

Fıkıh Usulü Yazımında ve Öğretiminde Yanlış Bir Ezber ve Düşündürdükleri: Mefkud Örneği

İbrahim Kâfi Dönmez*

Bu makalede, fıkıh usulü eserlerinde istishabın delil değeri incelenirken, “Hanefiler’e göre istishap mevcut hakların korunmasında (def’i) geçerli bir delildir, fakat yeni hakların kazanılmasında (ispat) geçerli değildir; Şâfiiler’e göre ise her iki durumda geçerli bir delildir” şeklinde ifade edilen usul ihtilafının örneklendirilmesinde tekrar edilegelen bir yanlışlığa dikkat çekilerek bu durumun düşündürdükleri üzerinde durulmaktadır. Özellikle Hanefî usul eserleriyle yakın dönem fıkıh usulü ders kitaplarının birçoğunda ve bazı çağdaş bilimsel yayınlarda yaygın biçimde görülen bilgi şöyledir: Gerek Hanefiler’e gerekse Şâfiiler’e göre mefkudun malları -mefkudun öldüğü ortaya çıkmadan veya mahkemece ölümüne karar verilmeden önce mirasçılarında bölüştürülmez (İstishap def’ide hüccettir); fakat mefkudun bu durumu açıklık kazanıncaya kadar geçen süre içinde vefat eden yakınlarına mirasçı olup olamayacağı hususunda bu iki mezhep farklı görüşe sahiptir: Şâfiiler’e göre mirasçı olur (İstishap ispatta da hüccettir), Hanefiler’e göre mirasçı olamaz (İstishap ispatta hüccet değildir). Bu mezheplerin usul ve fûrû kaynakları üzerinde yaptığımız incelemeler ise her iki mezhebin, belirtilen durumda mefkud “Mirasçı olur” veya “Mirasçı olamaz” şeklinde bir sonuca varmayıp, durumu açıklık kazanıncaya kadar miras payının koruma altına alınması noktasında birleştğini ortaya koymuştur. Ayrıca Hanefî fûrû eserlerinde yaygın biçimde yer alan, “Mefkud kendi hakları konusunda sağ, başkalarının hakları konusunda ölü hükmündedir” şeklindeki kalıp ifadenin ikinci önermesinin bu yanlış ezberin pekişmesine katkı sağlamış olabileceği üzerinde de durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Mefkud, istishap, def’i, ispat, miras, mirasçı, vâris, miras bırakan, mûris, miras engelleri.

* Prof. Dr., İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi/ Professor, İstanbul 29 Mayıs University, Faculty of Theology, İstanbul, Türkiye. ORCID 0000-0002-4087-1316 ikdonmez@29mayis.edu.tr

Giriş

“İstishap” bütüncül bir bakışla incelendiğinde, bu kapsamdaki istidlal yöntemi, ilke ve kaideler ile istishap türleri hakkında usulcüler tarafından yapılan tartışmalar ve değerlendirmeler bir yana, bu delilin “Şek ile yakîn zâil olmaz”¹ temel düşüncesinde birleşen bir fikirler zincirinin ifadesi olduğu ve bunun fıkha yansıyan ortak kesitinin “geçmişte sabit olan bir durumun -değiştiğine dair delil bulunmadıkça- varlığını koruduğuna hükmetme”, kısaca “olanın olduğu hal üzere kaldığını varsayma” noktasında birleştiği söylenebilir. Bu araştırmada, bazı kavâid müelliflerince fıkha bütününe kuşattığı ileri sürülen beş küllî kaideden biri olan bu ana ilkenin açılımları ve istishap delilinin türleri ile ilgilenmeksizin, genellikle fıkıh usulü eserlerinde istishabın bir türü olarak sunulan “istishâbü'l-hâl”in hüccet (delil) değeri incelenirken âdetâ müteârife (aksiyom) haline gelmiş bir bilginin örneklendirilmesinde tekrar edilegelen bir yanlışlığa dikkat çekilerek bu durumun düşündürdükleri üzerinde durulmaktadır.

Söz konusu bilgi, -başka anlatımları da bulunmakla birlikte- genellikle şöyle ifade edilir: “İstishap Hanefiler’e göre sadece def‘ide hüccettir, ispatta değildir; Şâfîiler’e göre ise hem def‘ide hem ispatta hüccettir.” Bununla anlatılmak istenen şudur: İstishap, mevcut hakların, daha önce varlığı bilinen durumlara bağlı sonuçların korunmasında (def‘i) iki tarafa göre de geçerli bir delildir; yenilerinin meydana gelmesinde, kazanılmasında ise (ispat) Hanefiler’e göre geçerli bir delil değildir. Özellikle Hanefî usul eserleriyle yakın dönem fıkıh usulü ders kitaplarının birçoğunda bu iki mezhebin böyle bir tutuma sahip olmalarının fûrû-i fıkıhtaki sonuçlarını göstermek için zikredilen örneklerin başında, yerleşim yerinden uzaklaşıp kaybolan ve sağ mı ölü mü olduğu bilinmeyen kişinin (mefkud) mûris (miras bırakan) ve vâris (mirasçı) olması meselesi yer alır. Bu meseledeki anlatımların özeti şudur: Gerek Hanefiler’e gerekse Şâfîiler’e göre mefkudun mallarına tereke hükmü uygulanmaz, yani mal varlığı -mefkudun öldüğü ortaya çıkmadan veya mahkemece ölümüne karar verilmeden önce- mirasçıları arasında bölüştürülmez (İstishap def‘ide hüccettir); fakat mefkudun bu durumu açıklık kazanıncaya kadar geçen süre içinde vefat eden yakınlarına mirasçı olup olamayacağı hususunda bu iki mezhep farklı görüşe sahiptir: Şâfîiler’e göre mirasçı olur (İstishap ispatta da hüccettir), Hanefiler’e göre mirasçı olamaz (İstishap ispatta hüccet değildir).

İlginç olan husus, bu hüküm farklılığı ile ilgili açıklamaların zaman içinde (fıkıh usulü öğretiminde) iki mezhep arasındaki fûrû-i fıkha ilişkin ihtilafın bir örneği olmanın ötesinde az önce belirtilen usul ihtilafını simgeleyen bir

¹ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 4.

anlatıma dönüşmüş olmasıdır. Ne var ki iyi bir inceleme neticesinde belirlenen örneğin, bir yandan fūrū-i fıkhā ilişkin hükümler bakımından sağlıklı sayılamayacak bir anlatımla sunulmaya çalışıldığı, diğer yandan da bu iki mezhep arasındaki usulî görüş ayrılığını yansıtmaya elverişli olmayan “zayıf bir halka” durumunda olduğu ve fıkıh usulü yazımında ve öğretiminde “yanlış bir ezberin” asırlar boyu tekrar edilemediği kanaatine ulaşılmaktadır.

Makalede öncelikli olarak, fıkıh usulü yazımında öne çıkan ve usul öğretiminde günümüzde de zihinlere nakşedilmekte olan mefkud örneğinin ilgili literatürde nasıl bir seyir izlediği ve anılan iki mezhepten her birinin istishap deliliyle (özellikle “istishâbü'l-hâl”) ilgili fikirler zinciri bakımından güçlü bir halka işlevi görmesi şöyle dursun, aksine yanıltıcı bir rol oynadığı gösterilmeye çalışılmıştır. Bu arada, belirli bir dönemden sonra Hanefi fūrū eserlerinde yaygın biçimde yer alan, “Mefkud kendi hakları konusunda sağ, başkalarının hakları konusunda ölü hükmündedir” şeklindeki kalıp ifadenin bu yanlış ezberin pekişmesine katkı sağlamış olabileceği üzerinde durulmuştur. Fakat çalışmanın asıl amacı, bir fūrū meselesiyle ilgili yanlış bilgi aktarımının ne kadar yaygın olduğuna dair tespit ışığında, fıkıh/fıkıh usulü yazımında ve öğretiminde karşılaşılan bazı metot sorunları ile bunların hukuk tefekkürünün gelişimi üzerindeki olumsuz etkilerine dikkat çekmektir. Fıkıh alanına vukufu ve değerli katkılarıyla tanınan bazı yazarların fıkıh usulü ders kitabı yazarlarken, hatta bazılarının mefkud ile ilgili hükümleri fūrū-i fıkh ve karşılaştırmalı fıkıh içerikli yayınlarında özel olarak ele alırlarken fıkıh usulü öğretimindeki bu yanlış ezberin etkisinden kurtulamamış olmaları bizi böyle bir araştırmaya sevkeden âmillerden biri olduğu için, bu iki gruba dahil bazı yazarların çalışmaları -bu yönüyle- makalede ayrı birer başlık altında incelenmiştir.

1. Konunun Sınırlandırılması

Fıkıh terimi olarak mefkud “yerleşim yerinden uzaklaşıp kaybolan ve sağ mı ölü mü olduğu bilinmeyen kişi”yi ifade eder.² Tanımlara mefkud ile ilgili farklı hususlar yansıtılabildiği gibi, özellikle Hanbelî fıkıh kitaplarında içinde kaybolduğu şartlar bakımından mefkudun iki türü olduğu belirtilerek tanım yapma yolu tercih edilir; fakat daha çok mefkudun zevcesi ve mal varlığı ile ilgili hükümleri etkilediği ve araştırmamızın konusu açısından özel bir öneme sahip bulunmadığı için bu ayırım üzerinde durulmayacaktır.

Mefkudun anlamı ve hükümleri konusunun ilk dönem fıkıh eserlerinden itibaren etraflı sayılabilecek ölçüde ele alındığı ve özellikle son dönemde bu

2 Rastlayabildiğimiz ilk tanım Şeybânî'ye aittir (bk. *el-Asl*, IX, 352).

konuya ilişkin birçok bilimsel yayın yapıldığı görülmektedir. Gerek Hanefî gerekse Şâfiî mezheplerinin (hatta dört mezhebin) fûrû-i fıkıh eserleri incelendiğinde,³ mefkudun kayıplığı sırasında bir yakını vefat ederse -mûrisinin ölümü esnasında sağ olup olmadığı anlaşılincaya kadar- mirasçı gibi düşünüleceği, ancak bunun hemen işleme konmayıp payının koruma altına alınacağı sonucuna varılmaktadır. Son tahlilde, bu noktada fakihler arasında ittifaka yakın bir fikir birliği bulunmasına rağmen, genel olarak Hanefî usul ve fûrû eserlerinde ve çok sayıda yakın dönem yetkin fıkıh ve usul yazarının yayınlarında (özellikle fıkıh usulü ders kitaplarında) Hanefîler'e göre mefkudun mirasçı olamayacağı, birçokunda da istishap ile ilgili usul ihtilafının kolay anlaşılmasını sağlamak üzere, "Şâfiîler'in onu mirasçı saydığı ama Hanefîler'in mirasçı saymadığı" yönünde bilgi verilmesi şaşırtıcıdır.

Özetle, makale "mekfudun, kayıplığı sırasında vefat eden yakınına mirasçı olup olamayacağı" meselesi ile sınırlı olup, mirasçı sayılmasına veya sayılmamasına, kendisi için ayrılacak malın koruma altına alınmasına ve yönetimine, -sağ veya ölü olduğunun anlaşılması veya ölümüne hükmedilmesi durumlarında- bu payın âkibetine ilişkin hükümler ile mefkud hakkındaki diğer meseleler inceleme dışında tutulmuştur. Bu ifadenin tekrarına çokça ihtiyaç duyulacağı ve bağlamdan kolayca anlaşıldığı için "mirasçısı konumunda bulunduğu yakını" denmemiştir. Yine "mekfudun mirasla ilgili durumunun ne olacağı" denmesi daha uygun olduğu halde meselenin ilgili eserlerde böyle ele alınması sebebiyle "mekfudun mirasçı olup olamayacağı" ifadesi tercih edilmiştir. İlgili literatürde geçen "lâ yerisü" ibaresi literal olarak "Mirasçı olmaz" anlamına gelmekle birlikte, bağlama göre kastedilen mâna ve bu konuda yapılan açıklamalar dikkate alınarak "Mirasçı olmaz" şeklinde çevrilmiştir.⁴

Konumuza ışık tutması açısından özel bir önemi haiz olmaması itibarıyla, fıkıh eserlerinde "gaip" ve "mekfud" kavramlarının karşılaştırılması, mefkudun ölümüne hükmedilirken hangi şartlar içinde kaybolduğunun ayırt edilmesi, İslam öncesi Arap toplumunda ve diğer hukuk sistemlerinde gaiplik ile ilgili düzenlemeler vb. hususlar üzerinde de durulmayacaktır.

3 Hanefî ve Şâfiî usul ve fûrû eserleri makalede ayrıntılı biçimde incelenecektir. Mâlikî fûrû eserlerindeki konuya ilişkin açıklamalar için bk. İbn Şâs, *İkdü'l-cevâhir es-semîne*, III, 454; Lahmî, *et-Tebîra*, V, 2231-49; Karâfi, *ez-Zehîre*, XIII, 22-23; İbnü'l-Hâcib, *el-Muhtasar*, XVII, 511-13; Halîl b. İshak, *el-Muhtasar*, VIII, 609; İbn Abdüsselâm el-Hevvârî, *Şerhu Câmiu'l-ümmehât*, XVII, 511-13. Hanbelî fûrû eserlerindeki konuya ilişkin açıklamalar için bk. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IX, 186-91; a.mlf., *el-Kâfi*, IV, 131-32; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-kebir*, VII, 143-46; Buhûti, *Keşşâfü'l-kınâ'*, VII, 2249-52; bu görüşlere toplu bakış için bk. Bilmen, *Hukukî İslâmîyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, VII, 210-27.

4 Ali Haydar'ın, *Risâle-i Mefkûd* adlı eserinde, belirtilen hükmü bir yerde "Mirasçı olamaz", başka bir yerde "Mirasçı olmaz" şeklinde ifade ettiği görülmektedir (s. 5, 20).

Aynı şekilde araştırma konumuzu teşkil eden fikhî mesele istishap delilinin işletilmesi bağlamında ele alınmakla birlikte, bu delilin mahiyeti, istishap türleri, hüccet değeri ve ilgili eserlerde yer alan mefkud örneğinin bu delil açısından değerlendirilmesine ilişkin görüşler ve tartışmalar incelememizin dışında tutulmuştur. Kısaca belirtmek gerekirse “def‘i” kelimesiyle mevcut hakların/hükümlerin/daha önce varlığı bilinen maddi olgu veya durumlara bağlı sonuçların korunması, “ispat” kelimesiyle yeni hakların kazanılması/yeni hükümlerin meydana gelmesi kastedilmekle birlikte, makalede sık kullanım zaruretiyle karşılaşıldığı ve inceleme konumuz “mefkudun miras bırakan ve mirasçı olması”yla sınırlı bulunduğu için, bu kelimelerin açılımları “mevcut hakların korunması” ve “yeni hakların kazanılması” şeklindeki anlamlarla sınırlı tutulmuştur. Bilgi veya ifadenin nakledildiği eserlerde “def‘i” ve “ispat” kelimeleri yerine (ilzam, icap, ibka, ref‘, nefiy gibi) başka kelimeler kullanılmış, yine “istishâbü’l-hâl” başka şekillerde ifade edilmiş olsa da, dikkatleri dağıtmamak için bunları ayrıca belirtmekten de sarfınazar edilmiştir. Mefkud örneği ilgili literatürde genellikle hem mirasçı (vâris) hem de lehine muayyen bir mal vasiyet edilen kişi (mûsâ-leh, vasiyet lehtar) üzerinden yürütüldüğü için, ele alacağımız yanlış bilginin, “Mefkud Şâfiler’e göre mirasçı ve vasiyet lehtar olur, Hanefiler’e göre mirasçı ve vasiyet lehtar olmaz” şeklinde sunulması ve işlenmesi mümkündür. Fakat bu önermelerin çok tekrar edilerek dikkatlerin dağılması için biz sadece mirasçılık durumunu esas alacağız.

Kurucu dönemin eserleri de dahil olmak üzere fıkıh ve usul kitaplarında “mefkudun, kayıplığı sırasında vefat eden yakınına mirasçılığı” meselesi incelenirken, “vkf” kökünden türetilmiş (“vakf”, “tevkîf”, “yûkaf”, “tevakkuf”, “mevkuf” vb.) kelimeler içeren ibareleri, -öncelikli olarak onun payı üzerinde fiilen belirli bir kişinin mülkiyetinin söz konusu olamayacağı anlatılmak istendiğinden- “Payı askıya alınır, ayrılır, tutulur, ertelenir” vb. şekillerde de tercüme etmek mümkün olmakla birlikte, yazımızda -yapılan işin mahiyeti ve bazı eserlerde yapılan açıklamalar dikkate alınarak- daha çok “Koruma altına alınır” şeklinde bir tercüme tercih edilmiştir. Zira bu durumda mefkudun payına düşen mal varlığının korunması ve yönetimi için bir “kayyım”ın atanması söz konusudur. Günümüzde aile hukukunun konularından “vesayet” kurumu bünyesinde incelenen “kayyım”lık hükümleri ve belirtilen mal varlığının korunması ve yönetimi hakkında fıkıh eserlerinde yer alan bilgiler/fikhî ihtilaflar da makalenin dışında tutulmuştur.

Makalede, ele alınan konuya ışık tutması yönüyle öne çıkan Hanefî ve Şâfiî usul ve fûrû eserlerindeki bilgiler esas alınmış; ancak gerektiği ölçüde Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinin usul ve fûrû kaynakları yanında fıkıh

literatürü kapsamına giren başka bazı türlere de başvurulmuştur. “Yakın Dönem Çalışmaları” denirken de tüketici bir inceleme yoluna girilmeyip konuyu özel olarak ele alan çalışmalardan seçmeler yapılmıştır. Gerek telif gerekse tercüme şeklinde olsun, ilgili Türkçe yayınların birçoğunda, bu yazıda ele alınan yanlış aktarımın tekrar edildiğine rastlanmakla birlikte, araştırmamızın amacı açısından özel bir katkı sağlamayacağı ve makale hacmini de aşmamak için bunlardan örnekler verme cihetine gidilmemiştir.

Üniversite eğitiminde “yardımcı ders kitabı” veya “ders materyali” kavramının kullanılması daha uygun olsa da, çalışmamızda, yakın dönem fıkıh usulü ders materyallerinden, sık tekrar edildiği için ve yaygın kullanıma uyularak “ders kitabı” şeklinde söz edilmiştir. Kaldı ki bu çalışmaların birçoğu değişik İslam ülkelerinin ortaöğretim düzeyindeki okullarında ders kitabı görevi de görmektedir.

2. Hanefî Fıkıh Usulü Eserlerinde Mefkudun Mirasçı Olacağı Görüşünün Şâfiî’ye/Şâfiîler’e Nispet Edilmesine İlişkin Tespitler

2.1. Debûsî, Pezdevî ve Serahsî’nin Usul Eserleri

Yaptığımız incelemeler, Şâfiî’ye/Şâfiîlere göre mefkudun -kayıplığı sırasında ölen- yakınına mirasçı olacağı, buna karşılık Hanefîler’e göre mirasçı olamayacağı yönündeki bilginin hareket noktasını Debûsî’nin (ö. 430/1039) *Takvîmü’l-edille* adlı eserinde yer alan bir ifadenin oluşturduğunu söylemeyi mümkün kılmaktadır. Şöyle ki: Debûsî anılan eserinde “istishâbü’l-hâl” in (mevcut duruma göre hüküm verme) dördüncü kısmı olarak ele aldığı “bir hükmün baştan ispatına yarayan istishâbü’l-hâl”i açıklarken mefkud örneğine yer vermekte, asıl itibarıyla mefkudun yaşadığı bilindiği için -öldüğüne dair delil bulunana kadar- bu bilgiye tutunulacağını, aynı şekilde sahip olduğu mal varlığı üzerindeki mülkiyeti sabit olduğundan -ölümüne dair delil bulunana kadar- buna tutunulacağını; ama babasının mülkiyetinde olanlar ona ait olmadığı için babası öldüğünde bu mal üzerinde onun lehine mülkiyet hakkının sabit olmayacağını, zira var olan duruma tutunmanın babasının mülkünün onun lehine sabit olmamasını, aksine -sübut delili bulununcaya kadar- olduğu hal üzere kalmasını gerektireceğini ifade etmektedir. Daha sonra “Şâfiî alimlerinden biri/bir kısmı (“ba’du şüyühiş-Şâfiyye”)⁵ onu (istishâbü’l-hâli) mirasçılığın ispatı için hüccet kılmıştır” diyerek bu görüşü nazik bir üslupla eleştirmektedir.⁶ Bu esnada görüş sahibinden tekil zamir

5 Bir yazma nüshada (Süleymaniye Ktp., Lâleli, nr. 690, vr. 225^a) ibare “ba’du şüyühiş-Şâfiî” şeklindedir.

6 s. 401.

ve tekil fiil sigası kullanarak (“lâkinnehû kâle bihî ...”) söz etmesi “ba’d” kelimesiyle bir kişiyi kastettiğini düşündürmektedir.⁷

Pezdevî (ö. 482/1089), aynı konuyu incelerken Şâfiî’ye göre istishâbü’l-hâlin ispatta da geçerli olduğunu, ama kendilerine göre ispatta hüccet olmayıp sadece def’ide hüccet olduğunu ifade etmektedir.⁸ Müellif daha sonra bu usulî görüş ayrılığını gösteren değişik fûrû meselelerine açıklamalı olarak yer vermekle birlikte mefkud örneğini bu şekilde ele almamakta, sadece “Delilsiz varlığının devamının sabit olmasına dair sözümüzün örneği mefkudun hayatıdır” diyerek değinmektedir.⁹

Serahsî (ö. 483/1090) mefkud örneğini zikrederek onun vâris olacağı görüşünü Şâfiî’nin bazı ashabına (“ba’du ashâbiş-Şâfiî”) nispet etmektedir. Onun da -Debûsî gibi- nazik bir üslupla bu görüşü ileri sürenin gerçek maksadına açıklık getirmeye çalıştığı görülmektedir. Fakat bu konudaki ifadeleri mefkudun mirasçı olmasının anlamıyla ilgili hukukî bir analiz mahiyetinde olup, mefkudun mirasçı olacağı görüşünü “bazı Şâfiîler’e” nispet ettiği açıktır.¹⁰

Sonuç olarak, ileri dönemlerdeki bazı usul müelliflerinin, özellikle istihap konusundaki tavır farklılıklarına değinirlerken “üç büyükler” (“el-fuhûlü’s-selâse”) diye niteledikleri üç Hanefî usulcünden Debûsî ve Serahsî’nin mefkudun ölen yakınına mirasçı olacağı görüşünü “Şâfiî mezhebine” veya “Şâfiîler’e” nispet etmedikleri, Pezdevî’nin ise “Şâfiî’ye göre” şeklinde bir tasrihte bulunsa bile bu ifadeyi istishâbü’l-hâle ilişkin usulî görüş bağlamında

7 Araştırmamızın amacı açısından özel bir önemi olmadığı ve ele aldığımız konudaki tespit ve değerlendirmeleri etkilemesi beklenmediği için, Debûsî’nin kimi veya kimleri kastettiği hususunda özel bir araştırma yapmayı gerekli görmedik. Bize ulaşmayan Debûsî öncesi eserlerde Şâfiîler’den bu görüşe sahip fakihin/fakihlerin bulunduğu bilgisi yer almış olabileceği gibi Debûsî ilim meclislerinde tedavül eden bilgilere dayalı olarak da bu ifadeyi kullanmış olabilir. Debûsî’nin “Yine (alimlerimiz) şöyle demişlerdir: Mefkud mirasçı olamaz ve ona mirasçı olunmaz” şeklindeki ifadesiyle mefkud örneğini özel olarak ele aldığı, “Delilin Bulunmamasını Hüccet Sayma” ana başlığının girişinde, “Bazı fakihlere göre delilin bulunmaması hasmın iddiasını nefyetmek isteyen lehine hüccet teşkil etse de yeni bir hükmü ispat etmek isteyen lehine hüccet olmaz. Merhum babam bu görüşte idi ve bunu Irak meşayihinden aktarırdı” (*Takvîmü’l-edille*, s. 319, 322) dediği göz önünde bulundurulduğunda, Şâfiî alimlerinden birine (veya birkaçına) nispet ettiği bu görüşü de babasından duymuş olması ihtimal dahilindedir. Ancak Debûsî’ye kadarki -görebildiğimiz- Şâfiî fıkıh ve usul eserlerinde böyle bir görüşe rastlamamış olmamız onun bu bilgiye bir Şâfiî kitabından muttali olmuş olabileceği ihtimalini zayıflatmaktadır.

8 *Kenzü’l-vusûl*, IV, 660-63.

9 IV, 663-70, özellikle 668.

10 *el-Usûl*, II, 223-24.

kullandığı ve bunu izah sadedinde mefkud örneğinden yararlanmadığı görülmektedir.

Hal böyle iken, bir süre sonra bazı Hanefî usul eserlerinde istishabın Hanefîler'e göre sadece def'ide, Şâfiîler'e göre ise hem def'ide hem ispatta hüccet sayıldığına ilişkin usul ihtilafını açıklamak üzere, Şâfiîler'e göre mefkudun ölen yakınına vâris olacağı, Hanefîler'e göre ise vâris olamayacağı örneğinin verilmeye başlanması dikkat çekmektedir.

2.2. Serahsî Sonrası Usul Eserleri

Serahsî sonrası Hanefî usul eserlerinde: a) Mefkudun -kayıplığı sırasında- ölen yakınına mirasçı olup olamayacağı örneğine yer vermemeyi tercih edenler, b) Bu örneği sadece Hanefîler'in yaklaşımını açıklamak için kullananlar, c) Bu örneğe hem Hanefîler'in hem Şâfiîler'in yaklaşımını karşılaştırmalı olarak göstermek için yer verenler bulunmaktadır. Aşağıda bu üç grupta ilgili tespitlere yer verilecektir.

2.2.1. Mefkud Örneğine Yer Vermemeyi Tercih Edenler

Mefkudun -kayıplığı sırasında ölen- yakınına mirasçı olup olamayacağı örneğine yer vermeyenlerin bu meselenin, "İstishâbü'l-hâl def'ide hüccettir, ama ispatta hüccet değildir" kuralını açıklamak için uygun bir örnek olmadığı gerekçesiyle bilinçli bir tercih yaptıkları veya başka bir mülahazaya dayandıkları düşünülebilir. Bunlar arasında Abdülazîz el-Buhârî'nin (ö. 730/1330) tutumu önemli görünmektedir. Zira Pezdevî'nin *el-Usul*'üne yapılan şerhler içinde, etraflı ve doyurucu açıklamalarıyla usul çevrelerinde büyük takdir gören *Keşfü'l-esrâr* isimli eserinde Abdülazîz el-Buhârî, istishâbü'l-hâlin Şâfiî'ye göre hem def'ide hem ispatta hüccet olduğunu, kendilerine göre ise def'ide hüccet olmakla birlikte ispatta olmadığını belirttikten sonra, metinde yer alan yeteri kadar açık örnekleri geniş biçimde açıklama ihtiyacı duyduğu halde metinde geçen ama ayrıntısı verilmeyen mefkud örneğine hiç değinmemektedir.¹¹ Bu tutum, onun anılan örneği belirtilen ihtilafı açıklamak için uygun görmediği yönünde bilinçli bir tercihte bulunduğunu düşündürmektedir.

İstishâbü'l-hâlin hüccet değerini tartışırken, "Meşayihimizin 'İstishâbü'l-hâl def'ide hüccettir, ama ilzamda değildir' sözünün anlamı budur" demekle yetinen Üsmendî'yi (ö. 552/1157),¹² "Bize göre def'ide hüccet-

¹¹ *Keşfü'l-esrâr*, IV, 661-70, özellikle 668-70.

¹² *Bezlü'n-nazar*, s. 675.

tir, ispatta değildir; Şâfiî'ye göre ise her iki durumda hüccettir” deyip şüf'a örneğine yer verdiği halde mefkud örneğini zikretmeyen İbn Melek¹³ ve benzeri alimleri, yine istishabı “fâsit deliller” kapsamında inceleyip usulî açıdan görüş ayrılıklarını açıklarken Şâfiî'ye göre hem def'i hem ispatta, kendilerine (Hanefiler'e) göre ise sadece def'ide hüccet olduğunu belirtip tartışan, “es-sulh ale'l-inkâr” örneğine yer verdiği halde mefkud örneğine değinmeyen Molla Hüsrev'le (ö. 885/1480)¹⁴ bu esere yazılan belli başlı haşiyelerin müelliflerini¹⁵ de bu grupta değerlendirmek uygun olur.

2.2.2. Mefkud Örneğini Sadece Hanefiler'in Yaklaşımını Açıklamak İçin Kullananlar

Mefkud örneğini sadece Hanefiler'in yaklaşımını açıklamak için kullananlar içinde görebildiğimiz ilk eser Alâeddin es-Semerkandî'nin (ö. 539/1144) *Mizânü'l-usûl fi netâici'l-ukûl (el-Muhtasar)* adlı kitabı olup, müellif şöyle demektedir: “(İstishâbü'l-hâl) müteahhirîn fukahânın çoğunluğuna göre, kişinin kendisi hakkında olanın olduğu halde bırakılması hususunda amel edilmesi gereken bir hüccettir; fakat hasmı ilzam veya olmayan bir durumun ispatı hakkında hüccet olmaya elverişli değildir. (...) Mesela mefkudun hayatı (yaşadığına hükmedilmesi) böyledir; zâhir olan onun hayatının devamı yönünde olduğundan, olanın olduğu halde bırakılması için hüccet olmaya elverişlidir, ki bu sebeple onun malına mirasçı olunmaz. Fakat bu, olmayan bir durumun ispatı hakkında hüccet olmaya elverişli değildir, ki bu sebeple o yakınlarına mirasçı olamaz.”¹⁶

Anılan örneği Alâeddin es-Semerkandî kadar açık biçimde ele almamakla birlikte, bu grupta düşünülebilecek diğer bir müellif Lâmişî (ö. 522/1128), “İstishâbü'l-hâl ile amelin gerekli olup olmadığı ve şer'î hükümlerde hüccet sayılıp sayılmayacağı hususunda ihtilaf ettiler” başlığını taşıyan fasılda bu konuda farklı görüşler olduğunu belirtmekte, fakat görüş sahiplerinden ve hangi hükme ulaşıldığından söz etmeksizin, “mefkudun hayatı örneğinde olduğu gibi” şeklinde bir ibareye yer verip ardından şöyle bir nakilde bulunmaktadır: “Şeyh Ebû Mansûr el-Mâtürîdî (rahimehullah) *Me'hazü's-şerâi'* de¹⁷ 'O, hasma karşı bir hüccettir' demiştir.”¹⁸

13 *Şerhu'l-Menâr*, s. 277-78.

14 *Mir'âtü'l-usûl*, s. 496-99. Molla Hüsrev'in, *Hâşiye alâ't-Telvîh* adlı eserinde de mefkud örneğine değinmeme tutumunu benimsediği görülmektedir (III, 36-37).

15 Mesela İzmirî, *Hâşiye*, II, 366-68; Tarsûsî, *Hâşiye*, s. 496-99.

16 s. 659-60.

17 “*Me'hazü's-şerâi'*” şeklinde harekelendiği için aynen aktardık.

18 Bk. *Kitâb fi Usûli'l-fıkıh*, s. 188-89.

Pezdevî'nin eserini şerhedenlerden Siğnâkî ile (ö. 714/1314)¹⁹ Bâbertî'yi de (ö. 786/1384)²⁰ bu grupta mütalaa etmek mümkündür. Zira onların da "mefkud" örneği ile ilgilenmekle birlikte bu meseledeki Hanefî-Şâfiî görüş ayrılığına değinmeyip, mefkudun ölen yakınına ait mal hususunda sağ kabul edilmemesinin gerekçesini açıkladıkları görülmektedir.

Yine, kitabın farklı kişilere nispet edilmesi ve telif tarihi konusuyla ilgilenmeksizin, mefkud örneğini ele alıp, "-Kayıplığı esnasında- akrabalarından biri vefat etse o da ona mirasçı olamaz" ibaresine yer vermesi sebebiyle *Usû-lü's-Şâfiî'nin*²¹ de bu grupta yer aldığını belirtebiliriz.

Öte yandan, Hanefî muhitinde büyük ilgi gören *Menârü'l-envâr* isimli eserine kendisinin yazdığı şerhte, istishabın Şâfiî'ye göre ispatta da hüccet sayılmasına mukabil kendilerine göre sadece def'ide hüccet sayıldığını belirttikten sonra, diğer örnekler üzerinde daha geniş durduğu halde mefkudun mirasçılığına kısaca değinip, "Babasına mirasçı olamaz" demekle yetinen Ebü'l-Berekât en-Nesefî'yi (710/1310);²² bu esere yazdığı şerhte söz konusu görüş ayrılığının pratik sonucunu örneklerle açıklarken mefkud meselesinde Nesefî'den bir adım öteye giderek, "Mefkud kendi malı konusunda sağ sayıldığı için ona mirasçı olunmaz, başkalarının malı konusunda ise ölü sayıldığı için de o mûrisinin malına vâris olamaz" diyen Molla Civen'i (ö. 1130/1718);²³ bu şerh üzerine yazdığı haşiyede istishâbü'l-hâlin ispatta hüccet olmayacağına dair ibareyi, "Ki buna göre mûrisine vâris ve onun malına mâlik olmaz" şeklinde açıklayan Muhammed b. Abdülhalîm el-Leknevî'yi de (ö. 1285/1868)²⁴ Şâfiî'ye mefkudun mirasçı olacağı görüşünü açık biçimde nispet etmemeleri yönüyle bu grupta zikretmek uygun olur.

Şu var ki bu gruptaki müelliflerin mefkudun -kayıplığı sırasında- ölen yakınına mirasçı olamayacağı görüşünü doğrudan olmasa da dolaylı olarak Şâfiîler'e nispet etmiş oldukları veya en azından usul öğretiminde gitgide yerleşen bu bilgiyi zımnî olarak pekiştirdikleri söylenebilir. Zira istishâbü'l-hâlin hüccet değeri konusundaki görüş ayrılığının, "Hanefîler'e göre def'ide hüccettir, ama ispatta hüccet değildir; Şâfiîler'e göre hem def'ide hem ispatta hüccettir" tarzında özetlendiği mukayese, fıkıh literatüründe ve özellikle usul eserlerinde yaygın biçimde yer almaktadır, ki bu grupta zikredilenlerden bir kısmı bu karşılaştırmayı zaten kendileri de yapmaktadır.

19 *el-Kâfi*, IV, 1778-85; özellikle 1784-85.

20 *et-Takrîr*, VI, 154-69; özellikle 167.

21 Bk. Meys neşri, s. 388-89; Nedvî neşri, s. 266-69.

22 *Keşfü'l-esrâr*, II, 268-70.

23 *Şerhu Nûri'l-envâr*, II, 269-70.

24 *Kamerü'l-akmâr*, II, 142.

Bu örneğin Hanefiler'in miras hukukundaki görüşünü teyit için kullanılmasına gelince, "Mefkudun hayatı (yaşadığına hükmedilmesi) böyledir; zâhir olan onun hayatının devamı yönünde olduğundan, olanı olduğu halde bırakılması için hüccet olmaya elverişlidir, ki bu sebeple onun malına mirasçı olunmaz" şeklindeki izahın makul olduğu açıktır. "Fakat bu, olmayan bir durumun ispatı hakkında hüccet olmaya elverişli değildir, ki bu sebeple o yakınlarına mirasçı olamaz" şeklindeki izah miras hukuku ilke ve hükümleri ile bağdaşmadığı gibi vâkıya da uygun değildir.²⁵ Zira gerek Hanefi mezhebinde gerekse diğer meşhur üç mezhepte, mefkudun ölen yakınına mirasçı olmayacağı hükmü benimsenmemiş, aksine hem sağ hem ölü olabileceği ihtimallerinin bulunduğu esasına göre çözüm arayışına girilmiş; bu durumdaki mefkudun miras payının koruma altına alınacağına, hatta bu payın mevcut mirasçılar tablosuna göre (İslam miras hukukundaki "hacb" kuralları çerçevesinde) mefkudun lehine olan şekle göre hesap edileceğine hükmedilmiştir.

2.2.3. Mefkud Örneğine Hanefiler'in ve Şâfiiler'in Yaklaşımını Karşılaştırmalı Olarak Göstermek İçin Yer Verenler

Bu gruptakiler araştırmamızın odak noktasını oluşturması itibariyle ayrı bir önemi haizdir. Bunları iki alt grup halinde incelemek uygun olur:

A) Mefkudun Mirasçı Olacağı Görüşünü "Bazı Şâfiiler'e" Nispet Edenler

Habbâzî (ö. 691/1292), kendilerine göre mefkudun yaşadığının bilinmesinin istishâbü'l-hâl yoluyla mülkünün olduğu durumda bırakılmasında hüccet olmaya elverişli sayıldığını, ama mûrisinin malında onun lehine mülkiyet ispatına elverişli bulunmadığını, buna karşılık bazı Şâfiiler'in mirasçılığın halefiyet olması itibariyle hükmün de varlığını koruyacağı gerekçesiyle bunu (mirasçı olmasını) tecviz ettiklerini belirtmektedir.²⁶ Bu örnekte Debûsî ve Serahsî'nin etkisinin sürdüğü anlaşılmaktadır; zira müellif mefkudun ölen yakınına mirasçı olacağı görüşünü Şâfi mezhebine değil bazı Şâfi fakihlerine nispet etmekte ve bu durumu onlarınkine benzer biçimde açıklamaya çalışmaktadır.

Molla Fenârî'nin (ö. 834/1431) analitik ve eleştirel bakışını yansıtmaya yönüyle Osmanlı dönemi fıkıh usulü eserleri içinde seçkin bir yere sahip olan *Fusûlü'l-bedâi' fi usûliş-şerâi'* adlı eserde, "Bizim Fürûumuzdaki Diğer Bazı

²⁵ Fürû eserleri incelenirken, bu tür anlatımlarda mefkudun fiilen miras payına mâlik olmayacağına kastedildiği hususu üzerinde durulacaktır.

²⁶ *el-Muğnî*, s. 361.

Örnekler” başlığı altında şöyle denmektedir: “Mefkud mekudluğuna hükmedilmeden önce²⁷ ölene (yakınına) mirasçı olamaz ve kendisine de mirasçı olunmaz.”²⁸ Müellif belirtilen bağlamda Şâfiîler’in mefkudun mirasçılığı ile ilgili görüşüne değinmemekle birlikte, istishap türlerini gözden geçirirken, bir hükmün baştan ispatı için istishaba tutunmanın tamamıyla hatalı olduğunu belirttiikten sonra, “bazı Şâfiîler’in” bunu muteber saydıklarını ve bu delile dayanarak mefkudun mûrisine mirasçı olacağına hükmettiklerini belirtmekte; ardından da -Debûsî ve Serahsî’dekine benzer biçimde- onların bu gerekçeye dayanarak tahric yapmalarının hatalı olduğunu, zira bunun bir hükmün baştan ispatı yoluyla değil mefkudun hayatta olmasının hükmen bâki sayılması vasıtasıyla ulaşılan bir sonuç olduğunu ifade etmektedir.²⁹

B) Mefkudun Mirasçı Olacağı Görüşünü “Şâfiî’ye” Nispet Edenler

Ubeydullah b. Mes’ûd Sadrüşşerîa (ö. 747/1346), fıkıh usulü öğretiminde güçlü bir etkiye sahip olduğu bilinen (kendi yazdığı *Tenkîhu’l-usûl*’ün şerhi) *et-Tavzîh* isimli eserinde, istishabın Şâfiî’ye göre bir delil ile sabit olup sonra devam edip etmediğinde şüphe bulunan her şeyde delil olduğunu, kendilerine (Hanefîler’e) göre def‘ide hüccet olmakla birlikte ispatta hüccet olmadığını belirtmekte ve mefkud örneğine değinirken, “Mefkud ona göre mirasçı olur, bize göre mirasçı olamaz” diyerek bu görüşü Şâfiî’ye nispet etmektedir.³⁰ Bu eser üzerine *et-Telvîh* adıyla yazdığı haşiyede Teftâzânî’nin (ö. 792/1390), Sadrüşşerîa’nın mefkudun yaşadığı bilgisini örnek verirken kullandığı, “bekasına dair delil bulunmayan durum hakkındaki görüşümüze (“kavlünâ”) gelince” şeklindeki ifadesinin -hasmın sözü bununla ilgili olmadığı için- tutarlı olmadığını belirterek onu eleştirmekle birlikte,³¹ “Mefkud ona (Şâfiî’ye) göre mirasçı olur” tarzında verdiği bilginin yanlışlığına değinmemesi şaşırtıcıdır. Çünkü -daha çok- Şâfiî mezhebine mensup olduğu ileri sürülen, en azından bu mezhebe derin vukufuyla tanınan³² ve anılan esere birçok eleştiri yönelttiği bilinen Teftâzânî’nin bu duruma ses çıkarmamak suretiyle inceleme konumuz olan yanlış bilginin perçinlenmesine dolaylı bir katkı sağladığı söylenebilir.

27 Bağlamdan ve ibarenin devamındaki açıklamadan “mefkudluğu sebebiyle ölümüne hükmedilmeden önce” mânasının kastedildiği anlaşılmaktadır.

28 II, 441-42.

29 II, 444.

30 II, 224-25.

31 II, 224-25.

32 Şâfiî fıkıhının kolay ezberlenebilir bir üslupla özetlendiği *Miftâhu’l-fıkh (el-Miftâh, el-Miftâh fi fûrû’i’l-fıkhîş-Şâfiî)* isimli bir kitap telif etmiş olması (bk. Özen, “Teftâzânî”, s. 306) bu hususun açık kanıtı sayılabilir.

İbnü'l-Hümâm'ın (ö. 861/1457) *et-Tahrîr* adlı usul eserindeki ifadeleri, istishabın hücciyeti konusundaki görüşlere ve ihtilafın dayandığı bakış açısı farklılıklarına özlü biçimde değinmesi ve -dakik bir inceleme (tahkik) sonunda ulaştığını belirttiği- kendi mezhebine aykırı olan kişisel kanaatini ortaya koyması itibarıyla dikkat çekici olmakla birlikte, mefkudun mirasçı olması meselesinde verdiği bilginin tahkike dayalı olmadığı (bazı eserlerde öne çıkan bilginin aktarılmasından ibaret olduğu) görülmektedir. Bu eserde ve şerhinde (istishap konusundaki görüş ayrılığına bağlı olarak) Hanefiler'le Şâfiîler arasında fūrû-i fıkha ilişkin ihtilaflar ortaya çıktığı, mesela Şâfiî'ye göre mefkudun -kaybolduğu dönemde- mûrislerinden vefat eden kimseye³³ mirasçı olacağı, Hanefiler'e göre ise mirasçı olamayacağı açıkça ifade edilmektedir.³⁴ Bu ibare ile ilgili olarak İbn Nüceym tarafından yapılan önemli bir tespite -tekrardan kaçınmak üzere- makalenin sonuçlar ve değerlendirmeler içeren (8.) nolu başlığı altında değinilecektir.

Kirmastî de (ö. 900/1494), "Mefkud O'na (Şâfiî'ye) göre vâris olur, bize göre olmaz" diyerek bu görüşü doğrudan Şâfiî'ye nispet etmektedir.³⁵

Yine Bahrülulûm el-Leknevî (ö. 1225/1810), Muhibbullah İbn Abdüş-şekûr el-Bihârî'nin (ö. 1119/1707) *Müsellems-sübûl*'una yazdığı *Fevâti-hu'r-rahâmût* isimli şerhte, söz konusu usul ihtilafının pratik sonuçlarını açıklarken, "Şâfiî'ye göre mefkud, -kayıp olduktan sonra- vefat eden yakınına mirasçı olur; zira onun daha önce yaşadığı biliniyordu, öyleyse şimdi de istishâbü'l-hâle göre sağ olduğuna hükmedilir; bize göre ise bu durumda mefkud mirasçı olamaz, çünkü şu anda yaşadığı bilinmemektedir ve bu durumda istishap hüccet değildir" diyerek bu görüşü Şâfiî'ye nispet etmektedir.³⁶

3. Hanefî Fūrû-i Fıkıh Eserlerinde Mefkudun Mirasçılığı Meselesi

Şeybânî'nin (ö. 189/805), *el-Asl*'ın müstakil bir bölümünde mefkud ile ilgili hükümlere geniş biçimde yer verdiği³⁷ ve bu bölüm içinde ayrı bir başlık (bab) açıp mefkudun mirasçı olup olamayacağı meselesini değişik örnek

33 İbn Emîru Hâc (ö. 879/1474) tarafından bu eser üzerine yazılan *et-Tahrîr ve't-tahbîr* adlı şerhte "mûrislerinden" diye çevirdiğimiz ibare "min veresetihî" (vârislerinden) şeklindedir; ama bunun matbaa hatası olduğu anlaşılmaktadır. Emîr Pâdişah (ö. 987/1579) tarafından *Teyşîr-üt-tahrîr* adıyla yazılan şerhte bu ibare "mimmen yerisühû" (kendisine mirasçı olacağı kimselerden) şeklindedir.

34 III, 290-91.

35 *Zübdetü'l-vüsûl*, s. 165.

36 II, 359.

37 IX, 350-63.

olaylar ışığında ele aldığı görülmektedir.³⁸ Sonraki dönemlerin eserlerinde, Şeybânî'den bu mesele ile ilgili nakil yapılırken, bu babdaki ilk örnek olayın öne çıkarıldığı ve bunun eksik veya yanlış anlaşılmalarda etkili olduğu söylenebilir. Şöyle ki: Anılan başlıkta ele alınan ilk örnek olay, mefkudun da vârisleri arasında olduğu mûrise ait malın diğer vârislerin zilyetliğinde bulunması durumunda, -şayet mefkudun çocuklarıyla malı eli bulunduranlar arasında onun kayıplığı hususunda ihtilaf da yoksa- taraflar kadıya başvurduğunda ne yapılacağı ile ilgilidir. Şeybânî bu durumda malın yerinden oynatılmaması gerektiğini ve -mirasçı olup olamayacağı bilinmediğine ve kendisine ait olduğu bilinen bir mal söz konusu olmadığına göre- mefkud için bir payın ayrılıp koruma altına alınmayacağını belirtmektedir.³⁹

Dikkatli bir inceleme yapıldığında farkedilmektedir ki, gerek bu gerekse devamındaki bazı örnek olaylarda Şeybânî, zilyetlikle veya ispat hukukuyla ilintili sorunlar söz konusu olunca pay ayrılmamasından söz etmekte; ama mefkudun mirasçı olamayacağı veya onun hiçbir şekilde payının koruma altına alınması gerektiği gibi bir ifadesine, hele ileriki dönemlerde Hanefî fıkıh eserlerinde yaygın hale gelen, “Mefkud başkalarının hakları konusunda ölü hükmündedir” anlamını içeren bir sözüne rastlanmamaktadır. Aksine defalarca, “Sağ mıdır ölü müdür, mirasçı mıdır değil midir bilemem” şeklinde gerçekçi bir değerlendirme yapmakta ve mirasçı sayılıp sayılmayacağını sağ olup olmadığının açıklığa kavuşmasıyla kesinlik kazanacağını belirtmektedir. Daha önemlisi, zilyetlikle veya ispat hukukuyla ilintili sorunların söz konusu olmadığı ve “diğer mirasçıların taksim talep ettiği” örnek olaylarda açık biçimde, mevcut mirasçıların payının (İslam miras hukukundaki hacb kuralları çerçevesinde mefkudun sağ ve ölü olması ihtimallerinden hareketle yapılacak hesaplama göre) iki paydan daha az olan (“ekallü'n-nasibeyn”) kriteri esas alınarak kendilerine verileceğini, kalanın (mekfudun çıkıp gelmesi durumunda alacağı payın) ya malı zilyetliğinde bulunduranların elinde bırakılacağını veya bir yedimeine tevdi edileceğini (“yûkafü'n-nısfü alâ yedey adlin”) söylemektedir.⁴⁰

38 IX, 360-63.

39 IX, 360.

40 IX, 360-63. İbn Kudâme, vârisleri arasında mefkudun da bulunduğu bir kimsenin ölmesi olayı ile ilgili olarak cumhurun görüşünü açıkladıktan sonra, birini “bazı Şâfiiler demiştir ki (...)”, diğerini “Muhammed b. Hasan demiştir ki” diyerek iki farklı görüşe değinmekte, Şeybânî'nin görüşünü açıklarken, “Muhammed b. Hasan ‘söz, mal elinde bulunanın sözüdür’ demiştir” şeklinde bir nakilde bulunup ardından yukarıda belirtilen zilyetlikle ilgili ilk örneği -yakın ifadelerle- aktarmakta, anlatımın sonunda “Cumhur birinci görüş üzeredir” demek suretiyle onun cumhurdan farklı bir görüşe sahip olduğu izlenimini vermiş olmaktadır (*el-Muğnî*, IX, 189); oysa burada Şeybânî'nin ifadelerine dayanarak verdiği bilgiler mefkudun mirasçı olup olmayacağı ve normal

Tahâvî (ö. 321/933) incelediğimiz mesele hakkında şu açıklamayı yapmaktadır: “Bir kimse vefat ettiğinde geride iki kızı ve -ne durumda olduğu bilinmeyen mefkud- oğulun oğlu varsa kadı onun terekesini muhafaza edecek bir kişinin zilyetliğine verir. Şayet iki kızı ondan kendi miras paylarını vermesini isterlerse kadı onlara terekenin yarısını verir. Çünkü bilinmez, belki mefkud hayattadır ve onlarla birlikte mirasçı olur; aynı şekilde bilinmez, belki babasından önce ölmüştür; o sebeple iki kıza muhtemel iki duruma göre daha az olan payı verir, ki bu terekenin yarısıdır. Babalarının terekesinden kalan kısmı, mefkud olan oğlunun durumu anlaşılincaya kadar koruma altına alır.”⁴¹ Görüldüğü üzere Tahâvî, -Şeybânî'nin zikrettiği ilk örnek olaydan hareket ettiği için zilyetlik sorunuyla iç içe bir anlatımda bulunmuş olsa bile- Hanefî mezhebinin konuya ilişkin görüşünü sağlıklı biçimde yansıtmaya özen göstermiş; mefkudun hayatta olup olmadığı belli olmadığı sürece ona ölü veya sağ muamelesi yapılmayıp -çıkıp gelebileceği ihtimaline binaen- kendisi için uygun olan payın ayrılacağını ifade etmiştir.

Kerhî'nin (ö. 340/952) *el-Muhtasar*'ı müstakil olarak değil Kudûrî'nin şerhiyle birlikte (*Şerhu Muhtasari'l-Kudûri*) günümüze intikal etmiş olsa da, mefkudun mirasçılığı meselesini nasıl ele aldığıнын tespit edilmesi bu konudaki değerlendirmelerimize katkı sağlayabilirdi. Ancak araştırmacılar tarafından bu eserde “Mefkud” ve “Ferâiz” bahislerinin yer olmadığı belirtildiği için,⁴² sadece “Siyer” bölümü tahkik edilmiş olup diğer kısımları halen yazma olarak bulunan bu hacimli eseri⁴³ özel olarak incelemekten sarfınazar ettiğimizi belirtmeliyiz.

Debûsî'nin (ö. 430/1039) fûrû eseri olan *el-Esrâr*'ın “Kitâbü'l-Mefkûd” bölümünde sadece, mefkudun muhtaç durumdaki babasının onun mallarını satıp satamayacağı meselesinden hareketle kısa açıklamalar yer almakta,⁴⁴ “Kitâbü'l-Ferâiz ve'l-mevârîs” bölümünde ise araştırma konumuz olan meseleyle değinilmemektedir.⁴⁵

şartlarda (mûrisine ait mallar mevcut mirasçılar arasında taksim edilirken) kendisinin payının ayrılıp ayrılmayacağına ilişkin bir görüş ayrılığı içermemekte, zilyetlik ve ispat hukukuyla ilgili meseleler ele alınmaktadır.

41 *el-Muhtasar*, s. 405.

42 Ençakar, “Hanefî Fıkıh Literatüründe Gelenek Oluşturan Kayıp Bir Metin”, s. 13-14.

43 Bu konuda bilgi için bk. Güney, *Kudûri'nin Şerhu Muhtasari'l-Kerhî Adlı Eserinin “Siyer” Bölümünün Edisyon Kitiği*.

44 II, 983.

45 II, 712-14. Buna karşılık Debûsî'nin, usul eseri olan *Takvîmü'l-edille*'de Hanefî alimlerine nispet ederek “Mefkud mirasçı olamaz” ibaresini kullandığı görülmektedir (s. 76, 322).

İncelediğimiz mesele bakımından özel önemi haiz bulunan Kudûrî'nin (ö. 428/1037) *el-Muhtasar*'ında ise "Mefkud, kayıplığı sırasında vefat eden hiç kimseye mirasçı olamaz" ifadesiyle yetinildiği görülmektedir.⁴⁶

Tuhfetü'l-fukahâ'nın mukaddimesinde bunu yazma gerekçesini açıklarken, Şeyh Ebü'l-Hüseyin el-Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı hakkında bazı övgü ifadeleri kullandıktan sonra, "Fakihlerin bu kitaba rağbeti yaygınlaşınca bazı dostlar benden musannifin eksik bıraktığı bir kısım meseleleri zikretmemi ve bunlarla ilgili müşkilleri açıklamamı (...) istediler" diyen Alâeddin es-Semerkanî (ö. 539/1144),⁴⁷ "Kitâbü'l-Mefkûd"da, mefkudun akrabalarından biri vefat ettiğinde ona mirasçı olamayacağını söylemekle birlikte, kadının mefkudun payını ölünün terekesinden alıp onun adına ("ale'l-mefkûd") koruma altına almayacağını, fakat durumu açıklığa kavuşuncaya kadar (sahibi belli olmayan mal gibi) koruma altına alacağını belirterek bu bilgiye açıklık getirmektedir.⁴⁸

Ne var ki gerek bu açıklamanın gerekse müteakip dönemlerdeki eserlerde bu yönde verilen bilgilerin yaygın olarak bilinen Kudûrî şerhlerine yansımadığı görülmektedir. Mesela Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ının önemli şerhlerinden olan Haddâd'ın (ö. 800/1398) *el-Cevheretü'n-neyyire*'sinde, Kudûrî'nin, "Mefkud, kayıplığı sırasında vefat eden hiç kimseye mirasçı olamaz" ifadesini açıklarken, "başkalarının hakları konusunda ölü (hükmünde) olduğu için" şeklindeki yaygın kalıbı kullanmakta; mefkudun payının koruma altına alınmasından ise söz etmemektedir.⁴⁹ Yine bu eserin yaygın şerhlerinden olan Meydânî'nin (ö. 1298/1881) *el-Lübâb*'ında da Kudûrî'nin, "Mefkud, kayıplığı sırasında vefat eden hiç kimseye mirasçı olamaz" ifadesi açıklanırken -mekfud için pay ayrılacağına dair bir bilgi konmaksızın- "hayatta olduğu kesin olarak bilinmediği için" denerek hükmün gerekçesine değinilmiş ve

46 II, 217. Eserin "Kitâbü'l-Ferâiz" bölümünde de bu konuda başkaca bir açıklama bulunmamaktadır (bk. IV, 186-99).

47 I, 5 (Matbaa hatası olarak I. cildin kapağına "II. cilt" yazılmıştır; öte yandan bu bilgi aynı eserin Dimaşk baskısından da teyit edilmiştir [bk. I, 1]). Alâeddin es-Semerkanî'nin *Tuhfetü'l-fukahâ*'yı Kudûrî'nin değil de Kerhî'nin *el-Muhtasar*'ını esas alarak telif ettiği görüşü için bk. Ençakar, *Kerhî'nin Muhtasar'ının Hanefî Muhtasar Geleneğine Etkisi*, s. 21-24; a.mlf., "Hanefî Fıkıh Literatüründe Gelenek Oluşturan Kayıp Bir Metin", s. 11.

48 III, 350.

49 IV, 212. Haddâd'ın, Hücendî'den "Mefkud başkalarının hakları konusunda sağ, kendi hakları konusunda ölü (hükmündedir)" şeklinde bir nakilde bulunup dolaylı bir anlamla burada aynı sonuçların yani ona mirasçı olunamayacağı gibi onun da başkasına mirasçı olamayacağını kastedildiği açıklamasını yapmaya yer ayırabildiği halde, asil ihtiyaç olan bilgiye değinmemesi (IV, 208) şaşırtıcıdır.

ardından, “Mürisin ölmüş ve mirasçının hayatta olması mirasçılığın şartıdır” bilgisi verilmiştir.⁵⁰

Buna karşılık İbrâhim el-Halebî'nin (ö. 956/1549) Osmanlı hukuk tatbi-katında ve medrese eğitiminde ağırlıklı bir yere sahip olduğu bilinen *Mül-teka'l-ebhur* adlı eseri ile Şeyhîzâde (Dâmâd) (ö. 1078/1667) tarafından bu esere *Mecmau'l-ehur* adıyla yazılan şerhte Kudûrî'nin maksadını açıklığa kavuşturma açısından başarılı bir sunumun yer aldığını belirtmek gerekir. *Mültekâ*'daki ifade şöyledir:⁵¹ “(Mefkud) -şayet ölümüne hükmedilmişse-⁵² kayıplığı esnasında ölene mirasçı olamaz. Ölümüne hükmedilinceye kadar onun terekesinden kendine düşen pay -tamamı veya bir kısmı olmak üzere- koruma altına alınır. Ölümüne hükmedilmeden gelirse o pay onundur (...).” *Mecmau'l-ehur*'da da “şayet ölümüne hükmedilmişse” ibaresi, “(Mu-sannıf) onun mutlak olarak mirasçı olamayacağını değil, şayet daha sonra ölümüne hükmedilmişse mirasçı olamayacağını kastediyor; bu ihtirazî kayıt, kayıplığı sırasında mürisinin ölmesi ve sonra sağ olduğunun ortaya çıkması durumunda mirasçı olabileceğini belirtmek içindir” şeklinde açıklanmıştır. Şeyhîzâde ayrıca, musannifin, “Ona düşen pay -tamamı veya bir kısmı olmak üzere- koruma altına alınır” ifadesiyle şayet tek mirasçı ise terekenin tamamının, başka mirasçılarla birlikte ise bir kısmının yedimeine tevdi edilerek koruma altına alınacağını kastettiğini belirtmekte; ancak “gelirse” demek yerine “sağ olduğu ortaya çıkarsa” denmesinin daha iyi olacağına, zira gelmemiş olsa bile geçerli ispat vasıtalarıyla sağ olduğu sübut bulursa hükmün aynı olduğuna dikkat çekmektedir.⁵³

Diğer taraftan, özellikle Serahsî ve sonrası Hanefî fürû-i fıkıh eserlerinde genellikle, mefkudun mirasçılığı konusunda, “Mefkud kendi hakları konusunda sağ, başkalarının hakları konusunda ölü hükmündedir (“hayyün fi hakkı nefsihî ve meyyitün fi hakkı gayrihi”); şu halde onun malına mirasçı olunmaz ve o da başkasına mirasçı olamaz” şeklinde kalıp bir ifadenin tekrar edildiği görülmektedir.

Serahsî'nin (ö. 483/1090) *el-Mebsût*'ta bu meseleyi iki ayrı yerde ele alırken nispeten farklı bir sunum tercih ettiği belirtilmelidir. Şöyle ki: Çok önceki veya sonraki ciltlerde yer alan bahislere yaptığı iç atıflardan muhteşem

50 II, 217.

51 II, 553.

52 Oysa birçok Hanefî fürû eserinde, “Mefkud -kayıplığı sırasında vefat eden- hiç kimseye mirasçı olamaz” ibaresi “yani ölümüne hükmedilmeden önce” şeklinde açıklanmaktadır (mesela bk. Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, III, 312; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V, 178; İbn Nüceym, *en-Nehrü'l-fâik*, III, 292).

53 II, 553.

eserinin her bölümünde yazdıklarına ne kadar hâkim olduğu açıkça görülen müellif XI. ciltte mefkud ile ilgili genel bölümü teşkil eden “Kitâbü’l-Mefkûd”un başında mefkudun başkalarının hakkı hususunda “ölü hükmünde olduğu”nu, dolayısıyla ölen yakınına “mirasçı olamayacağı”ni ve -istishap delilinin işletilmesine ilişkin açıklamalarla destekleyerek- “başkasının mirası üzerinde hak sahibi olamayacağı”ni ifade etmesine mukabil, ilerleyen sayfalarda onun durumunun ceninin durumu ile benzerlik taşıdığını, yaşayıp yaşamadığı bilinmediğinden payının koruma altına alınacağını söyleyerek bu ifadelere açıklık getirmekte,⁵⁴ eserinin son cildinde, mefkudun mirasçılığını özel olarak incelediği “Mîrâsü’l-mefkûd” başlığında, konuya başlarken “mefkudun sağ mı ölü mü olduğu hususunda tereddüt edilen bir kimse olması” itibariyle cenine benzediğini ve bu sebeple “Mîrâsü’l-haml” (ceninin mirasçılığı) başlığından sonra bu bahse geçtiğini belirtmekte, -kendi malı konusunda sağ, başkasının malı konusunda ölü sayıldığı kaidelerini açıklarken- öldüğü bilinmedikçe malının mirasçıları arasında taksim edilmeyeceğini, yakınlarından biri vefat ettiğinde de durumu açıklığa kavuşmadan kendisine onun mirasının “verilmeyeceği”ni ve ceninde olduğu gibi payının koruma altına alınacağını ifade etmekte, “Mirasçı olamaz” (“lâ yerisu”) ibaresini kullanmaktadır.⁵⁵

“Mefkud kendi hakları konusunda sağ, başkalarının hakları konusunda ölü hükmündedir” şeklindeki anlatımı mezhep hükmünü yansıtmaya açısından sağlıklı bulmadığı anlaşılan Kâsânî (ö. 587/1191), Hanefî meşayihinden mezkûr ifadeyi naklettikten sonra, aynı kişinin gerçekte hem sağ hem ölü olmasının imkânsızlığına dikkat çekip bu ibare ile ne kast ettiklerini açıklamakta; fakat iyi incelendiğinde şu sonuca varıldığını belirtmektedir: “Onun ne durumda olduğu bilinmemektedir, hayatta olması da ölmüş olması da muhtemeldir; (...) Eğer yakınlarından biri vefat ederse, -halihazırda hem sağ hem ölü olma ihtimali bulunduğu- sağ mı ölü mü olduğu açıklığa kavuşuncaya kadar miras payı koruma altına alınır.”⁵⁶

Kâsânî’ye yakın bir coğrafyada yetişmiş ve onun çağdaşı olan Secâvendî’nin (ö. 596/1200 [?]) miras hukukuyla ilgili eserinin Hanefî muhitindeki özelliği sebebiyle bu meselede yaptığı açıklamaya, -tekrardan kaçınmak üzere- makalenin sonuçlar ve değerlendirmeler içeren (8.) nolu başlığı altında değinilecektir.

54 XI, 34-35, 43-44, 45-46, 47, 48.

55 XXX, 54.

56 *Bedâi’*, VI, 196.

Hanefî fıkhnın dört temel metninden sayılan Mevsilî'nin (ö. 683/1284) *el-Muhtâr*'ıyla⁵⁷ İbnü's-Sââtî'nin (ö. 694/1295) *Mecmau'l-bahreyn*'inde⁵⁸ "Kitâbü'l-Mefkûd" başlığı altında, "mefkudun kendi hakları/malı konusunda sağ, başkasının hakları/malı konusunda ölü hükmünde" olduğu ifade edilmiş olup, mefkudun -kayıplığı sırasında vefat eden- yakınına mirasçı olup olmayacağı meselesine değinilmemiştir. Dolayısıyla sadece bu metinleri okuyanlar, mefkudun payının koruma altına alınacağı hakkında bilgi edinemekte, aksine kendisine ölümler hakkındaki hükümlerin uygulanacağını öğrenmektedir.

Hanefî fûrû-i fıkıh yazımında ve öğretiminde çok etkili olmuş ve üzerlerine onlarca şerh ve haşiye yazılmış olan Mergînânî'nin (ö. 593/1197) *el-Hidâye*'siyle⁵⁹ -dört temel metinden biri sayılan-Ebü'l-Berekât en-Nesefî'nin (ö. 710/1310) *Kenzü'd-dekâik*'inde;⁶⁰ Molla Hüsrev'in (ö. 885/1480) Osmanlı medreselerinde ders kitabı olarak okutulduğu gibi kadı ve müftülerin başucu kitabı olan *Dürerü'l-hükkâm fi şerhi gureri'l-ahkâm*'ında;⁶¹ son dönemin en muteber Hanefî fıkıh kaynaklarından olan İbn Âbidîn'in (ö. 1252/1836) *Reddü'l-muhtâr* adlı kıymetli *Hâşiye*'sinin metnini oluşturan Timurtaşî'nin (ö. 1004/1596) *Tenvirü'l-ebşâr*'ı ile Haskefî'nin (ö. 1088/1677) *ed-Dürri'l-muhtâr* adıyla buna yazdığı şerhte,⁶² önce "mefkudun başkasına mirasçı olamayacağı" ve/veya "mefkudun başkalarının hakları konusunda ölü hükmünde olduğu" ifade edilmekle birlikte, genellikle devamında mürisinin ve vasiyetçisinin malından onun payının ayrılıp koruma altına alınacağını belirttilip, bu payın ne zamana kadar tutulacağı, sağ veya ölü olduğunun anlaşılması durumunda ne yapılacağı hakkında bilgi verilmesi, "Mefkud mirasçı olamaz"

57 *el-Muhtâr*, III, 37-38. Öte yandan Mevsilî anılan metne yazdığı *el-İhtiyâr li-ta'li'l-Muhtâr* adlı eserinin, "Kitâbü'l-Mefkûd" başlığı altında, "Başkasının hakları konusunda ölü hükmündedir" ifadesini, "Kayıplığı sırasında ölene mirasçı olamaz, çünkü onun varlığının devamına hükmedilmesi istishâbü'l-hâle göredir; bu ise def'ide (hüccet olmaya) elverişlidir ama hak elde etmede elverişli değildir" şeklinde açıklamıştır (III, 37). Bu konuya ilişkin başka açıklama yapmamakla birlikte mefkud hakkındaki kalan meselelerin "Ferâiz" bahsinde geleceğini belirtmiş; *el-İhtiyâr*'ın beşinci cüzünde, mefkudun payının ayrılmasına ilişkin daha önce bir bilgi vermiş olmadığı halde, ölümüne hükmedilmesi durumunda kendi malları için ne yapılacağını yazdıktan sonra, "başkasının terekesinden mefkud için ayrılan paya gelince" deyip bunun o kişinin vârislerine iade edileceğini ifade etmiş; ardından da söz konusu payın mevcut mirasçılar tablosuna göre nasıl hesap edileceği hakkında kısa bilgi vermiştir (V, 114-15).

58 s. 496.

59 V, 374.

60 III, 292-93.

61 II, 159-60.

62 XIII, 247-54.

şeklindeki önermenin zihinlerde yer etmesini bir ölçüde önleme açısından olumlu sayılabilir.

Yukarıdaki tespitler ışığında şu değerlendirmeleri yapmak mümkündür:

(1) Hanefî fıkhının özünü sonraki nesillere intikal ettirmede önemli bir rol üstlenmiş ve İslam dünyasında asırlar boyunca haklı bir şöhret elde etmiş olan (hatta “*el-Kitâb*” ve “*Kudûrî-yi Şerîf*” diye de anılan) Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ının, mezhebin ana kaynağı *el-Asl*'dakini tam olarak yansıtmayan bir bilgi vermesi sebebiyle, ele aldığımız konu açısından önemli bir kırılma noktası teşkil ettiği, buradaki ifade ile sonraki Hanefî fûrû literatüründe, “mefkudun, kayıplığı sırasında vefat eden yakınına mirasçı olamayacağı” bilgisinin yaygın biçimde görülmesi arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu söylenebilir.

(2) Muhtasar yazmanın zorlukları dikkate alınarak Kudûrî'nin metni bu şekilde oluşturmasına ilişkin bazı yorumlar yapılabilirse de, özellikle bu esere yazılan şerhlerde beklenen açıklamanın bulunmaması ve fıkıh öğretiminde (özellikle medreselerde, hatta yakın zamanlara kadar Ezher'de) öne çıkan bir ders kitabı olması sebebiyle *el-Muhtasar*'daki, “Mefkud, kayıplığı sırasında vefat eden hiç kimseye mirasçı olamaz” bilgisinin -mefkud için pay ayrılacağına dair bir kayıt da taşımaksızın- öğrencilerin hafızalarına yerleştirilmesine devam edilmiştir.

(3) Mefkudun yakınlarından birinin vefat etmesi durumunda sağ veya ölü olduğu belli oluncaya kadar yakının terekesinden kendisine düşen payın koruma altına alınacağı bilgisinin verilmesi doğru ve yeterli iken, “Mefkud başkalarının hakları konusunda ölü hükmündedir” ve “Mefkud, kayıplığı sırasında vefat eden hiç kimseye mirasçı olamaz” şeklindeki önermeler usul kitaplarındaki yanlış ezberi besleyen veya bundan etkilenerek yapılan açıklamalar olarak değerlendirilebilir. Zira başkalarından kendisine intikal edecek haklar konusunda, “Ölü hükmündedir” ve “Mirasçı olamaz” şeklinde kategorik önermeler mezhepteki fûrû hükmünü ve gerekçesini sağlıklı biçimde yansıtmadığı gibi, zamanla yaygınlık kazanan, “Mefkudun -kayıplığı sırasında- bir yakını vefat ederse Hanefiler'e göre ona mirasçı olamaz, ama Şâfiiler'e göre mirasçı olur” şeklindeki sunumun Hanefiler ile Şâfiiler arasındaki istishap deliliyle ilgili ihtilafı açıklayan bir örnek haline getirilmesine de zemin hazırladığı anlaşılmaktadır.⁶³ Esasen “Ölü hükmündedir” önerme-

63 Bardakoğlu şu açıklamasıyla bu hususa dikkat çekmektedir: “Ancak hukuk ekollerinin belirli fer'î meselelerde benimsediği çözüm örneklerinden hareketle istishap anlayışlarıyla ilgili genelleme yapmanın, mesela mefkud örneğinden yola çıkarak kategorik belirlemelere gitmenin yanıltıcı olacağını da göz ardı etmemek gerekir. Kaynaklarda

sinin beklenen pratik sonucu mefkudun mirasçı olamayacağına, dolayısıyla ölen yakınına ait terekenin o yokmuş gibi mevcut vârislere taksim edilmesine hükmedilmesi iken, -mirasçı tablosuna göre hangisi mefkudun lehine ise ona göre hesap yapılarak- kendisine pay ayrılıp koruma altına alınmasını izah etmek kolay değildir.⁶⁴

“Ölü hükmündedir” ve “Mirasçı olamaz” şeklindeki anlatımla, “Yakını vefat ettiğinde sağ olup olmadığı bilinmediği için ona doğrudan mirasçı muamelesi yapılmaz, yani mirastaki payı onun mülküymüş gibi fiilen ayrılıp ilgililere verilmez” anlamının kastedildiği tarzında açıklamalar yapılabilirse de,⁶⁵ bu defa Şâfiîler için söylenen, “Mirasçı olur” önermesini izah zorlaşır; çünkü onlara göre “mekfuda doğrudan mirasçı muamelesi yapıldığı, yani mirastaki payının onun mülküymüş gibi fiilen ayrılıp ilgililere verildiği”, ayrıca diğer vârislerin paylarının da onun vâris olduğu esasına göre hesap edileceği söylenmiş olur. Oysa ilgili başlıkta görüleceği üzere, bu konuda Şâfiî mezhebindeki hüküm Hanefî mezhebindekinden farklı değildir.

(4) Mefkudun kayıplığı döneminde vefat eden yakınına mirasçılığı hususunda bir taraftan “ölü hükmünde sayılacağı ve mirasçı olamayacağı”, diğer taraftan “sağ veya ölü olduğu anlaşılincaya kadar miras payının koruma altına alınacağı” bilgisinin karma biçimde verilmesinin Hanefî fıkıh kitaplarında gözlemlenen genel bir durum olması yanında, birçoğunda birinci önerme o kadar ön plana çıkarılmaktadır ki ikinci önerme (miras payının koruma altına alınacağı hükmü) belli belirsiz kalmakta ve okuyucu bunu ancak özel bir dikkat gösterirse farkedebilmektedir. Zira bazı eserlerde asıl konu olan mirasçılık durumu ve mefkudun miras payının ayrılması hükmü ileriye bırakılıp araya vasiyet örneği konmakta ve/veya özellikle Şeybânî'nin eserindeki ilk örnek olayın etkisi altında zilyetlik veya ispat sorunlarıyla ilintili örnekler üzerinden yürünerek asıl hüküm ikinci planda bırakılmaktadır. Mesela *Hidâye* şerhleri arasında seçkin bir yere sahip olan İbnü'l-Hümâm'ın (ö. 861/1457) geniş hacimli ve ilim muhitlerinin büyük

hukuk ekollerinin ve özellikle Hanefîler'in bu konudaki görüşleri aktarılırken çelişkili bilgilere rastlanmasının bir sebebi de bu olmalıdır” (“İstihâb”, s. 379-80).

64 Ünalın mefkud ile ilgili makalesinde “... Çünkü kişi, gaiplik anında kendisi için sabit olmayan haklar açısından tam olarak ölü değil, ölü ile diri arasında muallak bir konumda kabul edilmiştir. O halde kuralı ‘Gaip kendisine ait haklar açısından sağ, başkasına ait haklar açısından ise ne sağ ne de ölüdür’ şeklinde düzeltmek daha doğrudur” diyerek yaygın anlatımı eleştirmektedir (bk. “İslam Hukukunda Gaibin/Mefkûdün Evlilik ve Miras Durumu”, s. 119).

65 Mesela Kurlânî (ö. 767/1366), bu anlatımın yanlış anlaşılmaya müsait olduğunu far ederek şöyle bir açıklama yapma ihtiyacı duymuştur: “Mefkud başkasına mirasçı olamaz” sözümüz, ‘Mefkudun mirastaki payı mefkudun mülkü olmaz; mefkudun miras payı koruma altına alınır’ anlamındadır” (bk. *el-Kifâye*, V, 374).

takdirine mazhar olmuş *Fethu'l-kadîr* isimli eserinde, mefkudun kaybolduğu dönemde mûrislerinden biri vefat ederse -istishabın "istihkak"a elverişli delil olmaması sebebiyle- ona mirasçı olamayacağı ifade edilmekte, devamındaki açıklamalarda, Şeybânî'nin *el-Asl*'ında yer alan ilk örnek olay esas alınarak terekeye dahil mallar üzerindeki zilyetlikle veya (mekfudluk iddiasının taraflarca kabul edilip edilmemesine ilişkin) ispat sorunlarıyla ilgili meselelere kayıldığı görülmektedir.⁶⁶ Haskefî'nin *ed-Dürri'l-muhtâr*'ına bakıldığında da bu durumla karşılaşmakta ve İbn Âbidîn'in yaptığı açıklamalar sayesinde, -kayıplığı sırasında- bir yakını vefat eden mefkud için -hacb kurallarına göre- kendisinin lehine olan payın ayrılacağı bilgisi daha kolay anlaşılacaktır. Yine *Mecelle* şârihi Ali Haydar Efendi (1853-1935), konuya ilişkin özel çalışmasının (*Risâle-i Mefkûd*) başında mefkudun başkalarının hakları bakımından ölü sayıldığını belirtmekte ve "Binaenaleyh mefkud hâl-i fakdında vefat eden mûrisine vâris olamaz"⁶⁷ deyip bu konunun ayrıntısı için "35 numaralı mesele"ye atıfta bulunmaktadır. Her ne kadar anlatımın sonunda mefkudun miras payının ayrılıp kayyım tarafından muhafaza altına alınacağı söylense de, risalede iki defa geçen, "Mirasçı olmaz/Mirasçı olmaz" önermesinden, ilk bakışta ona pay ayrılmayıp mevcut mirasçılara göre miras taksiminin yapılacağını anlaşılacağı göz ardı edilmemelidir.⁶⁸

(5) Başka birçok konuda Şâfiî'nin veya Şâfiîler'in görüşleriyle mukayeseler yapan Hanefî fûrû müelliflerinin, Hanefîler'in, "İstishâbü'l-hâl hak kazanımı için hüccet teşkil etmez" şeklindeki yaklaşımını mefkudun mirasçı olamaması örneği ile açıkladıkları bir bağlamda karşı görüşe (Şâfiîler'e göre yakını ölen mefkudun mirasçı olduğuna) değinmemeleri dikkat çekmektedir.⁶⁹ Bunun, belirtilen meselede Şâfiî kaynaklarında farklı görüşe yer verilmemesinden kaynaklandığı açıktır. Nitekim özellikle bu iki mezhep arasındaki fikhî ihtilafları ele alan eserlerde de böyle bir görüş ayrılığından söz edildiğine rastlanmamaktadır.⁷⁰ Şayet Hanefî fûrû eserlerin-

66 V, 375

67 s. 5.

68 Hanefî fûrû literatüründeki bu genel durumun alanın uzmanlarını bile etkilediğinin ilginç bir örneği (Mustafa Dîb el-Bugâ'nın *Eserü'l-edilletü'l-muhtelif fihâ* adlı doktora tezi) (7.) nolu başlık altında incelenecektir.

69 Ali Haydar mezkûr risalenin "Hâtîme"sinde, "Mefkud hakkında diğer eimme hazerâtının mezhepleri beyanındadır" deyip yeni bir mesele başlığı koymuş olmakla birlikte, açıklamalarını mefkudun mal varlığı ve zevcesi ile ilgili hükümlerle sınırlı tutmakta; özellikle fikhî usulü eserlerinde istishab delilinin işletilişinde meşhur olan Hanefîler'le Şâfiîler arasında mefkudun mirasçılığı meselesindeki ihtilafa değinmemektedir (*Risâle-i Mefkûd*, s. 24-25).

70 Kudûrî'nin Hanefîler ile Şâfiîler arasındaki ihtilâflı meseleleri delilleriyle birlikte

de Şâfiiler'de de yakını ölen mefkudun fiilen mirasçı sayılmayıp -durumu açıklığa kavuşuncaya kadar- payının ayrılması hükmünün geçerli olduğu belirtilmiş olsaydı, usul kitaplarındaki yanlış ezber sürüp gitmeyebilirdi; zira Hanefî fıkını öğrenme konumunda olanların sırf bu mesele için Şâfiî fıkıh kaynaklarına başvurmaları mûtat öğrenim süreçleri muvacehesinde fazla beklenmez.

Ancak belirtmeliyiz ki mukayeseli incelemelerin fûrû eksenli olması durumunda belirtilen faydanın sağlanabileceği, fıkıh usulü esas alındığında ise durumun değişmeyeceği anlaşılmaktadır. Nitekim Rükneddin es-Semerkan-dî'nin (ö. 701/1301) *Câmiu'l-usûl fi beyâni'l-kavâidi'l-Hanefiyye veş-Şâfiyye fi usûli'l-fikh* adlı eserinde, istishap konusunda Şâfiiler ile Hanefiler arasındaki usul ihtilafına değinilmesini⁷¹ takiben değişik örnekler üzerinde durulmakla birlikte mefkud örneği hakkında, "... Bu sebeple biz, mefkudun kendi malı hakkında sağ, başkasının malı hakkında ölü sayılacağı, dolayısıyla sırf zâ-hiren hayatta olmasına binaen ölen yakınına mirasçı olamayacağı üzerinde icmâ etmiş bulunuyoruz"⁷² denmekte, yani mukayese usul eserlerinin etkisi altında kalınarak yapıldığı için Hanefiler'e göre mefkudun mirasçı olamayacağı bilgisi yanında -dolaylı da olsa- Şâfiiler'e göre mirasçı olacağı bilgisi verilmiş olmaktadır.

Sonuç olarak, Hanefî fûrû eserlerinde, yakını ölen mefkudun mirasçı olup olamayacağı meselesi ele alınırken, bunun sağ veya ölü olduğu açıklık kazandığında belli olacağı ve bu sebeple yaşadığı ihtimaline binaen miras payının ayrılacağı bilgisiyle yetinilmesi yerine, henüz askıda sayılan bir durum için ("Ölü hükmündedir" ve "Mirasçı olamaz" şeklinde) kesin sonuç bildiren kural ve anlatımların öne çıkarılmasıyla usul öğretiminde mefkudun mirasçılığı meselesindeki (gerçekte var olmayan) ihtilafın istishap delilinin uygulanışının simgesel bir örneği hale gelmesi arasında sıkı bir ilişki olduğu, hatta Hanefî fûrû eserlerindeki yanlış veya eksik ezberin, fıkıh usulü öğretiminde, "Mefkud Şâfiiler'e göre mirasçı olur" şeklindeki yanlışlığı kesin olan (ama farkına varılamayan) bir ezberden de destek alınarak pekiştirildiği söylenebilir.

incelediği geniş hacimli kitabı *et-Tecrîd*'de belirtilen görüş ayrılığından söz edilmemesi önemlidir; zira -yukarıda belirtildiği üzere- Hanefî fûrû eserlerinde bu meselede büyük ölçüde onun *el-Muhtasar*'ı esas alınmıştır (*et-Tecrîd*'de "Mefkud" başlığını taşıyan bir bölüme ve "Talâk", "Ferâiz", "Vesâyâ" bölümlerinde mefkudun mirasçılığı meselesine rastlayamadık).

71 II, 180.

72 II, 186.

4. Şâfiî Fıkıh Usulü Eserlerinde Mefkudun Mirasçılığı Meselesi

İncelediğimiz Şâfiî fıkıh usulü eserlerinde⁷³ istishabın hüccet değeri üzerinde durulurken, Şâfiîler'e/Şâfiî'ye göre istishâbü'l-hâl yeni haklar kazanılmasında geçerli bir delil sayıldığı için, kayıplığı sırasında yakınlarından biri vefat ederse mefkudun ona mirasçı olacağı bilgisine rastlanmamaktadır.⁷⁴

Şâfiî usul eserleri içinde Ezher şeyhi Abdurrahman b. Muhammed eş-Şirbînî (ö. 1908) tarafından yapılan açıklamalar, araştırma konumuz açısından özel bir önemi haizdir. Şöyle ki: Tâceddin es-Sübki (ö. 771/1370) *Cem'ül-cevâmi'* isimli eserinde istishaptan söz ederken mefkudun mirasçılığı örneğini zikretmemekte,⁷⁵ Celâl el-Mahallî (ö. 864/1459) onun istishap ile ilgili ifadelerini şerh ederken -asıl konuyu Şâfiî mezhebine istishap hakkında nispet edilen usulî görüşle ilgili açıklama ve tartışmalar oluşturmakla birlikte- mefkudun mirasçılığına değinerek ölümüne hükmedilmeden önceki dönemde onun hayatta olduğuna dair bilginin def'ide hüccet olsa da ispatta hüccet sayılmayacağını, dolayısıyla istishaba binaen başkasına mirasçı olup yeni bir mülkiyet kazanamayacağını belirtmekte,⁷⁶ Bennânî (ö. 1198/1784) ve Attâr da (ö. 1250/1834) *Hâşiye*'lerinde bu konudaki ifadeleri açıklamaktadır.⁷⁷ Ezher şeyhi Şirbînî ise *Takrir*'inde, *et-Tavzîh* sahibinin (Sadruşşerîa), mefkud örneğini kullanırken, "Şâfiî'ye göre mirasçı olur, ama bize göre olmaz" şeklinde aktardığı bilginin, dolayısıyla mefkudun mirasçılığı meselesinin Şâfiîler ile Hanefiler arasında ihtilafı gösterilmesinin yanlış olduğuna dikkat çekmekte; bu arada mefkudun mirasçılığı hakkında Remlî ve İbn Hacer'in Gazzâlî'den naklettiği ifadeye yer verip, bununla ne kastedildiğine ve şârihin ifadelerine açıklık getirmeye çalışmaktadır.⁷⁸ Dolayısıyla bazı yazarlarca Şâfiî mezhebinde mefkudun kayıplığı sırasında ölen yakınına mirasçı kılındığı bilgisi için,

73 Mesela Şirâzî, *Şerhu'l-Lüma'*, II, 977-93; a.mlf., *et-Tebşıra*, s. 526-37; Cüveynî, *el-Burhân*, II, 1135-41; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, 217-45; İbn Berhân, *el-Vüsûl*, II, 317-19 (Müellif burada hükmün devamının istishap yoluyla olduğu tezini savunan Debûsî'den söz ederken mefkud örneğine -onun usulî yaklaşımını eleştirmek üzere- değinmektedir); Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 111-20; Fahreddin er-Râzî, *el-Mahsûl*, II, 475-84.

74 Haral Yalçı da, *İlk Beş Asır Usulü'l-Fıkıh Literatüründe İstishab Delili* başlıklı doktora tezinde, araştırmasına kaynaklık eden Şâfiî usul eserlerinde Şâfiîler'in mefkudun durumunu istishapla bağlantılı olarak değerlendirdiklerini ortaya koyan herhangi bir ifadeye rastlamadığını belirttiikten sonra, "Bununla birlikte onların usulde mefkudu hangi bağlamda değerlendirdiklerini, Hanefî usul eserlerinde, yine Hanefiler tarafından onlara izafe edilen görüşlerden öğrenmekteyiz" (s. 156, 195-96) açıklamasını yapmıştır.

75 Sübki, *Cem'ül-cevâmi'*, II, 386-89.

76 Mahallî, *Şerhu'l-Celâl el-Mahallî*, II, 386-89.

77 Bennânî, *Hâşiye*, II, 349 (Burada mefkudun payının ayrılacağından da söz edilmektedir); Attâr, *Hâşiye*, II, 386-89.

78 II, 386-87.

aksi yönde bir bilgi içerdiği halde *Şerhu'l-Mahallî alâ Cem'î'l-cevâmi'* isimli eserin kaynak gösterilmesi yanıltıcı olmaktadır.⁷⁹

Yine Tâceddin es-Sübkî'nin (ö. 771/1370) -babası Takıyyüddin es-Sübkî (ö. 756/1355) tarafından telifine başlanmış olan- *el-İbhâc fî şerhi'l-Minhâc* adlı eserinde, Hanefiler tarafından mefkudun istishâbü'l-hâl ile yaşadığına hükmedilmesinin kendi mülkünün devamında hüccet olmaya elverişli sayıldığı, ama mûrisinin malında onun lehine mülkiyet ispatına elverişli sayılmadığı belirtilmekte, Şâfiîler'e göre mefkudun mirasçı olacağından söz edilmemekte, hatta mefkudla ilgili başka bir bilgiye yer verilmemektedir. Buna rağmen bazı yazarlarca Şâfiî mezhebinde mefkudun kayıplığı sırasında ölen yakınına mirasçı kılındığı bilgisi için, mezkûr eserin kaynak gösterilmesi okuyucuyu yanıltmaktadır.⁸⁰

İsnevî'nin (ö. 772/1370), *Nihâyetü's-sûl fî şerhi Minhâcî'l-usûl li'l-Beyzâvî* adlı eserine Mısır Başmüftüsü Muhammed Bahît el-Mutî'nin (1854-1935), *Süllemül-vüsûl li-şerhi Nihâyeti's-sûl* adıyla yazdığı haşiye de araştırma konumuzla ilgili açıklamalar içermektedir. Şöyle ki: İsnevî "Makbul Delillerin İkincisi İstishâbü'l-hâl" başlığı altında bu delil ile ilgili görüşlere değinmekle birlikte "mekfud"dan hiç söz etmemekte;⁸¹ buna karşılık Mutî anılan haşiye de mefkud ile ilgili geniş açıklamalara yer vermektedir. Bunlardan araştırmamız açısından özel önemi haiz olanı, Sadrüşşerîa'nın ve *Fevâtihu'r-rahamût* sahibinin (Bahrülulûm el-Leknevî), "Mefkud, Şâfiî'ye göre -kaybolduktan sonra vefat eden- yakınına mirasçı olur, bize göre ise mirasçı olamaz" şeklinde verdikleri bilginin ve bunu iki mezhep arasındaki ihtilaf çerçevesine dahil edilmesinin yanlış olduğuna dikkat çekmesidir. Ancak bu bağlamda yazdıkları, hocası Ezher Şeyhi Şirbînî'nin açıklamalarının tekrarı mahiyetinde olup kendisi de bu konudaki sözü uzatma sebebinin, ancak hocası Şirbînî gibilerin farkedemediği incelikler taşıması olduğunu ifade etmektedir.⁸² Sekkâ Şâfiîler'in de içinde bulunduğu cumhurun mefkudun mirasçı olacağı görüşünde olduğu bilgisi için *Şerhu'l-İsnevî*'yi de kaynak gösterirken,⁸³ Mutî'nin

79 Mesela (6.1.) ve (7.) nolu başlıklarda görüleceği üzere Vehbe ez-Zühaylî gerek fıkıh usulü gerekse fûrû ile ilgili kitabında bu konuya ilişkin yanlış bilgiyi aktarırken anılan eseri kaynak göstermiştir.

80 Mesela (6.1.) ve (7.) nolu başlıklarda görüleceği üzere Vehbe ez-Zühaylî gerek fıkıh usulü gerekse fûrû ile ilgili kitabında ve Sekkâ doktora tezinde inceleme konumuz olan yanlış bilgiyi aktarırken anılan eseri kaynak göstermişlerdir.

81 IV, 358-60, 366-73.

82 IV, 360-66, 369-70.

83 *Ahkâmü'l-gâib ve'l-mefkûd*, s. 686. Burada yazar belirtilen bilgi için Zerkeşî'nin (ö. 794/1392) *el-Bahrü'l-muhî't*'ini de kaynak göstermektedir; oysa Zerkeşî'nin bu bağlamda sadece mefkudun ölen yakınına mirasçı olamayacağına dair Hanefî görüşünden söz

mezkûr haşiyede mefkud ile ilgili olarak yaptığı açıklamaların İsnevî'ye ait olduğunu düşünmüş olmalıdır. Fakat böyle bile olsa, bu haşiyede Sekkâ'nın iddia ettiği yönde bilgi verilmemekte, aksine Şâfiî'ye bu yönde nispet edilen bilginin doğru olmadığı açıklanmaktadır.

5. Şâfiî Fürû-i Fıkıh Eserlerinde Mefkudun Mirasçılığı Meselesi

İncelediğimiz Şâfiî fürû-i fıkıh eserlerinde, Şâfiîler'e/Şâfiî'ye göre istis-hâbü'l-hâl yeni haklar kazanılmasında geçerli bir delil sayıldığı için, kayıplığı sırasında yakınlarından biri vefat ederse mefkudun ona mirasçı olacağı bilgisine rastlanmamaktadır. Tam aksine bu konuda Hanefiler'de olduğu gibi, mefkudun sağ mı ölü mü olduğu bilinmediğinden, durumu açıklığa kavuşuncaya kadar payının ayrılacağı belirtilmekte, sağ dönmesi ihtimali dikkate alınarak, ihtiyaten (mevcut mirasçı tablosuna göre alabileceği) en yüksek payın ayrılıp koruma altına alınması esası benimsenmektedir.

Görebildiğimiz Şâfiî fürû eserleri içinde⁸⁴ ilk olarak Mehâmilî'nin (ö. 415/1024) *el-Lübâb fi'l-fıkhiş-Şâfiî*'sinde, "Mefkud mirasçı olamaz; öldüğünden emin olununcaya kadar payı koruma altına alınır" denerek bu meselenin hükmüne kısaca yer verildiği görülmektedir.⁸⁵ Bu ifade, araştırma konumuzla ilgili olarak şu ilginç tezatı gösterme açısından önemlidir: Erken dönem bir Şâfiî fürû eserinde, "Mefkud mirasçı olamaz" tarzında açık bir ifade kullanılmasına mukabil, Hanefî ilim muhitinde, "Şâfiî'ye göre mefkud mirasçı olur" önermesi yaygınlık kazanabilmiştir.

"Şâfiîler'e göre mefkudun -kayıplığı sırasında vefat eden- yakınına mirasçı olduğu" şeklindeki iddianın gerçeği yansıtıp yansıtmadığının ortaya konması, çalışmamızda merkezi bir öneme sahip olduğu için, bu konuda Şâfiî fürû eserlerindeki bilgilerin özünü çıkarıp ilgili kaynaklara atıfta bulunmakla

ettiği, cumhura/Şâfiîler'e mirasçı olacağı görüşünü nispet etmediği, hatta Kiyâdan bu örnekle ilgili yaptığı nakilde, onun -gereçelendirmedeki anlatım farklılığı bir yana- bu hususta ihtilafın olmayacağına dair ifadesine yer verdiği görülmektedir (bk. VI, 17-20).
84 Şâfiî'nin (ö. 204/820) *el-Ümm*'ünde mefkudla ilgili bazı meselelere değinilmekte birlikte (mesela bk. IV, 74-75, V, 239-41), ilgili bölümlerde onun mirasçılığı meselesinin ele alındığına rastlanmamaktadır; ancak fıkıh literatüründe genellikle mefkudun vasiyet lehtarlığıyla önemli benzerlik taşıdığına dikkat çekilen cenin lehine vasiyet meselesine yer verildiği ve vasiyet edilen malın ceninin doğumuna kadar koruma altına alınacağı belirtilmektedir (IV, 112). Yine Büveytî'nin (ö. 231/846) *el-Muhtasar*'ı ile Müzenî'nin (ö. 264/878) *el-Muhtasar*'ında ve İbnü'l-Kâs'ın (ö. 335/946) *et-Telhis*'inde bu meseleye özel olarak değinildiği görülmemektedir. Ancak Müzenî'nin "Mirasçı Olamayacak Kimseler" babında yer verdiği "ölümü karanlıkta kalanlar" ifadesi (s. 186), -aşağıda görüleceği üzere- Mâverdî tarafından "suda boğulanlar" ve "mefkudlar" şeklinde açıklanmıştır.

85 s. 279.

yetinmek yerine, Mâverdî'nin (ö. 450/1058) *el-Hâvî el-kebîr*'inden itibaren son dönem eserlerine kadar uzanan çizgide meselenin ayrıntılı biçimde ele alındığı temel Şâfiî fûrû eserlerindeki ifadelerden örnekler vermenin daha yararlı olacağını düşünüyoruz. Ayrıca bazı yazarların Şâfiî mezhebinde terekenin, “mefkud sağlamış gibi düşünülerek taksim edileceği” ve “mefkud ölmüş gibi düşünülerek diğer mirasçılara paylaştırılacağı” şeklinde iki görüş daha bulunduğu bilgisini vermelerinin nereden kaynaklandığına açıklık getirmek için de bazı ibarelerden nakillerde bulunmaya ihtiyaç duyulmuştur.

Mâverdî (ö. 450/1058) (*Muhtasarü'l-Müzeni*'nin şerhi olan) *el-Hâvî el-kebîr*'inde “Mesele” başlığı altında, “Şâfiî (rahimehullah) şöyle demiştir: Ölümü karanlıkta kalanlar, suda boğulanlar ve mefkudlar olmak üzere iki sınıftır”⁸⁶ ifadesini kullanmakta,⁸⁷ birinci sınıfla ilgili bilgileri takiben araştırma konumuz olan meseleye şu şekilde açıklık getirmektedir: “Mefkudun mirasçı olabileceği bir kimse ölürse, onun terekesinden mefkudun mirası -durumu açıklığa kavuşuncaya kadar- koruma altına alınır; şayet sağ olduğu anlaşılırsa ona mirasçı olur, eğer daha önce öldüğü anlaşılırsa vârislerden kalanlara iade edilir, ölümle ilgili durumu belirsiz kaldığı takdirde de hüküm böyledir.”⁸⁸ Müellif daha sonra değişik mirasçı tablolarına göre mefkud için ayrılacak payla ilgili bilgi vermekte ve mefkudun hakkının söz konusu olmadığı durumlarda diğer mirasçıların kendi aralarında sulh olabileceklerini belirtmektedir.⁸⁹

Özü itibariyle aynı olan bilgi Şîrâzî'nin (ö. 476/1083) *el-Mühezzeb fî fıkhi'l-İmâm eş-Şâfiî*'sinde şöyle ifade edilmiştir: “Bir adam esir alınır veya kaybolur da öldüğü bilinmezse, emsalinin yaşayamayacağı süre geçinceye kadar malı taksim edilmez; kendisine mirasçı olabileceği bir kimse ölürse, her mirasçıya kendisine isabet edebilecek en az pay verilir, kalanı onun durumu aydınlığa kavuşuncaya kadar koruma altına alınır.”⁹⁰ Şîrâzî'nin oldukça muhtasar olan *et-Tenbîh fî fûrû'l-fıkhiş-Şâfiî* adlı eserinde ise bu meseleye değinilmeksizin -başka birçok fıkıh kitabında bu açıdan mefkud ile ortak

86 VIII, 87.

87 Şâfiî'nin, hangisinin önce öldüğü bilinmeyenlerin mirasçılığı konusuna değinirken boğulanlar, toplu ölüme maruz kalanlar vb. “ölümü gizli kalanlar”ın -miras ehlinden olsalar da- birbirine mirasçı olamadıkları gibi mefkud ve zevcesinin de birlikte ölüp hangisinin önce öldüğü bilinemezse birbirlerine mirasçı olamayacaklarını söylediği (*el-Üm*, V, 240-41) dikkate alınırsa mefkudları “ölümü gizli kalanlar” ifadesinin kapsamında mütalaa etmediği ancak aynı hükme tâbi olduklarını belirtmek istediği anlaşılmaktadır.

88 VIII, 89.

89 VIII, 89-90.

90 IV, 83.

hükümlerine temas edilen- hünsâ-yı müşkilden söz edilmekte ve payının ayrılacağı belirtilmektedir.⁹¹

Kendisinden sonraki dönemde mezhep çevrelerinin telif faaliyetinde merkezi yere sahip olan ve tahkik döneminin “şeyhayn” diye anılan iki siması Râfiî ve Nevevî tarafından temel refans kabul edilen Gazzâlî'nin (ö. 505/1111) *el-Vecîz* adlı eserinde,⁹² mefkudun bir yakınının vefat etmesi durumunda payının ayrılacağı belirtilmekte ve mevcut mirasçı tablosuna göre payın nasıl ayrılacağı şöyle açıklanmaktadır: “Mefkudun ölü olması durumunda payı eksilecek olan hakkında onun ölü olduğunu takdir ederiz, mefkudun sağ olması durumunda payı eksilecek olan hakkında onun hayatta olduğunu takdir ederiz. Fakat bir kavil şöyledir: Hepsi hakkında onun ölü olduğu takdir edilir; başka bir kavil ise şöyledir: Hepsi hakkında onun hayatta olduğu takdir edilir; sonra aksi durum ortaya çıkarsa hükmü değiştiririz.”⁹³

Râfiî (ö. 623/1226), Gazzâlî'nin bu eserine yazdığı şerhte (*el-Azîz fî şerhi'l-Vecîz/eş-Şerhu'l-kebîr; Fethu'l-Azîz fî şerhi'l-Vecîz*), “Şayet mefkudun ölümüne hükmedilmeden önce bir yakını vefat ederse, bakılır:” deyip yukarıda değinilen (*el-Vecîz* metnindeki) bilgileri yakın biçimde tekrar etmekte; ancak başta, “Mefkud ile birlikte bulunduğu mirasçılığı düşene, -mefkudun durumu açıklığa kavuşuncaya kadar- bir şey verilmez” ihtimaline, son da, “Mefkudun sağ veya ölü olması durumunda payı değişmeyene payı verilir” ihtimaline yer vermekte,⁹⁴ devamında bu ihtimalleri farklı mirasçı tablosu örnekleriyle açıklamaktadır.⁹⁵

Mezhep içindeki belirleyici konumu sebebiyle “şeyhayn” tabiriyle anılan iki fakihten biri olduğu gibi günümüz Şâfiîliği açısından da bir dönüm noktası teşkil eden Nevevî'nin (ö. 676/1277) yukarıda zikredilen eserin muhtasarı niteliğinde olup Şâfiî mezhebinin en güvenilir bilgi kaynaklarından kabul edilen⁹⁶ (ve bu konudaki yayınlarda da en fazla başvurulan kaynaklardan biri olan) *Ravzatü't-tâlibîn* adlı eserindeki bilgilerin göz önünde bulundurulması da araştırma konumuz açısından önemlidir. Nevevî mefkudun mirasçılığı hakkında şöyle demektedir: “Ölümüne hükmedilmeden önce bir yakını vefat ederse bakılır: a) Mefkuddan başka vârisi yoksa, yakınının vefatı sırasında sağ mı ölü mü olduğu açıklığa kavuşuncaya kadar bekletiriz

91 s. 398.

92 Aybakan, “el-Vecîz”, s. 587-88.

93 s. 250.

94 XI, 226.

95 XI, 227-29. Müellifin konumuz açısından önemli bazı tespitlerine (8.) nolu başlık altında değinilecektir.

96 Aybakan, “Şâfiî Mezhebi”, s. 233-47.

(terekenin tamamını koruma altına alırız), b) Mefkuddan başka vârisi varsa, mefkudun payını koruma altına alırız ve mevcut vârislerden her birinin payı konusunda en kötü olan seçeneği esas alırız, şöyle ki: aa) Mefkudla birlikte olduğu zaman sâkıt olacak olana onun durumu açıklığa kavuşana kadar bir şey verilmez, bb) Mefkudun sağ olması durumunda payı eksilecek olan bakımından mefkud sağ kabul edilir (payı buna göre hesap edilir), cc) Mefkudun ölü olması durumunda payı eksilecek olan bakımından mefkud ölü kabul edilir (payı buna göre hesap edilir), dd) Mefkudun sağ veya ölü olması durumlarında payında değişme olmayana ise payı verilir.”⁹⁷ Daha sonra Nevevî bu durumlara, mevcut vârislerle ilgili farklı ihtimaller üzerinden örnekler veriyor⁹⁸ ve devamında şöyle diyor: “(Mirasçı tablolarına göre) her bir şekil hakkında zikrettiklerimiz ‘sahih’ ve ‘zâhirü’l-mezheb’ olandır. Fakat bir ‘vecih’e göre, hepsi bakımından mefkudun ölü olduğu kabul edilir; zira mevcut vârislerin hak edişleri bilinmektedir, mefkudun hak edişi ise şüphelidir; şayet aksi ortaya çıkarsa hükmü değiştiririz. Başka bir ‘vecih’e göre ise hepsi bakımından mefkudun sağ olduğu kabul edilir; zira asıl olan onun hayatta olmasıdır; şayet aksi ortaya çıkarsa hükmü değiştiririz.”⁹⁹

Nevevî'nin *Minhâcü't-tâlibîn* adlı eserinin üç ünlü şerhi¹⁰⁰ ile Nevevî'nin *Menhecü't-tullâb*'ının Zekeriyâ el-Ensârî (ö. 926/1520) tarafından yapılan *Fethu'l-vehhâb* isimli şerhinde ve Büceyrimî'nin (ö. 1221/1806) bunun üzerine yazdığı *Hâşiye*'de¹⁰¹ de yukarıdaki bilgilerin tekrar edildiği görülmektedir.

Dikkatli biçimde okunmazsa, Gazzâlî'nin, “Fakat bir kavil şöyledir: (...); başka bir kavil ise şöyledir: (...)” ve Nevevî'nin *Ravzatü't-tâlibîn*'deki, “Fakat bir vecih şöyledir: (...); bu hususta başka bir vecih de şöyledir: (...)” şeklindeki ifadelerinden, bu görüşlerin ana hükmün (mekfudun payının koruma altına alınacağı hükmünün) dışında olduğu yani mefkudun mutlak olarak ölü veya sağ olduğu esas alınarak taksim yapılacağı anlamı çıkarılabilmektedir. Nitekim Ali Seyyid Hasan'ın¹⁰² “Tereke mefkudun sadece sağ olduğu farzedilerek taksim edilir” ve “Tereke mevcut mirasçılar arasında taksim edilir; zira o andaki mirasçıların yaşadığı kesindir, mefkudun yaşadığı ise şüpheli olduğuna göre o vâris olamaz” şeklinde iki görüş daha bulunduğunu söylerken bu ifadeleri esas aldığı anlaşılmaktadır. Oysa bu ifadeler dikkatle

97 VI, 35.

98 VI, 35-36.

99 VI, 36.

100 Bk. İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, VI, 764-65; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, III, 33; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, VI, 30.

101 III, 294-95.

102 *el-Ahkâmü'l-hâssa*, s. 65.

okunduğunda, bunların mefkuddan başka vârislerin bulunması durumunda onun payı ayrılırken diğer vârislerin paylarının nasıl hesaplanacağına ilişkin olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu arada belirtilmelidir ki, bazı yazarlar mefkudun mirasçılığı meselesinde Hanefiler ile Şâfiîler arasında ihtilaf bulunduğu bilgisi için *er-Rahbiyye*'ye atıfta bulunmuş olsalar da, bu eserde bu yönde bir bilgiye rastlanmamakta, Şâfiî fıkıh eserlerindeki mütat bilgilerin tekrar edildiği görülmektedir.¹⁰³

6. Yakın Dönem Fıkıh Usulü Ders Kitaplarında Mefkudun Mirasçılığı Meselesi

Önceki başlıklarda görüldüğü üzere, makale konusunu oluşturan ve fıkıh usulü öğretiminde köklü bir geçmişe sahip olan yanlış ezber, on yıllardır İslam ülkelerinde (özellikle yükseköğretim düzeyinde) okutulan yakın dönem fıkıh usulü kitapları vasıtasıyla zihinlere nakşedilmeye devam edildiği ve bu kitaplar hâlâ ciddi bir itirazla karşılaşmaksızın yayımlanmakta olduğu için, bu başlık altında bazı örnekler üzerinde durulacaktır.

XX. yüzyılın ikinci çeyreğinden itibaren günümüze kadar kaleme alınan bu örnekleri üç grup halinde inceleyeceğiz.¹⁰⁴

6.1. Fıkıh Usulü Öğretimindeki Yanlış Ezberin Açıkça Tekrarına Örnekler

(1) Muhammed Ebû Zehre *Usûlü'l-fıkh* adlı kitabında “el-istishâbü'l-hâs bi'l-vasf” tabir ettiği istishap türünün ne ölçüde delil teşkil edeceğinin fakihler arasında ihtilaf konusu olduğunu, Şâfiî ve Hanbelîler'in bunu mutlak bir hüccet olarak kabul ederken, Hanefî ve Mâlikîler'in def'ide geçerli hüccet saymakla beraber ispatta geçerli saymadıklarını belirttikten sonra mefkud ile ilgili olarak şu açıklamayı yapmaktadır: “Hanefîler'e ve Mâlikîler'e göre mefkud kayıplık döneminde yeni haklar kazanmaz, dolayısıyla bu dönemde ona bir miras veya vasiyet malı kalmaz; mirasçıları arasında bulunduğu bir yakını bu dönemde vefat ederse mefkudun payı koruma altına alınır.”¹⁰⁵ “Şâfiîler'e ve Hanbelîler'e gelince, onlar kayıplık döneminde -ölümüne karar verilmedikçe- mefkudun sağ olduğuna hükmederler; buna göre (...) mefkuda

103 Bk. Rahbî, *er-Rahbiyye*, s. 297-99; Birmâvî, *Hâşiye*, s. 267-69.

104 Muhammed el-Hudârî'nin, kendi beyanına göre 1905 yılında bir fakültede üstlendiği usûlü'l-fıkh dersi dolayısıyla nüvesini oluşturduğu (s. 12-13) *Usûlü'l-fıkh*'ında, istishap hakkında özlü bilgi verilip kısa bir değerlendirme yapılmakta; Hanefiler ve Şâfiîler arasındaki usul ihtilafına ve mefkud meselesine değinilmemektedir (bk. s. 355-56).

105 s. 279.

kayıplık döneminde miras veya vasiyet yoluyla sabit olan her türlü mal in-tikal eder.”¹⁰⁶

(2) Abdülkerim Zeydân *el-Veciz fi usûli'l-fıkıh* adlı kitabında istishabın Hanefiler'e ve onlar gibi düşünenlere göre sadece def'ide hüccet olup ispatta hüccet olmadığını, -Hanbeliler ve Şâfiiler gibi- onların dışındakilere göre ise hem def'ide hem ispatta hüccet sayıldığını ve bu usul ihtilafının fûrû-i fıkıha yansıyan örneklerinden birinin “mekud” konusundaki görüş ayrılığı olduğunu belirttikten sonra, şu açıklamaları yapmaktadır: “Hanefiler'e göre mekud kendinden önce ölen yakınına vâris olamaz, yani mekudun kayyımını onun miras payının teslim edilmesi talebinde bulunamaz, durumu belli oluncaya kadar bu pay ayrılıp koruma altına alınır (...) İstishabın hem def'ide hem ispatta hüccet olduğunu söyleyenlere göre ise mekud hakkında tamamen sağ hükümleri uygulanır (...); mûrisi kendisinden önce ölmüşse mirastan payını alma, aynı şekilde lehine vasiyet edilen malı alma hakkına sahip olur.”¹⁰⁷

(3) Ali Hasebullah *Usûlü't-teşri'l-İslâmî* adlı kitabında, Hanefiler'e göre istishabın sadece def'ide, Şâfiiler'e göre def'ide ve ispatta hüccet sayıldığı yönündeki usul ihtilafına dayalı bir örnek olarak mekudun mirasçılığına değinirken, “Hanefiler'e ve Mâlikiler'e göre mekud kayıplığı sırasında ölen yakınına mirasçı olamaz (...); Şâfiiler'e ve Hanbeliler'e göre ise mirasçı olur” demekte ve payının ayrılacağından söz etmemektedir.¹⁰⁸

(4) Züheyr *Usûlü'l-fıkıh* adlı kitabında, istishabı delil olarak dikkate alıp almamaktan doğan birçok fûrû-i fıkıh hükmü bulunduğunu belirttikten sonra mekud örneği hakkında, “Şâfiiler mekud başkasına mirasçı olur ama ona mirasçı olunmaz, Hanefiler ise ona mirasçı olunmayacağı gibi o da başkasına mirasçı olmaz demişlerdir” şeklinde bilgi vermekte, payının ayrılacağından söz etmemektedir.¹⁰⁹

(5) Vehbe ez-Zühaylî, *Usûlü'l-fıkıh'l-İslâmî* adlı kitabında istishabın hüccet değeri hakkındaki usul ihtilafının sonuçlarından biri olarak mekudun mirasçılığı örneğine yer vermekte, istishabın etkisini “olumlu haklar-olumsuz haklar” şeklinde bir ayırım yaparak açıklamakta ve onun mirasçılığı ile ilgili

106 s. 280. Yazar *el-Ahvâlü's-şahsiyye* adlı kitabında Mısır pozitif hukukundaki durumu incelerken, “fıkıhta istishabü'l-hâl adını verdikleri” delil uyarınca, mekudun mirasçı olabileceği bir yakınının -onun ölümüne hükmedilmeden önce- vefat etmesi halinde, -hâkimin ölümüne hükmetmesine veya yaşadığının ortaya çıkmasına kadar- mirastaki hakkının askıya alınmış olarak devam edeceğini ifade etmektedir (s. 500).

107 s. 229-30.

108 s. 208-209.

109 IV, 178.

olarak şöyle demektedir: “Mâlikîler’e, Şâfiîler’e ve onlar gibi düşünenlere göre mefkud başkasından olumlu haklar elde edebilir, binaenaleyh başkasına mirasçı olur, payı ayrılır ve kendisi için yapılan vasiyet onun lehine sabit olur”; “Hanefîler’e gelince, onlara göre, mefkud için başkasına mirasçı veya vasiyet lehtarı olma gibi olumlu haklar sabit olmaz (...), kendi hakları bakımından sağ, başkalarının hakları bakımından ölü hükmündedir, (...) başkasına mirasçı olamaz, ona bir pay ayrılmaz, ölenin terekesinin taksimi sırasında o dikkate alınmaz.”¹¹⁰ Burada Hanefîler’in görüşünden söz edilirken, “Ona bir pay ayrılmaz, ölenin terekesinin taksimi sırasında o dikkate alınmaz” şeklinde bir bilgi verilmesi kadar bu bilgi için İbnü’l-Hümâm’ın *Fethu’l-kadîr* isimli eserinin kaynak gösterilmesi de şaşırtıcıdır.¹¹¹

Yazarın gerek birinci¹¹² gerekse ikinci¹¹³ görüş için gösterdiği kaynaklar arasında fûrû eseri bulunmamakta, zikrettiği usul eserlerinin belirtilen yerlerinde ise (Muhammed Ebû Zehre, *Usûlü’l-fıkh*, s. 286 hariç) verdiği tarzda bir bilgiye rastlanmamaktadır.¹¹⁴

(6) Muhammed Mustafa Şelebî’nin *Usûlü’l-fıkhî’l-İslâmî* adlı kitabı da bu grupta yer almakla birlikte, diğerlerinden farklı bir sunum içermesi¹¹⁵ sebebiyle, -tekrardan kaçınmak üzere- makalenin sonuçlar ve değerlendirmeler içeren (8.) nolu başlığı altında ele alınacaktır.

110 II, 867-69.

111 Zira İbnü’l-Hümâm’ın *Fethu’l-kadîr* adlı eserinde mefkudun payının koruma altına alınacağı açıkça ifade edilmiştir (bk. V, 474).

112 İbn Hazm, *el-İhkâm*, V, 590; *el-İbhâc*, III, 111; *el-Medhal ilâ mezhebi Ahmed*, s. 133; *Nüzhetü’l-hâtır Şerhu Ravzati’n-nâzır*, I, 389 vd.; Süyûtî, *Risâle fi usûlü’l-fıkh (Mecmûatü resâil)*, s. 76; *Miftâhu’l-vüsûl ilâ binâ’î’l-fürû’ alâ’l-usûl*, s. 189; *Muhtasarı İbni’l-Hâcib*, s. 217.

113 *Usûlü’s-Serahsî*, II, 225; *Keşfü’l-esrâr*, II, 1098; *Mir’âtü’l-usûl*, II, 367; *Usûlü’ş-Şâfi*, s. 116; *İ’lâmü’l-muvakkîn*, I, 339; *el-Medhal ilâ mezhebi Ahmed*, s. 134; *Şerhu’l-Mahallî alâ cemi’l-cevâmi’*, II, 285; *Şerhu’l-Adud alâ Muhtasari’l-Müntehâ*, II, 284; Ebû Zehre, *Usûlü’l-fıkh*, s. 286.

114 Burada söylenenler içinde sadece “Mâlikîler’e, Şâfiîler’e ve onlar gibi düşünenlere göre payı ayrılır” bilgisi doğrudur. Buna karşılık yazar *Usûlü’l-fıkh* isimli kitabında (Trablus 1990), Hanefîler’in müteahhirinine göre mefkud için başkasına mirasçı ve vasiyet lehtarı olma gibi olumlu hakların sabit olmayacağını, fakihlerin çoğunluğuna göre ise mefkudun başkasından olumlu haklar elde edebileceğini yani başkasına mirasçı olacağını ve kendi lehine yapılan vasiyetin sabit olacağını ifade etmiştir (s. 109-11). Görüldüğü üzere bu kitapta çoğunluk görüşü verilirken sadece “mirasçı olacağı” belirtilmekte, payının ayrılacağından da söz edilmemektedir.

115 s. 339-44.

6.2. Fıkıh Usulü Öğretimindeki Yanlış Ezbere Dolaylı Destek Sağlanmasına Örnekler

(1) Abdülvehhâb Hallâf *Mesâdirü't-teşrî'l-İslâmî fî mâ lâ nassa fih* adlı kitabında, Hanefiler'e göre istishabın def'ide hüccet olmakla birlikte ispatta hüccet olmadığını ve onların bu anlayışının mefkud hakkında verdikleri hükümle açıklığa kavuştuğunu belirttiikten sonra bu örnekle ilgili olarak şunları yazmaktadır: "Mirasçıları onun tereknesinin kendilerine taksim edilmesini isterlerse yaşadığı sabit olduğundan istishap uyarınca bu talepleri reddedilir. (...) Fakat mefkudun da vârisi olduğu kardeşi vefat ettiğinde, mefkudun kayyımı -istishaba göre sağ olduğu gerekçesine dayanarak- mefkudun mirasını talep etse, bu onun mirasçılığı için hüccet olmaya elverişli görülmez. Yani mefkud fiilen vâris olmaz, ancak payı emanet olarak koruma altına alınır, sağ olduğu ortaya çıkarsa ayrılan payını miras olarak alır..."¹¹⁶ Aynı yazarın *İlmü usûli'l-fıkh ve hulâsatü târîhi't-teşrî'l-İslâmî* adlı kitabında da aynı bilgiye daha kısa biçimde yer verilmiştir.¹¹⁷

Hanefiler'in bu meseledeki yaklaşımını fûrû hükümlerine uygun olarak veren bu anlatım tek başına okunduğunda herhangi bir sorun içermemekte, aksine birçok yayında kapalı kalan noktaları açıklığa kavuşturmaktadır. Ne var ki istishap delili ile ilgili görüş ayrılığının ele alındığı ve Hanefiler'in istishabı def'ide hüccet saymakla birlikte ispatta hüccet saymadıklarının açıklandığı bir bağlamda bu örneğin sadece Hanefiler üzerinden işlenmesi, bu meselede karşı görüş bulunduğunu düşündürebilir ve buradan istishabı hem def'ide hem ispatta hüccet sayanların (özellikle Şâfiiler) mirasçı olacağı kanaati taşıdıkları sonucu çıkarılabilir.

(2) Bedrân Ebü'l-Ayneyn Bedrân *Usûlü'l-fıkhî'l-İslâmî* adlı kitabında istishap hakkında farklı görüşlere ve delillerine genişçe yer verdikten sonra bu konudaki görüş ayrılığının fûrû-i fıkhîdeki örneklerine değinirken, müteahhirin Hanefiler'in istishabı sadece def'ide hüccet saydığını ama ispatta hüccet saymadığını, bunun sonucu olarak mefkudun -hakikaten veya mahkeme kararıyla- ölümüne hükmedilmeden önceki dönemde malına vâris olunamayacağı gibi kendisinin de bu dönemde bir yakını öldüğünde ona vâris olamayacağını ve durumu belli oluncaya kadar payının ayrılıp koruma altına alınacağını ifade etmektedir.¹¹⁸ Bir önceki maddede söylenenler bu kitap için de geçerlidir.

116 s. 153-54.

117 s. 101-102.

118 s. 221-23.

(3) Muhammed Mustafa ez-Zühaylî, *el-Vecîz fî usûli'l-fikhi'l-İslâmî* adlı kitabında istishabın hüccet değeri konusunda değişik görüşler bulunmakla birlikte bunlardan ikisinin önemli olduğunu, birinci görüşün sahibi olan Mâlikîler, Hanbelîler, Şâfiîler'in çoğunluğu ve Zâhirîler'e göre -delil bulunmadığında hem def'ide hem ispatta hüccet olduğunu; ikinci görüşün sahibi olan Hanefî mezhebine göre hüccet olmadığını, ancak muhakkik Hanefîler'in çoğunluğuna göre def'ide geçerli hüccet olmakla birlikte ispatta olmadığını ifade ettikten sonra bunu şöyle örneklendirmektedir: “Mesela mefkudun halen yaşadığına dair istishap deliline dayanmak böyledir; onun öldüğüne dair iddiayı def'ide, dolayısıyla vârislerinin onun mallarını paylaşmasını engelleme hususunda istishap hüccet olmakla birlikte olmayanın ispatında hüccet olmaz, binaenaleyh o esnada vefat eden mûrisine mirasçılığı sabit olmaz.”¹¹⁹ Bu anlatım, daha öncekilerdekinden farklı olarak payının ayrılacağından söz edilmeyip, “O esnada vefat eden mûrisine mirasçılığı sabit olmaz” bilgisiyle yetinilmesi sebebiyle, yanlış ezbere daha belirgin bir dolaylı destek sağlayabilir.

(4) Mustafa Dîb el-Bugâ *Usûli'l-fikhi'l-İslâmî: Dirâse âmme* adlı kitabında, “Hükmü İstishaba Dayanan Meselelerden Biri: Mefkudun Mirasçılığı” başlığını açıp iki hükmü birbirinden ayırt etmektedir: “a) Alimler -vefatı sabit oluncaya kadar- terekesinin taksim edilmeyeceği hususunda ittifak etmişlerdir (...). b) Daha önce yaşadığı kesin olarak biliniyorsa, onun kendisine mirasçı olabileceği kimselerden biri öldüğünde, yaşadığı kesin olarak bilindiği durumda onun için ayrılan pay ayrılır mı? Fakihlerin çoğunluğu (cumhur) bu görüşe sahiptir; demişlerdir ki: Ölü veya sağ olduğu bilininceye, yahut baskın ihtimale göre akrabalarının yaşayamayacağı süre geçinceye kadar payı koruma altına alınır.”¹²⁰ Verilen bilgide bir yanlışlık bulunmamakla birlikte, bu anlatım mefkudun payının koruma altına alınacağı hususunda görüş ayrılığı bulunduğu izlenimini verdiği için, yaygın bilgiyi dolaylı olarak destekleyici nitelikte sayılabilir. Kaldı ki (7.) nolu başlıkta açıklanacağı üzere Bugâ başka bir kitabında Hanefî mezhebindeki görüşü, “Mirasçısı olduğu bir kimse öldüğünde ona (mefkud) bir pay ayrılmaz, tereke ölenin mirasçıları arasında taksim edilirken o dikkate alınmaz” şeklinde aktarmıştır.

(6) Abdülkerîm b. Ali b. Muhammed en-Nemle *el-Mühezzeb fî usûli'l-fikh el-mukâren* adlı kitabında istishabın hüccet değeri ile ilgili iki ana görüşe, görüş sahiplerine ve delillerine yer verdikten sonra, birçok fûrû meselesini etkilemiş olması itibarıyla ihtilafın esasa ilişkin olduğunu belirtmekte ve mefkud örneğini şöyle açıklamaktadır: “Mefkud mirasçı olur mu ve ona mirasçı

119 s. 260-61.

120 s. 120-21.

olunur mu? İşte bu meselede iki görüş ortaya konmuştur: a) Mefkud başkasına mirasçı olur, ama ona mirasçı olunmaz. b) O mirasçı olamaz ve ona mirasçı da olunmaz.”¹²¹ Burada yanlış ezbere güçlü bir destek sağlandığı açıktır.

6.3. Fıkıh Usulü Öğretimindeki Yanlış Ezbere Dikkat Çeken Bir Örnek

Zekiyyüddin Şa'bân'ın *Usûlü'l-fıkhi'l-İslâmî* adlı kitabı, görebildiğimiz yakın dönem fıkıh usulü ders kitapları içinde, belirtilen yanlış ezberi tekrar etmediği gibi bu yanlışlığa açık biçimde dikkat çeken tek örnektir. Bu kitapta yer alan bilgi şöyledir:

Bu kurala göre fakihler, kaybolmuş ve sağ olup olmadığı bilinmeyen 'mefkud' hakkında şu sonuçlara varmışlardır: Ona ait olduğu bilinen haklar konusunda -öldüğüne dair delil bulunmadıkça- sağlara uygulanan hükümler uygulanır. Malları mirasçıları arasında bölüştürülmez (...). Çünkü kaybolduğu sırada onun yaşadığı yakinen bilinmekteydi; o halde öldüğüne dair delil bulununcaya kadar, 'sağ olma' vasfının devam ettiğine hükmedilir.

Fakat mefkudun kendisinin de mirasçısı olduğu yakınlarından biri vefat ederse, terekedeki paya mâlik olduğuna hükmedilmez; hayatta olup olmadığı ortaya çıkıncaya kadar bu pay ayrılır ve mefkudun hakkı askıda tutulur. Bunun sebebi şudur: Mirasçılık sıfatı ancak mûrisin öldüğü sırada sağ olduğu bilinen kişi için sabit olur; oysa mefkudun bu yakını öldüğünde sağ olup olmadığı bilinmemektedir. Öyleyse o sırada hayatta olduğu kesin olarak ortaya çıkıncaya kadar onun mirasçılığına hükmedilemez.

Yazar düştüğü dipnotta bu meseledeki yanlış bilgiye şöyle dikkat çekmektedir:

Bu hükümde Hanefiler ile Şâfiiler arasında ihtilaf yoktur. Usul kitaplarında mefkudun Hanefiler'e göre mirasçı olamadığı, Şâfiiler'e göre ise mirasçı olduğu yönünde bilgi verilmesi ve bunun söz konusu mezheplerin istishabın hüccet değeri hakkındaki ihtilafından doğmuş meselelerden biri olarak takdim edilmesi, Şâfiî fıkının güvenilir eserlerinde belirtilen görüşe aykırı düşmektedir.¹²²

Yazarın mefkud örneği ile ilgili doğru bilgiyi ve değerlendirmeyi özlü bir biçimde verdikten sonra koyduğu, "Şâfiiler'e göre ise mirasçı olduğu yönünde

121 III, 963-66.

122 S. 212.

bilgi verilmesi (..) Şâfiî fıkhnın güvenilir eserlerinde belirtilen görüşe aykırı düşmektedir” şeklindeki not, hakikati yansıtmakla birlikte, Şâfiî fıkhn eserleri hususunda ihtiyatlı bir ifade kullandığı görülmektedir. Bu meseleyi özel olarak incelemeyi üstlenmemiş olması sebebiyle böyle bir ifade kullanması tabiidir. Ancak biz araştırmamız boyunca Şâfiîler’e göre mefkudun -kayıplığı döneminde ölen- yakınına mirasçı olacağı yönünde bir bilgiye hiçbir Şâfiî fıkhn eserinde rastlamadığımızı belirtebiliriz.

7. Fıkhn Usulü Ders Kitapları Dışındaki Bazı Çağdaş Yayınlarda Mefkudun Mirasçılığı Meselesi

(1) Ali Seyyid Hasan *el-Ahkâmü’l-hâssa bi’l-mefküd: Dirâse mukârene beyne’ş-şeriatil-İslâmiyye ve’l-kânûneyni’l-Mısri ve’l-Fransi* adlı mukayeseli hukuk bakımından yararlı çalışmasında, mefkudun kayıplığı esnasında vefat eden yakınına mirasçı olup olamayacağı meselesini ele alırken gerek klasik gerekse çağdaş eserlerdekinden farklı bir sunum yapmakta, “Mefkudun Başkasının Terekesindeki Haklarının Muhafazası” başlığını açarak, “Şâfiîler ile Hanbelîler’in görüşü” ve “Hanefîler ile Mâlikîler’in görüşü” şeklinde iki görüşten söz etmekte ve bu görüşleri açıklarken “Mirasçı olur” veya “Mirasçı olamaz” ibarelerini kullanmamakta, “Kaybolduktan sonra mûris veya vasiyetçisinin ölmesi durumunda -ister miras ister vasiyet olarak- ayrılan pay mefkudun mallarına eklenir mi?”¹²³ sorusuna İslam hukukunda iki farklı cevap verildiğini belirtip bu görüşleri açıklama cihetine gitmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yazarın Şâfiîler’in görüşü için bu mezhebin kaynaklarından gösterdiği¹²⁴ tek eser olan, *Ravzatü’t-tâlibin*’deki bilgiler Şâfiîler’e de nispet edilen bilgilerle örtüşmemekte; Şâfiîler ile Hanbelîler’in bu konularda aynı görüşü paylaştıkları varsayımından yola çıktığı ama daha çok Hanbelî mezhebine ait kaynaklardaki anlatımları esas aldığı; mûrisinin ölümü sırasında mefkudun sağ veya ölü olduğunun anlaşılması durumunda dört mezhebe göre hüküm aynı olduğu halde, bu hususun kesin olarak bilinmemesi durumunda onun için ayrılan payın ne olacağına dair görüş farklılığına bağlı bilgilerin etkisi altında bir tasnif yapma cihetine gittiği izlenimi edinilmektedir.

Yazar ayrıca dipnotta, “Mefkudun mûrisinin terekesi mefkudun sadece sağ olduğu farzedilerek taksim edilir” ve “Tereke mevcut mirasçılar arasında taksim edilir; zira o andaki mirasçıların yaşadığı kesindir, mefkudun yaşadığı ise şüpheli olduğuna göre o vâris olamaz” şeklinde iki görüş daha bulunduğunu söylemektedir. Oysa (5.) nolu başlıkta açıklandığı üzere, atıfta bulunduğu eserlerde (Nevevi’nin *Ravzatü’t-tâlibin*’i, Muvaffakuddin İbn

123 s. 64.

124 s. 64, dipnot 53.

Kudâme'nin *el-Muğni'si* ve Ebü'l-Ferec İbn Kudâme'nin *eş-Şerhu'l-kebir'i*) yer alan bu bilginin, mefkuddan başka vârislerin bulunması durumunda mefkudun payı ayrılırken diğer vârislerin paylarının nasıl hesaplanacağına ilişkin olduğunu dikkatten kaçırmış olmalıdır.

Yine bu çalışmada, Hanefiler ile Mâlikîler aynı grupta ele alınırken, Mâlikîler'in görüşü için bu mezhebe ait bir tek esere dahi atıf yapılmadığı görülmekte,¹²⁵ bibliyografyasında üç Mâlikî kaynağa yer verilmiş olsa da esas gerekli olan bu yerde onların kullanılmadığı anlaşılmaktadır.

(2) Muhammed Fethî ed-Düreynî *Buhûs mukârane fi'l-fıkhî'l-İslâmî ve usûlih* adlı kitabının "Nazariyyetü'l-istishâb fi usûlî'l-fıkhî'l-İslâmî el-mukâren" başlığını taşıyan bölümünde, Serahsî'nin usul eserindeki açıklamaları esas alarak, onun (keza müteahhirîn Hanefiler'in) istishap ile ilgili görüşlerini mefkud örneği üzerinden açıklarken, bunun mutlak bir hüccet olmadığı, def'ide geçerli olmakla birlikte ispatta geçerli sayılmadığı, bu sebeple mefkudun müris olmayacağı gibi vâris de olamayacağı bilgisini bazı anlatım farklılıklarıyla birkaç defa tekrar etmekte;¹²⁶ onların usulünde Şâfiîler'in zıt görüşte olduklarını belirtildiğini de şöyle ifade etmektedir: "Açıkladığımız üzere, özellikle İmam Serahsî'nin (keza müteahhirîn Hanefiler'in) usulünde yerleşik kural şudur: İstishap, Şâfiîler'e göre hem def'ide hem ispatta geçerli mutlak bir hüccet olmasına karşılık (bize göre) sadece def'ide hüccettir, ispatta hüccet değildir."¹²⁷

"Usulcülere Göre İstishabın Hüccet Değeri" başlığı altında müteahhirîn Hanefiler'in yaklaşımını eleştiren¹²⁸ Düreynî daha sonra bu görüşe muhalif olduklarını belirttiği Şâfiîler'in yaklaşımını açıklamakta ve "İşte bizim nazarımızda da tercihe şayan olan görüş budur" demektedir.¹²⁹ Burada yazar mefkud örneğini tekrar etmemekle birlikte daha önce mefkud örneği bağlamında, "Buna karşılık Şâfiîler'e göre hem def'ide hem ispatta olmak üzere mutlak bir hüccettir" ifadesini kullandığı¹³⁰ dikkate alındığında Şâfiîler'in mefkudun kayıp olduğu dönemde vefat eden yakınına mirasçı olacağı görüşünde oldukları şeklindeki yaygın bilgiyi esas aldığı ve kendisinin de bu görüşü tercih ettiği anlaşılmaktadır. Zaten bu tercihinin belirttiği cümle için düştüğü dipnotta Ali Hasebullah'ın *Usûlü't-teşri'l-İslâmî* isimli eserine atıfta bulunmaktadır ki, belirtilen eserde bu bilgi açık biçimde yer almıştır.¹³¹

125 s. 66, dipnot 55.

126 I, 375-78.

127 I, 378.

128 I, 395-401.

129 I, 403-404

130 I, 378.

131 s. 208-209.

İslam hukuku alanında kıymetli çalışmalarıyla ve kavram inceliklerine dikkat etmesiyle tanınan Muhammed Fethî ed-Düreynî'nin anılan çalışması istishap delilinin mahiyeti ve sınırlarının belirlenmesi ile ilgili önemli analizler içermekle birlikte, araştırma konumuz hakkında yaptığı nakillerin ve değerlendirmelerin beklenen titizlikten uzak olduğu, dolayısıyla fıkıh usulü yazımında ve öğretimindeki yanlış ezberi perçinlemeye katkı sağlayan bir işlev üstlendiği söylenebilir. Şöyle ki:

a) Düreynî'nin bu incelemesinin bibliyografyasında ve dipnotlarında (*Mecelletü'l-ahkâmî'l-adliyye* bir tarafa bırakılırsa) hiçbir fûrû eserinin yer almadığı görülmektedir. Bölüm başlığına “usûl-i fıkıhta” kaydını koyduğu için, yazarın incelemesini ağırlıklı olarak usul eserleri üzerinden yürütmesi makul olsa da, özü itibarıyla bir fûrû konusu olan “mekkudun mirasçılığı” meselesinde fûrû eserlerinin tamamen göz ardı edilmesi haklılık taşımaz. Özellikle bu mesele hakkında mezheplere görüş nispet ederken onların fûrû kaynaklarına dayanılması beklenir. Nitekim anılan meselenin fûrû eserlerindeki çözümünden soyutlanarak incelenmesi sebebiyle, fıkıh mezheplerinin mekkud için mûrisinin terekesinden pay ayrılması şeklindeki çözüm üzerinde ittifaka yakın bir fikir birliği bulunduğu halde bu bilgi okuyucuya verilememiştir.

b) Yine bölüm başlığında “mukâren” (karşılaştırmalı) kaydı konduğu ve mekkudun mirasçılığı meselesinde Şâfiîler'in görüşü can alıcı noktayı teşkil ettiği halde -bu meselede- hiçbir Şâfiî usul kaynağına dayanılmamıştır. Üstelik yazar kendisinin Şâfiîler'in görüşünü tercih ettiğini belirtmekte ve “Şâfiîler'e mekkudun vefat eden yakınına vâris olacağı” görüşünü nispet eden bir kitaba (Ali Hasebullah'ın *Usûlü't-teşri'i'l-İslâmî*) atıfta bulunmaktadır.¹³² Bu ise iki açıdan eleştiriye açıktır: aa) Yazarın kendi tercihini belirttiği bir durumda sadece kaynak göstermesi anlamlı olmayıp, bunu Şâfiîler'in bu görüşte olduğunu teyit için yapıyorsa, “bu görüş için bk.” gibi bir kayıt koyarak, o yazarın görüşüne katıldığını belirtmek istiyorsa, “aynı görüş için bk.” gibi bir açıklamada bulunarak atıfta bulunması beklenirdi. bb) Ali Hasebullah anılan eserinin metninde (özellikle mekkud örneğini açıklarken) Şâfiîler'in görüşünü tercih eden bir ifade kullanmadığı gibi aksine Hanefîler'in görüşüne ağırlık vermekte, dipnotta ise iki mezhebin görüşlerini ayrı ayrı açıklamaktadır.¹³³

c) Diğer taraftan, Düreynî'nin usulcülerin istishap çerçevesinde zikrettikleri birçok kural ve örnek hakkında -net bir üslupla- eleştirilerde bulunduğu dikkate alındığında, konuya ilişkin fûrû kaynaklarıyla da ilgilenme fırsatı

132 I, 404.

133 *Usûlü't-teşri'i'l-İslâmî*, s. 208-209.

bulsaydı, mefkudun vefat eden yakınına mirasçılığı meselesinin istishap deliline bağlanarak açıklanmasını da eleştirmesi beklenirdi.

d) Serahsî'nin usul eserini esas alarak mefkud örneğine geniş yer veren yazarın sunumundan Şâfiîler'e göre mefkudun mirasçı kılındığı anlamı çıkmaktadır. Oysa atıfta bulunduğu yerde Serahsî'nin mefkud örneği konusunda karşı görüşe değinirken kullandığı ifade, "Şâfiî'nin bazı ashabı" şeklindedir (II, 224-25).

(3) Vehbe ez-Zühaylî'nin *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletüh* adlı geniş hacimli fûrû kitabının mefkudun mirası ve mirasçılığı ile ilgili bölümünde, usul öğretimindeki yanlış ezberin etkisinden kurtulamadığı ve -sunumda bazı farklılıklar olsa da- fıkıh usulü kitabındaki yanlış bilgileri tekrar ettiği görülmektedir.¹³⁴ Burada farklı olarak, mefkudun Hanefiler'e göre mirasçı olamayacağı, (Şâfiîler'in de içinde bulunduğu) çoğunluğa göre ise mirasçı olacağı bilgisinin verilmesini takiben konan "mekfudun mirasçı oluş şekli" başlığı altında mefkud için ayrılacak pay ile ilgili değişik durumlar, ardından sağ veya ölü olduğunun anlaşılmasına ilişkin hükümler açıklanmış olmakla birlikte birinci görüşü takiben mefkud için mirastan pay veya vasiyet edilen malın ayrılması konusundan hiç söz edilmediği ve işaret edilen bilgilere ikinci görüşten sonra yer verilmiş olduğu için, okuyucu Hanefiler'de mefkud için pay ayırma uygulamasının olmadığı gibi bir izlenim edinmektedir (ki zaten fıkıh usulü kitabında bu yanlış bilgiyi açıkça ifade etmiştir). Yine bu kitabın "el-Mefkûd" başlığını taşıyan faslında, Hanefiler'e göre mefkudun akrabalarından birine mirasçı olamayacağı, sanki ölüymüş gibi kabul edileceği belirtildiği halde, devamında -bu bilgiyle bağı kurulmaksızın- mefkudun payının ayrılmasından söz edilmesi, buradaki anlatımı fikrî insicamdan mahrum hale getirmektedir.¹³⁵

Yazarın fıkıh usulü ile ilgili kitabında olduğu gibi burada gösterdiği kaynaklar arasında fûrû eseri bulunmamakta, zikrettiği usul eserlerinin belirtilen yerlerinde ise¹³⁶ verdiği tarzda bir bilgiye rastlanmamaktadır. Diğer taraftan yazar anılan kitabın V ve VIII. ciltlerinde mefkud hakkındaki hükümler için genel atıfta bulunurken¹³⁷ bazı fûrû eserlerini¹³⁸ kaynak göstermiş olmakla

134 VIII, 421-22.

135 V, 784.

136 Hanefiler'in görüşü için gösterdiği kaynaklar şunlardır: *Usûlüs-Serahsî*, II, 225; *Mir'âtü'l-usûl*, II, 367; *Keşfü'l-esrâr*, s. 1098. Çoğunluğun görüşü için gösterdiği kaynaklar şunlardır: *Muhtasarü İbni'l-Hâcib*, s. 217; Tilimsânî, *Miftâhu'l-vüsûl ilâ binâ'l-fürû' alâ'l-usûl*, s. 189; Sübkî, *el-İbhâc*, III, 111; *Şerhu'l-Mahallî alâ Cem'î'l-cevâmi'*, II, 285; *el-Medhal ilâ mezhebi Ahmed*, s. 133; *Şerhu Ravzati'n-nâzir*, I, 389; İbn Hazm, *el-İhkâm*, V, 590; Muhammed Takıyyü'l-Hakîm, s. 454.

137 V, 784; VIII, 419.

138 *el-Mühezzeb*, II, 146; *Keşşâfü'l-kmâ'*, V, 487 vd.; *eş-Şerhu's-sağir*, II, 694; *es-Sirâciyye*,

birlikte, bu eserlerin ilgili yerlerinde Hanefîler'e göre mefkudun -kayıplığı sırasında ölen- yakınına mirasçı olamayacağına, Şâfiîler'e göre ise mirasçı olacağına dair bir bilgiye rastlanmamaktadır. Yazar bu eserleri kaynak gösterirken buralarda "istishap" ve/veya "mefkud"dan söz edilmiş olmasını yeterli görmüş olmalıdır.

Daha ilginç olan bir durum, yazarın sırf Şâfiî mezhebi hükümlerini derlediği (ilk baskı tarihi 2008 olan) *el-Fıkhü's-Şâfiî el-müyyesser* adlı kitabında, "Mefkudun mirasçısı olduğu kimsenin vefatı halinde, ölüm esnasında mefkudun sağ mı ölü mü olduğu belli oluncaya kadar sadece onun payını ayırırız (koruma altına alırız)" diyerek¹³⁹ Şâfiî mezhebindeki doğru bilgiyi yansıtan bir ifade kullanmış olmasıdır. Mukayeseli usul ve furû kitaplarında Şâfiî mezhebine nispet edilegelmiş yanlış bilgiye -muhtemelen bu örnekle özel olarak ilgilenememiş olması sebebiyle- yer veren yazarın, daha sonraki bir tarihte yayımladığı ve özel olarak Şâfiî mezhebi hükümlerini mercek altına aldığı kitapta doğru bilgiyi aktarmış olması olumlu bir durum olup bizzat kendisi tarafından yapılmış bir tashih sayılır. Ancak diğer kitaplarının yeni baskılarında gerek bu bilginin gerekse Hanefîler hakkındaki yanlış bilginin düzeltilmesi gerekir.

(4) Abdülmün'im Fâris Sekkâ, mefkudun mirasçı olması konusundaki görüşleri mezheplerin çok sayıdaki bilgi kaynaklarına dayanarak ve farklı durumları ayırt ederek derli toplu sunmaya çalışması açısından yararlı olan *Ahkâmü'l-gâib ve'l-mefkûd fi'l-fıkhî'l-İslâmî: Dirâse mukârene* adlı kitabında, önce Hanefîler'e göre mefkudun -kayıplığı döneminde- vefat eden yakınına mirasçı olamayacağı, Şâfiîler'e göre ise mirasçı olacağı yönündeki yaygın bilgiyi ve usulî gerekçelerini tekrar etmekte, hatta -asla sadık sayılamayacak atıflarda bulunarak- mirasçı olacağı görüşünü (Şâfiîler'in de içinde olduğu) cumhura nispet etmekte; ikinci aşamada ise furû eserlerinde yer alan gerçek fıkhî sonuçlara intikal etmektedir. Yazarın ikinci aşamada mefkud için ayrılan payın âkıbeti ile ilgili değişik ihtimallere yer verirken hemen yukarısında belirttiği Hanefîler-cumhur şeklindeki ayırımın bu mesele bakımından geçerliliğinin olmadığını açıkça gördüğü ve yazdığı halde, doktora tezi düzeyindeki araştırmasında -hiçbir yorum veya eleştiride bulunmaksızın- bu iki zıt açıklamaya peşpeşe yer vermesi düşündürücüdür.¹⁴⁰

s. 221-25; *er-Rahbiyye*, s. 76; *el-Muğni*, VI, 321-25; *Muğni'l-muhtâc*, III, 26; *el-Kavâni-nü'l-fıkhîyye*, s. 216.

139 II, 264.

140 s. 685-86.

Bu çalışmanın makalede özel olarak ele aldığımız diğer örnek yayınlarla metot açısından örtüştüğü nokta, “Onların bu meseledeki görüş ayrılığı istis-habın hüccet değeri konusundaki görüş ayrılıklarının bir uzantısıdır” şeklin-deki fıkıh usulü öğretiminde yaygınlık kazanmış yanlış ezberin tekrar edil-mesi yanında fûrû konusu olan bir mesele için fûrû kaynakları yerine usul kaynaklarına atıfta bulunmakla yetinilmesi gibi ciddi bir akademik hataya düşülmüş olmasıdır. Üstelik bu bilgi için uygun usul kaynakları bulunduğu halde yazarın bu hususta da yeterli akademik titizliği göstermediği gözlen-mektedir; zira (4.) nolu başlıkta açıklandığı üzere kaynak gösterdiği eserler-de (*el-İbhâc fî şerhi'l-minhâc, el-Bahrü'l-muhît, Şerhu'l-İsnevî / Nihâyetü's-sûl şerhu Minhâci'l-vüsûl li'l-Beyzâvî*) verdiği bilgiye rastlanmamaktadır. Yazar bu eserleri kaynak gösterirken buralarda “istishap” ve/veya “mefkud”dan söz edilmiş olmasını yeterli görmüş olmalıdır.

(5) Mustafa Dîb el-Bugâ'nın, İslam hukukunun tâli kaynaklarıyla ilgili görüş ayrılıklarının sonuçlarını incelediği (ve ileriki yıllarda da bir tashihte bulunmaksızın yayımladığı) doktora tezinde, yukarıdaki örneklerden farklı olarak sadece fûrû kaynaklarını esas aldığı halde -(3.) nolu başlıkta açıklan-dığı üzere- Hanefî fûrû literatüründeki yaygın anlatımdan ilk bakışta edini-len izlenimin etkisi altında kalarak bu mezhebe ait görüşü yanlış aktardığı görülmektedir. Yazar mefkudun mirasçılığı meselesini özel olarak ele alırken şöyle demektedir: “Ebû Hanîfe ve arkadaşlarına göre mefkud başkalarının hakkı konusunda ölü sayılır; binaenaleyh mirasçısı olduğu bir kimse öldü-günde ona (mefkud) bir pay ayrılmaz, tereke ölenin mirasçıları arasında taksim edilirken o dikkate alınmaz.” Yazar Mergînânî'nin *Bidâyetü'l-mübtedî* isimli eserindeki, “Mefkud, kayıplığı sırasında vefat eden hiç kimseye mi-rasçı olamaz” ifadesiyle Haskefî'nin *ed-Dürrü'l-muhtâr* adlı eserinde yer alan aynı anlamdaki ifadeyi bu bilginin dayanağı olarak göstermektedir.¹⁴¹ Diğer taraftan yazar farklı görüşlerin delillerini ayrı bir başlık altında ele alırken Hanefiler'in görüşünü izah için *el-Hidâye*'deki ve İbn Âbidîn'in *Hâşiyе*'sinde-ki bazı ifadelerden destek almaya çalışmakta, fakat Serahsî'nin *el-Mebsûr*'un-da -Şâfiîler ve Mâlikîler'de olduğu gibi- mefkudun payının ayrılacağına dair bir ifade gördüğünü söyleyip anılan eserden bir nakilde bulunduğu halde, “Başkasının malı konusunda sağ sayılmaz” ibaresinin uyandırdığı tereddüt üzerine, “Bu ifade ile payının hemen verilmeyip koruma altına alınacağı kas-tedilmiş olmalıdır” şeklinde bir tahmin yürütmekle yetinmektedir.¹⁴²

141 *Eserü'l-edilleti'l-muhtelef fihâ*, s. 220-21.

142 s. 223. Diğer taraftan yazar Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerindeki mefkudun pa-yının ayrılmasına ilişkin yaklaşımı ilgili eserlerden iktibaslar yaparak doğru biçimde yansıtmış olmakla birlikte, bu konudaki görüş ayrılığını kendi ifadeleriyle özetlerken,

(6) Y. Linant de Bellefonds imzasını taşıyan *Encyclopédie de l'İslam*'daki¹⁴³ ve *The Encyclopaedia of Islam*'daki¹⁴⁴ "İstishâb" maddelerinde bir fûrû eseri olan Kâsânî'nin *Bedâiu's-sanâi'* adlı eserine¹⁴⁵ dayanılarak istishabın rolü konusunda Hanefiler ile Şâfiîler arasındaki görüş ayrılığını açıklamak üzere şüf'a iddiasıyla ilgili ihtilaf örneğinin verilmesi isabetli olmakla birlikte, Kâsânî'nin Hanefiler'e göre istishâbü'l-hâlin başkasını bağlamaya elverişli bir delil olmadığını belirtmek üzere, "mefkudun hayatta oluşu gibi" ibaresini kullanmış olmasından hareketle, "Böylece bu mezhepte (Şâfiîler'de), ölümü tespit edilemeyen bir mefkud, mirasçı olur; fakat Hanefî hukukuna göre olmaz" sonucuna ulaşılarak metne sadık olmayan bir çıkarım yapılmıştır. Şöyle ki: Yukarıda açıkladığımız üzere bazı Hanefî usulcüler, "Mefkud Hanefiler'e göre yakınına mirasçı olamaz, ama Şâfiîler'e göre mirasçı olur" şeklinde bir iddia ileri sürseler de -bu iddiaya usul eserinde yer verenler de dahil olmak üzere- Hanefî fûrû müellifleri mefkud ile ilgili hükümleri incelerken aynı iddiayı tekrar etmekten kaçınmışlardır. Aynı şekilde -az yukarıda açıklandığı üzere- Kâsânî'nin de mefkudun mirasçılığı meselesini özel olarak ele aldığı bölümde Şâfiîler'in görüşüne değinmemeyi tercih ettiği görülmektedir.¹⁴⁶ Kâsânî'nin burada (şüf'ayı incelerken) kullandığı "mefkudun hayatta oluşu gibi" şeklindeki ibare, Hanefiler'e göre mefkudun kayıplığı öncesinde (ve tabii mûrisinin henüz sağ olduğu dönemde) hayatta olduğunun bilinmesinin başkalarının hakkını etkileyecek bir delil sayılmadığını, dolayısıyla onun mirasçılığına hükmedilmediğini ifade etme ile sınırlıdır; yoksa Şâfiîler'in mefkudu mirasçı saydıklarına dair bir mâna içermemektedir.

(7) Th.W. Juynboll imzasını taşıyan *MEB İslâm Ansiklopedisi*'ndeki "İstishâb" maddesinde ise,¹⁴⁷ araştırma konumuzu oluşturan ezberin tekrarı mahiyetindeki şu bilgi yer almaktadır: "Msl. hanefilere göre, gâip kendisinin gaybûbeti zamanında tahakkuk eden bir mirasta şer'î vâris sayılamaz; fakat şâfiîlere göre, bu mirasa ehliyetli sayılır; çünkü bunlar onun gaybûbeti esnâsında da yeni haklar iktisâp edebileceğini kabûl ederler."

(8) İlerideki yıllarda adı *Mevsûatü'l-fıkhî'l-İslâmî* şeklinde değiştirilen *Mevsûatü Cemâl Abdinnâsır fî'l-fıkhî'l-İslâmî*'nin "el-İstishâb" maddesinde

- "sağ" kabul etmenin sonuçlarını dikkatten kaçırarak- İmam Mâlik ve Şâfiî'nin mefkudu gerek kendi hakları gerekse başkalarının hakları konusunda "sağ" kabul ettiklerini söylemektedir (s. 220).

143 IV, 281-82.

144 IV, 269.

145 V, 14.

146 *Bedâi'*, VI, 196.

147 V/2, s. 1221.

istishap ile ilgili görüş ayrılığına dayalı fūrū örneklerine değinilirken Őu bilgiye yer verilmiŐtir: “Mefkudun mirasçılıđı: Onun gaipliđi sırasında (yakınlarından) biri ölürse, Őâfiî’ye göre -istishap yoluyla yaŐadığının bilinmesine binaen- mirasçı olur; Hanefiler’e göre ise mirasçı olamaz, zira istishap yoluyla onun hayatta olduđunun kabul edilmesi haklar kazanmasını gerektirmez.”¹⁴⁸ Burada kaynak olarak sadece Hanefî usul eserlerine dayanılmış, hiçbir Hanefî fūrū ve Őâfiî usul veya fūrū eserine atıfta bulunulmamıŐtır.

8. Mefkud Örneği İncelemesinin Düşündürdükleri

Buraya kadar istishap delilinin “istishâbü’l-hâl” diye anılan türü iŐletirken özellikle Hanefiler ile Şâfiiler arasında görölen yaklaşım farklılığını açıklamak üzere, “Hanefiler’e göre mefkud -kayıplığı sırasında ölen- yakınına mirasçı olamaz, ama Şâfiiler’e göre mirasçı olur” şeklinde yaygın biçimde kullanılan örneğin bu mezheplerin kaynakları tarafından doğrulanıp doğrulanmadığını incelemeye çalıŐtık. Bu başlık altında, belirtilen inceleme ışığında ulaŐtıđımız sonuçlar yanında, dikkatimizi çeken fıkıh/fıkıh usulü yazımında ve öğretiminde karşılaşılan bazı metot sorunları ile bunların hukuk tefekkürünün gelişimi üzerindeki olumsuz etkileri özetlenecektir.

(1) Gerçekte olmadığı halde ihtilafın varsayılmasının sakıncaları:

Konu bütüncül bir bakışla incelendiğinde, gerek Hanefî gerekse Şâfiî mezhebine (hatta dört mezhebe) mensup fakihlerin mefkudun mirasçılığı meselesinde sağlam bir muhakeme yürüttükleri, hemen hepsinin bir taraftan sağ mı ölü mü olduğu bilinmeyen bir kimseye diğer mirasçılara uygulanan hükmün uygulanamayacağı, diğer taraftan da hayatta olabileceği ihtimalinden hareketle -durumu açıklığa kavuşuncaya kadar- payının ayrılması/koruma altına alınması gerektiği kanaatine sahip oldukları, hatta İŐlam miras hukuku kuralları gereği mevcut mirasçılar tablosuna göre alabileceği en yüksek payın hesap edilmesine özel önem attettikleri, dolayısıyla konunun esasına ilişkin bir görüş ayrılığının bulunmadığı gözlenmektedir.

Mirasçılığın halefiyet anlamı taŐımına, yani normal Şartlarda terekenin kendiliğinden mirasçılarının mülkiyetine geçtiğinin kabul edilmesine mukabil mefkudun payı üzerinde fiilen tasarrufta bulunulamaması vb. sorunlardan hareketle bazı hukukî analizler yapılarak farklı değerlendirmelere ulaŐılabilirse de, bu meselenin fıkıh usulündeki istishap tartıŐmalarında söz konusu olan “mevcut durumun/hakların korunması” (def’i) ve “yeni bir hakkın kazanılması” (ispat) hallerinin ayırt edilmesi bağlamına taŐınmasının isabetli

148 VII, 67-68.

olmadığı açıktır. Bir başka anlatımla, mefkudun, hayatta olduğu kesin olarak bilindiği dönemde mevcut olan haklarının korunacağı, mesela -durumu açıklığa kavuşuncaya kadar- mallarının mirasçılara taksim edilmeyeceği hükmü gerekçelendirilirken istishap delilinden yararlanılması makul olmakla birlikte; yaşayıp yaşamadığı bilinmediğine göre yeni bir hak elde edemeyeceği, dolayısıyla bu dönemde vefat eden yakınına mirasçı olamayacağı şeklinde bir önermeye ulaşılmışının, hem usul düşüncesi hem de fūrū-i fıkhıta benimsenen hüküm bakımından izahı mümkün olmayan yapay bir ihtilafı gündeme getirmiş olduğu kanaatine ulaşılmaktadır. Kaldı ki bu sunum aynı zamanda -karşı görüşün sahibi olarak gösterilen- Şâfiî mezhebinde mefkudun (mutlak biçimde) mirasçı sayıldığı şeklinde bir iddiayı da içermektedir; oysa bu mezhebin gerek usul gerekse fūrū kaynaklarında böyle bir bilgiye rastlanmamaktadır.

Aksine, gerek Hanefî mezhebinin gerekse Şâfiî mezhebinin temel fūrū kaynaklarında (özellikle Şeybânî'nin *el-Asl*'ında), “mekfudun sağ mı ölü mü olduğunun bilinmediği” ve “durumu açıklığa kavuşuncaya kadar payının koruma altına alınacağı” belirtildiği, yani iki mezhebin bu konuda farklı bir yaklaşıma sahip olmadığı açıkça görüldüğü halde, fūrū alanında ihtilaf varmış gibi bir sunumla usul alanında bir ihtilaf örneği üretilmiş, böylece “Mefkud Hanefiler'e göre mirasçı olamaz, ama Şâfiiler'e göre mirasçı olur” şeklinde bir yanlış ezber asırlarca varlığını korumuştur.

Fıkıh usulü öğretiminde önemli bir görev ifa etmiş olan İbnü'l-Hümâm'ın *et-Tahrîr* adlı usul eserinde bile, “Şâfiî'ye göre, kaybolduğu dönemde mürislerinden biri vefat ederse mefkud ona mirasçı olur” şeklinde bir bilginin bulunması, makalenin başlığında yer alan “yanlış ezber” ifadesinin haklılığını göstermekle birlikte, bu yanlışlığı düzeltme hususunda istisnâ bir çabaya da rastlanmaktadır. Şöyle ki: Zeynüddin İbn Nuceym (ö. 970/1563) dört eserinde Hanefiler ile Şâfiiler arasındaki istishap ile ilgili usul ihtilafını açıklarken mefkudun Şâfiiler'e göre mirasçı sayıldığını doğrudan veya dolaylı biçimde ifade ettiği halde,¹⁴⁹ *el-İstishâb* risalesinde, (“şeyhimiz” diyerek)

149 a) İbnü'l-Hümâm'ın anılan eserini ihtisar ederken bu örneği korumayı tercih edip, “Onlara göre mefkud mirasçı olur, bize göre olamaz” ibaresine yer vermekte (*Lüb-bül-usûl muhtasarü't-Tahrîr li'bnî'l-Hümâm*, s. 279); b) Nesefî'nin eserine yazdığı şerhte Şâfiî ile Hanefiler arasındaki usule ilişkin bu görüş ayrılığına dayalı ihtilafı fūrū meselelerine örnekler verirken (İmam Şâfiî'yi kastederek), “Mefkud ona göre mirasçı olur, ama bize göre olamaz” ifadesini kullanmakta (*Fethu'l-gaffâr bi-şerhi'l-Menâr*, III, 24-26); c) Fūrū-i fıkhı ile ilgili eserinde -devamında mefkuda pay ayrılması hükmünden söz etse bile- “Başkasının hakları konusunda ölü hükmünde olduğu için başkasına mirasçı olamaz” kalıbını tekrar etmekte (*el-Bahrü'r-râik*, V, 176-79); d) *el-Eşbâh ve'n-nezâir* adlı kitabında konuya ilişkin usulî görüşün fūrûya

İbnü'l-Hümâm'ın *et-Tahrîr*'de istishabı tanıtırken, “Şâfiîler'e göre mefkud mirasçı olur, bize göre olamaz” ibaresine yer vermesinin “sehiv” olduğunu söylemekte ve “Her iki mezhepte nakledilen hüküm mefkudun payının ayrılacağı yönündedir” açıklamasını yapmaktadır.¹⁵⁰ Ne var ki, yanlış bir ezberin bozulmasında önemli bir işlev görebilecek bu risale kütüphanelerin tozlu rafları arasında kalmış, muttali olanlar arasında ise -bildiğimiz kadarıyla- bu uyarıya özel bir ilgi gösteren veya eleştirel bir bakışla bu akışa engel olmaya çalışan çıkmamıştır. Hal böyle olunca, İbn Nüceym'in bu tashihinden habersiz olarak, Ezher'de ders kitabı olarak okutulan İbnü'l-Hümâm'ın *et-Tahrîr* adlı eseri ile İbn Nüceym'in *Fethu'l-gaffâr bi-şerhi'l-Menâr* isimli eserindeki yanlış ezberin öğrencilerin zihinlerine yerleştirilmesine devam edildiği gibi; yakın dönemlerde ders kitabı olarak yazılan çok sayıdaki fıkıh usulü kitabı ile istishap delilini veya mefkudun hukukî durumunu inceleyen birçok yayında aynı ezberin sürüp gittiği görülmektedir.

Özellikle fıkıh usulü eserlerinde yer alan birçok görüş ayrılığını iyi bir incelemeye tâbi tutan bazı alimlerin ve günümüz araştırmacılarının, “Buradaki ihtilafın konunun özülle ilgili olmayıp lafzî olduğu anlaşılmaktadır” şeklinde bir sonuca varmaları da, gerçekte olmadığı halde ihtilafın varsayılması yoluyla gereksiz zaman kaybına yol açan durumların az olmadığını ortaya koymakla birlikte, araştırma konumuzu oluşturan meselede açık bir bilgi hatasının tekrar edilmesine dayanan yapay ihtilafın zaman kaybına sebebiyet vermenin ötesinde fıkıh ve hukuk düşüncesinde eleştirel bakışı önleyici bir etki meydana getirdiği de göz ardı edilmemelidir.

(2) Fıkıh usulü ilminin manevi otoritesine teslim olmanın olumsuz etkileri:

Fıkıh ve usul ilminde temayüz etmiş ve kendilerinden sonraki fıkıh ve usul-i fıkıh öğretimini derinden etkilemiş Sadrüşşerîa ve İbnü'l-Hümâm gibi alimlerin fıkıh usulü ile ilgili eserlerinde mefkudun -kayıplığı esnasında

yansımalarıyla ilgili örnekler verirken, “Bize göre mefkud mirasçı olamaz ve kendisine mirasçı olunmaz” bilgisini vermekte (s. 83), yani son iki eserde Şâfiîler'den söz etmese bile Hanefiler'in bu meselede Şâfiîler'den farklı olduğunu dolaylı biçimde belirtmiş olmakta; kısacası -anılan yerlerde- eleştiri veya tashih cihetine gitmeden *et-Tahrîr*'i esas aldığı görülmektedir.

150 İbn Nüceym, *el-İstishâb* (Meys), s. 271. Kitabı yayına hazırlayan Halil el-Meys önceki matbu nüshada çok sayıda matbaa hatasına rastlandığını belirttiği için bu risalenin bazı yazma nüshalarını (Süleymaniye Ktp., Lâleli, nr. 3694, vr. 120^b; Râşid Efendi Ktp., nr. 198, vr. 104^b) inceledik ve -gerek matbu ile yazmalar arasında gerekse yazmaların kendi aralarında- esasî etkilemeyen bazı kelime farklılıkları bulunsa da yazmalardaki bilginin İbn Nüceym'in yukarıda belirtilen ifadeleriyle örtüştüğünü gördük. Şu var ki İbn Nüceym İbnü'l-Hümâm'ın “Şâfiî'ye göre” ifadesini “Şâfiîler'e göre” şeklinde aktarmıştır.

ölen- yakınına mirasçı olacağı görüşünü “açıkça” Şâfiîler’e/Şâfiî’ye nispet edip bunu usulî bir meselede (istishâbü’l-hâl ile istidlalde) Hanefî ve Şâfiî mezhebi arasındaki ayrışma noktasının örneği olarak gösterdikleri, birçok usul müellifinin de bu örneğin kullanımında aynı anlayışı doğrudan veya dolaylı olarak teyit eden bir sunum yaptıkları, üstelik -Şâfiî mezhebine mensup olduğu veya en azından anılan mezhebe derin vukufunun bulunduğu kabul edilen- Teftâzânî’nin bile *et-Telvîh* adıyla yazdığı haşiyede Sardüşşeria’nın eserine birçok eleştiri yönelttiği halde bu eserdeki Şâfiî mezhebiyle ilgili bilginin yanlışlığına değinmediği dikkate alınınca, XX. yüzyıla gelinceye kadar bilhassa Hanefî fıkhnı esas alan medreselerdeki fıkhn usulü öğretimi geleneği içinde bu yanlış ezberin sürmesi ve hatta pekişmesi fazla yadırganmayabilir. Zira bu bilginin fûrû eserlerinden kontrol edilmesi imkânının önünde bazı engellerin bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda özellikle Serahsî’den İbn Âbidîn’e kadar uzanan çizgide, birçok meselede Şâfiî’nin veya Şâfiîler’in görüşlerine değinme, hatta bunları ve delillerini tartışma ihtiyacı duyan çok sayıda Hanefî fûrû eseri müellifinin -ki *Fethu’l-kadîr* isimli mümtaz eserin sahibi muhakkik alim İbnü’l-Hümâm da bu gruptadır- bu meselede Şâfiî’nin veya Şâfiîler’in görüşüyle ilgilenmemeyi tercih etmiş olması önemlidir. Dolayısıyla medrese hocalarının ve öğrencilerinin -özel olarak Şâfiî fûrû kitaplarına başvurma ihtiyacı duymadan veya bu imkânı bulamadan- fıkhn usulündeki bu bilgiyi müsellemtan (herekesçe kabul görmüş önermelerden) sayarak öğrenmeye ve öğretmeye devam etmelerini izah zor olmayabilir.

Buna karşılık, fıkhn ve usul yazımında ve öğretiminde mezhepler arası mukayesenin yaygınlaştığı XX ve XXI. yüzyıllarda, temel İslamî ilimler eğitimlerini medrese geleneğinin etkili olduğu ortamlarda almış olsalar da, -çoğu doktora süreçlerinden de geçerek- bir yandan akademik kurumlarda hocalık yapan diğer yandan mukayeseli fıkhn ve usul yazan ve öğreten çok sayıda güzide müellifin yayınlarında bu yanlış ezberi açıkça tekrar etmeleri veya dolaylı olarak teyit eden sunumlar yapmaları şaşırtıcıdır.

Bu durumu açıklamak üzere farklı ihtimaller üzerinde durulabilirse de, makalenin (6.) ve (7.) nolu başlıkları altında ayrıntılarını verdiğimiz örnekler, bize, fıkhn usulü yazımında ve öğretiminde, bu ilme dair eserlerde tekrar edilegelen yerleşik bilgilerin âdetâ asırların imbiğinden geçmiş, güvenilirliğinde tereddüt olmayan, fûrû alanındaki bilgiler ışığında gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulmayan veriler gibi telakki edilmesinin bu konuda önemli bir etkiye sahip olduğunu düşündürmektedir. Bu yazarlardan birçoğunun fûrû-i fıkhnla ilgili bir meseleyi inceledikleri yayınlarında, sadece usul eserlerine atıfta bulunmakla yetinmeleri bu düşünceyi teyit etmektedir. Öte yandan ele

aldıkları mesele hakkında verdikleri bilgi kaynak olarak gösterdikleri yerlerde bulunmadığına göre, muhtemelen asırlardır süregelen ezberin etkisiyle, atıfta buldukları eserlerin “istishap” ve/veya “mefkud”dan söz edilen yerlerinde bu bilgilerin mevcut olduğunu varsaymış olmalıdırlar.

Bilgi yanlışlığını farkettiği halde usul eserlerinin otoritesine teslimiyetin etkisinden kurtulamadığı görülen Muhammed Mustafa Şelebî'nin tutumu diğerlerine göre farklılık arz etmektedir. Şöyle ki: Gerek fûrû gerekse usul alanlarındaki kıymetli eserlerinde eleştirel bakışı öne çıkararak yakın dönem fıkıh düşüncesinin gelişmesine önemli katkılar sağlayan yazarın, istishap ile ilgili usulî ihtilaftan kaynaklanan fûrû örneklerine yer verirken mefkud hakkında yaptığı açıklama şöyledir: “Şâfiîler'e göre mefkuda başkası mirasçı olamaz, ama o ölen yakınına mirasçı olur (...); Hanefîler'e göre ise mefkuda mirasçı olunmadığı gibi o da başkasına mirasçı olamaz.”¹⁵¹ Bu anlatım fıkıh usulü öğretimindeki yanlış ezberin tipik bir tekrarı niteliğinde olmakla birlikte, burada yazarın Şâfiîler'in görüşünü verdikten sonra düşüştüğü şu dipnot ilginç görünmektedir: “Fakat muhakkik Şîrbînî *Cemu'l-cevâmi'* haşiyesi üzerine yazdığı *Takrîr*'de, 'Şâfiî mezhebinde mutemet görüşe göre, yaşadığında şüphe bulunduğu için (mefkud) mirasçı olamaz; Remlî ve İbn Hacer bunu Gazzâlî'den nakletmiştir' demiştir (bk. II, 353).” Şayet yazar, birçok çağdaş usul yazarı gibi asırlardır tekrar edile gelen yanlış mûtat biçimde tekrar etmekle yetinmiş olsaydı, şartı olamayabilirdi. Fakat Şâfiî mezhebindeki görüşün gerçekte böyle olmadığı hakkında yine usul müelliflerinden ve dolaylı bir destek almaya çalışmasını izah etmek kolay değildir. Çünkü bu noktaya ilişkin farklı bir bilginin bulunduğu dikkat çekmeye karar verince herhangi bir Şâfiî fûrû eserinden bu mezhebin görüşüne muttali olabilir ve süregelen bu ezberin yanlışlığını dile getirebilirdi (Kaldı ki yazarın Hukuk Fakültesi öğrencileri için yazdığı miras hukukuyla ilgili kitap dolayısıyla konuyla özel olarak ilgilenme fırsatı bulduğu anlaşılmaktadır). Asıl metinde yanlış bilgiyi verip dipnotta, “Şâfiî mezhebinde mutemet görüşe göre” şeklinde ek bilgi vermesi, okuyucunun zihninde bu mezhepte farklı görüşler bulunduğu ama “muhakkik bir alimin tespitine göre” “mutemet” görüşün ana metindekinden farklı olduğu izlenimi bırakmaktadır. Öte yandan, yazarın Şîrbînî'nin, “Remlî ve İbn Hacer'in Gazzâlî'den naklettiği şudur:” şeklindeki açıklamasında yer alan, “mûrisinin ölümünden sonra mefkudun ölümüne hükmedilirse”

151 *Usûlü'l-fıkhî'l-İslâmî*, s. 344. Yazar daha sonra istishabın mutlak olarak delil değerinin bulunmadığı (gerek def'i gerekse ispatta hüccet olamayacağı) görüşüne değinmekte ve pratik sonuç itibarıyla bu görüş sahiplerinin de, başkasının mefkuda mirasçı olamayacağı ve onun da -mirasçılık için gerekli olan (mûrisinin ölümü sırasında) sağ olma şartı gerçekleşmediğinden- başkasına mirasçı olamayacağı kanaatinde olduklarını belirtmektedir.

kaydını gözden kaçırdığı görülmektedir,¹⁵² ki bu da dolaylı bilgi ile yetinmenin diğer bir sakıncasını ortaya koymaktadır.

(3) Bilgi ve görüşlerin naklinde titiz davranmanın önemi:

Fıkıh/fıkıh usulü yazımında ve öğretimindeki yansımaları yukarıda geniş biçimde açıklanan ve bu araştırmanın konusunu teşkil eden (Şâfiîler'e göre mefkudun mirasçı olacağı şeklindeki) yanlış ezberin, tespit edebildiğimiz kadarıyla Debûsî'nin İmam Şâfiî'ye veya Şâfiî mezhebine değil bir Şâfiî alimine (birden fazla da olabilir) nispet ettiği görüşün kısa süre içinde Şâfiî'ye ve Şâfiîler'e nispet edilir hale gelmesinden kaynaklandığı dikkate alındığında, genel olarak İslam alimlerinin bir bilginin veya görüşün aktarılmasında titiz davranılması gereği ile ilgili ilkesel tutumlarının ne kadar haklı olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

Hanefî mezhebine göre mefkudun ölen yakınına mirasçı olamayacağı şeklinde ikinci bir yanlış ezberin oluşmasına yol açan nakillerin bu ilkesel tutumun konumuzla ilgili diğer bir istisnasını teşkil ettiği söylenebilir. Şöyle ki: Şeybânî mezhebin ilk kapsamlı fûrû eseri olan *el-Asl*'da, "mefkudun mirasçı olamayacağı" yönünde bir ifade kullanmadığı, aksine -ileriki dönemlerin fûrû eserlerinin geneline yansıdığı üzere- sağ veya ölü olduğu anlaşılıncaya kadar payının koruma altına alınacağını (ve diğer vârislere her iki ihtimal dikkate alınarak yapılacak hesaba göre iki paydan daha azının verileceğini) belirttiği halde, Kudûrî'nin Hanefî mezhebinin kurucu dönem fûrû birikiminin özünü soyutlayıcı bir bakış açısıyla metinleştirerek sonraki doktrin çalışmaları için önemli bir temel oluşturan ve asırlar boyunca medreselerde ders kitabı olarak okutulan *el-Muhtasar*'ında, "Mefkud, kayıplığı sırasında vefat eden hiç kimseye mirasçı olamaz" ifadesi kullanılmış ve mefkudun payının ayrılacağından da hiç söz edilmemiştir. Daha sonra bazı müellifler burada ne kastedildiğine ışık tutucu açıklamalar yapmış olsalar da çoğunluk, "Mirasçı olamaz" önermesinden vazgeçmeme yolunu tutmuş; üstelik XIX. asırda kaleme alınan ve büyük rağbet gören, hatta Ezher'in resmî müfredatında esas alınan mezkûr eserin şerhi Meydânî'nin *el-Lübâb*'ında bu ibarenin tekrar edilmesiyle yetinilip Hanefî mezhebindeki hükme dair bir açıklama yapılmamıştır. Bu kitapları okutan hocaların Hanefî mezhebindeki doğru bilgiyi vererek bu sakıncayı bir ölçüde gidermiş olabileceği düşünülebilirse de, en güvenilir eserlerden biri olan *el-Muhtasar*'ı okuyanlar ve -öğrenim sırasında yapılan açıklama ne olursa olsun- hafızasına kitaptaki metni yerleştirmiş olan öğrenciler bakımından yanlış bir ezberin oluşması tabiidir.¹⁵³

152 Şirbînî'nin açıklamaları için bk. (4.) nolu başlık.

153 Bu husustaki başka bilgi ve değerlendirmeler için (3.) nolu başlığa bakılmalıdır.

Yine, makalenin (3.) nolu başlığı altında açıklandığı üzere, Şeybânî, “mefkudun başkalarının hakları konusunda ölü sayılacağı”nı söylemediği, aksine defalarca, “Sağ mıdır ölü müdür, mirasçı mıdır değil midir bilemem” deyip, “Sağ olup olmadığının anlaşılması gerekir” fikrine vurgu yaptığı halde yaklaşık iki-üç asır sonra bazı muteber eserlerde yer alan, “Mefkud başkalarının hakları konusunda ölü hükmündedir” önermesi, -bir kısım dikkatli müellifler bundan rahatsızlık duyup bir izah getirmeye çalışsalar da- asırlar boyunca fıkıh kitaplarının ilgili bölümlerinde cazip bir anlatım olarak varlığını korumuş, hatta son dönem alimlerinden Ali Haydar Efendi’nin konuya ilişkin özel risalesinde bile tekrar edilmiş ve XX-XXI. asır fıkıh usulü ders kitaplarında ve diğer bazı bilimsel yayınlarda istishabın hücciyeti ile ilgili Hanefi-Şâfiî ihtilafı bu ezber üzerinden açıklanmaya çalışılmıştır.

Diğer taraftan, mezhep içi bilgi akışıyla ilgili şartlar muvacehesinde yukarıda belirtilen Kudûrî (ö. 428/1037) etkisini açıklamak zor olmasa da, ilk dönemlerden itibaren müslüman toplumlarda ferâiz (miras hukuku) ilmine büyük önem atfedildiği, bu meyanda (matematikte de uzman olan) Secâvendî’nin (ö. 596/1200 [?]) *es-Sirâciyye*’sine (*el-Ferâizü’s-Sirâciyye*) özellikle Hanefî muhitinde büyük ilgi gösterildiği, üzerine çok sayıda şerh ve haşiye yazıldığı, hatta ezberlenmesini sağlamak için manzum hale getirildiği halde, mefkudun mirasçılığı konusunda gerek fûrû gerekse usul eserlerinde buradaki bilgi hiç görülmemiş gibi bir anlatımın sürdürülmüş olması şaşırtıcıdır. Zira anılan eserde şöyle denmektedir: “Mefkud başkalarının hakları konusunda hükmü askıda olan bir kişidir (mevkûfû’l-hüküm); bundan dolayı mûrisinin malından kendisine düşen pay -ceninde olduğu gibi- koruma altına alınır (...). Mefkud için pay ayrılırken izlenecek kaide şudur: Hem hayatta olduğu hem de ölü olduğu ihtimaline göre iki türlü hesap yapılır; bundan sonraki işlem cenin ile ilgili zikrettiklerimiz gibidir.”¹⁵⁴ Görüldüğü üzere burada mefkudun “ölü hükmünde olduğu”ndan ve “mirasçı olamayacağı”ndan hiç söz edilmemekte, Hanefî mezhebinde (ve diğer meşhur üç mezhepte) esas alınan hüküm açık biçimde ifade edilmektedir.

Bu tespitler, bir yandan ilmî çalışma ve yayınlarda, keza bilimsel öğretimde “asla sadık kalma”yı ve nakillerde titiz davranmayı ilmî emanet sorumlusunun bir parçası olarak görme ilkesinin ne kadar önemli olduğunu, diğer yandan da haklı bir şöhrete ve itibara sahip olmuş eserlerde hiçbir yanlış veya eksik bilgi bulunmayacağı ön kabulü ile davranmanın bu eserlere saygı anlamına gelmeyeceğini, aksine önemli yanlışlık ve eksikler görüldüğünde bunların giderilmesine katkı sağlamanın onlara değer vermenin fiilî bir göstergesi sayılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

(4) Fıkıh usulü eserlerindeki fûrû hükümlerinin “örneklendirme” amacı taşıdığına dikkat edilmesi gereği:

Fıkhî bir meselenin hükmünü tespit için usul eserlerinin ilk el kaynak olarak düşünülmemesi gerektiği, fûrû hükümlerinin bu eserlerde örnek kabildinden yer aldığı, yani asıl amacın fûrû hükmünün öğretilmesi değil ilgili usul kuralının açıklanması olduğu dikkatten uzak tutulmamalıdır.¹⁵⁵ Zira özellikle mezhepler arası veya mezhep içi usulî ayrılıkların örneklendirilmesi sırasında yeterince tahkik edilmemiş veya yanlış aktarılmış bilgilere yer verilmiş olabilir. Nitekim araştırma konumuzu teşkil eden mefkudun mirasçılığı meselesinde birçok eski ve yeni usul eserinde bu durum açıkça görüldüğü gibi, -yukarıda belirtildiği üzere- örnek olarak zikrettiğimiz yazarların yanlış nakilde bulunmalarında usul eserlerine başvurmakla yetinmiş olmalarının önemli bir etken olduğu anlaşılmaktadır.

(5) Yanlış örnek kullanımının bilgi hatası olarak kalmayıp usul ihtilafının da sağlıklı yansıtılmamasına yol açması:

Hangi türü olursa olsun istishap delilinden yararlanan fakihlerin onu bir fikirler zinciri olarak sunma çabası içinde olmaları ile mefkud örneğinin usul eserlerinde takdim edilen şekliyle fıkıh mezhepleri (özellikle Hanefî ve Şâfiî mezhebi) arasındaki usulî görüş ayrılığını yansıtmaya elverişli olmayan “zayıf bir halka” durumunda kalması çelişkili bir görünüm arz etmektedir. Gerçekten mefkudun ölen yakınına mirasçı olacağı ve olamayacağı şeklinde iki ayrı görüş varmış gibi bir sunum yapılması, sadece fûrû ile ilgili bir bilgi hatası olmakla kalmamakta, istishap delilinin mantığı ile ilgili görüş ayrılığının doğru yansıtılmasını da engellemektedir.

(6) Fıkıh ve usul öğretiminde fıkhî/hukukî analiz becerisi kazandırılmasının gerekliliği:

Fıkıh ve usul öğretiminde fıkhî hüküm/kaide ve örnekler üzerinden yürünmesi ve bu konuda yeterli alt yapının oluşturulması gerekli olmakla birlikte, araştırmamız, bu bilgilerin ezberletilmesi yerine meselelerin ele alınmasında fıkhî/hukukî analiz becerisi kazandırılmasının öncelikli hedef olması gereğini ortaya koymaktadır. Bunu, incelediğimiz mesele bakımından şöyle açıklamamız mümkündür: Esasen mefkudun kayıplık döneminde vefat eden yakınına mirasçı olup olamayacağı sorusunun cevaplandırılması için, bir usul ilkesinden/kaidesinden değil konunun incelendiği hukuk sistemindeki (veya fıkıh mezhebindeki) mirasçılıkla ilgili teoriyi oluşturan

155 Bennâni'nin, incelediğimiz meseleye ilişkin açıklamaları takiben kullandığı bu yöndeki bir ifade için bk. *Hâşiye*, II, 349.

“mirasçılık sebepleri”, “mirasçı olmanın şartları”, “miras engelleri” gibi ana başlıklardan yola çıkılmasının daha uygun olacağı açıktır. Üstelik bazı furû-i fıkıh ve furûk eserlerinde bu konudaki yaklaşımların eleştirel biçimde ele alındığı, kavram inceliklerine inen tartışmalar ışığında titiz bir incelemeye tâbi tutulduğu görülmektedir. Mesela Karâfi furûkla ilgili ünlü eserinde, ferâiz yazarlarının bu konuda “şartlar” başlığını ihmal etmelerini ele almakta, esere şerh ve haşiye yazan müellifler de bu hususu tartışmaktadır.¹⁵⁶

Miras hukukunun belirtilen ana başlıklarıyla ilgili bazı hususlarda fıkıh mezhepleri arasında görüş ayrılıkları bulunsa da, araştırma konumuzu ilgilendiren mesele bakımından önemli bir ihtilafın bulunmadığı görülmektedir. Şöyle ki: Bu meselede “mirasçılık sebepleri” özel bir önemi haiz bulunmamaktadır; zira zaten bu sebeplerden birinin var olduğu, bir başka anlatımla -sağ olduğu bilinseydi- “mirasçı” sıfatı taşıyacağına görüş ayrılığı bulunmayan bir kişinin durumu ele alınmaktadır. Şu halde “mirasçı olmanın şartları”ndan biri yoksa veya “miras engelleri”nden biri varsa bu kişinin (mekfudun) mirasçı olamayacağı söylenebilecek, aksi halde söylenemeyecektir.

Mûrisin vefatı sırasında vârisin sağ olma şartı üzerinde ittifak bulunduğuna göre mefkudun mirasçı olabilmesi için bu şartın varlığının mercek altına alınması gerekecektir. Nitekim gerek Hanefiler gerekse Şâfiîler bu yolu tutmuşlar ve o esnada mefkudun “sağ” veya “ölü” olduğunun bilinmediğini esas alarak, -yaşadığının kesin olarak bilinmesi durumunda hak kaybına uğramaması için- payının (onun bakımından lehte olan ihtimale göre) koruma altına alınmasına hükmetmişlerdir. Bazı müellifler mefkudun durumunu “miras engelleri” ana başlığının bir uzantısı gibi ele almış olsalar da, sonuç itibarıyla mirasçılık sıfatının ortadan kalkmadığını ve sağ olarak ortaya çıkması durumunda miras payını alacağını kabul ettiklerinden, burada gerçek bir miras engelinin söz konusu olmayıp mefkuda ayrılacak payın fiilen onun mülkiyetine geçmeyeceğinin kastedildiğine dair açıklamalar yapma cihetine gitmişlerdir.¹⁵⁷ Özellikle bazı Şâfiî müellifleri, bu konuyu “şu an itibarıyla/ bulunulan durumda fiilen tasarrufta bulunmayı engelleyen sebepler” (“mâ

156 Karâfi, *el-Furûk*, IV, 198-202; İbnü’ş-Şât, *İdrâriü’ş-şurûk*, IV, 198-202; Ali b. Hüseyin, *Tehzibü’l-furûk*, IV, 216-17.

157 Mesela İbnü’l-Hâcib, bu konuyu “Miras Engelleri” ana başlığının, “varlığında veya cinsiyetinde şüphe edildiği için haklarında ‘hemen’ (âcilen) işlem yapılmayacaklar” alt başlığında ele almakta (*el-Muhtasar*, XVII, 511); şârih Hevvârî, müellifin ibaresinin hiçbir işlem yapılmayacağı şeklinde anlaşılması için “hemen” (âcilen) kaydını koymak suretiyle bu ibareyle “varlığında şüphe bulunan kişinin yaşayıp yaşamadığı belli oluncaya kadar işlem” (ilgililere teslimin) yapılmayacağını kastettiğini belirtmektedir (*Şerhu Câmiu’l-ümmehât*, XVII, 511).

yemna‘u mine’s-sarfi fı’l-hâl”) vb. başlıklar altında incelemeyi tercih etmişlerdir. Gazzâlî bu alt başlığı kullanmakla birlikte ana başlığın “miras engelleri” olmasına binaen¹⁵⁸ Râfiî şu önemli açıklamayı yapma ihtiyacı duymuştur: “Öncelikle belirtelim ki, bunun manilerden (“mine’l-mevâni‘ evi’d-devâfi”) sayılması yerinde değildir. Zira -görüleceği üzere- derhal tasarrufta bulunmaktan kaçınmak, hak edişle ilgili şüphe ortadan kalkıncaya kadar beklemekten (payı koruma altına almaktan) başka bir şey değildir. Bu durumda onun hak sahibi olmadığı anlaşılırsa ona göre uygulama yapılır, aksi takdirde (hak sahibi olduğu anlaşılırsa) kendisinin tasarrufuna verilir.”¹⁵⁹

(7) Fıkıh düşüncesinin gelişmesinde kavramların inceltilmesinin önemi:

Genelde İslam alimlerinin, özelde fakihlerin “tanım” konusuna erken dönemlerden itibaren önem verdikleri ve değişik disiplinlerle ilgili “hudûd” (tanımlar) kitapları ve risaleleri kaleme aldıkları bilinmektedir. Mesela Karâfi’nin furûkla ilgili ünlü eserinde yukarıda değinilen konu vesilesiyle, bir işin hakikati (mahiyeti) hususunda ihtilafa düşülmesi durumunda “tanımlar”ın (el-hudûd) hakem kılınması gerektiğini belirten bir söze dikkat çekmesi¹⁶⁰ de bu anlayışı yansıtmaya açısından önemlidir.

Fakihlerin mefkudun mirasçılığını ele alırken onun için pay ayırma/onun payını koruma altına alma hükmünü “vkf” kökünden türetilen kelimelerle (“vakf”, “tevkif”, “yûkaf”, “tevakuf”, “mevkuf” vb.) ifade etmeleri de fıkıh terminolojisinin geliştirilmesi bakımından önemli bir adım sayılır. Bu kelimelerle muhataplar bir hakkın askıya alınması/ayrılması/tutulması anlamının kastedildiğini bildikleri için ilk dönemlerde bu kavramın kapsamını belirleme ihtiyacının fazlaca duyulmaması tabii karşılanabilir. Ancak pay ayırmanın hukukî mahiyeti ve ayrılan paya uygulanacak hükümlere ilişkin meselelerin gündeme gelmesiyle birlikte bazı müelliflerin bu hususta bazı kavram inceliklerine dikkat çekme ihtiyacı duydukları görülmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere Secâvendî’nin, “Mefkud başkalarının hakları konusunda hükmü askıda olan bir kişidir (mevkûfı’l-hükm)” şeklindeki nitelmesi; Râfiî’nin miras teorisinin ana hatlarını netleştirme bağlamında, “Tevakuf mirasçı olmadığına hükmetmek demek değildir” (“ve’t-tevakuf leyse hükmen bi ademî’t-tevrîs”)¹⁶¹ şeklindeki açıklaması; yine İbn Kudâme’nin, “Vakf (askıya alma) kesin biçimde hacb (engelleme) anlamına

158 *el-Vecîz*, s. 249-50.

159 *el-Azîz*, XI, 220 (Râfiî’nin konu başında ve dördüncü engeli şerh ederken de benzeri ikazlarda bulunduğu görülmektedir [bk. XI, 176-77, 209]).

160 *el-Furûk*, IV, 199.

161 *el-Azîz*, XI, 220.

gelmez; bu, malın şüpheli olduğu kabul edilen iki cihetten birine ‘sarf’edilmesinden alıkonması (tevakkuf) demektir” ifadesi¹⁶² bu durumun örnekleri arasında zikredilebilir.

Birçok Hanefî müellifinin son tahlilde mefkudun sağlamış gibi düşünülerek kendisinin lehine olan payın ayrılacağını (“vakf”) belirtmesine mukabil, başlangıçta konuyu vazederken onun başkalarının hakları bakımından “ölü sayıldığını” ve “mirasçı olamayacağını” söyleyip mirasçı sayılmasının sakıncalarından söz etme ihtiyacı duymasının, pay ayırma/hakkı askıya alma (vakf) hükmünün/işleminin hukukî mahiyetinin belirsiz kalmasıyla da ilintili olduğu gözlenmektedir.

Bunun tedbir amaçlı bir işlem/hüküm olduğunun kabulü halinde, bu aşamada mefkudun fiilen mirasçı sayılmamakla birlikte sağ olarak dönmesi şartına bağlı olarak mirasçılık sıfatının askıya alındığı söylenebilecektir, ki anılan iki mezhep (hatta dört mezhep) bu noktada müttefiktir.

(8) Anlatım kolaylığının cazibesine kapılmanın sakıncaları:

Fıkıh ve usul literatüründe eleştirel bakışı yansıtan yaklaşım ve tartışmalara sıkça rastlanmakla birlikte, mefkud örneğinde böyle bir bakışın esas alınmayıp mevcudu aynen aktarma yolunun tutulmasında, “Def‘ide hüccettir ama ispatta hüccet değildir” kuralının kolay anlatılması/anlaşılması ve akılda kalması gibi bir çekiciliğin etkili olduğu düşünülebilir. Yine mefkudun, kendisi (mevcut hakları) bakımından “sağ”, başkalarının hakları bakımından “ölü” sayıldığının ifade edilmesi de bu açıdan anlaşılır bir tutum sayılabilir.¹⁶³ Fakat bu meselenin hükmünün, “Mirasçı olur” ve “Mirasçı olamaz” şeklinde sunumu fikhî hükmün hakikatini yansıtan bir anlatım değildir. Çünkü bu kaziyelerin hukukî sonuçları bellidir ve mefkud için bu sonuçlar geçerli değildir. Dolayısıyla bir taraftan anlatım kolaylığı için başka uygun örneğin ikame edilmesi, diğer taraftan da bu meselenin izahı için önceki maddede değinilen hakkın askıya alınması, payın koruma altına alınması (“vakf”) kavramından, fıkıh eserlerinde yer alan “gerçek ölüm” ve “takdirî ölüm” gibi ayırım ve kavramlaştırmalardan yararlanılması daha isabetli olur.

162 *el-Muğni*, IX, 190.

163 Nitekim bazı yazarların, “Bu ihtilafın en açık örneği mefkuddur” gibi ifadelerinden, örneğin kolay anlaşılması ve akılda kalması özelliğini öne çıkardıkları anlaşılmaktadır (mesela bk. Muhammed Ebû Zehre, *Usûlü’l-fıkh*, s. 279). Bugâ da bu meselemin istishabın hem def‘ide hem ispatta mı sadece def‘ide mi hüccet olduğu ile ilgili ihtilafın sonucunun açık biçimde ortaya çıktığı en meşhur meselelerden olduğunu söylemektedir (*Eserü’l-edilleti’l-muhtelef fihâ*, s. 223).

Sonuç

Araştırmamız, birçok Hanefî fıkıh usulü eseri ile yakın dönem fıkıh usulü ders kitabında ve konuya ilişkin yayında yer alan, “Mefkud, Hanefî mezhebine göre, kayıplık döneminde vefat eden yakınına mirasçı olamaz, Şâfiî mezhebine göre ise mirasçı olur” şeklindeki bilginin ve “bu hüküm farklılığının, birinci mezhepte istishâbü'l-hâlin sadece def‘ide hüccet sayılırken ikincisinde hem def‘ide hem ispatta hüccet sayılmasından kaynaklandığı” yönündeki açıklamanın doğru olmadığını göstermektedir. Zira mefkudun, kayıplık döneminde vefat eden yakınına mirasçı olup olamayacağı sorusunun gerek Hanefî mezhebinin gerekse Şâfiî mezhebinin fūrû-i fıkıh eserlerinde aynı yönde cevaplandırıldığı, yani hayatta olup olmadığı bilinemediği için mefkudun payının koruma altına alınıp durumu belli oluncaya kadar bekletileceği açıkça ifade edilmektedir. Bu sebeple bir yandan “mefkudun mirasçı olamayacağı”nın diğer yandan da “mefkuda ait miras payının ayrılacağı”nın ifade edilmesi arasında bir uyumsuzluk bulunduğunu önemseyen bazı Hanefî müelliflerinin, “mirasçı olamama” ile miras payına mâlik olamayacağının ve fiilen ilgililere (mefkudun kayıymına) teslim edilmeyeceğinin kastedildiği yönünde bir açıklama yapma ihtiyacı duydukları görülmektedir.

Esasen mevcut verilere göre, mefkud için “Mirasçı olamaz” ve “Mirasçı olur” şeklindeki önermeler sadece bu iki mezhebe göre değil fakihlerin büyük çoğunluğuna göre doğru değildir. Zira “Mirasçı olamaz” önermesi onun dikkate alınmadan ölen yakınına ait terekenin diğer vârisler arasında taksim edileceği, “Mirasçı olur” önermesi ise söz konusu terekenin mefkudun sağ olduğu varsayılarak taksim edileceği sonucunu düşündürür. Oysa fakihlerin büyük çoğunluğuna göre bu meselede -hayatta olup olmadığı bilinmediği için- mefkudun mirasçı olacağına veya olamayacağına hükmedilmez; durumu açıklığa kavuşuncaya kadar payı ayrılır ve o pay üzerindeki hakkı koruma altına alınır. Hatta mefkudun çıkıp gelmesi, yani mirasçı olması ihtimali daha baskın görüldüğü ve İslam miras hukukunda yakın mirasçının uzak mirasçıyı engellemesi (hacb) kuralı bulunduğu için, miras o esnada, “Mefkudun sağ olduğu bilinseydi nasıl paylaşılırdı?” ve “Mefkudun ölü olduğu bilinseydi nasıl paylaşılırdı?” sorularından hareketle iki türlü hesaplama yapılmakta, ihtiyaten diğer mirasçılar için aleyhte olan pay kendilerine verilip mefkudun payı buna göre ayrılmaktadır. Dolayısıyla, özellikle Hanefî fūrû eserlerinde yaygın biçimde yer alan, “Mefkud kendi hakları konusunda sağ, başkalarının hakları konusunda ölü hükmündedir” şeklindeki kalıp ifadenin ikinci önermesini makul bir açıklamaya kavuşturmak mümkün görünmemektedir. Zira “ölü” sayılması, mefkudun mirasçı olamayacağına ve mûrisine ait terekenin mefkudun mirasçılar arasında bulunmadığı varsayımına göre

taksim edilmesine hükmetme anlamına gelir, ki bu Hanefî mezhebindeki ortak kabulün pratik sonucu ile bağdaşmaz.

Hanefîler'e göre "istishâbü'l-hâl" in sadece def'ide hüccet sayılırken Şâfiîler'e göre hem def'ide hem ispatta hüccet sayıldığı şeklinde özetlenen usul ihtilafının bu örneğe dayalı izahının fıkıh usulü yazımı ve öğretimi ile meşgul olanlar tarafından tekrar edilegelmesi sebebiyle, belirtilen meselede iki mezhepte iki farklı uygulama yapıldığı, yani bu durumda Hanefî mezhebine göre mefkudun mirasçı olamadığı, Şâfiî mezhebinde ise mirasçı olduğu bilgisi zihinlerde yerleşmeye devam etmektedir. Bu bilginin doğru olmadığı hakkında birkaç yayında kısa notlar bulunsa da, on yıllardır İslam dünyasında yaygın biçimde okutulagelen ve yeni baskıları yapılan pek çok ders kitabında bu yanlışlığın süregelmesi yanında; fıkıh ve usul alanında kıymetli yayınları bulunan bazı akademisyenlerin konuyu özel olarak inceledikleri çalışmalarda bile, fıkıh usulü eserlerinde tekrar edilegelen yerleşik bilgileri âdetâ asırların imbiğinden geçmiş, güvenilirliğinde tereddüt edilemeyecek veriler gibi kabul edip fûrû kaynaklarını ihmal ettikleri ve böylece yanlış bir ezberin daha da perçinlenmesine katkı sağladıkları görülmektedir. Makalenin (7.) nolu başlığı altında bu tür yayınların bazı örnekleri eleştirel bir bakışla incelenmiştir.

Sonuç olarak, istishap delili işlenirken, mefkud örneğinden, kaybolduğu sırada yaşadığı kesin olarak bilinmesine binaen, sadece ona ait olduğu bilinen haklar konusunda yararlanılması ve -öldüğüne dair delil bulunmadıkça- sağlara ait hükümlerin uygulanacağını belirtmesi uygun olur. Kayıplığı esnasında kendisinin de mirasçısı arasında bulunduğu bir yakının vefat etmesi durumunda ise, bu delilin işletilmesiyle ilgili farklılığa binaen "mirasçı olacağı" veya "mirasçı olamayacağı" şeklinde farklı sonuçlara ulaşıldığından söz edilmemesi gerekir.

Böyle bir araştırmannın "Acaba Şâfiî mezhebine ait eserlerde böyle bir bilgi yer almadığı halde, Şâfiî'ye veya Şâfiîler'e göre mefkudun -kayıplık döneminde vefat eden- yakınına mirasçı olacağı bilgisi nereden kaynaklanmıştır?" sorusuna ilgisiz kalması elbette düşünülemez. Makalenin (2.1.) ve (8.) nolu başlıkları altında bu soruya cevap teşkil edebilecek açıklamalara yer verilmiştir.

Son olarak, makalenin (8.) nolu başlığı altında, mefkud örneğine ilişkin tespitler ışığında, fıkıh/fıkıh usulü yazımında ve öğretiminde karşılaşılan bazı metot sorunlarıyla bunların hukuk tefekkürünün gelişimi üzerindeki olumsuz etkilerine dikkat çekilmeye çalışılmıştır.

Bu çalışma bize, sağlıklı bilgiye erişmenin en güvenli yolunun ilim ağacının meyvelerini dalından bizzat koparma olduğunu belirten metaforun haklılığını bir defa daha göstermiştir.

Bibliyografya

- Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr an usûli Fahrî'l-İslâm el-Bezdevî*, nşr. M. el-Mu'tasım-Bil-lâh el-Bağdâdî, I-IV, Beyrut: Dârü'l-kitâbi'l-Arabî, 1417/1997.
- Abdülvehhâb Hallâf, *İlmü usûli'l-fıkh ve hulâsatü târihi't-teşri'i'l-İslâmî*, Kahire 1369/1950.
- Abdülvehhâb Hallâf, *Mesâdirü't-teşri'i'l-İslâmî fimâ lâ nassa fih*, Küveyt 1392/1972.
- Ali b. Hüseyin, Muhammed, *Tehzibü'l-furûk ve'l-kavâidü's-seniyye fi'l-esrâri'l-fıkhıyye*, Şehâbeddin el-Karâfî, *el-Furûk: Envârü'l-burûk fi envâi'l-furûk* içinde, I-IV, Beyrut: Dârü'l-ma'rifet, t.y.
- Ali Haydar Efendi, Küçük, *Risâle-i Mefkûd*, İstanbul: Matbaa-i Ebüzziya, 1309.
- Âmidî, Seyfeddin, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, I-IV, Kahire: Müessesetü'l-Halebî, 1387/1967.
- Attâr, Hasan b. Muhammed, *Hâşiyetü'l-Attâr alâ Cem'î'l-cevâmî'*, I-II, Kahire: el-Mektebe-tüt-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1358.
- Aybakan, Bilal, "Şâfiî Mezhebi", *DİA*, 2010, XXXVIII, 233-247.
- Aybakan, Bilal, "el-Vecîz", *DİA*, 2012, XLII, 587-588.
- Bâbertî, *et-Takrîr li-usûli Fahrî'l-İslâm el-Bezdevî*, nşr. Abdüsselâm Subhî Hamed, I-VI, Küveyt: Vizâretü'l-evkâf veş-şuûni'l-İslâmiyye, 1426/2005.
- Bahrülülüm el-Leknevî, *Fevâihü'r-rahâmût bi-şerhi Müsellemü's-sübût fi usûli'l-fıkh*, Gazzâlî, *el-Mustasfâ* içinde, I-II, Bulak: el-Matbaatü'l-emiriyye, 1324.
- Bardakoğlu, Ali, "İstishâb", *DİA*, 2001, XXIII, 376-381.
- Bedrân, Ebü'l-Ayneyn Bedrân, *Usûlü'l-fıkhî'l-İslâmî*, İskenderiye: Müessesetü şebâbi'l-câmia, 1984.
- Bennânî, Abdurrahman b. Câdullah, *Hâşiyetü'l-Allâme alâ şerhi'l-Celâl el-Mahallî alâ metni Cem'î'l-cevâmî'*, I-II, Kahire: Mabaatü dâri ihyâi'l-kütübi'l-Arabiyye, t.y.
- Bihârî, *Müsellemü's-sübût*, Gazzâlî, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl* içinde, I-II, Bulak: el-Matbaatü'l-emiriyye, 1324.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhıyye Kamusu*, I-VII, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970.
- Birmâvî, İbrâhim b. Muhammed, *Hâşiyetü'l-Birmâvî alâ şerhi'r-Rahbiyye li'l-Mardinî*, nşr. Sa'd Abdullah Muhammed - Muhammed Ra'd Abdullah el-Bâlânî, Amman: Dârü'n-nûr, 2018.
- Bugâ, Mustafâ Dîb, *Eserü'l-edilleti'l-muhtelef fihâ (mesâdirü't-teşri'i't-teberıyye) fi'l-fıkhî'l-İslâmî*, Dımaşk: Dârü'l-İmâm el-Buhârî, t.y.
- Bugâ, Mustafâ Dîb, *Usûlü'l-fıkhî'l-İslâmî: Dirâse âmme*, Dımaşk: Dârü'l-Mustafâ, 1425/2004.
- Büceyrimî, Süleyman b. Muhammed b. Ömer, *Hâşiyetü'l-Büceyrimî*, nşr. Abdullah Mahmûd M. Ömer, I-III, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1420/2000.
- Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ' an metni'l-İknâ'*, nşr. İbrâhim Ahmed Abdülhamîd, I-VII, Riyad: Dâru âlemi'l-kütüb, 1423/2003.
- Büveytî, *el-Muhtasar*, nşr. Ali Muhyiddin el-Karadâğî, Beyrut: Dârü'l-minhâc, 1436/2015.
- Cîven, *Şerhu Nûri'l-envâr*, Ebü'l-Berekât en-Nesefî, *Keşfü'l-esrâr* içinde, I-II, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1406/1986.

- Cürcânî, Seyyid Şerîf, *Şerhu'l-Ferâizi's-Sirâciyye*, İstanbul: Dârü't-tibâati'l-âmire, 1309.
- Cüveynî, İmâmü'l-Haremeyn, *el-Burhân fî usûli'l-fıkh*, nşr. Abdülâzîm ed-Dîb, I-II, Devha: Metâbiu'd-Devha el-hadîse, 1399.
- De Bellefonds, Y. Linant, "İstishâb", *Encyclopédie de l'Islam*, nouvelle édition, Leiden: Brill, 1978, IV, 281-282.
- De Bellefonds, Y. Linant, "İstishâb", *The Encyclopaedia of Islam*, new edition, Leiden: Brill, 1978, IV, 269.
- Debûsî, *el-Esrâr*, nşr. Salim Özer, *Debbusi'nin "el-Esrâr fî'l-Usul ve'l-Furû"' Adlı Eserinin Tahkik ve Tahlili* içinde, II (doktora tezi), Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 1997.
- Debûsî, *Takvîmü'l-edille fî usûli'l-fıkh*, nşr. Halîl Muhyiddin el-Meys, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1421/ 2001.
- Debûsî, *Takvîmü'l-edille*, Süleymaniye Ktp., Laleli, nr. 690.
- Düreynî, M. Fethî, *Buhûs mukârene fî'l-fıkhî'l-İslâmî ve usûlih*, I-II, Beyrut: Müessesetü'r-risâle, 1414/1994.
- Emîr Pâdişâh, *Teysîrüt-tahrîr*, I-IV, Kahire: Matbaatü Mustafa el-Bâbi el-Halebî, 1350-51.
- Ençakar, Orhan, "Hanefî Fıkıh Literatüründe Gelenek Oluşturan Kayıp Bir Metin: *Muhtasarü'l-Kerhî*", *İslâm Araştırmaları Dergisi*, 37 (2017): 7-32.
- Ençakar, Orhan, *Kerhî'nin Muhtasar'ının Hanefî Muhtasar Gelenegine Etkisi -Kudûrî'nin Muhtasar'ının "İcâre" Bölümü Çerçevesinde-* (yüksek lisans tezi), Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2013.
- Fahreddin er-Râzî, *el-Mahsûl*, nşr. M. Abdülkâdir Atâ, I-II, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1420/1999.
- Gazzâlî, *el-Vecîz*, nşr. Ahmed Ferîd el-Mezîdî, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1437/2016.
- Gazzâlî, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl*, I-II, Bulak: el-Matbaatü'l-emîriyye, 1322-24.
- Güney, Necmeddin, *Kudûrî'nin Şerhu Muhtasari'l-Kerhî Adlı Eserinin "Siyer" Bölümünün Edisyon Kritiği* (yüksek lisans tezi), Selçuk Üniversitesi, Konya, 2006.
- Habbâzî, *el-Muğnî fî usûli'l-fıkh*, nşr. M. Mazhar Bekâ, Mekke: Câmîatü Ümmî'l-kurâ, 1403/1983.
- Haddâd, Ebû Bekir, *el-Cevheretü'n-neyyire*, nşr. Sâid Bekdâş, I-IV, Amman: Ervika lîd-dirâsât ve'n-neşr, 1436/2015.
- Halebî, İbrâhim b. Muhammed, *Mülteka'l-ebhur*, Şeyhîzâde [Dâmâd], *Mecmau'l-enhur* içinde, nşr. Muhammed Hasan Talu v.dğr., I-II, İstanbul: Tereke Yayıncılık, 1436/2015.
- Halîl b. İshak el-Cündî, *el-Muhtasar*, Hattâb, *Mevâhibü'l-celîl* içinde, nşr. Zekerîyyâ Umeyrât, I-VIII, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1428/2007.
- Haral Yalçı, Nurhayat, *İlk Beş Asır Usulü'l-Fıkh Literatüründe İstishab Delili* (doktora tezi), Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2008.
- Hasan, Ali Seyyid, *el-Ahkâmü'l-hâssa bi'l-meşkûd: Dirâse mukârene beyneş-şeriatî'l-İslâmiyye ve'l-kânûneynî'l-Mısırî ve'l-Fransî*, Kahire: Dârü'n-nehdatî'l-Mısriyye, 1984.
- Hasebullah, Ali, *Usûlü't-teşrîi'l-İslâmî*, Kahire: Metâbiu'l-mektebi'l-Mısırî el-hadîs, 1402/1982.

- Haskefi, *ed-Dürri'l-muhtâr*, İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, nşr. Hüsâmeddin b. M. Sâlih el-Ferfûr, I-XVI, Dimaşk: Dârü's-sekâfe ve't-türâs, 1421/2000.
- Hudari, *Usûlü'l-fikh*, Kahire: el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1389/1969.
- İbn Abdüsselâm el-Hevvârî, *Şerhu Câmi'l-ümmehât*, nşr. Ahmed b. Abdülkerim Necib, I-XVII, Beyrut: Dârü'n-nevâdir, 1439/2017.
- İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, nşr. Hüsâmeddin b. M. Sâlih el-Ferfûr, I-XVI, Dimaşk: Dârü's-sekâfe ve't-türâs, 1421/2000.
- İbn Berhân, *el-Vüsûl ile'l-usûl*, nşr. Abdülhamîd Ali Ebû Züneyd, I-II, Riyad, 1403-1404/1983-84.
- İbn Emîru Hâc, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, I-III, Bulak: el-Matbaatü'l-kübrâ el-emîriyye, 1316.
- İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc bi-şerhi'l-Minhâc*, nşr. Enver b. Ebû Bekir ed-Dağstânî, I-X, Beyrut: Dârü'z-ziyâ, 1441/2020.
- İbn Kudâme, Ebü'l-Ferec, *eş-Şerhu'l-kebir*, Muvaffakuddin İbn Kudâme, *el-Muğni* içinde, I-XIV, Beyrut: Dârü'l-kitâbi'l-Arabî, 1392-93/1972-73.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddin, *el-Kâfi*, nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki, I-VI, Cize: Hecer li't-tibâa ve'n-neşr ve't-tevzi', 1417-18/1997.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddin, *el-Muğni*, nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türki - Abdül-fettâh Muhammed el-Hulv, I-XV, Riyad: Dâru âlemi'l-kitâb, 1419/1999.
- İbn Melek, *Şerhu'l-Menâr*, nşr. İbrâhim Rüşdî, İstanbul: Dârü't-tibâati'l-âmire, 1292.
- İbn Nuceym, Sirâceddin, *en-Nehrü'l-fâik*, nşr. Ahmed İzzü İnâye, I-III, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1422/2002.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *el-İstishâb (er-Risâletü'l-hâmise ve's-selâsûn)*, *Resâilü İbn Nuceym* içinde, nşr. Halil el-Meys, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, 1400/1980, s. 265-274.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *el-İstishâb (er-Risâletü'l-hâmise ve's-selâsûn)*, *er-Resâilü'l-z-Zeyniyye* içinde, Süleymaniye Ktp., Laleli, nr. 3694.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *el-İstishâb (er-Risâletü'l-hâmise ve's-selâsûn)*, *Resâilü İbn Nuceym* içinde, Kayseri Râşid Efendi Ktp., nr. 198.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *el-Bahrü'r-râik*, I-IX, Beyrut: Dârü'l-ma'rife, t.y.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, nşr. M. Mutî' el-Hâfiz, Dimaşk: Dârü'l-fikr, 1403/1983.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *Fethu'l-gaffâr bi-şerhi'l-Menâr: Mişkâtü'l-envâr fi usûli'l-menâr*, I-III, Kahire, 1355/1936.
- İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *Lübbü'l-usûl*, nşr. M. Fâl es-Seyyid eş-Şenkitî, İstanbul: TDV İSAM Yayınları, 1441/2020.
- İbn Şâs, *İkdü'l-cevhiri's-semine fi mezhebi âlimi'l-Medîne*, nşr. M. Ebü'l-Ecfân - Abdülhafız Mansûr, I-III, Beyrut: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 1415/1995.
- İbnü'l-Hâcib, *el-Muhtasar*, İbn Abdüsselâm el-Hevvârî, *Şerhu Câmi'l-ümmehât* içinde, nşr. Ahmed b. Abdülkerim Necib, I-XVIII, Beyrut: Dârü'n-nevâdir, 1439/2017.
- İbnü'l-Hümâm, *et-Tahrîr*, İbn Emîru Hâc, *et-Takrîr ve't-tahbîr* içinde, I-III, Bulak: el-Matbaatü'l-kübrâ el-emîriyye, 1316.

- İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, I-VII, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, t.y.
- İbnü'l-Kâs, Ebü'l-Abbas Ahmed, *et-Telhîs*, nşr. Ali M. Muavvaz - Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Mekke: Mektebetü Nizâr Mustafa el-Bâz, 1421/2000.
- İbnü's-Sââtî, Muzafferüddin, *Mecmau'l-bahreyn*, nşr. İlyas Kaplan, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 2005/1426.
- İbnü'ş-Şât, *İdrârü'ş-şürûk alâ envâi'l-furûk*, Şehâbeddin el-Karâfi, *el-Furûk* içinde, I-IV, Beyrut: Dârü'l-ma'rife, t.y.
- İsnevî, *Nihâyetü's-sûl fî şerhi Minhâci'l-usûl*, I-IV, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, t.y.
- "el-İstishâb", *Mevsûatü Cemâl Abdinnâsir fî'l-fikhi'l-İslâmî*, 1391, VII, 61-68.
- İzmîri, Mevlânâ Mehmed, *Hâşiye alâ Mir'âti'l-usûl*, I-II, İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1309.
- Juynboll, Th. W., "İstishâb", *İA: İslâm Ansiklopedisi*, 1987, V/2, s. 1221.
- Karâfi, Şehâbeddin, *el-Furûk: Envârü'l-burûk fî envâi'l-furûk*, I-IV, Beyrut: Dârü'l-ma'rife, t.y.
- Karâfi, Şehâbeddin, *ez-Zehîre*, nşr. Muhammed Haccî, I-XIV, Tunus: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 2012.
- Kâsânî, *Bedâiü's-sanâi'*, I-VII, Kahire: el-Matbaatü'l-Cemâliyyetü'l-âmire, 1327-28.
- Kirmastî, *Zübdetü'l-vüsûl ilâ umdeti'l-usûl*, nşr. Abdurrahman Haçkalı, Beyrut: Dâru Sâdır, 1428/2008.
- Kudûri, *el-Mevsûatü'l-fikhiyyetü'l-mukârene: et-Tecrîd*, nşr. M. Ahmed Sirâc - Ali Cum'a Muhammed, I-XII, Kahire: Dârü's-selâm, 1425/2004.
- Kudûri, *el-Muhtasar*, Abdülganî b. Tâlib el-Meydânî, *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb* içinde, nşr. M. Muhyiddin Abdülhamîd, I-IV, Kahire: Matbaatü'l-Medenî, 1381-83/1961-63.
- Kurlânî, Celâleddin, *el-Kifâye*, İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr* içinde, I-VII, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, t.y.
- Lahmî, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed, *et-Tebssira*, nşr. Ahmed Abdülkerîm Necîb, I-XIII, Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1433/2012.
- Lâmişi, *Kitâb fî Usûli'l-fıkh*, nşr. Abdülmecîd et-Türkî, Beyrut: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 1995.
- Leknevî, M. Abdülhalîm, *Kamerü'l-akmâr li-Nûri'l-envâr fî şerhi'l-Menâr*, nşr. M. Abdüselâm Şâhin, I-II, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1415/1995.
- Mahallî, *Şerhu'l-Celâl el-Mahallî alâ Cem'i'l-cevâmi' li'l-imâm İbni's-Sübki*, Hasan b. Muhammed el-Attâr, *Hâşiyetü'l-Attâr alâ Cem'i'l-cevâmi'* içinde, I-II, Kahire: el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1358.
- Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebîr*, nşr. Ali M. Muavvaz - Âdil Ahmed Abdülmevcûd, I-XIX, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1419/2009.
- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*.
- Mehâmîlî, *el-Lübâb fî'l-fikhi'ş-Şâfiî*, nşr. Abdülkerîm b. Suneytân el-Amrî, Medine: Dârü'l-Buhârî, 1416.
- Mergînânî, Burhâneddin, *el-Hidâye*, İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr* içinde, I-VII, Beyrut: Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, t.y.
- Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd, *el-Muhtâr*, nşr. Mahmûd Ebû Dakîka, I-V, Kahire: y.y., 1370/1951.

- Mevsilî, Abdullah b. Mahmûd, *el-İhtiyâr li-ta'îlîl-Muhtâr*, nşr. Mahmûd Ebû Dakika, I-V, Kahire: y.y., 1370/ 1951.
- Meydânî, Abdülğanî b. Tâlib, *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb*, nşr. M. Muhyiddin Abdülhamîd, I-IV, Kahire: Matbaatü'l-Medenî, 1381-83/1961-63.
- Molla Fenârî, *Fusûlü'l-bedâi'*, nşr. M. Hasan M. Hasan İsmâil, I-II, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1427/2006.
- Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, I-II, İstanbul: Şirket-i Sahâfiyye-i Osmâniyye, 1319.
- Molla Hüsrev, *Hâşiye ale't-Telvîh*, Sadrüşşerîa, *Şerhu't-Tavzîh ale't-Tenkîh* içinde, I-III, Kahire: el-Matbaatü'l-hayriyye, 1322.
- Molla Hüsrev, *Mir'âtü'l-usûl*, Muhammed b. Ahmed et-Tarsûsî, *Hâşiye alâ Mir'âti'l-usûl* içinde, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1439/2018.
- Muhammed Ebû Zehre, *el-Ahvâlûş-şahsiyye*, Kahire: Dârü'l-fikri'l-Arabî, t.y.
- Muhammed Ebû Zehre, *Usûlü'l-fıkh*, Kahire: Dârü'l-fikri'l-Arabî, t.y.
- Mutî, M. Bahît, *Süllemü'l-vüsûl li-şerhi Nihâyeti's-sûl*, İsnevî, *Nihâyeti's-sûl fî şerhi Minhâci'l-usûl* içinde , I-IV, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, t.y.
- Müzenî, *el-Muhtasar*, nşr. M. Abdülkâdir Şâhin, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1419/1998.
- Nemle, Abdülkerîm b. Ali b. Muhammed, *el-Mühezzeb fî ilmi usûli'l-fıkh el-mukâren*, I-IV, Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 1420/1999.
- Nesefî, Ebü'l-Berekât, *Kenzü'd-dekâik*, Sirâcüddin İbn Nuceym, *en-Nehrü'l-fâik* içinde, nşr. Ahmed İzzü İnâye, I-III, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1422/2002.
- Nesefî, Ebü'l-Berekât, *Keşfü'l-esrâr*, I-II, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1406/1986.
- Nevevî, *Ravzatü't-tâlibîn*, nşr. Züheyr eş-Şâviş, I-XII, Beyrut: el-Mektebül-İslâmî, 1405/1985.
- Özen, Şükrü, "Teftâzânî", *DİA*, 2011, XL, 299-308.
- Pezdevî, Ebü'l-Usr, *Kenzü'l-vüsûl*, Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr* içinde, nşr. Muhammed el-Mu'tasim-Billâh el-Bağdâdî, I-IV, Beyrut: Dârü'l-kitâbi'l-Arabî, 1417/1997.
- Râfî, Abdülkerîm b. Muhammed, *el-Azîz fî şerhi'l-Vecîz*, nşr. Hassân b. Câsim el-Hâyiş v.dğr., I-XIII, Dübey: Câzetü Dübey ed-devliyye li'l-Kur'ânî'l-Kerîm, 1437/2016.
- Rahbî, İbnü'l-Mütefennine Ebü Abdullah Muhammed b. Ali, *er-Rahbiyye fî ilmi'l-ferâiz bi-Şerhi Sıbtî'l-Mardîni ve Hâşiyeti'l-allâme el-Bakarî*, nşr. Mustafa Dîb el-Bugâ, Dımaşk: Dârü'l-kalem, 1408/1988.
- Remlî, Şemseddin, *Nihâyetü'l-muhtâc*, I-VIII, Beyrut: Dârü'l-fıkr, 1404/1984.
- Sadrüşşerîa, *et-Tavzîh şerhu't-Tenkîh*, nşr. M. Adnân Dervîş, I-II, Beyrut: Dârü'l-Erkâm b. Ebü'l-Erkâm, 1419/1998.
- Secâvendî, Muhammed b. Muhammed, *el-Ferâizü's-Sirâciyye*, Seyyid Şerîf el-Cürcânî, *Şerhu'l-Ferâizü's-Sirâciyye* içinde, İstanbul: Dârü't-tibâati'l-âmire, 1309.
- Sekkâ, Abdülmün'im Fâris, *Ahkâmü'l-gâib ve'l-mefkûd fi'l-fıkhî'l-İslâmî: Dirâse mukârene*, Dımaşk: Dârü'n-nevâdir, 1429/2008.
- Semerkindî, Alâeddin, *Mizânü'l-usûl fî netâici'l-ukûl*, nşr. M. Zekî Abdülber, Devha: Vizâretü'l-evkâf veş-şuûni'l-İslâmiyye, 1418/1997.

- Semerkindî, Alâeddin, *Tuhfetü'l-fukahâ'*, nşr. M. Müntasır el-Kettânî - Vehbe ez-Zühaylî I-IV, Dımaşk: Dârü'l-fıkr, t.y.
- Semerkindî, Alâeddin, *Tuhfetü'l-fukahâ'*, I-III, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1405/1984.
- Semerkindî, Ubeydullah b. Muhammed, *Câmiu'l-usûl fi beyâni'l-kavâidi'l-Hanefiyye veş-Şâfiyye fi usûli'l-fıkh*, nşr. İsmet Garibullah Şimşek, I-II, İstanbul: TDV İSAM Yayınları, 1441/2020.
- Serahsî, Şemsüleimme, *el-Mebsût*, I-XXX, Kahire: Matbaatü's-saâde, 1324-31.
- Serahsî, Şemsüleimme, *el-Usûl*, nşr. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî, I-II, Haydarâbâd: Lecnetü ih-yâi'l-maârifî'n-Nu'mâniyye, 1372.
- Sıgnâkî, *el-Kâfi*, nşr. Fahreddin Seyyid Muhammed Kânit, IV, Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 1422/2001.
- Sübki, Tâceddin, *Cem'u'l-cevâmi'*, Hasan b. Muhammed el-Attâr, *Hâşiyetü'l-Attâr alâ Cem'i'l-cevâmi'* içinde, I-II, Kahire: el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1358.
- Sübki, Tâceddin - Takıyyüddin es-Sübki, *el-İbhâc fi şerhi'l-Minhâc*, nşr. Ahmed Cemâl ez-Zemzemî - Nûruddin Abdülcebbar Sagîrî, I-VII, Dübey: Dârü'l-buhûs li'd-dirâsâti'l-İslâmiyye, 1424/2004.
- Şa'bân, Zekiyyüddin, *Usûlü'l-fıkhî'l-İslâmî*, Bingazi: Menşûrâtü Câmîati Karyûnus Külliyyetü'l-kânûn, 1979.
- Şâfiî, *el-Üm*, nşr. M. Zührî en-Neccâr, I-VIII, Beyrut: Dârü'l-ma'rifet, 1393/1973.
- Şâşî, Ebû Ali, *el-Usûl*, nşr. Halil el-Meys, Beyrut: Dârü'l-kitâbi'l-Arabî, 1402/1982.
- Şâşî, Nizâmeddin, *el-Usûl*, nşr. M. Ekrem en-Nedvî, Beyrut: Dârü'l-garbi'l-İslâmî 2000.
- Şelebî, M. Mustafa, *Ahkâmü'l-mevâris beyne'l-fıkh ve'l-kânûn*, Beyrut: Dârü'n-nehdâti'l-Arabiyye, 1978.
- Şelebî, M. Mustafa, *Usûlü'l-fıkhî'l-İslâmî*, Beyrut: Dârü'n-nehdâti'l-Arabiyye 1406/1986.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasan, *el-Asl*, nşr. Mehmet Boynukalın, I-XII, Beyrut: Dâru İbn Hazm, 1433/2012.
- Şeyhîzâde [Dâmâd], *Mecmau'l-Enhur*, nşr. Muhammed Hasan Talu v.dğr., I-II, İstanbul: Tereke Yayıncılık, 1436/2015.
- Şîrâzî, Ebû İshak, *el-Mühezzeb*, nşr. Muhammed ez-Zühaylî, I-VI, Dımaşk: Dârü'l-kalem - Beyrut: ed-Dârü's-Şâmiyye, 1412-17/1992-96.
- Şîrâzî, Ebû İshak, *et-Tebşîrâ fi usûli'l-fıkh*, nşr. M. Hasan Heyto, Dımaşk: Dârü'l-fıkr, 1980.
- Şîrâzî, Ebû İshak, *et-Tenbih*, nşr. Ali M. Muavvaz - Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Beyrut: Dârü'l-Erkam, 1418/1997.
- Şîrâzî, Ebû İshak, *Şerhu'l-Lüma'*, nşr. Abdülmecid Türki, I-II, Beyrut: Dârü'l-garbi'l-İslâmî, 1408/1988.
- Şîrbînî, Abdurrahman b. Muhammed, *Takrîrü's-Şîrbînî alâ Cem'i'l-cevâmi' li'l-imâm İbnî's-Sübki*, Hasan b. Muhammed el-Attâr, *Hâşiyetü'l-Attâr alâ Cem'i'l-cevâmi'* içinde, I-II, Kahire: el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, 1358.
- Şîrbînî, Hatîb, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc*, nşr. Ali M. Muavvaz - Âdil Ahmed Abdülmevcûd, I-VI, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1427/2006.
- Tahâvî, *el-Muhtasar*, Kahire: Matbaatü dâri'l-kitâbi'l-Arabî, 1370.

- Tarsûsî, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiye alâ Mir'âti'l-usûl*, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1439/2018.
- Teftâzânî, *et-Telvîh*, nşr. M. Adnan Dervîş, I-II, Beyrut: Dârü'l-Erkâm b. Ebü'l-Erkâm, 1419/1998.
- Timurtâşî, Muhammed b. Abdullah, *Tenvîrül-ebşâr*, İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr* içinde, nşr. Hüsâmeddin b. M. Sâlih el-Ferfûr, I-XVI, Dımaşk: Dârü's-sekâfe ve't-türâs, 1421/2000.
- Ünalın, Abdülkerim, "İslam Hukukunda Gaibin / Mefkûdun Evlilik ve Miras Durumu (Mukayeseli Olarak)", *Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 3/1 (2001): 111-148.
- Üsmendî, *Bezlü'n-nazar fi'l-usûl*, nşr. M. Zekî Abdülber, Kahire: Mektebetü dâri't-türâs, 1412/1992.
- Zekerîyyâ el-Ensârî, *Fethu'l-vehhâb: Şerhu Menheci't-tullâb*, Süleyman b. Muhammed b. Ömer el-Büceyrimî, *Hâşiyetü'l-Büceyrimî* içinde, nşr. Abdullah Mahmûd M. Ömer, I-III, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1420/2000.
- Zerkeşi, Bedreddin, *el-Bahrü'l-muhît*, nşr. Abdüsettar Ebû Gudde v.dğr., I-VI, Küveyt: Vizâretü'l-evkâf veş-şuûni'l-İslâmiyye, 1413/1992.
- Zeydân, Abdülkerim, *el-Vecîz fî usûli'l-fıkıh*, Bağdat: Matbaatü's-Selmân el-A'zamî, 1387/1967.
- Zeylaî, Osman b. Ali, *Tebyînü'l-hakâik*, I-VI, Bulak: el-Matbaatü'l-kübrâ el-emîriyye, 1313-15.
- Zühaylî, M. Mustafa, *el-Vecîz fî usûli'l-fıkhi'l-İslâmî*, Dımaşk: Dârü'l-hayr, 1423/2003.
- Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkühü's-Şâfiî el-müeyesser*, I-II, Dımaşk: Dârü'l-fikr, 1438/2017.
- Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkühü'l-İslâmî ve edilletüh*, I-VIII, Dımaşk: Dârü'l-fikr, 1405/1985.
- Zühaylî, Vehbe, *Usûlü'l-fıkıh*, Trablus: Külliyyetü'd-da'veti'l-İslâmiyye, 1410/1990.
- Zühaylî, Vehbe, *Usûlü'l-fıkhi'l-İslâmî*, I-II, Dımaşk: Dârü'l-fikr, 1406/1986.
- Züheyr, M. Ebü'n-Nûr, *Usûlü'l-fıkıh*, Kahire: el-Mektebetü'l-Ezheriyye li't-türâs, 1412/1992.

An Oft-Repeated Fallacy in Writing and Teaching Islamic Legal Methodology and Its Significations: The Case of *Mafqūd*

Once the evidence of “*istiṣhāb*” (presumption of continuity), a matter widely discussed within *uṣūl al-fiqh* (the science that studies the sources of *al-fiqh* and the methods of deriving rulings from these sources; as well as the literature related to this science), is examined from an integrative perspective, it can be said that it is the expression of a chain of thoughts converging on the essential consideration “*al-yaqīn lā yazūl bi al-shakk*” (a certainty is not removed by doubt). The common aspect of this evidence echoed in Islamic jurisprudence might be verbalized as “to rule that a situation existing previously is continuing at present until the contrary is proven”; to put it succinctly, “to presume that what is remains in the same state as it was”. The article does not discuss types of presumption of continuity, nor the expansions of this main principle that appears in *Mecelle-i Ahkām-ı Adliyye* (article 4) and is, according to some authors of legal maxim works, one of the five universal maxims encompassing the whole of Islamic law. Instead, it draws attention to and deliberates on the significations of an oft-repeated fallacy exemplifying knowledge that has become almost axiomatic in the examination of the evidential value of “*istiṣhāb al-ḥāl*” (presumption of continuity of a legal status *quo ante*) which is generally presented as a type of presumption of continuity.

A methodological disagreement is formulated as, “according to the Hanafis, presumption of continuity is a valid proof for preserving (*daf‘*) existing rights depending on preexisting conditions, yet it is not valid for the-acquisition of new ones (*ithbāt*); whereas it is valid in both cases according to the Shāfi‘is”. One of the salient examples of this relates to the question of a person who has moved away from his hometown and whose vital status is unknown (*mafqūd*): Can he inherit property, and can his property be inherited? According to the information reiterated in numerous Hanafī works of *uṣūl al-fiqh*, recent textbooks of *uṣūl al-fiqh*, as well as modern scientific publications, for both the Hanafis and the Shāfi‘is, the property of the missing person –before the death of the missing person is certain or is declared by the court– cannot be divided among his heirs (presumption of continuity is a valid proof in *daf‘*); however, the two schools hold different positions on whether the missing person can inherit the property of his relatives who died within this period before the missing person’s vital status is clarified. According to the Shāfi‘is, the missing person can inherit from them (presumption of continuity is a valid proof in *ithbāt*, too), whereas the Hanafis maintain that the missing person cannot inherit from them (presumption of continuity is not a valid proof in *ithbāt*).

Our investigation concludes with the opinion that the widespread knowledge in the writings and teachings of *uṣūl al-fiqh* concerning the heirship of the missing person is an “oft-repeated fallacy” and observes that this fallacy, repeated for centuries, also persists in the present day. It is also emphasized that the second part of the formula “the missing person is deemed alive in respect to his own rights and dead in respect to the rights of others”, which became widespread in Hanafī works of *furū‘ al-fiqh* ([in short *al-fiqh*] the science that deals with a person’s duties

towards *Allah* and both dimensions of positive law, i.e. substantive law and procedural law; as well as the literature related to this science) after a certain period, is not a sound statement and might even have contributed to the intensification of the abovementioned oft-repeated fallacy.

In fact, it is observed that both Hanafî and Shâfi'î jurists (as a matter of fact, jurists of all four schools) exhibited sound reasoning ability dealing with the question of the heirship of the missing person; nearly all of them defended the opinion that the same ruling would not apply to both regular heirs and the missing person. They asserted, beginning with the probability that the missing person could be alive, that the missing person's share must be preserved/taken under protection until his status was clarified; moreover, they attached particular importance to the calculation of the highest share the missing person might receive pursuant to the present table of inheritors as required by the rulings of Islamic laws of inheritance. Therefore, there seems to be no essential disagreement among mentioned schools on the kernel of the issue. While it is stated that according to al-Shaf'î/the Shâfi'îs the missing person while missing can be an heir to his relatives, whereas according to the Hanafis he cannot be, our investigations make it possible to claim that the origin of this statement is a statement in al-Dabûsî's book titled *Taqwîm al-adilla*. However, his statement contains the expression "according to one/some of the Shâfi'î scholars" and not "according to al-Shaf'î" nor "according to the Shâfi'îs". Nonetheless, it is observed that after a certain period, some Hanafî works of *uṣûl al-fiqh* began to present this fallacious example to explain the abovementioned methodological disagreement.

The article classifies prominent Hanafî works on *uṣûl al-fiqh* after al-Sarakhsî under three categories: a) Those that preferred not to use the matter of heirship of the missing person as an example, b) those that used this example only to explain the Hanafî position, and c) those that gave space to this example in order to show both the Hanafî and Shâfi'î approaches comparatively.

Examining the Hanafî literature on *furû' al-fiqh*, it is observed that al-Shaybânî's (d. 189/805) narrative about this issue in *al-Aṣl*, the primary resource of the school, has not been generally reflected afterwards in its entirety. The statement, "the missing person cannot be heir to anybody who died while he was missing" that appeared first in al-Qudûrî's (d. 428/1037) *al-Mukhtaṣar*, has been effective in reinforcing of mentioned fallacy (that is, "the missing person could inherit from one's relatives according to the Shâfi'îs, whereas the missing person could not be an heir according to the Hanafîs") which is clearly reiterated in some later Hanafî books on *uṣûl al-fiqh*. In addition to that, the widely circulated formula in Hanafî works on *furû' al-fiqh* that "the missing person (...) is deemed dead in respect to others' rights" also contributed to the circulation of this fallacy.

Some authors, taking notice of that the statements regarding the missing person –he cannot be an heir to anybody and is deemed dead in respect to others' rights– are inconsistent with the ruling applied in this matter, provided reasonable explanations for this inconsistency. However, recently written textbooks and numerous research texts concerning the issue have failed to take notice of these explanations

and continue to use this formula as a symbolic example of the methodological disagreement among the Hanafis and the Shāfi'is.

As far as we can see, Shāfi'ī works on *uṣūl al-fiqh* and *furū' al-fiqh* neither state that the missing person can be an heir, nor that there exists a methodological disagreement between themselves and the Hanafis. On the contrary, principal Hanafī and Shāfi'ī sources on *furū' al-fiqh* (particularly al-Shaybānī's [d. 189/805] *al-Aṣl*) determine that "the missing person is not known to be alive or dead" and his shares is taken under protection until his status is clarified", which means that the two schools do not differ from each other in their approaches. Although this is obvious, it is observed that a fictitious methodological disagreement has been produced as if there was a disagreement in *furū' al-fiqh*, which has led to the oft-repeated fallacy: "The missing person cannot be an heir according to the Hanafis but can be one according to the Shāfi'is". This fallacy has survived for centuries and still persists today.

Conversely, it is established that numerous scholars of *uṣūl al-fiqh* refrain from repeating this example. Interestingly, Ibn Nujaym, who repeats this fallacy in his various works, cites in his *The Treatise on Istiṣhāb*, Ibn Humām's statement –the one he follows– "the missing person is an heir according to Shāfi'is, but not according to us", and then he states that this is a "sahw" (an overlooked mistake). Afterwards Ibn Nujaym provides the explanation, "the ruling transmitted by both schools is that the missing person's share will be preserved". Still, among those who are cognizant of this warning, which could fulfill a significant function in correcting the oft-repeated fallacy in question, none of them –as far as we know– exhibited a particular interest in it or attempted to disrupt the faulty knowledge transfer with a critical perspective in the light of the abovementioned analysis.

The article ends by dealing with some problems of method suggested by the above-mentioned findings and their negative impacts on the development of legal thought. It draws attention especially to the disadvantages of regarding established knowledge reiterated in the works of *uṣūl al-fiqh* as data distilled through centuries without exhibiting any hesitation about their reliability and of neglecting works of *furū' al-fiqh*. It points out that the rulings of *furū' al-fiqh* appear in these works merely as examples, that is to say, the intention here is not to teach the ruling of *furū' al-fiqh*, but to explain the relevant methodological principle. Meanwhile, it shows that numerous authors, probably under the influence of the repetition for centuries, cite those passages of works where presumption of continuity and the missing person are mentioned and presume that this knowledge is contained in the relevant passages, even though the supposed knowledge does not exist in the works of *uṣūl al-fiqh* they cite. In addition, the article underlines the significance of a critical approach and conceptual refinement in writing and teaching *al-fiqh*, and the necessity of encouraging analytical thought and prioritizing theories of *al-fiqh* instead of making students memorize rulings of legal events.

Keywords: *mafqud*, *istiṣhāb*, *daf'*, *ithbāt*, inheritance, heir, inheritor, *uṣūl al-fiqh*, *furū' al-fiqh*.

