



**T.C.  
İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

# **HANEFÎ MEZHEBİNDE GÂLİBİYET İLKESİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**ESRA TAVLI**

**İZMİR-2020**

**T.C.  
İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

# **HANEFÎ MEZHEBİNDE GÂLİBİYET İLKESİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**ESRA TAVLI**

**DANIŞMAN: DOÇ. DR. AHMET AYDIN**

**İZMİR-2020**

## YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Hanefi Mezhebinde Gâlibiyet İlkesi**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../2020

ESRA TAVLI



TS EN ISO  
9001:2015

T.C.  
İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü



TEZ SINAVI TUTANAK FORMU

Dok. No: FR/604/21

İlk Yayın Tar.: 03.10.2017

Rev. No/Tar.: 00/..

Sayfa 1 / 1

GÖNDEREN : Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Başkanlığı  
GÖNDERİLEN : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Anabilim Dalımız Yüksek Lisans Programı öğrencisi Esra TAVLI ile ilgili Tez Sınav Tutanağı aşağıdadır.

Tarih: Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Başkanı  
Sayı :

İmza  
Prof. Dr. Selvi TUTUN

**SINAV TUTANAĞI**

Tez Sınav Jürimiz tarafından incelenen "*Hanefi Mezhebinde Galibiyet İlkesi*" başlıklı tezli yüksek lisans tezi ile ilgili olarak jürimiz 22.06.2020 tarihinde toplanmış ve adı geçen öğrenciyi Tez Sınavına tabi tutmuştur. Sınav sonucunda adayın tezi hakkında OYBİRLİĞİ/ÇOKLUĞU ile aşağıdaki karar verilmiştir.

KABUL

Kabul Edilen Tezli Yüksek Lisans tezi:

- i) Bilime yenilik getirmiştir
- ii) Yeni bir bilimsel yöntem geliştirmiştir
- iii) Bilinen bir yöntemi yeni bir alana uygulamıştır
- iv) Uygulama yapmıştır (sadece Yüksek Lisans'ta geçerlidir)

RED

DÜZELTME \*

Tez Sınav Jürisi	Unvanı ve Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı	Doç. Dr. Ahmet AYDIN	
Üye	Doç. Dr. Mehmet DİRİK	
Üye	Dr. Öğr. Üyesi Temel GACIR	
Üye		
Üye		

Eki : Tez Değerlendirme Formu (Her bir jüri için).

\* Tez sınavında düzeltme kararı verilmesi halinde jüri tarafından öngörülen düzeltmelere ilişkin bir jüri raporu eklenmelidir. Düzeltmeler için Ek süre her defasında en fazla yüksek lisans öğrencileri için 3 ay, doktora öğrencileri için 6 aydır.

# ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

## HANEFÎ MEZHEBİNDE GÂLİBİYET İLKESİ

Esra TAVLI

İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı

Bu çalışmada, Hanefî fıkıh literatüründe önemli bir yere sahip olan ve mezhep imamlarının görüşlerine rehberlik eden “*itibar gâlib-i şayiadır nadire değildir*” ilkesi ele alınmaktadır. Mecelle’de önemli bir yere sahip olan gâlibiyet ilkesinin kullanım alanlarının tespiti öncelikli amaçlardan biridir. Araştırmanın giriş bölümünde “araştırmanın konusu ve alanı” belirtilerek çalışma süresince kullanılan “kaynaklar” ve “takip edilen metod” hakkında bilgilere yer verilmiştir. Araştırmanın birinci kısmında gâlibiyet ilkesiyle önemli ilişkisi dolayısıyla örf ve bu bağlamında “*âdet muhakkemdir*” kaidesi ve şamil olduğu diğer kaidelerin muhtevası değerlendirildi. Bunun yanı sıra kavaid-i külliyyenin İslam hukukundaki yerine ve mezhepler arası ihtilaflardaki rolüne temas edilmektedir. İkinci bölümde ise Hanefî fıkıh kaynaklarının birçok alanında, fakihlerin meselelerin çözümünde kendisinden istifade ettiği gâlibiyet ilkesine yer verilmiştir. Araştırmamızda belirtildiği üzere gâlibiyet ilkesinin klasik fıkıh eserlerinde, “*hüküm nadir olana değil gâlib olana bina edilir*”, “*az olan çoğa tabidir*”, “*nadir karşılaşılan bir durumda kaçınılması zor olan şey (belva) gibi değildir*”, “*hüküm çoğunluğa göredir*”, “*nadir olan yok hükmündedir*” ve “*yaygın olan nadir olanı içinde eritir*” şeklinde farklı biçimlerde ifade edildiği görülmektedir. Sonuç bölümü araştırma konusu üzerinde genel bir değerlendirme yapılarak tamamlanmıştır.

Çalışmamız ortaya koymaktadır ki İslam hukukunun önemli kaynaklarından Mecelle’nin külli kaidelerinden “*gâlibiyet ilkesi*”, Hanefî fıkıh literatüründe birçok içtihadın dayanağı olarak gösterilmiştir. Örneğin savunulan görüşü temellendirmek için destekleyici bir delil olarak kaidelere başvurmuşlardır. Ayrıca nassların yorumlanmasında bu kaidelere müracaat edilmiştir. Sonraki dönem hukukçularının

belli bir görüşü tercih ederken kaidelerden yararlandıkları görülmektedir. Nassın bulunmadığı meselelerde kaideler delil hükmünde sayılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Hanefî Fıkhı, Örf, Âdet, Mecelle, Külli Kaideler.

## ABSTRACT

Master Thesis

THE PRINCIPLE OF DOMINANCE ACCORDING TO HANAFİ SECT

ESRA TAVLI

İzmir Kâtip Çelebi University

Graduate School of Social Sciences

Department of Basic İslamic Sciences

In this study, we handle the principal of "*itibar gâlib-i şâyiadır, nadire değıildir*" which guides the opinions of cult's imams and someone who is important in the fiqh literature of Hanafi. The priority is the determining of usage area of the principal of Dominance which has an important place in Mecelle. "The subject and field of the research" is stated and the information about "sources" and "methods" is given in the introduction of the research. The first part of the research gives important informations about the basis of "*adet muhakkemdir*" in the context of custom which is related to the Principal of Dominance. It also refers to the position of Kavaid-i Külliye in the law of Islam and to it's role on controversies between the cults. In the second part of the research, it is mentioned that scribes take advantage of the Principal of Dominance to solve the problems. As we state, the Principal of Dominance in the classic fiqh works is expressed in different ways as "*the judgement is given according to the victor not the rare*", "*the minority is liable to the majority*", "*what we should avoid in the rare situation is not a (calamity)*", "*the judgement is given according to majority*", "*the rare is not exist*", "*the common melts the rare one*" the conclusion takes up by a *general* evaluation of the research.

Our work shows that the Principal of *Dominance* which is the general basis of Mecelle which is one of the most important sources of İslamic law, it is shown as a source to many consultation in the Hanafi fiqh literature. For instance, they refer to rules as a supportive evidence to make ground to the supported views. They also refer to this rules for interpreting the nass. In the late, legists benefit from the basis

when they prefer a certain opinion. The basis is considered as evidence when the nass is unavailable.

**Keywords:** Hanafi fiqh, custom, tradition, Mecelle, general basis.



## İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ.....	ii
TEZ SINAVI TUTANAK FORMU.....	iiii
ÖZET.....	ivv
İÇİNDEKİLER .....	viii
KISALTMALAR.....	xiii
ÖNSÖZ.....	xivv

### I.BÖLÜM

<b>1.ÖRF BAĞLAMINDA “ÂDET MUHAKKEMDİR” KAİDESİ VE ŞAMİL OLDUĞU İLKELER.....</b>	<b>1</b>
1.1.İSLAM HUKUKUNDA ÖRFÜN KAYNAK DEĞERİ .....	2
1.2.ÖRFÜN TARİFİ VE KISIMLARI.....	5
1.3.ÖRFÜN GEÇERLİLİK ŞARTLARI.....	6
1.4.ÖRFÜN DEĞİŞMESİ İLE HÜKÜMLERİN DEĞİŞMESİ.....	8
1.5.ÖRF BAĞLAMINDAKİ KÜLLİ KAİDELERİN KULLANIMI .....	10
1.5.1.Âdet Muhakkemdir .....	10
1.5.2.Nassın İsti'mali Bir Hüccettir ki Anınla Amel Vacip Olur .....	11
1.5.3.Âdeten Mümteni' Olan Şey Hakîkaten Mümteni' Gibidir .....	11
1.5.4.Ezmânın Tegayyürü ile Ahkâmın Tegayyürü İnkâr Olunamaz.....	12
1.5.5.Âdetin Delâletiyle Ma'nâ-yı Hakîkî Terk Olunur .....	12
1.5.6.Âdet Ancak Muttarid Yahut Gâlip Oldukta Mu'teber Olur.....	13
1.5.7.İ'tibâr Gâlib-i Şâyia olup Nâdire Değildir .....	14
1.5.8.Örfen Ma'rûf Olan Şey Şart Kılınmış Gibidir .....	14
1.5.9.Beyne't-Tüccâr Ma'rûf Olan Şey, Beynlerinde Meşrût Gibidir ....	15
1.5.10.Örf ile Ta'yîn, Nass ile Ta'yîn Gibidir .....	15
1.6.FIKHÎ KAİDELERİN İSLAM HUKUKUNDAKİ YERİ VE ÖNEMİ16	

1.7.İSLAM HUKUKUNDA FIKHÎ KAİDELERİN İŞLEVİ .....	19
---	----

## II. BÖLÜM

<b>2.HANEFÎ DOKTRİNİNDE “İTİBAR GÂLİB-İ ŞÂYİADIR, NADİRE DEĞİLDİR”KAİDESİNİN HÜKÜMLERE ETKİSİ.....</b>	<b>24</b>
--	-----------

2.1.NECASETLE İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	24
2.1.1.Leğende Yıkanan Elbise Hususunda .....	24
2.1.2.Ateşe Tapanların Kaplarından Su İçmede .....	25
2.2.ABDEST VE GUSÛL’LE İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	25
2.2.1.Namazda Bayılmanın Abdeste Etkisinde.....	25
2.2.2.Namazda Yatarak veya Yaslanarak Uyumanın Abdeste Etkisinde	26
2.2.3.Namazda Delirmenin Abdesti Bozmasında .....	26
2.2.4.Namazda Uyuyup İhtilam Olmada .....	27
2.2.5.Tükürükte Kan Görülmesinde.....	27
2.2.6.Koyun, Deve ve Keçi Dışkısının Düştüğü Yerlerde .....	28
2.2.7.Çocuğun Elini Bulaştırdığı Suda .....	28
2.2.8.Hayvan Dışkısının Elbiseye Bulaşmasında .....	29
2.3.TEYEMMÜMLE İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ ...	29
2.3.1.Tehlike Durumunda, Cünüp Olan Kişinin Teyemmümüne Cevaz Verilme Meselesinde .....	29
2.3.2.Hapisteki Kişinin Teyemmüm Etmesinde .....	30
2.3.3.Yükünde ya da Arabasında Su Olduğunu Unutanın Teyemmüm Etmesinde.....	30
2.3.4.Yaralı Vücutla Abdest Alma veya Teyemmüm Yapmada .....	31
2.4.MEST ÜZERİNE MESHETMEKLE İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	31
2.4.1.Mestin Altına Mesh Yapma Konusunda.....	31
2.4.2.Mestlerdeki Yırtık ve Sökükler Hususunda.....	32

2.5.NAMAZLA ALAKALI MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	32
2.5.1.Namazda İmamın Dilinin Tutulmasında.....	32
2.5.2.İmametine Cevaz Verilen Kişiler Konusunda .....	33
2.5.3.Cemaatin Arasında Kadının Bulunmasında.....	34
2.5.4.Hamamda, Yol Güzergâhlarında ve Deve Çökeklerinde Kılınan Namaz Hakkında.....	35
2.5.5.Gemide Kılınan Namazda.....	36
2.6.ZEKÂTLA İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	36
2.6.1.Saime Eşek ve Katırlardaki Zekât Meselesinde.....	36
2.6.2.Ceylan ve Koyundan Doğan Yavru Hakkında.....	37
2.6.3.Öşrün Kapsamına Girmeyen Ürünlerde.....	37
2.7.ORUÇLA İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	38
2.7.1.Unutarak Yeme İçme veya Cinsel İlişkinin Hükmünde .....	38
2.7.2.Oruç Tutmaya Yemin Eden Kişi Hakkında .....	39
2.7.3.Oruçlunun Hamur ve Un Yemesinde.....	39
2.8.HACLA İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ .....	40
2.8.1.Hedy Kurbanı Hakkında .....	40
2.8.2.Kurbanlığın Bir Kısmının Telef Olmasında .....	40
2.8.3.Haccın Edası Meselesinde .....	41
2.8.4.Hac İbadetinde, Ölenin Yerine Vekil Gönderilmesinde.....	41
2.8.5.Kör Bir Kimsenin Haccında.....	42
2.9.MENKUL VE GAYRİMENKUL MALLARIN SATIŞINDA GÂLİBİYET İLKESİ.....	42
2.10.İKRAR KAPSAMINA GİREN MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	43
2.10.1.Farklı Sözlerle İkrarda Bulunmada .....	43
2.10.2.Köle ve Cariye Hakkında.....	43
2.11.KAYBOLMUŞ VEYA TERK EDİLMİŞ HALDE BULUNAN ÇOCUK HAKKINDA GÂLİBİYET İLKESİ .....	44

2.12.MEFKÛDUN VEFATINA HÜKMETMEDE ESAS ALINACAK SÜRENİN TESPİTİNDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	45
2.13.BİR ŞAHSIN YAKINININ MÜLKÜNDE OLAN KAÇAK KÖLEYİ YAKALAMASINDA GALİBİYET İLKESİ.....	45
2.14.MÛSÂKÂTTA SÛRE BELİRTİLMEMESİNDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	46
2.15.AİLE HUKUKUYLA İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	47
2.15.1.Kölelerin ve Çocukların Nikâh Tanıklığında.....	47
2.15.2.Anne Sütünün Karıştırıldığı Yemeği Çocuğun Yemesinde.....	47
2.15.3.Çalışabilecek Durumdaki Yoksul Akrabaların Nafakasının Belirlenmesinde.....	48
2.15.4.Ergenlik Yaşının Belirlenmesinde.....	48
2.16.ÖLDÜRÜLMEK ÜZERE OLANIN, KARISINI BOŞAMASINDA GÂLİBİYET İLKESİ.....	49
2.17.SUÇ VE CEZA İLE İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	50
2.17.1.Hadd Cezalarında.....	50
2.17.1.1.Zina Suçu.....	50
2.17.1.1.1.Devlet Başkanı Dışındaki Birinin Zorlamasıyla İşlenen Zina Suçu.....	50
2.17.1.1.2.Hayvanla veya Ölüyle Cinsel İlişki Eyleminde.....	51
2.17.1.2.Hırsızlık Suçunda.....	51
2.17.1.2.1.Gece ve Gündüz İşlenen Hırsızlık Eylemi.....	52
2.17.1.2.2.Babanın Evladının Malını Çalması.....	53
2.17.1.2.3.Serbestçe Elde Edilebilen Şeylerin Çalınması.....	53
2.17.1.2.4.Kefen Çalma Eylemi.....	54
2.17.1.2.5.Fildişi ve Abanoz Gibi Malların Çalınması.....	54
2.17.1.3.Yol Kesme Suçunda.....	55

2.17.1.3.1.Şehir İçinde veya Birbirine Yakın İki Yerleşim Yeri Arasındaki Yol Kesme.....	56
2.17.1.4.1.Şarabın Suyla Karışması.....	57
2.17.2.Kıyas ve Diyet Cezalarında.....	57
2.17.2.1.Kıyas ve Diyet .....	58
2.17.2.2.Nefsî Müdafaa Sırasındaki Öldürme Eylemi .....	60
2.18.AVLANMA VE HAYVAN KESİMİNE İLİŞKİN MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	60
2.18.1.Pençeli Kuşlar Hakkında.....	60
2.18.2.Kesim ve Avdaki Besmele Hususunda .....	61
2.18.3.Şehir İçi ve Dışında Kaçan Koyun Hakkında .....	61
2.18.4.Hayvan Kesiminde.....	62
2.18.5.Av Hayvanı Hakkında.....	62
2.19.YEMİNLERDE GÂLİBİYET İLKESİ .....	63
2.19.1.Yemeklerle İlgili Yeminlerde .....	63
2.19.2.Binek İle İlgili Yeminlerde .....	64
2.19.3.Kadın, Çocuk ve Kölenin Yemininde.....	65
2.20.YARGILAMA USULÜNDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	65
2.20.1.Hâkimin Mahkeme Dışında Kendi Adına Alışveriş Yapmasında.....	65
2.20.2.Tanıkların Kimlik Tespitinde.....	66
2.21.ZORLAMADA MUHAYYERLİK MESELESİNDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	66
2.22.HELALLER VE HARAMLARA İLİŞKİN HÜKÜMLERDE GÂLİBİYET İLKESİ.....	67
2.23. VASİNİN HARCAMALARINDA GÂLİBİYET İLKESİ .....	68
2.23.ANA KARNINDAKİ ÇOCUĞUN MİRASÇILIĞINDA GÂLİBİYET İLKESİ.....	68
<b>SONUÇ.....</b>	<b>70</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>70</b>

## KISALTMALAR

b.	: bin, ibn
ö.	: ölüm tarihi
DİA	:Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
s.	: sayfa
a.g.e.	: adı geçen eser
Bkz.	: bakınız
AİBÜ	: Abant İzzet Baysal Üniversitesi
çev.	: çeviren
haz.	: hazırlayan
s.a.v	:Sallahualeyhi ve sellem
Hz.	: hazreti
r.a	: radiyallahuanh
c.c	: cellecelalühü
v.b.	: ve benzeri

## ÖNSÖZ

İslam hukukunun tâli kaynaklarından olan örf, günlük hayatta insanların çoğunun benimseyip alışkanlık haline getirdiği eylemler ve duyulduğunda hatıra başka bir anlam gelmeyecek şekildeki sözlü anlatım biçimleridir. Bu bağlamda örfün sosyal bir norm ve hukukun sosyal hayatın bir formu olduğu dikkate alındığında, hukukla örf arasında derin bir ilişkinin bulunması tabiidir. İlk dönem eserleri dâhil olmak üzere fıkıh literatürüne genel olarak bakıldığında, İslam'ın ilkelerine ve naslardaki düzenlemelere ters düşmeyen bir örf ve âdetin mevcut olduğu durumlarda fikhî sonucun belirlenmesinde bunun önemli bir etkiye sahip olduğu açık biçimde görülmektedir.

Bu çalışmada fıkıh literatüründe önemli bir yere sahip olan ve örf kapsamında değerlendirilen “*itibar gâlib-i şâyiadır, nadire değildir.*” ilkesinin Hanefî kaynaklardaki yeri tespit edilmeye çalışılmıştır. Bunu yaparken metinlerde geçen bazı kavramlardan yola çıkarak çalışma tamamlanmıştır. Örneğin gâlib, nadir, âdeten, örf, âdet kavramları üzerinden giderek meseleler sınırlandırılmıştır. Bu çalışmanın iki amacı bulunmaktadır:

1. Hanefî fıkıh literatüründe gâlibiyet ilkesinin kullanım alanlarını tespit etmek.
2. Birçok meselenin çözümünde dikkate alınan gâlibiyet ilkesinin hangi alanlarda ve ne şekilde kullanıldığını ortaya koymak.

Çalışma giriş, iki bölüm ve bir sonuçtan oluşmaktadır. Birinci bölümde Mecelle’de önemli bir yere sahip olan örfün İslam hukukundaki işlevselliği, örf kapsamına giren külli kaidelerin mahiyeti, külli kaidelerin İslam hukukundaki yeri ve işlevi incelenmiş; ikinci bölümde ise temel fıkıh kitaplarında gâlibiyet ilkesinin zikredildiği alanların tespiti ve buradan hareketle fikhî tartışmalarda ve görüşlerin temellendirilmesinde oynadığı rol üzerinde durulmuştur.

Araştırma konusunun tespitinde ve yürütülmesi aşamasında destek veren değerli danışman hocam Doç. Dr. Ahmet Aydın’a en içten saygı ve şükranlarımı sunarım. Yetişmemde büyük emekleri olan ve eğitim hayatım boyunca maddi manevi her türlü desteği esirgemeyen aileme ve bugünlere gelmemizde emeği geçen tüm hocalarıma teşekkürü bir borç telakki ederim.

Gayret bizden muvaffakiyet Allah’tan...**Esra TAVLI** İstanbul-2020

# GİRİŞ

## A. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE ALANI

Fıkıh literatüründe, fikhî hükümlerin çözümünde örf ve âdete yoğun bir biçimde atıflar bulunmaktadır. Fakihler örfün hangi durumlarda geçerli olacağını belirterek, sahih örfün hukuktaki kaynak değerine işaret etmektedir. Örfün geçerlilik şartlarında ön önemlisi muamelelerin tümünde veya çoğunluğunda uygulanıyor olmasıdır. Bu nedenle *devamlılık* ve *yaygınlık* niteliğine sahip olmayan tasarruflar, örf mesabesinde değildir ve hükümler üzerinde bir etkisi yoktur. Çünküt oplum tarafındankabul görmemiş bir uygulama, henüz örfün var olma şartlarını kendisinde barındırmadığına bir işarettir. Nadir gerçekleşen hususların ise hukuk açısından herhangi bir kaynak değeri yoktur. Məcəlelle'nin “*âdet ancak muttarid yahut galip oldukda mu'teber olur*” ve *itibar gâlib-i şâyiadır, nadire değildir*” ilkeleride bu şartın gerekliliğini ifade edilmektedir.

Çalışmada hukukun önemli konularından örfün kaynak değerini izah ettikten sonra “*âdet muhakkemdir*” başlığı altında örfü dair külli kaidelerin tespiti yapılmış ve bu bağlamda örfün kısımları, hükümlere etkisi, örfün değişmesiyle hükümlerin değişmesi ve geçerlilik şartları izah edilmeye çalışılmıştır.

İslam hukukçularının birçok alanda hukuki hükümleri çözüme kavuştururken, nasların yanında külli kaidelere başvurdukları görülmektedir. Hukukçulara rehber olan bu kaidelerden biri araştırmamızın konusu olan “*itibara gâlib-i şâyiadır, nadire değildir.*” ilkesidir. Hukukçular ilgili alanlarda hüküm istinbat ederken nakli delillerin yanında, gâlibiyet ilkesini görüşlerine dayanak olarak göstermişlerdir. Onlar, “hükümlerin tertibinde kendisine bakılıp itimat edilecek olan yaygın olandır, nâdir olan değildir.” ilkesi ile meseleleri değerlendirmişlerdir. Genellikle buluşa erme yaşının on beş yaş olması sebebiyle bu yaşa gelen çocuğun baliğ kabul edilmesi, caydırıcı nitelikteki cezaların çokça vaki olan eylemler için geçerli olduğu, buna binaen nadiren vaki olan eylemlerde had ve kısas cezasının gerekli olmayışı, fıkıh literatürünün yemin, taharet ve radâ' gibi kısımlarında bir şeyin diğerine galip gelmesi durumunda azlığın çokluğa tabi olması esasının etkili olması ve kişinin



iradesi dışında vaki olan bazı hallerin nadiren gerçekleşmesinin hükümlere etkisi gâlibiyet ilkesi ışığında incelenen konulardan bir kaçıdır. Bu çalışmada gâlibiyet ilkesinin etkili olduğu alanlar, fikhî metinlerden tespit edilmeye çalışılmıştır.

## B. AMAÇ VE YÖNTEM

Hanefî fıkıh metinleri kapsamında, *gâlibiyet* ilkesinin etkili olduğu alanları inceleyen bu çalışma, iki nokta üzerinde durmaktadır: Birincisi örf ve âdetin hukuki değeri ve kapsamına giren kaidelerin mahiyeti ve kullanım alanları, ikincisi ise örfî kaidelerden “*itibar gâlibi şâyiadır, nadire değildir.*” ilkesinin fikhî metinlerdeki yerlerinin tespiti ve fonksiyonudur. Buna ek olarak kaidelerin fikhî tartışmalarda ve görüşlerin temellendirilmesinde oynadığı rol ele alınmaktadır.

Örfün İslam hukukundaki yerinin incelendiği birinci bölümde, örf ile ilişkili külli kaideler üzerinde durulmuş ve kavaid-i fikhiyye ilmine dair genel bir bilgidен sonra kaidelerin mezheplerin görüşlerine etkisi incelenmiştir.

Tezin ikinci bölümünde *gâlibiyet* ilkesinin fikhî metinlerdeki işlevi ele alınmıştır. Bu doğrultuda temel klasik eserlerde kaidenin kullanım alanları incelenip bu kaynaklardaki yeri esas alınarak kaidenin hükümler üzerindeki işlevi, fakihlerin görüşleriyle birlikte ortaya konmaya çalışılmıştır.

## C. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI

Çalışmada kavaidin kavramsal analizi ve hukuk içerisindeki önemi izah edilirken, kavaid alanında kaleme alınmış eserlere ve güncel çalışmalara başvurulacaktır. Bu kapsamda çalışmada Karâfi'nin “*el-Furûk*” ve Mustafa Ahmet ez-Zerkâ'nın “*Şerhu'l-Kavâidi'l-Fikhiyye*”, adlı eseri ile Necmettin Kızılkaya'nın “*Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kâideler*”, Ahmet Yaman'ın “*Bir Kavram Olarak Fikhî Kaideler ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri*”, Necmettin Kızılkaya'nın “*Serahsî'nin el-Mebsût İsimli Eserindeki Ceza Bahislerine Hâkim Olan Fikhî Kaideler*”, Ali Pekcan'ın “*İslam Hukukunda Gaye Problemi*” ve Adnan Algül'ün “*Kavaid İlmi ve İzzüddin b. Abdusselam'ın Kavaid İlmine Etkisi*” adlı çalışmalardan istifade edilmiştir.

Örfün İslam hukukundaki yeri ve onunla ilgili külli kaideleri izah ederken fıkıh usulü kitaplarından, kavaid-i fikihiye alanındaki eserlerden ve güncel çalışmalardan yararlanılmıştır. Bu kapsamda İbn Nüceym'in "*el-Eşbâh ve'n-Nezâir*", Süyûtî'nin "*el-Eşbâh ve'n-nezâir*", ve Abdülkerîm Zeydân'ın "*el-Medhal li-dirâseti's-şerî'ati'l-İslâmiyye*", adlı eseri ile Ali Haydar Efendi'nin "*Düreru'l-Hükkâm*", Ahmet Cevdet Paşa'nın "*Mecelle-i Ahkâmı Adliyye*", Zekiyuddîn Şaban'ın "*İslam Hukuk İlminin Esasları*", Ayhan, Kurt'un "*Mevsîlî'nin İhtiyâr Adlı Eserinde Örf ve Âdet*", İsmail Hakkı İzmirli'nin "*Örfün İslam Hukukundaki Yeri*", Bayram Demir'in, "*Mecelle'nin Dille İlgili Külli Kaideleri*" adlı çalışmaları esas alınmış ve gerekli bilgiler aktarılmaya çalışılmıştır.

Gâlibiyet ilkesinin fikhî kaynaklardaki yerinin tespitinde ise Serahsî'nin (ö. 483/ 1090), "*el-Mebsût*", Kâsânî'nin (ö.587/1191) "*Bedâiu's-Sanâ'i fî Tertîbi's-Şerâi*", Merginânî'nin (ö.593/1197) "*el-Hidâye*", Mevsîlî'nin (ö.683/1284) "*el-İhtiyâr*" ve Mâlikîler'den İbn Rüşd'ün (ö.595/1198) "*Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*" adlı eserlerinden yararlanılmıştır. Klasik fıkıh eserlerinin yanı sıra Ahmet Aydın'ın "*İtibar Gâlib-i Şâyiadır, Nadire Değildir İlkesinin Ebû Hanîfe'nin Suç-Ceza Teorisine Etkisi,*" adlı çalışmasından istifade edilmiştir.

## I.BÖLÜM

### 1. ÖRF BAĞLAMINDA “ÂDET MUHAKKEMDİR” KAİDESİ VE ŞAMİL OLDUĞU İLKELER

Fıkıh literatüründe, İslam’ın ilkelerine ve nasslardaki düzenlemelere ters düşmeyen örf ve âdetin, hükümlerin belirlenmesinde etkili olduğu açık biçimde görülmektedir. Örf kelime itibarıyla “bir şeyi onun eseri üzerinde derinlemesine düşünerek kavrama, idrak etme” anlamına gelmektedir. Bu kelime ayrıca Kur'an ve Sünnette daha çok ism-i mefûl olarak yani "marûf" şeklinde geçmektedir. Ebû Mansûr el-Mâturidî (ö.333/944), “*Sen af ve müsamaha yolunu tut; iyiliği emret; cahillere aldırış etme*”<sup>1</sup> ayetinde geçen “el-urf” sözcüğünün maruf manasına geldiğini ve marufun her hayrın adı olduğunu ifade etmiştir. O,maruf kelimesinin tefsirini daha detaylı olarak Âl-İlîmran suresinin 110. ayetinde<sup>2</sup> yapmıştır:

“Marûf, akıl tarafından uygun bulunan, yani aklın güzel gördüğü şey demektir. Münker ise aklın çirkin gördüğü ve reddettiği şey demektir. Marûfun muhtemel bir diğer anlamı ise, ayet ve deliller aracılığıyla güzel olduğu bilinen şeydir. Münker de, delillerin kötü olduğunu bildirdiği şey demektir. Ayrıca marûf kelimesi, bütün peygamberlerin mesajlarında güzel olduğu bildirilen şey anlamına da gelir. Münker de, onların getirdiği mesajlarda yasakladıkları ve reddettikleri şeylerdir.”<sup>3</sup>

Hanefî fakihlerden İbn Nüceym (ö.970/1563) *el-Eşbâh'ta* İslam hukukunun örfe verdiği değerden bahsederek *el-âdetü muhakkemetün* kaidesi çerçevesinde örfün tarifini, kısımlarını, nassın bulunduğu meselelerde muteber olmayacağını, hangi

---

<sup>1</sup> A'râf, 7/199.

<sup>2</sup> “Siz, insanlar için ortaya çıkarılmış en hayırlı ümmetsiniz. İyiliği emredersiniz, kötülükten alıkoyarsınız ve Allah'a inanırsınız. Ehl-i kitap da inanmış olsalardı elbette onlar için hayırlı olurdu; içlerinden inananlar da var, fakat çoğu yoldan çıkmıştır.”

<sup>3</sup> Musa Günay, “Örfün Tanımı, Delil Oluşu Ve İmam Ebû Hanife'nin Bazı Konuları Örfle Çözümlemesi”, *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 32, (2014), s. 27-28.

durumlarda sabit olacağını ve hukuken geçerlilik şartlarını örneklerle ortaya koymuştur.<sup>4</sup>

Çalışmanın bu bölümünde örf ve bu bağlamında “*âdet muhakkemdir*“ kaidesi ve şamil olduğu diğer kaidelerin muhtevası değerlendirildikten sonra külli kaidelerin hukuktaki yeri ve fikhî hükümlere etkileri incelenecektir.

## 1.1. İSLAM HUKUKUNDA ÖRFÜN KAYNAK DEĞERİ

Örf, İslam hukukunun asli kaynaklarından olmasa da yazılı olmayan sosyal hayat kurallarından biri olarak, toplumların ortak vicdanını yansıtan önemli bir hukuk normu niteliği taşımaktadır. Fikhî metinlerde yer alan meselelerin güncellenmesinde ve insanlar arası hak ve sorumlulukların tespitinde fikhî usulünün tâlî kaynakları arasında zikredilen örf, bu yönüyle fikhînin önemli kaynaklarından biri olarak görülmektedir.<sup>5</sup>

Hanefî mezhebinde hukuki bir kaynak olarak değerlendirilen örfün temellendirilmesinde “*Resulûm! Sen yine de af yolunu tut, iyiliği emret ve câhillerden yüz çevir.*”<sup>6</sup> ayeti ile “*Müslümanların güzel gördüğü şey, Allah katında da güzeldir.*”<sup>7</sup> şeklinde gelen haber delil olarak kullanılmıştır.<sup>8</sup> Örfün meşruiyeti için getirilen deliller arasında, Pîrîzâde’nin (ö.1099/1688) “*el-Eşbâh ve’n-Nezâir*” üzerine yaptığı şerhten alınan “*örf ile sabit olan, şer’i delil ile sabit olmuş gibidir.*”<sup>9</sup> ibaresi ile “*el-Mebsût*”ta geçen “*örf ile sabit olan, nass ile sabit olmuş gibidir.*”<sup>10</sup> kaidesi gösterilmiştir. Hukukun birçok alanında üzerine hüküm bina edilen olan örfün etkisi

<sup>4</sup>İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, Beyrut, Daru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1999, s. 79- 88.

<sup>5</sup>Abdulkadir Şanalımış, “İbn Nüceym’in el-Eşbâh ve’n-Nezâir Adlı Eserinde Örf Dair Görüşleri”, *Diyanet İlmî Dergi*, Cilt 53, Sayı 4, (2017), s.124.

<sup>6</sup>A’raf, 7/199; Ayette geçen “iyiliği emret” ifadesinin tefsirlerdeki açıklaması şudur: Burada “iyilik” olarak tercüme ettiğimiz العُرْفُ (örf), “Allah’ın kitabına, Peygamber (s.a.s.)’in sünnetine ve akl-i selîm sahibi kimselerin değerlendirmesine göre yapılması gerekli, yapılması yapılmamasından daha iyi, varlığı yokluğundan hayırlı, güzel ve faydalı bütün işler”dir. Buna göre “örf”, sadece yapılması farz olan işleri değil, aynı zamanda mendup olan, dinin hüküm ve hedeflerine ters düşmemek şartıyla akl-i selimin ve kamu vicdanının hayırlı ve yararlı görüp âdet haline getirdiği her türlü dinî ve dünyevî konulardaki iyilik ve güzellikleri de ihtiva eder. Bkz: <https://www.kuranvemeali.com/araf-suresi/199-ayeti-tefsiri> (erişim tarihi: 08.04.2020).

<sup>7</sup>Ahmed b. Hanbel, Müsned, I, 379.

<sup>8</sup>İbn Nüceym eserinde bu hadisle ilgili şu tespitte bulunmuştur: “Uzun süre araştırmama ve sorup sorgulamama rağmen bu rivâyeti, hadis kitaplarında zayıf bir senetle olsa merfu olarak bulamadım. Bu olsa olsa Abdullah b. Mes’ud’a ait mevkuף bir hadistir.” Bkz: İbn Nüceym, a.g.e, s. 79.

<sup>9</sup>İbn Nüceym, a.g.e, s. 84.

<sup>10</sup>Serahsî, Ebû Bekr Şemsü’l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *el-Mebsut*, Beyrut, Dâru’l-Ma’rife, 1993, Cilt, IV, s. 152.

alım satım, rehin, kira, selem, kasame, nikâh, katilin akilesine diyet ödeme yükümlülüğü, eşler arasında denklik, talak, suç ve ceza, mefkudun durumu, müsakat, hayvan kesimi ve ikrah gibi konu veya hükümlerde görülmektedir.

Örfün şer’i delillere veya âdetlerin değişmesine göre değişmeyen şer’i hükümlere aykırı olması halinde muteber sayılamayacağı hususunda fikir birliği vardır. Örneğin içki içme, kumar oynama, riba muameleleri yapma, kadınların örtü esaslarına riayet etmeden dışarı çıkmaları gibi kesin emirlerle yasaklanmış hükümler ile kabirlere mum dikme, kadınların cenazenin peşinden yürümeleri gibi davranışlar toplum içerisinde alışıl gelmiş bir durum haline gelse bile geçerli bir örf olarak kabul görülemez. Öte yandan İslam hukukunun temel ilkelerine aykırı olmayan örfün, hükümlerin tespiti sırasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir.<sup>11</sup>

Hukuk doktrininde, örf ve âdetlerin hukukun temel kaynaklarından biri olarak değerlendirilmesinde, kolaylığı alma ve zorluğu giderme prensibinin dikkate alındığı görülmektedir. İnsanların durumlarını düzeltmek, aralarında adaleti gerçekleştirmek ve sıkıntılarını gidermek hükümlerin vazedilmesindeki asıl gayedir. Öte yandan herhangi bir meselede hüküm verilirken, insanların âdet edindiği ve akl-ı selim sahiplerinin uygun gördüğü şeyleri dikkate almamak insanları büyük sıkıntıya sokar. Bu da İslam hukukunun temel prensiplerine aykırıdır. Çünkü örf ve âdetlerin tamamen toplumdaki çıkarılması sıkıntıya sebebiyet verir. Dolayısıyla İslam hukukunun temel kurallarından birine aykırı olmayan örfün, hüküm çıkarılırken dikkate alınması maslahat gereğidir. Bu sebeple fakihler, sahih örfü muteber saymışlar, onu fetva ve hüküm verirken kendisine başvuru kaynaklarından biri olarak addetmişlerdir.<sup>12</sup>

İslam alimleri sahih örfü, fetva ve hükümde kendisine isnat edilen kaynaklardan biri olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda genel kural niteliği taşıyan ifadeler nakletmişlerdir. Birer hukuk prensibi olan bu ifadeler *Mecelle-i Ahkâmı Adliyye*’de “âdet muhakkemdir” kaidesiyle ilintili olarak izah edilmektedir.<sup>13</sup>

Örf ve âdetin hukuki değerinden bahseden genel kurallar şunlardır:

1. Nâssın isti’ mâli bir hüccettir ki ânınla amel vâcib olur.

<sup>11</sup>Zekiyüddin Şaban, *İslam Hukuku İlminin Esasları (Usulü’l-Fıkh)*, (çev. İbrahim Kâfi Dönmez), Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2017, s. 260.

<sup>12</sup>Şaban, a.g.e.s. 261.

<sup>13</sup>Şaban, a.g.e. s. 261.

2. Âdeten mümteni'olan şey hakîkaten mümteni' gibidir.
3. Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz.
4. Âdetin delâletiyle ma'nâ-yı hakîkî terk olunur.
5. Âdet ancak muttarid yahut gâlip oldukta mu'teber olur.
6. İ'tibâr gâlib-i şâyia olup nâdire değildir.
7. Örfen ma'rûf olan şey şart kılınmış gibidir.
8. Beyne't-tüccâr ma'rûf olan şey, beynlerinde meşrût gibidir.
9. Örf ile ta'yîn, nass ile ta'yîn gibidir.<sup>14</sup>

Mâlikî mezhebinde, şer'i delillere ve fikhın temel hükümlerine ters düşmeyen örfün, hükmün tespitinde dikkate alınması gerektiği savunulmakta ve birçok Mâlikî usul eserinde örf, fikhın kaynakları arasında gösterilmektedir.<sup>15</sup>

Karâfî (ö.648/1285) ve Şâtîbî (ö.790/1388), örf'e geniş bir anlam yükleyerek insanların zorunlu davranış ve ihtiyaçlarını da bu kavram çerçevesinde değerlendirmekte, belirli bir coğrafyaya, dile veya ticaret gibi sosyal alana ait olup değişen örflerin de fikh bünyesinde incelenmesi gerektiğini savunmaktadırlar.<sup>16</sup>

Şâfiî âlimlerinden Kâdî Hüseyin (ö.462/1070) örfü, "*meselelerin çözümünde örf'e müracaat etmek fikhın üzerine bina edildiği beş temel esastan biridir.*"<sup>17</sup> şeklinde değerlendirmiştir. Süyûtî'nin (ö. 911/1505) "*el-Eşbâh ve'n-Nezâir*" adlı eserinde örf'e başvurmayı gerektiren durumlardan bir kısmı özetle şunlardır:

1. Değişken bir niteliğe sahip olan birtakım sıfatlardan kaynaklı hükümlerin sebeplerini fehm etmek: Abdest ve gusülde suyun cilde temas etmesi açısından sakalın sıklık ve gürlüğü, namazda namaz dışı yapılan eylemlerin ve konuşmanın miktarı, alışverişlerde karşılığın bir bedel veya ürünün misli ile ödenmesi gibi konular bunlardandır.

<sup>14</sup> Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar Efendi, *Dürerül-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkam*, İstanbul, Diyanet İşleri Başkanlığı, 2017, Cilt I, s.158-190.

<sup>15</sup> Eyüp Said Kaya, "Mâlikî Mezhebi", Cilt XVII, İstanbul, *DİA*, 2013. s. 526.

<sup>16</sup> Kaya, a.g.e, s. 526.

<sup>17</sup> Kâdî Hüseyin(ö.462/1070)'e göre, örf'e müracaat, fikhın dayandığı beş temel kaideden biridir. Bu kaideler sırasıyla şunlardır: 1) Kesin olarak bilinen bir şey şüphe ile ortadan kalkmaz. 2) Zarar giderilir. 3) Meşakkat kolaylığı getirir. 4) Bir işten maksat ne ise hüküm de ona göredir. 5) Adet hakem kılınır. Bkz: İsmail Hakkı İzmirli, Örfün İslam Hukukundaki Yeri, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 5, (2005),s. 213.

2. Üzerine birtakım hükümlerin terettüp ettiği ancak hakkında hukukî bir düzenlemenin bulunmadığı fiiller: Ölü bir araziyi imar edip ziraata elverişli hale getirme, emanet malın muhafazası ve ödünç hükmündeki maldan istifadenin kemmiyeti bu kategoride yer alan konulardan birkaçıdır.

3. Tahsis edici birtakım uygulamalar: Yemin lafızları, vasiyet, vakıf, ölçülerin ve tartıların miktarları, paralar ve buna benzer diğer hususlar bu grupta yer almaktadır.<sup>18</sup>

Hanbelîlerden İbn Kayyim el-Cevziyye (ö.751/1350) örfün İslam hukukundaki yerini “*örfteki şart lâfzen söylenmiş gibidir.*” ve “*örf yüzden fazla konuşma yerine geçer.*”<sup>19</sup> prensipleri ile ifade etmektedir. O, değişik vesilelerle örfün hakemliğine başvurmayı ve örfün gerektirdiği görüşün alınmasını savunmaktadır. Nitekim mezhepte muamelat konularında bir ülkenin parası, misafire yemek ikramı, kira akdi yapmadan hamama girme, sebilhaneden su içme, kiralanan hayvan huysuzluk yaparsa onu dövebilme, kişinin bir yere girme izninin orada bulunan suyu içme ve bir yastığa dayanabilmesini de kapsamı gibi birtakım mevzularda verilen hükümler örfeye dayandırılmıştır. Ayrıca o, “fetva zaman, mekân, âdet ve durumların değişmesiyle değişir ve bunların hepsi Allah’ın dinindedir” düşüncesinden hareketle örf ve âdetin geçerli olduğu yeminler, nezirler ve ikrar hususundaki hükümler hakkında, ihtiyaca binaen zamanın ve örfün değişmesiyle yeni bir fetvanın verilebileceğini söylemiştir.<sup>20</sup> Ancak o, dinde hükmü belirlenmiş olan vacipleri, haramları ve cezaları örfün ve zamanın etkisiyle değişebilir olan hükümlerden ayrı tutmaya özen göstermiştir.<sup>21</sup>

## 1.2. ÖRFÜN TARİFİ VE KISIMLARI

Fıkıh metinlerinde örften kastedilen, insanların çoğunluğunun benimseyip alışkanlık haline getirdiği işler veya duyulduğunda hatıra başka anlam gelmeyecek derecede özel bir anlamda kullanmayı âdet edindikleri lafızlardır. Örf keyfiyeti, mahiyeti ve yaygınlığı açısından üç ayrı çerçevede değerlendirilmiştir. Keyfiyeti

<sup>18</sup>Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Beyrut, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 1990, s. 90-97; Değerlendirme için Bkz: Serkan Çelikhan, “Mecelle’de Yer Alan Örfün Hukuki Değeri İle İlgili Fıkıh Kaidelerinin Hadislerdeki Temelleri”, *Uluslar arası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 11, Sayı 55, (2018), s. 987.

<sup>19</sup>İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü' Muvakkı'in*, Kahire, Daru İbnü'l-Cevziyye, 2016, Cilt I, s. 40.

<sup>20</sup> İsmail Hakkı İzmirli, a.g.e, s.213.

<sup>21</sup> Yunus Apaydın, “İbn Kayyim el-Cevziyye”, Cilt XX, İstanbul, *DİA*, 1999, s. 109.

açısından örf, “kavli” ve “ameli” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İnsanların başka anlamı çağrıştırmayacak derecede özel bir anlamda kullanmayı âdet edindikleri lafızlar “kavli örf”tür. Dilde hem erkek hem de kız için kullanılan “veled” lafzının, halk arasında sadece erkek için kullanılması ve balığın “et” kategorisinde değerlendirilmemesi bu çeşit örf kapsamına girmektedir. “Amelî örf” ise insanların çoğunluğunun benimseyip uygulama biçimini devamlı yapmak suretiyle alışkanlık haline getirdikleri fillerdir. Halkın birçok şeyi sözlü ifade kullanmaksızın sadece teslim-tesellüm tarzında alışveriş yapması, mehrin muaccel ve müaccel şeklinde taksim edilmesi ve umûmi hamamların belli bir bekleme süresi tayin edilmeksizin kullanılması gibi âdetler amelî örf kapsamına giren hususlardandır.<sup>22</sup>

Örf muteberlik yönünden iki kısma ayrılmaktadır. “Sahih örf”, İslam’ın hüküm veya ilkelerinden herhangi birine aykırı olmayan, uygulamada geçersizliği konusunda bir hüküm bulunmayan ve kendisinin uygulanacağı alanda özel bir hükme rastlanmayan geleneklerdir. “Fâsid örf”, İslam dininin hükümlerine, temel ilkelerine aykırı olan veya haramı helal yapan yahut vacibi iptal eden örf çeşididir. Töre cinayetleri, kan davaları, kumar oynama, faizle iş yapma gibi tasarruflar fâsid örf kapsamındadır.<sup>23</sup>

Yaygınlık derecesine göre örf, *genel* ve *özel* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. “Genel örf”, herhangi bir devirde bütün Müslüman ülkelerde, halkın bir davranışı veya bir lafzın özel bir anlamda kullanımını âdet edinmesidir. Örneğin fertlerin içerisinde kalınacak süre, tüketilecek su miktarları belirlenmeksizin hamamlara girmeye alışmaları, camilere ayakkabı ile girmenin camiye saygısızlık kabul edilmesi gibi. “Hususi/özel örf”, bir ülke, bölge halkı veya belli çevrenin bir davranışı âdet edinmesi ya da bir lafzı özel bir anlamda kullanılmasıdır. Örneğin Iraklıların “hayvan” lafzını at anlamında kullanmaları gibi.<sup>24</sup>

### 1.3. ÖRFÜN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Örfün, fikhî hükümlerin tespitinde dikkate alınabilmesi için birtakım şartlara haiz olması gerekir.

---

<sup>22</sup> Şaban, a.g.e.s. 259.

<sup>23</sup> Abdülkerîm Zeydân, *el-Medhalli-diraseti 'ş-şer'iyyeti'l-islamiyyet*, Beyrut, 2006, s.195.

<sup>24</sup> Şaban, a.g.e.s. 260.



a) *Örf şer'î delillere aykırı olmamalıdır.* Nassa muhalif olmama şeklinde ifade edilen bu şartla, gerek bir nassla açık biçimde çatışan gerekse nasların ruhu ve diğer şer'î delillerle bağdaştırılması mümkün olmayan örflerin fikhî hükme dayanak gösterilmeyeceği anlaşılmaktadır.<sup>25</sup> Örneğin bir toplumda sarhoşluk verici içkilerin içilmesi veya riba muameleleri örf düzeyinde yaygınlık kazanmış olsa bile buna itibar edilmez. Çünkü hukuka ve ahlaka aykırı örflere dayanılarak hükme varılamaz.<sup>26</sup>

b) *Örfün, söz konusu muamelelerin tamamında veya büyük çoğunluğunda uygulanıyor olması gerekir.* Örfün muttarid yani söz konusu işlemlerin tamamında veya çoğunluğunda uygulanıyor olması gerekir. Şayet muttarid veya galip özelliği taşımıyorsa örf hükme dayanak olamaz. Örfün toplumda yerleşmesi ancak sürekli ve devamlı uygulanması ile mümkündür. Nadiren vaki olan durumlarda örfün hukuki açıdan herhangi bir değeri yoktur. Bu husus Mecelle'de "*âdet ancak muttarid yahut galip oldukça muteber olur.*" ve "*itibar gâlib-i şâyiadır nadire değildir.*" külli kaideleri ile ifade edilmektedir.<sup>27</sup>

c) *Örf Tasarruf Anında Mevcut Olmalıdır.* Örfün bir hukuki işlemin kuruluşu esnasında mevcut olması gerekir. Buna göre bir hükmün tespiti sırasında bir örf bulur daha sonra bu örf değişir ise hüküm mevcut olan örf'e göre verilir. Aynı şekilde hükümden sonra ortaya çıkan örf'e de itibar edilmez. İbn Nüceym *el-Eşbâh* adlı eserinde sonradan meydana gelen örf'e itibar edilemeyeceğini ifade etmektedir.<sup>28</sup>

d) *Örfün hilafına bir söz veya fiil bulunmamalıdır.* Örfün açık bir irade beyanıyla çatışmaması gerekir. Bir konuda örf olmakla birlikte akdin tarafları bunun aksini kararlaştırmışlarsa örf'e itibar edilmez ve tarafların ortak iradesi esas alınır. Çünkü örf manası açık olan bir lafzın delaletiyle eşdeğer değildir.<sup>29</sup> Açık olan lafız, örf karşısında daha kuvvetlidir. Nitekim bu hususta genel kural<sup>30</sup> dikkate alınır.

<sup>25</sup> Dönmez, a.g.e, s. 90.

<sup>26</sup> Şaban, a.g.e,s. 264.

<sup>27</sup> Şaban, a.g.e,s. 262-263.

<sup>28</sup> Şaban, a.g.e,s. 263.

<sup>29</sup> Şaban, a.g.e,s. 263.

<sup>30</sup> "*Tasrih mukabelesinde dalalete itibar yoktur.*" Bir söz veya fiilde açıklık söz konusu olduğunda başka mâna aranmaz. Açıklık karşısında (ayrıca) delile gerek yoktur. Kendisi açık olan bir konuda ayrıca rehber, yol göstericiye ihtiyaç duyulmaz. Mesela, bir insan bir şeyi "bağışladım" dediğinde bağışlama tamamdır. Yani, bir hususun yapılmasında işin açık olması ile deliller arasında ihtilâf ortaya çıkarsa, açıkça görünene göre davranılır, ancak açıklık olmayan yerde delil aranır. Bkz: Ali Haydar, a.g.e, s.109; Ahmet Şimşirgil-Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa Ve Mecelle*, İstanbul, KTB Yayınları, 2008,s.99.

#### 1.4. ÖRFÜN DEĞİŞMESİ İLE HÜKÜMLERİN DEĞİŞMESİ

İslam hukukunda örf üzerine bina edilen hükümler örfün değişimiyle birlikte değişmektedir. Mecelle’de bu husus, “*ezmanın tegayyuru ile ahkâmın tegayyuru inkâr olunamaz*” kaidesiyle ifade edilmektedir. Yani zamanın değişmesiyle, hükümlerin değişmesi inkâr olunamaz. Zira zamanın değişmesiyle insanların âdet edindikleri değişmektedir.

Kitap ve sünnete dayanan hükümler, örf ve âdetin değişmesiyle değişmez. Ancak hakkında nass bulunmayan içtihadî hükümler, zamanın değişmesiyle değişebilir. Çünkü reye dayanılarak verilen hükümlerin bir kısmı örfün üzerine bina edilmiştir. Bundan dolayı “*insanların örf ve âdetlerinin bilinmesi*” içtihadın şartları arasında sayılmıştır.<sup>31</sup>

Örfe dayanılarak verilen hükümlerde, İslam hukukçuları arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Hukukçular bu durumu şu şekilde değerlendirirler: “Böyle bir görüş ayrılığı dayanılan delil ve argümanın değişmesi değil, asır ve zamanın değişmesidir.” Bu çeşit fikir ayrılığının örneklerinden biri şudur: Hanefî mezhebindeki yerleşik hükme göre bir ev satın alınırken evin dışı ve bazı odalarını görmüş olmak, aynı mezhepteki alıcıya tanınan görme muhayyerliği hakkını düşürür. Sonraki fıkıh bilginleri örf üzerine temellendirilen bu görüşten ayrılıp bütün odaların görülmüş olmasını şart koşmuşlar, odalar görülmemişse görme muhayyerliği hakkının düşmeyeceğine hükmetmişlerdir. Önceki imamlar döneminde evler standart yapıda olduğundan odalardan bir veya birkaçını görmek ev hakkında bilgi alma hususunda yeterli kabul edilmiştir. Ancak sonraki dönemlerde ev içindeki odaların biri diğerinden farklı yapıda olunca, bütün odaların görülmesi zaruret haline gelmiştir.<sup>32</sup> İmam Şâfi’de (ö. 204/820) Irak’tan ayrılıp Mısır’a geldikten sonra, Iraklıların örfünden farklı olan Mısırlıların örfüne göre hareket etmiş ve hükmettiği bazı konularda görüşlerini değiştirmiştir.<sup>33</sup>

Örfün ayet veya hadis ile tearuzu (çatışması) durumunda nass tercih edilir. Dolayısıyla faizli akitler, şarap satışı, gayrimüslim erkeklerle evlenme, borç sebebiyle kölelik gibi haklarında varid olan nasslar sebebiyle yasaklanan hususlar,

<sup>31</sup>Kamil Yelek, “Hanefî Mezhebinde Örfün Hükümlere Etkisi”, *AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt3, Sayı 6, (2015) s. 96.

<sup>32</sup>Şaban, a.g.e, s. 267.

<sup>33</sup>Zeydan, a.g.e, s. 196.

örf haline gelse dahi itibar edilmez. Çünkü nassla çatışan örfün hukuki değeri yoktur.<sup>34</sup>

Örfün umumi nassla tearuzu durumunda iki durum söz konusudur. Örf hususi ve nass geldiğinde mevcutsa nassı tahsis eder. Eğer örf, örf-i amm olursa ve umumi nassa her yönden değil bazı yönlerden muhalifse ya da delil kıyas olursa, örf-i amm muteberdir. Şer’i delil ve örf genel olursa, şer’i delili tahsis edici olarak örf geçerli olur. Bu hususta örf-i amm, umumi nass ve kıyas tahsise elverişli olduğu için muhalif olduğu kısmı tahsis eder, kalan kısım ise hükmünü devam ettirir. İstisnâ’ akidinde olduğu gibi genel örfle dayanarak kıyas terk edilir. Öte yandan kıyasa göre böyle bir akit geçersizdir. Çünkü istisnâ’ elinde olmayan bir şeyi satmaktır ki bu satış umumi kurala istinaden yasaklanmıştır. Ancak insanlar arasında alışlagelmiş bir uygulama halini alması ve bu konuda örf oluşması sebebiyle kıyasa aykırı olarak meşru sayılmıştır. Dolayısıyla genel örf, nassa aykırı değilse dikkate alınır.<sup>35</sup>

Örf nass geldiği sırada mevcut olmayıp sonradan ortaya çıkmışsa kabul edilmez. Ancak burada istisnâ olarak Hanefilerden İmam Ebû Yûsuf’un (ö. 182/798) bir içtihadı mevcuttur. Ebû Yûsuf, “nasstan sonra ortaya çıkan örfle itibar edilir” demektedir. Onun bu ifadeyle söylemek istediği şey, örfle muallel olan nasslarda örfün değişmesiyle nassın da değişeceği. Zira o, “Hz. Peygamber (s.a.v) hayatta olsaydı bugünkü örf istikametinde bir beyanda bulunurdu” demektedir.<sup>36</sup> Ebû Yûsuf’un bu içtihadına dayanılarak çözümlenen meselelerden birkaçı şudur: Beybi’l-vefâ<sup>37</sup> örfen meşru olmadığı için caiz görülmemiştir. Ancak sonradan bu şart örfen meşru görülmeye başlanınca faizden kaçınma, borcun temin ve tevsik yani sağlama almak maksadıyla böyle bir satışa cevaz verilmiştir.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup>Şimşirgil-Ekinci, a.g.e,s.120.

<sup>35</sup>Şimşirgil-Ekinci, a.g.e,s.120; Yelek, a.g.e, s. 92.

<sup>36</sup>Emrullah Dumlu, Ebû Yûsuf’un “Örfe Dayalı Nassın Örf Değiştiğinde Değişebilirliğine” İlişkin Görüşünün Tespit ve Tetkiki, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 28, (2016), s. 95.

<sup>37</sup>Bey’i Bi’l-Vefâ: Bir malı parasını geri verdiğinde iade etmek üzere bir kimseye şu kadar paraya satmaktır. Bkz: Erdoğan, a.g.e, s. 54; Bey’ bi’l-vefâ, Müslüman halkın faizsiz borç para temin etmekte karşılaştığı güçlükleri faiz sayılmayacak bir usulle ortadan kaldırmak ve sermaye sahiplerinin verdikleri krediye karşılık bir teminat ve bir kazanç elde etmelerini sağlamak gayesiyle V. (XI.) yüzyıl Hanefî fakihleri tarafından ortaya konmuş bir akid nevidir. Bkz: Abdülaziz Bayındır, “Bey’ bi’l-Vefâ”, Cilt VI, İstanbul, *DİA*, 1992, s. 20.

<sup>38</sup>Şimşirgil-Ekinci, a.g.e,s.120.

Yine riba hadisi, örf dayalı nassın, örf değiştiğinde değişip değişmeyeceği meselesi ekseninde değerlendirilmektedir. Riba hadisinin muteber hadis kaynaklarında pek çok varyantı bulunmakla birlikte en kapsamlısı Ebû Yûsuf'un *Kitabu'l-Âsâr* isimli eserinde yer almaktadır. O da şudur: “*Altın altınla tartısı tartısına peşin olarak mübadele edilir, fazlası ribâdır. Gümüş gümüşle tartısı tartısına peşin olarak mübadele edilir, fazlası ribâdır. Buğday buğdayla ölçęi ölçęine peşin olarak mübadele edilir, fazlası ribâdır. Arpa arpayla ölçęi ölçęine mübadele edilir, fazlası ribâdır. Hurma hurmayla ölçęi ölçęine mübadele edilir, fazlası ribâdır. Tuz tuzla ölçęi ölçęine mübadele edilir, fazlası ribâdır.*” Hz. Peygamber döneminde para olarak kullanılan altın ve gümüş tartıyla; buğday, arpa, hurma ve tuz ise ölçekle mübadele edilmekteydi. O dönem yürürlükte olan bu uygulama Hz. Peygamberin riba hadisindeki ikrarından anlaşılmaktadır. Sonraki dönemlerde Hz. Peygamberin veznî ve keylî olarak belirttiği bu mallarda uygulama değişmiş, hurma ve tuz tümüyle, buğday ve arpa kısmî olarak tartıyla alınıp satılmaya altın ve gümüş ise belli ağırlıklarda basılarak sayı ile mübadele edilmeye başlamıştır. Bu nedenle ulema Ebû Yûsuf'un içtihadına dayanarak, bulunulan yerin örfüne göre bu esasın değişebileceği yönünde karar belirtmişlerdir. Örneğin örfeye göre altın ve gümüşün sayı, diğerlerinin tartılı ile satılmasına izin verilmiştir.<sup>39</sup>

## 1.5. ÖRF BAĞLAMINDAKİ KÜLLİ KAİDELERİN KULLANIMI

İslam hukukunda örf bağlamında ifade edilen külli kaideler mezhep imamları tarafından ittifakla kabul edilmiştir. Bu kaideler, Kur'an ve sünnetten istidlal ile elde edilen ve birçok içtihadın üzerine bina edildiği genel kural niteliğinde ifadelerdir. Burada fıkhıta önemli bir yere haiz olan bu kaidelere ve işlevlerine dair bilgilere temas edilecektir.

### 1.5.1. Âdet Muhakkemdir

Bu kaide, İbn Nüceym'in (ö. 1005/1596) *el-Eşbâh ve'n-nezâir* ve Ebû Saîd el-Hâdimî'nin (ö. 1176/1762) *Mecâmi'u'l-hakâ'ik*'inde “*el-Âdetü muhkemetün ey hiye'l-müracca'inde'n-nizai' li-enneha delilün yebteni aleyhi'l-hukm*” şeklinde yer

<sup>39</sup> Şimşirgil-Ekinci, a.g.e,s.121; Dumlu, a.g.e, s. 99-111.

almaktadır. Yani âdet umumi olsun hususi olsun ihtilaf anında müracaat edilen bir kaynak ve hukuki bir hükmü ispat için delil ve hakemdir. Bu kural, kitap ve sünnetin bir ölçü getirmediği yerlerde geçerli olup, fetva ve hüküm vermede kendisine dayanılan kaynaklardan biridir. Aynı zamanda, “*Ümmetimin güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir.*”<sup>40</sup> şeklinde varid olan hadis-i şerife dayanmaktadır. Zira Hz. Peygamber, kendisine vahiy gelmediği zaman, örf ve âdete uymayı tercih eder ve insanlar arasında hüküm verirken mevcut örf ve âdeti nazar-ı itibara alırdı. Örneğin bir kadının kocasından alması gereken nafaka miktarını, örf ve âdete göre takdir etmiştir.<sup>41</sup>

### **1.5.2. Nassın İsti'mali Bir Hüccettir ki Anınla Amel Vacip Olur**

İnsanların şer'e aykırı olmayan örf ve adetleri, uyulması gereken birer hüccettir. Bu kaide, örf ve âdetin hükümler üzerinde tesir ve fonksiyonunu ortaya koyan güçlü ifadelerden biridir. Ali Haydar Efendi eserinde toplumun, şeraite ve fakihlerin fetvalarına aykırı olmayan uygulamalarının hüccet sayılabileceğini ve ona müracaat etmenin ameli vacip olduğunu ifade etmiştir.<sup>42</sup> Yevmiyeci olarak çalıştırılan bir kişinin çalışma süresi, bir kap içerisinde gönderilen hediyeye kabın dâhil olup olmadığı, başlık parasının hukuken mehir olarak değerlendirilmesi, kişilerin iffet ve namusuna dil uzatmak anlamına gelen bazı kötü sözlerin böyle bir amaç güdülmeksizin bir bölgede yaygın kullanılması vb. konularda cezai sorumlulukların tespiti insanların teamülüne göre belirlenir.<sup>43</sup>

### **1.5.3. Âdeten Mümteni' Olan Şey Hakîkaten Mümteni' Gibidir**

Normal şartlarda gerçekleşmesi imkân dâhilinde olmayan bir şey, gerçekten mümkün olmayan bir şey gibi değerlendirilir. Örneğin tevatür yoluyla sabit olan bir şeyi yalanlayan kişinin yalanladığı konuyla ilgili davasına bakılmaz. Bu konu hakkında delil getirmesi de istenmez çünkü kesinlik ifade eden şeylerin inkârı genelde pek görülüş durum değildir.<sup>44</sup> Bir şahsın, anne karnındaki çocuğun

---

<sup>40</sup> Ahmed b. Hanbel, Müsned, I, 379.

<sup>41</sup> Ali Haydar Efendi, a.g.e, Cilt I, s.158.

<sup>42</sup> Ali Haydar Efendi, a.g.e, Cilt I, s. 167.

<sup>43</sup> Ali Haydar Efendi, a.g.e, Cilt I, s. 168-170.

<sup>44</sup> Şimşirgil-Ekinci, a.g.e, s.119.

kendisine bir malı sattığını iddia veya kendisinden bir miktar borç para istediğini ikrar etmesi halinde, bu ikrar ve iddia geçerli olmaz. Çünkü bu ikrar imkânsız bir sebebe dayandırılmıştır.<sup>45</sup>

#### **1.5.4. Ezmânın Tegayyürü ile Ahkâmın Tegayyürü İnkâr Olunamaz**

Zamanın değişmesiyle değişen hükümler, örf ve adetlere dayanan hükümlerdir. Hakkında ayet ve hadis bulunmayan hükümlerin yani örfe dayanan hükümlerin zaman içerisinde değişime uğraması, hukukî hükümlerin yeniden yorumlanmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda kıyas veya başka delillerle verilmiş içtihatlar da değişebilir. Nitekim İmam Ebû Hanîfe (ö.150/767) haşerata kıyasla ipek böceğinin alınıp satılmasına cevaz vermezken, daha sonra bunun örf hâline geldiğini gören İmam Muhammed (ö.189/805), ipek böceğini mal kabul ederek alınıp satılmasına müsaade etmiştir. Ancak “*mevrid-i nassda içtihadı mesağ yoktur.*” kaidesince değişmeyen hükümler, bu maddede değişebilen hükümlerin özelliğini ve sınırlarını belirlemektedir. Bu da göstermektedir ki örf ve adetler dışında şer’î delillere dayanan hükümlerde değişiklik yapılamaz.<sup>46</sup>

#### **1.5.5. Âdetin Delâletiyle Ma’nâ-yı Hakîkî Terk Olunur**

Bu kaide, “*el-hakikâtü tetruk bidelâleti’l-âdet*” kaidesinin tercümesidir. Buna göre bir sözün örfen başka anlamda kullanılması yaygınlaştığı takdirde gerçek anlamına itibar edilmez ve dolayısıyla hukuki işlerde kullanılan gerçek manalar âdetin yol göstermesi ile değişebilir.<sup>47</sup>

Usûl-i fıkıh ilminde bir lafzın ifade ettiği manayı tespit edebilmek için lafzın hangi mana için konulduğu ve konulduğu manada mı yoksa başka bir manada mı kullanıldığı, kullanıldığı manaya delaletinin açıklık ve kapalılık derecesi ve kullanıldığı manaya delaletinin şekli açısından dört bakımdan ele alınmaktadır. Konulduğu manada kullanılıp kullanılmaması yönüyle lafız hakikat, mecaz, sarih, kinaye şeklinde dört kısımdan oluşmaktadır. Hakikat, konulduğu manada kullanılan lafız; mecaz ise konulduğu mananın dışında kullanılan lafızdır. Bir lafzın konulduğu

<sup>45</sup> Ali Haydar Efendi, a.g.e, Cilt I, s. 172.

<sup>46</sup> Şimşirgil-Ekinci, a.g.e, s. 119.

<sup>47</sup> Ali Haydar Efendi, a.g.e, Cilt I, s.177-178.

hakiki manasının terk edilip mecazi manasının tercih edilmesi ise belli bir sebebe dayanmaktadır. Esasında bir lafzın hakiki manası öncelikli olsa da zaman içerisinde bu kelimenin hakiki manasının dışında başka bir manada kullanılması âdet haline gelebilmektedir. İşte bir kelime hakiki manası dışında bir manada kullanılır ve bu mana bir bölge yada bir ülkede benimsenirse kelimenin lügat manası terk edilir ve örfi manası baz alınır. Örneğin bir kimse düğün yemeği satın almak üzere vekil kılınsa sadece dengi düğünlerde yenilmesi âdet olan yemeği alabilir. Yenilebilen her şeyi satın alamaz.<sup>48</sup>

Ayrıca bu kaide, yemin ve adak konusunda mühim bir yere sahiptir. Çünkü bu konular ile alakalı mevzularda hükmün tefsiri örf ile yapılmaktadır. Örneğin ta'likî şarta bağlı ikrar geçersiz olduğu halde, “ölürsem falana şu kadar borcum vardır!” sözü, vârislerin borcu inkâr etmemesi maksadıyla söylenmiş sayıldığından muteberdir. Şarta bağlı ibra geçerli olmadığı halde, “ben ölürsem sendeki alacağımdan berîsin” şeklindeki bir ibrâ da vasiyete yorumlanarak geçerli kabul edilir. Bir kimse falanın evine ayak basmam dese, daha sonra bir başkasının sırtında girse yemini bozulur. Çünkü örfte göre bu sözün anlamı onun evine girmem anlamındadır.<sup>49</sup>

### **1.5.6. Âdet Ancak Muttarid Yahut Gâlip Oldukta Mu'teber Olur**

Bu kaide, âdetin hüküm kaynağı olabilmesi için muttarid olması yani düzen ve uyum göstermesi yahut galip olması yani çoğunlukla düzenli ve uyumlu olup düzensizliğin ve uyumsuzluğun istisnâ olarak bulunması gerektiğini ortaya koyar. Buna göre muayyen bir yerde bir müddet âdet olmuş sonradan ise unutulmuş ya da vazgeçilmiş bir husus, sonraki dönemlerde öncesine nispetle âdet olduğu ileri sürülerek tatbik edilemez. Örneğin, bir beldede ta'yin edilmeksizin şu kadar lira karşılığında bir mal satın alındığında, o sırada kesintisiz devam eden ya da diğerlerine göre yaygın kullanılan lira hangisi ise onu vermek gerekir. Türkiye’de şu kadar liraya diyerek bir mal satıldığında, başka bir beldenin parası verilmez.<sup>50</sup>

<sup>48</sup>Ali Haydar Efendi, a.g.e, Cilt I, s. 178; Yunus Apaydın, *İslam Hukuk Usulü*, Kayseri, Kimlik Yayınları, 2016, s. 227-251.

<sup>49</sup>Şimşirgil-Ekinci, a.g.e,s.121.

<sup>50</sup>Ali Haydar Efendi, a.g.e, Cilt I, s. 182-183; Şimşir-Ekinci, a.g.e, s. 122.

### 1.5.7. İ'tibâr Gâlib-i Şâyia olup Nâdire Değildir

Ebu'l-Hasen el-Kerhî (ö.340/952), *Risâle*'sinde bu kaideye benzer bir kaide zikretmiştir: “*Sual ve hitapta hüküm genel ve baskın olan duruma göre olup istisnai ve nadir olana göre değildir.*” Örneğin bir kimse yumurta yemeyeceğine dair yemin etse bu sözü; kuş yumurtasına hamledilir, balık vb. hayvanların yumurtalarına değil.

Yine Ebu'l-Hasen el-Kerhî'nin *er-Risâle*'sinde örfle alakalı şu kaideye yer verilmiştir: “*Sorulan sorunun cevabı, her toplumun kendi aralarındaki örfе göre verilir.*” Örneğin yemek yemeyeceğine dair yemin eden kimse acem diyarlarında değil Arap beldelerinde ise sadece süt içmekle yeminini bozmuş olur. Zira her toplumun gıdası, kendi aralarındaki örfе göre değerlendirilir.<sup>51</sup>

Bu madde Ebû Saîd el-Hâdimî'nin (ö.1176/1762) *Mecâmi*'inde kaydedilen “*el-itibar li'l-galibi's-şayi'lâ ale'n-nadir*” kaidenin tercümesi olup bir önceki kaideyle ilintilidir. Şayi' insanlarca bilinen, aralarında yaygınlaşmış aşikâr olan; nadir ise varlığı çok az bulunan şeydir. Hükümlerin tertibinde kendisinden istifade edilen, göz önünde tutulan, insanlar arasında yaygınlaşmış işler olup nadiren meydana gelenler değildir. Bu cihetle örf ve âdetin muteber olabilmesi için büyük bir kesim tarafından uygulanıyor olması gerekir.<sup>52</sup> Bu kaidenin uygulanmasında ortaya çıkan hükümlere<sup>53</sup> ikinci bölümde ayrıntılı şekilde yer verilecektir.

### 1.5.8. Örfen Ma'rûf Olan Şey Şart Kılınmış Gibidir

“*Örfen bilinen şey şart koşulmuş gibidir*” kaidesi, İbn Nüceym'in el-Eşbâh ve'n-Nezâir'inde “*el-ma'rufu örfen ke'l-meşrutî şartan*”<sup>54</sup>, Reddû'l-Muhtâr'da “*ve'l-aslu fihi inne'l-ma'rufe örfen ke's-şuruti şer'an*”<sup>55</sup> ve bazı kaynaklarda “*es-*

<sup>51</sup> Ali Pekcan, İslam Hukuk Literatüründe Fıkhın Genel Kurallarına İlk Risâle, *İslami Araştırmalar Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, (2003),s. 300.

<sup>52</sup> Ali Haydar Efendi, a.g.e, Cilt I, s. 183-84.

<sup>53</sup> Hanefî doktrininde hukukun birçok alanında dikkate alınan “itibar gâlib-i şâyia'dır, nadire değildir” ilkesinin, özellikle, Ebû Hanîfe'nin suç-ceza teorisinde etkili olduğu görülmektedir. Bkz: Ahmet Aydın, İtibar Gâlib-i Şâyia'dır, Nadire Değildir İlkesinin Ebû Hanîfe'nin Suç-Ceza Teorisine Etkisi, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 25, (2015), s.275-297.

<sup>54</sup> İbn Nüceym, a.g.e, s. 84.

<sup>55</sup> İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Beyrut, Daru'l-Fikr, 1992, Cilt V, s. 696.



*sabitu bi'l-örfi ke's-sabiti bi delili şer'îyyi ve's-sabitu bi'l-örfi ke's-sabiti bi'n-nassı*” şeklinde yer almaktadır.<sup>56</sup>

Halk arasında örf olarak bilinen, yapılması iyi görülen şey şart koşulmuş gibi muteberdir. Örneğin bir beldede işçiye yemek vermek âdet haline gelmişse artık bunun akit esnasında söylenmesine gerek yoktur. Ancak başta bu örfe uyulmayacağına dair bir beyan bulunursa artık bu örf tatbik edilemez. Zira örf ve âdetin muteber sayılmasının şartlarından biri budur. Yani bir örfün hüküm ifade edebilmesi için o örfün hilafına bir söz veya fiil bulunmamalıdır. Meselâ bir kimse bir işçi tuttuğu vakit, “*ben size öğle yemeği veremem*” diye şart koşturmuş, işçi de bunu kabul etmişse sonradan işçi, örf olduğu gerekçesiyle işverenden yemek talebinde bulunamaz.<sup>57</sup>

#### **1.5.9. Beyne't-Tüccâr Ma'rûf Olan Şey, Beynlerinde Meşrût Gibidir**

“*Tüccar arasında örf olan bir şey, aralarında kararlaştırılmış gibidir.*” kaidesi, Ali Haydar Efendi'nin *Düreru'l-Hükkâm*'ında, önce geçen kaidenin benzeri olarak değerlendirilmiştir. Ancak önceki kaidenin bu kaideye nispetle daha kapsamlı olduğu ifade edilmiştir. Aynı zamanda, bu madde için “*tüccar beyninde ma'ruf olana mahsustur*” şeklinde bir özelleştirme yapılmıştır. Örneğin bir kişi tarafından peşin veya veresiye demeden mal satın alınsa peşin alınmış kabul edilir. Çünkü tüccar arasında böyle satış yaygın bir öftür. Ama bedeli bir ay sonra vermek hususunda bir örf varsa bu şekilde ödeme yapar. Nitekim günümüzde bir ay vâde ile yapılan satış, peşin yapılmış kabul edilmektedir. Bu artık örf-i hâs yani özel bir öftür. Tüccar arasındaki bir öftür.<sup>58</sup>

#### **1.5.10. Örf ile Ta'yîn, Nass ile Ta'yîn Gibidir**

Bu kaide “*nassın istimali bir hüccettir ki anınla amel vacip olur*”, “*örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir*”, “*beynet't-tüccar ma'ruf olan şey, beynlerinde meşrut gibidir*” kaideleriyle anlam birliğine sahiptir. Bir şeyi nass ile veya sarahaten

<sup>56</sup>Ali Haydar Efendi, a.g.e, Cilt I, s.185.

<sup>57</sup>Şimşirgil-Ekinci, a.g.e,s.123.

<sup>58</sup>Şimşirgil-Ekinci, a.g.e, s. 123.

tayin ve tahsis ne hüküm ifade ederse örfen tayin ve tahsis de aynı hükmü ifade eder.<sup>59</sup>

İnsanlar arasında örf halini almış tasarruflar, nass gibi bağlayıcı niteliktedir. Nitekim “*Ümmetimin güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir*” hadisi şerifi örfün, nassın bulunmadığı yerde nass gibi hüküm ifade edebileceğini bildirmektedir. Mesela herhangi birisinden et veya süt alınması istendiği vakit, o beldede örf olan et ve süt alınır. “Benim maksadım falan hayvanın eti veya sütüydü” şeklindeki ifade geçersizdir. Aynı şekilde ariyet<sup>60</sup> olarak birisine verilen dükkân örfe göre kullanılır. İçine eşya konur veya oturulur. Ancak aslen kullanıldığı amaç dışında başka amaçlar için kullanılmaz. Örneğin demirci dükkânı değilse orada demircilik yapılamaz. Bu durum örfe aykırıdır.<sup>61</sup>

## 1.6. FIKHÎ KAİDELERİN İSLAM HUKUKUNDAKİ YERİ VE ÖNEMİ

Kavâid-i külliyye, şer’î nassların tümünden çıkarılan ve hükümlerin temelini teşkil eden genel kurallardır.<sup>62</sup> Bu kaideler, ibadetten muamelata birçok konuyla ilintilidir. Bunun yanı sıra “dâbit”<sup>63</sup> olarak nitelendirilen, fikhın tek bir bölümüyle ilgili kaideler de bulunmaktadır. Kaideler ve dâbitler fikhî eserlerde farklı amaçlarla kullanılmış ve mezheplerin çokça istifade ettiği fikhî argümanlar olmuşlardır. Bilhassa Hanefî furû eserleri içerisinde merkezi bir role sahip olan Serahsî’nin (ö. 483/1090) *el-Mebsût*’unda, kavaide sıkça müracaat edilmesi fikhî kaidelerin hukuki tefekkür açısından önemine işaret etmektedir.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> Bayram Demir, Mecelle’nin Dille İlgili Külli Kaideleri, İğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, *İğdır Üniversitesi Yayınları*, (2008),s. 281.

<sup>60</sup> “ Menfaati birine meccanen yani bir bedel karşılığı olmaksızın rücuu kabul üzere filhal temlik olunan maldır. Bkz: Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, İstanbul, Ensar yayınları, 2016, s.31.

<sup>61</sup> Şimşirgil-Ekinci, a.g.e,s.124.

<sup>62</sup> Erdoğan, a.g.e, s. 296.

<sup>63</sup> Dâbit; sadece bir bölümle ilgili meseleleri bir araya toplayan dar kapsamlı bir prensiptir. Kaide isegeniş kapsamlı bir yapıdadır. Bu sebeple aralarında mahiyet yönünden birlik, şümul yönünden ise farklılık vardır. Örneğin, "Muktedinin namazı imamın namazına bağlıdır." hükmü, sadece namazkonusunda geçerli bir dâbittir. Ancak "*Vücudda bir şeye tabi olan hükümde de ona tabi olur.*" veya "*Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilmez.*"önergeleri, namaz dâhil bütün konularda geçerli birer kaidedir. Bkz: Ahmet Yaman, Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kaideleri” ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri, *Marife Yayınları*, Yıl 1, Sayı 1,s.57.

<sup>64</sup> Necmettin Kızılkaya, Serahsî’nin el-Mebsût İsimli Eserindeki CezaBahislerine Hâkim Olan Fikhî Kaideler, *Diyanet İlmî Dergi*, Cilt 49, Sayı 2, (2013),s.157.

Hanefî âlimlerden İbn Nüceym (ö.970/1562) kavâid bilgisinin mezhep içi bütünlüğün sağlanması açısından önemine vurgu yaparak, bu kâidelerin mahiyetinin kavranması ile fakîhin fetvada da olsa icihad edecek dereceye yükseleceğine işaret etmektedir.<sup>65</sup> Yine Muasır âlimlerden Mustafa Ahmet ez-Zerkâ, fikhî kaideleri şu şekilde tanımlamaktadır: “*Fikhî kâideler, manalarının genel olması ve fer’î/cüz’î konuları içermeleri açısından geniş kapsamlı olmalarına rağmen ibarelerinde oldukça kısa ve öz olmalarıyla farklılık gösterirler. Zira bazı kâideler, umûmî lafızlardan (seçilmiş), açık ve kesin anlamlı iki veya daha fazla (ancak az sayıda) kelimededen oluşur.*”<sup>66</sup>

Mâlikî âlimlerden Karâfî(ö.684/1285) *el-Furûk* adlı eserinde fikhî kaidelerle ilgili olarak şu bilgilere yer vermektedir:

“*Fikhî kaideler pek değerli ve mühim, sayıca çok, fıkha büyük destek ve olanaklar sunan, şeriatın sırlarını ve hikmetlerini ihtiva eden prensiplerdir.*”<sup>67</sup>

“*Kim ki furu’ meseleleri, külli kaideler olmaksızın cüzi benzerliklerle elde etmeye başlarsa ona göre furu’ meseleler karışır ve tenakuzlar meydana gelir. Artık onun zihni bu meselelerle karışır ve çıkmaza girer. Bu sebeple gönlü daralır ve başarmaktan ümidini keser. Artık sayısız cüz’i meseleyi ezberlemeye ihtiyaç duyar. Böylece ömrü biter, tükenir de istediği şeyleri yerine getiremez.*”<sup>68</sup>

“*Fakat kim fikhî bu kaidelerle öğrenirse fûruat bu külliyyelerin içinde mevcut olduğundan, cüzi meselelerin çoğunu ezberlemeye ihtiyaç duymaz. Başkasına göre tenakuz teşkil eden bir mesele, ona göre uygun ve doğru olur. Çok uzakta olanlara bile cevap verebilir. En yakın zamanda istediğini ele geçirebilir. Kalbinde hasıl olan manaya ulaşır.*”<sup>69</sup>

Fıkıh ilminin dayandığı genel prensipleri bilmek ve bu prensipler etrafında bulunan furûu temel esaslar çerçevesinde anlamak, İslam hukuk geleneği içerisinde yer alan farklı disiplinlerin yaklaşımlarını bir bütünlük içerisinde kavrama imkânı tanır.<sup>70</sup> Böylece kişiyi tahrir yapmaya ehil kılar ve yeni meselelerin çözümlenmesini

<sup>65</sup> Kızılkaya, a.g.e,s. 82.

<sup>66</sup> Mustafa Ahmet ez-Zerkâ, *Şerhu’l-kavâidi’l-fikhîyye*, Dimeşk, Daru’l-Kalem, 1989,s. 34.

<sup>67</sup> Ebü’l-Abbâs ŞihâbüddînAhmed b. İdrîs b. Abdırrahmân el-Mısırî, el- Karâfî, *el-Furûk*, Alemü’l-Kütüb, 2010, Cilt I,s. 3.

<sup>68</sup> Karâfî, a.g.e, Cilt I,s.3.

<sup>69</sup> Karâfî, a.g.e, Cilt I,s.3.

<sup>70</sup>Kızılkaya, Hanefî Furu-i Fıkıh Eserlerinde Fikhî Kaidelerin Uygulanma Alanına Bir Örnek Olarak

kolaylaştırır. Nitekim Kâsânî (ö.587/1191) “*tahricu’l-mesâil alâ kavâidihâ ve usulihâ*”yı (cüz’î meseleleri külli kaidelere göre tahrîc etme) fikhın külli bilgilerine ulaşmanın yollarından biri olarak görmektedir. Ayrıca o, “*bu yol ile fikh ilmi daha hızlı kavranır, daha kolay öğrenilir ve daha çabuk hıfzedilir*” şeklindeki değerlendirmesiyle külli kaidelerin önemine işaret etmektedir.<sup>71</sup>

Yukarıda geçen bilgiler ışığında genel prensiplerin İslam Hukukundaki önemini maddeler halinde şöyle özetlemek mümkündür:

1) Külli kaideler, İslam hukukunun amaç ve hedeflerini idrak etme ve ilmi meleke kazanma hususunda bir araçtır.

2) Kavaid-i külliyye, veciz olmasına karşın kapsamlı ifadelerden müteşekkildir.

3) Fikhî kaideler, araştırma esnasında kendisine müracaat edilen güçlü bir delil niteliğindedir. Araştırmacıya hüccet getirme hususunda güçlü bir meleke kazandırır.

4) Fakih, fikhî kaideler vasıtasıyla maslahat ve mefsedetî karşılaştırma kudretine sahip olur. Bu durumda hükümler öncelik sırasına göre belirlenir. Fakih öncelemeyi hak edeni önceler, ötelemeyi hak edeni de öteler. İzz b. Abdisselâm (ö. 660/1262)*el-Kavaidü’l-Kübrâ*’da maslahat ve mefsedetler arasında meydana gelecek teâruz ve bu teâruzun giderilmesi konusunda birtakım kurallardan söz etmektedir. Örneğin iki çeşit maslahat karşı karşıya gelir ve aralarını birleştirmek imkânsız olursa takdim ve tehir konusunda serbest biçimde davranılır. Buna göre iki eşit durumda bulunan Müslüman kimseler, herhangi bir saldırıya uğrar ve bu saldırı her ikisinden giderilemezse, bunlardan biri seçilir. Aynı şekilde sırf mefsedetler bir araya gelir de, hepsini ortadan kaldırmak mümkün olmazsa, içlerinden en kötüsü hangisiyse o giderilir. Mesela bir kişi başkasının malını yemeğe zorlanırsa, o maldan yer, zira nefsin korunması, başkasının malının yenilmesinden önemlidir. Bu ve benzeri kurallar kavâid-i fikhiyye kitaplarında genişçe yer almaktadır.<sup>72</sup>

---

Bedâi’u’s- Sanâi, *İslam Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Sayı 8, (2016), s.83.

<sup>71</sup>Kâsânî, AlâuddînEbûBekr b. Mes’ûd, *Bedâiu’s-sanâi’ fi tertibi’s-şerâi*, Daru’l-Kütübü’l-İlmiyye, 1986, Cilt I, s. 2; Değerlendirme için bakınız: Ahmet Yaman, a.g.e,s.61.

<sup>72</sup> Bu kurallardan bir kısmı şunlardır: 1) Zarar-ı âmîm def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur. 2) Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur. 3) İki fesâd tearuz ettikte ehaffi irtikâb ile a’zamının çaresine bakılır. 4) Ehveni şerreyn ihtiyar olunur. 5) Def’i mefâsid celb-i menâfi’den evlâdır. Bkz: Ali Pekcan, *İslam Hukukunda Gaye Problemi*, İstanbul, Ek Kitap, 2012,s. 286-89.

5) Külli kaideler, İslam hukukunun meyvesi ve semeresidir.<sup>73</sup>

### 1.7. İSLAM HUKUKUNDA FIKHÎ KAİDELERİN İŞLEVİ

Temel fıkıh metinlerinde, külli kaidelere çeşitli sebeplerle müracaat edilmiştir. Bilhassa mezhepler arası ihtilaflarda görüş ayrılıkları izah edilirken bu kaidelere atıfta bulunmaktadır. Mezhep imamlarının görüş ayrılıklarının temelinde, savundukları görüşü temellendirmek için delil olarak aldıkları nass ve kaideler yer almaktadır.<sup>74</sup> Satılan malın alıcıya teslim edilmeden önce satıcının elinde zarar görmesi durumunda verilen hüküm bunun örneklerinden biridir. Kâsânî (ö.587/1191), malın semenin tesliminden önce helak olmasının nadir olduğu gerekçesinden hareketle satılan malda satıcının hapis hakkının bulunduğunu ifade ederek, görüşünü “*nadir olan yok hükmündedir*” kaidesiyle desteklemiştir. O, bu görüşüyle İmam Şâfiî'nin (ö.204/820) bu konudaki yaklaşımını eleştirmiştir. Zira İmam Şâfiî, akdin feshedilmesini engelleme gerekçesine bağlı olarak, satıcıdan bedelin alınması amacıyla satılan malda satıcının hapis hakkının bulunmadığını savunmaktadır.<sup>75</sup>

Külli kaidelerin bir işlevi nassların yorumlanmasında, kendilerine müracaat edilmesidir.<sup>76</sup> Bilhassa ihtilaflı meselelerde, taraflar bir nassın yorumuyla ilişkili olarak diğer görüşleri eleştirirken kaideleri itibara almışlardır.<sup>77</sup> Örneğin Hanefiler, ‘*Peygamber (s.a.v) abdest aldı. Başından sarığı açtı. Başının nâsiye kısmının üzerine mesh etti*’ rivayetine dayanarak, dörtte bir başın tamamı yerindedir görüşüyle başı mesh konusundaki ölçüyü başın dörtte biri olduğu içtihadında bulunmuşlardır. Hasan-ı Basrî(ö.110/728) görüşünü Hz. Peygamberin (a.s) fiili uygulamasıyla birlikte, “*çok olan bütünün hükmünü alır*”, “*çok tamın yerini alır*” kaidesi ile desteklemiştir. Ona göre başın meshinde farz olan miktar, başın çoğunu mesh etmektir. İmamı Malik (ö.179/795) Peygamberin fiilini delil alarak, mesh konusundaki ölçüyü, başın tamamı ya da yarıdan fazlasını mesh etmek olarak ifade etmiştir. Ona göre, farz olan başın

<sup>73</sup> Adnan Algül, Kavaid İlmi ve İzzüddin b. Abdusselam'ın Kavaid İlmine Etkisi, *Kilis Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 4, (2016), s. 54.

<sup>74</sup> Aydın, a.g.e, s. 276.

<sup>75</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I, s. 63; Kâsânî, a.g.e, Cilt I, s. 4. Değerlendirme için bakınız: Kızılkaya, Hanefî Furû-ı Fıkıh Eserlerinde FikhîKaidelerin Uygulama Alanına Bir Örnek Olarak Bedâi' u' s-Sanâi, a.g.e, s.13.

<sup>76</sup> Aydın, a.g.e,s.276.

<sup>77</sup> Kızılkaya, a.g.e,s. 162.

bütününü mesh etmektir. Çünkü Peygamber her iki eliyle, ellerini önden arkaya, arkadan öne doğru çekerek başını mesh etmiştir. İmam Şafî ise en az bir parmağın, mesh etmek için yeterli olacağı görüşündedir.<sup>78</sup>

Hanefî fakihler, fikhın değişik alanları ile ilgili meselelerde çok olanı bütün gibi telakki etmiş ve bu doğrultuda birçok meseleye fikhî çözümler getirmişlerdir. Bu ilke fûru kaynaklarda, “*çok olan bütünün hükmünü alır*” ifadesi ile belirtilmektedir. Leşin üzerinden akan suyun temiz olup olmadığı konusu bunun örneklerinden biridir. Leş parçasının az bir kısmından geçiyorsa suyun temiz, çok kısmının geçmesi halinde necis olduğuna hükmedilmiştir. Yukarıdaki kaideyi hukukçular “*şeraiite galip olana itibar edilir*” diyerek farklı bir şekilde de ifade etmişlerdir.<sup>79</sup>

*Nadir olan yok hükmündedir* ilkesi fıkıh kitaplarında “*istihlâk*”<sup>80</sup> meselesine dayanak gösterilen kaidelerden biridir. Nitekim fikhî metinlerde taharet, yemin, rada, ve bey’ gibi bölümlerde bu hükme genişçe yer verilmektedir. Ayrıca klasik fıkıh eserlerinde, istihlâk kelimesi kavramsal olarak az kullanılmış, daha ziyade ilgili hükümler ‘bir şeyin diğerine galip gelmesi, bir maddenin diğerine karışması ve içine karıştığı maddeden ayrılabilmesi’ gibi ifadelerle açıklanmıştır.<sup>81</sup> Diğer taraftan çokluk ve azlığın ölçüsü her mezhepte farklılık göstermektedir. Bu da ihtilaf sebebidir. Örneğin necis maddenin renk, tat veya kokusunu değiştirmedığı suyun hükmü buna örnektir. Bu meselede üç görüş vardır. Birincisi suyun az ya da çok olduğuna itibar etmeksizin temizliğini kabul eden görüş. Bu, hem İmam Mâlik’ten gelen rivayetlerden biridir hem de Zâhiriyye mezhebine ait bir görüştür. İkincisi azın necis çoğun ise necis olmadığı görüşüdür. Ancak burada azlık ve çokluğun miktarı hususunda görüş ayrılığı mevcuttur. İmam Ebû Hanîfe, “*suyun bir kenarı çalkalandığında diğer kenarı hareketlenmiyorsa o su çoktur, hareketleniyorsa azdır*” der. İmam Şafî’ye göre çok olan suyun miktarı ‘Hecer’ kabilesinin tuluklarından iki tuluk dolusu kadardır. Üçüncüsü “*necasetin az suya zarar verdiği*” görüşüdür. Bu

<sup>78</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I, s. 63; Kâsânî, a.g.e, Cilt I, s. 4.

<sup>79</sup> Kızılkaya, a.g.e, s. 425.

<sup>80</sup> İstihlâk; Tüketim, yararlı biçimde harcama manalarında olup mukabili istihsalıdır. Bkz: Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, a.g.e, s. 265. İstihlâki manası, bir maddenin kendisinden çok olan diğer bir maddeye karışarak onun içinde varlığını sürdürmekle birlikte rengini, tadını ve kokusunu kaybetmesi demektir. Bkz: Saffet Köse-Murat Şimşek, *İstihlak*, Uluslararası 1. Helal ve Sağlıklı Gıda Kongresi, Ankara, (2011), s. 122; İstihlâke dayanak gösterilen bazı kaideler bulunmaktadır. Bunlar; “Eşyada asıl olan ibâhadır”, “ haramlık ve necis olmak arızîdir”, “nadir olan yok hükmündedir” kaideleridir. Bkz: Yunus Naci Cıbız, İslam Hukukunda İstihlak ve Hükümleri, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 5, Sayı 9, (2015), s.232.

<sup>81</sup> Cıbız, a.g.e, s. 232.

İmam Mâlik'in diğeri görüşüdür. Bu ihtilafın sebebi, bu mevzuda gelen hadislerin çelişmesidir.<sup>82</sup>

Fıkıh ilminde, önceki nesillerin görüşlerinin gerekçeleri izah edilirken her müctehidin yaşamış olduğu dönem ve kendisini çevreleyen şartlar dikkate alınmıştır. Özellikle Ebû Hanîfe'nin vermiş olduğu bazı fetva ve hükümlerin, kendi yaşadığı dönemin koşullarıyla ilişkisi sebebiyle onların bu açıdan yorumlanması gerektiğini izah eden sonraki dönem fakihleri, bu durumu çoğu zaman kaidelerle açıklama yolunu tercih etmişlerdir.<sup>83</sup> Mesela Serahsî, "*hükümlerde nadir olan dikkate alınmaz*" kaidesini bu bağlamda değerlendirmektedir. Ebû Hanîfe kendi döneminin koşullarına göre yerleşim birimlerinde veya birbirine çok yakın iki merkez arasında insanların yolunu kesip mallarını gasp eden faile, hirabe cezasını gerekli görmez. Failin malların iadesi, sürgün ve hapis ile cezalandırılmasına hükmeder. Ona göre hirabe cezasının uygulanma sebebi, yol kesmektir. Yol kesme ise şehir merkezlerinde değil yerleşim birimleri dışında gerçekleşir. Serahsî ve bazı müteahhirun âlimleri, Ebû Hanîfe'nin bu görüşünde kendi zamanındaki yerleşik âdeti dikkate aldığını belirtmektedir. Zira o dönemlerde insanlar şehir ve köylerde yanlarında silah bulundurur ve bu nedenle yol kesicilerin saldırılarına maruz kalma tehlikesi ile karşılaşmazlardı. Bu durumda fakihler, eşkıyanın yerleşim birimlerinde insanlara saldırmalarının *nadiren* vaki olacağı ve *nadir* olanın hükmü etkilemeyeceğini ifade etmişlerdir. Ancak onlar, Ebû Hanîfe'den sonra insanların yerleşim birimlerinde silah taşıma âdetini terk etmeleri sebebiyle yol kesicilerin onlara saldırarak mallarını almaya yeltenebileceklerini dikkate alarak, faile hirabe cezasının tatbikini gerekli görmüşlerdir.<sup>84</sup>

Sonraki dönem fakihleri belli bir görüşü tercih ederken, külli kaidelerden yararlanmışlardır.<sup>85</sup> Semerkadî (ö.539/1144) *Tuhfetü'l-fukahâ*'da, hakimin lanetleşmeyi sünnete uygun olmayan tarzda yapmasını değerlendirirken, 'genelde çok bütün hükmündedir' kaidesine yer vermektedir. Ona göre, taraflar liân<sup>86</sup> cümlelerinin

<sup>82</sup>İbnRüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Kahire, Daru'l-Hadis, 2004, Cilt I, s.30.

<sup>83</sup> Kızılkaya, a.g.e,s.165.

<sup>84</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX,s.201.

<sup>85</sup> Aydın, a.g.e, s. 279.

<sup>86</sup> Lian: Kocanın karısına zina isnadında bulunması ve dört şahit getirmemesi sonucunda karı ile kocanın hakim huzurunda şerî usulüne uygun olarak dörder defa şهادette bulunduktan sonra kendilerine lanet ve gazap okumalarıdır. Erdoğan, a.g.e, s.327.

çoğunu söyledikten sonra hakim boşamaya hükmederse liân tam kabul edilir ve boşama geçerli olur.<sup>87</sup>

Fıkıh ilminde galibiyet ilkesinin yanında diğer kaidelere de yer verilmiştir. Bunlardan biri, “yakın zan ile zail olmaz” kuralıdır. Bununla ilgili bir örneği Mevsilî'nin eserinde görmekteyiz. Örneğin Mevsilî (ö.683/1284) suyunun olmadığını zannedip teyemmümle namaz kılan kişi hakkında görüş beyan ederken, ‘yakîn zan ile zâil olmaz’ kuralını zikretmektedir. Ona göre, bir kişi emin olmamakla beraber, suyunun bulunmadığını zannederek teyemmüm alırsa, teyemmümü geçerli değildir. Çünkü burada söz konusu olan kesin bilgi ve kanaatten ziyade zandır. Bu nedenle müellif bu meselede teyemmümün geçerli olmadığını, ‘yakînî bilgi zan ile ortadan kalkmaz’ kaidesi ile ilişkilendirmiştir.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup>Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, Beyrut, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994, Cilt II, s. 223.

<sup>88</sup>Mevsilî, a.g.e, Cilt I, s. 22; Necmettin Kızılkaya, *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslam Hukukunda Küllî Kaideler*, İstanbul, Litera Yayıncılık, 2018, s. 354.





## II. BÖLÜM

### 2. HANEFÎ DOKTRİNİNDE “İTİBAR GÂLİB-İ ŞÂYİADIR, NADİRE DEĞİLDİR”KAİDESİNİN HÜKÜMLERE ETKİSİ

Hanefî fıkıh eserleri incelendiğinde örfe dair kaidelerin önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Zira birçok meselede hüküm bu kaideler üzerine bina edilmiştir. Onlardan biri “*itibar gâlib-i şâyiadır, nadire değildir*” ilkesidir. Bu ifadenin bir benzeri Ebu'l-Hasen el-Kerhî'nin (ö.340/952), er-Risâle'sinde, “*soru ve hitab umûmî ve gâlib olanadır, şâz ve nadire değildir*” şeklinde yer almaktadır.

Gâlibiyet ilkesi Hanefî fûrû metinlerinde farklı biçimlerde ifade edilmektedir. Hukukçular bu ilkeyi “*Nadir olan yok hükmündedir*”, “*ekser olan hükümde dikkate alınır*”, “*az çoğa tabidir*”, “*yaygın olan nadir olanı içinde eritir*” ve “*hükümde nadir olana değil, galip olana itibar edilir*” şeklinde belirtmişlerdir.

#### 2.1. NECASETLE İLİGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ

##### 2.1.1. Leğende Yıkanan Elbise Hususunda

Hanefîler'e göre pis bir elbise, temiz suyla dolu üç ayrı leğende üç defa yıkandığında temizlenmiş sayılır. Onlar, leğende yıkanan elbisenin temizlenmesi için üç defa yıkanmasının yeterli olmasını kıyasa aykırı olmakla birlikte istihsanen geçerli saymışlardır.<sup>89</sup>

Onlar bu hükümde köpeğin yaladığı kabın üç kez yıkanması gerektiğine dair hadisi itibara almışlardır. Leğende pis elbiseyi üç kez yıkamanın temizlik açısından yeterli görülmesindeki gerekçelerden biri, suların her yerde bolca bulunmamasıdır. Diğer bir gerekçe, bu gibi işleri *genelde* kadınların yapmasıdır. Ağır elbiseleri kaldırıp indirmek kadınlar için zorluk teşkil eder. Bu bağlamda üç kez yıkanan elbiseyi temiz saymamak, fikhin amacına uygun düşmez.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.91-92.

<sup>90</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.91-92.

Bu hükümde galibiyet yanında, “meşakkat teysiri celbeder” ilkesi de itibara alınmıştır.

### **2.1.2. Ateşe Tapanların Kaplarından Su İçmede**

Ateşe tapanların kaplarından su içilebilmesi için bu kapların yıkanması gerektiği hükmünde gâlibiyet ilkesi zikredilmektedir. Zira bu kişilerin kestikleri hayvan, ölü eti hükmündedir. Bu hayvanın yağları kaplara bulaşır. Kapların bu yağlardan tam anlamıyla temizlenmesi ise *nadir* olmaktadır. Temizlik *nadir* olduğundan kaplar temiz kabul edilmez. Bu nedenle galibiyet ilkesi gereği kapların yıkanması gerekir.<sup>91</sup>

Bazı hukukçular, Müslümanlardan bazı fasıkların elbiselerinin yıkanması hususunda hükmün tespitini, ateşe tapanların kaplarından su içmenin hükmünde olduğu gibi gâlibiyet ilkesine dayandırmıştır. Onlara göre, bu kimselerin *genellikle* içki içmeleri ve elbiselerini içkiden koruyamamaları dikkate alınması gereken bir husustur. Bu gerekçe hükümde genel olanın dikkate alındığını göstermektedir.<sup>92</sup>

## **2.2. ABDEST VE GUSÜL’LE İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ**

### **2.2.1. Namazda Bayılmanın Abdeste Etkisinde**

Hanefî kaynaklarda, gâlibiyet ilkesinin fukahanın görüşlerine etkisinin incelendiği meselelerden ilki, bayılmanın namaza etkisidir.

Bayılmanın namaz kılma esnasında meydana gelmesinin hükmünü değerlendiren fakihler “*itibar gâlib-i şâyiadır, nadire değildir*” ilkesine dayanarak namazın bozulacağına hükmetmişlerdir. Kaynaklarda bu mesele şu şekilde açıklanmaktadır:

Bayılmak, yatarak uyumaya kıyasla kişinin daha derin bir bilinçsizlik halidir. Zira uyuyan kişi, uyandırıldığı vakit uyanır. Ancak baygın olan uyandırılmaz. Bu nedenle bayılma hallerinin hepsinde abdest bozulur. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v)

---

<sup>91</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.97.

<sup>92</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.97.

hastalığı sırasında abdest almış, namaz kılmak için ayağa kalkmak istediğinde bayılmıştır. Kendine geldiği zaman ikinci defa abdest almıştır.<sup>93</sup>

Öte yandan bayılma, namaz kılma sırasında meydana gelirse namazı bozar ve kişinin kaldığı yerden namazı devam ettirmesine engel olur. Çünkü namazda abdesti bozulan bir kimsenin, yeniden abdest alarak kaldığı yerden namaza devam etmesi istihsanen caizdir. Bu hükmün verilmesindeki etken ise insanların bu durumla *çokça* karşılaşmasıdır. Abdesti bozulan bir kimsenin aksine bayılma, namazda *nadir* görülen bir durumdur. Nadir olan hususlarında hükme etkisi yoktur.<sup>94</sup>

### 2.2.2. Namazda Yatarak veya Yaslanarak Uyumanın Abdeste Etkisinde

Hanefilerin *gâlibiyet* ilkesini tatbik ettiği diğer bir mesele, namaz esnasında yatarak veya yaslanarak uyumanın abdest ve namaza etkisidir. Hukukçular yatarak uyuyan kişinin abdestinin bozulmasında iki hususa işaret etmişlerdir.

Birincisi; uyumak, bu konudaki hadise göre bizatihi abdesti bozar. Abdest aldıktan sonra uyuyan kişinin abdestli olduğu kesindir. Kesin bilgi ise ancak başka bir kesin bilgi ile ortadan kalkar. Ondan abdesti bozan bir şeyin çıkmış olması ise kesin değildir. Bu sebeple uyunun bizatihi kendisi abdesti bozan bir şey olarak kabul edilmektedir. İkincisi; uyku durumu *genellikle* mafsalları gevşetmesi sebebiyle abdesti bozan bir niteliğe sahip olup geçici şuarsuzluk haldir. Buradaki mafsalların gevşemesinden kasıt, onda *genellikle* abdesti bozan bir şeyin bulunmasıdır. İnsanların bu durumdan kaçınması ise *nadirdir*. Hanefi kaynaklarda bu hüküm diğer delilerin<sup>95</sup> yanında gâlibiyet ilkesi ile gerekçelendirilmiştir.

### 2.2.3. Namazda Delirmenin Abdesti Bozmasında

Hanefî hukukçular, namaz esnasında akıl sağlığının yitilmesiyle abdestin ve namazın sakıt olacağı görüşünü benimsemişlerdir. Bu hüküm, Hanefî fîrû

<sup>93</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.89; Mergînânî,Ebü'l-HasenBurhânüddîn Alî b. EbîBekr b. Abdilcelîl el-Fergânî *el-Hidayetü fi şerhi bidayeti'l-mübtedi*, Beyrut, Daru'l-Ehyaü't-Terasü'l-Arabi, 2010, Cilt I,s.18; Kâsânî, a.g.e, Cilt I, s.241.

<sup>94</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I, s. 89;Mergînânî, a.g.e, Cilt I, 18; 60;Kâsânî ,a.g.e, Cilt I,s.241.

<sup>95</sup> “ *Uzanıp uyumadıkça secdede iken uyuyana abdest gerekmez. Zira kişi uzanıp uyuduğunda mafsalları gevşer* ” “ *Dübürüğün bağı gözlerdir. (Göz uyudu mu bağ çözülür) Bu sebeple uyuyan kimse abdest alsın.* ” Bkz. Ahmed b. Hanbel, IV, 97; Ebû Davûd, “*Taharet*”, 79; İbn Mâce, “*Taharet*”, 62.

metinlerinde gâlibiyet ilkesi ile gerekçelendirilmiştir. Onlar, şuur kaybına sebep olan akıl sağlığı hususunda süre ayrımı yapmaksızın, azı ve fazlasını bir değerlendirerek hükmü tespit etmeye çalışmışlardır. Hanefî fakihler, ehliyete müessir hallerden olan bayılma durumunda olduğu gibi akıl sağlığının yitirilmesinin de namazda sıkça karşılaşılan bir durum olmadığını ifade etmişlerdir.<sup>96</sup>

Onlara göreakli melekesini yitirmiş olan kişinin, bilinci yerindeyken yapmış olduğu tasarruflarının muteber olmasının yanında, kısa veya uzun süreli bilinçsizlik halinden sonra kendine gelmesi, yarıda kalan ibadetlerin yok hükmünde sayılmasına engel teşkil etmez. Bundan ötürü namaz esnasında delirme abdestin bozulmasına, akabinde ise kılınan rekâtların fesadına sebep olur. Dolayısıyla kılınan rekâtların üzerine kalan rekâtların bina edilmesi caiz olmaz. *Nadiren* görülmesine itibarla delirme, *genellikle* karşılaşılan uyku halinden farklı değerlendirilmiş, bu durumda kişinin abdest ve namazının bozulduğu kabul edilmiştir.

#### **2.2.4. Namazda Uyuyup İhtilam Olmada**

Namazda nadiren karşılaşılan bir durumun, genellikle kaçınılması mümkün olmayan durumlara kıyas edilmesinin mümkün olmadığını ifade eden Hanefîler, namazda ihtilam olma mevzusunu bu açıdan değerlendirmişlerdir. Kişinin namazda normalde abdesti bozan bir durumla karşılaşması mümkünken, guslü gerektiren hallerden ihtilamla karşılaşması *nadirdir*. Nadir karşılaşılan bir durumun, kaçınılması güç olan bir durumla eşit tutulması mümkün değildir. Hanefîler bu gerekçeler ile namazda uyuyup ihtilam olan kişinin, yıkandıktan sonranamazı yeniden kılmasını gerekli görmüştür.<sup>97</sup>

#### **2.2.5. Tükürükte Kan Görülmesinde**

Hanefîler “tükürükte kanın görülmesinin” abdeste etkisini incelerken, hükmün tespitinde gâlibiyet ilkesinden yararlanmışlardır. Hanefî hukukçular, bu meselede tükürüğün, kana nispetle çok olmasının abdesti etkilemeyeceğini, az olması halinde ise yeniden abdest alınmasının gerekli olduğunu ifade etmişlerdir. Onlar hükmün tespitinde şu yolu izlemişlerdir.

---

<sup>96</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.196

<sup>97</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.196

Kişi tükürdüğünde kan çıksa ve kişinin tükürüğündeki kan az miktarda olursa abdest almasına gerek yoktur. Zira bu durumda kan kendiliğinde değil tükürük sebebiyle çıkmıştır. Hüküm ise galip olanadır. Diğer yandan tükürükteki kan miktarı çok olursa abdest alması gerekir. Çünkü kanın *çokolması* kendiliğinden çıkmış olmasının işaretidir ki hükümde bu durum dikkate alınır.<sup>98</sup>

### 2.2.6. Koyun, Deve ve Keçi Dışkısının Düştüğü Yerlerde

Hanefiler, koyun ya da devenin dışkısının kuyuya düşmesinde, hükmün tespitini gâlibiyet ilkesine dayandırmışlardır. Onlara göre, koyun ve deve dışkısı kuyuya az miktarda düşerse, kuyu temiz kabul edilir. Çünkü insanlar bu durumla sık karşılaşır. Kuyuların büyük bir kısmının kırlarda olması ve hayvanların bu kuyuların civarında gezinmeleri, Hanefilerin görüşlerinde *genel* olanı dikkate aldıklarını göstermektedir. Ayrıca bu hüküm hayvan dışkısının kuru olması<sup>99</sup> şartına bağlanmıştır. Çünkü kuruda katılık ve dağılmama özelliği mevcuttur. Fakihler bu gerekçeler ile suyun temiz kabul edilmesini, pisliğin az olması şartına dayandırmışlardır.<sup>100</sup>

İnsanların genellikle karşılaştıkları bir diğer husus keçinin dışkısının süt kabına düşmesidir. Bu durumun sık görülmesi, Hanefilerin görüşlerinde etkili olmuştur. Onlara göre, bu sütün içilmesi helaldir.<sup>101</sup>

### 2.2.7. Çocuğun Elini Bulaştırdığı Suda

Hanefiler, çocuğun elini su dolu bir kaba sokmasında görüşlerini gâlibiyet ilkesi ile gerekçelendirmişlerdir. Onlara göre, çocuk su kabına elini soktuğunda, elinin üzerinde pislik olup olmadığı bilinmiyorsa isabetli olan o suyla abdest almamaktır. Çünkü bir tarafta, suyun kesin olarak temiz olduğu bilinmektedir. Diğer tarafta ise suyun pislenip pislenmediğine dair şüphe oluşmuştur. Ayrıca çocuğun genel durumuna bakan Hanefiler, *genellikle* çocuğun kendisini pislikten

<sup>98</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.77.

<sup>99</sup> Ebû Yûsuf'dan, onun da Ebu Hanîfe'den el-İmla'da rivayet ettiğine göre, verilen bu hüküm, hayvanın dışkısı kuru olduğundadır. Eğer yaş olursa, azı da çoğu da kuyunun suyunu bozar. Çünkü yaş olan dışkı ağırdır. Rüzgâr onu sürükleyemez. Diğer yandan kuruda ki katılık ve dağılmama, yaş olanda yoktur.

<sup>100</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.87.

<sup>101</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.88.

koruyamadığını belirtmişlerdir. Bu nedenle onlara göre bu suyla abdest alınmasında bir sakınca yoktur. Ancak ihtiyat gereği, başka bir suyla abdest almak daha evladır.<sup>102</sup>

### **2.2.8. Hayvan Dışkısının Elbiseye Bulaşmasında**

Hanefiler'e göre elbisesine bir dirhemden fazla miktarda hayvan dışkısı veya eti yenmeyen bir hayvanın sidiği ya da tavuk pisliği bulaşan kişinin namazı caiz olmaz. Diğer taraftan onlar elbisede az bir pisliğin bulunmasının namaza engel olmadığını belirterek, bu görüşlerini Hz. Ömer'den (r.a) nakledilen haberle desteklemişlerdir. Hz. Ömer'e (r.a) elbiseye bulaşan az pislikten sorulduğunda, cevaben *"tırnağım kadar bir pislik ise namaza engel olmaz"* demiştir. Bunun sebebi ise az miktardaki pislikten kaçınmanın mümkün olmayışıdır. Örneğin sinekler, önce pisliklere sonra da namaz kılanların elbiselerine konarlar. Kanatlarında ve ayaklarında ise mutlaka pislik bulunur. Bununla birlikte bu durum, onların namazlarını bozmaz. İmam Şâfi'ye (ö.204/820) göre hükmî abdestsizlikten temizlik gibi gözle görülen pisliklerden temizlenmek de namazın şartlarındandır. Ona göre pisliğin azı ve çoğu aynı hükme tabidir. Her ikisi de temizliği yok eder.<sup>103</sup> Hanefiler, bu hükmün tespitinde pisliğin az (nadir) olmasının hükümde belirleyici olduğunu dikkate almışlardır. Ancak İmam Şâfi' az ve çok ayrımı yapmaksızın ikisini bir değerlendirmiş ve hüküm noktasında Hanefiler'den farklı bir görüş beyan etmiştir.

## **2.3. TEYEMMÜMLE İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ**

### **2.3.1. Tehlike Durumunda, Cünüp Olan Kişinin Teyemmümüne Cevaz Verilme Meselesinde**

Ebû Yûsuf (ö.182/798) ve İmam Muhammed'e (ö.189/805) göre, soğuktan yok olma tehlikesi durumunda, cünüp olan kişinin teyemmüm edebilmesinin şartı, yolcu olmasına bağlıdır. Zira yolculuk esnasında soğuktan yok olma tehlikesi, yolcunun kendisini ısıtacak bir elbise, sıcak su ve barınacak bir yer tedarik

<sup>102</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.87.

<sup>103</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.60.

edememesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle İmameyn, ihtiyaç duyulan bu şeylerin *genelde* şehirlerde bulunabileceğini dikkate alarak, şehirde suyun bulunmaması halinde teyemmümü caiz görmezler. Onların dayandıkları bu gerekçede gâlibiyet ilkesinin etkisi görülmektedir.<sup>104</sup>

Öte yandan Ebû Hanîfe (ö.150/767) şehirde cünüp olan sağlıklı bir kişinin, soğğun kendisini öldüreceğinden korkması sebebiyle teyemmüm etmesinde bir sakınca görmez.<sup>105</sup>

### 2.3.2. Hapisteki Kişinin Teyemmüm Etmesinde

Hanefiler, hapiste bulunan bir hükümlünün su bulamaması halinde, teyemmümüne cevaz vermekle birlikte daha sonra namazı yeniden kılması görüşündedirler. Onlar bu hükümde hapiste bulunan kişinin suyu, *genelde* yetkili kişilerin kontrolü dışında kullanamadıklarını dikkate almışlardır. Öte yandan hapiste suyun bulunmama durumu *nadirdir*. Bununla birlikte *genele itibarlasuyu* kullanmada acziyetin medyana gelmesi önemli bir husustur. Hükümde de bu durum dikkate alınır.<sup>106</sup>

### 2.3.3. Yükünde ya da Arabasında Su Olduğunu Unutanın Teyemmüm Etmesinde

Yükünde bulunan suyu unutup teyemmüm eden kişinin kıldığı namaz Ebû Hanîfe (ö.150/767) ve Muhammed'e (ö.189/805) göre geçerlidir. Ebû Yûsuf'a (ö.182/798) göre bu namaz geçerli değildir. O, bu görüşünü temellendirirken gâlibiyet ilkesini zikretmiştir. O'na göre su yolculuktaki en önemli eşyalardan biridir. Bu nedenle bir kimsenin *normal şartlarda* unutmasına imkân olmayan bir şeyi unutmasına itibar edilmez. Çünkü teyemmümün şartı suyun bulunmamasına bağlıdır. Ancak yükünde su olduğunu unutan kişi, suyu bulmuş gibi değerlendirilir. Ebû Yûsuf bu durumu, elinin altında özgür kılınmaya layık bir köle bulunduğunu unutup, yemin kefareti için oruç tutan kişinin durumuna benzetir. Ebû Yûsuf'a göre, mülkü altında köle olduğunu unutan bir kimse; yemin kefaretinde oruç tutarsa bu

<sup>104</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.122; Kâsânî, a.g.e, Cilt I, s. 48.

<sup>105</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.122; Kâsânî, a.g.e, Cilt I,s. 48.

<sup>106</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I, s.123.



muteber değildir. Çünkü kişinin mülkündeki kölesini unutması *genelde* mümkün görülmez. Öte yandan yemin kefaretinde bir sıralama söz konusu olup, bunlardan köle âzadı,İslâm dinin insana verdiği öneme binaen fakihlerce tercihe şayan görülmüştür.<sup>107</sup>

#### **2.3.4. Yaralı Vücutla Abdest Alma veya Teyemmüm Yapmada**

Kişinin bedeninin bir bölümünde yaralar oluştuğu ya da çiçek hastalığına yakalandığı sırada abdesti yoksa dikkate alınması gereken bedenın tamamı değil sadece abdest organlarıdır. Hanefiler bu hükümde “*az olan çoğa tabidir*” prensibiyle çiçek hastalığına yakalanmış birisi için teyemmümün yeterli olduğunu bildiren hadisi itibara almışlardır.<sup>108</sup>

Abdestsizlik durumunda, organların çoğunun sağlam olması, sağlam olan organlarla abdesti gerektirirken, çoğunun yaralı olması halinde, sağlam olan kısımlar yıkanmaksızın teyemmüm yeterli görülür. Cünüplük durumunda ise bedenın tamamı dikkate alınır. Bedenin çoğunun yaralı olması durumunda teyemmüm yeterlidir. Hanefî hukukçular, bedenın yaralı olan kısımlarının dışında kalan sağlam bölgelerin yıkanması gerektiğine dair herhangi bir kimseden bir nakil bulunmadığını, bu sebeple itibar edilmesi lazım gelenin yıkanması gereken organların geneli olduğunu ifade etmiştir. Buna göre bedenın çoğunun yaralı olması, tamamının yaralı hükmünde kabul edilmesini gerektirir.<sup>109</sup>

### **2.4. MEST ÜZERİNE MESHETMEKLE İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ**

#### **2.4.1. Mestin Altına Mesh Yapma Konusunda**

Hanefiler, bir kimsenin mestin üstüne değil de altına mesh etmesindeki hükmün tespitini, gâlibiyet ilkesi bağlamında zikretmektedir. Onlara göre, sadece mestin üstüne mesh edilmesi geçerlidir. Çünkü mestin altını, tamamen pislikten arındırmak *genelde* mümkün değildir. Mestin altının mesh edilmesi halinde, bu pislik

<sup>107</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.121; Kâsânî, a.g.e, Cilt I,s.50.

<sup>108</sup> Ahmed b. Hanbel, Müsned, I, 330; İbn Mace, Taharet, 93; Ebû Davûd, Taharet, 127; Hâkim, Müstedrek, I, 285.

<sup>109</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.122.

mesh edenine eline bulaşır. Bu da sıkıntı oluşturur. Mesh etmedeki amaç ise güçlüğü ortadan kaldırmaktır.<sup>110</sup> Nitekim Hz. Ali (r.a) bu meselede, “Eğer din, reyle olmuş olsaydı, mestin altını mesh etmek, üstünü mesh etmekten daha iyi olurdu. Ancak ben, Resulullah’ı (s.a.v) mestin altını değil de üstünü mesh ederken gördüm”<sup>111</sup> demiştir.

Hanefiler’in bu hükümde gâlibiyet ilkesinin yanında “meşakkat teysiri celb eder” kuralını itibara aldıkları görülmektedir.

#### 2.4.2. Mestlerdeki Yırtık ve Sökükler Hususunda

Hanefî hukukçular, mestteki küçük yırtığın, üzerine mesh yapılmasına engel olmadığını izah ederken, gâlibiyet ilkesinden yararlanmaktadır. Buna göre, *genelde* mestte küçük yırtıklar bulunabilir. Bunun yanı sıra yeni alınmış bir mestte düğme yatakları ve ayakkabıcının kullandığı iğne delikleri birer yırtık olup, bu deliklerden toprak girme olasılığı yüksektir. Ufak yırtıklara itibar edilerek, mestin çıkartılması şart koşulsa bu zorluk ve sıkıntıya sebebiyet verir. Bu nedenle zaruretten ötürü küçük yırtıklarda bir sakınca görülmemiştir. Öte yandan büyük yırtıklarda bu durum söz konusu değildir. Çünkü büyük yırtılmalar *nadiren* vuku bulur.<sup>112</sup>

Bu hükümde galibiyet yanında, “meşakkat teysiri celb eder” ilkesi de itibara alınmıştır.

### 2.5. NAMAZLA ALAKALI MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ

#### 2.5.1. Namazda İmamın Dilinin Tutulmasında

*Gâlibiyet* ilkesinin yanı sıra *meşakkat teysiri celbeder*<sup>113</sup> yani “bir işte zorluk ortaya çıkarsa kolaylaştırma yoluna gidilir” kaidesinin etkili olduğu bir mesele, namazda imamın kıraatini bitirmeden dilinin tutulması ve bu sebeple bir başkasını yerine geçirmesinin mümkün olup olmamasıdır. Bu meselede, fakihler arasında görüş ayrılığı vardır.

<sup>110</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt, I,s.101.

<sup>111</sup> Ahmed b. Hanbel, Müsned, I/95; Ebû Davûd, Taharet 63; Darekutni, Sünen, Taharet 67; Beyhaki, es-Sünenü’l-kübra, I/288.

<sup>112</sup> Mergînânî, a.g.e, Cilt I,s. 31; Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.100.

<sup>113</sup> İbnNüceym, a.g.e,s. 84.

Ebû Hanîfe'ye (ö.150/767) göre imamın bir özür sebebiyle yerine başkasını geçirmesi mümkün olduğu gibi dil tutulması halinde de başkasını geçirmesinde ihtiyaç söz konusudur. Çünkü burada ruhsatın gerekli olduğu bir meşakkat söz konusudur. Hatta zorunluluk açısından dil tutulmasına itibar daha elzemdir. Zira dilin tutulması namaza devam etmeye *genellikle* engel teşkil edebilen bir haldir. Ayrıca bu, az karşılaşılan bir durum değildir. Bu husus namazdaki cünüplük durumuna kıyas edilemez.<sup>114</sup>

Ebû Hanîfe, imamın namazda iken dilinin tutulmasının *nadir* bir durum olmadığını, bilakis rastlanma ihtimalinin yüksek olduğunu ifade ederek, bir başkasının imametini cevaz vermiştir. İmameyn ise dil tutulmasının namazda *nadir* olduğu kanaatindedir. Onlara göre böyle bir durum çok az vaki olur. İmameyn, bu durumu namaz esnasında cünüp olan kişinin durumuna benzetmiştir. Namaz içinde cünüp olan imam, nasıl başkasını yerine geçiremiyorsa namazda dili tutulan imamda yerine bir başkasını geçiremez.<sup>115</sup>

### 2.5.2. İmametini Cevaz Verilen Kişiler Konusunda

Gâlibiyet ilkesinin başta Ebû Hanîfe (ö.150/767) olmak üzere Hanefî imamların görüşlerine etkisinin incelendiği bu çalışmada, ikinci başlık altında ele alınacak konu, imamlığı caiz olanların neye göre tespit edildiğidir.

Hanefî imamlar, imamlık vazifesini yapma ehliyetine sahip kişileri değerlendirirken, bir kısım kişilerin imamlığına mekruh olmakla birlikte cevaz vermişlerdir. Bunlar kör, bedevi, köle, veled-i zina ve fasık kimselerdir. Bu kişilerin imamlığının mekruh görülmesindeki temel sebep, onların *genelde* bilgisiz olmalarıdır. Hanefî hukukçulara göre ahlak ve fazilet bakımından Resulullah'a en çok benzeyen kişinin imamlığa seçilmesi daha uygundur. Nitekim Hz. Peygamber'in (s.a.v) hastalığı sırasında Hz. Ebû Bekir'e (r.a) namazı kıldırmasını emretmesi hadisesi, bu makam için insanlar arasında en saygın olan kişilerin seçilmesi gerektiği noktasında bir kanaat oluşturmuştur.<sup>116</sup> İnsanlar arasında saygınlığı yüksek olan kişilerin imameti, *genellikle* cemaatin çokluğuna vesile olurken, saygınlığını yitirmiş kişilerin imamlığa geçirilmesi cemaatin sayısını olumsuz yönde etkilemektedir. Hz.

<sup>114</sup> Mergînânî, a.g.e, Cilt I,s.60; Mevsîlî, a.g.e, Cilt I,s.61.

<sup>115</sup> Mergînânî, a.g.e, Cilt I, s. 60.

<sup>116</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.40.

Peygamber (s.a.v) cemaatin çok olmasını teşvik etmiştir. Bu kişiler ise, cemaatin sayısının azalmasına sebebiyet verebilir.

Kör olanın imametinin caizliğine hükmeden Hanefî imamlar, görme kudretine sahip olmadığı halde Hz. Peygamber tarafından imamete geçirilen İbn Ümmü Mektûm ve İtban b. Mâlik'in imamlığını hükümde delil almışlardır. Ancak gözleri gören kişinin imamlığı, kör olan kişinin imamlığından üstün tutulmuştur. Çünkü görme yetisine sahip olmayan bir kişinin pislikten kaçınması *genelde* mümkün değildir. Burada gâlibiyet ilkesi gereği gözleri sağlam kişinin imamlığı tercihe şayan tutulmuştur. Diğer taraftan kör olan, toplumda daha saygın bir konumdaysa imamlık hususunda tercih edilebilir. Zira insanlar *genelde* toplumda itibarı olan kişilere imamlık verirler. Bu gerekçe, gâlibiyet ilkesinin etkisini göstermektedir.<sup>117</sup>

Hanefîler'in kölenin imametinin caizliği hususunda getirdikleri delil, Ebû Üseyd'in azatlı kölesi Ebû Said'den gelen şu hadistir. O şöyle demiştir; “*Ben henüz köle iken düğün töreni düzenledim. Peygamber'in (s.a.v) ahabından bir grubu da törene davet ettim. İçlerinde Ebu Zerr (r.a)de vardı. Namaz vakti gelince beni öne geçirdiler ve onlara namaz kıldırtdım.*”<sup>118</sup> Ancak onlar bu hadis ile kölenin imametine cevaz verirken, köle olmayanın imamlığını tercih etmişlerdir. Bunun sebebi ise insanların namazda kölelere uymayı arzu etmemelerinden kaynaklanmaktadır. Çünkü efendilerinin hizmetiyle uğraşmalarının onları dini hükümleri öğrenmekten alıkoymasını nedeniyle cahillik köleler arasında yaygındır. Bu kimselerde takvanadır görülür. Bu gerekçe hükümde gâlibiyet ilkesinin dikkate alındığını göstermektedir.<sup>119</sup>

Veled-i zinanın durumu aynen kölenin durumu gibidir. Çünkü zinadan meydana gelen çocuk, kendisine dini ilimleri öğretecek bir babadan yoksundur. Bu nedenle bu kimsenin bilgisiz olması kuvvetle olasıdır. Zikri geçen kişiler hakkında verilen bu hükümlerde, *genel* olanın dikkate alındığı görülmektedir.<sup>120</sup>

### 2.5.3. Cemaatin Arasında Kadının Bulunmasında

Hanefî hukukçular, erkeklerle cemaat halinde aynı namazı kılarken kadının sağ, sol ve arka kısmında bulunan birer erkeğin namazını bozacağı görüşünü

<sup>117</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.41.

<sup>118</sup> Abdurrezzak, *Musannef*, II, 392; Beyhakî, es-Sünenü'l-Kübra, III, 67, 126.

<sup>119</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.41.

<sup>120</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.41.

savunurlarken, “Allah kadınları geride tuttuğundan sizde onları geride tutunuz.”<sup>121</sup> hadisini gerekçe göstermişlerdir. Ayrıca onlar bu hükümde *genel* durumu göz önünde bulundurmuşlardır.<sup>122</sup>

Bu hadiste iki husus söz konusudur. Birincisi kadını geride tutma emri namazla alakalı olup bu emir erkeğin namazına ait olan farzlardan biridir. İkincisi ise namaz Allah’a (c.c) bir yakarış halidir. Buna göre erkeğin gönlüne namaz halinde şehvetle ilgili bir duygunun girmemesi gerekir. Kadının erkekle aynı safta bulunması durumunda ise erkek *genelde* kendisini böyle bir duygudan koruyamaz. İbadette ise huzur ve huşu esastır. Bu nedenle bir erkeğin önünde veya yanında kadının namaz kılması, erkeğin namazını olumsuz yönde etkiler. Bu gerekçe gâlibiyet ilkesinin etkisini göstermektedir.<sup>123</sup>

#### **2.5.4. Hamamda, Yol Güzergâhlarında ve Deve Çökeklerinde Kılınan Namaz Hakkında**

Hanefî kaynaklarda hamamda, yol güzergâhlarında ve deve çökeklerinde namaz kılma yasağınlatılırken gâlibiyet ilkesi zikredilmektedir. Bu konudaki yasağın delili ise Ebû Hüreyre’nin (r.a) şu hadisidir.

“Peygamber (s.a.v) yedi yerde namaz kılınmasını yasaklamıştır. Mezbahane, çöplük, kabristan, hamam, yol güzergâhları, deve ağılları ve Kâbe’nin üstü.”<sup>124</sup>

*Genelde* hamamların kullanılmış su ve pislik dökülen yerler olması, buralarda namaz kılma yasağının gerekçesi olarak gösterilmiştir. Bu nedenle Hanefiler’e göre, yıkanmış ve yıkanmamış arasında fark gözetilmeksizin hamamın herhangi bir yerinde namaz kılmak mekruhtur. Diğer taraftan hukukçular arasında, hamamcının oturduğu yerde namaz kılmanın mekruh olmadığı görüşü hâkimdir.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Abdurrezzak, *Musannef*, III, 149; İbn Huzeyme, *Sahih*, II 99; Taberânî, *el- Mucemü’l-kebir*, IX, 295, 296; Zeylei, *Nasbu’r- raye*, II, 25; Aclüni, *Keşfu’l-hafâ*, I, 67.

<sup>122</sup> Serahsî, a.g.e, *Cilt I*,s.184.

<sup>123</sup> Serahsî, a.g.e, *Cilt I*,s.184.

<sup>124</sup> İbn Ebu Şeybe, *Musannef*, *Salavat*, 1, 350; Abdurrezzak, *Musannef*, *Salat*, 1, 394; Hâkim, *Müstedrek*, I, 389.

<sup>125</sup> Serahsî, a.g.e, *Cilt I*,s.207.

Yol güzergâhlarında namaz kılma yasağının gerekçesi, buralardagenelde at ve eşek pislikleri ve idrarları bulunmasıdır. Ayrıca Hanefiler bu hususta yolun geniş ya da dar olması arasında fark gözetmemişlerdir.<sup>126</sup>

Deve çökeklerinde genelde pisliğin bulunması, namaza engel bir haldir. Öte yandan bir hadiste;

“Koyun ağlarında namaz kılınız. Ama deve çökeklerinde namaz kılmayınız”<sup>127</sup>buyrulmaktadır. Koyun ve deve ağları arasında pisliğin bulunması açısından herhangi bir fark yoktur. Ancak devenin namaz kılan kişiye saldırıp kişinin namazını bozduracak bir durumla karşılaşma ihtimalinin yüksek olması göz önünde bulundurularak bu yerlere namaz kılma yasağı getirilmiştir. Koyunda ise bu durumun olması söz konusu değildir.<sup>128</sup>

### 2.5.5. Gemide Kılınan Namazda

Bir kimsenin namaz kılmak için gemiden karaya çıkabiliyorsa dışarı çıkarak ve karada ayakta durarak namazını kılması, tercih edilen bir görüştür. Ancak Ebû Hanîfe (ö.150/767) gâlibiyet ilkesi gereği, kişinin karaya çıkabildiği veya ayakta durabildiği halde gemide oturarak namazını kılmasında bir sakınca görmemiştir. Zira ayakta namaz kılarken kişinin başı dönebilir. Nitekim gemi yolculuğunda baş dönmesi sık rastlanan bir durumdur. Fıkhî metinlerde bu hükmün temellendirilmesi bağlamında gâlibiyet ilkesi zikredilmiştir.<sup>129</sup>

## 2.6. ZEKÂTLA İLGİLİ MESELELERDE GÂLIBİYET İLKESİ

### 2.6.1. Saime Eşek ve Katırlardaki Zekât Meselesinde

İslam hukukçuları, saime<sup>130</sup> eşek ve katırlardan zekât vermenin gerekli olmayışında ilgili nassı<sup>131</sup> dayanak kabul etmiş, ayrıca gâlibiyet ilkesini de gerekçe

<sup>126</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.207.

<sup>127</sup> Buhari, Salat, 55; Müslim, Mesacid, 19; Darimi, Sünen, Salat, 120.

<sup>128</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt I,s.207.

<sup>129</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt II,s. 2; Kâsânî, a.g.e, Cilt I,s.110.

<sup>130</sup> Saime, senenin yarısından fazlasını meralarda, kırlarda sütleri alınmak, ürünleri veya semizlemeleri temin edilmek maksadıyla otlatılan hayvanlardır. Bkz: Erdoğan, a.g.e, s.492.

<sup>131</sup> Eşek ve katırın zekatı hususunda Hz. Peygamber (a.s) “Bunlar hakkında bana sadece hepsini içine alan şu ayet indirilmiştir. Kim zerre kadar iyilik yapmış ise onun karşılığını görecektir. Kim de zerre kadar kötülük yapmışsa onun karşılığını görecektir” buyurmaktadır. Bkz: Ahmed b. Hanbel,

olarak göstermişlerdir. Hanefî kaynaklarda, eşek ve katırın çoğu beldede saime olarak yetiştirilmemesi dikkate alınarak, bunlarda saime zekâtının farz kabul edilmediği belirtilmiştir. Çünkü eşek ve katır çok bulunmakla birlikte *nadiren* saime olarak yetiştirilir. Hüküm ise *nadir* olan üzerine bina edilmez.<sup>132</sup>

### 2.6.2. Ceylan ve Koyundan Doğan Yavru Hakkında

Hanefîler'e göre annenin koyun olması şartı ile ceylan ve koyundan doğan yavru, zekâtın verilmesi hususunda nisaba dâhil olur. Yabani ve evcil sığır hakkında da hüküm böyledir. Onlar bu hükmü gâlibiyet ilkesi bağlamında açıklamışlardır: Ana cinsinden doğan hayvanların *genellikle* analarına benzemeleri, hükümde de onlara tabi olunmasını zorunlu kılar. Bu nedenle mezhepte, bu durumdaki hayvanlar için zekâtın farz olduğu görüşü benimsenmiştir.<sup>133</sup>

### 2.6.3. Öşürün Kapsamına Girmeyen Ürünlerde

Hanefîler öşür kapsamına girmeyen ürünleri anlatırken, gâlibiyet ilkesinden bahsetmektedir. Ilgın ağacı ve kamyş, öşür kapsamına girmeyen ürünler arasında yer alır. Hanefîler'e göre bu ürünlerde öşür gerekli olmayışı bunların *genelde* araziden ürün alma maksadıyla yetiştirilmemesidir. İslam hukukunda ise öşür *genellikle* araziden istifade etmek ve ürün almak maksadıyla yetiştirilen ürünlerde gerekli görülmüştür.<sup>134</sup>

*Genellikle* değersiz kabul edilen sebzeler ve reyhanlarda öşür gerekli olmayışı gâlibiyet ilkesi gereğidir. Bunun yanında boya çıkartılan bitkilerden vers ve vesmede öşür yoktur. Çünkü bu bitkilerden *yaygın* olarak yararlanılmaz. Öte yandan *yaygın* olarak yararlanıldığı gerekçesiyle kınada öşür gerekli görülmüştür.<sup>135</sup>

---

Müsned, II/383; Buhari, Tefsir, 451; Müslim, Zekât, 26; Nesai, Hayl, 28.

<sup>132</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt II,s.189.

<sup>133</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt II,s.183.

<sup>134</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt II,s.216.

<sup>135</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt III, s.2.

## 2.7. ORUÇLA İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ

### 2.7.1. Unutarak Yeme İçme veya Cinsel İlişkinin Hükümünde

Hanefi fikhında, “el- avarizü’s-semaviyye” yani kişinin iradesi dışında vuku bulan hallerden unutmama, bazı hükümlerde mazeret kabul edilmiştir. Bu hükümlerden biri de oruçlu olduğu halde unutarak yeme içme veya cinsel ilişkide bulunan kişinin durumudur. Buna göre farz veya nafil oruç fark etmeksizin bir kimsenin, oruçlu iken unutarak yemesi, içmesi veya cinsel ilişkide bulunması orucuna engel değildir.<sup>136</sup> Bu hükümde Hanefiler’in gâlibiyet ilkesini dikkate aldığına dair bir bilgiye rastlanmamaktadır.<sup>137</sup>

Ancak Süfyan-ı Sevri (ö.161/778), yeme içmenin aksine unutarak cinsel ilişkide bulunan kişinin orucunun bozulacağına hükmederek, Hanefiler’in aksine bir görüş zikretmiştir. Ona göre, orucun zamanı *genelde* yeme içme vakti içerisinde. Bu nedenle kişinin bu vakit içerisinde oruçlu olduğunu unutması tabidir. Ancak oruç vakti, cinsi münasebet vakti değildir. Dolayısıyla bu vakit içerisinde oruçlu olduğunu unutarak münasebette bulunan kişinin, unutmasına itibar edilmez. Çünkü bu sık görülen bir durum değildir. O, bu hükümde görüşünü izah ederken gâlibiyet ilkesinden yararlanmaktadır.<sup>138</sup>

Bir diğer husus, oruçlu olduğu hatırlatıldığı halde unutup yemeğe devam eden kişi hakkındadır. Ebû Yûsuf’a (ö.182/798) göre unutarak yemek yiyen kişi oruçlu olduğu hatırlatıldığı halde hatırlamaz ve yemeğe devam ederse, orucu bozulur. Çünkü bu durumdaki kişinin daha dikkatli olması gerekir. Hatırlatılmasına rağmen kişinin oruçlu olduğunu unutması ise *nadir* bir durumdur. Burada Ebû Yûsuf gâlibiyet ilkesi gereği, *nadir* olanın hükmü belirleyici bir etkiye sahip olmadığını dikkate alarak görüşünü desteklemiştir.<sup>139</sup>

<sup>136</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt III,s.65.

<sup>137</sup> Hanefilerin bu meseledeki delili, Ebu Hureyre (r.a)’nin naklettiği şu hadistir. Bir adam Hz. Peygamber’e (s.a.v): Ben Ramazan’da oruçlu iken yedim, içtim. Bana ne gerekir? diye sordu. Peygamber (s.a.v): *Seni Allah yedirmiş ve içirmiştir.* Orucunu tamamlama buyurdu. Bkz: Buhari, Savm, 26; Müslim, Sıyam 171; İbn Mace, Sıyam, 15; Ebû Davûd, Sıyam, 39; Tirmizî, Savm, 26.

<sup>138</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt III,s.65.

<sup>139</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt III,s.66.



### 2.7.2. Oruç Tutmaya Yemin Eden Kişi Hakkında

“Bir zaman oruç tutmak Allah için adağım olsun.” şeklinde yapılan bir yemimde, orucun miktarının tespiti gâlibiyet ilkesi bağlamında değerlendirilmiştir. Buna göre, bu yemimde süre altı ay olarak belirlenir. Çünkü yemindeki “ez-zaman” sözcüğü Kur’an’da geçen “el-hın” kelimesiyle aynı anlamı ifade eder.

Öte yandan zaman sözcüğü Kur’an-ı Kerim’de birçok manada kullanılmıştır:

a) Vakit manasında: “Haydi siz akşama ulaştığınızda ve sabaha kavuştuğunuzda... Allah’ı tespih edin.”<sup>140</sup>

b) Kırk yıl manasında: “İnsanın üzerinden henüz kendisinin anılan bir şey olmadığı uzun bir süre geçmedi mi?”<sup>141</sup>

c) Kıyametin kopması ifadesiyle: “Şimdi sen onları bir zamana kadar gaflet ve sapıklıkları ile baş başa bırak!”<sup>142</sup>

c) Altı ay olarak: “O ağaç Rabbinin izniyle her zaman yemişini verir.”<sup>143</sup>

Hanefiler bu ayetleri dikkate alarak adakta bulunan bu kişinin zamandan maksadının ne bir saat ne de kırk yıl olduğunu söylemişlerdir. Zira insan ömrü açısından uzun bir vakit oruç tutmak *nadir* görülür. Dolayısıyla yemindeki süreden kastın altı ay olduğu düşünülür. Çünkü yukarıda ifade edilen sayılar içerisinde makul olanı da budur.<sup>144</sup>

### 2.7.3. Oruçlunun Hamur ve Un Yemesinde

Gâlibiyet ilkesi bağlamında zikredilen diğer bir hüküm, kişinin hamur yemesi durumunda kefaretin gerekmemesidir. Hanefî hukukçular, hamurun *genellikle* pişirilmeden tüketilmemesi nedeniyle, insanın fitraten ona meyletmeyeceğini bu nedenle yenilmesi halinde kefaretin gerekli olmayacağını ifade etmişlerdir. Yine bir kimsenin un yemesi halinde de kefaret gerekli görülmemiştir. Çünkü un yapısı

---

<sup>140</sup> Rum, 30/17.

<sup>141</sup> İnsan, 76/1.

<sup>142</sup> Mü’minun, 23/54.

<sup>143</sup> İbrahim, 14/25.

<sup>144</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt III,s.146.

itibarıyla ağızdan mideye ulaşmadan hamur kıvamına gelir. Bu da un yemenin *genelde* tercih edilen bir şey olmadığını göstermektedir.<sup>145</sup>

## 2.8. HACLA İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ

### 2.8.1. Hedy Kurbanı Hakkında

Hedy kurbanına niyet edilmeden, bir bedeninin<sup>146</sup> gerdanlık takılarak Mekke'ye gönderilmesi halinde, bunun hedy kurbanı olarak kabul edilmesi gâlibiyet ilkesi gereği verilmiş bir hükümdür. Zira hedy kurbanları *genelde* gerdanlık takılarak gönderilir. İslam hukukçuları bu hususu dikkate alarak, kurbanı takılan gerdanlığı, niyetin bir sembolü olarak değerlendirmişlerdir. Bu gerekçe gâlibiyet ilkesinin etkisini göstermektedir.<sup>147</sup>

### 2.8.2. Kurbanlığın Bir Kısımının Telef Olmasında

Hanefî mezhebinde, kurbanlığın göz, kulak veya kuyruğundan bir kısmının telef olmasında, kurbanın caiz olup olmadığının tespiti, telef olan kısmın miktarına göre belirlenmiştir. Bu doğrultuda hukukçular, kurban edilecek hayvan hakkında, kulağı enine ya da boyuna kesilmiş, kulağının ön tarafı veya arka tarafı telef olmuş hayvanın kesilmesinin men edildiğini bildiren hadisi dayanak kabul etmişler,<sup>148</sup> ancak kurban kesimi sırasında organın bir kısmının telef olmasından sakınamamanın *genelde* mümkün olmadığını göz önünde bulundurarak, meseleyi gâlibiyet ilkesi ile ilişkilendirmişlerdir.

Ebû Hanîfe (ö.150/767) az çok arasındaki sınırı ise ilgili nassa<sup>149</sup> dayanarak, “*telef olan miktarın, organın üçte birinden az veya çok olmasıdır*” şeklinde

---

<sup>145</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt III,s.138.

<sup>146</sup> Bedene: Hacda kurban edilen sığır ve deveyi temsil eder. Şafiîler, Bedene'den kastın sadece deve olduğunu kabul etmişlerdir. Bkz: Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, Ensar Yayınları, İstanbul, 2016,s.49.

<sup>147</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IV,s.141.

<sup>148</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IV,s.142.

<sup>149</sup> Hz. Peygamber (s.a.v); “*Üçte bir çoktur.*” buyurmuştur. Bkz: Ahmed b. Hanbel, Müsned, 1/168; Buhari, Vasaya, 2; Müslim, Vasiyet, 8; İbnMace, Vasaya, 5; Ebû Davûd, Vasaya, 2; Tirmizî, Vasaya, 1; Nesai, Vasaya, 3.

belirlemiştir. Bu durumda kulak, göz ve kuyruğundan bir kısmı telef olan hayvanın caiz oluşundaki koşul telef olan miktarın az olmasına bağlıdır. Telef olan miktarın çok olması ise, kesilen hayvanın caiz oluşuna engeldir. <sup>150</sup>

### 2.8.3. Haccın Edası Meselesinde

Haccın, kişiye farz oluş şartlarının gerçekleştiği yıl içinde hemen eda edilmesinin gerekip gerekmediği yani haccın tehirinin caiz olup olmadığı hususunda görüş farklılıkları mevcuttur. İmam Muhammed (ö.189/805) ve İmam Şafî'ye (ö.204/820) göre haccın edası insan ömründe bir defa yapılması gerekli olan ibadetlerden biridir. Bu nedenle mükellef, namazı vakti içerisinde dilediği zaman aralığında kılabiliyorsa, haccın edasını da istediği zaman diliminde yerine getirebilir. Diğer taraftan Ebû Hanîfe (ö.150/767) başta olmak üzere Ebû Yûsuf (ö.182/798) İmam Mâlik (ö.179/795) ve Ahmed b. Hanbel (ö.241/855) şartların oluşması ile kendisine hac farz olan kişinin haccı, ilk hac mevsiminde eda etmesi gerektiğini, tehirinin ise günah olduğunu belirtmişlerdir. Onlar, bir yılın uzun bir zaman dilimini ifade etmesi nedeniyle bu vakit içerisinde ölüm ihtimalinin *nadir* olmamasını göz önünde bulundurarak, haccın ifasında aceleci davranmanın daha uygun olduğunu benimsemişlerdir. Bu nedenle, haccın edasında daha ihtiyatlı olunması tercihe şayan görülmüştür. Diğer taraftan onlara göre, namazın vucubu tayin edilmiş vaktin kısa olması ve bu kısa zaman diliminde ölüm ihtimalinin *nadir* olması sebebiyle fevri değildir. Dolayısıyla namaz, haccın edasına kıyas yapılamaz. Bu meselede Ebû Hanîfe ve diğerleri hükmün tespitini gâlibiyet ilkesi bağlamında izah ederken, İmam Şafî ve İmam Muhammed bu kaideye değinmemiştir. <sup>151</sup>

### 2.8.4. Hac İbadetinde, Ölenin Yerine Vekil Gönderilmesinde

Hac ibadetinde, hac ibadetiyle sorumlu olan şahsın ölümü halinde onun yerine vekil gönderilmesinin hükmü belirlenirken gâlibiyet ilkesine başvurulmuştur. Buna göre vefat eden kişiyi temsilen, bir kişiye vekil olarak haccetmesi karşılığında bir miktar para verilse, vefat edenin parası vekilin giderlerini karşılamaz ve masrafların temini için kendisine para verilen vekil hem kendi malından hem de

<sup>150</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IV,s.142.

<sup>151</sup> Mergînânî, a.g.e, Cilt I,s.132; Mevsilî, a.g.e, Cilt I,s.139.

vefat edenin malından tasarruf yapsa, harcamaların miktarına bakılır. Hac giderlerinin çoğu vefat edenin malından karşılanmışsa, yapılan hac ibadeti geçerlidir. Çünkü bu meselede dikkate alınan nokta, hac masraflarının ölünün malından karşılanmasıdır. Bu husus metinlerde “*çok olana verilen hüküm, tam olanın hükmü gibidir. Azdan sakınmak ise mümkün değildir*” ifadeleriyle açıklanmaktadır. Hanefiler burada masrafın çoğunu göz önünde bulundurarak, hükümde genele itibar etmişlerdir. Onlara göre, masrafların büyük bir kısmının vefat edenin parasından giderilmesi, tamamının giderilmiş olması gibi değerlendirilir.<sup>152</sup>

### 2.8.5. Kör Bir Kimsenin Haccında

Ebû Hanîfe (ö.150/767), körün hac etmesinin gerekliliğini gâlibiyet ilkesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Ona göre cuma namazına giderken köre rehberlik eden kişiye; cuma namazının *sık tekrarlanması* sebebiyle ücret verilmesi gerekirken, haccın *nadir* yapılan bir ibadet olmasından dolayı, hac esnasında köre kılavuzluk eden kişiye hizmetinin karşılığında ücret verilmesi gerekli değildir. Bu gerekçeyle Ebû Hanîfe kör için haccın edasını gerekli görür. Öte taraftan İmameyn haccın farziyeti için sıhhat şartının aranmasını göz önünde bulundurarak, köre haccı gerekli görmez.<sup>153</sup>

## 2.9. MENKUL VE GAYRİMENKUL MALLARIN SATIŞINDA GÂLİBİYET İLKESİ

Hanefiler’e göre menkul/taşınır malların teslim edilmeden önce satışı geçerli değildir. Bunun gerekçesi, satın alınan malın hasar görmesi halinde, akdin bâtil olma tehlikesinin bulunmasıdır. Zira taşınır malların teslimden önce hasar görmesi *nadir* olmayıp *genellikle* vakidir. Onlar bu hükümde teslim alınmayan malın satışının yasaklandığını bildiren nassın<sup>154</sup> yanında gâlibiyet ilkesini itibara almışlardır.<sup>155</sup>

Yine gayrimenkul/taşınmaz malların teslim edilmeden önce satışının geçerli olması gâlibiyet ilkesine göre hükme bağlanmıştır. Ebû Hanîfe (ö.150/767) ve Ebû

<sup>152</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IV,s.147.

<sup>153</sup> Mevsilî, a.g.e, Cilt I,s.140.

<sup>154</sup> “*Alış-veriş yaparken selef (paranın peşin malın sonradan verilmesi) helal olmaz. Alış-verişte iki şart olmaz. Tazmin etmedikçe kazanç olmaz. Yanında olmayanın satışı olmaz.*”Ebû Davûd,“Buyu”, 3041.

<sup>155</sup> Merginânî a.g.e, Cilt III,s. 59; Mevsilî, a.g.e, Cilt II,s.8.

Yûsuf'a (ö.182/798)göre, taşınmaz malların tesliminden önce satışı geçerlidir. Çünkü akdi gerçekleştirme yetkisine sahip olan kişiler tarafından akde konu olabilecek bir malda, hem alışverişinin rüknü meydana gelmekte hem de satışın bâtil olma tehlikesi bulunmamaktadır. Zira taşınmaz malların hasar görmesi *nadirdir*. Bu gerekçe, gâlibiyet ilkesinin etkisini göstermektedir.<sup>156</sup>

## 2.10. İKRAR KAPSAMINA GİREN MESELELERDE GÂLIBİYET İLKESİ

### 2.10.1. Farklı Sözlerle İkrarda Bulunmada

Hanefî mezhebinde, “*onun bende yüz dirhem, hayır bilakis iki yüz dirhem alacağı vardır*” şeklinde ikrarda bulunan bir kişi, kıyasa aykırı olmakla birlikte istihsanen yüz dirhem borçlanır. Çünkü ikrardan kasıt, bir şeyden haber vermedir. Verilen haberlerde ise yanlışlığın olması söz konusudur. Öte taraftan bu gibi yerlerde yanlışlık *genellikle* miktarlarda görülür. Burada kişinin bu ikrarında ikinci borcu söylemekteki kastının, ilk ikrarında ifade ettiği miktarı onun üzerine ilave yapmak değil, yanlışını düzeltmek amacıyla ilk borcun üzerine ilave yapmak olduğu anlaşılmaktadır. Bu, “ben elli yaşındayım, hayır bilakis altmış yaşındayım” diyen kişinin durumuna benzer. Çünkü böyle bir ikrarda bulunan kişi, altmış yaşında olduğunu söyleyerek, ilk ifadesindeki yanlışlığı düzeltmek istemektedir.<sup>157</sup>

Hanefîler'e göre bir kişi, “*falanın bende bir dinar, hayır aksine bir dirhem alacağı vardır*” şeklinde ikrarda bulursa bir dinar ve bir dirhem borçlanır. Çünkü *genelde* cinsleri farklı olan mallarda yanlışlık söz konusu değildir. Hanefîler gâlibiyet ilkesi gereği, bu kişinin ilk ikrarından dönmesinin geçersiz olduğunu, bu nedenle ilk borcuna ilaveten ikinci borcu da üstlenmesi gerektiğini ifade ederler.<sup>158</sup>

### 2.10.2. Köle ve Cariye Hakkında

Hanefî mezhebinde, köle veya cariyesi için “*bu benim oğlumdur*” ya da “*bu benim kızımdır*” şeklinde ikrarda bulunan bir kimsenin sonradan “*bir an kuruntuya*

<sup>156</sup>Mergînânî a.g.e, Cilt III,s. 59; Mevsilî, a.g.e, Cilt II,s.8.

<sup>157</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XVIII,s.18.

<sup>158</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XVIII,s.104.

*düştüm*” diyerek sözünden dönmesine itibar edilmez ve kölenin özgürlüğüne hükmedilir. Bu hükmün gerekçesi, *genelde* kölenin yiyecek, giyecek ve itibar noktasında efendisinin oğlundan farklı muamele görmesidir. Bu nedenle köle ve oğul arasında karışıklığın meydana gelmesi *nadirdir*. Bu hükmün belirlenmesinde gâlibiyet ilkesinin etkili olduğu görülmektedir.<sup>159</sup>

## 2.11. KAYBOLMUŞ VEYA TERK EDİLMİŞ HALDE BULUNAN ÇOCUK HAKKINDA GÂLİBİYET İLKESİ

Hanefiler’in, kaybolmuş veya terk edilmiş durumda olan çocuk hakkındaki görüşlerinde, “*hüküm galip olana göredir*” kaidesinin yanı sıra Hz. Ali’nin (r.a) kendisine getirilen buluntu çocuk hakkında verdiği hüküm etkili olmuştur.<sup>160</sup> Onlar, İslam beldelerinde yaşayan fertlerin büyük bir kısmının müslüman ve hür olduğu bu nedenle aksi ispatlanıncaya kadar terk edilmiş halde olan çocuğun hür ve müslüman kabul edilmesini gerekli görmüşlerdir. Çünkü onlara göre, kaybolmuş kişi hakkındaki hükmün tespitinde, *yaygın* olan durumun itibar alınması gerekir.<sup>161</sup>

Ebû Hanîfe’nin (ö.150/767) buluntu çocuk hakkında gâlibiyet ilkesi ışığında incelediği meselelerden biri de mescid, kilise, havra ya da sadece Mecusiler’in bulunduğu bir yerde terk edilmiş durumda olan çocuğun dini kimliğinin tespitidir. Hanefiler’e göre terk edilmiş halde bulunan çocuğun din kimliğinin tespitinde bulunduğu yer önemlidir. Onlara göre, İslam ülkesinde bulunan çocuk müslüman, müslümanların bulunmadığı beldede bulunan çocuk ise gayrimüslim sayılır. *Genelde* insanların mensubu olduğu dinin ibadethanelerinden başka bir yere çocuklarını bırakmamaları bu hükmün gerekçesi olarak gösterilmiştir. Çünkü onlara göre aykırı bir durum bulunmadığı sürece hüküm görünüşe ve yaygın duruma nispetle verilir.<sup>162</sup>

<sup>159</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt V,s.145.

<sup>160</sup> Hasan-ı Basri’den nakledildiğine göre, “Bir kişi, terk edilmiş halde bulunan bir çocuk Hz.Ali (r.a)’ye getirmişti. Hz. Ali (r.a) de “*Bu çocuk özgürdür. Ben senin üstlendiğin şu işi üstlenmeyi şu ve şu şeylerden daha fazla isterdim.*” demiştir. Onun bu sözü terk edilmiş halde bulunan çocuğun özgür olduğunu göstermektedir.

<sup>161</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt X,s.209; Kâsânî,a.g.e, CiltVI,s.197; Mergînânî, a.g.e, Cilt II,s. 415.

<sup>162</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt X,s.210.

## 2.12. MEFKÛDUN VEFATINA HÜKMETMEDE ESAS ALINACAK SÜRENİN TESPİTİNDE GÂLİBİYET İLKESİ

Fakihler arasında ihtilafın söz konusu olduğu hususlardan biri, mefkûd hakkında hükmen ölüm kararının verilmesinde esas alınacak sürenin belirlenmesidir.<sup>163</sup> Hanefî mezhebindeki yaygın görüşe göre, mefkûdun vefatına hükmetmede; ya vefatına dair kesin bir bilginin bulunması, ya da yaşlılarının vefat etmesi gerekir ki bunun için muayyen bir sürenin belirlenmesi mümkün değildir. Ancak Ebû Yûsuf'tan (ö.182/798) gelen bir görüşe göre, mefkud 100 yaşını tamamlayınca vefatına hükmedilir. Çünkü insan *genelde* bu yaştan fazla hayatta kalmaz. İmam Muhammed (ö.189/805) de aynı görüştedir. Mezhebi içindeki genel kanaat ise akranları vefat ettiği halde kendisinden haber alınamayan mefkudun vefatına hükmedilir. Hanefîler, bütün yaşlıları öldükten sonra mefkûdun hayatta kalmasının *nadir* olduğu ve *nadir* olan hususların hükmün tespitinde belirleyici olmadığı gerekçesinden hareketle meseleyi değerlendirmişlerdir. Ancak hukukta tercih edilen görüş, sürenin belirlenmesinin hâkime bırakılmasıdır.<sup>164</sup>

## 2.13. BİR ŞAHSIN YAKINININ MÜLKÜNDE OLAN KAÇAK KÖLEYİ YAKALAMASINDA GALİBİYET İLKESİ

a) Hanefî mezhebinde, oğlunun kaçak kölesini bulan baba; eğer kendi nafakası oğlu tarafından karşılanıyorsa ödüle hak kazanamaz. Bunun nedeni olarak, kaçak kölenin *genelde* nafakası karşılanan kişiler tarafından aranması gösterilmiştir. Bu nedenle mezhepteki yaygın görüşe göre, nafakası karşılanan bir kişinin kaçak köleyi bulması karşılığında ödüllendirilmesi gerekli değildir.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> İmam Şafî'nin eski görüşüne göre, mefkûdun 4 yıl geçtikten sonra vefatına hükmedilir. Yeni görüşüne göre ise mefkûdun vefatı hususunda kesin bir bilgi elde edilmediği sürece yaşadığına hükmedilir. Maliki mezhebinde, 4 yıl kendisinden haber alınamayan mefkûdun vefatına hükmedilir. Hanbeli mezhebinde bir görüşe göre, 90 yaşını tamamlayan mefkûd ölü hükmündedir. Diğer görüş ise, mefkûdun vefatına hükmetmede sürenin tespiti hakime bırakılır. Bkz: Ali Aslan Topçuoğlu, "İslam Hukuku ve Türk Medeni Kanunu Bağlamında Gaibin/Mefkûdun Hükmen Ölü Sayılması Sonucunda Mallarının Hukukî Durumu", *Ekev Akademi Dergisi*, Sayı 8, (2004), s. 161- 162.

<sup>164</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XI,s.36; Kâsânî, a.g.e, Cilt VI,s.197; Topçuoğlu, a.g.e, s. 161.

<sup>165</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XI,s.33.

b) Kölesi kaçan bir yetimin vasisi, köleyi bulup yetime teslim etse ödül alamaz. *Genelde* köleyi arayacak olan kişinin yetime bakmakla yükümlü olan vasi olması hükümde dikkate alınmıştır.<sup>166</sup>

c) Yetimin nafakasını üstlendiği bir kişi, yetime ait olan kaçak köleyi bulup getirirse ödül alamaz. Zira *genelde* köleyi arayacak olan, yetimin nafakasını karşıladığı kişidir.

d) Nafakası babası tarafından karşılanan bir kişi, babasına ait olan bir köleyi bulması karşılığında ödül alamaz. Çünkü *genellikle* bulma işini yapacak olan kişi evlattır ve dininin gereğine uyarak babasına hizmet etmekle sorumludur.<sup>167</sup>

e) Aynı şekilde, kölesi kaçan kadına *genelde* yardım edecek olan kişi birinci dereceden yakını olan eşidir. Bu nedenle eşinin köleyi bulup getirmesinde ödül gerekli görülmez.<sup>168</sup>

## 2.14. MÜSÂKÂTTA SÜRE BELİRTİLMEMESİNDE GÂLİBİYET İLKESİ

Hanefî doktrininde, müsâkât<sup>169</sup> yoluyla bir kimse diğerine elde edilecek ürün yarı yarıya olmak üzere süre belirtmeden hurma bahçesi, herhangi bir meyve bahçesi ya da bağ verdiği takdirde, istihsanen yapılan bu sözleşme ilk çıkan hasat için geçerli sayılır. Genel kurala göre ise süresi belirlenmeden yapılan akit geçerli değildir.<sup>170</sup>

Bu sözleşmenin ilk çıkan meyve ile sınırlandırılmasında, gâlibiyet ilkesiyle birlikte “yakini bilgi zan ile zail olmaz” kuralının itibara alındığı görülmektedir. Hanefî hukukçulara göre *genelde* meyvenin olgunlaşma süresinin belli bir zamana dayanması ve akdin, meyvenin olgunlaşmıncaya kadar kesin olarak devam ettirilmesi gerektiğinin bilinmesi, süresi belirtilmeyen akitlerde sürenin tayini için belirleyici bir faktördür. Onlar bu gerekçeye dayanarak, müsâkat akdinde süreyi belirlenmiş olarak kabul ederler. Diğer taraftan meyvenin olgunlaşma süresinin biraz erken ya da biraz gecikmesi *nadir* görülen bir durumdur. Ayrıca bu sözleşmede akdin ilk çıkan meyve

<sup>166</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XI, s.33; Kâsânî, a.g.e, Cilt VI, s.205.

<sup>167</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XI, s.34; Kâsânî, a.g.e, Cilt VI, s.205.

<sup>168</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XI, s.34; Kâsânî, a.g.e, Cilt VI, s.205.

<sup>169</sup> Müsâkât: Bahçe-emek ortaklığı. Ağaçlar bir taraftan, bakım ve sulama işi de diğer taraftan, hasıl olacak meyve ve ürünler de aralarında belirlenecek bir oran dahilinde taksim edilmek üzere yapılan bir tür ortaklıktır. Buna ‘muâmele fi’l-esmâr’ denir. Bkz: Erdoğan, a.g.e, s. 426.

<sup>170</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXIII, s.102.



için geçerli olduğu kesin olarak bilinmektedir. Dolayısıyla ağaçlar müsâkât akdinin yapıldığı ilk yıl meyve vermezse, akit geçersizdir.<sup>171</sup>

## **2.15. AİLE HUKUKUYLA İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ**

### **2.15.1. Kölelerin ve Çocukların Nikâh Tanıklığında**

Hanefî doktrininde, iki köle veya iki çocuğun tanıklıklarıyla nikâh akdinin geçerli olmadığına tespitinde gâlibiyet ilkesi etkili olmuştur. Hanefîler'e göre iki köle veya iki çocuğun şahitliğiyle nikâh akdi gerçekleştirilemez. Bunun birinci nedeni, bu kişilerin bilfiil akit yapmaya izinli olmamaları; ikinci nedeni ise nikâh akdinde veli olmaya elverişli kişiler arasında zikredilmemeleridir. Zira nikâh akdi *genelde* erkeklerin hazır bulunduğu yerlerde gerçekleştirilir. Bu nedenle gâlibiyet ilkesi gereği erkeklerin şahitliği tercihe şayan tutulmuştur. Diğer taraftan çocuk ve köleler *genelde* bu yerlere davet edilmezler. Bu kişilerin akit meclislerinde hazır bulunmaları tercih edilen bir durum değildir. Hanefîler bu gerekçeye dayanarak, hükmü genel olana itibarla vermişlerdir.<sup>172</sup>

### **2.15.2. Anne Sütünün Karıştırıldığı Yemeği Çocuğun Yemesinde**

Klasik fıkıh eserlerde birçok meselenin hükmü açıklanırken, bir şeyin diğerine galip gelmesi, bir maddenin diğerine karışması ve içine karıştığı maddeden ayrılamaması gibi ifadeler kullanılmıştır. Bu husus Mecelle'de "*itibar galibi şayiadır, nadire değildir*" kaidesi ile ifade edilmektedir. Bunun örneklerinden biri şudur:

Anne sütüyle yemeğin karıştırılmasında haramlığın meydana gelmesi, sütün yemekteki oranına göre tayin edilmiştir. Ebû Yûsuf (ö.182/798) ve İmam Muhammed'e (ö.189/805) göre ateşte pişirilmeksizin yemeğe karıştırılan sütün oranı, yemeğin oranından fazlaysa çocuğun bu yemeği yemesiyle haramlık meydana gelir. Zira yemekte sütün oranının fazla olması sebebiyle sütün vasfında bir değişiklik

<sup>171</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXIII,s.102.

<sup>172</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt V,s.32.

olmamıştır. Hüküm de çok olan üzerine bina edilir. Öte yandan Ebu Hanîfe'ye (ö.150/767) göre yemekteki süt oranı yemekten çok olsa dahi yasaklık meydana gelmez. Çünkü sütün içerisine yiyecek atıldığı takdirde sütün formu bozulur. Sütün renginde, tadında farklılık meydana gelir. Ancak ona göre, bu hüküm yemeğin ağza götürülmesi esnasında yiyecekten süt damlamaması durumunda geçerlidir.<sup>173</sup>

Bununla birlikte ateşte pişirilmemiş süt ve yemek karışımından oluşan yemekte yemeğin oranı süttten fazlaysa, çocuğun bu yemeği yemesiyle haramlık meydana gelmez. Zira yarından az olan, yok hükmündedir.<sup>174</sup> Bu meselede gâlibiyet ilke çerçevesinde genel olanın dikkate alındığı görülmektedir.

### **2.15.3. Çalışabilecek Durumdaki Yoksul Akrabaların Nafakasının Belirlenmesinde**

Hüküm *nadir* olana değil genelde daha fazla gerçekleşme imkânı bulunan olaylara nispet ettirilir. Çalışabilecek durumdaki yoksul yakınların nafakasının karşılanmasının keyfiyeti bu açıdan değerlendirilmiştir. Hanefî hukukçulara göre maddi imkânı yerinde olan bir kişi, rızkını temin edecek güce sahip fakir bir yakınının iâşesini karşılamaya zorlanamaz. Bunun nedeni kişinin yatalak olmadığı sürece *genelde* kendi asli ihtiyaçlarını karşılayabilme kudretine sahip olmasıdır.<sup>175</sup>

### **2.15.4. Ergenlik Yaşının Belirlenmesinde**

İslam hukukçuları, bulûğ yaşının tespiti için bir ön şart ve iki ölçü getirmişlerdir. Ön şart, bulûğ için asgari yaş sınırının belirlenmesidir. Bu da erkekte 12, kızda 9 yaşın tamamlanmasının yeterli görülmesidir. Kaynaklarda, bulûğ için yaş sınırının tespitinde gâlibiyet ilkesinin dikkate alındığı görülmektedir. Buna göre bulûğ için getirilen iki ölçüden birincisi olan fiili bulûğ, gerekli yaş sınırına ulaşmış erkek ve kızın cinsi yönden fiili ergenliğe ulaşmasıdır. Ancak bu yaş sınırı kız ve erkekte bünye ve dış etkenler sebebiyle farklılık gösterebilmektedir. Bu gelişime dışarıdan muttali olmak da *genelde* mümkün olmaz. Bu sebeple hukukçular, bulûğun tespitinde kişinin ikrarıyla birlikte, alt yaş sınırına ulaşmasını yeterli görmüşlerdir.

<sup>173</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt V, s.32.

<sup>174</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt V, s.32.

<sup>175</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt V,s.228.

Bir diğerk ölçü ise hükmî bulûğ olup bu da çocuğun belli bir azami yaş sınırına ulaşması demektir. Ebû Hanîfe (ö.150/767) dışındaki İslam hukukçuları, kız-erkek ayrımı yapmaksızın on beş yaşını tamamlayan her çocuğu hükmen baliğ kabul etmişlerdir. Bu noktada fiilen ergenliğe erişip erişmediğine itibar etmemişlerdir. Bunun sebebi ise ergenliğin bu süreden sonraya kalmasının *nadir* olmasıdır.<sup>176</sup>

Mezhep imamları ergenlik yaşının tespitinde İbn Ömer'den (r.a) gelen haberi<sup>177</sup> esas alarak, meseleyi genellik prensibi bağlamında değerlendirmişlerdir.

## 2.16. ÖLDÜRÜLMEK ÜZERE OLANIN, KARISINI BOŞAMASINDA GÂLİBİYET İLKESİ

Hanefî doktrininde, ölümle karşı karşıya kalan bir kimse hükmen hasta kabul edilir. Bu durumdaki kişinin eşini üç talakla boşaması, eşinin ona mirasçı olmasına engel değildir. Hanefî hukukçular, bu hükmün tespitinde “*itibar gâlib-i şâyiadır, nadire değildir*” ilkesinden yararlanmışlardır. Onlar, insanların maruz kaldığı ve *genelde* sonucu ölümle biten bir nedeni, ölüm hastalığı gibi değerlendirirken *genel*desonucu kurtuluş olan fakat bazen de öldürmesinden korku duyulan bir nedeni ölüm hastalığı gibi görmemişlerdir. Onlara göre,ölüm hastalığı olarak değerlendirilen neden, kısas ve recm cezasıdır. Bu cezalar sebebiyle kısa zaman içerisinde öldürülecek olan kişide baskın olan onun ölmesidir. Kurtulma ihtimali ise *nadirdir*. Diğer taraftan, hasta hükmünde kabul edilmeyen ve ölüm hastalığıolarak değerlendirilmeyen bir neden, hapisteki kişinin durumudur. *Genelde* bu kişi bir imkânını bulup ölümden kurtulabilir. Bu sebeple boşanması halinde eşini mirastan mahrum bırakmış sayılmaz.<sup>178</sup>

<sup>176</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt VI,s. 54; Ali Bardakoğlu, “Bulûğ”, Cilt VI, İstanbul, *DİA*, 1992, s. 413.

<sup>177</sup> İbn Ömer (r.a), şöyle ifade etmiştir: “Uhud savaşında on dört yaşında iken, Rasulullah (s.a.v)’a savaşa katılmayı teklif ettim. Beni reddetti. Sonra Hendek savaşında on beş yaşında iken savaşa katılmayı teklif ettim. Bana izin verdi. Bkz: Buhari, Şehadet,18; Müslim, İmare, 91; Ebû Davûd, Harac, 15; Tirmizî, Ahkâm, 24; İbnMace, Hudud, 4.

<sup>178</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt VI,s.168.

## 2.17. SUÇ VE CEZA İLE İLGİLİ MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ

### 2.17.1. Hadd Cezalarında

Hadler, Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gereken, miktar ve keyfiyeti nassla belirlenmiş cezalardır. İslam Hukukunda haddi gerektiren suçlar kapsamında zina, hırsızlık, içki içmek, kazif (iffetli kadına zina isnadında bulunma) ve hirâbe ( yol kesme) suçu yer almaktadır.<sup>179</sup>

#### 2.17.1.1. Zina Suçu

Kur'an-ı Kerim'de "*Yaklaşmayın*" emriyle yasaklanan zina eylemi, yine onun ifadesiyle "Çünkü o hayâsızlıktır, çok kötü bir yoldur" şeklinde nitelendirilmektedir.<sup>180</sup> "*Onlar, Allah ile birlikte başka bir tanrıya tapmazlar; haksız yere, Allah'ın dokunulmaz kıldığı insan hayatına kıymazlar, zina etmezler. Zira (bilirler ki) bunları işleyen kimse cezasını bulacak*"<sup>181</sup> ayetinde mü'minlerin zinaya meyletmeme özelliği vurgulanmakta, yine "...Sizden kim açık bir hayâsızlık yaparsa onun cezası ikiye katlanır..."<sup>182</sup> ayetinde bu suçu işleyenlerin cezaî sorumluluktan kurtulamayacakları belirtilmektedir.

#### 2.17.1.1.1. Devlet Başkanı Dışındaki Birinin Zorlamasıyla İşlenen Zina Suçu

Ebû Hanîfe'ye (ö.150/767) göre devlet başkanı haricindeki birinin baskısı altında zina eyleminde bulunan fail, cezaî mesuliyetten kurtulamaz. Onun bu görüşünde, ikrah altında icra edilen suçların sadece devlet başkanı tarafından gerçekleştirildiği bu nedenle onun dışında başkası tarafından herhangi bir suç eyleminin icrasına mecbur bırakılmasının *nadir* olduğu etkili olmuştur. Öte yandan ona göre, devlet başkanı dışındaki bir şahıs tarafından suç işlemeye maruz bırakılan

<sup>179</sup> Ahmet Aydın, *Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicrî 4-9. Asırlar)*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s.8.

<sup>180</sup> İsrâ, 17/32.

<sup>181</sup> Furkan, 25/68.

<sup>182</sup> Ahzâb, 33/30.

kişi, devletin desteğine sığınarak yardım alır. Suç eylemine zorlanan şahsın devletin desteğine sığınarak kendisini bu durumdan kurtaramaması ise *nadirdir*. Bununla birlikte devlet başkanı tarafından suç eylemini yapmaya zorlanan kişi, onun zararını önlemek için başkasının desteğine sığınamaz. Bu nedenle ikrah altında kalan kişi ölüm kaygısı taşır. Ebû Hanîfe bu hususu itibara alarak, devlet başkanının ikrahı altında suç işleyen faile cezai mesuliyet yüklemeyiz. Onu bu hükümde gâlibiyet ilkesi ışığında genel durumu dikkate aldığı görülmektedir.<sup>183</sup>

İmameyn ise döneminin koşullarını dikkate alarak, devlet başkanı dışındaki şahıslar tarafından ikrah altında suçun gerçekleştirilebileceği, bu nedenle suçu icra eden şahsa, had cezasının uygulanmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu meselede Hanefiler'in hüküm beyan ederken yaşadıkları dönemin koşullarını göz önünde bulundurdıkları görülmektedir.<sup>184</sup>

#### **2.17.1.1.2. Hayvanla veya Ölüyle Cinsel İlişki Eyleminde**

Ebû Hanîfe (ö.150/767) başta olmak üzere Hanefî hukukçulara göre hayvanla veya ölüyle ilişki kuran faile zina haddi uygulanmaz. Sadece ta'zîr cezası verilir. Çünkü suçlarda had cezasının gerekliliği hem suçluyu te'dib ve ıslah etmek hem de suçun işlenmesine ve tekrarlanmasına engel olmak içindir. Onlar, *genellikle* sağlam akıl sahibi kişilerin yaratılış gereği böyle bir eyleme meyletmeyeceğini ifade ederek, bu görüşlerini gâlibiyet ilkesi ile temellendirmişlerdir.<sup>185</sup>

#### **2.17.1.2. Hırsızlık Suçunda**

Hırsızlık, başkasının mülkünde olan bir malın gizlice bulunduğu yerden alınmasıdır. Bu suçunun cezası Kur'an-ı Kerim'de şu şekilde belirtilmektedir.

*“Hırsızlık eden erkek ve kadının yaptıklarına karşılık bir ceza, Allah'tan bir ibret olarak ellerini kesin. Allah güçlüdür, hikmet sahibidir.”*<sup>186</sup>

Hz. Peygamber'in (s.a.v) sünnetinde de hırsızlık suçu, dünyevi ve uhrevi cezai mesuliyet gerektiren büyük bir günah olarak nitelendirilmiş, suçu sabit olan

<sup>183</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX, s.59.

<sup>184</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX,s. 59; Aydın, a.g.e, s. 289.

<sup>185</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX,s. 102; Aydın, a.g.e, s. 285.

<sup>186</sup> Mâide, 5/38.

faillere had cezası tatbik edilmiş<sup>187</sup>, ayrıca suçun önlenmesi, oluşması, cezanın tatbik esasları konusunda birtakım hukukî ve insanî açıklamalar getirilmiş, uygulama örnekleri sergilenmiştir.<sup>188</sup>

#### 2.17.1.2.1. Gece ve Gündüz İşlenen Hırsızlık Eylemi

Hanefî hukukçular, had cezasını gerektiren hırsızlık suçunda el kesme cezasını, birtakım koşulların gerçekleşmesi şartına bağlamışlardır. Failde suç işleme kastının olması, çalınan malın başka bir şahsa ait olması, malın muhafaza altında bulunması, hukuki-mali bir değere sahip olması ve malın gizlice bulunduğu yerden alınmış olması bu şartlardandır. Bu bağlamda Hanefîler, hırsızlık eylemlerinde görüşlerini izah ederken, ilgili nassların yanında gâlibiyet ilkesinden yararlanmışlardır. Bunlardan ilki gece ve gündüz işlenen hırsızlık<sup>189</sup> suçundaki hükmün tespitidir.

Hanefîler, bir kimsenin gece vakti bir başkasına saldırarak malını gasp etmesinde, faile el kesme cezasının tatbik edilmesini gerekli görür. Gece vakti işlenen hırsızlık eylemlerinde yardım gelme imkânının *nadir* olması ve bu nedenle mağdurun, hırsız karşısında savunmasız durumda kalması, el kesme cezasının tatbiki için gösterilen gerekçelerden biridir. Diğer bir gerekçe ise, hırsızlıkta el kesme cezasını gerektiren koşulların, hırsızlığın geceleyin işlenmesiyle gerçekleşmiş olmasıdır. Öte yandan istihsan gereği gündüz vakti, şehirde saldırmak suretiyle mağdurun malını gasp eden faile el kesme cezası gerekli görülmez. Bunun nedeni *genelde* gündüz vakti işlenen saldırı eylemlerinde mağdurun dışarıdan yardım alabilmesidir. Ayrıca failin suçu icra ederken insanların bu duruma şahit olması hırsızlıkta bir eksikliğin oluşmasına sebeptir. Zira el kesme suçunu gerektiren koşullardan, malın gizlice bulunduğu yerden alınması şartı, suçun gündüz

<sup>187</sup>Bkz: Ebû Davûd, Hudûd 8, (4380); Nesâî, Sârik 3, (8,67); Ebû Davûd, Hudûd 10, (4382); Nesâî, Sârik 2, (8,66).

<sup>188</sup>Ali Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, İstanbul, 1998, XVII, s.385.

<sup>189</sup>Hanefîler bu meselede, Hz. Peygamber (a.s), "*Kapkaççının, yağmacının ve emanete hıyanet edenin eli kesilmez*" hadisini görüşlerine dayanak olarak göstermişlerdir. Bkz: Abdurrezzak, *Musannef*, 5, 209; İbnMace, Hudûd, 26; Ebû Davûd, Hudud, 13; Tirmizî, 1448, Nesâî, Kat'us-Sarik, 13; Zeylei, Nasbu'r-Raye, III, 368.

işlenmesiyle yok olmuştur. Nitekim bu hususta Hz. Peygamber (s.a.v), “*Kapkaççının, yağmacının ve emanete hıyanet edenin eli kesilmez*” buyurmuştur.<sup>190</sup>

#### 2.17.1.2.2. Babanın Evladının Malını Çalması

Hırsızlık suçunu babanın işlemesi durumunda, had cezasının tatbik edilmemesi görüşünü benimseyen Hanefi hukukçular, neden olarak babanın çocuğunun malı üzerindeki tasarruf hakkını göstermişlerdir. Hanefiler, hırsızlık eyleminde bulunan iki kişiden birinin, malı çalınan kişinin babası olması durumunda, faillere had cezasını gerekli görmez. Babaya had cezasının gerekli olmayışının nedeni, evladının malı hususunda babanın durumunun, “*Sen ve malın babana aitsiniz*”<sup>191</sup> hadisinden çıkartılan manaya göre değerlendirilmesidir. Diğer bir husus, çocuğun evinin baba açısından muhafaza edilen bir yer olmaması, *genelde* babanın izin almadan evladının evine girebilmesine olanak tanımaktadır. Bu husus ise hırsızlık eyleminde el kesme cezasını gerektiren şartlardan malın korunma altında olması ilkesine aykırı olup had cezasının gerekli olmayışı için bir nedendir.<sup>192</sup>

#### 2.17.1.2.3. Serbestçe Elde Edilebilen Şeylerin Çalınması

Hanefiler, birtakım malların çalınmasında had cezasının gerekli olmayışını iki gerekçeye dayandırmışlardır. Birincisi bazı mallar değersiz kabul edilmesi sebebiyle muhafaza edilmez. Bu da malın korunmasında oluşan eksiklikten ötürü el kesme cezasını düşürür. Bu bağlamda hamam otu, kireç taşı ve zırnık otu gibi değersiz kabul edilen şeylerin çalınması ile had cezası uygulanmaz. Zira bu türden şeyler, *genelde* diğer mallar gibi muhafaza edilmeyip yol kenarlarına atılmış haldedir. Diğer bir gerekçe ise bu tür hırsızlık eylemlerinin *nadiren* yaşanmasıdır. *Nadir* gerçekleşen eylemlerde ise caydırıcı nitelikteki had cezaları uygulanmaz.<sup>193</sup>

Hanefiler bu meselede Hz. Peygamberin (a.s) “*İnsanlar üç şeyde ortaktırlar: Suda, otta ve ateşte*”<sup>194</sup> hadisini delil olarak görüşlerini gâlibiyet ilkesi çerçevesinde

<sup>190</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX, s.151.

<sup>191</sup> Ahmed b. Hanbel, Müsned, II, 279; Ebû Davûd, İcare, 76; İbnMace, Ticarat, 64; İbnHibban, Sahih, II, 142; Taberânî, el-Mu’cemü’l-kebir, VII, 230.

<sup>192</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX,s.151.

<sup>193</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX,s.153.

<sup>194</sup> Bu hadis, bu maddelerin kullanımıyla ilgili olarak insanlar arasında ortaklığa işaret etmektedir. Bu ortaklık, bunların elde edilmeleri ile ortadan kalksadahad cezasının tatbikine engel bir şüphe oluşturur.

değerlendirmiştir. Sözü edilen bu maddelerle ilgili bilinen, serbestçe elde edilmeleri ve insanlar tarafından rağbet görülmemesidir. Dolayısıyla insanların rağbet etmediği ve fitraten çalma eyleminde bulunmayacağı diğer maddeler içinde hüküm böyledir.<sup>195</sup>

#### 2.17.1.2.4. Kefen Çalma Eylemi

Ebû Hanîfe (ö.150/767) ve İmam Muhammed (ö.189/805), hırsızlık suçuyla ilgili meselelerden kefen çalma eyleminde faile had cezasının uygulanmayacağı görüşünü benimserken, Hz. Peygamberin (a.s) “*Muhtefinin eli kesilmez.*”<sup>196</sup>hadisini görüşlerine delil getirmişlerdir. Ayrıca onlar meseleyi değerlendirirken kefen çalma eyleminin *nadiren* vaki olduğunu ve *nadir* olan hususların da hükümlerde belirleyici olmadığı gerekçesinden hareket etmişlerdir. Onlara göre, haddin gerekli olmayışının sebeplerinden birincisi, el kesme cezasının niteliklerinden koruma altındaki malın çalınması ve çalınan malın, mal olma özelliğinin bulunmasının, kefen hırsızlığında olmaması. Diğer bir sebebi ise kefenin değersiz kabul edilmesi sebebiyle, insanın *genelde* onu çalmaya teşebbüs etmemesidir.<sup>197</sup>

Ebû Yûsuf (ö.182/798) ve İmam Şafî (ö.204/820) ise kefen çalma eyleminde faile el kesme cezasını gerekli görür. Onlara göre, had cezasının niteliklerinden malın muhafaza şartı, kefen soygunculuğunda vardır. Çünkü kefen *genelde* kabirden başka bir yerde tam manasıyla korunamaz. Bu gerekçe onların görüşlerinde diğer delillerin<sup>198</sup> yanında *genel* olanı dikkate aldıklarını göstermektedir.<sup>199</sup>

#### 2.17.1.2.5. Fildişi ve Abanoz Gibi Malların Çalınması

İmam Muhammed (ö.189/805), fildişi ve abanozun çalınmasında el kesme cezasının gerekli oluşunu gâlibiyet ilkesi bağlamında izah eder. Ona göre, bunların İslam ülkesinde rahatlıkla elde edilemeyen mallardan olması, insanların *genelde*

---

Bkz: İbn Ebu Şeybe, *Musannef*, V/7; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V/364; İbn Mace, *Ruhun* 16; Ebû Davûd, *İcare* 60; Taberânî, *el-Mu'cemü'l-kebir*, XI/80; Zeylei, *Nasbu'r-riyâze*, IV/352.

<sup>195</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX, s.153.

<sup>196</sup> “*Muhtefinin eli kesilmez*”, “muhtefi”, Medine halkının lehçesinde, kefen soyucu manasındadır.

Bkz: Abdurrezzak, *Musannef*, X,215; Zeylei, *Nasbu'r-Riye*, III, 370

<sup>197</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX, s.159; Mergînânî, a.g.e, Cilt II, s. 365.

<sup>198</sup> “*Kim bir ölüyü soyarsa onu öldürmüş gibi olur.*” Bkz: Münavi, *Feyzü'l-kadir*, V/271; “*Kim kefen soyarsa elini keseriz*” Bkz: Zeylei, *Nasbu'r-riyâze*, III/363.

<sup>199</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX, s. 159; Mergînânî, a.g.e, Cilt II, s. 365.



onlara rağbet etmesine sebep olmaktadır. Bu bağlamda amber, sandal ağacı, vb. şeylerin çalınmasında da hüküm böyledir. Çünkü fildişi ve abanozda olduğu gibi insanlar bunları gördüğü takdirde almaktan çekinmezler.<sup>200</sup>

#### 2.17.1.2.6. Hırsızlık Eyleminin Üçüncü Kez Tekerrürü

Ebû Hanîfe (ö.150/767), hırsızlık eyleminin aynı kişi tarafından üçüncü kez işlenmesi halinde, faile had cezasının uygulanmayacağı görüşünü benimserken, hırsızlık eyleminin üçüncü kez tekrarının *nadir* olduğu, *az vaki* olan suçlarda caydırıcı nitelikteki cezaların tatbik edilmesinin uygun olmadığı gerekçesinden hareket etmiştir. Hanefiler'e göre hırsızın ilk hırsızlık eyleminde sağ eli, ikinci eyleminde sol ayağının kesilmesi, üçüncü eyleminde ise işlediği bu suçtan ötürü tevbe edinceye kadar hapsedilmesi gerekir.<sup>201</sup> Çünkü hırsızlık suçunun üçüncü ve dördüncü kez tekrarında kalan uzuvların kesilmesiyle fail ya hükmen yok edilmiş olur ya da yok edilme şüphesi barındırır. Had cezalarında ise şüpheye mahal yoktur.<sup>202</sup> Ayrıca had cezalarının ölüme sebebiyet verecek bazı durumlarda<sup>203</sup> uygulanmadığı Hanefî kaynaklarda belirtilmektedir.

#### 2.17.1.3. Yol Kesme Suçunda

Hirâbe suçunun, İslam hukukçularının birçoğu tarafından benimsenen tanımı şu şekildedir:

"Elindeki güce dayanarak, muhatapların dışarıdan yardım alamayacağı bir yerde, açıktan ve güç gösterisi şeklinde mal almak, öldürmek veya korku salmak amacıyla ortaya çıkmaktır."<sup>204</sup>

<sup>200</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX,s.181.

<sup>201</sup> Mergînânî, a.g.e, Cilt II,s.370; Aydın, a.g.e, s. 283-284.

<sup>202</sup> Hanefiler bu konuda Hz. Ali'nin (r.a) görüşünü benimsemişlerdir. Hz.Ali'nin (r.a), "*Ben onda tutacağı bir el ve yürüyeceği bir ayak bırakmamaktan Allah'tan utanırım.*" sözü, el kesme cezasının yok etmek için değil, caydırmak için belirlendiğini açıklamaktadır. Bkz: Abdurrezzak, *Musannef*, X/186.

<sup>203</sup> Had cezaları aşırı soğukta, aşırı sıcakta ve hastalık hallerinde, ölüme yol açmaması için tatbik edilmemiştir. Bkz: Mergînânî, a.g.e, Cilt II,s.370.

<sup>204</sup> İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn, *el-Muğnî*, Mektebetü'l-Kahire, 1968, Cilt IX, s. 144-145; Değerlendirme için bakınız: Hüseyin Esen, Muhammed Esed'in Hirâbe (Eşkiyalık) Suçuyla İlgili Ayetler İçin Yaptığı Meal-Tefsir Üzerine, *D.E.0. İlahiyat Fakültesi Dergisi* Sayı 20, (2004), s.14.

İslam Hukukunda büyük günahlardan biri olarak kabul edilen yol kesme suçunun dayanağı, “Allah’a ve Resûlüne savaş açanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası; ancak öldürülmeleri, yahut asılmaları veya ellerinin ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi, yahut o yerden sürülmeleridir. Bu cezalar onlar için dünyadaki bir rezilliktir. Ahirette de onlara büyük bir azap vardır.”“Ancak onları ele geçirmenizden önce tövbe edenler bunun dışındadırlar. Artık Allah’ın çok bağışlayıcı, çok merhamet edici olduğunu bilin”ayetleri<sup>205</sup> ile Hz.Peygamber’in (s.a.v) Ukl ve Ureyne kabileleri hakkındaki söz ve yaptırımlarıdır.<sup>206</sup>

### 2.17.1.3.1. Şehir İçinde veya Birbirine Yakın İki Yerleşim Yeri Arasındaki Yol Kesme

Ebû Hanîfe (ö.150/767) şehir veya yerleşim yerlerinde gerçekleştirilen hirâbe suçunda, faile had cezasının tatbik edilemeyeceği görüşünü temellendirirken, gâlibiyet ilkesine yer vermektedir. Ebû Hanîfe, şehir içinde ve yerleşim yerleri arasında devlet veya insanlar tarafından yardım gelme olasılığının yüksek olmasını dikkate alarak, bu yerlerin saldırılara karşı güvenilir olduğunu, bu nedenle şehir içlerinde yol kesme eylemlerinin *nadiren* gerçekleşeceğini, *nadir* olan hususların da caydırıcı nitelikteki had cezalarını düşüreceğini ifade etmiştir. Sonraki dönem fakihleri Ebû Hanîfe’nin bu tutumunu şöyle değerlendirmişlerdir: “ O dönemlerde insanların yerleşim yerlerinde *genelde* saldırılara karşı korunmak için yanlarında silah bulundurmaları Ebû Hanîfe’nin bu görüşünde etkili olmuştur. Öte yandan yerleşim yerlerinin sık binalar ve insan kalabalığından oluşması sebebiyle yol kesme eylemleri buralarda *nadir* yaşanırdı. Günümüzde ise insanların silah taşıma âdetini bırakmaları nedeniyle yol kesme suçu şehirlerde görülmeye başlamıştır. Bu nedenle, bu yerlerde işlenen suçlar, had cezasını gerektirir.” Diğer taraftan Ebû Yûsuf (ö.182/798) şehir içinde ve köyler arasında yol kesme suçunun işlenebileceğini

<sup>205</sup>Maide, 5/33-34.

<sup>206</sup>Buhârî, Muhâribîn 16, 17, 18, Diyat 22, Vudû 66, Zekât 68, Cihad 152, Megâzi 36, Tefsir, Maide 6; Ebû Davûd, Hudûd 3, (4370); Nesâî, Tahrimu’d-Dem 7, (7,100).

belirtmiş ancak had cezasının gerekliliğini bazı şartların<sup>207</sup> gerçekleşmesine bağlamıştır.<sup>208</sup>

#### **2.17.1.4. İçki İçme Suçunda**

İslam dininde içki içmek “*Ey iman edenler! (Aklı örten) içki (ve benzeri şeyler), kumar, dikili taşlar ve fal okları ancak, şeytan işi birer pisliktir. Onlardan kaçının ki kurtuluşa eresiniz.*”<sup>209</sup> ayeti ile kesin olarak yasaklanmıştır. Konuyla ilgili pek çok hadis bulunmaktadır.<sup>210</sup>

##### **2.17.1.4.1. Şarabın Suyla Karışması**

Hanefîler şarapla karışık suyun içilmesinde, failin cezaî mesuliyetinin tespitini gâlibiyet ilkesi bağlamında izah etmişlerdir. Buna göre şarap tadı, kokusu ve rengi bulaşmayacak şekilde suda *az* miktarda bulunursa faile had cezası tatbik edilir. Şarabın oranı sudan fazlaysa, faile had cezası uygulanmaz.<sup>211</sup>

#### **2.17.2. Kısas ve Diyet Cezalarında**

Fıkhî kaynaklarda “el-Cinayat” gibi başlıklar altında ele alınan kısas ve diyet suçları, kişinin canına ve organlarına yönelik olarak işlenen, şer’an yasaklanmış fiillerdir.<sup>212</sup>

Tarıftan anlaşılacağı üzere cinayetler iki nevidir. Birincisi, haksız yere bir kimsenin nefesine yönelik cinayettir ki buna “cinayet fi’n-nefs” denir. Amden adam

---

<sup>207</sup> Ona göre, yol kesen şehir içinde ve yerleşim yerleri arasında bu suçu silahlı olarak işlemeye kalkıştırsa, ona yol kesme cezası gerekir. Sopa ve taşla yol kesmeye kalkıştırsa, bunu gündüz yaptığı takdirde, had cezası gerekmez. Ancak gece bu fiili işlerse, faile had cezası gerekir.

<sup>208</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX, s. 201; Aydın, a.g.e, s.192.

<sup>209</sup> Maide, 5/90.

<sup>210</sup> Buharî, Eşribe 1, Müslim, Eşribe 73, (2003); Muvatta, Eşribe 11, (2, 846); Ebû Davûd, Eşribe 5, (3679); Tirmizî, Eşribe 1, (1862); Nesâî, Eşribe 22, 46, (8, 296, 297, 318).

<sup>211</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXIV, s.19.

<sup>212</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XVII, s. 84; Kâsânî, a.g.e, Cilt VII, s. 233.

öldürme gibi. İkincisi ise, bir kimsenin azalarına yönelik haksız yere yapılan cinayettir. Buna da "cinayet fi ma düne'n-nefs" denir.<sup>213</sup>

### 2.17.2.1. Kıyas ve Diyet

Kıyasın sadece kılıçla öldürme eyleminde gerekli olduğunu ifade eden Ebû Hanîfe (ö.150/767) silah niteliği taşımayan büyük taş, sopa veya benzeri aletlerle suçun icra edilmesinde, faile kıyas cezasının uygulanmayacağı görüşündedir. O, bu görüşünde "*Kıyas ancak kılıçladır*"<sup>214</sup> hadisini delil alarak hem kıyasın gerekliliğinin ancak kılıçla öldürme eylemlerinde hem de tatbikinin sadece kılıçla olabileceği hususunda görüş bildirmiştir. Ayrıca onun bu görüşünde, öldürme eylemlerinin *genellikle* silahla icra edilmesi ve bu tür eylemlerde silah harici aletlerin *nadiren* kullanılması etkili olmuştur.<sup>215</sup>

Ebû Hanîfe (ö.150/767) bir kişinin küçük bir sopa ile peş peşe vurarak birisini öldürmesinde faile kıyas cezasının tatbik edilmeyeceği görüşündedir. Ancak İmam Şafî (ö.204/820) kişinin kasıtlı olarak küçük bir sopa ile peş peşe vurarak birisini öldürmesini, kılıçla öldürme gibi kasten öldürme olarak değerlendirir. Öte yandan İmam Şafî küçük bir sopa ile bir iki kez vurup öldürmede, failin cezai mesuliyetinin tespitini gâlibiyet ilkesi gereği yapar. Ona göre buradaki kişinin kastı maktulü öldürmek değil terbiye etmektir. *Genelde* bir iki kez vurma neticesinde ölüm gerçekleşmez. Gerçekleşse bile bu *nadirdir*. Bu gerekçe, gâlibiyet ilkesinin dikkate aldığı göstermektedir.<sup>216</sup>

Hanefî mezhebinde kıyas ve diyeti gerektirmeyen meselelerden bir kısmı şunlardır:

a) Bir çocuğu veya büyüğü denizde boğana kıyasın uygulanmayışı ilgili hadisle birlikte *gâlibiyet* ilkesi gereği verilen bir hükümdür. Bu hüküm Ebu Hanîfe'ye aittir. O bu görüşünde, "*Kasten öldürmeye benzeyen öldürmeyle öldürülen kimse kırbaç ve asa ile öldürülen kimsedir. Ve ondan ceza olarak ve yanlışlıkla*

<sup>213</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-u İslâmiyye ve Istılâh-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1950, Cilt III, s.14.

<sup>214</sup> İbn Ebu Şeybe, *Musannef*, V/432; Darekutni, Sünen, III/87; Taberânî, el-Mu'cemu'l-kebir, X/89.

<sup>215</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXVI, s.122.

<sup>216</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXVI,s.124.

*işlenen her cinayette diyet gerekir*” hadisini delil almıştır.<sup>217</sup> Ayrıca Ebu Hanîfe’ye göre öldürme eylemlerinde, *genelde* silah kullanılmaktadır. Silah dışında başka cisimlerin kullanılması ise *nadirdir*.

b) İmam Mâlik’in (ö. 179/795) dışında İslam hukukçularına göre baba oğlunu ve efendi kölesini öldürürse, bu kişilere had cezası tatbik edilmez. Onlar, babanın oğlunu ve efendinin kölesini öldürmesinde kısasın uygulanmaması gerektiğini, ilgili nassın<sup>218</sup> yanında, bu tür eylemlerin *nadir vuku* bulunduğu, *nadiren* gerçekleştirilen suçlarında caydırıcı nitelikteki cezaları düşürdüğü gerekçesiyle izah etmişlerdir. Onlara göre, babadaki evlatlık şefkati *genelde* oğlunu öldürmeye manidir. Yine efendinin *genelde* elindeki malını muhafaza etme isteği kölesini öldürmeye manidir. Bu nedenlerden ötürü, hükümde *genel* olana itibar edilir.<sup>219</sup>

c) Bir kişinin bindiği hayvanın ön ve arka ayaklarına temas eden küçük taş, çekirdek veya toz bir başkasının şahsına ya da malına zarar verirse, binici bundan mesul tutulamaz. Hayvanların seyri sırasında *genelde* bu tür durumlardan kaçınılmanın mümkün olmaması hükmün tespitinde etkili olmuştur. Büyük taş gibi ağır cisimlerin kişinin kendisine veya malına zarar vermesi durumunda ise, sebep olan bundan mesul tutulur. Çünkü *genele* itibarla bu kaçınılması mümkün olan bir durumdur.<sup>220</sup>

d) *Genelde* kaymaya sebebiyet verecek kadar su dökülmüş bir yolda, zarara uğrayan kişinin hakkı sebep olandan tazmin ettirilir. Öte yandan yola dökülen suyun miktarı kişiye zarar vermeyecek ölçüde az ise müsebbibin tazmin yükümlülüğü yoktur. Çünkü *genelde* az miktarda dökülen sudan bir zarar gelmez.<sup>221</sup>

e) Bir kişi başka bir kimsenin pazı kemiğini kırar ya da ağır bir şekilde yaralarsa, yaranın iyileşmesi durumunda faile had cezası uygulanmaz. Zira eşitliğe itibar edilerek had cezasının uygulanması halinde, bu kişinin ölümüne neden olabilir. Çünkü ağır yaranın iyileşmesi *nadirdir*. Bu nedenle bu ve benzeri eylemlerde caydırıcı nitelikteki had cezalarının tatbiki uygun görülmemiştir.<sup>222</sup>

<sup>217</sup> Mergînânî, a.g.e, Cilt IV,s.447.

<sup>218</sup> Resulullah (s.a.v) “*Oğlunu öldüren babaya, kısas yapılmaz*”<sup>218</sup>buyurmaktadır. Bkz: Ibn Ebû Şeybe, *Musannef*, V/423; Dârekutnî, *Sünen*, III/87; Tâberanî, el-Mu’cemü’l-kebir, X/89.

<sup>219</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXVI,s.93.

<sup>220</sup> Mergînânî, a.g.e, Cilt IV,s. 481; Serahsî, a.g.e, Cilt XXVI,s. 190.

<sup>221</sup> Mergînânî, a.g.e, Cilt IV,s.474

<sup>222</sup> Mergînânî, a.g.e, Cilt IV,s.450.

### 2.17.2.2. Nefsî Müdafaa Sırasındaki Öldürme Eylemi

Hanefiler, nefsî müdafaa esnasında öldürmenin hükmünü değerlendirirken, eylemin vaki olduğu koşulları ve saldırıda denkliğin bulunup bulunmadığını dikkate almıştır. Onlara göre, yerleşim yerinde bir kişi, elinde delici veya kesici alet bulunan bir kimseye karşı kendisini taş ya da değnekle savunsa ve bunun sonucunda saldırganı öldürse bundan mesul tutulamaz. Verilen bu hükümde, saldırganın kullandığı aletten kastının mağduru öldürmek, mağdurun da kendisini savunma amacıyla saldırganı öldürmesi dikkate alınmıştır. Öte yandan Ebû Hanîfe (ö.150/767) bu meselede öldürme eylemlerinin *genelde* kılıçla icra edildiğini, değnek ve taşın ise öldürücü alet olmadığını göz önünde bulundurmıştır. İslam hukukçuları suçun gece vakti işlenmiş olması durumunda da aynı hükmün verilmesini gerekli görmüşlerdir. Çünkü bu vakit içerisinde *genelde* çevreden yardım gelme olasılığının düşük olması, saldırıya uğrayan kişiyi savunmasız durumda bırakır. Bu durumda ise kişinin haklı olarak kendisini savunması beklenir. Ancak hukukçular, saldırganın gündüz vakti, saldırıya uğrayan kişi tarafından öldürülmesinde, failin aleyhine hüküm vermiştir. Çünkü bu vakitte *genelde* çevreden yardım gelir. Bu nedenle mağdurun saldırganı öldürmeye teşebbüs etmesi doğru değildir. Görüldüğü gibi bu tür eylemlerde cezaî sorumluluk değerlendirilirken genel hususlar dikkate alınmış ve hüküm gâlibiyet ilkesine istinaden verilmiştir.<sup>223</sup>

## 2.18. AVLANMA VE HAYVAN KESİMİNE İLİŞKİN MESELELERDE GÂLİBİYET İLKESİ

### 2.18.1. Pençeli Kuşlar Hakkında

Ebû Hanîfe'ye (ö.150/767) göre bazen leş bazen de tane yiyen kargayı<sup>224</sup> yemekte bir sakınca yoktur. Bunun gerekçesi, leş yiyen hayvanın etinin haram

<sup>223</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt X,s.135; Aydın, a.g.e, s. 289.

<sup>224</sup> Şerhu'l-Mühezzeb'te ifade edildiğine göre, birkaç çeşit karga bulunmaktadır. İlki alaca kargadır. Hakkında gelen hadisler doğrultusunda bu tür karganın şeksiz haram olduğu bilinmektedir. İkincisi, iri bir cüsseye sahip siyah renkli kargadır. Bu çeşit karga için, haram ve helal olduğu hususunda iki görüş vardır. Diğer bir karga çeşidi ise ziraat kargasıdır. Bu karga siyah renkli olup ufak bir cüsseye sahiptir. Kimisinin gagası ile bacakları kırmızıdır. Ziraat kargası hakkındaki en makbul görüş, helal

maddeden meydana gelmesi nedeniyle *genellikle* bu hayvanın pis ve çirkin olmasıdır. Buna karşılık hem leş hem de tane yiyen kargada bu özellik yoktur. Hukukçular, *nadiren* de olsa yiyeceğine pislik bulaştıran tavuğa kıyasla Ebû Hanîfe'nin bu görüşüne katılmışlardır. Zira tavuğu yemekte sakınca yoktur. Nitekim Hz. Peygamberin tavuk yemesi bu cinsten karganın yenilmesinde sakınca olmadığını göstermektedir.

Öte taraftan Ebû Yûsuf'a (ö.182/798) göre, leş ve dane yiyen hayvanda haram ve helal olmasını gerektiren nedenlerin birleşmesi, onun yenilmesine engel bir durumdur. Bu türden karganın yenilmesi mekruhtur.<sup>225</sup>

### 2.18.2. Kesim ve Avdaki Besmele Hususunda

Hanefiler'e göre unutmak suretiyle besmeleyi terk eden kişinin kestiği ya da avladığı av haram değildir. Bunun gerekçelerinden biri, *genelde* müslümanın kasten besmeleyi terk etmeyeceğidir. Nitekim Hz. Peygamber, (s.a.v) besmeleyle kesildiğine dair şüphenin bulunduğu bir hayvan hakkında, kasıtlı olarak hiçbir müslümanın beslemeyi terk etmeyeceğini bu nedenle, o etin yenilmesinde sakınca olmadığını ifade etmiştir. Yine pazardan et satın alan bir müslümanın, aldığı etin bir Mecusi tarafından kesilme ihtimalini düşünerek endişe duysa bile *genele* itibarla o eti yemesinde bir sakınca yoktur. Diğer bir gerekçe, av heyecanıyla avcının besmeleyi unutmasının *sık* görülen bir durum olmasıdır Bu hükümde gâlibiyet ilkesi kapsamında *genel* olanın dikkate alındığı görülmektedir. Bu nedenle onlar, sehven besmelenin unutulması halinde avın yenilebileceği görüşündedirler.<sup>226</sup>

### 2.18.3. Şehir İçi ve Dışında Kaçan Koyun Hakkında

Hanefî hukukçuların gâlibiyet ilkesi bağlamında değerlendirdikleri diğer bir husus şehir içinde kaçan koyun hakkındadır. Onlara göre, *genelde* şehir içinde kaçan koyunun yakalanmasının mümkün olması, silahla öldürülmesine engeldir. Çünkü koyunun şehir içinde yakalanma ihtimalinin yüksek olması, normal yollardan kesime olanak sağlamaktadır. Bu da dikkate alınır. Diğer taraftan yakalanma *olasılığının*

---

olmasıdır. Bazen leş bazen de tane yiyen ziraat kargası “zağ” olarak adlandırılır. Bkz: et-Tehanevi, Eşref Ali; et-Tehanevi, Zafer Ahmed Osman, *İlâü's-Sünen*, Cilt XVIII,s.289.

<sup>225</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XI,s.226.

<sup>226</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XI,s.238.

*düşük olması* nedeniyle şehir dışında kaçan koyun silahla öldürülebilir. Çünkü burada hayvanın kaçmasından endişe duyulur. Dolayısıyla normal yollarla kesmek mümkün olmadığı takdirde, hayvanı herhangi bir yerinden yaralayarak zorunlu kesim gerçekleştirilir.<sup>227</sup>

#### **2.18.4. Hayvan Kesiminde**

Gâlibiyet ilkesinin hayvan kesiminde etkili olduğu meselelerden biri, kesilen hayvanın hangi koşullarda helal olacağını tespitidir. Hayvan kesiminde, kesim işlemi yemek borusu, nefes borusu ve iki şah damarın kesilmesiyle gerçekleşir. Hayvanın helâl olması hususunda ise kesilmesi gerekli olan kısımların *genelinin* kesilmesiyle, tamamı kesilmiş gibi kabul edilir.<sup>228</sup> Ancak boyundaki damarların ve boruların çoğunun kesilmesinden kastın ne olduğu hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.<sup>229</sup>

Bir koyun ense kısmından kesildiğinde, ölmeden önce yemek borusu, nefes borusu ve iki şah damarın *çoğu* kesilirse bu hayvanın etinden yemek helaldir. Çünkü çoğunun kesilmesiyle kesim işlemi tamamlanmış olur. Öte yandan hayvan bu boruların ve damarların *çoğu* kesilmeden ölürse helâl olmaz.<sup>230</sup>

#### **2.18.5. Av Hayvanı Hakkında**

*Genelde* yabanileşmesi *nadir* görülen ehli hayvanlardan devenin vurulmasında, etinin helal olmaması genellikle ilkesinden çıkarılmış bir hükümdür. Şöyle ki bir şahsın bir deveye attığı ok deveye değil de av hayvanına değse sonra deve kaçsa ve onun yabani mi yoksa ehli mi olduğu bilinmese, o avın yemesi caiz değildir. Çünkü deve *genelde* ehli olup, yabanileşmesi *nadir* görülen bir hayvandır. Dolayısıyla aksi bir durum görülmediği sürece devedeki bu husus dikkate alınır.<sup>231</sup>

---

<sup>227</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XI,s.253.

<sup>228</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XII,s.3.

<sup>229</sup> Bu görüşler; 1) Hasan b. Ziyad, Ebû Hanîfe'den bunlardan hangisi olursa olsun üçü kesildiğinde tamamının kesilmiş sayılacağını rivayet edilmiştir. 2) Muhammed'e göre, her birinin yarından çoğunun kesilmesi durumunda, olmaz. 3) Ebû Yûsuf'a göre ise yemek borusu, nefes borusu ve ana kan damarlarından birisinin kesilmesi gerekir. 4) İmam Şafî'ye göre yemek ve nefes boruları kesildiği zaman, kan damarları kesilmese de yenilmesi helal olur.

<sup>230</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XII, s. 3.

<sup>231</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XII,s.21.



### 2.18.6. Evcil Hayvanın Kuyuya Düşmesinde

Acziyet durumunda normal kesimden zorunlu kesime gidilmesinin caiz olacağı görüşünü benimseyen Hanefiler, evcil hayvanın kuyuya düşmesindeki kesim usulünü bu açıdan değerlendirmiştir. Ancak İmam Malik (ö.179/795) bunun caiz olmayacağı görüşünü savunur. Ona göre bu ve buna benzer durumlar *nadiren* gerçekleşir. *Ender görülen durumların* ise hükmün tespitinde bir etkisi yoktur. Hanefiler ise bunun *nadir* değil bilakis *sıklıkla* yaşandığını bu nedenle acziyetin gerçekleşmesiyle zorunlu kesime gidileceğini savunmaktadır.<sup>232</sup>

### 2.19. YEMİNLERDE GÂLİBİYET İLKESİ

“*İtibar galib-i şayiadır, nadire değildir*” kaidesine konu olan fikhî hükümlerden bir kısmı yeminler bahsinde yer almaktadır. Bunlardan bazıları şunlardır:

#### 2.19.1. Yemeklerle İlgili Yeminlerde

a) Et yememek üzere yemin eden bir kişi, balık yerse yemini bozulmaz. Ancak kişi etle birlikte balık yememeye niyetlendiği takdirde sonradan balık yese, yemini bozulur. Çünkü bir kısım yeminlerde niyet belirleyicidir. Diğer taraftan halk arasında balık *genelde* et olarak sayılmaz. Bu da hükmü belirleyici bir etkidir.<sup>233</sup>

b) Belli bir şeye niyet etmeden, katık yememek üzere niyet eden kişi için katık; süt, kaymak, zeytinyağı ve sirke gibi *genelde* ekmeğe sürülen ve onunla birlikte tüketilen yiyeceklerdir. Ebû Hanîfe (ö.150/767) ve Ebû Yûsuf'un (ö.182/798) görüşü bu şekildedir. Ancak onlar balık, peynir, et ve yumurtayı *genelde* ekmeğe birlikte tüketilmesi sebebiyle katık dışında tutmuşlardır. Buna göre katık yememek üzere yemin eden bir kişinin bunları da yememeye niyet etmesi durumunda, niyeti hükümde dikkate alınır. İmam Muhammed'e (ö.189/805) göre *genelde* ekmeğe beraber tüketilen, onunla birlikte yenilebilen her şey katık hükmündedir. *Genelde* tek olarak tüketilmeyen peynir, balık, et ve yumurta da birer katıktır Bunun yanı sıra

<sup>232</sup>Mergînânî,a.g.e, Cilt IV, s.350.

<sup>233</sup>Serahsî, a.g.e, Cilt VIII,s.176.

*genelde* tek olarak tüketilen karpuz, hurma ve taze üzüm gibi gıdalar katık değildir.<sup>234</sup>

c) “*Şu buğdaydan yemeyeceğim*” şeklinde yemin eden bir kişi hakkında, niyetine göre hüküm veren Ebû Hanîfe, görüşünde genel olanı itibara almıştır. Ona göre kişinin yemindeki buğdaydan kastı, buğday tanesi ise buğdayın unundan veya kavutundan yemesiyle yemini geçersiz sayılmaz. Ayrıca kişi herhangi bir şeye niyet etmeden ekmekten yese Ebû Hanîfe’ye göre yemini yine geçerlidir. Çünkü buğdayın tanesinin yenmesi halk arasında *yaygın* olupkavrularak veya haşlanarak yendiği de görülmektedir. İmameyn’e göre ise kişinin bu durumda yemini bozulur. Çünkü onun yemindeki buğdaydan kastı ondan elde edilen üründür. Ayrıca buğday yemek ifadesinden, *genelde* anlaşılan ekmek yemektir. Örneğin dünyadaki en kaliteli buğdaydan yedim diyen bir kişinin buğdaydan kastının ekmek olduğu anlaşılır.<sup>235</sup>

d) “*Şu undan yemeyeceğim*” şekilde yemin eden kişi, o unun ürünü olan ekmekten yese yemini geçersizdir. Bu hükmün gerekçesi ise unun bizzat kendisinin *genel* olarak tüketilmemesidir.<sup>236</sup>

e) Süt içmemeye yemin eden bir kişi su ile karışık bir sütü içtiği takdirde sütün oranı sudan *fazlaysa* yemini bozulur. Karışımdaki sütün, miktarı sudan *az* ise bu kişinin yemini bozulmaz.<sup>237</sup>

### 2.19.2. Binek İle İlgili Yeminlerde

Hanefî kaynaklarda “hayvana (dabbe) binmeyeceğim” şeklinde yemin eden bir kişinin at, kısrak, eşek ya da katıra binmesiyle yemininin bozulacağı ifade edilir. Çünkü dabbe ifadesi, hem sözlükteki manası itibarıyla hem de halk arasında kullanımı ile bu hayvanların tümünü kapsamaktadır.<sup>238</sup> Kur’an-ı Kerim’de ifade edildiğine göre “*Yeryüzünde yürüyen hayvanlar ve iki kanadıyla uçan kuşlardan ne varsa hepsi ancak sizin için topluluklardır.*”<sup>239</sup>

Ancak binme fiili üzerine yemin eden kişi, bu yeminiyle yeryüzünde yürüyen tüm hayvanları kastetmemiştir. Dolayısıyla bu yemin, *birçok* bölgede binek olarak

<sup>234</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt VIII, s. 177.

<sup>235</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt VIII,s.181; Kâsânî, a.g.e, Cilt III, s.61.

<sup>236</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt VIII,s.181.

<sup>237</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt VIII,s. 183.

<sup>238</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX, s.13.

<sup>239</sup> En’am 6/38.

istifade edilen hayvanları içermektedir. Bunlar arasında da eşek, katır ve at bulunmaktadır. Bu görüş fikhî metinlerde, “*Atları, katırları ve eşekleri binmeniz için ziynet olsunlar diye yarattı*”<sup>240</sup> ayeti ile desteklenmektedir. Öte yandan fakîhler deve ve file *nadiren* binilmesi nedeniyle, bunları yemin kapsamında değerlendirmemiştir. Onlar, hükmün *nadiren* gerçekleşen şeyler üzerine bina edilmeyeceği gerekçesinden hareketle meseleyi yorumlamışlardır.<sup>241</sup>

### 2.19.3. Kadın, Çocuk ve Kölenin Yemininde

Hanefî mezhebinde, kabile içinde bulunan bir ölü hususunda kadınlara, çocuklara ve mükatep kölelere yemin ettirilmez. Bu kişilere yemin ettirilmeme sebebi, başkalarının yükümlülüğü altında olmaları ve *genelde* mensubu oldukları kabilenin yönetim ve gözetimine katkılarının bulunmamasıdır. Diğer taraftan kabileler *genelde* erkekler tarafından himaye edilir. Kasâmede, göz önünde bulundurulmuş husus ise yardımdır. Dolayısıyla yetişkin erkekler olmadan kabilenin korunması bu kişilerle sağlanamaz. Hanefîler bu meselede *genel* olana itibarla görüşlerini galibiyet ilkesine dayandırmışlardır.<sup>242</sup>

## 2.20. YARGILAMA USULÜNDE GÂLİBİYET İLKESİ

### 2.20.1. Hâkimin Mahkeme Dışında Kendi Adına Alışveriş Yapmasında

Hanefî hukukçulara göre hâkimin karar meclisi dışında kendisi için alışveriş yapmasında bir beis yoktur. Onların bu görüşlerinde Hz. Peygamberin (a.s) kendisi için alışveriş yapmış olması etkili olmuştur.<sup>243</sup> Diğer taraftan, âlimlerden bazıları Hz. Peygamberin (a.s) “*Hâkim alış-veriş yapmaz*” hadisini itibara alarak, bu kişilerin alışveriş yapmasını mekruh görmüşlerdir. Ayrıca onlar, insanların *genelde* hâkimlerden korktuklarını ya da işlerinde iltimas gösterilmesini umarak onlarla

---

<sup>240</sup>Nahl 16/8.

<sup>241</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt IX, s.13.

<sup>242</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXVI,s.120.

<sup>243</sup>“*Peygamber (s.a.v), iki dirheme bir şalvar aldı.*” Bkz: Taberânî, el-Mu’cemü’l-’evsat, VI/349; Heysemi, Mecmau’z-zevaid, V/212.

yaptıkları işlemlerde daha hoşgörülle yaklaştıklarını ifade ederek, bu görüşlerini gâlibiyet ilkesine dayandırmışlardır.<sup>244</sup>

Hanefiler'e göre ise hâkim göreve getirilmeden önce neye ihtiyaç duyuyorsa göreve getirildikten sonra da ihtiyaç duyar. Bu nedenle o, ailesinin ihtiyaçlarını her daim temin etmekle yükümlüdür. Öte yandan halkın yaptıkları işlemlerde hâkime karşı müsamaha göstermesi *nadir* bir durumdur. Bu gerekçeye dayanarak hâkimin tasarruf yapması engellenemez. Ayrıca alış-veriş hâkimin her zaman yaptığı bir iş olursa, o takdirde halkın ona karşı tolerans göstermesi *çok nadir* görülür.<sup>245</sup>

### 2.20.2. Tanıkların Kimlik Tespitinde

Hanefî mezhebinde, bir şahsın başka birisi üzerindeki hakkına dair tanıklık edenlerin tanıklığı yazıldığı takdirde, tanıklar baba ve kabilelerinin isimleriyle birlikte tanıtılmalıdır. Bu hüküm, "*hüküm meclisinde bulunmayan kimse mümkün olduğunca tanıtılmalıdır*" kuralına istinaden verilmiştir.

Tanığın babası ve kabilesinin ismiyle tanıtılmasındaki sebep, kendisinin bir başkasından ayırt edilebilmesidir. Bir kabilede hem isimleri hem de babalarının isimleri benzer olan kimselere rastlamak pek mümkün değildir. Öte yandan tanığın kendisinin, babasının ve dedesinin isimlerinin yazılması yeterlidir. Çünkü soy ve isim benzerliği *az rastlanan* bir durumdur. Hanefiler bu hükümde ilgili kuralın yanında gâlibiyet ilkesini itibara almışlardır.<sup>246</sup>

### 2.21. ZORLAMADA MUHAYYERLİK MESELESİNDE GÂLİBİYET İLKESİ

Hanefî mezhebinde, "*ya babanı veya oğlunu öldürürsün ya da şu köleni bin dirheme satarsın*" şeklinde ikrah altında yapılan bir akit geçersizdir. Çünkü satış akdinin gerçekleşmesinde, taraflar arasında karşılıklı rıza koşulu aranır. Ancak bu

---

<sup>244</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XVI,s.77.

<sup>245</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XVI,s.77.

<sup>246</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XVII,s.97.

akitte, kişinin rızası korkutulmak suretiyle ortadan kalkmıştır. Öte yandan *genelde* insan babasının ya da oğlunun öldürülmesine razı olamaz.<sup>247</sup>

İkrah altında yapılan akdin yakın akrabaları kapsamı durumunda da akit gâlibiyet ilkesi gereği geçersizdir. Çünkü hayatlarının kurtarılması açısından yakın akraba *genelde* çocuk ve baba gibi değerlendirilir.<sup>248</sup>

## 2.22. HELALLER VE HARAMLARA İLİŞKİN HÜKÜMLERDE GÂLIBİYET İLKESİ

Yukarıda aktardığımız birtakım hükümlerde olduğu gibi Hanefiler, kerahiye ve istihsan ( helaller ve haramlar) kapsamına giren meselelerden bir kısmını “*yaygın olan, nadir olanı içinde eritir*” anlayışından hareketle izah etmişlerdir. Bu kaidenin dayandığı meselelerden bazıları şunlardır:

a) Mecûsîler’in yoğunlukta olup, az bir kısmının müslüman olduğu bir belde, bir kişinin kimin kestğini bilmediği bir hayvanın etini satın almasında hüküm, çok olana itibarla verilir. Gâlibiyet ilkesi gereği, satın alınan bu et helal olmaz. Diğer taraftan, büyük bir bölümünü müslümanların teşkil ettiği bir belde, müslümanın satın aldığı et helal olur. Çünkü *az çoğa tâbi* olur ve hüküm genele göre verilir.<sup>249</sup>

b) Bir şahsın düşman ülkesinde, müslüman veya zimmet vatandaşı olduğunu bilmeden, çevresine ok atması *genele* itibarla mubahtır. Öte yandan İslam ülkesinde bulunan bir kişi, harp ülkesi vatandaşı olduğuna dair kesin bir bilgisi olmadan bir başkasına ok atsa buna izin verilmez. Çünkü bu iki ülkeden birincisinde harp ülkesi vatandaşı *yoğunlukta* iken diğerinde ise, büyük bir bölümü müslümanlardan oluşmaktadır.<sup>250</sup>

c) Zimmet vatandaşlarının bulunduğu bir beldeye giren harp ülkesi vatandaşının, yabancı olduğu kesin olarak bilinmediği sürece, köle yapılması caiz değildir. Çünkü bu bölgedeyâşayanların *çoğu* zimmet vatandaşıdır.<sup>251</sup>

d) Gayri müslim ve müslüman ölülerinin karıştığı bir yerde, hüküm galibiyet ilkesi gereği verilir. Buna göre müslüman ölüleri fazlaysa, müslüman

<sup>247</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXIV,s.143.

<sup>248</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXIV,s.143.

<sup>249</sup> Serahsî, a.g.e, CiltX,s.196.

<sup>250</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt X,s.196.

<sup>251</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt X, s.196.

ölülerine niyet edilerek, hepsinin cenaze namazı kılınır ve müslüman mezarlığına defnedilirler. Ancak bu hüküm, ölüleri ayırma imkânının bulunmaması durumunda geçerlidir. Diğer taraftan çok olan kısım gayrimüslim ölüleri ise müslüman olduğuna dair bir emare bulunanların dışında diğerlerinin namazı kılınmaz.<sup>252</sup>

### 2.23. VASÎNİN HARCAMALARINDA GÂLİBİYET İLKESİ

Hanefî doktrininde, vasî ölenin arkasından yapılması gerekli olan tüm işlemleri hallettikten sonra arta kalan mirası mirasçıya teslim ederek ondan kendisine “*az veya çok her türlü borçtan beri olduğuna*” dair yazılı bir belge düzenlemesini istese, mirasçının vasinin bu isteğini yerine getirmeme hakkı bulunur. Bunun nedeni, vasinin mirasçıya teslim ettiği miktarın, mirasçının hakkının tamamı olduğuna dair kesin bir bilginin bulunmamasıdır. Zira vasînin mirasın bir bölümünü telef etmesi gibi gizlemesi de mümkündür. Nitekim vasîlerin yapmakla yükümlü oldukları görevi kötüye kullanarak, emanete riayet ettikleri *nadir* görülmektedir. Bu bakımdan onlara göre, mirasçının vasiye böyle bir belge hazırlama yükümlülüğü yoktur. Bu hükümde, gâlibiyet ilkesine istinaden *genel* durumun dikkate alındığı görülmektedir.<sup>253</sup>

### 2.23. ANA KARNINDAKİ ÇOCUĞUN MİRASÇILIĞINDA GÂLİBİYET İLKESİ

İslam hukukunda ana karnındaki çocuk için, doğma ihtimalinin bulunması nedeniyle mirastan pay bırakılır; sağ doğması halinde, mirasçı olur, ölü doğması durumunda, çocuğun yokluğuna itibar edilerek miras tekrardan hesaplanır. Fakîhler cenin için mirastan bırakılacak payın miktarı hususunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Ebû Hanîfe (ö.150/767) ana karnındaki çocuk için dört erkek payı, İmam Muhammed (ö.189/805 iki erkek payının bırakılacağı görüşündedir. Ebû Yûsuf (ö.182/798) bir görüşünde, iki erkek payı, diğer bir görüşünde ise bir erkek payının bırakılacağını belirtmiştir. Hanefî metinlerinde Ebu Hanîfe'nin muhtemel bir duruma itibar ederek dört erkek payını gerekli gördüğü ifade edilmektedir. Ebû Yûsuf ilk görüşünde, bir batında dört erkeğin doğmasının çok *nadir* görüldüğünü, bu nedenle hükmün gerçekleşme ihtimali yüksek olan şeylere dayandırılması gerektiğini

<sup>252</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt X, s.197.

<sup>253</sup> Serahsî, a.g.e, Cilt XXVIII,s.34.

ifade etmiştir. Bu bir batında iki çocuk doğurmaktır. İkinci görüşünde ise “*nadir olan şey, açık, genel ve yaygın olan şeyle çelişmez*” kaidesiyle, bir erkek payının bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü genele itibarla bir batında yalnızca bir çocuk doğar. İslam hukukunda tercih edilen görüş de budur. Bu nedenle aykırı bir durum bilinmediği takdirde hüküm *genele* dayandırılır.<sup>254</sup>

Ebû Yûsuf'un ifade ettiği iki görüşünde gâlibiyet ilkesini dikkate aldığı görülmektedir.

---

<sup>254</sup>Mevsîlî, a.g.e, Cilt V,s.114; Serahsî, a.g.e, Cilt XXX, s.52.

## SONUÇ

Hukuk sisteminde muteber kabul edilen sahih örf, fikhî hükümlerin çözümünde kendisine dayanılan kaynaklardan biri olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda fıkıh bilginleri örf ve âdetin teşri değerinden bahseden genel kural niteliğinde ifadeler nakletmişlerdir. Bu kaidelerden biri; fıkıhta önemli bir yere sahip olan “*itibar gâlib-i şâyiadır, nadire değildir*” yani “*yaygınlığı kabul edilmiş olan âdete itibar edilir, nâdir olana değil*” ilkesidir. Bu ilke bazı kaynaklarda, “*soru ve hitap, galip ve umum üzere geçerlidir. Şazz ve nadir üzere geçerli değildir*” şeklinde ifade edilmektedir. İbn Nüceym el-Eşbah’ta örf ve âdetin vücut şartlarından olan çoğu zaman uygulanması halinde, örfün muteber olacağını belirtmektedir. Külli kaidelerden, “*âdet ancak muttarid yahut galip oldukça mu’teber olur*” ve “*itibar gâlib-i şâyiadır, nadire değildir*” ilkeleri de örfün süreklilik ve devamlılık şartını izah etmektedir.

Galibiyet ilkesinin fikhî metinlerde farklı biçimlerde ifade edildiği müşahede edilmiştir. “*Nadir olan şey, açık, genel ve yaygın olan şeyle çelişmez*”, “*hüküm galip olana göredir*”, *nadir olan hususlar üzerine hüküm bina edilemez*” *nadir olan yok hükmündedir*” ifadeleri bunlardandır.

Hanefî fakihler ibadetlerden alım-satım, aile, ikrar, ceza, talak, avlanma, hayvan kesimi, yemin, vasiyet, miras hukukuna kadar birçok alanda hüküm istinbât ederken dayandıkları ilgili delillerin yanında gâlibiyet ilkesinden istifade etmişlerdir. Bu, ayet, hadis, sahabe sözü gibi delillerden birine dayandırdıktan sonra, ilgili hükmü desteklemek için ayrıca gâlibiyet ilkesini zikretmek şeklinde gerçekleşmiştir. Ayrıca farklı mezheplere mensup fakihlerin ihtilaf ettikleri meselelerde savundukları görüşü temellendirmek için gâlibiyet ilkesini itibara aldıkları görülmektedir. Bunun dışında, nassın bulunmadığı konularda, bazı hükümler genel duruma itibarla gâlibiyet ilkesinden istinbat edilerek elde edilmiştir.



## KAYNAKÇA

Algül, Adnan, Kavaid İlmi ve İzzüddin b. Abdusselam'ın Kavaid İlmine Etkisi, *Kilis Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 4, 2016, s. 43-67.

Apaydın, Yunus, "İbn Kayyim el-Cevziyye", Cilt XX, İstanbul: DİA, 1999.

Aydın, Ahmet, "İtibar Galib-i Şâyiadır, Nadire Değildir" İlkesinin Ebû Hanîfe'nin Suç-Ceza Teorisine Etkisi, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 25, 2015, s. 275-297.

Ahmet Aydın, *Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicrî 4-9. Asırlar)*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.

Bardakoğlu, Ali, "Bulûğ", Cilt VI, İstanbul, DİA, 1992, s. 413-414.

Bardakoğlu, Ali, "Hırsızlık", Cilt XVII, İstanbul, DİA, 1998, s. 384-396.

Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-u İslâmiyye ve Istılâh-ı Fıkhiyye Kâmusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1950.

Cıbız, Yunus Naci, İslam Hukukunda İstihlak ve Hükümleri, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 9, 2015, s. 226-248.

Demir, Bayram, Mecelle'nin Dille İlgili Külli Kaideleri, Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, *Iğdır Üniversitesi Yayınları*, 2008, s. 265-301.

Dumlu, Emrullah, Ebû Yûsuf'un "Örfe Dayalı Nassın Örf Değiştiğinde Değişebilirliğine" İlişkin Görüşünün Tespit ve Tetkiki, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 28, 2016, s. 81-119.

Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, İstanbul: Ensar yayınları, 2016.

Esen, Hüseyin, Muhammed Esed'in Hirâbe (Eşkiyalık) Suçuyla İlgili Ayetler İçin Yaptığı Meal-Tefsir Üzerine, *D.E.Ö. İlahiyat Fakültesi Dergisi* Sayı 20, 2004, s. 139-166.

Günay, Musa, “Örfün Tanımı, Delil Oluşu Ve İmam Ebû Hanîfe’nin Bazı Konuları Örfle Çözümlemesi”, *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 32, 2014, s. 26-49.

Haydar, Hoca Emin Efendizâde Ali, *Dürerül-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkam*, Cilt I-IV, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2017.

İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr*, Cilt I-VI, Beyrut, Daru’l-Fikr, 1992.

İbnNüceym, Sirâcüddîn Ömer b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî, *el-Eşbah ve’n Nezâir*, Beyrut: Daru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1999.

İbnRüşd, Ebü’l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî, *Bidâyetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid*, Cilt I-IV, Kahire, Daru’l-Hadis, 2004.

İbn Kayyim el-Cevziyye, *’lâmü’ Muvakkî’in*, Cilt I-VI, Kahire, Daru İbnü’l-Cevziyye, 2016.

İbrahim Kâfi Dönmez, “Örf”, Cilt XXXIV, İstanbul: DİA, 2007.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn, *el-Muğnî*, Cilt I-XMektebetü’l-Kahire, 1968.

İzmirli, İsmail Hakkı, Örfün İslam Hukukundaki Yeri, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 5, 2005, s. 207-216.

Karafi, Ebü’l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mısırî, *el-Furuk*, I-IV, Alemü’l-Kütüb, 2010.

Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes’ûd, *Bedâiu’s-Sanâi’ fî Tertîbi’s-Şerâi*, *el-Bedayi*, Cilt I-VII, Daru’l-Kütübü’l-İlmiyye, 1986.

Kaya, Eyüp Said, “Maliki Mezhebi”, Cilt XVII, İstanbul: DİA, 2013.

Kızılkaya, Serahsî’nin el-Mebcut İsimli Eserindeki Ceza Bahislerine Hâkim Olan Fikhî Kaideler, *Diyanet İlmi Dergi*, Sayı 2, 2013, s.155-170.

Kızılkaya, Necmettin, Hanefî Furu-i Fıkıh Eserlerinde Fıkhî Kaidelerin Uygulanma Alanına Bir Örnek Olarak Bedâi’u’s-Sanâi, *İslam Hukuku Araştırma Dergileri*, Sayı 8, 2016, s. 79-98.

Kızılkaya, Necmettin, *İslam Hukukunda Külli Kaideler*, İstanbul: Litera Yayıncılık, 2018.

Korkut, Abdullah, *İbn Abidin’in “Neşru’l-arf Fi BinaiBa’di’l AhkamiAle’lÖrf” Adlı Risalesi ve Bu Risale Işığında Sosyal Değişmenin Hükümlere Etkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010

Köse Saffet-Şimşek, Murat, *İstihlak*, Ankara, Uluslararası 1. Helal ve Sağlıklı Gıda Kongresi, 2011, s.121-125.

Mergînânî, Ebü’l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî el-*Hidayetü fi şerhi bidayeti’l-mübtedi*, Cilt I-IV, Beyrut: Daru’l-Ehyaü’t-Terasü’l-Arabî, 2010.

Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd, *İhtiyar li Ta’lîl’l-Muhtar*, haz. eş-Şeyh Mahmud Ebû Dekîka, Cilt I-V, Kahire: Matbaatü’l-Halebî, 1937.

Pekcan, Ali, İslam Hukuk Literatüründe Fıkhın Genel Kurallarına İlk Risale, *İslami Araştırmalar Dergisi*, Sayı 2, 2003, s. 293-307.

Pekcan, Ali, *İslam Hukukunda Gaye Problemi*, İstanbul: Ek Kitap 2012.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsü’l-aimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *el-Mebсут*, Cilt I-XXX, Beyrut: Dâru’l-Ma’rife, 1993.

Suyûtî, Ebü’l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî, *el-Eşbah ve’n-Nezâir*, Beyrut: Daru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1990.

Şaban, Zekiyüddin, *İslam Hukuku İlminin Esasları (Usulü’l-Fıkh)*, (çev. İbrahim Kâfi Dönmez), Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2017.

Şanalımış, Abdulkadir, “İbn Nüceym’in El-eşbah ve’n-Nezair Adlı Eserinde

Örfe Dair Görüşleri”, *Diyanet İlmî Dergi*, Sayı 4, 2017, s. 124-149.

Şimşirgil, Ahmet-Ekinci, Ekrem Buğra, *Ahmet Cevdet Paşa Ve Mecelle*, İstanbul: KTB Yayınları, 2008.

Topçuoğlu, Ali Aslan, “İslam Hukuku ve Türk Medeni Kanunu Bağlamında Gaibin/Mefkûdun Hükmen Ölü Sayılması Sonucunda Mallarının Hukukî Durumu”, *Ekev Akademi Dergisi*, Sayı 8, 2004, s. 157- 176.

Yaman, Ahmet, Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kaideleri”ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri,*Marife Yayınları*, Sayı 1, s.49-75.

Yelek, Kamil, “Hanefî Mezhebinde Örfün Hükümlere Etkisi”, *AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı 6, 2015, s. 85-99.

Zerka, Mustafa Ahmet, *Şerhu’l-kavâidi’l-fikhiyye*, Dimeşk: Daru’l-Kalem, 1989.

Zeydan, Abdulkerim,*el-Medhallidiraseti’ş-şer’iyyeti’l-islamiyyet*, Beyrut, 2006.