

ÖRF

(العرف)

Toplumda genel kabul gören, sürekli veya baskın tatbikatı bulunan sosyal davranış biçimleri ve dildeki yerleşik kullanımlar anlamında bir terim.

Sözlükte “iyi olan, yadırganmayan, bilinen, tanınan; peşpeşe gelen” anlamlarındaki **urf** kelimesinin Türkçe’deki söylenişi olan **örf**, birçok fikhî sonucun belirlenmesinde kendisine atıfta bulunulan belli nitelikteki sosyal davranış biçimlerini ve dildeki yerleşik kullanımları ifade eder. **Avd** kökünden olup “özel bir çaba harcamasızın bir işi alışkanlık haline gelinceye kadar tekrar etmek” anlamındaki **âdet** ile **örf** arasındaki ilişki hakkında değişik açıklamalar yapılmıştır. Bu iki lafzın birbiri yerine ve aynı anlamı belirtmek üzere “örf ve âdet” şeklinde kullanımı oldukça yaygındır (bk. **ÂDET**). Fıkıh literatüründe bu lafızların kapsamları yeterince belirlenmemiş kavramlar halinde kullanıldığı ve **örfün** fikhî sonuçları belirlemedeki rollerinin birbirinden ayırt edilerek bir teori halinde ele alınmadığı görülür (aş.bk.). Tâbiîn dönemindeki bir hukukî ihtilâfta **örfü** belirtmek üzere “sünnet” kelimesinin kullanıldığı görülmektedir (Buhârî, “Büyü”, 95). Türkçe’de **örf** ve **âdeti** ifade etmek üzere “an’ane, gelenek, görenek, teâmül” ve -ahlâkî değerlendirme anlamı baskın olan- “töre” kelimeleri de kullanılır.

Örfün Sosyal Düzen Kuralları Arasındaki Yeri. Bireylerin hayatında alışkanlıklar önemli bir role sahiptir. İnsan aynı durumlarda aynı biçimde davranmakla bu davranışlar tipik reaksiyonlar olarak zaman içinde alışkanlık karakterini kazanır. Böylece kişi bu alışkanlıklarla hayatını büyük ölçüde kolaylaştırır, her durumda davranışını belirlemek üzere seçim yapmak ve karar vermek külfetinden kurtulur. Toplu alışkanlıklardan meydana gelen, kişi, zaman ve yer bakımından değişiklikler gösteren **örfler** de sosyal hayatın kolaylaştırılmasını ve inceltilmesini sağlama yönüyle alışkanlıklarla benzeşmekle birlikte bireyin toplum içindeki davranışlarını düzenleyen zorlayıcı normlar olma özelliğiyle onlardan ayrılır. Zira **örf** bir norm karakteri taşır, bugüne kadar olagelenlerin bugün de olmasını, gerçekleşmesini emreder; oysa alışkanlıkta olagelene ayrıca “olması gerekir” düşüncesi eşlik etmez. Bu yönüyle, yani bireyin dışında toplum tarafından istenilmesi (heteronom karakteri) bakımın-

dan **örf** hukuk normlarıyla benzeşir. Yine muhtevalarının değişebilirliği açısından **örf** normları ile hukuk normları arasında benzerlik vardır. Nitekim eskiden hukuk normu olup günümüzde yalnız **örf** sayılan normlar bulunduğu gibi daha önceki **örf** normlarının hukuk normu haline gelmesi de söz konusu olabilmektedir. Meselâ bugün milletlerarası hukuk alanında rastlanan hukuk normlarının birçoğu eskiden **örf** normlarından ibaretti. Buna karşılık **örf** normları konvansiyonel olma özelliğiyle hukuk normlarından ayrılır. **Örf** kendisine tâbi olanların rıza ve muvafakatine dayalı olarak yürürlük kazanabildiği halde hukukun yürürlüğü tâbilerinin rıza ve muvafakatine bağlı değildir. Yine olması gerekeni gösterme bakımından benzeşen hukuk ve **örf** normları bu gerekliliğin kesinliği bakımından birbirinden ayrılır. Teâmülî hukuk da dahil **örf** normları kesin olmayan (problematik) bir “olması gereken”i ifade ederken hukuk normları kesin (apodiktik) bir “olması gereken”i gösterir (Aral, s. 83-85). Akla dayalı olmayıp keyfe göre ve tesadüfen meydana gelmesi de genellikle **örf** normlarını hukuk normlarından ayırt eden bir özellik olarak zikredilmekle birlikte, bu bağlamda daha çok normların şekli karakterinin kendiliğinden oluşmasıyla bilinçli bir tercihe dayalı olması arasında bir mukayesenin söz konusu olduğuna dikkat edilmelidir. Zira maddî anlamda birçok **örf** normunun toplumun adalet arayışının ürünü olduğu, mâşerî vicdanı ve toplumsal sağduyuyu yansıttığı inkâr edilemez. İslâmî literatürde genel kabul gören **örf** tanımının da **örfün** bu yönüne vurgu yaptığı görülmektedir (aş.bk.).

Örfün sosyal bir norm ve hukukun da sosyal hayatın bir formu olduğu dikkate alındığında hukukla örf arasında derin bir ilişkinin bulunması tabiidir. Nitekim hukuk formunu alabilen diğer sosyal normlar gibi **örfler**den de teâmülî hukuk meydana gelebilmekte, yani bazı **örfler** hukuk kaynakları arasına girebilmektedir. Buna göre doğrudan hukuk kaynağı vazifesi gören **örf** ve âdet hukuku ile alelâde **örfler**in birbirine karıştırılmaması gerekir. Zira bir **örf** ve âdet hukuku kuralından söz edebilmek için alelâde **örf** ve âdetde aranana ilâveten başka bazı şartların bulunması gerekir (aş.bk.). Batı dillerinde bunlar için farklı tabirler kullanılırken (alelâde **örf** için Fransızca’da “usage”, Almanca’da “Übung”; **örf** ve âdet hukuku için Fransızca’da “droit coutumier”, Almanca’da “gewohnheitsrecht”), Türkçe’de her iki gruptaki kurallar için “örf ve âdet” terimi-

nin kullanılması bunları ayırt etmede bazı zorluklar meydana getirebilmektedir. **Örf** ve âdet hukukunun yazılı hukuk kurallarından önce geldiği bir gerçek olmakla birlikte **örf** ve âdet kuralının menşei ve ne zaman hukuk kuralı niteliği kazandığı meselesiyle **örf** ve âdet hukuku kurallarının yürürlüğü meselesi hukuk felsefesinde geniş biçimde tartışılmıştır. Toplum hayatının ilk devirlerinde bütün sosyal alanların temelini teşkil eden, ahlâk ve hukukun yanı sıra dinin de önemli bir kaynağı durumunda bulunan **örf** ve âdetin hukuktaki yeri mahkemelerin gelişmesi ve kodifikasyon hareketleriyle birlikte zayıflamaya başlamıştır. Yazılı hukuk sistemlerinde **örf** ve âdetin rolü daha az olmakla birlikte bunlarda da kanun boşluklarının doldurulması başta olmak üzere yazılı hukukun teyidi ve irade beyanlarının yorumu gibi rolleri daima varlığını korumaktadır. **Örf** ve âdetin devletler hukukundaki önemi ise devam etmektedir; zira dünya milletlerinin ortak bir yasama organı bulunmadığından milletlerarası teamüller bu alanda önemli bir kaynak durumundadır. Kanunlaştırmaların lehinde ve aleyhinde ortaya konan görüşler bir bakıma **örf** ve âdet hukukunun olumlu ve olumsuz yönleriyle değerlendirilmesini de içerir. **Örf** kurallarının uzun zamana yayılan ve ağır seyreden bir süreç içinde oluşması, toplumun derinliklerine nüfuz etmiş ve genel kabul görmüş eğilim ve tercihleri yansıtmaları **örfün** olumlu yönleri arasında sayılırken gelişen ve değişen ihtiyaçları karşılamada yetersiz kalması bakımından eleştirilmiştir. Yine **örfün** oluştuğunu ve hukuken aranan şartları taşıdığını tesbit etmenin oldukça zor olması ve aynı ülkede yöreden yöreye farklı kuralların uygulanmasının ortaya çıkardığı sakıncalar **örf** hukukunun olumsuz yönleri arasında zikredilir. Öte yandan günlük hayatı düzenleyen davranış kurallarından olmakla birlikte başkalarıyla karşılaşma, topluluk içinde yeme içme gibi belli durumlarda nasıl davranılacağını gösteren görgü kurallarının (âdâb-ı muâşeret) yaptırımı toplum tarafından tuhaf karşılanma ile sınırlıdır. Özellikle giyim konusunda öne çıkan moda kuralları ise yenilikleri nisbetinde geçerli olma yönüyle **örf** ve âdetlerden ayrılır; çünkü moda için eski olma olumsuz, **örf** ve âdet için olumlu ve gücünü arttırıcı bir niteliklidir.

Fıkıh Literatüründe Örf ve Âdet Kavramı. İlk dönem eserleri dahil olmak üzere fıkıh literatürüne genel bakış yapıldığında İslâm’ın ilkelerine ve naslardaki düzenlemelere ters düşmeyen bir **örf** ve âdetin

mevcut olduğu durumlarda fikhî sonucun belirlenmesinde bunun önemli bir etkiye sahip olduğu açık biçimde görülür. Fakat örfün kavramsal çerçevesini ve şer'î deliller arasındaki yerini belirlemek için bir çaba harcanmadığına rastlanmaz. Fıkıh âlimlerince yapılan en eski tanıma Ebû'l-Berekât en-Neseffî'nin (ö. 710/1310) *el-Müstasfâ* adlı fûrû eserinde (vr. 37^b) rastlanmaktadır (Ahmed Fehmî Ebû Sünne, s. 8). Genellikle girift bulunan bu tanımla ilgili olmaksızın "Akli verilerin süzgecinden geçerek vicdanlarda yer tutan ve selim tabiatlarca uygun bulunan davranışlar, söz ve eylem biçimleri" şeklinde anlamlandırmak mümkündür. Birçok çağdaş yazar (meselâ bk. M. Ebû Zehre, s. 420; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, II, 841) aynı örf tarifini Gazzâlî'nin *el-Müstasfâ*'sını kaynak göstererek naklederse de bu tarif anılan eserde mevcut değildir. Biri örf teorisi, diğeri İslâm teşrihinin kaynakları üzerine yazılmış iki eserde (Abdülazîz el-Hayyât, s. 23; Uceyl Câsim en-Neşemî, s. 193) bu tanım için Gazzâlî'nin eserinden cilt ve sayfa numarasının (II, 138) verilmiş olması ise hayli şaşırtıcıdır. Muhtemelen bu yanlışlık, tanımın İbn Âbidîn'in konuyla ilgili risâlesinde (II, 114) sadece eser ismi zikredilerek verilmesinden kaynaklanmaktadır (gerek bu risâlede gerekse hemen bütün çağdaş yayınlarda tanımın "min ciheti kadâyâ'l-ukûl" kısmı "min ciheti'l-ukûl" şeklinde aktarılır). Bu tesbit fıkıh literatüründe görülebilen en eski örf tanımının ancak VIII. (XIV.) yüzyıla çıkabildiğini ve daha önemlisi bir usul eserinde değil fûrû eserinde yer aldığını söylemeyi mümkün kılmaktadır. Bazı Hanefî müelliflerinin fûrû eserinde "örf sebebiyle istihsan"dan söz ederken usul eserinde istihsan gerekçeleri arasında örfü zikretmekten kaçınmaları da bu konuda fûrû literatürü ile usul literatürü arasında zıt bir durum bulunduğunu teyit eden önemli bir karine sayılabilir (krş. Özer, II, 795; Debûsî, s. 404-406; krş. Serahsî, *el-Mebşût*, XII, 196, 199; XVI, 46, 159; *el-Üşûl*, II, 202-203; krş. Ebû'l-Berekât en-Neseffî, *el-Müstasfâ*, vr. 200^b-201^a; *Keşfü'l-esrâr*, II, 290-300). Bazı usul eserlerinde istihsan gerekçeleri arasında sayılan "teamül" ve "amelü'n-nâs" ise Resûlullah döneminden beri süregelen, sahâbe ve tâbiîn âlimlerinin karşı çıkmadığı uygulamaları ifade etmektedir ki bunlar sonuçta icmâ veya sünnet delilleri kapsamına giren örneklerden oluşmaktadır (Cessâs, *el-Fuşûl*, IV, 248-249; Debûsî, s. 405; Serahsî, *el-Üşûl*, II, 202-203). Öte

yandan fûrû eserlerinde fikhî sonucun belirlenmesinde örf ve âdete yoğun biçimde atıflar yapılmasına, hatta, "Âdet muhakkemdir" kaidesi (*Mecelle*, md. 36) fikhin beş temel ilkesinden biri olarak kabul edilmesine rağmen şer'î hükmün dayanağı sayılan delilleri titiz biçimde ele alan, kabulünde görüş ayrılığı bulunan delillerin taraftar ve karşıtlarının tartışmalarına geniş yer ayıran usul eserlerinde örf ve âdete hiç yer verilmemesi bu konuda bir ikiliğin bulunduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Karâfî'nin, âdetleri ve aynı anlamda olmak üzere örfü (âdet, avâid) hükümlerin meşruiyet delilleri arasında sayması (*Şerhu Tenkîhi'l-fuşûl*, s. 198, 200) bu konuda bir istisna gibi görünse de burada bütün müctehidlerce dikkate alınan, istishâb kuralına göre temellendirilen (ayrıca bk. a.m.f., *ez-Zâhire*, XI, 12) ve tabii ihtiyaçlar dahil olmak üzere insanlar arasında yaygınlık kazanmış durumların söz konusu olduğuna dikkat edilmesi gerekir. Son dönem yayınlarında yer alan ifadelerden fakihlerin bu konuyu özel olarak ele alıp geniş biçimde tartıştıkları izlenimi edinilirse de örf ve âdetin tanımı, şer'î dayanakları, çeşitleri, muteber sayılma şartları, fıkıhtaki yeri ve etkileri gibi başlıklar altında bir teori halinde ele alınışının tesbit edilebilen en eski örneğini İbn Âbidîn'in *Neşrü'l-'arf fi binâ'i ba'zı'l-aḥkâm 'ale'l-'urf* adlı risâlesi oluşturmaktadır. Müellifin risâleyi kaleme alma gerekçesini açıklarken bu duruma işaret etmesi de (*Mecmû'atü'r-resâ'il*, II, 114) bu tesbiti güçlendirmektedir (el-eşbâh ve'n-nezâir eserlerinin ilgili bölümleri ise daha çok kazûistik anlatımlar içerir). Gerek bu eserde gerekse daha çok buna dayanılarak kaleme alındığı görülen çalışmalarda fıkıhta örf ve âdetin -Batı hukukunda olduğu gibi- hukuk normu niteliği kazananlarla alelâde örf ve âdet niteliğinde olanlar arasında bir ayırım yapılmaksızın ele alınması tabiidir; ancak örf ve âdetin fikhî sonuçlara etkisiyle ilgili rollerinin birbirinden yeterince ayırt edilmemesi, özellikle "örf" ve "âdet" kelimelerinin toplum nazarında olması gereken bir davranış biçimini belirtmeyen anlamlardaki kullanımlarına ait örneklerle vurgu yapılması ve "zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesi" ilkesinin örf ve âdetteki değişikliklere indirger biçimde sunulmasının örfün İslâm hukukundaki yeri hakkında sağlıklı fikir edinilmesini önemli ölçüde engellediği söylenebilir. Meselâ et yememeye yemin eden veya et almak üzere başkasına

vekâlet veren kimsenin hangi tür eti yediği takdirde yeminini bozmuş veya vekilinin ne eti aldığına vekâletin gereğini yerine getirmiş sayılacağına belirlerken o yörenin alışkanlıklarına, öte yandan bir vasiyetnâmeде geçen "çocuk" veya "hayvan" kelimeleriyle ne kastedildiğini belirlerken o çevredeki yerleşik kullanımlara başvurma örneklerinde olduğu gibi esasen dil kurallarıyla ilgili olup örf ve âdetin ancak irade beyanlarının yorumlanmasındaki yardımcı rolünden söz edilebilecek durumların fıkıhta örfün yerini göstermek üzere ön plana çıkarıldığı dikkat çekmektedir. Yine ergenliğin başlangıç yaşını ve kadınların aybaşı hallerinin zamanını ve süresini belirlemede coğrafi şartların etkisine değinirken "âdet" kelimesinin kullanılması örneklerinde görüldüğü gibi, olması gereken bir toplumsal davranış biçimi anlamının söz konusu olmadığı birçok durumda da fıkıhta örf ve âdetin önemi bağlamında ele alınması bu konuda yanıltıcı olmaktadır. Diğer taraftan teknolojinin gelişmesi ve refahın artması gibi sebeplerle sosyal hayat şartlarında değişimler meydana gelmesinin, toplumda dürüstlüğü hâkim olması veya yalanın yaygınlaşması gibi ahlâkî telakkiler ve sosyal ahlâktaki değişikliklerin bir şeklide fikhî hükümlere etki etmesinin örf ve âdet kapsamında değerlendirilerek sunulması da bu konuda sağlıklı bilgi edinilmesini önemli ölçüde engelleyen bir sebep sayılabilir. Endülüste ve Kuzey Afrika'da Mâlikî mezhebi içindeki zayıf görüşü tercih metodunun ortaya çıkardığı tatbikatın örfle ilgisi oldukça kuvvetli olmakla birlikte bunun örfte indirgenmesi isabetli olmaz (bk. AMEL-i FÂSÎ). Mâlikî mezhebinde özel bir öneme sahip olan Medine halkı uygulamasının da bir ölçüde örfle ilişkili olduğu görülür (bk. AMEL-i EHL-i MEDİNE). Bazı fıkıh ve usul eserlerinde bütün müslümanların ortaklaşa benimsediği bir kısım dinî hükümler için kullanılan örf kavramının ise daha özel bir anlam taşıdığına dikkat edilmelidir (bk. İCMÂ).

İslâm hukuk tarihinde kamu otoritesinin ağırlıklı olarak örfе dayanan düzenlemelerine gelince, bunlarla örfün fıkıhtaki teorik yeri arasında yapılabilecek karşılaştırmanın usul ve fûrû literatürleri arasında örfе tanınan mevki konusunda görülen farklılıktan ayrı mütalaa edilmesi gerekir. Özellikle ehl-i şer' ile ehl-i örfün katkılarını kendine özgü bir biçimde kaynaştıran Osmanlı hukukunda padişahların emir ve fermanlarından oluşan ve şer'î hukuk-

tan ayırt edilmek üzere “örfî hukuk” adı verilen hukuk kuralları manzumesinin örfle ilgisi, duruma göre toplumsal gerçekliğin ve mevcut örf ve âdetlerin de dikkate alınmasıyla sınırlıdır.

Burada, fıkıh literatürünü oluşturan değişik tür eserlerde yer alan örf ve âdetle ilgili dağıtık malzemelerle İbn Âbidîn’in anılan risâlesi ve onu takiben gerçekleştirilen yayınlarda örf ve âdet konusundaki teorik anlatımlar esas alınarak ve yer yer Batı hukukundaki yaklaşımlarla mukayeseler yapılarak örf ve âdet teorisini oluşturabilecek unsurlar üzerinde durulacak, daha sonra örf ve âdetin fıkıhtaki yeri hakkında genel bir değerlendirme yapılacaktır.

Örf ve Âdetin Meşruiyet Delilleri. Konuyla ilgili çağdaş yayınlardan, fakihlerin örf ve âdeti şer’î bir delil olarak ele alıp ana kaynaklardaki dayanaklarını geniş biçimde tartıştıkları izlenimi edinilirse de bu husustaki görüşlere daha çok ilgili âyet ve hadislerin yorumları dolayısıyla veya örfü dikkate alınmanın İslâm teşriindeki önemi ne dikkat çekme ihtiyacı duyulduğunda yer verildiği görülür.

Kur’an’da “urf” lafzı iki âyette geçer; bunlardan birinin (el-Mürselât 77/1) örf ve âdet anlamıyla ilgisinden söz edilmez. Diğerine ise (el-A’raf 7/199) genellikle, ah-lâkî erdemleri kuşatan bir içerikte olmak üzere “iyilik” (ma’rûf) anlamı verilmektedir (meselâ bk. Taberî, XIII, 330-331; Cessâs, *Ah-kâmü’l-Kur’ân*, IV, 213-214). Mâtürîdî, buradaki örfü insanın yaratılıştan getirdiği özelliklerinin ona telkin ettiği görevler anlamıyla açıklar ve bunların ikisinin ki-şile rabbi arasında, birinin kendisiyle insanlar arasında olduğunu belirtir. Buna göre insanın yaratılış özellikleri Allah’ın ulûhiyyetine ve birliğine tanıklık etmekte, onun nimetlerine şahit olup şükre çağır-makta, insanlara kendisinin arzu ettiği iyi davranışlarla muamele etmesini ve hoşlanmadığı şeyleri de onlara yapmamasını buyurmaktadır (*Te’vîlât*, VI, 146-147). Aynı kökten türemiş olup Kur’an’da otuz do-kuz yerde geçen “ma’rûf” kelimesinin de genellikle “akılla veya dinî bildirim yoluyla iyi olduğu bilinen fiil” (Râgıb el-İsfahânî, *el-Müfredât*, “arf” md.) ve “Allah’a kulluk ve insanlara muamele hususlarında tas-vip gören, iyi, güzel söz ve davranışlar” anlamında kullanıldığı kabul edilir (*Lisâ-nü’l-‘Arab*, “arf” md.). Ancak Nisâ sûre-sinin 6. âyetinde olduğu gibi bazı bağ-lamlarda “hakkaniyete uygun, mâkul, münasip” gibi daha özel mânalarda kul-lanıldığı da görülür (Bedreddin el-Aynî,

XII, 16-19). Bilhassa bu durumlarda mâ-rufu belirleme açısından terim anlamıyla örfün özel bir rol üstlenmesi tabiidir. Ha-dislerde “urf” lafzı örfün bilinen anlamın-da olmaksızın ve nâdiren kullanılır (*Müs-ned*, IV, 261); “ma’rûf” kelimesi ise sıkça geçer (Wensinck, *el-Mu‘cem*, “arf” md.) Bazı fer’î hükümleri örfle dayandırırken örf ve âdetin İslâm teşriindeki önemini belirtmek üzere sünnetten gösterilen en önemli delil Abdullah b. Mes’ûd’dan gelen, “Müslümanların iyi gördüğü Allah katında da iyidir, onların kötü gördüğü Allah ka-tında da kötüdür” anlamındaki rivayettir (*Müs-ned*, I, 379). Hanefî eserlerinde ge-nellikle Resûlullah’ın sözü olarak aktarılır-sa da Alâî, Sehâvî ve Zeylâî uzun ve dik-katlı araştırmalara rağmen bu rivayete hadis kaynaklarında zayıf bir senedle de olsa merfû olarak rastlayamadıklarını, ancak Abdullah b. Mes’ûd’dan mevkuf haber şeklinde Ahmed b. Hanbel’in *el-Müs-ned*’inde yer aldığını ifade ederler (İbn Âbidîn, II, 115). Teşriî içeriğe sahip mevkuf haberin merfû (Hz. Peygamber’e ref’ edilmiş) gibi fikhî hükmün dayanağını oluşturabileceği anlayışına sahip olmaları Hanefî âlimleri bakımından hadisin sene-dine yöneltilen bu eleştiriyi zayıflatmakla birlikte Gazzâlî’nin haber-i vâhid olduğu için bir “asl”ın delili olamayacağına ilişkin eleştirisi (*el-Müstasfâ*, I, 278), -istihsan bağ-lamında ortaya konmuş olsa da- sırf bu delile dayanılarak bir kaynağın temellen-dirilemeyeceği noktasında önemini koru-yan bir tesbittir. Hadiste bütün müslü-manların değil müctehidlerin kastedildiği yorumu da hadisin delâletiyle ilgili tenkit-lerin özünü oluşturur (*a.g.e.*, a.y.; Ahmed Fehmî, *Ebû Sünne*, s. 25-26). Bazı eser-lerde Hz. Peygamber’in, kocasının cimrili-ğinden şikâyet edip gizlice onun parasın-dan alıp alamayacağını soran Ebû Süf-yân’ın karısı Hind’e söylediği, “Mâruf üze-re sana ve çocuğuna (bir rivayette çocukla-rına) yetecek kadar alabilirsin” sözü de (Nesâî, “Kuđât”, 31; Dârimî, “Nikâh”, 54) örf ve âdetin sünnetteki dayanakları ara-sında zikredilir (Bedreddin el-Aynî, XII, 16-18). Fakat bu durumlarda doğrudan örf ve âdete yapılmış bir atıf söz konusu ol-mayıp mâruf lafzının “mâkul ölçüler için-de, münasip miktarda” anlamında kul-lanıldığı açıktır; bunu belirlemede örf ve âdetin yardımcı bir role sahip olması ise tabiidir. Kitap ve Sünnet’in örf ve âdeti açık biçimde kaynak olarak tanıdığını gös-teren özel bir delil bulunmasa da yasaklar koyarken bireyin ve toplumun alışageldiği uygulamalardan bir anda elini çekmesini istemeyip bunu zamana yaymayı ve yeni

görevler yüklerken zihinleri ve gönülleri buna ısındırıp alıştırmayı ifade eden ted-rîciliğin İslâm teşriinin temel yöntemlerin-den, maslahatın gözetilmesi, zorluğun gi-derilmesi ve olabildiğince kolaylığın sağlan-ması gibi esasların da temel ilkelerinden olduğunu, bundan daha önemlisi Kur’an ve Sünnet’in ilk muhatapları olan toplu-mun birçok uygulamasını aynen veya kıs-mî değişikliklerle yürürlükte bıraktığını ve Resûl-i Ekrem’in muvafakat ve onayını ifa-de eden takriri sünnetin çoğu zaman top-lumda yer etmiş tatbikatla ilgili olduğu-nu, ayrıca İslâmiyet’in evrensel karakteri-ni, yani değişik kültürlerle sahip toplumla-ra hitap etme özelliğini göz önüne alan fu-kahanın İslâm’ın ilkeleri ve değişmez dü-zenlemeleriyle çatışmayan örf ve âdetleri yok sayan bir fikhî istidlâl yolu izlemeleri sağlıklı ve tutarlı olmazdı. Sonuç olarak fa-kihlerin bu iki ana kaynağın toplumsal re-alite karşısındaki tavrını ve İslâm teşriinin genel ilkelerini dikkate alıp, kendi metodo-lojilerine uygun düşen yollarla örf ve âdeti çok sayıda fikhî hükme dayanak kıldıkları görülmektedir.

Örfün Şartları. Hukuk düzenince mu-teber kabul edilmeyen örflerin meydana gelmesi mümkün olduğundan örfle ilgili şartları varlık şartları (unsurlar) ve mute-ber sayılma şartları olarak iki gruba ayırıp ele almak uygun olur. Modern hukuk teorilerinde örfün varlık şartları iki nok-tada toplanır. a) Sürekli uygulama. Top-lumda devamlı veya baskın tatbikatı ifa-de eden bu şart örf kuralının maddî (ob-jektif) unsuru olarak nitelendirilir. b) Yer-leşik genel kanaat. Toplumda öyle olması gerektiği yönünde bir inancın, genel bir kanaatin bulunması mânasına gelen bu şart örfün mânevî (sübjektif) unsurunu oluşturur. Bazı fıkıh eserleri yanında ör-fün fıkıhtaki yerini bir nazariye biçiminde sunma çabası içinde olan çağdaş yazarlar bunlardan sadece itirad veya galebe şartı üzerinde dururlar. Toplumda sürekli veya baskın tatbikatı ifade eden bu şart mad-dî unsurla sınırlıdır. Ebû’l-Berekât en-Ne-sefî’nin fıkıh literatüründe genel kabul gö-ren tarifi ise örfün mânevî unsuruna ağırlık vermektedir. Hatta “aklî veriler baki-mından bir engelle karşılaşmadan vicdan-larda yer edebilme ve selim tabiatlarca uygun bulunma” özelliğine vurgu yapılan bu tanımda örfün maddî unsurunu ayrıca belirtme ihtiyacı duyulmadığı ve bunun mânevî unsurla iç içe kabul edildiği izleni-mi edinilmektedir.

Örfün muteber sayılması için fıkıh eser-lerinde ve çağdaş fıkıh araştırmalarında

zikredilen şartlar ise şunlardır: a) Şer'î delillere aykırı olmama. Daha çok nassa muhalif olmama şeklinde ifade edilen bu şartla, gerek bir nasla açık biçimde çatışan gerekse nasların ruhu ve diğer şer'î delillerle bağdaştırılması mümkün olmayan örf-lerin fikhî hükme dayanak yapılamayacağını belirtmenin hedeflendiği anlaşılmaktadır. b) Târî (sonradan ortaya çıkmış) olmama. Bir örfün fikhî ihtilâfın çözümünde esas alınabilmesi için o olayın meydana gelmesinden önce mevcut olması gerektiği anlamına gelen bu şart bazı durumlarda nasların yorumlanması sırasında da gündeme getirilir. c) Aksi yönde sarahat bulunmama. Bu şart, akdin tarafları arasında örf'e uymayan bir şartın açıkça kararlaştırılmış olması halinde örf'e değil bu şarta uyulması gerektiğini ifade etmektedir.

Örfün Çeşitleri. Fıkıh literatüründe örf ile ilgili teorik açıklamaların en fazla örf çeşitleri üzerinde yoğunlaştığı söylenebilir. Fakat bu konuda da hukuk normu niteliği kazananlarla alelade örf ve âdetler ayrımının söz konusu olmadığına dikkat edilmelidir. Bu ayrımları şöylece özetlemek mümkündür: 1. Yapısı açısından. a) Lafzî (kavfî) örf. Bazı lafız ve terkiplerin muayyen bir anlamda kullanıla kullanıla artık mutlak biçimde söylenince bir karîne veya akfî alâka olmaksızın ilk anda zihinlerde o anlamın canlanır hale gelmesi demektir. Meselâ "dirhem" kelimesi aslında belli vezin ve kıymette sikkeli gümüş para anlamına geldiği halde nevi ve kıymeti ne olursa olsun ülkede geçerli olan para mânasından anlaşılması bunun örf-i lafzî haline geldiğini gösterir. b) Amelî örf. Toplumun günlük yaşantıya ilişkin hususlarda veya fikhî sonuçları olan konularda belirli biçimde davranmayı itiyat haline getirmiş olması demektir. Bir bölgede belirli türde hayvan eti yemenin, ziraatta belirli aletleri kullanmanın âdet olması birinci, sözlü icap ve kabul olmaksızın fiilî mübadeleyle (muâtât) satım sözleşmesinin geçerli sayılması, menkul malların vakıf işlemine konu edilmesi yönündeki uygulamanın toplumda yaygınlık kazanması ikinci türe örnek gösterilebilir. 2. Yayıldığı muhit açısından. a) Örf-i âm. Bütün İslâm beldelerinde teamül haline gelen söz ve davranışları ifade eder; bu tür örf genel hükümlere dayanak olabilir. b) Örf-i hâs. Belirli ülkeye veya zenaat çevresine özgü örfler demek olup fikhî sonuçlara etkisi ilgili muhitte sınırlıdır. Meslek ve ilim muhitlerinde kullanılan terimler de örf-i hâs kapsamında olup yapısı açısından örf-i lafzî ne-

vindendir. Dinde özel bir anlam kastedilerek kullanılan lafızlar da yapısı itibarıyla örf-i lafzî olan birer örf-i hâstır; ancak şeref ve önemine binaen bunlar örf-i şer'î olarak anılır. Meselâ "salât" lafzının dua mânasından özel hükümlere sahip bir ibadet (namaz) anlamına nakledilmesi böyledir. 3. Muteberlik açısından. a) Sahih örf. Naslara aykırı olmayıp maslahatla çatışmayan ve kötülüğü celbetmeyen örf demektir. b) Fâsit örf. Naslara aykırı veya maslahatla çatışan yahut kötülüğü celbeden örf anlamına gelir. Bu arada, örfün bir bakıma varlık şartları, bir bakıma neveleriyle ilgili olarak şu hususu belirtmek gerekir ki örf belli bir tarzda davranma yanında belli bir tarzda davranmamayı da ifade eder.

Örfün Fikhî Hükümlere Etkisi. Meşruyet delilleri dikkate alındığında, örfün gerek Kur'an ve Sünnet'in ihtiva ettiği hükümler gerekse bunların bildiriminde izlenen yöntem bakımından özel bir öneme sahip olduğu açık biçimde gözlenebilmektedir. Bu tavrı esas alan fakihlerin örf'e tanıdığı roller sistematik biçimde incelenmiş olmamakla birlikte bunları icthad metodolojisi ve fikhî hükümlerin uygulanmasıyla ilgili olanlar şeklinde iki grupta ele almak mümkündür. 1. Örfün icthad metodolojisindeki rolünü belirlemek için üç temel metodu ayırt etmek uygun olur. a) Yorum icthadı. Nasların yorumlanmasında örfün etkisi daha çok lafzî yorum çerçevesinde ele alınmış, kavfî örfün âmını tahsis ve mutlakı takyid edeceği, kezâ amelî örfün mutlakı takyid edeceği hususunda usul âlimleri arasında görüş birliğinin bulunduğu, amelî örfün âmını tahsisinde ise genellikle Hanefî ve Mâlikîler'in olumlu, Şâfiîler'in ise olumsuz kanaate sahip oldukları ifade edilmiştir. Bu kapsamda ortaya konan tartışmaların ve yararlanılan örneklerin örf ve âdetten ziyade dil hususiyetleriyle ilgili olduğu, hatta konunun naslardan çok irade beyanlarının yorumuna kaydığı görülmektedir. Fıkıh eserlerinde örfün gâî yorumdaki (mâna yorumu) etkisiyle ilgili olarak öne çıkan örnek, Ebû Yûsuf'un ribevî malların "vezn" (tartı) ve "keyl" (ölçü) yoluyla mübadele edilmesini şart koşan hadisi örf'e göre yorumlayan icthadıdır. Serahsî burada amacın "miktar bakımından denkleğin sağlanması" olduğunu kabul etmekle birlikte (*el-Mebsût*, XII, 111) Resûl-i Ekrem'in belirli malların tartı veya ölçü ile mübadelesi hakkındaki ifadesini mevcut durumu onaylamak suretiyle sevk edilmiş bir hüküm olarak nitelemekte ve bunun olduğu gibi ko-

runması gerektiğini savunmaktadır. Ebû Yûsuf'a göre ise tartı ve ölçü hususu Resûlullah'ın bu konuda sevk etmek istediği bir hüküm değildi, dönemin örfüne göre o mallar bu şekillerde mübadele edilmekteydi (*a.g.e.*, XII, 142). Cessâs da kıyasta esas alınacak illetin, makis aleyhin aslî niteliklerinden olmayan ve -ölçü yoluyla mübadele edilir olma örneğinde olduğu gibi- insanların günlük muamelelerindeki âdetleri sebebiyle ikincil olarak yer alan vasıflara göre belirlenemeyeceğini söylemektedir (*el-Fușûl*, IV, 183, 187). Buradaki yaklaşımın modern hukuk incelemelerindeki gâî yorum türlerinden "genişletici yorum"a tekabül ettiği söylenebilir. Ayrıca fıkıh kitaplarında "daraltıcı yorum" ve "açıklayıcı yorum" türlerinde örfün etkisine örnek teşkil edebilecek icthadlara rastlanmaktadır (Dönmez, V/4 [1409/1988], s. 3314-3320). b) Kıyas icthadı. Özellikle Hanefî eserlerinde örf sebebiyle kıyasın terkedileceği ve istihsan yapılarak örf'e göre hüküm verileceği belirtilirse de bu kuralı açıklamak üzere verilen örneklerden bu bağlamda kıyas kelimesiyle usuldeki tikelden tikele geçişi ifade eden kıyasın (kanunî kıyas, gesetzesanalogie) değil, delilin umumundan çıkan mânaya veya genel kurala (hukukî kıyas, rechtsanalogie) uygunluğun kastedildiği anlaşılmakta, istisna gerekçesini oluşturan örfün de daha çok sükûtî icmâ veya sünnete dayandığı görülmektedir. Örfün cüziden cüziye geçiş niteliğindeki kıyası terketmedeki etkisiyle ilgili örnekler incelendiğinde ise örfün rolünün asıldaki hükmün fer'e geçişini önlemeye, yani illet birliğinin bulunmadığını belirlemeye yardımcı olma şeklinde gerçekleştiği gözlenmektedir. c) Genel prensip icthadı (istislah). Geçerli veya geçersizliği hakkında özel nas veya icmâ bulunmadığı gibi kıyas kapsamına da girmeyen, fakat akfî ölçülere ve diğer şer'î düzenlemelerin bütününe (makâsîdüş-şer'îa) uygunluk gösteren menfaatlere (mesâlih-i mürsele) veya fıkıhın genel ilkelerine dayanılarak yapılan icthadda örfün belirleyici bir rol oynadığı açıktır. Toplumun ihtiyaçlarını, yararlarını ve değer telakkisini belirlemede örfün önemli bir gösterge olduğunu dikkate alan fakihler bu gerçeği, "Âdet insanın ikinci tabiatıdır" ve, "İnsanları âdetlerinden koparıp çıkarmada güçlükler vardır" gibi ifadelerle dile getirmişlerdir. 2. Örfün fikhî hükümlerin uygulanmasındaki rolleri ise so-yut kural elde etme faaliyeti ve kuralın somut olaylara uygulanması ile ilgili olanlar şeklinde ayırt edilebilir. a) Birinci grupta daha ziyade bir fıkıh doktrinine bağlı ola-

rak olaylara çözüm üretme (tahrîc) durumunda bulunan fakihlerin örf'e dayalı fikhî sonuçları yeni örflere göre gözden geçirmeleri söz konusudur. Örfün bu anlamdaki rolü hakkında zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesinin inkâr edilemeyeceği kuralına ağırlık verilerek yapılan izahlarda bu ihtiyacın kurucu devir ictihadları bakımından da geçerli olduğuna, özellikle Ebû Yûsuf'un hâkimlik yapmasının ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin esnafla temas halinde olmasının toplumun örf ve âdetlerinden haberdar olmalarını sağladığına ve gerektiğinde yeni örflere göre önceki çözümlerde değişiklik yaptıklarına dikkat çekilir (İbn Âbidîn, II, 128-130). İleriki dönemlerde fikhî düşüncesi-nin donması ve mezhep hükümlerinin toplumun ihtiyaçlarına cevap veremez hale gelmesi problemi üzerinde durulurken de bu durumun mezhep imamlarından nakledilen görüşlerin toplumdaki gelişmele-re ve özellikle örflerdeki değişimlere göre yorumlanmamasıyla yakından ilgili olduğuna dikkat çekilir (Şehâbeddin el-Karâfî, *Furûk*, I, 175-177; *el-İhkâm*, s. 231-243; Alâeddin et-Trablusî, s. 128-130). **b)** Kuralın somut olaylara uygulanması çerçevesinde özellikle şu durumlarda örfün özel bir öneme sahip olduğu görülür: 1. Hâkimin takdir yetkisini kullanması. Bazen hukukî olayın, bazan hukukî sonucun ve bazan her ikisinin takdiri şeklinde gerçekleşen bu yetkiyi kullanırken hâkim örf ve âdetlerden yararlanır. Örfün bu anlamdaki rolü, yargıcın ictihad yoluyla belirlenmiş hükümleri hukukî uyusmazlıkları çözme faaliyetiyle sınırlı olmayıp mütehdidin nasları anlama çabasıyla da ilgilidir. Meselâ âyetteki nafaka miktarıyla ilgili "bi'l-mâ'rûf" ifadesinin doğru anlaşılabilmesi örften yararlanmayı gerekli kılar. Cessâs bu tür ictihadı hiçbir fakihin karşı çıkmadığı istihsan türü olarak zikreder. 2. İrade beyanlarının yorumlanması. Müftü ve hâkimlerin ikrar, talâk, yemin, vakıf gibi konularda ilgililerin irade beyanlarını yorumlarken özellikle lafzî örfleri, akidlerin taraflara sağladığı hakları ve yüklediği vecibeleri belirlerken özellikle amelî örfleri dikkate almalarının vazgeçilmez bir gereklilik olduğu fikhî eserlerinin değişik bölümlerinde ısrarla belirtilir. Âdetin delâletiyile hakikat anlamının terkedileceğini, örfle tayin edilen veya sabit olanın nasla tayin edilmiş veya sabit olmuş gibi kabul edileceğini, örfen mâruf olanın özel olarak şart koşulmuş gibi sayılacağını (Serahsî, *el-Meb-sûl*, XIX, 41; Kâsânî, V, 72; *Mecelle*, md. 37, 40, 43-45) belirten kaideler örfün bu

konudaki rolüne yapılan birer vurgu nite-liğindedir. **c)** Muhâkeme usul hukukun-da tarafların delillerinin değerlendirilmesi. Özellikle başka ispat vasıtalarıyla desteklenemeyen durumlarda, meselâ karı kocanın bazı ev eşyalarının mülkiyetinin ki-me ait olduğuyula ilgili ihtilâflarında örf ve âdet taraf beyanlarının doğruluğunu tes-bit açısından yardımcı bir role sahiptir. Fakat bazı eserlerde "tahkîmü'l-âde" (âdetin hakem kılınması) şeklinde ifade edilen durumların çoğunda, halin veya zâhir-i hâlin tahkiminin veya karînelere göre hüküm verilmesinin kastedildiğine dikkat edilme-lidir.

Ziya Gökalp, Halim Sabit Şibay, Mustafa Şeref'in savunduğu ve İzmirli İsmail Hak-ki'nın eleştirdiği örf eksensli içtimâî usûl-i fikhın tesis edilmesi teziyle ilgili olarak *İs-lâm Mecmuası* ile *Sebîlürreşâd* mecmuasında yayımlanan yazılar, Osmanlı-ların son döneminde hukukî ilişkiler ala-nının toplumsal gerçeklikle sıkı ilişkisine ve özellikle örfün fikhî hükümlere etkisi-ne dikkat çekme amacıyla ortaya konan görüşlere ışık tutma açısından özel bir öneme sahiptir. Örfün efkâr-ı umûmiyye (opinion publique), âdât (mœurs), teamül (coutume), istîmal (usage), an'ane (tradition) gibi şekillerinin bulunduğunu, fakihlerin ic-mâi ve Medis-i Şûrâ'nın (orijinalinde "men-fi şûranın" şeklinde olup yeni harflerle ya-pılan yayınlarda "müftî şûranın" ve "mu-taazî şûranın" şeklindeki okunuşlar doğru değildir) kararlarının örfün bir nevi tecelli-leri olduğunu, hatta tevâtürün örfün olum-suz etkilerinden kurtulup kurtulamadığını anlayanın sosyolojik bir mesele olduğ-u nu ifade eden Gökalp örfün ictiyat, bid'at ve âdetle karıştırılmaması gerektiğine, örfün insanlar nezdinde kabul gören kaide-ler anlamı yanında insanların tasvip edip etmediklerini ayırt etme melekesi demek olduğuna, bu melekeden makbul gördük-lerine "mâruf", görmediklerine "münker" dendiğine, yani örfün hem toplumsal ka-ideler hem de toplum vicdanı mânası ta-şıdığına dikkat çeker; fikhın sosyal hayat gibi sürekli bir devinim içinde bulunan yönünün çağın gereklerine uyum sağla-mak zorunda olduğunu vurgulayıp sosyal kaide-sosyal bünye ilişkisine ve sosyal ka-idelerin kendini kabul ettirme gücünün ne-renden aldığına ilişkin tahliller yapar. Amel-lerin faydalı veya zararlı olmasıyla iyi veya kötü olanını belirlemenin farklı şeyler ol-duğuna dikkat çeken Gökalp, felsefe ve sosyoloji alanında kendi döneminde hâkim olan anlayışın "zihincilik" ve "menfaatçi-lik"ın yanlışlığını ortaya koyması ile Ehl-i

sünnet'in hüsün ve kubuh konusundaki tavrı arasında benzerlik kurmaya çalışır. Fakat kendisinin de belirttiği üzere Ehl-i sünnet'e göre hüsün ve kubuhta -akıl müd-rik olmakla birlikte- şer'in hâkim olduğu, onun ise iyi ve kötünün içtimâî vicdanla ölçülebileceğini savunduğu dikkate alın-dığında bu benzerliğin iyi ve kötüyü ta-yinde aklın hâkim kılmamasıyla sınırlı ol-duğu görülür. Gökalp esasen hüsün ve ku-buhun iki ölçütünden birinin nas, yani Ki-tap ve Sünnet'teki deliller olduğunu ifade etmekle birlikte, "Müslümanların iyi gör-düğü Allah katında da iyidir" hadisini, örf-le amelî nasla amel gibi sayan fikhî kaide-sini ve Ebû Yûsuf'un örfü temel alan bir ictihadını delil göstererek gerektiğinde örfün nassın yerini tutabileceğini, dünyevî işlerde ve sosyal hayatta içtimâî vicdanın tek ölçüt olduğunu ve esasen bu alanda-ki nasların da örften kaynaklandığını sa-vunur. Gökalp'in fikirleri fikhla sosyal ha-yat arasındaki sıkı ilişkiyi vurgulama yö-nüyle tartışma götürmez bir öneme sahip olmakla birlikte önerisini fikhîta genel ka-bul gören argümanlara dayandırma ça-basının başarılı olduğunu söylemek müm-kün değildir. Anılan sözün Resûlullah'a aidiyeti ve delâleti hakkındaki usul tartış-malarıyla ve zikrettiği fikhî kaidesinin bağ-lamı ve fakihlerce hangi mânada kullanıldı-ğıyla ilgilenmemesi yanında Ebû Yûsuf'un söz konusu görüşüyle ilgili nakil ve izah-ları dikkatli bir incelemeye tâbi tutmaksı-zın onun, "Nas örften mütevellit ise itibar örfedir" dediğini varsayarak çıkarımlar yap-ması tezini fikhî açıdan sağlam temellere dayandırmadığını açıkça göstermektedir. Halim Sabit ve Mustafa Şeref de örf ek-sensli içtimâî fikhî usulü tesisi bağlamında dikkate değer soyut anlatımlar ortaya koy-makla birlikte Halim Sabit'in halife sifa-tıyla Hz. Ömer'in sebebiyet verdiği bir za-rarın tazmini meselesinde maslahat dü-şüncesi, hak ve nisfet ölçüsü esas alınarak Hz. Ali tarafından önerilen ve genel kabul gören çözümü "örfe müstenit bir hüküm" olarak takdim etmesi örfü kavramsal çer-çevesi dışına taşırdığını göstermekte, ayrı-ca Ebû Yûsuf'a, "Eğer nas örften müte-vellit ise örf'e itibar edilir" sözünü nisbet ederken Ziya Gökalp'i izlemekle yetinme-si, üstelik icmâ ve istihsan delillerini örf'e indirgeyen ifadeler kullanması örfün öne-mine yaptığı vurguyu zayıflatmaktadır.

Değerlendirme. Kitap ve Sünnet'teki dü-zenlemelerin sınırlı, hayat olaylarının sınır-sız olması vâkiası karşısında bu iki kaynak-la uyumlu fikhî çözümler üretmek üzere kendi içinde tutarlı metotlar çerçevesin-

de ictihad etmenin kaçınılmaz olduğuna dikkat çeken fakihler, yer yer İslâm'ın evrenselliğini ve son din olma özelliğini de vurgulayarak hangi dönemde veya coğrafyada olursa olsun toplumun ihtiyaçlarına kayıtsız kalinamayacağını ve üretilecek çözümlerin başarısının sosyal gerçeklikle uyumuna bağlı olduğunu ifade ederler. İslâm'ın teşrî siyasetiyle örtüşen bu yaklaşım fikhî hükümlere etkisi bağlamında örf ve âdette yoğun atıflar yapılmasına imkân sağlamakla birlikte deliller teorisi içinde örf özele bir yer verilmesi sonucunu doğurmuştur. Örf ve âdetin fıkıhtaki yeriyle ilgili çağdaş yayınlardan genellikle örfün müstakil bir delil sayıldığı, üstelik fikh usulü eserlerinde özel olarak incelendiği izlenimi edinilirse de usul literatürünün örfü edile-i şer'iyye arasına yerleştirmeme hususunda bilinçli bir tercihe sahip olduğu açıktır. Bu durumun iyi analiz edilebilmesi öncelikle fikh usulüne tanınan şer'i deliller içinde mahiyeti bakımından kaynak niteliği taşıyanların son tahlilde Kitap ve Sünnet'e dahil olduğuna, bu iki kaynak kapsamında mütalaa edilemeyenlerin ise mahiyeti itibariyle kaynak niteliği taşımadığına dikkat edilmesi gerekir. Bir başka anlatımla örfün müstakil bir şer'i delil sayılması, onu mahiyeti bakımından kaynak niteliği taşıyan, fakat Kitap ve Sünnet kapsamında mütalaa edilemeyecek yegâne delil konumuna getirmiş olurdu. Fikhî meselelerin çözümünde, İslâm'ın inanç ve ahlâk değerleriyle doğrulmuş toplumun mâruf-münker anlayışına ve mâşerî vicdana Kitap ve Sünnet'te yapılan vurgu göz ardı edilmese de naslarda örfün müstakil bir delil sayılması yönünde doğrudan bir atf bulunmadığı, ayrıca İslâm âlimlerinin dinî sorumluluk bağlamında aklın kendi başına fiillerin iyilik ve kötülüğünü (hüsün ve kubuh) idrak edip edemeyeceği ve bu idrake sonuç bağlanıp bağlanamayacağı, özellikle yarar düşüncesine (maslahat) dayalı ictihad konusundaki yaklaşımları dikkate alındığında usulcülerce örfün böyle bir konuma getirilmemesi tabiidir. Örfün müstakil bir kaynak sayılması bu yönüyle felsefî temelden yoksun olduğu gibi ictihad metodolojisi bakımından da hakında nas bulunmadığı kabul edilen bir meselede örf varsa fakihin görevinin bunun naslara açıkça aykırı olmadığını tesbitle sınırlı kalması, kıyas ve benzeri yollarla boşluk doldurma, karşılaşılan yeni durumlar için mevcut hükümlere, teşriin amaçlarına ve ruhuna en uygun çözümü araştırma kapısının büyük ölçüde kapanması, kısaca ictihad faaliyetine ve bu faaliyeti zen-

ginleştiren metotlara sınır getirilmesi sonucunun peşinen kabullenilmesi anlamına gelirdi. Netice olarak örfün fıkıhtaki rolü ve etkisinin, özellikle intikadî metodun hukukun kültürel sıhhatini kontrol yönünde işletilmesinin İslâm âlimlerinin hukuk tefekküründe tuttuğu yerin fürû eserlerindeki verilere göre değerlendirilmesi, usul açısından yapılacak değerlendirmelerde ise İslâm hukuk metodolojisinde delillerin işletilmesiyle ilgili temel kurgunun (bk. MASLAHAT) örfün re'y, hâcet, zaruret ve maslahat gibi üst kavramlarla ve makâsîd düşüncesiyle irtibatının, dolayısıyla işlevini daha çok istihvan ve istislah metotları aracılığıyla yerine getirdiğinin dikkate alınması gerekir.

BİBLİYOGRAFYA :

Râgıb el-İsfahânî, *el-Müfredât*, "ar", "avd" md.leri; *Lisânü'l-Arab*, "ar", "avd" md.leri; *et-Ta'rifât*, "urf", "avd" md.leri; *Müsned*, I, 379; IV, 261; İbn Habîb, *el-Muhabber*, s. 309 vd.; Taberî, *Câmî'u'l-beyân* (Şâkir), XIII, 330-331; Mâ'türîdî, *Te'vîlât*, VI, 146-147; Cessâs, *Ahkkâmü'l-Kur'ân* (Kamhâvî), IV, 213-214; a.mlf., *el-Fușûl fi'l-uşûl* (nşr. Uceyl Câsim en-Neşemî), Küveyt 1408/1988, IV, 183, 187, 248-249; Debûsî, *Takvîmü'l-edille* (nşr. Halîl Muhyiddin el-Meys), Beyrut 1421/2001, s. 404-406; İbn Hazm, *el-Muhallâ* (nşr. M. Münîr ed-Dimaşkî), Kahire 1350, VIII, 60, 62; Serahsî, *el-Mebisûl*, VIII, 133-137; IX, 16; XII, 45, 111, 142, 196, 199; XVI, 46, 159; XIX, 39-41, 117-119; XXII, 63; XXIII, 17, 36, 85; XXIV, 30; a.mlf., *el-Uşûl* (nşr. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî), Haydarâbâd 1372, I, 299; II, 202-203; Gazzâlî, *el-Müstasfâ*, Bulak 1324, I, 277-278, 325-326; Kâsânî, *Bedâ'î*, V, 72; VII, 69, 72, 395; İzzeddin İbn Abdüsselâm, *Kavâ'idü'l-aḥkâm*, Beyrut 1410/1990, I-II, tür.yer.; Şehâbeddin el-Karâfî, *Furûk*, Kahire 1347, I, 171-178; III, 85-86, 148-152, 283-288; a.mlf., *Şerḥu Tenkihî'l-fușûl*, Kahire 1306, s. 198, 200; a.mlf., *el-Ḥkâm* (nşr. Abdülfettâh Ebû Gudde), Halep 1387/1967, s. 231-243, 249; a.mlf., *eğ-Şaḥîre* (nşr. Muhammed Bû Hubze), Beyrut 1994, XI, 12; Ebû'l-Berekât en-Nesefî, *el-Müstasfâ*, Süleymaniye Ktp., Fâtih, nr. 1846, vr. 5^a, 37^b, 115^b, 131^b-132^a, 194^b, 200^b-201^a, 215^b, 234^b, 235^b; a.mlf., *Keşfü'l-esrâr*, Beyrut 1406/1986, II, 290-300; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkî'in* (nşr. Tâhâ Abdürraûf Sa'dî), Beyrut, ts. (Dârü'l-cil), III, tür.yer.; Şâtibî, *el-Muwâfakât*, II, 279-323; Burhâneddin İbn Ferhûn, *Tebşîratü'l-hükkâm*, Kahire 1301, II, 63-72; İbn Selmûn, *el-İkdü'l-munazzam* (İbn Ferhûn, *Tebşîratü'l-hükkâm* içinde), I, 29-34; Alâeddin el-Trablusî, *Mu'înu'l-hükkâm*, Kahire 1393/1973, s. 128-130; Bedreddin el-Aynî, *Umdu't-tâ'î-kârî*, Kahire, ts. (İdâretü'l-tibâatî'l-münîriyye), XII, 16-19; İbn Emîru Hâc, *et-Taḥrîr*, Bulak 1316, I, 282-285; Süyûtî, *el-Eşbâḥ ve'n-nezâ'ir* (nşr. Muhammed el-Mu'tasim-Billâh el-Bağdâdî), Beyrut 1407/1987, s. 182-199; İbn Nuceym, *el-Eşbâḥ ve'n-nezâ'ir* (Ahmed b. Muhammed el-Hamevî, *Ğamzû'ı uyûni'l-beşâ'ir* içinde), I, 295-324; Ahmed b. Muhammed el-Hamevî, *Ğamzû'ı uyûni'l-beşâ'ir*, Beyrut 1405/1985, I, 295-324; İbn Âbidîn, *Mecmû'a-tû'r-resâ'il*, II, 114-147; A. Pache, *La coutume et*

les usages dans le droit privé positif, Lausanne 1938, s. 33-35, 255-259; Ahmed Fehmî Ebû Sünne, *el-'Urf ve'l-'âde fi re'yî'l-fukahâ*, Mekke 1947; Farhat J. Ziadeh, "Urf and Law in Islam", *Studies in Honour of P. K. Hitti* (ed. J. Kritzeck - R. B. Winder), New York-London 1959, s. 60-67; M. Ebû Zehre, *Mâlik: Ḥayâtühü ve 'aşrühü ârâ'ühü ve fikhüh*, Kahire 1963-64, s. 420; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medḥalü'l-fikhî el-'âm*, Dimaşk 1387/1968, II, 832-940; Abdülazîz el-Hayyât, *Nazariyyetü'l-'urf*, Amman 1397/1977; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1979, s. 83-86, 97-98, 100-105, 202-205; Ziya Gökalp, *Makaleler VIII* (haz. Ferit Ragıp Tuncor), Ankara 1981, s. 16-71; a.mlf., "Fıkıh ve İctimâ-iyyât", *İslâm Mecmuası*, I/2, İstanbul 1330-32, s. 40-44; a.mlf., "İctimâî Usûl-i Fıkıh", a.e., I/3 (1330-32), s. 84-87; a.mlf., "Hüsün ve Kubuh", a.e., I/8 (1330-32), s. 228-230; a.mlf., "Örf Nedir?", a.e., I/10 (1330-32), s. 290-295; İbrahim Kâfi Dönmez, *İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Aynılıkları* (doktora tezi, 1981), Atatürk Üniversitesi İslâmî İlimler Fakültesi, s. 197-237; a.mlf., "el-'Urf fi'l-fikhî'l-İslâmî", *Mecelletü Mecma'ı'l-fikhî'l-İslâmî*, V/4, Cidde 1409/1988, s. 3297-3369; Abdülvehhâb Hallâf, *Meşâdirü't-teşrî'l-İslâmî fî mâ lâ naşsa fih*, Küveyt 1402/1982, s. 145-149; Uceyl Câsim en-Neşemî, *el-Müsteşrikün ve meşâdirü't-teşrî'l-İslâmî*, Küveyt 1404/1984, s. 177-199; Ömer b. Abdülkerîm el-Cidî, *el-'Urf ve'l-'amel fi'l-mezhebi'l-Mâlikî*, Rabat 1404/1984; Mehmet Şener, *İslâm Hukukunda Örf*, İzmir 1987; Selahattin Kıcı, *İslâm Hukukunda Örf ve Âdet*, İstanbul 1990; Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, İstanbul 1992; Ahmed b. Ali Sîr el-Mübârekî, *el-'Urf ve eşerühü fi's-şer'a ve'l-kânûn*, Riyad 1412/1992; Ali Osman Ateş, *İslâm'a Göre Cahiliye ve Ehl-i Kitap Örf ve Âdetleri*, İstanbul 1996; Recep Şentürk, *İslâm Dünyasında Modernleşme ve Toplumbilim*, İstanbul 1996, s. 297-333, 339-429; Salim Özer, *Ebû Zeyd ed-Debûsî'nin el-Esrâr fi'l-Usûl ve'l-Furû' Adlı Eseri'nin Tahkik ve Tahlili* (doktora tezi, 1997), EÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, II, 795, 909, 928-929; Âdil b. Abdülkâdir b. Muhammed Veli Kûte, *el-'Urf: Hucciyetühü ve eşerühü fi fikhî'l-mu'âmelâti'l-mâliyye 'inde'l-Hanâbile*, Mekke 1418/1997; H. Gerber, *Islamic Law and Culture: 1600-1840*, Leiden 1999, s. 105-115; Mehmet Boynukalın, *Fıkıh Usulünde Yenilenme İhtiyacı ve Ortaya Çıkardığı Tartışmalar* (doktora tezi, 1999), MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 160-176; Sami Erdem, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukuk Düşüncesinde Fıkıh Usulü Kavramları ve Modern Yaklaşımlar* (doktora tezi, 1999), MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 68-252; Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Ankara 1999, s. 18-25, 51-84; Ali Bakkaloğlu, *Hanevî Mezhebinde İstihvan Tipleri*, Şanlıurfa 2002, s. 185-211; M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2005, s. 69-82; Halim Sâbit, "İctimâî Usûl-i Fıkıh", *İslâm Mecmuası*, I/5 (1330-32), s. 145-150; a.mlf., "Örf-Ma'rûf", I/10 (1330-32), s. 304-311; I/11 (1330-32), s. 322-325; I/12 (1330-32), s. 345-357; II/14 (1330-32), s. 418-425; Mustafa Şeref, "İctimâî Usûl-i Fıkıh Nasıl Teessüs Eder", a.e., I/6 (1330-32), s. 162-166; M. Rumeilin, "Örf ve Âdetin Bağlayıcı Kudreti", *İstanbul Barosu Mecmuası*, XIII, İstanbul 1939, s. 366-369; Halil İnalıcık, "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfi-

Sultânî Hukuk ve Fatih'in Kanunları", *SBFD*, XIII/2 (1958), s. 102-126; a.mlf., "Örf", *İA*, IX, 480; Adnan Güriz, "İngiliz Hukukunda Örf ve Âdet Kaidelerinin Meriyeti Meselesi", *Adalet Dergisi*, LIV/1-2, Ankara 1963, s. 49-53; Mohamed el-Awa, "The Place of Custom ('Urf) in Islamic Legal Theory", *IQ*, XVII/3-4 (1973), s. 176-182; Abdülkadir Şener, "İctimai Üsul-i Fıkh Tartışmaları", *AÜ İslâm İlimleri Enstitüsü Dergisi*, V, Ankara 1982, s. 231-247; Muhammad Y. Faruqi, "Consideration of 'Urf in the Judgements of the Khulafâ' al Rashidun and the Early Fuqahâ'", *The American Journal of Islamic Social Sciences*, IX/4, Herndon 1992, s. 482-498; Mohammad Zain bin Haji Othman, "The Status of 'Urf in Islamic Law", *ILIJM Law Journal*, III/2, Selangor 1993, s. 40-51; B. Johansen, "Coutumes locales et coutumes universelles aux sources des règles juridiques en droit musulman hanéfite", *Alsl.*, sy. 27 (1993), s. 29-35; G. Libson, "On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law", *Islamic Law and Society*, IV, Leiden 1997, s. 131-155; a.mlf., "Urf", *EI²* (İng.), X, 887-888; J. Schacht, "Şeriat", *İA*, XI, 433-434.



İBRAHİM KÂFİ DÖNMEZ

Osmanlı Devleti'nde. Bir hukuk terimi olarak örf padişahın yönetme ve icra etme yetkisini ifade eder. Padişahın emir ve fermanlarıyla oluşan hukuka da "örfi hukuk" adı verilir. Örfi hukuk bir kanun hukukudur. Dîvân-ı Hümâyûn'da örfi hukuktan sorumlu üye olarak yer alan nişancıya "müftî-i kânûn" denilmesinin sebebi de budur. İslâm hukukunun kaynaklarından olan örf ile örfi hukukun esas olan örf arasında yakın bir alâka vardır. Ebû'l-Berekât en-Nesefî'den başlayarak Sirâceddin el-Gaznevî el-Hindî ve bunlardan nakleden İbn Âbidîn'e kadar örf "akıl yoluyla herkesin benimsemiş olduğu, insan tabiatına uygun olan şey" diye tanımlanmıştır. Benzer tanım Seyyid Şerîf el-Cürcânî'de de yer alır (*et-Ta'rifât*, "urf" md.). Osmanlı kaynaklarında örfi hukuk anlamına gelecek şekilde örf kelimesine ilk defa yer veren Dursun Bey, şer'î hukuku "vahye ve nakle dayanan hukuk" şeklinde tanımladıktan sonra örfü şöyle tarif eder: "Yani bu tedbir ol mertebe olmazsa belki mücerret tavr-ı akl üzere nizâm-ı âlem-i zâhir için meselâ tavr-ı Cengiz Han gibi olursa sebebine izâfe ederler, siyâset-i sultânî ve yasağ-ı pâdişâhî derler ki örfümüzce ona örf derler" (*Târîh-i Ebû'l-Feth*, s. 12). Dursun Bey burada örfi hukuk tabirini de ğil örf kelimesini kullanmış ve örf bu genişlikte bir anlam yüklemiştir. Bu tanımda vurgulanan ilk unsur fukahânın da örfü tanımlarken öne çıkardığı akıl unsurudur ve her iki tanımın ortak noktası akla yapılan atıftır. İkinci tanımda ayrıca devlet başkanının iradesinden söz edilmiştir

ki bu, örf ve âdet hukukuyla örfi hukuku birbirinden ayıran temel ölçüttür.

Örfi hukukun sadece Osmanlılar'a has olmadığı, diğer Türk ve İslâm devletlerinde de bulunduğu bilinmektedir. "Töre, tüzük, yasa, yasak" tabirleri İslâmiyet'ten önce ve sonra kullanılmaya devam etmiştir. Uygurlar'da bunların yanında **yang**, **yusun** ve "devlet örfü" mânasında **il yangı** terimleri kullanılmıştır (İzgi, s. 76). Memlûkler'de, İran'da ve Hindistan'daki İslâm devletlerinde farklı adlar taşısa da bir örfi hukukun varlığı bilinmektedir. Malaya adalarında görülen ve adına "adat hukuku" denilen bir örfi hukuk çeşidi de belirtilmelidir (*İA*, I, 130).

Osmanlı örfi hukukunun şer'î hukukun karşısında laik bir yapı arzettiğinin ileri sürülmesi isabetli değildir. Örf sultanın sınırsız yasama yetkisi anlamına da gelmez. Esasen İslâm hukuku örf ve âdet, sedd-i zerâi', maslahat ve istihsan gibi hukuk kaynaklarıyla devlet başkanı veya kanun koyucuya yasama alanında geniş yetkiler vermiştir. Yine ta'zîr gibi ceza hukuku, tekâlif-i örfiyye gibi vergi hukuku, mîrî arazi gibi eşya hukuku ve anayasa hukukuyla idare hukuku alanlarında ülke ihtiyacının ve kamu düzeninin gerektirdiği düzenlemeleri yapmak devlet başkanına bırakılmıştır; İslâm hukuk literatüründe buna "siyâset-i şer'iyye" adı verilir. Diğer taraftan İslâm dininde ruhban sınıfının olmaması, devletin inanç ve ibadetlere büyük oranda karışmaması sebebiyle sekülerizm ya da laisizme ihtiyaç duyulmamıştır. Osmanlı hukuk yapısında sekülerlik veya dinle devletin bağımsızlığından söz etmek yerine yasama alanında padişahın şeriatın kendisine tanıdığı yetkileri ne ölçüde kullandığından bahsetmek daha isabetlidir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde Osmanlı örfi hukukunun zaman zaman suç-ceza dengesini gözetmeyen ağır ta'zîr cezaları ve kardeş katli uygulaması gibi bazı istisnalar dışında İslâm hukuk sistemi içinde bulunduğu görülecektir.

Osmanlı Devleti'nde örfi hukukun ortaya çıkışının İslâm hukukunun teşekkül biçimiyle ve Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu siyasî, idarî ve hukukî şartlarla yakın ilişkisi bulunmaktadır. Emevîler'in hilâfet idaresini saltanata çevirmesiyle birlikte fukahânın ilmi çalışmalarını daha ziyade özel hukuk alanında yoğunlaştırması, anayasa ve idare hukuku gibi kamu hukuku alanlarında zamanla oluşan boşlukların devlet başkanlarınınca doldurulması sonucunu doğurmuştur. Devlet adamları çok

defa hukukçuların kendilerini sınırlayacak çözümleriyle bağlı kalmak istememiştir. Diğer önemli bir sebep olarak ictihad kapısının kapandığı kanaatinin yaygın biçimde yerleşmesi gösterilebilir. İslâm hukukunun nas tarafından ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş alanlarda devlet başkanına belirli bir takdir hakkını tanımış olması, Osmanlı padişahlarına ta'zîr grubu suç ve cezaların tesbiti ve tekâlif-i örfiyye denilen vergilerin konması hususunda uygun bir zemin hazırlamıştır. Yine Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu siyasî, malî, idarî ve askerî şartlar devletin bu şartlara uygun hukukî düzenlemeler yapmasını gerektirmiştir (Ayдын, s. 76-77).

Şer'î hukukun nastan kaynaklanan kuralları değişmez nitelikte iken örfi hukuk kuralları bütünüyle değişebilir niteliktedir. Hezarfen Hüseyin Efendi'nin *Telhîsü'l-be-yân*'da belirttiği gibi (s. 118), "Her asrın bir örfü ve her örfün bir muktezâsı olur". Zorunluluk ve ihtiyaçlar sonucu şekillenen hukukî esaslar padişah iradesinin bunlara eklenmesiyle kanun haline gelmekte ve uygulamaya girmektedir. Padişahlar tarafından konulan kanunların yürürlük süreleri de kural olarak bunların saltanat süreleriyle sınırlıdır. Her padişah değişikliğinde kalması istenen kanun ve imtiyazların yenilenmesi gerekmektedir.

Klasik dönemde askerî (yönetenler) ve reâyâ (yönetilenler) denilen iki gruptan meydana gelen Osmanlı toplumunda askerîler de ehl-i şer' ve ehl-i örf adıyla ikiye ayrılmıştı. Padişahın idarî, icraî ve askerî yetkilerini temsil eden ve kullanan ulemâ dışında kalan görevlilere ehl-i örf adı verilmişti. Seyfiye ricâlî de denilen ehl-i örf daha çok lok menşeli olan, Enderun veya Acemi Oğlanları Mektebi'nden yetişip sadrazamlığa kadar yükselebilen yöneticilerden oluşmakta idi (bk. EHL-i ÖRF). Osmanlı hukukunun ve İslâm hukuk tarihinin ilk resmî tedvini olan *Mecelle*'de örfle ilgili birçok madde bulunmaktadır. *Mecelle* hukukî bir kaynak olarak örf ile âdet arasında bir fark olmadığını, "Âdet muhakemdir, yani hükm-i şer'îyi ispat için örf ve âdet hakem kılınır" maddesiyle göstermiştir.

XIV ve XV. yüzyıllarda etkin biçimde kullanılan örfi hukuk özellikle XVI. yüzyıldan itibaren etkinliğini yitirmeye başlamış ve şer'î hukukun hâkimiyeti pekişmiştir. Bazı kanunnâme maddelerinde nişancılar tarafından yapılan, "Emr-i şer' muteberdir; kanunu yoktur" şeklinde tashihler yer almaya başlamıştır. Ehl-i şer' ile ehl-i örf arasındaki mücadelenin, diğer bir ifadeyle yü-