

MECELLE’NİN KÜLLİ KAİDELERİ BAĞLAMINDA ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN İŞLEVLERİ

Functions of Customary Law in the Context of Majalla’s General Principles

Süleyman TEPE*

Veysel K. BİLGİÇ**

Öz

Osmanlı’nın son zamanlarında İslâm hukukuna göre oluşturulan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, bünyesinde hukukun genel prensipleri mesabesinde görülen çok sayıda külli kaide barındırmaktadır. Bu kaidelerin çoğu evrensel olma vasfı dolayısıyla günümüz hukukuna değerli katkılar sunma potansiyeli taşımaktadır. Mecelle’de serdedilen bu prensiplerden önemli bir kısmı örf ve âdet hukukuna dairdir. Toplum içerisinde yaşayan hukuku ifade eden örf ve âdet kuralları haiz olduğu mühim işlevleri sayesinde insanların uymakla yükümlü oldukları hukuk kurallarını muhtelif yönlerden etkilemektedir. Bu açıdan örf ve âdetlerin hukuk normlarının kaynağını teşkil etmesi, kanun ve sözleşmelerdeki açık ya da hüküm

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı,) suleyman.tepe@asbu.edu.tr, 0000-0002-6674-8738.

** Prof. Dr., Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, (Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü,) veyselbilgic@hotmail.com, 0000 0001 8279 8500.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.10.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 01.01.2025.

Atıf/Citation: Tepe, Süleyman ve Veysel K. Bilgiç. “Mecelle’nin Külli Kaideleri Bağlamında Örf ve Âdet Hukukunun İşlevleri.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1093-1145.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial

4.0 International License.” 

içi boşluğu doldurması ve hukuk metinlerinin yorumlanmasını sağlaması gibi mühim işlevlerinin olduğu söylenebilir.

Bu makalede Mecelle'nin külli kaideleri ışığı altında örf ve âdetlerin çeşitli fonksiyonları ele alınmış, içerik İslâm hukuku ve hukuk tarihi uygulamaları ile zenginleştirilmiştir. Bu yönüyle makalenin mevcut örf ve âdet hukuku hakkında yapılan diğer çalışmalardan ayrıştığı söylenebilir. Çalışmaya konunun daha iyi anlaşılması adına öncelikle örf ve âdet hukukuyla ilgili kavramların açıklanması ile başlanmış daha sonra örf ve âdetlerin hukuk kuralı seviyesine çıkabilmesi için taşıması gereken vasıflar incelenmiş, son bölümde ise örf ve âdet hukukunun işlevleri izah edilerek çalışma sona erdirilmiştir. Çalışma hazırlanırken temelde Mecelle'nin ilk dönem şerhlerinden istifade edilmiş ve gerektiğinde İslâm hukukunun klasik kaynaklarına müracaat edilmiştir. Modern Türk hukuku örnekleri için hukuk başlangıcı ve Türk medeni hukuku ders kitaplarından yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı Hukuku, Mecelle, Kaide, Örf ve Âdet.

Abstract

Majalla al-Ahkam al-Adliyyah, which was created in the late Ottoman period according to Islamic law, contains many general rules considered as general principles of law. Most of these principles have the potential to make valuable contributions to contemporary law due to their universal nature. A significant portion of these principles in Majalla are related to customary law. Customary rules, which express the law that lives within the society, affect the official legal rules that people are obliged to comply with in various ways thanks to their important functions. In this context, it is known that customary rules have important functions such as constituting the source of legal norms, filling the gap in the law or contract, and ensuring the interpretation of the legal text. This study examines customary rules in terms of various functions in the light of the general principles of Majalla, which have current value, with the idea that it will make valuable contributions to contemporary law.

This article discusses the various functions of customs and traditions in the light of Majalla's universal rules. This study, which is enriched with Islamic law and legal history applications, differs from existing studies on customary law. In order to better understand the subject, the study started by first explaining the concepts related to customary and customary law, then the qualifications that customary and customary rules must have in

order to be legal rules were examined, and in the last section, the study was concluded by explaining the functions of customary and customary law. While preparing the study, Majalla's early commentaries were mainly used and when necessary, classical sources of Islamic law were consulted. For examples of modern Turkish law, beginning of law and Turkish civil law textbooks were used.

Keywords: İslamic law, Ottoman Law, Majalla, General Principle, Customary Law.

GİRİŞ

Tanzimat devrinde yaşanan birtakım sosyal, siyasi ve iktisadi gelişmeler neticesinde Osmanlı hukuk mevzuatı kanunlaştırılmıştır. Bu süreçte oluşturulan kanunlardan en dikkat çekeni Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye olmuştur. Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki Mecelle Cemiyeti tarafından 1869-76 yılları arasında peyderpey tanzim olunan Mecelle, mukaddime ile 16 kitap halinde 1851 maddeden oluşmaktadır. İçerisinde temelde borçlar, eşya, ticaret ve yargılama hukukuna dair hükümler olan bu mümtaz eserin en mühim vasıflarından biri hukukun genel ilkeleri mesabesindeki külli kaideleri içermiş olmasıdır.

Külli kaideler, Mecelle'nin mukaddime kısmında 2 ila 100. maddeler arasında 99 ilke olarak düzenlenmiştir.¹ Hâlâ güncelliğini koruyan bu kaidelerin vecize üslubu ile yazılmış felsefe ve mantık düsturları olduğu bilinmektedir.² Her ne kadar külli kaideleri ifade eden kelimeler bölgesel olsa da öz itibarıyla dünyanın her yerinde geçerli, kimsenin inkâr edemeyeceği, kendi zamanını aşmış, birer matematik ya da mimari sahadaki kurallar gibi cihanşümul ilkeler olduğu

¹ Külli kaidelerin Mecelle'nin baş tarafında yer almasının temel nedeninin fûru mevzularla ilgili diğer Mecelle hükümlerinin tatbikini kolaylaştırıp hâkimlerin hukuki meselelere yatkınlığını arttırmak olduğu belirtilmektedir. S. Sami Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısmının Codification'ı Mecelle," *İÜHF* 20, no. 1-4 (1955): 65; Ali Himmet Berki "Mecelle," *İslâm Medeniyeti*, no. 28 (1967): 29; Mecelle'nin külli kaideleri pek çok hadisenin hükümlerinin belirlemesinde hukukçulara bir rehber ve fener mesabesinde idi. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fikhîyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi), 1:254; Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku* (Ankara: Örnek Matbaası, 1955), 15.

² Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle* (İstanbul: Sebil Yayınevi, 1977), 116.

söylenbilir.³ Bundan dolayı Mecelle'nin külli kaidelerinin modern hukukun ulaştığı genel hükümlerle uyumlu olduğu ve bu kaidelerin günümüz hukukunun kavranması için önemli katkılar sunacağı söylenebilir.⁴

Örf ve âdetler, şer'î hukukun tali kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Yaşanan kanunlaştırma süreci ile birlikte günümüzde kısmen örf ve âdetlerin öneminin azaldığı görülse de hâlâ yeni ihdas edilen kanunların kaynağını teşkil etme, kanun boşluğunu doldurma ve hukuk normlarının yorumlanmasını sağlama gibi önemli fonksiyonları icra ettiği bilinmektedir. Bu noktada âlemşümül hukuk ilkelerinden oluşan ve içerisinde yaklaşık on madde⁵ örf ve âdet ile ilgili hukuk kuralı barındıran Mecelle'nin külli kaidelerinin gerek İslam ve Osmanlı hukukundaki gerekse Türk hukukundaki örf ve âdetlerin işlevlerinin ne olduğunun belirlenmesinde önemli bir rol oynayacağı düşünülmektedir.

I. TEMEL KAVRAMLAR

Örf kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup "arefe"(عرف) fiilinden türemiştir. "arefe" fiilinin manası bilmek, tanımaktır.⁶ "Örf", akl-ı selim sahibi kimselerin şehâdetiyle yaygın bir hal alan ve insanlar tarafından benimsenip iyi görülen şeylerdir.⁷ Bozulmamış akıl tarafından benimsenene ve maruf olgu

³ Cengiz İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi* (İstanbul: Tarih Vakfı, 2003), xxi.

⁴ Mustafa Reşit Belgesay, "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk," *İÜHFD*, no.12 (2011): 564; Bu görüşe paralel olarak Berki, bu kaidelerin günümüz hukukunun ve hukukta yorum ilminin anlaşılması için zaruri olduğunu belirtmektedir. Berki, "Mecelle," 29.

⁵ Mecelle'nin 36 ila 45. maddeleri arasında serdedilmiş örf ve âdete dair kaideler şunlardır: "Âdet muhakkemdir" (m.36), "Nâsım isti'mali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur" (m.37), "Âdeten mümteni' olan şey hakikaten mümteni' gibidir" (m. 38), "Ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz" (m. 39), "Âdetin delaletiyle ma'nayı hakiki terk olunur" (m.40) "Âdet ancak muttarid yahut galip olduğunda muteber olur" (m.41), "İtibar gâlib-i şâyi'a olup nâdire değildir" (m.42), "Örfen ma'ruf olan şey şart kılınmış gibidir" (m.43), "Beyne't-tüccar ma'ruf olan şey beyenlerinde meşrut gibidir" (m. 44), "Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir" (m.45). Bkz. Ahmed Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* (İstanbul: OSAV, 2017), 58.

⁶ Heyet, *Türk Hukuk Lüğati* (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991), 275.

⁷ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005), 464; Elmalılı Hamdi Yazır, *İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu*, haz. Sıtkı Güllü (İstanbul: Eser Neşriyat, 1997), 4:108; "Örf şehâdet-i ukul ile iştihar edip tebayi-i selimenin kabul ve tasdik eyledikleri şeylerdir."

anlamında kullanılan örf, günlük yaşantıda toplumun ekseriyeti tarafından kabul edilip itiyat haline getirdiği eylemler veya işitildiğinde akla başka bir anlam gelmeyecek şekilde bilinen sözlü anlatım biçimleridir.⁸ Örf kelimesinden türeyen “*ma'ruf*” kelimesi ise aklın idrak, şer-i şerifin müsaade ettiği ve güzel gördüğü fiil ve muameledir.⁹

Âdet kelimesi Arapça “*muâvede*”(معاود) veya “*avd*” (عود) kelimelerinin isim şeklidir.¹⁰ “*Muâvede*” tekrarlamak, alışmak anlamındadır. “*Avd*” ise dönüş, tekrar ve sürdürme manalarında. Âdet, itiyad edilen, işlenegelen şey demektir. Bir şeyin âdet olduğunun göstergesi birbiri ardınca yani çok defa tekrar etmesi ve insanların o şeyi devamlı yapmalarıdır.¹¹ Başka bir deyişle âdet, işlene işlene tabii veya zaruri hükmüne girmiş olan fiil veya hale denir.¹²

Kullanımı yaygın olan manasındaki¹³ “*teamül*”, sözlükte bir yerde ya da bir şeyde öteden beri cari olagelen ve itibarca usul ve âdet mertebesine varan

Kal'a-yı Sultaniyeli Türzkade Hafız Mehmed Ziyaeddin, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü*, haz. Fethi Gedikli ve İbrahim Enes Onat (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 198; Diğer bir ifadeyle örf, insanların sürekli olarak işlediği ve çok defa başvurduğu selim akıl sahibi kimselerin nezdinde kötü karşılanmayan ve ayıplanmayan âdetlerdir. Ömer Hilmi Efendi, *Külli Kaideler Şerhi Mir'âtü'l-Mecelle*, ed. Mustafa Ünal ve Abdussamed Atasoy (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 78; Bilmen, *Kamus*, 1:197.

⁸ Saffet Köse, *İslâm Hukukuna Giriş* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2015), 133-134; Ahmet Yaman ve Halit Çalış, *İslâm Hukukuna Giriş* (İstanbul: İFAV, 2019), 50; Benzer bir tanım için bkz. Ali Aslan Topçuoğlu, “Örf ve Âdetin İslâm Borçlar Hukuku Hükümlerine Etkisi Üzerine Bir Tahlil: Hanefi Mezhebi Özelinde,” *Turkish Studies*, no. 20 (2017): 228.

⁹ Mehmed Salâhi, *Kâmûs-ı Osmânî* (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, h.1322), 4:361.

¹⁰ Âdet kelimesi “*muavede*” den gelmektedir. İbn Âbidin Muhammed Emîn b. Ömer, “Neşru'l Arf fi Binâi ba'di'l Ahkâm ale'l-Urf,” *Mecmuatü'r-Resaili'l-Alâmeti* (İstanbul: ed-Daru's-Şamiyye, 2023), 1624; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecellet'il-Ahkâm* (İstanbul: DİB Yayınları, 2017), 94-95.

¹¹ Süleyman Hasbi, *Tafsîl* (İstanbul: Matbaa-yı Osmaniye, h.1299), 98; Süleyman Hasbi Efendi, *Mecelle'nin Külli Kaideler Şerhi Tafsîl*, ed. Mustafa Avcı, Mehmet Barutçu, Süleyman Tepe (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 118; Âdet, tekrar ile meydana gelen ve çok defa insanın düşünmeden otomatik olarak tekrarladığı hareketlerdir. Gür, *Mecelle*, 148.

¹² Mehmed Salâhi, *Kâmûs-ı Osmânî*, 4:128; “Âdet, nüfusta takarrür eden ve selim tabiatler indinde makbul bulunan herhangi mütekerrir şeydir.” Bilmen, *Kamus*, 1:197.

¹³ Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantiği ve Tefsir* (Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 2018), 96.

muamele olarak tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle teamül, “bir şeyin çok defa kullanılması, bir şey hakkındaki muamelenin mutad hal almasıdır.”¹⁴ Teamülün âdet ile eş anlama geldiği söylenmekle¹⁵ birlikte örf ve âdet kadar kendisine uyulma zorunluluğu hissedilmeyen kurallar olduğu da belirtilmektedir.¹⁶

Örf, daima iyi olan şeydir. Fakat âdet ve teâmül iyi veya kötü olabilir.¹⁷ Benzer şekilde örf, akl-ı selime dayanır yani makuldür. Ancak âdet ve teâmülün makul olup olmadığı değerlendirmeye tabi tutulmaz.¹⁸ Âdet ve teâmül sadece fiilî durumlarla ilgiliyken örf, fiilî durumların yanı sıra sözlü ifadelerde de kendini gösterebilir.¹⁹ Mesela hukukçuların aslı, hapis olan “vakıf” kelimesini hukuki anlamda kullanmaları buna örnek olarak gösterilebilir. Teamül, âdet ve örf kuralları müeyyide bakımından da farklılıklar içermektedir. Teamül diğerlerine göre daha az önemli davranış kuralı kabul edildiğinden ihlali halinde; kınama, teamüle göre daha önemli kabul edilen bir âdetin terki halinde; gruptan dışlanma, ikisinden de daha üst mertebede görülen örfü ihlal eden kimse ise bir toplum kuralını ihlal ettiği için; linç edilmek gibi cebri bir müeyyideyle karşı karşıya kalır.²⁰

Neticede örf, âdet ve teamül mefhumları arasında bazı farklar olduğu görülmektedir. Ancak bu kavramlar temelde benzer şeyleri ifade etmektedir.²¹ Bu

¹⁴ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 552.

¹⁵ Elmalılı, *Kamus*, 1:44; Heyet, *Türk Hukuk Lügati*, 326; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 59-60.

¹⁶ Halil Kalabalık ve Doğa E. Doğan, *Temel Hukuk Bilgisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 85

¹⁷ Heyet, *Türk Hukuk Lügati*, 275; Şer' ve akla muhalif olmayan açıkça faydası olan bir âdet iyidir ve fakihler bu tür âdetleri kabul ederler. Bilmen, *Kamus*, 1:197.

¹⁸ Örneğin bazı yerlerde cevizin kilo, bamyanın tane ile satılması âdettir.

¹⁹ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 96; Heyet, *Türk Hukuk Lügati*, 275.

²⁰ Gözler, *Hukuka Giriş*, 62.

²¹ Mecelle'nin “âdet muhakkemdir” (m.36) kaidesinde âdet, örfe atıfla aynı manada kullanılmıştır. Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den Kavaid-i Külliye Şerhi* (İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, 1327), 66; Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 96.

nedenle hukuk dilinde birbirlerinin yerine kullanılmaktadır.²² Özellikle bu ifadelerin gerek Mecelle'de gerek modern Türk hukukunda "örf ve âdet" şeklinde bir kalıp olarak kullanımı meşhurdur.²³ Binaenaleyh örf, âdet ve teamül kavramları gerek literatürde gerekse bu çalışmada tek başına kullanılsa da "örf ve âdet" şeklinde bir bütün halinde telakki edilmelidir.

II. ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN TEMEL VASIFLARI

Bir örf ve âdet kuralının alelâdelikten çıkıp hukukun konusu olabilmesi ve birtakım işlevleri yerine getirebilmesi için bazı temel özellikleri taşıması gerekmektedir.²⁴ Bunlar sürekli, yaygın olması, halk arasında yaşaması, insanlar nezdinde bağlayıcı olması, mevcut hukuk kurallarına aykırı olmaması, aynı beldedeki başka bir örf ve âdet kuralıyla çatışmaması şeklinde sıralanabilir.²⁵

A. Süreklilik Arz Etmesi ve Yaygın (Şayi') Olması

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de, örf ve âdet hukukunun sürekli ve yaygın olma özelliğine 41. maddede geçen "*âdet ancak muttarid yahut gâlip olduğunda muteber olur*" külli kaidesinin işaret ettiği söylenebilir. "*Muttarid*" aralıksız devam eden demektir, "*gâlip*" ise yaygın demektir.²⁶ Bir yerde bir ara âdet olmuş sonra

²² Her ne kadar örf ile âdet terimlerinin manalarında ihtilaf edilse de aynı bağlamda kullanılmaktadır. İbn Âbidîn, "*Neşru'l Arf*," 624; "*Örf ile 'âdet' mefhum açısından farklı olsalar da mâsadakları noktasından bir manadadırlar.*" Elmalılı, *Kamus*, 1:4.

²³ Ömer Nasuhi Bilmen, *Kamus*, 1:197; Fakihler nazarında âdet ile örf aynı manadadır. İkisinin ayrı ayrı zikredilmesinin amacı yeni bir mana ortaya koymak değil var olan örf manasını güçlendirmek içindir. Abdülkerim Zeydan, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh* (Dımeşk: Risale, 2015), 237; Mecelle'de, modern kanunlarda olduğu gibi örf ve âdet terimleri aynı anlamda kullanılmaktadır. Belgesay, "*Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk*," 585.

²⁴ Alelâde örf ve âdet kuralları için devamlı olma ve genel inanuş vasıfları taşıması yeterlidir. Gözler, *Hukuka Giriş*, 58.

²⁵ Abdülkerim b. Ali b. Muhammed En-Nemle, *El-Câmiu Li-Mesâili Usuli'l-Fıkhî ve Tatbikatihâ ale'l-Mezhebi'l-Râcih* (Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2000), 394.

²⁶ Gözler, galip olma ifadesinin örfe uyulmanın zorunlu olduğu inancına işaret ettiğini söyler. Gözler, *Hukuka Giriş*, 59.

unutulmuş veya vazgeçilmiş bir husus, kesintiye uğramasına rağmen örf ve âdet olduğu ileri sürülerek hukukun kaynağı haline getirilemez.²⁷

Mecelle'nin 42. maddesinde belirtilen "*itibar galib-i şayia olup nadire değildir*" kaidesi de hükmün ancak şayi' yani herkesçe bilinen ve insanlar arasında yaygın olup nadir olmayan kurallara göre verilebileceğine işaret etmektedir. Buradan da örf ve âdetin yaygın olması şartıyla muteber tutulacağı sonucu çıkarılabilir.²⁸

Örf ve âdet kurallarının hukuk kuralı haline gelmesinde aranan süreklilik ve yaygın olma şartı gerek müçtehitlerin hüküm elde etmesi sırasında gerekse yasama faaliyeti yani hukuk normu oluşturulması esnasında sıkça başvurulmuş bir kıstastır. Örneğin İslâm hukukuna göre; bir kişide buluştuktan sonra sefihlik vasfı olması onun reşid olmasına engeldir. Böyle bir durumda kişi kısıtlanarak kendi malında tasarruf etmesi engellenir. Kişinin malında tasarruf etmesi engeli Ebu Hanife'ye (ö. 150/767) göre en fazla 25 yaşına kadar devam ettirilebilir. Zira Ebu Hanife, ister rüşdüne dair alametler görülsün ister görülmesin 25 yaşındaki kişinin genel anlamda reşid olacağını belirtmektedir.²⁹ Zira rüşd, genellikle o yaşlarda olur ve çoğunlukta görüldüğü üzere ondan ayrılması düşünülemez. 25 yaşına ulaşmış olup da nadiren reşid olamamış kişiler mevcut olsa da nadir olan şey yok gibi kabul edilir.³⁰ Zira itibar gâlib-i şayia göredir.

Hanefi mezhebindeki mefkud³¹ hakkındaki hükmî ölüm kararının hangi yaşta verileceği hususu yine toplumdaki yaygın duruma göre belirlenmiştir. Buna göre;

²⁷ Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle* (İstanbul: KTB Yayınları, 2008), 122

²⁸ Ömer Hilmi Efendi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 87.

²⁹ Zeydan, *el-Veciz*, 111; Saffet Köse, "Rüşd," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.35 (İstanbul: TDV Yayınları, 2008): 299.

³⁰ Süleyman Hasbi, *Tafsil*, 116; Atf Bey, *Mecelle*, 77.

³¹ Mefkud, kaybolmuş ve yaşayıp yaşamadığı hususunda malumat olmayan kimseye denir. Beşir Gözübenli, "Mefkud," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.28 (İstanbul: TDV Yayınları, 2003): 353; İslâm hukukunda nerede olduğu ve hayatta olup olmadığı bilinmeyen demek olan mefkudun bu türüne Türk özel hukukunda "gaib", hayatta olduğu bilinen ancak nerede olduğu bilinmeyen kimse demek olan mefkudun ikinci türüne ise Türk özel hukukunda "evi terk eden" ifadesi kullanıldığı söylenebilir. Ali Aslan Topçuoğlu, "İslâm Hukukunda Gâibin/Kayıp Kişinin

mefkud hakkında hükmî ölüm kararı verilebilmesi için kişinin yaşlarından hiç kimsenin hayatta kalmayınca kadar³² ya da 90 yaşına gelinceye kadar beklenilmesi gerekir.³³ Zira Hanefi mezhebine göre; toplumdaki yaygın ölüm yaşı 90 olarak kabul edilmektedir.³⁴ Doksan yaşından fazla hayatta kalmak nadirdir, nadir olana ise itibar edilmez.³⁵

Benzer bir durum "hidane" bahsinde görülmektedir. Bir kimsenin bakım ve terbiyesini üstelenmek manasındaki hidane, hak sahibinin bir çocuğu himaye altına almak suretiyle koruması ve terbiye etmesine denir.³⁶ Çocuğun beslenmesini, bakımını, korumasını belli bir yaşa kadar en güzel şekilde şefkatli olması nedeniyle annesi yerine getireceği kabul edildiğinden İslâm hukukunda hidane hakkı öncelikle anneye tanınır.³⁷ Boşanan annenin himayesi altında bırakılan çocuk, belirli ihtiyaçlarını kendi başına karşılayabilecek yaşa kadar annesinin yanında bırakılır.³⁸ Bu kudret her çocukta farklı yaşlarda hâsıl olabileceğinden fukaha genelin durumuna bakmak suretiyle erkek çocukların 7, kız çocukların 9 yaşına ulaşmaları halinde annelerinden ayrılabilir.

Hükmen Ölü Sayılmasına Kadarki Süreçte Mallarının Yönetimi Türk Medenî Kanunu ile Mukayeseli Olarak," *Dini Araştırmalar*, no.19 (2004): 298-299.

³² Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Serahsi, *Mebcut*, ed. M. Cevat Akşit (İstanbul: Gümüşev Yayıncılık 2008), 11:57.

³³ Bilmen, *Kamus*, 7:221.

³⁴ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 88.

³⁵ Elmalılı, *Kamus*, 3:130.

³⁶ Hidane, çocukların veya çocuk hükmünde olan mecnun, matuh gibi acizlerin korunması ve terbiye edilmesi, gıda temin edilmesi, temizlenme ve dinlenme imkanının sağlanması ile çocukların zarar verici şeylere karşı himaye edilmesi demektir. Bilmen, *Kamus*, 2:425.

³⁷ Hanefilerde anne vefat etmişse ya da anne dinden çıkmış, zina etmiş veya ahlaksız hayat süren bir kimse olması halinde hidane hakkına anneanne sahip olur. O da yoksa hidane hakkı annenin anneannesine geçer ve anne tarafında kimse kalmazsa bu durumda hidane babaanneye geçer. Babaanne yoksa çocuğun ablası, o da yoksa teyzesi hidane hakkına sahip olur ve bu hak kadın tarafından kimse kalmayınca kadar devam eder. Kadın tarafından kimse kalmamışsa bu halde hidane hakkını asabe olan erkekler elde ederler ki bu durumda ilk hak sahibi baba olur. Detaylı bilgi için bkz. Samed Atasoy, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Hidane* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 56-69.

³⁸ Vecdi Akyüz, "Kur'an ve Sünnette Ebeveyn ve Çocuk Hakları," *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları Tartışmalı İlmi Toplantı* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014), 326-328.

hükmetmiştir.³⁹ Zira erkek çocukların kendi başına yiyip içmesi, giyinme ve kişisel temizliğini yapması genelde 7 yaşında erişilen bir kudret olup kızların ise evlenme çağının genelde 9 yaş ile başlaması çocukların annelerinden mezkûr yaşlarda ayrılmaları yönünde hüküm verilmesine neden olmuştur.⁴⁰

B. Hukuk Kurallarına Aykırı Olmaması

İslâm hukukunda örfe dair kuralların fikhî hükümlere kaynaklık edebilmesi için zahir ve sabit olan şer'î hükümlere mugayir olmaması icap eder.⁴¹ Zira Mecelle'nin "*mevrid-i nassta içtihadı mesağ yoktur*" (m. 14) kaidesi gereği bir konuda nass denilen açık şer'î hukuk kuralı varsa orada içtihat yapılması caiz değildir. Dolayısıyla hal-i hazırdaki açık şer'î hüküm varlığında örf ve âdet kuralına binaen yapılan içtihat da caiz değildir. Mesela toplumda yaygın olan kumar oynamak, içki içmek, kız çocuklarını diri diri gömmek gibi⁴² şer-i şerife açıkça aykırı olan örf ve âdet kurallarına itibar edilmesi İslâm şeriatının ortadan kalkmasına neden olur.⁴³

Örf ve âdetin açık nass ya da kanun hükmünün yanı sıra tarafların kanunu mesabesinde olan akitteki irade beyanlarına da aykırı olmaması gerekir.⁴⁴ Mevcut hukuk kuralları karşısında nasıl örf ve âdete itibar edilmiyorsa "*tasrih mukabelesinde delaletle itibar yoktur*" (Mecelle m.13) külli kaidesi gereği bir hukuki işlemde açık irade beyanı karşısında örf ve âdet kurallarının geçerli olmayacağı da

³⁹ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 87-88; Hanefi mezhebinde ağırlık kazanan görüşe göre kız çocuklarında hidanenin sınırı dokuz yaştır. Ali Bardakoğlu, "*Hidane*," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.17 (İstanbul: TDV Yayınları, 1998): 471.

⁴⁰ Elmalılı, *Kamus*, 3:130.

⁴¹ Zeydan, *el-Veciz*, 240.

⁴² Cahiliye devrindeki örf ve âdetler hakkında detaylı bilgi için bkz. Selahattin Kıyıcı, *İslâm Hukukunda Örf ve Âdet* (Ankara: İşaret Yayınları, 1989), 19-125.

⁴³ Şaban, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları Usulü'l-Fıkh*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez (Ankara: TDV Yayınları, 2017), 264; "*Eğer hak onların keyfi arzularına uysaydı muhakkak ki gökler, yer ve bunlarda bulunanların düzeni bozulurdu.*" Mü'min, 23/71.

⁴⁴ Şaban, *Usulü'l-Fıkh*, 263-64.

aşikardır. Örneğin bir beldede her ne kadar mehrin peşin (mehr-i muaccel)⁴⁵ ödenmesi örf ve âdet kuralı olarak kabul edilse de eğer tarafların iradesi mehrin sonradan (mehr-i müeccel)⁴⁶ ödenmesi yönünde oluşmuşsa, taraflar arasındaki hukuki ihtilafı hâkim, örf ve âdet kurallarına müracaat ederek çözümleyemez. Zira bir hukuki işlemdeki şer'î hukuka aykırı olmayan açık irade beyanı karşısında örf ve âdete itibar edilemez.⁴⁷

Benzer bir anlayış Türk hukukunda da mevcuttur. Buna göre Türk hukukunda alelâde örf ve âdet kurallarının hukuk kuralı düzeyine çıkıp muteber sayılabilmesi için câri kanun hükümlerine ya da bir sözleşmedeki tarafların iradelerine aykırı olmaması gerekir. Geçmişten gelen bir yaşam alışkanlığının, bir geleneğin ve göreneğin hukuk kuralı düzeyine çıkabilmesi için ilgili örf ve âdetin mutlaka temel hak ve ilkelerle uyumlu olması gerekmektedir. Zira bu, insan onuruna aykırı başlık ve berdel benzeri töreler yürürlük kaynağı olarak hukuk kuralı seviyesine çıkamasın diye yapılmalıdır.⁴⁸

C. Kadîm Olması

Örf ve âdet kadîm olmalı yani çok eski zamandan beri var olmalıdır. Öyle ki kuralın ne zaman ortaya çıktığını yaşayan herhangi bir kimse hatırlamamalıdır.⁴⁹ Nitekim Hanefi mezhebine ait olan bu görüş Mecelle'nin 166. maddesinde "*kadim*

⁴⁵ İslâm hukukunda mehrin akit öncesinde ya da sırasında ödenmesi kararlaştırılmışsa buna mehr-i muaccel (peşin mehir) denir ki bu halde karı kocasından mehrini almadan kocasının evine gitmeme, yolculuk yapmama ve kendisinden faydalanmasını men etme hakkına sahiptir. Mehrin tamamının peşin olarak kararlaştırılması mümkün olduğu gibi bir kısmının da peşin ödenmesi kararlaştırılabilir. Şükrü Şirin, *İslâm Aile Hukukunda Mehir*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Sakarya: Sakarya Üniversitesi, 1997), 40-41.

⁴⁶ Mehr-i müeccel, nikâh akdi taraflarının mehrin ödenmesini bir tarihe bağlamamaları ya da nikâhtan sonraki bir tarihte ödeneceğini kararlaştırmalarında halinde söz konusu olur. Eğer taraflar mehrin ödenmesini herhangi bir tarihe bağlamamışlarsa mehir borcu boşanma ya da ölüm olaylarının biriyle muaccel hale gelir. Şirin, *İslâm Aile Hukukunda Mehir*, 41.

⁴⁷ Açık beyan karşısında örf ve âdete itibar edilmez. Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 70; Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 82.

⁴⁸ Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 102.

⁴⁹ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014), 11.

odur ki evvelini bilir kimse olmaya" şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁰ Malikilere göre bir uygulamanın kadim olması için 4, 10 ya da 20 yıl gibi belirli bir sürenin geçmesi yeterlidir.⁵¹

Örf ve âdetin kadimden beri var olup bir hukuk kuralı olarak itibar edileceği zamana kadar uygulanıyor olması gerekir.⁵² Ancak "*zarar kadim olmaz*"⁵³ (Mecelle m.7) külli kaidesi gereği kişilere zarar veren uygulamalar örf ve âdet olarak değerlendirilemez. Mesela bir yerde komşuya zarar verecek düzeyde kanalizasyon giderlerinin yoldan akıtılması âdet haline gelmiş olsa bile zarar gören komşu tarafından hâkime müracaat edildiğinde pis suyu akıtanlar "bizim örf ve âdetimiz böyledir" dediklerinde hâkim bu âdeti hakem kılarak davada karar veremez.⁵⁴ Ancak bir kimse kadimden beri varolan bir binanın yanına ev yapıp kendi evinin içinin görüldüğünden bahisle mahkemeden o binanın penceresinin kapatılmasını talep edemez.⁵⁵ Burada zararı, atik hane sahibi değil, sonradan ev inşa edeninin def etmesi gerekir.

D. Diğer Vasıfları

-Örf ve âdet kesin olmalıdır. Bu ilke, örf ve âdetin anlam ve içeriği konusunda tartışma olmaması gerektiğini ifade eder. Yani örf ve âdetin manası toplum üyeleri tarafından tartışma götürmeyecek şekilde bilinmeli ve benimsenmelidir.⁵⁶

⁵⁰ Akgündüz, *Mecelle*, 78.

⁵¹ Heyet, "Mesil," *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye* C.37 (Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslamiyye, 1997): 305.

⁵² Zeydan, *el-Veciz*, 241.

⁵³ Umuma yönelik meşru olmayan bir iş eskiden beri yapılıyor olsa da bu işe itibar edilmez. Geçmişten beri devam eden fahiş zarar giderilir. Burada zararın kamuya açık bir alanda umuma yönelik olması gerekir, aksi halde geçmişten beri devam eden uygulama zarara sebep olsa dahi kıdemi üzere devam ettirilir. Şimşirgil ve Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, 95.

⁵⁴ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 81.

⁵⁵ Akgündüz, *Mecelle*, 78; Komşuluk hakkına dair başka misaller için bkz. Mustafa Ünal, "İslam Hukukunda Mülkiyeti Kısıtlayan Bir Sebep Olarak Komşuluk Hakkı (Hakku'l-Civar)," *Adalet Dergisi*, no.68 (2022): 354.

⁵⁶ Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 11.

-Örf ve âdetin hukuk kuralı seviyesine çıkabilmesi için akl-ı selim kimseler tarafından iyi görülüp kınanmaması gerekir. Mesela “adalet” iyi görülen bir şey “zulüm” ise kötüdür. Zira akl-ı selim kimseler adaleti güzel, zulmü çirkin addetmişlerdir.⁵⁷

-İnsanların kendilerini örf ve âdetlere uymak zorunda hissetmesi gerekir.⁵⁸ Bir gelenek-göreneğin alelâde örf ve âdet olmaktan çıkıp, bir hukuk kuralı haline dönüşebilmesi için öncelikle toplumda bu gelenek-göreneğe tabi olunmasının zorunlu olduğu kanaatinin (*opinio necessitatis*) yerleşmiş olması gerekir.⁵⁹ Daha sonra ise manevi yaptırımdan öte kanuni bir yaptırıma tabi tutulması icap eder. Bazı yörelerde aksi kararlaştırılmadıkça yürürlükte olan TBK 357/2'nin yollamasıyla “yarıcılık” ya da “ortakçılığa” ilişkin örf ve âdetlere hiç kimsenin uymama gibi bir tercih hakkı söz konusu olamaz. Hâkimler bu kuralı uygulayarak ve bir kimse, mahkemenin kararını yerine getirmeyecek olursa devletin yaptırımını karşı karşıya kalır. Bu sebeptir ki yarıcılık ve ortakçılığa ilişkin kurallar bir örf ve âdet hukuku kuralı halini almıştır.⁶⁰ Mesela yeni evlenen kimselere evlilik hediyesi götürmek örf ve âdettir. Ancak birisi, arkadaşına evlendiği zaman ona hediye götürmese, belki toplum o kişiyi ayıplar, fakat devlet olaya müdahale edip kişiyi hediye götürmeye zorlayamaz ya da bir yaptırım tatbik edemez.⁶¹

⁵⁷ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 95.

⁵⁸ Bu zorunluluk kanuna uyma zorunluluğundan daha öndedir. Zira kanunu kanun koyucu koymuşken örfleri kişinin üyesi olduğu toplum koymuştur. Yusuf Ziya Binatlı, “Türk Hukukunda Örf ve Adetlerin Dünkü ve Bugünkü Yeri ve Ticari Hayattaki Önemi,” *Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi İktisat Fakültesi Dergisi*, no.2 (1981): 12-13.

⁵⁹ Buna örf ve âdet hukukunun manevi (psikolojik) unsuru denilmektedir. M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 106; Mecelle'nin 41. maddesindeki “Âdet ancak galip ... olduktaki muteber olur” ifadesi ilgili örf ve âdetin zorunlu olduğunu inancını ifade eder. Gözler, *Hukuka Giriş*, 59.

⁶⁰ Remzi Demir, “Türk Medeni Hukukunun Yazılı Olmayan Kaynağı; Örf ve Âdet Hukuku,” *ÇÜHFD* 1, no.5 (2020), 1008.

⁶¹ Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 106; Yasemin Işıkaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1991), 64.

III. ÖRF VE ÂDETİN İŞLEVLERİ

Mecelle'nin ilk yüz maddesinde yer alan örf ve âdete dair külli kaidelere bakıldığında örf ve âdetin şer'î hükmün doğrudan kaynağı olma, hakkında şer'î hüküm düzenlenmeyen bir mevzu için hukuk boşluğunu doldurma, şer'î kuralların örf ve âdete atıf yapması nedeniyle belirtme ve hukuk metnindeki lafızların anlamlandırılmasında yorumlama işlevinin olduğu görülmektedir.

A. Örf ve Âdetlerin Hukukun Kaynağı Olma İşlevi

Mecelle'nin külli kaidelerine bakıldığında hukuk kuralları oluşturulurken örf ve âdetlerin dikkate alınmasının gerekli olduğuna işaret eden "*âdet muhakkemdir*" (m.36), "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" (m.37) ve "*örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir*" (m.45) kaideleri karşımıza çıkmaktadır. Bu kaideler bir hukuk normu oluşturulurken toplumun benimsediği kurallara başvurulmasının kaçınılmaz olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca mezkûr kaidelerin toplum nezdinde uygulanabilirliği kalmayan kanunların örf ve âdetler ile değiştirilmesi gerektiği anlamına geldiği de söylenebilir. Buna örf ve âdetin zorlayıcı fonksiyonu denmektedir.⁶²

1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda örf ve âdet delil değerini asli kaynak olan Kur'an ve Sünnette uyulmasının istendiği toplum içinde önceden yerleşmiş örf ve âdet misallerinden almaktadır. Örneğin Kur'an'da nafakanın ölçüsünün belirlenmesinde Bakara suresi 233'te "*Onların (annelerin) yiyeceği, giyeceği, örfe uygun olarak babaya aittir.*" denilmek suretiyle örfe atıf yapıldığı; boşanmış kadınlara verilecek hediye miktarının tayininde de Bakara suresi 241'de "*Boşanmış kadınlara örfe uygun bir şekilde faydalanma vardır*" şeklinde geçtiği üzere yine örf ölçülerine yollama (atıf) yapıldığı görülmektedir. Ayrıca kısıtlının vasisinin, fakir ise kısıtlının mallarından ne miktarda alabileceği ya da vasisinin ücretinin ne olacağı Kur'an'da "*Kim fakir ise örfe göre yesin*" (Nisa, 4/6) ayeti ile

⁶² Işıқтаç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, 121.

belirlendiği görülmektedir. Yine bu minvalde kocasının kendisi ve çocuklarına yeteri kadar nafaka temin etmediğinden şikayet eden ve bunun için haber vermeden kocasının malından almak için izin isteyen Hind'e Hz. Peygamber'in "örf ve âdet ölçüleri içinde kendine ve çocuklarına yetecek miktar alabilirsiniz"⁶³ şeklindeki hadisi de örfün İslâm hukukunun kaynakları arasında olduğunu gösteren delillerdendir.⁶⁴ Örf ve âdet delil değerini Kur'an ve Sünnet dışında icma, mesalih-i mürsele ve sedd-i zerâi gibi diğer tali kaynaklardan da almaktadır.⁶⁵

İslâm hukukundaki hükümlerin konulmasındaki ana gaye insanları ıslah etmek, aralarında adaleti tesis etmek ve onlara sıkıntı veren şeyleri gidermektir.⁶⁶ Örf ve âdetler göz ardı edilerek şer'î hükümlerin oluşturulduğunu düşünmek ise bu gayeye ters düşer. Zira örf ve âdetler zaten insanların uymayı kendiliğinden kabul ettiği ve kendisine tâbi olunmak suretiyle adaletin gerçekleştiği inancının olduğu kurallardır. Bundan dolayıdır ki fikhî hükümlerin teşekkülünde örf ve âdetlerin önemli bir rolü vardır.⁶⁷ İslâmiyet öncesi dönemdeki toplum ihtiyaçlarından kaynaklı pek çok sahih örf ve âdet şer'î hukuk kapsamına alınmıştır.⁶⁸ Bunların başında "selem akdi" gelmektedir. Hz. Peygamber Medine'ye hicret ettiğinde Medinelilerin tarım ürünlerini peşin bedelle üç yıla kadar vadeyle sattıklarını müşahade etmiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber onlara "kim bir şeyde 'selem' yaparsa belirli ölçüde, belirli tartıda ve belirli zamana kadar

⁶³ Bkz. Müslim, Akzıye, 7-9; Buhârî, Büyû', 95; Ahmed b. Hanbel, Müsned, VI/39; Ebû Dâvûd, Buyû' 79; Nesâî, Âdâbü'l-kuzât 31; İbn Mâce, Ticârât, 65.

⁶⁴ Bazı alimler "Sen af yolunu tut, örf ile emretmeyi terk etme ve cahillerden yüz çevir" (A'raf, 7/199) ayetini; diğer bazıları ise "Müslümanların güzel görüp uyguladığı bir şey Allah katında da güzeldir" (Ahmed b. Hanbel, Müsned, I/379) hadis-i şerifini, örfün delili olarak görürler. Gerek ayet-i kerimedeki örfün ıstılâhî anlamdaki örfe işaret etmediği ve gerekse mezkûr hadisin mevkuf olması dolayısıyla her iki delilin de örf ve âdetin şer'î hukukun bir kaynağı olamayacağı söylenmektedir. Zeydan, *el-Veciz*, 239.

⁶⁵ Hayreddin Karaman, *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*, (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2019), 1:122

⁶⁶ Şaban, *Usulü'l-Fıkh*, 261.

⁶⁷ Şaban, *Usulü'l-Fıkh*, 260.

⁶⁸ Fıkhın gelişmesinde İslâm'ın ruh ve esaslarına aykırı olmayan örf ve âdet kurallarının belirli ölçüde etkisi olmuştur. Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2016), 16.

yapsın"⁶⁹ şeklinde buyurarak unsurları belirli hale getirilen selem akdinin kurulmasına cevaz vermiştir. Burada "*madumun beyi batıldır*" kuralına rağmen selem akdi; çiftçilerin acil paraya ihtiyaçları sebebiyle birtakım şartlara riayet edilmek koşuluyla meşru kılındığı anlaşılmaktadır.⁷⁰ Toplumdaki zaruri ihtiyaca binaen meşru kılınan diğer bir hukuki müessese ise "istisna akti"dir. Hanefi hukukçuları eser sözleşmesi anlamındaki istisna akti hakkında Hz. Peygamber'in meşit için minber ve kendisi için yüzük yaptırdığını delil göstererek "*madumun bey'i batıldır*" kuralına rağmen istisna akdinin insanların ihtiyacı ve örf sebebiyle istisnenen caiz olduğunu söylemişlerdir.⁷¹ Buna paralel olarak Mecelle'nin 388'inci maddesinde istisna aktinin sahih olacağı belirtilmiştir.⁷² Selem ve İstisna akdi dışında kısas cezası, buyu' nikâh,⁷³ mudarebe, kira, kasame, arâyâ⁷⁴ akdi gibi sahih örfler de İslam hukukunda meşru kabul edilmiştir.

Örf ve âdetlerin fikhî hükümlere kaynaklık edebilmesi için nasslara aykırı olmaması gerekmektedir. Zira dinin insanlara değil, insanların dine uyması icap eder.⁷⁵ Buna binaen içki, riba, kumar, kız çocuklarının diri diri gömülmesi,

⁶⁹ Buhârî, "Selem," 1, 2, 7; Müslim, "Müsâkât," 128.

⁷⁰ Zeydan, *el-Veciz*, 239; Bilal Aybakan, "Selem," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.36 (İstanbul: TDV Yayınları, 2009): 403; Hamza Aktan, "İstisna," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.23 (İstanbul: TDV Yayınları, 2001): 393.

⁷¹ Aktan, "İstisna," 394

⁷² Akgündüz, *Mecelle*, 133; Hanefi hukukçu Serahsi, eser sözleşmesinde (istisna akdinde) örf ve âdetin mühim olduğunu ve insanların örf ve âdet haline getirdikleri her uygulama üzerine eser sözleşmesi yapmanın caiz olduğunu belirtmektedir. Serahsi, *Mebcut*, 15:127; Diğer yandan elbiselik gibi halk içinde örf ve âdet olmayan mevzularda sipariş verilmesi sahih değildir. İbrahim b. Muhammed Halebî, *Me'vukufat Mülteka Tercümesi*, çev. Ahmed Davudoğlu. (İstanbul: Sağlık Yayınevi, 2013), 3:153.

⁷³ Kısas toplumda cinayetin önlenmesi için, nikâh neslin devamı için, ticaret malın nemalandırılması için uygulanan âdetlerdir. En-Nemle, *El-Câmiu Li-Mesâilî Usulî'l-Fıkh*, 394.

⁷⁴ İslâm hukukunda hurmanın hurmayla satışı yasak olmasına rağmen ağaçtaki yaş hurma ile kuru hurmanın tahmine dayalı olarak satışı anlamındaki arâyâ akdine ruhsat verilmiştir. Zira burada da insanların örf haline gelmiş ihtiyaçları söz konusudur. Serahsi, *Mebcut*, 12:326-27; Zeydan, *el-Veciz*, 239.

⁷⁵ Taha Yılmaz, "İslâm Hukuk Düşüncesinde Örfün Yeri, İşlevi ve Güncel Fikhî Meselelere Etkisi," *Akademik Us 15-16* (2024): 152.

kadınlara mirastan pay verilmemesi, evlatlık edinme gibi İslâm hukukuna aykırı olan fâsit örf mahiyetindeki cahiliye örf ve âdetleri ilga edilmiştir.⁷⁶ Mesela maktulün velisinin talebi halinde âkıl ve bâliğ olan kâtilin kısas edilmesi nass ile sabittir.⁷⁷ Buna binaen bir beldede kısas ile insan öldürmek örf ve âdet icabı yasak olsa da bu uygulama muteber addolunmayarak kısas gerçekleştirilir. Zira örf ve âdet nass ile sabit olan İslâm hukuku kuralını ortadan kaldıramaz.⁷⁸ Bir kimse ölmeden önce vasiyetini “akraba” topluluğuna yönelik yapmış olabilir. Bu noktada her ne kadar örf ve âdet gereği “varisler”, “akraba” mefhumu içerisinde mütalaa edilse bile Hz. Peygamber’in “*varise vasiyet yoktur*”⁷⁹ hadisi gereği bu değerlendirme yerinde olmayacaktır.⁸⁰ Örneğin yumurta ve civcivinde ortak olmak üzere tavukta; sütünde ve yağında ortak olmak üzere inek veya koyunda; ipeğinde ortak üzere ipek böceğinde şerikliğe dair halk nezdinde örf olmasına rağmen bu uygulama şer-i şerifte caiz görülmemiştir.⁸¹

Ebu Hanife ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybani'ye (ö. 189/805) göre; halkın örfü başka türlü olsa bile Hz. Peygamber'den gelen hadis yani nass gereği bir satışta altın ve gümüşün ölçümünün “tartı” ile; buğday, arpa, tuz ve hurmanın ölçümünün ise “ölçek” ile yapılması gerekir.⁸² Sadece hakkında nass olmayan yağ,

⁷⁶ Zeydan, *el-Veciz*, 239; Şaban, *Usulü'l-Fıkh*, 261.

⁷⁷ “Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı.” Bakara, 2/178; Bkz. Manastırlı İsmail Hakkı, *İslâm Hukuku Kişilere Karşı Suçlar Mi'yar-ı Adalet Şerhi*, haz. Mustafa Avcı ve Mansur Karadağ (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 78 vd.; Mustafa Avcı, *İslâm-Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 421 vd.

⁷⁸ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 83.

⁷⁹ Ebû Dâvûd, *Vesâyâ*, 6/2870; Tirmizî, *Vesâyâ*, 5/2120.

⁸⁰ Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair Hanefî Fıkımın Esasları*, haz. Osman Bayder (İstanbul: Türkiye Yazma Eserleri Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2022), 298.

⁸¹ Serahsi, *Mebcut*, 23:25.

⁸² Burhanuddin Ali b. Ebi Bekr el-Mergmani, *Hanefî Mezhebinde Temel Kaynak Bidayetu'l-Müptedi Şerhi el-Hidaye Tercümesi*, çev. Hüsamettin Vanlıoğlu, Abdullah Hiçdönmez, Fatih Kalender ve Emin Ali Yüksel, (İstanbul: Yasin Yayınevi, 2017), 4:311.

şeker ve un gibi maddelerin satışı sırasında ise ölçüm aleti örf ve âdete göre belirlenebilir.⁸³ Zira yalnızca nass olmayan alanda örf ve âdet etkili olabilir.⁸⁴

2. Türk Hukuk Tarihinde

İslâm hukukunda Kur'an ve Sünnete muğayir olmayan genel örf mahiyetindeki⁸⁵ milli örf ve âdetlere itibar edilmesi caiz kabul edilmektedir.⁸⁶ Türk hukuk tarihine bakıldığında da İslam hukukuna aykırı olmayan örf ve âdetlerin hukuk kurallarının asli kaynakları arasında yer aldığı ve devletin resmi hukuk kurallarının belirlenmesinde önemli bir fonksiyonu icra ettiği müşahade edilmektedir.

İslâmiyet öncesi eski Türk hukukunda toplum hayatını düzenleyen, halkı ve devlet başkanını bağlayıcı, sosyal ve objektif hukuk kurallarına "töre" denilmekteydi.⁸⁷ Anayasa normu mesabesinde olan bu kuralların kaynağına bakıldığında kağan iradesi ve kurultay kararlarının yanında toplum içinde kendiliğinden ve peyderpey oluşan "yusun" denilen örf ve âdetler olduğu görülmektedir.⁸⁸ Eski Türklerde örf ve âdetlere zaman içinde sosyal müeyyidelerin yanı sıra hukuksal yaptırımlar eklenerek hukuki karakter kazandığı bilinmektedir.⁸⁹ Eski Türklerde bilhassa aile, mülkiyet, miras ve borçlar hukuku

⁸³ Bkz. İbrahim b. Muhammed Halebî, *Mülteka*, 3:139; Elmalılı, *Kamus*, 4:111.

⁸⁴ Ebu Yusuf (ö. 182/798) ise örf ve âdetler üzerine bina edilen şer'î hükümleri tefrik etmiş, zamanla değişen örf ve âdetle birlikte; örf ve âdete üzerine bina edilen şer'î hükmün değişeceğini beyan etmiştir. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 288.

⁸⁵ Hanefi ekolünde şer-i şerife aykırı olmayan genel örfün hükme konu olmasında ihtilaf yokken özel örf hakkında ihtilaf vardır. Ancak ilgili beldede geçerli olmak üzere şeriata muğayir olmayan özel örfün de itibara alınacağı hakkında çok sayıda fetva verilmiştir. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 316.

⁸⁶ Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, 247; Kanaatimizce bu tür milli örf ve âdetler tüm ülke sathında geçerli olduğu için örf-i am (genel örf) olarak değerlendirilebilir. Zira milli örfler, örf-i hass (özel örf) gibi bir yöre halkının, bir kabilenin veyahut bir esnaf kesimi gibi özel topluluklara münhasır değil tüm ülke çapındaki yaygın uygulamalardır.

⁸⁷ Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947), 287.

⁸⁸ Heyet, *Türk Tarihinin Ana Hatları* (İstanbul: Devlet Matbaası, 1930), 433.

⁸⁹ M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), 15-16.

gibi özel hukuk alanında örf ve âdetler hakim idi.⁹⁰ Dolayısıyla eski Türk hukukunda törenin oluşmasında örf ve âdetlerin etkili olduğu görülmektedir.

Osmanlı Devleti'nde mahkemelerde tatbik edilen hukuk kurallarına bakıldığında İslâm hukukunun ve onun boş bıraktığı alanlarda ise örfî hukukun etkili olduğu görülmektedir. Osmanlı Devleti'nde padişah buyruğuna dayanan örfî hukuk kurallarının da temelde nesilden nesile halk tarafından benimsenip tatbik edilen örf ve âdetlere dayanmakta olduğu bilinmektedir.⁹¹ Âşıkpaşazâde'nin⁹² aktardığı bilgiye göre Germiyan'dan gelen birisinin "bac"ın yani pazara getirilen ürünlerden vergi alınması hakkının kendisine verilmesi isteğine karşı Osman Bey, ilk başta "bu Tanrı buyruğu ve Peygamber sözü müdür?" diyerek karşı çıkmıştır. Ancak sonradan "bac"ın âdet üzere alınan bir vergi olduğu anlaşılınca Osman Bey örf ve âdete dayalı bu vergi çeşidine izin vermiştir.⁹³ Bu olaydan henüz Osmanlı devletinin kuruluş devrinden itibaren örf ve âdetin hukuk normlarının oluşturulmasında etkili olduğu anlaşılmaktadır.

Osmanlı Devleti'nin fethettiği topraklarda kalıcı olmasının temel sebebi olarak yerel örf ve âdetlere dayanan hukuk kurallarının aynen tatbikine izin vermesi gösterilmektedir.⁹⁴ Osmanlı Devleti fethettiği bölgelerdeki kanunlar üzerinde gerekli değişiklikleri yapıp baş tarafına bir ferman ekleyerek geri kalan hukuk kurallarının aynen uygulanmasını temin etmiştir.⁹⁵ Örneğin ilhak ettiği topraklarda uygulanan Akkoyunlu Beyi Uzun Hasan'ın, Memlük Sultanı

⁹⁰ Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, 288; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16.

⁹¹ Halil İncalcık, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet* (İstanbul: Kronik Yayınları, 2017), 52,58.

⁹² Müellif, 15. asırda Amasya Sancağında dünyaya gelmiştir. Âşıkpaşazâde ününü *Tevârih-i Âl-i Osmân* eseriyle kazanmıştır. Eser, Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan Fatih Sultan Mehmed devri sonlarına kadar gerçekleşen tarihi olayları ele almaktadır. Abdulkadir Özcan, "Âşıkpaşazâde," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.4 (İstanbul: TDV Yayınları, 1991): 6-7.

⁹³ Âşıkpaşazâde, *Osmanoğullarının Tarihi*, çev. Kemal Yavuz ve Yekta Saraç (İstanbul: K Kitaplığı, 2003), 73.

⁹⁴ Halil İncalcık, Osmanlı hükümdarının gayrimüslim tebaayı kazanmak ve devlet işlerini düzene koymak için kendi iradesiyle vaz ettiği nizam anlamına gelen ve "istimale" adı verilen bir politika ile kendi egemenliğini, fethettiği topraklarda kabul ettirip kalıcı hale getirdiğini belirtmektedir. Halil İncalcık, "Halil İncalcık ile Türk Hukuk Tarihi Üzerine," *TALİD* 3, no. 5 (2005): 479.

⁹⁵ Erol Özbilgen, *Bütün Yönleriyle Osmanlı Adab-ı Osmaniye* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 133.

Kayıtbay'ın (ö. 901/1496) ve Dulkadiroğlu hükümdarı Alaüddeve Bey'in (ö. 754/1353) kanunnameleri ile fethedilen Dubrovenedik, Eflak, Boğdan gibi yerlerdeki yerel kanunların kamu düzeniyle alakalı olmayan ve şer'î şerife aykırı olmayan çoğu hükümleri fetihten sonra da tatbik edilmeye devam edilmiştir.⁹⁶ Dolayısıyla Osmanlılarda gerek örfi hukukun bir parçası olması ve gerekse fethedilen yerlerdeki halkın örf ve âdetine dayanan hükümlerin geçerliliğinin devam ettirilmesi Mecelle'nin "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" (m.37) kaidelerinin bir sonucu olarak örf ve âdet kurallarının Osmanlı hukukunda önemli bir mevkide olduğunu göstermektedir.

Osmanlı Devleti kuruluşundan itibaren şer'î hukuk sahasında Hanefi mezhebi merkezli bir hukuk politikası yürütmüştür. 16. asra gelindiğinde birtakım sebeplerden dolayı Anadolu ve Rumeli topraklarıyla sınırlı kalmak üzere kadı ve müftüler atanırken yalnızca Hanefi mezhebinin kendi içinde tercihe layık olan içtihadına (esahh-ı akvaline) göre hüküm vermeleri istenmiştir.⁹⁷ Bu karardan itibaren her ne kadar mahkemelerde uygulanan şer'î hukuk kuralları tek tipleşse de Osmanlı devletinin zaman zaman halkın zaruri ihtiyaçlarını gözeterek Hanefi mezhebinin esahh-ı akvalinden vazgeçtiği gözlemlenmiştir. Örneğin Osmanlı hukukunda evlenme akdi Hanefi mezhebinin en sahih görüşü olan şahitler ve erkeğin icabının yanında veli izin veya rızasına bağlı olmaksızın temyiz yaşına gelmiş olmak kaydıyla yalnızca kızın kabul beyanıyla kurulmaktaydı. Ancak 16. asırda kızların evden kaçarak velisinden izinsiz evlenmesi vakıalarının artış göstermesi üzerine; Ebussuud Efendi'nin fetvasının Padişah tarafından onaylanması neticesinde artık nikâh akdinin kurulabilmesi için genç kızın rızasının yanında velisinin izninin de gerekli olduğu kuralı getirilmiştir.⁹⁸ Yine aynı dönemde toplumda yaygın hale gelmiş para vakıflarının icazeti konusunda devrin ihtiyaçları gözetilerek Hanefi Mezhebi içerisinde azınlık görüşü olan Züfer

⁹⁶ E. Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku* (İstanbul: Arısanat, 2017), 180-181; Özbilgen, *Bütün Yönleriyle Osmanlı*, 133.

⁹⁷ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 92-93.

⁹⁸ Sual: "... Kadıhan meseleleriyle hükmeden hâkimin hükmü nafiz olur mu?" El-Cevap: "*Sene ihda ve hamsin ve tis'a miete (951 h.) tarihinde kudat veli izinsiz nikâhu kabul etmemekle memurlardır.*" (Maruzat, Mesele 8) Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, (İstanbul: OSAV, 1992), 4:38.

b. Huzeyl'in (ö. 158/775) kavlinin Ebussuud Efendi'nin fetvası aracılığıyla Padişah tarafından bütün Osmanlı ülkesinde resmi hukuk kuralı haline getirildiği görülmektedir.⁹⁹

Tanzimat devriyle birlikte gelişen ve değişen ticaret hayatındaki ihtiyaçların karşılanması için yeni kurulan Nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere başta Ticaret kanunu gibi batı menşeli kanunlar daha sonra İslâm hukuku kaynaklı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi ihdas edilmiştir. Mecelle'nin esbab-ı mûcibesine bakıldığında her ne kadar Hanefi mezhebi dışına çıkılmasa da mezhep içinden zamanın ihtiyaçlarına ve toplumun örf ve âdetlerine uygun (nâsa erfak ve maslahat-ı asra evfak) olan diğer müçtehitlerin görüşlerinden istifade edilerek¹⁰⁰ 207, 220, 300, 313, 392, 447, 596, 682, 692 ve 714. maddelerin buna göre tanzim edildiğinden bahsedilmektedir.¹⁰¹ Yine 1917 yılında çıkarılan Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile o zamana kadar Osmanlı hukukunda yerleşik hukuk kuralları olan Hanefi mezhebi hükümleri devrin sosyal ihtiyaçları

⁹⁹ Halil İnalçık, *Osmanlıda Devlet, Hukuk ve Adalet*, 51; Ahmed Akgündüz, "Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'î Sınırları," iç. *Kuruluşunun 700. Yılında Osmanlı*, Ed. Güler Eren, (Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999), 6:406; Ahmed Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, (İstanbul: OSAV, 2011), 1:142; Para vakıfları halk arasında yaygınlık kazanmaya başlayınca önce Çivizâde Muhyiddin Mehmet Efendi'nin (ö. 954/1547) etkisiyle Hanefi mezhebinin tercih edilen görüşüne uygun olarak para vakıflarının yasaklanmış ancak sonradan Ebussuud Efendi'nin etkisi ile serbest bırakılmıştır. M. Akif Aydın, *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli* (Ankara: İSAM Yayınları, 2020), 279.

¹⁰⁰ *...fukahây-ı Hanefiyeden bazı fühûl-i eimmenin akvâl-i muteberesi nasa erfak ve maslahat-ı asra evfak olmak hasebiyle ihtiyâr olunmuş idüğünden... naşı bu misillü örf ve âdetlerinden geçirmek kabil olamayıp...* Mecelle Esabab-ı Mucibe Mazbatası. Bkz. Akgündüz, *Mecelle*, 45.

¹⁰¹ Ancak Osmanlı borçlar hukukundaki bu az sayıdaki değişim devrin ihtiyaçlarını karşılamakta yeterli olmamıştır. Bilhassa menfaatin mal sayılmaması ve bağımsız hukuki işlemlere konu edilememesi, irtifak hakkının ayrıca bir hukuki işleme konu edilememesi, taşınmazların gasp hükümlerine tabi olmaması, menkullerin kabzdan evvel satılmasının engellenmesi gibi zamanın ihtiyaçlarına uygun olmayan hükümlerin varlığı Mecelle'nin diğer mezheplerden istifadesini zorunlu hale getirmiştir. Bu minvalde kanunların oluşturulması adına 1916, 1923 ve 1924 yıllarında tadilat komisyonları oluşturulmuş ancak bu çalışmalar netice vermemiştir. M. Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.28 (Ankara: TDV Yayınları, 2003): 234.

gözetilerek pek çok konuda terk edilip başka mezhep ve müçtehitlerin görüşleri kanunlaştırılmıştır.¹⁰²

Sonuç olarak zamanın değişimi insan ihtiyaç ve âdetlerinin değişmesini sağlamış buna bağlı olarak da Osmanlı'nın hukuki tercihlerinin de değiştiği müşahede edilmiştir. Zira "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" ve "*ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz*".

3. Modern Türk Hukukunda

Hukuk kurallarının uygulandığı toplumun dini ve milli değerlerine, genel ahlak ilkelerine ve ayrıca örf ve âdetlerine uygun bir şekilde oluşturulması gerekmektedir. Halkın hukuk normlarını benimseyip o normlara riayet etmesi için bu anlayış çok önemlidir. Doğal hukuka, halkın ihtiyaçları ile örf ve âdetlere uygun tanzim edilen kanun, toplumun ortak vicdanına da uygun demektir.¹⁰³ Bu vasıfları haiz olmayan kanunların eninde sonunda kendisine uyulmak mecburiyetinden çıkacağı söylenebilir.¹⁰⁴ Zira toplum, kanunları değil kanunlar toplumu takip eder.¹⁰⁵

İlahi kaynaklı olmayan hukuk düzenlerinde bir mevzudaki resmi hukuk kuralının aksine örf ve âdet oluşmaya başlamışsa sonradan zuhur eden bu örf ve âdet kuralına kolay kolay karşı çıkılamaz. Çünkü böyle bir durum artık yazılı hukuk kuralının değiştirilmesi zamanının geldiği anlamına gelir. Binaenaleyh toplumda düzen ve güveni sağlamakla görevli olan kanun koyucu da yürürlükteki kanun hükümleriyle çelişmemesi ve hukuk politikasına aykırı olmaması şartıyla

¹⁰² Bkz. Süleyman Tepe, "İslâm Hukuku Yasama Faaliyeti Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Değerlendirilmesi," *ASBÜHFD*, no.4 (2022): 253-327.

¹⁰³ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 12.

¹⁰⁴ Ömer Hilmi Efendi, hakkında yasa olmayan bir husus ile ilgili kanun oluşturulurken o kanunlara tâbi olan halkın veya o hususu tatbik edecek kimselerin örf ve âdetlerinin dikkate alınması gerektiğini aksi halde yapılan kanunun insanlar üzerinde manevi etkisinin olmayacağını ve bu nedenle yasama faaliyetinden elde edilmesi düşünülen başarının gerçekleşmeyeceğini belirtir. Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 78.

¹⁰⁵ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 12.

oluşan bu örf ve âdeti kanunlaştırmalıdır.¹⁰⁶ Örneğin 1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde erkek 18, kadının 17 yaşını itmam etmedikçe evlenmesi yasak idi. Ancak toplumda yaygın şekilde kızların daha genç yaşta evlilikler yapıyor olması kanun koyucuyu harekete geçirmiş 1938 yılında 88. maddede yapılan değişiklikle kızların evlenme yaşında alt sınır 15'e indirilmiştir.¹⁰⁷

Bir hukuk kuralı toplum mevcut örf ve adetlerine aykırı şekilde tanzim edilirse mezkûr normlar metruk hale gelerek meşruiyetini kaybedecektir.¹⁰⁸ Örneğin Cumhuriyet'in ilanı sonrası yürürlüğe giren "Efendi, Bey, Paşa Gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun", "Tekke ve Zaviyelerin Kapatılmasına Dair Kanun" ve "Şapka Kanunu" gibi halkın örf ve yaşam değerlerine ters olan kanunların kısa süre sonra metruk hale geldiği görülmektedir.¹⁰⁹ Bazen de kanuna aykırı bir örf ve âdetin varlığını sürdürmesinin kanunun uygulanmasını fiilen engellediği görülmüştür. Bunlara "ölü yasa" da denilmektedir.¹¹⁰ Örneğin Anayasa Mahkemesinin 20.9.1966 tarih ve E.1963/156, K.1966/84 sayılı kararı ile iptal edilmiş olan 25.11.1936 tarihli ve 55 sayılı "Düğünlerde Men'i İsrifat Kanununun"un uygulanmasının insanların örf ve âdetleri gereği fiilen engellendiği söylenebilir.¹¹¹

1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun'un gerekçesini de oluşturan dönemin Adalet Bakanının mecliste yaptığı konuşmada; bir yandan bu kanunda Türk ulusunun duygularına ters düşecek hiçbir hususun yer almadığı söylenirken diğer yandan örf ve âdet ile gelenek ve göreneklere bağlı kalmanın ilkel bir

¹⁰⁶ Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 108-109.

¹⁰⁷ Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, *Şematik Medeni Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 41; Erkeklerin evlenme yaşı ise aynı değişiklikle 18'den 17'ye indirilmiştir. Bu kural 2002 yılında Türk Medeni Kanunu'nun ihdas edilmesine kadar yürürlükte kalmıştır. 743 s. Türk Kanunu Medenisi için bkz. erişim tarihi Ekim 25, 2024 <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-kanunu-medenisi-743>.

¹⁰⁸ Furkan Aydın, "Hukukta Metrukiyet Meşruiyet İlişkisi: Anayasa Örneği," *TYB Akademi Dil Edebiyat ve Sosyal Bilimler Dergisi*, no.35 (2022): 125.

¹⁰⁹ Bkz. Aydın, "Hukukta Metrukiyet Meşruiyet İlişkisi: Anayasa Örneği," 125.

¹¹⁰ Şevki Özbilen, *Hukukun Temel Kavramları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 44.

¹¹¹ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 110.

davranış olduğu belirtilmiştir.¹¹² Kanun maddelerine bakıldığında Türk toplumundan farklı hayat tarzına sahip İsviçre toplumuna tatbik edilen İsviçre Medeni kanununun genel olarak Türk örf ve âdetlerinin gözetilmeden tercüme edilerek oluşturulduğu görülmektedir.¹¹³ Örf ve 'âdetin dikkate alındığı nâdir mevzulardan biri malların idaresi mevzusudur. Me'haz kanun olan İsviçre Medeni Kanununda karı-kocanın mallarının idaresi konusunda "mal birliği" rejimi mevcut olmasına rağmen Türk Kanun-ı Medenisi'nde halkın örf ve adetine uygun olarak "mal ayrılığı rejimi" benimsenmiştir.¹¹⁴ Süt kardeşliği mevzusunda ise kanunun ilk halinde toplumun örf ve inanç değerlerine uygun şekilde süt kardeşleri arasında evlenme engeli olduğu hususu düzenlense de Medeni kanunun yürürlük tarihinden yaklaşık bir ay sonra ilgili düzenlemenin ilga edildiği bilinmektedir.¹¹⁵ Dolayısıyla "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" (Mecelle m.37) kaidesi gereği Medeni Kanun hazırlanırken toplumun kültür değerlerinin hukuk normlarına kaynaklık etmesi beklenirken pek de öyle olmadığı görülmektedir.

¹¹² Bu kanunda milletimizin duyguları ile istinas etmeyecek hiçbir nokta tasavvur etmemektedir. ... Örf ve âdete suret-i mutlakada bağlı kalmak davası, en iptidâi vaziyetinden bir adım ileri götürmeyecek kadar tehlikeli bir nazariyedir. ... Cumhuriyet Gazetesi, 14 Şubat 2005 Pazartesi, 6; TBMM, "Zabit Ceridesi," erişim tarihi Ekim 21, 2024, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c022/tbmm02022057.pdf>.

¹¹³ Akgündüz, bu kanunun boşanma engellerini düzenleyen hükümleri incelendiğinde tercüme sırasında "kilise" ifadelerinin "mahkeme" ifadeleriyle değiştirilerek İslami esaslar hiçe sayılarak Katolik Hıristiyanlığında olan boşanma sebeplerinin aynen tercüme edildiğini söylemektedir. Mustafa Baktır, "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Cevdet Paşa," *Ahmed Cevdet Paşa Vefatının 100. Yılına Armağan* (Ankara: TDV Yayınları, 1997), 328.

¹¹⁴ Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, 121.

¹¹⁵ Şöyle ki; 04/04/1926 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan TMK m. 92/1: "*Aşağıdaki kimseler arasında evlenmek memnu'dur... süt ana ve kardeşler arasında*" ve TMK m.112/3: "*Aşağıdaki hallerde evlenme batıldır...karı koca arasında...süt analığı ve kardeşliği varsa*" hükümleri 08/05/1926 tarihli Resmi Gazete'de tashihler başlığı altında "*Kanun-ı Medeni madde 92, sayfa 12, satır 5 ile madde 112, sayfa 15, satır 6 zaid olduğundan silinmiştir*" ifadesiyle kaldırılmıştır. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Medeni Hukuk Dersleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973), 98.

B. Örf ve Âdetlerin Açık Nass/Kanun Boşluğunu Doldurma İşlevi

Açık nass ya da gerçek kanun boşluğu Mecelle'de yer alan “Âdet muhakkemdir”, “Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir” ve “Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir” kaideleri gereği örf ve âdet aracılığıyla doldurulmalıdır. Zira mezkûr kaideler bir hukuk normunda ya da sözleşme hükmünde¹¹⁶ düzenlenmemiş bir husus hakkında örf ve âdet varsa o kuralın o işte şart kılınmış olduğu ve ilgili örfe, kanun hükmü gibi uyulmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir.¹¹⁷ Buradaki boşluk kavramı gerçek boşluk olarak telakki edilmektedir. Örf ve âdet ile hüküm içi (intra legem) boşlukların doldurulması ise bir sonraki bölüm olan “örf ve âdetin belirtme işlevi” ana başlığı adı altında incelenecektir.¹¹⁸

1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda ümmete kolaylık ve rahmet olması için “meskutun anh” diye isimlendirilen kasten bırakılan boşlukların olduğu görülmektedir.¹¹⁹ Nassların sınırlı, olayların sınırsız olması ve bunun neticesinde oluşan bilinçli boşlukların içtihat ile doldurulması gerektiği kabul edilir. Zira Muaz hadisinde, Muaz b. Cebel (ö. 18/639) Kur'an ve Sünnette hüküm bulamadığında kendi re'yiyle (görüşüyle) amel edeceğini beyan ederek Hz. Peygamber'i memnun

¹¹⁶ Roma hukukundaki “in contractis tacite insunt quae sunt moris et consuetudinos” (örf ve âdet kuralları sözleşmelere zımnen dahil sayılır) kuralı da bu hususa işaret etmektedir. İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 44.

¹¹⁷ Hilmi Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kaideleri* (İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965), 59; Ali Ulvî, *Telhis*, 55.

¹¹⁸ Yasemin Işıktaç, örf ve âdetlerin her türlü boşluk doldurma işlevini örf ve âdetin “tamamlayıcı fonksiyonu” olarak isimlendirmektedir. Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, 117-119

¹¹⁹ “Afv” da denilen bu boşlukların bırakılmasından gaye genel maslahatı temin edip makâsıd-ı şer'iyeyi gözetmektir. Yusuf el-Karadavi, *el-Hasaisu'l-Amme li'l-İslâm* (Kahire: Mektebtü'l-Vehbe, 1989), 223-25; Bu boşlukların modern hukuktaki gibi bilinçsiz olarak bırakıldığı düşünülemez. Kanun boşluğu ifadesi Allah Teala'nın bilerek düzenlemediği çözümünü içtihadı bıraktığı durumlardır. İbrahim Kafi Dönmez, “İslâm Hukukunda Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese,” *Fıkıh Usulü İncelemeleri* (İstanbul: 2018, İSAM), 142.

etmişti.¹²⁰ Buradan uygulanacak hüküm bulunamadığında içtihat yapılmasının gerektiği anlaşılmaktadır.¹²¹ İctihat denilince akla ilk kıyas gelmektedir. Ancak örf ve âdet kurallarının varit olduğu bir mevzuda kıyas delili kullanılmaktansa¹²² daha çok örf veya örf müstenit istihsan, istislah ve istislah gibi diğer tali deliller tercih edildiği belirtilmektedir.¹²³

Hız. Peygamber'den değirmencinin öğüteceği buğdaydan yaptığı iş karşılığı belirli oranda buğday ya da undan pay almasının veya bunu sözleşmede şart koşmasının caiz olmadığına dair hadis rivayet edilmektedir.¹²⁴ Bu olay değirmencinin ölçüğü anlamına gelen "kafiz-i tahhan" olayı olarak bilinmektedir. Bir beldede dokumacının elbise yapmak üzere kendisine verilen kumaştan belli bir pay almak karşılığında işi yapmayı kabul etmesi "kafiz-i tahhan" olayına kıyas edilirse caiz olmaması gerekir.¹²⁵ Ancak Belh ve Harezmi fukahası mezkûr mevzu hakkında doğrudan nass olmadığı için kıyasın terk edilip mevcut örfü göre hüküm verileceğini söylemişlerdir.¹²⁶ Benzer şekilde taşınır malların vakfedilmesi

¹²⁰ Ebû Dâvûd, "Ağzıye," 11; Tirmizî, "Ahkâm," 3.

¹²¹ Yapılacak olan içtihadın hangi metotla icra edileceği müctehitlerin hukuki anlayışlarına bırakılmıştır. Dönmez, "İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu," 142,144.

¹²² Kıyasın terk edilmesi nassın terk edildiği anlamına gelmez. Hatta nass varit olmadığı durumda genel ya da özel örf ayrımı yapılmaksızın örfün kıyas deliline önceleneceği söylenir. Özel örfün dikkate alınarak hüküm verilmesi halinde o hüküm sadece örfün has olduğu çevrede geçerli olur. İbn Âbidîn, "Neşru'l Arf," 660-661.

¹²³ Dönmez, "İslâm Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu," 144; Bazı sınırlar korunmak şartıyla bilinçli boşluklar kıyas, istihsan, istislah veya örf delilleri ile doldurulabilir. el-Karadavi, *el-Hasaisu'l-Amme li'l-İslâm*, 225; Hüküm elde etmedeki (ictihat) ve hüküm vermedeki (kaza) önemi nedeniyle müctehit, müftü ve hâkimlerin yaşadığı dönemdeki örf ve âdetleri bilmesi elzendir. Serahsi, *Mebcut*, 16:90; Merginani, *el-Hidaye*, 4:534; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, 97; İbn Âbidîn, *Hanefilerde Mezhep Usulü*, 254-260; Ebû Zehra, *İslâm Hukuk Metodolojisi*, çev. Abdulkadir Şener (Ankara: Fecr Yayınları, 1986), 238.

¹²⁴ Dârekutnî, Sünen, III, 468; Beyhakî, Sünen, V, 554.

¹²⁵ Kamil Yelek, "Hanefi Mezhebinde Örfün Hükümlere Etkisi," *AİBU İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no.6 (2015): 94.

¹²⁶ Dönemin Belh ve Harezmi âlimleri örf nedeniyle kumaşçı ile bu tür bir akdin caiz olduğunu söyler. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 314-16; Bu mevzuda nassın terki değil, nassın örf ile tahsisi söz konusu olduğu söylenmektedir. İbn Âbidîn, *Hanefilerde Mezhep Usulü*, inceleme-çev. Şenol Saylan (İstanbul: Klasik Yayınları, 2016), 262.

mevzusunda da bazı müçtehitler örf delilini tercih etmiştir. İslâm hukukunda ana kural; ebedilik unsuru taşımadıkları için menkul eşyaların vakfedilmesinin caiz olmamasıdır.¹²⁷ Ancak Allah yolunda olmak üzere at ve silahların vakfedilmesi hakkında nass¹²⁸ varit olduğu için menkul olmasına rağmen at veya silahın vakfedilmesi caiz kılınmıştır. Bu noktada kıyasın ancak nass ile mümkün olduğunu söyleyen Ebu Yusuf'a göre hakkında nass varit olan at ve silahın vakfedilmesinin caiz olduğu hükmü diğer menkuller için geçerli değildir.¹²⁹ Muhammed b. Hasan eş-Şeybani ise at ve silah dışındaki balta, kürek, testere, tabut ve örtüsü, kazan, tencere ve Mushaf gibi halk arasında vakfedilmesi örf haline gelen taşınır eşyaların nass olmasa da vakfının caiz olduğunu söyler.¹³⁰

Örf ve âdetler hukuki işlemlerdeki boşlukların doldurulmasında da etkilidir. Bir sözleşmede, düzenlenmeyen her husus hakkında akdin doğuracağı hak ve borçların sınırının belirlenmesi adına örf ve âdet belirleyici rol oynar.¹³¹ Örneğin şehirde bulunan bir evin kiralanmasında taraflar kira sözleşmesine evin banyo ve tuvaletinin dahil olmasını yazmasalar bile örf ve âdet gereği kiralanan evin banyo ve tuvaletinin olması şart kılınmış sayılır.¹³² Ya da evin mutfak ve kilerinin satış sözleşmesine dahil edilmesine gerek olmayıp sözleşme metnindeki bu boşluk örf ve âdete göre doldurulur.¹³³ Araba satış sözleşmesinde yedek lastiğin satışa dahil

¹²⁷ Hacı Mehmet Günay, "Vakıf," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.42 (İstanbul: TDV Yayınları, 2012): 476.

¹²⁸ Halid b. Velid silahını ve zırhlarını vakfetmiş Hz. Peygamber de bunu onaylamıştır. Zeylaî, *Nasbur-Râye*, 3/478; Ayrıca Hz. Peygamber'in "Ben ölürsem atımı ve silahımı Allah yolunda vakfediniz" şeklinde bir vasiyeti olduğu söylenmektedir. Buhârî, "Veşâyâ," 1.

¹²⁹ "Kıyasa aykırı olarak sabit olan bir hüküm başka bir hükme esas olamaz" (Mecelle m.15) kuralı gereği istisnalar dar yorumlanarak at ve silahın vakfedilmesi hakkındaki istisnai izin diğer menkul mallara teşmil edilemez. Ahmed Akgündüz, "Osmanlı Hukukunda Vakıf Malları ve Kitap Vakfı," erişim tarihi Aralık 3, 2024 <https://osmanli.org.tr/osmanli-hukukunda-vakif-mallari-kitap-vakfi/>.

¹³⁰ Serahsi, *Mebcut*, 12:80; Merginani, *el-Hidaye*, 4:74-75 ve 465; İbrahim b. Muhammed Halebî, *Mülteka*, 3:71.

¹³¹ Saffet Köse, "İslâm Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili," *NEÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, no.6 (1996): 272.

¹³² İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 45.

¹³³ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 89.

olup olmadığı yazılı olmasa da buradaki boşluk örf ve âdet kurallarına göre doldurulur.¹³⁴ Bir kimse tatlı yapılması için mutfağını kiraya vermesi halinde mal sahibinin mutfaktaki kap kacağı kullanması için kiracıya izin verdiği anlaşılır. Kaplar kullanılırken kırılrsa her ne kadar kiracı açıkça zararı tazmin edeceğini beyan etmese de örf ile bilinen şey şart kılınmış gibi olduğundan kiracı sanki zarar vermesi halinde zararı tazmin edeceğini açıkça beyan etmiş olur.¹³⁵ Başka bir misalde Hanbelî mezhebine göre bir erkeğin eşi üzerine nikâh yapmayan bir aileden olduğu kabul ediliyor ve o ailenin âdetleri bu minval üzere devam ediyorsa bu âdet açık bir şekilde şart koşulmuş gibi geçerli olduğu ve aynı şekilde soyu, makamı ve toplumdaki yeri bakımından üzerine nikâhlanılamayacağı maruf olan bir kadının da üzerine eş alınamayacağı belirtilmektedir.¹³⁶ Zira hukuki ilişkilerde kararlaştırılmayıp boşluk bırakılmış hususlarda “*örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir*”.¹³⁷

Mecelle'nin 43. maddesi tüm sözleşmeler için geçerli olmasına rağmen kanun koyucu Mecelle'nin 44. maddesindeki “*beyne't-tüccar maruf olan şey beyinlerinde meşrut gibidir*”¹³⁸ kaidesiyle ticari alanda yaygın olan örf ve âdetlerin boşluk doldurma işlevini ayrıca vurgulamak istemiştir. Mezkûr madde tacirler arasındaki örf ve âdetlerin ticari sözleşmelerde tarafların boş bıraktığı hususlarda geçerli olduğuna işaret etmektedir. Örneğin altının ödeme aracı olarak kullanıldığı bir ticaret çevresinde sözleşmeye bu konuda ayrı bir hüküm eklenmemişse ödemenin

¹³⁴ Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, 119.

¹³⁵ Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 304.

¹³⁶ İbn Kayyim Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebibekr el-Cevziyye, *Zâdü'l me'âd fi Hedy Hayr'il İbad*, (Beyrut: Dârü İbni Hazm, 2019), 5:165.

¹³⁷ Örfen maruf olan şeyin muhalifi olan durum sözleşme metninde tarafların açık beyanı ile belirlenebilir. Açık beyanın olduğu hallerde tasrih mukabelesinde delaletle itibar olunmayacağından zahir beyan varsa örf dikkate alınmaz. Bilmen, *Kamus*, 1:269; Nasıl ki açık nass örften akva ise aynı şekilde tarafların açık beyanı (nass-ı ibad) da örften akvadır. Mesela kişi önüne açılan sofradan âdet üzere izin almadan yiyebilir ise de sofranın sahibi kişiyi açtığı sofradan yemekten men edebilir. Böyle açık beyan karşısında âdete itibar edilmez. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 95.

¹³⁸ Bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 109-110; Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, 120.

para ile yapılması talep edilemez.¹³⁹ Zira örf ve âdetin boşluk doldurma işlevi devreye girer.

Kanun veya sözleşme hükümlerinde boşluk olması halinde bu boşluğun örf ve âdet kurallarıyla doldurulacağına işaret eden diğer bir kaide ise; Mecelle madde 45'teki "*Örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir*" ilkesi olduğu söylenebilir. Burada örf ve âdet hukuku kuralları nass yani uyulması zorunlu olan İslâm hukuku kuralları ile bir tutulmuştur. Dolayısıyla mezkûr kaide gereği bir vakıada örf ve âdet hukukunun uygulanma şartları oluşmuşsa artık o duruma o örf ve âdet hukuk kuralının uygulanması -tıpkı yasanın tatbiki gibi- zorunludur. Bu kaidenin Roma hukukundaki karşılığının "*Consuetudo est altere lex*" yani "*örf ve âdet de bir nev'i kanundur*" ilkesi olduğu söylenebilir.¹⁴⁰ Mesela her ne kadar kanunda veya bir akitte açıkça belirtilmese de ödünç alınan bıçakla -örfe göre bıçağa zarar vereceği için- odun kesilemez. Çadır kiralayan birisi çadır içinde aydınlanma için kandil, ısınma için ateş yakabilir bunlar örf ve âdet uygun davranışlardır. Ancak bu fiiller neticesinde çadırın yanması ya da kararması gibi örfte belirlenen sınırı aşan durumların kira sözleşmesinde kararlaştırılmasına bile örf hakem kılınarak o boşluk doldurulup mezkûr zararın kiracı tarafından tazmin edilmesi icap eder.¹⁴¹ Örneğin herhangi bir kayıt olmadan ödünç alınan bir odaya ödünç alan isterse oturur, isterse eşya koyar ancak örf ve âdeti aykırı olarak odada demircilik gibi odaya zarar veren bir iş yapamaz.¹⁴² Bu kural âdeti kanun hükmü ya da tarafların kanunu olan sözleşmenin bir maddesi mesabesinde dir.

2. Modern Türk Hukukunda

Örf ve âdetler tarafından icra edilen en önemli işlevlerden biri kanun boşluklarının doldurulmasıdır. Kanun koyucunun her şeyi bir kanun maddesi olarak düzenlemesi çok güç olduğu gibi sosyal şartların değişmesiyle hakkında hukuk kuralı olmayan yeni durumların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Hâkimin yazılı norm olmayan bir vakıayı çözümsüz bırakması düşünülemez. İşte bu

¹³⁹ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 91.

¹⁴⁰ İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 46.

¹⁴¹ Serahsi, *Mebcut*, 16:34-35.

¹⁴² Ergüney, *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle*, 71.

noktada örf ve âdetlerin kanun boşluklarının doldurulmasında hâkimler için önemli bir yardımcı araç olduğu müşahede edilmektedir.

Modern Türk hukukunda -bilhassa özel hukuk alanında- örf ve âdetlerin boşluk doldurma işlevinin olduğu bilinmektedir. Gerçekten de, TMK m.1/2'ye göre, "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim örf ve âdet hukukuna göre ... karar verir" denilmek suretiyle hâkimin kanun boşluğu olması halinde örf ve âdet hukukunu tatbik edeceği belirtilmiştir. Hâkimin örf ve âdet hukukunu uygulayabilmesi için ilk araştıracağı şey kanunda gerçek boşluğun bulunup bulunmadığıdır. Bunu yaparken de bakılacak ilk husus, hiçbir uygulanabilir hükmün bulunmamasının gerçekte bir boşluk mu oluşturduğu yoksa kanun koyucunun bu konuda hiçbir hüküm getirmemesinin bir negatif çözüm mü olduğudur. Eğer kanunda hüküm bulunmaması, kanun koyucunun bu konuda bilerek hüküm koymamasından kaynaklanıyorsa, kanunda bir boşluktan değil negatif çözümden söz edilir, bu halde hâkim TMK 1/2'ye göre boşluk olduğunu kabul edip örf ve adeti devreye alamaz.¹⁴³

Eski Medeni Kanun m.148'de boşanma halinde çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı, sadece kendisine velayet verilmemiş olan ana ya da babaya tanınmıştı. Aynı düzenleme İsviçre Medeni Kanun'u (ZGB) eski 156. madde de vardı. Bu konuda velayet kendisine verilmemiş olan tarafın ana ve babasının çocuk ile (torunlarıyla) kişisel ilişki kurmayı isteme hakkının bulunup bulunmadığı meselesi ortaya çıkmıştır. İsviçre Federal mahkemesi İsviçre Medeni Kanun'u madde 156'daki düzenlemenin, münhasır bir düzenleme olduğunu kabul ederek bu konuda bir negatif çözüm bulunduğu sonucuna vararak büyük ana ve büyük babaya kişisel ilişki kurma hakkını tanımamıştır.¹⁴⁴ Çünkü mahkeme, burada kanun koyucunun o konuyu düzenlemeyerek negatif bir çözümü benimsediği ve dolayısıyla boşluk olmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay ise 18.11.1954 tarih ve 12/29 sayılı içtihadı birleştirme kararında¹⁴⁵ tam aksi sonuca vararak, kanunda büyük ana ve büyük babaların bu haklarının olup olmadığı hakkında bir boşluk bulunduğunu bunun örf ve âdetlere uygun olarak doldurulması gerektiğini ve bu sebeple büyük ana ve babaların boşanma halinde

¹⁴³ Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 107-108.

¹⁴⁴ Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 136.

¹⁴⁵ Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 136.

torunları ile kişisel ilişki kurma haklarının bulunduğunu kabul etmiştir. Sonuç olarak dede-nine bakımından kanun boşluğu olan bu husus örf ve âdetlere göre çözüme kavuşturulmuştur.

TTK 1/2'ye göre; “Mahkeme hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, hâkim, bir ticari uyuşmazlık hakkında pozitif hukuk normu bulamazsa bu boşluğu TBK ve TMK'daki genel hükümlere gitmeden önce ticari örf ve âdet hukuk kurallarıyla dolduracaktır.¹⁴⁶ Mesela bir yargıtay kararında açık-kapalı fatura türünün TTK'da düzenlenmemesine rağmen ticari örf ve âdet ile yerleşik Yargıtay içtihatlarında kapalı faturanın ödemeye karine teşkil etmesine vurgu yapılarak bu ticari örf dolayısıyla ilgili somut olayda ispat yükünün yer değiştirerek borcun ödenmediğini iddia eden davacı alacaklıya geçtiği belirtilmiştir.¹⁴⁷

TMK 1/2 ve TTK 1/2 gereği kanun boşluğu halinde hâkim Türk hukukunun bir parçası olan örf ve âdet kurallarını re'sen araştırıp bulmalı ve somut olaya tatbik etmelidir.¹⁴⁸ Zira HMK 33'te belirtildiği üzere hâkim Türk hukukunu re'sen uygulamakla yükümlüdür. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu 12/f maddesinde belirtildiği üzere kendi bölgeleri içerisindeki örf ve âdet kurallarına belirleme görevi odalara yüklenmiştir.¹⁴⁹ Hâkim bu odalardan

¹⁴⁶ Şebnem Akipek Öcal ve Süleyman Yılmaz, *Uygulamalı Hukuka Giriş* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 53.

¹⁴⁷ Yargıtay 15. HD, E. 2014/3377, K.2015/1718, 02.04.2015.

¹⁴⁸ Yargıtay bir kararında senetlerde görülen yırtılmanın nedeni üzerinde durulması ve gerektiğinde TTK 1 ve 2. maddeler gereğince ilgili işlemin ödeme bakımından bir teamül ya da örf ve âdet olup olmadığının usulen tahkiki gerekirken eksik inceleme ve bilirkişi mütalaasına dayanılarak yazılı şekilde hüküm verilmesini isabetsiz görmüştür. Yargıtay 11. HD, E. 1976/3837, K. 1976/3840, 21.9.1976.

¹⁴⁹ TOBB'nin belirlediği bazı ticari örf ve âdetler için bkz. Muhammed Sulu, “Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2022): 234-237.

yardım olarak bilirkişi marifetiyle ticari örf ve âdet kurallarına vâkîf olup somut olayı çözüme kavuşturmalıdır.¹⁵⁰

Ceza hukukundaki boşlukların kanunilik ilkesi gereği örf ve âdetler ile doldurulması düşünülemez. Suç ve cezalar sadece kanun ile ihdas edilebilir. Ancak ceza kanununun idari kanunlara ya da Medeni Kanun'a atıf yapması halinde bu kanunların atıf yapılan maddelerinin örf ve âdet hukukunu yetkilendirdiği durumlarda örf ve âdetin dolaylı olarak ceza hukukunun kaynağı halini alacağı söylenebilir.¹⁵¹

Milletlerarası genel hukukunda devletlerarası problemlerde tatbik edilecek bir kural ya da antlaşma hükmü bulunmadığında örf ve âdetlere müracaat edilir. Buna ilaveten belirtmek gerekir ki devletlerarası genel hukukunda mevcut olan ilkelerin ekserisi örf ve âdet hukuku mahiyetindedir.¹⁵²

C. Örf ve Âdet Hukuku Kurallarının Belirtme İşlevi

Kanun koyucu, bazı meseleleri ayrıntılı olarak kanun hükümlerinde tanzim etmeyip o meselenin çözümünü bir örf ve âdet hukuk kuralına havale eder. İşte bu mahiyetteki, hukuk kurallarının belirlenmesinde görev alan örf ve âdetin belirtici bir rol üstlendiği söylenmektedir.¹⁵³

1. İslâm Hukukunda

İslâm hukukunun -Kur'an ve Sünnet gibi- asli kaynaklarında bazı hukuki mevzularda örf ve âdete atıf yapıldığı veya doğrudan bazı hukuki müesseselerin örf ve âdete göre düzenlendiği görülmektedir. Yukarıda geçtiği üzere; Kur'an'da

¹⁵⁰ Kalabalık ve Doğanç, *Temel Hukuk Bilgisi*, 87; HUMK zamanında HMK'nun 33. maddesi gibi bir maddenin olmaması hâkime boşluk karşısında örf ve âdet kurallarını re'sen araştırma görevi yüklemiyordu. Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 41.

¹⁵¹ Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*, 86.

¹⁵² Kalabalık ve Doğanç, *Temel Hukuk Bilgisi*, 88.

¹⁵³ Akipek Öcal ve Yılmaz, *Uygulamalı Hukuka Giriş*, 63.

yeme-içme ve giyinme gibi nafaka miktarının tayininde¹⁵⁴ ve boşanmış kadınlara verilecek hediyein ölçüsünün belirlenmesinde;¹⁵⁵ Sünnette ise nafakası temin edilmeyen karının kocadan habersiz malından ne kadar alabileceği hususunda¹⁵⁶ örfе atıf yapıldığı görülmektedir.

Mecelle'nin 45. maddesinde belirtilen “*örf ile tayin nass ile tayin gibidir*” külli kaidesi; bir şer'î hüküm örf ve âdet hukuku üzerine bina edilmişse ya da bir şer'î hükümde örf ve âdet hukukuna atıf yapılmışsa mezkûr örf ve âdet kuralının nass gibi şer'î kaynaklı olduğuna işaret eder. Zira o örf ve âdetin tatbik edilme sebebi nasıtır. Böylece mezkûr örf ve âdet, kendisi üzerine bina edilen şer'î hukuk mesabesinde bir uygulanma gücüne sahip olur. Ayrıca “*Örf ile tayin nass ile tayin gibidir*” kaidesi gereği atıf yapılan bir örf ve âdet kuralı tıpkı bir kanun maddesi ya da tarafların kanunu olan bir sözleşme hükmü gibidir. Dolayısıyla atıf yapılan örf ve âdete aykırı davranmak yasaya ya da sözleşme hükümlerine aykırı davranmak gibi olur.

Mecelle'nin pek çok hükmünde örf ve âdetlere atıf yapılmaktadır. Örneğin Mecelle'nin 291. maddesinde odun ve kömür gibi hayvan gücüyle taşınması gereken ürünlerin müşterinin evine nasıl taşınacağı hususu örf ve âdete göre belirleneceği belirtilmiştir.¹⁵⁷ Mecelle'nin 353. maddesinde buğday ve emsali hububatın topraklı çıkması halinde örf ve âdete göre az kabul edilmesi halinde satış sözleşmesinin sahih ve lazım olduğu ve eğer örfen bu durum ayıp derecesinde kabul ediliyorsa müşterinin muhayyer olduğu yani dilerse malı kabul edeceği dilerse malı iade ederek parasını geri alacağı beyan edilmektedir.¹⁵⁸ Mecelle'nin 495. maddesinde bir gün çalışmak üzere tutulan işçinin güneşin doğuşundan ikindiye kadar mı yoksa güneşin batışına kadar mı çalışacağı hususunun o mahallin örfüne göre belirleneceği belirtilmiştir.¹⁵⁹ Mecelle'nin 555.

¹⁵⁴ “...Onların (annelerin) yiyeceği, giyeceği, örfе uygun olarak babaya aittir...” Bakara, 2/233.

¹⁵⁵ “...Boşanmış kadınların örfе göre geçimlerinin sağlanması onların hakkıdır...” Bakara, 2/241

¹⁵⁶ Bkz. Müslim, Akzıye, 7-9; Buhârî, Büyû', 95; Ahmed b. Hanbel, Müsned, VI/39; Ebû Dâvûd, Buyû' 79; Nesâî, Âdâbü'l-kuzât 31; İbn Mâce, Ticârât 65.

¹⁵⁷ Akgündüz, *Mecelle*, 109.

¹⁵⁸ Akgündüz, *Mecelle*, 127.

¹⁵⁹ Akgündüz, *Mecelle*, 157.

maddesine göre eğer azami yükün miktarı taraflarca belirlenmemişse kiralanan hayvana yüklenecek ağırlık örf ve âdete göre belirlenecektir.¹⁶⁰ Mecelle'nin başka bir maddesinde baba çocuğuna bir sanat öğrenmesi için ücret tayin etmeden bir hoca tutsa ve çocuk o mesleği öğrendikten sonra hocası ücret talep etse bu durumda örf ve âdet neyi gerektiriyorsa ona göre hareket edileceği belirtilmiştir.¹⁶¹

Mecelle'nin örf ve âdetlere atıf yaptığı bir diğer husus ise emek-sermaye ortaklığı (mudarebe) ile ilgilidir. 1415. maddede belirtildiği üzere; herhangi bir anlaşma yapılmadığı halde ortaklardan biri kendi malını sözleşmeye konu olan mal ile karıştıramaz iken eğer o sözleşmenin akdedildiği belde böyle bir işlem âdet haline gelmişse sözleşme metninde belirtilmese bile emek-sermaye ortağı kendi malını şirket malıyla karıştırabilir.¹⁶² Mecelle'nin 829. maddesine göre ariyet alanın ariyete konu olan eşyayı ariyet verene aksi kararlaştırılmamışsa örf ve âdette teslim yeri nereyse orada teslim edilmesi gerekir. Mecelle'nin 1509. maddesinde geçen amire rücu meselesinde de örf ve âdete yollama yapılarak mezkûr mevzunun örf ve âdete göre çözümlenmesi tercih edilmiştir.¹⁶³ Mecelle'nin 816. maddesinde herhangi bir şart koşulmaksızın akdedilen ariyet sözleşmesinde; ariyet veren ariyete konu malı örf ve âdetteki zaman ve mekanda, örf ve âdetteki kullanım şekline göre kullanılabileceği hükmü düzenlenmiştir.¹⁶⁴

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin bazı maddelerinde de örf ve âdet hukukuna atıf yapıldığı görülmektedir. Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin 84. maddesinde müt'anın¹⁶⁵ mehr-i mislin yarısını geçmemek üzere örf ve âdete göre tayin edileceği belirtilmiştir.¹⁶⁶ Kararnamenin 87. maddesine göre başta belirlenen

¹⁶⁰ Akgündüz, *Mecelle*, 166.

¹⁶¹ Mecelle m.569 için bkz. Akgündüz, *Mecelle*, 167; eğer örf, sanat sahibi olanın ücret almasını gerektiriyorsa ustanın çocuğa ücret vermesi icap eder. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 308; Elmalılı, *Kamus*, 4:115.

¹⁶² Akgündüz, *Mecelle*, 304.

¹⁶³ Akgündüz, *Mecelle*, 213-214.

¹⁶⁴ Akgündüz, *Mecelle*, 211-212.

¹⁶⁵ Müt'a, zıfak veya halvet-i sahiha gerçekleşmediği için mehir hakkı doğmayan kadınlara boşandıktan sonra verilen hediyein ismidir. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 436.

¹⁶⁶ Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, haz. Orhan Çeker (Konya: Mehir Vakfı Yayınları, 2017), 41.

mehrin (mehr-i müsemma) miktarında taraflar ihtilaf etmiş ve koca da örf ve âdete uygun bir mehir miktarı iddia etmişse kocanın iddiası kabul edilir.¹⁶⁷ Kararname'nin 109'uncu maddesinde örf ve âdete göre talak esnasında kinayeli lafız (elfaz-ı kinevi) olduğu meşhur olan bir söz kullanılması halinde boşamanın tıpkı sarih lafızla icra edildiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁶⁸

Eskiden beri var olan toplumun örf ve âdetleri uzun yıllar sonucunda yavaş yavaş oluşmakla birlikte zamanla değişim de gösterebilmektedir. Örf ve âdet kurallarının değişmesi doğal olarak örf ve âdet hukuk kurallarına atfedilen hükümlerin de değişmesini beraberinde getirecektir.¹⁶⁹ Bu durum Mecelle'nin 39. maddesinde “*ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz*” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁷⁰ Örneğin İslâm'ın ilk dönemlerinde evlerin tüm odalarının aynı vasıfta olması âdeti nedeniyle; müşterilerin evin sadece bir odasını görmesiyle görme muhayyerliği düşmekteydi. Ancak sonraları evlerin odalarının farklı tarzda yapılması âdet haline gelmesiyle müşterilerin görme muhayyerliğinin düşmesi için alıcının evin tüm odalarını görmesi gerektiğine hükmedilmiştir.¹⁷¹ Benzer şekilde önceden dürülmüş ve bükülmüş olan elbisenin her tarafı görülmesi bile tek tarafının görülmesiyle görme muhayyerliği düşerken sonraları Züfer b. Huzeyl'in görüşüyle görme muhayyerliğinin düşmesi için gerek hanenin her odasının gerekse elbisenin her tarafının görülmesi gerektiği görüşü kabul edilmiş ve fetva da bu görüşe göre verilmeye başlanmıştır.¹⁷² Burada âdetin değişmesine

¹⁶⁷ Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 41.

¹⁶⁸ Heyet, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 49.

¹⁶⁹ Örf ve âdete dayanan hükümler, içtihatla elde edilen hükümlerdendir. Elde edilen bu hüküm zamanla dayanağı olan o örf ve âdetin değişmesiyle değişecektir. Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü* (İstanbul: Marmara İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2014), 132; Zeydan, *el-Veciz*, 242.

¹⁷⁰ Mecelle'de yer almasa da mekânın tebeddülü ile hükümlerin değişmesi de bu kaidenin içerisinde mütalaa edilebilir. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 102.

¹⁷¹ Elmalılı, *Kamus*, 4, 112; Yıldırım, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, 112-113; Mecelle'nin 326'ncı maddesinde de bu duruma işaret edilerek han ve hane gibi yerlerin satın alınmasında eğer odaların her biri aynı özellikte değilse her odanın ayrı ayrı görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Akgündüz, *Mecelle*, 123.

¹⁷² Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî, *ed-Dürrü'l Muhtâr*, 1 (Beyrut: Dâru'l Kütübi'l İlmîyye, 2002), 405; Zeydan, *el-Veciz*, 243; Bu konudaki hükümler Kufe ve Bağdad gibi yerlerdeki halkın âdetine üzerine bina edilmiştir. Bu diyarlarda o zamanda evlerin büyüklük-

bağlı olarak hükmün tatbikinin de değiştiği açıkça görülmektedir. Şunu belirtmekte fayda vardır ki; burada şer'î hükmün aslı değişmemekte yalnızca zamanın değişmesiyle mezkûr şer'î hükmün olaylara tatbiki değişmektedir.¹⁷³ Zira bu tür hükümlerdeki değişim delil kaynaklı olmayıp gerek inşaat ve gerekse konfeksiyon alanındaki örf ve âdetin değişmesinden kaynaklıdır.¹⁷⁴ Hükümler, örf ve âdet kurallarına bina edildiği için örf ve âdet değiştikçe; hükmün örf ve âdete bakan yönü değişmektedir. Dolayısıyla bu durumda hükmün aslı değişmediği için şer'î hükümlerde bir nesih işlemi söz konusu değildir.¹⁷⁵

Ebu Yusuf'a göre; eşya-yı erbaa olarak isimlendirilen buğday, arpa, hurma ve tuzun alışverişinde keylin; altın ve gümüşün alışverişinde ise veznin nass tarafından ölçü aleti olarak belirlenmesi insanların örf ve âdetine binaendir. Dolayısıyla örf ve âdete mebni nass ile belirlenen kural örfle beraber insanların alışverişlerinde kullandığı ölçü aletinin değişmesiyle değişecektir.¹⁷⁶ Burada da görülmektedir ki Ebu Yusuf'a göre; örf ve âdet kurallarına bina edilen hukuk kurallarının her ne kadar özü değişmese de örfe bina edilen yönü zamanın değişmesiyle değişmektedir.

küçüklük ile eskilik-yenilik dışında başka farkı yok idi. Bu evlerin her odası aynı biçimde inşa edildiğinden evin iç tarafını ve bir odasını görmek evin tamamını anlamak için kafi idi. Ancak sonradan bu memleketlerde evlerin odalarının kışlık-yazlık, alçak-yüksek, mutfak gibi her birinin farklı farklı yapılması âdet haline gelmesiyle satış sırasında evin her tarafını görmek gerekli hale gelmiştir. Süleyman Hasbi, *Tafsil*, 110-111.

¹⁷³ Atf Bey, *Mecelle*, 72.

¹⁷⁴ Süleyman Hasbi, *Tafsil*, 110; Nass örften akva olduğu için nass ile sabit olan ahkâm zamana ya da mekâna bağlı olarak âdetin değişmesiyle değişmez. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 102-103.

¹⁷⁵ Zeydan, *el-Veciz*, 243-244.

¹⁷⁶ Merginani, *el-Hidaye*, 4:311; Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhîzâde, *Mecmau'l-enhur fi şerhi Mülteka'l-ebhur*. (Beirut: Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabî, t.y), 2:86; Bu altı şeyin alışverişinde örf ve âdet değiştikçe ölçüm biriminin de değişeceği hakkındaki görüş İmam Ebu Yusuf'a ait olup bu konu fakihler arasında ihtilafıdır. Ancak zikrolunan altı nesnenin dışında hangi ölçü aleti ile ölçülüp satılacağı nass tarafından belirlenmeyen zeytin, sabun ve üzüm gibi şeylerin alışverişinde kullanılacak ölçü biriminin örf ve âdet ile belirlenmesi gerektiği kuralı hakkında fakihler ittifak etmiştir. Muhammed b Ferâmurz Molla Hüsrev (*Dürrü'l-hükkâm fi şerhi Ğureri'l-ahkâm* (Beirut: Dâru İhyâi'l-kutubi'arabiyye), 188; Süleyman Hasbi, *Tafsil*, 100; Atf Bey, *Mecelle*, 67.

Önceleri kullanılacak suyun miktarı ve içerisinde ne kadar kalınacağı belirsiz olduğu için hamamda yıkanmak için yapılan anlaşma fasit kabul edilirken zamanla insanların ihtiyaç, örf ve âdetleri değiştiği için sonraları mezkûr akid caiz sayılarak hukuka uygun kabul edilmeye başlanmıştır.¹⁷⁷ Başka bir misal olarak önceleri bir malı gasp edenin gasp ettiği malın menfaatlerini tazmin etmesi gerekmez idi. Ancak son dönem Hanefî fakihleri; insanların vakıf ve yetim mallarını haksız yere ele geçirmeye hırs ve isteklerini müşahede edince vakıf ve yetim mallarını muhafaza etmek gayesiyle bu tür gasp edilen malların tazmin ettirilmesi yönünde fetva vermişlerdir.¹⁷⁸ Hükümdeki bu değişim zamanın değişmesiyle insan ahlak ve tutumun değişmesine ve bu da hükümlerin değişmesine örnek kabilindedir.

Zamanın değişmesiyle insan davranış ve alışkanlarının değişmesi ve bunun neticesinde hukuk kurallarının da değişmesi durumuna başka bir misal olarak şahitlerin tezkiyesi meselesi verilebilir. İslâm hukukunda önemli bir ispat vasıtası olan şahitlikte İslâm'ın ilk devrinde insanların genel olarak iyi ahlaklı olması nedeniyle davanın tarafları istemedikçe sabıkası olmayan şahitler hakkında güvenilirlik araştırması (tezkiye) yapılmasına gerek yoktu.¹⁷⁹ Ancak ilerleyen zamanlarda toplumdaki ahlakın yozlaşması neticesinde taraflar istemese de hâkimin re'sen şahitler hakkında güvenilirlik araştırması yapması gerektiği anlayışı kabul edilmiştir.¹⁸⁰ Burada hükmün değişmesi bir şer'î delile dayanılarak

¹⁷⁷ Hayreddin Karaman, "Âdet," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.1 (İstanbul: TDV Yayınları, 1988): 372.

¹⁷⁸ Atf Bey, *Mecelle*, 73; Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 85; Süleyman Hasbi, *Tafsil*, 111; Elmalılı, *Kamus*, 3:129.

¹⁷⁹ "En hayırlı asır benim asrımdır sonra bu asrın peşinden gelen asır (asr-ı sahabe) sonra bu asrın peşinden gelen asırdır (asar-ı tabiin). Sonraki gelen dönem ise yalanın yaygın olduğu asırdır." (İbni Hacer, *Camiu'l-Ulüm ve'l-Hikem*, 2/477.) Bu hadise binaen tabiin devrinde yaşamış olan Ebu Hanife o asırda yaşayan insanların ahlaklı olduklarını göz önünde tutarak karşı taraf talep etmeden kısas ve had suçları dışında şahitlerin tezkiye edilmesine lüzum olmadığına hükmetmiştir. İmameyn ise tabiin devrinden sonraki devirde yani hadis-i şerifin işaret ettiği yalanın yaygın ve zahir olduğu devirde yaşadıklarından o devirdeki şahitlerin yalan söyleme âdetlerine binaen ister davanın karşı tarafı talep etsin ister talep etmesin re'sen şahitlerin tezkiyesinin yapılması gerektiğine hükmetmişlerdir. Molla Hüsrev, *Dürrer*, 2, 372; Süleyman Hasbi, *Tafsil*, 112.

¹⁸⁰ Tuncay Başoğlu, "Tezkiye," *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C.41 (İstanbul: TDV Yayınları, 2012): 77; Karaman, "Âdet," 371-372; Şahitler hakkındaki sonradan değişen bu uygulama İmam

değil zamanın değişmesine yani insan ahlakının (udul vasfının) değişmesi nedeniyle söz konusu olmuştur. Zira bu mevzuda hüküm âdil kimselerin üzerine bina edilmiştir.¹⁸¹ İnsanların udul vasfı değiştiğinden hüküm de değişmiştir. İmameyn devrinden sonra da zamanın değişmesiyle insan ahlakı bozulmaya devam etmiştir. İlerleyen dönemlerde şahitlerin rüşvet alması gibi genel ahlakın bozulmaya devam etmesi sonucu fakihler, şahitler hakkında re'sen güvenilirlik soruşturmasını yeterli görmeyip davanın karşı tarafının talep etmesi halinde şahitlere yalan yere şehâdet etmediklerine ve şahitliklerinde sadık olduklarına dair yemin teklif olunmasını ve bu yeminden kaçınmaları halinde şehâdetlerinin kabul edilmemesi gerektiği şeklinde yeni bir hüküm ortaya koymuşlardır.¹⁸² Zira insan ahlakı üzerine bina edilen şahitlik mevzusundaki bu hüküm zamanın değişmesiyle birlikte insan ahlakının yozlaşması neticesinde değişmiştir.¹⁸³ Zira "ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz".

2. Modern Türk Hukukunda

Türk özel hukukunda birçok kanun hükmünde örf ve âdet hukuk kurallarına atıf yapıldığı görülmektedir. Öncelikle Medeni kanundaki örneklerle bakıldığında TMK m.367/1'e göre aile halinde yaşayan birden fazla kişinin oluşturduğu topluluğun kanun, sözleşme ya da örfeye göre tayin edilen bir başkanı varsa evi yönetme yetkisinin ona ait olduğu belirtilmektedir. TMK m. 684'te bir eşyanın bütünüyle parçalarının yerel âdetlere göre asıl eşyanın temel unsuru kabul edilen şey olduğu belirtilmektedir. TMK m. 751'in ilk cümlesinde yetkili kamu otoritesince yasaklanmadıkça herkesin başkasının orman ve merasına girebileceği

Muhammed ve İmam Ebu Yusuf'un görüşleri dolayısıyladır. Atıf Bey, *Mecelle*, 72; Sonradan İmameyn hazretleri devrinde insanlar yalan ve fesada meyelmeye başladığından halkın ahlakı bozulmuşdur. Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 84; Şahitlerin tezkıyesi mevzuu için bkz. *Mecelle* m.1716 vd.

¹⁸¹ Süleyman Hasbi, *Tafsîl*, 113.

¹⁸² Bu husus, *Mecelle*'nin 1727. maddesinde şöyle yer almıştır: "Meşhudun-aleyh kable'l-hüküm şahitlere şehâdetlerinde kâzib olmadıklarına yemin ver diye hâkime ilhah edip de şehâdetin yemin ile takvıyesine dahi lüzum görüldüğü takdirde, hâkim o şahitlere yemin ettirebilir. Ve hâkim şahitlere yemin ederseniz şehâdetinizi kabul ederim ve illa etmem diyebilir." Bkz. Akgündüz, *Mecelle*, 363.

¹⁸³ Zamanın değişmesiyle birlikte zaruret, örf ya da çağın şartları nedeniyle ortaya çıkan yeni içtihatlar mezhep dışından sayılmaz zira mezhep sahibi sonraki zamanda yaşasaydı aynı şekilde içtihat ederdi. İbn Âbidîn, *Hanefilerde Mezhep Usulü*, 252.

ve oralarda yetişen ürünleri yerel âdetlerin müsaade ettiği oranda toplayabileceği belirtilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'na bakıldığında pek çok mevzuda kanun koyucunun sözleşmenin unsurlarının belirlenmesinde örf ve âdet hukuk kurallarına yollama (atıf) yaptığı görülmektedir. Mesela Borçlar Kanunu'nun 15. maddesinde sözleşmelerde imzanın el yazısı dışında bir araçla atılmasının ancak örf ve âdette meşru görülen durumlarda mümkün olduğu belirtilmektedir. TBK m. 177'de kaporanın sözleşmede aksine hüküm veya bu konuda yerel âdet yoksa esas alacaktan olduğu; TBK m.207'de yine sözleşmede aksine bir anlaşma veya bu konuda bir âdet yoksa satıcı ve alıcının borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlü oldukları; TBK m. 378'de tarafların aksine bir anlaşması veya yerel âdet olmadıkça belirsiz süreli sözleşmeleri tarafların her birinin dilediği zaman feshedebileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde TBK m. 314'te aksine bir anlaşma ya da yerel âdet olmadığı sürece kira bedelinin her ayın sonunda ve en son kira süresinin sona ermesinde ödemekle yükümlü olduğu beyan edilmektedir. Başka bir misalde TBK 406. maddede âdetde aksine bir hüküm yoksa işçiye ücretinin her ayın sonunda ödenmesi kuralı getirilmiştir. Mezkûr kanun maddelerinde görüldüğü üzere kanun koyucunun öncelikle o konuda varsa örf ve âdet hukuk kurallarına göre hüküm verilmesini istemekte yani mezkûr mevzuları örf ve âdet kurallarına atfederek çözümüne kavuşturmayı tercih etmektedir. Bu durumda kanun tarafından kendisine atıf yapılan örf ve âdetler tıpkı kanun gibi uyulması zorunlu kurallar haline gelir. Zira "*örf ile tayin nass ile tayin gibidir.*" (Mecelle m.45).

İş hukukunda işçilerin ara dinlenmesinin belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu 68. maddesinde işin gerekleri ve o yörenin geleneklerine göre belirlenebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun 68. maddede ara dinlenmesinin ne kadar olacağını belirlenmesinde çalışılan yerin örf ve âdetine yollama yaptığı görülmektedir.

Türk Ticaret Kanun'unun sigorta sözleşmesinin süresine ilişkin 1410. maddesinde sigorta süresi sözleşme ile kararlaştırılmamış ise mahkemenin süreyi taraf iradelerinin yanında yerel teamülü gözeterek belirleyeceği esası düzenlenmiştir. Bu maddede de kanunun sigorta süresinin belirlenmesi hususunda örf ve âdete atıf yaptığı anlaşılmaktadır.

D. Örf ve Âdetlerin Yorumlama İşlevi

Yorum (tefsir), bir yazılı metnin ya da sözün anlaşılması, zor taraflarının izah edilerek açıklığa kavuşturulması demektir.¹⁸⁴ Hukukta yorum, bir hukuk kuralı ya da kavramının hukuk dünyasındaki değer taşıyan manasının ortaya çıkarılmasıdır.¹⁸⁵ Bir başka açıdan ise kanun, karar ve her türlü sözleşmelerdeki ibarelerin anlamlarının belirlenmesine denir.¹⁸⁶ Yorumun temelde kanun ve irade açıklamalarının (hukuki işlemlerin) tefsiri şeklinde iki türü vardır. Hukuki işlemlerde yorum bu işlemlerin hukuken varlığını ve taşıdığı anlamı izhar etme faaliyeti olarak ifade edilebilir.¹⁸⁷ Hukuk metinlerinin yorumcuya göre değişmemesi ve kim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaştırması için bir takım objektif yorum kurallarına ihtiyaç duyulmuştur.¹⁸⁸ Hâkimin dürüst yorum ilkesi, sarih hukuki kural karşısında yorum yapılmaması ilkesi ve yorum yapılırken kanun sözünden uzaklaşmaması ilkesi bu ilkelerden ilk akla gelenleridir.¹⁸⁹ Bunlara ek bazı yorum ilkeleri örf ve âdete göre belirlenmiştir. Bu minvaldeki ilkelerin bazıları Mecelle'nin külli kaidelerinde kendine yer bulmuştur.

Mecelle'nin 60. maddesinde "*bir kelamın i'mali ihmalden evladır*" denilmiştir. Bu ilke akıl sahibi bir insandan sadır olan sözlerin anlamsız olmayıp mutlaka bir manasının olduğunun kabul edilmesine dayalıdır.¹⁹⁰ Bu kabulden sonra insan mahsulü kanun ya da sözleşmelerin manasının araştırılması gerekir. Mecelle'nin 12. maddesindeki "*kelamda aslolan mana-yı hakikidir*" kaidesi gereği kelamın yani kanun ya da sözleşme hükümlerindeki lafızların yorumunda ana kural sözün gerçek anlamında kullanılmasıdır. Ancak ana kuralın bir istisnası olarak Mecelle'nin 40. maddesindeki "*âdetin delaletiyle mana-yı hakiki terk olunur*" kaidesi

¹⁸⁴ Bkz. "Türk Dil Kurumu Sözlükleri," erişim tarihi Aralık 31, 2024, www.tdk.gov.tr.

¹⁸⁵ Çiğdem Kırcı, "Yorum," *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, C.4 (İstanbul: MATSİS Matbaa, 2022): 404.

¹⁸⁶ Heyet, *Türk Hukuk Lüğati*, 329.

¹⁸⁷ Murat Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 5.

¹⁸⁸ Gözler, *Hukuka Giriş*, 326.

¹⁸⁹ Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, 326-331.

¹⁹⁰ "*Âkılın kelâmının sıhate hamli vaciptir.*" Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 128.

dolayısıyla¹⁹¹ bir sözün gerçek manada kullanılması örf ve âdet kuralı nedeniyle mümkün değilse o sözün gerçek manası terk edilmeli ve Mecelle'nin 61. maddesindeki “*mana-yı hakiki müteazzir oldukta mecaza gidilir*” kaidesi mucibince de o sözün örf ve âdetteki mecaz anlamı dikkate alınmalıdır. Bu husus Roma hukukundaki “*Consuetudo est optimus interpres legum*”¹⁹² (örf ve âdet, kanunların en iyi tercümanıdır) ilkesiyle de ifade edilmektedir.

Mecelle'nin 40. maddesindeki “*âdetin delaletiyle mana-yı hakiki terk olunur*” ilkesi örf ve âdet hukukunun hukuki işlemlerdeki iradenin yorumlanmasını sağlaması bakımından önemli bir ilkedir. Örneğin “et yemeyeceğim” diye yemin eden bir kimse balık yese yemini bozulmaz. Çünkü balık için et sözünü kullanmak âdet değildir.¹⁹³ Mesela bir kimse kömür yüklü deveye işaret ederek “şu devenin 12 kilosunu sana 40 kuruşa sattım” dese burada âdeten satılan şey deve değil kömürdür.¹⁹⁴ Örneğin şarta bağlı ibra geçerli olmadığı halde, “ben ölürsem sendeki alacağımdan berisin” şeklindeki bir ibra, örf ve âdet gereği vasiyet şeklinde yorumlanarak muteber tutulmalıdır. Bir vakıf kurulurken vakfeden (vâkıf) “şu malımı evladıma vakfettim, falan malımı falanın veledine vasiyet ettim” dese bu kişinin örfünde “veled” kelimesinin hakiki manası ne ise o manaya göre hüküm verilir.¹⁹⁵ Bir kişi bir evi “oturmak için kiralyorum” diyerek kiralsın o evde yemek yeme, uyuma, ibadet yapma gibi günlük rutin işlerini de örf ve âdet gereği yapabilir, burada ev sadece “oturmak” üzere kiralanmış değildir.¹⁹⁶ Bir kişi

¹⁹¹ Usul-ı fıkıh alimleri de örf ve âdet kurallarının “karine-i mania”dan olması dolayısıyla kelamdaki hakiki manayı engelleyip mecaza yönlendirdiğini söylemişlerdir. Süleyman Hasbi, *Tafsıl*, 113-114.

¹⁹² İlhan, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, 43.

¹⁹³ Kur'an'da “İçinden taze et yemeniz için denizi emrinize veren O'dur” (Nahl, 16/14) ayetinde “et” kelimesi her ne kadar balık için kullanılmış olsa da yemin sırasında kişinin kullandığı “et yemeyeceğim” ifadesindeki etin anlamı örf ve âdete göre belirlenerek balık yemekle işbu kişinin yemininin bozulmayacağına hükmedilir. Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Eşbah*, 296; Şimşirgil ve Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, 121.

¹⁹⁴ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 86.

¹⁹⁵ Musa Carullah Bigiyev, *Kavaid-i Fikhîyye*, haz. Ferhat Koca, Fatih Karataş ve Ahmet Yasin Küçüktiryaki (Ankara: Ankara Okul Yayınları, 2018), 142.

¹⁹⁶ Merginani, *el-Hidaye*, 5:440.

hizmetçisine “feneri yak” dese bu sözden âdetin delaletiyle fenerin kendisini yakmak değil fenerin düğmesine basıp ışığını açığa çıkartmak anlaşılır. “Feneri yak!” emri karşısında hizmetçi hakikaten fenerin kendisini ateşle yaksa verdiği zararı tazmin etmekle mükellef olur.¹⁹⁷

Mecelle'nin 1584'üncü maddesinde şarta bağlı ikrarın batıl olduğu ancak her ne kadar şart anlamı taşıyan kelimelerle ikrar yapılmışsa da o kelimelerden örf ve âdet gereği borcun doğacağı gün anlaşılıyorsa bu tür şartlarla yapılan ikrarın geçerli olduğu beyan edilmektedir. Örneğin birisi “kasım ibtidası (ilk günü), ruz-ı hızır (Hıdırellez günü) ya da ruz-ı kasım (9 Kasım) gelirse sana şu kadar kuruş borcum vardır” dese bu kişinin müeccel borcu olduğunu ikrar ettiği kabul edilerek belirtilen vaktin gelmesiyle borcunu ödemesi gerekir. Zira her ne kadar ikrarın şarta bağlanması batıl ise de örf ve âdet gereği ikrarda kullanılan kelimelerin borcun gelmesi kesin olan belirli günleri belirtmesi dolayısıyla kişinin müeccel borcunu ikrar ettiği kabul edilir.

Yukarıdaki misallerde örf ve âdet kurallarının devreye girerek yemin ve sözleşme metinlerinin içeriğinin belirlenmesinde önemli bir fonksiyonu icra ettiği anlaşılmaktadır.

Modern Türk özel hukukunda da örf ve adetlerin kanun maddelerinin yorumlanarak içeriğinin belirlenmesinde kayda değer bir fonksiyon icra ettiği görülmektedir.¹⁹⁸ TMK m.129'a göre, “Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında” evlenme yasaktır. Ancak burada yarım kan amca dayı, hala ve teyze ile evlenmenin yasak olup olmadığı hususuna değinilmemiştir. Öğretideki baskın görüş, Türk hukukundaki örf ve âdet hukukunun yorumlayıcı rolü gereği, yarım kan amca, dayı, hala, teyze ile yeğenleri arasında evlenmenin yasak olduğu yönündedir.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Ömer Hilmi, *Mir'âtü'l-Mecelle*, 86.

¹⁹⁸ Yorumlama işlevi yerine getiren örf ve âdet kuralı, hukuki değil sıradan bir örf âdet kuralı olabilir. Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 198.

¹⁹⁹ Örf ve âdet kuralları hukuk kuralı olma seviyesine çıkmasa da yorumlama işlevine sahiptir. Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 109; Böyle olduğu için hukuk kuralı haline gelmiş olan örf ve âdet hukuku öncelikle (evleviyetle) uygulanır. Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 108.

Örf ve adetlerin sözleşmede taraf iradelerinin yorumlanmasında göz ardı edilmemesi gerektiği hususunda tereddüt yoktur.²⁰⁰ Türk Ticaret Kanunu 2/1'de "irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır" ifadesiyle sözleşmede taraf iradelerinin yorumunda örf ve adetin dikkate alınacağını açık şekilde tanzim etmiş bulunmaktadır.²⁰¹ Taraflar sözleşme yaparken karşı tarafın mensubu olduğu çevrede mevcut olan örf ve adetin sözleşme yorumunda kullanılmasına katlanmak mecburiyetindedir.²⁰² Örneğin 1984 yılında verilen bir Yargıtay kararına göre evlenme sırasında geline takılan ziynet eşyaların her ne kadar davalıların başışlama iradesi olmadığı iddiasına rağmen oradaki gelenek kuralı gereği düğün sırasında geline takılan ziynetin başış niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir.²⁰³

Örf ve âdetin Türk ceza hukukundaki sınırlı kullanım alanı vardır. Bunlardan biri TCK 125'te tertip edilen hakaret suçunda "Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden..." ifadesinde geçtiği üzere hâkim somut vakıada kullanılan ifadelerin kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edip etmediğine karar verirken örf ve âdet kurallarından istifade etmelidir. Dolayısıyla örf ve âdet kurallarında kişinin saygınlığını zedelemeyen ya da tahkir edici olmayan eylemler hakaret suçunu oluşturmayacaktır.²⁰⁴ Yine TCK madde 26'da düzenlenen hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasının örf ve âdet kurallarınca tayin edilebileceği belirtilmektedir. Örneğin toplum içinde yaygın bir uygulama olan sünnet ettirme ilgilinin rızası olarak kabul edilip hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilir.²⁰⁵

²⁰⁰ Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu*, 215.

²⁰¹ Bir ticari işte tarafların ortak amaçları anlaşılamiyorsa, buradaki maksadı hâkim bu mevzudaki ticari örf ve adetlere göre belirler. Binatlı, "Örf ve Adetlerin Dünkü ve Bugünkü Yeri," 14.

²⁰² Sarıkaya, *Sözleşmenin Yorumu*, 216.

²⁰³ Yargıtay 4. HD, E. 1984/7125 K. 1984/8253 T. 8.11.1984.

²⁰⁴ Ersan Şen ve Sefa Eryıldız, *Hukuka Giriş* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 62; Şu da belirtilmelidir ki örf ve âdet kuralları ceza hukuku sahasında sadece yorumlayıcı işlev icra etmektedir. Kalabalık ve Doğanç, *Temel Hukuk Bilgisi*, 89; İsmail Kayar ve İlhan Üzülmöz, *Hukukun Temel Kavramları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 93.

²⁰⁵ Böyle durumlarda kanuna bakarak rıza gösteren ya da failin belirlilik ilkesi gereği hukuka uygun olan fiilin ne olduğunu net bir şekilde anlaması gerekir. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 274; Yargıtay 9. CD, E. 2022/13166 K. 2024/3654, 25.4.2024.

SONUÇ

Mecelle'nin külli kaideleri perspektifinden, örf ve âdetler İslâm, Osmanlı ya da modern Türk hukuku fark etmeksizin hukuk kuralları üzerinde muhtelif açılardan birtakım işlevler icra ettiği anlaşılmaktadır. Örf ve âdetlerin bu işlevleri yerine getirebilmesi için öncelikle birtakım vasıflar taşıması gerekmektedir. Mecelle'nin "*âdet ancak muttarid yahut gâlip olduğunda muteber olur*" (m.41) kaidesi örf ve âdetlerin aralıksız, sürekli tatbik edilme ve yaygın olma vasfına; "*mevrid-i nassta içtihadı mesağ yoktur*" (m.14) kaidesi örflerin kanun ya da nass hükümlerine aykırı olmama özelliğine; "*tasrih mukabelesinde delalet itibar yoktur*" (m.13) ilkesi ise örf ve âdetlerin hukuki işlemlerdeki açık irade beyanlarına ters düşmemesi gerektiğine işaret etmektedir. Bunun yanında Mecelle'nin külli kaidelerinde zikredilmeyen örf ve âdetlerin anlamının açık olması, akl-ı selimce kabul edilmesi, kadimden beri uygulanıyor olması, toplum nezdinde ayıplama veya kınama benzeri manevi yaptırıma sahip olması gibi diğer başka vasıfları da taşıması gerekir.

Örf ve âdetlerin en önemli işlevlerinden biri hukuk kurallarına kaynaklık etme işlevidir. Bu işlevin Mecelle'de "*nâsın isti'mali bir hüccetir ki onunla amel vacip olur*" (m.37) ve "*örf ile ta'yin nass ile ta'yin gibidir*" (m.45) kaideleriyle ifade edildiği anlaşılmıştır. İslâm hukukunda Kur'an ve Sünnet gibi temel deliller aracılığıyla geçmiş dönemdeki buyu, mudarebe, kira, kasame, arâyâ ve kısas gibi sahih örf niteliğindeki uygulamalara şer'îlik vasfı kazandırılmış selem ve istisna gibi akitler caiz kabul edilmiştir. Dolayısıyla ilahi kaynaklı bir hukuk sistemi olan İslâm hukuku kuralları oluşturulurken örf ve toplum gereksinimlerinin göz ardı edilmediği söylenebilir. Ayrıca örf ve âdetlerin eski Türklerdeki törenin ve Osmanlı Devletindeki örfî hukukun kaynağını oluşturduğu ve Osmanlı'da bazı dönemlerde şer'î hukuktaki içtihat tercihinde toplum örf ve ihtiyaçlarının etkili olduğu müşahede edilmiştir. Modern Türk özel hukukuna bakıldığında ise 1926 yılındaki kanun iktibası yapılırken genel anlamda toplumun örf-âdet ve alışkanlıklarının yeterince gözetilmediği anlaşılmıştır.

Örf ve âdetlerin diğer fonksiyonu ise açık hukuk boşluklarını doldurma fonksiyonudur. Mecelle'nin "*âdet muhakkemdir*" (m.36) ve "*örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir*" (m.43) kaideleri nass, kanun ya da akitlerdeki açık boşlukların örf ve âdet ile doldurulmasının gerekli olduğunu belirtmektedir. Bu fonksiyonun

gerek İslâm gerekse modern Türk hukukunda etkili olduğu belirlenmiştir. İslâm hukukunda "*meskutun anı*" diye isimlendirilen Şâri Teala tarafından bilinçli olarak hakkında nass vaz edilmeyen, boş bırakılan alan içtihat faaliyeti aracılığıyla temelde kıyas delili kullanılarak doldurulmaktadır. Ancak bazı İslâm alimlerine göre zahir nass varid olmayan bir mevzu hakkında örf ve âdet mevcut olması halinde kıyas yerine örf delilinin tercih edileceği beyan edilmektedir. Modern Türk hukukundaki açık boşlukların örf ve âdet ile doldurulması faaliyetine daha çok özel hukuk alanında rastlanmaktadır. TMK 1/2'de hâkimin somut vakiya uygulayacak kanun hükmü bulamaması halinde açık kanun boşluğunun örf ve âdet ile doldurulacağı belirtilmiştir. Benzer bir durum tarafların kanunu olan sözleşme hükümlerindeki boşluklarda da geçerlidir.

Örf ve âdetlerin hukuk dünyasındaki diğer bir rolü ise kendisine atıf yapıldığında ilgili hükmü belirtme işlevidir. İslâm hukukunda bir yandan nafaka miktarının tayini ve boşanmış kadınlara verilecek hediyein ölçüsü gibi mevzularda doğrudan âyet ve hadis beyanıyla örfe atıf yapılarak; diğer yandan gaspçının gasp ettiği malın menfaatini tazmin etmesi, görme muhayyerliğinin evin tüm odalarının görülmesiyle düşmesi ve şahitlerin tezkiyesinin resen gerekli olması gibi mevzularda toplum ahlak ve örfüne bina edilerek şer'î hükümlerin belirlendiği görülmektedir. Bu gibi örfe müstenit olan şer'î hükümlerin Mecelle'nin "*ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz*" (m.38) kaidesi gereği örf ve genel ahlakın değişmesiyle değişeceği anlaşılmıştır. Modern Türk hukukunda ise bilhassa borçlar, medeni ve ticaret kanunlarında birçok hükmün örf ve âdetlere gönderme yapılmak suretiyle örf ve âdet hukukuna göre tayin edildiği müşahede edilmiştir.

Örf ve âdet hukukunun mühim işlevlerinden biri de nass, kanun ya da hukuki işlemlerdeki ifadeleri yorumlama işlevidir. Yorumlamaya dair ilkeler hâkimin keyfi davranmasını önleyerek adaletin tesisine hizmet eder. Bu konuda örf ve âdetin işlevi "*âdetin delaletiyle mana-yı hakiki terk olunur*" (m.40) kaidesi gereği örf gerektiriyorsa hakiki manaya gidilemeyeceğinin anlaşılmasından ibarettir. Böyle bir durumda "*mana-yı hakiki müteazzir oldukta mecaza gidilir*" (m.61) kaidesi gereği hukuki ifadeler gerçek anlamına göre değil mecaz anlamına göre yorumlanır. Örf ve âdetlerin mezkûr işlevi İslâm hukukunda kendisini daha çok yemin ve akit beyanlarında hissettirmektedir. Türk özel hukukunda ise gerek kanun lafızlarının gerekse hukuki işlemlerdeki taraf ifadelerinin yorumunda örf ve âdetlerin etkili

olduğu anlaşılmıştır. Ayrıca Türk Ceza Kanununda hakaret suçu ile hukuka uygunluk sebeplerinin belirlenmesinde sınırlı da olsa örf ve âdetlerin etkili olduğu görülmüştür.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKLAR

- Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhîzâde. *Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-ebhur*. Beyrut: Dâru İhyai't-Turasi'l-Arabî, t.y.
- Akgündüz, Ahmed. "Osmanlı Hukukunda Vakıf Malları ve Kitap Vakfı." erişim tarihi Aralık 3, 2024. <https://osmanli.org.tr/osmanli-hukukunda-vakif-mallari-kitap-vakfi/>.
- . "Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'î Sınırları." iç. *Kuruluşunun 700. Yılında Osmanlı*. Ed. Güler Eren. Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 1999.
- . *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. İstanbul: OSAV, 2011.
- . *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*. İstanbul: OSAV, 2017.
- . *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*. İstanbul: OSAV, 1992.
- Akipek Öcal, Şebnem ve Süleyman Yılmaz. *Uygulamalı Hukuka Giriş*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Aktan, Hamza. "İstisna." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.23, 393-396. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Akyüz, Vecdi. "Kur'an ve Sünnette Ebeveyn ve Çocuk Hakları." *Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları Tartışmalı İlmi Toplantı*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2014.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecellet'il-Ahkâm*. İstanbul: DİB Yayınları, 2017.
- Arsal, Sadri Maksudi. *Türk Tarihi ve Hukuk*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947.
- Âşıkpaşazâde. *Osmanoğullarının Tarihi*. çev. Kemal Yavuz ve Yekta Saraç. İstanbul: K Kitaplığı, 2003.
- Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usulü*. İstanbul: Marmara İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2014.
- Atasoy, Samed. *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Hidane*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Avcı, Mustafa. *İslâm-Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Medeni Hukuka Giriş*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aybakan, Bilal. "Selem." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.36, 402-405. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.

- Aydın, Furkan. "Hukukta Metrukiyet Meşruiyet İlişkisi: Anayasa Örneği." *TYB Akademi Dil Edebiyat ve Sosyal Bilimler Dergisi*. no. 35 (2022): 106-134.
- Aydın, M. Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.28, 231-35. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- . *Osmanlı Hukuku Devlet-i Aliyye'nin Temeli*. Ankara: İSAM Yayınları, 2020.
- . *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.
- Baktır, Mustafa. "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Cevdet Paşa." *Ahmed Cevdet Paşa Vefatının 100. Yılına Armağan*. Ankara: TDV Yayınları, 1997.
- Bardakoğlu, Ali. "Hidane." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.17, 467-471. İstanbul: TDV Yayınları, 1998.
- Başoğlu, Tuncay. "Tezkiye." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.41, 77-79. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- Belgesay, Mustafa Reşit. "Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk." *İÜHFD* 12, no. 2-3 (2011): 561-608.
- Berki, Ali Himmet. "Mecelle." *İslâm Medeniyeti*. no. 28 (1967): 27-29.
- . *Hukuk Mantığı ve Tefsir*. Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, 2018.
- . *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*. Ankara: Örnek Matbaası, 1955.
- Bigiyev, Musa Carullah. *Kavaid-i Fıkhîyye*. haz. Ferhat Koca, Fatih Karataş, Ahmet Yasin Küçüktiryaki. Ankara: Ankara Okul Yayınları, 2018.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhîyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi.
- Binatlı, Yusuf Ziya. "Türk Hukukunda Örf ve Adetlerin Dünkü ve Bugünkü Yeri ve Ticari Hayattaki Önemi." *Bursa İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi İktisat Fakültesi Dergisi*. no.2, (1981):5-27.
- Demir, Remzi. "Türk Medeni Hukukunun Yazılı Olmayan Kaynağı; Örf ve Âdet Hukuku." *ÇÜHFD* 1, no.5. (2020): 1001-1020.
- Dönmez, İbrahim Kâfi. "İslâm Hukukunda Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese." *Fıkıh Usulü İncelemeleri*. İstanbul: 2018, İSAM.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

- Ebû Zehra. *İslâm Hukuk Metodolojisi*. çev. Abdulkadir Şener. Ankara: Fecr Yayınları, 1986.
- Ekinci, E. Buğra. *Osmanlı Hukuku*. İstanbul: Arısanat, 2017.
- el-Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Ali b. Muhammed. *ed-Dürrü'l Muhtâr*. Beyrut: Dâru'l Kütübî'l İlmiyye, 2002.
- el-Karadavi, Yusuf. *el-Hasaisu'l-Amme li'l-İslâm*. Kahire: Mektebtü'l-Vehbe, 1989.
- el-Mergınani, Burhanuddin Ali b. Ebi Bekr. *Haneî Mezhebinde Temel Kaynak Bidayetu'l-Müptedi Şerhi el-Hidaye Tercümesi*. çev. Hüsamettin Vanlıoğlu, Abdullah Hiçdönmez, Fatih Kalender ve Emin Ali Yüksel. İstanbul: Yasin Yayınevi, 2017.
- en-Nemle, Abdülkerim b. Ali b. Muhammed. *El-Câmiu li-Mesâili Usuli'l-Fıkh ve Tatbikatiha ale'l-Mezhebi'l-Râcih*, Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2000.
- Ercöşkun Şenol, Hatice Kübra. *Şematik Medeni Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2005.
- Ergüney, Hilmi. *İzahlı ve Mukayeseli Mecelle Külli Kaideleri*. İstanbul: Yenilik Basımevi, 1965.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Medeni Hukuk Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübenli, Beşir. "Mefkud." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.28, 353-56. İstanbul: TDV Yayınları, 2003.
- Günay, Hacı Mehmet. "Vakıf." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.42, 475-479. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- Gür, Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Sebil Yayınevi, 1977.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014.
- Halebî, İbrahim b. Muhammed. *Mevkufat Mülteka Tercümesi*. çev. Ahmed Davudoğlu. İstanbul: Sağlam Yayınevi, 2013.
- Heyet. "Mesil." *el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye*. C.37, 300-308. Kuveyt: Vizaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslamiyye, 1997.

- Heyet. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. haz. Orhan Çeker. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017.
- Heyet. *Türk Hukuk Lüğati*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Heyet. *Türk Tarihînin Ana Hatları*. İstanbul: Devlet Matbaası, 1930.
- İşıktaç, Yasemin. *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1991.
- İbn Âbidin, Muhammed Emîn b. Ömer. "Neşru'l Arf fi Binâi ba'di'l Ahkâm ale'l Urf." *Mecmuatü'r-Resaili'l-Alâmeti*. İstanbul: ed-Daru'ş-Şamiyye, 2023.
- . *Hanefilerde Mezhep Usulü*. inc-çev. Şenol Saylan. İstanbul: Klasik Yayınları, 2016.
- İbn Kayyim Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebîbekr el-Cevziyye. *Zâdü'l me'âd fi Hedy Hayr'il İbad*. Beyrut: Dârü İbni Hazm, 2019.
- İbn Nüceym Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed el-Mısrî. *el-Eşbah ve'n-Nezair Hanefî Fikhînin Esasları*. haz. Osman Bayder İstanbul: Türkiye Yazma Eserleri Kurumu Başkanlığı Yayınları, 2022.
- İlhan, Cengiz. *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*. İstanbul: Tarih Vakfı, 2003.
- İnalçık, Halil. "Halil İnalçık ile Türk Hukuk Tarihi Üzerine." *TALİD* 3, no. 5 (2005): 477-488.
- . *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet*. İstanbul: Kronik Yayınları, 2017.
- Kalabalık, Halil ve Doğa E. Doğanç. *Temel Hukuk Bilgisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Karaman, Hayreddin. "Âdet." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.1, 369-73. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- . *Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2019.
- . *İslâm Hukuk Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Kayar, İsmail ve İlhan Üzülmöz. *Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Kırca, Çiğdem. "Yorum." *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi* C.4, 404-406. İstanbul: MATSİS Matbaa, 2022.
- Kıyıcı, Selâhattin. *İslâm Hukukunda Örf ve Âdet*. Ankara: İşaret, 1989.

- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Köse, Saffet. *İslâm Hukukuna Giriş*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2015.
- . "İslâm Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili." *NEÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*. no.6 (1996): 255-295.
- . "Rüşd." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.35, 298-300. İstanbul: TDV Yayınları, 2008.
- Kuyucaklızâde Mehmet Atıf Bey. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den Kavaid-i Külliye Şerhi*. İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, h.1327.
- Manastırlı İsmail Hakkı. *İslâm Hukuku Kişilere Karşı Suçlar Mi'yar-ı Adalet Şerhi*. haz. Mustafa Avcı ve Mansur Karadağ. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Mehmed Salâhi. *Kâmûs-ı Osmânî*. 4 İstanbul: Mahmud Bey Matbaası, h.1322.
- Molla Hüsrev, Muhammed b Ferâmurz. *Dürerü'l-hükkâm fi şerhi Ğureri'l-ahkâm*. Beyrut: Dâru İhyâi'l-kutubi'arabiyye, ty.
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat kitapçılık, 2014.
- Onar, S. Sami. "Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification'u Mecelle." *İÜHFM* 20. no. 1-4. (1955): 57-85.
- Ömer Hilmi Efendi. *Külli Kaideler Şerhi Mir'âtü'l-Mecelle*. ed. Mustafa Ünal ve Abdussamed Atasoy. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Özbilen, Şevki. *Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Özbilgen, Erol. *Bütün Yönleriyle Osmanlı-Adab-ı Osmaniye*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- Özcan, Abdulkadir. "Âşıkpaşazâde." *Diyanet İslam Ansiklopedisi*. C.35, 6-7. İstanbul: TDV Yayınları, 1991.
- Sarıkaya, Murat. *Sözleşmenin Yorumu*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed. *Mebcut*. ed. M. Cevat Akşit. İstanbul, Gümüşev Yayıncılık 2008.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Sulu, Muhammed. "Ticaret Hukukunun Kaynağı Olarak Ticari Örf ve Adet Üzerine Bazı Değerlendirmeler." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9. no. 1 (2022): 217-241.

- Süleyman Hasbi Efendi. *Mecelle'nin Külli Kaideler Şerhi Tafsil*, ed. Mustafa Avcı, Mehmet Barutçu ve Süleyman Tepe. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- . *Tafsil*. İstanbul: Matbaa-yı Osmaniye, h.1299.
- Şaban, Zekiyuddin. *İslâm Hukuk İlminin Esasları Usulü'l-Fıkh*. çev. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: TDV Yayınları, 2017.
- Şen, Ersan ve Sefa Eryıldız. *Hukuka Giriş*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Şimşirgil, Ahmet ve Ekrem Buğra Ekinci. *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*. İstanbul: KTB Yayınları, 2008.
- Şirin, Şükrü. *İslâm Aile Hukukunda Mehîr*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Sakarya: Sakarya Üniversitesi: 1997.
- Tepe, Süleyman. "İslâm Hukuku Yasama Faaliyeti Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesinin Değerlendirilmesi." *ASBÜHFD* 4, no. 1 (2022): 253-327.
- TDK. "Türk Dil Kurumu Sözlükleri." erişim tarihi Aralık 31, 2024. www.tdk.gov.tr.
- Topçuoğlu, Ali Aslan. "İslâm Hukukunda Gâibin/Kayıp Kişinin Hükmen Ölü Sayılmasına Kadarki Süreçte Mallarının Yönetimi Türk Medenî Kanunu ile Mukayeseli Olarak." *Dini Araştırmalar*. no.19 (2004): 297-309.
- . "Örf ve Âdetin İslâm Borçlar Hukuku Hükümlerine Etkisi Üzerine Bir Tahlil: Hanefi Mezhebi Özelinde." *Turkish Studies* 12. no. 20 (2017): 223-260.
- Ünal, Mustafa. "İslam Hukukunda Mülkiyeti Kısıtlayan Bir Sebep Olarak Komşuluk Hakkı (Hakku'l-Civar)." *Adalet Dergisi*. no. 68 (2022): 339-63.
- Ünlütepe, Mustafa. *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yaman, Ahmet ve Halit Çalış. *İslâm Hukukuna Giriş*. İstanbul: İFAV, 2019.
- Yazır, Elmalılı Hamdi. *İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu*. haz. Sıtkı Gülle. İstanbul: Eser Neşriyat, 1997.
- Yelek, Kamil. "Hanefi Mezhebinde Örfün Hükümlere Etkisi." *AİBU İlahiyat Fakültesi Dergisi* no.6 (2015): 85-99.
- Yıldırım, Mustafa. *Mecelle'nin Külli Kaideleri*. İzmir: İİFY Yayınları, 2009.
- Yılmaz, Taha. "İslâm Hukuk Düşüncesinde Örfün Yeri, İşlevi ve Güncel Fıkhî Meselelere Etkisi." *Akademik Us* 15-16 (2024): 139-166.

Zeydan, Abdülkerim. *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh*. Dımeşk: Risale, 2015.

Ziyaeddin, Kal'a-yı Sultaniyeli Türközade Hafız Mehmed. *Osmanlı Hukuk Sözlüğü*, haz. Fethi Gedikli ve İbrahim Enes Onat, İstanbul: On İki Levha, 2017.