

İslam Miras Hukukunda “Halefiyet”, “Dede Yetimi” ve “Vacip Vasiyet”

*Hüseyin Tekin GÖKMENOĞLU**

Giriş

“Halefiyet”, “dede yetimi” ve “vâcip vasiyet” kavramları özellikle İslâm mirâs hukuku açısından birbirleriyle doğrudan ilişkili ve bu nedenle biri zikredildiğinde diğeri çağrıştıran kavramlardır.

“Halefiyet” mirâs hukuku alanında olduğu kadar hemen bütün hukuk sistemlerinde özellikle “borçlar hukuku” alanında kullanılan bir kavramdır. Fakat vâcip vasiyet ve dede yetimi ise sadece İslâm hukukuna ait kavramlardır.

Bu kavramlar arasında meteselsil bir sebep-sonuç ilişkisi vardır. Bu ilişkiyi aşağıda çok daha ayrıntılarıyla ele alıp izâh etmeye çalışacağız. Burada kısaca kaydetmek gerekirse: *halefiyet* ilkesinin kabul edilmemiş olması *dede yetimi* vakasının ortaya çıkarmış, daha sonra bir mağduriyet olarak tezahür eden ve algılanan bu durumun kısmen de olsa izâle edilebilmesi için bazı müctehidler tarafından vacip vasiyet kavramı ön plâna çıkarılmıştır.

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi

Şimdi sırasıyla bu kavramların muhtevaları, tezahürleri ve ortaya çıkış şartlarına ilişkin bilgileri arzettikten sonra meseleyi günümüz açısından değerlendirmek ve yeni bir bakış açısıyla, bu mesele ile ilgilenenlerle, bilgi sahibi olanlar tarafından tartışılmak üzere kendi görüşlerimizi ifade etmek istiyoruz.

Ancak bu kavramların her birini yarı müstakil bir kavram olarak ve tüm ayrıntılarıyla değil birbirleriyle ilişkileri nisbetinde ve bir bütünlük içinde ele alacağız. Konuyla ilgili temel kavramlar ve görüşlerimizi aksettirmek istediğimiz asıl mesele ortaya konulurken, bilgi ve fikir akışının takdiminde bu bütünlüğü bozacak ayrıntılara girmemeye çalışacağız.

I. Halefiyet

A. Türk Hukuku ve Diğer Bazı Hukuk Sistemlerinde

Mirâs hukukunda “halefiyet”in anlamı, önceden ölmüş olması nedeniyle mûrise fiilen vâris olamayan bir kimsenin vârislerinin onun yerine geçerek sonradan ölen ilk mûrise vâris olabilmeleri durumudur¹. Hukuk sistemlerinden bazıları bir ilke olarak mirâs meselelerinde bu müesseseyi kabul etmiş, bazıları ise etmemiştir.

Mirâs hukukuna ilişkin hükümlerinde Parantel (sümre) sistemini² benimseyen İsviçre Medeni Kanunundan terceme edilerek iktibâs yoluyla

-
- 1 “Halefiyet” miras hukukundan başka borçlar hukukunda da hak ve borçlarda bir başkasının yerine geçme anlamında kullanılan bir tabirdir. Meselâ bkz. Türk Borçlar Kanunu m. 496 “Kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklımın haklarında ona halef olur.....” demektedir.
 - 2 “Parantel” veya “zümre” kelimesi miras hukuk sistemlerinden biri hakkında kullanılan bir tabiridir. Parantel veya zümre, bir ortak asıl ile ondan üreyen fûrû’un tümünü ifade eder. Bu sistemi benimseyen miras hakukunda nesiller gözönünde tutulur. Bir ortak asıl ile ondan üreyen fûrû’un tümü bir paranteli meydana getirir. Ortak asıl parantel başıdır. TMK’da mirasa tam olarak varis olabilen, üç, bir de kendisi için sadece intifa hakkı öngörülen toplam dört parantel kabul edilmiştir. Bu sistemin kuralı gereği, parantellerden bir öncekinde mirasçı mevcut ise, geride kalan parantellere miras intikal etmez. TMK’da öngörülen paranteller ve ilgili maddeli şunlardır: 1. Müteveffanın fûrû’u (m.439/1), 2. Baba ve ana ile bunlar bulunmadığında bunların fûruları. (Ölenin kardeşleri, kardeş çocukları) (m.440) 3. Büyük baba ve büyük ana ile bunlar bulunmadığında bunların fûruları (amca, hala, teyze ve bunlar bulunmadıklarında

alınan yürürlükteki Türk Medenî Kanununda³ bu durum, sadece önceden ölmüş fakat sağ olsaydı mirâsçı olabilecek durumdaki kişinin furû'undan olan varisleri için öngörülmüştür. Yani bu kişinin furû'undan kimse yoksa, usûlünden veya onların furûndan olan mevcut diğer vârisleri halefiyet yđluyla bu kişinin mûrisine vâris olamazlar. Kanunun meseleye ilişkin maddelerinin hükümleri, dipnotta hakkında bilgi verdiğimiz her biri ayrı bir parantelle ilgili olmak üzere şöyledir: m.439/3: “Mütevelliden evvel vefat etmiş olan çocuklar her tabakada halefiyet tarikiyle mirâsçı olan fûrular tarafından temsil olunurlar. “440/2 “Mütevelliden evvel vefat etmiş olan ana ve baba her tabakada halefiyet tarikiyle mirâsçı olan fûruları tarafından temsil olunmuştur.... “441/2 “Müteveffadan evvel vefat etmiş olan büyük baba ve büyük ana her tabakada halefiyet tarikiyle mirâsçı olan fûruları tarafından temsil olunurlar.”⁴

Halefiyetin, yani furû'dan olanların mûristen evvel ölmüş aslının yerine geçme hakkının mahiyeti hukuk doktrininde tartışmalıdır. Bu hususta Fransız hukukunda ileri sürülmüş ve tutunan bir teoriye göre bu hak, “temsil” ile izah edilmektedir. TMK'nın iktibas edildiği tercemeye esas olan mehaz İMK'nın metninin Fransızca olması sebebiyle, bu teori yukarıda arzettiğimiz maddelerde görüldüğü gibi TMK'nın lafzına tesir

çocukları. (m.441) 4. Büyük baba ve büyük ananın ana ve babaları. Bu parantel az önce de işaret ettiğimiz gibi kendileri ölünceye kadar sadece intikal edecek mirastan intifa hakkına sahiptir. Bu durumdaki bir intikalde mirasın çıplak mülkiyet hakkı devlete aittir. “Hısımlar” üst başlığı altında düzenlenen bu parantellerden başka bu kanunda “Sağ kalan eşin mirasçılığı” 444 - 446. m.lerde; “Evlatlığa alınan çocuğun mirasçılığı” 447. m.de ve “Hazine nin mirasçılığı” ise 448. m.de düzenlenmiştir.

- 3 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmiş 743 sayılı 937 maddeyi muhtevi kanundur. 439-617 maddelerinde miras hukukuna ilişkin hükümler yer almaktadır. (Bu kanunun 1-7. maddeleri Başlangıç Hükümleri; 8-81 maddeleri Şahsın hukuku; 82-438 maddeleri Aile hukuku; 618-935 maddeleri Eşya hukukuna ilişkin hükümleri hâvidir. Son iki madde (936, 937) her kanunun son maddeleri gibi yürürlüğe girişi tarihi ve kanunu uygulama mükellefine ilişkindir.
- 4 Bu her üç maddede ortak olarak geçen “temsil olunurlar” ifadesinin aslı Fransızca olan mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda yanlış terceme edildiği, bu ifadenin doğrusunun “.....fûruları mirasçı olurlar” şeklinde olması gerektiği bu dile vakıf hemen bütün hukukçular tarafından ileri sürülmektedir. Mesela bkz. Zevkliler Aydın-Necip Ortaç İctihatlı Notlu Sözlüklü Türk Medeni Kanunu - Borçlar Kanununun, Ankara, 1980. Mezkur maddelere ilişkin şerh notları, 223, 224; Ayiter Nuşin, Miras Hukuku, “S” Yayınları, Ankara, t.y. 18.

etmiştir. Mezkûr maddelerdeki "...temsil olunur(lar)." ifadeleri kanunun bu teoriden etkilenmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁵. Ancak TMK'nın mirâs hukukuna ilişkin diğer maddeleri dikkate alındığında bu hakkın bir temsilden kaynaklanmadığını, fûrû'dan bu haleflerin bizzat kendi haklarına dayanarak bu halefiyeti kazanmış oldukları müşahade edilmektedir. Çünkü eğer bu hak "temsil"e dayansaydı önceden vefat eden asılların red, iskat, ve mahrumiyet hallerinde mirâs alamaması durumunda, onları temsil ettiği var sayılan fûrû'dan bu haleflerin de mirâs alamaması gerekirdi. Fakat aslın mirâs alamadığı bu durumlarda TMK'nun 458, 521 ve 551. maddelerinde bu halefler hakkında: "... vefat eden kimsenin varisleri gibi mirâsa müstebak olurlar" ifadesi yer almaktadır.

Kanuna göre bu durumun iki istisnası vardır. Bunlardan birincisi 475. maddede düzenlenen "mirâstan feragat mukavelesi" yapılması durumunda bu mukaveleyi yapanların fûrû"u, bu asıllarına halef olamazlar. İkincisi ise, 553 madde hükmüne göre, mirâs müteveffetanın en yakın kanuni mirâsçılarının hepsi tarafından reddolunursa onların fûrû'una intikal etmeyip tasfiye edilir.

B. İslâm Mirâs Hukûku ve Halefiyet

I. İslâm Mirâs Hukûkunda Temel İlkeler ve Kavramlar

Bilindiği gibi İslâm mirâs hukûku, ferdi sistemi esas alan nev'i şahsına münhasır (suigeneris) bir düzenlemeye sahiptir. "Ferâiz" olarak tabir edilen bu hükümler, TMK'nın mirâs hukukuna ilişkin hükümleriyle karşılaştırıldığında, aralarında çok önemli farklılıkların bulunduğu hemen müşahade edilir.⁶

Mezhepler arasında ihtilafli olmakla beraber İslâm mirâs hukukunda sırasıyla müteveffaya kan bağıyla bağlı olanlar (usûl - fûrû' ilişkisi), evlilik, muvâlât akdi bağlarıyla irtibatlı olanlardan başka yine lehlerine müteveffâ

5 Ayiter, 19.

6 Bu hususta yapılmış geniş bir karşılaştırma ve genel farklılıkların tespiti için bkz. Aktan Hamza, Mukayeseli İslam Miras Hukuku, İstanbul, 1991, 21-26; Ayrıca, Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 1982, 435 ve devamı.

tarafından 1/3'ten fazla vasiyet yapılanlar ve ne son olarak sahipsiz kalan malın son mercii olarak devlet hazinesi hükmi şahsiyet sıfatıyla terekkeye sahip olma hakkını haizdirler⁷. Müteveffâya bu bağlarla bağlı olan bu hısımlar bu mirâsın kandilerinde intikal kurullarında çok önemli etkisi olan on tabaka teşkil ederler. Bu on tabaka sırasıyla şunlardır:

1. Ashâb-ı Ferâiz: Mûrisin terekesinden hangi hallerde ne nisbette mirâstan pay alacakları Kur'ân-ı Kerîm, Sünnet ve İcmâ' ile belirlenmiş vârislerdir⁸. Bu kategoride yer alan vârisler de kendi aralarında birbirlerini mirâstan tamamen veya kısmen hacbetmek (mirâsına engel olmak) dahil olmak üzere farklı neticelere yol açan toplam kırk ayrı duruma göre mirâsları belirlenir. Ashâb-ı feraizden olan vârisler şunlardır. 1. Koca, 2. Karı, 3. Baba, 4. Ana, 5. Sahih dede, 6. Kız, 7. Oğlun oğlunun.....kızı, 8. Anne-Baba bir kız kardeş, 9. Baba bir kız kardeş, 10. Sahih nine.

Bunlar mirâstan paylarını alırken sınıf veya zümre sisteminde olduğu gibi bir sıralamaya tabi değildir. Bunların mirâstan hisse alıp alamamaları herhangi bir şekilde söylendikleri sıraya göre değil, kırk ayrı durum içinde düşünülen diğer vârislerle bulunmalarına göre farklılık arzeder. Bunları tek tek burada kaydedilmesi bu makalede asıl vurgulamak istediğimiz amacımız olan konuları biraz geri plâna düşüreceğinden, arzu eden okuyucuya dipnotlarda kaydettiğimiz eserlerden, ashâb-ı feraizden her birinin ayrı ayrı mirâs alma durumlarını ayrıntılarıyla öğrenebileceğini belirterek bu konuda bu kadarını ifade etmekle yetiniyoruz. Bu bilgileri vermemizin nedeni asıl konuya girmeden önce İslâm mirâs hukukunun genel bir çerçevesini tespit etmektir.

7 el-Mevsûf, Abdullah b. Mahmud (ö. 683 h) el-İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtar, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1980, V, 86.

8 Seyyid Şerif el-Cürcanî, Şerhu Feraiz-i Siraciyye, (Ahmet Hulusi Efendi'nin Hamîşi ile Birlikte), Mehmet Beğ Matbaası, (ikinci baskı), İstanbul, 1322, 6; Karaman, I, 385; Döndüren Hamdi, Delilleriyle İslam Hukuku, İstanbul, 1983, 321; Ayrıca bkz. aynı müellif, "Ashâb-ı'l-Feraiz" maddesi. TDV İslam Ansiklopedisi, I, 467; Zuhayli, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, Daru'l-Fikr, (üçüncü baskı), Dımaşk, VIII, 281; Uzunpostalcı Mustafa, Hukuk ve İslam Hukuku II, Konya 1996; Aktan, (bu delillere "kayıs"ı da ilave etmiştir), 87.

2. Asabe-i Nesehiyye: Ashâb-ı ferâiz olarak tabir edilen belirli pay sahipleri ile birlikte bulduklarında onlar paylarını aldıktan sonra kalan; tek başına bulunduğu zamanda ise terekenin tamamını alacak olan ve müteveffaya neseb bağıyla bağlı olan vârislerdir⁹. Bu kategorinin: Binefsihi asabe, tugayrihi asabe, ve maa'gayriha asabe olarak üç çeşidi vardır. Bunları da burada geniş şekilde açıklamak aynı nedenle amacımızı aşacağından sadece isimlerini zikrediyoruz. Ancak ileride geniş olarak üzerinde duracağımız ve halk dilinde “dede yetimi” olarak tabir edilen durum, en başta İslâm mirâs hukukûnun bu tabakasının binefsihi asabe bölümü ile ilgilidir. İleride bu yönünü ele almak üzere bu konuya yeniden döneceğiz.

Ele aldığımız konu bakımından diğer tabakaları sırasıyla fazla bir teferruâta girmeden kısaca kaydetmek gerekirse:

3. Asabe-i Sebebiyye: Bir köleyi azad etme sebebiyle, o kölenin ashâb-ı ferâizden veya neseb bakımından asabesi olan mirasçısı bulunmaması durumunda azad eden (mu'tık) kimse sebep yoluyla varis olur.

4. Mu'tıkın Asabeleri: Bir önceki durumda mu'tık hayatta değilse onun asabeleri, mûris mu'tak'a varis olurlar.

5. Red Yoluyla mirasçı olun Ashâb-ı Ferâiz: Ashâb-ı ferâizden olan kimseler belirlenmiş paylarını aldıktan sonra, vârisler arasında asabeden herhangi bir varisin de bulunmaması nedeniyle (zira asabenin bulunduğu bir meselede o kalanı alacağı için redd söz konusu olmaz) terekede hâlâ mirâs kalıyorsa bu kalan miktar vârislerden karı ve koca dışında kalan ashâb-ı ferâizden ilk vârislere önceki hisseleri oranında (reddedilir) verilir¹⁰.

6. Zevi'l-Erham: Ashâb-ı ferâiz ve asabe dışında kalan kadın (hala, teyze gibi) veya kadın sebebiyle müteveffaya bağlı olan erkek (kızın oğlu, kızkardeşin oğlu gibi) hısımlardır¹¹.

9 Cürcani, 6; Aktan, 168, Uzunpostalcı, 166.

10 Redd yoluyla mirasçılık prensibini Hanefi ve Hanbeli ekolü hukukçuları benimsemişlerdir. Şafi'i ve Malikî ekolü hukukçuları ise bu durumdaki mirasın merciinin devlet hazinesi olduğun ileri sürmüşlerdir. Ancak bu ekollerin sonraki dönemlerdeki alimleri, “beytü'l-malın” muntazam olmaması durumunda burada söz konusu edilen ilk varislerine verilebileceğini kabul etmişlerdir. Zuhayli, VIII, 283.

11 Karaman, 383, 417; Zuhayli, VIII, 283. (Zevi'l-Erham'ın mirasçılığını da yine sadece Hanefiler ve Hanbeliler kabul etmektedirler.

7. **Mevlâ'l-Muvâlât:** Müteveffânın yukarıda kaydettiğimiz şekillerinden ne neseb, ne de itk gibi bir sebeple herhangi bir varisi olmayıp, sadece kendisiyle muvâlât akdi¹² yaptığı bir kimse varsa, mirasçısı o olur.

8. Evliliğe veya Nesebe dair olmak üzere başkalarından ikrar edilen hususlar.

9. Kendisine 1/3'ten fazla vasiyet yapılmış kimseler.

10. Devlet Hazinesi (Beytü'l Mâl)¹³

Kaydetmiş olduğumuz bu on tabakadan ikinci tabaka dışında diğer tabakalarda yer alan varisler, kendilerinden yukarı bir tabakada varis bulunduğu takdirde mirasçı olamazlar. İkinci tabakadaki asabe statüsündeki varislerin, birinci tabakada yer alan ashab-ı ferâiz durumundaki varislerin belirlenmiş hisselerini aldıktan sonra kalana müstehak olacaklarına daha önce işaret etmiştik.

Tabii ki aynı tabakada yer almakla birlikte müteveffâya yakınlık dereceleri farklı durumda olan mirasçıların bulunması, mirasa müstehak olacakları belirleyebilmek için bu tabakalardan bazılarının kendi içlerinde de bir sıralama yapılması gerekmektedir. İslâm miras hukuku literatüründe bu sıralama derecelendirme sonucu yakın mirasçıların uzaktakileri mirastan tamamen düşürmesi durumu için “hacb-ı hırmânî”, hissesinden bir kısmını tenkıs etmek suretiyle az miras almasına sebep olması durumu için ise; “hacb-ı noksânî” tabiri kullanılmaktadır.

2. İslâm Mirâs Hukukunda Halefîyet

İslam miras hukukunda, yukarıda TMK ve diğer bazı hukuk sistemlerine ilişkin verdiğimiz bilgiler anlamında mutlak bir “halefîyet” prensibi yoktur. Ölmüş olan kimselerin fûrû'u her halde aslının yerine kaim olamaz. Ferdî sistemi kabul etmiş olan İslam miras hukukunda ancak sınırlı olarak

12 Muvalat akdi: İki kişinin kendi aralarında Cahîye döneminde karşılıklı yardımlaşma, varis olma ve diyet ödeme konusunda yaptıkları bir velâ “birbirlerinin velisi olma akdi” şeklindedir. Böyle bir akid Hanefî mezhebi tarafından İslâm'ın o müesseseyi ilga etmediği gerekçesiyle meşru kabul edilmiştir. Şartları ve yapılış şekli hk. bkz. Karaman, I, 424-425; Uzunpostalcı, 24-25. Diğer mezheplere göre bu müessese mülğadır.

13 Geniş bilgi için bkz. Karaman, 425 ve dev; Aktan, 244 ve dev.; Uzunpostalcı, 191 ve dev.

ve bazı şartların bulunması durumunda ölen kimsenin fūrū'unun ölenin aslından mirasa hak kazandığını görüyoruz. Mesela müteveffânın oğullarından hiç biri sağ olmayıp da sadece oğullarının oğulları sağ ise bunlar babalarının yerine geçebilirler¹⁴. Ancak bu da yine genel bir "halefiyet" ilkesinin kabul edilmiş olmasından dolayı değildir. İslam miras hukuku hemen hemen her bir hısımın hangi durumlarda mirasçı olabileceğini, kimleri mirastan düşüreceğini kimlerle mirastan düşeceğini ayrı ayrı belirlemiştir. Diğer bir misal: kızı bulunmayan bir kimsenin oğulunun kızı kız yerine, tek bir kız ile bulunan oğlun kızı ise dedesinin mirasından 1/6 hisse alır. Her ne kadar bazı fıkıh kitapları bu durumu halefiyetin bir tarifi olarak algılanabilecek şekilde, "birilerinin yerine kaim olmuş olma" gibi ifade etse de¹⁵ bu, halasının veya babasının yerine kaim olmalarından dolayı değil, bizzat kendileri için bu hissenin hadis-i şerifle belirlenmiş olmasından dolayıdır¹⁶. Ölenin iki kızıyla birlikte bulunan oğlun kızı ise mirastan hiç hisse alamaz.

Bu nedenle belki İslam miras hukukunda "halefiyet" şu çok sınırlı durum için ileri sürülebilir. Az önce işaret ettiğimiz "müteveffanın ilk batından fūrū'u olan torunlar asıllarının yerine geçmek suretiyle müteveffâya varis olurlar. Mesela oğullar ve kızların daha önce ölmüş olmaları durumunda onların çocukları belirlenmiş kurallar çerçevesinde dedelerinin terekesinden miras almaları bu sınırlı halefiyet sayesinde olabilmektedir.

II. Dede Yetimi

Biz bu tabakalardan sadece, Anadolu'da "dede yetimi" tabiriyle ifade edilen¹⁷ durumun en çok doğrudan söz konusu olduğu "neseb yönünden asabe"

14 İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi, (ö. 595 h./1198 m.) Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid, Daru'l-Marife, Beyrut, 1986, II, 346.

15 es-Serahsî, Şemsu'l-Eimme, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, 490 h./1097 m.) el-Mebsût, Çağrı Yayınları, (ofset baskı), İstanbul, 1982, XXX, 149.

16 Buhari, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail, (ö. 256 h./870 m.) el-Cami'u-s-Sahih, Çağrı Yayınları, (Ofset baskı), İstanbul, 1981, Tirmizi, Ebu İsa (ö. 279 h/891 m.) es-Sünen, Çağrı Yayınları, (ofset baskı), İst. 1981, Ferâiz 4.

17 Cin Halil-Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi II (Özel Hukuk), Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1989, 111.

tabakası ve bu tabakada yer alan varislerin derecelendirilmesi ve terekeye sahip olabilmeleri için belirlenmiş diğer kurallar üzerinde durarak bu meselenin günümüzün şartlarına göre yeniden gözden geçirilmesi ve değerlendirilmesi için bu kuralların öne sürülmesine yol açan tespitlerimizi arzedeceğiz.

* Neseb yönünden asabelerin bu statüyü kazanmaları, herbirinde de aynı şartların mevcut olmasından dolayı değildir. Bunlardan bazıları kendisiyle bir başkasının bulunmasına gerek olmadan bizzat kendileri asabe olabilirken, yine neseb yönünden asabe durumundaki bazı varisler ancak belirli bazı başka varislerin de kendileriyle birlikte miras meselesinde bulunmalarıyla “asabe” sıfatıyla miras meselesinde yer alabilmektedirler.

Bu nedenle neseb yönünden asabe olanlar üç kısımdır:

1. Kendi kendine asabe (Asabe bi nefsihi)
2. (Miras meselesinde) bir erkekle birlikte yer aldığında asabe olan kadın (Asabe bi gayrihi)
3. (Miras meselesinde) başka bir kadının da bulunması durumunda asabe olan kadın. (asabe ma'a gayriha)¹⁸.

Dede yetimi olayı, bunlardan ilk maddede kaydettiğimiz “kendi kendine asabe” olanlar kısmında söz konusu olmaktadır. Bu kısmı daha yakından ele alıp incelemeye yeniden dönmek üzere, ikinci ve üçüncü kısım olarak zikrettiğimiz neseb yönünden asabeler hakkında çok kısa bilgi arzetmek gerekirse bunların mirasçı olma durumları hakkında özet olarak şunları ifade edebiliriz.

Asabe bi gayrihi: Bunlar müteveffâya yakınlık derecesi ve kuvveti bi nefsihi asabe durumundaki bir erkekle aynı olan kadınlardır. Bunlar da dört ayrı gruptur.

- a) Oğulla birlikte bulunan kızlar.
- b) Kendi derecesinde veya daha aşağı derecede bulunan oğlun oğlunun...oğlu ile birlikte bulunan kızları. (Mesela oğlun kızı, oğlun oğlu ile asabe olduğu gibi, daha aşağı derecede bulunan oğlun oğlunun...oğlu ile da asabe olur.)
- c) Öz (Ana-baba bir) erkek kardeşlerle birlikte bulunan öz kız kardeşler.
- d) Baba bir erkek kardeş ile birlikte bulunan baba bir kız kardeşler..

18 Uzunpostalcı, 166 ve dev.; Karaman, “Asabe” mad. TDV İslam Ansiklopedisi, I, 452.

Erkeklerle birlikte kadınların da asabe oldukları bu durumlara “müşterek asabelik” denir. Bunlar varis olduklarında kendi derecelerindeki erkeğin yarısı kadar hisse alırlar¹⁹.

Asabe ma'a gayriha: Bunlar aynı zamanda ashabı feraizden olmalarına rağmen miras meselesinde bir başka kadınla bulduklarında bu statüden çıkıp asabe statüsüne geçen kadınlardır. İki çeşittir:

a) Kızlar ve oğlun...kızları ile bulunan ana-baba bir kız kardeşler.

b) Yine kızlar ve oğlun...kızlar ile birlikte bulunan baba bir kız kardeşler.

Şayet hem öz, hem baba bir kızkardeşler bir miras meselesinde bulunursa yakınlık kuvveti (kuvvet-i karabet) daha fazla olan öz kız kardeş diğerini hacb edecektir.

Bunlar da diğer asabeler gibi ashab-ı feraiz hisselerini aldıktan sonra mirastan kalanı almak ve birden fazla olduklarında eşit olarak paylaşarak mirasçı olurlar²⁰.

Bizi burada, ileri sürmek istediğimiz kanaatlerimiz bakımından asıl ilgilendiren bi nefsihi asabe kısmının mirasçılığına gelince, bunlar müteveffa ile aralarında kadın bulunmayan erkek hısımlardır. Yani müteveffanın fûrû'uyla veya usûlüyle irtibatı bir kadın hısımları vasıtasıyla olan hısımlarla -mesela, kızın oğlu veya annesinin babası- yine aynı şekilde, müteveffa ile irtibatı doğrudan doğruya yahut bir erkek vasıtasıyla olmasına rağmen, hısımların kendisi kadın olursa (mesela kız veya hala) bunlar bi nefsihi 'asabe olamazlar. Kısaca bi nefsihi asabe olabilmenin iki temel şartı, erkek olmak ve müteveffâ ile irtibatlarında kadın bulunmamaktır. Asabenin bazen müteveffâ ile irtibatları herhangi bir erkeğin varlığına gerek kalmadan, vasıtasız yani doğrudan doğruya da olabilir. (Oğul, baba gibi).

Bu kurallar da dikkate alınarak bi nefsihi asabeler müteveffâya olan yakınlık yönüne (kurb-ı cihet) göre kendi içinde dört sınıfa ayrılmıştır. Bunlar:

1. sınıf: Müteveffanın fûrû'u,

Oğlu, oğlunun oğlu, oğlunun oğlunun...oğlu,

19 Uzunpostalcı, 170-171.

20 Uzunpostalcı, 171-172.

2. sınıf: Müteveffanın usûlü,

Babası, babasının babası, babasının babasının...babası,...

3. sınıf: Müteveffanın babasının fûrû'u

Ana-baba bir veya baba bir erkek kardeşler ile bunların doğrudan veya erkek vasıtasıyla bağlı erkek fûrûları

4. sınıf: Müteveffanın dedesinin fûrûları,

Müteveffanın babasıyla ana-baba bir veya baba bir kardeş olan amcaları ile bunların doğrudan veya erkek vasıtasıyla bağlı erkek fûrûları.

Bi nefsihi asabenin müteveffaya yakınlık yönü (kurb-ı cihet) itibarıyla yapılan bu sınıflandırma, aynı zamanda bu kategoride yer alan varislerin bir meselede birlikte bulduklarında hangilerinin diğerlerini hacb ederek mirasa hak kazanabileceğine veya mirastan yoksun kalacağına doğrudan tesir eden bir derecelendirmedir. Bu derecelendirmeye göre önceki sınıflardan mirasçı mevcut ise, batın bakımından öncekilerden daha uzakta olsa bile (mesela müteveffanın dört batın aşağıdaki oğlunun oğlunun oğlunun oğlu ile aralarında üç batın bulunan amcası bir meselede ictama' etseler) daha aşağı sınıflardaki hısımlar (verdiğimiz örnekte amca) mirasçı olamazlar. Daha doğrusu mirastan sakıt olurlar²¹.

Ancak burada şu husus mutlaka dikkate alınmalı ve buna göre bu sınıflandırmanın fonksiyonu tespit edilmelidir. Bu sınıflardan ikinci sınıf olan "müteveffanın usulü" sınıfında yer alan hısımlar aynı zamanda kendi aralarında sırasıyla ashab-ı feraizden olma sıfatını da taşımaktadırlar. Buna göre mesela oğulla birlikte bulunan baba, asabe sıfatı bakımından miras alamaz ama ashab-ı feraizden olması bakımında kendisine nassla tayin edilmiş olan 1/6 hissesini her halükârda alır.

21 İslam miras hukukunun bu kategorisinde yer alan varislerin mirasçılığı genel anlamda bakıldığında zaman ferdi sistem olmasına rağmen bi nefsihi asabe'nin mirasçılığı işaret ettiğimiz yönüyle diğer sistemlerden sınıf ve zümre (parantel) sistemlerine benzemektedir. (Sınıf ve zümre sistemlerinde de bazı kıstaslar dikkate alınarak kategorilere veya zümrelere ayırma işlemi yapılır. (Sınıf sistemi daha ziyade "Latin" ırklı milletlerin medeni kanunlarında, mesela İtalyan Medeni Kanunu'nda yer alır. Zümre sistemine göre daha kazustiktir. Zümre veya parantel sistemi ise "Germen" hukuku kökenlidir. Halen İsviçre kantonlarının büyük bir kısmı, Avusturya ve Alman Medeni Kanunlarında caridir). Buna göre yapılan sınıflardan daha üstte mirasçı varsa aşağıdaki sınıflarda yer alan varisler mirastan sakıt olurlar. Bkz. Ayiter, 13-14.

“Eğer (müteveffanın) çocuğu varsa, (yaptığı vasiyetin yerine getirilmesinden ve borcunun ödenmesinden sonra anne babasının her birine bıraktığı malın 1/6’sı miras düşer”²² Buna farz-ı mutlak denir²³.

Müteveffaya yakınlık yönü (kurb-ı cihet) itibarıyla yapılan bu tasnifi en başta göz önünde tutmak suretiyle varislerin sınıfını tespit ettikten sonra, o sınıfta yer alan varislerin de ayrıca kendi arasında yine müteveffaya yakınlık derecesi dikkate alınarak ikinci bir derecelendirme daha yapılmıştır. Kur-ı derece denilen bu tertipte müteveffaya en yakın hısımlar var iken aynı sınıf içinde yer alan ancak öncakilere göre uzakta kalan hısımlar varis olamamaktadır. Bu durum fıkıh kitaplarında “Daha yakın olan uzak olanı hacb eder” ibaresiyle ifade edilmiştir. Buna göre mesela bir meselede birinci sınıf mirasçılardan müteveffanın oğlu ile birlikte oğlunun oğlu veya daha aşağıdaki asabe durumundaki fūrū’u bulunsa müteveffaya tek batınla bağlı olan oğlu diğer asabeleri tamamen hacb ederek onları mirastan yoksun bırakmaktadır²⁴. Burada sağ olup da asabeye kalan mirası alan, yakın derecedeki asabelerin fūrū’u ile önceden öldüğü için miras alamayan asabelerin fūrū’u arasında bir fark gözetilmemiştir. Her iki halde de daha uzaktaki asabeler miras alamamaktadır. Yani babaları ölmüş olan torunlar da babaları sağ olan torunlarla birlikte dedelerinin mirasının tevarüsünde hacb olurlar. İşte en baştan beri sözkonusu ettiğimiz ve meseleyi getirmek istediğimiz “dede yetimliği” olayının ortaya çıktığı nokta buradadır. Bu konuya tüm detayları ile girmeden önce bi nefsihi asabe statüsündeki varislerin birbirlerine tercih edilmesine sebep olan son bir kaideyi de zikrederek meseleyi tamamlamak yerinde olacaktır.

Eğer bi nefsinin asabe statüsünde bulunan varislerin bazıları, yukarıda izah etmeye çalıştığımız şekilde aynı sınıf ve hatta aynı derecede

22 Nisa, 4/11.

23 Uzunpostalcı, 132.

24 Mavsılı, V, 94; Muhammed Kadri Paşa, el-Ahkâmü’s-Şer’iyye fil-Ahvali’s-Şahsiyye, (Akgündüz, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku ve Külliyyatı, D.Ü. Hukuk Fak. Yayınları. Diyarbakır, 1986)dan, sayfa, 293, m. 610/1. Bilmen Ömer Nasuhi, Hukuki İslamiyye ve İstilahatı Fıkhıyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1985, VI, 237.

bulunmakla beraber, müteveffaya yakınlık kuvvetleri (kuvvet-i karabet) birbirlerinden farklı ise, bu durumda yakınlık kuvveti diğerlerine nazaran daha fazla olan hısımlar mirasa müstahak olurken, ötekiler yoksun kalır²⁵. Mesela aynı sınıf ve derecede yer alan ana-baba bir erkek kardeş ile baba bir kardeş bir miras meselesinde aynı anda bulunsalar müteveffaya yakınlık kuvveti daha az olan baba bir kardeş miras alamayacaktır. Dikkat edildiği takdirde görülecektir ki bu kural sadece yukarıda kaydettiğimiz bi nefsihi asabe sınıflarından sadece 3. ve 4. sınıflarda bir önem ve fonksiyon ifade eder. Çünkü 1. ve 2. sınıflarda yer alan müteveffanın fūrū'u ile usulünde yer alan hısımlarının her birinin kendi aralarında ana-baba bir yahut baba bir oğlu, oğlunun...oğlu veya "ana-baba bir" babası yahut "baba bir" babası, babasının...babası vs. gibi anlamsız bir şekilde karabet bakımından bir ayırım ve derecelendirme mümkün olamaz. Fakat 3. sınıftaki "babanın fūrū'u" olan kardeşlerden bazılarının ana-baba bir, bazılarının ise sadece baba bir olmaları mümkündür. (Ana bir kardeşler asabe değildir. Zevi'l-erhamdandır.) Aynı şekilde 4. sınıftaki "dedenin fūrū'u" durumundaki amcalardan bazıları, müteveffanın babasıyla ana-baba bir kardeş durumundaki amca, bazıları da sadece baba bir kardeş durumundaki amca olabilir. (Babayla sadece "ana bir" kardeş durumundaki amcalar da asabe değildir). İşte bu durumlarda yakınlık kuvveti daha yakın olan ana-baba bir kardeşliğe dayanan asabeler sadece baba bir kardeşliğe dayanan asabelere tercih edilecektir.

İslam miras hukukunda dede yetimi hadisesinin ortaya çıkmasına götüren ilke yukarıda da işaret ettiğimiz gibi kurb-ı derece ilkesidir. Bu ilkeyi kısaca yeniden arzetmek gerekirse, kaydettiğimiz dört sınıftan hangisinin mirasa hak sahibi olduğu tespit edildikten sonra bu sınıfta bulunan varisler müteveffaya yakınlığı itibarıyla bir derecelendirmeye tabi tutulur. Bu derecelendirme yukarıda arzettiğimiz "daha yakın (derecedeki) daha uzak (derecedeki) mirasçıyı mirastan yoksun bırakır" kaidesi uygulanarak mirasçılar belirlenir. Mesela, dede yetimi hadisesi olarak hayatta en çok karşılaşılan basit bir örnek mesele sunalım. Bu meselede, yakınlık yönü (kurb-ı cihet) bakımından birinci sınıfta, fakat müteveffaya yakınlık

25 Muhammed Kadri Paşa, sayfa 294, m. 610/2

derecesi (kurb-ı derece) bakımından muhtelif derecelerde varislerin bulunduğunu düşünelim. Yani müteveffa öldüğünde bir veya birkaç oğlu ile kendisinden daha önce ölmüş başka bir oğlunun çocukları (oğlu veya kızı).....Böyle bir meselede tamamen tüme varım metoduyla ulaşılmış ve ictihad mahsülü zikrettiğimiz bu kural tatbik edildiğinde tüm tereke müteveffa ile aralarında sadece bir batın (.....) bulunması nedeniyle ona daha yakın olan oğullarına intikal etmekte, daha önce ölmüş oğlu ise hayatta olmadığından o mirasçı sayılmamakta,²⁶ bu ölen oğlun çocukları ise müteveffa ile aralarında iki batın bulunduğu için daha uzakta kaldıklarından daha yakın olan amcaları tarafından hacb edilmek suretiyle mirastan yoksun kalmaktadırlar²⁷. Bu konuda etkili olan bir başka kural da, hemen her miras hukuk sisteminde olduğu gibi İslam hukukunda da bir kimsenin başkasına varis olabilmesi için, murisin ölümü anında kendisinin hayatta olması şarttır²⁸. Hatta normal bir durumda biri öldüğünde diğerine varis olabilecek iki kimse birlikte ölseler ve bunlardan hangisinin önce öldüğü tespit edilemezse biri diğerine varis olamaz²⁹.

Buna ilave olarak İslam miras hukukunda mutlak bir “halefiyet” (yerine kaim olma) prensibi kabul edilmemiş olması nedeniyle bu çocuklar babalarının yerine de geçememektedir.

Şimdi bu durumu geçmişle bağlantılı olarak, ancak gerek sosyal yapılardaki değişimler, gerek üretim biçimlerinin geçmişe oranla oldukça farklılaştığı günümüz şartlarını da dikkate alarak tahlil etmeye çalışalım. Kanaatimizce ancak bu sayede İslam hukukunun özüne ve ruhuna uygun bir neticeye ulaşabiliriz.

Çekirdek ailenin gittikçe daha hakim duruma geldiği günümüzdeki sosyolojik yapının şartlarındaki bir insanlık ve toplum içinde yaşayan bir kimse, İslam hukukuna göre bu şekilde bir miras paylaşımının gerektiğini işittiğinde veya yapılmış bir işlemi gördüğünde, bize göre gayet tabii bir

26 İbn Rüşd, II, 341-342-345,

27 Muhammed Kadri Paşa, sayfa 297, m. 620/1.

28 Bu hususta “Ölüler ölülere varis olamaz” anlamında hadis rivayet edilmiştir. ed-Darekutnî, Ebû'l-Hasen Ali b. Ömer (ö. 385 h./995 m.) es-Sünen, (Ta'lik: Ebû't-Tayyib), Şemsu'l-Hakk el-Azimâbâdî, Kahire, t.y. IV, 73, hadis no: 18. Ayrıca bkz. Muhammed Kadri Paşa, sayfa, 282, m. 582/2.

29 Bu konuda “Birlikte ölenler birbirlerine varis olamazlar” hadisi rivayet edilmektedir. ed-Darekutnî, IV, 81, hadis no. 45, Uzunpostacı, 107.

şekilde infial derecesinde tepki göstermektedir. Daha da ötesi bu husus, gerek Türkiyedeki ve diğer ülkelerdeki hukuk fakültelerinde, gerekse, kongre, panel, açık oturum vs. gibi ilmî platformlarda İslam hukuku muarızları tarafından gündeme getirilmek suretiyle, insanlara -“İslam hukukunun adalet anlayışı işte budur!...”- şeklinde bir menfi mesaj angaje edilmesine malzeme edilmektedir. Daha sonra izah edeceğimiz gibi bu durum, samimi bir müslümanın bile tepki gösterdiği, yapıldığı tarihi çağın sosyal ve ekonomik izlerini taşıyan icthadi bir hüküm olmasına rağmen, İslamı bilmeyenlerin İslam hakkındaki olumsuz bir ön yargı edinmelerinde çok önemli bir faktör olmaktadır. Hatta samimi müslümanlar bile böyle bir hükmün varlığının doğru olduğunu duyunca bunun mutlaka farklı bir hükmünün de bulunması gerektiğini düşünerek kendi çaplarında araştırmalara girişmektedirler.

Bu icthadın gereği olan bu hüküm, ülkemizde TMK'nun yürürlüğe girmesinden önce ölen kimselerin miras meselelerinde mirasçıların ve hisse oranlarının tespitinde ister istemez uygulanmaktadır. Bu duruma herhangi bir itirazımız yoktur. Zira müksetep hakların korunması açısından, farklı bir hukuk sistemine veya bir hükmün değiştirilmesi şeklindeki geçiş dönemlerinde bu, normal bir uygulama olarak kabul edilir. Fakat günümüzde mûrislerinin terekesini feraiz hükümlerine göre almaya razı olan kimseler “rızaî taksim” yapmak istediklerinde bu taksimi yapmaya çağırdıkları feraiz uzmanları maalesef yine aynı hükmü tatbik etmek durumunda kalmaktadırlar. Bu durumda da TMK'ya göre “halef” sıfatıyla babasının yerine geçerek mirasçı olabilecek durumdaki çocuklar bu taksime razı olmadıklarında çok samimi müslüman mirasçı olabilecek durumdaki çocuklar bu taksime razı olmadıklarında çok samimi müslüman dahi olsalar “İslam'a, şeri'ata razı olmamış” olma gibi çok tehlikeli bir damgaya maruz kalabilmektedir. Bu taksime razı olduğunda ise iş amcaların ve halaların insafına kalmaktadır. İsterlerle terekeden bir takım şeyleri sanki kendi mallarından hibe ve teberru yapıyormuşcasına onlara vermekte, isterlerse hiçbir şey vermemektedirler.

Halbuki Kur'an-ı Kerim'de böyle bir neticeyi örgören bir hüküm bulunmadığı gibi Hz. Peygamber'in de böyle bir uygulamaya yol açacak ne bir Hadis'leri ne de bir tatbikatları hadis, tefsir veya fıkıh kitaplarında rivayet edilmiş değildir.

Öyleyse bu hükmün kaynağı nedir?

Müctehidler mirasla ilgili bu bir bakıma “külli kaide” durumundaki prensibe ulaşmasında mesned olan nass Hz. Peygamber’in “Kuşkusuz Allah size annelerinizi gözetmenizi emreder. (bunu üç defa söylemiştir). Babalarınızı gözetmenizi emreder. Yine kuşkusuz Allah size (iyilik gözetme vb. yaparken) en yakınlarınızdan başlamanızı emreder”³⁰.

Bazı eserlerde yer alan görüşlerin aksine³¹ biz bu hadis-i şerifi, dede yetimi olayının ortaya çıkmasına yol açan bir prensibin mesnedi olarak ileri sürmenin oldukça yanlış olacağı kanaatini taşıyoruz. Zira ileri sürüldüğü gibi bu hadis-i şerifin ilgi alanı feraiz olduğunu gösteren bir karine mevcut değildir. “Evsâ” fiilinin kullanılmış olmasının “vasiyet” kelimesiyle bağlantısı sebebiyle bunu tereke ile irtibatlandırmak bir karine olamaz. Kaldı ki bu hadis-i şerifi “Sünen”ine almış olan İbn Mace dipnotta da arzettiğimiz gibi onu eserinin “Kitabu’l-Edeb” bölümüne almıştır. Halbuki eserinde “Kitabu’l-Vesâyâ” ve “Kitabu’l-Ferâiz” olarak tamamen miras hukukuna ilişkin bölümler de ayrıca bulunmaktadır. Yani İbn Mace bu hadis-i şerifin mirasa ilişkin bir hüküm ihtiva ettiği düşüncesinde ve kanaatinde olsaydı, herhalde o bölümlerden birinde onu kaydetmesi daha uygun olurdu.

Ama, mesnedi ve delili ne olursa olsun daha yakın varisin uzaktakini hacetmesi prensibi ilk bakışta oldukça ma’kul ve mantıklı görünmektedir. Fakat bu prensip “dede yetimi” olarak tabir edilen, amcalarıyla birlikte bir miras meselesinde bulunan babaları daha önce vefat etmiş asabe yetim kimselere onları halef kılmadan uygulandığında, özellikle günümüz şartları bakımından Allah’ın insanlara doğuştan bahsettiği fitrî ve bedihî adalet duygusunda bir burukluk meydana getirmektedir³². Hatta bu durum bu

30 Ahmed b. Hanbel, (ö. 241 h./855) Müsnedu Ahmed b. Hanbel, Çağrı yayımları, (ofset baskı), İstanbul, 1992, IV, 132 (Hadis’in bir kısmı aynı kaynağın IV, 131’de de yer almaktadır). İbn Mace, Ebu Abdillah Muhammed b. Yezid el-Kazvîni (ö. 275 h./888 m) es-Sünen (Tah. M. Fuad Abdülbaki) Çağrı yayımları, (ofset baskı), İstanbul, 1992, Edeb, 1, (II. 1208).

31 Cürcani, 49.

32 Dede yetimliği Zevi’l-Erham’ın mirasçılığında da ortaya çıkabilir. Ancak zevi’l erhamın mirasçı olması çok daha zor şartlara bağlı olduğu için pek dikkat çekmemektedir.

hükmü duyan bazı insanlarda bir infial bile uyandırmaktadır. Halbuki bu netice yukarıda da temas ettiğimiz gibi ne bir ayet-i kerime ne de bir hadis-i şerifi'in doğru olarak, gerektiği şekilde anlaşılmasından dolayı ortaya çıkmış değildir. Aksi takdirde ister istemez insanı rahatsız eden bu hüküm era'zı olmama ve hatta kalbinde bir burukluk hissetme o kimseyi -Allah korusun!- şu ayet-i kerimeye muhatap kılar. "Hayır, Rabbine yemin olsun!... Onlar aralarında çıkan anlaşmazlıklarında seni hakem kılıp, sonra da senin sevdiğin hükme, içlerinde bir burukluk duymadan tamamen teslim olmadıkça inanmış olmazlar"³³.

Bu prensip ve bunun yol açtığı netice bize göre, yukarıda arzettiğimiz bir nassın varid olduğu alan dışında değerlendirilerek yapılmış olan çok yalın ve katı bir mantıklı bir ictihad ile bu ictihada, akabinde, tamamen yapıldığı o çağın ve günün şartları nedeniyle bir itirazın yapılmamış ve istikrar bulmuş olmasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki:

En yakın akrabaların öncelikle mirasçı olması ve uzaktakileri yoksun bırakması daha önce de işaret ettiğimiz gibi prensibi salt mantığa da hukuk mantığına da uygundur. Ama bu prensip tek başına vicdanları tatmin edecek bir adaletin teminine kafi gelmeyebilir. Halbuki her hukuk sisteminin olduğu gibi İslam hukukunun da asıl amacı, adaleti temin ve tevzi' etmektir³⁴.

Kanaatimizce bu ictihadın yapıldığı çağdaki ve coğrafyadaki sosyal yapıyı göz önünde bulundurursak günümüzde gönüllerimizde bir burukluk meydana getiren bu ictihadın, o dönemde adaletin temini ve tevzi'i amacına pek de o kadar zarar vermediğini müşahade edebiliriz. Çünkü o çağda İslam coğrafyasında yaşayan insanların hemen hepsi boy, kabile, aşiret...

33 Nisa, 4/65.

34 "... çocuklarınız birden fazla kız iseler mirasınızın üçte ikisi onlarındır..." mealindeki Nisa sûresinin 11. ayetinin nüzulünden önce geçen bir olayı İbn Kayyim şöyle naklediyor: (Uhud savaşında şehid olan) Sa'd er-Rebi'nın karısı Hz. Peygamber (S.A.V.)e sordu ve dedi ki: "Ey Allah'ın Elçisi! Bu ikisi, seninle birlikte Uhud'da savaşmış da şehid düşen Sa'd b. er-Rebi'nın kızlarıdır. O ölünce amcaları babalarının bıraktığının hepsini aldı. Malumdur ki bir kadın malı için de nikahlanır!.. (Kızların evlenememe ihtimali endişesi ifade ediliyor." Bunun üzerine Hz. Peygamber (yukarıda zikrettiğimiz) ayet gelinceye kadar sustu. Bu ayet inince Sa'd'ın kardeşini çağırdı ve malın üçte ikisini onlara vermesini emretti. Bkz. İbn Kayyim el-Cevziyye, (ö. 751 h./1350) İ'lamu'l-Muvakkı'ün an Rabbi'l-Alemin, (tah. ve ta'lik: Isamuddin, es-Sababeti) Daru'l-Hadis, Kahire, 1993, IV, 274-275.

vb. sosyal birliklerin içinde ve onların birer üyesi olarak yaşıyorlardı. Yine o çağdaki üretim şartları dikkate alındığında bu sosyal birimler dışında bir insanın hayatını idame ettirebilmesi hemen hemen imkansız idi. Böyle bir hayat tarzı ise gayet tabii olarak “şahsî mülkiyet”in ehemmiyetini oldukça azaltıyordu. Her ne kadar bir malın çıplak mülkiyeti o devirdeki resmiyet ölçülerine göre bu sosyal birimlerde yaşayan insanlardan birine ait olsa bile, o maldan yararlanma (intifa’) hakkı fiilen tüm kabile, aşiret, boy,....üyelerinin hepsine ait olarak tezahür ediyordu. Bu durumda mesela bir malın mülkiyetinin resmiyette amcaya ait olmasıyla, o amcanın yeğenine ait olması arasında o maldan yararlanma açısından pek bir fark bulunmuyordu. Dolayısıyla o yalın mantığa dayanan içtihat o devirdeki problemin halline kafi geliyordu. Vicdanları rahatsız edecek bir adaletsizliğe ve mağduriyete sebep olmuyordu.

Fakat özellikle XVIII. y.y.’ın ortalarından itibaren Batı’da başlayan sanayi devrimi ve buna bağlı olarak üretim usullerinin ve amacının değişmesi sosyal yapıda çok büyük değişimleri beraberinde getirdi. İslam coğrafyasındaki bu sosyal birimlere paralel olarak Batı’da da sanayi devriminden önce benzer sosyal birimler olarak derebeylik ve feodalite yapıları bulunuyordu. O devirde insanlar kendileri için üretim yaparken, sanayi devrimi ile birlikte başkaları için üretir duruma geçmiş, kendi ihtiyaçlarını da kendisinin başkaları için yaptığı mal ve hizmet üretiminden kazandığı para ile başkalarından satın alır hale gelmiştir. İşte ekonomik ve sosyal alandaki birbirleriyle bağlantılı bu köklü değişmeler çekirdek o kalabalık birliklerin yerine kısa bir zaman sonra çekirdek aileleri ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte hızla “birey” kavramı öne çıkmıştır. Artık bundan sonra üretimde ve istihlak etmede ortak yararlanılan müşterek malların yerini doğrudan “birey”le ilgili olmak üzere “şahsi mülkiyet”e konu olan mallar almıştır. Bu bireyler, şahsi mallarını kendileri kullanmasalar ve ondan yararlanmasalar dahi “mülkiyet”in bir neticesi olarak, o mallardan başkalarının yararlanmalarına hukuken mani olabilir bir durum ortaya çıkmış oldu. Artık önceden herhangi bir sosyal birimin içinde yer alan bireylerin mallarından yararlanma bu birimler oldukça zayıfladığı ve hatta dağılmaya yüz tuttuğu için sadece sahiplerine münhasır kalmıştır.

Böyle bir ekonomik gelişmeye bağlı olarak farklılaşan bu sosyal yapılardaki değişme belli bir mesafe aldıktan kısa bir dönem sonra benzer durum İslam coğrafyalarına da sıçradı. Her ne kadar bu coğrafyanın bazı bölgelerinde günümüzde bile yine eski sosyal yapılar şu veya bu şekilde veyâ belki biraz değişmiş olarak hayatlarını devam ettiriyor olsalar bile daha geniş ve ekonomik açıdan gelişmiş bölgesinden artık batıdaki gibi “birey” ön plana çıkmış ve buradaki “şahsî mülkiyet”in neticeleri de yukarıda aynı arzettiğimiz, kabile, aşiret boy üyesi olan fertlerin mülkiyetlerinin neticelerinden oldukça fazla bir görünüm ortaya çıkarmıştır. Artık bu toplumda yerleşik hukuk kurallarına göre, bir yeğenin amcasının malını onun izni olmadan kullanma ve ondan yararlanma hakkı yoktur. O da her ayrı kullanma için ayrı bir izni gerektirir. izin verilmemesi de artık gayet tabiidir.

İşte günümüzü aksettiren böyle bir tablo karşısında, hukuken ve ahlaken hiç de sorumlu tutulamayacakları “babalarının amcalarından önce ölmüş olması” durumu dışında, bir kusurları olmayan torunların dedelerinin mirasında hak sahibi kılınmaları gerekir.

Hatta kanaatimiz odur ki, bu eski ictihad sahipleri günümüze kadar yaşasalar ve bu sosyal ve ekonomik yapıyı tanısalar idi mutlaka bu ictihadlarını “dede yetimler”inin de dedelerinin miraslarından hisse alabilecek şekilde değiştirirler idi.

III. Vacib Vasiyet

Yukarıda iddia ve ifade ettiklerimizin yanında bu ictihadın zaman ve zeminle doğrudan alakalı ve hatta o şartlara münhasır olduğuna kuvvetli bir biçimde delalet eden, İslam miras hukuku ile az da olsa ilgilenenlerin bildiği bir başka kavram vardır. “Vacip vasiyet” olarak bilinen bu kavramı böyle bir mağduriyeti de gidermek üzere ilgili ayetlerin neshine kâil olunduktan sonra ilk defa ortaya atan 384 h. / 994 m. yılında Endülüs (bugünkü İspanya’nın güneyi) sınırları içindeki Kurtuba’da doğmuş Zahirî ekolünün en meşhur hukukçusu İbn Hazm’dır. (ö.456 h.) İbn Hazm’ın doğup yetiştiği çevrede hakim ve resmi mezhep Maliki mezhebi olmasına rağmen fıkıhla ilgilenmeye başlayınca bidayette Şafi’i mezhebini

benimsemiş,³⁵ daha sonra ise Zahiri mezhebine geçerek kurucusundan bile daha fazla şöhret bularak bu mezhebin görüşlerini geliştirmiş ve bunların ünlü eseri el-Muhallâ bi'l-Asâr'da kaydetmiştir.

Bilindiği gibi Maliki ve Şafi'i mezhepleri coğrafya olarak o çağda en geniş sınırlarıyla Hicaz, Kuzey Arabistan'ın bir kısmı, Mısır ve Kuzey Afrika'da yayılma imkanı bulmuşlardı. Bu bölgelerdeki sosyal yapılar, ekonomik faaliyetler, üretim biçimleri ve kültürel seviye kendi arasında da az çok farklı olmakla beraber, büyük ölçüde Endülüs'ten değişiklik arz ediyordu. İhtimal odur ki, İbn Hazm'ın üç ayrı mezhebden de nasiplenmiş olmasında bu mahallî unsurların ve değişikliklerin önemli ölçüde tesiri vardır. Zira ictihada dayanan meselelerin hükmünün müctehidler tarafından belirlenmesinde o müctehidin içinde yaşadığı zamanın ve mahallî şartların tesirini hiç kimse inkar edemez. Bu durumu, tarihî bir vakıa olarak İmam Şafi'i hayatında da açıkça müşahade ediyoruz. Zira bilindiği gibi o Mısır'a vardıktan sonra sahip olduğu eski görüşlerinin bir çoğundan vaz geçmiş ve farklı yeni ictehadlarda bulunmuştu. Onu bunu yapmaya zorlayan husus kendisindeki ilmî gelişmeden ziyade çevre şartları olmuştur.

Endülüs tarihi araştırmacılarına göre dede yetiminin mirastan yoksun kalmasıyla neticelenen böyle bir ictehadın istikrar kazanmasına yol açan, daha önce müslüman olmuş doğu toplumlarının hemen hepsinde hemen göze çarpan bu tür kabile, boy aşiret... vb. gibi sosyal birimler, insanın hayat tarzına bu derecede doğrudan tesir eden bir etken olarak Endülüs'te İbn Hazm'ın yaşadığı dönemde oldukça zayıflamış bulunmuyordu³⁶. Şahsî mülkiyetin tezahürleri ön planda idi. Dolayısıyla bu ictehad bugün bizim olduğu gibi o çağda orada yaşayan müslümanların kalplerini mutmain kılacak şekilde adaleti temin etmiyordu.

Bu durumda İbn Hazm haberdar olduğu bu ictehadı olduğu gibi inkar etmemekle beraber buna bir ilavede bulunmuş ve dede yetimlerinin bu

35 İbn Hazm'ın hayatı hakkında geniş bilgi için bkz. İbn Hazm. Ebü Muhammed Ali b. Ahmed b. Said el-Endülüsî, (ö. 456 h.) el-Muhalla bi'l-Asar, Daru'l-Fikr, Beyrut, t.y., I, 5 ve devamında (eserin muhakkiki bilgi veriyor).

36 Özdemir, Mehmet, "Endülüs" maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, XI, 217.

mağduriyetlerini bir ölçüde de olsa izale etme gayretini göstermiştir. Onun bu ilave ictihadı yukarıda da kaydettiğimiz gibi “vacib vasiyet” müessesesini öngörmektedir.

Vasiyet bir hukuk tabiri olarak, bir kimsenin ölümüne bağlı olarak daha doğrusu neticelerini ölümden sonra geçerli kılmak üzere başkasına karşılıksız olarak temlikte bulunmak demektir³⁷.

Daha sonra da temas edeceğimiz gibi İslam hukukundaki belli başlı dört ekolden her birine göre “vasiyet” dünyevî hukûki müeyyideler bakımından ihtiyari olsa da uhrevî hükümler bakımından bu ihtiyarilik, mûsî'nin (vasiyet eden) ve “mûsâ leh”in (kendisine vasiyette bulunulan) durumuna göre bazen mendûbluk ve müstehablık ölçüsünde bazen mekruhluk ölçüsünde olabilir³⁸. Yine bu ekollere göre “vacip vasiyet”ten söz edildiğinde, müteveffanın sağlığında başkalarıyla girdiği hukûki ilişkiler neticesi ortaya çıkan başkalarına karşı borçlarının yerine getirilmesi vasiyetinin hükmü akla gelmektedir³⁹. Vasiyete konu olabilecek tasarruf nisabını (1/3) aşmak suretiyle varislerin mahuz hissesini (2/3) ihlal eden vasiyetler yukarıda arzettiğimiz sekiz tabaka varislerden hiç kimsenin bulunmaması durumunda yerine getirilir. (Bkz. yukarıda Kendisine 1/3'ten fazla vasiyet yapılmış kimseler.)

İbn Hazm'ın vurguladığı “Vacib vasiyet” müessesesine göre ise, sözgelimi amcalarından biri veya birkaçının sağ olduğu bir miras meselesinde babaları daha önce ölmüş olması nedeniyle dedelerinin miras alamayan yetim çocuklara bu dedenin sağlığında bir vasiyette bulunmasının vacip olup, şayet ölümüne bağlı olarak dede herhangi bir nedenle böyle bir tasarrufta bulunmamış olsa dahi, vasiyete ilişkin diğer şartlara riayet etmek kaydıyla bu vacibin yerine getirilmesi gerekir.

37 Kal'acı Muhammed Revas, Hamid Sadık Kuneybi, Mu'cemi Lügati'l-Fukaha, Daru'n-Nefais, Beyrut, 1988, 504; İbn Kudame, Muvaqqaddin Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed (ö. 620 h.) el-Muğni (Şerh-i Kebir ile birlikte) Daru'l-Fikr, Beyrut, 1994, VI, 444. Ayrıca Mu'cem kısmı II, 1021; Bilmen, V, 117; el-Kişki, Muhammed b. Abdirrahim, el-Miras'ul-Mukarin, Kahire, 1961, (ikinci baskı), 98.

38 İbn Kudame, VI, 444, 445; Bilmen, 120; Aktan, 79.

39 Bilmen, 120; Aktan, 79.

İbn Hazm bu görüşünü ileri sürerken Bakara suresinin 180. ayet-i kerimesini bu görüşüne mesnet tutmaktadır. Bu ayet-i kerime’de Allah şöyle buyurmaktadır: “Birinize ölüm geldiği zaman, eğer bir hayır (mal) bırakmışsa, anaya, babaya ve akrabalara uygun bir biçimde vasiyet etmek Allah’tan korkanlar üzerine farz kılındı.”⁴⁰

Görüldüğü gibi bu ayet-i kerimede kimlere delalet ettiği alimler arasında tartışmalı olan “akrabalar”dan başka “ana” ve “baba” gibi hisseleri diğer naslarla belirlenmiş hısımlar kaydedilmektedir. İslam hukukçularının ve müfessirlerinin çok büyük çoğunluğuna göre bu ayet-i kerime bu hısımların hisselerini belirleyen Nisa süresinin 7. ve 11. ayet-i kerimelerinden önce nazil olmuştur⁴¹.

Yine bu alimlere göre, ana babanın diğer mirasçılardan kimlerle bulunacağına göre alacakları hisselerin bu ayet-i kerime ile kesin olarak belirlenmesinden sonra Hz. Peygamber’in: “Allah her hak sahibine hakkını vermiştir. Bundan sonra varise vasiyet yoktur”⁴². hükmünü ifade etmişlerdir. Dolayısıyla netice olarak ana-baba ve hisseleri diğer naslarla belirlenmiş diğer akrabalara vasiyette bulunulmasını öngören Bakara süresinin bu ayet-i kerimesi mensuttur⁴³. Yani ifade ettiği hüküm

40 Bu ayet-i kerimede geçen “hayr” kelimesi belli bir miktara ulaşmış mal olarak tefsir edilmektedir. Bunun nisabı hakkında sahabelen nakledilen rivayetler muhtelifdir. Hz. Ali’ye göre bu en az dörtbin dirhem olmalıdır. Daha azı varislerin nafakasıdır. Hz. Aişe de dört çocuğu bulunan bir kadına üç bin dirhem malından vasiyet etmesini tasvip etmemiştir. Diğer görüşler bkz. el-Cessas. Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Rai, Ahkamu’l-Kur’an, (Tah. M. es-Sadık Kamhavi), Daru İhyai’t-Turasi’l-Arabi, Beyrut, 1985, 202 ve devamı; Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, Hak Dini Kur’an Dili, Eser Neşriyat, İstanbul, 1979, I, 613.

41 “...Ölenin çocuğu varsa geriye bıraktığı (malından) ana babasından herbirinin altıda bir hissesi vardır. Eğer çocuğu yok da ana babası ona varis oluyorsa, anasının üçte bir hisse düşer. Eğer (ölenin) kardeşleri varsa, anasının payı altıda birdir...”

42 Ahmed b. Hanbel, IV, 186; ed-Darimi, Abdullah b. Abdurrahman, Ebu Bekr Muhammed, (ö. 255 h./869 m.) es-Sünen, Çağrı Yayınları, (ofset baskı), İstanbul, 1981, Vesaya, 28; el-Buhari, Vesaya, 6; Ebu Davud, Süleyman b. Eş’as es-Sicistani, (ö. 275 h./888 m.9, es-Sünen, Çağrı Yayınları, (ofset baskı), İstanbul, 1981, Vesaya, 6; et-Tirmizi, Vesaya, 5; İbn Mace, Vesaya, 6; en-Nesai, Ebu Abdurrahman b. Şuayb, (ö. 303 h./915 m.) es-Sünen, Çağrı Yayınları, (ofset baskı), İstanbul, 1981, Vesaya, 5.

43 eş-Şafi’i, Muhammed b. İdris, (ö. 204 h./820 m.) Ahkamu’l-Kur’an, (Toplayan: el-Beyhaki, Ebu Bekir Ahmed b. Hüseyin en-Nisaburi- ö. 458 h.), (Tah. Abdulgani

yürürlükten kaldırılmıştır. Daha doğrusu burada neshten kastedilen, “anne-baba bile olsa ayette zikredilen varis olan akrabalar lehine artık vasiyetin caiz olmaması”⁴⁴ diğer akrabalar için ise “ayetteki bu emrin artık geniş anlamı ile bir vacibiyet değil de ancak müstehablık veya mendubluk ifade etmesidir”⁴⁵. Hatta İbnu’l-Arabî’ni iddiasına göre ilk önceleri, bir kimse öldüğünde tüm mal çocuklara kalıyor, ebeveyn ancak vasiyet yoluyla terekeden hak alabiliyordu⁴⁶.

Alimlerin çoğunluğu tarafından ifade edilen bu görüşe İbn Hazm şiddetle itiraz etmektedir. Ona göre, çoğunluğun iddia ettiği aksine bu ayet-i kerimenin inmesinden önce müslümanlardan isteyen istediğine (akraba, akraba olmayan) vasiyete bulunabiliyordu. Bu ayet-i kerime işte bu durumu neshetti ve vasiyeti sadece zikredilenlere has kıldı. Dolayısıyla cumhur, ileri sürdüğü görüşüyle bir delile dayanmadan asıl nasih olanı mensuha, mensuh olanı ise nâsihe çevirmiş olmaktadır⁴⁷.

Yine İbn Hazm, diğer alimlerinin çoğunluğunun Mekke’nin fethi günü varid olduğunu iddia ettikleri daha önce zikrettiğimiz “Varise vasiyet yoktur” hadisini de kendisiyle amel edilebilecek sıhhatte görmemektedir. Ona göre bu hadis çok kusurlu biçimde mürseldir⁴⁸. Diğer taraftan geride

Abdulhalık, Ta’lik: Muhammed Şerif Sukker, Daru İhyai’l-Ulum Beyrut, 1990, 163-164; Aynı müellif, er-Risale, (tah. Ahmed Muhammed Şakir), el-Mektebetü’l-İlmiyye, Beyrut, t.y., Ve yine aynı müellif: el-Ümm, Daru’l-Fikr, Beyrut, 1990, IV, 118; el-Cessas, 207-208; el-Kutubi, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed, el-Ensari, (ö. 380 h./990 m.) el-Cami’il Ahkâmî’l-Kur’an, Daru Kütübî’l-İlmiyye (birinci baskı); Beyrut, 1988, II, 176. es-Suyuti, Celalüddin Abdurrahman, (ö. 911 h./1505 m.) ed-Daru’l-Mensur fi’t-Tefsiri’l-Me’sur, (Tenviru’l-Mikbas fi Tefsiri’l-İbn Abbas ile birlikte), İran, t.y., 174-175’de bu konuda birçok rivayet vardır.

44 Bu konuda rivayet edilen bir başka hadis-i şerif de yani, “Varise vasiyet anca diğer varislerin icazetiyle (istemesiyle) caizdir” mealindedir. Bkz. ed-Darekutni, IV, 97, hadis no: 89 ve 98, hadis no: 93; es-Suyuti, I, 175; el-Handi, Alaüddin Ali el-Mütteki b. Hüsamuddin el-Burhan, (ö. 975 h./1567 m.) Kenzu’l-Ummal fi Süneni’l-Akval ve’l-Ef’al, Müessesetü’r-Risale, (beşinci baskı) XVI, 615, hadis no: 46072.

45 el-Kurtubi, II, 177, es-Serahsi, XXVII, 142; İbnu’l-Arabî, Ebu Bekir Muhammed b. Abdillâh (ö. h. 543), Ahkâmü’l-Kur’an, (Tah. Ali Muhammed el-Buhari), Daru’l-Marife-Daru’l-Cil, Beyrut, 1987, I, 72; el-Kasani, Ebu Bekr, b. Mes’ud, (ö.h. 587 h.), Bedâi’-s-San’ai fi Tertîbi’s-Şer’âi, Daru’l-Kütübî’l-Arabî, Beyrut, 1982, VII, 330 ve devamı. Elmâli’lî, I, 613-614.

46 İbnu’l-Arabî, 72.

47 İbn Hazm, VIII, 355.

48 Yani ravi senedinde sahabeden kimse bulunmamaktadır.

kalan ravilerden dört tanesinin “mutrah”, yani zemmedilmiş kişilerden oluşması bu hadise kendisiyle amel edilemeyecek derecede acübe (tuhaf) kılmaktadır⁴⁹.

Ancak bizim bu makalemizde konu ettiğimiz meseleden uzaklaşmamak için burada şunu belirtmekte yarar vardır. Dede yetimini ilgilendirmesi bakımından İbn Hazm’la diğer alimler arasındaki bu nassların uygulanmasındaki ihtilafın özü şudur. İbn Hazm dışındaki alimlere göre de “dede yetimine” vasiyette bulunulmasına mani bir hal yoktur. Çünkü o zaten varis değildir. Ama bu tamamen müteveffanın sağlığındaki iradesine bağlıdır. Ölümüne bağlı olarak böyle bir tasarrufta bulunmamışsa hukuken yapılacak bir şey yoktur.

İbn Hazm ise bu noktada diğer alimlerden ayrılmakta ve sadece dede yetimlerine değil, kölelik ve din ayrılığı gibi başka sebeplerle de olsa miras alamayan veya alan yakınlarından en az üç kimseye, (çünkü nass çoğul sigasıyla varid olmuştur.) vasiyete ilişkin diğer şartlara uygun olmak kaydıyla vasiyette bulunması farzdır⁵⁰. Ona göre “Elinde vasiyet edeceği malı olan müslümanın, vasiyetnamesi yanında yazılı olmadan iki gece geçirmesi hak değildir”⁵¹ hadis-i şerifleri de bunun delillerinden biridir⁵².

Burada Bakara suresinin 180. ayet-i kerimesinin mensuh olmadığına dair iddiasını tekid eedn ve diğer bir mesnede dayanan bir başka görüş de “Menâr Tefsiri” sahibinden gelmektedir. O bu konuda şunları ifade etmektedir. “Nisa süresindeki mevâris ayetlerinin vasiyeti emreden bu ayetten (el-Bakara, 4/180) sonra nazil olduğuna dair kesin bir delil yoktur. Bu ayetin siyâkı (hemen daha sonra gelen ifadeleri) onun neshedilmiş olmasının amünafidir. Zira, Allahü Teala insanlar için, yakın bir zaman sonra neshedeceği bir hüküm koyup da, onu bir sonraki ayet-i kerimede de şiddetle vurgulu bir üslupla te’kid etmez. Onu değiştirmeye kalkışanlara

49 İbn Hazm, VIII, 356.

50 İbn Hazm, VIII, 353.

51 el-Buhari, Vesaya, 1; Müslim, Ebu’l-Huseyn, b. el-Haccac, (ö. 261 h./875 m.) el-Cami’u’s-Sahih, (Tah. M. Fuad Abdulkaki), Çağrı yayımları, (offset baskı), İstanbul, 1981, Vesaya, 1; et-Tirmizi, Vesaya, 3 en-Nesai, Vesaya, 1, İbn Mace, Vesaya, 2; ed-Darimi, 1, Ahmed b. Hanbel, II, 4.

52 İbn Hazm, VIII, 349.

tehditlerde bulunmaz. Halbuki bir sonraki ayette bunların hepsi mevcuttur⁵³. Bu ayet-i kerime ile diğer mirasa ilişkin ayetlere muarız olmadığından her ikisiyle aynı anda amel etmek mümkündür⁵⁴.

İbn Hazm'ın bu görüşü günümüzdeki İslam miras hukuku hükümlerini benimsemiş bazı ülkelerin mirasa ilişkin kanunlarına çok büyük ölçüde etkilemiştir. Mesela 1946 tarihli 71 Vasiyet Kanununun 76-79. maddeleri, Suriye Ahvâlu'sh-Şahsiyye Kanununun Vasiyete ilişkin 257. maddesi ve Fâs Ahvâlu'sh-Şahsiyye Kanununun 266. maddesinde dede yetimlerinin mağdurîyetini önleyecek mefrûz bir vasiyete dayanan ve bazı hallerde kısmî de olsa halefiyet ilkelerinin öngörüldüğü hükümler vaz'edilmiştir⁵⁵.

Sonuç

İslam aleminin çağımızdaki sosyal yapısının, birtakım fihki icthadların yapıldığı devirlere göre oldukça köklü değişiklikler geçirmiş olması, adaletin temini ve tevzii bakımından bu icthadlardan bazılarının yeniden gözden geçirilmesini zaruri kılmaktadır. O devirdeki mahalli ve sosyal ve ekonomik şartlara göre insanların vicdanlarındaki fitrî adaleti incitmeyen ve ihtiyaçları karşılayan bazı icthadî hükümler, bu şartların değişmesiyle İslâm hukukunun gerçekleştirmek istediği maslahatlara tezat teşkil eder duruma düşmüştür.

Bu durumun cari olduğu fikhî alanlardan biri de miras hukukunun dede yetimi müessesesinin ortaya çıkmasına yol açan icthadi hükümleridir. Bu icthadların yapıldığı dönemde İslam coğrafyasında, sosyal yapıya ve ekonomik şartlara bağlı olarak "şahsî mülkiyet" in fiziki alandaki tezahürü günümüzden oldukça farklı idi. İslamın hakim olduğu coğrafyada yaşayan insanların hemen hepsi, daha önce arzettiğimiz gibi boy, kabile, aşiret... vs.

53 Bu ayet-i kerimede Allah şöyle buyurmaktadır: "Kim işittikten sonra vasiyet değiştirirse, günahı, onu değiştirenlerin boynunadır. Kuşkusuz Allah işitendir, bilendir." Bakara, 2/181.

54 Muhammed Reşid Rızai, Tefsiru'l-Kur'ani'l-Hakim, el-Müsemma; Tefsiru'l-Menar, Daru'l-Ma'rife, (ikinci baskı), Beyrut, t.y., II, 136.

55 Bkz. Hişam Kablan, el-Vasiyyetü'l-Vacibe fi'l-İslam, Menşuratu Bahrı'l-Mutasavvita ve 'Uveydat, (ikinci baskı), Beyrut-Paris, 1985. 279 ve devamı.

gibi sosyal birimler içinde yaşıyor ve her ne kadar şahsi mülkiyle tanınmış olsa dahi, bu mülklerden fiilen yararlanma ise bu sosyal birimlerin üyeleri olan kişilerin hepsinin ortak hakkı şeklinde ortaya çıkıyordu.

Bize göre bir hadis-i şerifin kasdını aşan bir biçimde değerlendirilerek ortaya konmuş bir ictihada o dönemlerde itiraz edilmeyip yerleşik bir kural haline gelmesine sebep olmuştur. Fakat artık günümüzde şahsi mülkiyetin tezahürünün oldukça farklı olduğu bu şartlarda bu icthadi kuralla adaletin te'mini ve tevzii mümkün değildir. Hatta bir vakiadır ki vicdanlar bile teskin edilememektedir.

Kanaatimizce yapılması gereken, nassla sabit olan ve mutlak bir halefiyete mani olan haller dışında, yukarıda gerekçelerini uzunca anlatmaya çalıştığımız icthadlarla hükmü belirlenmiş ve yetimlerin verasetini engelleyerek mağduriyete yol açma durumlarda "halefiyet" ilkesinin işleme konulmasıdır. Yani nassın mani olmadığı her durumda bu ilkenin gereğinin devreye sokulması insanların vicdanlarındaki adalet duygusunun tatminini sağlayacak önemli bir usül olacağını düşünüyoruz. Bu görüşümüz tartışmaya açık olmakla beraber, bunun önceki yerleşik ve ictihada dayanan hükümden, İslam'ın gerçekleştirmeye çalıştığı maslahata ve ruhuna daha uygun olduğu iddiasından vazgeçmemiz mümkün değildir.

Allah en adildir ve herşeyin en iyisini, en doğrusunu bilir.

Bibliyografya

- Ahmed b. Hanbel, (ö. 241 h./855 m.) el-Müsned Çağrı yayınları, (ofset baskı) İstanbul, 1992.
 Aktan Hamza, Mukayeseli İslam Miras Hukuku, İstanbul, 1991
 Ayiter Nuşin, Miras Hukuku, "S" Yayınları, Ankara, t.y.
 Bilmen Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1985, I-VIII.
 el-Buhari, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, (ö. 256 h./870 m.) el-Cami'u's-Sahih, Çağrı yayınları, (Ofset baskı), İstanbul, 1981, I-VIII.
 el-Cessas, Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Razi, (ö.370 h./980 m.) Ahkâmu'l-Kur'an, (Tah. M. es-Sadık Kamhâvi), Dâru İhyâi't-Tûrâsi'l-Arabî, Beyrut, 1985.
 Cin Halil-Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi II (Özel Hukuk), Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1989.
 ed-Dârekutnî, Ebû'l-Hsen Ali b. Ömer (ö.385 h./1995 m.) es-Sünen, (Ta'lik: Ebû't-Tayyib, Şemsu'l-Hakk el-Azimâbâdi, Kâhire, t.y. I-IV.
 ed-Dârimî, Abdullah b. Abdurrahman, Ebû Bekr Muhammed, (ö. 255 h./869 m.) es-Sünen, Çağrı Yayınları, (ofset baskı), İstanbul, 1981, I-II.
 Döndüren Hamdi, Delilleriyle İslam Hukuku, İstanbul, 1983.
 "Ashâbü'l-Ferâiz" maddesi. TDV İslam Ansiklopedisi, I, 467.

- Ebü Dâvûd, Süleyman b. Eş'âş es-Sicistânî, (ö. 275 h./888 m.) es-Sünen, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1981, I-V.
- Elmalî'lı Muhammed Hamdi Yazır, Hak Dini Kur'an Dili, Eser Neşriyat, İstanbul, 1981, I-V.
- el-Hindî, Alâluddîn Ali el-Müttekî b. Hüsamuddin el-Burhan, (ö. 975 h./1567 m.), Kenzu'l-Ummâl fi Süneni'l-Akval ve'l-Ef'al, Müessesetü'r-Risale, (beşinci baskı) 1985, I-XVI+II (fihris).
- Hişam Kablan, el-Vasiyyetü'l-Vacibe fi'l-İslam, Menşuratu Bahri'l-Mutavassıta (ve) Uveydat, (ikinci baskı), Beirut-Paris, 1985.
- İbnu'l-Arabi, Ebu Bekir Muhammed b. Abdillâh (ö.h. 543), Ahkâmu'l-Kur'an, (Tah. Ali Muhammed el-Buhari), Daru'l-Marife-Daru'l-Cil, Beirut, 1987.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Said el-Endülüsî, (ö. 456 h.) el-Muhallâ bi'l-Asâr, Daru'l-Fikr, Beirut, t.y., I-XII.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, (ö. 751 h./1350), İ'lâmu'l-Muvakkı'în an Rabbi'l-Alemin, (tah. ve ta'lik: İsmâuddîn, es-Sababeti) Daru'l-Hadis, Kahire, 1993, I-IV.
- İbn Kudame, Muvaqqaddûn Ebû Muhammed Abdullâh b. Ahmed (ö. 620 h.) el-Muğni (Şerh-i Kebir ile birlikte) Daru'l-Fikr, Beirut, 194, I-XXII + II (Mu'cem).
- İbn Mace, Ebu Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvini (ö. 275 h / 888 m.) es-Sünen (Tah. M. Fuad Abdülbaki) Çağrı yayınları, (ofset baskı) İstanbul, 1992.
- İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed el-Kurtubi, (ö. 595 h./1198 m.) Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid Daru'l-Ma'rife, Beirut, 1986, I-II.
- Kal'acı Muhammed Revas, Hamid Sadık Kuneybi, Mu'ceni Lügati'l-Fukaha, Daru'n-Nefais, Beirut, 1988, 504.
- Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 1982.
-, "Asabe" mad. TDV İslam Ansiklopedisi, I 452.
- el-Kasani, Ebu Bekr b. Mes'ud, (ö. h. 587 h.), Bedaiu's-San'âi fi Tertibi's-Şer'âi, Daru'l-Kütübi'l-Arabi, Beirut, 1982.
- el-Kişki, Muhammed b. Abdirrahim, el-Mirasu'l-Mukarin, Kahire, 1961, (ikinci baskı).
- el-Kurtubi, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed, el-Ensari, (ö. 380 h./990 m.) el-Cami'il Ahkâmi'l-Kur'an, Daru Kütübi'l-İlmiyye (birinci baskı), Beirut, 1988, I-XX-I (Fihris).
- el-Mavsillî, Abdullân b. Mahmud (ö. 683 h.) el İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1980.
- Muhammed Kadri Paşa, el-Ahkâmü's-Şer'iyye fil-ahvali's-Şahsiyye, (Akgündüz, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, D.Ü. Hukuk Fak. Yayınları Diyarbakır, 1986). 143-309 arası.
- Muhammed Reşid Rıza, Tefsirü'l-Kur'an'l-Hakim, el-Müsemma: Tefsiru'l-Menar, Daru'l-Ma'rife, (ikinci baskı), Beirut, t.y. I-XII.
- Müslim, Ebu'l-Huseyn, b. el-Haccac, (ö. 261 h./875 m.) el-Cami'u's-Sahih, (Tah. M. Fuad Abdülbaki), Çağrı yayınları (ofset baskı) İstanbul, 1981, I-III.
- en-Nesai, Ebu Abdurrahman b. Şuayb, (ö.303 h./915 m.) es-Sünen, Çağrı Yayınları, (ofset baskı), İstanbul, 1981 I-VIII.
- Özdemir, Mehmet, "Endülüs" maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, XI, 211-225.
- es-Serâhî, Şemsu'l-Eimme, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, 490 h./1097 m.) el-Mebsût, Çağrı yayınları, (ofset baskı) İstanbul, 1982, I-XXX.
- Seyyid Şerif el-Cürcani, Şerhu Feraiz-i Siraciyye, (Ahmet Hulusi Efendi'nin Hamişi ile Birlikte), Mehmet Beğ Matbaası, (ikinci baskı), İstanbul, 1322.
- es-Suyuti, Celalüddin Abdurrahman, (ö. 911 h./1505 m.) ed-Durrü'l-Mensûr fi't-Tefsiri'l-Me'sûr, (Tenviru'l-Mikbas fi Tefsiri'l-İbn Abbas ile birlikte), İnan, t.y., I-IV.
- eş-Şafi'i, Muhammed b. İdris, (ö. 204 h./820 m. = Ahkâmu'l-Kur'an, (Toplayan: el-Beyhâki, Ebû Bekir Ahmed b. Hüseyin en-Nisabûri- ö. 458 h.), (Tah. Abdülğani Abdülhalık, Ta'lik: Muhammed Şerif Sukker, Daru İhyai'l-Ulûm Beirut, 1990.
-, er-Risale, (tah. Ahmed Muhammed Şakir), el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beirut, t.y.
-, el-Umm, Daru'l-Fikr, Beirut, 1990, I-VIII.
- et-Tirmizi, Ebu İsa, Muhammed b. İsa, (ö. 279 h./891 h.) es-Sünen, Çağrı Yayınları, (ofset baskı), İstanbul, 1981, I-V.

170 • DİNİ ARAŞTIRMALAR

Uzunpostalcı Mustafa, Hukuk ve İslam Hukuku II, Konya 1996.

Zevkiler Aydın-Necip Orta İctihatlı Notlu Sözlüklü Türk Medeni Kanunu - Borçlar Kanunu, Ankara, 1980.

Zuhaylî, Vehbe, el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhü, Dâru'l-Fikir, (üçüncü baskı), Dımaşk, 1984.