



Turkish Studies

International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic
Volume 12/20, p. 223-260

DOI Number: <http://dx.doi.org/10.7827/TurkishStudies.12190>

ISSN: 1308-2140, ANKARA-TURKEY

Article Info/Makale Bilgisi

Referees/Hakemler: Prof. Dr. Nuri KAHVECİ – Prof. Dr. Tevhit
AYENGİN – Prof. Dr. Halil İbrahim ACAR

This article was checked by iThenticate.

ÖRF VE ÂDETİN İSLAM BORÇLAR HUKUKU HÜKÜMLERİNE ETKİSİ ÜZERİNE BİR TAHLİL: HANEFÎ MEZHEBİ ÖZELİNDE

*Ali Aslan TOPÇUOĞLU**

ÖZET

İslâm'da insanın ve dolayısıyla toplumun mutluluğu hedeflendiği için insanlar tarafından teşekkül ettirilmiş örf ve âdete kaynaklık vasfı verilmiştir. Bununla birlikte örf ve âdete dayanan uygulamalar, mutlak manada kabul veya reddedilmemiş, İslâm'ın temel prensiplerine uygun olup olmadığı kıstasına göre bir değerlendirmeye tabi tutularak uygun olanlar kabul edilmiş, uymayanlar ise reddedilmiştir. Dolayısıyla İslâm'da hukukun kaynağı olarak örf ve âdetler, İslâm hukukunun temel kaynaklarında yer almayan hukukî alanlarda önemli bir yere sahiptir. Ayrıca aslı kaynaklarda yer alan hükümleri teyit etmek için örf ve âdetin hakemliğinde ortaya çıkan yeni meselelere çözüm getirilmiştir. Çünkü öteden beri insanların kullandıkları sözlerin ve yapageldikleri muamelelerin İslâm'a aykırı olmayanların tanınması ve hüküm verilirken göz önünde bulundurulması, insanlara kolaylık sağlanması ve onlardan sıkıntının bertaraf edilmesi kabilindendir. İnsanları örf ve âdetlerinden uzaklaştırmak ise onları meşakkat ve sıkıntıya sokmak anlamına gelir ki bu durum, İslâmî hükümlerin konulma amacının insanlara kolaylık sağlama ve onlardan sıkıntıyı giderme olduğunu belirten Kur'an ve Sünnet'te yer alan hükümlere aykırılık teşkil eder.

Örf ve âdet, toplumsal hayatın zamanla oluşan şartlarından doğduğu ve toplumda aynı kurallara uyan insanlar arasında bir ortak payda vazifesi icra ettiği için Hanefî kaynaklarda birçok meselenin hükmü, örf âdete dayandırılmıştır. Bu durum, örf ve âdete dayanan davranışların zamanla hukukî düzenlemeye konu olabileceğinin bir göstergesidir. Dolayısıyla İslam hukukunun kaynaklarına zenginlik ve esneklik katan bir niteliğe sahip olan örf ve âdetin hüküm verilirken dikkate alınması, İslam hukukunun dinamizmini sağlamlaştıran ve çağdaş gelişmelere uyumunu sağlayan bir işlev görmektedir. Bu çalışmada örf ve âdetin İslam hukukundaki yeri üzerinde ana hatlarıyla durulduktan sonra Hanefî mezhebi bağlamında örf ve âdetin borçlar hukuku ile ilgili hükümlere etkisi ele alınacaktır.

* Yrd. Doç. Dr. Karedeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, El-mek: aatopcuoglu@hotmail.com

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, örf, âdet, Borçlar Hukuku, Hanefî mezhebi

**AN ANALYSIS ON THE INFLUENCE OF CUSTOM AND USAGE
ON THE PROVISIONS OF ISLAMIC LAW OF OBLIGATIONS:
SPECIFIC TO HANAFI SECT**

ABSTRACT

Source qualification is granted to the custom and usage being formed by human beings in order for aiming at happiness of human beings and therefore society. However, practices based on the custom and usage have not accepted or rejected in absolute sense, have been subjected to an assessment in accordance with the criteria whether they comply with the basic principles of Islam and those that are suitable have been accepted, whereas those that are not suitable have been rejected. Therefore, the custom and usage as a source of law in Islam have an important place in the legal fields that are not included in the basic sources of Islamic law. Moreover a solution has been delivered to the recently emerging issues under the arbitration of the custom and usage in order to confirm the provisions contained in the original sources. Due to the recognition of the words that people have been using ever since the earliest times and of those not against Islam of practices that they have been performing and considering while passing judgment have been possible to make them convenient for the people and eliminating the troubles from them. Putting people from their custom and usage means putting them into hardship and trouble and this is in contradiction with the provisions of the Qur'an and Sunnah, which are stating that the purpose of putting Islamic provisions into practice is to provide convenience to the people and to ease them.

Since the custom and usage have arisen out of the conditions of the social life emerging over time and have fulfilled a common ground among people obeying the same rules in society, the provision of many matters is based on the custom and usage in Hanafi sources. This is an indication that the behaviors based on the custom and usage may eventually be subjected to the legal regulation. Therefore, taken into consideration the custom and usage, which bring richness and flexibility to the sources of Islamic law, functions to strengthen dynamism of Islamic law and ensuring its adaptation to the contemporary developments. In this study, having dwelled on the custom and usage with main points in the Islamic law, the effect of the custom and usage to the provisions with regard to the law of obligations in terms of Hanafi sect.

STRUCTURED ABSTRACT

Islam described the human being as the most honorable creature among all of the created ones, and as a reflection of this, the custom and usage meaning the words that people have used and that people have performed ever since the earliest times have taken into consideration in

concluding the provisions unless they are contrary to the basic principles of Islam. This case has been a qualification that increases dynamism of Islamic law as well as brings the flexibility paving the way for its applicability at different times. In this sense, when the practices based on the custom and usage have been looked ever since the earliest times, criterion that whether it is suitable for the basic principles of Islam has been applied for an application that has been customary in the social field within the scope of the needs of the people, and when the contradiction does not appear, it has been adopted without being intervened. Otherwise, by eliminating the features that are contrary to the basic principles of Islam, in other words by amending the ongoing implementations, the continuation of the implementation has been made possible. Therefore, the practices that have been customary by the majority of people in the Islam have been accepted as a source in adjudication without being ignored so that in modern law the custom and usage have also been accepted as the second source of law after the law.

Because the custom and usage are the source of the law, the arbitration of the custom and usage has been applied in order to confirm the provisions in the legal areas contained in the main sources and also bring solutions to the emerging issues. Because of the fact that it is possible to provide convenience to people and to eliminate their troubles by recognizing and taking into the consideration the words and practices, which have been used all along the line by people, as long as they don't constitute a contradiction to the Islam. Putting people from their custom and usage means putting them into hardship and trouble and this is in contradiction with the provisions of the Qur'an and Sunnah, which are stating that the purpose of putting Islamic provisions into practice is to provide convenience to the people and to ease them.

It has been known that during the first period of Islam, the Prophet Mohammad took into consideration the social reality and the behaviours that people make as a habit in his practices while making judgements and the subsequent Islamic lawyers, who were inspired by these practices, have also passed judgment considering the custom and usage in their judicial opinions. In the meantime, let us state the fact that the concepts of the custom and usage have been used to express the same meaning in the classical fiqh books, it is a sign that Islamic lawyers have acknowledged that these two terms are synonyms. In addition, the use of the synonyms of the custom and usage completing each other in the social life has become quite widespread, in this respect they are sometimes used interchangeably and sometimes used together both in the Islamic law and modern legal texts. However, the custom and usage have not deemed as sources of law in the classical Islamic law methodology so that they have exercised its role in passing judgment through evidences such as *istihsan* (juristic preference) and *istislah* (public interest). It has been seen that the provisions given by Hanafi lawyers on the basis of the custom and usage have been much more than other sects.

Considering the custom and usage emerging as an expression of a collective conscience due to being a social norm while passing judgment is a factor opening the way for the future legislative issues of the applications based on them, as it reveals its interest with the law. In this

sense, it is possible to see examples of these, when we look at some issues related to the law of obligations. Mudaraba(Commercial contract) which is one of the forms of partnership developing on the basis of the custom and usage of the pre-Islamic period has continued its existence in Islam, pledge practice and the contract of salam expressed as “cash money, merchandise on credit” and arising out of the needs of the people have been accepted by correcting. Although the sale of palm is prohibited in return of palm, it is allowed since people have customized the sale of a'raya referring to the sale of fresh palm in return of dried palm with an estimated measure in the branch of the tree and these practices have become a legal form.

On the other hand, custom has been accepted as an evidence for the ‘tahsis’ (restrictive comment) of Nass (the explicit provision) with the thought, which constitutes an evidence for the custom as being the source and represents an intellectual merit in the sense of that time, that when the relevant custom is changed, the judgement of Nass may change correspondingly where Nass is built on the custom. Therefore, as a consequence of development and change in the social life, there are significant differences between the nature and scope of commercial custom that are prevalent in the previous periods and conventions that are prevalent today. In this respect, it is not contrary to the Islamic law to make legal arrangements to be suitable the general conditions of the customs in the commercial legislation and in a way not to neglect and violate the rights of the parties. This case, as well as being an important factor making the Islamic law suitable for the conditions and needs of the times, reveals its nature to be able to invalidate the accusations that it is static, has lost dynamism and is at a level that cannot keep up with the developments of the life. Thus, it is possible to see the effect of the custom in such way on many issues regarding the law of the obligations. Because the main purpose making provisions in Islam is to ensure justice in human relations and to remove them from the troubles they encountered. According to this, whereas, the fact that the words and behaviors that people transformed into the m custom and usage and common-sense proprietors approved have not considered while passing judgment, it means to put them into trouble, so that it is seen as a situation contrary to the basic principles of Islamic law.

Keywords: Islamic Law, custom, usage, Law of Obligations, Hanafi sect

Giriş

Toplum içinde uzun süreden beri kök salmış olup, toplum nezdinde uyulması zorunlu görülen davranışlar anlamına gelen örf ve âdet, yetkili bir otoritenin bilinçli bir şekilde oluşturduğu bir işlem değildir, fakat nitelikleri itibarıyla birbirine benzeyen farklı durumlarda aynı davranış biçiminin tekrarlanması ile teşekkül eder. Başlangıçta muhtemelen bilinçsiz bir şekilde tekrar edilen bu hareketler, zamanla insanların belleğinde yerleşik hal alan bir alışkanlığa dönüşür ve toplum da bunu benimseyerek yaptırım altına alır ki işte burada örf ve âdet hukuku teşekkül etmiş olur(Bilge, 2004, s. 32). Bu itibarla başlangıcı çok eskilere dayanan örf ve âdet, toplumsal hayatın ilk dönemlerinde tüm sosyal alanların temelini oluşturan ahlâk ve hukukun yanında dinin de önemli bir kaynağı sayılmıştır(Dönmez, 2007, 34/ 87).

Turkish Studies

International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic
Volume 12/20

Toplum vicdanında yer etmiş olmasına rağmen yazılı olmayan örf ve âdetin (Bilge, 2004, s. 32) sosyal hayatın ihtiyaçlarından doğduğu ve onun gereklerine uyduğu için topluma önemli faydalar sağlamaktadır (Alsan, 1950, I, 52-53). Bunlardan en önemlisi, örf ve âdet, genel anlamda toplumsal alanda aynı kurallara uyan insanlar arasında ortak payda vazifesi icra ettiği için onların birbirleriyle daha yakın ilişkiler kurmalarını temin etmektedir. Toplumsal ilişkiler kapsamında örf ve âdetin bu etkisi, hukuk ile olan ilişkisinin de önemli bir göstergesidir. Bu nedenle örf ve âdet alanında yer alan davranış kurallarının zaman içinde hukukî düzenlemeye konu olma imkânı her zaman mevcuttur (Işıktaç, 2015, s. 82). Örf ve âdetin topluma sağladığı faydalardan diğeri de onlara dayanan kaidelerin yumuşak ve esnek olmasıdır. Belirli bir formüle bağlanmadıkları için hayatın gelişmelerini takip etmeleri münasebetiyle içinden çıktıkları uluslararası hayatın icaplarına ve gelecekte ortaya çıkacak gelişimlere kolayca intibak ederler. Bunun yanı sıra örf ve âdete toplumda alışıldığı için tatbik edilmelerinde kolaylık bulunmaktadır ve bu faydası da tecrübe ile anlaşılmıştır (Alsan, 1950, I, 52-53).

Toplumsal hayatta önemli bir yere sahip olan örf ve âdetin, tarihsel olarak yazılı hukuka zaman içinde geçildikten sonraki süreçte de yazılı hukuk ile birlikte sosyal hayattaki etkisi devam etmiştir (Işıktaç, 2015, s. 82). Bununla beraber mahkemelerin gelişmesi ve kodifikasyon hareketleriyle birlikte örf ve âdetin hukuktaki etkisi azalmaya başlamıştır. Örf ve âdetin, yazılı hukuk sistemlerinde etkisi daha az olmakla birlikte kanun boşluklarının doldurulması başta olmak üzere yazılı hukukun teyit edilmesi ve irade beyanlarının yorumlanması gibi fonksiyonu her zaman varlığını muhafaza etmiştir. Dünya milletlerinin ortak bir yasama organı bulunmadığı için uluslararası teamüller, bu alanda önemli bir kaynak olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla örf ve âdetin devletler hukukundaki önemi hâlâ varlığını sürdürmektedir (Dönmez, 2007, 34/ 87). Şu da bir gerçektir ki hukuk ile aynı düzlemde bulunan örf ve âdet kuralları, bir hukuk düzeni tarafından ne kadar dikkate alınırsa, o hukuk düzeninin sağlamlığı o kadar teminat altına alınmış olur. Toplumsal hayatın şartlarına uygun düşmeyen ve zaman içerisinde esneklik kazanmayan hukuk kurallarının yine de eski örf ve âdetler karşısında etkisiz kalabilmesi (Işıktaç, 2015, s. 82), örf ve âdetin hukukun önemli kaynaklarından birini teşkil ettiğini ortaya koymaktadır.

İslâm hukukunda örf ve âdet mutlak olarak kabul veya reddedilmemiş, dinin temel esaslarına uygunluğu bakımından değerlendirilmiştir. Bu esaslara uygun olan örf ve âdet kabul edilmiş, uymayanlar ise reddedilmiş (Kahraman, 2010, s. 184) ve böylece belirli şartlar dâhilinde hukukun kaynağı olarak kabul edilmiştir (İbn Nüceym, 1980, s. 93). Bu itibarla örf ve âdetler, İslâm hukukunun temel kaynaklarında yer almayan hususlarla ilgili olarak insanlar arasında meydana gelecek anlaşmazlıkları çözmede, sözleşmelerdeki belirsizlikleri gidermede, aile içindeki ve toplumdaki hak ve görevlerin dağılımında bir kaynak olmaktadır (Erdoğan, 2015, s. 117). Böyle bir durumda ister umumî olsun ister hususî olsun şer’î hükmü teyit etmek için örf ve âdet hakem kılınır. Zira insanları örf ve âdetlerinden söküp atmak, onları meşakkat ve sıkıntıya sokmak anlamına gelir ki bu durum, şer’î hükümlerin konulma amacının insanlara kolaylık sağlama ve onlardan sıkıntıyı giderme olduğunu belirten nasslara aykırılık teşkil eder (Zeydan, 2013, s. 202-203).¹ Bu bakımdan İslam hukukunda insanların âdetlerini bilme içtihadın şartları arasında sayılmıştır (Ebû Zehra, 1994, s. 231). Buna göre örf ve âdet normları, bu amacı gerçekleştirirken hem gündelik yaşamdaki ilişkilerin devam etmesi hem hukuk alanında ortaya çıkan boşlukların doldurulması hem de sosyal hayatın bir düzen içinde sürmesi için katkıda bulunur (Işıktaç, 2009, s. 23).

¹ Bu konuda Kur’an’daki bazı ayetler şunlardır: “Allah sizin için kolaylık ister, zorluk istemez.” (Bakara, 2/185), “Allah sizden (yükünüzü) hafifletmek ister...” (Nisâ, 4/28), “Allah dinde size hiçbir zorluk yüklememiştir” (Hacc, 22/78). Bunun yanı sıra Hadislerde de “... kolaylaştırın, zorlaştırmayın; müjdeleyin, nefret ettirmeyin” tarzında ifadeler yer almaktadır. Bkz. Buhârî, 1422, Meğazî, 60; Müslim, 1956, Cihâd, 6,7, no: 1732, 1733. Bu çerçevede naslardan çıkarılan bu hükümler Mecelle’nin 17. maddesinde ise “Meşakkat, teysiri celbeder” şeklinde kanunlaştırılmıştır.

Bu çalışmada öncelikle örf ve âdet kavramları üzerinde durulduktan sonra bu terimlerin ayrı ayrı kullanımı ve bu arada ‘örf ve âdet’ terkihiyle hem İslam hukuku kaynaklarında hem de Türk Borçlar Kanunu’nda birlikte kullanımı üzerinde durulacaktır. Bunun akabinde Hanefî mezhebi çerçevesinde örf ve âdetin borçlar hukuku hükümlerine etkisini ana hatlarıyla ele alınarak bazı konularda da sadece örnekler verilerek temas edilecek ve Türk Borçlar Kanunu ile yer yer mukayeseler edilerek bir tahlil yapılacaktır.

I. Örf- Âdet ve Teamül kavramları

Birçok fikhî hükümlerin sonucunu belirlemede kendisine atıfta bulunulan belirli nitelikteki sosyal davranışlar ve dilde yerleşik hal alan kullanımlar, İslâm’ın genel prensiplerine ve naslardaki düzenlemelere aykırı olmadığı sürece dikkate alındığı klasik fıkıh literatüründe görülmekle birlikte kavramsal çerçevesi ve İslâm hukuku kaynakları arasındaki yeri ile ilgili kapsamlı bir malumat söz konusu değildir (Dönmez, 2007, 34/ 87). Terminolojik olarak tanımlı yapılmaya kadarki süreçte örf, istihsân ve ıstıslâh gibi muteberliği usûlcüler arasında ihtilaflı olan deliller vasıtasıyla fonksiyonunu icra etmiştir (Serahsi, 2000, 12/78, 242; 15/293; Hallâf, 1970, s. 145; Ebû Sünne, 1947, s. 32-33). Bunun muhtemel gerekçesi, ilk dönemlerden itibaren toplumsal hayatta örf denince aynı nitelikte şeylerin akla geldiği veya naslara aykırı olan şeylerin zaten örf kapsamında değerlendirilemeyeceği bilinen bir husus olduğu için örfle dair bir tanımlama gereğine ihtiyaç duyulmamış olmasıdır.

Bilindiği gibi klasik dönem usûl kitaplarında örf konusuna müstakil bir başlık hâlinde değinilmediği gibi belli bir döneme kadar ıstılah manasına da rastlanmaz. “Örf” kavramının terim anlamına ilk defa hicri VIII. asır hukukçularından Ebu’l Berekât en-Nesefî (v. 710/1310)’nin el-Mustasfa adlı fûrû’l fıkıh ile ilgili eserinde yer verdiğini Hanefî hukukçulardan İbn Âbidîn (v.1252/1836) tarafından kaleme alınan “*Neşru’l arf*” adlı eserde şöyle nakledilmektedir: “Örf, akla dayalı olarak nefislerde yerleşen ve selim tabiatlarca makbul karşılanan söz ve davranışlardır.”² Sonraki dönemlere bakıldığında farklı kavramlarla olsa da aynı manayı ifade eden tanımlamaların yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda Neseffî’den yaklaşık bir asır sonra yaşamış olan Seyyid Şerîf Cürçânî (v. 816/1413)’nin örf tanımı şöyledir: “*Aklın delâletiyle herkesin benimsemiş olduğu ve insan tabiatına uygun olan şeydir.*”³ Başka bir ifadeyle örf, insanların genellikle âdet haline getirdiği, söz veya fiil olarak üzerinde yürüdüğü bir durumdur ki⁴ insanlar arasında iyi telakki edilen ve muteber görülen âdetleri kapsamına almaktadır (Ergüney, 1973, s. 373). Dolayısıyla örfü, akıl veya din yönünden iyi görülen selim akıl sahipleri tarafından kötü karşılanmayan şeydir (Karaman, 2013b, s. 139) şeklinde tanımlamak da mümkündür.

‘Âdet’ ise insanlar tarafından alışkanlık haline getirilmiş, genellikle toplum tarafından kabul görmüş ve eski zamanlardan itibaren tekrarlanarak yerleşmiş bulunan uygulamalar ve davranışlar anlamında kullanılan bir terimdir (Bilmen, 1992, 1/1 7). Örf ile eşanlamlı olan âdet kavramı (Zebidî, 1994, 8/ 443; İbn Nüceym, 1980, s. 93; Hallâf, 1970, s. 145) için teamül de denilmektedir (Cessâs, 1994, 3/ 39; IV, 183; Bilmen, 1992, 1/17; Zerkâ, 1998, 12/873; Alsan, 1950, 1/52). Klasik dönem İslâm hukuku kaynaklarında “ruhlara yerleşmiş bulunan davranışlar” şeklinde ifade edilen âdet

² “مَا اسْتَقَرَّ فِي النَّفْسِ مِنْ جِهَةِ الْقَوْلِ الطَّبَاعُ السَّلِيمَةُ بِالْقَوْلِ” Bkz. (İbn Âbidîn, 1325, 2/ 114; Ebû Sünne, 1947, s. 8, 12); Bazı çağdaş yazarlar, Neseffî’ye atfedilen örf tanımını yanlışlıkla Gazzâlî’nin el-Müstasfâ’sını kaynak göstererek nakletmişlerdir. Bkz. (Zerkâ, 1998, II, 872); hatta bu konuyu daha da ileri götüren Uceyl Casim en-Neşemî, Gazzâlî’nin Müstasfâ’sında bu tanımın geçtiğini belirterek cilt ve sayfa numarası bile vermektedir. Bkz. Neşemî, 1984, s. 193; Dönmez, 2007, 34/ 87. Ayrıca İslam hukukçularından Mehmet Şener, Gazzâlî’nin Mustasfâ adlı eserini baştan sona taramasına rağmen bu tanıma rastlamadığını belirtir (Şener, 1987, s. 103-104).

³ “الْعُرْفُ مَا اسْتَقَرَّتْ النَّفْسُ عَلَيْهِ بِشَهَادَةِ الْقَوْلِ وَتَلَقَّاهُ الطَّبَاعُ بِالْقَوْلِ” (Cürçânî, tsz., s. 125).

⁴ “الْعُرْفُ هُوَ مَا يَتَعَارَفُهُ النَّاسُ وَيَسْبِرُونَ عَلَيْهِ غَالِبًا مَقُولٌ أَوْ فِعْلٌ” detaylı bkz. (Hallâf, 1970, s. 145; Zeydan, 2013, s. 201; Neşemî, 1984, s. 193).

kavramının⁵, daha kapsamlı tanımı sonraki dönemlerde yapılmıştır. Buna göre İslâm hukuku terminolojisinde örf ve âdetin eşanlamlı iki kelime olduğunu kabul eden hukukçular tarafından âdet, “Akıl selim tarafından kabul edilip tekrar edilen işlerin nefislere yerleşmiş olanlarından ibarettir”⁶ veya “Akıl ve ruh sağlığına sahip kimselerin makul buldukları ve öteden beri tekrarlanarak ruhlara yerleşmiş bulunan hal ve davranışlardır”⁷ şeklinde tanımlanmıştır ki bununla, halk arasında iyi fiil ve hareketler olmakla makbul görülerek uyulmuş ve devam edegelmiş olan durumlar ifade edilmektedir(Ergüney,1973,s.7).Bu tanımlar yanı sıra İbn Emîrî'l Hâc diye meşhur İbnü'l Muvakkıt(v. 879/1474) âdet kavramını “akılla alakası olmaksızın tekrar eden iş”⁸ şeklinde tanımlamaktadır ki burada “iş” lafzı hem sözleri hem de fiilleri kapsamına almakta ve meydana gelişi, tekrarlayarak oluşmaktadır(Ebû Sünne, 1947, s. 10). İbn Âbidîn'in örf tanımı ise şöyledir: “Âdet, muâvede kelimesinden alınmıştır. O, tekrar edilerek ve alışkanlık haline getirilerek nefislere ve akıllara yerleşir; orada ma'ruf bir hal alır. Herhangi bir alaka olmaksızın kabul edilir ve sonuçta örf-i hakikat oluşur”(İbn Âbidîn, 1325, 2/114; Ebû Sünne,1947, s. 12).

Bununla birlikte fıkıh usûlü literatüründe örf ile âdet arasında hangisinin kapsam itibarıyla diğerinden daha genel olduğu hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Nesefî gibi bazı usûlcülere göre örfün, İbnü'l Hümâm(v. 861/1456) gibi bazı usûlcülere göre ise âdetin daha kapsamlı olduğu ileri sürülerek âdet terimi, amelî örf olarak açıklanmıştır(Ebû Sünne,1947, s. 11, 13). Bu çerçevede hem akıl ve iradeden kaynaklanan, hem fertlere hem de topluma ait olay, hal ve davranışları içine alan âdetin, kavram açısından örfü kapsam alanına aldığı ve bu nedenle iki kavram arasında fark bulunduğunu savunan hukukçular tarafından örf, "Toplunun söz veya fiil hâlinde ortaya çıkan âdetidir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu değerlendirmeye göre örf, âdetin bir çeşidini oluşturmakta, akıl ve iradeye dayanmakla birlikte hukukî bir kaynak olması noktasında aslında âdet ile örf arasında herhangi bir fark söz konusu değildir(Ebû Sünne,1947, s. 13; Karaman, 1988, 1/370).⁹ Nitekim klasik fıkıh kitaplarında örf ve âdet kavramlarının aynı anlamı ifade etmek üzere kullanılması(Serahsî, 2000, 12/281; Kâsânî, 1997, 5/320; Merğînânî, 1990, 3/69, 234,235; 4/470; Mevsilî, 1991, 2/38-39, 51; 3/19-23), İslâm hukukçuları tarafından bu iki kavramın eşanlamlı iki kelime olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır(İbn Âbidîn, 1325, 2/114; Ebû Sünne,1947, s. 13; Hallâf,1970, s.145).

Âdet kelimesiyle ifade edilen ‘teamül’ kavramı ise (Cessâs,1994, 3/ 39; 4/183; Mevsilî, 1991, 2/39; İbn Nüceym, 1980; Bilmen, 1992, 1/17; Zerkâ, 1998, 2/873) aynı zamanda “amelî örf” manasında kullanılmaktadır(Zerkâ, 1998, 2/873; Kahraman, 2013, 140; Şentürk, 1996, s. 349). Dolayısıyla teamül, öteden beri bir yerde ve bir şeyde yapılagelen usul ve âdet halini alan muamele anlamına gelmektedir ki(Cessâs,1994, 4/137, 183) insanlar arasında yaygın bir uygulama şeklini alması hasebiyle bir nevi icmâ sayılır(Şâkir el-Hanbeli, 1948, s. 30). Buna göre eski dönemlerden beri yapılagelmesiyle sağlamlaşan bir usulü ifade etmek üzere kullanılan teamül, âdet ile eşanlamlı kelimelerdendir(Ergüney,1973,s.448;Erdoğan,2005,s.552). Nitekim klasik dönem fıkıh kitaplarında da aynı anlamı ifade etmek üzere bazen âdet, bezen de teamül kelimeleri kullanıldığı görülmektedir(Kâsânî, 1997, 4/94-95; Mevsilî, 1991, 2/38-39; Şâkir el- Hanbeli, 1948, s. 30; Zerkâ, 1998, 2/ 873 vd.).

⁵ “...وَأَجَزَى بِذَلِكَ عَادَةً تَقَرَّرَتْ فِي نَفُوسِ النَّاسِ...” bkz. (Cessâs, 1994, 3/39).

⁶ es-Sirâcü'l- Hind'i(v.793/1390)'ye atfedilen âdet tanımı, İbn Nüceym'in Eşbâh ve'n nezâir adlı eserinde şöyledir: “بَسْتَقَرَّ” “الْعَادَةُ عِبَارَةٌ عَمَّا فِي النَّفُوسِ مِنَ الْأُمُورِ الْمُتَكَرِّرَةِ الْمَعْقُولَةِ عِنْدَ الطَّبَائِعِ السَّلِيمَةِ” (İbn Nüceym, 1980, s. 93; Zebidî, 1994, 8/ 443; Erdoğan, 2005, s.13; Kahraman, 2010, s. 184).

⁷ “الْعَادَةُ مَا اسْتَمَرَّ النَّاسُ عَلَيْهِ عَلَى حُكْمِ الْمَعْقُولِ وَعَادُوا إِلَيْهِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى” bkz.(Cürcânî, tsz.,s. 63, 113,125).

⁸ “الْعَادَةُ هِيَ الْأَمْرُ الْمُتَكَرِّرُ مِنْ غَيْرِ عِلَاقَةٍ عَقْلِيَّةٍ” Bkz. (İbn Âbidîn, 1325, 2/114; Ebû Sünne, 1947, s. 10).

⁹ Bazı rivayetlerde âdetin fillere özgü, örfün ise sözlere özgü durumlar için kullanıldığı bilgisi de yer almaktadır(Zebidî, 1994, 8/443).

II. Örf ve Âdetin aynı anlamda kullanılması

Örf, âdet ve teamül arasında lügat ve ıstılah bakımından bazı farklar bulunmakla birlikte(Atar, 1992, s. 87) İslâm hukuku literatüründe biri diğerinin yerine kullanılan eşanlamlı kelimelerdir. Dolayısıyla örf ve âdet, nassın bulunmadığı durumlarda ihtiyaç duyulması hâlinde kendisine başvurulmuş şer'î bir delildir(Kâsânî, 1997, 5/34; Hallâf, 1970, s. 145; Bilmen, 1992, 1/17). Örf, insanlar tarafından güzel görülen; âdet ise başlangıcı belli olmayan bir zamandan beri yapagelen şeylerdir. Aslında örf, hem söz hem davranışların iyi telakki olunması kapsamına alan bir terimdir. Bu açıdan eşanlamlı lafızlardan olan âdet ile örf arasında hem söz ve amele hem de bunların iyi ve makul olanlarına taalluk etmesi yönüyle fark bulunmakla birlikte(Ergüney,1973, s. 373) hukuk dilinde örf, âdet ve teamül kavramları, “iyi âdet” anlamına gelmektedir(Kâsânî,1997, 7/ 320-321; Merğînânî,1990, 3/18; 4/ 388; Ebû Sünne,1947, s. 19-20 vd.). Buna göre bazı âdetlerin, örf, bazı örflerin de âdet olduğundan hareketle her âdet, örf olmadığı gibi her örf de âdet değildir(Şentürk, 1996, s.317).

Klasik dönem İslam hukukçularının farklı mevzularda “*Bu örf ve âdet ile sabittir*”(Serahsî, 2000, 12/ 281; Kâsânî, 1997, 5/ 34, 320; Bilmen,1992, 4/ 313) şeklindeki sözlerinden örf ve âdet kavramlarının ayrı bir şey olduğu anlamı çıkarılmamalıdır(Suyûtî, 1983, s. 92; İbn Nüceym, 1980, s. 93; İbn Âbidîn, 1325, 2/ 115; Hallâf, 1970, s. 30; Zeydan, 2013, s. 201) Âdetin, örfün bir çeşidi olması münasebetiyle hukuk terminolojisinde bu iki terim birlikte ele alınmakta ve belirli şartları taşıması hâlinde hüküm kaynağı olarak kabul edilmektedir(İbn Nüceym,1980, s. 93). Buna göre fikhî kaynaklarda âdet terimi geçtiğinde bununla örf kastedilmekte, iki kavramın birlikte zikredilmesi durumunda ise farklı bir ifade anlatmak için değil, biri diğerini tekit etmek amacıyla kullanılmaktadır(Zeydan, 2013, s. 201). Bu bakımdan örf veya âdet tabirleri ayrı ayrı kullanılması yanında günlük konuşma dilinde olduğu gibi kanun metinlerinde de her iki sözcüğe birlikte yer verilerek örf ve âdet denilmektedir(Bilge, 2004, s. 32). Çünkü hukukun kaynağı olarak bu iki terim arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır(Kahraman, 2010,s. 184).

Mecelle külli kaidelerinde bu realite bunun daha açık ve bariz şekli bulunmaktadır ki onlardan bazıları şöyledir: “*Örf ile ta'yîn, nass ile ta'yîn gibidir.*”(md. 45) *Beyne't tüccâr mâruf olan şey, beynlerinde meşrû't gibidir*”(md. 44). Örf ve teâmül ile eşanlamlı olarak hukukun çeşitli bahislerinde hükümlere mesnet teşkil etmek suretiyle yer alan âdet mefhumu, özellikle Mecellede “*âdet muhakkemdir*”(md. 36)¹⁰, “*Nâs'ın isti'mali bir hüccettir ki ânınla amel vâcib olur*”(md. 37), “*Âdeten mümteni' olan şey hakikaten mümteni' gibidir*”(md. 38). Görüldüğü gibi bu maddelerde bazen örf bazen de âdet kavramının kullanılması, iki kavramın aynı anlamı ifade ettiğini göstermektedir. Nitekim modern hukukta da örf ve âdet kavramlarının aynı metin içinde birlikte yer aldığı görülmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun birinci maddesinde “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, 'örf ve âdet' hukukuna göre karar verir*”(md. 1) denildiği gibi Türk Borçlar Kanunu'nda da sözleşmenin yazılı şeklinin unsurlarından imza ile ilgili maddede “*...imzanın el yazısı dışında bir araçla atılması ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.*” (md. 15). Aynı şekilde Türk Ticaret Kanunu'nda ticarî hükümler ile ilgili olarak “*Mahkeme, hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde, ticarî örf ve âdet, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir*”(md. 1/2). Ticarî örf ve âdet başlığında ise “*Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticarî örf ve âdet olduğu belirlenmedikçe teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır*” (md. 2) denilerek ticarî muamelelerde örf ve âdet, hatta teamül birlikte kullanılmıştır.

¹⁰ Bkz. (İbn Nüceym, 1980, s. 93).

III. İslam hukukunda örf- âdetin yeri ve önemi

İslâm hukukunun kaynakları, aslî ve fer'î olmak üzere iki kısım hâlinde ele alınmaktadır. Buna göre aslî deliller diye ifade edilen İslâm hukukunun birinci derecedeki şer'î delilleri, *Kitap, Sünnet, icmâ' ve kıyas'tan*¹¹ oluşur (Zeydan, 2013, s. 115; Karaman, 2013b, s. 90). Bu dört delilden her birinin delâlet ettiği hüküm, vâcibu'l ittibâ' olduğu için bunların hükmüne uymak gerekir. Ancak bu delillerin hükümlere delâleti aynı seviyede değildir. İslâm hukuk literatüründe edille-i şeriyye olarak ifade edilen bu dört delil, İslâm hukukçularının çoğunluğu¹² tarafından kabul edilmiştir. Fer'î deliller ise *istihsân, mesâlih-i müresele, istishâb, örf ve âdet, şer'u men kablena*¹³, *sahâbî görüşü ve sedd-i zerây'i* gibi delillerden oluşur. Bu deliller, talî (ikincil) deliller olarak da adlandırılmaktadır. Bunların delil oluşu hususunda aslî delillerinden daha çok ihtilaf bulunmaktadır (Zeydan, 2013, s. 115-116; Karaman, 2013, s. 90). İslâm hukukçuları tarafından muteber bir delil olarak görülen örf, diğer delillere dayanması münasebetiyle müstakil delil olarak kabul edilmemekle birlikte (Hallâf, 1970, s. 149; Zeydan, 2013, s. 116; Neşemi, 1984, s. 195) İslam hukukunun aslî delillerini tamamlayıcı bir işlev görmektedir (Şâkir el- Hanbeli, 1948, s. 30).

Bu konuda genel kabul gören görüş, İslâm hukukunda örfün muteber bir kaynak oluşu ve hükümlere etkisidir. Örfün meşruiyetinin tanınması, insanlara kolaylık sağlanması ve onlardan sıkıntının defedilmesi kabilindendir. Bu itibarla Hanefî ve Malikî bilginlerine göre, sahih örf ile sabit olan şey, şer'î bir delil ile sabit olmuş gibi kabul etmektedir (Hallâf, 1970, s. 145; Ebû Zehra, 1994, s. 230). Bu kapsamda Hanefî hukukçulardan Serahsî (v. 483/1090) bu duruma şöyle işaret etmektedir: “*Örf ile maruf olan şey, nass ile şart kılınmış gibidir.*”¹⁴ Sonraki dönemlerde örfün meşruiyetine dair benzer ibareleri görmek mümkündür. Nitekim İbn Nüceym (v. 970/1562)'in “Eşbâh ve'n Nezâir” adlı eserinde “*Adet muhakkemdir*”¹⁵ sözüyle örf ve âdetin toplumsal hayatta insanlar arası ilişkilerde hakem rolüne işaret etmektedir. Ayrıca İbn Âbidîn, “Neşru'l Örf” adlı eserinde Osmanlı şeyhülislamlarından Pirîzâde Muhammed Sâhip Efendi (v. 1162/1748)'nin¹⁶ İbn Nüceym'in “el-Eşbâh”ına yazdığı şerhte yer verdiği “*Örf ile sabit olan şey, şer'î delil ile sabit gibidir*” şeklindeki sözüne atıfta bulunmaktadır (İbn Âbidîn, 1325, 2/ 115). İslam hukukçularının bu ifadelerinden nassın bulunmadığı yerde örf ile sabit olan şeyin muteber bir delil olarak görüldüğü anlaşılmaktadır (Kâsânî, 1997, 5/34; Merğînânî, 1990, 3/ 262; Hallâf, 1970, s. 145; Bilmen, 1992, 1/17).¹⁷

İslâm hukukunda hükümlerin konulmasındaki asıl gaye, insanların durumlarını düzeltmek, insanlar arası ilişkilerde adaleti sağlamak ve onların sıkıntılarını bertaraf etmektir. İslâm hukukuna göre insanların âdet edindiği ve akl-ı selim sahiplerinin tasvip ettiği söz ve davranışları hüküm verilirken dikkate almamak ise onları sıkıntıya sokmak anlamına gelir ki böyle bir anlayış, İslâm hukukunun üzerine bina edildiği temel prensiplere aykırı bir durumdur (Şa'ban, 2013, s. 196). Bu itibarla çeşitli dönemlerde İslâm hukukçuları, örfü bir kaynak olarak kullanıp içtihatlarında onu muteber bir delil olarak saymışlardır. Bu durumda onların örf ile amel etmeleri, sukûfî icmâ'

¹¹ Kıyasın aslî delil olup olmadığı konusu ve delilleri için bkz. (Zeydan, 2013, s. 173-175).

¹² Mutezile bilginlerinden İbrahim en-Nazzâm (v. h. 231) ve Haricîlerin bir kısmı İcmâ'yı; Câferîler ve Zâhirîler ise kıyâsı kaynak olarak kabul etmemişlerdir (Zeydan, 2013, s. 115). İbrahim en-Nazzam, İcmâ'yı ve kıyası ilk inkâr eden kişidir (Şa'ban, 2013, s. 108, 136).

¹³ Şer'u men kablena: Bizden önceki ümmetlere gönderilen şariatler anlamına gelmektedir. Genelde bir sonra gelen şariat, bir öncekini neshetmiştir. Ancak daha önce gelen şariatlerle ilgili bir hüküm, İslâmî nasslarda nakledilmiş ve ilgâ ya da itibar edildiğine dair bir beyan söz konusu değilse işte bu hükümlerin Müslümanlar için de geçerli olup olmayacağı konusu açıklanmaya muhtaç bir husustur (Erdoğan, 2005, s. 525).

¹⁴ “*الْمَعْرُوفُ بِالْعُرْفِ كَالْمَشْرُوطِ بِالنَّصِّ*” (Serhasî, 2000, 13/ 14. Bu ibare, Mecelle'de şu şekilde yer almaktadır: “*örf ile tayin nass ile tayin gibidir*” (md. 45).

¹⁵ “*الْعَادَةُ مُحْكَمَةٌ*” (İbn Nüceym, 1980, s. 93).

¹⁶ Detaylı bkz. Bursalı Mehmet Tahir, 1972, 2/ 296.

¹⁷ Ayrıca “*مَا لَا نَصَّ فِيهِ يُعْتَبَرُ فِيهِ الْعُرْفُ لِأَنَّهُ مِنَ الدَّلَائِلِ الشَّرْعِيَّةِ*” metni için bkz. (Mevsîlî, 1991, 2/ 31). Aynı şekilde Malikîler de nass bulunmayan yerde örfü bir delil olarak kabul etmişlerdir (Ebû Zehra, 1994, s. 230).

mesabesinde görüldüğü için örfün muteberliği hususunda icmânın vaki olduğu söylenebilir (İbnü'l-Hümâm, tsz., 5/ 15; Zeydan, 2013, s. 203). Örf ve âdete diğer mezhep hukukçularından daha çok önem vermiş olan Hanefî hukukçuların, fıkıh kitaplarına bakıldığında birçok meselenin hükmünü, örf ve âdete dayandırdıkları görülmektedir (Serahsî, 2000, 12/ 242; 15/ 293; Merginânî, 1990, 3/ 69; 3/ 234-236; İbnü'l-Hümâm, tsz., 5/ 15; Mevsilî, 1991, 2/ 51-60; 3/ 21-23). Külli kaideler hâlinde olan bu temel ilkeler, İslâm hukuk tarihinin ilk Medenî Kanunu olan Mecelle'ye kanun maddesi olarak girmiştir (Kıyıcı, 1990, s. 135).

Bu kaideler gereğince kanûnî müeyyide bulunmayan herhangi olayın hükmünü belirlemede memleketin her tarafında yahut bir belde halkı veya bir esnaf zümresi arasında eskiden beri muteber görülen ve işlenegelen muamelelere itibar edilerek onunla hükmolunur (Ergüney, 1973, s. 7). Örf ve âdetin, hukukun kaynağı oluşunu modern hukuk sistemlerinde de görmek mümkündür. Bu bağlamında Türk Medeni Kanunu'nun başlangıç bölümünde “*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*” (Türk Medeni, Kanunu, md.1) denilerek örf ve âdet, kanundan sonra hukukun ikinci kaynağı olarak kabul edilmiştir.

IV. Örf ve Âdetin geçerlilik şartları ve çeşitleri

Klasik dönem fıkıh eserlerinde ve çağdaş İslâm hukuku çalışmalarında örfün muteber sayılması için bazı şartların sağlanmış olması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bunlardan biri, örfün nasslara veya İslâm hukukunun prensiplerine aykırı olmamasıdır.¹⁸ Bununla gerek bir nassla çatışan gerekse nassların ruhu ve diğer şer'î delillere aykırı olan örflerin fikhî hükümlere dayanak teşkil edemeyeceği amaçlanmıştır (Dönmez, 2007, 34/ 90). İkincisi, örfün sonradan ortaya çıkmış olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle bir örfün hukukî ihtilafın çözümünde esas alınabilmesi için o olayın meydana gelmesinden önce veya söz konusu işlemlerin kuruluşu esnasında mevcut olması gerekir, aksi halde hükümden sonra ortaya çıkan örf'e itibar edilmez.¹⁹ Bu şartlardan üçüncüsü de örfün hukukî muamelelerin tümünde veya büyük çoğunluğunda uygulanıyor olmasıdır²⁰ ki böyle bir örfün dikkate alınması için toplumda sürekli veya yaygın bir uygulama özelliğini taşıması ve insanlar tarafından biliniyor olması gerekir (Zeydan, 2013, s. 204).²¹

Örf ve âdetin geçerlilik şartlarından dördüncüsü ise sarîh bir şekilde ifade edilmiş irade beyanına aykırılık taşımamasıdır. Bir konuda örf olmakla birlikte akdin tarafları bunun aksini kararlaştırmaları hâlinde örf'e itibar edilmeyerek tarafların ortak iradeleri temel kıstas alınır (Serahsî, 2000, 8/ 302; 9/ 18; Alsan, 1950, s. 54; Zerka, 1998, 2/ 878). Örneğin, piyasada alım satım muamelelerinde âdet, ücretin taksitle ödenmesi olduğu halde taraflar, ücretin peşin ödenmesi konusunda irade beyanında bulunarak anlaşmaları hâlinde tarafların irade beyanı esas alınarak bu husustaki örf ve âdet dikkate alınmaz. Yine gayr-i menkulün tapudaki tescil masrafları örf'e göre müşteriye aittir. Ancak taraflar bu masrafların satıcıya ait olması hususunda anlaşırsa burada örf'e bakılmaz (Zeydan, 2013, s. 204-205). Bu şart Mecelle'de “*Tasrîh mukabelesinde delâlete itibar yoktur*” (md. 13) şeklinde maddeleştirilmiştir ki bu ifade ile tarafların açık irade beyanı söz konusu

¹⁸ “وَلَا مَعْنَى لِلْعَادَةِ مَعَ النَّصِّ بِخِلَافِهِ” (Serahsî, 2000, 12/ 348; a. mlf. 14/246; 18/ 176. Aynı anlamı ifade eden benzer lafızlar için bkz. (İbnü'l-Hümâm, tsz., 5/ 15; İbn Nüceym, 1980, s. 94; İbn Abidin, 1325, 2/ 115; Ebû Sünne, 1947, s. 62; Ebû Zehra, 1994, s. 230).

¹⁹ “إِنَّمَا هُوَ الْمَقَارِنُ السَّابِقُ دُونَ الْمُتَأَخَّرِ؛ وَلِذَا قَالُوا لَا عِزَّةَ بِالْغُرَبِ الطَّارِئِ” Bkz. (İbn Nüceym, 1980, s. 101; Suyûtî, 1983, s. 92, 96; Ebû Sünne, 1947, s. 66).

²⁰ “إِنَّمَا تُعْتَبَرُ الْعَادَةُ إِذَا اطَّرَقَتْ أَوْ غَلَبَتْ” Bkz. (İbn Nüceym, 1980, s. 94-95; ayrıca bkz. Serahsî, 2000, 14/ 30; Suyûtî, 1983, s. 95; Ebû Sünne, 1947, s. 56-57).

²¹ Örfün, kaynak değeri olabilmesi için sürekli, yani “örf-i cârî” niteliğinin bulunması gerekir. Bkz. Merginânî, 1990, 3/ 236).

iken delâlete başvurulmaz. Çünkü İslâm hukuku, tüm konularda ihtilaftan sonra çözümünü değil, ihtilaf çıkmadan önce tedbiri esas almış ve dolayısıyla hukukî ilişkileri, sonradan ihtilaf mevzuu yapacak şeylerden uzak tutmaya çalışmıştır(Karaman, 2013a, 3/92).

İslâm hukuku literatüründe örfle ilgili teorik manadaki açıklamaların daha çok örfün çeşitleri hususunda olduğu söylenebilir. Fakat bu konuda hukuk normu kazanmış olan örf ve âdet ile bu formatı kazanmayanları aynı kategori içinde değerlendirme imkânı bulunmamaktadır(Dönmez, 2007, 34/ 90). Bunun için İslâm hukuk düşüncesinde örf; dinî yönden geçerliliği, yapısı, yayıldığı bölge ve muteberliği bakımından farklı şekilde tasnife tabi tutulmuş ve fasit örf dışındaki örf çeşitleri sahîh örf kapsamına dâhil edilerek değerlendirilmiştir. Muteberliği bakımından örf, sahîh ve fasit olmak üzere iki kısımda ele alınmaktadır. Sahîh örf, insanların âdet haline getirmesiyle birlikte nasslara aykırı olmayıp muteber maslahatla çatışmayan ve kötülüğe sevk etmeyen örf anlamına gelmektedir(Hallâf, 1970, s. 146; Zeydan, 2013, s. 202; Neşemi, 1984, s. 194). Fasit örf ise insanların âdet haline getirdiği, naslara aykırı olan veya maslahatı ortadan kaldıran ya da zararı celbeden örfdür(İbn Âbidîn, 1325, 2/116; Hallâf,1970, s. 146; Zeydan, 2013, s. 202; Neşemi, 1984, s. 194). İslam öncesi dönem Arapların bazı örf ve âdetleri, İslâm'ın temel ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle ilga edilmiştir(Atar, 1992, s. 89). Örneğin, insanların faizli muameleleri, içki içmeyi ya da kumar oyunlarını âdet haline getirmeleri gibi(İbn Âbidîn, 1325,2/ 116; Zeydan, 2013, s. 202; Neşemi,1984, s. 194).

Yapısı yönüyle de örf, kavli ve amelî olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Buna göre kavli örf, insanların bazı lafızları, lügat anlamı dışında belirli bir mana ifade eder tarzda kullanmayı âdet haline getirmeleridir(Gazzâlî, 1994, 2/8; Ebû Sünne, 1947, s. 19; Zeydan, 2013,s. 201; Neşemi, 1984, s. 194). Dolayısıyla bazı lafız ve terkiplerin belirli bir anlamı ifade etmek üzere sürekli kullanılarak artık mutlak bir şekilde söylenince bir karine veya akli alâka olmaksızın ilk anda zihinlerde o anlamın canlanır hale gelmesidir(Zerkâ, 1998, 2/875; Dönmez, 2007, 34/ 90). Herhangi bir meslek dalında kullanılan özel terimler, yapısı itibariyle lafzî örfdür. Nitekim bu duruma dikkat çeken Malîkî hukukçulardan Kârâfî(v. 684/1285) tarafından lafzî örf, “bir örf çevresinin bir lafzı muayyen bir anlamda kullanmasıdır”²² şeklinde tanımlanmaktadır. Örneğin, eskiden “dirhem” kelimesi, aslında belli bir vezin ve kıymetteki basılmış gümüş para manasında olmakla birlikte ülkede tedavülde olan para manasında anlaşılmış ve hukukî işlemler buna göre yürütülmüştür(Ebû Sünne, 1947, s. 18; Zerkâ, 1998, 2/ 875; Karaman, 1988, 1/ 369; Dönmez, 2007, 34/90). Yine lügavî manasıyla yerde yürüyüp giden her canlı için kullanılan “dâbbe” lafzının dört ayaklı hayvanlar manasında kullanılması da bu çeşit örf olarak kabul edilir(Gazzâlî, 1994, 2/ 5, 8, 132; Zeydan,2013, s. 201). Usûlcülerin çoğunluğu, nassın gelişi esnasında Araplar arasında mevcut olan lafzî örfün geçerliliği hususunda ittifak etmelerine rağmen bazı İslâm hukukçuları lafzın delalet ettiği mananın esas alınması gerektiğini söylemişlerdir(Kârâfî, 1998, 1/312; Suyûtî, 1983, s. 93; İbn Nüceym, 1980, 97; Ebû Sünne,1947, s. 122-123).

İnsanların sürekli olarak yaptığı fiiller anlamına gelen amelî örf ise(İbn Âbidîn, 1325, 2/ 116; Ebû Sünne,1947, s. 19; Zeydan, 2013, s. 201), günlük hayata dair hususlarda veya fikhî sonuçları olan konularda insanların belirli şekilde davranmayı âdet haline getirmiş olmalarıdır(Zerkâ,1998, 2/876; Ebû Sünne, 1947, s. 19). Başka bir ifade ile uygulama örfü anlamına gelen amelî örf, toplumun muayyen bir davranış biçimini âdet haline getirmesidir (Neşemi, 1984, s. 194). Örneğin, bir bölgede belirli türde hayvan eti yemenin, ziraî faaliyette belirli aletleri kullanmanın âdet haline gelmesi(Zerkâ,1998, 2/ 877), insanların birçok şeyi irade beyanı olmaksızın sadece teslim-tesellüm tarzında alıp satmayı âdet haline getirmeleri(Hallâf, 1970, s. 145; Zeydan, 2013, s. 201), kira sözleşmesinde henüz faydalanma gerçekleşmeden ücretin peşin alınması ve satıcının alınan malı

²² “أن العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين” (Kârâfî, 1998, 1/312, 315).

müşterinin evine getirerek teslimatı yapması gibi(Neşemi,1984, s. 194) âdet haline gelen fiiller, bu çeşit örfün kapsamına dâhil edilmektedir(Şa’ban, 2013, s.195).

Hem kavli hem de amelî örf, genellik ve yerellik ekseninde umumî ve hususî olmak üzere iki kısım hâlinde ele alınmaktadır(İbn Âbidîn,1325, 2/ 116). İslam hukuku literatüründe örf-i âmm diye tabir edilen umumî örf, Müslüman ülkelerin tümünde veya çoğunluğunda insanlar arasında bir lâfzın veya davranışın âdet haline getirilmesidir ki(Zerkâ, 1998, 2/877-878; Neşemi, 1984, s. 194) bu tür örf, genel hükümlere dayanak olabilir(Dönmez, 2007,34/ 90). Örneğin, eski zamanlardan beri insanların ihtiyaç duyması münasebetiyle istisna akdinin, kullanılacak su ve kalınacak süre belirlenmeksizin hamamlarda yıkanmanın âdet haline gelmesi(İbn Âbidîn, 1325, 2/ 116; s. 194; Ebû Sünne, 1947, 19; Neşemi, 1984). Örf-i hâss şeklinde ifade edilen hususî örf ise belirli bir ülkede veya bölgede ya da belirli bir çevrede bir lâfzın veya davranışın insanlar tarafından özel bir manada kullanılmasının âdet halini almasıdır(Zerkâ, 1998, 2/ 878; Neşemi, 1984, s. 194; Şa’ban, 2013, s.196). Günümüzde insanların ihtiyaçları çerçevesinde birçok çeşidi bulunan bu örfün kapsamına ticarî alanda tüccarların kullanmayı teamül haline getirdiği uygulamaları veya daha genel anlamda çeşitli meslek dallarında kullanılan özel terimleri de dâhil etmek mümkündür. Ancak şu da bir gerçektir ki bu tür örf, hukukî konulara etki etmesi bağlamında kullanıldığı çevre veya meslekî alanla sınırlı kalmaktadır(Zeydan, 2013, s. 205). Örneğin hukukçuların fesih kavramını sözleşmeyi geçersiz kılmak için kullanması, tüccarların mal verdikleri kişilerle borç ilişkilerinde şahit getirmeye gerek duymaksızın özel ticarî defterleri ispat vasıtası olarak kabul etmeleri(Şa’ban, 2013, s. 196, 365) ve satın alınan eşyanın ambalajlanarak müşteriye teslim edilmesi gibi(Şener, 1987, s. 112).

V. Örf ve Âdetin Borçlar Hukuku hükümlerine etkisi

Toplumsal hayatın ihtiyaçlarından doğan ve insanlar arasında daha yakın ilişkiler kurulmasına etki eden örf ve âdetin meşruiyetinin tanınması insanlara kolaylık temini ve sıkıntının giderilmesi kabilinden olması(Zeydan, 2013, s. 203) münasebetiyle Hanefî hukukçular tarafından tüm hukukî alanlarda nassın bulunmadığı yerlerde hüküm verilirken dikkate alındığı görülmektedir(Kâsânî,1997, 5/34;Merğînânî, 1990,3/ 262; s. 145; Bilmen, 1992, 1/17).²³ Şimdi bu hususta Borçlar Hukuku alanında detaya inmeden bazı örnekler üzerinde durarak bir perspektif ortaya koymaya çalışacağız.

A. Akdın kuruluş aşaması

Hukukî muamelelerin asıl unsurlarından birini, karşılıklı rızanın dışı vurumu sayılan icâb ve kabul, başka bir ifade ile irade beyanı oluşturmaktadır(Karaman, 214, II, 54; Acar, 1999, s. 79). İslâm hukukunda akdın icrası için bir tarafın icâbı ve diğer tarafın da kabulü gerekir ve akit kurulurken tarafların karşılıklı olarak irade beyanlarında geçmiş zaman sıygasının kullanılması esastır(Kâsânî,1997, 4/318; Merğînânî,1990, 3/ 24). Çünkü bu sıygayla tereddüt, düşünme, danışma ve pazarlık devreleri aşılarak kesin karar aşamasına gelinmiş olur ki bu da iradenin en açık ifadesidir(Karaman, 2014, 2/ 68). Bunun yanı sıra İrade beyanında kullanılan lafızlar, lügat ve örf manasıyla değerlendirilir. Nitekim meşhur Hanefî fakihlerden Kâsânî(v. 587/1191) bu konu ile ilgili olarak “Bu sıyganın asıl lügat manası geçmiş zaman olmasına rağmen lügat bilginlerinin kullanımında ve hukukî örfte, ıstılah anlamında kullanıldığı şekilde şimdiki zaman manasını içerecek şekilde ‘icâb’ kullanılmıştır. Bununla örfî kullanımın, lügat anlamındaki kullanıma hâkim olduğu” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. Bununla birlikte şimdiki zaman, geniş zaman, emir, soru ve gelecek zaman sıygaları ise hem şimdiki duruma, hem de gelecek zamana delalet etmeleri münasebetiyle bu sıygalarla akdın meydana geldiğini söyleyebilmek için ‘ic irade’ diye tabir edilen niyete ve karinelere bakılır(Kâsânî,1997,4/ 318; Karaman, 2014, 2/ 68).

²³ Malikîler’e göre de nass bulunmayan yerde örf bir delildir(Ebû Zehra, 1994, s. 230).

Türk Borçlar Kanunu'na göre de akdin esas rüknü, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur(Türk Borçlar Kanunu, md. 1) ki bu rıza beyanı hususu, icâb ve kabulü ifade etmektedir. İcâb ve kabul genellikle aldım sattım gibi geçmişe veya alıyorum ve satıyorum gibi şimdiki zamana taalluk eden lafızlarla kurulurken, geleceğe veya emir sıygası ile alım-satım gerçekleşmez. Alışveriş işleminde rükün olan icâb ve kabul, beldenin örf ve âdetlerine göre satışta kullanılagelmekte olan lafızlarla da meydana gelir ki bununla pazarlık kesilerek halkın ticarî münasebetlerde kullandığı örf ve âdete dayalı lafızlar esas alınır(Ergüney, 1973, s. 192). Görüldüğü gibi hem İslâm hukuku hem de Türk Borçlar Hukuku'nda akdin genel hükümlerinde bir akdin kuruluşu aşamasında icâb ve kabulde kullanılan lafızlarda örf ve âdet belirleyici olmaktadır.

B. Muhayyerlikler

İslam hukuku literatüründe sözleşme yapılırken sözleşmenin taraflarına veya taraflardan birine ya da bir üçüncü kişiye belirli bir süre için sözleşmeyi feshedebilme yetkisinin tanınmasına şart muhayyerliği denilmektedir(Merğînânî,1990, 3/31;Şa'ban, 2013,s.184).²⁴ Aslında mübadeleye dayalı akitlerde asıl olan, yapıldığı andan itibaren bağlayıcı ve geçerli olmasıdır. Bununla birlikte muhayyerlik şartı ise bu bağlayıcılığı ihlâl eden bir husustur(Serahsî,2000, 13/74). Şart muhayyerliğine cevaz veren İslam hukukçularının çoğunluğu, görüşlerini Hz. Peygamber'in Hıbbân b. Munkız'a hitaben söylediği şu söze dayandırmışlardır: “*Alışveriş yaptığında de ki: aldatmaca yok! Ve benim üç gün muhayyerlik hakkım olacak*” (Buhârî,1422, *Buyu'*,48; Dârekutnî, 1966, *Buyu'*,no:216). Hanefî hukukçular, şart muhayyerliğinin süresinin hadiste zikredildiği gibi üç günden fazla olamayacağını söylerken tarafların düşünüp taşınmaya ve danışmaya ihtiyaçları dolayısıyla mutaat olarak bu kadar sürenin yeterli olduğunu ileri sürmüşlerdir(Serahsî,2000, 13/31, 77; Kâsânî,1997, 4/544)²⁵. İmam Malik ise konu ve ihtiyaca göre bu sürenin belirleneceğini ifade etmiştir. Örneğin, mal, elbise gibi şeylerin iki günlük bir süre yeterli iken, ev ve benzeri şeylerde ancak bir aylık sürenin yeterli olabileceğini söylemiştir(İbn Rüşd,2013, s. 655). Bu konuda Ebu Hanife ve İmam Malik'in insanların şart muhayyerliğine olan ihtiyacı dolayısıyla hüküm vermelerinde aslında bu yönde oluşan örf ve âdeti göz önünde bulundurdıkları anlaşılmaktadır.

Görme muhayyerliği konusunda ise Hanefî mezhebi dışındakiler, bu muhayyerliği ya hiç tanımamışlar ya da dar sınırlar içinde kabul etmişlerdir. Bu muhayyerliği en geniş ve açık bir şekilde benimseyen Hanefîlerdir(Karaman, 2013(a), 3/126). Hanefî mezhebinin görüşünü kanunlaştıran Mecelle'de görme muhayyerliği şu şekilde kanunlaştırılmıştır: “*Bir kimse bir malı görmeden satın alırsa görünceye kadar muhayyerdir. Görünce isterse fesheder, isterse kabul eder(md. 320)*. Bu durumda satışı yapılan şeylerin taneleri arasında ölçülen ve tartılan mallarda olduğu gibi fark bulunmaması hâlinde satım konusu olan şeyin bir örneğini göstermek, satış için yeterli kabul edilmiş ve bu eylem, görme muhayyerliğini düşüren bir işlem olarak görülmüştür. Ancak gösterilen numune ile satılacak olan şey arasında değer farkı bulunuyorsa müşteriye bu malı alıp almama hususunda muhayyerlik hakkı tanınmıştır (Merğînânî,1990, 3/36-37). Bunun yanı sıra satılacak olan şeylerin havuç, şalgam, soğan, sarımsak ve turp gibi sebzelerden oluşması hâlinde bunlar arasında değer farkı bulunmadığı için birer numune göstererek satış yapılabilir. Satılan şey, müşteri tarafından beğenildiği takdirde satışa konu olan şey, eğer soğan gibi ölçülebilir veya havuç, sarımsak gibi tartıyla satılan mallardan ise Ebu Hanife'ye göre muhayyerlik hakkı bulunmaktadır. Bununla birlikte Ebû Yûsuf(v.182/798) ve İmam Muhammed(v. 189/805) ise insanlar arasında bu yönde bir teamül oluştuğu için muhayyerliğin geçerli olmayacağını söylemişlerdir(Mevsîlî,1991, 2/17). Günümüz

²⁴Ayrıca bkz. “Belli bir müddet içinde tarafların veya taraflardan birinin akdi kabul yahut feshetme hususunda muhayyer olması durumunda şart muhayyerliği gerçekleşmiş olur”(Mecelle, md. 300).

²⁵ Bu konuda Şafîiler de Ebû Hanife ve İmam Züfer ile aynı görüştedirler(İbn Rüşd, 2013, s. 655; ayrıca İmam Şafî'nin görüşü için bkz.(Şirbînî, 1997, 2/55).

örfüne baktığımızda soğanın ve havucun tartı ile sarımsağın ise hem tartı hem de demet hâlinde satışı yapılmaktadır.

Bunun dışında Hanefî mezhebinde yerleşik hükme göre bir ev satın alındığında evin dışını veya bazı odalarını görme, alıcıya tanınan görme muhayyerliğini düşürmesine rağmen sonraki dönemlerde evlerin farklı tarzda yapılması âdet haline geldiği için Hanefî hukukçulardan İmam Züfer, ev satın alırken tüm odalarının görülmesini gerekli görmüştür. Buna göre ev satın alındığında tüm odalarının görülmesiyle ancak muhayyerlik düşer. Aksi halde müşteri, muhayyerlik hakkını kullanabilir(Merğînânî,1990, 3/37). Günümüzde bu yönde oluşan teamül de ise insanların yaşam standartları ve farklı talepleri çerçevesinde birbirinden farklı evlerin yapıldığı görülmektedir. Buna göre bir kişi, görmeden ev veya herhangi bir şey satın alırken vasıflarının belirtilmesi ve alınan şeyin tüm yönleriyle incelenmesi gerekir. Buna rağmen aykırı bir işlem olduğunda müşterinin muhayyerlik hakkı işlevsellik kazanır.

Bir başka konu ise mezheplerin yaklaşımı açısından önemli bir fark bulunmadığı ayıp muhayyerliği diye ifade edilen bir malın kusurlu çıkması muhayyerliğidir(Karaman, 2013(a), 3/127). Bu durumda alıcı, satış konusu malda kusurdan haberdar olduğunda isterse malı tam fiyatına kabul eder, isterse iade edebilir. İnsanlar arasındaki örf göre müşteri aldığı malın kusursuz olmasını isteyerek o malı alıp faydalanmak istemesi doğal hakkı olması yanında âdete göre bey' akdinde mal ve bedelin kusursuz olması gerekir ki taraflar arasında mal-bedel değişiminde eşitlik sağlanmış olsun(Kâsânî,1997, 4/543). Burada belirtilen kusurdan maksat, satıcının yanında iken mevcut olan ve alıcının satış esnasında ve teslim alırken haberdar olmadığı kusurdur(Serahsî,2000, 13/63, 94, 138; Merğînânî,1990, III, 40).Aksi halde bu nitelikteki mala rıza gösterilmiş sayılır. Zaten tüccarların arasında oluşan örf göre, malın kıymetini düşüren her şey kusur kapsamında değerlendirilir(Merğînânî,1990, III, 40). Bu bakımdan günümüzde de bir malın ilgili olduğu sahadaki örf ekseninde kusurlu sayılıp sayılmamasına karar verilmekte ve bu konuda örf ve âdet belirleyici olmaktadır.

C. Mevcut olmayan şeyin satışı ve satış konusu olan şeyin belirsizliği

İslâm hukukunda prensip olarak akit yapıldığı sırada *الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ* diye tabir edilen akdin konusunun mevcut olması şarttır. Akdin yapıldığı esnada üzerinde akit yapılan şeyin mevcut olmaması ve gelecekte de var olması muhtemel olduğu durumlarda, hatta ileride mevcudiyeti kesin olsa bile akit hükümsüzdür(Kâsânî, 1997, 4/ 326; Mevsilî, 1991, 2/ 4; Karaman, 2014, 2/ 156). İslâm hukukunun bu konudaki yaklaşımının temelinde görmeme ve bilmeme sebebiyle meydana gelebilecek aldanmaları ve bunun sebep olacağı ihtilafı önleme düşüncesi bulunmaktadır(İbn Kayyim,1991, 1/301; Karaman, 2014, 2/ 156). Bununla İslâm hukuku, ihtilaf çıkmadan önce tedbiri esas alarak hukukî ilişkileri, sonradan ihtilaf konusu olabilecek olan şeylerden uzak tutmaya çalışmıştır(Karaman, 2013a, 3/ 92). Türk Borçlar Kanunu'nda da "*Satış sözleşmesi, satıcının, satılan zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir şeklinde tanımlanmış ve devamında sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdür*"(md. 207) ibaresi yer almaktadır.

İslâm hukukçuları, satış esnasında üzerinde akit yapılan şeyin mevcut olmamasını butlân sebebi saymakla beraber, ihtiyaçtan kaynaklanan ve bu nedenle insanların örf ve âdet haline getirdiği uygulamaları dikkate alarak bazı istisnalar benimsemişlerdir. Genel kurala aykırı olmakla beraber insanlar arası ilişkilerde ihtiyaçtan kaynaklanan ve dolayısıyla bu yönde oluşan örf ve âdeti göz önünde bulundurarak cevaz verilen akitlerden biri selem akdidir(Merğînânî, 1990, 3/ 78; İbn Kudâme, 1997, 4/384; Mevsilî, 1991, 2/34). Selem ile selef, aynı akdin adı olarak kaynaklarda yer almasına rağmen(Kâsânî,1997,4/ 430; İbn Kudâme, 1997, 6/ 384; Nevevî, 1991, 4/3) 'selem' isminin

daha çok Hicaz'da, 'selef' teriminin ise Irak'ta yaygınlık kazandığı bilinmektedir(Şirbînî, 1997, 2/ 134; Çeker, 2014, s. 129). Şaffî hukukçulardan Mâverdi(v. 450/1058), selem-selef ayırımı hususunda şu yorumu yapmıştır: "Semen akit meclisinde acilen teslim edildiği için söz konusu akde selem; semen maldan önce teslim edildiği için de selef denmiştir"(Şirbînî, 1997, 2/ 134; Çeker, 2014, s. 129). Buna göre selem, akit esnasında mevcut olmayan bir malı, peşin bedel ile belli bir zaman içinde vücuda gelince müşteriye teslim etmek şartıyla satmak anlamına gelir(İbn Kudâme, 1997, 4/ 384; Nevevî, 1991, 4/3; Mevsilî, 1991, 2/ 33; Karaman, 2014, 2/ 160).

Mecelle'de "*müecceli muaccele satmak yani peşin para ile veresiye mal almaktır*"(md. 123) diye tanımlanmıştır. Peşin para veya peşin verilmek şartıyla kıyemî veya mislî bir mal ile veresiye mal satın almak anlamına gelen selem akdi(Ergüney, 1973, s. 399-400), alım-satım akdi gibi icâb ve kabul ile geçerlilik kazanır ve şartları mevcut olduğunda sahih olur(Mevsilî, 1991, 2/ 3,4, 34.). Selem akdi, temelde bir akit çeşidi olması münasebetiyle hem akdin umumî hüküm ve kaidelerine hem de kendi ismine özgü hükümlere ve kurallara tabidir(Mevsilî, 1991, 2/3, 4, 34; Mecelle, md. 380-387; Karaman, 2013a, 3/ 43). Bu itibarla alım-satım akdinde 'satılan malın mevcut olması' şartı bulunduğu halde selem akdinde henüz sözleşmeye konu olan şeyin mevcudiyeti söz konusu değildir(Mevsilî, 1991, 2/ 34; İbn Kayyim, 1991, 1/ 301). Böyle bir durum akdin genel hüküm ve kurallarına aykırı olması münasebetiyle yapılan akdin geçersiz sayılmasını gerektirir. Nitekim bir gün Hakîm b. Hızâm Hz. Peygamber'e gelerek bir kişinin kendisinden sahip olmadığı bir şeyin satışı yönünde talepte bulunduğunu, buna göre çarşıda olan bir şeyi ona satıp satamayacağını sorması üzerine Hz. Peygamber, "*Sahip olmadığın bir şeyi satma*"²⁶ diyerek böyle bir satışı yasaklamıştır. Bununla birlikte sosyal hayatta insanların ihtiyacından kaynaklanan ve öteden beri örf ve âdet çerçevesinde uygulanan bir muamele olduğu için alım-satım konusundaki genel kurala aykırı olmasına rağmen bu akdin uygulamasına cevaz verilmiştir(İbn Kayyim, 1991, 1/ 301; Zeydan, 2013, s. 203; Ergüney, 1973, s.400).

Abdullah b. Abbas'ın rivayetine göre Hz. Peygamber, Medine'ye geldiğinde Medineli halkın hurmayı iki veya üç yıllık vadede teslim etmek ve bedelini peşin olarak almak üzere selem muamelesi yaptıklarını gördüğünde "*مَنْ أَسْلَفَ فَلْيَسْلَفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ (selem yoluyla satış yapan, bunu belirli ölçüye, belirli tartıya göre ve belli bir süre tayin ederek yapsın)*"²⁷ şeklinde İslâm öncesi dönemden itibaren uygulanagelen örf ve âdete dayalı bu muameleyi belirli kayıt ve şartlar altında - tabiri yerinde ise bu uygulamaya İslâmî format atarak- tashih etmiş ve bu akdin devam etmesine engel olmamıştır). Bununla mevcut olmayan bir malın satışından ibaret olan selem akdi, sosyal hayatta kendisine duyulan ihtiyaç münasebetiyle 'mevcut olmayan bir şeyin satılamayacağı' prensibinden istisna edilerek ve bir takım kayıt ve şartlara bağlanarak caiz kılınmıştır(Kâsânî, 1997, 4/ 430-431; Merğînânî, 1990, 3/ 78 vd.; Karaman, 2014, 2/ 160).

Bu akdin cevazı için ileri sürülen şartlar dikkatle incelendiğinde bu akdi, 'akit sırasında mevcut olmayan, ancak ileride hâsıl olacağı kesin olan bir şeyin satışı' kategorisine sokmak doğru değildir. Dolayısıyla akdin geçerliliği için öne sürülen şartlar, ona özel bir nitelik kazandırmıştır(Nevevî, 1991, 4/ 3; Karaman, 2014, 2/ 160). Bu akdin hangi tür mallarda caiz olup olmadığı ile ilgili örf ve âdetin rolü noktasında ise şu örnek verilebilir. Büyük balıkların sürekli bulundukları bir yörede selem yoluyla satış yapılıyorsa bunların satışı sayı ile değil tartı ile olması

²⁶ Bkz. "لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ" Ebû Dâvûd, 1997, *Buyû*, 70; Tirmizî, tsz., *Buyû*, 19; Ayrıca farklı lafızlarla ifade için bkz. Nesâî, 1991, *Buyû*, 61; İbn Mâce, tsz., *Ticârât*, 60.

²⁷ Buhârî, 1422, *Selem*, 2; ayrıca "yiyecek ve meyve konusunda selef başlığında" yer verdiği bu hadis için bkz. Tirmizî, tsz., *Buyû*, 70; Aynı hadisin farklı lafızlarla rivayeti için bkz. "مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَبِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ" Buhârî, 1422, *Selem*, 2; Ebu Dâvûd'un "selef akdi ile ilgili başlıkta" yer verdiği bu hadis, (فِي تَمَرٍ) ilavesiyle "مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمَرٍ فَلْيَسْلَفْ" Bkz. Ebû Dâvûd, 1997, *Buyû*, 57. Ayrıca Nesâî de "meyveler konusunda selef başlığı" altında (سَلَفًا) ilavesiyle "مَنْ أَسْلَفَ سَلَفًا فَلْيَسْلَفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ" Bkz. Nesâî, 1991, *Buyû*, 64. Ayrıca bkz. İbn Kudâme, 1997, 6/384).

hâlinde caizdir(Merğînânî, 1990, 3/80) Bu hüküm, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed tarafından örfে dayandırılmıştır ki Ebû Hanife'den gelen iki rivayetten tercih edileni de bu yöndedir. Çünkü âdetه göre burada etin yağlı veya dolgun olmasına itibar edilmez(Mevsîlî, 1991, 2/ 37).

Örf ve âdetه dayalı olarak günümüze kadar gelen bir akit çeşidi olan selem akdi konusunda Türk Borçlar Hukuku'nda ise satış sözleşmesinin²⁸ mahiyeti itibarıyla bir ayırımı yapılmayıp menkul ve gayrimenkul şeklinde bir ayırımı gidilmiştir. Satış sözleşmesinin genel hükümlerinin ele alındığı bölümde şu hükümler yer almaktadır: “sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler”(md. 207) denilmiş ve menkul bir malın satışı faslında ise “Alıcı satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde satış bedelini ödemek ve kendisine sunulan satılanı devralmakla yükümlüdür. Aksine yerel âdet veya anlaşma yoksa, satılanın hemen devralınması gereklidir”(md. 232). Bu hükümlerden anlaşıldığına göre, bedel peşin ödenerek veresiye mal almak anlamındaki selem akdi, sözleşmelerin şeklinin nasıl olması gerektiğinin ele alındığı 12. Maddesinde de “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şarta bağlı değildir” kaidesinin delâletiyle örf ve âdetه binaen cevaz verilen akitlerden sayılmıştır(Ergüney,1973, s. 400). Çünkü insanların öteden beri alışkanlık haline getirdikleri örf ve âdeti, hükümlerde dikkate almak onlara kolaylık sağlamak anlamına gelir. Aksi takdirde insanlar meşakkat ve sıkıntıyla karşı karşıya bırakılır ki bu durum, hukukun vaz' edilme gerekçesine de aykırılık teşkil eder.

Mevcut olmayan bir şeyin satışı mahiyetindeki diğer bir akit çeşidi de istisnâ akdidir(Mevsîlî,1991, 2/ 38; Karaman, 2014, 2/ 162) Bir kişinin bir sanatkârla belirli bir bedel karşılığında-malın nevi, miktarı ve vasfının açıkça ortaya konulması gibi belirli şartlar çerçevesinde-kendisi için bir şey yapması ile ilgili sözleşme(Kâsânî, 1997, 4/ 93-96; Şaban, 2013, s. 185; Karaman, 2014, 2/ 162) olan İstisnâ akdi²⁹, aslında bir akit çeşidi olması münasebetiyle hem akitlerin genel hükümlerine hem de kendi ismine özgü hükümlere ve kurallara tabidir(Mevsîlî, 1991, 2/ 3,4, 38; Karaman, 2013a, 3/ 43). İstisnâ akdinin selem akdiyle benzer ve farklı yönleri bulunmaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki selemde satılan şey, zimmete taalluk eden bir borçtur. Dolayısıyla ölçü, tartı, sayı vb. ile belirlenen ve emsali piyasada bulunan bir şeydir. İstisnâ'da ise satılan şey, zimmette borç değil, bizzat maldır, yani sipariş edilen bir elbise, halı, ayakkabı gibi muayyen bir maldır ve bu mal, akit esnasında mevcut olmayıp imal edilecek olduğu halde akit geçerli sayılmakta, imalatçı onu borçlanmaktadır(Karaman, 2014, 2/ 162) İstisnâ akdi, imalatçının işi üzerinde değil, yapacağı mal üzerinde olduğu için, başka bir tabirle akdin konusu iş değil, mal olduğu için burada imalatçı, müşterek işçi anlamındaki ‘ecr-i müşterek’den ayrılmaktadır(Kâsânî, 1997, 4/ 93; Karaman, 2014, 2/ 162).

Mecelle hükümlerine göre³⁰ bir kişi, sanatkârla belirli bir bedel mukabilinde bir şey yapmasını teklif edip onun da kabulü ile istisnâ akdi mün'akid olur. Örneğin, bir kişi, ayakkabı yaptırmak üzere ayakkabıcıya ayağının ölçüsünü verip, vasıflarını ve ücretini belirleyerek kendisine bir ayakkabı yapmasını sipariş etmesi gibi teamül haline gelmiş uygulamalarda “nâssın istimali bir hüccettir ki ânınla amel vâcib olur”(md. 37) külli kaidesi çerçevesinde istisnâ akdi sahih olur.³¹ Ancak teamül cari olmayan şeyler hakkındaki istisna akdinde zaman tayin edilmiş ise Ebû Hanife'ye göre selem hükümleri câri olur. Çünkü zaman, selemin özelliğidir(Mevsîlî,1991,

²⁸ Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir(Türk Borçlar Kanunu, md.207).

²⁹ Eser sözleşmesi: yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Bkz. Türk Borçlar Kanunu, md. 470.

³⁰ Mecelle'de istisnâ akdi, akdin bir nevi olarak kitâbu'l buyû'un bir bölümünü teşkil etmekte ve bu kapsamda “İstisnâ, bir şeyi yapmak üzere ehl-i sanat ile akd-i mukavele etmektir” şeklinde tanımlanmıştır (md. 124).

³¹ Mecelle, md. 388-389. Bu konuda ayrıca bkz. (Mevsîlî, 1991, 2/39).

2/39;Karaman,2013(a), 3/283). Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise süre belirlenmemesiyle selem, istisnâ olmadığı gibi sürenin belirlenmesi hâlinde de istisnâ, seleme dönüşmez. Kaldı ki istisnâ akdinde süre tayini bir an önce yapılmasını temin içindir(Mevsîlî, 1991, 2/39; Karaman, 2014, 2/162). Bu farklı yaklaşımlarda Ebû Hanife'nin görüşü Mecelle'de esas alınmıştır.³² İnsanların teamül haline getirdiği hususlarda süre tayini belirlenip belirlenmemesi istisnâ akdinin seleme dönüşmesine engel teşkil ederken, teamül haline gelmeyen hususlarda süre belirlenmemişse istisnâ, seleme dönüşmektedir. Bu durum da teamülün istisna akdi hükümlere etkisini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Akitler konusunda temel prensip, akit yapıldığı sırada üzerinde akit yapılan şeyin mevcut olmaması, akdin hükümsüz olmasını gerektirir(Kâsânî, 1997, 4/ 326; Mevsîlî, 1991, 2/ 4; Zeydan, 2013, s. 204; Karaman, 2014, 2/156). Buna göre istisnâ akdinin bir akit çeşidi olması münasebetiyle akdin genel hükümlerine ve kurallarına uyması gerekmektedir. Oysaki söz konusu bu akit, mevcut olmayan bir şeyin satışı mahiyetinde olduğu için geçersiz sayılması gerekir. Ancak eski dönemlerden itibaren insanlar, bu muameleyi örf ve âdet haline getirmişlerdir. Bu uygulamayı gördükleri ve bildikleri halde içtihad ehlinde hiç kimse, aykırı bir beyanda bulunmadığı için bu konuda icmâ' meydana gelmiştir. Burada halkın ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkan ve dolayısıyla örf ve âdet haline gelmiş uygulama dikkate alınarak istisnâ akdinin geçersiz sayılmasını gerektiren genel kuraldan vazgeçilmiştir(Serahsî,2000,12/242;Kâsânî,1997,4/94,444; Mevsîlî,1991, 2/ 38; Şâkir el-Hanbelî, 1948, s. 30; Ebû Sünne, 1947, s. 33; Zerka, 1998, 2/878; Zeydan, 2013, s.204). Hanbelî hukukçulardan İbn Kayyim(v.751/1350) ve benzeri fıkıh usûlcülerinin incelemeleri göstermiştir ki olmayanın satışı ile ilgili yasaklayıcı nasslar, akde konu olan şeyin yokluğundan ziyade aldanma ihtimaline bağlıdır. Dolayısıyla aldanma ihtimali çoğaldıkça mevcudun bile satışı yasaklanırken, aldanma ihtimali azaldıkça mevcut olmayanın satışı caiz olabilmektedir(İbn Kayyim,1991, 1/ 301; Karaman, 2014, 2/ 163).

Bu akit, halkın ihtiyaç ve teamülüne bağlı olarak istihsâna dayandığı için sipariş yoluyla yaptırılması halkın âdeti olan mevzularda caiz görülmüş, âdet ve teamüle uymayan konularda ise caiz görülmemiştir(Kâsânî, 1997, 4/ 94, 444; Karaman, 2014, 2, 162) Örneğin, belli bir bedel ya da ücret karşılığı bir elbise dikmesi için terziyle veya bir masa yapması için marangozla yapılan anlaşma (Şâkir el- Hanbelî,1970, s. 30), arsa sahibinin arsası üzerine bina yapmak üzere bir müteahhitte veya bir kişinin otomobili için yedek parça yaptırmak üzere atölye sahibi ile yaptığı anlaşmalar, teamül haline gelmiş sipariş akdi kapsamında değerlendirilir(Ergüney, 1973, s. 239).

İstisna akdinin uygulaması esnasında ihtilaf çıktığında da örfün belirleyici olmaktadır. Buna göre, bir kişinin elbise diktirmek üzere anlaştığı bir terzinin, elbise dikildikten sonra elbisenin ücretsiz dikilip dikilmediği hususunda bir anlaşmazlık çıkması hâlinde Ebû Hanife'ye göre terzilik bu elbiseyi diken kişinin mesleği olması hâlinde örf'e itibar edilerek terziye ecr-i misil esas alınarak ücret ödenmesi gerekir. Ancak bu sanatkâr, mesleği terzilik olmadığı halde bu elbiseyi dikmişse tabii ki ücreti hak etmez ve bu yaptığı işi de bağış için yapmış sayılır(Mevsîlî, 1991, 2/ 61). Ebû Yûsuf, bu durum karşısında daha önce taraflar arasında benzer bir muamele olmuşsa âdet gereği ücrete hak kazanır, aksi takdirde ücreti hak etmez görüşündedir. İmam Muhammed ise bu kişi, söz konusu mesleği ifa etmek için bir dükkân açtığında ücreti hak ederken, aksi durumda ücreti hak etmediğini söylemiştir. Çünkü bir kişinin terzilik faaliyetini icra etmek üzere bir dükkân açması, örf'e göre kazanç sağlamak amacına yönelik olduğu için ücret talebi yerine getirilir(Merğînânî, 1990, 3/ 273; Mevsîlî, 1991, 2/ 61). Çünkü "örfe uygun olan şey şart kılınmış gibidir"(Serahsî, 2000, 23/ 65; Mevsîlî, 1991, 2/ 61; Mecelle, md.45)şeklinde ifade edilen kaide bunu gerekli kılmaktadır. Bu hususta örf göz önünde bulundurarak taraflar arasındaki anlaşmazlığı daha makul çerçevede

³² Bkz. Mecelle, md. 389.

çözebilme mahiyeti arz eden ve sosyal hayattaki mesleği saygınlığa dikkat çeken görüşün İmam Muhammed'in görüşü olduğu ortaya çıkmaktadır.

Klasik fıkıh doktrinde istisnâ' akdi için belirlenen şartlar ve kurallar, bir meslek adamı veya bir sanatkâr tarafından imal edilen eşya boyutunda düşünülerek ve o dönemin üretim imkânları ve araçlarından örnekler verilerek tespit edilmiştir.³³ Dolayısıyla klasik dönem İslâm hukukçularının, istisnâ' akdi için öne sürdükleri şartları da bu bakış açısıyla belirlemiş olduklarını da göz önünde bulundurmak gerekir. Günümüzde istisnâ' akitlerinde ise ısmarlanan şeyin mahiyeti değişmiş, iş hacmi geçmiş dönemlerle kıyaslanamayacak boyutta oldukça gelişmiş ve âdeti her türlü taahhüt işleri istisnâ' kapsamına dâhil olmuştur (Aktan, 2001, 23/ 395). Bu nedenle eser sözleşmesi ile ilgili Türk Borçlar Kanunu 471. maddede “*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır*” hükmü getirilmiş ve “*...aksine âdet ve anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır*” denilerek sanatkârın sorumluluğuna yer verilerek taraflar arasında ihtilaf çıkmadan önce çözüm esas alınmış ve diğer akitlerde olduğu gibi istisna akdinde de hüküm verilirken örf ve âdetin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir.

Sözleşme esnasında mevcut olmayan bir şeyin satışı konusunda diğer bir mesele de henüz olgunlaşmayan meyve ve sebzenin satışidir. Akitler konusundaki genel kurala göre satılan şeyin sözleşme sırasında mevcut ve teslim edilebilir olması, satışın sahih olmasının şartlarından olduğu için kıyasa yani genel kurala aykırı olmakla birlikte böyle bir âdet, sahih kabul edilmiştir (Kâsânî, 1997, 4/ 326; Şâkir el- Hanbeli, 1948, s. 30). Bu konuda genel kural, Hz. Peygamber'in “*Meyveleri olgunlaşmadıkça satmayınız*”³⁴ veya “*Satıcıya ve alıcıya meyvelerin olgunlaşmadan satışının yasakladığı*”³⁵ hadisleridir. Bu hadisleri yorumlayan İslâm hukukçuları, meyvelerin olgunlaşmadan satışının yasaklanmasının gerekçesi olarak olgunlaşmıncaya kadar birçok tabii afete uğrama kaygısı olduğunu ileri sürmüşlerdir (İbn Rüşd, 2013, s. 600; İbn Kudâme, 1997, 8/ 136). Bu görüşlerini ise “*Eğer Allah meyveyi nasip etmezse, o zaman biriniz neye karşılık kardeşinin malını alır?*”³⁶ şeklindeki hadise dayandırmışlardır.

Bu hadislerin ibaresinden hareketle akdin konusu mevcut olmasına rağmen zamanla gelişen ve olgunlaşmasını tamamlayan meyve sebzelerin istifade edilebilecek hale gelmeden önce satılması caiz görülmemiştir. Ancak meyve veya sebze, normal büyüklüğüne ulaşmasına rağmen olgunlaşmasını tamamlamamış ise müşterinin bunu hemen dalından koparmak üzere veya şartsız bir şekilde satın almasına cevaz verilmiştir (Serahsî, 2000, 12/348-349; Kâsânî, 1997, 4/ 326; İbn Rüşd, 2013, s. 600; İbn Kudâme, 1997, 8/136-137). Eğer müşteri bu meyve veya sebzeyi koparmayıp olgunlaşmasını beklemek için dalında kalması şartıyla satın alırsa Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf tarafından genel kural esas alınarak satış akdinin gereklerinden olmaması hasebiyle böyle bir akdin fasit olduğu kabul edilmiştir. Çünkü böyle bir şart, satış akdini ariyet veya icâre akdine dönüştürmüş olur. Bununla birlikte İmam Muhammed, halkın bu yöndeki âdeti karşısında kıyası, yani genel kuralı terk ederek örf sebebiyle istihsân yapmış ve bu akde cevaz vermiştir (Serahsî, 2000, 12/348-349; Merğînânî, 1990, 3/ 29; Mevslî, 1991, 2/ 7).

Belirli aralıklarla olgunlaşan ziraî mahsullerin satım akdine konu olmasının cevazı noktasında İslâm hukukçuları ihtilaf etmişlerdir. Böyle bir durumda akdin yapıldığı sırada satış konusu mevcut olduğu için aldanma ve zarar ihtimali azalmakla birlikte, mahsulün bir kısmı henüz

³³ Klasik dönem kaynaklarında istisnâ' akdi için verilen örnekler için bkz. (Kâsânî, 1997, 4/ 94; Mevslî, 1991, 2/ 39).

³⁴ “لَا يَبِيعُوا الثَّمَرَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا” bkz. (Buhârî, 1422, *Zekât*, 58).

³⁵ “أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا نَهَى الْبَايَعِ وَالْمُبْتَاعِ” bkz. (Müslim, 1956, *Buyu*, 13. Bu hadisin aynı anlamda ve farklı lafızlarla rivayeti için bkz. Ebû Davud, 1997, *Buyu*, 23, no:3367-3368; Tirmizî, tsz. *Buyu*, 15).

³⁶ “أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا تُزْهِي قَالَ حَتَّى تَحْمَرَ وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَ فِيمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ” bkz. Nesâî, 1991, *Buyu*, 28, 29).

çiçek hâlinde veya henüz olgunlaşmamış halde bulunduğu için Hanefî, Şafî ve Hanbelîler'e göre akdin, sadece olgunlaşmış bulunan mahsuller için geçerli olduğu hükmünü benimsemiş ve görüşlerini de bu konuda bir zaruret bulunmaması gerekçesine dayandırmışlardır (Serahsî, 2000, 12/350-351; Kâsânî, 1997, 4/327; İbn Rüşd, 2013, s. 602; İbn Kudâme, 1997, 8/136-137; Şirbînî, 1997, 2/116). Ancak Hanefîlerden Ebû Muhammed Şemsü'l eimme el-Halvânî (v. 452/1060) ve Ebû Bekr Muhammed b. Fazl el-Bûhârî (v. 381/991), halkın teamül ve ihtiyaçlarını göz önüne alarak olgunlaşan meyve ve sebzeler tabi olarak henüz olgunlaşmayan meyve veya sebzenin satışının caiz olduğunu söylemiş ve halkın üzüm meyvesinin satışını âdet haline getirdiğini de buna örnek olarak vermişlerdir. Ayrıca Hanefî hukukçulardan İmam Muhammed, art arda yetişen güllerin bir akitle satışına cevaz verdiği bilgisi de nakledilmiştir (Serahsî, 2000, 12/350-351; Mevsilî, 1991, 2/7).

Malikî hukukçulardan İbn Rüşd'ün (v. 595/1198) açıklamalarından anlaşıldığına göre meyvenin bir çeşidinde şart olan olgunlaşmanın, o çeşidin tümünde olmasa da -geri kalan kısmın hemen art arda olgunlaşması şartıyla- bir kısmında gerçekleşmiş olması cevaz hükmü için yeterli görülmüştür. Bunun gerekçesi ise söz konusu mevzuda aldanmanın az olması ve bu kadarının ihtiyaç ve zaruret karşısında cevaza mani olmayacağı şeklinde ifade edilmiştir. Hatta İmam Mâlik'e göre bir bahçenin hurmaları olgunlaşmaya başladığında, hem o bahçenin hem de hurmaları aynı cinsten olması şartıyla o çevrede bulunan diğer bahçelerin hurmalarının satışı caiz görülmüştür (İbn Rüşd, 2013, s. 602.) Ayrıca alım satım sonrasında meyve ve sebzelerin mülkiyeti satın alan kişiye geçtiği için (Kâsânî, 1997, 4/327) buğdayın başağıyla, bakla, susam, pirinç, badem ve ceviz gibi meyvelerin ise kabukları ile birlikte satılması durumunda bunların toplanılması, kabuklarından çıkarılması (Merğînânî, 1990, 3/30) ve soğanın yerden sökülmesi gibi işlemlerin satın alan kişinin görevi olduğu örf tarafından belirlenmiştir (Mevsilî, 1991, 2/7). Burada halkın ihtiyaç ve zaruret sebebiyle teamül haline getirdikleri uygulamanın esas alındığı görülmektedir. Aksi halde bu muameleye cevaz verilmemesi halkı, âdetlerine aykırı bir uygulamayla karşı karşıya bırakmak, yani onları zorluk ve sıkıntıya sokmak anlamına gelmektedir (Serahsî, 2000, 12/350-351; Mevsilî, 1991, 2/7) ki bu durum, kolaylaştırma ilkesini esas alan nasslara³⁷ aykırılık taşır.

Bu konuda bir diğer mesele ise Hanefî kaynaklarda irtifak hakları bağlamında ele alınan su hissesinin araziden bağımsız olarak satılmasının örfе dayandırılmış olmasıdır. Bu çerçevede genel kural mahiyetinde bazı örnekler verilmiştir. Bir kişi, bir ev sattığında belirtme bile ev kelimesi, örfе göre hem arsayı hem de binayı kapsadığı için evin binası da satılmış olmaktadır. Ayrıca bir kişinin içinde hurmalıklar ve ağaçlar bulunan bir tarlayı satması hâlinde bina satışında olduğu gibi burada da hurmalık ve ağaçların toprağa bağlı olması hasebiyle tarlanın satışına dâhil olduğu hükmü benimsenmiştir (Merğînânî, 1990, 3/28). Buna göre Hanefî hukukçulara göre bir tarlanın satışında su hissesi de bu satışa tabidir. Ancak su hissesinin tarla satışına dâhil edilmek istenmiyorsa bunun açıkça belirtilmesi gerekir (Kâsânî, 1997, 5/276). Dolayısıyla su hissesinin, mülkiyet hakkından ayrı olarak satışına cevaz verilmemiştir. Çünkü bey' akdinin konusunda belirsizlik bulunması yanı sıra suyun mülkiyetinin onu ele geçirmekle kazanıldığı için satıcının, mecrasında akıp giden suya o esnada malik olduğu söylenemez (Şa'ban, 2013, s. 190). Bu belirsizlikler dolayısıyla su hissesinin satışı fasit akit olarak görülmüştür. Bununla birlikte nassın olmadığı yerde örfе itibar edileceği noktasından hareketle bazı Hanefî hukukçular, kendi yörelerinde su hissesinin araziden bağımsız olarak satışının örf haline geldiğini söyleyerek böyle bir satış işlemine cevaz hükmünü vermişlerdir (Serahsî, 2000, 14/246).

³⁷ Bakara, 2/185; Nisâ, 4/28; Hacc, 22/78; Buhârî, 1422, *Meğazî*, 60; Müslim, *Cihâd*, 6,7.

D. Şartlı alışveriş ve bitmiş pazarlıkta araya girme

İslam'da hukukî alanda problemler çıkmadan önce karşı tarafın zarar görme ihtimalini minimize etmeye ve henüz ortaya çıkmasını engellemeye yönelik önleyici mahiyette tedbirler alınmıştır. Konumuzla ilgili olmak üzere bu tedbirlerden biri, Hz. Peygamber'in şartlı alışverişi ve bitmiş pazarlığa dâhil olmayı yasaklamış olmasıdır. Çünkü bunlarda hem taraflardan birinin zarara uğramasına engel olmaya hem de insanlar arası ilişkilerde kin, nefret ve düşmanlığa dönüşebilecek nitelikte olan davranışlardan taraflar uzak tutulmaya çalışılmıştır. Bunun için Hz. Peygamber tarafından “*şartlı alışverişi yasaklanmış*” (Tirmizî, tsz., *Buyû*, 19; Nesâî, 1991, *Buyû*, 72; Zeyla'î, 1997, 4/17) ve “*Yüz defa şart koşulsa bile, Allah'ın kitabına uymayan her şart batıldır*”³⁸ sözüyle aynı konuya dikkat çekilmiştir. Bu hadislerin genel ifadelerine dayanarak İslam hukukçuları bu şekilde yapılan alışverişin fasit olduğunu söylemişlerdir (Serahsî, 2000, 13/24- 25; 23/ 65; Kâsânî, 1997, 4/387-388; İbn Rüşd, 2013, s. 609-611). Bununla birlikte söz konusu genel kural mahiyetindeki hadise rağmen Hanefî hukukçular, sözleşmenin gereğine uygun düşmese bile insanların hukukî muamelelerinde şart koşulmasını âdet haline getirdiği şartlar hakkında cevaza hükmetmiştir (Serahsî, 2000, 23/65). Günümüzde bu çeşit şartlara örnek olarak radyo, saat vb. şeylerin satımı sırasında satıcının belirli bir süre tamir ve bakımını taahhüt etmesi gösterilebilir. Bu durum, nass karşısında örf-i hâssın dikkate alınmasından başka bir şey değildir (Şa'ban, 2013, s. 197).

Ayrıca şartlar, alışveriş akdini fasit kıldığı gibi kiralama akdini de bozar. Çünkü kira akdi de iptal ve feshedilebilen bir akit olması itibarıyla satış akdi gibidir (Merğînânî, 1990, 3/ 268; Mevslî, 1991, 2/51). Örneğin Ebû Hanife'ye göre müzâraa ortaklığında ekinin biçilmesi, toplanarak harmana taşınması ve savrulması işlerinin ifası sadece çalışan ortak tarafından yürütülmesi caiz görülmemiştir. Bununla birlikte Ebû Yûsuf, ziraî faaliyet kapsamında olmayan bu tarz işlerin çalışan ortağa şart koşulması yönünde teamül bulunması itibarıyla buna cevazına hükmetmiş ve fetva da bu doğrultuda verilmiştir. Ayrıca söz konusu ortaklıkta biçilme işinin tarla sahibine yüklenmesi şart koşulması durumunda ise insanlar arasında böyle bir örf bulunmadığı için burada ileri sürülen şarta cevaz verilmemiştir (Merğînânî, 1990, 4/388). Başka bir örneği de kefalet akdinden³⁹ verebiliriz. Kefalet akdinde insanlar arasında sıkıntı doğurduğundan kefil getirilmemesinin şarta bağlanması, teamül haline geldiği için fikhî yönden mahzurlu görülmemiştir (Merğînânî, 1990, 3/98).

Bu konuda diğer bir husus ise çarşıda veya pazarda pazarlık yoluyla satışı yapılan bir mala yüksek fiyat teklif edilerek ilk anlaşmayı bozma işlemidir (Kelebek, 2014, s. 244). Akitlerin tarafların irade beyanlarıyla oluşması sebebiyle tarafların bu yöndeki iradelerini dikkate almaksızın alışverişe yeni bir teklifle katılmak, insanlar arası ilişkileri olumsuz yönde etkileyebileceği ve toplumda kin ve nefret tohumlarının serpilmesine sebebiyet verebileceği için mekruh görülmüştür (Kâsânî, 1997, 4/ 461). Nitekim Hz. Peygamber, “*Bir kişinin, Müslüman kardeşinin pazarlığı üzerine pazarlık yapmasını yasaklamıştır.*”⁴⁰ Buna göre pazarlık yapan taraflar, belirli bir fiyat üzerinde anlaşmaları hâlinde üçüncü bir kişinin pazarlığa farklı bir teklifle katılması, bu hadis kapsamına değerlendirilerek buna cevaz verilmemiştir (Serahsî, 2000, 15/138; Merğînânî, 1990, 3/ 59; Mevslî, 1991, 2/26).⁴¹ İmam

³⁸ Buhârî, 1422, *Şurût*, 17; Müslim, 1956, *İtk*, 6, 8; Nesâî, 1991, *Büyû*, 86; *Talak*, 32; Ayrıca bkz. Ahmed. b. Hanbel, 1995, 42/321, no:25504).

³⁹ Kefalet akdi, Kuran³⁹ ve Sünnet³⁹ ile meşruiyeti sabit olan bir akitir. Bir kişinin kendisine veya boynuna veya canına ya da bedenine veya başına kefil oldum demesiyle kurulur. Çünkü bu sözler, ya hakikî ya da örfî bakımdan beden anlamına gelmektedir. Detaylı bkz. (Merğînânî, 1990, 3/96-98).

⁴⁰ “فَهِيَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ... أَنْ يَسْتَأْمِرَ الرَّجُلُ عَلَى شَيْءٍ أَحَبِّهِ” bkz. (Buhârî, 1422, *Şurût*, 11); aynı anlamda, ancak farklı lafızlarla ilgili hadisler için bkz. (Müslim, 1956, *Buyû*, 4, no:1515; Ahmed b. Hanbel, 1995, 15/61, no:9120; 15/ 193, no:9334; 16/40, no: 9959; 16/ 213, no:10316)

⁴¹ Hadislerde geçen bu kavramların anlamları üzerinde İslam hukukçularının birbirine yakın yorumları için bkz. (İbn Rüşd, 2013, s. 613-614).

Şafîî ve İmam Malik, söz konusu yasaklamanın ancak satışın kesinleşmek üzere bulunduğu zamana özgü bir durum olduğunu söylemiştir (İbn Rüşd, 2013, s. 614). Tarafların rızaları temelinde anlaşma sağlandığı ve ardından bedelin ödendiği aşamadan sonra üçüncü bir kişinin bu anlaşmaya yeni tekliflerle dâhil olarak tarafların alışverişlerini bozması, haram bir fiil olarak değerlendirmiştir (Şirbînî, 1997, 2/50). Hatta Hanefî hukukçulardan Haskefî (v.1088/1677), böyle bir davranışın Müslümanlara olduğu gibi gayrimüslimlere bile yapılamayacağını belirtmektedir (Haskefî, 1386, 5/101). Bu girişim, alışverişte satıcı veya alıcının yapmak üzere oldukları işlemi bozmaya yönelik bir hareket olarak algılandığı için mezhep görüşlerinin aynı noktada toplandığını söylemek mümkündür. Ancak henüz anlaşma sağlanmasından önce üçüncü bir kişinin fazla bir fiyat vererek farklı bir teklifle pazarlığa katılması, açık artırma satışı olacağı için buna cevaz verilmiştir. (Serahsî, 2000, 15/138; Kâsânî, 1997, 4/ 461; Merğînânî, 1990, 3/59). Çünkü bu uygulama, tüm zamanlarda ve bütün beldelerde alışveriş esnasında insanlar tarafından âdet haline getirilmiştir (Mevsîlî, 1991, 2/26).

E. Ribevî mallar ve a'raya satışı

Kur'an'da faiz yasağı açık bir şekilde belirtilmesine rağmen, faizin ne olduğuyla ilgili bir açıklama yer almamıştır. Bu bakımdan ayetlerle yasak olduğu bildirilen faizin açıklaması Hz. Peygamber tarafından yapılmıştır. Buna göre İslam hukukçuları, faize dair hadislerde ribanın illetini farklı şekilde yorumlamışlardır (Kahveci, 2015, s.181). Bu konunun dayandırıldığı nass ise ribânın cari olduğu malların belirtildiği Hz. Peygamber'in, *"Altını altınla, gümüşü gümüşle, buğdayı buğdayla, hurmayı hurmayla, arpayı arpayla ve tuzu tuzla aynı miktarlarda ve peşin olarak (değişin). Fazlalık ribâdır. Bunlardan farklı sınıflar arasında olursa, peşin olmak kaydıyla istediğiniz miktarlarda satabilirsiniz"*⁴² hadisidir. İslam hukukunda ölçülen veya tartılan cinsten olan herhangi bir şeyin kendi cinsi ile satıldığında bunlardan biri diğerinden fazla ise satış işlemi ribâ olarak kabul edilmiştir (Merğînânî, 1990, 3/68). Buna göre buradaki yasağın gerekçesi, Hanefilere göre iki şeyin de hem ölçülen veya tartılan hem de aynı cinsten oldukları halde mübadele edilmeleri ((Merğînânî, 1990, 3/67-68; İbnü'l Hümâm, tsz., 5/ 5-6); Malikîlere göre yenen maddelerde gıda maddesi, diğerlerinde de saklanabilir olma (İbn Rüşd, 2013, s. 585-586); Şafîîlerde ise altın ve gümüşte para olma niteliği, diğerlerinde yiyecek olma özelliğidir (Şirbînî, 1997, 2/31-34).

Bununla birlikte Hanefî hukukçular, hakkında nass bulunun konularda örf ve âdetin işlevi hususunda ihtilaf etmişlerdir. Ebû Hanife ve İmam Muhammed, nass ile örf teâruz ettiğinde delil olma gücü bakımından nass, örften daha kuvvetli olduğu için böyle bir durumda nassın tercih edilmesi gerektiğini söylemiştir. Söz konusu bu hukukçuların görüşlerine göre insanlar tarafından âdet haline getirilse bile bir kişinin buğdayı buğdayla eşit bir şekilde tartarak satması veya ölçü ile altını altınla eşit olarak satması caiz görülmemiştir. Çünkü bu miktarların, asıl miktarlardan fazla olma ihtimali bulunmaktadır. Bu durum, adeta ölçüp tartmadan yapılan satışlara benzemektedir. Bununla birlikte selem, bilinen bir malda meydana geldiği için bu akdinde buğdayı ve benzerlerini tartarak satmak caizdir. Hanefî hukukçulardan Merğînânî'nin (v.593/1197) de bu görüşü benimsediği görülmektedir (Merğînânî, 1990, 3/ 69).

Hanefîlerde altın ve gümüş için tartı ile; buğday, arpa, hurma ve tuz için ise ölçü ile mübadele edilme özelliği kabul edilmiş olmasına rağmen Ebû Yûsuf'a göre, tartı ve ölçü şeklindeki bir tasnifin, nassta belirtilen lafızlar o dönemdeki mevcut örfe dayandığı için âdetin değişmesiyle hüküm de değişmiştir. Dolayısıyla bu hususta hadiste belirtilen hüküm, Hz. Peygamber'in asıl sevk etmek istediği bir hüküm olmadığı için söz konusu mallar, cari örfe geçerli olan uygulamalar çerçevesinde

⁴² الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالزُّبُرُ بِالزُّبُرِ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالنَّمْرُ بِالنَّمْرِ وَالْمَلْحُ بِالْمَلْحِ مَثَلًا بِمَثَلٍ يَدًا بِيَدٍ فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَيُعْبَوُا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا... Bkz. Müslim, 1956, *Müsâkât*, 81; Hadisin farklı lafızlarla rivayeti için bkz. (Buhârî, 1422, *Buyû'*, 74-78; Müslim, 1956, *Müsâkât*, 82-84; Nesâî, 1991, *Buyû'*, 50-51).

mübadele edilebilir(Merğînânî,1990, 3/69;İbnü'l Hümâm, tsz., 5/5-6; Mevsilî, 1991,2/31; İbn Âbidîn,1325, 2/118).⁴³ Hanefî hukukçularından İbn Âbidîn, Ebû Yûsuf'un bu görüşü kabul etmekle nassa aykırı davranmış olmadığını, bilakis nassın gereğine uyarak onu tevil ettiğini ve faizin cevazına sebebiyet verebilecek nitelikteki bir duruma engel olduğunu belirtmiştir(İbn Âbidîn,1325, 2/118). Buna göre nass, bir örf üzerine bina edildiğinde o örfün değişmesiyle ona bağlı olarak nass'ın hükmü de değişebilir. Örneğin, faiz cereyan eden altın, gümüş, arpa, buğday, hurma ve tuz maddelerinde altın ile gümüşün alışverişleri tartı ile diğerlerinin ise ölçü ile olduğu esastan hareket edildiğinde hurma ile tuzun tartı ile satılması nass'a aykırı olur. Oysaki Ebû Yusuf, bu nass, İslam'ın ilk döneminde insanların örf ve âdetine dayandığı ve bu tür maddelerin satılmasında örf ve âdetler değişmiş olması hasebiyle hurma ile tuzun ölçek yerine tartı ile satılması nass'a aykırı olmadığı görüşündedir(Atar,1992,s. 90). Söz konusu bu yorumun, modern hukuk incelemelerindeki gâî yorum çeşitlerinden "genişletici yorum" çeşidine tekâbül ettiği söylenebilir(Dönmez, 2007, 34/90).

Bu bağlamda a'raya satışı, ribevî mallar kapsamına dâhil olmasına rağmen halkın ihtiyaçları ve bu yönde oluşan örf-âdet esas alınarak cevaz verilen akitler arasındadır. Alışveriş yapıldığında üzerinde akit yapılan şeylerin ölçülen ve tartılan cinsten olan herhangi bir şeyin kendi cinsi ile satıldığında, bunlardan biri diğerinden fazla olması durumunda ribâ satışı söz konusu olur. Bu hükmün dayanağı ise ribânın cari olduğu mallarda aynı cinsten iki şeyin eşit olmayan miktarlarda değiştirilemeyeceğini gösteren ve genel kural niteliğindeki yukarıda zikredilen ribevî malların belirtildiği hadistir. Ayrıca Bir gün birisi Hz. Peygamber'e gelerek kuru hurmanın taze hurma karşılığında satışını sorduğunda da yanında bulunanlara "taze hurma kuruyunca azalır mı? diye sorduğunda 'evet' cevabı alınca bu satışı yasaklamıştır.⁴⁴ Dolayısıyla hurmanın hurmaya karşılık satılması anlamına gelen müzâbene⁴⁵ yasaklanmıştır.⁴⁶

Bu hadise istinaden İslam hukukçularının çoğunluğu, kuru hurmayı yaş hurma ile değiştirmenin caiz olmadığını söylemiştir(İbn Rüşd,2013,s. 590.). Çünkü İslâm hukukunda genel kural, ribânın cari olduğu mallarda aynı cinsten iki şeyin eşit olmayan miktarlarda değiştirilemeyeceği şeklindedir. Hurma ise hadiste zikredilen ribânın cari olduğu altı maddeden biri olması münasebetiyle bu yasak kapsamına dâhildir. Ancak müzâbene İslâm'da yasaklandığı halde bunun bir türü olan ar'âyâ⁴⁷, yani taze hurmanın henüz ağacın dalında iken ölçü-tartı kullanılmaksızın tahminî olarak kuru hurma karşılığında alınıp satılmasına-genel kurala aykırı olmasına rağmen-istisnâ olarak izin verilmiştir(Buhârî, 1422, *Buyû'*, 82; Ebû Dâvûd,1997, *Buyû'*, 20). Çünkü arâyâ satışında toplumdaki insanların taze hurmanın kuru hurma karşılığında yapılan satışına ihtiyaç duymaları sebebiyle(Zeydan, 2013, s. 203; Atar, 1992, s. 89; Kelebek, 2014, s. 112) öteden beri bu satış, örf ve âdet halini almıştır.

Günümüzde de bu uygulamaya devam edilmektedir. Çünkü öyle zaman olur ki bazı insanların kuru hurmaları bulunduğu halde taze hurmaya ihtiyaç duyar, fakat onu satın alacak para bulamayabilir. Bununla birlikte bazı insanların da ağacın dalında taze hurması mevcut olmasına rağmen kuru hurmaya ihtiyaç duyabilir(Şa'ban, 2013, s.141; Erdoğan, 20015, 29). Bu açıdan Hz. Peygamber tarafından insanların henüz ağacın dalında iken taze hurmayı, yaklaşık olarak aynı

⁴³ Hanefî hukukçulardan Serahsî ise söz konusu hadiste amacın, "miktar bakımından eşitliğin sağlanması olduğundan hareketle Hz. Peygamber'in malları tartı veya ölçü ile değişimi ile ilgili ifadesi, aslından mevcut durumu teyit etmek amacına yönelik zikredilmiş ve dolayısıyla bu durumun örf ile değiştirilemeyeceğini belirtmiştir(Serahsî, 2000, 12/ 5).

⁴⁴ Bu hadis metni için bkz. (Ebû Dâvûd, 1997, *Buyû'*,18; Tirmizî, tsz., *Buyû'*, 14; *Buyû'*, 63; Nesâî, 1991, *Buyû'*, 36).

⁴⁵ Müzâbene: "ağacın dalında iken taze hurmanın aynı ölçüde kuru hurma karşılığında satılmasıdır ki bu tür satışı, Hz. Peygamber yasaklamıştır(Erdoğan, 2005, s. 441).

⁴⁶ (Buhârî, 1422, *Buyû'*, 82; Müslim, 1956, *Buyû'*, 14; Tirmizî, tsz., *Buyû'*, 64; Ebû Dâvûd, 1997, *Buyû'*, 19; Nesâî, 1991, *Müzâra'a*, 35).

⁴⁷ 'A'râyâ satışı, dalları üzerinde yaş hurmalar kurduğunda ne kadar edeceği tahmin edilerek o kadar kuru hurma karşılığında dalları üzerindeki yaş hurmaların değişimi anlamına gelir(Zeydan, 2013, s. 203; Atar, 1992, s. 89).

miktarda kuru hurma karşılığında değiştirmelerine ruhsat verilmiştir. Bununla daha önce de belirtildiği gibi insanlar arasında eski dönemlerden itibaren yerleşik uygulamalardan uygun olanlarının İslâm'da tanındığı görülmektedir(Zeydan,2013, s. 203).

F. Kira konusu olan şeyin 'mevcut olmaması' ve 'belirsizliği'

Ücret karşılığında menfaatler üzerinde yapılan akit anlamına gelen kira akdi⁴⁸, bir akit çeşidi olması hasebiyle hem akdin genel hükümlerine ve kurallarına hem de kendine özgü hükümlere tabidir(Merğînânî,1990, 3/260; Karaman, 2013a, 3/43). Bir malın kiralınmasında akdin mahallî, menfaat iken kişinin kiralınmasında ise emektir(Kahveci, 2015, s. 195). Bu nedenle genel kural olarak akdin yapıldığı sırada bedelin ve menfaatin o anda gerçekleşmesi gerekir(Kâsânî,1997, 4/ 14; Merğînânî,1990, 3/260). Bu çerçevede Hz. Peygamber'in "*Bir işçi tuttuğunuzda ona ücretini bildirin*"⁴⁹ hadisi gereğince menfaatler ve ücret belli olmadıkça kira akdi sahih değildir. Çünkü üzerinde akit yapılan menfaat ile bedelindeki belirsizliğin anlaşmazlığa yol açması kuvvetle muhtemel olduğu için satılan şeyde bedel ile satılan malın belirsizliği durumunda olduğu gibi kira akdinde de akde konu olan menfaatin o esnada mevcut olmaması hâlinde taraflar arasında anlaşmazlığa yol açma ihtimali bulunmaktadır(Merğînânî,1990,3/ 260; Karaman, 2014, 2/ 160).

Menfaatin akit esnasında mevcut olmaması genel kurala aykırı bir durum olmasına rağmen bu akdin yapılmasına olan ihtiyaçları sebebiyle insanların bu şekilde muamele ettiklerini Hz. Peygamber gördüğünde onu tasvip etmiş (Merğînânî,1990, 3/ 260; Mevsîlî,1991, 2/ 51) ve böylece bu akitte henüz faydalanma gerçekleşmeden ücretin peşin alınması teamülüne devam edilmiştir(Kâsânî,1997, 4/ 14-16). Hz. Peygamber'in bu uygulaması kapsamında İslâm hukukçuları da insanların ihtiyaçları dolayısıyla bu akdi genel kuraldan istisna ederek caiz görmüşlerdir(Kâsânî, 1997,4/ 16; Merğînânî,1990, 3/ 260; Mevsîlî, 1991, 2/ 50; İbn Kayyim,1991, 1/ 301). Türk Borçlar Kanunu'nda ise kiranın ifa zamanı ile ilgili olarak "*Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür*"(md. 314)denilerek bu konuda yerel âdet bulunduğunda onun dikkate alınacağı hükmü benimsenmiştir ki İslâm hukukunda örf ve âdet ile ilgili husus da bu şekildedir.

Kira akdinde bir kişi, ne için kiraladığını açıklamasa bile ev ve dükkânları oturmak amacıyla kiralaması caizdir. Çünkü amel-i örf'e göre bunlarda yapılacak işler arasında hem oturmak hem de oturma şekilleri arasında herhangi bir fark bulunmaması münasebetiyle yapılan akit, sahih kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra kira akdinin mutlak olması nedeniyle kiracı kiraladığı yerde her iş yapabilir(Merğînânî,1990, 3/ 264). Hatta kiracı, kiraladığı ev veya dükkânda oturma hakkına sahip olduğu gibi başkasını da orada oturtabilir. Örf'e göre evlerde ve dükkânda normal olarak yapılan tüm işler burada icra edilebilir(Mevsîlî,1991, 2/51). Ancak kiracı, kiraladığı bu evde demircilik, çamaşır temizleyiciliği ve değirmencilik gibi binaya zarar veren ve dolayısıyla binayı zayıflatan işler yapılamamakla birlikte(Merğînânî,1990, 3/264; Mevsîlî,1991, 3/52) akit yapıldığı sırada söz konusu işlerin yapılacağı belirtilirse akitte tarafların irade beyanları esas alınacağı için bu hususta örf dikkate alınmaz(Mevsîlî,1991, 3/52).

Ayrıca bir kişi, kiraladığı hayvanı durdurması için ona vurarak telef olmasına sebep olması hâlinde Ebû Hanîfe'ye göre bunu tazmin etmesi gerekirken, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed ise örf ile bilinen bir harekette bulunduğu halde hayvanın ölmesi durumunda tazminin gerekli olmadığını

⁴⁸ Mecellede "*icâre akdi, belli bir menfaati, belli bir bedel karşılığında temlik etmek*" şeklinde tanımlanır(md. 405).Türk Borçlar Kanunu'nda ise "*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*" şeklinde tarif edilir(md. 299).

⁴⁹ "*إِذَا اسْتَأْجَرْتُ أَجِيرًا فَأَعْلِمُهُ أَجْرَهُ*" bkz. (Nesâî, 1991, *Müzara 'a*, 3. Bu hadisin farklı rivayetleri için bkz. (Nesâî,1991, *Müzara 'a*, 4,5; Abdurrezzâk, 8/ 235, no: 15023-15024; Zeyla'î,1997, 4/131).

söylemişler(Merğînânî,1990, 3/ 266), Türk Borçlar Kanunu'nda ise hayvan kirası ile ilgili sorumluluk bölümünde “*Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa kiracı, kiralanan hayvanların uğradığı bir zarardan, bu zararın, korumada dikkat ve özen gösterildiği halde meydana gelmiş olduğunu ispat etmedikçe sorumludur*” (md. 377) şeklinde hükmüne yer vermiştir ki bu durum İslâm hukukunda istishâb⁵⁰ kaidesini anımsatmaktadır. Zira bu kaideye göre bu konuda asıl olan, hayvanın kiralandığında zarar verilmiş durumu mevcut değilken kiralama süresinde böyle bir zarar söz konusu olmuştur. Buna göre kiracının, kiraladığı hayvana zarar vermediğini ispat etmesi gerekir. Aksi takdirde sorumlu tutulur.

Bir kişi, kendi evinde belirli bir ücret karşılığında undan ekmek yapması için birini çalıştırdığında ekmek fırından çıkınca ücreti hak eder. Çünkü iş, ancak ekmeği fırından çıkarmakla bitmiş olur. Aynı şekilde düğün yemeği için yemek yapmak amacıyla ücretli çalıştırılan bir kişinin ücreti hak edebilmesi için yapılan yemeğin servise hazır hale getirilmesi gerekir. Ayrıca bir kişi, kerpiç yapmak üzere bir işçi tuttuğunda Ebû Hanife'ye göre yapım işi bitince işçi ücreti hak ederken, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed ise konuya taraflar arasında niza çıkmaması bakımından yaklaşarak yapılan kerpiçleri duvara yerleştirerek diğerleriyle birleştirmekle ancak ücreti hak eder. Çünkü kerpiçleri duvarda birleştirilmeden önce onların bozulma ihtimali bulunmaktadır ki örfteki uygulamada bu yöndedir(Merğînânî,1990, 3/ 262; Mevsilî,1991, 2/ 56).

Fasit kiralama akitlerinde belirtilen miktarı aşmamak kaydıyla benzer kiranın ödenip ödenmeyeceği konusunda Hanefîlere göre menfaatler, bizzat kendileriyle değil, insanların ihtiyacına binaen kıymetlendikleri için sahih akitte kabul edilen miktar, âdet gereği fasitte de geçerli kabul edilmiştir(Merğînânî,1990, 3/ 268). Bunun yanı sıra alışveriş akdinde olduğu gibi kira akdinde de üzerinde akit yapılan şeyin veya kira ücretinin ya da kira süresinin belirsizliği, gelecekte taraflar arasında anlaşmazlığa neden olabileceği gerekçesiyle kira akdini fasit kılan durum olarak değerlendirilmiştir.⁵¹ Kira akdi konusunda genel kural bu olmakla beraber bunun bazı istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin, bir kişinin başka biriyle sıra ile binmek üzere deve kiraladığında her birinin ne kadar binecekleri, yani süre ile ilgili bir belirsizlik bulunduğu halde insanlar arasındaki teamüle uygun bulunduğu için bu durum, kira akdine aykırı olarak görülmemiştir⁵²

Kira sözleşmesi konusunda Türk Borçlar Kanunu'nda da aksine bir anlaşma bulunmaması hâlinde örf ve âdetin hüküm vermede belirleyici olduğu ibaresi mevcuttur. Buna göre Borçlar Kanunun madde 317'de “*Kiracı, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödemekle yükümlüdür. Bu konuda yerel âdet de bakılır*” şeklindeki ibaresi ve Kanun'un 376. maddesinde ise hayvan kirası ve bununla ilgili sorumluluk konusunda “*Tarımsal bir taşınmazın kirasıyla bağlantılı olmayan geviş getirici hayvanların kirasında, aksine anlaşma ve yerel âdet yoksa, kiralanan hayvanların kira süresi içindeki bütün ürünleri kiracının olur*” denilerek aksine bir sözleşme bulunmadıkça yerel âdetin dikkate alınacağı hükmü yer almaktadır.

Kiralama konusuyla ilgili başka bir mesele de insanların öteden beri uygulamayı bir teamül haline getirdikleri kira sözleşmesi kapsamında işleyişi olan hamamlarda yıkanmak üzere yapılan kira akdidir. Bu akdin genel anlamda kira akdi hükümlerine tabi olması hasebiyle sahih bir sözleşme niteliği kazanabilmesi için kira akdi yapılan şeyde belirsizliğin bulunmaması gerekir. Aksi durumda kira sözleşmesinin konusundaki belirsizlik, bu sözleşmeyi fasit kılan unsurlardandır(Serahsî,2000, 12/242;15/ 293; Âmidî,1404, 4/ 162, 165; Şaban, 2013, s. 185). Buna göre hamamlarda yıkanma ile ilgili sözleşmede ücret, kullanılacak su ve kalınacak süre ile ilgili hususlar başlangıçta

⁵⁰ Fıkıh Usulü terminolojisinde istishâb: Geçmişte sabit olan bir durumun-değiştigiğine dair delil bulunmadıkça-hâlihazırda varlığını koruduğuna hükmetmek anlamında kullanılır. Bkz. (Zeydan, 2013, s. 213; Şa'ban, 2013, s. 217).

⁵¹ “فَسَدَ الْإِجَارَةُ مِنْ جِهَالَةِ الْمَقْضُودِ عَلَيْهِ أَوْ الْأَجْرَةِ أَوْ الْمُدَّةِ لِمَا عُرِفَ أَنَّ الْجِهَالَ مَقْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ” Bkz. (Mevsilî,1991, 2/ 57).

⁵² (لَجْرِيَانِ التَّعَارُفِ بِذَلِكَ) bkz. (Mevsilî,1991, 2/59).

belirlenmemektedir. Dolayısıyla su ve kalınacak süre, kişiden kişiye değişiklik arz etmesi (Serahsî,2000, 12/ 242; 15/293; Merğînânî,1990, 3/269; Merdâvî, 2000, 8/3827),⁵³ kira akdini fasit kılan unsurlardandır. Bununla birlikte insanlar, bu uygulamayı eski zamanlardan beri teamül haline getirdikleri halde bu uygulamayı gören içtihad ehlinde hiç kimse bu uygulama ile ilgili aykırı bir görüş beyan etmedikleri için onların bu konuda icmâ' ettikleri anlaşılmaktadır (Serahsî,2000, 12/242; Mevsilî,1991, 2/60).⁵⁴ Dolayısıyla İslâm hukukçuları, halkın örf ve âdetini göz önünde bulundurarak Müslümanların bu yöndeki teamüllerini ön planda tutarak kira akdinin konusuyla ilgili belirsizliğe itibar etmemişlerdir (Merğînânî,1990, 3/269; Mevsilî,1991, 2/60; Neşemi,1984). Çünkü örf ve âdetin meşruiyetinin tanınması insanlara kolaylık sağlanması ve onlardan sıkıntının giderilmesi kabilindendir (Zeydan, 2013, s. 203). Nitekim külli kaide olarak bu durum, şu şekilde ifade edilmiştir: “*Meşakkat teysîri celbeder*” (md.17) ve “*Bir iş zîk oldukça müttes’i olur.*” (md. 18). Dolayısıyla bir işte yapıldığında meşakkat ve darlık hâsıl olduğunda genişlik aranarak ruhsatlar kullanılır.⁵⁵ Aynı şekilde yerel âdetin kira akdine etkisi bağlamında Türk Borçlar Kanunu’nda “*Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, belirsiz bir süre için yapılan sözleşmeyi, taraflardan her biri, dilediği zaman feshedebilir. Ancak fesih, dürüstlük kurallarına aykırı ve uygun olmayan bir zamanda yapılamaz*” (md. 378) şeklinde yer alan ibareden yerel âdetin olması hâlinde kira süresi konusundaki belirsizliğin tarafların akdi feshetmesine engel teşkil edeceği anlaşılmakta birlikte bunun ahlâkî çerçevede olmasının da önemine dikkat çekilmiştir.

G. Emek-sermaye ve ziraî ortaklık

İslâm öncesi dönem Arapların ticaret ve şirket şekillerinden emek-sermaye ortaklığı olarak ifade edilen mudarebe akdi⁵⁶, toplumda insanların bu muameleye ihtiyaç duyması münasebetiyle meşru görülmüştür (Serahsî, 2000, 22/32; Zeydan,2013, s. 203). Çünkü bazı insanlar vardır ki sermayesi bulunmakla birlikte ticaret yapma hususunda yeteneği ve yeterliliği olmayabilir. Bazı insanlar da vardır ki parası bulunmadığı halde ticaret konusunda yeteneği vardır. İşte sosyal hayatta ortaya çıkan böyle bir ihtiyaç dolayısıyla bu uygulama, öteden beri insanlar tarafından teamül haline getirilmiştir (Kâsânî,1997, 5/107; Merğînânî,1990,3/ 225). Hz. Peygamber, insanların kendi aralarında yaptıkları bu muameleyi âdet haline getirdiğini gördüğünde bunu İslam’ın genel prensiplerine uygun bularak tasvip etmiş ve o dönemden itibaren günümüze kadar insanlar arası ilişkilerde teamül oluşmuştur (Serahsî,2000, 12/32; Kâsânî,1997, 5/107; Merğînânî,1990, 3/225; Mevsilî,1991, 3/19). Bu akit, sermaye sahibinin emek sahibine malı verirken elde edilebilecek olan kârın paylaşımı noktasında belli oranlar zikredilmesiyle kurulur. Hatta sermaye sahibi, “şu malı yarı ile al” demesi hâlinde bile örf yoluyla istihsân ile akit kurulur.⁵⁷

Sermaye alan işletici, ticaret hayatında tüccarlar arasında cari olan genel teamüle göre bunu kullanır. O bu sermaye ile ticari mallar alıp satarken sermaye sahibinin vekili durumunda olduğu için bu amaç doğrultusunda çalışır ve sermayeyi yönetir (Kâsânî,1997, 5/120; İbn Kudâme, 1997, 7/147; Şekerci, 1981, s. 274). Ticari hayatta oluşan âdete göre emek sahibi, sermayedarın bir vekili sıfatıyla alışveriş yapabilir, hatta ticari zorunluluk gereği sermayedara ait olan malı vedia olarak bir başkasına verebilir. Ayrıca elindeki sermaye ile bir arazi kiralayarak ziraat yapabilir veya buraya ağaç dikebilir. Çünkü bu kiralama işlemi, hem kazanç sağlama yollarından hem de ticari âdetlerden biridir (Kâsânî,1997, 5/122-123). Bu çerçevede mudarebe ortaklığında emek sahibi, ticari âdetten

⁵³ Ayrıca bkz. (Ebû Sünne, 1947, s. 33; Neşemi, 1984, s. 194; Şaban, 2013, s. 185-186).

⁵⁴ Nassın bulunmadığı durumlarda sahih örf, icmâ' olarak kabul edilir (İbnü'l Hümmâm, tsz., 5/15); İslam hukukçularının örf ile amel etmeleri, onun muteberliğini gösterir ve örf, sükûfî icma derecesinde kabul edilir (Zeydan,2013, s. 203).

⁵⁵ Bu maddelerle ilgili daha detaylı bkz. (Ali Haydar Efendi, 1330, s. 70-72).

⁵⁶ Mudarebe: Taraflardan birinden sermaye, diğerinden de emek olmak üzere kurulan ortaklık akdidir. Bkz. (Merğînânî,1990, 3/ 225).

⁵⁷ (اِسْتِخْسَانًا عَمَلًا بِالْعَرَفِ). Bkz. (Mevsilî,1991,3/ 19).

olması münasebetiyle peşin veya vade ile satış yapabilmesine rağmen ticari teamüle aykırı davranarak tüccarların satmadıkları uzun bir vadeyle bu satışı yapamaz. Buna göre ticaret yapmak amacıyla binek olarak kullanması için bir hayvan alması âdetten olmasına rağmen bunun yerine bir gemi satın alamaz. Ancak ticaret yapmak amacına yönelik geminin kiralanması ticarî âdetten olduğu için burada akde aykırılık söz konusu değildir. Ayrıca ticaret hayatında havale⁵⁸, tüccarın âdetlerinden olması münasebetiyle emek sahibi, zengin veya fakire havale edilmeyi kabul ettiği takdirde bu tasarrufu, ortaklık anlaşmasına aykırı bir işlem olarak görülmez(Kâsânî,1997, 5/122; Merğînânî, 1990, 3/334).

Mudarebe ortaklığında emek sahibi, sermayeden harcamalar yapmakla birlikte kâr etmesi hâlinde sermayedar, söz konusu sermayeden harcanan miktarı kârdan alır. Çünkü örfе göre bu harcama mudarebe ortaklığı kapsamında değildir. Emek sahibi, kârla bir eşya satması hâlinde taşıma ve yükleme giderleri örfе göre mudarebeye dâhil olduğu için bunları sermayeden düşer(Merğînânî,1990, 3/ 67-68). Diğer taraftan sermayedar, belirli bir şehirden bahsederek mal satın alması için emek sahibine belirli miktarda para vermesi hâlinde bu kişi de o şehirde başkalarından mal satın aldığında bu yapılan işlem, akdın genel mahiyetine aykırı bir durum değildir. Çünkü örfе göre sermayedarın amacı, ticaretin belirli bir yer kaydıyla yapılmasıdır. Ayrıca sermayedar, sarraflardan alışveriş yapmak üzere emek sahibine belli miktarda para vermesi durumunda, emek sahibi de başkalarından alışveriş yaptığında bu durum yapılan akde aykırı görülemez. Zira örfе göre bu ticarî ortaklıkta asıl amaç, alışveriş olduğu için ister sarraflarla isterse başkalarıyla, belirtilen ticarî muameleyi yapabilir(Serahsî,2000, 22/32; Merğînânî,1990, 3/228; Mevsîlî,1991, 3/21).⁵⁹

Buna ilaveten, mudarebe ortaklığında emek sahibi, kendi şehrinde bulunduğu sırada nafakasını sermayeden karşılayamaz. Ancak ticaret yapmak maksadıyla şehir dışında olduğu esnada dönünceye kadar nafakasını mudarebe sermayesinden karşılar. Dolayısıyla bu kişiye, örfе göre emsallerine verilen miktarda nafaka verilir(Mevsîlî,1991, 3/23). Emek sahibinin seyahat sırasında sermayeden yapacağı harcamalar, mutad harcamalardır ve bunların niteliği ise yere ve zamana göre değişebilir. Bu hususta asıl mesele, israfa kaçmaksızın bir denge içerisinde ihtiyaçlarını karşılamasıdır. Şu halde emek sahibi yeme, içme, tedavi ve konaklama gibi mutad olan günlük harcamalarını elindeki sermayeden karşılayabilir. Giyim masrafları hususunda ise anlaşma esnasında iki taraf arasında bir anlaşma yapılmışsa, anlaşma şartlarına riayet edilmesi gerekir, aksi takdirde bu konuda ticari örf belirleyici olmaktadır(Şekerci, 1981, s. 310-311). Ancak belirtilen bu harcama miktarı konusunda emek sahibi, ticari teamülü aşarak harcama yapması hâlinde bundan sorumlu olur ve bu fazlalığı kendi bütçesinden karşılar(Merğînânî,1990, 3/236). Bu arada şunu belirtmeliyiz ki sosyal hayattaki gelişimin sonucu olarak önceki dönemlerde cari olan ticari örfün kapasitesi ile günümüzde hâkim olan teamüller arasında büyük ölçüde farklar bulunmaktadır. Bu bakımdan ticari mevzuatta tarafların haklarını ihlal etmeyecek şekilde hukukî düzenlemeler yapılması İslam hukuku tarafından muteber görülmektedir(Şekerci, 1981, s. 108).

İnsanların ihtiyaçları dolayısıyla ilk dönemlerden itibaren teamül haline gelen bir ortaklık çeşidi de ziraî ürünün belirli bir kısmı karşılığında yapılan ortaklık anlamına gelen müzâraa akdidir. Bu akdın meşruiyeti ile ilgili olarak Hz. Peygamber'in Hayber halkı ile meyve ve ziraat mahsulünün yarısı karşılığında böyle bir muameleyi yaptığı rivayet edilmiştir(Ebû Dâvûd, 1997, *Buyu'*, 37). Bu akit, mal ile işçilik arasında bir akit olması münasebetiyle mudarebe akdi gibi ihtiyaca binaen cevazına hükmedilmiştir. Çünkü malı olan kişi, malını işletebilecek gücü veya zamanı olmayabilir. Buna mukabil malı işleyebilecek kabiliyete sahip olan kişinin de işletebileceği malı

⁵⁸ Havele: Borcu bir zimmetten diğerine nakletmektir(mecelle: md. 673). Ayrıca havalenin, borcun bir kimseden diğer bir kimseye naklidir şeklinde de tanım yapılmıştır(Erdoğan, 2005, s. 186).

⁵⁹ Hanefî hukukçulardan Serahsî, aynı görüşleri paylaşmakla birlikte "Akitlerde lafızlara değil, maksada itibar edilir" diyerek bu durumun örfе değil maksada göre değerlendirileceğini öne sürmüştür(Serahsî, 2000, 22/42).

bulunmayabilir(Merğînânî,1990, 4/383). İslâm hukuku açısından bu akdin cevazı hususunda Ebû Hanife ile Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Ebû Hanife, sözleşme konusu olan şeyde ücret ve miktarın belirsizliği gerekçesiyle akdin fasit olduğunu ileri sürmüştür(Kâsânî, 1997, 5/ 255; Merğînânî,1990, 4/383). Bununla birlikte Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed ise insanlar arasında bu akde olan ihtiyaç ve bu akdin toplumdaki yaygınlığı dolayısıyla önceki dönemlerden beri oluşan teamül sebebiyle cevazına hükmetmiştir(Kâsânî, 1997, 5/254-255; Merğînânî,1990, 4/ 383; Mevsilî,1991, 3/ 41). Kıyasa uymayan halkın teamülü karşısında kıyas terkedildiği için fetvâ bu yönde verilmiş (Merğînânî,1990, 4/ 383) ve Hanefî hukukçulardan Serahsî de yaşadığı çevrenin örfünü dikkate alarak bu görüşün daha isabetli olduğunu belirtmiştir(Serahsî,2000, 23/34, 65).

Bu konuda akdin süresi dışında, şartları ve hükümlerindeki ihtilaf konusunda müzâraaya benzeyen müsâkat akdi(Mevsilî, 1991, III, 79)⁶⁰ ise insanların bu akde olan ihtiyaçları dolayısıyla oluşan örf sebebiyle Hz. Peygamber'in "*Hayber halkının hurma ve üzüm bağları konusunda müsâkat akdi yaptığı*"(Ebû Dâvûd, 1997, *Buyu'*, 35) rivayet edilmiştir. Çünkü mal sahibinin ağaçları olduğu halde bunların bakımını herhangi bir nedenle yapamayabilir. Başka birinin de ağaçların bakımından anlama mahareti vardır, ama ağaçları bulunmayabilir. Dolayısıyla toplumda oluşan böyle bir ihtiyaç nedeniyle bu uygulamaya cevaz verilmiştir. Şafîiler, müsâkat akdinin sadece söz konusu hadiste geçen "hurma ağaçları ve üzüm bağlarında" yapılabileceği yönünde hüküm vermelerine rağmen(Şîrbînî, 1997, 2/318) söz konusu hadisin genel lafzından yola çıkan Hanefîler,müsâkat akdinin sadece hurmalık ve üzüm bağlarında caiz olduğunun anlaşılamayacağını, Hayber halkının o dönemde ağaç ve yoncalarda da bu muameleyi yaptıklarını ileri sürmüşlerdir(Merğînânî, IV, 389-390; Mevsilî, 1991, III,80).

H. Güven esasına dayanan akitler

Satış konusu olan şeyin maliyeti bu tür akitlerde önemli bir faktördür. Bu akdi yapanlardan alıcı, maldan anlamadığı ve ticari tecrübesizliğinden dolayı aldanmama durumu, satıcının maliyet konusundaki bilgilendirmesine dayandığı için satış yapan kişinin malın maliyeti ile ilgili yalan beyanı veya maliyete etki eden unsurları gizlemesi hile olarak telakki edilmiştir(Karaman, 2013a, 3/79-80). İslam hukuku literatüründe maliyet beyanına dayanan ve güven kapsamında yürütülen akitler üç kısım hâlinde ele alınmaktadır. Buna göre bir malın alış fiyatına bir miktar kâr eklenerek yapılan satış akdine "murâbaha", maliyetine yapılan satış akdine satışa "tevliye", maliyetinden düşük fiyata satışına da "vadî'a" denilmektedir. Bu tür akitlerde ticarî mahareti olmayan kişilerin bu yönde başarılı ve yetenekli olan kişilere güvenerek alışveriş yaptıkları için bunlar, "güven esasına dayanan akitler" şeklinde nitelendirilmiştir(Kâsânî,1997, 4/ 465; Merğînânî,1990, 3/62; Mevsilî, II, 28; ayrıca bkz. Şîrbînî, 1997, 2/100-102).

Bu akitlerin meşruiyeti ile ilgili Kur'an'da "*Ey iman edenler! Allah'a ve Peygamber'e hainlik etmeyin;(sonra) bile bile kendi emanetlerinize hainlik etmiş olursunuz*"⁶¹ ayeti yanı sıra Hz. Peygamber'in genel manada bu konuya ile ilgili "*Bizi aldatan bizden değildir*"(Ahmed b. Hanbel,1995, 12/242, no:7292; 15/155, no:15833) hadisi bulunmaktadır. Ticari hayattaki ilişkilerde Müslüman bir tüccarın hem sözlerinde hem de davranışlarında bu prensipler çerçevesinde hareket ederek bunu ortaya koyması ondan beklenen bir vazifedir. Bu çerçevede murabaha akdinde bir malın alış fiyatına kâr ekleyerek satılması tüccarın âdetlerinden olduğuna göre(Serahsî,2000, 13/147) boyama, dikiş ve gıda maddelerinin bir yerden başka bir yere taşıma ücreti ve hayvan sevk edilmesi ile ilgili masraflar alış fiyatına eklenmesi, ticarî örfün gereğidir. Ancak satıcının kendi nafaka parası,

⁶⁰Müsâkat akdi: İslam hukuku literatüründe bir taraftan bahçe, diğer taraftan bu bahçenin bakımını yapmak ve meyveleri aralarında paylaşmak üzere yapılan akitle oluşturulan ortaklıktır(Kahveci, 2015, 288).

⁶¹(Enfâl, 8/27).

çoban, tabip, terbiyeci ve muallim ücretlerinin alış fiyatına eklenmediği konusunda da ticarî örf söz konusu değildir(Serahsî,2000, 13/148; Kâsânî, 1997, 4/464-465; Merğînânî, 1990, 3/ 62; Mevsilî,1991, 2/29). Burada Hanefî mezhebinde mala yapılan tüm masrafların maliyetten sayıldığı görülmektedir. Malikî mezhebinde ise teknik bir ayrıntıya girilerek boyama ve dikiş gibi malın şekil ve kalitesini değiştiren masraflar, ana sermayeye dâhil edilerek kârda payı olan durumlar olarak kabul edilmiştir. Ancak malın şekil ve kalitesinde bir değişiklik yapmadığı için nakil ve muhafaza için yapılan masrafların kârda payı olmasına rağmen ana sermayeye dâhil edilmemesi görüşü benimsenmiştir(İbn Rüşd, 2013, s. 659).

Emanete dayalı akitler özelinde tevliye akdinin uygulaması mahiyetinde ise erken dönem İslâmî uygulama olarak Hz. Peygamber'in hicrete karar verdiği sırada Hz. Ebû Bekir, iki tane deve almış ve Hz. Peygamber de bunlardan birini aynı bedeli ödeyerek ondan satın almıştır. Buna göre bu akitler, gerekli şartları taşıdıkları için meşru kabul edilmekte(Merğînânî,1990, 3/62) ve insanların bu akitlere olan ihtiyacından dolayı ilk dönemlerden itibaren günümüze kadar uygulanması yönünde bir teamül oluşmuştur(Mevsilî,1991, 3/28). Bu nedenle bir kişinin aldığı bir malı aynı bedelle satmak anlamına gelen tevliye akdinde de güven zedeleyici bir satış olması hâlinde hüküm aynen murabahadaki gibidir(Merğînânî,1990, 3/65). Ayrıca bir kişinin aldığı malı, maliyetinden düşük bir fiyata da satabilme hakkı olmasına rağmen(Mevsilî,1991, 2/28) bu nevi akitlerin satıcı aleyhine hukukî sonuçlar doğurmaması için satıcının hıyanete tenezzül etmemesi ve yalan söylememesi gerekir. Aksi takdirde müşteri isterse malı iade eder, isterse aldığı malı olduğu gibi kabul eder(Merğînânî, 1990, 3/63; Mevsilî, 1991, 2/28).⁶²

I. Emanet akitleri

İnsanların ellerindeki malı, emanet bırakmaya ihtiyacı dolayısıyla cevaz verilen akitlerden olan vedia akdinde(Kâsânî, 1997, 5/312), emanetçinin kastı olmaksızın emanet bırakılan şeyin zarar görmesi hâlinde Hz. Peygamber'in "*Kendisine emanet bırakılan kişinin yanında onun kastı olmaksızın emanetin zayi olması hâlinde sorumlu değildir*"⁶³ hadisi dolayısıyla tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca emanetçinin sorumlu tutulması hâlinde kimsenin böyle bir emaneti kabul etmeyeceği ve insanların menfaatleri ihmal edilmiş olacağı(Merğînânî,1990, 3/240) da meşruiyet gerekçesi arasındadır. Buna göre emanetçinin tasarruf ehliyetini haiz bir kişi olması gerekir. Aksi hâlde kendi malı konusunda tasarruf ehliyeti olmayan birinin, hem hukukî hem de âdet bakımından malı koruyamayacağı için ona malın emanet bırakılması doğru değildir(Kâsânî,1997, 5/307-308).

Bu akdin delâlet yoluyla yapılması durumunda bir kişinin sarîh olarak hiçbir şey söylemeksizin bir başka kişinin yanına bir malı emanet bırakarak 'bu sana emanet' dedikten sonra o kişi de hiçbir şey söylemese bırakılan mal emanet hükmünde kabul edilir. Bunun akabinde mal sahibi, kalkıp gittikten sonra emanetçi de kalkıp gittiğinde emanet bırakılan malın zayi olması hâlinde bunu tazmin etmesi gerekir. Zira yapılan bu muamele örfе göre emaneti teslim ve tesellüm kabilinden sayılır(Mevsilî,1991, 3/25). Bu arada emanetçi, kendisine bırakılan emaneti hem bizzat kendisi hem de aile fertleriyle korumak durumundadır. Çünkü her zaman emanet malın başında bekleyecek değil, örf ve âdete göre bunu aile efradıyla birlikte ancak yerine getirebilir. Dolayısıyla vedia işleminde emanetçi, bırakılan emanet malı kendi aile fertlerinden birine koruması için vermesi hâlinde kasıtsız olarak herhangi bir zarar söz konusu olursa tazmin gerekmez(Kâsânî,1997, 5/ 311; Merğînânî,1990,3/ 240, 243; Bilmen,1992, 4/160). Çünkü âdete göre emanetçinin bu malı, emanet bırakan kişinin eşi, çocukları ve hizmetlisi gibi teslim edeceği insanlara teslim etmeye izinli olması

⁶² Malikî mezhebine göre ise satıcının aldığı malı, gerçek fiyatı üzerinden satışı kabul etmesi için müşteriyi zorlamadığı takdirde alıcı isterse gerçek fiyatı üzerinden satışı kabul eder, isterse malı iade eder. Ancak satıcının böyle bir satışı kabul noktasında alıcıyı zorladığında bunun kabul edilmesi gerekir(İbn Rüşd, 2013, s. 660).

⁶³ "مَنْ أَوْدَعَ وَدِيعَةً فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ" bkz. (İbn Mâce, tsz, *Ahkâm*, 46).

örf ve âdet olarak yerleşmiştir(Zeydan, 2013, s. 203-204). Ancak emanetçinin kendisine emanet bırakılan elbiseyi giymesi veya hayvanı binmesi ya da emanet bırakılan malı aile fertlerinden olmayan kişilere korumak üzere bırakması âdeti olmadığı için bu ve benzeri durumlar tazmin gerektirir(Kâsânî,1997, 5/314).

Bir diğer emanet akdi çeşidi de bedelsiz olarak menfaat temlik işlemi olan ariyet akdidir(Kâsânî, 1997, 5/319-320; Merğînânî, 1990, 3/246). Bu kapsamda Hz. Peygamber'in, Huneyn günü Safvan b. Ümeyye'den zırhlar almış olduğu rivayet edilmiştir(Ebû Dâvûd, 1997, *Buyu'*, 90). Bu akdin emanet akdi olması münasebetiyle ariyet olarak alınan mal, ariyet alan kişinin elinde emanet hükmündedir. Dolayısıyla ariyet alan kişinin herhangi bir kusuru olmaksızın malın zayi olması hâlinde tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır.⁶⁴ Bu akdin emanet akdi olması nedeniyle ariyet alan kişi, onu kiraya veremez. Buna rağmen kiraya verdiğinde söz konusu malın telef olması hâlinde onu tazminle mükellef olur(Merğînânî, 1990, 3/ 247). Bir hayvanı belirli bir yerde binmek üzere ariyet alan kişi, insanlar arasında örf haline gelmiş olan güzergâh dışında bindiğinde hayvan telef olursa bunu tazmin etmesi gerekir. Eğer ariyet alan kişiye mutlak izin verilmişse bu durumda örf dikkate alınır(Serahsî, 2000, 11/264; Kâsânî,1997, 5/ 321). Aynı şekilde bir kişi ariyet aldığı hayvanı, sahibinin ahırına geri götürmesi akabinde hayvan telef olduğunda kıyasa göre bu hayvanı sahibine teslim etmeksizin telef olmasına sebebiyet verdiği için bunun tazmin edilmesi gerekmesine rağmen bu hususta örf sebebiyle istihsân yapılarak bu durumda tazmin gerekmeyeceği hükmü benimsenmiştir. Çünkü bu konuda âdet olan şey, ariyet alınan hayvanın sahibinin evine götürülmesidir(Merğînânî, 1990, 3/249; Mevsilî, 1991, 3/58; Bilmen, 1992, 4/205). Bu durum tıpkı ev aletlerinin ariyet olarak verilmesine benzemektedir ki bu aletler, sahibinin evine bırakmakla teslim edilmiş olur(Merğînânî, 1990, 3/249).

Bunun yanı sıra ariyet alınan malın ariyet verenin aile fertlerinden birine teslim edilmesi de ariyet alanı sorumluluktan kurtarır. Çünkü âdete göre aile fertlerinden birine malın teslim edilmesi, koruma konusunda malın sahibine teslim hükmündedir(Kâsânî, 1997, 5/313, 324; Mevsilî, 1991, 3/ 58; Bilmen, 1992, 4/206). Ancak ariyet konusu olan şey, mücevher vb. kıymetli bir mal ise ariyet alan kişi, onu ancak sahibine teslim etmekle sorumluluktan kurtulur. Çünkü örf bunu gerekli kılmaktadır(Kâsânî, 1997, 5/313)⁶⁵ Günümüz örfüne baktığımızda bu tarz ariyet olarak verilen şeyler, hangi tür mal olursa olsun, bizzat sahibine teslim edilmediğinde ariyet alan kişinin bundan sorumlu olacağı anlayışı söz konusudur ki bu da zamanın değişmesine bağlı olarak örfeye dayalı hükümlerdeki değişiklik anlamına gelmektedir. Ayrıca bu hususta diğer bir mesele de ariyet konusu olan şeyin, para veya ölçülen, tartılan ya da sayılan bir mal olduğu zaman ödünç hükmünde olmasıdır. Çünkü ariyet, menfaatleri başkasına temlik etme işlemi olduğu için belirtilen malların ariyet olarak verilmesinde ise ancak onlar tüketilerek faydalanılabilir. Dolayısıyla böyle bir işlemde malın ya hibe ya da ödünç olarak verilmesi söz konusu olur ki bu ikisi arasında en uygunu ödünç olarak verilmesidir(Kâsânî,1997, 5/320; Merğînânî,1990, 3/248). Örneğin bazı yörelerde komşular arasında somun ekmek borçlanması, her somun ekmeğinin diğerinden farklı olması sebebiyle kıyasa aykırı olmakla birlikte bu yönde oluşan örf nedeniyle mübah görülmüştür(Şâkir el- Hanbeli, 1948, s. 30). Hatta bu hususta halkın, özellikle komşuluk ilişkileri çerçevesinde birçok şeyi ödünç olarak alması ve ihtiyacını karşıladıktan sonra da borcunu ödemesi yönünde bir örf bulunmaktadır.

Emanet akitlerine benzeyen akit çeşidi olarak rehin bırakma işlemi de bu kapsamda zikredebiliriz. Bu işlemde tamamen veya kısmen alınması mümkün olan malî bir hak karşılığında hak sahibinin veya başkasının elinde bir malı rıza ile mahpus ve mevkuf kılmaktır. Bu şekilde verilen mala “merhûn” ya da “rehin” de denilmektedir(Mecelle, md.701; Erdoğan, 2005, s. 477). Teslim şartlı rehin, hem vadiya hem de borç ödemeye benzemektedir. Bunun açılımı şu şekildedir: Başkası

⁶⁴ “هو أمينك لا ضمان عليه”bkz. (Ebû Dâvûd, 1997, *Buyu'*, 90). Ayrıca bkz. (Serahsî, 2000, 11/197).

⁶⁵ Ayrıca bkz. لَأَنَّهُ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْغَرَفِ فِيهِ (Merğînânî, 1990, 3/249; Mevsilî,1991, 3/58).

nezdinde mal bırakma açısından rehin de vedia gibidir. Borçlunun borcunu ödeyemediği durumda ise rehin bırakılan mal satılarak alacaklı kişinin bu maldan borcunu alabilmesi açısından rehin, borç ödemeye benzetilmektedir(Şa’ban, 2013, s. 188). Hanefilere göre rehin bırakma işlemi, bir alacağı teminat altına almak amacıyla yapılan sözleşme olması münasebetiyle borç ödenmediğinde rehin alan, alacağını rehin bırakılan maldan tahsil etme yetkisine sahiptir(Serahsî,2000, 21/113). Rehlin bırakma işlemi bir borç karşılığında olduğu için borç ödendikten sonra bu akitte emanet hükümleri cari olmaktadır.

Rehin, uzun veya kısa vadeli alacakların teminatı bakımından önem arz eden bir akit çeşidi olarak eski dönemlerden itibaren örf ve âdete dayalı olarak gelişen ve İslâm öncesi Arap toplumunda yaygın biçimde uygulanan bir akit çeşididir(Ateş,1996, s. 496-497; Çalış ve Hacak, 2007, 34/ 538). İslâm öncesi Arap toplumunda bir kişinin aldığı borç veya başka bir şey karşılığında bir malını veya eşyasını teminat olarak rehin bıraktığında, borcun zamanında ödenmediği durumda alacaklının rehin bırakılan şeyi doğrudan mülkiyetine geçirmesine imkân tanıyan bir uygulama olmuştur(Ateş, 1996, s. 496-497). Hz. Peygamber, insanların bu şekilde muamele ettikleri gördüğünde onu tashih ederek kabul etmiştir(Mevsilî,1991, 2/ 63). Bu uygulamanın meşruiyeti hususunda Kur’an’da yer alan ayet şöyledir: “Yolculukta olur da yazacak kimse bulamazsanız(borca karşılık)alınmış bir rehin de yeterlidir.”⁶⁶ Bunun yanı sıra Hz. Peygamberin “bir Yahudi’ den veresiye bir yiyecek satın alması ve bunun karşılığında zırhını ona rehin olarak bırakmış olması”⁶⁷ şeklindeki rivayete Buhârî ve Nesâî, “yolculuk dışındaki durumlarda rehin verilmesi” ile ilgili başlıkta yer vermiş olması, mezkûr ayetteki rehin akdinin, yolculuk haline özgü bir durum olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte Zâhirîler söz konusu ayetin lafzını dikkate alarak rehlin meşruiyetinin yolculuk hâlinde olabileceği görüşünü ileri sürmüşlerdir(İbn Hazm, 2002, 7/362). Başlangıçtan itibaren hiçbir İslâm âlimi, bu hususta farklı kanaat ileri sürmediği için rehlin meşruiyeti konusunda icmâ’ vaki olmuştur(Kâsânî,1997, 5/195; Merğînânî, 1990, 4/466; Mevsilî, 1991, 2/ 62).

Bu uygulamalarla Hz. Peygamber, İslâm öncesi dönemde örf ve âdete dayalı olarak gelişen rehin bırakma işlemini, “Borca karşılık rehine zorla sahip çıkılamaz”⁶⁸ “Rehin bırakılan şeyin kârı da zararı da sahibine aittir”⁶⁹ anlayışı kapsamında İslâm öncesi dönemdeki bir uygulama olan rehin bırakma işlemini yeni bir formata sokarak insanların alışageldikleri rehin uygulamasının devam etmesine imkân sağlamıştır. Bu anlayış doğrultusunda rehin bırakılan şey, adeta vedia gibi emanet hükmünde kabul edildiği için rehin alanın onu korumak yükümlüğü bulunmaktadır (Kâsânî,1997, 5/197). Bunun sonucu olarak ise belirtilen malı, ancak sahibinin izni ve bilgisi dâhilinde kullanabilir, aksi takdirde sorumlu tutulur. Bununla rehin işleminin hem oluşum hem de gelişim safhasında örf ve âdetin dikkate alındığı görülmektedir(Merğînânî,1990, 4/470; Mevsilî,1991, 2/ 65)⁷⁰

Emanet akitlerine benzeyen bir diğer akit ise vekâlet akdidir. Bir malı teslim alması için vekâlet verildiğinde vekilin vekâlet konusu olan malı teslim aldıktan sonra onun elinde emanet hükmündedir. Bu akdın meşruiyeti ile ilgili Kur’an⁷¹ ve Sünnet⁷² delillerine ilave olarak insanların ihtiyaçlarından kaynaklanması sebebiyle(Serahsî,2000,19/2;Merğînânî,1990,3/152)ilk zamanlardan

⁶⁶ Bakara, 2/283.

⁶⁷ “اَشْتَرَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَى أَجَلٍ وَرَهْنَهُ دِرْعَةً” Buhârî, 1422, *Rehn*, 2; Nesâî, 1991, *Buyu*’, 59; İbn Mâce, tsz., *Rühûn*, 1; Ayrıca bkz. “اَشْتَرَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا بِسَبِيئَةٍ وَرَهْنَهُ دِرْعَةً” Buhârî, 1422, *Buyu*’, 33. Bu hadisin farklı şekilde rivayetleri için bkz. “وَلَقَدْ رَهْنَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِرْعَةً بِشَعِيرٍ” Buhârî,1422, *Rehn*, 2; Nesâî, 1991, *Buyu*’, 60; İbn Mâce, tsz., *Rühûn*, 2.

⁶⁸ “لَا يَغْلِقُ الرَّهْنُ” Bkz. (İbn Mâce, tsz., *Rühûn*, 3).

⁶⁹ “لِصَاحِبِهِ غَنَمُهُ وَ عَلَيْهِ غَرْمُهُ” Bkz. (Hâkîm en-Nisaburî, 1990, 2/60, no: 2320).

⁷⁰ Ayrıca bkz. (Mecelle, md. 750).

⁷¹ “...şimdi birinizi şu gümüş akçenizle şehre gönderiniz...”(Kehf, 18/19).

⁷² Hz. Peygamber kurbanlık satın almak üzere Hâkîm b. Hızâm’ı kendisine vekil kılmıştır(Ebû Dâvûd, 1997, *Buyû*’,28; Tirmizî,tsz., *Buyû*’, 34).

günümüze kadar bir işi yapamayacak durumda olan bir kişinin başka birine vekâlet vermesi ile ilgili teamül oluşmuş ve bu uygulama insanların gözü önünde cereyan etmesine rağmen hiç kimse tarafından buna itirazda bulunulmamıştır(Mevsîlî,1991, 2/156).

Bu bağlamda bir kişi, vekiline kendisi için herhangi bir köyden bir ölçek buğday alması yönünde vekâlet verirse örf ve âdete göre vekilin almış olduğu buğdayın taşıma işi ona aittir(Mevsîlî,1991, 2/160). Ayrıca bir kişinin başka birine para vererek kendisine et alması için vekil tayin ettiğinde bu ifadelerden âdete göre kızarmış ve pişirilmiş et değil, insanların çarşıdan aldığı büyük ve küçükbaş hayvan etleri kastedilir. Yine hayvan kellesi alması için birine vekâlet verildiğinde âdete göre burada büyükbaş hayvan ve deve dışında koyun kellesi anlaşılır(Kâsânî,1997, 5/34). Yine birine yiyecek alması için para verildiğinde, eğer o yerdeki örf buğday unu alma şeklinde ise o zaman vekâletin bu yönde anlaşılması gerekir. Aksi takdirde bir yerde yiyecek maddesinden buğday veya buğday unu dışındaki bir şeyin anlaşılması âdeti söz konusu ise o zaman âdetin gösterdiği yönde vekâlet verilmiş sayılır(Merğînânî,1990, 3/156; Mevsîlî,1991, 2/160).

Yine bir malın satışı konusunda kendisine mutlak manada vekâlet verildiğinde “mutlak akit mutad olan satış manasına hasredildiği”⁷³ için Ebû Hanîfe’ye göre herhangi bir töhmet konusu olan durumlar dışında söz konusu malı, piyasa değerinden düşük fiyatla veya vade ile ya da bir mal karşılığında satabilir(Merğînânî, 1990, 3/162; Mevsîlî,1991, 2/161). Çünkü paraya şiddetli ihtiyaç duyulması hâlinde veya malın elde kalma korkusuna binaen rayiç bedelinden düşük bir fiyatla satışı veya bir mal karşılığında satışı konusunda halk arasında teamül oluşmuştur(Merğînânî,1990, 3/162). Bununla birlikte Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed ise mutlak vekâlet kapsamında bir kişiye vekâlet verilmesi hâlinde vekilin, belirtilen malı insanların yanılmayı teamül haline getirmede düşük fiyata satmadığı gibi para dışındaki mal karşılığında da satışına cevaz vermemişlerdir. Dolayısıyla vekil, belirtilen malı ancak benzerinin değeriyle ve dirhem veya dinar ile satışını yapabilir. Çünkü müvekkilin vekile verdiği izin, halkın teamülüyle kayıtlıdır ki bu da bir malın değerindeki para karşılığında satışının yapılması şeklindedir(Merğînânî,1990, 3/ 162; Mevsîlî,1991, 2/161). Ayrıca mutlak vekâlet kapsamında bir kişi, on yıl ve daha fazla kendisine ait evini kiralaması için bir kişiye yetki vermesi hâlinde Ebû Hanîfe’ye göre mutlak bir iznin örf ile tahsis edilemeyeceği için böyle bir vekâlet caizdir. Ancak örf ile sabit olan esasların, mutlak izni tahsisini kabul eden Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed, böyle bir vekâleti caiz görmemiştir(Debûsî,1990, s. 34-38).

Diğer taraftan kendisine dava açma vekâleti verilmiş olan vekilin davalıdan malı teslim alma konusunda yetkili olup olmadığı konusunda da İslam hukukçuları arasında ihtilaf vardır. Bu hususta genel yaklaşım, dava açmaya yetkili olan kişinin onu tamamlamaya da yetkili olduğudur. Dolayısıyla davanın sonuçlanması da ancak kazanılan malın teslim alınmasıyla gerçekleşir(Serahsî, 2000, 19/19; Kâsânî,1997, 5/ 23). Bununla birlikte İmam Züfer, dava açma hususunda yetkili olan vekilin, mahkeme sonucunda kazanılan malı tahsil etmeye yetkili olmadığını söylemiştir(Serahsî,2000, 19/ 19; Merğînânî,1990, 3/166; Mevsîlî,1991, 2/ 164). Çünkü teslim alma konusunda zamanın değişmesine bağlı olarak insanların mallarına hıyanet şüphesi bulunması itibarıyla dava konusunda vekâlet veren kişi, dava neticesinde malın davalıdan alınmasına razı olmayacağı şeklinde örf oluşmuştur(Serahsî,2000, 19/19; Kâsânî,1997, 5/23. Buna göre dönemsel örfün/âdetin İmam Züfer’in görüşü yönünde olması hasebiyle fetva da bu doğrultuda verilmiştir(Serahsî,2000, 19/19; Merğînânî,1990, 3/166).

⁷³ Bkz. لَأَنَّ الْأَمْرَ عِنْدَ أَنْ الْمَطْلُوقَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُتَعَارَفِ (Serahsî,2000, 15/306); لَأَنَّ مَطْلُوقَ الشَّيْءِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُعْتَادِ (Serahsî,2000, 15/306); لَأَنَّ الْمَطْلُوقَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمُعْتَادِ (Mevsîlî, 1991, 2/161).

İ. Menkul malların vakfedilmesi

Hukuk literatüründe malların taşınıp taşınmama özellikleri itibarıyla yapılan tasnife göre malın özüne zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilenlere menkul, taşınamayanlar ise gayrimenkul/akar olarak isimlendirilir(Kahveci, 2015, s. 20). Vakıf ise bir şeyin intifa hakkının veya mülkiyetinin kamu yararına tahsis edilerek sürekli bir şekilde başkalarının temellükünü engelleme anlamına gelmektedir(Akgündüz, 2013,s. 80). Vakıf işleminin kuruluş aşamasında kullanılan siygaların, insanlar arasında kullanımı örf halini almış lafızlardan oluşması gerekir(İbn Kudâme,1997, 8/189). Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre vakıf muamelesinin kurulması için irade beyanında ebedilik lafzının veya onun yerine geçebilecek bir ifadenin zikredilmesi gerekir. Ancak Hanefî hukukçulardan Ebû Yûsuf'a göre vakfın kuruluş amacı ve Hz. Peygamber'in uygulamaları dikkate alındığında örfte kullanılan kelimelerle vakıf inşa edildiğinde vakıf gelirlerinin sürekli sarf edileceği bir yer olarak fakirlerin mevcudiyeti muhakkaktır. Bu nedenle vakfın ebedi oluşu veya onun yerine geçecek bir şeyin irade beyanında zikredilmesine gerek yoktur. Çünkü bu şart, zaten delalet yoluyla sabit olmaktadır. Burada önemli olan husus, siyganın vakfın ebedî oluşuna aykırılık taşınamamasıdır(Kâsânî,1997, 5/328-329; Bilmen,1992, 4/313; Akgündüz, 2013, s. 147).

İslam hukukçularına göre vakıf işleminde vakfedilen şeyin ebedî olması(Şirâzî, tsz., 2/323; Merğînânî,1990, 3/15; İbn Kudâme,1997, 8/189) ve dolayısıyla gayr-i menkul olması temel prensip olarak kabul edilmiştir(Merğînânî, 1990, 3/15). Daha sonra insanların ihtiyaçları temelinde örfün oluşması ve yaygınlaşması neticesinde bu prensibe bazı istisnalar getirilmiştir. Bu kapsamda Ebû Yûsuf, Hz. Peygamber'in bu yöndeki uygulamasını esas alarak silah ve savaş atlarının da vakfedileceğini ileri sürmekle birlikte İmam Muhammed, konuyu daha kapsamlı hale getirerek halk arasında örf ve teamül bulunması hâlinde gayr-i menkullerin tamamlayıcı unsuru mahiyetinde olan mushaf, kitap, balta, keser, testere, cenaze aletleri, tencereler, kazanlar gibi menkul malların da vakfedilebileceğine cevaz vermiştir.⁷⁴ Oysaki vakıf konusunda genel kural, vakfın ebedi olması dolayısıyla menkul malın vakfedilememesidir. Sonraki dönemlerde İslam hukukçuları, hem Kur'an'ın hem de diğer kitapların, dinin öğrenilmesi ve öğretilmesi için korunması gerektiğinden hareketle böyle bir vakıf işlemini isabetli bir yaklaşım olarak buldukları İmam Muhammed'in görüşünü benimsemiştir. İslam toplumunda kitapların vakfedilmesi yönünde oluşan örfün saikiyle Belh meşayihinden Nusayr b. Yahyâ'nın(v. 268/881-882) da kitaplarını vakfettiği bilgisi Hanefî hukukçulardan Merğînânî tarafından aktarılmıştır(Merğînânî,1990, 3/15).

Kitapların vakfedilmesi ile ilgili Osmanlı döneminden birkaç örnek vermek istiyorum. Osmanlı dönemi şeyhülislamlarından Minkârîzâde Yahya Efendi'nin(v. 1678) oğlu Müftüzâde Abdullah Efendi(v.1687), Üsküdar'da babasının yaptırdığı medresenin bir odasını kütüphane haline getirerek 425 adet kitabını burada muhafaza etmek üzere 1688 yılında bir vakfiye tanzim etmiştir(Erünsal,1991, 2/68, 164, 295).Yine Osmanlı dönemi şeyhülislamlarından Abdürrahim Efendi'nin (v.1716)⁷⁵ de şahsî kütüphanesini Fatih Camii'ne vakfettiği bilgisine kaynaklarda yer verilmiştir(Bursalı Mehmet Tahir, 1972, 1/ 398). İslâmî bir örf niteliği kazanan kitapların vakfedilmesi yönündeki bu uygulamaya günümüzde de devam edilmektedir.

Bunun yanı sıra menkul malların vakfedilmesi ile ilgili bu görüş istikametinde Osmanlı zamanında ziraî faaliyetlerle uğraşan kesim için tohumluk buğday vb. hububat, fakirlerin istifadesine sunulmak üzere süt hayvanları, yoksul insanların evlenecek kızları için gelinlik ve süs eşyaları gibi teamül haline gelen menkul malların vakfedilebileceği hükmü kabul edilmiştir(Haskefi,1386, 4/364; Günay, 2012, 42/477) Bunun dışında vakfedilen şeyin kiraya verilmesi konusunda ise Hanefî

⁷⁴ “مَا جَرَى الْغُرَبَاءُ بَيْنَ النَّاسِ بِالْوَقْفِ” (Serahsî,2000, 12/ 78; ayrıca bkz. Merğînânî,1990, 3/15; Mevsilî, 1991, 3/ 42-43; Haskefi, 1386, 4/363-366; Bilmen,1992, 4/ 313).

⁷⁵ Bkz. (Altunsu,1972, s. 115).

hukukçuların kendi yaşadıkları dönem örfünü dikkate alarak farklı süreler takdir ettikleri görülmektedir(Mevsîlî, 1991, 3/47). Bunun için dükkân ve evler için bir yıl, tarla ve bahçelerde ise üç yılı geçmemek üzere kiraya verme teamül haline gelmiştir(Ebû Zehra, 1994, s. 232).

SONUÇ

İslam, insanı tüm yaratılmışlar içerisinde en şerefli varlık olarak nitelendirmiş ve bunun yansıması olarak da İslam hukukunda insanların kullandıkları sözler ve yapageldikleri şeyler anlamına gelen örf ve âdet, İslam'ın temel prensiplerine aykırı olmadığı sürece hükümleri sonuçlandırmada dikkate alınmıştır. Bu durum, İslam hukukunun dinamizmini artırması yanında farklı zamanlarda onun uygulanabilirliğinin önünü açarak ona esneklik kazandıran bir nitelik olmuştur. Bu bağlamda ilk dönemlerden itibaren örf ve âdete dayalı uygulamalara bakıldığında insanların ihtiyaçları çerçevesinde sosyal alanda teamül halini almış olan bir uygulama için İslâm'ın temel prensiplerine uygun olup olmadığı kıstası uygulanarak aykırılık gözükmediğinde buna müdahale edilmeyerek aynen benimsenmiştir. Aksi bir durumda ise İslam'ın temel prensiplerine aykırı özellikleri bertaraf edilerek, yani devam edegelen uygulama ıslah edilerek devamına imkân sağlanmıştır. Dolayısıyla İslam'da insanların çoğunluğu tarafından yerleşik hal almış olan uygulamalar göz ardı edilmeyerek hüküm vermede kaynak olarak kabul edilmiştir ki modern hukukta da örf ve âdet, kanundan sonra hukukun ikinci kaynağıdır.

Toplumsal hayatta örf ve âdetin dikkate alınması, aynı zamanda İslâm dininin kolaylık ilkesinin uygulamaya yansıtıldığını ifade etmektedir. Ayrıca Hz. Peygamber'in uygulamalarında sosyal realiteyi ve insanların alışkanlık haline getirdikleri davranışları hüküm verirken dikkate aldığı ve bu uygulamalardan ilham alan sonraki dönem İslam hukukçularının da içtihatlarında örf ve âdeti göz önünde bulundurarak hüküm verdikleri bilinmektedir. Bu arada şunu belirtelim ki klasik dönem fıkıh kitaplarında örf ve âdet kavramlarının aynı anlamı ifade etmek üzere kullanıldığı gerçeği, İslâm hukukçularının bu iki terimi eşanlamlı iki kelime olduğunu kabul ettiklerinin bir göstergesidir. Kaldı ki sosyal hayatta örf ve âdetin birlikte birbirini tamamlayan iki eşanlamlı terim olarak kullanımı da oldukça yaygınlaşmış, bu itibarla hem İslam hukuku hem de modern hukuk metinlerinde bazen birbiri yerine bazen de birlikte kullanılmaktadır. Bununla birlikte klasik dönem İslam hukuk metodolojisinde örf ve âdet, hukukun kaynakları arasında sayılmamış, dolayısıyla hüküm çıkarmadaki rolünü istihsân ve ıstislâh gibi deliller aracılığıyla icra etmiştir. Bu hususta Hanefî hukukçuların örf ve âdete dayalı olarak verdikleri hükümlerin diğer mezheplerinkinden daha çok olduğu görülmektedir.

Sosyal bir norm olması münasebetiyle ma'şer-i vicdanın bir ifadesi olarak ortaya çıkan örf ve âdetin hüküm verilirken dikkate alınması, hukuk ile olan ilgisini ortaya koyduğu gibi bunlara dayalı uygulamaların gelecekte hukukî düzenlemelere konu teşkil etmesinin de önünü açan bir faktördür. Bu bağlamda borçlar hukuku ile ilgili bazı konulara baktığımızda bunun örneklerini görmemiz mümkündür. İslam öncesi dönem örf ve âdete dayalı gelişen ortaklık şekillerinden biri olan mudarebe akdi, varlığını İslâm'ın gelişinden sonra da devam ettirmiş, rehin uygulaması ve "para peşin mal veresiye" şeklinde ifade edilen ve halkın ihtiyaçlarından doğmuş olan selem akdi, tashîh edilerek kabul edilmiştir. Ayrıca hurmanın hurma karşılığında satışı yasaklandığı halde henüz ağacın dalında tahmini ölçülerle yaş hurmanın kuru hurma karşılığında satılması anlamına gelen a'raya satışını insanlar teamül haline getirdiği için cevaz verilmiş ve bu uygulamalar, hukukî bir form halini almıştır.

Öte yandan nassın örf üzerine bina edildiği durumda o örfün değişmesiyle ona bağlı olarak nassın hükmü de değişebilir şeklindeki örfün kaynak oluşuna delil teşkil eden ve o dönemin fevkinde düşünsel bir merhaleyi temsil eden değerlendirme ile örf, nassları tahsis edebilecek bir delil olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla sosyal hayattaki gelişim ve değişimin bir neticesi olarak önceki

dönemlerde cari olan ticari örfün mahiyeti ve kapsamı ile günümüzde hâkim olan teamüller arasında büyük ölçüde farklar bulunmaktadır. Bu bakımdan ticari mevzuatta örfün genel şartlarına uygun olacak, tarafların haklarını ihmal ve ihlal etmeyecek şekilde hukukî düzenlemeler yapılması İslam hukukuna aykırı görülmemiştir. Bu durum, İslâm hukukunu çağın şartlarına ve ihtiyaçlarına uygun hale getiren önemli bir etken olması yanında onun statik, dinamizmini yitirmiş ve hayatın gelişmelerine ayak uyduramayacak bir düzeyde olduğu yönündeki ithamları boşa çıkarabilecek mahiyetini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla borçlar hukuku ile ilgili birçok konuda bu şekilde örfün etkisini görmek mümkündür. Çünkü İslam'da hükümlerin konmasındaki asıl amaç, insanlar arası ilişkilerde adaleti temin etmek ve onları karşı karşıya bulundukları sıkıntılardan uzaklaştırmaktır. Buna göre insanların örf ve âdet haline getirdiği ve sağduyu sahiplerinin de tasvip ettiği söz ve davranışların hüküm vermede göz önünde bulundurulmaması, onları sıkıntıya sokmak anlamına gelir ki bu da İslam hukukunun temel prensiplerine aykırı bir durum olarak görülür.

KAYNAKÇA

- Abdurrezzâk, Ebû Bekr b. Hemmân es-San'anî.(1403),*el-Musannaf*, I-XI. Habîburrahman el-A'zam'î(THK.). Beyrut: Mektebetü'l İslâmî.
- Acar, Halil İbrahim.(1999). *Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler I-Hata*. Atatürk Üniversitesi İlahiyât Tetkikleri Dergisi. C. XIV.ss.79-120.
- Ahmed b. Hanbel(1995), *el-Müsned*, I-XXXXX. Şuayb Arnavud-'Adil Mürşid(thk.). Beyrut: Müessesetü'r Risâle.
- Akgündüz, Ahmed.(2013). *İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- Aktan, Hamza.(2001). "İstisnâ". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*(DİA). C. XXII. ss. 393-396. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı. XXIII.
- Ali Haydar Efendi.(1330). *Dürrü'l Hükkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkâm Şerhu el-Kavâidi'l Külliyye*. İstanbul: Matbaa-i Tevsi-i Tıbaat.
- Alsan, Zeki Mesud. (1950). *Yeni Devletler Hukuku*. I-II. Ankara: Güney Matbaacılık Yayınları.
- Altunsu, Andulkadir.(1972). *Osmanlı Şeyhülislâmlar*. Ankara: Ayyıldız Matbaası.
- Âmidî, Seyfüddin Ebu'l Hasen Ali.(1404). *el-İhkâm fî Usulî'l Ahkâm*, I- IV. Seyyid el-Cemîlî(thk.). Beyrut: Dâru'l Kütübî'l Arabî.
- Atar, Fahrettin. (1992). *Fıkıh Usûlü*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları.
- Ateş, Ali Osman.(1996). *İslâm'a Göre Cahiliye ve Ehl-i Kitab Örf ve Âdetleri*, İstanbul: Beyan Yayınları.
- Bilge, Necip.(2004). *Hukuk Başlangıcı* Ankara: Turhan Kitabevi.
- Bilmen, Ömer Nasuhi.(1992). *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilâhatı Fıkhiyye Kâmusu*, I-VIII. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi.

- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail.(1422). *el-Câmiu's-Sahîh*, I-IX, by.: Dâru Tûku'n Necât.
- Bursalı Mehmet Tahir.(1972). *Osmanlı Müellifleri*. I-III. Fikri Yavuz-İsmail Özen(haz). İstanbul: Meral Yayınları.
- Cessâs, Ahmed b. Ebû Bekr er-Râzî.(1994). *el-Füsûl fi'l Usûl*. I-IV. Uceyl Câsim en-Neşemî(thk.). Kuveyt: Vizâretü'l Evkâf fi Şuûni'l İslâmiyye.
- .(1996). *Ahkâmu'l-Kur'an*. I-V. Muhammed Sadık Kamhâvî(thk.).Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l Arabî.
- Cürcânî, es-Seyyid eş-Şerîf Ali b. Muhammed b. Ali es-Seyyid ez-Zeyn Ebi'l-Hasen el-Huseynî.(ts.). *Mu'cemu't Ta'rifât*. Muhammed Sıddık Minşâvî(thk.). Kahire: Dâru'l Fadile, Kahire.
- Çeker, Orhan.(2014). *Fıkıh Dersleri –I*. Konya: Ensar Yayıncılık.
- Dârekutnî, Ali b. Ömer Ebu'l Hasen.(1966). *Sünen-i Dârekutnî*. I-IV. Seyyid Abdullah Haşim el-Yemânî(thk.). Dâru'l Marife.
- Debûsî, Ebû Zeyd Abdullah b. Ömer b. Îsâ.(1990). *Te'sisü'n Nazar*. Mustafa Muhammed el-Kabbânî ed-Dimeşkî(thk.). İstanbul: Edâ Neşriyat.
- Dönmez, İbrahim Kâfî.(2007).“Örf”,*Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*(DİA). C. XXXIV. ss. 87-93. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'as b. İshâk el-Ezdî, es-Sicistânî.(1997). *es-Sünen*. I-V. İzzet Ubeyd-Âdil es-Seyyid(ta'lik). Beyrut: Dâru'l- Hazm.
- Ebû Sünne, Ahmed Fehmî.(1947). *el-Urf ve'l Âde fi Re'yi'l Fukkâha*, Kahire.
- Ebû Zehra Muhammd.(1994). *İslâm Hukuku Metodolojisi*(Abdülkadir Şener, çev.) Ankara: Fecr Yayınları.
- Erdoğan, Mehmet.(2005). *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat.
- .(2015). *Fıkıh İlmine Giriş*, İstanbul: Dem Yayınları.
- Ergüney, Hilmi.(1973). *Türk Hukukunda Lügat ve İstılahlar*. İstanbul: Yenilik Basımevi.
- Erünsal, İsmail. E.(1991). *Türk Kütüphaneleri Tarihi*(Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Osmanlı Vakıf Kütüphaneleri). I-II. Ankara: Atatürk Kültür Merkezi Yayınları.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed.(1994). *el-Mustasfâ fi İlmi'l Usûl* (H.Yunus Apaydın, çev.). I-II. Kayseri: Rey Yayıncılık.
- Günay, Hacı Mehmet.(2012). “Vakıf”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*(DİA). C.XXXXII. ss. 475-478. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı.
- Hâkîm en-Nisaburî, Muhammed b. Abdullah Ebû Abdullah.(1990). *el- el-Müstedrek 'âlâ's Sahihayn*. I-IV. Mustafa Abdülkâdir el-Ata'(thk.). Beyrut: Dâru'l Kütübi'l İlmiyye.
- Hallâf, Abdülvehâb.(1970). *Mesâdiru'l Teşrî'i'l İslâmî fî mâ lâ Nasse fîhi*. Kuveyt: Dâru'l Kalem.
- Haskefî, Alauddin Muhammed b. Ali.(1386). *ed-Dürrü'l Muhtâr*. I-VI. Beyrut: Dâru'l Fikr.

- Işıқтаç, Yasemin.(2015). *Hukuk Başlangıc*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- .(2009).*Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuk*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İbn Âbidîn, Muhammed b. Ömer.(1325). “Neşru’l Arf fî Binâi bazı’l Ahkâm ala’l Örf”. *Mecmû’atü’r resâil İbn Abidîn*. I-II. İstanbul: Dersaadet.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed.(2002). *el-Muhallâ*. I-XII. Abdulgaffâr Süleym Bündârî(thk.). Beyrut: Dâru’l Kütübi’l İlmiyye.
- İbn Kayyim, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebibekr el-Cevziyye.(1991). *İ’lâmu’l Muvakkı’in an Rabbil Âlemîn*. I-IV. Muhammed Abdu’s Selâm İbrahim(thk.). Beyrut: Dâru’l Kütübi’l İlmiyye.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed.(1997). *el-Muğnî*. I-XV. Abdullah b. Abdul Muhsinet-Türkî-Abdulfettah Muhammed el-Hulvî(thk.). Riyad: Dâru’l Âlemu’l Kütüb.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî.(ts.). *es-Sünen*. I-II. Muhammed Fuat Abdulbaki(thk.). by :Dâru İhyâi’t Tûrasi’l-Arabî.
- İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el Mısırî.(1980). *el-Eşbâh ve’n- Nezâir*. Beyrut: Dâru’l Kütübi’l İlmiyye.
- İbnü’l-Hümâm, Kemâluddin Muhammed b. Abdilvâhid(ts.). *Şerhu Fethu’l-Kadir*. I-X. Beyrut: Dâru’l-Fikr.
- İbn Rüşd, Ebu’l Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtûbî el-Hafîd.(2013). *Bidâyetü’l müctehid ve Nihâyetü’l muktesîd*, Beyrut: Müessesetü’r Risâle.
- Kahraman, Abdullah.(2010). *Fıkıh Usûlü*. İstanbul: Rağbet Yayınları.
- Kahveci, Nuri.(2015). *Mukayeseli İslâm Borçlar Hukuku*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları.
- Kârâfî, Ebu’l Abbas Ahmed b. İdris es-Sanhâcî.(1998). *Envâru’l Burûk fî Envâi’l Furûk(el-Furûk)*. I-IV. Halil Mansur (thk.). Beyrut: Dâru’l Kütübi’l İlmiyye.
- Karaman, Hayreddin.(2013(a). *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*. I-III. İstanbul: Ensar Yayınları.
- .(2013(b)).*Fıkıh Usûlü*. İstanbul: Ensar Neşriyat.
- .(2014).*Mukayeseli İslam Hukuku*. I-III. İstanbul: İz Yayıncılık.
- .(1988). “Âdet”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi(DİA)*. C.I. ss. 369-373. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı.
- Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes’ud.(1997). *Bedâiu’s-Sanâi fî Tertibi’s-Şerâyî*. I-V. Beyrut: Dâru İhyâi’t Turâsil Arabî.
- Kelebek, Mustafa.(2014).*İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf’un Öncelikler.*, İstanbul: Ensar Yayınları.
- Kıyıcı, Selahattin.(1990). *İslâm Hukukunda Örf ve Âdet*. İstanbul: İşaret Yayınları.

- Merdâvî, Ebu'l Hasen Âlauddîn Ali b. Süleyman el- Hanbelî.(2000). *et-Tahbîr Şerhu Tahrîr fî Usûli'l Fıkh*. I-VIII. Abdurrahman Cibrin(thk.). Riyad: Mektebetü'r Rüşd.
- Merğînânî, Burhânuddîn Ebû'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr b. Abdilcelil.(1990). *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî*. I-II. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye.
- Mevsîlî, Ebu'l Fadl Mecdüddin Abdullah b. Mahmûd.(1991). *el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr*. I-V. Mahmûd Ebû Dakîka(ta'lik). İstanbul: Çağrı Yayınları.
- Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz.(1321). *Mirâtu'l Usûl Şerhu Mirkâtî'l Vusûl*. İstanbul: Dersaadet.
- Müslim b. el-Haccâc, Ebu'l-Huseyn el- Kuşeyrî.(1956). *Sahîhu Müslim*. I-V. Muhammed Fuâd Abdülbakî(thk.). Beyrut: Dâru'l-İhya'il-Kütübi'l Arabiyye.
- Nesâî, Ebû 'Abdirrahman Akmed b. Şuayb.(1991). *es-Sünen*. Abdulğaffâr Süleyman el-Bündârî-Seyyid Kesrevî Hasan(thk.). Beyrut: Dâru'l Kütübi'l İlmiyye.
- Neşemî, Uceyl Casim.(1984). *el-Müsteşrikûn ve Mesâdiru't teşrî'il İslâmî*. Kuveyt.
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddin b. Şeref.(1991). *Ravdatü't Tâlibîn ve Umdetü'l Müftî*. I-XII. Zuheyr eş-Şâvîş(thk.). Beyrut: el-Mektebetü'l İslâmî.
- Serahsî, Şemsu'l-Eimme Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl.(2000). *el-Mebsût*. I-XXX. Halil Muhyiddin el-Meys(thk.). Beyrut: Dâru'l Fikr.
- Suyûtî, Celâluddin Abdurrahman b. Ebî Bekr.(1983). *el-Eşbâh ve'n Nezâi*. Beyrut: Dâru'l Kütübi'l İlmiyye.
- Şa'ban, Zekiyyüddîn.(2013). *İslâm Hukuk İlminin Esasları*(İbrahim Kâfi Dönmez, çev.). Ankara: Diyanet Vakfı Yayınları.
- Şâkir el-Hanbelî.(1948). *Usûlü'l Fıkhü'l İslâmî*, Şam: Matbaatu'l Camiatu's-Suriyye.
- Şekerci, Osman.(1981). *İslâm Şirketler Hukuku(Emek-Sermaye Şirketi)*. İstanbul: Marifet Yayınları.
- Şener, Mehmet.(1987). *İslâm Hukukunda Örf*. İzmir: Öğrenci Basımevi.
- Şentürk, Recep.(1996). *İslâm Dünyasında Modernleşme ve Toplumbilim*, İsmail Hakkı İzmirli, Örfün Nazar-ı Şer'i'deki Mevkii. İstanbul: İz Yayıncılık.
- Şevkânî, Muhammed b. Ali.(1999). *İrşâdü'l Fuhûl ila Tahkîki'l-Hakki min İlmi'l Usûl*. I- II. Şeyh Ahmed Azv İnaye(thk.). Beyrut: Müessesetü'r Risâle.
- Şirâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali el-Firûzâbâdî .(ts.). *el-Mühezzeb fî Fıkhî'l- İmâm eş-Şâfi'î*. I-III. Beyrut.
- Şirbînî, Şemsuddin, Muhammed b. Muhammed el-Hatîb.(1997). *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Maâni Elfâzi'l-Minhâc*. I-IV. Muhammed Halil İ'tânî(thk.). Beyrut: Dâru'l Marife.
- Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve.(ts.). *el-Câmi'u's-Sahîh*. I-V. Ahmed Muhammed Şâkir(thk.). Mısır.
- Zebidî, Ebû'l Feyz Murtaza Muhammed b. Muhammed.(1994). *Tâcu'l Arûs min Cevâhiri'l Kâmûs*. I-XXXX. Abdulaziz Matar(thk.). Kuveyt.

-
- Zerkâ, Mustafa Ahmed.(1998). *el-Medhalu'l fikhî'l İslâmî*. I-II. Dımeşk: Dâru'l Kalem.
- Zeydan, Abdülkerim.(2013). *el-Vecîz fî Usûli'l Fikh*. Beyrut: Müessesetü'r Risâle.
- Zeyla'î, Cemaluddin Abdullah b. Yusûf.(1997). *Nasbu'r Râye fî Tahrîcî Ehâdisi'l Hidâye*. I-IV. Muhammed Avvame(thk.). Beyrut: Müessesetü'r Reyyân.