.

3.4 Örf ve Küllî Kaideler

Şârî'in insanlardan örf, âdet ve geleneklerini şer'î delilleri esas alarak yeniden değerlendirmeye çağırması, birçok örf ve âdeti değiştirmeden olduğu gibi bırakması, yeni hükümleri belli bir süreç içerisinde yerleştirerek bireyleri tedricen değişime tabi tutması, maslahatı gözetmesi, kolaylaştırıcı olması gibi ilkelerin yanında Hz. Peygamber'in bazı hükümleri örf'e göre vermesi ve takrîrî sünnetin çoğu defa toplumda kabul gören bir anlayış ve uygulamayı onaylama şeklinde gerçekleşmesi gibi hususları dikkate alan İslam hukukçuları İslam'ın genel prensipleriyle uyumlu olacak ve örfü de kapsayacak şekilde küllî kaideler geliştirmişlerdir. Daha önce de zikredilen, "Müminlerin iyi ve güzel gördükleri Allah katında da güzel; çirkin gördükleri ise Allah katında da çirkindir."⁴⁰ şeklindeki söz, sahabe döneminde örfün ilkesel anlamda hükümlerin tespitinde ne derece önemli bir yere sahip olduğunu göstermektedir. Tabiûn döneminde yün eğiren sanatkarlar, aralarındaki bir durumdan dolayı anlaşmazlığa düşüp birbirlerini Kadı Şüreyh (v. 79/698)'e dava ettiklerinde, onların, "Bizim geleneğimiz şu şekildedir." sözlerini esas alan Şüreyh, "Aranızdaki âdet ve yöntem muteberdir." diyerek hükmü örf üzerine bina ettiğine vurgu yaparak (Aynî 2001; XII, 16) bu alandaki küllî kaidelerin telifiyle alakalı önemli bir adım atmıştır.

³⁹ Zâhiru'l-Mezheb Zâhiru'r-Rivâye anlamında kullanılmaktadır (Leknevî 2009: I, 88; en-Nikîb 2001: I, 262).

⁴⁰ Muvatta Salât 71; kritik için Aclunî 1995: II, 263; Leknevî 2005: I, 230-3.

Sözlükte temel anlamına gelen kaide ıstılahta, “Hükümleri bilinebilmesi için içerdiği cüzlerin tamamına ya da çoğuna uygun olan küllî hüküm.” şeklinde tarif edilmektedir (Hamevî 2004: I, 63; Zeydan 2003: 7).

Kâide kelimesinin “davâbid” ile yakın ilişkisi vardır. Buna göre kâide, farklı bablara ait fer’î konuları içerirken, davâbid tek bir babdaki fer’î meseleleri ihtiva eder (Zeydan 2003: 7).

Küllî kaideler, konuları belli bir usûl çerçevesinde ele aldıklarından fer’î meseleleri dağınıklıktan da korurlar (Zerkâ 1996: 35). Kaidelerin toparlayıcı özelliğinden dolayı İslam hukuk mezhepleri diğer hususlar yanında örfle ilgili konuları da farklı vurgularla çeşitli kaideler şeklinde izah etmişlerdir.

İslam hukukçuları içerisinde örfle en fazla başvuran fakihler olarak bilinen Malikîler (Kuvte 1997: I, 209) tarafından kaleme alınan eserlerde sıklıkla şu kaidelere rastlamak mümkündür:

Âdetlere karşı çıkmamanın bir anlamı yoktur. Zira örfle amel etmek kesin bir emirdir. Örf ve âdet, hükümlerin kendisiyle karara bağlandığı şer’î delillerdendir (İbn Arabî ty: III, 1085).

“Âdet üzerine bina edilen her hüküm âdetin değişmesiyle değişir.” (Kuvte 1997, I, 210).

Yürürlükte olan âdetlerin dikkate alınmaları şer’î açıdan zorunluluk arz eder (Şatıbî 1996: II, 573).

Şafiî mezhebi de diğerleri gibi örfle geniş bir uygulama alanı tanımıştır. İmam Şafiî’nin Mısır’a gittikten sonra önceki mezhebine ait birçok görüşü terk etmesinin arkasında, ‘örfün değişmesi ile örfle dayalı hükümlerin de değişeceği’ kaidesi vardır. Bazı hakukçular, mezhebin bütün görüşlerini içerdiğini düşündüğü dört temel esas arasında, “Âdet, hakem kılınmıştır.” kaidesine de yer vermiştir

(Suyutî 2007: 19).

Hanbelî hukukçular da pek çok hükümde örf'e başvurmuştur (el-Cîdî 1982: 80). Mutlak olarak yapılan akitlerin sonucunun örf'e göre belirleneceğini ifade eden Hanbelîler (Kuvte 1997: I, 218) örfü şer'î açıdan kendisiyle amel edilen, hükümlerin belirlenmesinde hakem olarak değerlendirilen bir delil olarak (Kuvte 1997: I, 220) kabul etmişlerdir.

Şii hukukçular da bazı hükümlerde örfü kendisine başvuru bir hakem olarak görmüş, Caferiler ise sadece şer'î delilin tefsirinde ona müracaat etmişlerdir (el-Cîdî 1982: 81-82).

Hanefî hukukçulara ait eserlerde yer alan hükümlerin önemli bir bölümü örf'e dolayısıyla da Mecelle'de toplu olarak zikredilen şu on kaideye dayanmaktadır (Miras: 1978: V, 125):

“Âdet muhakkemdir.” kaidesinin alt başlıkları şeklinde de değerlendirilen bu küllî kaideler (Miras: 1978: V, 125) örfün, hükümlerin tespitinde önemli bir yere sahip olduğunu göstermesi açısından da önemlidir:

“Âdet Muhakkemdir.” (Md. 36).

Gerek genel gerekse özel âdet, şer'î hükmü isbat etmek için hakem yapılır. Âdetin, üzerine hüküm bina edilen bir delil olması dikkate alınarak ihtilaf durumunda ona başvurulur. Fakat ispat edilmesi söz konusu olan hüküm ile alakalı nass varsa nassa göre amel edilir. Bu durumda nass terk edilip örf ile amel edilmez. Zira insanların nassları değiştirme yetkileri yoktur. Nass örften daha kuvvetlidir (Ali Haydar 1991: I, 44).

Mecelleye kanun maddesi olarak giren bu kaide, fıkıh kitaplarında farklı vurgularla yer almıştır. Mebsut, söz konusu kaideyi şu ifadelerle zikreder: “Hükümler açık âdetler üzerine bina edilir.” (Serahsî 2001: V, 228). İbn Âbidîn bu durumu manzum olarak şu şekilde ifade etmektedir:

Örf İslam hukukunda dikkate alınmıştır.

Bu yüzden üzerine hüküm bina edilir (İbn Âbidîn ty: II, 112).

Yukarıdaki kaideye göre kişi, elbisesini dikmesi ya da yıkaması için terzi ya da çamaşırcıya verse veya yolcu olarak bir gemiye binse söz konusu sanatkarlar ve gemici işlerini ücret karşılığı yapmakla biliniyorsa örfün hükmüne göre hem sanatkarlar hem de gemici ücret alır (Zeydan 2003: 100).

İnsanların uygulaması delil olduğundan onunla amel etmek vaciptir. (Md: 37).

İnsanların nassa ve müctehitlerin ictihatına aykırı olmayan örf ve âdetleri delildir. Buna göre bir kimse bir diğerine bir kap içerisinde hediye gönderse örf ve âdet dikkate alınarak kap içerisindeki meyve ve benzeri şeyler alınır kap sahibine iade edilir. Fakat kutu içerisinde Mekke-i Mükerreme hurması varsa bu tür kutuların iade edilmesi örf olmayan uygulamalardan kabul edildiğinden hurma ile birlikte kutu da gönderilen kişinin olur (Ali Haydar 1330: I, 97-8).

Âdeten imkansız olan hakikaten de imkansız gibidir. (Md. 38).

Hakikaten imkansız olan bir şey dava konusu olamayacağı gibi davacının yalan konuştuğu kesin olduğundan üzerine hüküm de bina edilmez (Zerkâ 1996: 225). Buna göre fakirliği ile bilinen bir kişi zenginliği ile tanınan kişi hakkında âdeten imkansız olan bir miktarı kendisinden borç aldığı iddiasıyla dava açsa fakirin davasına itibar edilmez (Ali Haydar 1991: I, 47).

Ezmanın tağayyuru ile ahkâmın tağayyuru inkâr olunamaz. (Md. 39).

Bu kaide hükümlerin değişmesinde örfün etkisi başlığı altında incelenmiştir.⁴¹ (Ayrıca Ali Haydar 1330: I, 101; Zerkâ 1996: 227).

Âdetin delaletiyle hakiki anlam terk edilir. (Md. 40).

⁴¹ bk. Tez, 201.

Nesefî başta olmak üzere çok sayıda hukukçu da aynı ifadelerle bu kaideyi zikretmektedir (ty.: I, 267).

Hakiki anlamı dışında kullanılan lafız, mutlak olarak zikredildiğinde ondan örfî anlam kastedilir (Zuhaylî 1998: II, 860). Diğer bir ifadeyle bir sözün hakiki anlamından başka bir manada kullanılması örf ve âdet haline geldiğinde hakiki anlama bakılmayarak söz, bilinen ve mutad olan anlamda kullanılır (Ali Haydar 1330: I, 97-8).

Daha çok kendilerine özgü istihlaları olan meslek grubuna ait özel örflerde kullanılan bu kaide bölgesel örflerde de geçerlidir. Buna göre Mısır ve Suriye gibi ülkelerde ekmek satın almaktan buğday ekmeği anlaşılır (Zuhaylî 1998: II, 860).

Âdet ve örf ancak muttarid (devamlı) veya galip olması durumunda muteber olur.” (Md. 41).

Bu kaide İbn Nüceym’in “el-Eşbâh ve’n-Nezâir” adlı kitabında da aynı ifadelerle yer almaktadır (1998: 117).

Örfün dikkate alınmasının şartları başlığı altında incelediğimiz ilgili konuyu öz bir şekilde ifade eden kaide ile alakalı şunu söylemek mümkündür: Örf ve âdet hiç değişmez ya da çoğunlukla değişmezse uygulamada dikkate alınır. Ayrıca örfün, akdin gerçekleştiği zamanda mevcut olması şartı da göz önünde tutularak akitten sonra ortaya çıkan ya da ona bitişik olmayan örfte de itibar edilmez. Buna göre İngiliz, Osmanlı ve Fransız paraları gibi maliyetleri farklı altınların tedavülde olduğu fakat Osmanlı altınının diğerlerine nispeten daha yaygın kullanıldığı bir bölgede bir kimse cinsini belirtmeden iki altına bir mal satın alsa, iki altın, Osmanlı parası esas alınarak ödenir. Çünkü altınlar içerisinde galip olma şartı Osmanlı parası için söz konusudur (Ali Haydar 1330: I, 105).

İtibar galib-i şâyi’adır. Nadire değildir (Md. 42).

Hükümler yaygın olan durumlar dikkate alınarak belirlenir. Nadiren gerçekleşen durumlar ise yaygın olana tabi olur (Ali Haydar 1330: I, 106).

Eşler ayrılmadan önce ya da sonra çocukların hidanesi (yetişmesi) ile ilgili anlayamayıp davalık olursa çocukları yetiştirme hakkı annenin olur. Erkek çocuğun anne ya da diğer kadınlar yanında kalma yılı örfte yaygın olan kendi başına yeme, içme, giyinme ve temizlenme gibi ihtiyaçlarını görebilme zamanı esas alınarak belirlenir. Yedi yaşına gelen erkek çocuk erkeklere ait edep ve ahlak kurallarını öğrenmek, dini ve mesleki eğitimini almak için anneden alınarak babaya verilir (Mevsilî 1998: IV, 254-5).

Bütün erkek çocuklar yedi yaşında özel ihtiyaçlarını karşılayacak yeterliliğe sahip olmasa da yaygın durum dikkate alınarak çocuk anneden alınarak babaya verilir.

Örfen bilinen şart koşulmuş gibidir (Md. 43).

Mecelle ile kanun maddesine dönüşen bu kaideye göre akit meclisinde örfte aykırı bir şartın ileri sürülmemesi durumunda örfi uygulama açıkça belirtilmese dahi şart koşulmuş gibi kabul edilir. Kadihân'ın "Fetâvâ" (2009: I, 337-8) ve İbn Nüceym'in "Eşbâh" (1998: 122) adlı eserlerinde de aynı ifadelerle yer alan bu kaide bazı fıkıh kitaplarında ise, "Örfe ile sabit olan şer'î bir delil ile sabit olan gibidir.", "Örfen bilinen şer'an şart koşulmuş gibidir.", "Örf ile sabit olan nass ile sabit olmuş gibidir.", "Örf ile bilinen lafızla şart koşulmuş gibidir."; (Ali Haydar 1991, I, 51) şeklinde geçmektedir.

Çocuğunu meslek öğrenmesi için belli bir müddet bir ustanın yanına veren bir baba daha sonra ücreti kimin hak ettiği noktasında usta ile ihtilaf edip ve bunlardan her biri diğerinden ücret talep etse kimin ücret alacağı bölgenin örfüne göre belirlenir (Zerkâ 1996: 238). Yine akdin taraflarınca hiç konuşulmasa da otellerde kalmak, hamamlarda yıkanmak, restoranlarda yemek yemek, dolmuş taksiye binmek gibi fiillerden dolayı da ücret ödemek gerekir. Zira örf bu şekildedir (Zeydan 2003: 101).

Tüccarlar nezdinde bilinen şey aralarında şart koşulmuş gibidir(Md. 44).

Tüccar arasında geçerli olan fakat nass ile çatışmayan bir örfün akitte şart koşulmuş bir esas gibi dikkate alınması gerektiğini bildiren bu kaide bir önceki kaide kapsamında değerlendirilmektedir. Çünkü önceki madde gerek tüccar gerekse de diğer sınıflar arasında bilinen örfü içermektedir. Bu açıdan daha kapsamlıdır. Kırk dördüncü madde ise yalnız tüccar arasında bilinen örfü aittir. Mecelle, ticaretin öneminden dolayı bu kaideyi ayrıca zikretmiştir (Ali Haydar 1330: I, 110).⁴²

Yukarıdaki maddeye göre bir satıcı elindeki bir malı sattığında geçerli olan örf, paranın bir kısmının peşin ödenmesi ya da tamamının belli zamanlarda taksitle verilmesi şeklinde ise örf akit esnasında açıkça belirtilen şart konumunda kabul edilir (Zerkâ 1996: 238).

Örfle tayin, nass ile tayin gibidir. (Md. 45).

Bu kaide Mebsut'ta şu şekilde ifade edilmektedir: “Örfle sabit olan nassla sabit olan gibidir.” (Serahsî 2001: IV, 152). Bu kaide Reddu'l-Muhtâr'da şu şekilde geçmektedir: “Örf ile sabit olan nass ile sabit olmuş gibidir.” (İbn Abidîn 2003: VI, 556).

Bir konudaki örfün nassla belirtilen husus gibi geçerli olduğunu bildiren bu kaideye göre kişi, ev ya da işyerini içerisinde kimin oturacağını ya da ne iş yapılacağını söylemeden kiralarsa oradan her türlü istifade hakkı vardır. Ancak gerek kendisi gerekse de onun izni veya emriyle başkası, kiraya verenin izni olmadan orayı ne demirci ne çamaşırçı ne de değirmenci olarak kullanabilir (Zerkâ 1996: 241).

Satış akdinde örf, açıkça ifade edilen şart konumundadır. Nitekim kişi kullanılabilir bir duruma gelen meyveyi dalında satsa toplanma vaktine kadar onu dalında saklaması ve ona su verilmesine müsaade etmesi gerekir. Örfle sabit olan

⁴² Kırkdördüncü maddenin bir önceki madde ile yakın ilişkisinden dolayı Ali Haydar Efendi'nin “Dürrü'l-Hükkâm” adlı Mecelle Şerhi'nin Arapça tercümesinde ilgili maddenin Osmanlıca neşrindeki açıklamalara yer verilmemiş, sadece, “Bu madde bir önceki maddenin aynıdır.” denilmekle yetinilmiştir (1991: I, 51).

bu iki durum açıkça belirtilen şart derecesinde kabul edilir (İbn Abdüsselâm 1999: II, 84).

SONUÇ

“İslâm Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi” adlı bu çalışmada şu sonuçlara ulaştık.

1. Çalışmamızda örfün müstakil şer’î bir delil mi yoksa müstakil bir delile dayalı tâli bir delil mi olduğu araştırılmış, şer’î bir delile itimat ederek hükmü ortaya çıkaran bir tâli delil olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aslî delil ise örfün dayandığı nass, icma gibi esaslardır. Nitekim pek çok İslam hukukçusu örfün bu yönüne dikkat çekmek için onu usûl kitapları yerine fıkıh disiplini içerisinde fer’î meseleler bağlamında incelemiştir. Karafi’nin de içinde yer aldığı bir grup hukukçu, örfü şer’î hükümlerin doğrudan kendisinden çıkarıldığı müstakil bir delil kabul etmesine rağmen Cessas, Serahsî, Pezdevî, Debûsî, Hallâf ve Ebû Sünne nin de aralarında yer aldığı usûlcü ve fakihlerin çoğunluğu ancak icma, istihsan, istislah gibi başka bir şer’î delile dayanması durumunda bununla amel edebileceğini savunmuştur. Bu konumdaki örfün, hükümlerin oluşmasında hem önemli bir rolü hem de geniş bir uygulama alanı vardır.

2. İnsanların tarihi tecrübe ve medeni birikimlerini daha rahat bir hayat içerisinde değerlendirmeyi, sosyo-kültürel hayat üzerinde etkin olan önceki dinlerin değiştirilip bozulan yönlerini yenilemeyi ve örfü maslahat çerçevesinde yeniden yapılandırmayı hedefleyen Kur’an, toplumun faydasına olan örfleri korumuş, onlara dini ve hukukî bir boyut kazandırmıştır.

Kur’an’ın, Cahiliyye dönemine ait örfün bir kısmını onaylamasını indığı coğrafyanın tarihî ve hukukî yapısından etkilenmesi şeklinde yorumlamak, örf-nass ilişkisini vahyin sürekliliği gerçeğinden ayrı düşünmekten kaynaklanmaktadır. Zira Kur’an’ın yakın bir ilişki içerisinde olduğu Arap örfünün önemli bir bölümü, Hz. İbrahim ve Hz. İsmail’in dinleri ile Yahudiliğe ve Hıristiyanlığa dayanmaktadır. Kur’an’ın onayladığı ya da değiştirerek kabul ettiği örfî uygulamaların, önceki peygamberlerin şeriatlarından dolayı olarak tevarüs etmesi, örf-nass ilişkisinin aslında vahyin kendi bütünlüğü içerisinde farklı

peygamberler şahsında belli aralıklarla güncellenmesi olduğunu göstermektedir. Ayrıca Şârî', helal ve haramla ilgili ilahî hükümleri evrensel yasalarla irtibatlandırmakta (Tevbe 9/36), bozulanları vahiyle yenileyerek asıl yasa ile uyumlu hale getirmektedir. Nitekim Hz. İbrahim'den kalma bir uygulama olarak devam eden haram aylarda savaşmama geleneğini, ayların yerini değiştirerek ihlal eden Arapları uyaran ayet, fasid örfü düzelttikten sonra haram aylarla ilgili hükmü onaylamış; yeni gibi görünen değişikliği de yer ve göklerin yaratıldığı günle irtibatlandırmıştır (Tevbe 9/36). Kur'an bu atıfla haram aylarla ilgili yasağın Yüce Allah'ın kanunlarının bir parçası ve onların devamlılığı gibi sürekli olduğunu, insanın arzusuna göre değişmeyeceğini belirtmiştir. Çünkü aylardaki sınırlama ve yasak, değişmez bir ölçüye göre tamamlanan ve şaşmaz evrensel yasalara uygun bir şekilde oluşan zamanın dönüşüne benzemektedir. Kur'an'ın onayladığı örfî hükümler gerçekte Yüce Allah'ın gökleri ve yeri yarattığı günden beri süregelen göklerin ve yerin dayanağı olan evrensel kanunlarla uyum içindedir. Onaylanan hüküm gerçekte tashih edilerek asla döndürülen hükümdür.

3. Önceki şeriatlara ait nesh edilmemiş bir hükmün Müslümanlar için de delil teşkil etmesi gerçekte Şârî'in belli konularda sürekliliği emrettiğine işaret etmektedir.

4. Kur'an, ortaya koyduğu ilkelerle çatışan örfü reddetmiş; bir kısmını da değiştirip yeniden yapılandırmıştır. Bu çerçevede Cahiliyye toplumunda sözlü kurallar şeklinde yer alan alışveriş, rehin, şirket, mudarabe, kira akdi ve kasâme cezası gibi örfleri onaylamış; buna karşın batıl yollarla insanların mallarını yemeye yol açan, onları tartışmaya götüren ve yüksek derecede risk içeren ilişkileri yasaklamıştır. Evlilik, mehir, boşanma gibi aile hukukuyla ilgili örfî uygulamalarda ise değişikliklerde bulunmuştur.

5. Kur'an'ın örfle olan ilişkisi, İslam'ın genel prensipleriyle çatışmayan ve insanlık için çeşitli faydalar içeren örfün, yeni hukuki hükümlerin oluşmasında dikkate alınabileceğine işaret etmektedir.

6. Kur'an, insanların konumuna ya da zaman ve mekanın değişmesine göre değişen konuların detayını ayrıca hak ve görevlerin sınırlarını örf'e havale etmiştir.

7. Kur'an ve sünnetin Cahiliyye örfüyle, onu onaylayan, reddeden ve yeniden düzenleyen şekilde gerçekleşen ilişkisi, İslam'la yeni tanışan toplumların tarihî tecrübe ve medeni birikimlerinin dikkatle değerlendirilmesini ve onlardan istifade etme yolunun açık tutulmasını gerekli kılmaktadır. Böylece insanların doğal yaşam şartları çerçevesinde, İslam'ı esas alarak değişip zenginleşmelerine imkan sağlanacaktır.

8. Örf, nassla çatışma içerisinde olur ve hiçbir şekilde aralarını tevil ederek birleştirmek mümkün olmazsa, nassın daha güçlü olması ayrıca örfün batıl olabilme ihtimali dikkate alınarak, nass örf'e tercih edilir.

9. İslam hukukçularının çoğunluğu, nassla örf arasını birleştirmenin mümkün olduğunu; nassın umumî, örfün de onu tahsis ettiği durumlarda örfün dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Çünkü bu konumdaki örfün dikkate alınmasıyla nass terk edilmediği gibi her iki delille de amel etme imkanı ortaya çıkmaktadır.

10. Örfün nassı tahsis etmesi, gerçekte insanlar için bir anlam daralmasıdır. Ancak tahsis Şâri' açısından bakıldığından bir anlam sınırlaması içermez. Zira Şâri', ayeti âmm anlamda değil, örfî uygulamada karşılık geldiği manada indirmiştir. Bu durumda tahsisle istisna edilen, gerçekte âmmın kapsamına hiç girmemiştir. Çünkü Şâri' hükmü vaz' ederken örfî anlamı seçmiş olmaktadır. Bu duruma tahsis demek doğru olmaz ya da konuyu, "tahsis insanlar için geçerli olan bir anlama yöntemidir." şeklinde anlamak gerekir.

11. Sahih örf, hükümlerin oluşmasında önemli bir etkiye sahiptir. Nitekim fıkıh kitaplarının özellikle muamelatla ilgili bölümlerinde hemen her konuda örf'e göre verilen hükümlere rastlamak mümkündür. Ancak ibadetler nasslar tarafından belirlendiği, içerik ve keyfiyetleri de nasslar tarafından tayin edildiğinden bu

alanda örfün doğrudan etkisi yoktur. Bu bağlamda örfün sadece sonradan gerçekleşen ya da esasla ilgili olmayan hususlarda bir rolü vardır.

12. Örf ve âdetler, toplum yapısının değişmesine paralel olarak bağlı bulunduğu hukuk kaideleri ve hükümleri çerçevesinde değişir. Böylece hükümler sosyal hayata uyum sağlar. Ayrıca örfün değişmesiyle örfle bağlı hükümlerin de değişmesi İslam hukukunun hafifletici ve kolaylaştırıcı olma boyutunun da bir gereğidir.

13. Örfün değişken yönünü dikkate alan hukukçular, hakkında nass olmayan birçok konuda seleflerine muhalefet ederek değişen örfle göre hüküm vermişlerdir. Sonraki dönem fakihlerinin öncekilerin icthatlarına muhalefet etmeleri şeklinde algılanan bu durum gerçekte müctehitlerin ‘değişen örfle amel edilmeli’ yönündeki ilkeleriyle tam bir uyumluluk içerisindedir. Zira örfle göre fetva veren önceki hukukçular, örfün değişip uygulamadan kalktığı bölge ya da dönemde yaşamış olsalardı fetvayı değişen örfle göre verirlerdi. Dolayısıyla değişen örfle göre fetva vermek her ne kadar önceki hukukçulara muhalefet gibi görünse de gerçekte onların amaçlarına ve gayelerine uygun hareket etmektir. Mecelle’de bu durum, “Ezmânın tağayyuru ile ahkâmın tağayyuru inkâr olunamaz.” şeklinde ifade edilmiştir.

Örfle dayalı hükümlerin değişebilme kabiliyeti, adaleti yerleştirmek, maslahatı temin etmek ve bozulmayı önlemek gibi inşaî ve koruyucu bir role de sahiptir.

Sonuç olarak bu çalışmada örfün kavramsal çerçevesi, diğer hukuk sistemlerindeki yeri, kaynak değeri, nassla ilişkisi, hükümlerin oluşması ve değişmesindeki rolü incelenmiş ve Hz. Peygamber döneminden günümüze kadar sahih örfün tâlî bir delil olarak dikkate alındığı görülmüştür. Nassların sınırlı sayıda, buna karşın sorunların sınırsız olması ve sürekli yenilenmesi, sahih örfün

-günümüzde de nassa aykırı olmama ve şer'î bir asla dayanma koşuluyla- etkin bir şekilde hukukî tefekkürün içerisinde varlığını sürdürmesini gerekli kılmaktadır.

İslam hukukunun, vahyin yönlendiriciliğinde yeryüzünde, insanların içinde onların yarar ve zararlarını da gözeterek şekillendiği düşünülürken, örfün klasik kaynaklarda yer alan bir kavram olmaktan öte manalar içerdiği daha net anlaşılacak ve nassların tefsirinde yeni yorumların ortaya çıkmasına, nassa dayanmayan konularda da değişen şartlara paralel olarak fıkıh üretmesine imkan sağlanacaktır. Böylece Şârî'nin iradesi daha doğru anlaşılacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

ABDULHAMÎD, Muhammed Muhyiddin, 1984, **el-Ahvâlu'sh-Şahsiyye fi'ş-Şeria'ti'l-İslâmiyye**. Beyrut: Dâru'l-Kitâbil-Arabî.

ACLÛNÎ, İsmail b. Muhammed, 1997, **Keşfü'l-Hafâ ve Muzîlu'l-İlbâs**. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

Ahmed b. Hanbel, 1998, **el-Müsned**. I-X. Beyrut: Alemu'l-Kütub.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, 1990, **Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri**. İstanbul: Fey Yayınları.

ALÎ, Cevâd, 1993, **el-Mufasssal fî Târîhi'l-İslam Kable'l-Arab**. I-X. Bağdat: Bağdat Üniversitesi.

ALÎ EL-KÂRÎ, Ebû'l-Hasan Nureddin Ali b. Sultan Muhammed, 1997, **Feth-u Bâbi'l-Înaye bi Şerhi'n-Nukâye**. Beyrut: Dâru'l-Erkam.

-----, 2007. **Mirkâtu'l-Mefâtiḥ Şerh-u Mişkâti'l-Mesâbih**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

ALÎ HAYDAR, 1330, **Dureru'l-Hukkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm**. I-IV. İstanbul: y.y.

ALÎ HAYDAR, 1991, **Dureru'l-Hukkâm Şerh-u Mecelleti'l-Ahkâm**. (trc. Fehmî el-Hüseynî). I-IV. Beyrut: Dâru'l-Cîl.

ÂLÛSÎ, Ebû'l-Fadl Şihabuddin Mahmud, 2005, **Rûhu'l-Meânî fî Tefsîri'l-**

Kur'ani'l-Azîm ve's-Sebi'l-Mesânî. I-VX. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

ÂMÎDÎ, Seyfeddin Ebü'l-Hasan b. Ebi Ali b. Muhammed, ty., **el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm.** Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

ARSEVEN, Celal Esad, 1983, **Sanat Ansiklopedisi.** I-V. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi.

ATAR, Fahrettin, 2006, **Fıkıh Usulü.** İstanbul: İFAV.

AVVÂME, Muhammed, 1997, **Edebü'l-İhtilâf fî Mesâili'l-İlmi ve'd-Dîn,** Dâru'l- Beşâiri'l-İslamiyye: Beyrut.

AYNÎ, Ebu Muhammed Bedruddin Mahmud b. Ahmed, 2001, **Umdetu'l-Kari Şerh-u Sahîhi'l-Buhârî.** I- XXV. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

-----, 2004. **Remzu'l-Hakâik.** I-II. Pakistan: İdâretü'l-Kur'an ve'l-Ulûmi'l-İslamiyye.

-----, 1999. **el-Binâye Şerhu'l-Hidâye.** (thk. Eymen Salih Şaban). I-XII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

AZÎMÂBÂDÎ, Ebû Tayyib Muhammed Şemsulhakk, 1995, **Avnu'l-Ma'bûd Şerh-u Sunen-i Ebî Davûd.** I-XIV. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

BÂBERTÎ, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmud b. Ahmed, 2003, **el-İnâye.** I-X. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

BÂCÛRÎ, Şeyh İbrahim, 2004, **Hâşiyet-u İbrahim Bâcûrî.** I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

BÂHİSÎN, Yakub b. Abdilvahhâb, 2004, **Kâidetu'l-Âde Muhakkemetun.** Riyad:

Mektebetu'r-Rüşd.

BASMACÎ, Sâir, 2009, **Mu'cem-u Mustalahât-i Elfâzi'l-Fıkhî'l-İslâmî**. Dimeşk: Safahât.

BASRÎ, Ebû'l-Huseyn Muhammed b. Ali b. Tayyib, 2005, **el-Mu'temed fi Usûli'l-Fıkh**. I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

BERKÎ, Şakir, Hamidi H., 1962, **İslam Hususi Hukukunun Ana Prensipleri, Kur'an'da Hukuk**. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası.

BEYDÂVÎ, Nâsirüddîn Ebû Saîd Abdullah b. Ömer, 1999, **Envâru't-Tenzîl ve Esrâru't-Te'vîl** (Şeyhzâde Haşiyesi ile birlikte). I-VIII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

BEYHAKÎ, Ebû Bekr Ahmed b. Huseyn, 2004, **es-Sünenu'l-Kübrâ**. I-X. Riyad: Mektebetu'r-Rüşd.

BİLEN, İlhan, 1994, **“Osmanlı Hukunda Örfün Yeri”**. (Klasik Dönem). Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. Ankara: Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

BİLGE, Necip, 2004, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**. Ankara: Turan Kitabevi.

BİRAND, Kamuran, 1960, **Manevi İlimler Metodu Olarak Anlama**. Ankara: AÜİFY.

BOLAY, Süleyman Hayri, 1997, **Felsefî Doktrinler ve Terimler Sözlüğü**, Ankara: Akçağ.

BUHÂRÎ, Mahmud b. Ahmed b. Abdulazîz b. Ömer, 2003, **el-Muhîtu'l-Burhânî**.

Beyrut: Dâr-u İhyâi't-Türâsi'l-Arabî.

BUHÂRÎ, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail, 2001, **es-Sahîh**. (Umdetü'l-Kârî ile birlikte). I-XXV. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

BUHÂRÎ, Alauddîn Abdulazîz b. Ahmed b. Muhammed, **Keşfü'l-Esrâr 'an Usûl-i Fahri'l-İslam el-Pezdevî**. Beyrut: Dâru'l-Kitabi'l-Arabî.

BUHÛTÎ, Mansûr b. Yunus b. İdris, 2003, **Keşşâfu'l-Gına' an Metni'l-İkna'**. I,VI. Riyad: Dâru Âlemi'l-Kütub.

_____. ty. **Şerh-u Müntehe'l-İrâdât**. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

BULAÇ, Ali, 1997, **“Tarihselcilik Mutlakı İzafî Olana Bağlar”**. Haksöz. Haziran, sy. 75, 38-39.

CAÎD, Kemaleddîn, 1988, **“el-Urf”**. Mecelletü Mecma'ı'l-Fıkhî'l-İslamî. sy. V/IV, 2975- 3171. Cidde: Mecma'u'l-Fıkhî'l-İslamî.

CESSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, ty, **Ahkâmu'l-Kur'an**. I-III. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

_____. 2000. **el-Fusûl fi'l-Usûl**. I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

EL-CÎDÎ, Ömer b. Abdulkerim, 1982, **el-Urf ve'l-Amel fi'l-Mezhebi'l-Malikî**. Mağrib: Matbaat-u Fudâle.

CEMEL, Süleyman b. Ömer, 2006, **el-Futûhâtu'l-İlâhiyye bi Tavdîh-i Tefsîri'l-Celâleyn li'd-Dekâiki'l-Hafiyye**. I-VIII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

CEVİZCİ, Ahmet, 1997, **Felsefe Sözlüğü**. Ankara: Ekin Yayınları.

CÜRCÂNÎ, Seyyid Şerif Ali b. Muhammed b. Ali, 1990, **Şerhu's-Sirâciyye fî İlmi'l-Mirâs**. b.y.: Mektebetu'l-Hudâ,

_____. 2000. **et-Ta'rîfât**. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

ÇAĞIL, Orhan Münir, 1966, **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş**. I-II. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

ÇAKIR, Yılmaz, 1997, “**Özne-Nesne İlişkisine Hapsolmek Ya da Tarihsel Okuyuş**”. Haksöz. Haziran, sy. 75, 33-36.

ÇİFTÇİ, Adil, 2001, **Fazlurrahman İle İslam'ı Yeniden Düşünmek**. Ankara: Kitabiyat.

DALGIN, Nihat, 2003a, “**Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku**”. Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. sy. 16, s. 73-109.

_____. 2003b, **Gündemdeki Tartışmalı Dînî Konular**. Samsun: y.y.

_____. 2003c, “**Sosyal Değişim ve İslam Hukuku**”. Marife. Güz, sy. 2, s. 59-82.

DÂREKUTNÎ, Ali b. Ömer. b. Ahmed, 1966, **es-Sünen**. I-IV. Medine: y.y.

DEBÛSÎ, Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsa, 2007, **Takvîmu'l-Edille fî Usûli'l-Fıkh**. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

DEL VECCHIO, Giorgio, 1940, **Hukuk Felsefesi Dersleri** (trc. Suat Kemal, Yetkin). İstanbul: Maarif Matbaası.

DEMİR, Ömer, Mustafa, Acar, 1997, **Sosyal Bilimler Sözlüğü**. Ankara: Vadi Yayınları.

DİMYATÎ, Ebû Bekr Osman b. Muhammed Şeddâ, 2002, **Haşiyet-u İâneti't-Tâlibîn**. I-IV. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

DÖNMEZ, İbrâhim Kafi, 1988, “**el-Urf fi'l-Fıkhî'l-İslâmî**”. Mecelletü Mecma'ı'l-Fıkhî'l-İslâmî. sy. IV/V, 3296-3369. Cidde: Mecma'u Fıkhî'l-İslâmî.

_____, 2007, “**Örf**”. DİA. XXXIV. 87-94.

ELFÎ, Muhammed Cebr, 1988, “**el-Urf**”, Mecelletü Mecma'ı'l-Fıkhî'l-İslâmî. sy. IV/V, 3260-3295. Cidde: Mecma'u Fıkhî'l-İslâmî.

EBÛ HAYYAN, Muhammed b. Yusuf, 1993, **el-Bahru'l-Muhît**, I-IX. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye:

EBÛ SÛNNE, Ahmed Fehmî, 1992, **el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukâha**. Kahire: Matbaatu'l-Ezher.

EBÛ ZEHRE, Muhammed, 2002, **Malik Hayatuhu ve Asruhu-Ârâuhu ve Fıkhuhû**. Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî.

_____, ty., **Usûlu'l-Fıkh**. Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî.

EBÛ ZEYD, Nasr Hamid, 2001, **İlahi Hitabın Tabiatı** (trc. Ahmet Emin Maşalı). Ankara: Kitabiyât.

EŞKAR, Ömer Süleyman, 2004, “**el-Urf beyne'l-Fıkhî ve'l-Kânun**”. Mecelletü Mecma'ı'l-Fıkhî'l-İslâmî. sy. IV/V, 3210-3255. Cidde: Mecma'u Fıkhî'l-İslâmî.

EMÎN, Ahmed, 2004, **Fecru'l-İslam**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

ERDOĞAN, Mehmet, 2005, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**. İstanbul: Ensar Neşriyat.

_____, 1994, **İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi**. İstanbul: İFAV.

EZRAKÎ, Ebû Velîd Muhammed b. Abdillâh b. Ahmed, **Ahbâr-u Mekke ve mâ Câe fihâ mine'l-Âsâr**. I-II. Mekke: Mektebetü's-Sekâfe.

FARUQÎ, Muhammed Y, 1992, "Consideration of 'Urf in the Judgments of the Khulefâ al Râshidun and the Early Fukaha". The American Journal of Islamic Sciences. Winter, 9, 4. 482-498.

FÂSÎ, Ebû Tayyib Takiyyuddîn Muhammed b. Ahmed, 1999, **Şifâu'l-Garâm bi Ahbâri'l-Beledi'l-Haram**. (thk. Mustafa Muhammed Zehebî). I-II. Mekke: Mektebetü'n-Nahda el-Hadîse.

FÂSÎ, Muhammed b. Hasan, 2007, **el-Fikru's-Sâmî fi Târîhi'l-Fikhi'l-İslamî**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

FAZLURRAHMAN, 1990, **İslami Çağdaşlaşma; Alanı, Metodu ve Alternatifleri**. (trc. B. Demirkol). İslami Araştırmalar Dergisi. sy. 4/4. s. 311-320.

_____. 1987. **Kur'an'ı Yorumlama**. (trc. Osman Taştan). İslami Araştırmalar Dergisi. Ekim. sy. 5. 100-105.

_____. 1992. **İslam**. (trc. Mehmet Dağ-Mehmet Aydın). İstanbul: Selçuk Yayınları.

_____. 1996. **İslam ve Çağdaşlık**. (trc. Alparslan Açıkgenç-M. Hayri Kırbaoğlu). Ankara: Fecr Yayınları.

_____. 1997. **Allah'ın Elçisi ve Mesajı**. (trc. Adil Çiftçi). Ankara: Ankara Okulu Yayınları.

_____. 2000. **Ana Konularıyla Kur'an**. (trc. Alparslan Açıkgenç) Ankara: Ankara Okulu Yayınları.

FÎRÛZÂBÂDÎ, Mecdu'd-Din Muhammed b. Yakup b. Muhammed, 2003, **el-Kamûsu'l-Muhît**. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle.

GADAMER, Hans-Georg, 1995, "**Hermeneutik**". (Doğan Özlem. Hermeneutik Üzerine Yazılar'la birlikte). Ankara.

GÜLER, İlhami, 2004, "**Soruşturma**". İslamiyât Dergisi. VII. Ocak-Mart, sy. 1, 136.

ĞAMRÂVÎ, Muhammed ez-Zuhrî, 2005, **es-Sirâcu'l-Vehhâc**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

HABENNEKE, Abdurrahman Hasan, 1994, **Ecnihatü'l-Mekri's-Selâse**. Dimeik: Dâru'l-Kalem.

HAKİM EN-NÎSÂBÛRÎ, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdillâh, 1990, **el-Müstedrak 'ala's-Sahîhayn**. (thk. Mustafa Abdulkadir 'Atâ). I-V. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

HALLÂF, Abdulvahhâb, 1940, **İlm-u Usûli'l-Fıkh**. Lübnan: y.y.

HAMEVÎ, Ebü'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. Muhammed, 2004, **Gamz-u Uyuni'l-Basâir: Şerh-u Kitâbi'l-Eşbah ve'n-Nezair**. Pakistan: İdaretu'l-Kur'an ve'l-Ulûmi'l-İslamiyye.

HAMMÛR, İrfan Muhammed, 2006, **Mevâsimu'l-Arab**. I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

HANBELÎ, Şakir, 2002, **Usûlû'l-Fıkhı'l-İslamî**. Mekke: el-Mektebetü'l-Mekkiyye.

HARBÛTLÎ, Ali Hasenî, 2004, **Tarihu'l-Ka'be**. Beyrut: Dâru'l-Cîl.

HASANEYN, Mahmud Hasaneyn, 1988, **el-Urf ve'l-Ade beyne's-Şeriatı'l-İslamiyye ve'l-Kanûni'l-Vad'î**. Dubai: Dâru'l-Kalem.

HASKEFÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed, 2002, **ed-Dürrü'l-Muhtâr**. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.

HATEMÎ, Hüseyin, 1999, **Medeni Hukuka Giriş**. İstanbul: Filiz Kitabevi.

HATİPOĞLU, Mehmed Said, ty, “**Kur'an'ı Kerim'de Mahalli Hükümler Meselesi**”. İslamiyat Dergisi. VII. sy.1.

HAVVÂ, Saîd, 2003, **el-Esâs fî't-Tefsîr**. Kahire: Dâru's-Selâm.

HAYYÂT, Abdülazîz, 1977, **Nazariyyetü'l-Urf**. Amman: Mektebetü'l-Aksa.

HERERÎ, Muhammed Emin b. Abdullah el-Uremî el-Alevî, 2008, **Hadâiku'r-Rayh-i ve'r-Rayhân**. İşraf: Haşim Muhammed Ali b. Hüseyin Mehdi. I-XXXII. Beyrut: Dâru'l-Minhâc.

HEREVÎ, Muînuddin Muhammed b. Abdullah (Molla Miskin), 2008, **Şerh-u Kenzi'd-Dekâik**. I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

HUDARÎ, Muhammed, 1998, **Usûlû'l-Fıkh**. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife.

_____. 2002. **Târîhu't-Teşrî'i'l-İslamî**. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife.

HURAŞÎ, Muhammed b. Abdullah b. Ali, 1997, **Haşiyetü'l-Huraşî**. I-VIII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

IŞIKTAÇ, Yasemin, 1992, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku**. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

IVAD, Seyyid Salih, ty, **Eserü'l-Urf fi't-Teşrî'i'l-İslamî**. Kahire: Dâru'l-Kitabi'l-Camiî.

İBN ABDÜSSELÂM, Ebû Muhammed İzzeddîn Abdülaziz b. Abdüsselâm, 1999, **Kavâ'idü'l-Ahkâm fi Mesâlihi'l-Enâm**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İBN ABİDÎN. Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz, ty., **Neşru'l-Arf fi Binâi ba'di'l-Ahkâmi 'âla'l-Urf** (Mecmûat-u Resâil-i İbn Abidîn). I-II. by.: Dâr-u İhyâi'-t-Türâsi'l-Arâbî.

_____. 2003. **Reddü'l-Muhtâr âlâ'd-Dürri'l-Muhtâr**. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.

_____ ty. **Şerh-u Ukûd-i Resmi'l-Müftî**. (Mecmûat-u Resâil-i İbn Abidîn içerisinde). I-II. Beyrut: Dâr-u İhyâi'-t-Türâsi'l-Arâbî.

İBN ARABÎ, Ebû Bekr Muhammed b. Abdullah, 2003, **Ahkâmu'l-Kur'an**. I-IV. Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriyye.

İBN ATİYYE, Ebû Muhammed Abdulhak, 2007, **el-Muharrerû'l-Vecîz fi Tefsîri'l-Kitâbi'l-Azîz**. (thk. Abdüsselam Abdüş'-Şafî Muhammed). I- VI. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İBNÜ'L-CEVZÎ, Ebû'l-Ferec Cemalüddîn Abdurrahman b. Ali b. Muhammed, 2002, **Zâdu'l-Mesîr fî İlmi't-Tefsîr**. I-VIII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İBN EMÎR EL-HAC, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Muhammed, 1999, **et-Takrîr ve't-Tahbîr 'ale't-Tahrîr**. I-III. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İBN FÂRÎS, Ebû'l-Hüseyin Ahmed, 2008, **Mu'cem-u Makâyîsi'l-Luġa**. Beyrut: Dâr-u İhyâi't-Türâsi'l-Arabî.

İBN HACER EL-ASKALÂNÎ, Ahmed b. Ali, 2000, **Fethu'l-Bârî bi Şerh-i Sahîhi'l-Buharî**, I-XVI. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

İBN HALDÛN, Abdurrahman b. Muhammed, 1993, **Mukaddimet-u İbn Haldûn**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İBN HİŞÂM, Ebû Muhammed Abdulmelik, ty, **es-Sîretu'n-Nebeviyye**. Beyrut: Dâr-u İhyâi't-Türâsi'l-Arabî.

İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemaleddin Muhammed b. Abdülvâhid, 2003, **Şerh-u Fethi'l-Kadîr**. I-VII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İBN KAYYİM EL-CEVZİYYE, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyub, 1996, **İ'lâmu'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemîn**. (thk. Muhammed Mu'tesimbillah). I-IV. Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî.

_____. 1990. **el-Furûsiyye**. Medine: Dâru't-Türâs.

_____. 1998. **Zâdu'l-Me'âd fî Hedyi Hayri'l'İbâd**. (thk. Mustafa Abdulkadir 'Atâ). I-VI. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İBN KEMAL, Şemseddin Ahmed b. Süleyman Kemâlpaşazâde, 1316, **fi İstihsani'l-İstícâr âla Ta'îmi'l-Kur'an**, (Resail-u İbn Kemâl içerisinde). I-II. İkdâm: İstanbul.

İBN KESÎR, Ebu'l-Fida İsmail, 1992, **el-Bidâye ve'n-Nihâye**. I-XIV. Kahire: Dâru'l-Hadis.

İBN KUDÂME, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah, 1994, **el-Mugnî**. I-X. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İBN MÂCE, Ebû Abdullah b. Yezîd el-Kazvînî, 1994, **es-Sünen**. (thk. Muhammed Fuad Abdulbâkî). I-II. Kahire: Dâru'l-Hadis.

İBN MANZÛR, Ebu'l-Fadl Cemaleddin Muhammed, 1990, **Lisânu'l-Arab**. I-XV. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

İBNU'N-NECCÂR, Takıyyuddîn Muhammed b. Ahmed el-Futûhî, 1961, **Münteha'l-İrâdât fi Cem'i'l-Mukni' ma'a't-Tenkîh-ı ve Ziyâdât**. Kahire: Mektebet-u Dâri'l-Urûbe.

İBN NÜCEYM, Siracüddin Ömer b. İbrahim, 2002, **en-Nehru'l-Fâik Şerh-u Kenzi'd-Dekâik**. I-III. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.

İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrahim, 1998, **el-Eşbâh ve'n-Nezâir**. Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriyye.

_____. 1997. **el-Bahru'r-Râik Şerh-u Kenzi'd-Dekâik**. I-VIII. Beyrut: Dâru'l-Kutübi'l-İlmiyye.

İBN RECEB, Ebû'l-Ferec Abdurrahman, 1972, **el-Kavâ'id fi'l-Fıkhı'l-İslamî**. Kahire: Mektebetü'l-Külliyâti'l-Ezheriyye.

İBN RÜŞD, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed, 2000, **Bidâyetü'l-Müctehîd ve Nihâyetü'l-Muktesid**. I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İBN TEYMİYYE. Takıyyuddin Ahmed b. Abdulhalim, 2002, **el-Fetâvâ'l-Kübrâ**. I-VI. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

_____. 2005. **Mecmû'u'l-Fetâvâ** (thk. Mustafa Abdulkadir 'Atâ). I-XXXVII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İNALCIK, Halil, 1997, “**Örf**”. İA. Eskişehir: Meb. Yayınları.

İMRE, Zahit, 1971, **Medeni Hukuka Giriş**. İstanbul: Yenilik Basımevi.

İSNEVÎ, Ebû Muhammed Cemaleddin Abdurrahman b. Hasan, 1999, **Nihâyetü's-Sûl fi Şerh-i Minhâci'l-Usûl**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İZZUDDÎN B. ABDİSSELAM, Ebû Muhammed es-Sülemî, 1999, **Kavâ'idü'l-Ahkâm fi Mesâlihi'l-Enâm**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

İZMİRLİ, İsmail Hakkı, 2005, “**Örfün İslam Hukukundaki Yeri**”. (sad. Osman Şahin). İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi. sy. 5, s. 207-216.

KÂDÎHÂN, Fahrüddîn Hasan b. Mansûr b. Mahmud el-Uzcendî, 2009, **Fetâvâ Kâdîhân**. I-III. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

KAHRAMAN, Abdullah, 2002, **İslam'da İbadetlerin Değişmezliği**. Sivas: Akademi.

KAL'ACÎ, Muhammed Revvâs- Hamid Sadık, Kuneybî, 2006, **Mu'cemu Lugati'l-Fukaha**. Beyrut: Dâru'n-Nefâis.

KARABIYIK BARBARASOĞLU, Fatma, 1995, **Modernleşme Sürecinde Moda ve Zihniyet**. İstanbul: İz Yayıncılık.

KARÂFÎ, Ebû'l-Abbas Şihâbuddîn Ahmed b. İdris, ty, **el-Furûk**. I-IV. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

_____. 2004. **Şerh-u Tenkîhi'l-Fusûl fî İhtisâri'l-Mahsûl fî'l-Usûl**. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

Karaman, Hayrettin. 1991. **Mukayeseli İslam hukuku**. I-III. İstanbul: Nesil Yayınları.

_____. 1996. **İslam'da Kadın ve Aile**. İstanbul: Ensar neş.

KÂSÂNÎ, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ud, 1997, **Bedâi'u's-Sanai' fî Tertîbi's-Serâi'**. I-X. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

KASTALÂNÎ, Şahabüddin Ebu'l-Abbas Ahmed b. Mahmud, 2000, **İrşâdu's-Sârî li Şerh-i Sahîhi'l-Buhârî**. I-XV. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-ilmiiyye.

KATTAN, Menna' Halil, 2000, **Mebâhis fî Ulûmi'l-Kur'an**. Riyad: Mektebetu'l-Maarif.

EL-KERMÎ, Mer'î b. Yusuf, 1401, **Gayetü'l-Munteha**. Riyad: el-Müessesetü's-Saîdiyye.

KETTÂNÎ, Muhammed Cafer, 1342, **ed-Diâme fî Ahkâm-i Sünneti'l-İmâme**. Şam: Matba'atü'l-Feyhâ.

KEVSERÎ, Muhammed Zahid, 2004, **"el-Âlim ve'l-Muteallim"** (el-Akîde ve İlmu'l-Kelâm içerisinde). Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

_____. ty. **Makâlâtu'l-Kevserî**. Kahire: el-Mektebetü't-Tevfikiyye.

KOCA, Ferhat, 1996, **İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis (daralaticı yorum)**. İstanbul: İSAM.

KOÇAK, Muhsin, 1997, **İslam Hukukunda Hükümlerin Değişmesi Açısından Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları**. Samsun: Kardeşler Ofset.

KONEVÎ, İsmüddin İsmail b. Muhammed, 2001, **Hâşiyetu'l-Konevî**. I-XX. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

KOTAN, Şevket, 2001, **Kur'an ve Tarihselcilik**. İstanbul: Beyan.

KUDÛRÎ, Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Muhammed b. Cafer, 1996, **el-Muhtasar**. (el-Lübâb ile birlikte). Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî.

KURTUBÎ, Ebû Abbas Ahmed b. Ömer b. İbrahim, 2005, **el-Müfhim li-Mâ Eşkele min Telhîs-ı Kitâb-i Müslim**. I-VII. Beyrut: Dâr-u İbn Kesîr.

KURTUBÎ, Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed, 2000, **el-Cami' li-Ahkâmi'l-Kur'an**. I-XXI. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

KUTUP, Seyyid, 2008, **Fî Zilâli'l-Kur'an**, I-VI: Kahire: Dâru'ş-Şurûq.

KUVTE, Adil b. Abdülkadir b. Muhammed Veli, 1997, **el-Urf: Hucciyetühû ve Eseruhû fî Fıkhî'l-Muamelati'l-Maliyye inde'l-Hanâbile**. Mekke: Mektebetü'l-Mekkiyye.

_____. 2007. **Eserü'l-Urf ve Tatbîkâtuhû'l-Muâsıra fî Fıkhî'l-Muâmelâti'l-Maliyye**. Mekke: el-Ma'hadü'l-İslami.

LAROUÏ, Abdullah, 1998, **Tarihselcilik ve Gelenek**. İstanbul: Vadi Yayınları.

LEKNEVÎ, Abdulhayy b. Abdulhalim, 1417, **Şerhu'l-Hidâye**. I-VIII. Pakistan: İdâretü'l-Kur'an.

_____. 2005. **et-Ta'lîku'l-Mumecced alâ Muvatta-i Muhammed**. I-III. Dimeşk: Dâru'l-Kalem.

_____. 2009. **Umdetü'r-Riâye 'alâ Şerhi'l-Vikâye** (thk: Salâh Muhammed Ebû'l-Hac). I-VIII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

MALİK B. ENES, Ebû Abdullah el-Ashabî el-Himyerî, 2005, **el-Muvatta** (et-Ta'lîku'l-Mumecced ile birlikte). Dimeşk: Dâru'l-Kalem.

Mecellet-ü Mecma'i'l-Fıkhî'l-İslamî. 1988. sy. V/IV. Cidde: Mecma'i'l-Fıkhî'l-İslamî.

MERÂĞÎ, Ahmet Mustafa, 2006, **Tefsîru'l-Merâğî**, Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

MERDÂVÎ, Ali b. Süleyman, 1980, **el-İnsâf fî Ma'rifeti'r-Racih-i mine'l-Hilâf alâ Mezhebi'l-İmam Ahmed b. Hanbel**. Beyrut: Dâr-u İhyâi't-Türâsi'l-Arabî.

MERGİNANÎ, Ebû'l-Hasan Ali b. Ebû Bekr, ty, **el-Hidâye Şerh-u Bidâyeti'l-Mübtedî**. I-II. Beyrut: Dâru'l-Erkam.

_____. 2004. **et-Tecnîs ve'l-Mezîd**. Pakistan: İdâretü'l-Kur'an.

MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, 1998, **el-İhtiy'âr li ta'lîli'l-Muhtâr**. I-V. Beyrut: Dâru'l-Hayr.

el-Mevsûatu'l-Fıkhîyye. 1995. XXXIII. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf.

_____. 2003. XXI. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf.

_____. 2002. XXIII. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf.

_____. 2004. XII. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf.

_____. 2004. X. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf.

_____. 2005. XXXXI. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf.

Meydan Larousse. 1972. VIII. İstanbul: Meydan Yayınevi.

MEYDANÎ, Abdulganî b. Talib el-Guneymî, 1996, **el-Lübâb fî Şerhi'l-Kitâb.** I-III. Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî.

MOLLA CÜYÛN, Ahmed b. Ebû Saîd b. Abdullah, ty, **Şerh-u Nûri'l-Envâr âle'l-Menâr** (Hafızuddin Neseî'nin Keşfu'l-Esrâr'ı ile birlikte), Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye. I-II. Beyrut.

MOLLA HÛSREV, Muhammed b. Feramuz, 1307, **Mir'atu'l-Usûl Şerh-u Mirkati'l-Vusûl.** I-II. İstanbul: Fazilet Neşriyat.

MUBÂREKÎ, Ahmed b. Ali, 1992, **el-Urf ve Eserûhû fî's-Şerîati ve'l-Kanûn.** Riyad: y.y.

MUTARRİZÎ, Ebu'l-Feth Nassıruddîn, 1999, **el-Mugrib fî Tertibi'l-Mu'rib.** Lübnan: Mektebet-u Lübnan.

MUTTAKÎ EL-HİNDÎ, Alauddin Ali, 2004, **Kenzu'l-Ummâl fî Süneni'l-Akvâli ve'l-Ef'âl.** I-XVIII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

MÜSLİM B. HACCÂC, Ebû'l-Hüseyn el-Kuşeyrî, 1997, **es-Sahîh**. I-V. (nşr. M. Fuad Abdulkakî). Kahire: Dâru'l-Hadîs.

NAİM, Ahmed, Kamil, Miras, 1978, **Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrîd-i Sarîh Tercümesi ve Şerhi**. I-XII. Ankara: Başbakanlık Basımevi.

NESÂÎ, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Ali b. Şuayb, 1994, **es-Sünen** (Suyûtî Şerhi ile birlikte). I-IX. Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslamiyye.

NESEFÎ, Ebû'l-Berekât Hafızuddin Abdullah b. Ahmed, ty, **Müstesfâ**. Laleli: Süleymaniye Kütüphanesi. vr. 38^a; Konya Bölge Yazma Eserler Kütüphanesi, vr. 32.

_____. 1992. **Menâru'l-Envâr**. (İfâdatü'l-Envâr ile birlikte). (thk. Muhammed Berekât). Dimeşk: Mektebet-ü İmam Evzaî.

_____. ty. **Keşfu'l-Esrâr Şerhu'l-Musannef ale'l-Menâr**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

NEVEVÎ, Ebû Zekeriyye Muhyiddin Yahya b. Şeref, 1995, **Şerh-u Sahîhi'l-Müslim**. I-X, Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

EN-NÎKÎB, Ahmed b. Muhammed Nasîruddin, 2001, **el-Mezhebü'l-Hanefî Merâhilûhû ve Dabakâtûhû ve Davâbitûhû ve Mustalahâtuhû ve Hasâisûhû ve Müellefâtûhû**. I,II. Riyad: Mektebetu'r-Rüşd.

OĞUZOĞLU, H. Cahit, 1959, **Roma Hukuku**. Ankara: AÜHFY.

OSMANÎ, Şebbîr Ahmed, 2006, **Fethu'l-Mülhim bi Şerh-i Sahîhi'l-Müslim**. I-VI. Dimeşk: Dâru'l-Kalem.

ÖZCAN, Zeki, 1998, **Teolojik Hermenötik**. İstanbul: Alfa yayınları.

ÖZLEM, Doğan, 1992, **Tarih Felsefesi**. İstanbul: Ara Yay.

ÖZSOY, Ömer, 2004, **Kur'an ve Tarihsellik Yazıları**. Ankara: Kitabiyât.

_____. 1994. “**Nasr Hâmid Ebû Zeyd’in Nass-Olgü İlişkisi Bağlamında ‘Ulûmu’l-Kur’an’ı Eleştirisi**”. İslami Araştırmalar. Yaz-Güz, VII, sy. 3-4.

PAÇACI, Mehmet, 2000, **Kuran ve Ben Ne Kadar Tarihseliz**. Ankara: Ankara Okulu.

_____. 2004. “**Soruşturma**”. İslamiyat Dergisi, Ocak-Mart. VII, sy.1.

PARET, Rudi, 1995, **Kur'an Üzerine Makaleler** (ter. Ömer Özsoy). Ankara: Bilgi Vakfi Yayınları.

PEZDEVÎ, Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Hüseyin, 1991, **Kenzü'l-Vusûl ilâ Ma'rifeti'l-Usûl**. I-IV. Beyrut: Dâru'l-Kitabi'l-Arabî.

RÂGIB EL-ISFEHÂNÎ, Ebû'l-Kasım Hüseyin b. Muhammed, 1997, **el-Müfredât fî Garîbi'l-Kur'an** (thk: Safvan Adnan Dâvûdî). Beyrut: ed-Dâu'ş-Şâmiyye.

RIZA, Muhammed Reşid, 1999, **Tefsîru'l-Kur'an'il-Hakîm**, I-XI. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

RUTHVEN, M, 2000, **İslam in the World**. New York: Oqford University.

SA'DÎ, Abdurrahman b. Nasır, 2005, **Teysiru'l-Kerîmi'r-Rahmân fî Tefsîri'l-Kelâmi'l-Mennân**. Beyrut: Müessetü'r-Risâle.

SA'DÎ ÇELEBÎ, Sadullah b. İsa b. Emîrhân, **Hâşiyetu'l-İnâye** (Fethu'l-Kadîr ile birlikte). I-X. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

SÂBÛNÎ, Muhammed Ali, 1982, **Revâiu'l-Beyan Tefsir-u Ayati'l-Ahkâm**. I-II. Beyrut: Dâr-u İhyai't-Türâsi'l-Arabî.

SÂBÛNÎ, Nureddin Ahmed b. Mahmud, 1995, **el-Bidâye fî Usûli'd-Dîn** (thk. Bekir Topaloğlu). İstanbul: Elif Ofset.

SADRÛŞŞERÎA, Ubeydullah b. Mes'ûd Mahmud, 1996, **et-Tevdîh li-metni't-Tenkîh fî Usûli'l-Fıkh**, I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

SÂĞIRCÎ, Es'ad Muhammed Saîd, 2000, **el-Fıkhü'l-Hanefî ve Edilletuhu**. I-III. Dımeşk: Dâru'l-Kelimu't-Tayyib.

SÂLÛS, Ali Ahmed, 1996, **Mecelletû't-Tadahhum ve'l-Kesâd**. IX. II. Trablus.

SÂVÎ, Ahmed b. Muhammed, 1993, **Hâşiyetu's-Sâvî alâ't-Tefsîri'l-Celâleyn**. I-IV. Beyrut: Dâru'l-Fıkr.

SAYMEN, Ferit H, 1948, **Türk Medeni Hukuku I Umûmî Prensipler**. İstanbul.

SEMERKANDÎ, Alauddîn Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed, 1984, **Mîzânu'l-Usûl fî Netâici'l-Ukûl** (thk. Abdulmelik Abdurrahman es-Sa'dî). I-II. Mekke: Câmiat-u Ümmi'l-Kurâ.

SERAHSÎ, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, 2001, **el-Mebsût**. I-XXX. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

_____. 1993. **Usûlü's-Serahsî** (thk. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî). I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

SIBÂÎ, Mustafa, 1997, **Şerh-u Kânûni'l-Ahvâli's-Şahsiyye**. I-II. Beyrut: el-Mektebetü'l-İslamî.

SİND, Abdurrahman b. Abdullah, 2004, **Ahkâmu'l-Fıkhıyye li't-Teâmulâti'l-Elektrûniyye**. Riyad: Dâru'l-Verrâk.

SUYÛTÎ, Ebû'l-Fadl Celalüddin Abdurrahman b. Ebî Bekr, 2004, **ed-Durru'l-Mensûr fi't-Tefsîri'l-Me'sûr**. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

_____. ty. **ed-Dîbâc 'alâ Sahîh-i Müslim**. I-VI. Beyrut: Dâru'l-Erkam.

_____. 1978. **el-İtkân fi Ulûmi'l-Kur'an**. I-II. İstanbul: Kahraman Yayınları.

_____. 2007. **Kitâbu'l-Eşbâh ve'n-Nezâir**, Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriyye.

_____. 2003. **Kifâyetü't-Tâlib fi Hasâisi'l-Habîb** (el-Hasâisu'l-Kübrâ). I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

ŞABAN, Zekiyyuddin, 1993, **el-Ahkâmu'ş-Şerîyye li'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye**. Bingâzî: Câmîat-u Karyunus.

_____. ty. **Usûlû'l-Fıkhı'l-İslâmî**, İstanbul: yy.

ŞAFAK, Ali, 1994, **Hukuk Başlangıcı**. Ankara: Alkım Kitapçılık

ŞAGFE, Muhammed Beşîr, 2001, **el-Fıkhı'l-Malikî fi Sevbihi'l-Cedîd**. I-V. Dımeşk: Dâru'l-Kalem.

ŞAHİN, Osman, 2006, “**Sahâbe ve Tâbiûn Müçtehitlerinin Yeni Gelişmeler Karşısındaki Tutumlarının Hukuk Metodolojisi Açısından Analizi**”. İlahiyat Fakültesi İlmi Dergisi (Oş Devlet Üniversitesi). sy. 9-10, s. 45-74.

ŞÂTİBÎ, Ebû İshak İbrahim b. Musa b. Muhammed, 1996, **el-Muvâfakât fi Usûli'ş-Şerîa**. I-IV. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife.

ŞELEBÎ, Ahmed, 1999, **Mevsûa'tu't-Tarîhi'l-İslamî**. I-X. Kahire: Mektebetu'n-Nahdati'l-İslamiyye.

ŞELEBÎ, Muhammed Mustafa, 1974, **Usûlu'l-Fıkh**. Beyrut: Dâru'n-Nahdati'l-Arabî.

ŞEMÂM, Mahmud, 1988, “**el-Urf beyne'l-Fıkh-ı ve't-Tatbîk**”. Mecelletü Mecma'ı'l-Fıkhî'l-İslamî. sy. V/IV, 3372-3402. Cidde: Mecma'u Fıkhî'l-İslamî.

SAMÎ, Şemseddin, 1317, **Kâmus-u Turkî**. İstanbul: İkdam Matbaası.

ŞENER, Mehmet, 1987, **İslam Hukukunda Örf**. İzmir: Öğrenci Basımevi.

_____. 2001. “**İctimaî Usûl-i Fıkh Tartışmaları**”. Makaleler Tebliğler ve Diğer Yazılar. İzmir: İİFVY

ŞENOCAK, İhsan, 2005, “**Tarihselcilik**”. İnkişaf. Kasım-Ocak, sy. 1, 16-33.

ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed, 1999, **Neylü'l-Evtâr min Ehâdis-i Seyyidi'l-Ehyâr**. I-VIII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

_____. ty. **İrşâdü'l-Fuhûl**. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

ŞEYHZÂDE, Muhammed b. Muslihiddin Mustafa Kocevî, 1999, **Hâşiye 'alâ Envâri't-Tenzîl li'l-Beydâvî**. I-VIII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

ŞÎRÂZÎ, Ebû İshak İbrahim, 1995, **el-Mühezzeb fî Fıkhı'l-İmami's-Şafî**. I-III. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

TABERÎ, Muhammed b. Cerîr, 2005, **Câmi'u'l-Beyân fî Te'vîl-i Âyi'l-Kur'an**. I-XIII. Beyrut: Dâru'l-Kutûbi'l-İlmiyye.

TAHÂNEVÎ, Muhammed Ali b. Muhammed, 1998, **Keşşâf-u İstılâhâtî'l-Fünûn**. I-IV. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

TAHÂVÎ, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed, 1399, **Şerh-u Meâni'l-Asâr**. I-IV. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

TAHHÂN, Mahmud, 1987, **Teysîr-u Mustalahi'l-Hadîs**. Riyat: Mektebetü'l-Mearif

TAHMÂZ, Abdulhamîd Mahmud, 2009, **el-Fıkhu'l-Hanefî fî Sevbihi'l-Cedîd**. I-V. Dimeşk: Dâru'l-Kalem.

Türkçe Sözlük. 2005. Ankara: Türk Dil Kurumu.

TEFTÂZÂNÎ, Sa'deddin Mes'ud b. Ömer, 1996, **et-Telvîh âle't-Tevdîh li-metni't-Tenkîh fî Usûli'l-Fıkh**, I-II. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

TEYÂLİSÎ, Süleyman b. Ebî Dâvûd, 1321, **el-Müsned**. Haydarabad: Dâiretü'l-Maarif.

UÇAR, Hasan, 2005, **“Tarihselciliğin Tarihi”**. İnkişaf. Kasım-Ocak, sy. 1, 8-15.

EL-ULVÂNÎ, Rukıyye Tâhâ Câbir, 2003, **Eseru'l-Urf fî Fehmi'n-Nusûs**. Dimeşk: Dâru'l-Fıkr.

YALÇIN, İsmail, 2009, **“Sakal”**. DİA, XXXVI. 1-2.

YAZIR, Elmalılı Hamdi, 1979, **Hak Dini Kuran Dili**. I- X. İstanbul: Eser Neşriyat.

YILDIZ, Recep, 2005, **“Fazlurrahman”**. İnkişaf. Ocak-Kasım, sy. 1, 34-43.

ZEBÎDÎ, Muhammed Mustafa el-Hüseynî, 2005, **Tâcü'l-'Arûs min Cevâhîri'l-Kâmus**: I-XX. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

ZEMAŞERÎ, Ebû Kasım Mahmud b. Ömer, ty, **el-Keşşâf an Hakâiki't-Tenzîl ve Uyûni'l-Akâvil**. I-IV. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife.

ZERKÂ, Ahmed b. Muhammed, 1996, **Şerhu'l-Kavâ'idi'l-Fıkhıyye** (tkd. Mustafa Ahmed Zerkâ). Dimeşk: Dâru'l-Kalem.

ZERKÂ, Mustafa Ahmed, 1998, **el-Medhalü'l-Fıkhıyyu'lâmm** (el-Fıkhü'l-İslamî fî Sevbihi'l-Cedîd). I-II. Dimeşk: Dâru'l-Kalem.

ZERKEŞÎ, Bedruddin Muhammed b. Abdillâh, 2001, **el-Burhân fî Ulûmi'l-Kur'an**. I-IV. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

ZEYDAN, Abdülkerim, 1999, **el-Medhal li Dirâseti's-Şeri'ati'l-İslamiyye**. Beyrut: Müessesetu'r-Risale.

_____. 2000. **el-Mufasssal fî Ahkâmi'l-Mere ve'l-Beyti'l-Müslim fi's-Şeri'ati'l-İslamiyye**, I-XI. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle.

_____. 2003. **el-Vecîz fî Şerh-i'l-Kavâidi'l-Fıkhıyye fi's-Şeri'ati'l-İslamiyye**. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle.

_____. 2003. **el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh**. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle.

ZEYLÂ'Î, Fahrüddin Osman b. Ali, 2000, **Tebyînu'l-Hakâik**. I-VIII. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye.

ZEYLÂ'Î, Ebû Muhammed Abdullâh b. Yusuf, ty., **Nasbu'r-Râye fî Tahrîci Ahâdîsi'l-Hidâye**. I—IV. Beyrut: Dâru'l-Kütubi'l-İslamiyye.

ZUHAYLÎ, Vehbe, 1998, **Usûlu'l-Fikhi'l-İslami**. I-II. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

_____. 2004. **el-Fikhu'l-İslamî ve Edilletuhu**. I-XI. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

ZURKÂNÎ, Abdubakî, ty, **Şerhu'z-Zurkânî 'alâ Muhtasari'l-Halîl**. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı :	İhsan Şenocak
Doğum Yeri ve Tarihi :	20. 07. 1974 SAMSUN
Eğitim Durumu	
Lisans Öğrenimi :	O.M.Ü. İlahiyat Fakültesi - 1999
Yüksek Lisans Öğrenimi :	O.M.Ü. Sosyal Bil. Ens. Temel İslam Bil. (İSLAM HUKUKU) - 2003
Bildiği Yabancı Diller :	Arapça, İngilizce.
Bilimsel Etkinlikleri :	
İş Deneyimi	
Uygulamalar :	
Projeler:	
Çalıştığı Kurumlar:	Diyanet İşleri Başkanlığı
İletişim	
E-Posta Adresi :	İhsansenocak2001@yahoo.com
Telefon:	
İş:	0 362 5115304
Ev:	
Cep:	0 533 7156895
Tarih:	07. 03. 2011