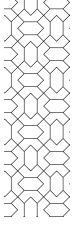


#### CITATION

Amalia ZOMENO, "Kafâ'a in the Mâlikî School: A fatwâ from Fifteenth-Century Fez", *Bozok University Journal of Faculty of Theology [BOZİFDER]*, 16, 16 (2019/16) pp. 197-216.



## MALİKİ HUKUKUNDA KEFÂET: ON BEŞİNCİ YÜZYILDAN BİR FAS FETVASI

Kafâ'a in the Mâlikî School: A fatwâ from Fifteenth-Century Fez

### Amalia ZOMENO

Islamic Law Theory And Practice, edited by Robert Gleave & Eugenia Kermeli, I.B.Tauris Publishers, London. Newyork, 1997, 2001 (page 87-119).

Çev. Ercan ESER

Doç. Dr.,

Çankırı Karatekin Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü.

Assoc. Prof.,

Cankiri Karatekin University Faculty of Islamic Sciences, Department of Basic Islamic Sciences.

ercaneser59@gmail.com, Orcid: 0000-0001-9457-4985.

### GİRİŞ

İslam hukukuna göre, genel olarak rüşd çağındaki erkek, evleneceği eşini seçme hakkına/özgürlüğüne sahiptir. Ancak hukukçuların çoğu kadının kocasını seçemeyeceği konusunda hemfikirdir. Bu hukukçular, kadının babası veya baba tarafından erkek akrabası gibi bir velisinin izniyle eşini seçmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıca, kadının velisi yoksa evlenmek için hâkimin (*qâdî*) iznini alması gerekmektedir.<sup>1</sup> *Velinin*, yani genellikle babanın, temel görevi nikâh akdi esnasında kızını iyi bir şekilde temsil etmek ve ona uygun denk (*küf*) bir koca seçmektir. Evlilikte denklik (*kefâet*) doktrini, erkeğin bir kadın için uygun/denk koca olduğu ilan edildiğinde dikkate alınması gereken yasal koşulları düzenlemeyi amaçlamaktadır.

<sup>1</sup> M. Ebû Zehra, "Family Law", in M. Khadduri and H. J. Liesbesny, eds., *Law in the Middle East* (Washington DC, 1955), 137.

#### KAYNAKÇA

Amalia ZOMENO, "Maliki Hukukunda Kefâet: On Beşinci Yüzyıldan Bir Fas Fetvası", *Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi [BOZİFDER]*, 16, 16 (2019/16) ss. 197-216. **Makale Geliş T:** 07/08/2019 **Kabul T:** 17/10/2019

**Makale Türü:** Çeviri Makale.

Bu doktrin dört Sünni mezhep fıkıhçıları tarafından farklı şekillerde açıklanmıştır.<sup>2</sup> Ferhat J. Ziadeh, İslam hukukunda *kefâet* doktrini çalışmasında, Maliki ve Hanefî mezhepleri tarafından verilen farklı hükümlerin kaynağına özel önem vermiştir. Ziadeh'e göre İmam Mâlik'in (179/795) pratik olarak önem vermediği *kefâet* düşüncesini Ebû Hanîfe (ö. 150/767) büyük oranda geliştirmiştir:

Mâlik'in denkliğe (*kefâ'e*) dayanan toplumsal ayrımları reddetmesi Medine ve Hicaz ortamının böyle farklılıkları geliştirmemesinden kaynaklanıyor. Öte yandan Ebû Hanîfe'nin yaşadığı, daha kozmopolit ve sosyal olarak daha kompleks olan Kûfe ve Irak'ta ise bu farklılıklar şekillenmiştir.<sup>3</sup>

Böylece o, *kefâet* doktrininin kaynağını/temelini oluşturmak için *kefâet*'in Arap geleneğinde çok az, Fars/Sasani geleneğinde ise daha fazla bulunduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>4</sup> Daha sonra, diğer yerlere yayılan bu doktrin başka mezhepler tarafından toplumun ihtiyaçlarına uygun hâle getirilmiş ve başka toplumlarda uygulanmıştır.

Y. Linant de Bellefonds şunu gözlemlemiştir: Bu iki mezhebin farklı görüşleri sadece sosyal sebeplerle haklı gösterilemez, ama aynı zamanda Hanefî hukukunun yetişkin (rüşd yaşında) kadına karmaşık denklik (*kefâet*) doktrini içinde evlenmesi için neredeyse tam bir özgürlük vermesiyle de meşru gösterilebilir.

Bilakis Mâlikî mezhebi, daha az karmaşık olan *kefâet* doktriniyle, kadının uygun bir koca ile evlenmesinin garantörü olarak velinin nikâh akdi esnasında hazır bulunmasını talep eder. Linant de Bellefonds bu bakımdan Mâlikî mezhebindeki denkliğin (*kefâet*) sınırlı doğasının şundan kaynaklandığını düşünür: Bu mezhebin hâlihazırda geliştirdiği

<sup>2</sup> Kefâet doktrininin gelişmesi için bkz. F. J. Ziadeh, "Equality (kafâ'ah) in the Muslim Law of Marriage", *The American Journal of Comparative Law* 6 (1957), 503-17; Y. Linant de Bellefonds, *Traite de Droit Musulman Compare* (Paris/La Haya, 1965) vol. 2, 171-81; Linant de Bellefonds, "Kafâ'a", *EI2*, vol. 4, 421-2 and M. Ebu Zehra, "Family Law", pp. 132-78. M. A. Ajetunmobi, "An Analytical Survey of Kafâ'ah (Equality in Islamic Marriage) at the Dawn of Islam", *Journal of Arabic and Religious Studies* 1 (1984), 86-101.

<sup>3</sup> Ziadeh, "Equality", p. 506.

<sup>4</sup> Arap geleneği soyu, sosyal üstünlük/ayırım olarak kabul etmiş, ancak Ziadeh bu gibi ayrımların/üstünlüklerin *kefâet*'in hukuki düşüncesinin doğmasına sebep olmadığını ifade etmiştir. *Ibid.*, pp. 507-8.

evlilik hükümleri *kefâet* doktrinine ihtiyaç duymadan çiftlerin uygunluğunu kontrol eder.<sup>5</sup>

Ebû Hanîfe'nin öğrencileri tarafından *kefâet* meselesiyle ilgili tesis edilen çışkuyu/heyecanı Mâlikî mezhebinin hiçbir zaman yaşayamadığı açıktır. *Müdevvene*'de<sup>6</sup> okuyabildiğimiz gibi, *haseb* (*soy*) ve *neseb* (*asalet*) bakımından kadından aşağı derecede olan, ancak *dîn* bakımından onunla eşit olan erkekle kadının evliliğinin geçerliliği konusu Mâlik'e sorulur. Kadının bu birleşmeye razı olduğu, ancak velisinin bunu kabul etmediği söylenir. Mâlik'in cevabı açıktır: Otorite (*sultan*), evliliğe izin vermeli ve velinin iddiası kabul edilmemelidir.<sup>7</sup> Diğer taraftan, *kefâet*'in yetersizliğinden dolayı Araplarla *mevâli* arasındaki evlilikler ile bu evlilikleri geçersiz sayanlar hakkında Mâlik'e sorulur. Onun cevabı yine açıktır: Erkeğin ne soyu (*haseb*) ne de *şeref*'inin aşağı derecede olması karısı ile ilgili statüsünü düşürür. Mâlik bu durumlarda şu ayeti delil olarak ileri sürer: “*Muhakkak ki Allah yanında en değerli olanımız, O'ndan en çok korkanımızdır.*”<sup>8</sup> İşte bu, *kefâet* unsurları arasında takdim edilen soy (*haseb*) ve asalet (*neseb*) kriterine karşı Mâlik'in yaptığı tartışmaların temelini oluşturur. Bu konuyla alakalı olarak onun söylediği sözler daima açıktır: “*Bütün Müslümanlar eşittir.*”<sup>9</sup> Aynı şekilde, dindarlık bakımından evleneceği kadına uygun olan ancak maddi (*mâl*) bakımdan ondan fakir olan bir erkeğin durumu Mâlik'e sorulduğunda o, zenginlik niteliğini bir kriter olarak kabul etmez.<sup>10</sup> Bundan başka o, köle ile hür insanın evliliği konusunda hiçbir şey söylememiştir (لم اسمع من مالك فيه شيء).<sup>11</sup> Bu

<sup>5</sup> “Kafâ'a”, *EI2*, vol. 4, p. 422.

<sup>6</sup> Mâlik'in *Muvatta'* adlı eserinde *kefâet* doktrininden bahsedildiğini göremedim.

<sup>7</sup> *el-Mudevvenetü'l-Kubrâ*, 16. vols (Cairo, 1995), vol. 4., p. 13.

<sup>8</sup> *Inne ekramakum 'indeallâhi etkâkum*. Bu ayetin İngilizce tercümesini, *The Qoran* (Oxford, 1938) by A. J. Arberry adlı eserden naklettim. Kökü Arapça olan k-f- kelimesi Kur'an-ı Kerim'de sadece Allah'ın denginin olmadığı anlamındaki ayette (112: 4) yer almaktadır. Linant de Bellefonds şunu söyler: Bu ayet *kefâet* teorileri konusunda değerlendirilmemelidir. Zira bu ayet Allah'ın herkesi davranışlarına göre hesaba çekeceği ahiret hayatı ile ilgilidir. Oysa bu dünya hayatında insanın eşitsizliği kaçınılmazdır. Bkz. Linant de Bellefonds, *Traite*, p. 173.

<sup>9</sup> “أهل الإسلام كلهم بعضهم لبعض أكفاء”, Sahnûn, *Mudevvene*, vol.4, p.14.

<sup>10</sup> *Ibid.*, vol. 4, p. 29.

<sup>11</sup> *Ibid.*, vol. 4, p. 13. Ancak Sahnûn'a (ö. 240/854) göre köle hür bir kadına denk değildir. *Ibid.*, vol. 4., p. 14. *Mudevvene*'deki nikâh bölümünde köleler hakkında geniş bilgi almak için bkz. C. de la Puente, “Esclavitud y matrimonio en *el-Mudevvenetü'l-Kubrâ* de Sahnûn”, *al-Qantara* 16 (1995), 185-208.

cevaplar ışığında şu sonuca varabiliriz: Mâlik, dindarlığı (*dîn*) *kefâet* teorisi için tek uygun kriter olarak düşünmüştür. Bununla birlikte, Mâlikî metinlerindeki müteakip gelişmeler, *kefâet* doktrininin uygulanmasında daha fazla karmaşıklık olduğunu göstermektedir.

Bu çalışmanın maksadı iki yönlüdür. Birincisi, prensip olarak sonraki diğer hukukçular arasında *kefâet* düşüncesinin farklı algılamalarını yansıtan Mağripli Mâlikî kaynaklarda gördüğüm birkaç referansı tanıtmak; ikincisi ise, *kefâet*'in hukuki kavramını açıklayan Ahmed b. Yahyâ el-Vaşişî'nin (ö. 914/1508) *Mi'yâr* adlı eserindeki özel bir durumu, on beşinci yüzyıldaki Fas'ı tahlil etmektir. En önemlisi de bu olayın *kefâet* teorisinin iki yönünün olduğunu açıklamış olmasıdır: Mâlikî evlilik sisteminde *kefâet*'in icra ettiği fonksiyon değişmeden asırlarca devam edegelmiştir. Buna karşın hukukçuların kullandığı hukukî araçlar/elementler ile doktrini oluşturan şeyler, teoride ve pratikte yüzyıllar boyunca önemli ölçüde değişmiştir.<sup>12</sup>

### MÂLİKÎ MEZHEBİNDE KEFÂET'İN UNSURLARI

*Kefâet* konusunu Mâlikî mezhebinde biraz derinliğine ortaya koyan iki eser vardır ki bunlar; Torun İbn Rüşd'ün (ö. 595/1198)<sup>13</sup> *Bidâyetü'l-Müctehid* adlı eseri ile İbn Cüzey'in<sup>14</sup> *Kavânînu'l-Fıkhiyye* adlı eseridir.

Bu doktrin *Bidâyet*'de, velinin niteliklerine hasredilen bölümlerde, özellikle velinin azli bölümünde (*fi azli'l-evliyâ*) tartışılmıştır. İbn Rüşd'e göre, velisinin izni olmadan kadının evlenebileceği konusunda farklı mezhep hukukçuları arasında birlik sağlanmıştır. Bu hukukçulara göre, kadının evleneceği erkek ona denk olur (*kefelehâ*) ve *mehr-i misil* verilirse veli bu evliliğe karşı çıkamaz. Diğer taraftan, şayet veli kadına *mehr-i misil* takdir ederek onu denk bir koca ile evlendirirse kadın da bu evliliğe rıza göstermek zorundadır. İbn Rüşd, hukukçuların *kefâet*'in nasıl değerlendirilmesi gerektiğini anlamaya çalışırken bir başka deyişle,

<sup>12</sup> Ziadeh'in "Equality"de bahsettiği gibi, p. 517.

<sup>13</sup> İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktasid* (Cairo, 1960) vol. 2, 15-17. Ayrıca A. Laimeche'in *La Bidâya: Manuel de l'interprete des lois et traite complet du juriste. Du Mariage at de sa Dissolution* (Algiers, 1926), 52-5, adlı eserinin Fransızca tercümesini kullandım.

<sup>14</sup> İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-Fıkhiyye* (Tunis, 1982).

müstakbel karısına uygun bir erkeği ilan ederken kullanılacak kriterleri belirlemede anlaşmazlıkların ortaya çıktığına dikkat çekmiştir.<sup>15</sup>

İbn Rüşd'den sonra bütün mezhepler *kefâet* kriteri olarak *dîn*'in önemli olduğu noktasında ittifak etmişlerdir.

Buna göre, bir kadın kocasının içki içtiğini (*şâribu'l-hamr*), kazancının haram olduğunu (*mâluhû harâm*) veya çokça boşamaya yemin ettiğini (*huve kesîru'l-halaf bi't-talâk*) iddia ederek hakime müracaat ederse hakim bu evliliği feshedebilir.<sup>16</sup> Ancak mezhepler arasında asalet (*neseb*) ile ilgili ittifak sağlanmamıştır.<sup>17</sup> İbn Rüşd'e göre, Mâlik'in "...*Muhakkak ki Allah yanında en değerli olanınız, O'ndan en çok korkmanızdır...*" anlamındaki ayete (*Hucurât*, 49/13) dayanarak Arap bir kadının Arap olmayan *mevlâ* bir erkekle evliliğini caiz gördüğü çok iyi bilinmektedir (*meşhûr*). İbn Rüşd, mezhepler arasındaki farklılığın şu hadisin yorumundan kaynaklandığını savunur: "*Kadın dört (hâl ve sıfatı) için nikâh olunur; malı için, soyu (neseb) için, güzelliği (cemat) için, dini için. (Ey mü'min, sen bunlardan) dindar olam ele geçirmeye bak. (Eğer dediğimi yapmazsan) iki elin fakirleşir.*"<sup>18</sup> Hadiste geçen son cümlenin yorumu mezhepler arasındaki ayrılığın kaynağını teşkil eder: İmam Mâlik'in bakış açısına göre kadının dindarlığı hariç diğer nitelikleri önemsenmemeli midir? Yoksa Ebû Hanîfe'ye göre, hadiste belirtilen bütün özelliklerin dikkate alınması mı gerekir?

İbn Rüşd, diğer mezheplerin *kefâet* konusunda *haseb* (soy) ve *mâl* niteliklerinin (kriter) *dîn* kadar önemli olduğunu savunduklarını vurgulamıştır.<sup>19</sup> Eşlerin fiziki kusurlarının evlilik akdini bozacağını savunan hukukçular, eşlerin sağlık bakımından da engelli olmamalarını (*sıhha mine'l-uyûb*) *kefâet*'in şartı olarak görmüşlerdir.<sup>20</sup> Mâlikî mezhe-

<sup>15</sup> İbn Rüşd, *Bidâya*, p. 15.

<sup>16</sup> Ibid., p. 16; aynı husus Hanbeli mezhebinde de görülebilir. Bkz. S. A. Sectorsky, *Chapters on marriage and Divorce: Response of Ibn Hanbal and Ibn Râhveyh* (Austian, 1993), 147.

<sup>17</sup> Hanefi fikhında *kefâet*'i oluşturan *neseb* konusunda bkz. Ziadeh, "Equality", pp. 10-11; Linant de Bellefonds, *Traite*, p. 174.

<sup>18</sup> el-Bucârî, *Les Traditions Islamiques*, trans. O. Houdas (Paris, 1943) vol. 3, 552.

<sup>19</sup> İbn Rüşd, *Bidâya*, p. 16. Diğer taraftan Hanefi hukukçular *hasab* (soy) ve *beyt* (aile) niteliklerini din niteliği içerisinde kabul etmişlerdir. Bkz. Ziadeh, "Equality", p. 509.

<sup>20</sup> İbn Rüşd, *Bidâya*, p. 16. Fiziksel kusurlar başka yerde evlilik için önemli bir engel olarak vurgulanmıştır.

bindeki bütün hukukçular, koca şayet kadının statüsüne uygun olarak nafakasını temin edemeyecekse fakirliğin evlilik akdini sona erdirebileceği konusunda birlik sağlamışlardır. Bu yüzden ekonomik statü (*yesâr*) ve maddi servet (*mâl*) *kefâet*'in unsurlarından sayılmalıdır.<sup>21</sup> Diğer taraftan kölelik durumu *kefâet*'in unsuru olarak görülmemelidir. Zira erkek köle ile evlenen kadın köle hürriyetine kavuştuğu zaman evliliğini devam ettirme veya boşanma arasında tercih yapabilir.<sup>22</sup> Sonuç olarak, İbn Rüşd *kefâet*'i açıklarken ona temel olarak, din, zenginlik (*mâl*) ve fiziksel engelli olmama (*sihha mine'l-uyûb*) gibi üç unsuru dâhil etmiştir.

Sekizinci/on dördüncü yüzyılda, İbn Cüzey *Kitâbu Kavânini'l-Fikhiyye* adlı eserinin, nikâh bölümünün ikinci kısmında *kefâet* teorisini, evlilik akdi yapılırken eşlerin yerine getirmesi zorunlu olan niteliklerden (*evsâfu'z-zevceyn*) biri olarak açıklamıştır.<sup>23</sup> Çok iyi yapılandırılmış eserinde İbn Cüzey, *kefâet*'in çiftlerin evlenecekleri zaman sahip olmaları gereken yedi nitelikten (*evsâf*) biri olduğunu savunur. Bunlar da 1. İslam, 2. Hürriyet, 3. Buluş, 4. Rüşd, 5. Kefâet, 6. Sıhhat, 7. İhramlı olmamaktır. Bundan başka Müslüman ve hür olmak İbn Cüzey'in eserinde eşler arasında aranan niteliklerden beşincisi olan *kefâet* unsurları içerisinde yer almıştır.<sup>24</sup> Bu nitelikler de 1. İslam,<sup>25</sup> 2. Hürriyet, 3. Güzel ahlak (*salih*), 4. Zenginlik (*mâl*), 5. Fiziksel engelli olmamaktır (*selâmetu'l-halk mine'l-uyûb*).

Bir erkeğin Müslüman kadınla evlenmesi için Müslüman olması ön şarttır. Gerçi İbn Cüzey, “dindarlık”, “dürüstlük”, “iyi davranış” şeklinde tercüme edilebilen *salâh* kavramını kullanmış olsa da bu, eşlerde bulunması gereken *dîn* niteliği ile doğrudan ilgilidir.<sup>26</sup> İbn Cüzey, zenginlik (*mâl*) ile ilgili olarak şuna işaret eder: Kadının evleneceği kocasının maddi varlığı evlilik birliğini belirlememelidir. Ancak koca, kadının

<sup>21</sup> Ayrıca bkz. Ziadeh, “Equality”, p. 512; Linant de Bellefonds, *Traite*, p. 176.

<sup>22</sup> İbn Rüşd, *Bidâya*, p. 16.

<sup>23</sup> İbn Cüzey, *Kavânin*, p. 202.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Hanefi mezhebinde, *kefâet*'in bir unsuru olarak İslam, en azından üç neslin İslam'a girmiş olması demektir. Bkz. Ziadeh, “Equality”, p. 11; Linant de Bellefonds, *Traite*, p. 175.

<sup>26</sup> Linant de Bellefonds Hanafi kaynaklarında *diyânet* kavramıyla yer alır. “Kişinin dindarlığı ve ahlaki vasfı bir bütündür, bunlar fıkıhta birbirinden ayırt edilemez niteliklerdir.” *Traite*, p. 176

haklarını (*hukûk*) yerine getirmeye güç yetiremezse kadın evlenmekten vazgeçebilir.<sup>27</sup> Kocanın fiziki engelli olması konusunda o, şöyle demiştir: Fiziki engeller kadına boşanma hakkı verir.<sup>28</sup> İbn Cüzey'e göre soy (*haseb*) veya asalet (*neseb*) bakımından evlenecek çiftler arasındaki farklılıklar bir önem ifade etmez. O, sonunda kocanın düşük meslek sahibi olmamasını (عدم الحرفة الدنية) şart koşan Şâfiî'nin görüşünü reddeder.<sup>29</sup> Bu bakımdan, İbn Cüzey'in saydığı beş nitelikten üçü (İslam, hürriyet ve sıhhat) evlilik için zorunlu şart olarak kabul edilmiş, diğer iki nitelik (zenginlik ve iyi ahlak sahibi veya dindarlık) ise, *kefâet* için şart kılınmıştır.

Bu iki fıkıh kitabı, *Bidâyetü'l-Müctehid* ve *Kitâbu'l-Kavânî'l-Fıkhiyye*, *kefâet* doktrininin teorik açıdan açıklamıştır. Her iki eserde de müellifler araştırdıkları ahkâm hadislerle göre sadece birkaç niteliği dâhil ederek veya göz ardı ederek açıklanabilen geniş kapsamlı görüşü benimsemişlerdir. Bu iki eser, aynı zamanda İslam hukukçuları tarafından *ihtilaf* kitapları olarak da adlandırılır ve bu gerçek, *kefâet* konusunun daha kapsamlı çözümünü izah edebilir.

*Furû'* ile ilgili diğer iki eserde *kefâet* doktrininin çok farklı algılamaları yer almaktadır. *Muhtasar*<sup>30</sup> adlı eserinde Halîl b. İshâk el-Cundî (ö. 776/1347), *evlenecek çiftlerin denkliği konusunda salih olmalarını ve fiziksel engellerinin bulunmamasını esas almıştır*.<sup>31</sup> *Kızım fakir bir kimse ile evlendirmek isteyen kocasına karşı alışılmadık bir şekilde anneye hakime müracaat etme hakkını vermiştir*.<sup>32</sup> *Halîl'in, hür bir erkeğin hür bir kadına*

<sup>27</sup> Anladığım kadarıyla *hukûk* nafaka ve mehir (*sadkq*) anlamına gelir.

<sup>28</sup> İbn Cüzey eskimiş (*damîm*) veya eli ayağı tutmaz (*haram*) adamlarla nikâh akdi yapmayı, kınanması gereken akit olarak değerlendirir. Ancak güzelliğin (*cemâl*) koşul özelliğ olmaması gerektiğini söyler; zannedirim ki o, kocanın kalıcı bedenî engellerine işaret eder. İbn Cüzey, *Kavânî'nin*, p. 202.

<sup>29</sup> Hanefî mezhebine göre kocanın iş adamı (tüccar) olma meselesi yoğun tartışmalara sebep olmuş ve onun kararlılığı zamanla önemli ölçüde değişmiştir. Bkz. Ziadeh, "Equality", pp. 12-4; Linant de Bellefonds, *Traite*, p. 75, ayrıca bkz. R. Brunschvig, "Metiers vils en Islam", *Studia Islamica* 16 (1962), 41-60.

<sup>30</sup> G. H. Bousquet, *Abrege de la Loi Musulmane selon le Rite de'nin l'Imâm Mâlek* (Paris/Algeirs, 1958), 28-9 adlı eserinin Fransızca tercümesini kullandım, yine I. Guidi and Santillana'nın, *II "Muhtasar" o Sommario del diritto Malechita di Kahlîl b. İshâq* (Milan, 1919), vol. 4, p. 17 adlı eserinin İtalyanca tercümesini kullandım.

<sup>31</sup> *el-Kefâ'a ed-dîn ve'l-mâl*. Bousquet tercüme eder: "la foi et l'etat moral et physique". Santillana ve Guidi aynı manayı anlar.

<sup>32</sup> Bu, aynı zamanda Sahnûn'un *Müdevvene* adlı eserinde yansıtılan İbnu'l-Kâsım'ın gö-

denk olduğu şeklindeki görüşünün dâhil olduğu, böylece Sahnûn'un görüşünün yansıtıldığı kefâet için kriter olarak kullanılan diğer elementler; *Muhtasar*'da ele alınmıştır.<sup>33</sup> O, yine asıl kökenli olmayan (*gayru şerîf*) erkeğin asalet sahibi bir kadına denk olmadığına hükmetmiştir. İbn Kâsım (ö. 829/1426) ise *Tuhfe* adlı eserinin *velâyet* bölümünde herhangi bir ayırım yapmaksızın kefâet'in fonksiyonundan bahsetmiştir.<sup>34</sup>

Aynı şekilde, vesikalar (*vesâik*) veya şartlarla (*şurût*) ilgili birçok eserde kefâet kavramına referansların olduğu görülmektedir. Örneğin, (ve-  
linin değil de) vasî'nin yaptığı evlilik akdine has kılınan çalışmada İbn Attâr (ö. 399/1009) şunu ifade etmiştir: Evlilik akdinde şahitlik yapanlar kocanın fiziksel ve ekonomik şartlarının uygun olup olmadığını araştırmak ve karar kılınan mehrin mehr-i misil olduğunu garanti etmek zorundadırlar.<sup>35</sup> İbn Muğîs (ö. 459/1067)<sup>36</sup> ve daha sonra Ebû İshâk el-Garnâtî (ö. 579/1183)<sup>37</sup> bu iki kriteri (*el-kefâe fi'l-hâl ve'l-mâl*) dikkate almıştır. İbn Muğîs, *dinî* kriteri kefâet olarak ilave eden İbn Mâcuşûn'dan (ö. 164/781)<sup>38</sup> aktarımda bulunmuştur.

Yine kefâet'in evlilik akdinin sıhhat şartlarından biri olup olmadığı konusunda farklı kanaatler bulunmaktadır. İbn Cüzey, kefâet sadece evliliğin istikrarlı olmasını sağladığını, kefâet'in şartları oluştuğunda evliliğin feshedilemeyeceğini düşünmektedir.<sup>39</sup> Ancak, Mâcuşûn ve el-

rüşüdüdür. *Mudevvene*, vol. 4, p. 5.

<sup>33</sup> Yukarı bkz.

<sup>34</sup> *Traite de Droit musulman: La tohfat d'Ebn Acem*, trans. O. Houdas and F. Martel (Algiers, 1882) 190-1.

<sup>35</sup> İbn el-Attâr, *Kitâbu'l-Vasâik ve's-Sicillât*, ed. P. Chalmera and F. Corriente (Madrid, 1983), 2. Ancak el-Sicilmâsî, *A'mâlul-Fâsî* konusunun yorumunda kitapçığında sunduğu modellerden herhangi birinde göremediğim referansta Mâlik'i otorite olarak göstererek *hâl ve dîn* kriteri ile birlikte İbn Attâr'ın görüşünü yinelemiştir. Bkz. Henry Toledano, *Judicial Practice and Family Law in Morocco: The chapter on Marriage from Sicilmâsî's el-'Amalu'l-Mutlak* (Boulder, 1981), 91.

<sup>36</sup> İbn Muğîs el-Tulaytulî, *el-Muğnî fi 'İlmi's-Şurût*, ed. F. J. Aguirre Sadaba (Madrid, 1981), 2. Evlilik hakkındaki bölümler S. Vila tarafından İspanyolcaya şu adla tercüme edilmiştir: "Abenmoguit: formulario Notarial", *Anuario de Historia del Derecho Espanol* 8 (1931), 5-200.

<sup>37</sup> Ebû İshâk el-Garnâtî, *el-Vesâiku'l-Muhtasara*, ed. Mustafâ Nâcî (Rabat, 1987), 20.

<sup>38</sup> İbn Muğîs, *el-Muğnî*, p. 2. İbnü'l-Mâcişûn'un görüşü 'amal şerhinde kaydedilmiştir; bkz. H. Toledano, *Judicial Practice*, p. 91.

<sup>39</sup> İbn Cüzey, *Kavânin*, 202-3. Bkz. Linant de Bellefonds, *Traite*, pp. 173-4.



Mâtîti'ye göre *kefâet* nikâhın şartı (*şartu'n-nikâh*) olarak kabul edilmiştir ve böylece mahkemelerin uygulamalarında öyle kalmıştır.<sup>40</sup>

Bu hukuki hükümlerin seçiminden açıkça ortaya çıkıyor ki, sonraki dönem Maliki fıkıh kitapları *kefâet* doktrininin değerlendirilmesinde dâhil olunması gereken teorik kriter ile ilgili çok az birlik sağlandığını gösteriyor. Bu farklılıklar aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

1. Müdevvene'de Mâlik'e göre sadece dindarlık.
2. İbn Mâcûşûn ve İbn Rüşd'e göre dindarlık, sağlık ve fiziksel engelli olmamak.
3. İbn Cüzey'e göre dindarlık ve zenginlik.
4. Halîl'in *Muhtasar* adlı eserine göre dindarlık, sağlık ve fiziksel engelsizlik.
5. Bu görüşü İbn Kâsım'a<sup>41</sup> isnad eden el-Mâtîti,<sup>42</sup> Ebû İshâk el-Garnâtî,<sup>43</sup> İbnu'l-Attâr ve İbn Muğîs'e göre ekonomik ve fiziki şartlar (*el-hâl ve'l-mâl*). Mahkemelerin uygulamaları (*amal*) bu modeldir ve genelde *kefâet* düşüncesi ile ilgilidir. Hatta bu görüş Mâlikî, mezhebinde iki önemli otorite olan Halîl ve Mâlik tarafından benimsenmemiştir.<sup>44</sup>

### ON BEŞİNCİ YÜZYILDA BİR FEZ OLAYI

Ahmed b. Yahya el-Vanşirîsî (ö. 914/1508) Batı İslam Dünyasındaki yaklaşık 6000 fetvayı bir araya getirerek bunları fıkıh konularına göre tasnif etmiştir.<sup>45</sup> Amacı, zamanının tüm hukuki hükümlerini ve erişil-

<sup>40</sup> Bu meselede bkz. Toledano, *Judicial Practice and Family Law*, pp. 89-90.

<sup>41</sup> İbn Kâsım'ın bu görüşünü Müdevvene'de görmedim, ancak el-Abdûsî, Sicilmâsî ve İbn Râşîd'e göre *Kitâbu-Lübâb el-Lübâb* p. 89'da bu görüş Mâtîti tarafından ona isnad edilir.

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. Toledano, *Judicial Practice and Family Law*, pp. 89-90.

<sup>43</sup> Abdûsî tarafından aktarılmıştır. Aşağıya bkz.

<sup>44</sup> Bkz. H. Toledano, *Judicial Practice*, p. 91.

<sup>45</sup> Bu çalışma *el-Mi'yâru'l-Mu'rib ve'l-Câmi'l-Mağrib an Fatâvâ Ehl-i Ifrikiya ve'l-Endülüs ve'l-Mağrib*, ed. M. Hâjji et al. (Rabat/Beirut, 1981-3) adlı eserdir. Bu hukukçunun hayatı ve çalışmaları konusunda daha fazla bilgi şurada bulunabilir: F. Vidal Castro, Ahmad al-Wansarîsî (m. 914/1508): Principale aspectos de su vida', *al-Qantara* 12 (1991) 351-62; Vidal Castro, "Las obras de Ahmad el-Vansirîsî (m. 914/1508): Inventario analítico", *Anaquel de Estudios Arabes* 3 (1992), 73-112 and Vidal Castro, "el-Mi'yâr de al-Wansarîsî (m. 914/1508), I: Fuentes, manuscritos, ediciones, traducciones", *miscelanea de Estudios Arabes y Hebraicos* 42-3 (1993-4), 317-61. E. Amir tarafından yapılan "La Pierre de touche des Fetwas de ahmad al-Wanscharîsî (Choix de consultations juridiques des faqîhs du Magreb, traduites et analysees) meşhur bir seçim

mesi zor eserlerde dağınık hâlde bulunan önceki ulemanın meselelerini bir araya getirerek yararlı bir eseri ortaya koymaktır /derlemektir.<sup>46</sup> Bu çalışma/eser Kuzey Afrika ve Endülüs'te ekonomi, sosyal ve hukuk tarihi alanındaki çalışma için temel bir kaynaktır.<sup>47</sup>

Ancak, *kefâet* konusunu ele alan fetvalar *Mi'yâr*'da sınırlı sayıdadır. Bunlar arasından özellikle konu ile uygun olan Fez'den bir fetva seçtim. Bu fetva bildiğim kadarıyla *kefâet* meselesini sadece *müstefî*'nin sorusunda değil *müftî*'nin cevabında da temel problem olarak açıklayan tek olaydır. Bu fetva, *kefâet* teorisinin gelişimine dâhil olan bütün hususları, diğer fetvalar ise sadece yüzeysel olarak bahsedilen hususları kapsar. Bundan başka, bize hukuki uygulamayı daha derinlemesine çalışma imkânı veren *kefâet*'in özel bir durumu hakkında da bir dizi soru üretir.

Seçtiğim *fetva* on beşinci yüzyılın ilk yarısında Fez'e dayandırılabilir.<sup>48</sup> Bir soruya cevap veren *müftî* 1443-46 yılları arasında vefat etmiş, zamanının en meşhur Kuzey Afrikalı figürlerden biri olan Ebû Abdillâh Muhammed el-Abdûsî'dir. O, Faslı önemli bir aile olan Benû Mu'tî'ye mensuptur. Karaviyyîn Camii'nde müftülük, hayatının son yıllarında

bulunmaktadır, *Archives Marocaines* 12 (1908); 13 (1909). Ayrıca meşhur Hady Roger İdris'in *Mi'yâr*'daki evlilik konusundaki eserleri "Le mariage en Occident Musulman d'après un choix de Fetwâs medievals extraites du Mi'yâr d'al-Wansharîsî", *Studia Islamica* 32 (1970), 57-67; *Revue de l'Occident Musulman et de la Méditerranée* 12 (1972), 45-62; ROMM 17 (1974), 71-105 ve ROMM 25 (1978), 119-38. Yine bkz. V. Lagardere'nin *Mi'yâr*'dan büyük miktarda seçilen fetvalarla birlikte monografisi, *Historie et societe en Occident musulman au Moyen Age: Analyse du "Mi'yâr" d'al-Wansharîsî* (Madrid, 1995).

<sup>46</sup> Vanşirîsî, *Mi'yâr*, vol. I, p. 1. Vanşirîsî'nin eseri *Mi'yâr*'a yaptığı kısa bir giriş E. Amar tarafından Fransızcaya çevrilmiştir. "La Pierre des Touches de Consultations juridiques", *Archives Marocaines* 12 (1908), XI-XIII.

<sup>47</sup> Gerçek şu ki, gerçek meselelerden doğan başlıca fetvalar hukukçuların fikirlerinin dışında bana göre Wael B. Hallaq tarafından "Form Fetwâ to Furû"da yeterince desteklenmiştir: Growth and Change in İslamic Substantive Law", *İslamic Law and Society* 1, 1 (1994), 31-9. Sosyal ve hukuk tarihi için bir kaynak olarak fetvalara teşvik edici yaklaşım için bkz. David S. Powers, "Fetwâs as Sources for Legal and Social History: A Dispute over Endowment Revenues from Fourteenth-Century Fez", *al-Qantara* 11 (1990), 295-341.

<sup>48</sup> Fetva, *Mi'yâr*'ın üçüncü cildinde yer almaktadır (pp. 84-86). Tamamen evlilik meselelerine (*navâzil el-nikâh*) hasredilmiştir. Hady Roger İdris bu fetvanın kısa bir özetini burada vermiştir: "Le mariage en Occident Musulman. Analyse de Fatwâs medievals extraites du "Mi'yâr d'al-Wansharîsî", ROMM 17-18 (1974), 75.

ise hatiplik yapmıştır. O, Vanşirîsî'nin efendilerinden bir efendidir ve bazı fetvaları *Mi'yâr*'ın içerisinde yer almıştır.<sup>49</sup>

Gerçekte bu özel durum (*kefâet* meselesi), iki fetvada tartışılmıştır. İlk cevabında *müftî* davacılar tarafından temin edilen dökümanda şeffaflığın olmamasından şikâyetle bulunmuş; ikinci soruda, bu konu müsteftî tarafından netleştirilmiş ve sonuç olarak başka bir cevap istenmiştir.

Bu iki fetvanın yazılış ve ortaya çıkış şekli, beni bu fetvanın önemli olarak dikkate alınabileceği düşüncesine götürmektedir.<sup>50</sup>

### İlk Soru

el-Abdüsî'ye, işlerini düzgün yapan dürüst, sağlam ve cömert bir tüccar hakkında soru soruldu. Bu şahıs ve onun sülalesi/ataları bir süre önce Kaysî *nisbeti* almıştır.<sup>51</sup> O, Berberi Avraba kabilesinden bir kadına evlenme teklifinde bulunur.<sup>52</sup> Müsteftînin açıkladığı gibi Berberi kabilesinden olmasına rağmen, kadının ailesi hatiplik görevini sürdüren kişilerin neslinden olmakla (*illâ enne ehlehâ min nâsi'l-hutabâ*) övünmektedir ve kadının babası öğrencidir (*tâlib*). Onlar Tâzâ kasabasının (Fez'in başkenti Marinid'e yakındır) en eski ailesidir. Kadın bekârdır ve muhtemelen de yetimdir. Çünkü o, vasîlik görevini yürüten kardeşinin vesâyeti altındadır. Kadının kardeşi, kadını tercih ettiği erkekle evlendirmeye ve mehrin ne kadar olacağına karar vermeye hak sahibidir. Erkek kardeş, kız kardeşinin rızasıyla<sup>53</sup> onu bir tüccarla evlendirmeye

<sup>49</sup> Onun biyografisi ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Ibn al-Qâdî, *Jadhwat al-iqtibâs fi dhikr man halla min al-a'lâm madîna Fâs* (Rabat, 1974) vol. 2. 425; Mahlûf, *Şecerâtu'n-Nûri'z-Zekiyye fi Tabakâti'l-Mâlikiyye* (Cairo, 1350) vol. 1, 255; Ahmad Bâbâ, *Neylu'l-İbühâc bi-Tahrizi'l-Dibâc* (Beirut, n.d.), 157-8; Fernando R. Mediano, *Familias de Fez (ss. XV-XVII)* (Madrid, 1995), 203-7.

<sup>50</sup> Önemli bir fetva da şudur: "the question and answer are preserved more or less in tehir original form and content", bkz. Wael B. Hallaq, "From *Fatwâs* to *Furû*", p. 2. Ancak *Mi'yâr*'daki fetvaların tümü 'önemli' olarak kabul edilemez. Bu fetva kitabı üzerinde yapılan çalışma ve yazarın fetvaları bir araya toplama usulü, ileride takip edeceğim çalışmalardan biridir.

<sup>51</sup> Bu kabile hakkında bkz. A. Fischer, "Qais-'Ailân", *EI2*, pp. 692-8.

<sup>52</sup> P. Morizot, "Awerba", *Encyclopedie Berbere*, vol. 8, pp. 1192-6.

<sup>53</sup> el-Vanşirîsî, *Mi'yâr*, vol. 3, p. 84: *min fusûli-hi an yazawwiju-hâ mimman yarâ wa-bî-mâ yarâ*. O hüküm, bekâr kızı içerince kızın babası kızın rızasını almadan evlendirilebilir. Vasî'yi içerdiğinde, kızın buluş yaşına gelmesini beklemek ve onun rızasını almak zorundadır. Bkz. İbn Ebî Zeyd Kayravânî, *La Risâla ou Eptre sur les elements du dogmae et de la loi de l'İslâm selon le rite mâlikite* 5 th ed., ed. and trans. Leon Berc-

karar vermiş ve normal mehir (*mehr-i misil*) veya daha yüksek miktarda bir mehir belirlemiştir. Ancak kadının üzerinde vesâyet hakkı olmayan diğer kardeşleri kocanın kadına denk olmadığını (الرجل ليس بكفء لها/*er-recul leyse bi-kuf'in lehâ*) ileri sürerek bu evlilik akdini feshetmek istemişlerdir. Bir hukukî doküman (*rasm*) hazırlamışlar, ancak o dokümanın içerisinde İslam hukukuna (*şerîa*) göre evlilik akdini feshetme hakkında detaylı bilgiye yer verilmemiştir. Vasî ve vesâyeti altındaki kişi, gelin adayının zengin olmadığını dikkate alarak evlilik akdinin sahih bir şekilde yapıldığını iddia etmiştir. Buradaki sorun şudur: “*Kefâet*’in olmamasından dolayı evlilik akdini feshetmek isteyenlerin görüşü dikkate alınmaz mı?”<sup>54</sup>

Karşılaştığı hukuki problemin çözümünü bilmek isteyen herhangi birinin *müsteftî* olabileceği söylenir; ancak uygulamada *müsteftî*, fetva vermeden önce hukukî otoriteye danışma ihtiyacı duyan yahut hukuki uygulamada tereddüt gösteren bir hukukçudur. Öyle inanıyorum ki bu olayda *müsteftî* bir hâkimdir. İddiasını tasvir ederken şöyle düşünmüştür: Müftü, denklik (*kefâet*) davasında göz önünde bulundurması gereken tüm hukuki meseleleri dikkate almıştır. Bir başka ifadeyle; evli çiftlerin davayı tanımlaması, velinin yerini vasînin alması (bunun için kadının rızası gerekir) ve sahih bir mehirin olması gibi hususlar denklik (*kefâet*) olayında müftünün dikkate alma ihtiyacı duyacağı bütün hukuki sorunlardır.

Bu konuda ortaya çıkan diğer bir soru da davacıların *kefâet*’in olmadığına inanmalarının gerekçesi konusunda yazılı bir dilekçeyi mahkemeye sunmak zorunda olmalarıdır.

### Abdûsî’nin Cevabı

Abdûsî’nin fetva metni iyi düzenlenmiştir. Analizler için soruyu beş meseleye ayırdım (metinde bu husus izlenebilir):<sup>55</sup>

1. İlk olarak açık ve doğru bir ifade kullanır. “Şayet koca, belirtilen nitelikleri (*avsâf*) haiz olursa *kefâet* sahih kabul edilir. (فهي كفاءة صحيحة) (معتبرة)

her (algeiers, 1968), 171-3.

<sup>54</sup> el-Vaşşirisi, *Mi’yâr*, vol. 3, p. 84.

<sup>55</sup> Ibid., vol. 3, pp. 84-5.

2. Kullandığı ifadede hukuki otoritelerden de söz eder: İbn Kâsım'a göre, *kefâet* fiziki ve ekonomik şartları (*fi'l-hâl ve'l-mâl*) dikkate alarak düşünülmelidir. Mahkemelerin içtihatları ve uygulamaları kanunları buna göre uygular (*bihi'l-kadâ ve aleyhi'l-a'mâl*).<sup>56</sup> Bu görüş Ebû'l-Hasan el-Matîti<sup>57</sup> ve diğerleri tarafından da paylaşılır. Kâdı mezhebin kabul görmüş meşhur görüşünü<sup>58</sup> veya halk arasında dinî ve ilmî güvenirliliği olan kimselerin (*bi-mâ madâ'l-'amal mine'l-mevsûk bi 'ilmihim ve dînihim*)<sup>59</sup> uygulamalarını dikkate almadan hüküm vermemelidir.

3. el-Abdûsî'nin fikrine göre, nesep dikkate alındığında hiç şüphe yok ki, Arapların Berberilerden daha üstün olmaları (*al-'arab afdalu mine'l-barbar*) dolayısıyla Kaysî Arap soyundan olan bir erkekle Avra-ba kabilesinden Berberi bir kadın birbirine denktir. Müftînin bilgisi doğruysa ekonomik (*mal*) kriter de şunu göstermektedir: Kadın orta derecede mala sahip olmadığı için erkek kadına denktir.

*Nesep*, müsteftînin eşler arasındaki uyumsuzluğu tasvirinde kuvvetle vurguladığı kriterdir. Bana göre şuna vurgu yapılmıştır. Mâlikî mezhebinde nesep kabul edilen bir kriter olmadığı hâlde müftü nesebi önemli görmez, ancak onu dikkate alır. Nesep kriterinin bu görünümü, siyasi ve sosyal<sup>60</sup> durumun bir yansıması olarak Mâlikî teorisinin *kefâet* konusundaki genel anlamını değiştirebileceği şeklinde yorumlanabilirdi.

4. *Sümme* edatını kullanarak müftî, vurguyu davacıların yaptıkları

<sup>56</sup> Daha sonra H. Toledano, *Judicial Practice*, p. 90'da olduğu gibi 'Amal'da da yansıtılmıştır.

<sup>57</sup> Ebû'l-Hasan 'Alî b. Abdillâh b. İbrâhîm el-Ensârî, el-Matîti (ö. 570/1174) olarak bilinir, *Şurût* adlı eserin müellifidir. Bu eserin asıl adı *en-Nihâye ve't-Tamâm fi Ma'rifeti'l-Vasâik ve'l-Ahkâm*'dir. El Escorial da basımı yapılmamış duruyor. Bkz. M. Garcia-Arenal, "Algunos manuscritos de *fiqh* andalusies y norafiafricanos pertenecientes a la Real Biblioteca de El Escorial", *al-Qantara* 1 (1980), 13. Onun biyografisi hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ahmad Bâbâ, *Nayl*, p. 99; Majlûf, *Shajarat*, p. 163.

<sup>58</sup> *Meşhûr* kavramı konusunda açıklama için bkz. İbrahim b. 'Alî b. Ferhûn, *Keşfu'n-Nikâb el-Hâci min Mustalah İbnu'l-Hâcib*, ed. Hamza Abû Fâris and 'Abdu's-Selâm eş-Şerîfe (Beirut, 1990), 62 ff; yine bkz. Wael B. Hallaq, "Murdewr in Cordoba: *Ijtihâd, İftâ'* and the Evolution of Substantive Law in Medieval Islam", *Acta Orientalia* 55 (1994), 55-83, note 2.

<sup>59</sup> el-Vanşirîsî, *Mi'yâr*, vol. 3, p. 84.

<sup>60</sup> Arap soyunun yeniden değerlendirilmesini yansıtan bu siyasi durum konusunda detaylar için, bkz. H. L. Beck, *L'image d'Idris II, ses descendants de Fâs et la politique Sharîfienne de sultans marînides (656-869/1258-1465)* (Leiden, 1989) and M. Garcia-Arenal, "The Revolution of Fâs in 869/1465 and the Death of Sultan 'Abdu'l-Hakk el-Marîni", *BSOAS* 41, 1 (1978), 43-66 .

rı şahitlik problemine kaydırmıştır. Çünkü bu evliliğin geçerliliğine karşı çıkanlar fikirlerini genel kavramlarla (*ecmelû vechi zâlike*) açıklamışlardır. Ancak bir açıklama talep edilmiş ve şahitlerin *kefâet*'in olmadığını nasıl anladıklarını açıklamaları zorunlu kılınmıştır. Aslında, el-Abdûsî'ye göre, sonraki dönem hukukçular (*muta'ahhirûn*) örneğin İbn Ziyâd'ın *Ahkâm*'ı<sup>61</sup> ve diğer kaynaklarda olduğu gibi, genel ifadelerle (*icmâl*) yapılan açıklamayı kabullenmeleri hususunda zaten sorgulanmıştır. el-Abdûsî tarafından ilave edilen hukukçular arasındaki bu farklılıklar, sadece yazılı şahitliğin kabulünü sorgulamada değil, aynı zamanda kocanın *kefâet* niteliğinden yoksunluğunu açıklarken, şahitlerin güvenilirliği ve görüşlerinin kuvvetliliğinde de ortaya çıkmaktadır. el-Abdûsî, ilim sahibi olmayan ancak ilim sahibi olduğunu iddia eden bir çok kişinin cahil olduğu konusunda şikâyetle bulunmaktadır.

Bana göre, yaşadığımız çağ/zaman göz önüne alındığında, bu meselede bir farklılık olmaması gerekir. Bu yüzden, *kefâeti* şahitlere sormaktan ve şahitlerin de *kefâetin* neden olmadığını düşündüklerini izah etmekten başka bir yol yoktur (*ve'l-vâcib istihsârühum 'an vechi 'adami'l-kefâ'a*).<sup>62</sup>

5. Son olarak, el-Abdûsî bir olayda ortaya çıkabilecek hukuki ihtimalleri varsayan bazı şartlı cümleler kullanmıştır: “Hangi sebep için olursa olsun şayet şahitler kendi pozisyonunu bildirmezlerse (çünkü şahitler ölmüş veya kayıp olabilir yahut şahitlik yapmaları mümkün olmayan kimseler olabilir), onların şahitlikleri geçersiz sayılacaktır.” Bilakis onlar daha özel şahitlik yaparlarsa örneğin kocanın sarhoş (*sekîr*) olduğuna veya dinen haram/yasak bir fiil işlediğine yahut hukuka göre *kefâet*'i sınırlayan herhangi başka faktöre şahit olurlarsa (bu örnek kocanın dindarlığının zayıf olduğunu açıkça gösterir), o zaman pozisyonunu savunmak için *veliye* vasıtalar verilmelidir. Şayet savunma gösterilemezse, evlilik geçersiz olur. Şahitler *kefâet*'le ilgili kocanın statüsünde

<sup>61</sup> Ahmed b. Muhammed b. Ziyâd'a (ö. 312/924-5) referans. Onun biyografi yazarı Abû Fadl 'Iyâd, *Tertibu'l-Madâri ve't-Takrîbi'l-Mesâlik li-Ma'rifeti A'lâm Mezhebi Mâlik* (Rabat, 1983), vol. 5, 189, *al-Ahkâm* adlı eserden hiç bahsetmemiştir. Bu konudaki görüşleri, İbn Mughith'te (p. 40) ve velilerin kocanın denkliğine karşı iddialarını desteklemek için delil ileri sürdükleri es-Sicilmâsî'de, (H. Toledano, *Judicial Practice*, pp. 68-9) aktarılmıştır.

<sup>62</sup> el-Venşîrîsî, *Mî'yâr*, vol. 3, p. 85.

bir değişiklik olmadığını iddia ederlerse evlilik akdi geçerli olmaya devam eder.

### Ona Tekrar Soruldu

el-Vaşırisî, bu meseleye/konuya devam edilmesinin ardından el-Abdûsî'ye aynı hukuki problemle ilgili sorulan ikinci soruyu derlemiştir. Bu ikinci soru daha fazla teknik, detaylı, aktüel ve daha çok sosyal realiteye odaklı bir sorudur. Evli çiftin tanımı daha kısadır (neredeyse mevcut değil) ve sadece zorunlu bilgiyi ihtiva etmektedir. Müstakbel koca, okuduğumuz gibi, erkek kardeşinin vesâyetinde olan ve bu sorumluluğu babaları adına tutan bir kadının yardımını isteyen genç bir tüccardır (*veled bâliğ tâcir*). Bundan dolayı o, kız ergenlik çağına gelmeden veya geldikten sonra o erkekle evlendirir. Vasî evliliğe karar verir ve evlilik akdini yapar.

Bu böyle olunca, *musteftî* bu durumda el-Abdûsî'nin talebine cevaben kadının diğer kardeşlerinin iddialarını gösterir ve onların kendi ifadelerini şöyle nakleder: “Biz bu evlilikle küçük düşürülürüz, kardeşimizin o erkekle evlenmesine müsaade etmeyiz, çünkü onun nesebini (soy) bilmiyoruz. O bizim için uygun bir eş değildir.”<sup>63</sup> Bu dilekçede *musteftî* şunu ekler: O beldenin fakihleri (*fukahâ*) ve salih insanları (*sulehâ*) *kefâet*'te şart olan soyluluk, nesep ve dindarlık gibi üç hususta erkeğin kadına denk olmadığına (*gayru kufin lehâ fi hesebihâ ve nesebihâ ve dînihâ*) şahitlik edip dilekçede bunu vurgulamışlardır. Ayrıca, bu evliliğe kesin karşı olduklarını ifade etmişlerdir. Onların arzusu ilk kardeşin yaptığı evlilik akdini geçersiz kılmaktır. Ayrıca iddialarının duyulup duyulmadığını tekrar sorarlar.

### İkinci Soru

İkinci soruya ve içinde sunulan delile rağmen el-Abdûsî cevabını önemli ölçüde değiştirmez ve erkeğin karısına denk olup olmadığına karar vereceği zaman şahitlerin zorunlu olarak akıl baliğ olmaları konusunda ısrarcı olur.

<sup>63</sup> *'Alaynâ fi dhâlika, fa-lâ nuzawwiju-hâ li-anna-nâlâ na'rîf nasabahu, wa-lâhuwa kufun la-nâ, İbid.*

### KEFÂET'İN FONKSİYONU

Mâlikî hukukundaki *kefâet* doktrini velinin rolünü kontrol etme fonksiyonuna sahiptir. *Kefâet* konusu her zaman hukuki tezlerde *velâyet* hukukuna tahsis edilen/hasredilen bölümlerde eşlerin birbirlerine denkliği konusuna dâhil olur. İmam Mâlik'e isnad edilen ve Granada Müftüsü Ebû Saîd b. Lübb'ün (ö. 782/1381) konuyu güzelce açıkladığı fetvalarının birinde bahsettiği bir hükmü gördüm: Evlilikte velinin hazır olmasının maksadı denkliği (*kefâet*) garanti etmektir (*el-kasdu fi'l-vilâya fi'n-nikâh en-nazaru fi'l-kafâ'e*).<sup>64</sup>

Böylece velinin, kızın veya vesâyeti altındaki çocuğun evlilik akdi yapılırken çocuğun ve ailesinin menfaatini dikkate alacağı ve bu çıkarlarla anlaşmaya varmayı başarmak zorunda olduğu açıktır. Evlilik öncesi gerekli olan bu süre hukuki metinlerde<sup>65</sup> göze çarpmaz. Evliliğe ait prensipler/stratejiler *kefâet*'in hukuki teorisi içinde yansıtılmaz. Ancak işaret ettiğim gibi, hukuki kaynaklar velinin kriterlerinin gelin ailesinin diğer erkek üyelerine denk gelmediği durumları ortaya koymaktadır. Pratik olarak tüm bu hadiseler, dava açıldıktan sonra evlenmeyi feshetmeye çalışırken evlilik sözleşmesi yapıldığı andaki yasal anlaşmazlık alanına girmektedir.

Davacılar *kefâet*'in aileyi rencide edebileceğini iddia ederek, velinin temel görevlerinden biri olan *kefâet*'i eleştirip velinin rolünde şüphe uyandırmışlardır.<sup>66</sup> Ancak baba veya dede evlilik akdinin sorumluluğunu üstlenince onların rolü tartışılmaz olmuştur. Böylece velayet, ailenin başka bir erkek üyesi tarafından icra edildiğinde sıkça anlaşmazlık ortaya çıkmıştır. Maliki hukukunda, gelinin erkek akrabalarının velayeti kullanma yetkisine sahip olduğu bir düzen oluşturmak için yasamanın geliştirildiği iyi bilinmektedir. Velayet sıralamasında birinciyi kadının

<sup>64</sup> Ibid., vol. 3, p. 29'da tekrar edilmiştir, vol. 3, p. 228. İbn Lübb'un biyografisi *Mahlûf*'ta bulunabilir. *Şeceretu'n-Nûr*, p. 230-1.

<sup>65</sup> *el-Kavâninü'l-Fıkhiyye* adlı eseri istisna edersek ki onda *kefâet*, evlilik akdi gerçekleşmeden önce bulunması gereken zorunlu niteliklerden biri olarak belirtilmektedir.

<sup>66</sup> Maliki mezhebindeki hukuki konsensüs şudur: Sosyal konumu düşük (*daniyye*) kadın kendisine koca bulması için veliye ihtiyaç duymadı. Çünkü herhangi bir eş, kendisi ve ailesi için uygundur. Bkz. Sahnûn, *Müdevvene* vol. 4, p. 20; İbn Abî Zayd, *Risala*, p. 74; İbn Juzay *qavânin*, p. 204; Halîl, *Muhtasar*, p. 19; H. Toledano, *Judicial Practice*, p. 76-77. Birçok fetva bu konsensüsü gösteriyor. Örneğin, Vanşirîsi, *Mi'yâr*, vol. 3, p. 315 (*el-Mâzerî*) ve Ibid., vol. 3, p. 30-2 (İbn Lübb).



babası, ikinciyi vâsisi olarak atanan şahıs ve üçüncüyü ise *asaba* takip etmektedir.<sup>67</sup> Bu hiyerarşik yapı içerisinde daha yakın (*akreb*) ve daha uzak (*eb'ad*) veliler de bulunmaktadır.

Babanın otoriter rolüyle ilgili şüphe konusu özel öneme sahip olan bir hadise, onuncu yüzyılın sonlarında İbn Zarb'a (ö. 381/991) sunulan Kurtuba'dan bir fetvadır.<sup>68</sup> Bu durumda, *müsteftî* gelinin babasını Araplardan bozuk durumda olan biri (*fâsidu'l-hâl mine'l-'arab*), kızını dengi olmayan (*min gayri küf*) biriyle evlendiren kişi olarak tanımlar. Velinin kardeşi bu evliliği reddeder (نكح) ve konuyu mahkemeye intikal ettirir. Mahkeme de babanın velayetini kaldırarak vesâyeti sultanın otoritesine tevdi eden müftünün olumlu görüşünü alır.<sup>69</sup> el-Vanşirîsî bu olayı onun tam orijinal kaynağından (*the Ahkâm of al-Sha'bi*)<sup>70</sup> alıntı yaparak *Mi'yâr*'da yazmıştır. İbn Ebî Zeyd'in (ö. 386/996) *Nevâdir* adlı eserinden referans vererek kızını kendisine denk olmayan birisiyle evlendiren adam hakkındaki Asbağî'nin görüşünü aktarır.<sup>71</sup> *Vasî* veya kızın kendisi bu olayda bahsedilen evliliği kabul etmelerine rağmen yetkili makam (*imâm*) evliliği feshetmek zorundadır.<sup>72</sup>

Yakın veli (*ekrab*) kaybolduğu veya öldüğü zaman farklı veliler (kadının ailesinden erkek fertler) arasında daha sıklıkla uyuşmazlıklar ortaya çıkar. Böylece, *velâyet* ailenin daha uzak (*eb'ad*) fertleri tarafından icra edilir. Örneğin 'dede' İbn Rüşd (ö. 520/1126), amcasının çocukları (Mâlikî hukukundaki velayet hiyerarşisi içinde velilik hakkına daha fazla sahiptir.) tarafından evlendirilmesi gerektiği hâlde dayısı tarafından

<sup>67</sup> Şayet kadının velisi yoksa denkliği dikkate alarak kâdı bu görevi icra etmelidir. Bkz. örneğin *Mi'yâr*, vol. 3, p. 110-1 (İbn Rüşd, ö. 520/1126) Cordoba. Velinin fonksiyonundaki bu dereceyi takip için bkz. İbn Abî Zayd, *Risâla*, p. 74; İbn Muğise, *Muknî*, p.31, İbn Juzayy, *Qawânîn*, p. 204; J. Lopez Ortiz, *Derecho musulmán* (Barcelona, 1932), 157, J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law* (Oxford, 1964), 161-2.

<sup>68</sup> el-Şa'bi, al-Mâlakî, *el-Ahkâm*, ed. Al-Sâdık al-Halawî (Beyrut, 1992), 464.

<sup>69</sup> Diğer fetvalarda İbn Zarb şunu vurgulamıştır: Evlilik sadece maksat gerçekleşmeden önce feshedilebilir. Bkz. Vanşirîsî, *Mi'yâr*, vol. 3, p. 114.

<sup>70</sup> el-Vanşirîsî fetvaya *wa su'ila ba'da al-'ulamâ* cümlesiyle başlamıştır. Bundan dolayı sadece orijinal kaynak okunarak o fetva bulunabilir. Bkz. Vanşirîsî, *Mi'yâr*, vol. 3, p. 114 (aşağı).

<sup>71</sup> *Sakîr fâsık lâ yu'minu 'aleyhâ*, *Mi'yâr*, vol. 3, p. 114.

<sup>72</sup> el-Vanşirîsî şu hadiste açıklananı esas alır: Bir kız babası tarafından ahlaksız birisiyle evlendirildiğinde babasının kızından ve onun neslinden feragat etmiş olması gerekir.

evlendirilen kadının durumuna yer veren bir olayı tartışmıştır. Onlar iki günlük yolculukta iken nikâh onlara bilgi verilmeden ve danışılmadan yapılır<sup>73</sup> ve bu evliliği öğrenince kocanın kadına denk (*kıflêhâ*) olmadığını ileri sürerek bu evliliği feshetmeye çalışırlar. İbn Rüşd'e göre bu evlilik geçerlidir. Ancak *velinin*, bana göre, kadının bu erkekle evliliğinin onun menfaatlerini dikkate almadığını, kadını küçük düşürebileceğini ve kocanın ona denk olmadığını kanıtlayabilecek adil şahit (*beyyine âdila*) bulundurması hâlinde nikâh geçerli olmaz. Bu nedenle, İbn Rüşd fesih olasılığının sunulan dilekçeye bağlı olduğunu anlamıştır. O dilekçede, *kefâet* olmadığı için kadının küçük düşürülebileceğini içeren ifadeler mutlaka yer almalıdır.

Diğer taraftan Kayrevan<sup>74</sup> Müftüsü el-Mâzerî (ö. 536/1141) de aynı hukuki prosedürü/yöntemi şöyle ifade etmiştir: Bir kimse *kefâet*'in olmamasından dolayı evliliği feshetmeyi arzu ettiğini ifade ederse şahit/delil (*beyyine*) getirmesi gerekir. el-Mâzerî'nin karşılaştığı olay İbn Rüşd tarafından çözüme kavuşturulan aynı karakterleri ihtiva etmekte ve onun cevabıyla paralellik arz etmektedir.<sup>75</sup> Benzer şekilde ailesi ve babasının görüşüne aykırı olarak nikâhı kıyılan bir kadını konu edinir. Öyle ki kadının ailesi ve babası bu evliliği kabul etmez. Kadının amcası kocanın kadına denk olmadığını (لا ييلق بها الزوج) ileri sürerek hâkime müracaat eder. el-Mâzerî benzer şekilde şunu vurgular: Evliliği feshetmeye çalışan kişi, evliliğin zarar (مضرة) veya utanç verici bir durum oluşturduğunu, kocanın kadına denk (كفاء) olmadığını ifade eden hukuki delil (بينة) getirinceye kadar bu evlilik geçerlidir. el-Abdûsî'nin fetvasında olduğu gibi, evliliğin feshi davacıların hukuki delil ihtiva eden dilekçeyi sunmalarına kadar ayrı tutulmuştur.<sup>76</sup>

Bu bakımdan velinin kararının geçerliliği şüpheli olduğu zaman müftülerin evliliği feshetmeye çalışan davacıların, el-Abdûsî'nin de talep ettiği gibi, *kefâet*'in olmadığını anladıklarını açıklayan tarzda yazılı

<sup>73</sup> İbid., vol. 3, p. 377.

<sup>74</sup> el-Vanşirisi *Mi'yâr*'da İbn Rüşd ve el-Mâzerî'nin cevaplarını toplarken görüşlerini sıkça mukayese eder.

<sup>75</sup> İbid., p. 311 (al-Mâzerî) vol. 3, 377 (İbn Rüşd) ile karşılaştırılacak.

<sup>76</sup> O hiçbir belgeden söz etmese de İbn Lubb yine şunu vurgular: Kefâetin olduğu kanıtlanıncaya kadar evlilik akdi asılı, sonuç doğurmayan (موقوف) olur. İbid., vol. 3, p. 29.

kanıt hazırlamalarını ve bu evliliğin neden kadının kendisini ve ailesini küçük düşürdüğünü kanıtlamalarını istemeleri açıktır. el-Abdûsî'nin fetvası açıkça göstermektedir ki evlilik akdinin feshi sadece boşama dilekçesinin kabul edilmesine ve onun geçerliliğine bağlı değildir, şahitler ve onların güvenilirlikleri gibi şartlara da bağlıdır. Ona göre şahitlerin aynı zamanda eğitim ve dindarlıklarıyla güvenilir birey olmaları gerekir. Bu bakımdan müsteftî şahitlerin fikhî bilgisine ve salihlerden olmaları gibi hususlara da açıkça işaret etmiştir.

İlk dönem Batı Maliki hukuk metinlerinde ortaya çıkan belgede bu tip niteliklerin kullanıldığı ifade edilmektedir. Bu belgede hukukçular tarafından bu nitelikler daima istenmiştir. Ancak bu dilekçe metinlerinde buna dair herhangi bir bulgu göremiyoruz. Davacılar Maliki hukukunda teorik olarak kabul edildiği ve savunulduğu gibi kriter ve düşüncelerle kendilerini zorunlu olarak sınırlandırmışlardır. Bununla beraber, belgeler büyük oranda babaların kızlarının nikâh akdi sırasında yararlarını veya velayet sisteminde muhtemel bir yanlışlığa/hataya karşı aleyhte bulunmaları gereken aile yararlarını yansıtmış olmalıdır. Ancak el-Abdûsî'nin sorduğu ikinci soruda cevap verilen hariç, bu tür bir belgenin içeriğinin fetvalarda açıkça çoğaltıldığı herhangi bir durum/kanıt bulmamız da aynı şekilde ilginçtir.

### Sonuçlar

Denklik (*kefâet*) teorisi Maliki evlilik hukukunda iki aşamada/olayda uygulanır:

1. Baba veya vasîlerin kızlarının veya vasîlerinin evlilik akdini gerçekleştirdikleri an/zaman. Hukuki metinler bu anı/zamanı yansıtmaz ve böylece, bize göre, bir sosyal katmanlaşmayı anlamak için yeterli bilgiyi ihtiva etmez. Bu fetvaların gerçek problemleri yansıtmadığından değil, fakat babaların (veya diğer velilerin) kullandığı sosyal kriterler hukuki metinleri tamamlarken hukukçuların ilgisini çeken bir mesele olmamıştır.

2. Evlilik akdinden hemen sonraki an/zaman. Bu zaman/an, gelin ailesinin evliliği feshetme mekanizması olarak denkliği (*kefâe*) hatırlatması için en uygun zamanı temsil eder. Bu tazminat mekanizmasının

sonuçta ortaya çıkardığı dava hukuki metinlere yansır ve bu nedenle çağdaş yasal prosedürler ve dolaylı sosyal yapının kanıtları hakkında fikir verebilir.

Genel olarak, denkliğin (*kefâe*) Maliki mezhebinin tek kriteri olmasına rağmen dinî samimiyet niteliğine de önem verildiği sonucunu çıkardık.<sup>77</sup> Kadının evlilik öncesi sahip olduğu sosyal statüye göre kocanın karısına vermek zorunda olduğu nafakanın niteliğini ve miktarını belirlerken kocanın ekonomik statüsü önemli olarak kabul edilir. Standart mehir kavramı, evlilik hükümlerinde önemli bir husustur ve aynı şekilde, birden fazla evlilik durumu da denklik (*kefâet*) kavramına bağlıdır. *Nesep* ve *hasep* kriteri teorik olarak dikkate alınmamasına rağmen belirli periyotlarda belirli sosyal şartlar dâhilinde hukuki olarak geçerli olmuştur. Bunun temel nedeni Maliki hukuku tarafından kabul edilen baba ve veliler hakkındaki kriterlerdir. Daha sonraki metinlerde, özellikle gelinin ailesi için utanç verici olabilecek evliliklerden kaçınmak, somut durumlara uyum sağlamak için denklik (*kefâe*) hukuk teorisinden vazgeçilmiştir.

Bana göre, denkliğin (*kefâet*) pratik olarak, birçok evliliğin feshi ile sonuçlanabilen hukuki teorik düşünceler olmaksızın uygulanması ve linin davranışlarını kontrol etmek hususunda faydalı bir fonksiyon icra etmeye devam etmiştir. Bir başka ifadeyle (*kefâet*) doktrin değişmemiştir, ancak kriterleri ve elementleri değişmiştir. *Kefâet*'in hukukçular tarafından uygulanması hukuki bir mesele olmaktan çok onu sosyal bir mesele yapmıştır.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> Birçok fetva, denklik (*kefâe*) doktrinini dikkate almaksızın, (koca ve karıda) dinî davranışların azlığı nedeniyle evlilik akdinin feshedildiğini yansıtır.

<sup>78</sup> Fas şahıs hukuku denklik (*kefâe*) hakkında bazı gerekçeler/düşüncelere içermektedir. Ancak belirli bir kriter hakkında hiç bir söylem bulunamamıştır. Onlar örfün tefsirinde açıklanmış olmalıdır (*fî tefsirihâ ilâ'l-örf*) bkz. Arts.13-14b. Bu iki makale, klasik Maliki hükümlerinin bu meseleler üzerinde geliştirilmesinin bir sonucu olarak görülebilir. Cf. Linanat de Bellefonds "Kefâ'a", p.422.