

İSLAM HUKUKUNDA EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUĞUN VELÂYETİ / HUKUKÎ TEMSİLİ

Ünal YERLİKAYA*

Legal Representation of Child Born Out of Wedlock in the Islamic Law

In the Islamic law, legal representative relationship between the child and the person representing the child is firstly depended on the existing of lineage relationship between of them. This state requires to be answered to these two questions directly related to each other: first question: According to the Islamic legal principles, by which way is the lineage relationship between the parties formed? Second question: In the case of not to be formed by means of lineage relationship, by which way is legal representative relationship formed? Therefore, in this study, after being presented how lineage relationship between the parties was formed, it will be determined the ways by which legal representation relationship between the parties was formed. In this way, it can be determined that who has legal representative aouthority of child born out of wedlock.

Key Words: Islamic Law, Child Born out of Wedlock, Lineage, Legal Representation.

GİRİŐ

İnsan davranıőlarını, belli bir emir, yasak veya izin/yetkinin konusu olacak biçimde (normatif düzeyde) konu edinen hukuk düzeni, söz konusu davranıő biçimlerinin, gerçekte ve hukukî sonuçlar açısından öngörülen hukukî şekle uygunluğunu bir takım şartların varlığına bağlamaktadır. Söz gelimi, medenî hakların kullanımı, bu hakları kullanacak kişinin fiil ehliyetine sahip olması koşuluna bağlanması sebebiyle çocuğun, malı ve şahsı üzerindeki tasarrufları, hukukî birer işlem vasfı taşımamakta ve hukukî sonuç doğurmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, fiil ehliyetine sahip olmayan çocuklar, malları ve şahısları üzerinde hukukî tasarrufta bulunmaya yetkili değildirler. Bu sebeple çocuğun şahsı ve malı üzerindeki işlemler, hukukî temsile ilişkin düzenlemeler çerçevesinde yetkilendirilen kimse tarafından yürütülmektedir.

* Arő. Gör., Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta.

Taraflar arasında oluşacak hukukî temsil ilişkisi, İslam hukukunda, öncelikle, çocuk ile hukukî temsilci arasındaki nesep/soybağı ilişkisine dayandırılmaktadır. Hukukî temsil-nesep ilişkisi açısından ele alındığında evlilik dışı çocukların hukukî temsiline ilişkin öncelikli sorun, onların neseplerinin tespit edilip edilemeyeceği ya da -eğer hukuken mümkünse- nasıl tespit edileceği sorunudur. Zira İslam hukuk normları açısından “evlilik dışı” nitelmesi, söz konusu çocuğun dünyaya gelmesine sebep olan cinsel ilişkinin niteliğine (gayr-i meşru/zina sayılıp sayılmamasına) bağlı olarak kimi durumlarda nesebin tespit edilebilirliğini kimi durumlarda da nesep ilişkisinin imkânsızlığını içermektedir. Bu sebeple çalışmamızın ilk kısmında, evlilik dışı nitelmesinin kapsamı ile evlilik dışı ilişki sonucu doğmuş çocukların nesebine ilişkin düzenlemeler tespit edilmeye çalışılmıştır. Diğer taraftan günümüz hukuk sistemlerindeki beşerî ilişki biçimlerine kıyasla, İslam hukukunda evlilik dışı cinsel ilişkiye meşrûluk vasfı kazandıran farklı bir ilişki (efendi-cariye ilişkisi) türünün varlığı da “evlilik dışı” nitelmesinin, gayr-i meşru sayılmamakla birlikte evlilik birliğine dayanmayan cinsel ilişki türlerini de kapsayacak biçimde kullanımını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla “evlilik dışı” ifadesi, sadece evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuk için değil; fakat onu da kapsayacak daha genel bir nitelmedir.

Çalışmamızın ikinci kısmında, evlilik dışı gayr-i meşru ilişki yoluyla dünyaya gelmiş olması sebebiyle herhangi bir biçimde nesep ilişkisine sahip olmayan çocukların hukukî temsilcisini belirleyebilmek için, öncelikle, hukukî temsil yetkisini kullanacak kişi için öngörülen şartlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Zira, hukukî temsil yetkisini kullanacak kişi için -örneğin- “erkek olma” şartının öngörülüp öngörülmemesi, söz konusu yetkinin anne tarafından kullanılıp kullanılmayacağını belirlemektedir. Bu kısımda ayrıca, taraflar arasında hukukî temsil ilişkisinin kurulmasına olanak tanıyan ilişki biçimlerinin neler olduğu ve bunların hangi sıralama esas alınarak düzenlemenin konusu edildiği tespit edilmeye çalışılmıştır. Böylelikle, nesep ilişkisi yoluyla kurulamaması durumunda hukukî temsil ilişkisinin, hangi ilişki biçimine dayandırılacağı ve bu ilişki çerçevesinde temsil yetkisinin kime ait olacağı tespit edilmiş olacaktır.

A. EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUK

1. Evli Kadının Dünyaya Getirdiği Evlilik Dışı Çocuk

Evli kadının dünyaya getirdiği çocuğun *evlilik dışı* olduğunun hukuken tespiti; ya doğan çocuğun, -hamileliğin en kısa¹ ve en uzun² süresi dikkate

¹ İslam hukukunda hamilelik süresinin en alt sınırı, altı ay olarak öngörülmüştür. Bkz. es-Serahsi, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed (ö. 483/1090), *Kitâbu'l-Mebsût*, I-XXX, Çağrı Yayınları, İstanbul 1983, XVII, 156; İbn Rüşd,

alındığında- evlilik birliğine bağlanamaması ya kocanın, *doğan çocuğun kendisinden olmadığı* iddiasına karşılık eşinin aksi iddiada bulunmasına bağlı olarak *liân* uygulamasına gidilmesi ya da doğuma sebep olan cinsel ilişkinin şüpheye⁵ bağlanması ile mümkündür. Sözü edilen durumlardan ilkinde göre, evlilik akdinin kuruluşu⁴ ya da fiilen cinsel ilişki imkânının bulunuşu⁵ başlangıç kabul edilmek üzere, hamileliğin en kısa süresi olan altı ay henüz tamamlanmadan dünyaya gelen çocuğun evlilik birliğine bağlanması hukuken mümkün değildir. Zira ceninin ana rahmine düşmesi ile doğum arasında geçmesi gereken en kısa süre, altı ay olarak öngörülmüştür. Yine benzer biçimde, kocanın ölmesi ya da eşlerin boşanması durumunda hamilelik için öngörülen en uzun sürenin dolmasından sonra dünyaya gelen çocuğun da evlilik birliğine bağlanması hukuken mümkün değildir. Ancak her iki durumda da, söz konusu çocuğun evlilik birliğine bağlanamaması, bu çocuğun gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya geldiği ve dolayısıyla nesep ilişkisine sahip olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira evlilik dışı doğmuş olduğu tespit edilen çocuk, ya gayr-i meşru cinsel ilişki yoluyla ya da meydana geliş/fiilin tipi ve hukuki sonuçları –özellikle nesep ilişkisi- itibariyle gayr-i meşru cinsel ilişki olarak değerlendirilmeyen evlilik dışı cinsel ilişki (şüpheye dayalı cinsel ilişki) yoluyla dünyaya gelmiş olması muhtemeldir ki bu da hukuken tespit edilebilen bir durumdur.

Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed (ö.595/1199), *Bidâyetü'l-Muctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-IV, Tahkik: Mâcid el-Hamevî, Dâr-u İbn Hazm, Beyrut 1995, III, 1144; en-Nevevî, Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref Ebî Zekeriyâ (ö.676/1277), *Ravdatu't-Tâlibîn ve Umdetu'l-Muftîn*, I-X, Dârü'l-Fikr, Beyrut 1995, VII, 351; ez-Zeylaî, Fahreddin Osman b. Ali (ö. 743/1343), *Tebyinü'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, I-VII, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 2000, III, 274; el-Buhûtî, Mansûr b. Yunus b. İdris (ö.1051/1641), *Keşşâfu'l-Kinâ'an Metni'l-İknâ'*, I-VI, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1983, V, 405; el-Harâşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Ali (ö.1101/1689), *Şerhu Muhtasari Sîdi Halil*, I-VIII, (Ali el-Adevî'nin haşiyesi ile), Dâr-u Sâdır, Beyrut, ty, IV, 126.

² Hamilelik için öngörülen en uzun süre, Hanefilere göre iki yıl; Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelilere göre ise dört yıldır. Bkz. ez-Zeylaî, III, 288; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dımaşkî (ö.1252/1836), *Hâşiyetu Reddî'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr*, I-VIII, Şerike Mektebe ve Matbaa Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire 1966, III, 540; İbn Rüşd, III, 1143; en-Nevevî, VII, 353; el-Buhûtî, V, 407.

³ Evlilik birliğine dayanmayan ancak gayr-i meşru/zina sayılmayan cinsel ilişki açısından “şüphe”, İslam hukukunda üç farklı şekilde değerlendirilmektedir: Mülk şüphesi, akit şüphesi ve fiil şüphesi. *Mülk şüphesi*, kişinin, kendisiyle cinsel ilişkiye girmesi hukuken uygun olmayan bir kadınla, hukuken uygun olduğu düşüncesiyle cinsel ilişkiye girmesidir. Söz gelimi, eşini bâin talakla boşayan kocanın, iddet bekleyen eşiyile cinsel ilişkiye girmesi ve söz konusu ilişkinin de –ric'î talakla kıyasla- hukuken uygun olduğunu düşünmesidir. Ancak bâin talakla eşini boşayan kimsenin iddet bekleyen kadınla cinsel ilişkiye girmesi hukuka aykırıdır. *Akit şüphesi*, kişinin, kendisiyle cinsel ilişkiye girmesine imkan tanıyacak bir akit yapması hukuka aykırı olan bir kadınla akit yapması ve bu akit sonucu cinsel ilişkiye girmesidir. Söz gelimi, süt kardeşle evlilik akdi yapmanın yasaklığını bilmeyen bir kimsenin süt kardeşiyile evlenerek onunla cinsel ilişkiye girmesidir. *Fiil şüphesi* ise, kişinin, eşi olduğunu düşünerek kendisiyle cinsel ilişkiye girmesi hukuka aykırı olan bir kadınla cinsel ilişkiye girmesi ve daha sonra bu kadının eşi olmadığını fark etmesidir. Bkz. Abdülhamid, Muhyiddîn, *el-Ahvâlu's-Sahsiyye fi's-Şerati'l-İslâmiyye*, Mektebetu's-Saâde, Mısır 1958, 375.

⁴ Hanefilere göre, hamileliğin en alt sınırı olarak öngörülen altı aylık süre, evlilik akdinin kurulmasıyla başlar. Bkz. es-Serahsî, XVII, 156; ez-Zeylaî, III, 274; İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrahim b. Muhammed (ö.970/1562), *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, I-IX, Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1997, IV, 262.

⁵ Cumhura göre, hamileliğin en alt sınırı olarak öngörülen altı aylık süre, evlilik akdi taraflarının cinsel ilişkiye imkan bulmalarıyla başlar. Bkz. İbn Rüşd, III, 1144; en-Nevevî, VII, 351; el-Buhûtî, V, 405; el-Harâşî, IV, 126.

İkinci duruma göre, evli kadının dünyaya getirdiği çocuğun -hamilelik süresinin en alt ve en üst sınırı dikkate alındığında evlilik birliğine bağlanabilecek bir zaman diliminde doğmasına rağmen- *evlilik dışı* olarak nitelendirilebilmesi ancak liân yoluyla mümkündür.⁶ İslam hukuk terminolojisinde liân; *kocanın, eşinin zina ettiği ya da doğan/doğacak çocuğun gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu olduğu iddiasında bulunması ve bunu yeminle teyit etmesine karşılık kadının da, iddiaya konu olan suçlama açısından masum olduğunu ifade ederek yemin etmesidir.*⁷ Nesep ilişkisi yönüyle çocuk ile baba arasındaki bağı sona erdiren söz konusu uygulamanın, öngörülen hukukî sonuçları doğurabilmesi, bir takım şartların varlığına bağlanmıştır.

Bu şartlardan ilki, eşinin dünyaya getirdiği çocuğun kendisinden olmayıp evlilik dışı olduğu iddiası ile hâkime başvuran kocaya karşılık kadının da aksi iddiada bulunma ve kocasını yalanlama zorunluluğudur.⁸ Aksi halde, yani kadının, çocuğun evlilik dışı gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya geldiğini kabul/itiraf etmesi durumunda çocuğun nesebi, kadının kocasına bağlanmıştır.⁹ Zira evli olan eşler arasında liân söz konusu olmadıkça, çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinin kesilmesi hukuken mümkün değildir.¹⁰ Dolayısıyla, her ne kadar eşlerin birbirlerini doğrular nitelikteki beyanlarına bağlı olarak, çocuğun, evlilik dışı dünyaya gelmiş olduğu düşünülse de, bu çocuk hukuken, evlilik birliği içinde doğmuş çocuklara ilişkin hükme tabi olarak, nesep yönünden kadının kocasına bağlanmaktadır. Sözü edilen genel yaklaşıma karşılık İmam Şâfiî, liân uygulamasının sadece kocanın yeminle desteklediği iddiası ile işlerlik kazanacağı ve öngörülen hukukî sonuçları doğurabileceği görüşündedir. Zira ona göre, eşlerden kocanın liân'ı, çocuğun evlilik dışı olduğunun ve dolayısıyla baba ile nesep ilişkisinin sonlandırılma imkanının tespiti açısından; kadının ise, kocasının iddiası sonucu kendisi aleyhine sabit olan hadd cezasından kurtulma açısından hukukî bir işlevsellik kazanmaktadır.¹¹ Eşlerin, çocuğun evlilik birliği sonucu dünyaya gelmediği ve dolayısıyla babası yönünden nesebinin sabit olmadığı yönündeki birbiriyle örtüşen beyanlarına rağmen, bu çocuğun nesebine ilişkin düzenlemenin,

⁶ el-Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertibi's-Serâi'*, I-X, Tahkik ve Ta'lik: A. M. Muavvid ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, VIII, 467.

⁷ el-Kâsânî, V, 25 (1 no'lu dipnot); ez-Zeylaî, III, 222; İbn Nuceym, IV, 188-189; eş-Şirbinî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (ö. 977/1570), *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Maâni Elfâzi'l-Minhâc*, I-VI, Tahkik ve Ta'lik: A. M. Muavvid ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, V, 52; el-Buhûti, V, 390; İbn Âbidîn, III, 482.

⁸ el-Kâsânî, V, 37; el-Harâşî, IV, 126.

⁹ el-Kâsânî, VIII, 466; el-Merdâvî, Alâüddîn Ebi'l-Hasan Ali b. Süleyman (ö. 885/1480), *el-İnsâf fi Ma'rifeti'r-Râcih Mine'l-Hilâf alâ Mezhebi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel*, I-XII, Dâr-u l-hyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1957, IX, 248.

¹⁰ es-Serahsî, XVII, 155; el-Kâsânî, VIII, 467; el-Harâşî, IV, 126.

¹¹ eş-Şâfiî, Muhammed b. İdris (ö. 204/820), *Mevsûatu'l-İmâmi's-Şâfiî el-Kitâbu'l-Umm*, I-XV, Tevsik ve Tahrîc: A. Bedruddîn Hassûn, Dâr-u Kuteybe, Beyrut 1996, XI, 521; İbn Kudâme, Muvaffâkuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed el-Makdisî (ö. 620/1223), *el-Muğni ve's-Serhu'l-Kebîr alâ Metni'l-Mukni'*, I-XIV, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1984, IX, 38.

evlilik birliği içinde doğduğu sabit olan çocuğa ilişkin düzenlemeyle aynı olması, “Çocuk, firaş sahibinin (kadının nikahlı kocasının veya kadınla cinsel ilişkiye girmesinde hukuken bir engel olmayan erkeğin) dir. Zina eden erkeğe ise mahrumiyet (çocuk ile kendisi arasında nesep bağı kurulmasının hukuken imkansızlığı) vardır”¹² kuralının sonucudur.

Sözü edilen husus dışında, dünyaya gelen çocuğun *evlilik dışı olduğu* iddiasının, liân uygulaması çerçevesinde yargı konusu edilebilmesi ve hukukî sonuç doğurabilmesi, bu iddianın, -daha önce doğrudan ya da dolaylı biçimde nesepin ikrar edilmemiş olması koşuluyla¹³- öngörülen hukukî şekle uygun bir süre içerisinde¹⁴ yapılmış olması şartına bağlıdır. Aksi durumda çocuk ile baba arasında nesep ilişkisinin sonlandırılması hukuken mümkün değildir. Bundan başka çocuğun evlilik dışı olduğu iddiasının yargı konusu edilebilmesi, daha önceden herhangi hukukî bir yolla bu çocuğun baba ile nesep ilişkisinin hukuken varlığına hükmedilmemiş olmasına bağlıdır. Şöyle ki, bir kimse eşinin dünyaya getirdiği çocuğun kendisinden olmadığını iddia etse fakat bu iddiasını yargıya taşımadan önce üçüncü bir şahıs, dünyaya getirdiği çocuk sebebiyle anneye karşı kazf suçu işlese ve hâkim de üçüncü şahıs aleyhine kazf suçuna öngörülen hadd cezasına hükmetse, bu hükümle annenin kazf'e konu olan suçu işlememiş olmasıyla birlikte, çocuğun da evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş olduğu tespit edilmiş olmaktadır.¹⁵

Geçen paragraflarda evlilik dışı doğan çocuğun, gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu olabileceği gibi şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu da dünyaya gelmiş olabileceğini belirtmiştik. Evli kadının, şüpheye bağlı cinsel ilişki + sonucu dünyaya getirdiği çocuğun nesep ilişkisinin kiminle¹⁶ (kadının ko-

¹² el-Buhârî, el-İmâm Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (ö. 256/870), *el-Câmiu's-Sahih*, I-III, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Ahkâm 29, VIII, 116 ve Hudûd 23, VIII, 22; Muslim, el-İmâm Ebu'l-Huseyn b. el-Haccâc (ö. 261/875), *el-Câmiu's-Sahih*, I-VIII, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Radâ 10, II, 1070; İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni (ö. 273/887), *es-Sunen*, I-II, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Nikah 59, I, 647; et-Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa b. Serve (ö. 279/892), *es-Sunen*, I-V, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Radâ 8, III, 463; en-Nesâî, Ebû Abdîrrahman Ahmed b. Ali b. Şuayb (ö. 303/915), *es-Sunen*, I-VIII, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Talak 48, VI, 180.

¹³ el-Kâsânî, V, 56; en-Nevevî, VII, 354; el-Merdâvî, IX, 255; İbn Nuceym, IV, 198; İbn Âbidîn, III, 489.

¹⁴ Söz konusu iddianın yargı konusu edilebilmesi, bu iddianın, Ebû Hanife'ye göre, doğum anında ya da doğumu takip eden birkaç gün içerisinde (bkz. el-Kâsânî, V, 55; İbn Nuceym, IV, 198; İbn Âbidîn, III, 489.); İmam Muhammed ve Ebû Yusuf'a göre, nifas müddeti için öngörülen en uzun zaman dilimi içerisinde -ki bu zaman dilimi kırk gündür- (bkz. el-Kâsânî, V, 55.); İmam Şâfi'ye göre ise, gecikmeyi haklı gösterecek hukukî bir gerekçe olmadığı sürece doğum sonrası vakit geçirmeksizin yapılmış olması gerekmektedir (bkz. en-Nevevî, VII, 354)

¹⁵ el-Kâsânî, V, 59; İbn Nuceym, IV, 198; İbn Âbidîn, III, 489.

¹⁶ Ebu Hanife'ye göre, kocanın, eşine gayr-i meşru cinsel ilişki isnat etmeksizin, onun dünyaya getireceği çocuğun kendisinden olmadığını iddia etmesi, çocuk ile kendisi/koca arasında nesep ilişkisini sona erdirecek nitelikte hukukî bir gerekçe olamaz. Dolayısıyla çocuk, hukuken, evlilik birliği içinde doğmuş çocuğa benzer biçimde, kadının kocasına nispet edilir. Zira kocanın, eşinin dünyaya getirdiği çocuğun zorlama/ikrah ya da şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu olduğunu ifade etmesiyle, evlilik birliği içinde doğan çocuğun nesepinin reddi için öngörülen tek hukukî işlem olan liân'ın uygulanabilme şartları -zina isnadının olmaması sebebiyle- gerçekleşmemektedir (bkz. el-Kâsânî, V, 34; İbn Kudâme, IX, 52.). Sözü edilen cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun nesepi hakkında Şâfiilerin görüşü, nesepin reddi için -efendinin, câriyesinin dünyaya getirdiği çocuğun nesepini kendisinden reddinde olduğu gibi- liân

casıyla mı yoksa şüpheye dayalı cinsel ilişkinin tarafı olan erkekle mi?) ve nasıl kurulacağı konusunda klasik İslam hukuk doktrininde farklı yaklaşımlar ortaya konmuştur. Söz konusu yaklaşım farklılıkları çerçevesinde, nesep ilişkisinin kuruluş biçimine bağlı olarak çocuk, ya kadının kocası ya da şüpheye dayalı cinsel ilişkinin tarafı olan erkek tarafından temsil edilmektedir.

Özetle ifade etmek gerekirse; evli kadının evlilik dışı dünyaya getirdiği çocuğun ya gayr-i meşru cinsel ilişki/zina sonucu ya da şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu dünyaya gelmiş olması söz konusudur. Evlilik dışı fakat şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun, evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş çocuğun nesebine ilişkin düzenlemeye tâbi olarak hukuken geçerli bir nesep ilişkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla nesep-hukukî temsil ilişkisi açısından bakıldığında, evlilik dışı dünyaya gelen çocuğu temsil yetkisinin kime ait olacağına tespitinde en temel hukukî ölçüt, çocuğun varlığına sebep olan cinsel ilişkinin gayr-i meşru cinsel ilişki/zina kapsamına girip girmemesidir.

2. Evli Olmayan Kadının Dünyaya Getirdiği Çocuk

Evli olmayan kadının dünyaya getirdiği çocuk bakımdan *evlilik dışı* nitelenmesi, bir taraftan gayr-i meşru cinsel ilişki/zina sonucu dünyaya gelmiş çocuğa; diğer taraftan da şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu dünyaya gelmiş çocuğa ilişkin bir nitelermeyi içermektedir. Bu içerik farkına bağlı olarak evli olmayan kadının evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocukla ilişkinin tarafı olan erkek arasında -nesebin tespiti konusundaki genel ilke gereği¹⁷- nesep ilişkisinin kurulamayacağına; çocuğun, şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucunda dünyaya gelmesi durumunda ise, taraflar arasında söz konusu ilişkinin kurulacağına hükmedilmektedir. Bu, gayr-i meşru cinsel ilişkiye dayandırılmadığı sürece çocuğun neseb hakkının ve bu hakka bağlı diğer haklarının ihlal edilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemedir.

uygulanmasına gidilmeksizin sadece kocanın “çocuğun kendisinden olmadığı” şeklindeki iddiası dikkate alınarak çocuk ile koca arasındaki nesep ilişkisinin sonlandırılabilmesi ve çocuğun nesebinin tespiti, nesep tespitinde uzman bir kişiye bırakılabileceği şeklindedir (bkz. el-Mâverdi, Ebi'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî (ö.450/1058), *el-Hâvi'l-Kebîr*, I-XL, Tahkik ve Ta'lik: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1999, XVII, 386; İbn Kudâme, IX, 52). Hanbelî hukukçulardan da şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun nesebi hakkında, ilki, söz konusu şekliyle iddianın, liânın uygulanma şartlarını sağlamadığı ve dolayısıyla nesebin reddinin hukuken mümkün olmadığı (bkz. İbn Kudâme, IX, 53.); ikincisi ise, böyle bir durumda nesebin reddi için liâna gerek kalmaksızın, sadece kocanın iddiası ile çocuğun nesebinin şüpheye dayalı cinsel ilişkinin tarafı olan erkeğe bağlanabileceği şeklinde olmak üzere iki farklı görüş nakledilmektedir. Ancak dünyaya gelen çocukla şüpheye dayalı cinsel ilişkinin tarafı olan erkek arasında nesep ilişkisinin kurulabilmesi, bu çocuğun, hukuken, şüpheye dayalı cinsel ilişkinin sonucuna bağlanabilme imkanının olması ve cinsel ilişkinin tarafı olan erkeğin, var olduğu iddia edilen cinsel ilişkiyi reddetmemesi gerekmektedir. Aksi durumda çocuğun nesebi, evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş çocuğa benzer biçimde, kadının kocasına bağlanmaktadır (el-Buhûfî, V, 408.).

¹⁷“Çocuk, firaş sahibinin (kadının nikahlı kocasının veya kadınla cinsel ilişkiye girmesinde hukuken bir engel olmayan erkeğin) dir. Zina eden erkeğe ise mahrumiyet (çocuk ile kendisi arasında nesep bağı kurulmasının hukuken imkansızlığı) vardır.”

Hanefî hukukçular, evlilik dışı fakat şüpheyeye dayalı cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun nesebinin hukuken geçerli olacağı hükmünü, “şüphe, ihtiyata mebni konularda hakikat gibi amel eder. neseb de ihtiyata mebni konulardandır”¹⁸ genel kuralından elde etmektedirler. Buna göre, nikah akdinin var olduğu şüphesine bağlı cinsel ilişkinin doğuracağı hukukî sonuçlar, hukuken geçerli bir nikah akdine dayalı cinsel ilişkinin doğuracağı hukukî sonuçlarla benzer olacaktır. Söz gelimi, hukuken geçerli bir evlilik akdine mehir, iddet ve neseb konusunda ne tür hukukî sonuçlar bağlanabiliyorsa, şüphe sonucu girilen cinsel ilişkiye de benzer sonuçlar bağlanabilmektedir. Dolayısıyla evlilik akdine bağlı cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun nesebi gibi, şüpheyeye dayalı cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun nesebi de hukuken geçerli olur. Diğer taraftan hukuken geçerli olduğu tespit edildikten sonra neseb ilişkisi sadece liân yoluyla sonlandırılabilir; ancak sözü edilen durumda liân uygulamasının mümkün olmaması sebebiyle neseb ilişkisi her durumda çocuk ile cinsel ilişkinin tarafı olan erkek arasında kurulmaktadır.¹⁹ Zira liân, sadece evli çiftler arasında söz konusu olan bir uygulama biçimidir. Ahmed b. Hanbel’e atfedilen ve Hanbelî mezhebinde esas alınan görüş de dünyaya gelen çocuğun nesebinin kadınla cinsel ilişkiye giren erkeğe bağlanacağı yönündedir. Zira Ahmed b. Hanbel’e göre, şüphe sebebiyle hadd cezasının düşürüldüğü cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuk, neseb ilişkisi itibarıyla, kendisinden gayr-i meşru cinsel ilişki/zina için öngörülen hadd cezasının düşürüldüğü erkeğe bağlanır.²⁰

Kısaca ifade etmek gerekirse; evli olmayan kadının dünyaya getirdiği çocuk, ya gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu ya da şüpheyeye dayalı cinsel ilişki sonucudur. Cinsel ilişkinin tipi-nesep-hukukî temsil ilişkisi açısından bakıldığında, -gayr-i meşru cinsel ilişkiye dayandırılmaması kaydıyla- dünyaya gelen çocuğun hukuken geçerli bir neseb ilişkisine sahip olduğu ve dolayısıyla hukukî temsil açısından, evlilik birliği içinde doğmuş çocuğa ilişkin hükümlere tabi olduğu anlaşılmaktadır.

3. Köle Kadının/Câriyenin Efendisinden Dünyaya Getirdiği Çocuk

İslam hukukunda, çocukla arasında hukuken geçerli bir neseb/soybağı ilişkisi kurulacak kişinin tespitine ilişkin düzenlemelerde, öncelikle, “Çocuk, firaş/yatak sahibinin (kadının nikahlı kocasının veya kadınla cinsel ilişkiye girmesinde hukuken bir engel olmayan erkeğin) dir. Zina eden erkeğe ise mahrumiyet (çocuk ile kendisi arasında neseb bağı kurulmasının hukuken imkansızlığı) vardır” kuralı esas alınmaktadır. Cinsel olarak kadından fayda-

¹⁸ es-Serahsî, XVII, 99-100; el-Kâsânî, VIII, 466.

¹⁹ es-Serahsî, XVII, 99-100.

²⁰ İbn Kudâme, IX, 58.

lanma hakkı ise, erkekle kadın arasında ya evlilik akdinin ya da mülkiyet ilişkisinin (milk-i yemîn) varlığına dayandırılmaktadır.

Aralarında mülkiyet ilişkisi bulunması sebebiyle cariyenin, efendisinden dünyaya getirdiği çocuk, hamilelik süresinin en kısa ve en uzun süreleri dikkate alındığında doğuma sebep olan cinsel ilişkinin hukuken geçerli bir mülkiyet akdine bağlanabilmesi kaydıyla, cariyenin efendisine nispet edilmektedir.²¹ Bir diğer ifadeyle çocuğun dünyaya gelmesine sebep olduğu tespit edilen cinsel ilişkinin meydana geldiği zaman diliminde geçerli olan mülkiyet ilişkisi, nesebin belirlenmesinde temel bir ölçüttür. Söz gelimi, satış akdine konu olan bir cariyenin, satış akdinin gerçekleştiği tarih başlangıç kabul edildiğinde, hamileliğin en uzun süresi içinde dünyaya getirdiği çocuğun nesebi -daha önceden hukuken nesebin reddi anlamına gelebilecek bir tasarrufta bulunmamış olması kaydıyla- satıcıya aittir.²² Zira çocuğun dünyaya gelmesine sebep olan cinsel ilişkinin, satıştan önce cariyeye ile satıcı arasında var olan mülkiyet ilişkisine dayandırılması hukuken mümkündür. Mülkiyetin el değiştirmesi durumunda, hamileliğin en uzun süresi dikkate alınarak çocuğun satıcıya nispet edilmesi gerektiği ve cariyenin de ümmü'l-veled statüsüne geçirileceği fikrini benimseyen Malikîlerden farklı olarak Hanefîler ve Hanbelîler, çocuğun, satış akdini takip eden altı ay içerisinde doğmuş olması durumunda satıcıya, aksi durumda müşteriye nispet edileceği görüşünü benimsemektedirler.²³ Ancak sözü edilen çocuk, ister satıcıya ister alıcıya nispet edilsin, dünyaya gelmesine sebep olan cinsel ilişkiye imkân tanıyan akit açısından evlilik dışı; fakat özellikle hukukî temsil konusunda belirleyici bir unsur olan neseb ilişkisi açısından ise, evlilik birliği içinde doğmuş çocuk gibi kabul edilmektedir.

Öngörülen şartların varlığına bağlı olarak cinsel faydalanma hakkı doğuran mülkiyet akdinin, neseb ilişkisi ve dolayısıyla hukukî temsil ilişkisinin belirlenmesi açısından çocuğun dünyaya gelmesine sebep olan cinsel ilişki ve bu ilişkiye bağlanan hukukî sonuçlar yönüyle nikâh akdi ile mukayese edilebilir niteliktedir. Şöyle ki, nikâh akdi şüphesi ya da fâsit nikah yoluyla girilen cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun geçerli bir neseb ilişkisine sahip olduğuna kıyasla, mülkiyet ilişkisi şüphesi ya da fâsit mülkiyet akdi yoluyla girilen cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuk da hukuken geçerli bir neseb ilişkisine sahiptir. Dolayısıyla, gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya geldiği hukuken tespit edilemediği sürece, mülkiyet akdine dayalı

²¹ Sözü edilen çocuk ile efendi arasında neseb ilişkisinin kurulabilmesi Hanefîlere göre, efendinin neseb davası açmasına (bkz. el-Kâsânî, VIII, 467); Malikî ve Hanbelîlere göre ise, efendinin cariyesi ile cinsel ilişkiye girdiğini ikrar etmesine bağlıdır (bkz. Sahnûn b. Abdisselâm (ö.240/854), *el-Mudevvenetu'l-Kubrâ*, I-V, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, II, 531; el-Merdâvî, IX, 263; el-Buhûfî, V, 409).

²² Sahnûn, II, 531.

²³ el-Kâsânî, VIII, 477; el-Merdâvî, IX, 263; el-Buhûfî, V, 409.

cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuk, evlilik birliği sonucu doğmuş çocuğa benzer biçimde, hukuken geçerli bir neseb ilişkisine sahiptir.

B. VELÂYET ve EVLİLİK DIŞI DOĞAN ÇOCUĞUN VELÂYETİ

1. Velâyetin Tanımı, Unsurları ve Taraflar Arasında Velâyet İlişkisi Doğuran Unsurlar

a. Velâyetin Tanımı ve Unsurları

Klasik İslam hukuku kaynaklarında velâyet, “*bir kimsenin sözünün, - rızası olsun ya da olmasın- bir başka kimse üzerinde uygulamaya konması/tenfizi*”²⁴ biçiminde tanımlanmaktadır. Ancak bunun, uygun bir tanım olmadığı²⁵ gerekçesiyle ez-Zerkâ, velâyetin, -özünde- *bir kimsenin, bir başka kimsenin yerine geçerek onun adına tasarrufta bulunması* demek olan *niyâbet*’in bir türü olduğunu ve İslam hukukçularının da buna uygun olarak velâyeti, *reşit/hukukî tasarruf yetkisine sahip bir kimsenin, şahsî ve mâlî işlerinin idaresi konusunda kâsır/hukukî tasarruf ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin yerine geçmesi* anlamında kullandıklarını belirtmektedir.²⁶ Türk Medeni hukukunda ise velâyet, “*küçüklerin ve bazen da kısıtlı ergin çocukların gerek kendilerine gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülükleri iyi bir şekilde yerine getirmelerini sağlamak üzere onlara tanıdığı hakların tümü*”²⁷ olarak tanımlanmaktadır. Tarafları ve konu unsuru açısından tahlil edildiğinde velâyet, *hukuk düzeninin belli kimselere, fiil ehliyetine ve dolayısıyla hukukî tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olmayan kişilerin şahsı ve malı üzerinde tanıdığı hukukî tasarruf yetkisi* olarak tanımlanabilir. Ancak konu unsuru açısından bakıldığında, İslam hukukçuları çocuğun bakımı, gözetimi ve terbiyesi üzerindeki hukukî tasarruf hakkı ile şahsı ve malı üzerindeki hukukî temsil yetkisini, günümüz Türk Medeni hukukundaki kullanımına kıyasla, farklı bir biçimde ele almaktadırlar. Zira günümüz Türk Medeni hukukunda velâyet terimi, çocuk üzerinde egemenlik hakkı, ad koy-

²⁴ İbn Nuceym, III, 192; İbn Âbidîn, III, 55.

²⁵ ez-Zerkâ’ya göre klasik kaynaklarda verilen tanımın yerinde olmaması, bu tanımın, velâyetin hakikatini değil sadece hükmünü belirtmesi sebebiyledir. Bkz. ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fikhu'l-İslâmi fî Sevbihi'l-Cedid*, I-III, Dâru'l-Fikr, Matâbiu Elifbâ (I. Cilt: Dokuzuncu Baskı), Matbaatu Tarbeyn (II. Cilt: Onuncu Baskı), (III. Cilt: Altıncı Baskı), Dimaşk 1967-1968, II, 818 (1 no’lu dipnot). Ayrıca, bahsi geçen tanımın, hukukî olmaktan çok, velâyetin neliğiyle ilgili olduğuna ilişkin bir değerlendirme için bkz. Türcan, Talip, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2001, 204 (201 no’lu dipnot).

²⁶ ez-Zerkâ, II, 817.

²⁷ Akıntürk, Turgut, *Medenî Hukuk*, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul 2004, 299; Aydın Zevkliler-Ayşe Havutçu, *Medenî Hukuk*, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, 313-314; Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, 625.

ma hakkı, yerleşim yerini belirleme hakkı, eğitimi, yetiştirilmesi, korunması ve temsil edilmesi ile çocuğun mallarından faydalanma ve malları üzerinde hukukî işlem yapma hak ve yetkisini ifade etmektedir.²⁸ Buna karşılık İslam hukuk terminolojisinde, çocuğun terbiye, bakım ve gözetimine ilişkin hak ve yükümlülükler *hıdâne* terimiyle; çocuğun şahsı ve malı üzerindeki hukukî temsil yetkisi de *velâyet* terimiyle ifade edilmektedir.²⁹ Bu ayırmda velâyet teriminin, *hukukî temsil'e* indirgenerek daha hususî bir anlamda kullanıldığı açıktır.³⁰ Ancak velâyet terimi hukukî temsili de içine alacak biçimde bir üst terim olarak kullanıldığında, hıdane hak ve yükümlülüğü de, velâyet kapsamında değerlendirilmekte ve şahıs üzerindeki velâyetin bir türü (hıdâne velâyeti) olarak karşımıza çıkmaktadır.³¹ İslam hukukçularının, küçüğün bakım ve terbiyesi ile şahsı ve malı üzerindeki hukukî tasarruf yetkisine kimlerin sahip olacağı konusundaki yaklaşımları dikkate alındığında, bu ayırım (hıdâne-velâyet/hukukî temsil ayırımı), evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocukların velayeti sorunu açısından belirleyici bir işleve sahiptir. Konu unsuruna bağlı söz konusu ayırım sebebiyle bu çalışmada velâyet terimi, hukukî temsile karşılık gelecek bir içerikte kullanılmıştır.

Velâyetin unsurları; velî, velâyet altında bulunan kişi ve velâyetin konusundan ibarettir. Ancak çalışmamızda sadece -araştırmamızla ilgisi oranında- velî ve konu unsuru ele alınacaktır. İslam hukukçuları, şahıs üzerine velâyetin en tipik örneğini teşkil eden evlendirme velayetini tartışırken, İslam hukuk normlarının öngördüğü çerçevede bir kimsenin velâyet hakkına sahip olabilmesi için, genel olarak, erkek olma, hür olma, akıl-baliğ olma, velîsi olduğu kişi ile aynı dinden olma, âdil olma, hukukî tasarrufta bulunma ehliyetine sahip olma gibi şartlar ileri sürmüşlerdir.³² Çalışmamızda ele alınan sorunla ilgisi dikkate alındığında söz konusu şartlar arasında *velînin erkek olma* şartı, evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen ve hukuken geçerli bir neseb/soybağı ilişkisine sahip olmayan çocukların hukukî temsilcisinin tespiti bağlamında belirleyici bir ölçüttür. Zira, ölüm ya da soybağı ilişkisinin kurulamaması sebebiyle baba ve baba tarafından erkek akrabasının olmaması durumunda velâyet hakkının anneye geçip geçmeyeceği, velîde erkek olma vasfının aranıp aranmamasına bağlıdır. Ebû Hanife'nin küçüğü evlendirme velâyeti konusundaki yaklaşımı istisna edilirse, İslam hukukçularının hemen tamamı, küçüğün şahsı ve malı üzerindeki velâyet hakkının sadece baba ya da baba tarafından erkek akrabalara ait olacağını

²⁸ Zevkliler-Havutçu, 315-319; Akıntürk, 300-301.

²⁹ Aydın, M. Akif, "Çocuk", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA.), Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1993, VIII, 361.

³⁰ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, İz Yayıncılık, İstanbul 2001, I, 253.

³¹ Klasik İslam hukuku kaynaklarında hıdânenin, velâyetin bir türü olarak zikredilmesi hakkında bkz. el-Kâsânî, V, 206.

³² Sahnûn, V, 259-260; İbn Kudâme, VII, 356-357; el-Buhûtî, V, 53-56.

ifade etmektedirler.³³ Baba ve baba tarafından erkek akraba olmaması durumunda ise velâyet hakkı, kendisine velî olunan kişinin hür olması durumunda, “*Velîsi olmayanın velîsi, devlet başkanıdır*”³⁴ ilkesi gereği devlet başkanı; âzad edilen bir kişi olması durumunda ise kendisini âzad eden efendiye geçmektedir. Söz edilen genel yaklaşıma karşılık Ebû Hanife, kişinin baba ya da baba tarafından erkek akrabası olmaması durumunda evlendirme velâyetinin –ki bu şahıs üzerinde bir velâyettir- anneye, annenin olmaması durumunda babanın kadın akrabalarına, daha sonra sırasıyla annenin erkek ve kadın akrabalarına geçeceğini ifade etmektedir.³⁵ Mal üzerindeki velâyet hakkına kimlerin sahip olacağı konusundaki yaklaşımlarına bakıldığında ise bütün İslam hukukçuları, annenin ve baba tarafından kadın akrabaların bu hakka sahip olmadıkları konusunda görüş birliği içindedirler.³⁶ Evlilik birliği ya da mülkiyet ilişkisi sonucu doğmuş olması sebebiyle nesep ilişkisine sahip çocuğun hukukî temsiline ilişkin düzenlemelerin, evlilik dışı gayr-i meşru ilişki sonucu doğmuş olması sebebiyle nesep ilişkisine sahip olmayan çocukların velâyeti sorunu özelinde de geçerli olduğu söylenebilir. Zira klasik İslam hukuku kaynakları incelendiğinde, İslam hukukçularının, evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya gelmiş çocukla ilgili bir takım hukukî düzenlemelere –örneğin miras hukukuyla ilgili düzenlemelere- müstakil bahis/konu açarak detaylıca yer vermelerine³⁷ karşılık velâyetle ilgili konularda yukarıda belirtilen yaklaşımları dışında onlarla ilgili detay düzenlemelere ilişkin görüş belirtmemeleri, bu tarz bir yargıya imkân vermektedir.

Konu unsuru bakımından bir bütün olarak velâyetin farklı türleri (hıdane velâyeti, şahıs üzerinde velâyet ve mal üzerinde velâyet) olarak değerlendirilen çocuğun bakım, gözetim ve terbiyesi ile şahsı ve malı üzerindeki hukukî tasarruf hakkının İslam hukuk terminolojisindeki *hıdâne hakkı* ve *velâyet hakkı* olmak üzere iki farklı hususî kullanımına işaret etmiştik. Bu farklılık evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen ve hukuken geçerli bir nesep ilişkisine sahip olmayan çocuğun velâyeti sorununun, İslam hukuku açısından hangi sınırlar içerisinde ele alınması gerektiğine ilişkin temel bir farklılığı ortaya koymaktadır. İslam hukukunda, evlilik birliğinin devam ettiği ve çocuğun bakım, gözetim ve terbiye hakkının kullanımı-

³³ Sahnûn, V, 259; el-Mâverdi, IX, 92; en-Nevevî, VI, 48-49; ez-Zeylaî, II, 512; İbn Nuceym, III, 218; el-Buhûtî, V, 50-51; el-Harâşî, III, 180.

³⁴ İbn Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed (ö. 241/855), *el-Musned*, I-VI, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, I, 250; ed-Dârimî, Ebû Muhammed Abdullâh Abdurrahman (ö. 255/869), *es-Sunen*, I-II, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Nikah 11, II, 460; İbn Mâce, *es-Sunen*, Nikah 15, I, 605; et-Tirmizî, *es-Sunen*, Nikah 14, III, 408.

³⁵ ez-Zeylaî, II, 512; İbn Nuceym, III, 218.

³⁶ el-Kâsânî, VI, 589; İbn Kudâme, IV, 570-571; en-Nevevî, III, 475; el-Merdâvî, V, 323-324; eş-Şirbinî, III, 151; er-Remlî, Şemsüddîn Muhammed b. Ebi'l-Abbâs Ahmed b. Hamza İbn Şihâbü'd-Dîn (ö.1004/1596), *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, I-VIII, Dâr-u İhyâi't-Turâsî'l-Arabî, Beyrut 1992, IV, 373-374; el-Buhûtî, III, 447; el-Harâşî, V, 291.

³⁷ Sahnûn, II, 595; el-Mâverdi, VIII, 159; es-Serahsî, XXIX, 198; İbn Kudâme, VII, 122-131; en-Nevevî, V, 125.

na ilişkin hukukî bir engel olmadığı sürece hıdane velâyetine anne ve babanın birlikte sahip olacağı; evlilik birliğinin sona ermesi durumunda ise hıdane velâyetinin –başka bir erkekle evlenmemiş olması koşuluyla- çocuğun biyolojik gelişiminin belli bir evresine kadar anneye veya annenin yerini tutacak kadın yakınına ve daha sonra babaya geçeceği kabul edilmiştir. Buna karşılık, istisna olarak değerlendirilebilecek farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, -çocuğun evlendirilmesinde olduğu gibi- şahsı üzerindeki, -çocuğun malının alım-satım, kira, âriyet, karz ve hibe gibi tasarruflara konu edilmesinde olduğu gibi- malı üzerindeki velâyet hakkının, sırasıyla babaya, baba tarafından erkek akrabalara ve devlet başkanına ait olacağı kabul edilmiştir. Çocuğun bakım, gözetim ve terbiyesi ile şahsı ve malı üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin bu düzenlemelerin çocuğun nesebiyle ilişkisi dikkate alındığında, evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun bakım, gözetim ve terbiyesinin kime ait olacağı değil, şahsı ve malı üzerinde kimin hukukî tasarruf yetkisine sahip olacağı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Zira -ister evlilik birliği sonucu, ister evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu doğmuş olsun- bir çocuğun annesi, o çocuğu doğurduğu hukuken tespit edilebilen kadındır.³⁸ Dolayısıyla hukukî açıdan annenin kim olduğunun tespitinde –babanın tespitinde olduğu gibi- evlilik akdinin ya da mülkiyet ilişkisinin varlığı bir şart olarak öngörülmemiştir. Çocuğun şahsı ve malı üzerindeki velâyet hakkının kullanımında baba ve baba tarafından erkek akrabaların yetkili olmasının kabulü, geçerli bir nesep ilişkisine sahip olmamaları sebebiyle evlilik dışı gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya gelmiş çocukların velâyeti açısından bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple çalışmamızın bir sonraki aşamasında, taraflar arasında hukukî temsil ilişkisinin hangi unsurlar yoluyla kurulabildiği tespit edilmeye çalışılacaktır.

b. Taraflar Arasında Velâyet İlişkisi Doğuran Unsurlar

İslam hukukunda şahsı ve malı üzerinde hukukî tasarrufla bulunma ehliyetine sahip olmayan kişi/çocuk ile sözü edilen tasarruflar açısından kendisini temsil edecek kişi arasındaki velâyet ilişkisi, İslam hukuk düzeninin öngördüğü bir takım unsurlar yoluyla kurulabilmektedir. Taraflar arasında şahıs üzerindeki haklar –özellikle evlendirme hakkı- açısından velâyet ilişkisi doğuran bu unsurlar, Hanefî kaynaklarda “yakınlık, milk (köle-efendi ilişkisi), velâ (âzad edilen-âzad eden ilişkisi) ve imâmet”³⁹; Mâlikî kaynaklarda “nesep, velâ ve devlet başkanlığı”⁴⁰; Şâfiî kaynaklarda “babalık (babaçocuk ilişkisi, torun-dede ilişkisi...), baba tarafından erkek akrabalık (asabe

³⁸ es-Serahsî, XVII, 154; el-Kâsânî, VIII, 466.

³⁹ İbn Nuceym, III, 192; İbn Âbidîn, III, 55.

⁴⁰ İbn Ruşd, III, 956; İbn Cuzeyy, Ebû Abdullâh Muhammed İbn Ahmed b. Muhammed (ö. 741/1340), *el-Kavâninu'l-Fıkhiyye*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1989, 203; el-Harâşî, III, 180.

ilişkisi), ‘itâk (velâ) ve devlet başkanlığı’;⁴¹ Hanbelî kaynaklarda “babalık (baba-çocuk ilişkisi, torun-dede ilişkisi...), baba tarafından erkek akrabalık, ‘itâk ve devlet başkanlığı’⁴² şeklinde ifade edilmektedir. Özellikle yaş küçük-lüğü sebebiyle şahsı üzerinde hukukî tasarruf yetkisi bulunmayan çocuklar açısından bakıldığında söz konusu unsurlar, baba-çocuk veya dede-torun ilişkisi, baba tarafından erkek akrabalık/asabe ilişkisi, köle-efendi ilişkisi, âzad edilen-âzad eden ilişkisi/velâ ve devlet başkanlığı şeklinde belirlenebilir. Bu belirleme aynı zamanda kişinin şahsı üzerindeki velâyet yetkisini kullanma önceliğinin kime ait olacağı ve öncelikli yetki sahibinin olmaması durumunda yetkinin kime geçeceğini ortaya koymaktadır. Küçüğün malı üzerinde hukukî temsil yetkisi doğuran unsurlar ise, belli yaklaşım farklılıkları olmakla birlikte genel olarak babalık (baba, dede ve her ikisinin vasîsi) ve devlet başkanlığı ile sınırlandırılmıştır.

İslam hukuku kaynaklarında *yakınlık*, *nesep/soybağı*, *asabe* gibi terimlerle ifade edilen ve taraflar arasında hukukî temsil ilişkisi doğuran unsurun İslam hukukçuları tarafından nasıl anlaşıldığı ve kapsamının nasıl belirlendiği önemli bir husustur. Zira hukukî temsil yetkisine sahip öncelikli kişinin olmaması durumunda söz konusu unsur kapsamında kimlerin hukukî temsil yetkisine sahip olacağına ilişkin belirlemeler, evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun velâyetine ilişkin tespitlerde belirleyici olacaktır. Velâyet yetkisine sahip öncelikli kişinin olmaması ya da hukukî bir engel sebebiyle temsil yetkisinin sona ermesi durumunda velâyetin kime geçeceği sorununu İslam hukukçuları, öncelikle *asabe* terimi çerçevesinde ele almışlardır. Ancak onlar bu terimi, yukarıda da görüldüğü üzere, daha çok çocuğun şahsı üzerinde hukukî temsile yetkili kimseleri ifade etmek üzere kullanmışlardır.

Asabe, İslam hukuk terminolojisinde, esas itibarıyla, miras bırakana doğrudan veya erkek vasıtasıyla bağlı bulunan mirasçılar için kullanılan bir terimdir.⁴³ İslam hukukçuları, kişi ile varisleri arasında miras ilişkisi doğuran bir sebep olarak asabeyi, miras bırakana erkek vasıtasıyla ve kan bağıyla bağlı bulunmaları sebebiyle mirasçı olanları ifade etmek üzere *asabe-i nesebiyye*; miras bırakana kan bağı ve nesep ilişkisi sebebiyle değil, âzat etme sebebiyle mirasçı olanları ifade etmek üzere de *asabe-i sebebiyye*, şeklinde iki kısma ayırmaktadırlar.⁴⁴ Bu ayrıma göre, miras bırakan kimsenin erkek (oğul, baba, erkek kardeş, amca) tarafından olan akrabaları asabe-i nesebiyye’yi oluştururken; âzad edilen bir kimsenin kan bağı ve nesep yönünden mirasçısı olmaması durumunda, kendisini âzad eden kimse de asabe-i sebebiyye’yi oluşturur ve bu yolla âzadlısına mirasçı olur. Esasen

⁴¹ en-Nevevî, VI, 47-54.

⁴² İbn Kudâme, VII, 346-350; el-Buhûtî, V, 50-51.

⁴³ İbn Nuceym, III, 210.

⁴⁴ en-Nevevî, V, 103, 105; ez-Zeylaî, II, 512; İbn Nuceym, III, 219.

âzad edilenle âzad eden arasında, şahıs üzerindeki haklar açısından velâyet ilişkisi doğuran *velâ* unsuru da asabe-i sebebiyye türünden bir ilişkiyi ifade etmektedir. Ancak asabe terimi, miras hukukuna ve hukukî temsile ilişkin düzenlemeler açısından genellikle farklı bir içerikte kullanılmıştır. Söz konusu içerik farkı dikkate alınarak çalışmamızın bundan sonraki kısmında, evlilik dışı gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun hukuki temsili, asabe-hukuki temsil ilişkisi ve asabesi olmaması durumunda temsil yetkisinin kime geçeceği sorunu çerçevesinde ele alınacaktır.

2. Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Velâyeti

a. Şahıs Üzerindeki Velâyet Açısından Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Velâyeti

İslam hukukçuları, miras hukukuna ilişkin düzenlemeler açısından, babası olmaması sebebiyle asabesi olmayan çocuğun (veled-i mülâane ve veled-i zina) asabesinin kim olacağı sorununu, ya “asabesi olmayanın asabesi, annenin asabesidir” ya da “asabesi olmayanın asabesi, annesidir”⁴⁵ şeklinde iki farklı biçimde ele almışlardır. Malikîler, asabesi olmayan çocuğa, belli bir oranla sınırlı olmak kaydıyla (1/3), sadece annenin mirasçı olabileceği ve mirastan geriye kalan kısmın da devlet hazinesi ait olacağı fikrini benimsemişlerdir.⁴⁶ Ancak onların, şahıs ve mal üzerindeki hukukî temsil ilişkisi için öngördükleri şartlar dikkate alındığında, asabe terimini, miras hukuku ve velâyet açısından farklı bir içerikte kullandıkları anlaşılmaktadır. Zira onlar, taraflar arasında velâyet ilişkisinin doğabilmesi için temsil yetkisini kullanacak kişinin Müslüman ve yetişkin olmasının yanında erkek olmasını da şart koşmaktadırlar.⁴⁷ Dolayısıyla asabe teriminin velâyet açısından – miras hukukundaki kullanımına kıyasla- dar anlamda kullanılması ve velîde erkek olma şartının aranması, Mâlikîlerde hukukî temsil yetkininin baba ve baba tarafından erkek akrabalarla sınırlı olduğu ve bu çerçevede velî olma yetkisine sahip olacak kimsenin olmaması durumunda ise, velâyet yetkisinin devlet başkanına geçeceğini ortaya koymaktadır.

Hanefîler, miras hukuku açısından, baba tarafından akrabası olmayan (veled-i mülâane ve veled-i zina) çocuğun asabesini, “asabesi olmayanın asabesi, annenin asabesidir” yaklaşımı çerçevesinde belirlemekte ve anne yoluyla çocuğa akraba olan kimseleri de –Mâlikîlerden farklı olarak- mirasçı kapsamında değerlendirmektedirler.⁴⁸ Ancak mezhepte, asabe teriminin, mi-

⁴⁵ es-Serahsî, XXIX, 198; İbn Kudâme, VII, 128.

⁴⁶ Sahnûn, II, 595-596.

⁴⁷ Sahnûn, V, 259-260; İbn Ruşd, III, 954.

⁴⁸ es-Serahsî, XXIX, 198.

ras hukuku ve hukukî temsil açısından aynı içerikte kullanılıp kullanılamayacağı konusunda farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Ebû Hanife'ye göre, küçüğün baba ve baba tarafından erkek akrabası olmaması durumunda evlendirme velâyeti, mirastaki sıralama esas alınarak anneye ve annenin asabesine geçer.⁴⁹ Çünkü taraflar arasında velâyet ilişkisi doğuran öncelikli unsurun nesep/soy bağı olarak belirlenmesi, bu bağ sebebiyle velâyet altındaki çocuğa kendi yakınlarının daha şefkatli davranacağı öngörüsüne dayanmaktadır. Baba ve baba tarafından erkek akrabası olmaması durumunda çocuğa, en şefkatli davranacak kişi/kişiler anne ve onun asabesidir. Bu sebeple, küçüğün şahsı üzerindeki hukukî temsil yetkisinin kullanımı açısından anne ve annenin asabesi, devlet başkanına göre öncelik hakkına sahiptirler.⁵⁰ İmam Muhammed ise, şahıs üzerindeki velâyet bağlamında küçüğü evlendirme yetkisine sahip olacak kişilerin, “evlendirme (velâyeti) asabeye aittir” şeklindeki genel kurala/kıyasa uygun olarak belirlenmesi gerektiği ve bu çerçevede baba tarafından velâyet yetkisini kullanabilecek kimsenin olmaması durumunda temsil yetkisinin devlet başkanına geçeceğini belirtmektedir.⁵¹ Söz konusu yaklaşım farklılıkları açısından bakıldığında, evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun şahsı üzerindeki hukukî temsil yetkisi, Ebû Hanife'ye göre -istihsânen- anne ve onun asabesine, İmam Muhammed'e göre ise, “velîsi olmayanın velîsi, devlet başkanıdır” ilkesi gereği devlet başkanına aittir.

Evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu doğmuş çocuğa kimin/kimlerin mirasçı olacağına ilişkin hukukî düzenlemeler açısından asabe terimini Hanbelîler, anne ve annenin yakınlarını⁵²; Şâfiîler ise, anne ve anne bir erkek kardeşlerden sonra asabe-i sebebiyye yoluyla mirasa hak kazananları ifade etmek için kullanmaktadırlar.⁵³ Dolayısıyla anne ve yakınları, baba ve baba tarafından yakınları olmayan çocuğa mirasçı olurlar. Ancak her iki hukuk ekolü açısından bu belirleme, taraflar arasında hukukî temsil ilişkisi doğuran hukukî düzenlemeler açısından geçerli değildir. İbn Kudâme söz konusu içerik farkını “*Asabesi olmayan çocuğun asabesinin, annesi ya da annenin asabesi olduğuna ilişkin yaklaşımlar, özellikle miras hukuku açısından dandır. Dolayısıyla anne ve yakınları, bu çocuğun âkilesi olamayacakları gibi, evlendirme ve diğer hukukî işlem ve tasarruflar açısından da onun hukukî temsilcisi olamazlar. Bu, çoğunluğun yaklaşım biçimidir.*”⁵⁴ şeklinde ifade etmektedir. Diğer taraftan Hanbelîler, hukukî temsil yetkisini kullanacak kişi için *erkek olma* şartını ileri sürmektedirler.⁵⁵ Hukukî temsil açısından

⁴⁹ es-Serahsî, IV, 223; ez-Zeylaî, II, 512; İbn Nuceym, III, 217-218.

⁵⁰ ez-Zeylaî, II, 513; İbn Nuceym, III, 218.

⁵¹ ez-Zeylaî, II, 512; İbn Nuceym, III, 218.

⁵² İbn Kudâme, VII, 122.

⁵³ eş-Şâfiî, VIII, 224; el-Mâverdi, III, 159.

⁵⁴ İbn Kudâme, VII, 128.

⁵⁵ İbn Kudâme, VII, 356; el-Buhûtî, V, 53.

asabe teriminin kullanımı ve velîde erkek olma şartı birlikte değerlendirildiğinde Hanbelîlere göre, evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu doğmuş çocuğu temsil yetkisinin devlet başkanına ait olduğu anlaşılmaktadır. Şâfiîler de, hukukî temsile yetkili kimseler bağlamında asabeyi, baba tarafından erkek akrabalarla (baba bir erkek kardeş ve amca gibi) sınırlandırmışlar⁵⁶ ve bu çerçevede küçüğe velî olabilecek bir kimsenin olmaması durumunda temsil yetkisinin devlet başkanına geçeceğini ifade etmişlerdir.⁵⁷ Kısaca ifade etmek gerekirse, Ebû Hanife'nin şahıs üzerindeki velâyete ilişkin yaklaşımı dışında İslam hukukçuları hukukî temsil açısından asabe terimini, miras hukukundaki kullanımıyla değil, sadece baba ve baba tarafından erkek akrabaları ifade edecek bir içerikte kullanmaktadırlar. Buna göre, evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu doğan çocuğu hukukî temsil yetkisi, devlet başkanına aittir. Ancak baba ve baba tarafından erkek akrabanın olmaması durumunda hukukî temsil yetkisinin devlet başkanına ait olacağı biçimindeki düzenleme, aslen hür kimlere ilişkin olup, köle statüsünden hür statüsüne geçen kimselere ilişkin değildir. Bu husus, hukukî temsil yetkisinin hangi tertip esas alınarak belirleneceği noktasında, aslen hür kimse ile sonradan hür olan kimse/âzadlı arasındaki farka işaret etmektedir.

Taraflar arasında hukukî temsil ilişkisi doğuran bir sebep olarak velâ, nesep yönünden asabesi olmaması durumunda âzatlıyı ve çocuğunu hükken kimin temsil edeceğini belirleyen bir unsurdur. İslam hukuk terminolojisinde, konumuzla ilgisi yönüyle *velâ, taraflar arasında mülkiyet ilişkisinin sona ermesi ve belli şartların varlığına bağlı olarak âzad edilen (ve onun çocuğu) ile âzad eden kişi arasında kurulan bir yakınlık (asabe-i sebebiyye) sebebiyle doğan vâris, velî (evlendirmeye yetkili) ve âkile olma hakkını/yetkisini ifade eden bir hukuk terimidir.*⁵⁸ Bu unsur, âzadlı ile âzad eden arasında sadece şahıs üzerindeki tasarruflar açısından velâyet hakkı doğurur. Aslen hür annenin evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuğun hukukî temsili ile sonradan hürriyetine kavuşan annenin evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuğun hukukî temsili arasındaki fark, aslen hür ve sonradan hür olma açısından asabe teriminin farklı içerikte kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Zira aslen hür kimse açısından asabe terimi, sadece baba ve baba tarafından erkek akrabaları (asabe-i nesebiyye) ifade ederken; âzadlı kimse açısından ise, baba ve baba tarafından erkek akrabalarla (asabe-i nesebiyye) birlikte âzad eden kimseyi (asabe-i sebebiyye) ifade etmektedir. Dolayısıyla aslen hür olan kadının gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuğu temsil hakkı, asabesi olmaması sebebiyle devlet başkanına geçerken; âzadlı kadının gayr-i

⁵⁶ el-Mâverdi, IX, 91-92; en-Nevevi, VI, 49; eş-Şirbini, IV, 249-250.

⁵⁷ el-Mâverdi, IX, 92; en-Nevevi, VI, 53; eş-Şirbini, IV, 251.

⁵⁸ el-Mâverdi, XVIII, 79-81; el-Kâsâni, V, 496; İbn Kudâme, VII, 350; ez-Zeylaî, VI, 219; eş-Şirbini, VI, 468; er-Remli, VIII, 394.

meşru ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuğu temsil hakkı da sebep asabeliği yoluyla anneyi âzad eden kişiye geçmektedir. Hanefilere göre, velâ yoluyla kurulan yakınlık ilişkisi, nesep yoluyla kurulan yakınlık ilişkisine benzer bir ilişki biçimidir.⁵⁹ Nasıl ki baba ve baba tarafından erkek akrabaların olması durumunda kişi üzerindeki hukukî temsil yetkisi bir başkası tarafından kullanılamıyorsa, âzad eden kimsenin var olması durumunda da bir başkası tarafından kullanılamaz. Ancak Ebû Hanife, asabesi olmaması durumunda küçüğü temsil yetkisinin, anneyi âzad edene değil, istihsânen, anneye ve onun yakınlarına geçeceği fikrini benimsemektedir.⁶⁰ Taraflar arasında velâyet ilişkisi doğuran unsurların tertibi ve velâyet yetkisini kullanacak kişi için öngörülen şartlar esas alındığında, diğer İslam hukuk ekollerinin de konuya yaklaşımı, âzadlı annenin gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuğu temsil yetkisinin anneyi âzad eden kişiye ait olacağı şeklindedir. Velâ unsuru yoluyla taraflar arasında hukukî temsil ilişkisinin kurulmaması durumunda ise velâyet hakkı, “velîsi olmayanın velîsi, devlet başkanıdır” ilkesi gereği devlet başkanına ait olur.⁶¹

Özetle ifade etmek gerekirse; şahıs üzerindeki velâyet açısından taraflar arasında hukukî temsil ilişkisi doğuran unsurların tertibine ilişkin genel kural esas alındığında, evlilik dışı gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun, - anne, aslen hür ise- devlet başkanı ya da onun tayin ettiği kimse tarafından; -anne âzadlı ise- anneyi âzad eden kimse ve onun asabesi tarafından temsil edildiği görülmektedir. Anneyi âzad eden kimse ve asabesinin, âzatlının çocuğuna temsilci olmaları, âzad edilenle âzad eden arasında kurulan bir yakınlık sebebiyledir. Bu yakınlık İslam hukuk terminolojisinde *asabe-i sebebiyye* olarak adlandırılır. Asabe-i sebebiyye yoluyla kendisini hukuken temsil edecek kimsenin bulunmaması durumunda ise âzadlı kadının çocuğu, “velîsi olmayanın velîsi, devlet başkanıdır” ilkesi gereği, devlet başkanı ya da onun tayin edeceği kimse tarafından temsil edilmektedir. Ancak Ebû Hanife, sözü edilen genel yaklaşımdan farklı olarak, baba ve baba tarafından erkek akrabaların (asabenin) olmaması durumunda, küçüğün şahsı üzerindeki hukukî temsil yetkisinin doğrudan devlet başkanına ya da âzad edene değil, öncelikle anne ile annenin erkek ve kadın akrabalarına ait olacağını ifade etmektedir.⁶² Buna göre, aslen hür kadının evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuğun şahsı üzerindeki velâyet yetkisi sırasıyla anneye, annenin erkek akrabalarına, annenin kadın akrabalarına ve devlet başkanına; âzadlı kadının evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuğun şahsı üzerindeki velâyet yetkisi ise, sırasıyla anneye, annenin erkek akrabalarına, annenin kadın akrabalarına,

⁵⁹ es-Serahsî, VIII, 84.

⁶⁰ es-Serahsî, VIII, 84; Ustrûşenî, Muhammed b. Mahmud b. Hüseyin (ö. 632/1234), *Ahkâmu's-Sığar*, Tahkik: Mustafa Samide, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, 38.

⁶¹ el-Mâverdi, IX, 92; el-Buhûfî, V, 51.

⁶² Ustrûşenî, 38; ez-Zeylaî, II, 512; İbn Nuceym, III, 217-218.

anneyi âzad eden kimseye, anneyi âzad eden kimsenin erkek akrabalarına ve devlet başkanına aittir.

b. Malı Üzerindeki Velâyet Açısından Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Velâyeti

Küçüğün malı üzerindeki haklar açısından taraflar arasında hukukî temsil ilişkisi doğuran unsurlar, İslam hukukçuları arasında yaklaşım farklılıkları olmakla birlikte, babalık (baba, dede ve her ikisinin vasîsi) ve devlet başkanlığı olarak belirlenmektedir. Küçüğün şahsı ve malı üzerinde hukukî temsil ilişkisi doğuran öncelikli unsur (nesep/soybağı ilişkisi) açısından bakıldığında, mal üzerindeki velâyet yetkisinin, şahıs üzerindeki velâyet yetkisinin kullanımına kıyasla, sınırlı sayıda kimse tarafından kullanılabilirdiği görülmektedir. Zira soybağı ilişkisi açısından mal üzerindeki velâyet yetkisinin kullanımı baba, babanın babası/dede ve onların vasîleri ile sınırlı tutulmuştur. Diğer taraftan, şahıs üzerindeki haklar açısından âzad edilen ve çocuğu ile âzad eden arasında hukukî temsil ilişkisi doğuran velâ unsuru da, mal üzerindeki hukukî temsil açısından söz konusu edilmemiştir.

Hanefî hukukçular, küçüğün malı üzerindeki hukukî temsil yetkisinin öncelik sırasına göre, baba, babanın vasîsi, vasînin vasîsi, dede, dedenin vasîsi, vasînin vasîsi ve nihayet devlet başkanı ya da onun tayin ettiği kimse tarafından kullanılabileceğini ifade etmektedirler.⁶³ Şâfiî hukukçulara göre, öncelik sırasına göre küçüğün malı üzerindeki hukukî temsil hakkı, baba, dede..., baba ve dedenin vasîsi ve devlet başkanına aittir.⁶⁴ Mâlikî ve Hanbelîlere göre ise, baba, babanın vasîsi ve devlet başkanı küçüğün malı üzerinde velâyet hakkına sahipken, dede bu hakka sahip değildir.⁶⁵ Bir bütün olarak değerlendirildiğinde söz konusu yaklaşımlardan ortaya çıkan temel husus, baba, dede ve onların vasîleri tarafından kullanılamaması durumunda küçüğün malı üzerindeki hukukî temsil hakkının, doğrudan devlet başkanına ait olacağı biçimindedir. Bu husus çerçevesinde ele alındığında evlilik dışı gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu doğmuş olması sebebiyle hukuken baba ve baba yoluyla kurulan soybağı ilişkisine sahip olmayan çocuğun malı üzerindeki hukukî temsil yetkisinin doğrudan devlet başkanına veya onun tayin ettiği kimseye ait olduğu anlaşılmaktadır.

⁶³ el-Kasâni, VI, 589.

⁶⁴ en-Nevevî, III, 475; eş-Şirbinî, III, 151; er-Remlî, IV, 373-374.

⁶⁵ el-Merdâvî, V, 323-324; İbn Kudâme, IV, 570-571; el-Buhûtî, III, 447; el-Harâşî, V, 291.

SONUÇ

İslam hukukunda, taraflar arasında hukukî temsil ilişkisi doğuran öncelikli unsurun nesep olması sebebiyle evlilik dışı doğan çocuğun velâyeti sorunu, öncelikle evlilik dışılık-nesep ilişkisi olmak üzere hukukî temsil ilişkisinin –nesep ilişkisi dışında- hangi yollardan kurulduğu sorusu çerçevesinde iki aşamada ele alınması gereken bir sorundur. “Evlilik dışı” nitelemesi, ister gayr-i meşru ilişki sonucu ister şüphe/fiilî hata sonucu isterse efendicariye ilişkisi sonucu olsun, evlilik birliğine bağlanamayan çocuklara işaret etmektedir. Ancak İslam hukukunda gayr-i meşru cinsel ilişki sonucu dünyaya gelmiş olduğu hukuken tespit edilemediği sürece, dünyaya gelen çocuğun hukuken sahih/geçerli bir nesep/soybağı ilişkisine (baba-oğul ilişkisine) sahip olduğu hükmü esastır. Dolayısıyla hür kadının –evli ya da bekâr olup olmasına bakılmaksızın- şüpheye dayalı cinsel ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuk ile mülkiyet akdine bağlı olarak cariyenin efendisinden dünyaya getirdiği çocuğun hukukî temsili, geçerli bir nesep ilişkisinin varlığı sebebiyle çocuğun asabesi (baba ve baba tarafından erkek akrabaları) ve annenin efendisine ait olur.

Evlilik dışı gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya gelmiş olması sebebiyle hukuken geçerli bir nesep ilişkisine sahip olmayan çocukların hukukî temsil sorunu ise, İslam hukukçularının hukukî temsile ilişkin belli ilkeler yoluyla oluşturdukları genel çerçevede ele alınmaktadır. Zira klasik İslam hukuku kaynaklarının ilgili bölümleri incelendiğinde söz konusu sorunun, hususi başlık altında ve farklı bir açıklamayı gerektirecek biçimde ele alınmadığı görülmektedir. Şahıs üzerindeki haklar açısından taraflar arasında hukukî temsil ilişkisinin kuruluş biçimine ilişkin genel ilke ise, çocuğu dünyaya getiren annenin aslen hür ya da âzatlı olmasına göre farklılık göstermektedir. Aslen hür kadının evlilik dışı gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuk, “Velîsi olmayanın velîsi, devlet başkanıdır” kuralı gereği, devlet başkanı ya da onun tayin ettiği bir kimse tarafından temsil edilirken; âzatlı kadının gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya getirdiği çocuk, öncelikle velâ ilişkisi yoluyla, anneyi âzat eden kimse tarafından, velâ ilişkisinin kurulmaması durumunda ise, “Velîsi olmayanın velîsinin devlet başkanı olacağı” ilkesine bağlı olarak devlet başkanı tarafından temsil edilmektedir.

Nesep ilişkisi yoluyla kurulmaması durumunda hukukî temsil ilişkisinin, devlet başkanlığı ya da velâ yoluyla kurulacağı yönündeki genel yaklaşıma karşılık Ebû Hanife, evlilik dışı gayr-i meşru ilişki sonucu doğan çocuğun, öncelikle devlet başkanı ya da anneyi âzat eden kimse tarafından değil; sırasıyla anne, annenin erkek ve kadın akrabaları tarafından temsil edileceği fikrini benimsemektedir. Ancak sözü edilen temsil yetkisi, küçüğün şahsı üzerindeki hakların kullanımıyla sınırlıdır.

Malı üzerindeki hukuki tasarruflar açısından ise, evlilik dışı gayr-i meşru ilişki sonucu dünyaya gelmiş çocuk, doğrudan devlet başkanı ya da onun tayin ettiği kimse tarafından temsil edilmektedir.