

52181

İSLÂM AİLE HUKUKUNDA VELÂYET

Mustafa KELEBEK

CUMHURİYET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin

Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı

İslâm Hukuku Bilim Dalı

İçin Öngördüğü

YÜKSEK LİSANS TEZİ

olarak hazırlanmıştır

52181

Tez Danışmanı: Doç.Dr. Hakkı AYDIN

SİVAS - 1996

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

İşbu çalışma, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı'nda YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Başkan :

Üye :

Üye :

ONAY

Yukarıdaki imzaların adı geçen Öğretim Üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../.....

(İmza)

.....
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	1
GİRİŞ.....	2-5
AİLE HUKUKUNDA VELÂYETİN YERİ VE ÖNEMİ.....	2
BİRİNCİ BÖLÜM.....	6-22
VELÂYET HAKKINDA GENEL BİLGİLER.....	6
I. VELÂYETİN TANIM VE ŞÜMULÜ.....	6
A. VELÂYETİN LUGAT MANASI.....	7
B. VELÂETİN İSTİLÂHÎ MANASI.....	9
II. VELÂYETİN KISIMLARI.....	11
A. İTİKÂDÎ ALANDA VELÂYET.....	12
B. HUKUKÎ ALANDA VELÂYET.....	14
1. Velînin Şahsî İtibariyle Velâyet.....	14
a. Velâyet-i zâtiye.....	14
b. Velâyet-i iktisâbiye.....	15
2. Vefî Tasarrufunun Sınırları İtibariyle Velâyet.....	15
a. Velâyet-i kâsıra.....	15
b. Velâyet-i tâmme.....	16
3. Vefî Tasarrufunun Geçerliliği İtibariyle Velâyet.....	16
a. Velâyet-i icbâriye.....	16
b. Velâyet-i ihtiyâriye.....	17
4. Vefî Tasarrufunun Konusu İtibariyle Velâyet.....	17
a. Velâyet-i nefsiye (şahıs üzerindeki velâyet).....	17
b. Velâyet-i mâliye (mal üzerindeki velâyet).....	17
5. Temsil ve Himâye Alanı İtibariyle Velâyet.....	18
a. Velâyet-i âmme.....	18
aa. Velâyet-i idâriye (idârî velâyet).....	19
aa1- Velâyet-i Mezâlim.....	19
aa2- Velâyet-i hısbe.....	19
ab. Velâyet-i kazâiye (kazâî velâyet).....	20
b. Velâyet-i hâssa.....	21
İKİNCİ BÖLÜM.....	23-104
ANA HATLARIYLA AİLE HUKUKUNDA VELÂYET.....	23
I. HUKUK VE AİLE HUKUKU.....	23
A. HUKUK.....	23
1. Hukukun Manası.....	23
2. Hukukun Alanı.....	24
B. AİLE HUKUKU.....	24
1. Aile Hukukunun Manası.....	24
2. Aile Hukukunun Alanı.....	25
C. AİLE HUKUKUNDA VELÂYET ANLAYIŞININ TARİHİ SEYRİ.....	25
II. VELÂYET HAKKININ İKTİSABI.....	28
A. VELÂYET HAKKI.....	29
1. Hak Kavramı.....	29
a. Hakkın manası.....	29
b. Hakkın Kaynağı.....	29
c. Hakkın çeşitleri.....	29

aa. mâlî haklar	29
ab. mâlî olmayan haklar.....	29
2. Velâyet Hakkının Sübûtu.....	30
3. Velâyetin Şartları.....	31
a.Velâyeti iktisâbetme şartları.....	31
b.Velâyeti iskat eden sebebler.....	32
aa. din ayrılığı.....	32
ab. ehliyet yetersizliği.....	32
ab.1- semâvî arızalar	32
ab.2- mükteseb arızalar	33
ac. diğer sebepler.....	34
ac.1- Ünûset hali (kadın olma hali).....	34
ac.2- mefkûd olma hali (gaybûbet).....	34
ac.3- iktidarsızlık hali.....	34
c. Velâyetin Şartları Üzerine Genel Bir Değerlendirme.....	34
4. Velâyetin Dereceleri	37
a. Binefsihî asabe velîler.....	38
b. Binefsihî asabe olmayan velîler.....	38
c. Malikiyet.....	38
d. Velâyet-i a'taka (Mevla'1-1'tâka) sahipleri.....	38
e. Velâ Sahipleri.....	38
f. Velîyyü'1-emr.....	38
B. VELÂYET HAKKINI DOĞURAN ŞARTLAR.....	41
1. Sosyal Şartlar.....	41
2. Mevlî Aleyh ve Mevlî Aleyh İle İlgili Şartlar	41
a. Mevlî aleyh.....	41
b. Mevlî aleyh ile ilgili şartlar.....	41
c. Velâyette kısıtlılık sebepleri.....	41
aa. Hanefîlere göre.....	42
ab. Mâlikîlere göre.....	42
ac. Şâfiîlere göre.....	43
ad. Hanbelîlere göre.....	43
3. Vefî ve Vefî İle İlgili Şartlar	43
a. Vefî	43
b. Vefî ile ilgili şartlar	43
aa. Hanefîlere göre.....	43
ab. Mâlikîlere göre.....	44
ac. Şâfiîlere göre.....	44
ad. Hanbelîlere göre.....	44
c. Velâyet sebepleri.....	45
C. VELÂYET HAKKININ İYİ KULLANILMAMASI HALİNDE ALINACAK TEDBİRLER.....	46
III. VELÂYETTE ZAMAN.....	47
A. VELÂYETİN BAŞLAMA VAKTİ.....	48
B. VELÂYETİN SONA ERMESİ.....	48
C. VELÂYETİN ZÂYİİ	53
D. VELÂYETİN NEZ'İ.....	53
E. VELÂYETTEN KAÇINMA HALİ.....	53
F. YAKIN VELİNİN YOKLUĞU HALİNDE DURUM.....	54
1. Hanefîlerde.....	55
2. Şâfiîlerde	55
3. Malikî ve Hanbelîlerde.....	55
IV. VELÂYET HAKKINDAN DOĞAN TASARRUFLAR	56
A. VELİNİN TASARRUFU.....	56
B. VELÂYET ALTINDAKİLERİN TASARRUFU.....	57
1. Din Seçimi ve İbadet.....	58
2. Akidler ve Mâli Tasarruflar	59
3. Cerime ve Kusurlu Fiiller	60
V. NESEB VE VELÂYET.....	63
A. NESEB VE VELÂYET İLİŞKİLERİ.....	63
B. EVLÂD EDİNME VE VELÂYET	64
VI. MAL ÜZERİNDEKİ VELÂYET.....	65

A. SERVET SAĞLAMADA VELÂYET.....	65
1. Nafaka Alanında Velâyet.....	66
2. Akid ve Tasarruf Alanında Velâyet.....	67
3. Hibe ve Teberru Kabulü Alanında Velâyet.....	67
4. Miras Alanında Velâyet.....	67
a. Karâbet yoluyla.....	68
b. Evlilik yoluyla.....	68
c. Velâ yoluyla.....	68
aa. Velânın manası.....	68
aa.1- Velânın lugat manası.....	68
aa.2- Velânın ıstılah manası.....	68
ab. Velânın çeşitleri.....	68
ab.1- Velây-ı a'taka (velâu'l-Itâk, velâyet- itk).....	69
ab.2- Velây-ı muvâlât (velâu'1-muvâlât).....	69
B. MAL YÖNETİMİNDE VELÂYET.....	70
VII. ŞAHİS ÜZERİNDEKİ VELÂYET.....	72
A. ŞAHİS ÜZERİNDEKİ VELÂYETİN SEBEBİ.....	73
B. ŞAHİS ÜZERİNDEKİ VELÂYETİN ŞÜMULÜ.....	75
1. Hıdâne Döneminde Velâyet.....	78
a. Hıdâne ve tanımı.....	79
b. Hıdâne vecibesi.....	79
c. Hıdâne hakkı.....	80
d. Hıdâne şartı.....	82
e. Hıdâne müddeti.....	83
aa. Erkek çocuklarda hıdâne müddeti.....	83
ab. Kız çocuklarında hıdâne müddeti.....	84
f. Hıdânedeki mekan.....	84
g. Hıdâne döneminde vefnin mevlî aleyh ile ilgili hak ve vecibeleri.....	85
aa. Dini terbiye vecibesi.....	85
ab. Meslekî eğitim ve öğretim vecibesi.....	86
ac. Te'dib ve kusurlu davranışların önlenmesiyle ilgili vecibesi.....	86
2. Nafaka İle İlgili Velâyet.....	89
a. Nafakanın alanı.....	89
b. Nafakanın sebebi.....	89
c. Nafakaya hak sahibi olanlar.....	90
d. Nafaka ile mükellef olanlar.....	90
3. Evlendirme Velâyeti (Velâyet-i Tezvîc).....	92
a. Evlendirme velâyetinin mahiyeti.....	92
aa. Tarifi.....	93
ab. Konusu.....	94
ac. Gayesi.....	95
b. Evlendirmede velâyetin sınırları.....	95
aa. İslam hukukçularının konuya bakışları.....	96
aa.1- Kadının nikahında velâyeti şart koşanların delilleri.....	97
aa.2- Kadının nikahında velâyeti şart koşmayanların delilleri.....	97
aa.3- Velâyeti kadının dul veya bakire olmasıyla izah eden hukukçular.....	98
ab. İhtiyarî velâyet.....	98
1.a) Cumhurun delilleri.....	99
1) Kadın açısından.....	99
2) Veli açısından.....	100
1.b) Hanefilerin Delilleri.....	100
ab.2- Kadının selahiyetine ait deliller.....	101
2.a) Hanefilerin delilleri.....	101
1) Nass yoluyla.....	101
2) Kıyas Yoluyla.....	101
2.b) Cumhurun delilleri.....	101
ac. İcbârî velâyet.....	102
ac.1- İcbar sebepleri.....	102
ac.2- İcbar hakkı ve şartları.....	104
ac.3- İcbar hakkının sona ermesi.....	104

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	105-108
VELÂYET İLE İLGİLİ KANUNLAŞTIRMALAR	105
I. İSLÂM ÜLKELERİNDEKİ KANUNLAŞTIRMALAR	106
A. OSMANLI DÖNEMİNDE	106
B. OSMANLIDAN SONRAKİ DÖNEMDE	107
II. DİĞER ÜLKELERDEKİ KANUNLAŞTIRMALAR	108
SONUÇ	111
KAYNAKÇA	113
İNDEKS	124
SUMMARY	128



KISALTMALAR VE İBARELER

a.....	ana bir kardeş
abk.....	ana baba bir kardeş
A.C.....	Adliye Ceridesi
AD.....	Adalet Dergisi
a.g.e.....	Adı geçen eser
AHFD.....	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AMK.....	Alman Medeni Kanunu
a.s.....	Aleyhi's-Selam
A.Ü.....	Ankara Üniversitesi
A.Ü.E.F.Y.....	Ankara Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları
b.....	Bin (İbn) oğul
bb.....	baba bir kardeş
bk.....	Bakınız
bt.....	Bint (Kız)
b.y.....	Basıldığı yer
c.....	Cilt
çev.....	Çeviren
FMK.....	Fransız Medeni Kanunu
HAK.....	Hukuk-u Aile Kararnamesi
H.z.....	Hazreti
İ.B.M.....	İstanbul Barosu Mecmuası
İ.F.D.....	İlahiyat Fakültesi Dergisi
İ.M.K.....	İsviçre Medeni Kanunu
K.....	Kitab
m.....	Madde
MK.....	Medeni Kanun
nşr.....	Neşreden
r.a.....	Radıyallahu Anh/Anha
s.....	Sayfa
s.a.v.....	Sallallahu Aleyhi ve Sellem
TMK.....	Türk Medeni Kanunu
ty.....	Tarih yok
v.b.....	Ve benzeri
yy.....	Yüzyıl

ÖNSÖZ

Aile, yeryüzünün imarında görev alacak insan neslinin, dünyaya gözlerini açtığı ilk yuvadır. Şerefli ve keremli kılınan insanın en yakın melceidir.

Toplumda, yüzakı bir neslin, beden ve ruh dengesiyle büyütülüp terbiye edileceği, maddî, manevî, psikolojik ve sosyolojik statüye kavuşturulacağı bir ortama ihtiyaç vardır. Bu ortam, AİLE KURUMU'dur. Bu itibarla, toplumlar, bağlı buldukları uygarlıkları ne olursa olsun, çocuğun himâyesi, haklarının korunması ve topluma kazandırılmasına önem vermişler, ehliyetinin yetersizliği nedeniyle sınırlı tasarrufundan kaynaklanan yetkilerinin, kendisi adına, hukukî temsilcisi tarafından kullanılmasını, kabul etmişlerdir.

Çocukla ilgili bütün problemlerin çözümü, Aile hukuku alanına girer. Aile hukuku, amelî prensiplere bağlı hususî hukuk alanının bir bölümüdür. Evlilik, nesebin sübûtu ve korunması, çocuğun himâyesi terbiyesi ve geleceğe hazırlanıp topluma kazandırılması, aile hukuku kapsamına girer.

Aile hukuku çerçevesinde VELÂYET, kural olarak, reşid olmayan küçükler ile, sosyal statü, bedenî ve ruhî açıdan himâyeye muhtaç aile fertlerinin, şahısları ve malları üzerindeki yetkileri, hak ve sorumlulukları ihtiva eder.

İSLÂM AİLE HUKUKUNDA VELÂYET konusunu çalışma alanı olarak seçerken, yeni neslin yetiştirilmesi hususunda toplumumuzda yeterli bir velâyet bilincinin bulunmadığına ait gözlemlerimizin üzerimizde etkin rol oynadığını itiraf etmeliyiz . Millî Eğitim Bakanlığına bağlı okullardaki on beş yılı aşan bir süre içindeki öğretmenliğimiz sırasında gördük ki, özellikle ilk ve orta dereceli okul öğrencilerinin yetiştirilmesinde çoğu kez velî bir kenara itilmekte, çocuğu üzerindeki velâyet haklarını kullanamaz hale getirilmektedir. Bunun neticesi aile içi çatışmalar doğmakta, ebeveynin inanç ve kültür birikimi ile çocuğu arasında gittikçe büyüyen farklı değer yargıları oluşmaktadır. Üzerinde çalışılmasını faydalı bulduğumuz bu konuyu işlerken, anahatlarıyla velâyet kavramı, anlamı, şümülü, velâyet hakkı, velâyetin sonuçları, neslin korunması, talim ve terbiyesi alanında yapılan kanunlaştırmalar üzerinde durduk. Kısıtlıların hukukî temsil yetkilerinin kime ait olduğunu tartışmaya açtık.

Böylece, yeni neslin, ana-babası ve yakın çevresinde nasıl korunup himâye edileceği, haklarının muhafazası, lehindeki ve aleyhindeki gelişmelerin tanzimi, hukukî temsilden kaynaklanan tasarruf ve yetkilerini belirlemeye çalıştık.

Bu çalışmada, yardımlarını esirgemeyen danışmanım sayın Doç. Dr. Hakkı AYDIN ile ilmî çalışma alanındaki tevcihlerine minnet duyduğum hocam sayın Prof. Dr. İbrahim ÇALIŞKAN'a teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca, beni aile hukuku alanına yönlendiren, Kuveyt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve İslâmî İlimler Fakültesi Fıkıh Kürsüsü Başkanı sayın hocam Prof. Dr. Muhammed Fevzî FEYDULLAH'ı saygı ile anıyorum.

Mustafa KELEBEK

GİRİŞ

AİLE HUKUKUNDA VELÂYETİN YERİ VE ÖNEMİ

Aile müessesesinin toplum içindeki sağlık ve düzeni, toplumsal sağlık ve düzenle benzer bir özellik arzeder. Sağlam bir nikah bağı, müşfik bir akrabalık ilişkisi, muhkem bir sıhriyet, çocuğun himâyesi ve yetişmesi açısından büyük bir önemi haizdir¹.

Aileyi teşkil eden fertler, şahsiyetli, sorumluluğunu müdrik iyi insanlar olduğu takdirde, bunların meydana getirdiği aile ve toplum da, üstün meziyetlere sahip bir millet olarak dünyadaki yerini alır.

Fertlerine fesad arız olmuş, aile düzeni bozulmuş, ahlâkî çöküntüye uğramış insan kümelerinin teşkil edeceği bir toplumun huzur bulması ve varlığını devam ettirmesi, mümkün değildir. Dayanaksız ve birbirine iyi bağlanmamış tuğlalardan, sağlam bir bina meydana getirilemez. Bu binanın sağlam olması, onu vücuda getiren malzemenin sağlam ve birbirine kenetlenmiş olmasıyla mümkündür².

Hukuk sistemleri ve bağlı oldukları dünya görüşleri ne olursa olsun, insanlığın ortaklaşa tedbirler aldığı, yeni çözümler ürettiği kurumların başında AİLE KURUMU gelir. Sağlık ve zindelik, yalnız ailenin bünyesine münhasır değil, toplum düzenine de şamildir.

Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization) sağlığı tanımlarken, sadece hastalık ve sakatlığın olmamasının sağlık için yeterli olmadığını, fizik, mental (rûhî) ve sosyal alanda tam bir iyilik haliyle ancak sağlıklı olunabileceğini ifade etmiştir³.

Genel olarak, toplumlarda, ferdî, ailevî ve ictimai alanda yönlendirici temel prensipler üç esas üzerine kaimdir:

¹ İbn Âşûr, M. Tahir, Makasidu's-Şerâti'l-İslâmiyye, (çev. Vecdi Akyüz, Mehmet Erdoğan, İslâm Hukuk Felsefesi) İklim Yayınları, İstanbul 1988, s. 240.

² Doğan Lütfi, Toplumun Temelini Sarsan Belli Başlı Problemler, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1986, s. 49-50.

³ Çakmaklı, Kemal, Aileler İçin Sosyal Hizmet, İstanbul 1991, s. 1

- a. *Topluma yön veren temel ilkeler.*
- b. *Temel ilkeleri pratize eden prensipler.*
- c. *Toplumun götürülmek istendiği hedef ve gaye.*

Bütün toplumlar bu prensipler dahilinde geçmiş, hal ve geleceklerinin dengesini kurarlar. Hukuk sistemlerini geliştirirler⁴.

İslâm, itikâdî, amelî ve ahlâkî prensipleriyle beş temel değerın korunmasını hedeflemiştir ki, bu değerlerin korunması hususunda bugün insanlığın başka bir alternatifi yoktur.

Bu temel değerleri şöyle sıralayabiliriz:

- a. *Din güvenliği (inanç ve düşünce özgürlüğü).*
- b. *Can güvenliği.*
- c. *Mal güvenliği.*
- d. *Akıl güvenliği.*
- e. *Nesil güvenliği (Sosyal çevrenin korunması)*⁵.

Aslında hukuk düzenleri, insanlığın yakın ve gelecekteki esenliğini sağlamak için var olmuşlar, kamu düzenini fesattan korumayı ve salah üzere devam ettirmeyi amaçlamışlardır⁶.

Hukukî normları Kitab ve Sünnet'e dayalı olan İslâm hukuku; madde ve manada toplumun faydasını, ferdî, ailevî ve sosyal alanda insana dinamizm kazandırmayı, kolaylık, tadrîcîlik, zorluğu önleme, zararı defetme, faydalıyı ikame gibi temel değerleri korumayı amaç edinmiştir. Ferdî hayat ile sosyal hayatı birbirine bağlayan faktörlerin başında samimiyet ve sorumluluk duygusu gelir. Bu duyguların oluştuğu mekanların başında ise aile gelmektedir. Ailenin toplum içindeki statüsünü ise aile hukuku düzenler⁷.

Aile hukuku, şahıs ve eşya hukukunda olduğu gibi hususî hukukun bir bölümü olarak **medenî hukuk** kavramı içinde yer alır.

⁴ bk es-Serahsî, Muhammed b. Ahmed Ebî Sehl, Usûlü's-Serahsî, I-II, nşr. Kahraman Yayınları, İstanbul 1984, I,73; el-Meydânî, Abdurrahman Hasen Habenneke, el-Akîdetu'l- İslâmiyye ve Usûsühâ, Beyrut 1988, s. 78-79.

⁵ İbn Âşûr, Makâsîd, s.151; Hallâf, Abdulvehhâb, l'İlmu Usûli'l-Fıkh, Kuveyt 1970, s. 200-209

⁶ İbn Âşûr, age, s. 28,162.

⁷ Debbeağoğlu, Ahmed, İslâm İktisadına Giriş, Dergâh Yayınları, İstanbul 1979, s. 212; ayrıca bk MEDKÜR , Muhammed Sellam , el-Medhal li'l-Fıkhî'l-İslâmî, Kahire 1966, s.12-22.

Bilindiği gibi hukuk, sistematik yapısı içinde âmme hukuku ve husûsî hukuk olmak üzere iki kısma ayrılır.

Âmme hukuku, esas teşkilât, idare, usûl, devletlerarası münasebetlerin tanzîmi, suç ve ceza konularını ihtiva eder.

Husûsî hukuk ise, devletlerarası husûsî münasebetler, ticaret ve medenî haklar, yani, şahıs, aile, mîras, aynî haklar, eşya ve borç ilişkilerini düzenler.

Hukûkullah (îfası salt ibadet ve takva ile mümkün olan Allah'ın zâtî hakları) ve hukûkul'ibâd (müslim, gayrimüslim, bütün insanlara karşı îfası gereken haklar) gibi, iki temel esastan hareketle evrenin var oluş esprisine uygun bir statüyü sürdürmeyi, böylece insanı mesud ve bahtiyar etmeyi gaye edinen İslâmın hukuk normları, aile hukukuna ait taşıdığı kurallarıyla da aile düzenini sağlar.

Ahlâkî prensip ve davranışların, samimiyet ve sorumluluğun, beden ve ruh sağlığının en iyi geliştiği mekan olan aileyi, aile hukuku tanzim eder. Evlilik, neseb, nesebin sübûtu, neslin korunması, terbiyesi, geleceğe hazırlanıp topluma kazandırılması, aile bireyleri arasındaki ilişkiler, haklar, yetkiler, ödev ve sorumluluklar, doğacak problemlerin çözümü aile hukuku kapsamına girer⁸.

Nesebi sahih bir çocuğun doğumundan rüşd çağına kadar süren bir yaş devresini ise, aile hukukunun **velâyet** bölümü düzenler. Ancak hemen belirtelim ki, velâyet müessesesi aile hukukunun dar çerçevesinde mütalaa edilemez⁹.

Velâyet kavramı, toplumun üst düzey örgütlenmesinden en alt düzeyde şekil almasına kadar her alanı ihtiva etmektedir. Ancak bu çalışmada **doğum** ile başlayıp **rüşd çağı** ile sona eren bir devrede, çocuğun ve diğer mevlî aleyhin (velâyet altında bulunan kısıtlının) himâyesi, şahsının ve malının korunması gibi temel kuralları ihtiva eden İslâm Aile hukukunda **velâyet** konusu ele alındı.

Aile hukuku, esas itibariyle evlenme müessesesine dayanır. Evlilik telakkisi çağlara ve hukuk nizamlarına göre değişiklik arzedelemiştir¹⁰.

Evlenmenin şekli ve gayesi Doğudan Batı'ya toplumlarda değişiklik arzemiştir. Bazı toplumlarda soyun devamı ve nesebin gücü esas alınırken bazı toplumlarda ise evlilik devlete vatandaş üretimi olarak telâkki edilmiştir¹¹.

Hız. Peygamber (a.s.) in hicreti ile Medine, köklü değişiklere sahne oldu. İtikâdî prensiplerden sosyal kurumlar ve bu kurumlara ilişkin kaidelerin günlük hayata yansıtılmasına kadar, hukukî alanda büyük değişimler oldu. Bir başka

⁸ Tahâ, Uzeyh, " ez-Zevâc beyne'l-Mesîhiyye ve'l-İslâm", Mecelletu'ş-Şerîa, sayı: VIII, Kuveyt 1987, s. 203.

⁹ Oğuzoğlu, B. Cahit, "Velâyetin Medenî Hukuktaki Ehemmiyeti " , A.D., sayı: XI, Ankara 1940, s.1003.

¹⁰ Döndüren, Hamdi, Delilleriyle İslâm Hukuku Şahıs Aile ve Çözümlü Mîras, İstanbul 1983, s.176.

¹¹ Arsal, Sadri Maksudi, Hukuk Tarihi Dersleri, Ankara 1941, s.182

deyimle, yasama, yürütme, yargı ve diğer toplumsal organizasyonlardan günlük hayata kadar her alanda yeni hukuk normları getirildi. Özellikle aile hukuku alanındaki değişiklikler dikkat çekmektedir. Babanın çocuğu üzerindeki mutlak tasarruf yetkilerine kesin sınırlar konuldu. Kız çocuğu üzerindeki RUBÛBİYYET hakkı (babaya çocuğu üzerinde sınırsız ve vazgeçilmez yetkiler veren mutlak hak) kaldırıldı. Kız çocuğunun öldürülmesi kesin bir ifade ile durduruldu. Kadının, aile içindeki konumu, görülmemiş, şerefli mevkiye yükseltildi¹².

Zira, İslâm hukuku, insanların hayatlarını en iyi bir şekilde korumalarını hedef almıştır¹³. Gerek ferdî gerekse ictimâî planda insanlığın fesadını önlemek, salah üzere yaşamasını temin etmek, bütün hukukların genel gayesi arasındadır. Önemli olan bu durumu pratik hayata en iyi şekilde aktarmaktır. Bu itibarla aile hukuku alanındaki çalışmalar Batı hukuk sistemlerinde de devam etmiştir.

Batıdaki en belirgin değişiklikler, Fransız ihtilali ile başladı. Bu dönemden sonra aile yapısı ve anlayışında değişiklikler oldu, kadın ve erkek arasında yetki eşitliği ilkelerinin temelleri atıldı¹⁴.

Özetlersek, insanların diyalog içinde olmaları, insan hakları açısından önemlidir. Bu diyalogun başladığı ilk kurum, ailedir.

Özellikle aile hukukunda çocukların himâyesi fikri, bütün uluslarca kabul edilmiştir.

Bu çalışmada, çocuğun aile içinde yetiştirilip topluma hazırlanması, yani, velâyet (الولاية : guardianship) ele alındı.

¹² el-Hâc, Hüseyin Hasen, en-Nuzumu'l- İslâmiyye, Beyrut 1987, s.153,311; Şakir, Mahmûd, et-Târîhu'l-İslâmî, I-IX, Beyrut 1985, II, 159-169; Köksal, M.Asım, İslâm Tarihi, I-XIII, İstanbul 1969, I, 139.

¹³ Çalışkan, İbrahim, “ İslâm Hukukunda Zina Suçunun Mahiyeti ve Cezası”, A.Ü. İ.F.D., c. XXXIII A.Ü. Basıevi, Ankara 1992, s.61.

¹⁴ Döndüren, Delilleriyle İslâm Hukuku, s.159.

BİRİNCİ BÖLÜM

VELÂYET HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. VELÂYETİN TANIM VE ŞÜMULÜ

Nesillerin ve toplumun himâyesi fikri, tarihin ilk devirlerinden itibaren kabul ve tatbik alanı bulmuştur.

İnsanlığın, tarihi seyri içinde refah ve toplum düzeninde rahatlama arayışı devam edegelmiştir. Toplumun menfaati ile ferdin korunması arasındaki denge üzerinde hem tartışılmış, hem fikir üretilmiş, hem de hukukî kurallar belirlenmiştir.

Velâyet kelimesi, kavram olarak iki ana noktaya münhasırdır:

a. Acziyet.

b. İktidar.

Acziyetinden dolayı haklarını kullanamayan, menfaatlarını koruyamayan, sevgi, himâye ve elinden tutulup düzlüğe çıkarılmaya muhtaç birisinin varlığı, velâyetin bir boyutunu oluşturur.

Dostça, şefkat ve merhametli bir tavırla ehliyet, selahiyet, hak ve görev bilinci ile acizin işlerini deruhteye muktedir birisinin mevcudiyeti de, velâyetin bir başka tarafıdır. Zira hayatın amacı, kimi düşünürlerin iddia ettikleri gibi zayıf ve güçsüzleri ortadan kaldırmaya yönelik çatışma değil, tesanüddür, güçlülerle zayıflar arasında yaşanabilir ortamlar oluşturmaktır.

Bu iki alan, kemiyet ve keyfiyet şartlarına göre dar alanlı veya geniş kapsamlı olabilir. Eğer acziyet ve yetki müessese bazında ise devlet ve devletin haklarını koruyup işlerini üstlendiği toplum ilişkileri, böyle değil de, daha küçük birimler veya iki kişiyi ilgilendiriyorsa, dar alanlı, hak, yetki ve himâyeyi, (VELÂYET'i) ifade ediyor demektir.

Bugün bütün hukuk sistemleri, bağlı buldukları temel ilkeler doğrultusunda, gerek ferdî gerekse toplumsal alandaki görev ve yetki paylaşımı ile kurulmuş en büyük organizasyon olan devletin üç kaide üzerine oturduğunu kabul etmektedirler. Bunlar:

- a. Yasama.
- b. Yürütme.
- c. Yargı'dan ibarettir.

Bu üç temel kaide, korku ve karanlığın kaldırılması ve gerçek adaletin sağlanması ile en yıkıcı en öldürücü yara olan haksızlığın önlenmesinde önemlidir. Bağımsız, güçlü, tarafsız, çabuk, yapıcı, etkili, olumlu ve gerçek **adalet**, üstün ve ileri bir **hukuk düzeni** ile sağlanır.

Görülüyorki, velâyet en dar alandan en geniş alanlara kadar beşeri ilişkilerde aciz ile muktedir kişi arasındaki hukukî temsîl ve diyalogu ifade etmektedir¹⁵.

Bu duruma ışık tutmak üzere velâyetin tanımı ve kısımları üzerindeki çalışmaya geçebiliriz.

A. VELÂYETİN LUGAT MANASI

Velâyet kelimesi fonetik yapısı itibariyle Arapça bir kelimedir. Sözlüklere baktığımızda bu kelimelerin kökünü oluşturan fiilin (**وَلِيَ - وَايَا** : veliye - velâye) "birinin işini üzerine almak, sevmek, yardım etmek, yakınlık, otoriter güç" anlamlarına geldiğini görürüz. Aynı kökten gelen (**وَلَّى** : Bir işi, bir yetkiyi başkasının idaresine vermek), (**تَوَلَّى** : işi üzerine almak, velî edinmek) anlamlarına gelmektedir.

el-Veliyy (**الْوَالِي**) : kelimesi, "bir işin idare ve bakımını üzerine alan, otorite, dost, yardım eden, himâye eden, andlaşmalı, temsîl yetkisine sahip olan, başkası üzerinde onun adına tasarruf yetkisi olan, düşman olmayan, âzâd eden, yakın akraba, komşu" anlamlarına gelmektedir¹⁶.

İbn Manzûr (v. 771/1369), (**وَلِيَ**) fiilinden başlayarak diğer müstekkâtını ele aldığı **velâyet** maddesinde şu bilgileri verir:

a. el-velî, el-Vâlî, (**الْوَالِي، الوالي**) : Allah'ın isimlerinden olup, yardım eden, bütün eşyaya sahip ve malik olan demektir¹⁷.

¹⁵ Özden, Yekta Güngör, Hukuk Rehberi, Ankara 1970, s.26; en-Nebhan, Muhammed Faruk, Nizâmu'l-Hukmi fi'l- İslâm, (Çev. Servet Armağan, İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları), İstanbul, 1980, s.653-655.

¹⁶ İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Cemalüddin Muhammed, Lisânu'l-A'rab, I-XV, Beyrut (ty), XV, 406-415; el- Firûzâbâdî, Mecdüddin Muhammed b. Ya'kûb, el-Kâmûsu'l-Muhît, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut 1994; et-Tehânevî, Muhammed A'lâ b. Ali, Keşşâfu İstîlâhâtî'l-Fünûn, I-III, Dâru Sâdir, Beyrut (ty), III, 1528; ez-Zebîdî, Muhammed Murtaza el-Huseynî el-Vâsıtî, Tâcu'l-A'rûs min Cevâhirî'l-Kâmûs, I-XX, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1994, XX,310; Alpdündar, Remzi, Hukuk Sözlüğü, İstanbul 1977, s. 313; el-A'zebî, Hornby, Parnwell, English Arabic Reader's Dictionary, Oxford 1984, s.302; ayrıca bk Hanefî Muhammed el-Huseynî, el-Ahvâlu's-Şahsiyye Hukûku'l-Evlâd ve'l-A-kârib, Dâru'l-Fikri'l-A'rabî, Mısır 1965, s.232; Şilbî Muhammed Şitîvî, " Nazariyyetu'l-Velâye l'nde's-Selef ", Mecelletu's-Şerîa, sayı, VII, Kuveyt 1987, s. 74-75; Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İrfan Yaymevi, İstanbul 1978, s. 195; Berrâc, Cum' a Muhammed, "el-Velâyetu fi A'kdî'n-Nikâh", Mecelletu's-Şerîa, sayı, XI, Kuveyt 1988, s.70.

b. el-mütevellî (المتولّي) : Alemin ve alemde var olan yaratıkların bütün işlerini üstlenen ve tasarrufunu kudret elinde tutan, demektir.

c. el-velî (الولي) : Otoriter, yardım eden, neseben yakın olan, dost olan, yetimin işlerini yürüten, kadının nikah akdini icra eden, birisinin işini üstlenen, şehadet ve tasdikini tam yapan, içten katılımla yardıma koşan, tâbi olan, seven, düşmanın zıddı, bağlanılan varlık, ibadet edilen varlık.

d. el-mevlâ (المولى) : velî, asabe, andlaşmalı, azadlı, azad eden, ortak, müttetik, komşu, ikram eden, sıhrî hısım, sahip, malik, köle.

e. el-velâ (الولاء) : velî edinmek, azad etmek, mülkiyet.

f. el-muvâlat (الموالاة) : Biri diğerinin müslüman olmasını sağlayan iki kişi arasındaki dostluk ve yakınlık, dostluk üzerine kurulu muahedeleşme, tebeyyet.

g. el-velâye (الولاية) : Velâyet, birisinin işini üstlenmek, birisini temsil yetkisiyle görevlendirmek, din kardeşliği, miras hakkı doğuran bağ, yardım etmek, dost bilmek, neseb, yönetim ve it'k üzerine bağlı temsil yetkisi. İyilik veya şerde birbirine destek verceklerine dair anlaşma yapan taraflar arasındaki işbirliği, birisinin lehinde savunma yetkisi, birine temsil yetkisi vermek.

İbn Manzûr bu alandaki açıklamalarının sonunda "Sizden kim onlara velâyet hakkı tanırsa, dost bilip yetki verirse, o da onlardan olur" ¹⁸ ayetine dikkat çeker.

Nitekim Kur'an ayetlerinde, aynı kökten gelen kelimelerde de **velâyet** ifadesinin kavram olarak; aynı safta olma, yardım, inayet, koruma, temsilî yetki, birlik olma, birlikte davranma anlamlarına geldiği görülmektedir¹⁹.

Pakalın, "velâyet" tabirinin, başkası üzerinde tasarrufa nafiz olmak yerinde kullanıldığını²⁰, Zühaylî (v. 1404/1984) ise, herhangi birisinin iznine bağlı olmaksızın tasarrufta bulunabilme gücü manasına geldiğini söyler²¹.

Gerek dilciler gerekse hukukçular, "velâyet" kavramının telaffuzu üzerinde de durmuşlardır. Râğib el-İsfehânî (v. 502/1108), Velâyetin yardım ve dayanışma manasına, vilâyetin ise "bir işi üstlenmek" manasına gelmekle beraber, delâlet kelimesi ile dilâlet kelimesi nasıl aynı manaya gelirse, velâyet ile vilâyetin de aynı

¹⁷ (الولي، الوالي، من أسماء الله وهو الناصر ومالك الأشياء جميعها، المتولي لأمر العالم والخلاتق القائم بها، المتصرف فيها)
Ibn Manzûr, age, XV, 406-407.

¹⁸ 5 Mâide 51; ayrıca bk İbn Manzûr, Lisânu'l-A'rab, XV, 406-415.

¹⁹ bk 18 Kehf 44; 2 Bakara 257; 60 Mümtehine 1; 45 Câsiye 19; 9 Tevbe 23,71; 8 Enfâl 72-73; 3 Âli l'mrân 38; 7 A'râf 196; 6 En'âm 14; 4 Nisâ 45,75,144; 5 Mâide 51,55, 56.

²⁰ Pakalın, Mehmed Zeki, Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, I-III, İstanbul 1993, III,588.

²¹ ez-Zühaylî, Vehbe, el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhû, I-III, Dâru'l-Fikr, Dimaşk 1989, VII,186; ayrıca bk

manalara geldiğini kabul eder²². Ferrâ'nın:²³ " Bu kelimeyi, vilâyet şeklinde okumak bana daha hoş gelmektedir. Ancak, dayanışma manasına alındığında velâyet şeklinde okunmaktadır" dediği, Kisâf'nin²⁴ ise bu kelimeyi daima velâyet şeklinde okuyup dayanışma manasına aldığı kaynaklarda nakledilmektedir²⁵. Zebîdî (v. 1205/1790), velâyet kelimesinin masdar olduğunu " birisinin işini üzerine almak, birisini temsil etmek, onun hakkında tasarrufta bulunmak himâye etmek" manalarına geldiğini, vilâyet kelimesinin ise isim olup bir idârî bölge, ülke, hutta (bir işi planlayıp yürütmek) ve imaret manalarına geldiğini söyler. İbn Sikkî'tin²⁶ bu kelimeyi vilâyet şeklinde okuyup, otorite, yönetici manalarına kullandığını ifade eder. Zebîdî, bu konudaki açıklamalarına, Zeccâc'ın²⁷ kelimeyi her iki şekliyle de okuduğunu ve aynı anlama aldığını, Kisâf'nin ise yalnız velâyet şeklinde okuduğunu ekler²⁸.

İslâm hukukçuları, "velâyet" ve "vilâyet" şeklindeki telaffuzları müradif (eşanamlı) olarak kullanmışlardır. Ancak, günümüz müelliflerince "velâyet" şeklindeki telaffuzun tercih edildiğini söyleyebiliriz²⁹.

Velâyetin lugat manası üzerine yapılan bu değerlendirmelerden sonra terminolojik manalarına geçebiliriz.

B. VELÂETİN İSTİLÂHÎ MANASI

İmam Serahsî (v.483/1090), Velâyetin şahıs ve mal üzerine terettüb eden hukukî temsil olduğunu belirtir³⁰.

Şaban, el-Ahkâm, s. 205.

²² er-Râğib el-İsfehânî, Müfredâtu Elfâz'l-Kur'an, Dâru'l-Kalem, Dimaşk 1992, s.885. ayrıca bk İbn Nüceym, Zeynüddin, el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik, I-VIII, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1993, III, 117.

²³ el-Ferrâ, Ebû Zekeriyâ Yahyâ ed-Deylemî (v. 822/1419), İmam Kisâf'nin öğrencisi olup Kûfe'li dilbilginlerindendir. Görüşü için bk İsfehânî, age, s. 885 dipnot.

²⁴ el-Kisâf, Ebu'l-Hasen Ali b. Hamze (v.805/1402), yedi kıraat imamından birisi olup Kûfe ekolüne bağlı bir dilcidir. Görüşü için bk İsfehânî, age, s. 885.

²⁵ İsfehânî, age, s. 885.

²⁶ İbn Sikkî, Ya'kûb Ebû Yûsuf (v. 859/1454), Bağdatlı olup büyük bir dil ve edebiyat bilginidir.

²⁷ Zeccâc, Ebû İshâk İbrahim (v. 923/1517), büyük bir nahiv ve dil bilginidir. Bağda'ta doğmuş, yine Bağdat'ta vefat etmiştir.

²⁸ Zebîdî, Tâc, XX,310.

²⁹ bk el-Mâverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Hbîb, el-Hâvî'l-Kebîr, mukaddime + I-XVIII, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, IX,115; el-Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtâr, I-V (tek mücellid), by, ty, III,90; ez-Zühaylî, Vehbe, el-Fıkhul-İslâmî ve Edilletuhû, I-VIII, Dâru'l-Fıkr, Dimaşk 1989, VII,186; Şaban, Zekiyyüddin, el-Ahkâm eş-Şer'iyye li'l-Ahvâlî's-Şahsiyye, Bingazi 1993, s. 205; Karaman, İslâm Hukuku, s. 195.

³⁰ es-Serahsî, Mebcut, c.IV, s. 213, ayrıca bk İbn Abidin, Haşiye, III, 54; Ahmed Muhammed el-HUSARİ-el-Velaye, el- Vesaye, et- Talak fi'l Fıkhî'l- İslâmî li'l- Ahvalî's-Şahsiyye, Beyrut 1992, s.1.

İbn Âbidîn (v. 1252/1836), velâyeti; "sözü, başkası üzerinde -istese de istemese de- geçerli kılan salahiyât" olarak aktarır³¹. İbn Abidîn'in aktardığı bu tarif, Cürçânî (v. 816/1413) ile İbn Nüceym (v. 970/1562)'in verdikleri tarifin aynısıdır³².

Burada söz konusu edilen "salahiyât", bir hukukî temsîl niteliği taşımaktadır. Kanaatimizce, velâyet kavramının bu yönü üzerinde ciddi çalışmalara gerek vardır. Zira, Toplumdaki fertlerin velâyet haklarından doğan tasarruflarını kimseye tevdi etmeden yerli yerince kullanması, hem bir görevin yerine getirilmesi hem de ailedeki düzen ve huzur açısından büyük önem taşımaktadır.

Hukukî temsîl (*التبابة الشرعية*)' in müessese (velâyet, vesâyet) olarak doğması, çocukluk, cünûn, ateh gibi, haklarını ancak temsilcileri vasıtasıyla koruyabilecek kasır ehliyetlilerin varlığı sebebiyledir³³.

İslâm hukukunda velâyet, fikhın sistematik yapısı içinde en geniş alandan en dar alana kadar, **hak ve yetki** donanımlı birisi tarafından başkası hakkındaki **nafiz yetki ve tasarruf** işlemlerini ihtiva etmektedir³⁴.

Kasır ehliyetlilerin velâyet (hukukî temsîl) yoluyla, haklarına riayet etmek, ayet ve hadislerin amir hükümleri ile teyid edilmiştir³⁵. İslâm hukukçularının velâyetle ilgili tanımları, bu konudaki nassların hükümlerine uygundur.

Bu tanımlardan birkaç örneği görelim:

"Kişinin hukukî işlem ve tasarruflarını geçerli kılan hukukî temsîl yetkisidir"³⁶ diye tanımlamışlardır. Hukukî temsîl yetkisi bazı durumlarda temsîl edilen kişinin müdahalesi ile veya rıza ve izni ile geçerli olabilmektedir. Velâyet'te asıl olan temsîl, temsîl olunanın ehliyet yetersizliği nedeniyle temsile tam salahiyattar bulunma halini ifade eder. Bu durum aşağıdaki velâyet tanımından da anlaşılmaktadır:

"Velâyet, reşid bir şahsın, şahsî ve malî işlerini gözetip yürütmek üzere kasır bir şahsın yerini tutmasıdır"³⁷.

³¹ İbn Âbidîn, Muhammed Alâüddîn, Hâşiyetu Reddî'l-Muhtâr Alâ Şerhi Dürri'l-Muhtâr, I-VIII, İstanbul 1984, III, 55.

³² bk el-Cürçânî, Ali b. Muhammed es-Seyyid eş-Şerîf, Kitâbu't-Ta'rîfât, Dâru'r-Rüşd, Kahire (ty), s. 282; İbn Nüceym, Bahr, III, 117.

³³ Şener, Mehmet, "İslâm Hukukunda Velâyet" I, I.F.D., sayı: II, İzmir 1985, s.203.

³⁴ Hamâd, Nezih, "et-Teâmülü bi'r-Ribâ beyne'l-Müslimîn ve gayri'l-müslimîn", mecelletu's-Şerî'a, sayı: IX, Kuveyt 1987, s.223; el-Bedevî, İsmail, "Fusûl fi'l-Kadâ'i'l-İslâmî", Mecelletu's-Şerî'a, sayı: VIII, Kuveyt 1987, s.58; Damiriye, Osman Cum'a, "Menhecû'l-İslâm fi'l-Harbi ve's-Selam", Kuveyt 1982, s.126; el-Husari, age, s.1.

³⁵ Şener, age mak. I, s.203.

³⁶ Hanefî, Ahvalu Şahsıyye, s.232

³⁷ Karaman, İslâm Hukuku, s.195.

"Velâyet, akdin kendisiyle kaim olduğu ve yürürlüğe girdiği hukukî bir temsil, hukukî bir yetkidir"³⁸ diyen Zühaylî (v. 1404/1984), bu yetkinin kâmil ehliyetli birisi tarafından, kasırın (kısıtlının) şahsı ve malı üzerine şamil olacağını kaydeder³⁹.

Batılı din adamları, hıristiyanlıkta, insan hayatının sosyal statüsünü belirleyici kuralların olmadığını, bu alanı toplum bilimcilerin belirlemesi gerektiğini kabul ederek, hıristiyanlığın nesil himâyesine ait görüşlerini özetlemişlerse de,⁴⁰ bugün devletler hukukuna bakıldığında, devletlerin genelde üç rükûnden oluştuğu, bu rükünlerin **temel ilkeler, halk ve ülke** olduğu, devletin şahsi manevisinin, Temel İlkeleri üzerine kaim olduğu, bu haliyle devletin genel **velâyet** görevini deruhte edip, kabul ettiği temel hak ve özgürlükleri koruduğu beyan edilmektedir⁴¹.

TMK, velâyeti, kısıtlıların şahsı ve malı üzerindeki himâye ve bakım için ana babaya tanınan **hak ve yetki** olarak ele alır. "velâyet: küçük yada kısıtlı çocukların kendileri ve malları üzerinde yasal bakım ve terbiye görevlerini kolaylaştırmak amacıyla YASA'nın ANA-BABA'ya tanıdığı **hak ve yetkilerdir**"⁴² der.

Görüldüğü üzere, velâyet ister geniş kapsamlı olsun ister dar alanlı olsun kısıtlı ve acziyet içinde olan birisinin haklarının, bu hakları korumaya muktedir birisi tarafından onun adına kullanım hakkı ve yetkisi veren bir hukuki temsil (**النيابة الشرعية**) müessesesidir.

II. VELÂYETİN KISIMLARI

Velâyetin, kişinin hukukî işlem ve tasarruflarını geçerli kılan **hukukî temsil yetkisi** olduğunu gördük⁴³. Bu hukukî yetkiler çeşitli açılardan ele alınabilir:

Velâyet, toplumların her alanına ait hukukî temsillerin tamamına şamildir. İslâm aile hukukuna göre en küçük kuruluştan en büyük örgütlere kadar insanlar arasındaki bütün dostluk, muahede, yardımlaşma, ittifak, hak, yetki ve görevi devretme gibi konuların tamamı, düşünceden itikada, kuweden fiile kadar bütün davranış biçimlerini, şümulü dahilinde tutar. Bu nedenle bu bahis, gerek uygulama,

³⁸ Zühaylî, el-Fıkh, IV, 372.

³⁹ Zühaylî, age, VII, 746.

⁴⁰ Tahâ, Zevac, s.163.

⁴¹ Ebu İ'd, Arif, "ed-Devletu ve Erkânuha beyne's-ş-şerfati ve'l-Kanun", Mecelletu's-ş-şeria, sayı: I, Kuveyt 1984, s.74-83, Tahâ, age, s.153

⁴² TMK m.262,277; Yeni Hukuk Lugatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Site Yayınları, İstanbul 1964, s.333 ; Alpdündar, Hukuk Sözlüğü, s.313

⁴³ Hanefî, Ahvalu Şahsiye, s.232; Karaman, İslâm Hukuku, s.195; Şener, "İslam Hukukunda Velâyet I", s.203.

gerek velînin şahsı ve tasarrufu, gerekse velâyetin kapsam ve şümulü açısından sayılan alanların tamamı ile alakalı bir mevzudur⁴⁴.

Bu bakımdan belli başlı velâyet çeşitlerini aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

A. İ'TİKÂDÎ ALANDA VELÂYET

İ'tikâdî velâyet; aynı inanç esaslarını paylaşan kişilerin -dünyanın neresinde bulunurlarsa bulunsunlar- birbirleriyle dayanışma içinde olma zorunluluğuna dair haklar ve yetkiler demektir.

Dünya hukuk bilginleri, toplumların hayatî konularını bazı temel ilkeler, temel ilkeleri hayata aktarıp pratize eden prensipler, bir de gaye ve hedefe ait kuralların belirlediği hususunda, görüş birliği içindedirler. Gerek teşrîî durumda olsun gerekse mer'î bulunsun, hukuk kurallarının **temel ilkeler, amelî prensipler ve gâî kurallar** çerçevesinde olacağı kaçınılmaz bir gerçektir⁴⁵.

Kur'an ayetleri üzerinde çalışan İslâm bilginleri, Kur'an'ın, Allah'ın dostluğunu kabul edenleri hayr (**الخير**), Allah'ın dostluğunu kabul etmeyenleri ise şerr (**الشر**) ehli olarak vafettiğini belirtmişlerdir⁴⁶. Nitekim, İbn Teymiye (v. 728/1328), Kur'ana göre insanların iki ana gruba ayrıldığını söyler:

a. Hızbu'llah, bir başka ifadeyle evliya'r-Rahman.

b. Hızbu's-şeytan, bir başka ifadeyle evliya's-şeytan⁴⁷.

İbn Kesîr (v. 774/1372), En'am Suresinin 129. ayetinin tefsirinde Katade'den şu rivayeti aktarır:

"Şartlar ne olursa olsun, nerede bulunursa bulunsun mü'min, mü'minin velîsidir, aralarında velâyet hükümleri caridir. Aynı şekilde gayrimüslim birisi de diğlerinin velîsidir, onunla dayanışma halindedir"⁴⁸.

Şâfiî fikhının büyüklerinden İmam Mâverdî (v. 450/1058), manevî üstadı İmam Şâfiî (v 204/819)'den şu bilgileri aktarır:

"Gayrimüslim bir kadını ancak gayrimüslim bir velî evlendirir. Çünkü, din ayrılığı sebebiyle Allah, aralarındaki velâyeti kaldırmıştır."⁴⁹ Mâverdî, gayrimüslimin

⁴⁴ Bilmen, Ömer Nasuhî, Hukukî İslâmîyye ve İstilahatı Fıkhye Kamusu, I-VIII, İstanbul 1967, III, s. 25; en-Nebhan, Nizam, s. 593-610; bk Buhari, Mezalim, III, s. 96-109.

⁴⁵ el- Meydâni, Akîde, s.87.

⁴⁶ bk 2 Bakara 257; 3 Ali İmrân 68; 5 Maide 56; 6 En'âm 129; 58 Mücadele 19,22; 45 Casiye 19.

⁴⁷ Şilbi, Nazariyetu'l-Velâye, s.75.

⁴⁸ Kesîr, Ebu'l-Fidalsmail, Tefsiru'l- Kur'anil-A'zîm, I-IV, Beyrut (cy), II, 176-177, Şilbi, age, s.78; Atar, Usûl, s.111.

müslüman üzerinde ne neseben ne de yönetim ve mülkiyette herhangi bir velâyet yetkisinin olamayacağını, yani, gayrimüslim babanın müslüman olan çocuğu üzerinde temsil yetkisinin olmadığı gibi, müslüman esir üzerinde bile temsil ve sınırsız tasarruf hakkına sahip olmadığını, yine gayrimüslimin müslüman kişi ve kitleleri temsil edemeyeceği, dolayısıyla onları yönetemeyeceğini beyan eder⁵⁰.

İbn Âbidîn (v. 1252/1836) de, tevhid âlimlerinin velâyeti, "Allah'ı tanımak, O'nun otoritesine tam anlamıyla teslim olmak " şeklinde anladıklarını belirtir⁵¹.

İslâm hukukçuları, i'tikâdi alanda aynı prensipleri kabul eden mü'minlerin dayanışması üzerinde, o denli çok durmuşlardır ki, en küçük ayrıntıları bile ihmal etmemişlerdir. İman, takva, söz ve amel uygunluğunun yanında, Allah'ın sevdiğini sevmek mecburiyetinde olan mü'minlerin, hem insanlığa hem de aynı yükümlülüğü taşıyanlara karşı birtakım hak ve görevlerinin bulunduğunu vurgulamışlardır. Şiadan İsnâ Aşeriye'ye göre velâyet, beş temel itikâdi prensipten birisi olup, Allah dostlarını sevmek ve onlara bağlı kalmayı ifade etmektedir⁵².

Demek ki, insanların inandıkları temel itikad esasları ve düşüncelerine göre bir ictimai statü oluşturmaları, aralarında bu temel itikad esaslarına göre hukukî düzenlemelere gidip ferdî, âilvî ve sosyal haklarını korumaları evrensel bir nitelik taşımaktadır.

Hz. Peygamber (a.s.)'in bizzat yazdığı, Medine Deklarasyonundaki maddeler de gösteriyor ki, müslümanların itikâdi alanda velâyet bağlarının bulunduğu hususu kesin bir gerçektir⁵³.

⁴⁹ Mâverdi, Hâvî, IX, 115.

⁵⁰ Mâverdi, age, IX, 116.

⁵¹ İbn Âbidîn, Hâşiye, III, 54.

⁵² Şelebi, 88-96, "Şiilikte velâyet kavramı", H. Corbin (çev. Sabri Hizmetli), A.Ü.İ.F.D., c.xxvi, Ankara 1983, s.717.

⁵³ Hz. Peygamber (sav)'in buradaki ifadeleri maddeler halinde kaleme alınmamakla beraber, üzerinde yapılan çalışmalarda metnin detayları maddeleştirilmiştir. Önemine binaen bu tarihî kitabenin bir paragrafını buraya alıyoruz (bk Şakir, et-Târîhu'l-İslâmî, II, 167):

"... وَإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ لَا يَتْرَكُونَ مَفْرَحًا بَيْنَهُمْ أَنْ يَعْطَوْهُ بِالْمَعْرُوفِ فِي فِدَاءٍ أَوْ عَقْلٍ . وَأَنْ لَا يَحَالِفَ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنًا
مُؤْمِنٌ دُونَهُ . وَإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ الْمُتَّقِينَ عَلَى مَنْ بَغَى مِنْهُمْ أَوْ ابْتَغَى دَسِيعَةً ظَلَمَ أَوْ إِثْمًا أَوْ عَدْوَانًا أَوْ فِسَادًا بَيْنَ
الْمُؤْمِنِينَ , وَإِنَّ أَيْدِيَهُمْ عَلَيْهِ جَمِيعًا , وَلَوْ كَانَ وَلَدٌ أَحَدِهِمْ , وَلَا يَقْتُلُ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنًا فِي كَافِرٍ وَلَا يَنْصُرُ كَافِرًا عَلَى
مُؤْمِنٍ , وَإِنَّ نَمَةَ اللَّهِ وَاحِدَةٌ , وَيَجِيرُ عَلَيْهِمْ أَدْنَاهُمْ , وَإِنَّ الْمُؤْمِنِينَ بَعْضُهُمْ مَوَالِي بَعْضٍ دُونَ النَّاسِ ..."

"... Ve mü'minler, içlerinde bulunan herhangi bir mü'min kardeşlerini, işlediği cinayet veya ödeme mülkellefiyetinde olduğu fideye katkısı bedellerini meşru ölçüler dairesinde kendisine takdim etmek suretiyle, onu, altından kalkılmaz ağır mâlî yükümlülükler içinde yalnız bırakamazlar. Hiç bir mü'min, bir mü'min kardeşinin andlaşmalı olduğu kişiyle onun aleyhine olan bir anlaşma yapamaz. Mü'minlerden kim azıtırsa veya büyük bir zulme yeltenirse veya günah işler, düşmanlık yapar, mü'minler arasında fesad çıkarırsa, müttekî (önder) mü'minler öncülüğünde bütün müslümanların eli onun yakasındadır. Ve o, kendi çocuklarından birisi de olsa durum değişmez. Hiç bir mü'min, bir gayrimüslim için bir mü'mini öldüremez ve bir müslümanın aleyhine olarak bir gayrimüslime yardımında bulunamaz. Allah'ın zimmet ahdi herkese birdir. Kendilerinden en düşük statüde

B. HUKUKİ ALANDA VELÂYET

Hukukî velâyet; bir kişinin veya kurumun başkalarını temsile ve onlar adına tasarrufta bulunmaya hukûken imkan veren velâyet demektir.

Velâyetin, en geniş anlamından en dar anlamına kadar bir **hukukî temsil yetkisi** olduğunu biliyoruz. Toplum düzeninin sağlıklı yürütmesinde, kişiler arasındaki dayanışma ve selahiyet paylaşımında, bir kişiyi diğerinden daha selahiyetli görebilir miyiz? Bu soruya olumsuz cevap bulmak mümkün değil. Gerek ehliyet alanındaki kısıntı, gerekse idâri ve siyâsi alandaki selahiyetler, bir kişiye ait yetkilerin diğerinden daha fazla olduğunu göstermektedir. Örneğin;

Sığar (küçüklük), Cünûn (delilik), ateh (aklî yetersizlik), sefeh (irâdî zaaf nedeniyle yanlış tasarruflarda bulunma), sekr (sarhoşluk), iğma (baygınlık), maradulmetv (yeniden sağlığa kavuşma imkanı vermeden ölüme götüren hastalık), borçluluk ve iflas gibi konular, tasarruf yetkilerini daraltan sebeplerdir⁵⁴. Birisinin tasarruf yetkisini azaltan veya tamamen yok eden sebep, bir başkasının tasarruf yetkilerini artırır. Velâyet, burada, acziyyetin durumuna göre şekil almaktadır. Eğer kişi, kamuya karşı zararlı davranışlarda bulunursa Velâyet-i Amme yetkisi nedeniyle emiru'l- mü'minîn veya onun adına görev yapan mahkemeler tarafından takibe uğrayacaktır. Davranışlarına bir takım kısıtlamalar getirilecektir. Emirulmü'minîn veya mahkemelerin bu müdahalesi, velâyetleri nedeniyledir. Tıpkı bir babanın çocuğunu zararlı davranışlardan koruması ve menetmesi gibi.

Velâyet, hukuken, velînin sabit haklarından. Vesayette olduğu gibi sırf bir görev değildir⁵⁵.

Hukukî alandaki velâyetin en önemli kısmını, velâyet-i âmme ve velâyet-i hâssa teşkil eder. Bu iki velâyet şeklini görmeden önce diğer çeşitlerini de sırayla vermek istiyoruz.

Hukukî velâyetin kapsamında mütalaa edilen velâyet şekillerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

1. Velînin Şahsı İtibariyle Velâyet

a. *Velâyet-i zâtiye*

Başkasının görevlendirmesine ihtiyaç duymaksızın kişinin kâmil ehliyeti nedeniyle sahip olduğu velâyettir.

olanlarını bile himayesinde tutar. Ve kuşkusuz mü'minler, insanlar karşısında birbirlerinin velîsidirler." (ayrıca bk İbn Hişâm, Ebû Muhammed Abdülmelik, es-Sîratu'n-Nebeviyye, I-IV, Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut 1995, II, 126-129; Köksal, İslam Tarihi, I, 137-142; Şakir, age, II, 159-215; Akgündüz, Ahmet, Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası, Timaş Yayınları, İstanbul 1989, s. 37-46).

⁵⁴ Karaman, İslâm Hukuku, s.189-196

⁵⁵ Tekinay, Sabahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s.646; İbû Aşûr, Makasid, s. 240.

Görüldüğü üzere zâtî velâyete sahip olmak için insanın kâmil ehliyetli olması yeterli bir sebeptir. Hürriyet, akıl, bülüğ başta olma üzere kısıtlılık ve tasarruflara müdahaleyi gerektirecek başka bir sebebin bulunmaması zâtî velâyetin yegane şartıdır.

b. Velâyet-i iktisâbiye

Zâtî velâyet sahibi birisinin görevlendirilmesi suretiyle sahip olduğu velâyettir.

Bu velâyetten doğan hak ve tasarruflar, aslî olmayıp niyabeten yürütülür. Mesela kâdînin velâyeti bir iktisâbî velâyet olup görev alanı ile sınırlıdır⁵⁶.

İslam hukukunun sınırları dahilinde işbaşına gelen bir emîru'l-mü'minîn de iktisâbî velâyet hakkına sahip olarak kamuyu temsil eder.

Görevlendirilmeyle elde edilen bu velâyet türünü, vesâyet, vekâlet ve kefâlet kavramlarıyla karıştırmamak gerekir. Çünkü vasî, vekîl ve kefil görevli oldukları tek konunun dışında bir yetki kullanamazlar. İktisâbî velâyet sahibi birisi ise görevi ile ilgili olarak sınırsız yetkilerle donanımlıdır.

2. Velî Tasarrufunun Sınırları İtibariyle Velâyet

a. Velâyet-i kâsıra

Kâmil ehliyetli bir kimseye,⁵⁷ kendisine ait bütün hukukî işlemleri yürütme hakkı veren velâyettir. Gerek şahsını ilgilendiren akidler, gerekse mâli

⁵⁶ Buhâri, Mezâlim 3, III, 98; Ebu Davud, Süleyman b. el- Es'as, es-Sicistâni el-Ezdi, es-Sünen, I-V, nşr. çağn Yayınlan, İstanbul 1985, Nikah 20, II, 568; en- Nebhan, Nizam, s. 575, Damiriye, Menhec, s.126.

⁵⁷ Ehliyet; Kişinin ilzam ve iltizama selahiyetli olmasıdır. İkiye ayrılır.

a. Vücüb ehliyeti: Kişiyi, lehinde ve aleyhindeki hükümlere yetkili kılan vasıftır ki, hayvanlarda olmayan bu vasfa "zimmət" denmektedir. Bu ehliyet nâkıs ve tam olmak üzere ikiye ayrılır.

Nakıs ehliyet: Lehteki hakları sabit kılan ehliyettir.

Tam ehliyet: Lehteki ve aleyhteki hak ve borçlara muhatap kılan ehliyettir.

Mesela cenin, nâkıs ehliyetli olduğu için; mîras, vasiyyet, nesebin sübutu gibi lehindeki haklara ehildir. Bu haklardan istifade eder. Aleyhindeki haklardan ise sorumlu tutulmaz. Mesela velîsinin kendisi için aldığı mebnin ödemesini yapmak zorunda değildir.

b- Edâ Ehliyeti: Kişiyi lehindeki ve aleyhindeki hükümleri edaya selahiyetli kılan ehliyettir. Bu selahiyet bedeni ve akli güç ve yetenekledir.

Eda Ehliyeti ikiye ayrılır:

KASIR EHLİYET: Bedeni ve akli yetersizlik nedeniyle bir hükmü edaya dair selahiyeti azaltan ehliyettir. Mecnun, çocuk ve matuhun ehliyeti gibi.

KAMİL EHLİYET: Bedeni ve akli yeterlilik sebebiyle bir hükmü edaya dair olan selahiyet bütünlüğüdür. Akil, baliğ ve reşidin ehliyeti gibi.

bk es- Serahsî, Usûl, II, 332-333,340, Şaban , Zekiyyuddin, Usulu'l-Fıkhı'l-İslâmi, Kuveyt 1988, s. 352-355, Hîto Muhammed Hasen, el- Veciz fi Usuli't-Teşrii'l-İslâmi, Beyrut 1984, s. 86-91, Karaman, İslâm Hukuku, s.177-194; Aydın Mehmet, İslâm -Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul

sözleşmelerinde -usulüne uygun olarak düzenlemesi şartıyla- tam yetki hakkına sahiptir. Ayrıntılara girmez isek, âkil, bâliğ ve reşid olan herkes bu velâyete ehildir⁵⁸.

Kâsır velâyet sahibi, yalnız kendi şahsı ve malı üzerindeki tasarruflarda bulunabilir. Bu itibarla dar kapsamlı bir velâyet şekli olup kâmil ehliyeti haiz herkes tarafından sahip olunan bir velâyet çeşididir⁵⁹.

b. Velâyet-i tâmm

Kedisine ait hukukî işlemleri yürütme hakkına sahip kamil ehliyetli bir kimseye, başkalarının şahsı ve malı üzerinde gerekli işlemleri yürütme selahiyeti veren velâyettir⁶⁰.

Velâyet-i müteaddiye de denilen tam velâyet sahibi birisi, kendi şahsı ve malı üzerinde tasarrufta bulunabildiği gibi başkalarının şahsı ve malı üzerinde de etkin tasarruf hakkına sahiptir. Bu itibarla bu tür velâyetin alanı geniş kapsamlıdır. Bu nedenle bu velâyet çeşidine velâyet-i müteaddiye (الولاية المتعدية) de denir. Böyle bir velâyet hakkına sahip olan kişi, velîsi bulunduğu mevlî aleyhin gerek şahsı, gerekse malı üzerinde tam bir tasarruf yetkisine sahiptir. Velîsi bulunduğu mevlî aleyhin (velâyet altındaki) malını işletme, satma, kiralama, rehin, hibe, onun adına satınalma v.b. tasarruflarda -lehinde olmak şartıyla- bulunabileceği gibi, şahsını himâye, tedib, talim, tevcih, terbiye, evlendirme v.b. hususlarda da tasarruf hak ve yetkilerine sahip bulunmaktadır⁶¹. Çünkü hem icbârî hem de ihtiyârî temsil yetkisi taşımaktadır⁶².

Böyle bir velâyete sahip olan kimse, şahsına ve malına ait işlemleri yürütmeye selahiyetli olduğu gibi, başkasına ait hukukî işlemleri yürütmeye de yetkili olacaktır. Başkasına ait hukukî işlemlerin yürütülmesi, iki kategoride gerçekleşir. Bunlardan birisi, bizzat mevlî aleyhin şahsıyla ilgilidir. Digeri ise, onun malına ait temsil yetkisidir ki, bu konular ileride ele alınacaktır.

3. Velî Tasarrufunun Geçerliliği İtibariyle Velâyet

a. Velâyet-i icbâriye

Mevlî aleyhin rızasına veya herhangi bir hukukî müdahalesine gerek olmadan yürütülen hukukî temsil yetkisine velâyet-i icbâriye denir.

1985, s. 22-24, Atar, Usul, s. 143-145, Ebu Zehra, Muhammed, İslâm Hukuku Metodolojisi -Fıkıh Usulü, (çev. Abdulkâdir Şener), Ankara 1981, s. 281-285

⁵⁸ Şaban, el-Ahkâm, s. 206.

⁵⁹ Berrâc, Velâye, s. 71

⁶⁰ Berrâc, age, s. 70-72.

⁶¹ Hanefî, Ahvalu Şahsiye, s. 234.

⁶² Şaban, el-Ahkâm, s. 206, 211.

İslam hukukçuları, küçükler üzerinde icbârî velâyetin geçerli olacağı hususunda müttefiktirler. Küçüğün gerek şahsı gerekse malı üzerinde hukukun öngördüğü sınırlar çerçevesinde her nevî tasarrufta bulunabileceklerdir. Ancak, İbn Şübrime (v. 458/1065), Ebû Bekr el-Esam ve Osman el-Bettî gibi hukukçular, evlendirme velâyetinde , velînin küçük üzerinde icbârî velâyete selahiyetli olmadığını söylemişlerdir ⁶³ ki, ileride, evlendirme velâyeti bahsinde, bu konuya daha geniş yer verilecektir.

b. Velâyet-i ihtiyâriye

Velînin, mevlî aleyh üzerindeki tasarrufunu, ancak onun rızası ile geçerli kılan temsil şekline ihtiyarî velâyet denir⁶⁴.

Hukukçuların velâyet-i nedb veya velâyet-i istihbâb şeklinde de ifade ettikleri bu velâyet şeklinde, velînin mevlî aleyh üzerindeki tasarrufunun onun rızası olmadan geçerli olması mümkün değildir.

4. Velî Tasarrufunun Konusu İtibariyle Velâyet

a. Velâyet-i nefsiye (şahıs üzerindeki velâyet)

Tam velâyet hakkına sahip olan bir velînin, mevlî aleyhin şahsı üzerindeki hukukî temsil yetkisine, velâyet-i nefsiye veya şahıs üzerindeki velâyet denir.

Burada velî, mevlî aleyhin şahsına ait hukukî işlemleri - mevlî aleyh kamil ehliyetli olduğunda neleri yapabilecek idiyse - aynen ifa eder, onun adına yürütür. Bu işlemler, kısıtlının durumuna göre, hıdâne, nafaka, ta'lîm, terbiye, evlendirme, kötülöklere karşı koruyup istikbale hazırlama gibi tasarruflara imkan verir ⁶⁵.

b. Velâyet-i mâliye (mal üzerindeki velâyet)

Tam velâyet hakkına sahip olan bir velînin, mevlî aleyhin malı üzerindeki tasarruf yetkisine, velâyet-i mâliye veya mal üzerindeki velâyet denir.

Akıl ve bülöğ, normalde mevlî aleyhin kısıtlılık halinin sona ermesine sebep olan iki önemli faktör olmasına rağmen, mal üzerindeki velâyetin devamına engel olamaz. Zira, mal üzerindeki velâyetin sona ermesi için mevlî aleyhin sadece âkil bâliğ olması yeterli olmayıp aynı zamanda reşîd olması, yani, malını sevk ve idare edebilecek bir yeteneğe kavuşması da gerekmektedir ⁶⁶.

⁶³ Zühaylî, el-Fıkh, VII,179.

⁶⁴ Berrâc, Velâye, s. 70-71.

⁶⁵ Berrâc, Velâye, s. 71-72.

⁶⁶ Daha geniş bilgi için bk Şaban, el-Ahkâm, s.651-672.

5. Temsil ve Himâye Alanı İtibariyle Velâyet

a. Velâyet-i âmme

Meşru düzenin dahilî ve haricî etkenlere karşı korunması ve toplumun bütün fertlerini temsile imkan veren velâyete, velâyet-i âmme denir.

Toplumunu ilgilendiren, toplumda genel adalet ve salahı temin, huzur ve güven ortamını oluşturma, toplumsal haksızlıkları önleme, toplumu dış etkenlere ve tecavüzlere karşı koruma gibi kamuyu temsil etmeyi gerekli kılan bu velâyet çeşidi, başta emîru'l-mü'minîn olmak üzere kamuyu da alakadar eden bir velâyettir.

O halde velâyet-i âmme, bir devletin en üst düzey otoritesi ile yargıç ve valilerin yasal çerçevede ilgili şahıslara ve mallara şamil selahiyetlerini ihtiva eder⁶⁷.

Batı hukuk sistemlerinde de devlet, velâyet-i âmmeğe ait işleri deruhte eder. Aile hukuku alanına giren konularda devletin velîye müdahalesi, İslâm aile hukukundaki devlet müdahalesinden daha fazladır. Bu da gösteriyor ki, Batı hukuk sistemlerinde de toplumun velâyetini üstlenmiş bir temsîlî yetki kabul edilmiştir⁶⁸.

Hanbelî fikhının büyüklerinden İbn Kudâme (v. 682/1283), İslâm yargı sisteminin, cihâd (meşru düzeni, bilhassa dış etkilere karşı koruma ve kollama) ve imâmet (kamunun atamasıyla devleti üst düzeyde temsil etme imkanı veren kurum) gibi hususların ümmet üzerine bir **farz-ı kifâye** olduğunu vurgular. Bu farizayı ifa edecek velâyet-i âmme yetkisine sahip birisinin işbaşına getirilmesini, İslâm bilginleri **farz-ı ayn** olarak ele almışlardır. Çünkü, hakların korunması, can ve mal güvenliğinin sağlanması, beşer saadatinin temini açısından emiru'l-mü'minînin görev üstlenmesi, kadılar bulup tayin etmesi şarttır⁶⁹.

Büyük İslam bilgini Şevkânî (v.1250/1834)'nin de belirttiği gibi, müslümanların sosyal hayatlarını düzenli bir şekilde sürdürebilmeleri, zulümden korunup kötülüklerden emin olmaları, aralarındaki anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmaları için kendilerine, yönetici, valiler ve hakimler tayin etmeleri, hem aklın hem de şer'i şerîfin gereği bir vecibedir⁷⁰.

Görüldüğü üzere velâyet-i âmme⁷¹ devletin en üst düzey yetkilisinin ya asaleten ya da naibi vasıtasıyla yürüttüğü velâyettir. Toplumdan mefsetedi def,

⁶⁷ Ergüner, Hilmi, Türk Hukukunda Lugat ve İstilahlar, İstanbul 1973, s.491, ayrıca bkz. Muhammed Mustafa Şelebi, Ahkamu'l- Ustrati fi'l- İslâm, Beyrut 1977, s. 2-3.

⁶⁸ Tekinay, Türk Aile Hukuku, s.514.

⁶⁹ el- Bedevî, İsmail, Fusûl fil- Kadâ'i'l- İslâmî, Mecelletu's-şeria, sayı: VIII, Kuveyt 1987, s.54-55,75, Karaman Hayreddin-Fıkıh Usûlü, İrfan Yayınevi, İstanbul 1970, s.36

⁷⁰ Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, Neylu'l-Evtâr, I-VIII, Dâru'l-Hadîs, Kahire 1993, VIII,294.

⁷¹ Buhari, Nikah 40, VI , 134-135; et- Tirmizi, Ebu İsa Muhammed b. İsa, es- Sünen, I-V, nşr. Çağrı Yayınları, İstanbul 1981, Nikah 14, III, 408; Ebu Davud, Nikah 20, II, 568; Şener I, s. 208; en - Nebhan, Nizam, s. 393-402; el- Hac, Nuzumu'l-İslamiyye, s. 512.

menâfi ve mes'alihi celbetme şeklinde özetlenebilecek bu velâyet, İslâm yargı sistemi içinde nev'i şahsına münhasır (sui generis) bir özellik arzeder ve iki ana uygulama alanına sahiptir⁷².

aa. Velâyet-i idâriye (idârî velâyet)

Mecellenin 30. maddesi "Defi mefasid, celbi menâfi'den evladır" şeklinde düzenlenmiştir⁷³. Bu maddeyi toplumsal barış ve sosyal güvenlik açısından ele aldığımızda; "bu güven ortamını kim sağlayacaktır?" sorusu ile karşılaşırız. İslâm hukuku, emiru'l-mü'mininin sorumluluk, hak ve yetki alanı dahilinde toplumun güvenliğini sağlamaktan sorumlu olduğunu kabul eder. Toplumun gerek dahilî gerekse haricî şartlara göre korunması, birçok kurum ve bu kurumlarda görev alan üst düzey memurlarla sağlanacaktır. Bu üst düzey görevliler, haksızlık yapar, halka zulmederse, bu zulüm nasıl önlenecektir?

İşte idârî velâyetin alanı bu soru çerçevesinde ele alınabilir.

Devlet, varlığının sebebi olan toplum düzenini sağlamak için bir takım hukukî örgütler kurar. İslâm hukuk bilginleri bu alanda uygulamaya konulan iki kurum olduğunu beyan etmişlerdir:

aa1- Velâyet-i Mezâlim

Velâyet-i mezâlim, özellikle idârî alandaki yüksek mevkili kişilerin toplum yönetiminde işledikleri kusur ve zulme bakmakla görevli bir **yargı organıdır**. Bu yargı organı sayesinde, devlet içinde nüfuz ve yetkisi olan kimselerin, gerek halka, gerekse fertlere karşı işlemeleri muhtemel suç ve eylemlere yönelik yüksek derecede bir tedbirdir. Maverdî (v. 450/1058)'nin belirttiği gibi, bu velâyet şekli toplumda **koruyucu** bir güven unsuru olup, adil, dirayetli ve takva sahibi kişiler arasından seçilir⁷⁴.

aa2- Velâyet-i hısbe

Velâyet-i hısbe, toplumda, ahkâmın adilane tatbikini garanti etmek, kimseye zarar vermeden maslahat-ı ammeyi te'min, fertleri himâye ve murakabe etmek (emr

⁷² en- Nebhan, age, s. 610-645.

⁷³ Mecelle, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, İstanbul 1297, s. 26

⁷⁴ Daha geniş bilgi için bk Buhari, Mezalim, III, s. 98-106; el-Mâverdî, el-Ahkâmu's-Sultâniyye el-Vilâyâtu'd-Dîniyye, Dâru'l-Kütübî'l-A'rabî, Beyrut 1990, s.148-173; el-Ferrâ, Ebû Ya'lâ Muhammed b. el-Huseyn, el-Ahkâmu's-Sultâniyye, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1983, imamın velâyeti bahsi, s. 29-60; en- Nebhan, Nizam, s. 593-610; Atar, Fahreddin, İslâm Adliye Teşkilatı, Ankara 1979, s. 163-170.

bil-ma'rûf nehy anil-münker) gayesiyle görevli bir organ olup Hz. Ömer tarafından temeli atılmış, Abbasiler zamanında müesseseleştirilmiştir⁷⁵.

İsâm hukuku velâyet sisteminin geniş bir alanını oluşturan velâyet-i hisbe sayesinde kamu düzeninin sağlıklı yapısı korunabilecektir. Tarih boyunca mevcut bir düzenin yapısını sarsıcı eylemler olagelmıştır. Günümüzde de bu tür eylemler cereyan etmektedir. Zâtî velâyet yetkisine sahip bir kimsenin "gayrimeşru" bir eylemi (ki, bu eylem ya başkalarına zarar verecek şekilde gerçekleşir, yada bizzat kişinin kendisine zarar verir) bu velâyet sayesinde düzeltilebilir. Mesela, günümüzde sık sık rastlanan intihar girişimleri, ölüm oruçları gibi ilk bakışta kamil ehliyetli bir kimsenin sadece kendi şahsına yönelik zarar tevliid edici girişimlere müdahale etmenin, kişi haklarına getirdiği kısıtlamaya rağmen daha yaralı olduğu kanaatindeyiz.

ab. Velâyet-i kazâiye (kazâî velâyet)

Kazâî velâyet; meşru kamu düzeninin korunması, zulmün önlenmesi, iç barışın sağlanması için toplumun fertleri arasında meydana gelen anlaşmazlıkları çözüme kavuşturma imkânı veren bir iktisâbî velâyet çeşididir. Şâfiî hukukçu Mâverdî (v. 450/1058) ile hanbelî hukukçu Ferrâ (v. 458/1065) , imâmet üzerine kaleme aldıkları eserlerinde, İslam yargı sistemi üzerinde detaylı çalışmalar yapmışlardır⁷⁶.

Velâyet-i âmme yetkisine sahip olan kâdî, emirulmü'minin adına icrayı faaliyet eyler, adaletin temininde titiz davranır⁷⁷.

İslâm hukuku, kazâî velâyete büyük önem vermiş, emanetleri ehline tevdi etmekle hakimlik görevini yanyana zikretmiştir⁷⁸.

Maide Suresindeki:

“ **وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط** ”: "Yargılasan, aralarında adaletle hükmet"⁷⁹. ayeti bunu gösterir.

Bir kâdî, Kitap, Sünnet ve ictihad silsilesini takip ederek yargıda bulunacak, böylece toplumda fesada yönelik davranışlar takip edilecek ve adalet sağlanacaktır⁸⁰.

⁷⁵ İbn Aşûr, Makasid, s. 196; Kazıcı, Ziya, Osmanlılarda İhtisab Müessesesi, İstanbul 1987, s. 19-59; en-Nebhan, Nizam, s. 610-645; Atar, s.170-175; Akgündüz, İslam Anayasası, s. 34-36; bk 3 Ali İmran 104, 9 Tevbe 71; velâyet-i hisbe hakkında yazılan eserler için bk Mecelletu'l-Mecme'i'l-İlmî, sayı XVIII, 417-428.

⁷⁶ Mâverdî, el-Ahkâm, s. 129 vd; el-Ferrâ, el-Ahkâm, s. 62 vd.

⁷⁷ bk 4 Nisa 135; Kazai velâyetle ilgili geniş bilgi için bk en-Nebhan, age, s. 568-569, 575; el-Bedevi, Fusul, s. 57.

⁷⁸ bk 4 Nisâ 58; İbn Aşûr, Makasid, s. 312; Bilmeu, Istılahat, VIII, 210.

⁷⁹ 5 Mâide 42.

⁸⁰ Ebu Davud, Akdiye 11, IV, 18.

Kazâ, velâyet (sulta, amme namına hakimiyet) hakkı verir. Bu nedenle, kâdinin verdiği hüküm nafız bir hükümdür. Yukarıda belirtildiği gibi kazâi velâyette, asıl yetki devlet başkanına (imama) ait bir selahiyettir. Kâdî onun namına hüküm verir.

Yetki açısından müftülerle kadılar arasında fark vardır. Şöyle ki, müftülerin velâyet-i amme selahiyetleri yoktur. Onlar sadece hukuk kurallarını beyan edip hangi davranışın hangi sonuca götüreceğini açıklama ile yetinirler. Kâdînin ise velâyet hakkı vardır⁸¹.

Mecellenin 16. Kitabı Kazâi velâyetin muhakeme usulleri ile Kâdînin evsafını muhtevi bablara ayrılmıştır.

"Kaza, hükm ve hakimlik manalarına gelir" diyen mecelle "hakimi" şöyle tanımlamıştır:

"Hakim, beynennas vuku bulan dava ve muhasameyi, ahkam-ı meşruasına tevfiқан fasl ve hasm için tarafı sultaniden nasb ve ta'yin buyurulan zâtır"⁸², yani, "hakim, insanlar arasında meydana gelen dava ve anlaşmazlıkları şer'î hükümlere uygun olarak çözüme kavuşturmak için sultan tarafından atanan kişidir".

Hakimin, imamın bir naibi sıfatıyla en adilane muhakeme hazırlığı içinde olması gereğini vurgulayan Mecelle, bu görevin bir zâti velâyet olmayıp tavgizi ve iktisâbi olduğunu, hakim hangi alanda görevli ise o sahada velâyete ehil bulunduğu gerçeğini te'yid eder⁸³.

Bu bilgilerden sonra velâyet-i hâssaya geçebiliriz.

b. Velâyet-i hâssa

Tam velâyet sahibi kişiye, mevlî aleyhin şahsı ve malı üzerinde temsîl ve tasarruf yetkisi veren velâyet çeşididir.

Velâyet-i hâssa sahibi bir velî, aynı zamanda zâfi velâyet sahibi birisidir. Dolayısıyla kimseden görevlendirme beklemeksizin mevlî aleyh üzerindeki tasarruflarında -İslam hukuk kurallarının öngördüğü çerçeve dahilinde- tam yetkiye sahiptir.

Mecelle, velâyet-i hâssa konusunda: "Velâyet-i hâssa, velâyet-i âmmeden akvadır"⁸⁴. hükmünü getirmiştir.

⁸¹ Karaman, Usul, s. 54.

⁸² Mecelle, m.1784-1785, s. 594.

⁸³ Mecelle, m. 1792-1801, s. 596-598.

⁸⁴ Mecelle, m. 59, s. 30, Ergüner, s. 491.

Bu maddede kişi hak ve özgürlüğü ile müsbet vak'alarda velâyet-i âmme sahibi kişinin velâyet-i hâssa sahibi kişiyi bir çeşit himâye ile toplumdaki hak ve selahiyet dağılıminın nasıl düzenlendiğı de görölmektedir. Buna göre, velînin çocuğunun işlerini yürütmede, kâdîden daha yetkili olduğu, kısıpda maktûlün velîsinin imamdan önce talep hakkının bulunduğu, vakıf mütevellî heyetinin hakimden daha nafiz velâyet hakkına sahip oldukları anlařılmaktadır⁸⁵. Mecelle başka bir maddesinde "zarar izâle olunur" derken, zararı defetmede ise "zararı âmını def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur"⁸⁶. diyor. Burada, velâyet-i âmmenin, toplumun selahını temin için, fesadı önlemedeki selahiyet ve yetki alanı ortaya çıkmaktadır. Velâyet-i hâssa sahibi bir velînin, mevlî aleyhin gerek şahsı gerekse malı üzerindeki tasarruf yetkileri, iktisâbî velâyet sahibi olan veliyy-i âmmdan önce gelir. Yani, veliyy-i hâss herhangi bir nedenle hak ve görevlerini kullanamaz hale gelirse , ancak o zaman veliyy-i âmın devreye girer⁸⁷.

⁸⁵ Ergüner, Türk Hukukunda Luga ve İstılahlar, s.491.

⁸⁶ Mecelle, m.20,26, s.24-25.

⁸⁷ bk age, s.12-14.

İKİNCİ BÖLÜM

ANA HATLARIYLA AİLE HUKUKUNDA VELÂYET

I. HUKUK VE AİLE HUKUKU

A.HUKUK

1. Hukukun Manası

Hak kelimesinin çoğulu olan hukuk, haklar veya kanunlar manasına kullanılmaktadır⁸⁸. Hak kelimesi ise aşağıdaki manalarda kullanılır:

a. *Mutabakat, muvafakat, adalet, sübut, vücut ve tahakkuk.*

b. *Bir şeyi vacip ve sabit kılmak.*

c. *Eğrisi olmayan gerçek.*

d. *Vukûu kesinleşen hüküm.*

e. *Vacip ve lazım olan, muktazayı hikmete vakıaya ve dış şartlara uygun olan doğru.*

f. *Eğrisi olmayan gerçek, Allah'ın bir adı, Kur'an, vahiy, İslam*⁸⁹.

g. *Hak, öyle şer'î bir iktidardır ki, insanlar bununla bazı şeyleri icra etmeye selahiyetli olurlar*⁹⁰.

Sosyal hayat, bir düzeni gerektirir. O nedenle istilâhî manada hukuk; "toplumu nizamlayan kaideler bütünüdür" şeklinde tarif edilebilir⁹¹.

⁸⁸ Şafak, Ali, Hukuk Terimleri Sözlüğü, Rehber Yayıncılık, Ankara 1992, s. 178.

⁸⁹ İsfehânî, Müfredât, s. 125; Tehânevî, Keşşaf, I,329; Bilmen, İstılâhât, I, 12; ayrıca bk "İslam Hukukunda Evlendirme Velâyetinin Sebepleri", Mustafa Genç, İstanbul 1990, basılmamış yüksek lisans tezi, s. 113-115.

⁹⁰ Bilmen, age, s. 13.

⁹¹ Karaman, İslâm Hukuku, s. 8; Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 12-13.

Hukuk kuralları, normatif (düzenleyici, kural koyucu) yapıları itibariyle belirgin dört özellik arzederler. Hukuk kurallarının bu özellikleri:

- a. *Yürürlükte olmak.*
- b. *Açık ve anlaşılır olmak.*
- c. *Değişmez olmak, yani, kesin olmak.*
- d. *Sürekli olmak ; şeklinde özetlenebilir* ⁹².

2. Hukukun Alanı

Hukuk, insan ile diğer insan ve toplum, insan ile eşya arasındaki ilişkileri, hakları ve tasarruf yetkilerini düzenleme ihtiyacından doğmuştur ⁹³.

Batı menşeli hukuk, âmme hukuku, hususî hukuk olmak üzere iki ana gruba ayrılır. Âmme hukuku devletin hakimiyet ve kudretini ifade eder. Esas teşkilat, idare, usûl, devletler umûmî hukuku, ceza ve devletler âmme hukuku gibi kısımlara ayrılır. Hususî hukuk ise medenî haklar ile ticaret ve devletler hususî hukukunu düzenler. Ticaret, devletler hususî hukuku, medenî hukuk (şahıslar, aile, mîrâs, aynî haklar, borçlar) gibi kısımlara ayrılır ⁹⁴.

Dünyanın merkezî bir noktasında on beş asır önce "oku" diye başlayan vahyin ışığı altında filizlenip gelişen İslâm hukuku, ictihad devirlerinde (ilk üç asırda) tekâmülün zirvesine ulaşmış, sonraki devirlerde de işlenerek büyük bir ilim hazinesi meydana getirmiştir ⁹⁵.

İslâm hukukunun kendisi gibi hukuku da orjinaldir. Nevi şahsına munhasır (sui generis) bir yapıya sahiptir. Bununla beraber âmme hukukuna müşâbih "Hukukullah", hususî hukuka müşâbih "Hukuku'l-İbâd" vardır ⁹⁶.

B. AİLE HUKUKU

1. Aile Hukukunun Manası

Aile; birbirlerine kan bağı ile bağlı olan insanların oluşturduğu hukukî statülü bir birliktir ⁹⁷.

⁹² Aral, Hukuk, s. 17-19.

⁹³ Karaman, Günün Meseleleri, III, 253.

⁹⁴ Karaman, İslam Hukuku, s. 20-25.

⁹⁵ Karaman, Günün Meseleleri, II, 677, ayrıca bk II, 678-688.

⁹⁶ Karaman, age, s. 20.

⁹⁷ Tekinay, Salahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971, s. 2.

Aile hukuku; aileyi oluşturan kişilerin hak ve ödevlerinin tümünü düzenleyen bir hukuk dalıdır⁹⁸.

Neticede nikâh akdi ile temeli atılan aile bireyleri, sadece karı-koca ile çocuklardan müteşekkil olmayıp daha geniş bir birliği oluşturmaktadırlar.

İslâm aile hukuku, bireyin aile içi ve toplumda hayırlı bir varlık olarak yerini almasına yönelik ileri ve olumlu prensiplere sahiptir⁹⁹.

2. Aile Hukukunun Alanı

İslâm, birinci derecede ve herşeyden önce, din, can, mal, akıl, ve nesil güvenliğinin korunmasını zarurî görür. Zira, toplum düzenini sağlayan maslahatlar (yararlı kurallar) bu ana umdeler sayesinde korunabilir. Bu maslahatların birinci derecede uygulamaya kavuştuğu ortam aile çevresidir. Bu nedenle, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm aile hukuku da sağlıklı bir ailenin statüsünü ve bu statüyü koruyucu prensipleri ihtiva eder¹⁰⁰.

Husûsî hukuka ait medenî hukukun bir dalını oluşturan aile hukuku, İslam hukukunda furû-u fikhın, yani, muâmelât-ı fikhîyenin önemli bir kısmını oluşturur.

İslâm aile hukukunun içine aldığı konuları şöyle sıralayabiliriz:

a. Münakehât: Nişan, evlilik akdi, evlenme engelleri, nikahta vekâlet, nikahta velâyet, nikahta kefaet, mehr.

b. Müfârakât: Talak, i'lâ, zihâr, lian, ihdâd (yas), iddet.

c. Hidâne: velâdet, neseb, nesebin sübutu, rada'.

d. Nafaka: iâşe, giyim, mesken.

e. Velâyet: velîler ve dereceleri gibi konuları ihtiva eder¹⁰¹.

H.A.K.'de aynı konuları ihtiva etmiştir¹⁰².

C. AİLE HUKUKUNDA VELÂYET ANLAYIŞININ TARİHİ SEYRİ

Toplumun küçük bir modeli olan aile ve aileyi bir kurum olarak düzenleyen prensibler, tarih boyunca toplumların ihtimam gösterdikleri bir konu olmuştur.

⁹⁸ Şafak, Hukuk Sözlüğü, s. 17.

⁹⁹ el-Hâc, en-Nuzum, s.153.

¹⁰⁰ bk Aydın, Aile Hukuku, s. 3-4.

¹⁰¹ el-Hâc, Nuzumu'l-İslamiyye, s. 24, 26 ; Bilmen, Istılâhât, II. s. 5; Aydın, age, s. 1-55.

¹⁰² bk Çeker, Orhan, HAK (Hukuku Aile Kararnamesi, hazırlayan: O. Çeker), Ebru Yayınları, İstanbul 1985; Aydın, age, s. 150, 245-264.

Çünkü bir toplumun sağlamlığı, o toplumu meydana getiren ailelerin istikrarına bağlıdır.

Aile hukukunun tarihî seyrine bir göz atıldığında, gerek Doğu gerekse Batıda, aynı bölgede yaşayan toplumlarda bile farklılıkların olduğu görülür. Mesela Babil hukuku, zinayı suç sayıp zânîyi suda boğma cezasına çarptırırken, aynı zamanda kocaya veya hakime af yetkisi tanıyordu. Çok evliliği kabul eden eski Moğol ve Türk hukukunda, zinâyâ îdam cezası verilirken, sonradan, bu suç, ödenecek bir bedelle af kapsamına alınıyordu. İspartalılar ise, hırsızlıkta olduğu gibi, zinâyı da suç kapsamı dışında tutuyorlardı¹⁰³.

İspartada çocuklar devlete ait idi¹⁰⁴. Roma'da, eski Yunan ve İspartanın aksine **aile egemenliği** vardı. Ailenin babası (Pater familias) çocuk üzerinde, hem **magistratus** (resmi memur), hem de **domesticus judex** (aile yargıç) yetkisini haizdi. Bu itibarla **pater familias**, çocuğunu terk edebilir, satabilir, bir uzvunu kesebilir, hatta onu öldürebilirdi. Bu bir çeşit **rubûbiyyet** (patria potestas = mutlak egemenlik) hakkı oluyordu¹⁰⁵. Germenlerde çocuk ev reisinin **munt'u** (hakimiyeti) altında idi¹⁰⁶.

Burada İslâm aile hukukunun getirdiği yenilik, babanın çocuğu üzerindeki rubûbiyyet hakkını kaldırıp, ona **velâyet** hakkı tanımış olmasıdır¹⁰⁷.

FMK. (Code Civil Français) çocukların himâyesi üzerinde durmuştur¹⁰⁸.

AMK. (Das Burgerliche Gesetzbuch) 1666. paragrafiyle çocukların himâyesini düzenler.

TMK. da, İMK. ve İtalya MK'da olduğu gibi çocukların himâyesini işlemiştir. İsviçre Code Civil'in Fransızca metni **velâyet'e** (Puissance Paternelle) deyimini kullanmaktadır. Bu tabirden, velâyetin aslında babaya ait olduğu anlaşılmaktadır. Aynı kanunun Almanca metninde **velâyet**, (Elterliche Gewalt) tabiri ile ifade edilmektedir ki, bu tabirin anaya ve babaya velâyet hakkı tanıdığı anlaşılmaktadır¹⁰⁹.

Esasen aile hukuku alanında Batılı sistemler, alternatif aramaya devam etmektedirler¹¹⁰. Aileyi ve hukukî statüsünü devletin temeli kabul edenler bile

¹⁰³ bk Çalışkan, s. 61-100.

¹⁰⁴ İnan, Ali Naim, Çocuk Hukuku, A.Ü.E.F.Y., İstanbul 1968, s. 4.

¹⁰⁵ İnan, age, s. 4-5; Oğuzoğlu, "Velâyetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti", s. 986; Köni, Ekrem-, "Hakkı Velâyet ve Hakimin müdahalesi", I.B.M, sayı: XI, İstanbul 1946, s.18.

¹⁰⁶ İnan, age, s.5.

¹⁰⁷ İnan, Çocuk Hukuku, s.6; Süveyd, Muhammed Nur, Menhecü't-Terbiyeti'n-Nebeviyyeti fi't-Tıfl, Kuveyt 1988, s. 75.

¹⁰⁸ FMK, m. 375-382.

¹⁰⁹ Oğuzoğlu, Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti, s. 986.

¹¹⁰ Kâğıtbaşı, Çiğdem, İnsan Aile Kültür, Remzi Kitabevi, İstanbul 1990, s.19.

olmuştur¹¹¹. Velâyet ister aile statüsünün bir unsuru, isterse bir himâye sistemi olsun, ahkam-ı şahsiyeye ait hükümleri ihtiva etmektedir. Bu hükümler çocuğun nesep itibariyle sahip olduğu temel ilkelere göre düzenlenir. Lozan muahedesinde de belirtildiği gibi bu temel hukuk kuralları yabancı hukuk kuralları ile çatışırsa, çocuğun bağlı bulunduğu hukuk kuralları geçerli olacaktır. Esasen velâyet alanına giren tüm hak ve yetkiler, ailenin bağlı bulunduğu temel inanç ve ilkelere göre düzenlenir ki, Batı hukuk sistemlerinde bu düzenlemeye "**millî kanunlar manzumesi**" denmektedir¹¹².

İslâm aile hukukunun velâyete ilişkin hükümleri tabîî hukuk yönünden "**sorumluluk ve tasarruflar, ehliyeteye göre sonuç doğurur**" prensibine uygun kurallar taşımaktadır¹¹³. Bu bakımdan gerek Batı hukuk sistemi gerekse onun temeli olan Roma hukuku farklılıklar taşımaktadır. 19.yy.'a kadar Avrupa da ölümler hesaba çekilir, hayvanlar ve hatta eşyalar sorumlu tutulurdu. Batıda bu durumun düzeltilmesinde Montesquieu, Beccaria, Woltaire, J.J. Rousseau gibi düşünürlerin payı olmuştur¹¹⁴.

Geniş manada aile hukukunda velâyet hem şahıs hem de mallara şamildir. İslâm aile hukukunda velâyetin alanı, diğer hukuk sistemlerine nazaran daha geniştir. Diğer hukuk sistemlerinde velâyet, çocukların himâyesine matuf bir alanda kalırken, İslâm aile hukukunda, başta çocukların himâyesi olmak üzere karabet derecesine göre, bazı hallerde, büyükleri de ihata etmektedir¹¹⁵.

Bazı hukuçular aile hukukunda velâyet konusunda üç meslek bulunduğunu ifade ederler. Bu meslekler:

a. Çocukları, muayyen bir yaşa kadar anneye ondan sonra babaya vermek.

b. Çocukları, boşanma lehinde olan tarafa vermek.

c. Çocukların verileceği tarafı hakimın tercihinine bırakmak.

İslâm aile hukukunda (a) şikkına tekabül eden bir anlayışın olduğu söylenebilir, İslâm'da babanın velâyeti, çocuğun doğumuyla başlar. Ancak hıdâne devresinde anneye tevdi edilir. Çünkü; bu devrede çocuk, muhtaç olduğu şefkat ve himâyeye en güzel cevabı anne kucağında bulacaktır. Ancak, çocuğun gerek şahsı gerekse malı üzerindeki hukukî temsil yetkisi bu devrede de babasına aittir. İsviçre ve TMK, yukarıda (c) şikkında gösterilen mesleği tercih etmiş bulunmaktadır¹¹⁶.

¹¹¹ en-Nebhan, Nizam, s.10.

¹¹² Tandoğan, Halûk, "Velâyetten Doğan Kanun İhtilafları", AHFD, III, Ankara 1946, s. 507, 509-510.

¹¹³ bk 35 Fâtır 18; 6 En'am 164; 17 İsrâ 15; 39 Zümer 7; 53 Necm 38.

¹¹⁴ Akşit, M. Cevat, İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İstanbul 1976, s.145-146, ayrıca bk Aydın, Hakkı, Mukayeseli Hukukta İşkence (basılmamış çalışma).

¹¹⁵ Tandoğan, "Velâyetten Doğan Kanun İhtilafları", s. 50.5.

¹¹⁶ Uman, Osman Nuri, "Boşanma Halinde Çocuklar üzerindeki Velâyet Hakkı", AD, Sayı: IV, Ankara 1943, s.214-215.

Bern Üniversitesi öğretim üyelerinden Pierre TUOR'un 1942 yılında yayınladığı İMK şerhinde aynı yolu benimsediği görülmektedir ki, bu görüşe göre velâyete devletin müdahalesi daha çoktur¹¹⁷.

Bütün hukuk sistemlerinde velâyetin konusu, mevlî aleyhin (velâyet altındaki) himâyesidir. İslâm Aile Hukukunda küçüklük, cünûn, ateh, mülkiyet ve ünûset velâyeti doğuran sebeplerdir. Bilindiği gibi velâyet hukukî temsil yetkisidir ve mutlaktır. Bazı müellifler velâyetin bir hak değil çocuğun menfaatleri için devletin tahsis ettiği bir yetki olduğunu savunur¹¹⁸.

Kanaâtimizce devletin açıktan müdahil olduğu bir yetkiye "hak" demek yanlış olur zira devlet hakları alıp satmaz. Sadece aksaklıklara müdahale eder.

Böylece anlaşılıyor ki, "velâyet velîye verilen bir görev midir yoksa bir hak mıdır?" sorusuna hukukçular, bunun bir hukukî temsil yetkisi ve hak olduğu şeklinde cevap vermişlerdir¹¹⁹.

Tebenniyet'i hukukî müessese olarak benimseyen batılı hukuk sistemlerinde, babalığın ölümü halinde, velâyetin, doğrudan asıl babaya geçeceğine dair var olan kural, velâyetin ne denli bir hak olduğunu göstermektedir¹²⁰.

Son olarak şunu belirtelim ki, İslâm aile hukukunda velâyetin alanı, mevlî aleyhin şahsını ve malını ihtiva etmektedir. Küçüklük, cünûn, ateh gibi ehliyet kısıtlılığı ile ünûset gibi sosyal şartların olumsuzluklarına karşı himâye, velâyeti gerekli kılan sebepler arasındadır. Bu itibarla velâyet hakkının iktisabı, velâyetin başlangıcı ve sonu, velâyet hakkından doğan tasarruflar ile nesep ve velâyet ilişkileri burada ele alınacaktır.

II. VELÂYET HAKKININ İKTİSABI

Velâyet hakkı, bu hakkın kazanılması, başlangıcı, sona ermesi, velâyetteki şekil farklılıkları gibi konuların vuzuha kavuşturulması gerekmektedir.

Velâyet-i hâssa, neseb yoluyla doğan tabî bir velâyettir. Velâyet-i âmme nedeniyle elde edilen velâyet ise iktisâbîdir. Amme haklarından doğan veya imamın verdiği görev nedeniyle ona niyabeten yürütülen bir velâyettir.

¹¹⁷ Uman, age, s.215.

¹¹⁸ Şener I, s.210; Paçalioğlu, Fuat, "Boşanma Davası Neticesinde Velâyet Kendine Tevdi Edilen Ana ve Baba ile Çocukların Şahsi Münasebeti", İBM, sayı: XI, İstanbul 1946, s. 622-623.

¹¹⁹ Hanefî, s.232; Karaman, İslâm Hukuku, s.195; Şener I, s.203.

¹²⁰ Beki, Osman Fazıl, AHFD, c.XI sayı: 1-2, s.639-640; Tekinay, s.497, bk Medine deklarasyonu, Köksal, I, 139; Şakir, II, 167.

Bu itibarla, neseb ile idari otorite'nin velâyet hakkını elde etmede iki önemli faktör olduğu hususu, İslâm aile hukukunun genel kuralıdır¹²¹.

A. VELÂYET HAKKI

1. Hak Kavramı

a. Hakkın manası

Hak kelimesi lugatta; nasip, sabit olan, vacip olan manalarına gelir

Istılahta ise; müstehak olanı, bazı şeyleri ifa ve icraya selahiyetli kılan şer'î bir iktidardır¹²².

Velâyet, hak mıdır, görev midir? Bu soruya cevaben hukukçuların velâyetin bir "hak ve yetki" olduğu şeklindeki görüşlerini yukarıda belirttik¹²³.

b. Hakkın Kaynağı

İslam hukukuna göre, kişiyi bazı şeyleri ifa ve icraya selahiyetli kılan kudretin kaynağı, nasslar ile diğer kurallar bütünüdür¹²⁴.

c. Hakkın çeşitleri

İslam, gayrı meşru yoldan bir hak iktisabını tecviz etmez. Meşru şartlar dairesinde elde edilen haklar iki kısımdır:

aa. mâlî haklar

Mahalli mal olan haklardır. Satıcının sattığı mebînin (eşyanın) semenine (değerini almaya) müstehak olması bu kabil haklardandır.

ab. mâlî olmayan haklar

Mahalli mal olmayan haklardır. Bir velînin, mevî aleyhin şahsı üzerindeki hakkı bu kabil haklardandır¹²⁵.

¹²¹ İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed, Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid, I-II, nşr. Kahraman Yayınları, İstanbul 1985. II, 10-11.

¹²² Bilmen, Istılâhât, I, 13.

¹²³ bk "aile hukukunda velâyet anlayışının tarihî seyri" adlı bahis.

¹²⁴ Medkûr, Medhal, s. 411 vd.

¹²⁵ Zühaylî, el-Fıkh, IV, 18.

2. Velâyet Hakkının Sübûtu

Ebu Zehra, İslâm aile hukukunda velâyetin sübutuna ait esasları zikrederken, şunları söylüyor:

Velâyetin sübutu için iki esas vardır:

a. Mevlî aleyhin menfaatlarına riayette şefkat.

b. İyi niyet ve kısıtlının menfaatına en uygun olanı seçmek.

"Bu iki vasıf, velâyete ehil olanlar için tam yetki sebepleridir. Bu iki vasıftan birisi eksik olursa velîyy-i âmm (velâyete ehil olanlar için tam yetki sahibi), velîyy-i hâssa (velâyete ehil olanlar için tam yetki sahibi) müdahale eder"¹²⁶. Bahis konusu **şefkat** ve **iyi niyet**, hem neseb hem de resmi otorite sebebiyle sahip olunan velâyet yetkilerinin kullanımında geçerli iki önemli sebeptir.

İslâm aile hukukunda velâyet babaya ait bir hak ve yetkidir. İ.M.K ile TMK. velâyetin baba ile anneye ait bir hak ve yetki olduğunu hükme bağlar. FMK ise velâyetin aslında babaya ait olduğunu, babanın ölümü halinde anaya aidiyetini benimser¹²⁷.

Bazı hukukçular İslâm Aile Hukukunda ananın velâyete ehil addedilmemesini tenkid ederken, İMK ve TMK'daki velâyetin ana-babaya aynı anda verilmesi hususunu ise **güç dağılımı** ve **riyaset prensiblerine ters görmekte**dirler¹²⁸.

Aile Hukukunda velâyet kimindir? Bu sorunun cevabına yönelik tartışmalarda nihâi çözüm olarak, "ailede **riyaset** kimde ise velâyet ondadır" şeklinde bir çözüme ulaşılmaktadır ki, bu **ailevi hukuk sistemlerinin** uzlaştıkları bir alandır. Bu alan aynı zamanda tabii bir hukuk karakteri de taşımaktadır. İslâm Aile Hukukunda, baba sağ ise, velâyet, tartışmasız babaya aittir¹²⁹.

Görüldüğü üzere velâyet hakkı konusunda belirginleşen üç soru vardır:

a. Velâyet bir hak mıdır, bir vecibe ve görev midir?

b. Bu hak kime ait bir yetkidir?

c. Ortak temsil yetkilerinin sınırı nasıl belirlenecektir?

İslâm aile hukuku velâyetin bir temsil hakkı olduğunu, bu hakkın -sağ olması halinde- babaya ait bulunduğu, velîyy-i âmmın, velîyy-i hâssa şefkat ve iyi

¹²⁶ Ebu Zehra, Muhammed, el- Vilâyet-u A'le'n- Nefs, Beyrut 1979, s.142.

¹²⁷ Berki, Şakir, Türk Medenî Kanununda Velâyetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şümulü, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1970, s. 5-7; İnan, s.127; Oğuzoğlu, s. 987; TMK. m. 263.

¹²⁸ Berki, s. 6-7.

¹²⁹ Oğuzoğlu, s.992,994,995,999; Karaman, İslâm Hukuku, s.196.

niyetin yok olduğunun sabit olması halinde ancak devreye gireceği kurallarını ihtiva etmektedir.

İMK ile TMK velâyeti ana ile babaya birlikte yürütecekleri bir görev olarak vermektedir. Çocuk üzerindeki velâyetin kullanımında Batı hukuk sistemlerinde devletin daha müdahaleci olduğu görülmektedir.

İslâm aile hukukunda ise velâyet-i hâssanın velâyet-i âmmeden akva (daha kuvvetli) olduğu hususu, bir istikrar unsurudur. Kat'î ve sabit haklardan olan velâyete, iktisabî velâyet hakkına sahip olan yargıcın müdahalesinin, fevkalâde anormal hallerde, asıl velînin görevini kötüye kullanması gibi durumlarda olabileceği görülmektedir¹³⁰.

Velâyet şartları ile velâyete ehil olanların derecelerini burada ele alabiliriz.

3. Velâyetin Şartları

a. Velâyeti iksâbetme şartları

Konuyla ilgili ayrıntıya geçmeden önce İslâm Hukukçularının velî ile ilgili iki şartta ittifak ettiklerini ifade edelim. Bunlar;

a. Velînin kamil ehliyetli olması, yani hür, akil, baliğ olması.

b. Mevlî aleyh ile aynı dinden olması.

Şu kadar var ki Caferiler, müslümanın gayrimüslim üzerindeki velâyetini caiz görürler¹³¹.

İbn Abidin (v. 1252/1836) ise, bir müslümanın gayrimüslim bir kadın üzerinde ne mâlî ne de şahsî bir velâyete sahip olmadığını, ancak efendinin cariyesi

¹³⁰ Mecelle, m.59, s.30; Gürsel, Nurettin, "Velâyet Hak ve Vazifeleri", AD, sayı: IV, Ankara 1949, s.434-435, 437; Tekinay, Aile Hukuku, s. 504,514; el-Bedevi,Fusûl, s.58.

Not: Batı hukuk sistemlerinde de, her ne kadar "ana-baba velâyeti birlikte yürütülürler" prensibi hakimse de temelde babanın velâyeti esas alınmıştır. Yer yer babadan velâyetin alınması, anaya velâyette öncelik verilmesinden değil, babanın velâyetteki kusuru sesebiyledir. Bu durumu hali hazırda hukuk mahkemelerinin kararlarında da görüyoruz. Nitekim İstanbul Bakırköy 8. Asliye Hukuk Mahkemesi ile İstanbul Kartal 1. Asliye Hukuk Mahkemesi Kasım 1992 tarihli kararlarında babanın velâyetini tanımışlardır (Sabah Gazetesi 13 ve 14 Kasım 1992 tarihli nüshaları). İzlandalı anne Hansen tarafından baba Halim Al aleyhine açılan kızları Vesile ile Ayşegül'ün velâyetlerini talep davasını nihâî karara bağlayan İstanbul Bakırköy 8. asliye hukuk mahkemesi, 13.06.1996 tarihli kararında, söz konusu talebin reddi ile çocukların velâyetlerini babalarına vermeyi hükme bağlamıştır (aynı tarihli mahkeme tutanakları ve haber ajansları). Bu kararda, babanın velâyetinin aile riyaseti prensibine uygun olmasının yanında, kanun ihtilafından doğan hususlarda çocukların aynı inanç esaslarını paylaştıkları velîye tevdi edilmelerinin tercih sebebi olacağı gerçeği de gözlenmektedir.

¹³¹ bk Şelebi, Ahkam, s.255-256.

üzerinde velâyet-i hâssaya, sultanın ise, mü'minlere olduğu gibi tebaası olan bütün gayrimüslimler üzerinde de velâyet-i âmmeye sahip olduğunu, beyan eder¹³².

Velâyetin iki ana noktaya raci olduğunu, bunların mevlî aleyh açısından **acziyet**, velî açısından ise **iktidar** vasıflarının olduğunu gördük. Mevlî aleyhdeki bu acziyet hali iktidara dönüştüğünde, yani, böyle bir kısıtlı, durumuna göre ehliyet şartlarını haiz bir yapıya kavuştuğunda velâyetten kurtulur. Çünkü kendisi en azından velâyet-i kâsıra sahibi olur. Olayı bir de velî açısından ele aldığımızda, mesela, velîye, temsil yetkisini düşüren bir durum arız olduğunda, hukukî temsil hakkını kaybettğini görürüz. Bu durumda velâyeti nelerin iskat ettiğine bakarız.

b. Velâyeti iskat eden sebebler

İslam aile hukukundavelâyeti iskat eden iki önemli durum ortaya çıkmaktadır.

aa. din ayrılığı

Bütün İslam hukukçuları aynı dini taşıyan kişilerin birbirlerini velîsi olduğu, bunlardan birisinin kısıtlı olması halinde diğerinin onu temsil etmesi hususu ile gayrimüslimin müslümanın velîsi olamayacağı hususunda hem fikirdirler. Müslümanın gayrimüslim üzerinde velâyet hakkının olup olmaması hususunda ise görüş ayrılığı içindedirler.

Kanaatimizce, Kur'an ayetlerinin genel esprisi içinde müslümanın çaresiz kalan bir gayrimüslimi himaye etmesi, beşerî seadet açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır. Zira müslümanın bütün eşyaya ve bütün insanlara, kendisini bizzat himaye eden ve nihâî velîsi olan Allah'ın rahmetiyle muamele etmesi kulluk görevidir. Uhrevî sorumluluk taşıyan müslümanın insanlara normalde zarar vermesi düşünülemez.

ab. ehliyet yetersizliği

Ehliyet yetersizliğini İslâm hukukçuları ikiye ayırmışlardır:

ab.1- semâvî arızalar (العوارض السماوية)

Semâvî arızadan maksad, insanın elinde olmadan dûçar olduğu arızalardır.

Aşağıdaki hallerden herhangi birisi kendisine arız olan kişi kâmil manada ehliyet sahibi olamaz. Dolayısıyla, o durumda iken temsil etme imkanına sahip değildir.

¹³² bk İbn Abidîn, Haşîye, .III, 78.

- a. *Siğar* (çocukluk)
- b. *Cünûn* (delilik)
- c. *Ateh* (bunama)
- d. *İğma* (bayılma)
- e. *Nevm* (uyku)
- f. *Nisyan* (unutma)
- g. *Hayd* (adet görme)
- h. *Nifas* (lohusalık)
- ı. *Maradu'1-mevt* (ölüm hastalığı)
- i. *Mevt* (ölüm)
- j. *Rıkk* (kölelik)

Bu arızalardan bir kısmı vücup ehliyetini, bir kısmı ise eda ehliyetini kaldırır¹³³.

ab.2- mükteseb arızalar (العوارض المكتسبة)

Mükteseb arıza, insanın bizzat kendisinin sebep olduğu arızalar demektir.

Böyle bir vasıf, insanın başkalarını hukuken - şartlar müvacehesinde geçici de olsa- temsil etmesine engeldir ki, bu arızaları şöyle sıralayabiliriz:

- a. *Cehl* (bilmemek)
- b. *Sekr* (sarhoşluk)
- c. *Hezl* (şaka)
- d. *İkrah* (zorlama)
- e. *Hata*
- f. *Sefeh*
- g. *Sefer* (yolculuk)

Bu arızalar da vücup ve eda ehliyetine etki eden hallerdir¹³⁴. Konumuz açısından, bilhassa, çocukluk, delilik ve bunama halleri, kişinin, gerek şahsı, gerekse

¹³³ Şaban, Usûl, s.355; Atar, Usûl, s.147.

malı üzerinde velâyet yoluyla temsil edilmesine, kendisinin ise velâyete sahip olamayacağına sebep olan vasıflardır.

ac. diğer sebepler

Velâyeti iskat eden, yani, kişinin velî olmasına mani olan sebepler arasında aşağıdaki haller gösterilmektedir:

ac.1- Ünûset hali (kadın olma hali)

Kadın olma halinin velî olmaya engel olup olmaması hususunda İslam hukukçuları görüş birliği içinde değildirler. Hanefîler, kadın olmanın velâyete mutlak engel olduğu hususunu kabul etmezler. Cumhur ise, ünûsetin velî olmaya engel teşkil ettiğini kabul eder.

O nedenle cumhur, ünûset halinin, olumsuz sosyal şartlara karşı kadının haklarını korumak üzere özellikle nikah akdinde velîsini müdâhil kılan bir sebep olduğu üzerinde durur¹³⁵.

Kanaatimizce, mücerred kadın olma halinin velâyete engel kabul edilmesi, İslam hukukunun evrensel niteliğine ve insan şahsiyetine ve cinsiyetine dair olan eşit bakış açısına sıkıntılar getirebilir. Cumhurun, kadının iffet ve ismetini koruma ve kollamaya yönelik yaklaşımları, kadını külliye bir başkasını temsil etmekten mahrum etmeye varan sonuçlara götürürse, çağımız İslam düşünürleri ve hukukçularına ciddi görevler düştüğünü sanıyoruz.

ac.2- mefkûd olma hali (gaybûbet)

Asıl velînin mefkûd olması, yani, kaybolması, mevlî aleyh üzerindeki velâyet hakkına mani bir sebeptir.

ac.3- iktidarsızlık hali

Velînin mevlî aleyhi koruyamaz hale gelmesi, -bu koruyamama halinin sebebi ne olursa olsun- hukukî temsil hakkına engeldir.

c. Velâyetin Şartları Üzerine Genel Bir Değerlendirme

Bu bahisle ilgili yukarıda yapılan çalışmalardan anlaşıldığı üzere kişiye velâyet hakkı kazandıran sebepleri şöyle sıralayabiliriz:

1. İslâm (müslüman olmak)

2. Akıl (akıllı olmak)

¹³⁴ Şaban, s. 355,361.

¹³⁵ Ebu Zehra, el-Vilâye, s.15

3. *Büluğ (baliğ olmak)*

4. *Hürriyet (hür olmak)*

5. *İktidar (mevlî aleyhi korumaya gücü yetmek)*

6. *Ehliyet (kısıtlı olmamak, kamil ehliyetli olmak)*

7. *Karabet (neseben mevlî aleyhin yakını bulunmak)*

8. *Velâyet-i âmme (imam veya kâdi gibi velâyet-i âmme sahibi olmak)¹³⁶.*

9. *Adâlet ve emanet (adil ve güvenilir olmak)*

10. *Zükûret (erkek olmak)*

Burada sıraladığımız sebepler İslam hukukçuları tarafından üzerinde durulan sebeplerdir. Sadece ,adalet şartı ile zükûret şartı üzerinde ihtilaf edilmiştir.

Buna göre, küçüğün, delinin, bunak veya kölenin velî olması mümkün değildir. Çünkü bunlar, kendi şahısları ve malları üzerinde ehliyete sahip değildirler. Başkalarının velâyetini üstlenmeleri mümkün olmaz.

Çocuk bedenlen ve ruhen gelişmedikçe, köle hürriyetine kavuşmadıkça, delinin aklı ermedikçe velâyete ehil olmazlar. Baygınlık ve sarhoşluk hali de böyledir. Sekr ve iğma hali velâyeti düşürmese bile o sırada adalet ve iktidar olmadığından velâyete münafidir¹³⁷.

Gayrimüslimin müslüman üzerinde velâyet hakkı yoktur. İslâm hukukçularının ittifak ettikleri bu konu, yalnız aile hukuku alanına münhasır olmayıp diğer alanlara da şamildir. Ancak müslüman bir kadının akrabalarından müslüman birisi yoksa, gayri müslim babasının evlendirme yetkisine sahip olduğunu görüyoruz. Bu takdirde zevcin müslüman olma şartı baki olacaktır.

Hanefiler, şahsî velâyette, velî ile mevlî aleyhin aralarında din birliği bulunmasını şart koşmuşlardır. Müslüman birisi gayri müslimin velîsi olamayacağı gibi, gayri müslim de müslümanın velîsi olamayacaktır. Mirasdaki din birliği ölçüsü velâyette de geçerlidir. Ancak bazı islâm hukukçuları müslüman babanın, gayri müslim çocuğu üzerindeki velâyetin devam edeceğini beyan etmişlerdir¹³⁸.

¹³⁶ Ebu Zehra, el-Vilâye, s. 99-102; Ibnu'l-Hümmam, Kemal-Fethu'l-Kâdir, I-X, Mısır 1970, III, s.284; Şener I, s. 209; Hanefi, s. 232; Döndüren, s. 1479; el-Berrî, Zekeriyya Ahmed, Ahkamu'l-Evlâd fi'l-İslâm, Kahire 1964, s. 77-78; Oğuzoğlu, s. 991; Ibn Rüşd, II, 10; bk 16 Nahl 75, 4Nisa 141; Berrâc, s. 98- 101.

¹³⁷ Ebu Zehra, age, s. 99-100; Ibnu'l-Hümmam, age, III, 284; Karaman, İslâm Hukuku, s. 188; Hanefi, age, s. 248.

¹³⁸ Ebu Zehra, age, s.100; Hanefi, age, s. 250-252.

Anlaşıyor ki, kölenin, ehliyeti olmayan küçüğün, mecnunun ve gayri müslim birisinin, müslüman küçüğün velisi olmaları mümkün değildir¹³⁹.

Cumhura göre velînin erkek olması şartı vardır:

Ebu Hanife ise erkeklerden asabesi olmayan mevlî aleyh için anne, kız, oğlun kızı, kız kardeş ve diğer kadınların velî olabileceğini beyan etmiştir¹⁴⁰.

Günümüz İslam düşünürleri ile İslam hukukçularının, Hanefi fakihlerin dile getirdiği bu konu üzerine ciddî bir şekilde eğilerek, kadının velâyetiyle ilgili bir konsensüs sağlamaları, kadın hakları açısından büyük önem taşıdığı kanaatindeyiz.

Adalet sıfatına gince, bu durum, İslâm hukukunda genel geçer bir mevzudur. İslâm aile hukukunda nikah, talak, şahadet gibi konularda adalet sıfatının kişi için büyük önemi vardır. Adalet fısın zıddıdır. Fısk, Allah'a itaattaki kusurları ihtiva eder. Hz. Peygamber (s.a.v.) bir hadisinde şöyle buyurur :

«لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد وأما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه، فنكاحها باطل»

"Adil iki şahid, reşid ve güvenilir velî olmadan nikâh olmaz. Rızası dışında, fasık velî tarafından akd edilen kadının nikahı, geçersizdir"¹⁴¹. Bu hadîs, velînin güvenilir ve adil olmasını ifade eder.

Bu görüş, yani, şahidin adalet sıfatını taşımasını şart koşan görüş, İmam Şafî (v. 204/819) ve İmam Ahmed b. Hanbel (v. 241/855)'den rivayet edilen bir görüştür. Birçok hukuk bilginleri de bu görüşü benimsemişlerdir.

Hanefiler ise buradaki adalet şartının şahidlerle ilgili olduğunu benimsemişler, velâyette, mevlî aleyhin menfaatlerine ehil olmayı yeterli görmüşlerdir¹⁴².

Velînin, velâyete ehil olması, sefeh veya başka bir sebeble hacr altında olmaması gerekir. Ayrıca mevlî aleyhin himâye ve sıyanetine muktedir olması gerekir. Bedenen zaaf içinde olan kimsenin bu işi yürütmesi mümkün değildir. Bir de velî ile mevlî aleyh arasında neseben karabetin bulunması, eğer neseben yakını yoksa, sıhri yakınların -özel şartlarda- veya velîyyi ammin devreye gireceği hususunda İslâm hukukçularının görüş birliği vardır¹⁴³.

Velâyete ehliyetle, vücub veya eda ehliyeti yönünden kısıtlı olanların velî olamayacakları anlaşılmaktadır¹⁴⁴.

¹³⁹ el-Halebi, İbrahim b. Muhammed, Mülteka'l-Ebhur, Derseadet 1315, s. 94.

¹⁴⁰ Ebu Zehra, el-Vilaye, s.100.

¹⁴¹ Buhari, Nikah 36, VI, 132, Şahâdat 8, III, 150, Ebu Zehra, age, s.101.

¹⁴² Ebu Zehra, age, s. 101.

¹⁴³ Ebu Zehra, age, s.100-101; Ibn Rüşd, age, II, 10; Oğuzoğlu, s. 991.

¹⁴⁴ Bilmen, VII, 271; Şener I, s. 210-213.

Velâyet hakkına sahip olma şartlarından sonra şimdi de bu şartları haiz kişilerden hangisinin öncelikli olduğunu belirtelim.

4. Velâyetin Dereceleri

Bilindiği gibi, velî, sahib olduğu iktidarı sebebiyle acziyet içindeki mevlî aleyhin haklarını onun adına yürütmektedir. Burada şariin maksadı, velâyet altındaki kişinin hem şahsı hem de malının en iyi bir şekilde temsil edilmesidir. Bu temsil yetkisini kullanan kişi ile velâyet altındaki şahsın aralarında öyle bağlar bulunmalı ki, himâye gerçek anlamda sağlanmış olsun. Böyle bir maksadın gerçekleşmesi için korumaya muktedir kişinin koruduğu insana karşı bedenen ve ruhen ısınması, şefkatli davranması ona olan yakınlık derecesi ile mütenasip olmalıdır. Bu yüzden gerek İslâm hukuku gerekse Batı hukukunda velî ile mevlî aleyhin arasındaki bağlardan ilk sebep arasında NESEB bağı bulunmaktadır. Böylece koruma ve himâyede psikolojik temel olan şefkat gerçekleşmiş bulunacaktır¹⁴⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere mevlî aleyh üzerindeki velâyet hakkının devamı için iki önemli şart belirgin hale gelmektedir. Bu şartlar;

a. *Şefkat ve merhamet,*

b. *İyi niyet ve menfaatların korunması şartlarıdır*¹⁴⁶.

Bu iki temel saike riayet gücü velâyetteki mertebeleri belirlemektedir ki, en başta asabe velâyeti gelmektedir. Hz. Peygamber:

“ *الإِنكاح إلى العصابات* ”

"Nikahlama asabeler sayesinde olur" buyurmuştur¹⁴⁷.

O halde İslâm aile hukukunda velâyetin kimlere ait olacağı hususundaki sıralama, mevlî aleyh ile asabesi arasındaki yakınlıkla doğru orantılıdır¹⁴⁸. Bunlardan karabeti mukaddem olanlar, velâyette ilk mertebeyi alırlar. Yakınlık derecesi aynı olan iki velîden takvaca ve yaşça daha ileri olan tercih edilir. Mirastaki irsî tertip velâyette de geçerlidir¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Ebu Zehra, el-Vilâye, s. 72-75.

¹⁴⁶ Berrâc, s.76.

¹⁴⁷ Hadîs, kaynaklarda bulunamadı. Buraya aldığımız metin bir çok fikhî kaynaktan tekrarlanmaktadır. Mesela bk Mevsilî, İhtiyâr, III, 94; Ebu Zehra, age, s.74.

¹⁴⁸ Asabe, bir kimsenin, kendisi ile arasına kadın girmeyen erkek akrabalarıdır. Baba ile oğul birbirlerine asabeten en yakın mertebeye sahiptirler. Sonra babanın cüz'ü (kardeş), sonra da dedenin Cüz'ü (amca) gelir.(Bk Bilmen, II, 45-46, V, 207-208; Hanefî, s.247; Karaman, İslâm Hukuku, s.365-366).

¹⁴⁹ Gürsel, s.432, Hanefî, s.247, Karaman, age, s.196.

Bu bilgilerden sonra velâyetin derecelerini şu tertibe göre sıralayabiliriz:

a. Binefsihî asabe velîler

1. *Furû (oğul, oğlun oğlu, ne kadar inilirse).*
2. *Usûl (Baba, babanın babası, ne kadar yükselirse).*
3. *Babanın cüz'ü (Kardeş: abk, bk, erkek çocukları)*
4. *Dedenin cüz'ü (Amca: aba, ba, erkek çocukları)*

b. Binefsihî asabe olmayan velîler

1. *Anne, babaanne, anneanne.*
2. *Kız, oğlunkızı, kızinkızı, oğlun oğlunun kızı, kızın kızının kızı.*
3. *ab kızkardeş, b kızkardeş, a erkek ve kızkardeş ile çocukları.*
4. *Hala.*
5. *Dayı ve teyze.*
6. *Amca kızı ve hala kızı.*

c. Malikiyet

Kölelerin ve cariyelerin malikleri, onların hukukî işlemlerini yürütme velâyetine sahiptir.

d. Velâyet-i a'taka (Mevla'1-1'tâka) sahipleri

Azad edilmiş olan kölelerin ve cariyelerin mevlalarıdır. Bunlar sebeben asabe durumdadırlar.

e. Velâ Sahipleri

Bir kimse azad ettiği köle ve cariyesinin velîsi durumundadır. Azadlığının ölümü halinde asabesi yoksa ona mirascı olacağı gibi, sağlığında cinayet işlemesi halinde velâyeti hasebiyle, lazım gelen diyeti akileleriyle birlikte ödeyecektir.

f. Velîyyü'1-emr

Velîsi bulunmayanın velîsi velâyet-i amme selahiyeti sebebiyle imamdır. İmam bu velâyetini ya bizzat ya da niyabeten kullanır. Velâyet-i hassa velâyet-i

ammeden akva ve evladır. Ancak velîyyi hassı bulunmayanın bütün işlerini devlet yürütür¹⁵⁰.

Malikiler, icbâri velâyette malik'in -kadın dahi olsa- en etkili mertebeye sahip olduğunu beyanla babadan önce geldiğini söylerler. Sonra baba, sonra dede, sonra babanın görevlendirdiği vasi velâyette işlerini deruhte eder.

İhtiyâri alandaki velî dereceleri ise Hanefilere benzemektedir. Oğul, baba, amca, dede, babanın amcası, babanın dedesi, mevla'l-itâka, asabe, kefil, kâdi, velîyyü'l-emr ve bütün müslümanların umumi dayanışma ve korumaları gelir¹⁵¹.

Şafiiler; Baba, dede, kardeşler, amcalar, diğer asabeden olanlar, mevla'l-itâka ve velîyyü'l-emri velâyette derecelendirirler.

Hanbelilere göre ise; Baba, dede, oğul, kardeş, amca, dedenin dedesinin çocukları, mevlal-ı'tâka, velîyyü'l-emr, müslümanlığına sebep olan müslüman, kimse bulunmazsa müslümanlardan âdil birisi velî olacaktır.

Bu tertibdeki dereceler başta nikah akdindeki velâyette olmak üzere diğer hukukî işlem ve tasarruflara da şamil bulunmaktadır¹⁵². Ancak mali tasarruflarda özel durumlar mevcuttur.

İslâm hukukçularının velâyette dereceleri konusunda "binefsihî asabe" olanların bu hakka öncelikle selahiyetli olmaları hususunda herhangi bir ihtilaf ları yoktur. Gene Cumhur'un, velîsi olmayanın velîsinin Sultan (Velîyyü'l-emr) veya naibi olacağı hususunda da bir ihtilaf ları bulunmamaktadır. Ayrıca, tertib itibariyle, hiç velîsi olmayan bir mevli aleyh veya bir kadının nikâh akdinde müslümanların sorumlu olacağı, müslümanların bu konuda da dayanışma mecburiyetlerinin bulunduğu, bu velâyette içlerinden adil birisinin deruhte etmesiyle diğerlerinden sorumluluğun kalkacağı açıkça görülmektedir.

Mâlikîlerin, mülkiyete tealluk eden hususlarda hürriyetini kaybetmiş birisine dair hukukî temsile öncelik verdikleri, bu itibarla diğer hukukçulardan kısmen ayrıldıkları görülmektedir¹⁵³.

Normal hallerde bahis konusu tertibe riayet edilecektir. Ancak bu tertibi bozan sebepler olabilir mi? Bu soruya İslâm aile hukuku olumlu cevap vermektedir. Velâyette, bazan yakın velîden daha uzak velîye intikal edebilir.

Bu intikal etme durumlarında, mevli aleyhin himaye ve haklarının korunması amaçlanmaktadır.

¹⁵⁰ Bilmen, II, 45-46, .IV, 64-65; Berrâc, s. 108-109; Hanefî, s. 247.

¹⁵¹ Buhari, İman, 42; Müslim, İman, 95; Ebu Davud, Edeb, 59; Tirmizi, Birr, 17; Nesei, Biat, 31; Darimi, Rikak, 41; Berrâc, s.109.110.

¹⁵² Berrâc, s.110-111.

¹⁵³ Berrâc, s.109.

Aşağıdaki hallerde velâyet, yakın velîden bir uzak velîye intikal edebilir.
Yakın velînin:

- a. Çocuk olması.
- b. Cünûn ve ateh ile ma'lûl bulunması.
- c. Fasık olması (Bu şart, adaleti velâyet şartı sayanlar içindir).
- d. Mahcûr (hacr altında) olması.
- e. Müslüman olmaması.

f. Gaybubeti. (Sefer, habs gibi mevî aleyhin küfü ile evliliğini engelleyecek gaybubet halleri de velâyetin uzak velîye intikalinde sebep teşkil eder. İmam Züfer bu gaybubeti velâyet intikali için yeterli görmez).

g. Velînin nikahı engellemesi (bu takdirde Kâdi duruma müdahale eder ve mevî aleyhin nikahını akdeyler).

h. Velînin himâye ve hıfzdaki kusuru. (velî, şiddetli hastalığı, aklının gidipgelmesi veya yaşlılığı sebebiyle mevî aleyhin menfaat ve maslahatını müdrük değilse.)

Yukarıdaki durumlarda velâyet, tertibe riayet edilmeksizin en uygun olan velîye intikal eder¹⁵⁴.

Muğni ile Bedâiyu's-Sanâyi'de yakın velînin ihramlı veya seferde olması nedeniyle kadının dengi ile evliliğinin fevt olmaması için velîyyü'l-emrin devreye greceğine dair bilgiler, hukukçularca tenkid konusu edilmiştir¹⁵⁵.

Gerçekten de velînin kısa süreli gaybubeti hallerinde velâyetin kâdiye veya velîyyü'l-emre intikali konusu ele alınabilir. Özellikle ulaşım ve teknik açıdan irtibatı sağlayan araçların yoğun olduğu günümüzde velînin habsi ve seferde olması gibi hallerin -başka sebep yoksa- velâyetin daha uzak velîye intikali için sebep sayılması düşünülmeyebilir.

İmameyn, velâ sebebiyle velî bulunan bir kimsenin, velâyet haklarını kötüye kullanması halinde bunun uzak velîlere değil, direkt velîyyü'l-emre geçeceğini beyan etmişler, İmam Ebu Hanife ile İmam Züfere muhalefet etmişlerdir. Zira velâ, velâyet üzerine andlaşan iki kişi arasındaki bir akiddir. Bu akid başkasına intikal etmez. Mevla'nın kusuru halinde velâyeti düşer. Mevî aleyh bu durumda velîsiz hale gelir.

¹⁵⁴ Berrâc, s.111-112.

¹⁵⁵ Berrâc, s.112.

Velîsi olmayanın velîsi ise Sultandır¹⁵⁶. Sultanın, yani, velîy yû'l-emrin yokluğu halinde ise, velâyet, müslümanların kamusuna ait olur¹⁵⁷.

B. VELÂYET HAKKINI DOĞURAN ŞARTLAR

Bu şartları üç bölümde ele alabiliriz:

1. Sosyal Şartlar

Daha önce de görüldüğü üzere iki önemli faktör velâyeti müesseseleştirmiştir:

1. Haklarını Kullanmaktan aciz olan, ama hayatîyetini toplumda sürdürmeye mecbur olan birisinin varlığı. Böyle birisi varsa, velâyete konu bir sosyal halin mevcudiyetinden söz edilecektir.

2. Haklarını kullanamayan bu kişiyi hukuken temsil etme ehil ve ehliyetnini şefkat ve iyi niyet içinde sürdüreceği bir kişinin varlığı. Böyle bir kimsenin adem-i mevcudiyeti düşünülemez. Toplumlar var olduğu sürece, nesiller devam ettiği müddetçe, bu vasıfta hak ve selahiyetleri haiz birisi olacaktır.

İşte bu iki şart velâyetin sosyal alanını ihtiva etmektedir.

2. Mevlî Aleyh ve Mevlî Aleyh İle İlgili Şartlar

a. Mevlî aleyh

Bu tabir, velâyet altındaki kısıtlı için kullanılmaktadır.

b. Mevlî aleyh ile ilgili şartlar

Bir kimsenin velâyet altına alınabilmesi için kendisine kısıtlılık sebeplerinden birisinin arız olması şarttır.

c. Velâyette kısıtlılık sebepleri

Bu sebepleri aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

a. Sığar (çocukluk): Bu bedeni bir yeteneksizlik olup çocuğu himâyeye muhtaç kılar.

¹⁵⁶ Berrâc, s.112-113.

¹⁵⁷ Berrâc, s.114.

b. Cünûn: Akli denge yetersizliği ister sürekli olsun, ister geçici olsun devam ettiği sürece insanı himâyeye muhtaç hale getirir.

c. Ateh: Kişiyi gerek şahsı gerekse malı üzerindeki maslahat ve menfaatlarını koruyamaz hale getiren akli tutarsızlıklar, velâyet sebeplerindendir.

d. Hürriyetsizlik: Hürriyetini kaybeden birinin işleri maliki tarafından yapılacaktır, ki, bu, bir çeşit velâyettir.

e. Ünûset: Kadın olma hali, her manada velâyet altında kalma sebebi değildir. Sosyal muhtevalı bir sebeptir. İslâm Hukukçuları neslin ve ırzın korunması hususunda sosyal şartlar bozuk olduğunda bu şartlara kadının tahammülünün çok güç olduğu gerçeğinden hareketle, nikah akdinde, velâyet şartı aramışlardır. Cumhuriyetin bu görüşüne, hürriyetçi fıkıh ekolünün temsilcisi olan Ebu Hanife (v. 150/767), kadını, velâyet altında tutmanın asıl sebebinin SİĞAR (küçüklük) olduğunu kabul ederken, sosyal şartların bozukluğuna karşı alınacak tedbirleri ihmal etmemiş, veliye müdahale hakkı tanıyarak, dengi ile yapılmayan evlilik akdini feshe yetki tanımıştır.

Bütün bunlar, nesebin sıhhatını, neslin muhafazası için varlık sebebi tellakî eden (zaruri maslahatlardan sayan) İslâm hukukunun genel çerçevesinin aile hukukuna yansıyan kurallarıdır¹⁵⁸.

Bu saydığımız kısıtlılık sebeplerini mezheplere göre aşağıda sıralıyoruz:

aa. Hanefilere göre

Bir kimsenin velâyet altına alınabilmesi için aşağıdaki sebeplerden birisinin bulunması yeterlidir:

1. Sığar (küçüklük hali).
2. Cünûn (delilik hali).
3. Ateh (bunama hali).
4. Rıkk (kölelik hali).

ab. Mâlikîlere göre

Bir kimsenin velâyet altına alınabilmesi için aşağıdaki sebeplerden birisinin bulunması yeterlidir:

1. Sığar (küçüklük hali).
2. Cünûn (delilik hali).
3. Ateh (bunama hali).
4. Rıkk (kölelik hali).
5. Ünûset (kadın olma hali).

¹⁵⁸ İbn Âşûr, s. 243-245; Berrâc, s. 72-73

ac. Şâfîlere göre

Bir kimsenin velâyet altına alınabilmesi için aşağıdaki sebeplerden birisinin bulunması yeterlidir:

1. Sığar (küçüklük hali).
2. Cünûn (delilik hali).
3. Ateh (bunama hali).
4. Rıkk (kölelik hali).
5. Ünûset (kadın olma hali).
6. Bıkr (Bekârlık hali).

ad. Hanbelîlere göre

Bir kimsenin velâyet altına alınabilmesi için aşağıdaki sebeplerden birisinin bulunması yeterlidir:

1. Sığar (küçüklük hali).
2. Cünûn (delilik hali).
3. Ateh (bunama hali).
4. Rıkk (kölelik hali).
5. Ünûset (kadın olma hali).
6. Bıkr (Bekârlık hali).

3. Vefî ve Vefî İle İlgili Şartlar

a. Vefî

Lugatta, tasarruf ve temsil hakkına sahip olan, dost ve yardım eden manalarına gelen bu kelime, ıstılahta, mevî aleyhin malı ve şahsı üzerinde hukuken tasarrufa ehil olan kişi demektir.

b. Vefî ile ilgili şartlar

Bu şartlar İslam hukukçularına göre bazı farklılıklar arz etmektedir. O nedenle her mezhebin görüşünü ayrı vermek istiyoruz.

aa. Hanefîlere göre

Bir kimsenin vefî olabilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekir:

1. Akıl.
2. Bülüğ.
3. Hürriyet.
4. Din birliği.

Burada din birliğinden maksad, velî ile mevlî aleyhin aynı dine bağlı olmalarıdır ¹⁵⁹.

ab. Mâlikîlere göre

Bir kimsenin velî olabilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekir:

1. Akıl.
2. Büluğ.
3. Hürriyet.
4. Din birliği.
5. Zükûret.
6. Ademul ihram (velînin ihramsız olması) ¹⁶⁰.

ac. Şâfiîlere göre

Bir kimsenin velî olabilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekir:

1. Akıl.
2. Büluğ.
3. Hürriyet.
4. Din birliği.
5. Zükûret.
6. Ademul ihram (velînin ihramsız olması).
7. Rüşd (velînin reşîd olması).
8. Adalet ¹⁶¹.

ad. Hanbelîlere göre

Bir kimsenin velî olabilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekir:

¹⁵⁹ Mevsilî, İhtiyâr, III,96.

¹⁶⁰ el-Huraşî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Abdillâh, el-Huraşî alâ Muhtasari Seyyid Halil, I-VIII, Beyrut (ty), III,231.

¹⁶¹ eş-Şâfiî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdrîs, el-Ümm, I-VIII, Beyrut (ty), V,14.

1. Akıl.
2. Büluğ.
3. Hürriyet.
4. Din birliği.
5. Zükûret.
6. Rüşd (velînin reşîd olması).
7. Adalet ¹⁶².

c. Velâyet sebepleri

Bu sebepleri aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

a. Mülkiyet: Malik, köle ve cariye ile ilgili bütün işlemlerde temsil hakkına sahiptir.

b. Karabet: Neseben yakınlık velâyette esastır. Nikah ve sahih neseb velâyette ana sebeplerden biridir ¹⁶³.

c. Velâ: Azad edilen köle ile maliki arasında veya iki müslümanın birbirlerini velî edinmelerinden kaynaklanan bu velâyet sonuç doğurucudur. Ancak Cumhur ve Hanefilerden İmameyn, Ebu Hanife'nin aksine velâ ile olan velâyetin başkalarına intikal etmeyeceği, taraflardan birinin ölümüyle son bulacağı hususunda mütefiktirler ¹⁶⁴.

d. İmamet: Velîyyü'l-emr, vali, kâdi gibi velâyet-i âmme yetkisi olan kişiler, diğer velîlerden biri bulunmadığı zaman kişinin özel himâye ve hukukî temsil yetkisini de üstlenirler.

e. Vesayet: Babanın mevlî aleyh için vasi tayin ettiği kişi, kendisine verilen velâyet işlerini, velî adına yürütür.

İbn Abidîn (v. 1252/1836), velâyet hakkının sabit olması için, ilk dört şartı, mülkiyet, karabet, imamet ve velâ şartlarını sayar. İbn Abidîn'i bu saydıkları sebepler Hanefî fakihleri fûrû' kitaplarında da görülür ¹⁶⁵.

Malikiler, vasinin babanın dışındaki akrabalarından akdem olduğunu ifade ederler ¹⁶⁶.

¹⁶² el-Behûfî, Mansûr b. Yunus, Keşşâfu'l-Kınâ an Metni'l-İknâ, I-VI, Beyrut (ty), V, 54.

¹⁶³ İbn Âşûr, s. 249-252, Tekinay, s. 497.

¹⁶⁴ Berrâc, s. 80-81.

¹⁶⁵ İbn Abidîn, Hâşiye, III, 55.

Medenî tasarruf ehliyeti (edâ ehliyeti) eksik olan kasırın varlığı, velâyet hakkının iktisabında önemli bir faktördür. Sığar, cünûn, ateh, sefeh... gibi hususlar medenî tasarrufa, ünuset ise -cumhura göre- nikah akdinde şartları nisbetinde engel teşkil etmektedir¹⁶⁷. İmam Serahsî velâyetin sebepleri üzerinde dururken, yakın akrabalık, malikiyet ve velâyı zikreder¹⁶⁸. er-Râzi de Bakara suresinin 283. ayetini tefsir ederken, sağîr, ma'tûh, mecnun, zayıf ve akidlerde taraf olma imkanı olmayan kasır ehliyetlilerin velî olamayacaklarını, aksine bu kişilerin velâyet altına gireceklerini beyan eder¹⁶⁹.

İslâm hukuçularından, İbn Şübrime ile Ebu Bekr el-Esam, velâyet hakkının ihtiyaç ve tasarruflara mebni bulunduğunu vurgulayarak, küçüklerin tezvicine velîlerin velâyet hakkı olmadığını beyan etmişlerse de büyük müctehidler, küçüklüğün nikahda da velâyet sebebi olduğunda müttefiktirler¹⁷⁰.

C. VELÂYET HAKKININ İYİ KULLANILMAMASI HALİNDE ALINACAK TEDBİRLER

Velâyet hakkına sahip olan kimsenin bu hakkından doğan birtakım sorumlulukları bulunmaktadır. Velî bu sorumluluklarını yerine getirmese ne olur? Önce, bir velînin yükümlülüklerini ifa edemez hale geleceği muhtemel durumları ele alalım:

- a. Velînin, velâyet hakkı doğuran ehliyetini semavi arızalardan biri sebebiyle kaybetmesi, mesela, kendisine cünûn arız olması,
- b. Velînin, velâyet hakkını, kesbî arızalardan biri, mesela, sefahi sebebiyle kullanamaması,
- c. Mevlî aleyhin şahsı veya malı üzerinde adem-i şefkat ve kötü niyetinin zahir olması.
- d. Ölüm ve gaybûbet.
- e. Velînin bu hakkını kullanmaktan imtina etmesi.

Bütün bu durumlarda, tedbirlerin alınması zarureti vardır. Alınacak bu tedbirlerden bir kısmı, velâyet dercesine göre velâyetin doğrudan bir başka velîye geçmesi şeklinde olur. Bir kısmı ise kâdinin müdahalesi ile sağlanır.

¹⁶⁶ Berrâc, s. 80-81; Hanefî, s.141, 234.

¹⁶⁷ Şener I, s. 203; 2 Bakara 283.

¹⁶⁸ es-Şerahsi, el-Mebcut, IV, 218-219.

¹⁶⁹ er-Râzi, Muhammed Fahrüddin, Mefâtihu'l-Gayb, I-VIII, Matbaai Amire, İstanbul 1307, II, s. 551.

¹⁷⁰ Bilmen, .II, 54-55.

Bir velî, velâyet hakkından doğan görevlerini ifa etmezse, mesela velî, mevlî aleyhin -mesela, küçük çocuklarının- nafakasını teminden imtina ederse, kâdi mudahale eder, gerektiğinde velî için zecri tedbirler alır, velîyi habseder¹⁷¹.

III. VELÂYETTE ZAMAN

Velâyet, hem şümül hem de zaman açısından Aile Hukukunun tarihi seyri içinde şekil değişikliğine uğramıştır.

Roma hukukunda aile reisinin (Pater) çocuk üzerindeki egemenliği hayatı boyunca devam ediyordu.

Arap cahili sisteminde ise sınırları belli bir velâyet hakkı olmadığı gibi, çocukların sahip oldukları hakları da mevcut değildi. Özellikle kız çocukları, toplumda yüzkarası kabul ediliyor, gerekli gördüğünde baba tarafından diri diri öldürülebiliyordu. Bu durum bir bakıma Roma hukukundaki mutlak egemenlik (Patria potestas) sistemine benziyordu. Erkek ise eli silah tutar hale gelince, ehliyet hakkını iktisap etmiş oluyordu¹⁷².

Roma hukukunda çocukluk hali ikiye ayrılırdı.

a. Baliğ olmayan küçükler (impubes minores).

b. Baliğ olan küçükler (puberes minores).

Her iki grup için baba mutlak yetkilere sahip bulunuyordu. Bu durum Costantinus (M.S. 306-337) zamanına kadar sürdü. Costantinus çocukları yaş gruplarına ayıran sistemde de değişiklikler yaptı.

Roma'da çocuklar üç yaş grubuna ayrılıyordu:

a. 0-7 yaş grubu (infantia)

b. 7-14 yaş grubu (infantia proximus).

c. 14-25 yaş grubu (pubertati promixus).

Mezkur İmparator kızları 18, erkekleri 20 yaşında reşid saydı. Bugün Batı hukuk sisteminde, rüşd yaşı, Constantinus kararı çerçevesinde bir seyre sahiptir¹⁷³.

¹⁷¹ es-Şerahsi, el-Mebcut, V, s. 224.

¹⁷² 16 Nahl 58-59; Hamidullah, Muhammed, İslâm Fikhi ve Roma Hukuku, Yağmur yayınları, İstanbul 1964, s. 20; Çeker, Orhan, İslâm Hukukundâ Çocuk, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1990, s.19-21; el-Hâc, s.153; Şakir, I, 95-97, II, 159-169; İnan, s. 4-5; Oğuzoğlu, s. 986.

¹⁷³ Çeker, s.18-19.

Toplum hayatını en iyi düzeyde himâye ve muhafazayı gaye bilen İslâm,¹⁷⁴ insanlara tahakkümü reddetmiştir. Hiç bir insana diğeri üzerinde rububiyet (mutlak egemenlik) hakkı tanımamış, **velâyet** (hukukî temsil) sistemini esas almıştır.

Bu kısımda, velâyetin başlangıcı, sonu, bu hakkın kaybı, iadesi, yakın velînin yokluğu halinde yapılacak işlemlere ait hukuk kuralları ele alınacaktır.

A. VELÂYETİN BAŞLAMA VAKTİ

İslâm Aile Hukukunda -hıdâne bahislerinde- görüleceği üzere sıhhat ve nefaz şartlarına riayetle sahih bir evlilik sonucu bu evlilik devam ederken evlilikten itibaren altı ay ve daha yukarı bir sürede doğan çocuğun velâdeti, velâyetin başlangıcı sayılmıştır¹⁷⁵. Velâdet olmadan babanın velâyetine mahal yoktur. Tabiidir ki, hukuk sistemlerinde, çocuğun medenî haklarının başlangıcı, ana rahmine düştüğü an olarak benimsenmiştir. Çocuk bu haklarından doğumu ile bilfiil istifade edecektir¹⁷⁶.

Bu hukukî kurallar çocuklarla ilgilidir. Oysa İslâm aile hukuku yalnız çocukları değil, diğeri himâye ve sıyanete muhtaç kısıtlıların haklarını da velâyet müessesesi ile koruyucu kurallar getirmiştir. O halde, onların velâyetine ehil olanların bu hak ve sorumlulukları ne zaman başlayacaktır?

Kişi velâyet altında tutan sebeslerin başlangıcı velâyetin de başlangıcıdır. Özetlersek:

- a. Çocuğun doğumu,
- b. Cünûn halinin başlangıcı,
- c. Hürriyetin kaybı ve müslüman bir velînin malikiyeti,
- e. Vela'nın başlangıcı,
- f. Nikah akdinde ünûset,
- g. Velâyet-i ammeye nasb olunma halleri, ehliyet ve özel şartların tahakkuku halinde velînin görev ve sorumluluklarının başlangıcıdır. Fakat, konum itibariyle velî olacak mevkiide bulunan bir kişi, mesela, çocuğu yeni doğan bir baba, diğeri şartları taşımiyorsa -akli veya bedeni yetersizliği olursa- velâyet başkasına intikal eder¹⁷⁷.

B. VELÂYETİN SONA ERMESİ

Velâyetin ne zaman sona ereceğini, velâyet altındaki kişinin **vücut ve eda ehliyeti** itibariyle bütün tasarruflarında kamil ehliyete sahip olacağı an belirleyecektir.

¹⁷⁴ Çalışkan, s. 61.

¹⁷⁵ Bilmen, II, s.398-399; Kararıyan, İsları Hukuku, s. 336-338.

¹⁷⁶ TMK., 27/1; Döndüren, s.119.

¹⁷⁷ Ebu Zehra, el-Vilâye, s.15, 45.

Mevlî aleyhi velâyet altına alan sebebin izalesiyle üzerindeki hukukî temsil sona erecektir.

Çocuk bûluğa erince, deli ifakat bulunca, matuh akli dengeye kavuşunca, kadın sahih bir nikahla evlenince velînin temsil yetkisi düşecektir.

Mecelle 9. Kitabında, **hacr** (tasarruf ehliyetini kısıtlama) sebeplerini açıklamaktadır¹⁷⁸.

Buna göre velâyetin sona ermesi iki ana sebebe racidir:

- a. Velî ile ilgili sebepler.
- b. Mevlî aleyh ile ilgili sebepler.

Velînin, ehliyetini kaybetmesi veya velâyetin diğer şartlarından birisini kaybetmesi halinde velâyeti son bulacaktır. Mesela, velînin aklen, bedenen veya ruhen zaaf ve acz içine düşmesi, irtidadı, mevlî aleyhin şahsı ya da malı üzerindeki kötü niyetli tasarrufu veya ölümü velâyeti sona erdirir¹⁷⁹.

Velâyet-i âmme sahibi olması hasebiyle yönetimi elinde tutan bir şahsın velâyeti ise, aşağıda belirtilen durumlarda sona erer:

- a. *Vefatıyla.*
- b. *Görevden çekilmesiyle.*
- c. *Görevden uzaklaştırılmasıyla*¹⁸⁰.

Mevlî aleyhin ise kamil ehliyete kavuşması veya kendisini velâyet altında tutan başka bir sebep varsa, onun izalesi ile yine velâyet sona erer.

Bu sebepleri şöyle sıralayabiliriz:

- a. *Küçüklük halinin sona ermesi.*
- b. *Cünûn halinin ifakat bulması.*
- c. *Ateh halinin sona ermesi.*
- d. *Kadının evlenmesi.*

Küçüklük halinin sona ermesi hususunda İslâm aile hukukunun genel kaidesi, küçüğün sinni bûluğa ermesidir. Küçük, sinni bûluğa ermekle aklen ve

¹⁷⁸ bk Mecelle, m. 941-1002, s. 288-303.

¹⁷⁹ Ebu Zehra, age, s. 99-102.

¹⁸⁰ Zühaylî, el-Fıkh, VI, 702.

bedenen tasarrufa ehil olacak bir güce ulaşmış olur¹⁸¹. Burada, bülüğ bedeni gelişmeyi, akıl ise rüşde ermeyi ifade eder. Reşid, aklen ve ruhen gelişip lehinde ve aleyhinde olanı anlama ve kavrama güç ve yeteneğine ulaşan kişidir¹⁸². el-Cessas (v. 370/980), Nisa Suresinin 6. ayetini açıklarken, kişinin rüşd (olgunluk) çağına ulaşmasıyla üzerindeki velâyetin kalkacağını söyler¹⁸³.

İmam Serahsî (v. 483/1090), velâyetin, çocuğun bülüğa ermesiyle sona ereceğini belirtir¹⁸⁴.

Bilindiği gibi İslâm hukukçuları, bülüğa ermede iki sebep üzerinde dururlar:

a. Biyolojik değişim.

b. Yaş haddi.

Çocuktaki biyolojik değişim, bedeni gelişmeyle ilgilidir. Erkek çocuklarda ihtilam ve ihbal (hamile bırakma) kudreti, kız çocuklarında hayz ve habl (gebe olma) bülüğa erme halleridir¹⁸⁵. Bu çağın asgari haddi erkeklerde 12, kızlarda 9 yaşındır. Yani erkek çocuğunun 12, kız çocuğunun 9 yaşından önce bülüğa ermesi hukuken sabit olmaz¹⁸⁶. Bu durum muttefeleunaleyh (üzerinde ittifak edilen) bir hukuk kuralıdır.

Yaş haddi ile bülüğa erme hususuna gelince, İmameyn ve İmam Şafî (v. 204/819), 15 yaşına giren her çocuğun baliğ olacağını ifade etmişlerdir ki, müftabih olan da budur¹⁸⁷. İmam Ebu Hanife (v. 150/767) ise, kızlarda 17, erkeklerde 18 yaşını, bülüğ yaşı olarak kabul etmiştir. İmam Ebu Hanife:

“ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده ”

"Yetimin malına, rüşdüne erişinceye kadar, en güzel olanından başka bir suretle yaklaşmayın" ayetindeki 'Rüşdüne erişme' halini 17-18 yaş olarak benimsemiştir¹⁸⁸.

Burada bir durum ortaya çıkmaktadır. O da, mücerred bülüğ olayının rüşd sayılıp sayılmayacağı husudur. En'am suresinin 152. ayeti ile Nisa suresinin 6. ayeti "tasarruflara ehliyet için rüşde erme" şartına işaret etmektedir. Bülüğün rüşde erme sayılıp sayılmayacağı hususunda İslâm hukukçularının farklı görüşlere sahip oldukları görülmektedir.

¹⁸¹ Bilmen, II, 54.

¹⁸² Karaman, İslâm Hukuku, s.188.

¹⁸³ el-Cessas, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi, Ahkâmu'l-Kur'an, I. V, 2. Baskı, Kahire (ty), II, 354-357

¹⁸⁴ es-Serahsî, el-Mebsut, IV, 213.

¹⁸⁵ Mecelle, m. 985, s. 298.

¹⁸⁶ es-Serahsî, el-Mebsut, IX, 184; Mecelle, m. 986, s. 298.

¹⁸⁷ es-Serahsî, el-Mebsut, IX, 184.

¹⁸⁸ el-Berri, s. 8; 6 En'am 152.

Nitekim Mecelle de: "Bir çocuk gayrı reşid olarak baliğ olursa, rüşdü tahakkuk etmedikçe, malı kendisine verilmeyip, kema fissâbık (önceden olduğu gibi) tasarruftan men olunur" denmektedir¹⁸⁹. Mecelle, baliğ olan birisinin velâyetinin bu gibi özel durumlarda, -bilhassa malî velâyette- sona ermeyeceğini açıkça hükme bağlamaktadır. İbn Kudâme (v. 682/1283), Furkân Suresinin yirmi ikinci ayeti ile Nisâ Suresinin beşinci ve altıncı ayetlerini esas kabul edip diğer rivayetleri de değerlendirdikten sonra, sabî, mecnûn ve sefihîn mallarını himaye konusundaki velâyetin, rüşd haline kadar devam etmesi gerektiğini vurgular¹⁹⁰.

Hukukçuların bu değerlendirmeleri temelde Hz. Peygamber (s.a.v.)'in uygulamalarına dayanmaktadır. Hz. Peygamber savaşa katılmak isteyen 14 yaşındaki bir çocuğın -İbn Ömer'in- talebini geri çevirirken aynı çocuğa bir yıl sonra, yani, 15 yaşında izin vermiştir¹⁹¹. Bu uygulama ile Nisa suresinin 6. ayetindeki "Nikah çağı" ifadesi bülüğün kamil ehliyeti ifade ettiğine delil olarak alınmıştır¹⁹².

TMK. rüşd ile çocuğun velâyetten kurtulacağını ifade etmiştir. Akıl hastası, küçük ve matuh'un nikahını onaylamayıp butlan sebebi sayan TMK'ne göre¹⁹³ üç şekilde reşid olunur:

- a. 18 yaşını doldurmakla.
- b. Mahkeme kararı ile (Kazai rüşd).
- c. Evlenme ile.

Bu üç şekil ile ana-babaya ait temsîl yetkisi sakıt olur¹⁹⁴. TMK'na göre bu durum velâyet altındakine bağlıdır. Velînin ölümü, velâyetten nez'olunması hallerinde de çocuk üzerindeki temsîl yetkisi son bulacaktır¹⁹⁵.

Bu yaşı, Suriye 1953 tarihli Ahval-i Şahsiyeye Kanunu ile 18, Mısır, İngiltere, Almanya ve Fransa 21 olarak benimsemişlerdir¹⁹⁶.

Osmanlılar Döneminde 1288 tarihli bir irade ile 20 yaşını doldurmamış kişilerin Rüşd davalarının reddi karara bağlanmıştır.

İslâm hukukçuları, bülüğ ile velâyetin sona ereceği, mal üzerindeki velâyetin ise rüşd haline kadar devam edeceği hususlarında müttefiktirler. Ancak kadının nikahı hususunda cumhurun görüşü farklıdır. Cumhura göre kadın velîsiz nikahlanamaz.

Burada Hanefilerin kişi hürriyetine, Cumhurun ise toplumun fesadına karşı kişiyi korumaya yönelik bir çizgi izledikleri görülmektedir.

¹⁸⁹ Mecelle, m. 982, s. 298.

¹⁹⁰ İbn Kudâme, Muğni, IV, 550-551.

¹⁹¹ Ebu Zehra, el-Vilâye, s. 47-48; Buhari, Şahadat 18, III, 158.

¹⁹² es-Serahsî, el-Mebstut, IV, 184-187.

¹⁹³ TMK. m.112/2.

¹⁹⁴ Berki, s.15.

¹⁹⁵ Berki, s.16.

¹⁹⁶ Karaman, İslâm Hukuku, s.188; Hanefi, s. 238-239.

Cünûn ile malûl birisi üzerindeki velâyet, bu kişinin ifakat bulmasıyla sona erer. Cünûn hali ikidir:

a. *Cünûn mutbık.*

b. *Cünûn gayri mutbık.*

Eğer cünûn hali mütemadi ise mevlî aleyh cünûn mutbık ile malûl demektir. Cünûn hali, ara ara geliyorsa mevlî aleyh cünûn gayr mutbık ile ma'lûl demektir. Mecelle, cünûn mutbık halini mümeyyiz olmayan çocuğun haline benzetmiş, cünûn gayri mutbık halini ise -ifakatı zamarında- balığ hükmünde kabul etmiştir¹⁹⁷.

Fukahâ (İslâm hukukçuları) cünûn gayri mutbık halinde kişinin tasarruflarına yetkili olduğu hususunda ittifak etmişlerdir. Böyle bir kimse ifakat hallerinde velâyet altında değildir. Ancak sürekli cünûn halinde ise -velevki arada çok süreler kendine gelse bile- velâyet sona ermez¹⁹⁸.

Ateh hali, kişinin tasarruflarında faydasını zararından ayıramayacak derecedeki akli yetersizlik halidir. Mecelle Ma'tuhu mümeyyiz sağır hükmünde saymıştır¹⁹⁹. Bu durumda matuh yalnız lehindeki tasarruflara ehil kabul edilecektir. Üzerindeki velâyet ise bu halin sona ermesine kadar devam eder²⁰⁰.

Kadın hakkındaki velâyetin sona ermesine gelince, kız çocuğu bülüğ ve rüşde ermediği sürece aynen erkek çocuk gibidir. Evli ve balığ bir kadın üzerindeki velâyetin sona ereceği hususunda da bir ihtilaf yoktur. Ancak, "bülüğa ermiş, ama evlenmemiş bir kadının velâyeti sona erer mi?" sorusunun cevabı fukaha arasında ihtilaf konusu olmuştur. İleride üzerinde durulacak olan bu konuda ittifak yoktur. Ancak genelde böyle bir kadın üzerindeki velâyetin devamı ağır basmaktadır. Böyle bir kadın evlenmediği sürece babasının evinde ve onun velâyeti altındadır. İmam Malik'e göre bu durum 35-40 yaşlarına kadar devam eder²⁰¹. Burada önemli sebep, neslin ve nesebin muhafazasında erkekten ön planda olan kadının olumsuz sosyal şartlara karşı korunması, güven ortamının hazırlanması esasıdır²⁰². Nitekim HAK, kadının 17, erkeğin ise 18 yaşını doldurması halinde evlilik akdine taraf olabileceğini düzenlemiştir²⁰³. Bu yaş hadlerini doldurmayan erkek ile kadın, hem velîsinden hem de hakimden izin alacaktır²⁰⁴.

¹⁹⁷ Mecelle. m. 979-980, s. 297.

¹⁹⁸ Ebu Zehra, E1-Vilâye, s. 65.

¹⁹⁹ Mecelle, m. 978, s. 297.

²⁰⁰ Berrâc, s. 73.

²⁰¹ Hanefî, s. 238-239; Bilmen, II, 52-53, bazı rivayetlerde ise 30-33 yaşlarıdır.

²⁰² Ebu Zehra, age, s. 71-72.

²⁰³ HAK, m. 4.

²⁰⁴ Döndüren, s.195.

C. VELÂYETİN ZÂYİİ

İslâm aile hukukunda velâyet, mutlak haklardan addedilir. Tekinay, kanuni sebep olmadan bu hakların zayii olmayacağını belirtir. TMK velâyet hakkının zayiini, velînin ölümü, boşanma, hakimin velâyeti nez'i, boşanan taraflardan (ana-baba dan) birinin evlenmesi... gibi sebeplere bağlar²⁰⁵.

Velâyet şartlarının yani İslâm, akıl, bülûğ (rüşd), himâye kudreti, adalet, karabet ve iyi niyet gibi şartlardan birinin kaybı, velâyetin kaybına sebeptir²⁰⁶.

Serahsî (v. 483/1090), velînin adem-i şefkat ve açık kusuru halinde velâyetini zayi edeceğini beyan etmiştir²⁰⁷.

D. VELÂYETİN NEZ'İ

Velâyetin, kat'î ve sabit haklardan olduğunu biliyoruz. Bu hakkın hukukî dayanak olmadan alınması mümkün değildir. TMK. velâyetin nez'ini acz, hacr, nüfuzu suistimâl, fahiş ihmal gibi sebeplere bağlamıştır²⁰⁸.

İMK. da, TMK.'da olduğu gibi, ortada zaruri bir hal bulunmadıkça, velâyetin ana-babadan alınmasını önlemiştir²⁰⁹.

İslâm aile hukukunda da velîyy-i âmmin olağan dışı durumlarda velîye müdahale edebileceği, hatta müdahale etmek zorunda olduğu bir hukukî kuraldır. Ancak, bu kuralın çalışması fevkalade zaruri haller dışında kullanılmaz. Nitekim 1952 tarih ve 118 sayılı Mısır aile kanununda velâyetin nez'i ile ilgili kararlarda İslâm aile hukukundan faydalanmıştır²¹⁰. İslâm aile hukuku velâyet şartlarından birini kaybettiği sabit olan velînin velâyetinin nez'ini amir kurallar taşır ki, bunların başında, velînin müslümanlığını koruması, aksi halde velâyetten nez'inin kesin olduğu kuralı gelmektedir.

E. VELÂYETTEN KAÇINMA HALİ

İslâm aile hukukunda velâyet, şefkat, merhamet, iyi niyet, acziyetin verdiği hakları kullanamamaktan doğacak zararları def ile mevlî aleyhin maslahatını temin

²⁰⁵ Tekinay, s. 504, TMK, m. 262

²⁰⁶ Hanefî, s. 252.

²⁰⁷ es-Serahsî, el-Mebcut, IV, 214.

²⁰⁸ TMK. m. 274; Oğuzoğlu, s.1003.

²⁰⁹ Egger, A. , Aile Hukuku, (çev. Volf Çernis) Ankara 1955, s. 518

²¹⁰ el-Berri, s. 78-80

üzerine kaimdir. Şayet velî hiç bir kanuni sebep yokken velâyetten imtina edecek olursa, ortada bir zulüm söz konusudur. Bu zulmü önlemek için velîyyi amme görev düşer. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.v):

“ فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسلطان وليّ من لا وليّ له ”

"Velîler birbirine düşüp çekişseler, sultan velîsi olmayanın velîsidir" buyurmuştur²¹¹.

İmtina, velîlerin çekişip velâyet görevlerini ihmalden daha büyük bir kusurdur. Bu durumda Kâdi asıl velîye niyabeten devreye girer. Buradaki niyabet, velâyetten imtina eden velînin derecesiyle mütenasib bir niyabettir. Velî baba ise niyabet, babanın tasarrufları kuvetinde, kardeşe ise kardeşin velâyet yetkilerine göredir²¹².

F. YAKIN VELİNİN YOKLUĞU HALİNDE DURUM

Lehinde ve aleyhindeki akid ve tasarruf ehliyetini tam olarak haiz olmayan insanların hukukî himâyesini ifade eden velâyet sistemi, bu kişilerin toplumun boşluğuna bırakılıverilmediklerinin en belirgin tescilidir.

Bilindiği gibi Hz. Peygamber (s.a.v.) "Velîsi olmayanın velîsi İslâmi otoritedir"²¹³ buyurmuştur. Bu itibarla, herhangi bir nedenle velîsi olmayanın velâyetini, imam, vali veya kâdî üstlenecektir²¹⁴.

İslâm hukukçuları, babanın velâyeti sebebiyle yaptığı tasarruflarının muhtevasında müttefiktirler. Ancak, babanın yokluğu halinde diğer velîlerin tasarrufları ne derece geçerli olacaktır? Bu soru, tartışmaya konu olmuştur.

İmam Ebu Hanife (v. 150/767), bütün velîlerin silsile yoluyla velâyetlerinin geçerli olduğunu beyan eder.

İmam Şafiî (v. 204/819) ise, baba ve dedenin velâyetini esas alır.

İmam Malik (v. 179/795) ve İmam Ahmed b. Hanbel (v. 241/855) ise, velâyeti babaya tahsis ederler. Bu şekilde velâyeti bir şahsa irca etmekle en dar alanı tercih etmişlerdir²¹⁵.

²¹¹ Tirmizi, Nikah 14, III 408; İbn Mace, Nikah 15; Darimi, Nikah 11; Muvatta, s. 6 ; Ebu Zehra, el-Vilâye, s.141

²¹² Ebu Zehra, age, s.142; el-Berri, s. 87.

²¹³ Buhari, Nikah 40, VI, 134-135; Ebu Davud, Nikah 20, II, 568; Tirmizi, Nikah, III, 408.

²¹⁴ Hanefî, s.141.

²¹⁵ es-Serahsî, el-mebsut, IV, 213-214; el-Berri, s. 85-86.

Yakın velînin yokluğu halinde hukukî temsîlin bir başkasına intikaline en güzel örneği mâli velâyet alanında görmekteyiz. Bilindiği gibi babanın gerek şahıs, gerekse mal üzerindeki velâyeti mütetefekun aleyh bir mevzudur. Diğer velîlerin mâli velâyet alanındaki tertibi ve sırası şöyledir.

1. Hanefilerde

1. Baba.
2. Babanın atadığı vasi.
3. Vasiyyi muhtar (Baba vasisinin atadığı vasi.)
4. Dede (Babanın babası)
5. Dedenin vasisi.
6. Vasiyyi muhtar (Dede vasisinin atadığı vasi).

7. Kâdî

8. Kâdînin atadığı vasi.

2. Şafîlerde

1. Baba
2. Dede (Babanın babası).
3. Babanın atadığı vasi.
4. Dedenin atadığı vasi.
5. Kâdi.

3. Malikî ve Hanbelîlerde

1. Baba.
2. Babanın atadığı vasi.
3. Kâdî.
4. Kâdînin atadığı vasi²¹⁶.

Görüldüğü üzere bütün müctehidler babanın mal üzerindeki velâyetini birinci dereceden velâyet kabul ederken babadan sonraki sırada ihtilaf etmişlerdir.

²¹⁶ el-Berri, s. 85-87; Ebu Zehra, el-Vilâye, s. 76; Mecelle, m. 974, s.216.

IV. VELÂYET HAKKINDAN DOĞAN TASARRUFLAR

Hukuk Sistemlerinde kural olarak, üst düzeydeki hukukî temsilden alt düzeydeki temsil yetkilerine, yani, velâyet-i âmmeden vesayete kadar, başkaları adına yapılan tasarrufatta, daima, **mefsedetin def'i ile maslahatın celbi** amaç edinilmiştir²¹⁷. Velâyet sahipleri mefsedetin def'i veya üstün bir maslahatın celbi varken daha aşağı tedbirlere gidemezler.

Velî, mevlî aleyhin hem şahsı hem de malı üzerine terettüb eden bütün tasarruflar ve hukukî temsil yetkilerini haizdir. Ayrıca, mevlî aleyhin işlediği kusurlu fiillerde gerekli ödemeleri tazmin edeceği gibi, aleyhine yönelik fiillerde ise haklarını arama ilgili makamlara müracaat ve dava açma yetkilerine sahiptir. Mesela Mevlî aleyhin şahsına karşı ağır bir cürüm işlense, bir uzvu telef edilse veya öldürülse, velînin kısas talebi hakkı vardır²¹⁸.

Bu itibarla, velînin tasarrufatına ve mevlî aleyhin tasarruflarının geçerli olup olmadığına değinmek faydalı olacaktır.

A. VELİNİN TASARRUFU

Velâyet hakkının kimlere ait olduğunu yukarıda gördük. Velînin, velîsi bulunduğu kişi adına olan tasarruf yetkisi, velâyet hakkı sakıt olmadığına devam edecektir²¹⁹.

İslâm aile hukuku, mevlî aleyhin lehindeki tasarrufları desteklemek, aleyhindeki gelişmeleri önlemek suretiyle iki hususu daima gözetmiştir. Mevlî aleyhin ta'limi, te'dibi, çevresine zarar vermesinin önlenmesi, beden ve malen hıfzu himâyesinden tezcivine kadar velînin tasarruf yetkisi ve sorumluluğu vardır. Mâlî velâyetin alanı daha dar kapsamlı olup baba ve dede ile vasîleri, bir de kâdi, mali tasarrufları, mevlî aleyh adına yürüteceklerdir²²⁰.

Evlendirmedeki tasarruf yetkilerine gelince, müctehidler bu konuda farklı görüşlere sahiptirler.

Hanefiler, gerek tezciv, gerekse hıfz ve sıyanet itibariyle velîler arasında bir farkın bulunmadığını, velîlerin silsilei meratib yoluyla mevlî aleyh adına tasarrufa ehil olduklarını, şefkat, merhamet ve iyi niyetin devamı süresince bu tasarrufata

²¹⁷ Mecelle, m. 20-31, s. 24-26; Ebu Zehra, a.g.e., s. 74.

²¹⁸ Akşit, s.125.

²¹⁹ el-Berri, s. 86-87.

²²⁰ Ebu Zehra, el-Vilaye, s. 76; el-Berri, a.g.e., s. 85.

devam edeceklerini, hatta asabe bulunmadığı hallerde başta anne olmak üzere kadın akrabasının dahi tezvic selahiyetine ehil olduğunu kabul ederler²²¹.

Cumhur ise Hanefilerden farklı düşünür. Cumhura göre velâyet, şahsın beden ve malen korunması ile evlendirilmesi gibi iki ayrı yetki alanına ayrılır. Evlendirme selahiyeti ise icbari ve ihtiyari oluşlarına göre velînin tasarrufunu etkiler. İcbari velâyetteki tasarruf yetkisi cumhura göre aşağıdaki gibidir.

Şafilere, icbar hakkının yalnız babaya ve dedeye ait olduğunu, diğer velîlerin mevlî aleyhi rızası haricinde tezvic edemeyeceklerini belirtirler²²².

Malikiler, icbar yetkisinin yalnız babaya ait olduğunu, babanın bu tasarruf yetkisini vasi tayin ederek de kullanabileceğini beyan ederler.

Hanbeliler ise, malikilerde olduğu gibi icbar yetkisinin babaya ve vasisine aidiyetini kabul ederler. Ancak vasinin yetkisini daha da daraltarak, babanın vasi tayin ederken evlendireceği mevlî aleyhi kiminle evlendireceğini de belirlemesi sınırını getirirler²²³.

Şiadan Zeydiyye, Hanefilere, İmamiyye ise Şafilere yakın bir yol izlemiştir. İmamiyye'ye göre de baba ve dede evlendirme tasarrufuna ehildir²²⁴.

B. VELÂYET ALTINDAKİLERİN TASARRUFU

İslâm hukukçuları, **bülüğ** ile kişinin Kamil ehliyetine kavuşacağı hususunda müttefiklerdir. Ancak mali velâyete ilgili tedbirin **rüşd** çağına kadar devam etmesi, hanefilerle Cumhur arasında farklı değerlendirmeye tabi bir husustur²²⁵. Mecelle, hiçbir tasarruf ehliyeti olmayan çocuğu (sağır-i gayri mümeyyiz), tasarrufunda lehinde ve aleyhinde olanları bilmeyecek kadar anlayışı ve kavrayışı kıt olarak vasfetmekte, böyle bir çocuğun tasarrufunun -velîsi izin verse bile- geçersiz olduğunu hükme bağlamaktadır²²⁶. Serahsî, cünûn ile ma'lul olanın sabi hükmünde olduğunu beyan eder²²⁷. Mecelle ise, sağır, mecnun ve matuhun zaten hacr ve velâyet altında bulduklarını, mecnun-u mutbıkın gayri mümeyyiz sağır, ma'tuhun mümeyyiz sağır hükmünde olduğunu beyan eder²²⁸.

²²¹ Ebu Zehra, age, s. 74-76.

²²² Ebu Zehra, age., s. 77.

²²³ Ebu Zehra, age, s.76-77.

²²⁴ Ebu Zehra, age, s. 77.

²²⁵ es-Serahsî, el-Mebcut, IX, 184; Buhâri, Şehadât 18, III, 158.; Mecelle, m. 982, s. 298.

²²⁶ Mecelle, m. 943, 966, s. 289, 293.

²²⁷ es-Serahsî, el-Mebcut, IV, 228; Kadri Paşa, m. 483.

²²⁸ Mecelle, m. 957, 978, 979, s. 291, 297. Mecnun iki kısımdır:

a. Mecnun-u Mutbık; Cünun hali sürekli olandır.

b. Mecnun-u Gayr Mutbık; Cünun hali bazan geçen kimsedir.

Bu durumda çocuğun tasarruflarına göz atmakta fayda vardır. Tasarruflara mahal itibariyle çocukluk devrelerini üç merhalede müteala etmek mümkündür:

- a. Cenin devresi.
- b. Sabilik devresi (Adem-i temyiz devresi).
- c. Temyiz devresi²²⁹.

Cenin devresinde, sağ olarak doğmak kaydıyla dört hak terettüb eder:

1. Neseb hakkı.
2. Miras hakkı.
3. Vasiyet edilen eşyanın mülkiyet hakkı.
4. Lehinde vakfedilmiş servete hak sahibi olmak.

Ceninin eda ehliyeti yoktur, vücut ehliyeti ise noksandır²³⁰.

Doğumundan itibaren 7 yaşına kadar ki, sabilik devresinde **vücut ehliyeti** tam olan çocuk, hakların iktisabı ve mali edalara velîsi vasıtasıyla mütehammildir. Lehindeki ve aleyhindeki haklar sabit olur. İlzam ve iltizama mükellefiyetini velîsinin göreceği konuma gelir. Sözlü akidleri geçerli olmaz, ama, kusurlu fiilleriyle itlaf ettiği şeylerin, malından tazminine muhatap hale gelir. Eda ehliyetine sahip olmadığı için, eda ehliyetinin gerektirdiği mali ibadetleri, Hanefilere göre ifa mükellefiyeti yoktur. Cumhura göre ise velîsi çocuğun malının zekatını ve diğer mali ibadetleri çocuk adına yerine getirir²³¹.

Temyiz devresi, 7 yaşından Büluğ çağına kadar olan dönem olup bu devrede çocuk **tam vücut ehliyetine** sahip olur. Eda Ehliyeti yönünden ise **nakıs ehliyetlidir**. İbadetlerden mes'ul değildir. Ama te'diben ibadete başlatılır. İtlafına sebep olduğu malları öder. Lehindeki mali tasarruflara sahip olur. Aleyhindeki mâli akidleri İslâm hukuku onaylamaz. Bu tasarruflar geçerli olmaz, **sahih değildir**²³².

Şimdi bu devrelere taalluk eden tasarrufları görelim:

1. Din Seçimi ve İbadet

Cenin devresinde çocuğun herhangi bir dini vecibesi olmadığı gibi sabilik devresinde de yoktur. Çünkü ibadetler eda ehliyeti gerektirmekte, çocuk ise bu devrede bu ehliyeti haiz bulunmamaktadır. Hanefilerin bu anlayışına Cumhur, ictimai ve mali ibadetlerin çocuğu muhatap kılacağı itirazını getirmişlerdir. Velîsi, bu

²²⁹ bk Feydullah, Muhammed Fevzi, Nazariyyetu'd-Damân Fi'l-Fıkhî'l-İslâmiyyi'l-Amm, Kuveyt 1986, s. 210-211; Karaman, İslâm Hukuku, s.182-188; Döndüren, s.145.

²³⁰ Feydullah, ed-Damân, s. 210; Karaman, İslâm Hukuku, s.183.

²³¹ Karaman, age, s.184.

²³² Feydullah, age, s. 212; Karaman, age, s.182-186.

devrede, zengin çocuğun zekatını malından onun adına ödeyecektir²³³. Sadakai fitır çocuğun malından ödenir, malı yoksa babası öder. Çocuk öşür ile de muhataptır.

Çocuğun temyiz devresi için belli bir yaş haddi olmamakla beraber fukahâ 7 yaşın tamamlanmasını çocuğun temyiz devresi için başlangıç saymışlardır. Bu devreden itibaren çocuk ibadetlerle yüzyüze gelecektir. Hz. Peygamber (s.a.v.), "Çocuklarınız yedi yaşında olunca onlara namaz kılmalarını söyleyiniz"²³⁴ buyurmuştur. Gene Hz. Peygamberin İbn Sayyâd adlı bir müşrik çocuğuna İslâmı arz eylediği vakidir²³⁵. Hacc mevsiminde Rasulullah'a (s.a.v.) gelen bir kadın, beraberinde getirdiği çocuğunun haccından sual eylediğinde, Hz. Peygamber çocuğun hacc ibadeti yapabileceğine işaretle "Evet" buyurmuş ve sevabın ebeveyne olacağını ifade etmiştir²³⁶.

O halde çocuk, namaz, oruç, hacc gibi ibadetleri edaya selahiyetlidir. Ancak bûluğdan önce eda mes'uliyeti yoktur²³⁷.

Sabînin ezanı, imameti gibi konularda ihtilaf edilmiş ise de çocuğun bu ibadetlere ehil olmadığı görülmektedir²³⁸.

Çocuğun islâmını ilan edip duyurması, Hanefilere göre muteberdir. Şafîiler ise çocuğuru bu konuda ana-babasına tabî olduğunu söylerler.

Hanefiler İslâmın izzetini, Şafîiler ise velâyet bağlarını daha ön planda tutmaktadırlar. Hz. Peygamberin bir müşrik çocuğuna İslâmı arzettiğine dair rivayeti değerlendirirsek İslâmını ilan eden çocuğun bu ikrarı kabule şayan bir ikrar olacaktır²³⁹. Cümhurun görüşü de budur²⁴⁰.

Demek ki çocuk temyiz devresinden önce ibadet ehliyetine sahip değildir. Temyiz devresinde ise ibadet mükellefiyeti yoksa da yaptığı ibadetler sahihtir. Velfi bu devrede, te'diben ve tevcihen çocuğu ibadete alıştıırır²⁴¹.

2. Akidler ve Mâli Tasarruflar

Mecelle, mümeyyiz olmayan çocuğun tasarruflarının ve akidlerinin -velîsi izin verse bile- geçersiz olduğunu, mümeyyiz çocuğun ise hibe ve hediye kabulü gibi

²³³ Feydullah, ed-Damân, s.210-212, el-Üsrûşeni, Muhammed-Ahkâmu's-sıgâr,(çev. İbrahim Canan), Cihan Yayınları, İstanbul 1984, s.30

²³⁴ Ebu Davûd, Salât 26, I, 332.

²³⁵ Buhâri, Cihâd 178, IV, 23.

²³⁶ Tirmizi, Hacc 83, III, 265.

²³⁷ Karaman, İslâm Hukuku, s.185.

²³⁸ el-Üsrûşeni, s.21-22.

²³⁹ el-Üsrûşeni, s.150-151; Buhâri, Cihâd 178, IV, 23.

²⁴⁰ Çeker, s.83.

²⁴¹ Çeker, s.69; İbn Kayyim, el-Cevziyye, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ebû Bekir, Tuhtetu'l-mevdûd bi Ahkâmî'l-Mevlûd, Beyrut 1983, s.124.

lehindeki tasarruflara - velîsi izin vermese bile- ehil olduğunu karara bağlar²⁴². Şu halde mümeyyiz sağır, lehindeki tasarrufları kabule ehildir. Mutlak aleyhindeki bütün tasarruflar geçersiz iken lehinde veya aleyhinde olma ihtimali bulunan tasarruflar ise velî iznine tabidir²⁴³.

Çocuğun, sosyal alana yönelik kavli ve fiilî akidleriyle ikrarları da sonuç doğurmaz. Bu nedenle çocuğun şهادeti muteber addedilmez²⁴⁴. Talakı vaki olmaz²⁴⁵. Çocuğun kestiği hayvanın eti yenir. Mecnun da bu konuda çocuk gibidir²⁴⁶. Şهادet konusunda, mecnun, ma'tûh ve köle çocuk hükmündedir²⁴⁷.

Köle veya cariye, efendisinden izinsiz nikah akdederse, bu akid efendisinin izniyle geçerli olur²⁴⁸.

Hür bir kadın velîsinin izni olmadan birisiyle evlenirse, bakılır, eğer dengi ise, Hanefilere göre akdi nafizdir, dengi olmayan birisiyle evlenmişse velîsi bu akde müdahale edecektir²⁴⁹.

Mevlî aleyhin tasarrufatı -velîde olduğu gibi- hiçbir surette kendi aleyhine olamaz. Velâyeti altındakinin malı üzerindeki tasarruflarını kendi malı gibi yürüten velî, güven ve iyi niyet ilkeleri dahilinde mevlî aleyhin tasarruflarını kontrol edecektir²⁵⁰.

3. Cerime ve Kusurlu Fiiller

Velâyetin konusu can ve mal himâyesidir. Suç, mala veya cana karşı, şer'an haram kılınmış bir fiili işlemektir²⁵¹. Ancak bu suçun ehliyetli bir kişi tarafından işlenilmiş olması gerekir. Çocuk, deli veya ma'tuhun işlediği suç fiilleri, cezayı mucip değildir²⁵². Çünkü bir suçun oluşmasında maddi, manevi ve kânuni unsurların teşekkülü şarttır²⁵³.

²⁴² Mecelle, m.967-968, s.293-294; el Üsrüşeni, s.283,297.

²⁴³ Çeker, s.75-80; el-Üsrüşeni, s.198.

²⁴⁴ Çeker, s. 92.

²⁴⁵ el-Üsrüşeni, s.114; en-Nesâi, Ebu Abdîrrahmân Ahmed b. Şuayb-es-Sünen, I-VIII, nşr. Çağrı Yayınlan, İstanbul 1981, Talak 20-21, VI, 155-156.

²⁴⁶ el-Üsrüşeni, s.381.

²⁴⁷ Akşit, s.131,136.

²⁴⁸ el-Halebi, s.102.

²⁴⁹ es-Serahsî, IV, 224.

²⁵⁰ el-Berri, s.88; Döndüren, s.147.

²⁵¹ es-Serahsî, el-Mebcut, XXVII, 84.

²⁵² Akşit, s.41.

²⁵³ Udeh, Abdülkâdir, et- Teşriü'l- Cinâiyyu'l- Islâmi, Mukarinen bi'l-Kanuni'l- Vad'i,(çev. Ruhi Özcan, Ali Şafak, mukayeseli Islâm Hukuku ve Beşeri Hukuk), I-IV, Rehber Yayıncılık, Ankara 1990, I, 109.

Bilindiği gibi İslâm ceza hukukunda suçlar, hadler, cinâyetler, ta'zir suçları ile ihmal ve ihmal yoluyla işlenen suçlar kısmına ayrılır²⁵⁴.

Çocuğun, cenin devresinden itibaren şahsiyetinin tanındığı, bu devreden itibaren çocuğa karşı işlenen suçlara ceza terettüb edeceği İslâm Hukukçularının müşterek kabulleridir. Hariçten bir müdahale ile ana rahminde ölümüne sebep olunan bir çocuk, sağ doğmuş ve müdahale eden tarafından öldürülmüş sayılır. Böyle bir kimse 500 dirhem tutan kan bedelini (guresini)²⁵⁵ ceninin varisine ödemek zorundadır²⁵⁶.

Çocuğun bizzat işlediği veya başkasının ihmal ve teşviki ile işlediği kusurlu davranışlara ne tür bir ceza uygulanacaktır? Cenin devresinden mümeyyiz oluncaya kadar çocuğun fiillerine herhangi cezai bir durumun terettüb etmeyeceğini gördük. Ancak kasır ehliyetliler, bir başka ifade ile velâyet altındakiler, ehliyetlerindeki noksanlık sebebine göre muamele göreceklerdir. Mesela Hukukullahtan (ibadetlerden) muaf olan çocuk, kasıtlı olarak yaptığı ve kul hakkını ihlâl eden fiilleri telâfi edecektir. Çocuğun telef ettiği ve zarar verdiği malların tazmin edilmesinde Fukahâ müttefiktir²⁵⁷. Bu zararlar, çocuğun kendi malından tazmin edilir. Ancak çocuğun veya diğer mevli aleyhin kusuru velînin ihmali neticesinde olmuş ise, zarar, velînin malından alınacak bedel ile karşılanır²⁵⁸.

Serahsî, çocuk, mecnun veya matuhun hırsızlık fiiline ceza terettüb etmeyeceğini ifade eder. Çocuğun bu konudaki ikrarı da geçerli değildir. Bunlar sadece çaldıkları malı iade ile muhatapdırlar. Eğer mal telef olmuş ise tazmin edilir. Çünkü burada suçun kanuni unsurları tamamlanmış değildir. Ancak, hürriyetsizlik, din ayrılığı, gibi sebepler cezai uygulamayı düşürmez. Köle ve cariye sadece efendisinin malını çalarsa ceza uygulanmaz. Aksi halde bir kadın, veya gayri müslim gibi köle de hırsızlık müeyyidesi ile karşı karşıyadır²⁵⁹.

Görüldüğü gibi köle ve cariye kasır ehliyetli olmakla beraber, kendilerini kısıtlı kılan sebep muvacehesinde bir karşılık göreceklerdir. Efendilerinin malına karşı işledikleri hırsızlık fiili ile başkalarının malına karşı işledikleri hırsızlık fiili aynı sonuç doğurmuyor²⁶⁰.

²⁵⁴ Akşit, age, s.46.

²⁵⁵ ĞURRA: Hür, hamile bir anaya karşı işlenen fiil sonucu, ölü olarak düşen ceninin diyeti (can bedeli, kan bedeli) için ödenen miktardır. Ğura diyetin 1/10'unun yarısı, yani 500 dirhemdir (Akşit, s.55,58).

²⁵⁶ Karaman, islâm Hukuku, s.18.

²⁵⁷ Feydullah, ed-Daman, s.210-212; Karaman, Islâm Hukuku, s.182-186; el Üsrûşeni, s.171.

²⁵⁸ Feydullah, age, s.202,203.

²⁵⁹ es-Serahsî, el-Mebсут, IX, 161-162,184; Akşit, s.75.

²⁶⁰ Akşit, age, s.75.

Böylece İslâm hukukunda suçun sonuç doğurmasında serbest irade ile temyiz kudretinin önemli rol oynadığı görülüyor²⁶¹.

Bir çocuk velîsinden izinsiz evlense, -zifaf vuku bulsa bile- mehr ödeme mükellefiyeti yoktur. Ama bir köle böyle değildir. O azad edildikten sonra böyle bir fiilinden dolayı muahaze edilir ve mehri öder²⁶².

Cinayet ve kısas uygulamasında ehliyet şart olduğu için, küçüğün işlediği cinayete kısas uygulanmaz. Böyle bir fiilin küçük tarafından amden işlenmiş olması, sonucu değiştirmez²⁶³. Diyet veya erş tazmini ile muhatap olurlar. Şöyleki:²⁶⁴

Çocuklar, mecnun ve ma'tuhlar bizzat işledikleri suç fiilleri karşısında şahsen ceza görmezler. Ancak itlaf edilen malın tazmini ile öldürülen maktûl veya telef edilen uzvun karşılığı olan diyet veya erşin ödenmesi gerekir. Eğer sabi mecnun veya ma'tûhun işlediği cinâi fiilin bedeli 500 dirhem altında ise bizzat kasırın malından, 500 dirhem ve daha yukarı ise bu miktarı tek başlarına ödemezler. Akileleri tarafından bu bedel ödenir²⁶⁵.

Çocuğa temyiz devresinde, eğitim, öğretim ve namaz gibi ibadetler emredilir. Cezâi ehliyeti olmayan çocuk bu dönemde, te'dib amacıyla ta'zir edilebilir²⁶⁶.

İslâm hukukunda cinai ve diğer tasarruflara ehliyet için, yani, tam sorumluluk için, İslâm, akıl, bülûğ, rüşt, niyet ve kasd gibi sıfatların mevcudiyeti şarttır. Bu duruma delâlet eden nasslardan ikisini burada zikrediyoruz:

a. " وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ "

"Sizden olan hür çocuklar bülûğ çağına ulaştığı zaman, kendilerinden evvelkilerin izin istediği gibi izin istesinler."²⁶⁷

b. رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ "

²⁶¹ Akşit, age, s.87.

²⁶² el-Üsrûşeni, s.143.

²⁶³ Feydullah, age, s.121; el-Üsrûşeni, s.376.

²⁶⁴ el-Üsrûşeni, s.347, DİYET, can bedeli olarak maktulün mirasçılara ödenen miktar olup 100 deve, 1000 dinar, 10.000 dirhem, 200 sığır, 2000 koyun veya 200 takım elbise bedeline denk bir miktardır. Son üç bedel İmameyne göredir. ERŞ ise, miktarını ülül-emrin belirlediği uzva karşı işlenmiş cinayetlerin bedeline denir.(bkz: Akşit, s.55, Karaman, İslâm Hukuku, s.184).

²⁶⁵ es-Serahsî, el-Mebsub, K.Diyât, XXVI, 86-89; Akşit, s.89,96,121. AKİLE: Aralarında karabet ve malî irtibat olan insanların oluşturduğu bir gruptur. Asabe, mevla, beytülmal ve aynı divanı oluşturanlar bir cinayet bedelini ödemedi ortak mükellefiyet ve sorumluluğa sahiptirler. Akilenin katılacağı cinayet bedelinin miktarı en az 500 dirhemdir.500 dirhem ve daha yukarı miktar, âkile arasında taksim edilerek ödenir.(bkz: Bilmen, c. III, s.53-54, Akşit, s.90,96).

²⁶⁶ Akşit, age, s. 90.

²⁶⁷ bk 24 Nûr 59.

"Üç kişi muahaze olunmaz: Uyanmadıkça uyuyan, bülüğa ermedikçe çocuk, akıllanmadıkça deli."²⁶⁸

V. NESEB VE VELÂYET

İslâm, nikah akdini faziletlerin esası kılmıştır. İslâmın, korunmasını insanlığın varoluş sebebi kıldığı, huzur ve saadeti ile eş değerde tuttuğu beş temel zaruretten birisi, nesil ve ırz güvenliğidir. Babanın varlığı, sahih bir nikah bağı ile evlendiği eşinin, kendisine ait olmak üzere doğurduğu çocuktur. Bu çocuğun **neseb** bağı babayı velâyet mertebesine çıkarmaktadır²⁶⁹.

İslâm aile hukukunda olduğu gibi, İMK, TMK vb. Batı hukuk sistemlerinde de **velâyet**, prensip itibariyle **neseb** üzerine kaimdir. Üvey ana ve babanın velâyeti yoktur. Velâyet müessesesinde nesebin rolü, önemli bir mevkiyi haizdir. Sahih neseb olmadan baba ile çocuk arasında **velâyet** bağından söz etmek mümkün değildir.

Bu kısımda, neseb ve velâyet ilişkileri ile, tebenniyet ve İslâm hukuku ile ilgisi ele alınacaktır.

A. NESEB VE VELÂYET İLİŞKİLERİ

Velâyetin temelde neseb ile kaim olduğu hususu bir hukuk kaziyyesidir. Bu temel, çocuğun **veladeti** ve bu veladetin hangi ana-babaya ait olduğunun tesbiti hukukî temsîl açısından önemlidir²⁷⁰.

Velâdetin sübutu ve mevcudiyetine ittıla olayında kadına (anneye) büyük görev düşmektedir. Neticede annenin bir "EVET" kelimesi, yani, rıza beyanıyla usûlüne uygun olarak evliliği kabul ettiğini ifade etmesi, bir dünyayı ayakta tutacak baba ile çocuğu arasındaki neseb bağı kuracak, bu bağ ise, velâyetin üzerine kaim olduğu bir alan olacaktır. İslâm Aile Hukukunda bir doğum hekiminin şahadeti itimad edilecek özellik taşımaz. Bu alan kadın dünyasının alanıdır, burada kadının sözü geçerlidir. İmameyn, kadının veladete ilgili şahadetini kabul etmek için evliliğin devamı içindeki doğuma bağlıyor. İddetini bekleyen doğumu, talak rı'c'i ve bain süresindeki doğum ile kocanın vefatını müteakip doğum yapan kadınların şahadeti nesebin sübutunda önemlidir. Veladetteki şahadet, İslâm hukukunda kadının şahadetinin erkeğin önüne geçtiği alanlara güzel bir örnektir.

²⁶⁸ İbn Hanbel, I, 116, Buhâri, Talak 11, VI, 169, Ebu Davud, Hudûd, 16, IV, 558- 559, Tirmizi, Hudûd I, IV, 32, Nesâi, Talak 21, VI, 156.

²⁶⁹ İbn Âşûr, s.143-145.

²⁷⁰ Tekinay, s.497.

Ebu Hanife ise vefat ve talak-ı bainle ayrılıktan sonraki doğumlarda iki adil şahidin şahadetini şart koşturmaktadır. Talak-ı ric'î ile ayrılık sonu meydana gelen doğumlarda annenin tek başına şahadetini kabul eden hukukçular olduğu gibi, olayı talak-ı bain gibi düşünüp annenin şahadetinin yanında başka şahidleri şart koşanlar da olmuştur²⁷¹.

Nesebin sübutu konusunda baba ile anne arasında vuku bulacak ihtilafta annenin şahadeti geçerlidir²⁷².

B. EVLÂD EDİNME VE VELÂYET

Evlad edinme, Batı Hukuk Sistemlerince tanınan bir hukuk kuralıdır. Bir kişinin, nesebi belli olsun veya olmasın, kendisine ait olmayan bir çocuğun nesebini kendisine aitmiş gibi hukukî statüye kavuşturabilme yetkisidir.

Cahilî Arap aile sisteminde "evladlık" bir kurum olarak mevcuttu. Ahzab suresininin 4. ve 5. ayetlerinde tebenniyet yasaklanmıştır. Ayetlerin mealleri şöyledir:

"Evladlıklarınızı da öz oğullarınız gibi saymanızı, Allah, meşru kılmamıştır. Bunlar, sizin dillerinize doladığınız boş sözlerdir. Allah gerçeği söylemektedir. Doğru yola o erdştirir. Evladlıkları, babalarına nisbet edin, bu, Allah katında en doğru olanıdır. Eğer, babalarının kim olduğunu bilmiyorsanız, bu takdirde onları din kardeşi ve dostlarınız olarak kabul edin..."

Böylece İslâm, cahili Arab Sisteminde bulduğu evladlık olayına hukukî statü tanımamış, aksine üzerine gitmiş ve kaldırmıştır. Zira, İslâm Aile Hukukunda velâyet devredilemez. Evlad edinme veya velâyetin, asıl velîden alınarak babalığa verilmesi, mümkün değildir²⁷³.

Nitekim tebenniyeti bir hukuk kurumu olarak kabul eden Batı hukuk sistemleri de babalığın sona ermesi halinde velâyetin asıl velîlere geçeceği hususunda karardır.

İMK. ile TMK'da olduğu gibi diğere Batılı hukuk sistemleri de velâyeti, prensip olarak nesebi sahih çocuklar üzerinde cari kılmıştır. Üvey babaların velâyeti yoktur²⁷⁴.

²⁷¹ el-Berri, s.18.

²⁷² el-Berri, s.19.

²⁷³ Berki, s. 8.

²⁷⁴ Oğuzoğlu, s. 991.

VI. MAL ÜZERİNDEKİ VELÂYET

Mal üzerindeki velâyet (Lex rei sitae: الولاية على المال), kasır ehliyetlinin servetini himâye sistemidir.

İslâm'da mâlî rejim, meşru yoldan iktisab ve meşru ölçüler dairesinde harcama esaslarına dayanır.

Mecelle, malı; “Mal, tab-ı insanı mâil olup da vakti hacet için iddihâr olunabilen şeydir ki, menkûl ve gayr menkûle şamil olur” diye tarif eder. Malın iddihar olunabilme özelliğini, yani, mütekavvim oluşunu, intifai hukuken meşru olan ve korunabilen bir özellikte olması şeklinde beyan eder²⁷⁵.

Kur'an, yerde ve gökte her şeyin insan için meşru surette faydalanılmak üzere yaratıldığını ifade buyuruyor²⁷⁶.

Hz. Peygamber (s.a.v.), müslümanın malının, meşru şerait haricinde başka bir müslümana helal olmayacağını söylerken²⁷⁷ aile hukuku alanında, babanın çocuğuna yakınlığına ve onun üzerindeki velâyatine de ışık tutmak üzere:

“ أنت ومالك لأبيك ”: "Sen de malın da babana aitsiniz"²⁷⁸ buyurur.

İslâm aile hukukunda, mâlî velâyetin alanı, genelde, çocuklar ve yakın aile çevreleriyle, muvâlât, ı'taka ve âkile, özelde ise kasır ehliyetlilerin mallarını himâye maksadıyla yürürlüğe konulan hukukî temsilden ibarettir²⁷⁹.

Bu durumda mâlî velâyetin alanı, mevlî aleyhin malı üzerindeki bütün hukukî temsîl ve tasarrufatın ifası, yani, alım-satım, icare, rehin, vakıf, hibe vb... akidlerin, velâyet altındakinin lehine olacak şekilde tanzimidir²⁸⁰.

Şimdi, bu tanzim üzerine kaim olan hukukî statü ve temsîl yetkisi ile bu yetkinin kullanılış şeklini görelim.

A. SERVET SAĞLAMADA VELÂYET

Mali iktisaba açık oluşu itibariyle, çocuk, üç dönem geçirmektedir.

²⁷⁵ Mecelle, m.126,127, s. 41.

²⁷⁶ 2 Bakara 29.

²⁷⁷ Buhâri, Vesâyâ 8, III, 188.

²⁷⁸ İbn Mâce, Ticarât 64, II, 769.

²⁷⁹ es-Serahsî, el-Mebcut, .IV, 213-214.

²⁸⁰ el-Berri, s. 81.

- a. Cenin devresi.
- b. Sabilik devresi.
- c. Temyiz devresi.

Çocuğun ana rahmine düşüp şekillenmesinden veladetine kadar olan bu ilk dönemde, çocuğun vücut ehliyeti eksiktir. Lehine olan haklar sabit olur²⁸¹.

Sabilik devresinde, çocuğun hiçbir tasarruf yetkisi yoktur. Bütün tasarruflar velîye aittir²⁸². Bu devre çocuklarda temyiz öncesi devredir. Zaman olarak İslâm hukukçuları bu dönemin 0-7 yaşını ihtiva ettiğini söylemişlerdir.

Temyiz devresi, çocuğun nakıs ehliyet devresidir. Lehindeki mali tasarruflara ehildir. Çocuğun lehindeki mali tasarruflara ehil olması, velâyetin himâye gayesine uygundur. Ama aleyhindeki tasarruflar geçerli değildir.

Mecelle, sabiyi (gayrı mümeyyiz sağiri), alış-verişten hiç anlamayan, kâr ve zararını bilmeyen, aldatılması kolay olan çocuk olarak ele almış²⁸³, temyiz devresindeki çocuğu (sağiri mümeyyiz) ise, lehindeki tasarruflar ile velîsinin izni dahilindeki mali akidlere ehil olarak²⁸⁴ vasfetmiştir.

Çocuğun veya mecnun, ma'tûh gibi diğer kasır ehliyetlilerin mâli statülerinin korunması ve neması için alınacak bütün tedbirler, velî, vasi veya kâdiye aittir. Velî, velâyeti altındaki malın muhafaza için kendisine bir naib atayabilir. Burada önemli olan mahcurun veya mevlî aleyhin malının korunmasıdır. Hukukta asıl olan, himâye edilen malın iyi korunmasıdır²⁸⁵.

İslâm aile hukukunda, mevlî aleyhe servet sağlama, veya mevcut servetin korunmasına matuf tedbirleri burada ele alabiliriz. Bunlar, nafaka, akid ve tasarruf, hibe ve teberru kabulü ile mîrâs alanındaki temsîl yetkileridir.

1. Nafaka Alanında Velâyet

Bilindiği gibi baba, hane reisi olması sıfatıyla, eşinin ve velîsi bulunduğu kişiler ile ebeveyninin nafakasını temin mükellefiyeti taşımaktadır²⁸⁶.

İslâm Hukukçuları, nafaka temininde zengin akrabasının muhtaç yakınına bakımı hususunu ana ilke olarak kabul etmişlerdir ki, bunu dört grupta toplayabiliriz:

²⁸¹ Karaman, İslâm Hukuku, s.182.

²⁸² Feydullah, ed-Daman, 210-212; el-Berri, s. 81; Karanın, İslâm Hukuku, s.182-186.

²⁸³ Mecelle,m.943,966,s.289,293.

²⁸⁴ Mecelle, m. 967, 972, s. 293, 295.

²⁸⁵ Ibn Aşûr, s. 314-315.

²⁸⁶ Furkan (25): 67, Isrâ (17): 31, Talâk (65): 7, Bakara (2): 233.

- a. Büyük evladın ana ve babasına bakımı.
- b. Babanın çocuklarına ve eşine nafaka temini.
- c. Zenginın mahremlerine bakımı.
- d. Zenginın, vefatı halinde kendisine mirasçı olacak derecedeki yakınlarına bakımı²⁸⁷.

Burada (b) şıkkında ifade edildiği üzere velî çocuğunun nafakasını (Me'kelmelbes-mesken) temin ile mükelleftir. İşte bu durum çocuğun mali alandaki muhafazasının ilk teminatıdır. Sağır veya diğer mevlî aleyh nafakası velîsi tarafından temin edildiği için servet kazanma zemini bulacaktır. Burada babanın dışındaki velînin nafaka mecburiyeti çocuğun malının olmaması halindedir. Yoksa çocuğa kendi malından sarfedebilecektir²⁸⁸.

TMK. da nafaka mesuliyetini babaya yüklemiştir²⁸⁹.

2. Akid ve Tasarruf Alanında Velâyet

Velî, mevlî aleyhin malını işletme ve lehindeki bütün akidleri yürürlüğe koyma hakkına sahiptir. Ayrıca mümeyyiz çocuk ile ma'tûh da lehindeki ve velîsinin izin verdiği bütün tasarruflara yetkilidir. Buna karşılık aleyhindeki hiç bir akid bağlayıcılık özelliği taşımayacaktır²⁹⁰.

Bu durum mevlî aleyhin servetini muhafazada velîye izleyeceği yolu göstermektedir.

3. Hibe ve Teberru Kabulü Alanında Velâyet

Mecellenin mümeyyiz sağiri tarif ederken, onu, hibe, hediye v.b. teberruları kabule ehliyet sahibi bir küçük olarak vafettiğine dair maddesine birkaç defa değindik²⁹¹. Temyiz devresinden önce ise çocuk lehine yapılacak hibeleri, hediye ve bağışları, çocuğun malına katmak üzere velî kabul edecektir. Serahsî (v. 483/1090), velînin, bu tür kabul yetkisinin velâyet hakları çerçevesinde olduğunu, gerek hibe, gerekse sadaka kabul edebileceğini ifade eder²⁹².

4. Mîras Alanında Velâyet

Servet iktisap sebeplerinden birisi de mîrastır. Mîras alanındaki velâyet sebebiyle servet sağlama üç yolla mümkün olur.

²⁸⁷ el-Berri, s. 55-57

²⁸⁸ el-Berri, a.g.e., s. 63

²⁸⁹ TMK. m.152/2,154, İMK. m.160/2,162/2, Berki, s. 86.

²⁹⁰ Mecelle, m. 967, s. 293-294

²⁹¹ Mecelle, m. 967, s. 293-294

²⁹² es-Serahsî, c. IV, s. 222.

a.Karâbet yoluyla

Burada ifade ettiğimiz "karâbet" tabirinden maksad, nesebî yakınlıktır. İslâm mîras hukuku akrabalarından birisinin vefatı halinde, müveffanın bıraktığı terikeye kimlerin ne kadar miktarla mîrasçı olabileceklerini hükme bağlamıştır. Bu manada mevlî aleyhin de diğer kâmil ehliyetli kişiler gibi mîrastan kendilerine düşen hisselerini alabileceklerini söylemek istiyoruz. Kısıtlıların mîrastan kendilerine düşen payları velîleri tarafından teslim alınacak ve yönetilecektir. Öyleki, ana rahmindeki bir cenin, sağ doğmak kayıt ve şartıyla mîrasçı olabilecektir. Bu nedenle, çocuk üzerindeki velâyet, gerek onun şahsıyla ilgili olsun gerekse malıyla ilgili olsun daha doğmadan önce başlıyor demektir.

b. Evlilik yoluyla

Nikâh bağı ile birbirine bağlı olan eşlerden birinin vefatı halinde diğeri ona mîrasçı loacaktır. Böylece aile hukuku velâyet sistemi çerçevesinde evliliğin bir servet iktisap sebebi de olduğu görülmektedir.

c. Velâ yoluyla

aa. Velânın manası

aa.1- Velânın lugat manası

Velâ, lugatta, velî edinmek, âzâd etmek, mülkiyet, tasarrufta bulunmak,dostluk ve yardımlaşma anlamlarına gelir.

aa.2- Velânın ıstılah manası

Velâ ile ilgili birkaç ıstılahî tarifi aşağıda veriyoruz veriyoruz:

" Velâ: kişinin mülkünde olan bir şahsı âzâd etmesi veya müvâlât akdi sebebiyle mîras almaya selahiyetli olmasıdır"²⁹³.

" Velâ,bir karabet-i hükmiyedir ki, irse sebep olmaya sahih bulunur"²⁹⁴.

Tehanevî (v. 1158/1745) ise velâyı şöyle tarif etmiştir:

" Velâ (الولا) ,âzâd yoluyla veya iki kişi arasında akdedilen bir anlaşmaylameydana gelen, mîras, kan bedeline iştirak ve evlendirme velâyeti gibi sonuçlar doğuran bir dostluk anlaşmasıdır"²⁹⁵.

ab. Velânın çeşitleri

İslâm hukukunda velâyet yoluyla mal iktisabi iki şekilde olur:

²⁹³ Cürcânî, Ta'rîfât, s. 255.

²⁹⁴ bk Bilmen, İstılahat, velâ bahsi, II,46.

²⁹⁵ Tehânevî, Keşşaf, III, 1527, ayrıca bk İsfehânî, Müfredât, s. 885.

ab.1- Velây-ı a'taka (velâu'l-Itâk, velâyet- itk)

Bir kimsenin ölümü halinde kendisine mîrasçı olmak kaydıyla kölesini âzâd etmesinden doğan bir vela şeklidir. Şöyleki, efendi (mevle'l-ı'tâk) kölesini azad eder, ölümü halinde kendisine mîrasçı olacağını söyler. Azadlının asabeden mirasçısı yoksa terikeye mîrasçı olur²⁹⁶.

Böylece, mevla ile memlukü (kölesi) veya cariyesi arasında itk (azad etme) neticesi bir vela oluşuyor. Bu sayede, mevla köle ve cariyenin cinayet bedeli gibi malî yükümlülüklerine katılıyor, buna karşılık onlara mîrasçı oluyor. Bu yolla mevîf aleyh servet sahibi olma sebeplerinden birisine kavuşmuş oluyor. Bu velâ şekline velây-ı nimet de denir. Zira, bu sayede memluk veya memluke hürriyet nimetine kavuşmaktadır.

" إنما الرءاء لمن أعتق " = Velâ işlemi, âzâd edene ait bir haktır" buyuran Hz. Peygamber (s.a.v.) köleliğin izalesinde malî bir desteği hukuk kuralı haline getirmiş bulunmaktadır. Böylece, velâyet-i itk'in meşru bir statüye sahip olduğu ve temelinde köleliğin kaldırılması ve gerçek hürriyetin sağlanmasının bulunduğu anlaşılmaktadır²⁹⁷.

İctimâî, iktisâdî, siyâsî ve tarihi bir köke dayanan **köle rejimi**, temelde insan fitratına terstir. İslâm Hukuku bu rejimi tedrici bir uygulama ile söndürmeye yönelik kurallar ihtiva etmektedir. Öyleki işin bir yanını mal iktisabına kadar uzatarak insanlar arasındaki hürriyet fikrini sahih temellere oturtmaktadır.

ab.2- Velây-ı muvâlât (velâu'l-muvâlât)

Bir kimsenin, nesebi ma'rûf olmayan bir şahıs ile; karşılıklı olarak cinayet bedelini ödeme, ölüm halinde mîrasçı olma gibi sonuçlar doğuran muahedelerine velây-ı muvâlât denir²⁹⁸.

Bu velâ şekli, nesebi bilinmeyen bir şahsın -şartlarına uygun olarak- velâyet şartlarını haiz birisiyle akdettiği bir velâ muamelesi olup, ölümü halinde mevlası kendisine mîrasçı olur.

Nesebi belli olan bir şahıs, böyle bir muamele yapamaz. Çünkü, ma'rûfunnesep bir şahıs, mîrasçısını mîrastan men edemez. Mevlay-ı esfel denilen böyle bir şahıs, yaptığı bu akidle mevlay-ı a'lâsından işlediği cinayet bedellerine iştirak payı almaya hak kazanır²⁹⁹.

Hulasa olarak diyebilirizki; karâbet ve nikah bağı sayesinde mirasçı olma hali, bütün hukuk sistemlerinin ortak alanıdır. Velâ ile mirasçı olmak ise yalnız İslâm aile hukukunda mevcut bir hukukî kurumdur. Azad edilen ile azad eden arasında

²⁹⁶ Tehânevî, Keşşaf, III, 1528.

²⁹⁷ Ebu Hanife, Nu'man b. Sabit- Müsnedu'l-İmam Ebi Hanife, Mısır 1327, s. 143; İbn Rüşd, II, 303-306, Buhâri, Tefsiri'l-Kur'an 7, III, 178.

²⁹⁸ Tehânevî, Keşşaf, III, 1528.

²⁹⁹ Bilmen, İstilahat, III, 352, IV, 68; Karaman, İslam Hukuku, s. 366-367.

vuku bulan ve birbirlerine karşı malî mükellefiyetler sonucunu doğuran bir muahede iki müslüman arasındaki yakınlığı, velâ kurumunu belirler.

Çocuk veya mecnun yada ma'tuh mirasçısı oldukları bir yakınlarının vefatı halinde miras paylarını alırlar. Bu durum, velâyet altındakilerin servetini ziyadeleştiren bir sebeptir. Mevlî aleyhin bu yol ile servet sahibi olması, diğer hukuk sistemlerinde de mevcut olan bir esastır. Çocuğun bu hakkı, yukarıda belirttiğimiz gibi, ceninlik devresinden başlar. Bu da hukuk sistemleri arasında ortak bir alandır³⁰⁰. Evlilik yoluya mirasçı olup, servet sağlamaya gelince; burada İslâm hukukuna mahsus kuralları belirtmekte fayda var. Şöyle ki; Küçüğün velîsi tarafından tezvîcini, tecvîz eden İslâm hukuku, böyle bir nikahla evli bulunanlardan birinin vefatı halinde eşi (küçük) mirasçı olacaktır. Bunun dışında, mürted olan birisini de kâdî alacağı kararlar gaib sayar ve mirasçıları paylarını alırlar³⁰¹. Böylece mevlî aleyh servet sağlamış olur.

B. MAL YÖNETİMİNDE VELÂYET

İslâm aile hukukunda kâmil ehliyetli birisi, velî ise, hem kendi malı hem de velâyeti altındakinin malını yönetmeye, veya mevlî aleyhin malını yönetmek üzere kendisine niyabeten iş görecek bir vasi tayin etmeye selahiyetlidir³⁰².

İslâm hukukunda eşler arasında mal ayrılığı prensibi vardır. Ailenin nafakası ve mali yönetimi babaya ait olmakla beraber, anne kendisine ait malı, dilerse baba ile ortak yönetebilir. Ailede anne, zati mallarını, baba ise hem zati mallarını, hem de velâyeti altındakilerin mallarını yönetir³⁰³.

TMK, çocukla ilgili mali konuları düzenlemiştir³⁰⁴. Buna göre velî, çocuğun hukukî temsilcisidir ve bu yetki mali alanda da geçerlidir³⁰⁵.

İslâm aile hukuku, çocuğun malını korurken, nemasını sağlarken, bu himâyesini, bizzat bu işleri yürüten velîye karşı da ifa eder. Velînin dahi, mal yönetimi esnasında mevlî aleyhin malına zarar vermesi mümkün değildir³⁰⁶. Kaldı ki, vakti gelince velînin mal üzerindeki yönetimi sona erecek ve yönettiği malı asıl sahibine teslim edecektir.

er-Râzî (v. 606/1209), müfessirlerin, üzerinde ittifak ettikleri, bu konudaki bir rivayeti naklediyor:

³⁰⁰ TMK, m. 278, Berki, s. 8, Tandoğan, s. 506, Gürsel, 432.

³⁰¹ Karaman, İslâm Hukuku, s. 366; el-Üsrûşeni, s. 429.

³⁰² Şener Mehmet, İslâm Hukukunda Velâyet II, I.F.D., Sayı: III, İzmir 1986, s.164

³⁰³ Gürsel, s.432.

³⁰⁴ TMK, m.278.

³⁰⁵ Tekinay, s.500-507.

³⁰⁶ Berki, s.8.

Katafan Kabilesinden bir kişi, vefat eden kardeşinin oğlunun malını yönetiyordu. Bu yönetilen malın miktarı ise oldukça fazla idi. Mevlî aleyh bülûğa erince, amcasından, malını talep etti. Amcası ise malı, yeğenine teslim etmekten imtina eyledi. Bunun üzerine her ikisi de Rasullulah (s.a.v.)'e başvurarak, olayı dava ettiler. Bu olay ve müracaat üzerine Nisa Suresinin 2. ayeti nazil oldu. Velî; "Allah'a ve Rasûlüne itaat boynumuzun borcudur", diyerek, yeğenin malına ait devir-teslim işlemlerini derhal başlattı ve ikmal etti³⁰⁷.

eş-Şevkâni (v. 1250/1834), "Yetimlerin mallarını verin, devr ve teslîmini yapın" şeklindeki ayet ifadelerini açıklarken, yetim kelimesinin, babası ölen ve henüz bülûğ çağına ermeyen çocuğu beyan ettiğini belirtir³⁰⁸. Ayetteki, "verin" emrinin muhatabı, yetim malını elinde bulunduran, onu işletip koruyan velî veya vasîdir. Ayetteki âmir hükmün uygulama şeklini, aynı surenin 6. ayeti belirlemekte, mücerred bülûğun devir, teslimi başlatacağını, ancak mevlî aleyhin, malını yönetebilecek rüşde ulaşmış, ulaşmadığının denenmesi suretiyle malî intikalın sağlanacağını hükme bağlamaktadır³⁰⁹.

Mecelle bu konuda; "Bir çocuk, bâliğ olduğunda, malının kendisine i'tası hususunda isticâl olunmayıp teennî ile tecrübe olunmalıdır. Reşid olduğu tahakkuk ederse, o vakit, emvâli kendisine verilir", yani, " bir çocuk baliğ olunca malının kendisine verilmesi hususunda acele edilmeyip gecikmeli olarak işi zaman aşımına bırakıp denemeli, reşid olduğu, malı yönetebilecek duruma geldiği tahakkuk ederse o zaman, malları kendisine teslim edilmelidir." kuralını getirmiştir³¹⁰. Mecelle ayrıca, gayrı reşid baliğ olan çocuğun, mali yönetiminde velînin tahtı velâyetinde olacağını, rüşdü tahakkuk etmedikçe malın kendisine verilemeyeceğini de hükme bağlamaktadır. Mecellenin bu hükmü ile cumhurun sefih'in malı üzerindeki hacr ve velâyete delil kabul ettiği Nisâ suresinin 5. ve 6. ayetleri arasında mutabakat vardır³¹¹.

Cumhur:

" وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم "

"Yetimleri evlenme çağına gelene kadar deneyin. Onlarda olgunlaşma görürseniz mallarını kendilerine verin"³¹² ayetini istidlâl ederek mâli velâyetin ve bu alandaki velî yönetiminin rüşd çağına kadar devam edeceğini söylemişlerdir.

Ebu Hanife ise:

" ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده "

³⁰⁷ er-Râzi, Mefatih, III, 197; 4 Nisa 2.

³⁰⁸ eş-Şevkâni, Muhammed b. Ali b. Muhammed, Fethu'l-Kâdir el-Câmi beyne Fenni'r- Rivâye ve'd-Dirâye min ilmi't-Tefsir, I-V, Beyrut (ty), I, 419, 4 Nisa 2.

³⁰⁹ İbn Kesir, I, 449, er-Râzi, age, III, 196; eş-Şevkâni, age, I, 419.

³¹⁰ Mecelle, m.981, s.297.

³¹¹ Mecelle, m. 982, s. 298.(266) Nisa (4): 6

³¹² 6 En'âm 152.

"Yetim malına, ergenlik çağına erişene kadar en iyi şeklin dışında yaklaşmayın"³¹³ ayetini istidlâl ile mali velâyetin de bülüğ ile sona ereceğini ifade eder.

Ebu Hanife ile Cumhurun, İslâm aile hukukundaki mâli velâyet ve bu velâyetin sona ermesi, konusundaki değerlendirmelerini mukayese ettiğimizde görürüz ki; eğer çocuk tabii bir bülüğ ile bâliğ olur, mali tasarruflarında aldatılmaya müsait bulunursa, Ebu Hanife ile Cumhur arasındaki ihtilaflın belirgin sonuç doğurduğu ortaya çıkar. Ama, çocuk, **tabîi bülüğ** dediğimiz biyolojik değişim³¹⁴ ile değil de yaş haddi ile ergenlik çağına erişirse, Cumhur ile Ebu Hanife arasında tabii bir vifak ortamı doğmuş olur. Zira, Ebu Hanife, yaş haddi ile bülüğün asgari yılını, kızlarda 17, erkeklerde 18 olarak ifade etmektedir³¹⁵.

Böylece, malların zamanı gelince mevli aleyhe teslimine ilişkin hukuk kuralının uygulanmasında, şartlara, zamana, uygun ortamın mevcudiyetine ve veliyyi âmmin yetkilerine râci bir uygulama kolaylığının bulunduğu ortaya çıkmaktadır.

Burada önemli olan velâyet altındakinin malını himâyeden ibarettir. Bu himâyeye yönelik aksaklıklar ve kusurlar veliden bile gelse önlenir. Velâyet-i âmme sahibi otorite, ya direkt yada kâdî vasıtasıyla tedbirlerini alır³¹⁶.

İslâm aile hukukunun önemli alanlarından olan mal üzerindeki velâyet ve müctemilatı ile ilgili bu bölümden sonra konumuz açısından daha da önem arzeden şahıs üzerindeki velâyete "**الولاية على النفس**" geçmek istiyoruz.

VII. ŞAHIS ÜZERİNDEKİ VELÂYET (**الولاية على النفس**)

Evrenin salâhi, bir bakıma dünyanın ıslahına, dünyanın ıslahı da insanın salâhına bağlıdır. İslâm, beş temel güvenliği, insan hayatı için zaruri saymıştır. Daha önce de üzerinde durulduğu üzere bunlar:

b. Can güvenliği.

c. Mal güvenliği.

d. Akıl güvenliği.

a. Dinin güvenliği (düşünce ve inanç özgürlüğü).

e. Nesil güvenliği (sosyal çevrenin korunması) ana umdeleridir³¹⁷.

³¹³ 6 En'âm 152.

³¹⁴ Bülüğ ile ilgili yaş hadleri için bk ilgili bahis.

³¹⁵ el-Berri, s. 82-83.

³¹⁶ es-Serahsî, IV, 214-215; ,el-Berri, s. 83.

³¹⁷ İbn Âşûr, s.151; Hallâf, s.200-209.

Bugün nesillerin himâyesi fikri, daha ciddi ve titiz bir boyut kazanma eğilimindedir³¹⁸. Şahıs üzerindeki velâyetin vücudunu sağlayan faktörler arasında ehliyetsiz veya kasır ehliyetinin haklarını korumak, maddi hakları, hayat hakkı, beden bütünlüğü ve sağlık hakkı, manevi hakları, hürriyeti, din seçimi, düşünce, inanç ve düşüncesini koruma, özel hayatının gizliliği, şeref ve haysiyeti, mülk edinmesi, mal iktisabı ve çalışması... gibi problemlerin olumlu çözüme kavuşturulması vardır. Bu hakların hukukî temellere istinadı, bu alanda müeyyide ve sınırların olması zarureti vardır³¹⁹.

Şahıs üzerindeki velâyetin sınırları, şahsiyet hakkının iktisabından itibaren bülüğ ve rüşd devresine kadar devam eden bir merhaleyi ihata etmektedir³²⁰.

Bu bölümde, şahıs üzerindeki velâyetin sebepleri, şümülü ve ana konuları ele alınmıştır.

A. ŞAHIS ÜZERİNDEKİ VELÂYETİN SEBEBİ

İslâm Hukukçuları (Fukahâ, müctehidler), üsul yönünden, her hüküm için, o hükmü vasseden, belirleyen bir sebep (illet: العلة) olduğu hususunda ittifak etmişlerdir. küçük üzerine velâyetin terettüb etmesine sebep -İslâm Hukuk Usulü açısından- onun küçüklüğü (الصغر)'dür.

Kadınlık hali, sosyal şartların fesadı karşısında himâye alanına giren bir husustur. Burada kadının şahsi hak ve özgürlüğüne bir kısıtlama getirilmiyor, aksine kadının haklarının, iffet ve kişiliğinin onun toplumdaki -annelik gibi- üstün mevkiine mütenasib bir yol ile yürürlükte tutulmasını esas alıyor. O halde Ebu Hanife'nin dışında, cumhur, kadını, diğer tasarruflarının aksine, evlenme akdinin icrası için velâyet altına alıyor. Küçük ve bakire kızın nikahının velâyet altında olduğu, bu velâyetin en başta babasına ait bulunduğu hususu ise, gene Fukahânın ittifak ettiği bir

³¹⁸ Oğuzoğlu, s.985; Hanefî, s.236-237; Melton, Gary B. and B.L. Wilcox, Changes In Family Law and Family Life, Bibl. American Psychologist, Vol.44:1213-16, s.89.

³¹⁹ Tandoğan, s.506; Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, İslâm Hukukunda Şahsiyet Hakları (Doktora Tezi Özeti), A.Ü Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Kataloğu 1991, Ankara 1992.

³²⁰ es-Serahsî, IV, 213; Ebu Zehra, el-Vilâye, s.6; Canan İbrahim, Çocuk Hakları Beyannamesi Işığında İslâm'da Çocuk Hakları, İstanbul 1980, s.42.

konudur. Ancak bakire küçüğüni nikahında velâyetin sebebi konusunda birbirine zit iki illet (الصغر والبكر) ortaya konmuştur³²¹.

Aslında, küçük üzerindeki bu velâyetin illetine açıktan delâlet eden bir nass veya icma yoktur. Ancak Şari Teala, nikahın dışındaki bir olayla ilgili olarak - babanın çocuğunun malı üzerindeki velâyet- küçüklüğü illet kılmıştır³²². Öyleyse çocuğun himâye ve ilşerinin yürütülmesinde, mali konuların dışında da **illetin küçüklük** olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, evlendirmede velâyetin sebebinin **küçüklük** olduğu açıktır³²³.

Ebu Hanife, babanın, küçük üzerindeki velâyetine ait illetin küçüklük olduğunu söylerken, İmam Şafî **bekaret** olduğunu belirtir.

Bu itibarla Hanefiler, bülüğa eren kızın üzerindeki nikah velâyetinin kalkacağını, kız bülüğa ermemiş ise dul dahi olsa kendisini ancak velîsinin evlendirebileceğini beyan

etmişlerdir.

Şafîiler ise, bakire kız, büyük dahi olsa velâyetin devam edeceğini, dul kız, küçük dahi olsa velâyetin sükutunu ilke kabul etmişlerdir³²⁴.

İslâm Aile Hukukunda, şahıs üzerindeki velâyetin var olabilmesi için üç faktörün oluşması gerekir.

1. Velî ile ilgili faktörler (ehliyet ve iktidar faktörü).

2. Mevlî aleyh ile ilgili faktörler (acziyet).

3. Ortak faktörler (neseb ve din faktörü). Daha ana rahminde iken koruma ve himâyesi başlayan cenin, velâdeti ile hayat merdivenlerini tırmanmaya, bu basamaklarda yavaş yavaş yükselmeye başlar. Canı ve malı üzerinde bir güvenlik ağı oluşur. Acziyetine karşılık, güçlü bir el, sıcak bir sine ona ağış açar.

Böylece insanoğlu, ilk çevresi ile bütünleşir. Bu çevre, onun himâye ve korumasını düzenleyen vâleyet çevresidir. Velîyi, velâyete ehil kılan faktör, ondaki bu işi yürütecek iktidar ve ehliyettir. Burada iktidar, kelimesi ile çocuğu himâyeye

³²¹ Şaban, s.182-183.

³²² 4 Nisa 6.

³²³ Şaban, s.184.

³²⁴ Şaban, s.186-187, İbn Rüşd, II, 5.

güç yetirebilme vasfı, ehliyet ile ise velâde bulunması gereken iyi niyet, güvenilirlik ve hukukî temsile yeterlilik vasfı kastedilmektedir.

Mevlî aleyh ile ilgili faktör, koruma ve himâyeye muhtac ve acz içinde bir şahsiyetin varlığıdır. Buradaki acziyet ve ihtiyaç bedeni zaaftan kaynaklanabilir, akli zaafiyet sebebiyle bulunabilir, sosyal şartların fesadına karşı himâye ihtiyacından doğmuş olabilir. Bu faktörleri üç grupta toplayabiliriz:

- a. KÜÇÜKLÜK, bedeni zaafa,
- b. CÜNÛN ve ATEH, akli ve ruhî zaafiyete,
- c. ÜNUSET, sosyal şartların fesadındaki himâye ve tedbir faktörüne örnektir.

Velî ile mevlî aleyh arasındaki temsili, zorunlu kılan ortak faktör, ise **neseb** bağı ile **din** bağıdır³²⁵. Velî ile mevlî aleyh arasında böyle bir bağı olmaması halinde, aralarında hukukî temsilin doğmayacağı konusunda İslâm Hukuçuları müttefiktirler.

Şahıs üzerindeki velâyeti doğuran sebep ve faktörlere kısaca değindik. Şimdi bu velâyetin muhtevi bulunduğu konulara geçebiliriz.

B. ŞAHIS ÜZERİNDEKİ VELÂYETİN ŞÜMULÜ

İslâm Aile Hukuku dendiği zaman, hemen ilk sırada değerlendirmeye alınacak mevzu, elbette, velâyetin şümulü konusudur.

Aile hukuku -velâyet itibariyle- iki ana konuyu ihtiva eder:

- a. Mal üzerindeki velâyet
- b. Şahıs üzerindeki velâyet

Hem şahıs hem de mal üzerindeki velâyet diye üçüncü bir mebbas açanlar olmuşsa da sonuçta bu iki konu ortaya çıkmaktadır. Nitekim İmam Serahsî (v. 483/1090) bu iki konuyu ihtiva edecek bir ifade kullanmaktadır³²⁶.

³²⁵ Ebu Zehra, el-Vilaye, s. 6, 17, 32, 42, 66,100,101; el-Berrî, s. 75-77.

³²⁶ Döndüren,147; es-Serahsî, el-Mebcut, IV, 213.

Mal üzerindeki velâyet ve müctemilatı ile ilgili esaslar önceki bölümde ele alındı.

Şahıs üzerindeki velâyete gelince; Ebu Zehra, insan hayatının üç velâyet devresine mazhar olduğunu, bunların:

- a. Hıdâne devresindeki velâyet,
- b. Malı üzerindeki velâyet,
- c. Şahsı üzerindeki velâyet olduğunu belirtir³²⁷.

el-Berrî de çocuğun hayata gözlerini açtığı andan itibaren üç velâyetle karşılaştığını ifade eder ve Ebu Zehra'nın sıralamasını aynen sunar. Sadece şıklarda değişiklik yapar.

Ancak, hemen belirtelim ki, hıdâne devresi, velînin genel kontrolü ve velâyeti altında olduğu için tamamen şahıs üzerindeki hukukî temsîlden ibaret bir devredir.

Bu itibarla Serahsînin ifadesine uyarak velâyetin mal ve şahıs olmak üzere iki ana mevzuu ihata ettiğini söyleyebiliriz³²⁸.

Şahıs üzerindeki velâyet de iki ana mevzuu ihata eder:

- a. Mevlî aleyhin himâyesi.
- b. Mevlî aleyhin tezvîci.

Başta çocuk olmak üzere, mecnun ve ma'tuhun himâyesi ve tezvîci ile kadının tezvîcindeki velâyete ait himâye ve güvenin te'mini, şahıs üzerindeki velâyetin ana hatlarını belirler.

Çocuğun veya diğer mevlî aleyhin himâyesi ele alınırken, İslâm aile hukukunun bu konulara ait hüküm ve prensiplerinin bir tasnifi de verilmiş oldu.

Çocuğun veladetinden itibaren, sabavet süresi içindeki radâ, her türlü bakım ve ihtimamı, velîsinin şahs-ı manevisini ruhen ve aklen tenmiyesi, te'dibi, ta'limi, temyiz devrisinden itibaren ictimai hayata hazırlayıcı programların uygulanması, meslekî ve ictimâî huzur ve saadete hazırlayıcı uygulamalar ile hukuk-u ibad ve

³²⁷ Ebu Zehra, el-Vilaye, s. 6.

³²⁸ el-Berrî, s. 75; Ebu Zehra, age, s. 6; es-Serahsî, age, IV, 213; Döndüren, s.147.

hukukullahı koruyacak bir şahsiyete kavuşturulması, sonra da tezvîcine yönelik hukukî temsil ve selahiyetler çevresindeki faaliyetlerin icrası, şahıs üzerindeki velâyetin alanıdır.

Velînin bu faaliyetlerini yürütmesi sırasında bir önemli görevinin daha olduğunu, bunun da, velâyeti altındaki kısıtlıların kendisine terettüp eden nafakasını temin vecibesi olduğunu unutmamak gerekir. Bu itibarla, şahıs üzerindeki velâyetin üç mebhas ihtiva ettiğini göz önünde tutarak, şahıs üzerindeki velâyeti, hıdâne dönemi nafaka alanı ve evlendirme olmak üzere üç kısım halinde inceledik.

Aile hukukunun çocuk üzerindeki himâye sisteminin ana hatlarını böylece ifade ettikten sonra bir noktayı daha belirlemede fayda var; o da, lakîtin himâyesi olayıdır. Acaba lakîtin himâyesini kim üstlenecek?

İslâm aile hukuku, velâyet bağının oluşmasında nesebin sübutuna büyük önem verir. Velâyet, ancak sahîh neseb ile doğar. İslâm, **tebenniyet'e** (evlad edinmeye) hukukî statü tanımamıştır. Ancak, toplumda bütün çocukları korumayı garanti edici tedbirleri almıştır. Bu cümleden olarak lakîtin, bütün himâye, terbiye, te'dib, ta'lim ve malının koruması ya mültekî (çocuğu bulan kişi) ya da otoritece sağlanacaktır. Bu himâyeye yönelik amir hükümler vardır³²⁹.

Böylece çocuğun gerek bedenen gerekse aklen ve ruhen gelişmesi, büyütülmesi sağlanmış olacaktır. Konuyla ilgili olarak dünya toplumları, himâye sistemlerini yeniden ele alıp gözden geçirmektedirler. Mesela, A.B.D.'deki çocuk himâye sistemine ait görüşlerini belirten müellifler, bu ülkede, çocuklara ait maddi destek sağlayan tedbirlerle yetinildiği, Oysa çocuğun manen gelişmesinin gözardı edilmemesi gerektiği, boşanmanın çocuklara yansıyan kötü sonuçlarından çocukların kurtarılması, evlatlık olayında çocuğu rencide etmeyecek bir düzenlemenin yapılması, anne sütünün bedenî gelişmeye katkılarının topluma yansıtılması ... hususları dile getirilmektedir³³⁰.

³²⁹ el- Berri, s. 24-26; Şener I, s. 219

³³⁰ Oğuzoğlu, s. 996-997; Fine, M.A., A Social Science Perspective On Stepfamily Law, Bibl. Fam. Relat, 38: 53-8, Ja 89, Usa., s. 53-54.

İslâm aile hukuku, veladetinden itibaren sabavet (sabilik, küçüklük) dönemi boyunca çocuğun himâyesinin anne kucağında sürdürülmesi ve anne sütü almasına dair hükümler koymuştur ki, bu bir tabîi hukuk kuralı vasfî taşımaktadır³³¹.

Burada bir konuya daha değinmekte fayda var, o da, velî ile çocuk arasındaki velâyet bağlarının en önemli iki faktörü, neseb bağı ile din bağıdır. Dünya hukuk literatürlerinde bir genel kural olduğuna dair kanaatlerin kesinleşme istidadi göstermesidir. Bilindiği gibi kanun ihtkilâflarında, tarafların kendi dînî inanç, akîde ve sosyal prensiplerinin geçerli olduğu, Hz. Peygamber (s.a.v.)'in Medîne deklarasyonunda yer almaktadır³³². Günümüzde cereyan eden bazı davalarda hakimler, babanın velâyeti ile din ve milliyetin çocukların himâyesinde daha önemli olduğunu beyan eden kararlar almaktadırlar³³³.

Şimdi bu alana giren belli başlı konuları görelim:

1. Hıdâne Döneminde Velâyet

Çocuk ve çocuk hükmündeki bir kasır üzerine terettüp eden velâyetin ilk safhasını hıdâne oluşturur. Çocuğun veladeti ile başlayan bu safhadaki velîye düşen ve çocuk için ifası gereken belli başlı görevleri şöyle sıralayabiliriz:

a. Doğum hazırlığı.

b. Tahnik ve radâ.

c. Ezan ve ikamet.

d. Ad koyma (ilk hafta).

e. Akika.

f. Sünnet.

³³¹ 2 Bakara 233, 65 Talak 6; Karaman, İslam Hukuku, s. 344-345.

³³² Şakir, II, 157-167; en-Nedvî, Ebu'l-Hasen Ali el-Haseney, es-Siretu'n-Nebeviyye, Beyrut 1981, s. 223-224.

³³³ Nitekim İstanbul Bakırköy 8. Asliye Hukuk Mahkemesi, kamuoyunda büyük yankı uyandıran müslüman baba ile Hıristiyan annenin çocuklarının velâyet talebini ihtiva eden boşanma davasında, çocukları babaya teslim etmiştir. (bk Sabah Gazetesi, 13 Kasım 1992 Sayılı nüshası ve adı geçen mahkemenin 13.06.1996 tarihli kararı).

g. Nafaka.

h. Te'dib, ta'lim, terbiye.

ı. Sevgi ve adalet.

i. Miras almaya ehliyet.

j. Hıdâne devresinde gereken diğer hak ve sorumlulukların ifası³³⁴.

Burada sayılan işlerin bir kısmı müstacel, bir kısmı hıdâne müddeti içinde bitecek, bir kısmı ise velâyet devamı süresince var olacak görevlerdir.

Biz, burada hıdâne devresi içinde yapılacak hususları ele almak istiyoruz.

a. Hıdâne ve tanımı (الحضانة)

Hıdâne, Hukuken terbiye hak ve görevi olan kişinin, çocuğun terbiyesini deruhte etmesi demektir³³⁵. Bir başka ifade ile: "hıdâne, Çocuğu veya çocuk hükmünde olan acizi, selahiyetli olan kimsenin hıfzu himâye ile iyiliğe tevcih, kötülükten men eyleyip, me'kel, melbes, mesken, terbiye ve ta'limini deruhte etmesidir."³³⁶ Bütün bu işlerin yerine getirilmesinden baba sorumludur.

b. Hıdâne vecibesi

Hıdâne vecibesi deyince mevlî aleyh lehine ifası zaruri olan fiiller akla gelir. Her şeyden önce doğan her çocuk, radâ' (emzirilme) hakkına sahip olarak doğar. Bu durum velînin üzerinde bir vecibedir. Çocuk gibi diğer aciz mevlî aleyhlerin de beslenmeleri, temizlikleri, sağlıklarının korunması, iaşe ve ibateleri, babaları üzerine bir vecibedir³³⁷. Babanın vefatı halinde, bu görevi, mirastaki derecelerine göre anne ile çocuğun diğer velîleri üstlenirler³³⁸.

Baba, emzirme vecibesinin yerine getirilmesinden sorumludur. İrdâi annenin yapması evladır. Ancak anne irdâa zorlanabilir mi? İslâm hukukçuları, annenin

³³⁴ İbn Rüşd, I, 376-377; İbn Kayyim, s. 31. Süveyd, s. 74-75.

³³⁵ Feydullah, et-Talak, s.123.

³³⁶ Bilmen, II., 425; Şaban, el Ahkam , s. 613.

³³⁷ el-Berri, s. 31, 39, 47; 65 Talak 6; es-Serahsî, V, 208.

³³⁸ es-Serahsî, V, 209.

çocuğunu emzirmeye zorlanamayacağı hususunda ihtilaf etmemişlerdir. Diyaneten annenin çocuğunu emzirmesi gerekirse de hukuken gerekmez³³⁹.

Kanaatimizce ayet ile sabit bir görevin hukukîlik arzetmemesi, sadece "diyaneten" deyimi ile yetinilmesi üzerinde çalışılacak bir husustur. Bu nedenle annenin rada' görevi hukukî bir vecibe olmalıdır.

Nitekim, İbn Ebi Leyla ile Ebu Sevr ve Zahirîyye, radâ' için annenin hukuken de zorlanabileceğini belirtmişlerdir³⁴⁰.

İslâm hukukçuları, anneyi, çocuğu emzirmeye icbar etme şartlarını aşağıdaki şekilde sıralamışlardır:

a. Çocuk, başka kadını emmez ise.

b. Çocuğu besleyecek süt veya başka kadın bulunmazsa.

c. Babanın durumu, sütanneye ücret ödemeye imkan vermiyorsa.

d. Çocuk başka kadını emdiğinde sağlığı bozuluyorsa.

Bu durumlarda, kâdî, anneyi, emzirmeye zorlar³⁴¹.

c. Hidâne hakkı

Bilindiği gibi İslâm Aile Hukukunda, velâyet, babaya aittir ve bu temsil yetkisi, çocuğun doğumu ile başlar. Ancak bir insan olarak, çocuğun doğumundan itibaren belli bir süreyi, küçüklüğünün bir kısmını, annesinin özel himâyesinde geçirmesi, fitrî bir zarurettir. İslâm, bu fitrî zarurete hukukî statü getirmiş ve hidâne hakkını anaya vermiştir. Öyle ki, anne müslüman olmasa dahi -kitabiye ve mecusiye olması durumunda- bu hakkı devam eder³⁴².

Hz. Peygamber (s.a.v.):

“ من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ”

³³⁹ el-Halebî, s.137; Süveyd, s. 70-73; 2 Bakara 233; Bilmen, .II, 425.

³⁴⁰ Bilmen, II, 426.

³⁴¹ Feydullah, et-Talak, s.119; el-Berrî, s. 31-33.

³⁴² es-Serahsî, V, 207,208, 210; el-Berrî, s. 44-46; Kanad, Halit Fikret, Ailede Çocuk Terbiyesi, İstanbul 1969, s. 31.

"Kim bir anneyi çocuğundan ayırırsa, Allah da onu Kıyamet günü, sevdiklerinden ayırır."³⁴³

Hiz. Ebu Bekr (r.a.):

"الأم أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأخير وأرف، هي أحق بولدها ما لم تتزوج"

"Anne çocuğa, en düşkün, en yumuşak, en merhametli, en sevimli, en hayırlı ve en duyarlı varlıktır. Başka bir erkekle evlenmediği sürece bakım hakkı ona aittir."³⁴⁴ demiştir.

Araştırmalar göstermiştir ki, anne sevgisi ve çocuğa olan ihtimamı, onu, mental (ruhi ve ahlâkî denge) ve entellektüel (sosyal) açıdan çevresine, dengeli bir insan olarak hazırlayacaktır³⁴⁵.

Her iki eşin de çalıştığı ailelerde, çocuğun, gündüzleri çocuk yuvalarına, kreş ve ana okullarına verilmesi yaygın hale gelmiştir. Özellikle beş yaşından önceki devrelerde çocuğun, annesinden uzak kalmasının, ruhi gelişimi üzerine fevkalade olumsuz etkileri olmaktadır³⁴⁶.

Bu itibarla, A.B.D. başta olmak üzere, ekonomik düzeyleri ileri ülkelerde, çocuğun ruh sağlığına yönelik merkezlere (Child And Family Welfare Services) büyük önem vermeye başlamışlardır³⁴⁷.

Bu fitrî gerçeğe önem veren İslâm Aile Hukuku hıdâne hakkını anaya verir. Ana, babadan ayrılrsa bile, başka bir erkekle evlenmedikçe hıdâne hakkı düşmez³⁴⁸.

Anneye ait bu hak, annenin bulunmaması halinde sırayla mevlî aleyhin kadın mahremlerine, bunların yokluğu halinde ise erkek mahremlerinden asabe, asabe yoksa diğer erkek mahremlerine intikal eder.

Anneden başlamak üzere hıdâne hakkına sahip olanlar kadınları şöyle sıralayabiliriz:

³⁴³ el-Berrî, s. 40.

³⁴⁴ es-Serahsî, V, 207; el-Berrî, s. 39.

³⁴⁵ Çakmaklı, s. 61.

³⁴⁶ İsmail, Muhammed l'madüddîn, el-Etfaü mir'âtu'l-müctemâ, Kuveyt 1986, s. 339.

³⁴⁷ Çakmaklı, önsöz.

³⁴⁸ es-Serahsî, V, 210; el-Halebî, s.137; Süveyd, s. 70-73.

- a. Anne
- b. Anneanne
- c. Babaanne
- d. Kızkardeş (ana baba bir, ana bir, baba bir sırası ile)
- e. Kızkardeşin kızı (ana baba bir, ana bir, baba bir sırası ile)
- f. Teyze (ana baba bir, ana bir, baba bir sırası ile)
- g. Baba bir kız kardeş.
- h. Hala (ana baba bir, ana bir, baba bir sırası ile)
- ı. Ananın halası (ana baba bir, ana bir, baba bir sırası ile)
- i. Bu hâdınelerin yokluğu halinde miras tertibi ile asabe.
- j. Asabenin yokluğu halinde mahrem olan zevil erham³⁴⁹.

Aynı dereceden iki hadinenin bulunması halinde, en takvalı olan tercih edilir³⁵⁰.

d. Hidâne şartı

Hidâne hakkı taşıyan kadınların bu görevi yürütebilmeleri için bazı şartları haiz olmaları gerekir. Bu şartları şöyle sıralayabiliriz:

- a. Hâdinenin kamil ehliyetli olması.
- b. Çocuğa bakacak güvenilirlikte olması.
- c. İffetli olması.
- d. Çocuğun terbiyesine muktedir olması.
- e. Mürtedde olmaması (ehli kitap veya mecusilik dinine mensup olması hidâne hakkını düşürmez.)
- f. Çocuğun mahremi olmayan biriyle evli olmaması.

³⁴⁹ es-Serahsî, V, 211; Bilmen, II, 428-429; el-Üsrûşeni, s.106.

³⁵⁰ es-Serahsî, V, 212; el-Berri, s. 40.

g. Çocuğın neseben mahremi olması (radaen değil)³⁵¹.

Çocuğun, mecnun ve matûhun hıdâne hakkı yoktur. Çünkü bunlar kendi fiillerinde bile tasarruf hakkına sahip değildirler.

Facir ve fasık olmaması, çocuğun mahreminin dışında biriyle evli bulunmaması, çocuğun ahlakı ve ruhi karakterine olumlu etki yapar.

e. Hıdâne müddeti

Hıdâne hakkına sahip olanları ve taşımaları gereken şartları yukarıda sıraladık. Hıdâne hakkı ana sağ olduğu ve güvenilir bulunduğu sürece ona aittir. Boşanma halinde, çocuğa mahrem olmayan biriyle evlenmediği sürece bu hakkı bakidir³⁵².

Ana veya diğer hâdine'den birinde olan çocuk, hıdâne süresinin bitiminde babasına döner. Babanın çocuk üzerindeki velâyet hakkı, tamamen kendisine rücu eder.

Hıdâne süresi, çocuğun, mecnun ve matuhun özel ihtimam ve yakın himâye gerektiren maharetleri kazanmalarına kadar sürer. Çocuk hıdâne döneminde emzirilir. Yemeye, içmeye alıştırılır. Elbiselerini kendi kendine giymesi sağlanır. İstinca ve gusl öğretilir. Yemek hazırlama, çamaşır yıkama mahareti verilir. Kız çocuklarına kadınlara mahsus haller öğretilir. Konuşma, meramını ifade gibi günlük hayatın gerektirdiği davranış ve alışkanlıklar kazandırılır. Bakıma ihtiyacı kalmayacak hale getirilir.

Bu maharetlerin kazanılmasında kız çocuğu ile erkek çocuğu arasında zaman bakımından fark olur³⁵³.

aa. Erkek çocuklarda hıdâne müddeti

Hıdâne müddetine açıktan delâlet eden bir nass yoktur. el-Hassaf:

“ *مرأ صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبع سنين* ”

³⁵¹ Feydullah, et-Talak, s.124-125; Çeker, s.176; el-Berri, s. 42-43; Bilmen, II, 432-435.

³⁵² el-Berrî, s. 51.

³⁵³ Hanefî, s. 220-221.

"Çocuklarımız yedi yaşına erişince namazı öğretiniz."³⁵⁴ hadisinin hıdâne müddetini belirlediğini söyler. el-Cessas, hıdâne müddetinde 9 yaşını esas alır. ez-Zeylei, Hanefilerde racih görüşün 7 yaş olduğunu kayd eder. Mısır 1929/25 sayılı kanununun 20. maddesinde, bu müddeti 7-9 yaş arasındaki süreyle sınırlar³⁵⁵.

ab. Kız çocuklarında hıdâne müddeti

Kız çocuğunun hıdâne süresi onun fizik yapısı ve bu yapının sosyal şartlarla vifakına bağlıdır. Eğer hâdine annesi ise bülüğ çağı, değilse mürâhikelik (müştehat olduğu, bedence geliştiği) çağdır. İmam Muhammed bu dönemin bütün kız çocukları için hıdâne müddetinin sonu olduğunu belirtir ki 9 ila 11 yaşlarıdır³⁵⁶.

f. Hıdânedede mekan

Hıdâne, velâyet müessesesinin bir devresi olması hasebiyle, çocuk, babasının evinde ikamet eder. Bu tabii bir durumdur. Zira asıl hâdine olan ananın nafakası da baba üzerindedir. Ancak herhangi bir nedenle, anne başka bir yerde ikamet etmek zorunda kalır, boşanma vuku bulur veya hâdine ayrı meskende oturursa, çocuk tabîi olarak hâdinenin yanında kalır.

İftirak sonu başka eve taşınan ana, çocuğun mahremi olmayan bir erkekle evlenmesi halinde, babanın çocuğunu yanına alma hakkı doğar³⁵⁷.

Radâ' ücretinde olduğu gibi hıdâne ücreti konusunda da anneye ücret ödenmez. Annenin dışındaki hâdineler için ücret söz konusudur. Hâdine için ödenen ücret, rada' ve nafaka ücretinin dışındadır. Hâdinenin evi varsa, velî çocuğu için ayrıca kira ödemesi yapmaz.

Velî fakir, çocuğun da malı yoksa, yakın hâdinelerden birisi hıdâne görevini üstlenir³⁵⁸.

Hâdine velâyetine dair belli başlı hukukî statüyü tesbit ettik. Şimdi bu süre içinde velâyete tealluk eden konulara geçelim.

³⁵⁴ İbn Hanbel, II, 180, Ebu Davud, Salat 26.

³⁵⁵ Bilmen, II., 435.

³⁵⁶ Hanefî, s. 226-227; Bilmen, II, 435; Feydullah, et-Talak, s.126-27.

³⁵⁷ Bilmen, II, 438-441.

³⁵⁸ Bilmen, age, s. 441.

g. Hıdâne döneminde velînin mevlî aleyh ile ilgili hak ve vecibeleri

aa. Dini terbiye vecibesi

İmam Buhari: “ الإسلام يعلم ولا يعلم عليه ”

"İslâm üstündür, İslâm üzerine öncelik sağlanamaz." hadisini nakleder³⁵⁹.

Tirmizi;

“ كل مولود يولد على الفطرة ”

"Doğan her çocuk, dini kabule uygun olarak doğar." hadisini rivayet eder³⁶⁰.

Aile içinde çocuğa dini terbiye verilmesi, yalnız velâyetin alanında değil daha da bağlayıcı bir statü arz eder. Beş zaruretten birinin de "Dini Koruma" olduğunu, İslâmın, kim olursa olsun din, inanç ve düşünce özgürlüğünü tanıdığını gördük³⁶¹. Bir dinin kabulünde kişiye ait serbesti, hukukî bir temsil karakteri arzetmiştir. Bunun için velî, inandığı dinin esaslarını çocuğuna verebilecektir. İslâm Hukuku açısından, velînin, çocuğuna, İslâm Dinine ait Zaruri Bilgileri öğretmesi, telkin ve terbiye etmesi görevdir. Zira, çocuğuru dini terbiyesini tayin, velîye ait bir haktır³⁶².

A. EGGER, çocuğun yetiştirilmesinde **din sınıfına** ilk sıralarda görev düştüğünü belirtir³⁶³.

İslâm, ayrı bir din sınıfı kabul etmez. İslâmı iyi bilen ulema (العلماء) ile, hukukçular (الفقهاء)'ın yanında, toplumda herkes, zaruri bilgileri hem öğrenecek, hem de velâyeti altındakilere öğretecektir.

³⁵⁹ Buhari, Cenâiz 80, II, 96.

³⁶⁰ Tirmizi, Kader 5, IV, 447.

³⁶¹ İbn Âşûr, s.151.

³⁶² 16 Nahl 36, 30 Rûm 30, 17 İsrâ 31, 66 Tahrim 6; Süveyd, s. 26; Canan, Çocuk Terbiyesi, s. 84, TMK.m. 266, Berkî, s. 43. Paçalioğlu, s. 622.

³⁶³ Egger, s. 502.

ab. Meslekî eğitim ve öğretim vecibesi

Çocuğun, terbiyesi, mesleki eğitim ve öğretiminde esas alınacak eğitim ilkelerinin nelerden ibaret olduğunu bilginler araştırmışlardır. İslâm Aile Hukuku, velînin, çocuğuna Zarurat-ı Diniyyeyi (İslâmın akide, amel ve ahlak esaslarına ait temel hükümlerini) öğretmesinin şart olduğunu esasa bağlar. Velîyi, zarurat-ı diniyyeyi çocuğuna öğretmekle görevlendirir ki, bu zaruri bilgilerin içinde çağın icabına, hayatın idamesine uygun ve meşru bütün ilimler dahildir³⁶⁴.

Zarurat-ı Diniyye ünvanıyla anılan bu ilimlere Farz-ı Ayn ilimler de denir. Çocuğu bu ilimlerle mücehhez kılıcı eğitim programlarına tabi tutmak velî üzerine hukukî bir vecibedir³⁶⁵.

Çocuğa konuşmaya başladığı andan itibaren tevhid kelimesi öğretilir ve tevhidi bilgi verilir. Çocuğun ilk öğreneceği programlar arasında Kur'anı okuma ve anlaması gelmektedir³⁶⁶.

Serahsî, velînin çocuğunu, mesleki alanda çağın gereklerine göre yetiştirme hak ve yetkileriyle donatıldığını ifade eder³⁶⁷.

IMK. ile TMK. da çocuğun tahsil ve terbiye mesuliyetinin babaya aidiyetini hükme bağlamıştır³⁶⁸.

Çocuğun, doğum ile ölüm arasındaki **insan hayatı** hakkında dengeli bir idraka kavuşturulması velâyetle ilgili görevler arasındadır³⁶⁹.

ac. Te'dîb ve kusurlu davranışların önlenmesiyle ilgili vecibesi

Çocuğun ideal olana yönlendirilmesi, hayatının beden-ruh dengesini sağlar³⁷⁰.

İslâm aile hukuku, babaya, çocuğunu, te'dîb ve teskîf (ahlakî ve kültürel değerlere sahip kılma) görevi vermektedir. Hz. Peygamber (s.a.v.), çocuğun, yedi yaşından itibaren namaza alıştırılmasını, on yaşında namaz üzerindeki uygulamanın

³⁶⁴ Rıdâ, Muhammed Cevad, Eimmetu'1, Fikri t-Terbeviyyi'1-İslâmî, Kuveyt 1989, s. 34-35.

³⁶⁵ Canan, Çocuk Terbiyesi, s.199.

³⁶⁶ Süveyd, s.105,124.

³⁶⁷ es-Serahsî, IV, 213; Hanefî, s. 246.

³⁶⁸ Berki, s. 86, IMK.m.160/2,162/2, TMK. m.152/2,154.

³⁶⁹ More, C.M, Family Life Education, Bibl. Fam. Relat., 38: 3-7, Ja 89, Usa., s. 6.

³⁷⁰ Çakmaklı, s.157.

pekiştirilmesini, erkek ve kız çocuklarınızın yataklarının tefrikini ve ahlâkîdavranışlar kazandırılmasını oruç ve benzeri ibadetlere başlatılmalarını buyurmuştur³⁷¹.

Çocuğun te'dibinde esas olan, ruh ve beden dengesini sağlıklı bir yapıya kavuşturmadır³⁷².

TMK. ana-babanın te'dib hakkına sahip olduklarını, çocuğun velisine ve emirlerine riayete mecbur olduğunu, velinin te'diben çocuğu azarlayabileceğini ve sağlığını bozmayacak şekilde kulağını çekebileceğini hükme bağlar³⁷³.

İslâm, çocuğun te'dibinde üç şeyi hedef alır:

a. Çocuğa, bedenlen ve ruhen sağlıklı seviyeye ulaştırıcı ahlâkîve kültürel değerleri kazandırmak.

b. Bu ahlâkîve kültürel değerlere zıt olarak karşılaştığı mütecaviz tutum ve kusurlu davranışlara karşı onu himâye etmek.

c. Bizzat çocuğun böyle kusurlu davranışlara girip başkalarına zarar vermesini önlemek.

Çocuğun bu hedeflere ulaştırılması, İslâm Aile Hukukunun erdemli toplum oluşturmaya yönelik hedefleri arasındadır. Hz. Peygamber "Küçüklerine acımayan, büyüklerini saymayan, bizden değildir."³⁷⁴ buyurmakla toplum sağlığında çocuğu te'dibin önemini vurgular.

Çocuğun işlediği cinai fiillerden ceza almayacağını, çünkü bedenlen buna müsait olmadığını, sadece mali tazminat ödeyeceğini, bu tazminat bedeli bir diyet seviyesine çıkmamış ise çocuğun kendi malından, -malının olmaması halinde velisinin bizzat te'diyede bulunacağını-, cerime bedeli diyet miktarı bir fiil ise akilenin iştiraki ile bedelin tazmin edileceğini yukarıda -velâyet altındakilerin tasarrufu bahsinde- gördük.

³⁷¹ Hanefî, s. 243.

³⁷² Oğuzoğlu, s. 998.

³⁷³ Tekinay, s. 504, TMK. m. 264, 267.

³⁷⁴ Ebu Zehra, el-Vilâye, s. 25.

Çocuğun kötü fiile yönelmesini önlemek toplumda önemlidir. Eğer bir çocuk, velînin bütün çabalarına rağmen te'dib edilemiyorsa bakılır; gayrı mümeyyiz devrede ise gene velînin çabası takviye edilir, mümeyyiz devresinde bir çocuksa kâdî ve resmi makamların kontrolüne alınır³⁷⁵.

el-Kâsânî çocuğun te'dib ve ta'ziri konusunda şu hükmü belirliyor:

« وأما شروط وجوب التعزير فالعقل فقط، فيعزر كل عاقل ارتكب جنابة،
ليس لها مقدور، سواء كان حراً أو عبداً، ذكراً كان أو أنثى،
مسلماً أو كافراً، بالغاً أو صبياً بعد أن يكونه عاقلاً فإن هؤلاء
من أهل العقوبة إلا الصبي العاقل، فإنه يعزر تأديباً لا عقوبة لأنه من أهل التأديب.»
376»

Buradan çocuğun işlediği fiiller karşısında alınacak tedbirlerin aşağıdaki şekilde olduğu anlaşılıyor:

a. Çocuğa, işlediği cürümlerden dolayı, te'diben caydırıcı müeyyideler uygulanır. Hırsızlık, içki, iftira, başkalarına suç isnadı gibi davranışlarını önleyici tedbirler alınır.

b. Çocuk temyiz devresine gelince, velînin uyguladığı te'dibi müeyyidelere kâdî müdahale eder, ayrıca tedbirler alabilir.

c. Çocuk ister temyiz devresinde olsun, ister temyiz devresinden önce olsun, te'diben uygulanan ta'zirler bir cezalandırma şekline dönüştürülemez. Çünkü çocuk, cezaya ehil değildir³⁷⁷.

Görüldüğü üzere, çocuğun himâyesi, dini terbiye, mesleki liyakat ve öğretimi ile te'dibi ve kusurlu davranışlarına engel olunması, kendisine karşı kusurlu davranışların yapılması halinde çocuğun korunması, şahıs üzerindeki velâyetin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Bütün bu vecibeler velîye ait bir sorumluluktur. Babanın olmaması halinde, diğer velîler, onların bulunmaması halinde resmi otorite ve kâdî, sonra müslümanlar, en son adil bir kişi çocuğun

³⁷⁵ Ebu Zehra, age, s. 26.

³⁷⁶ el Kasani, Bedaiu s Sanai fi Tertibi ş Şerai , V, 63,64; Ebu Zehra, el-Vilâye, s. 27.

³⁷⁷ Ebu Zehra, age, s. 27.

himâyesini üstlenecektir³⁷⁸. Çocuğa ait bu murakabe ve te'dib, gerektiğinde bülüğdan sonra da devam edebilir. Bu sayede çocuğun, topluma erdemli bir şahsiyet olarak kazanılması sağlanır³⁷⁹.

2. Nafaka İle İlgili Velâyet

Nafaka, lugatte; çıkmak, sarf etmek anlamlarına gelir. Fıkıh ıstılahı olarak **nafaka**(النفاة):

"Kişinin, hukuken yükümlü olduğu kimselerin iâşe, ibate, kisveleri ile bakımla ilgili diğer ihtiyaçlarını karşılama mükellefiyetidir³⁸⁰.

Bu konuya taalluk eden mevzuları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

a. Nafakanın alanı

Serahsî, nafaka ile, bir kişinin hayatiyetini, ferdi, ailevi, sosyal alanda sürdürebilecek maddi imkanların sağlanması gerektiğini bildirmiştir³⁸¹. Bu durumda velî, çocuğun veya diğer mevlî aleyhlerin, iâşe, ibate masrafları ile talim, terbiye, mesleğe hazırlama giderlerini, giyim ve sağlığının korunmasına yönelik masrafları - mali statüsüne uygun olarak- karşılayacaktır³⁸².

Böylece, çocuğun, yemesi, içmesi, emzirilme bedeli, bakım giderleri, sağlığının korunması, giyimi, meskeni, sergi ve yatağı, hudâne ücreti ile diğer bütün masraflar velîye ait olacaktır.

Ancak, bu giderler önem sırasına göre ve velînin bütçesine uygun olarak yerine getirilir³⁸³.

b. Nafakanın sebebi

Bir kimseyi, başkasına karşı nafaka ile mükellef kılan veya bir kimseyi nafaka almaya hak sahibi yapan üç sebep vardır:

³⁷⁸ Oğuzoğlu, s. 997; Tekinay, s. 500-501; Canan, Çocuk Terbiyesi, s.17; 66Tahrim 6.

³⁷⁹ Hanefî, s. 245.

³⁸⁰ Bilmen, II, 444.

³⁸¹ es-Serahsî, V, 181.

³⁸² 65 Talak 7, el-Halebi, 138-139.

³⁸³ Hanefî, s. 326; Karaman İslâm Hukuku, s. 286; el-Humeydî, el-Humeydî b. Salih, el-Hukuku'zZevciyye fi'l-İslâm, Riyad (ty), s. 53-55.

1. Zevciyet (sahih nikah ile evlilik)
2. Karabet (nesebî yakınlık)
3. Mülk (azad edilmeyen köle ve cariyenin varlığı)³⁸⁴.

Konumuz, nesebî yakınlık ve bu yakınlığın gereği nafakaya müstehak olan çocuk, mecnun ve ma'tuhun nafakasını ihtiva etmektedir.

c. Nafakaya hak sahibi olanlar (من له النفقة)

Bilindiği gibi İslâm Hukunda velâyetin alanı yalnız çocuklara münhasır değildir. Büyüklerin de birbirine karşı mükellefiyetlerini düzenleyen ve velâyet müessesesi ile irtibatlı kaideleri vardır. Nafakada bu tür prensipler görülmektedir. Nafaka ile ictimai ve ailevi teavüne hukukî statü kazandırılmıştır.

Hukukî sebepler, hukukî sonuç doğurur. Evlilik, zevceyi nafakaya müstehak kıldığı gibi, hürriyetin kaybı da nafaka almaya hak sahibi yapar. Kişiyi nafakaya müstehak kılan sebepler arasında muhtevası en geniş olanı, şüphesiz, karabettir.

Usûl itirabiyle baba ve dedeler ile anne ve nineler furu'ları üzerinde nafakaya müstehak oldukları gibi şartlarına uygun olarak furu' da usûl üzerindeki nafakasını almaya hak sahibi olur³⁸⁵.

Bu durumda çocuk ve diğer mevlî aleyh nafaka almaya hak sahibidir. Nafaka ödeme mükellefiyeti ise baba üzerindedir³⁸⁶.

Nafakaya müstehak olan, erkek çocukları, hür, fakir ve gayri baliğ olmaları, kızların ise hür, fakir bulunmaları şarttır³⁸⁷.

d. Nafaka ile mükellef olanlar (من عليه النفقة)

Nafaka temini önemli vecibelerdendir. İslâm Hukuku birçok alanlarda taraflar arasında din bağıni şart koştuğu halde, nafakanın temini konusunda usûl ile

³⁸⁴ Hanefî, s. 262; Bilmen, II, 446; es-Serahsî, V, 18; Feydullah, et-Talak, s.133.

³⁸⁵ Hanefî, s. 333.

³⁸⁶ el-Halebi, s.141; Hanefî, s. 302.

³⁸⁷ Bilmen, II, 446.

furu' arasında din birliği şart kořulmamıřtır³⁸⁸. Sadece civar hısımları arasındaki din ayrılığı nafaka mükellefiyetini kaldırır³⁸⁹.

Zengin olan velî, hür, fakir ve gayri baliğ erkek çocuğu ile, hür ve fakir kız çocuğunun nafakasını teminden mes'uldür³⁹⁰. Bu mesuliyeti ancak aşağıdaki hallerden birinin vukuu ile düşer:

1. Ölüm halinde (velî veya mevlî aleyh ölürse)

2. Mevlî aleyhin nafaka hakkı düşerse (erkek çocuk zengin olur, kız baliğ birisiyle evlenirse)³⁹¹

Bunun dışında velînin mücerred fakirliği, bazı yakınlarına karşı olan nafaka vecibesini düşürürse de eşinde olduğu gibi çocuğunun nafakasını sakıt etmez³⁹². Ancak ödeyememesi sabit olduğu takdirde, kâdî nafakayı beytülmale havale edebilir veya zengin olan anneyi nafaka ödemeye zorlayabilir. Anne bu ödemelerini daha sonra, velîden alır³⁹³. Esasen her velî, velâyetinde olan küçük ile yakını olan kadının nafakasını temin ile mükelleftir, maişeti müsait olan oğul, muhtaç durumdaki anne ve babasının maişetini üstlenmek zorundadır³⁹⁴.

TMK., çocuğun iaşe, eğitim ve öğretim masraflarını anne ile babaya yüklemiřtir³⁹⁵.

İslâm aile hukukunda, "Nafaka rejimi"ne bakacak olursak aşağıdaki sonuçları çıkarabiliriz.

a. Nafaka zevciyet, neseb, mülk gibi üç ana sebepten doğar.

b. Nafaka alanla veren arasında din bağı şartı yalnız usül ve furuun dışındadır. Dolayısı ile müslüman baba, gayri müslim çocuğunun nafakasını temin

³⁸⁸ Hanefî, s. 333.

³⁸⁹ es-Serahsî, V, 226.

³⁹⁰ Bilmen, II, 446, 448; es-Serahsî, V, 222; 65 Talak 6-7; el-Berrî, s. 35.

³⁹¹ Hanefî, s. 237, 238, 296, 310-118.

³⁹² es-Serahsî, V, 224; Bilmen, II, 295.

³⁹³ el-Berrî, s. 70; el-Üsrüşenî, s. 87, 90; Hanefî, 297; es-Serahsî V, 223.

³⁹⁴ es-Serahsî, V, 222-223, 229.

³⁹⁵ TMK. m.148/2,151/2, 261.

edecek, bir insan olarak bu fitri zaruret, can güvenliğinin korunmasında ekonomik bir garanti olacaktır.

c. Babanın, eşi ve çocuğu için sağladığı nafaka temininde, fakirliği, mükellefiyetini kaldırmaz. Ancak kötürüm olur, mal iktisabına muktedir olmazsa, temin etmek zorunda olduğu nafaka, yakınlarına veya devlete (beytümale) intikal eder.

d. Çocuk baliğ olur kesbe müsait hale gelir veya fakirlikten kurtulursa, babadan nafaka sakıt olur. Ancak kız çocuğunun mücerret bülüğa ermesi nafakayı düşürmez. Onun, sosyal çevrenin namüsait şartlarında, ekonomisini temin zorunluluğu yoktur. Güven ortamını velîsi ve toplum hazırlayacaktır. Bu şartlar müsait olduğu, veya evlendiği takdirde nafakası babasından sakıt olur.

e. Köle ve cariyelere insanî muameleden geri kalınamaz. Onların nafakaları da aile hukuk çerçevesinde maliklerine ait bir vecibedir³⁹⁶.

f. Müctehidlerin, nafakada önceliğin çocuklara verilmesi, çocuğun nafakaya hak sahibi olması için hür, fakir ve garyi baliğ olmasını şart koştukları görülmektedir.

3. Evlendirme Velâyeti (Velâyet-i Tezvîc)

a. Evlendirme velâyetinin mahiyeti

Şahıs üzerindeki velâyetin çocuğun himâyesi ve yetiştirilmesi ile tezvici gibi iki ana konuyu ihtiva ettiğini söylemiştik. Bunlardan çocuğun himâyesi ve yetiştirilmesine dair hukukî statüyü anahatlarıyla inceledik. Burada ise ikinci konuyu, evlendirmedeki velâyeti, mevzuu bahs eyledik.

Evlilik, taraflar arasında vuku bulduktan sonra, devamında tamamen Şari' Teala'nın müdahil olduğu bir akiddir³⁹⁷.

³⁹⁶ Bilmen, c. II., s. 495-508.

³⁹⁷ Hanefî, s. 5.

Eşler arasında evlilikle başlayan karşılıklı hak ve görevler arasında çocuğa ait velâyet büyük önem taşır. Nesebin sübutu, Hidâne, terbiye, ta'lim, nafaka ve tezvic alanındaki velâyet ana ve babayı yakından ilgilendirir³⁹⁸.

Burada, küçüğün velîsi tarafından evlendirilmesi sözkonusu olduğu için, İslâm hukukçuları arasında çeşitli ihtilaf alanı doğmuştur. Bu ihtilafların mihveri, velînin küçüğü evlendirme selahiyetinin olup olmadığı üzerindedir.

Sathî bir yaklaşımla konu ele alındığında, velî, çocukla ilgili tasarruflara ehil olduğuna göre nikaha da ehildir. Ancak, nikah, taraflara bizzat ehliyeti mucib sorumluluklar getirdiğine göre, velî tarafından evlendirilen kasır ehliyetliler bu mesuliyeti nasıl ifa edecekler?

Bu iki halin, -velînin temsîl selahiyeti ile evlilik akdinin bizzat taraflara ehliyeti mucip görevler yüklediği hallerinin-, vifakı halinde, konuya olumlu bakılabilecektir. Nitekim, evlilik için RÜŞD çağını genel kural kabul eden Batı hukuk sistemlerinde de evlilikte velînin izni geçerli görülmekte ve çocuk, kamil ehliyet yaşına gelmeden evlenebilmektedir³⁹⁹.

Serahsî (v. 483/1090), bir şahsı diğerrinin, şahsı ve malı üzerinde, tasarruf yetkisine selahiyetli kılan sebeplere dikkat çeker. Bu sebeplerin ehliyetsizlik, acz ve karabet olduğunu, şefkat ve iyi niyetin, küçüğün tezvicinde rol oynadığını belirtir⁴⁰⁰. en Nehai'nin velînin, küçük çocuklarını evlendirmeye ehil olduğuna dair reyini belirtir⁴⁰¹.

Bu genel değerlendirmeden sonra evlendirme velâyetinin tarifi, konusu ve gayesi üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

aa. Tarifi

Evlendir me velâyeti bir hukukî temsîl olduğundan, furû' kitaplarında, özellikle de Hanefî fikhının kaynaklarında, velâyete ait tarif, evlendirme velâyetinin

³⁹⁸ Hanefî, s. 5-6.

³⁹⁹ İMK. ile TMK velâyetten kurtulma yaşı olan 18 yaşından önce velînin izni ve kazai rüşd ile çocuğun evlenebileceği hükme bağlanmıştır. Kız çocuğu 14, erkek ise 15 yaşını doldurması halinde evlenebilecektir. (TKM.m. 88, Tekinay, s. 70-73, 76, 499.)

⁴⁰⁰ es-Serahsî, V, 223; İbn Rüşd, II, 192.

⁴⁰¹ es-Serahsî, IV, 213-214; Hanefî, s. 246.

de tarifi olarak verilmektedir. İbn Abidîn (v. 1252/1836) evlendirme velâyetini, "sözün başkası üzerinde -istese de istemese de- geçerli olmasıdır" ⁴⁰² şeklinde tarif eder. Cürcânî (v.816/1413)'de de aynı tarifi görmekteyiz ⁴⁰³.

Bu tarif, özellikle, evlendirmede icbârî velâyeti (velînin mevlî aleyh üzerindeki kat'î yetki tasarrufunu) ifade etmektedir.

Burada bir hususu belirtmekte fayda görmekteyiz:

Bazı İslâm hukukçuları, evlendirme velâyetinde, velâyet hakkının "kefâlet" veya "vekâlet" yetkileriyle eş anlamda olduğunu beyanla, kefilin, yani, bir kısıtlı velîsi adına evlendirmeyi teahhüd edenin velî sayılacağını, gene vekilin, yani, velînin evlendirmede kendisine yetki verdiği kişinin de velî sayılacağını, ifade etmektedirler. Mesela, Halil b. İshak (v. 867/1462), Mâlikîlere göre evlendirmede kefilin velâyet hakkına sahip olduğunu aktarmakta ⁴⁰⁴, Zühaylî (v.1404/1984) ise, evlendirmede vekilin, velîye benzemesi nedeniyle, vekâletin bir çeşit velâyet olduğunu söylemektedir ⁴⁰⁵.

Kanaatimizce, kefâlet veya vekâletin velaâyete benzetilmesi kolay olmasa gerektir. Zira kefâlet, kamil ehliyetli bir kişinin irade beyanıyla üstlendiği bir görevi, vekâlet ise, kamil ehliyetli bir kimsenin bir başka şahsa verdiği, yetkiyi ifade eder. Kefil görevden imtina ederse veya müvekkil vekilini azlederse bu kişilerin yetkileri düşer. Oysa velînin yetkisi sabit bir hak ve mevlî aleyhin velîsini azletmesi mümkün değildir. Çünkü velâyet, mevlî aleyhin nasbetmesiyle iktisap edilmiş bir görev olmayıp, aksine, tabî olan bir hak ve tasarruf selahiyetidir.

ab. Konusu

Evlendirme velâyetinin konusu, mevlî aleyh adına yapılan nikâh akdi ve neticeleridir.

⁴⁰² İbn abidîn, Hâşiye, III, 55.

⁴⁰³ Cürcânî, Ta'rifât, s. 282.

⁴⁰⁴ Halil b. İshak, İbn Musa, Muhtasarı Halil fî Fıkhî İmâm Mâlik, Mısır 1922, s. 100; ayrıca bk Mustafa Genç, İslam Hukukunda Evlendirme Velâyetinin Sebepleri (basılmamış yüksek lisans tezi).

⁴⁰⁵ Zühaylî, el-Fıkh, VII,212.

ac. Gayesi

Evlendirme velâyetinin gayesi de evlenmede olduğu gibi dünyevî ve uhrevî, ferdî ve sosyal salâhın sağlanması, toplumda neslin korunması ve fesadın önlenmesi ne yönelik ulvî hedeflere ulaşmaktır.

b. Evlendirmede velâyetin sınırları

Mevlî aleyh açısından velâyetin tahakkuku için -ister mal üzerinde, isterse şahıs üzerinde olsun- üç sebep bulunduğunu, bunların küçüklük, aklî yetersizlik ve ünûset olduğunu gördük. Evlendiremeye ait hukukî temsilde, hukukçuların en çok uğraştıkları saha, kadın oluşun (unuset'in), velâyetin devamı için hukukî illet arzetmesidir.

İbn Aşur, İslâm hukukunda velâyetin, daima, bir zararı def, bir maslahatı celb için varolduğunu beyan eder⁴⁰⁶.

Bilindiği gibi velâyet, velînin şahsı itibariyle **zati ve iktisabi**, mevlî aleyh üzerindeki geçerliliği itibariyle de **icbari ve ihtiyari** kısımlara ayrılıyor⁴⁰⁷. Hürriyet, akıl, bülüğ, kişiler üzerindeki hukukî temsil yetkisini düşüren önemli sebeplerdir.

İslâm hukukunda mal üzerindeki velâyette **rüşd**, şahıs üzerindeki velâyette ise **ünûset** istisnâî iki örnektir.

Şöyleki; Hanefî hukukçuların dışındaki hukuk bilginleri, kadının şahsı üzerindeki velâyetin evlenmesine kadar devam edeceğini, bu nedenle velîsiz evlenemeyeceğini kabul etmektedirler. Bu durumda, bülüğ çağına gelen, dolayısıyla kamil ehliyet sahibi olan bir şahsiyete -sadece evlenmesine münhasır kalsa bile- bir müdahalenin olduğu açıktır.

Mal üzerindeki velâyet ise gene mevlî aleyhin bülüğ çağına gelmesiyle son bulmamakta, mevlî aleyhin kadın veya erkek olması da sonucu değiştirmemektedir. Bütün İslâm hukukçuları, mevlî aleyhin rüşd çağına gelmediği, yani, malını koruyup yönetecek bir yeteneğe sahip olmadığı sürece, malı üzerindeki velî tasarrufunun devam edeceği hususunda müttefiktirler. Görülüyor ki, bülüğe rağmen kadın, nikahta,

⁴⁰⁶ İbn Âşûr, s. 306, ayrıca bk Medkur, s.12_22.

⁴⁰⁷ el-Bedevî, s. 58.

kadın ve erkek her ikisi, velâyet altındaki mallarını teslim almada, velî müdahalesiyle karşı karşıyadırlar⁴⁰⁸.

Her iki müdahalenin sebebi, ilgililerin maslahatı, malların ve şahs-ı manevilerini sıyanettir. İslâm Aile Hukuku, nesillerin salabeti ve sıhhatine büyük önem atfetmektedir. Nesillerin salabeti için ise kadının konumu ve mevkiî erkekden önde gelir. O, en küçük bir tecavüze tahammül edemeyecek kadar naziktir⁴⁰⁹.

Bu konuda fukahanın görüşleri üzerinde kısaca durmada fayda görüyoruz.

aa. İslam hukukçularının konuya bakışları

Hanefiler, hür, akıllı ve bülüğa eren bir kızın rıza beyanı olmadan evlendirilmesini tecviz etmezken⁴¹⁰ Şafîiler baba ve dedenin nikahta icbar hakkına sahip olduklarını, kızın maslahatını en iyi takip ve kontrol edeceklerinden, rıza beyanı olmadan nikah akdedebilecekleri reyine sahiptirler⁴¹¹.

Tezvicde velâyet konusu işlenirken, İslâm hukukçularının görüşleri, "Nikahta velâyet, sıhhat şartı mıdır, değil midir?" sorusunun cevabında tezahür etmekte ve anahatlarıyla 3 görüş ortaya çıkmaktadır:

a. "Velâyet nikahın sıhhat şartıdır." diyenler. İmam Malik, ravi Eşheb'in bir rivayetine istinaden bu görüşü benimsemiş, İmam Şafii de bu görüşe katılmıştır. İbn Hazm de bu konuda : " Müslüman bir kadın _ dul olsun , bakire olsun _ velîsinin izni olmadan evlenemez. Evlendirme velâyeti sırayla, baba, erkek kardeşler, dede, amcalar ve amca oğullarına ait bir haktır... Bir kadının, kendisini, veya bir başka kadını, bir erkeğe nikahlaması, sureti katiyede caiz olmadığı gibi, nikahının, velîsi olmayan bir erkek tarafından akdedilmesi de caiz değildir"⁴¹² der.

⁴⁰⁸ İbn Hazm, el_Muhalla, IX, 25,31,55; İbn Abidin, Haşiye, .III, 55_56; Mecelle, m. 981-984, s. 294-298, Bilmen, II., 55, ayrıca bk Muhammed Mustafa Şelebi, Ahkamu'l_Usra, s.9,19.

⁴⁰⁹ İbn Âşûr, s. 244.

⁴¹⁰ es-Serahsî, V, s. 2, 9.

⁴¹¹ es-Serahsî, age, s. 2-3.

⁴¹² İbn Hazm, el-Muhalla, IX, 25,31,55.

b. Velâyeti nikahın sıhhat şartı olarak değil velîyi nikah akdine müdahil olarak görenler. Buna göre kadın velîsiz dengi olan birisi ile nikahını akd ederse bu **caiz** olacaktır. İmam Ebu Hanife, Züfer, Şa'bi ve Zühri bu görüştedirler.

c. Velâyeti, kadının dul mu bakire mi olduğuna ta'lik edenler. İmam Davud'un kabul ettiği bu görüşe göre kadın dul ise bu konudaki tecrübesi nedeniyle aldatılamıyacağından velîsiz nikahını akdedebilecek, ama bakire ise velîsi kendisini tezvic eyleyecektir⁴¹³.

aa.1- Kadının nikahında velâyeti şart koşanların delilleri

a. “ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ”:

"Kadınlarınızı boşadığınızda kocalarına dönebilecekleri müddet tamamlanmışsa evlenmelerine engel olmayınız."⁴¹⁴

b. “ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ”: "Mü'min kadınları, müşrik erkeklerle, onlar iman edinceye kadar, evlendirmeyin."⁴¹⁵

c. “ أَيُّ امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِهَا فَتَنَّا حَتَّىٰ بَاطِلٌ -ثَلَاثَ مَرَّاتٍ- ”:

"Herhangi bir kadın velîsinin izni olmadan evlenirse nikahı batıldır - Hz. Peygamber bu sözünü üç defa tekrarladı.-"

Ayetlerdeki, "nikahlarına engel olmayın", "evlendirmeyin" tabirleri velîlere yönelik olduğu için onların yetkilerini belirlemekte, hadisin metni ise açıkça velîsiz nikahın olamayacağını göstermektedir⁴¹⁶.

aa.2- Kadının nikahında velâyeti şart koşmayanların delilleri

a. “ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ مِنْ مَعْرُوفٍ ”: "Kadınların meşru olarak yaptıklarından dolayı size sorumluluk yoktur."⁴¹⁷

b. “ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ”: "Onların (kadınların) eşleriyle evlenmelerini engellemeyin."⁴¹⁸

⁴¹³ İbn Rüşd, II, 7; Buhari, Nikah 36, VI, 132.

⁴¹⁴ 2 Bakara 232.

⁴¹⁵ 2 Bakara 220.

⁴¹⁶ el-Hudari Bey, s. 57-59, İbn Rüşd, II, 8.

⁴¹⁷ 2 Bakara 240.

⁴¹⁸ 2 Bakara 232.

c. “ حتى تنكح زوجا غيره ”: "Kadın kendisini boşayan eşinin dışında birisiyle evlenmedikçe..."⁴¹⁹

d. “ الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها ”: "Yetim, kendisini evlendirmeye velisinden daha hak sahibidir. Bakire nikahında kendisine danışılma hakkına sahiptir, susması izni sayılır."

Ayetlerdeki "yaptıklarında size vebal olmaz.", "eşleri ile evlenmeleri", "kadının evlenmesi" tabirleri ile hadisteki ifadeler velâyet şartını kaldırır.

aa.3- Velâyeti kadının dul veya bakire olmasıyla izah eden hukukçular

“ والبكر تستأمر في نفسها ”

"Bakireye evlenmesi hususunda danışılır" hadisini bakire için, velâyet şartı, dul için ise tam ehliyet olarak ele alırlar⁴²⁰.

İbn Rüşd(v. 595/1198), yukarıdaki Hz. Aişe hadisinin senedinin sıhhati hususunda ittifak olmadığını beyan ederek bu hadisle amelin vücup ifade etmediğini belirtir. İslâm Aile Hukuku, velâyetin alanının icbarî tezvicde değil, yapılan nikahı fesihde nafız olduğunu, böylece kadın dengi ile evlenmediyse velî buna mani olarak kadının erkeklere karşı meylinden mütevellid olan psikolojik halin kötü sonuç doğurmasına engel olunacağını ifade eder⁴²¹.

Evlendirme velâyeti, velînin müdahale şekline ve yetkilerine göre iki kısma ayrılır. Velî müdahalesinin daha az olduğu tezvice ihtiyari velâyet, velînin akde tam salahiyetli olduğu velâyete ise icbari velâyet denir.

ab. İhtiyarî velâyet

İhtiyari velâyet, mevlî aleyhe, evlilikte görüş beyanı fırsatı veren velâyettir.

⁴¹⁹ 2 Bakara 230.

⁴²⁰ İbn Rüşd, II, 8.

⁴²¹ İbn Rüşd, II, 9-10.

Akıl baliğ bir kadının, nikah akdini velîsiz icrasına selahiyetli olmadığı görüşü ile böyle bir nikaha selahiyetli olduğu şeklindeki iki temel problem, fukahanın ihtilafına sebep olmuştur.⁴²² Bu ihtilaflar üç grupta toplanır:

a. Ebu Hanife, akil, baliğ bir kadının kendisini, velîsinin izni olmadan evlendirebileceğini, bu evliliğin, -dengi ile olması halinde- sahih olacağını beyan eder.

b. Cumhur, kadın akil, baliğ reşid dahi olsa kendi kendini evlendiremez, velîsinin izni gerekir, fikrine sahiptir. Cumhura göre, velînin böyle bir kadını icbar yetkisi yoktur⁴²³. Malikiler 30 veya 33 yaşına kadar babanın, kızını icbara selahiyetli olduğu görüşündedirler⁴²⁴.

c. Akil baliğ kadın, şahsen nikahını akdedebilir. Ancak bu akdin sahih olabilmesi için velînin, rızası şarttır.

Ebu Sevr ve Şafiilerden bir grup bu görüştedirlerki, ilk iki grubun ortası bir görüştür⁴²⁵.

Fukahanın ihtiyari velâyetteki görüşlerini özetlersek, akil, baliğ kadının nikah akdinde iki durumun te'lifi sağlanmaktadır.

1. Velînin izni bulunmalı.
2. Nikahta kadının rıza beyanı olmalıdır.

Ebu Hanife kadının rıza beyanını esas alırken, cumhur velînin selahiyetini esas almıştır.

ab.1- Velînin selahiyetine ait deliller

1.a) Cumhurun delilleri

1) Kadın açısından

⁴²² el-Halebi, s. 93; el-Bedevisi, s. 58-59; Bilmen, II, 53.

⁴²³ Ebu Zehra, el-Vilaye, s.108.

⁴²⁴ İbn Rüşd bu yaş haddini 35 olarak göstermiştir; İbn Rüşd, I, 4-5.

⁴²⁵ Ebu Zehra, el-Vilaye, s.109.

Kadının nikahını bizzat akd etmesi maslahata ve nasllara uygun düşmez. Şöyleki;

a. Bakara Suresinin 221. ayetinde, müslüman erkeklere hitaben: "Müslüman kadınları, müşrik erkeklerle evlendirmeyin" buyurulmakta, Nur Suresinin 32. ayetinde ise "... bekarları evlendirin." buyurulmaktadır.

Bu buyruklar erkekleredir.

b. Bakara Suresi'nin 232. ayetinde: "kadınların evlenmelerine engel olmayın" buyurulmuştur.

c. Aklen sabittir ki, nikahın ilanı iktiza eder. Kadın, fitraten ilana müsait değildir. Öyleyse rıza ve nikahı ifade, erkeğe aittir.

2) Velî açısından

Velînin rızası esastır. Şöyle ki;

a. Yukarıdaki ayetlerde erkek muhatap alınmıştır.

b. Hadislerde erkeğin bu akiddeki rolü açıkça anlatılmıştır. Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır:

“ لا نكاح إلا بشاهدي عدل ووليّ مرشد ”

«أما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليّها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»

Bu hadislerde velîsiz nikahın olmadığı anlaşılmaktadır.

c. Aklen sabittir ki, nikah akdinde erkeğin müdahalesi, hem kadının hem de ailenin maslahatına çok uygundur⁴²⁶.

1.b) Hanefilerin Delilleri

Hanefiler, evlenmede kadının beyanını esas alırlar. Şöyle ki;

a. Bakara Suresinin 229. ve 230. ayetlerinde nikah akdine muhatap olarak kadın ifadesi varid olmuştur.

⁴²⁶ ed-Darimi, Nikah 11, s. 533; Tirmizi, Nikah 14, III, 407, Buhari, Nikah 36, VI, 132.

b. Bakara Suresinin 232. ayetinde "Kadınların evlenmelerine engel olmayın" buyruğu, kadınların kendi nikahlarını akde muktedir olduklarını gösterir.

c. Aklen sabittir ki, bir akid, ona ehil olan asıl tarafça yapılırsa makbuldür. Akile ve baliğa birisi, buna ehildir⁴²⁷.

ab.2- Kadının selahiyetine ait deliller

2.a) Hanefilerin delilleri

1) Nass yoluyla

“ الأيم أحق بنفسها من وليها ”: "Evli olmayan kadın -ister dul olsun ister bakire- nikaha, velîsinden daha selahiyetlidir."⁴²⁸

2) Kıyas Yoluyla

Kadın eşini seçmelidir. Hatta dengi olmayan biriyle evlense bile konu tartışılır. Şöyle ki;

a. Kamil ehliyetli bir kadın, nasıl mali tasarruflarda bulunabiliyorsa, izdivacına da ehildir. Mali tasarruftaki illet ile izdivacdaki illet aynı şeydir. Bu ortak illet, ehliyetir.

b. Velîyi tezvice ehil kılan faktör, akıl, baliğ olmasıdır. Akıl ve bülüğ, kadın açısından ele alınırsa, aynı sonuç çıkar, kadın evlilik akdine ehil olur.

c. Velâyeti gerekli kılan ihtiyaç, acz halidir.

Acz ise, akıl ermezliğinden kaynaklanmaktadır. O halde akıl, baliğ birisi izdivaca sahaliyetlidir.

2.b) Cumhurun delilleri

Kadının evlilik akdi, mali akidler gibi değildir. Velîden izinsiz, bu akid sahih olmaz. Velînin ihtiyari velâyetini icrasında nasslara muhalefet yoktur. Fakat,

⁴²⁷ el-Halebi, s. 93, 95,102

⁴²⁸ İbn Rüşd, II, 5.

kadının beyanı, evlilik akdini sahih kılmaz. Hz. Peygamber (s.a.v.) ; "Velîsiz nikahı batıl sayarken, butlan sebebini iznin olmayışına bağlamıştır.

Özetlersek, Hanefiler ile Cumhur, velînin izni konusunda ihtilafa düşmemişlerdir. Akıl, balıĝ bir kadının nikahına velînin iştirakı fukahaca sabit bir kuraldır. Ancak cumhur, velî izni olmadan nikahın adem-i sıhhatına, Ebu Hanife ise sıhhatına kaildir.

Ebu Hanife, kadının hürriyetine müdahale edilmesinin doğru olmadığını, kadın, dengini seçemediğinde müdahale edilip fesadın önlenmesini savunmaktadır⁴²⁹.

ac. İcbârî velâyet

İcbari Velâyet, tezvicde, mevlî aleyhe beyan imkanı tanıyan velâyettir. Bu velâyet ile küçükler, mecnun ve matuhlar temsil edilir.

İcbara yetkili velîler ile icbar olunan kasırlar açısından mezhepler arasında farklı yollar izlenmiştir. Bu farklılıkları, icbar sebepleri, icbar hakkı ve şartları, icbar hakkının sona ermesi başlıklarıyla müteala edebiliriz.

ac.1- İcbar sebepleri

Hanefiler, icbara sebep olarak ehliyet yetersizliğini göstermişlerdir. Küçük, mecnun ve matuh nikaha icbar edilebilecektir. Mümeyyiz saĝir ve matuh da nakıs ehliyetli, yani, lehteki haklarını kullanabilecek durumda olmalarına rağmen icbar olunabileceklerdir.

Çocukların icbarına sebep, küçüklüktür. Küçüklük bir acz halidir. Velâyet ise, acziyetin doğurduğu noksanlığı tamamlamak içindir. Mecnun ve matuhun icbarına sebep ise akli noksanlıktır. Akli yetersizlik bir acz halidir ve velâyeti doğurur.

İslâm hukukçuları, küçüklük, cünûn ve ateh hallerinin icbar sebebi olduğu hususunda müttefiklerdir. Ancak kız çocuğunun icbarı hussunda Fukaha arasında görüş ayrılığı olmuştur.

⁴²⁹ Ebu Zehra, el-Vilaye, s.114.

Malikiler, Şafîiler ve Hanbeliler, kız için, icbara iki sebep gösterirler:

1. Küçüklük

2. Bekaret

Kız çocuğu bülüğdan önce icbar için iki illet taşır. Bülüğdan sonra ise, evlenmediği sürece velîsinin üzerindeki icbar hakkı devam eder⁴³⁰.

İbn Kudame (v. 682/1283), babanın, bakire olan kızını dengiyle evlendirmesi halinde (kız istemese dahi, baliğa da olsa) nikanhın sabit ve nafiz olacağını, zira evlendirme velayeti nedeniyle babanın buna hak sahibi olduğunu beyan eder⁴³¹.

İbn Nüceym (v. 970/1562) ise icbârî velâyetin -bakire olsun dul olsun- ancak sağıre (küçük kız) üzerinde geçerli olduğunu belirtir. Bülüğ çağına geldiği halde matuh olanların da icbaren evlendirilebileceklerini, bunların dışında kalan akil baliğ olan birisinin (bekar olsun, dul olsun) üzerindeki velâyetin velâyet-i nedb (ihtiyarî velâyet) ifade ettiğini belirtir⁴³².

İslâm hukukçularından İbn Şübrime (v. 144/761) ile Ebu Bekr el'Esam ve Osman el-Bettî'ye göre, küçüklük icbar sebebi değildir. Küçüğü, yani, bülüğ çağına gelmeyen çocuğu, (bu çocuk ister erkek olsun, ister kız olsun) velîsi kesinlikle evlendiremez. Zira, hak ve vecibeler ihtiyaçtan doğar. Küçüklerin bu hususta ihtiyaçları yoktur⁴³³.

İbn Hazm (v. 456/1063) ise, erkek çocuk üzerinde icbar sebebi olamayacağını , ancak velînin bakire olan kız çocuğunun (sağırenin) nikahına yetkili olduğu görüşünü benimsemiştir⁴³⁴.

Mecnun-u sağıir evlilik için icbar sebebi değildir⁴³⁵.

⁴³⁰ Ebu Zehra, el-Velaye, s.139,147-149, İbn Rüşd, II, 4-6; Şener I, s. 219; Bilmen, II, 52; HAK,m.10, ayrıca bk Şelebi, Ahkamu'l_Usra, s. 19.

⁴³¹ İbn Kudame, Muğnî, VII, 378.

⁴³² bk İbn Nüceym, Bahr, III, 117.

⁴³³ Zühaylî, el-Fıkh, VII, 179.

⁴³⁴ İbn Hazm, Muhallâ , IX, 38; Zühaylî , el-Fıkh, VII,179; Bilmen, Istılahat, II, s. 54.

⁴³⁵ Bilmen, a.g.e., s. 53.

Isparta **likurg** kanunları, erkek ve kadınlarda evlenme yaşına icbari bir sınır getirmişti. Erkekler 30, kadınlar 20 yaşında ancak evlenebilirlerdi⁴³⁶.

Evliliği 18 yaşın ikmalî ile başlatan TMK. küçüklerin, temyiz kudretine sahip olmayanların ve akıl hastalarının evliliğini meneder⁴³⁷.

ac.2- İcbar hakkı ve şartları

Ebu Hanife, velâyet hakkına sahip bütün akrabaların silsile yoluyla icbar hakkına da sahip olduklarını, İmameyn ise yalnız asabe'nin icbara yetkili olduğunu söyler.

Malikiler ve Hanbeliler icbar hakkının yalnız babaya ve babanın vasisine ait olduğunu kabul etmişlerdir. Kâdî ise bir hacete mebnî icbar yetkisi kullanabilir⁴³⁸.

Şafiiler ise baba ve dedenin icbar hakkına sahip olduklarını kabul etmişlerdir⁴³⁹.

ac.3- İcbar hakkının sona ermesi

Hanefilere göre icbar hakkı, kız ve erkek çocukların bülüğa ermeleriyle son bulur. İmam Muhamed ile imam Ebu Yusuftan bir rivayete göre çocuklardaki bu velâyet bülüğdan sonra velâyetu'l-istihbab veya velâyetu's-şerike adlarıyla bir çeşit ihtiyari velâyete dönüşür⁴⁴⁰. Ancak bu konudaki rivayetlere bakıldığında Hz. Peygamber (s.a.v.) in bülüğdan sonra icbarı kaldırdığı anlaşılıyor⁴⁴¹.

Cumhura göre, erkek çocuk bülüğa erişince, mecnun ifakat bulunca, kız evlenince, icbari velâyet son bulur⁴⁴².

⁴³⁶ Arsal, s.182.

⁴³⁷ Tekinay, s. 80-81, TMK. m. 89.

⁴³⁸ Bilman, c. II., s. 53.

⁴³⁹ Ebu Zehra el-Velaye, s.147-149, İbn Rüşd, c. II., s. 6, Bilmen, c. II., s. 47.

⁴⁴⁰ es_San'ani, c.II, s. 247, Ebu Zehra, a.g.e., s.139.

⁴⁴¹ Ebu Zehra, a.g.e., s.140.

⁴⁴² Ebu Zehra, a.g.e., s.147-150.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VELÂYET İLE İLGİLİ KANUNLAŞTIRMALAR

Aile Hukuku esasitibariyle evlenme müessesine dayanır. Evlilik telakkisi çağlara ve hukuknizamlarına göre değişiklik arzedelemiştir⁴⁴³.

Hz. Peygamber, Hicreti müteakip Medine'de köklü değişiklikler yaptı. İtikadî alandan sosyal kurumlar ve bu kurumlara ilişkin prensiplerin günlük hayata yansıtılmasına kadar geniş bir ufuk açıldı. Yasama, yürütme, yargı ve diğer toplumsal organizasyonlardan günlük hayata kadar köklü değişiklikler oldu⁴⁴⁴.

Aile Hukuku alanında da köklü değişiklikler oldu. Roma hukukundaki babanın mutlak egemenliği ile Cahili Arap sistemi yerine **velâyet sistemi** yerleşti. Kız çocuklarını diri diri gömmenin bir hukukî statüsünün olmadığı ilan edildi⁴⁴⁵. İnsan hayatının en iyi tanzimi hedef alındı⁴⁴⁶.

Roma'ya hem toprağı hem de hukukî yapısıyla mirasçı olan Batı hukuk Sistemlerinde de köklü değişiklikler oldu.

Fransız ihtilalinden sonra, aile yapısı ve anlayışında değişiklikler oldu. Fertler arasında hukukî eşitlik prensibi kabul edildi⁴⁴⁷.

Burada geniş bir araştırmaya girişmedik. Bazı ülkelerdeki çalışmalara değindik. Bu ülkeleri "İslâm Ülkeleri" ve "Diğer Ülkeler" diye iki kategoriye ayırdık.

⁴⁴³ Döndüren, s.176.

⁴⁴⁴ el-Hac, s.143.

⁴⁴⁵ el-Hac, a.g.e. s. 311, Oğuzoğlu, s.1003.

⁴⁴⁶ Çalışkan, s. 61.

⁴⁴⁷ Döndüren, s.159.

İslâm ülkelerinde velâyetin süresi, evlilik akdinde ehliyet, kasırların velâyeti, çocuklar ve kusurlu fiiller, kadının evlilik akdinde rıza beyanı gibi konularda değişikliklerin yapıldığı anlaşıldı.

I. İSLÂM ÜLKELERİNDEKİ KANUNLAŞTIRMALAR

A. OSMANLI DÖNEMİNDE

Osmanlıların son zamanlarında kanunlaştırma başlamış, zamanla hususî hukuk alanında Batı hukukundan iktibaslar yapılmaya başlamıştır. Öyleki, bugün İslam ülkelerinden bir kısmı hukuk sistemini tamamen değiştirmiş, bir kısmı karma bir yol izlemiş, bir kısmı ise; İslam hukukuna bağlı kalmanın yollarını aramaya çalışmıştır⁴⁴⁸.

Osmanlılarda hukukun kaynakları dört gruptu:

a. Kitaplar:

Kâdîler, hüküm verirken, fıkıh kitaplarından faydalanıyorlardı. Bu kitapların başında, Hidaye, Kenzû'd-Dakaik, Kudurî, Vikaye, el-Muhtar vb. kitaplar geliyordu. Bu kitapların sistematik bir tasnifi ve maddelenmesi yoktu. Ama olaylara ışık tutan hükümler, bu kitaplardan çıkarılabiliyordu.

b. Fetva Mecmuaları:

Kaynak kitapların yanında, pratikte karşılaşılan problemlere çözüm getiren, fetva mecmuaları da önemli yer tutuyordu. Bu mecmualar arasında en yaygın olanları, Abdullah Efendi, Zekeriyaşade Yahya Efendi, Feyzullah Efendi, Ankaralı Mehmet Emin Efendi, Ebussuud Efendi'nin fetva mecmualarıdır.

c. Kanunnameler:

Daha çok örfî hukuka kaynak olmuştur. Ancak bu kanunnameler, aile hukuku alanında nadiren kullanılmıştır.

⁴⁴⁸ Karaman, Günün Meseleleri, II, 674-675.

d. Şer'iyye Sicil Defterleri:

İrade, ferman ve hükümleri ihtiva eden bu defterler kadî tarafından tutulur, gerektiğinde yargıda istifade edilirdi⁴⁴⁹.

Tanzimata kadar devam eden bu usule, Fatih ve Kanuni Kanunnamelerini de ilave edersek Mecelleye kadar kanunlaştırma olmadı.

1840-1851 yılları arasında hazırlanan Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye) aynî hakları ihtiva ediyordu.

Mecelleyi, 8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 yılında yürürlüğe giren ve İslâm ülkelerinde büyük yankıları olan **Hukuk-ı Aile Kararnamesi (HAK)** izledi⁴⁵⁰.

B. OSMANLIDAN SONRAKİ DÖNEMDE

HAK, İslâm coğrafyasının hemen hemen bütün alanlarına yayıldığı halde Mısır'da istisnai bir çalışma yapıldı. Kadri Paşanın yaptığı hukukî düzenlemelerinden biri de medenî hukuk alanında oldu. "Ahvalu'ş-Şahsiyye" ünvanı ile hazırladığı kanunlaştırma çalışmasında K. Paşa Mecellenin üslubuna yakın bir yol izledi. Ancak işlediği konu Aile Hukukii nun Mısır'daki kaynakları arasına girdi.

Gerek Mecelle, gerekse HAK geniş uygulama alanı buldu ve bu uygulamaların eseri günümüzde de sürmektedir Mecelle Lübnan'da 1934, Suriye'de 1949 yılına kadar uygulamada kaldı. Bugün Kuveyt'te usul-ü muhakemat olarak yürürlükte⁴⁵¹.

Mısır'da 1883 yılında yürürlüğe giren K. Paşa'nın Ahvalu'ş-Şahsiyye'si 1950/15 sayılı yasanın yürürlüğe girmesine kadar devam etti.

Suriye 1953 yılında yürürlüğe koyduğu Suriye Ahvalu'ş-Şahsiyye'sine kadar mecelle ve HAK'ı uyguladı.

⁴⁴⁹ Aydın, s. 80-82.

⁴⁵⁰ Karaman, İslâm Hukuku, s.17, Aydın, s.150-157.

⁴⁵¹ Karaman, a.g.e., s.18.

Tunus Ahvalu's-Şahsiyesi 1956'da, Fas Aile Kanunu ise 1957'de yürürlüğe girdi.

Günümüzde Sudan Maliki, Ürdün Hanefi hukuk ekolünü uygulayıcı bir hukuk yapısını, aile hukuku alanında sürdürüyor⁴⁵².

Aile Kanunlarına yönelik kanunlaştırmalarda, kadına ait evlenme velâyeti ile, evlenme yaşı üzerinde net yaş belirleyici maddeler konmuştur. HAK.m.4, evlilik yaşı olarak kızlarda 17, erkeklerde 18 yaşının doldurulması şartını getirmiştir⁴⁵³.

K. Paşa Ahvalu's-Şahsiyye'si m. 51, hür, akıl ve baliğ bir kadını kimsenin evliliğe zorlayamayacağını, Suriye Ahvalu's-Şahsiyye'si m. 5. baliğ kadının rıza beyanını bizzat ifadesini hükme bağladılar⁴⁵⁴.

Sudan 1935/35 nolu adlî sirkülerde Maliki mezhebini izleyerek kadının velîsiz evlenemeyeceğini, bu halin 33 yaşına kadar devamını belirlerken 1960/54 nolu adli sirkülerde kadın üzerindeki, velâyet hukukuna dair bu icbarı kaldırdı.

Günümüzde Fıkıh Akademileri “ مجمع الفقه الإسلامي ”: organ nakli, doğum kontrolü gibi çağın getirdiği bazı konulara bakış yapan çalışmalar yapmaktadır. Son zamanlarda Türkiye'de de aile kurumu ve çocuğun himâyesi üzerine yeni çalışmalar yapılmaktadır. Çocuğun beslenme, barınma, sağlık ve eğitimi ile ruhsal, duygusal ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamada ailenin öneminin büyük olduğu vurgulanmaktadır⁴⁵⁵.

II. DİĞER ÜLKELERDEKİ KANUNLAŞTIRMALAR

Günümüzde İslâm Ülkelerinin dışındaki ülkelerde Aile Hukuknu ilgilendiren konular üzerine alınan kararların temelinde sosyo-ekonomik sebeplerin yattığı görülmektedir. Mesela son yıllarda Yunanistan nüfus artışını teşvik ederken,

⁴⁵² Ebu Zehra, el-Velaye, s. 29-50.

⁴⁵³ Döndüren, s.195.

⁴⁵⁴ Döndüren, a.g.e., s.195.

⁴⁵⁵ Yener, s. 72.

Çin nüfusu kısıtlayıcı ve her evli çifti bir çocuk edinmeye zorlayıcı bir karar almış bulunmaktadır⁴⁵⁶.

Isparta Likurg kanunlarındaki düzenlemelere kadar inen aile hukuku alanındaki çalışmalar Fransız İhtilalinden sonra yeni gelişmelere sahne olmuştur. Roma'da başlangıçta, çocuk üzerinde mutlak bir egemenlik vardı. Romalı baba Magna Charta Libertatis (ehliyet)ini çocuk üzerinde velâyet şeklinde değil Rububiyet ve mutlak egemenlik olarak kullanıyordu. Roma'nın bu Partria Potestas sistemi zamanla yumuşamış mutlak egemenlikten velâyete doğru mesafe almıştır⁴⁵⁷.

Fransız İnkılabı, çocukları himâyeye ve onları babanın keyfi hareketlerine karşı korumaya çalıştı.

Büyük tedvin hareketinin XIX. yy. başlangıcındaki en kuwetli eseri olan (Kod Napolyon), babayı kuwetli bir otorite ve te'dib hakkıyla techiz etmekten geri kalmadı. Günümüzde hukuk sistemlerinde velâyetin alanı daha dardır⁴⁵⁸.

Günümüzde aile hukuku alanında yeni düzenlemelere gidilmesi Batılı bilim adamlarının sorunu haline gelmiştir. Aile Kanunlarının yeniden düzenlenmesi, toplumda aile hayatına duyulan ilginin gittikçe azalma eğilimi göstermesi karşısında alınacak terbirlerin hızlandırılması, yeryüzünde nesebi gayri sahih çocuk sayısının hızla yaygınlaştığı, insanların gayri meşru ilişkileri sonucu dünyaya gelen çocukların sokaklara terkedilmesi souncu anasız, babasız kalan sabilere devletin yurt açmasının yeterli bir çözüm olmadığı, aile hayatına sadece **devlet müdahalesi** ile bir çözüm getirilemeyeceği vurgulanmaktadır. Nitekim A.B.D Lincoln Üniversitesi öğretim üyelerinden Gary B. MELTON ile Psikolog Brian L. WILCOX, yaptıkları bir araştırmada 1985 yılında ABD'de her evli çiftten %9'unun boşandığını, ayrıca aynı yıl evlenme azlığının doruk noktaya ulaştığı her 1000 kişiden 10,2 gibi çok düşük bir oranın ortaya çıktığını, böylece ülkede normal evlilik içi doğum oranının yerini evlilik dışı çocuklar almış olduğundan, ülkede çocuğun **anne ve baba himâyesialtında** olup korunması gibi çocuğun **beden ve ruh sağlığı** açısından

⁴⁵⁶ el-Muctemâ, Temmuz 1988 nüshası.

⁴⁵⁷ Oğuzoğlu, s. 986-989.

⁴⁵⁸ Oğuzoğlu, s. 988.

fevkalade güzel bir yolun kaybolduğunu ortaya koymuşlar ve bunun önlenmesi çağrısında bulunmuşlardır⁴⁵⁹.

ABD'de bugün hukukçular ve psikologlar, çocuk cinayetlerine dair yaptıkları araştırmalarla Aile Mahkemelerinin bir yandan yükünü hafifletmeye, diğer yandan çocuğun ruh sağlığı'nın beden sağlığından daha az önemli olmadığını, ruh sağlığında **velâyet müessesesi** üzerinde yeni düzenlemelerin yapılması gereğini vurgulamaktadırlar⁴⁶⁰.

Batı Hukukçuları yer yer aile kurumunun üstlendiği görevleri başka kurumlar ile özellikle kilise ile paylaşmanın aile, öğretmen, doktor, psikolog, ve çocuk bürolarının rahip ile irtibatlı çalışmalarını, dolayısı ile vasilik sisteminin bir **sosyal vesayet** olarak değerlendirilmesi gereğini vurgulamaktadırlar⁴⁶¹.



⁴⁵⁹ Melton, s.1213-1216.

⁴⁶⁰ Hennessey, s.1223-1224.

⁴⁶¹ Egger, s. 502.

SONUÇ

İslâm aile hukukunda velâyete dair temel mevzuları bir araya getirmek gayesiyle yaptığımız bu çalışmadan, şu neticeleri çıkarmak mümkündür:

Gerek teori, gerekse pratikte gelişmiş ve istikrar bulmuş olan İslâm Aile Hukukunun eşler arasındaki ikili münasebetlerden toplumdaki diğer kurumlara kadar hukukî statü ihtiva ettiği görülmüştür.

Velâyetin, kavram olarak genel muhteviyatından, daha dar olan aile hukukundaki hükümlerine kadar, bütün prensiplerinde külli bir yapı arzettiği gözlenmiştir.

İslâm aile hukukundaki velâyete dair konuların diğer hukuk sistemleri ile tabii alanlarda uyum içinde olduğu, ancak temel karakterinde kendine has kurallar taşıdığı görüldü.

İslâm hukukçuları, nassların açıktan delâlet etmediği konularda yoğun bir zihni çaba gösterip, yer yer birbirine muhalif seyir izleyerek aile hukukunun tolerans taşıyan ilkelerini göstermişlerdir. Bu cümleden olarak Hanefilerin hürriyetçi yoluyla, Cumhurun kişi himâyesi ve sosyal düzenin muhafazası için şahsi tasarrufları, aile içinde kısıtlamalarına dair yorumları görülmektedir.

Bu yorum farklılıklarına rağmen müctehidlerin velâyeti doğuran sebeplerle, kişiyi velâyete müstehak kılan temel ilkelerde aynı prensipleri koydukları, çocuğun ve diğer mevlî aleyhlerin himâyesinde daima ferdin ve toplumun maslahat dengesine özen gösterdikleri görülmüştür.

Gerek şahıs üzerindeki velâyet, gerekse mal üzerindeki velâyette Hanefilerle Cumhur arasında en belirgin farkı, velîlerin derecesinde görmekteyiz. Hanefiler, aile bağlarını daha kapsamlı tutuyor, çocuğun veya diğer kasırın himâyesinde babadan sonra silsile yoluyla gelen velîlerin temsil yetkisine sahip olduklarını benimsiyor.

Cumhur ise, ailede velâyete ehil olanları dar kapsamda tutuyor. Böylece iki fıkıh ekolünün karakteristik yapıları, aile hukukuna yansıyor.

Sonuçta fukaha, himâye sistemi olan velâyet müessesesi ile ictimâî bir teavün, güven ve esenlik içinde, yarınların teslim edileceği nesli yetiştirme programını ortaya koymuşlardır.



KAYNAKÇA

- ABDULBAKİ, Muhammed Fuad, **el-Mu'cemu'1-Müfehres Lielfazı'1-Kur'an, İhyau't- Türesi'1- Arabi**, Beyrut (t.y.)
- ABDULHAMİD, Muhammed Muhyiddin. **el-Ahvalu'ş-Şahsiyye**, Mısır 1958.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, **Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası**, Timaş Yayınları, İstanbul 1989.
- AKŞİT, M. Cevat, **İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları**, İstanbul 1976.
- ALİ ABDURREZZAK. **el-Ahkamu's-Sultaniyye**, Mısır (t.y.)
- ALPDÜNDAR, Remzi. **Hukuk Sözlüğü**, İstanbul 1977.
- ANSAY, Sabri. **Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku**, Ankara 1958.
- ANSAY, Sabri Şakir. **Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar**, Ankara 1952.
- ARAL, Vecdi. **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Fakülteler Matbaası, İst.1971.
- ARSAL, Sadri Maksudi, **Hukuk Dersleri Tarihi**, Ankara 1941.
- ATAR, Fahrettin. **İslâm Adliye Teşkilatı**, Ankara 1979.
- ATAR, Fahrettin. **Fıkıh Usulü**, İstanbul 1988
- AYBAY, Aydın. **Borçlar Hukuku Dersleri**, Beta Basım Yayım. İstanbul 1984.
- AYDIN, Ali Arslan. **İslâm İnançları ve Felsefesi**, Elif Matbaacılık 1973.
- AYDIN, Hakkı, **Mukayeseli Hukukta İşkence**, (basılmamış çalışma).
- AYDIN, M. Akif. **İslâm-Osmanlı Aile Hukuku**, Anka Ofset, İst.1985.

- el-AZEBİ, Hornby Parnwell. **English Arabic Reader's Dictionary**, Oxford 1984
- el-BEDEVİ, İsmail. **Fusul Fi'1-Kadai'1-İslâmi**, Mecelletu's-Şeria, Sayı VIII, Kuveyt 1987.
- el-BEHÛTÎ, Mansur b. Yunus, **Keşşâfu'l-Kinâ an Metni'l-İknâ**, I-VI, Beyrut 1982.
- BERKİ, Osman Fazıl, A.H.F.D, C. XI, sayı 1,2, s. 639.
- BERKİ, Şakir, **Türk Hukukunda Evlenme Asli Şartlarından Doğan Kanun İhtilafları**, A.Ü. Hukuk Fak. Yayınları, Ankara,1953.
- BERKİ, Şakir. **Türk Medenî Kanunu'nda Velâyetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü**, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara 1970.
- BERRAC, Cuma Muhammed, **el-Velâyetu fı A'kdi'n-Nikah**, Mecelleti ş-Şeria, Sayı: XI, Kuveyt 1988.
- el-BERRİ, Zekeriyya Ahmed, **Ahkamü 1-Evlad Fi 1-İslâm**, Kahire 1964.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukukî İslâmiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, C.I-VIII. Bilmen Basımevi, İstanbul,1968.
- BORRICANT, **Les Effest du mariage apres sa dissotion**, Paris 1960.
- BROCKELMANN, **Geschisht der arabis chen literatur (GAL)** Leiden,1943-1949.
- BUHARİ, Ebu Abdillâh b. İsmail, **Sahihü'l-Buhari**, nşr. Çağrı Yayınları, İstanbul (t.y.)
- CANAN, İbrahim, **Çocuk Hakları Beyannamesi Işığında İslâm'da Çocuk Hakları**, İstanbul 1980.
- CANAN, İbrahim, **Rasulullah'a Göre Aile ve Okulda Çocuk Terbiyesi**, İstanbul 1980.

el-CESSAS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er-Razi. **Ahkamu 1-Kur an**, c. I-V, 2. Baskı, Kahire (t.y.)

el-CEZÂİRÎ, Ebu Bekr, Cabir, **Minhacu'1-Müslim**, Darul Fıkri'1-A'rabi-Daru'n Nehri'n-Nil (b.y.) (t.y.)

el-CEZİRÎ, Abdurrahman, **el-Fıkh A'la el-Mezahibi'1-Erbea' Daru İhyai't-Türasil Arabi**, Beyrut,1969.

CİN, Halil, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1974.

el-CÜRCÂNÎ, Ali b. Muhammed, es-Seyyid eş-Şerîf, **Kitabu't-Ta'rifât**, Dâru'r-Rüşd, Kahire (ty).

ÇAKMAKLI, Kemal, **Aileler İçin Sosyal Hizmet**, İstanbul 1991.

ÇALIŞKAN, İbrahim. **İslâm Hukukunda Zina Suçunun Mahiyeti ve Cezası**, A.Ü.İ.F.D., C. XXXIII; A.Ü. Basımevi, Ankara 1992, s. 61-100.

ÇANTAY, Hasan Basri, **Kur'an-ı Hakîm ve Meâl-i Kerîm**, I-III, İstanbul 1965.

ÇEKER, Orhan, **Aile Hukuku Kararnamesi (HAK)**, Ebru Yayınları, İstanbul 1985.

_____, **İslâm Hukukunda Çocuk**, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1990.

DAMİRİYE, Osman Cum'a, **Menhecu'1-İslâm fı'1-Harbi ve's-Selam**, Kuveyt 1982.

ed-DARİMÎ, Ebu Muhammed, Abdullah b. Abdurrahman. **es-Sünen**, nşr. Çağrı Yayınları, İstanbul 1981.

DEBBAĞOĞLU, Ahmet. **İslâm İktisadına Giriş**, Dergah Yayınları, İstanbul 1979.

DOĞAN, Lütfü. **Toplumun Temelini Sarsan Belli Başlı Problemler**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1986.

DÖNDÜREN, Hamdi, **Delilleriyle İslâm Hukuku Şahıs Aile ve Çözümlü Miras**, İstanbul 1983.

EBU İ'D, Arif. **ed-Devletu ve Erkanuha Beyne's-Şeria ve'1-Kanun**, Mecelleti ş-Şeria, Sayı I, Kuveyt 1984.

EBU DAVUD, Süleyman b. el-Eş'as, **Sünen**, c. I-V, nşr. Çağrı Yayınları, İstanbul 1985.

EBU HANİFE, Numan b. Sabit. **Müsnedu'1 İmam Ebi Hanife**, Mısır 1327.

EBU'L FETH, Ahmet, **Muhtesar Kitabı'1-Büyu Fi's-Şera'ti'1-İslâmiyye**, (Mısır) 1924.

EBU ZEHRA, Muhammed, **el-Ahvalu's-Şahsiyye**, Mısır 1952.

-----, **İslâm Hukuku Metodolojisi-Usulü Fıkh**, (çvr. Abdülkâdir Şener) Ankara 1981.

-----, **Muhadarat fı Akdi'z-Zevac ve Asaruh**. Daru'1-Fikri'1 Arabi.

-----, **el-Müctemau'1-İslâmi fı Zılli'1-İslâm**, Beyrut (t.y.)

-----, **el-Vilâyetu A'la'n-Nefs**, Beyrut 1979.

EGGER, A.. **Aile Hukuku**, (çev. Volf Çernis), Ankara 1955.

el-ELBANİ, Muhammed Nasıruddin, **Hicabu'1-Mer'eti'1-Muslime Fı'1-Kitabi ve's-Sunne**, elmektebu'1-İslâmi. (b.y.) 1978.

ERGÜNER, Hilmi, **Türk Hukukunda Lugat ve Istılahlar**, İstanbul 1973.

el-FERRÂ, Ebû Ya'lâ Muhammed b. el-Huseyn, **el-Ahkâmu's-Sultâniyye**, Dâru'l-Kütübi'1-İlmiyye, Beyrut 1983.

FERRUH, Ömer, **İslâm Aile Hukuku** (Çvr. Yusuf Ziya Kavakçı) Sebil Yayınevi, İstanbul, 1969.

FEYDULLAH, Muhammed Fevzi. **el-Mezahibu'1-Fıkhıyye**, Kuveyt 1985.

-----, **Nazariyetu'd-Daman fı'1-Fıkhı'1-İslâmiyyi'1-Âm**, Kuveyt 1986.

-----, **el-Talak ve Mezahibuh fı's-Şeriati ve'1-Kanun**, Kuveyt 1986.

FINDIKOĞLU, Ziyatüddin. **Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi**, İstanbul 1943.

-----, **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul 1958.

FINE, M.A.. **A Social Science Perspective On Stepfamily Law**. *Bibl., Fam Relat*, 38:53-8, Ja 89, Usa.

el-FÎRÛZÂBÂDÎ, Mecdüddin Muhammed b. Ya'kûb, *el-Kâmûsu'l-Muhît*, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut 1994.

GÖKALP, Ziya. **Türkleşmek İslâmlaşmak, Muasırlaşmak**, İst.1918.

GÖKMENOĞLU, Hüseyin Tekin. **İslâm Hukukunda Şahsiyet Hakları** (Doktora Tezi Özeti), A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Kataloğu 1991, Ankara 1992.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat. **Sözleşmelerin Fesih ve Ta'dili Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**, Ankara.1945.

GÜRSEL, Nurettin. **Velâyet Hak ve Vazifeleri**, A.D., Sayı 4, Ankara 1949.

el-HAC, Hüseyin Hasen. **en-Nuzum'ul-İslâmiyye**, Beyrut 1987.

HALEBÎ, İbrahim b. Muhammed. **Mülteka'1-Ebhur**, Dersaadet 1315.

HALİL b.İSHAK, İbn Musa, **Muhtasaru Halil fi Fıkhı İmam Malik**, Mısır 1922.

HALLAF, Abdülvehhab. **İlmu Usuli'1-Fıkh**, Kuveyt 1970.

HAMAD, Nezih. **et-Teamülü Bi'r-Riba Beyne'1-Müslimin ve Gayri'1-Müslimin**, *Mecelletu'sŞeria*, Sayı IX, Kuveyt 1987.

HAMİDULLAH, Muhammed. **İslâm Fıkhı ve Roma Hukuku**, Yağmur Yayınları, İstanbul 1964.

HANEFİ, Muhammed el-Huseyni. **el-Ahvalu's-Şahsiyye Hukuku'1-Evlad ve'1-Akarib**, Dari 1- Fikri'1-A'rabi, Mısır 1965.

HENNESSEY, E.F.. **The Family The Courts And Mental Heal The Professionals**, *Bibl. Am. Psycol*, 44:1223-24, s. 89.

el-HİNDÎ, Alaüddin Ali el-Mutteki. **Kenzu'1-Ummal fi Süneni'1-Akvali ve'1-Efal**, C. I-XVI, Beyrut 1985.

- HİTO, Muhammed Hasen, **el-Veciz Fi Usuli't-Teşrii'1-İslâmi**, Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 1984.
- el-HUDARİBEG, eş-Şeyh Muhammed. **Tarihu't-Teşrii'1-İslâmi**, Beyrut 1983.
- HUMEYDÎ, b. Salih el-Humeydi, **el-Hukuku'z-Zevciyye Fi'1-İslâm**, Daru'r- Reşid, Riyad (t.y.).
- el-HURASÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. Abdillâh, **el-Hurasî alâ Muhtasari Seyyidi Halîl**, I-VIII, Beyrut (ty).
- el- HUSARÎ, Ahmed Muhammed, **el Velaye- el Vesaye - et Talak fi'l -Fıkhi'l-İslâmi li'l- Ahvali's -Şahsiyye**, Beyrut 1992.
- İBN ABİDİN, Muhammed Emin b. Abidin, **Hâşiyetu Raddi'1-Muhtar ale'd-Dürri'1-Muhtar**, I-VIII, Daru'l-Fikr Beyrut 1979.
- İBN AŞUR, Muhammed Tahir, **Meqasid's-Şeria'ti'1-İslâmiyye**, Neşru's-Şeriketi't-Tunisiyye, Tunis, 1978, (Çvr. Vecdi Akyüz-Mehmed Erdoğan, İslâm Hukuk Felsefesi (Gaye Problemi), İstanbul,1988.
- İBN HANBEL, Ebu Abdillâh Ahmed b. Muhammed. **E1-Müsned**, C. I-IV, nşr. Çağrı Yayınları, İstanbul 1982.
- İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed Said b. Hazm el Endelusi- **el Muhalla bi'l- Asar**, I-VII, Beyrut 1984,(tahkik: Dr. Abdulğaffar Süleyman el-Bedavi).
- İBN HIŞÂM, Ebu Muhammed Abdülmelik, **es-Sîratu'n-Nebeviyye**,I-IV, Mektebetu'l-Asniyye, Beyrut 1995.
- İBN KAYYİM, el-Cevziyye, Ebu Abdillâh Muhammed bin Ebi Bekr, **Bedaiu'l-Fevaid**, Daru'l-Kütübi'l Arabi, Beyrut (t.y.).
- İBN KAYYİM, el-Cevziyye, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ebi Bekr, **Tuhfetu 1-Mevdud bi Ahkami'1-Mevlud**, Beyrut 1983.
- İBN KESİR, İmadüddin Ebi'l-Fida, **Tefsiru'1-Kur'ani'1-Azim**, c. I-IV, Daru İhyâ i-1-Kütübi'l Arabiyye.

- İBN KUDAME, Şemsüddin Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Ebî Omer Muhammed b. Ahmed, **el-Muğnî ve's-Şerhi'l-Kebîr alâ Metni'l-Muknî**, I-XII, Daru'l-Fikr, Beyrut 1992.
- İBN MANZUR, Ebu'l-Fadl Cemalüddin Muhammed. **Lisanu'l-A'rab**, C. I-XV, Beyrut (t.y.)
- İBN NÜCEYM, Zeynüddin, **el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik**, I-VIII, Daru'l-Ma'rife, Beyrut 1993.
- İBN RÜŞD, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed. **Bidayetü'l Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid**, C. I-II, nşr. Kahraman Yayınları, İstanbul 1985.
- İBNU L-HÜMAM, Kemal. **Fethu'l-Kâdir**, I-X, Mısır 1970.
- İNAN, Dr. Ali Naim. **Çocuk Hukuku**, A.Ü.E.F.Y., İstanbul 1968.
- İslâm Ansiklopedisi, **Nikah ve Velâyet**.
- İSFEHÂNÎ, er-Râğıb, **Müfredâtu Elfâzi'l-Kur'ân**, Daru'l-Kalem, Dimaşk 1992.
- İSMAIL, Muhammed İ'madüddin. **el-Etfalü Mir'atü'l-Müctema**, Kuveyt 1986.
- KADRİ PAŞA, Muhammed. **el-Ahkamu's-Şer'iyye Fi'l-Ahvali's-Şahsiyye**, (çev. Ahmet Akgündüz), Diyarbakır 1986.
- KAĞITÇIBAŞI, Çiğdem, **İnsan Aile Kültür**, Remzi Kitabevi, İstanbul 1990.
- KANAT, Halil Fikret. **Ailede Çocuk Terbiyesi**, İstanbul 1969.
- KARAMAN, Hayreddin, **Fıkıh Usulü**, İrfan Yayınevi, İstanbul 1970.
- , **İslâmın Işığında Günün Meseleleri**, I-III, Nesil Yayınları, İstanbul 1988.
- , **Mukayeseli İslâm Hukuku**. İrfan Matbaası, İstanbul 1978.
- el-KASANÎ, Alaüddin Ebu Bekr b. Mes'ud. **Bedayiu's-Sanayi' fi Tertibi's-Şerayi'**, c. I-VII, Beyrut 1974.
- KAZICI, Ziya. **Osmanlılarda İhtisab Müessesesi**, İstanbul 1987.
- KÖKSAL, M. Asım. **İslâm Tarihi**, C. I-XIII, İstanbul 1969.

- KÖNİ, Ekrem. **Hakk-ı Velâyet ve Hakimin Müdahalesi**, İstanbul Barosu Mecmuası, Sayı 11, İstanbul 1946, s.18.
- LAHBABİ, Muhammed Aziz, **İslâm Şahsiyetçiliği** (çvr. İsmail Hakkı Akın), Yağmur Yayınevi, İstanbul 1972.
- el-MAVERDİ, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammedb. Habîb, **el-Ahkamu's-Sultaniyye el-Vilâyâtu'd-Dîniyye**, Daru'l-Kütübi'l-Arabî, Beyrut 1990.
- , **el-Hâvî'l-Kebîr**, mukaddime + I-XVIII, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.
- MECELLE. **Mecelle-i Ahkam-ı Adliye**, İstanbul 1297.
- MEDKUR, Muhammed Sellam. **el Medhal li'l- Fıkhi'l- İslâmi**, Kahire 1966.
- MELTON, Gay B. and B. L. Wilcof. **Changes in Family Law and Family Life**, Bibl. 44:1213-16, s. 89. Usa. American Psychologist. Vol.
- el-MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, **el-İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtar**, I-V (tek mücellid), by, ty.
- el-Mevsûâtu'l-Fıkhiyye**, Kuveyt 1983.
- el-MEYDANİ, Abdurrahman Hasen Habenneke. **el-A'kidetu'l-İslâmiyye ve Usûsüha**, Beyrut 1988.
- MOORE, C.M. **Family Life Education**, Bibl. Fam. Relat., 38:3-7, Ja 89, Usa.
- MUHAMMED Arif, Mustafa Fehmi, **el-Hudud Beyne's-Şeriatî ve'l-Kanun ve'l-Kıyas ve'd-diyat**, Mektebetu n-Nur, Trablus 1972.
- MÜSLİM, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. Haccac. **el-Camiu's-Sahih**. nşr. Çağrı Yayınları, İstanbul (t.y.)
- en-NEDVİ, Ebu'l-Hasen Ali el-Haseney. **es-Siratu'n-Nebeviyye**, Beyrut 1981.
- en-NEBHAN, Muhammed Faruk. **Nizamu'l-Hukmi fi'l-İslâm**, (çev. Servet Armağan, İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları), İstanbul 1980.

en-NESAİ Ebu Abdırrahman Ahmed b. Şuayb, , **Sünen** nşr. Çağrı Yay. İstanbul 1981.

OĞUZOĞLU, B. Cahit. **Velâyetin Medenî Hukuktaki Ehemmiyeti**, A.C., sayı XI, Ankar 1940.

ÖNER, Necati. **İnsan Hürriyeti**, İstanbul 1982.

ÖZDEN, Yekta Güngör, **Hukuk Rehberi**, Ankara 1970.

PAÇALIOĞLU, Fuat. **Boşanma Davası Neticesinde Velâyet Kendine Tevdid Edilen Ana ve Baba ile Çocukların Şahsi Münasebeti**, İ.B.M., sayı; XI, İstanbul 1946.

PAKALIN, Mehmet Zeki, **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü**, I-III, İstanbul 1993

er-RAZİ, Muhammed Fahrüddin b. Ziyâüddin Ömer, **Mefatihü'1-Gayb**, C. I-VIII, Matbaayı Amire, İstanbul,1307.

RIDA, Muhammed Cevad. **Eimmetü'1-Fikri't-Terbeviyyi'1-İslâmi**, Kuveyt 1989.

es-SABUNİ, Ali. **Safvetü't-Tefasir**, Beyrut (t.y.).

es-SAN'ANİ, Muhammed b. İsmail. **Sübülü's-Selam**, Beyrut (t.y.).

SAVA PAŞA, **İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd** (Çvr. Baha Arıkan) Yeni Matbaa, İstanbul 1955.

SCEWARZ, Andreas B.. **Aile Hukuku I**, İstanbul 1942.

es-SEKA, Safvet. **Müsnedü'1-İmam Ebi Hanife**, (b. y.) 1962.

es-SERAHSİ, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, **el-Mebsut**, C. I-XXX, nşr. Çağrı Yayınları İstanbul,1982.

es-SERAHSİ, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, **Usulü's-Serahsî**, C.I-II, nşr. Karaman Yayınları. İstanbul 1984.

es-SİBAİ, Mustafa. **Şerhu Kanuni'1-Ahvali's-Şahsiyye**, Dimaşk 1385.

SÜVEYD, Muhammed Nur. **Menhecu't-Terbiyeti'n-Nebeviyyeti li't-Tıfl**, Kuveyt 1988.

ŞABAN, Zekiyyuddin. **el-Ahkam eş-Şer'iyye lil-Ahkami'ş-şahsiyye**, Bingazi 1993.

-----, **Usülü'1-Fıkhı'1-İslâmi**, Müessesese Aliyyi's-Sabah, Kuveyt,1988.

ŞAFAK, Ali, **Hukuk Terimleri Sözlüğü**, Rehber Yayıncılık, Ankara 1992.

eş-ŞÂFİÎ, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdrîs, **el-Ümm**, I-VIII, Beyrut ty.

ŞAKİR, Mahmud. **et-Tarihu'1-İslâmi**, C. I-IX, Beyrut 1985.

ŞELEBÎ Muhammed Mustafa. **Ahkamu'1 - Usrati fi'1 - İslam**, Beyrut 1977.

ŞENER, Mehmet, **İslâm Hukukunda Velâyet I**, İ.F.D., sayı II, İzmir 1985.

ŞENER, Mehmet, **İslâm Hukukunda Velâyet II**, İ.F.D., sayı III, İzmir 1986.

eş-ŞEVKANÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed, **Fethu'1-Kâdîr, el-Cami' beyne Fenni'r-Rivaye ve'd-Diraye min i'lmi't-Tefsir**, C. I-V, Daru İhyai't-Turasi'1-A'rabi. Beyrut (t.y.)

-----, **Neylu'1-Evtâr**, I-VIII, Daru'l-Hadîs, Kahire 1993.

ŞİLBÎ, Muhammed Şitivi. **Nazariyyetü'1-Velaye I'nde's-Selef**, Mecelletü'ş-Şeria, Sayı VII, Kuveyt 1987

TAHA, Uzeyh. **Ez-Zevac Beyne'1-Mesihyye ve'1-İslâm**, Mecelletu'ş-Şeria, Sayı: VIII, Kuveyt 1987.

TANDOĞAN, Haluk. **Velâyetten Doğan Kanun İhtilafları**, A.İ.F.D., c. III, Ankara 1946.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**. Fakülteler Matbaası İstanbul 1971.

et-TİRMİZİ, Ebu İsa Muhammed b. İsa, **es-Sünen**, C. I-V, nşr. Çağrı Yayınlan, İstanbul 1981.

THL, **Türk Hukuk Lugatı**.

TMK, Türk Medenî Kanunu.

Türk Medenî Hukuku Umumi Esasları, Sermet Matbaası, İstanbul 1968.

UDEH, Abdülkâdir. et-Teşriü'l-Cinaiyyü'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kanuni'l-Vad'i, (çev. Ruhi Özcan, Ali Şafak, Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşeri Hukuk, I-IV, Rehber Yayıncılık, Ankara 1990.

UMAN, Osman Nuri. Boşanma Halinde Çocuklar Üzerindeki Velâyet Hakkı, AC., Sayı IV, Ankara 1943.

el-ÜSRÛŞENÎ, Muhammed. Ahkamu's-Sığar, (çev. İbrahim Canan), Cihan Yayınları, İstanbul 1984.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Aile Hukuku, İstanbul 1965.

YAVUZ A. Fikri, Kur'an-ı Kerim ve Meal'i Alisi, Sönmez Neşriyat, İstanbul (t.y.)

YENER, Samira. I. Aile Şurası Bildirileri, Ankara 1990.

Yeni Hukuk Lugatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Site Yayınları, İstanbul 1964.

ez-ZEBÎDÎ, Muhammed Murtaza el-Huseynî el- Vâsıtî, Tâcu'l-A'rûs min Cevâhiri'l-Kâmûs, I-XX, Daru'l-Fikr, Beyrut 1994.

ez-ZERKA, M. Ahmed, E1-Fıkhu'l-İslâmi Fi Sevbihî 1-Cedid, I-II, Dimaşk 1964.

ez-ZÛHAYLÎ, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhû, I-VIII, Daru'l-Fikr, Dimaşk 1989.

İNDEKS

A

Acziyet:6, 28, 67.
Adalet: 6.
Ahmed b. Hanbel: 32.
Aile: 22.
Aile egemenliği: 24.
Aile hukuku: 4, 22, 23.
Aile kurumu: 3, 23.
Akıl: 3, 65, 67.
Akıl güvenliği: 3, 65.
Akile: 56.
Aklın korunması: 3, 65.
Amme hukuku: 3, 22.
Asabe: 33.
Ateh: 29, 37, 41.
Ayn farz:64

B

Babil hukuku: 23.
Baliğ: 54.
Baliğa: 54.
Beccaria: 24.
Brian L. Wilcox: 98.
Büluğ: 54.

C

Can: 65.
Can güvenliği: 3, 65.
Cenin: 59.
Cenin devresi: 60, 70.
Cessas: 73.
Code civil: 24.
Costantinus: 42.
Cünûn:13, 29, 37, 41, 67.
Cünûn-ı mutbık: 46, 47.
Cünûn-ı gayrı mutbık: 46, 47.
Cürcânî: 9.

D

Das burgerliche: 24.
Din ayrılığı: 12, 29.
Din birliği: 34, 35.
Din sınıfı: 75, 76.
Diyet: 55, 56.
Domesticus judex: 24.

E

Ebu Bekir el-Esam: 15, 41, 92.
Ebu Sevr: 69.
Eda ehliyeti: 44, 52.
Ehliyer: 10, 65.
Elterliche Gewalt:24.
Emfru'l-müminîn: 13.

Evlatlık: 57.
Evlat edinme: 67, 69.
F
Farz- ayn: 17.
Farz-ı kifaye: 17.
Fransız ihtilali: 4, 5.
Fetva mecmuaları: 96.

G

Gary B. Melton: 98.
Guardianship: 5.
Gurre: 55.

H

Hacr: 44.
Hak: 26.
Hâdime: 70, 71, 72.
Hassaf: 73.
Hezl: 30.
Hidâne: 68, 69, 70, 71, 72, 73.
Hidâne vecibesi: 73, 76.
Hızbullah:13.
Hızbu'ş-Şeytan:13.
Hidaye: 89.
Himâye: 25.
Hukuk: 21.
Hukukî düzen: 6.
Hukuk normu: 5, 6.
Hukukî temsil.: 10, 11, 13.
Hukukî temsilci: 9, 10, 11, 13.
Hukukî temsil yetkisi:10.
Hukukî velâyet:10.
Hukukullah: 3, 55.
Huku-ı ibad: 3.
Hususî hukuk: 3, 22.

I

Isparta: 19, 92, 93.

İ

İbn abidin: 9, 12, 28, 41.
İbn Ebi Leyla: 69.
İbn Hazm: 92.
İbn Kesir:12.
İbn Kudame:29, 92.
İbn Manzur: 7, 8.
İbn Nuceym: 9, 92.
İbn Rüşd: 83.
İbn Sikkît: 8.
İbn Şübrime: 41, 92.
İbn Teymiye:11.
İcbarî temsil: 15.
İcbarî velâyet:15. 82, 87.

İdari velâyet: 17.
İhtiyârî temsil: 15.
İhtiyari velâyet: 15, 17.
İğma: 13, 29.
İkrah: 30.
İktidar: 6, 28.
İktisabi velâyet: 14.
İmamet: 40.
İmamiye: 49.
İmam Malik: 46.
İmpubesminores: 41.
İnfantia: 42.
İsfehânî: 8.
İsna Aşeriye: 12.
İtikâdî velâyet: 11.

J

J.J. Rousseau: 24.

K

Kamil ehliyet.: 10, 14.
Kasır ehliyet: 10, 14.
Kasır velâyet: 14, 15.
Karabet: 77.
Kanunnameler: 90.
Katade: 22.
Kazai rüşd: 45.
Kazai velâyet: 18.
Kefil: 14.
Kenzu'd Dekaik: 89.
Kısıtlı: 10.
Kisâî: 8.
Kitaplar: 92.
Köle rejimi: 72.
Kuduri: 92.
Kusurlu davranış: 54.

L

Lex rei sitae: 58.
Likurg: 92, 97.

M

Magna charta libertatis: 92.
Magistratus: 24.
Mal: 58.
Mal güvenliği: 3, 65.
Mali velâyet: 60, 61.
Mâverdî: 11, 12, 18.
Mebî: 27.
Mecelle: 16, 33, 39.
Medenî hukuk: 3, 4.
Medine: 3, 4.
Medine deklarasyonu: 12.
Mevla: 8.
Mevlî aleyh.: 37.
Montesquieu: 24.

Muhtar: 89.
Munt: 24.
Muvalat: 62.
Müktesep arızalar: 34.
Mültekıt: 69.
Mürtedde: 71.
Mütevelli: 8.

N

Nafaka: 67, 70.
Nafaka rejimi: 67, 70.
Nafiz yetki: 9.
Nakıs ehliyet: 10, 14.
Neseb: 55, 64.
Nesebin sübutu: 3, 5, 55.
Nesil güvenliği: 3, 65.
Neslin korunması: 3, 65.

O

Osman el-Bettî: 15, 92.

P

Pater: 24, 42.
Pater familias: 24.
Patria potestas: 24, 42.
Pierre Tour: 30.
Puberes minores: 41.
Pubertati promixus: 32.
Puissance paternelle: 24.

R

Rada': 73.
Razi: 63.
Reşid: 10, 32, 45.
Rıkk: 29, 38.
Roma: 24, 41, 42, 92.
Rububiyet: 4, 43.
Rüşd: 45, 51, 63, 85.

S

Sabilik: 59, 60.
Sağır-i gayrı mümeyyiz: 59, 60.
Sağır-i mümeyyiz: 59, 60.
Sefeh: 13, 41.
Sokr: 13, 30.
Semavi arızalar: 33.
Semen: 27.
Serahsî: 41, 52, 55, 60.
Sığar: 13, 29, 37, 41, 67.
Sosyal vesayet: 92.
Sui generis: 17.

Ş

Şâfiî: 11, 32.
Şahs î velâyet: 14, 19.
Şer'i sicil defteri: 92.

Şevkânî: 17, 63.

Şia: 19.

T

Tam velâyet: 15.

Tasarruf: 25, 69

Tebenniyet: 25, 69.

Tehânevî: 61.

Temel değerler: 3.

Temyiz devresi: 48, 49.

Ü

Ünuset: 38, 67, 85.

V

Vali: 14.

Vasi: 14.

Vekil: 14.

Vela: 7, 8, 40, 41.

Velau'l- muvalat: 62.

Velâyet: 4, 5, 6, 7, 8.

Velâyet-i amme: 12, 13, 15, 16, 18, 26.

Velâyet-i hassa: 12, 13, 19, 26.

Velâyet-i hisbe: 18.

Velâyet-i icbâriye: 15.

Velâyet-i idâriye: 17.

Velâyet-i ihtiyariye: 15.

Velâyet-i istihbâb: 15, 93.

Velâyet-i iktisabiye: 14.

Velâyet-i kazâiye: 18.

Velâyet-i maliye: 15.

Velâyet-i mezalim: 17.

Velâyet-i müteaddiye: 15.

Velâyet-i nedb: 15.

Velâyet-i nefsiye: 15.

Velâyet-i şirket: 93.

Velâyet-i tamme: 10, 14

Velâyet-i zâtiye: 13.

Vefî: 7, 39.

Velînin tasarrufu: 38, 39.

Veliyy-i âmm: 19, 27, 28, 64.

Velfyyül emr: 35.

Veliyy-i hâss: 19, 27, 28.

Vesayet: 9, 40.

Vikaye: 92.

Vilâyet: 9.

Vücub ehliyeti: 44, 52.

W

Woltaire: 24.

Y

Yargı: 6.

Yasama: 6.

Yetki: 9.

Yürütme: 6.

Z

Zahiriyye: 69.

Zarurât-i diniyye: 74.

Zatî velâyet: 13.

Zebîdî: 8.

Zeccâc: 8.

Zeydiyye: 49.

Zeylei: 72.

Zühaylî: 8, 10.

ÖZET

"İslâm Aile Hukukunda Velâyet" adıyla yaptığımız bu tez çalışmasında, bu konudaki hukukî kural ve ilkeleri bir araya getirmeyi gaye edindik.

Genelde insan, özelde çocuğun himâyesini hukukî statüye kavuşturan VELÂYET SİSTEMİ, aile hukukunun önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

Velâyet kelimesi, bir hukuk kavramı olarak, aile hukukunun dışındaki genel mevzuları da kapsamına almaktadır.

İslâm hukukunun bu özelliğini gözönünde bulundurarak velâyetin aile hukukuna ait alanını belirlemek için "velâyetin şumulü" üzerine bir bahis açtık.

Çalışmamızı, çocuğun ve diğer kısıtlıların şahsiyetleri ve malları üzerindeki hukukî temsil olmak üzere iki konu üzerinde yoğunlaştırdık.

Velâyet altındakilerin aile içindeki himâye ve temsillerine ait kuralları ele alırken, yer yer, diğer hukuk sistemleriyle de karşılaştırmalar yaptık. İslâm Hukuku kaynaklarından orjinal metinler aldık.

Çalışmayı bir giriş ile üç bölüm halinde tasnif ettik:

a) Giriş: Çalışma hakkında genel bilgi,

b) I. Bölüm: Velâyet Kavramı,

c) II. Bölüm: İslâm aile hukukunda velâyet, velî, velîlerin dereceleri ve yetki sınırları, mal üzerindeki velâyet ve sınırları, şahıs üzerindeki velâyet ve sınırları,

d) III. Bölüm: İslâm ülkeleri ve diğer ülkelerde, aile hukukunda velâyet

ile ilgili çalışmalara, yer verildi.

Alan Kodu:2231101

SUMMARY

GUARDIANSHIP IN ISLAMIC FAMILY LAW

1- Dialogue of human beings is important in respect of human rights. The foundation that dialogue has started is the family.

2- Idea of protection of children, especially in family law, is accepted by all nations.

3- In this study, growing and preparing of the child in the family for the society, that is VELÂYET (Guardianship) was worked on. To whom the guardianship and authority in law in the family is argued on.

4- This study is presented with an introduction and three parts as the following:

a) Introduction: General knowledge about this study.

b) In Part I: VELÂYET (Guardianship) as a concept.

c) In Part II: Guardianship, guardian, degrees and limits of authority of guardians in the Islamic family law. Guardianship and its limits on good. Guardianship and its limits on person.

d) In Part III: New studies about guardianship in family law in Islamic countries and other countries.

Alan Kodu: 2231101