

İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA VASIYETİN İSBATI

Dr. Ekrem Buğra Ekinci

Giriş

İslam hukukunda vasiyet îcap ve kabul ile in'ikad eden, dolayısıyla resmî şekil şartı aranmayan bir akittir. Bir nizâ söz konusu olduğunda ve gerektiği durumlarda usulüne uygun iki şâhidin şâhitlikleriyle vasiyetin varlığını ispat etmek mümkündür²¹². Ancak uygulamada genellikle vasiyetlerin yazılı olarak düzenlendiği veya mahkemeye başvurularak yazılı hale getirildiği, bir başka tabirle hüccete iktiran ettirildiği görülmektedir. Vasiyetle ilgili davâlara Osmanlı Devletinin sonuna kadar şer'î mahkemeler bakmıştır²¹³.

I. Vasiyetin Şifahî (Sözlü) İsbatı

A. Ş'ifahî İsbatın Arandığı Haller

Birbirine uygun îcap ve kabul beyanlarıyla kurulmuş bulunan bir vasiyet akdi, diğer sıhhat şartları da varsa, hiçbir resmî şekil aranmaksızın geçerli sayılır. Bu sebeple musînin ölümüyle musâleh, vasî veya vârislere vasiyetin yerine getirilmesi için mürâcaat eder. Vasî veya vârisler kendi rızâlarıyla vasiyeti yerine getirebilecekleri gibi vasiyetin varlığına yahut da geçerliliğine itirazda bulunarak, talep sahibine bir isbat külfeti yükleyebilirler. Bu durumda, yani vasî veya vârislerin vasiyeti yerine getirmeyip müsâbihi teslimden kaçınmaları durumunda musâleh, iki müslüman ve âdil şâhit göstererek, yani işhâd ederek vasiyetin varlığını ve sıhhatini isbatlayacaktır. Gösterilen bu şâhitler hakkında tabiatıyla genel şâhitlik hükümleri, muhakeme usulü bakımından ise şer'î muhakeme usulü uygulanacaktır.

²¹² Günümüzde şifahî (sözlü) vasiyetin geçerliliği belirli bir kaç duruma inhisar ettirilmiş ve yazılı şekil şartı esası getirilmiştir. Şakir Berki: "Kur'an'da Miras Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:38, S:1-4, Y:1981, s:79.

²¹³ Nitekim Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında çıkarılan ve mahkemeler arası görev sınırını belirleyen 1305/1887, 1327/1909 ve 1332/1914 tarihli nizamnâmeler ile 1336/1917 tarihli Usul-ü Muhakeme-i Şer'iyye Karamâmesi'nin 7. maddesinin 3. fıkrasında da ifâde edildiği üzere, vasiyete dâir da'vâlar şer'î mahkemelerde görülüp sonuçlandırılırdı.

Nitekim bu hususa işâret eden bazı âyetler vardır. Burada vasiyeti isbat için âdil iki şâhit getirilmesi, eğer seferde, yani yolculukta olup da buna imkân bulunmazsa yabancı ("sizden olmayan") iki şâhit de tutulabileceği hususu yer almaktadır, bunların doğruluğundan şüpheye düşülürse ve musînin mallarının tamamını teslim ettiklerine dâir yemin verdirilir, sonradan âdil olmadıkları anlaşılırsa yerlerine musînin yakınlarından başka iki şâhit ikâme olunur, bunlar da yemin ederler²¹⁴.

Bu âyetin tefsiri ve konuya delâleti üzerinde hukukçular ihtilafıdır. Bir defa vasiyetin isbatı usulüne uygun iki şâhidin şâhidliği ile olur, bunda ihtilaf yoktur. Kaldı ki başka âyetlerde de buna delâlet eden hükümler vardır. Buradaki yabancı tabirini "başka kabileden" şeklinde anlayan Zührî, İkrime gibi hukukçular varsa da "herhangi bir milletten gayrimüslim" olarak tefsir edenlerin verdiği ma'nâ makbul görülmüştür ki Abdullah b. Mes'ud, Ebu Musa, Şüreyh ve Katâde gibi âlimlerin düşüncesi budur²¹⁵.

Acaba müslümanların vasiyetine gayrimüslimlerin şâhitliği mümkün müdür? Burada hukukçulardan genellikle iki görüş naklolunmaktadır. Hanbelîlerin dışında kalan hukukçular, müslümanın vasiyetine Müslüman olmayanın şâhitlik yapamayacağına hükmetmişlerdir. Ancak Hanbelîler bu âyet hükmünce, yalnızca vasiyette ve zaruret durumunda (yani yolculukta ve müslüman şâhit yok ise) müslüman olmayanların şâhitliğini kabul etmişlerdir²¹⁶.

İbn Abbas, Ebu Musa'l-Eş'arî, Abdullah b. Kays gibi Eshâbdan, Sa'îd b. Cübeyr, Sa'îd b. Müseyyeb, Kâdî Şüreyh, Hasen-i Basrî, Yahya b. Ya'mer, Ube detir's- Selmanî, İbn Sırîn, İbrahim, Katâde, Süddî, Mücâhid ve İbn Cüreyc gibi Tâbi'inden hukukçular, bu âyet hükmünce yolculukta müslümanların vasiyetlerine zimmîlerin

²¹⁴ Mâide Suresi: 106, 107 ve 108. âyetler. Bir müslüman tâcir, iki hristiyan tâcir ile yolculuğa çıkmış ve yolda vasiyette bulunarak vefat etmiştir. Dönüşte bu vasiyet hususunda Hazret-i Peygamber önünde mürâfaa olunmuş, sözü geçen âyetlerin inmesi üzerine Hazret-i Peygamber bu ikisinin şâhitliklerini kabul etmiştir. Ebu Bekr Ahmed b. Aliyyü'r-Râzî el-Cessâs: Alikâmu'l-Kur'an, Tahkik: Muhammed es Sâdık Kamhâvî, Nşr: Dâni'I-mushaf Kâhire ty., IV/160; Ebu Abdullah Muhammed b. Ahmed elEnsârî el-Kartubî: el-Câmi'ul-Ahkâmu'l-Kur'an, Kâhire 1387/1967, VI/346-347; İmam Fahrü'r-Râzî: Tefsir-i Kebîr, Kâhire 1357/1938, XII/114.

²¹⁵ Cessâs, IV/160.

²¹⁶ İbn Kudâme el-Makdisî: el-Muğnî, Alemü'l-kütüb Beyrut, IX/182-183; Vehbe Zuhaylî: İslam Fıkhı Ansiklopedisi, İst. 1990, VIII/329.

şâhitliğini câiz görmüşler, ancak kendilerinden bu hükmün bâki veya mensuh, yani yürürlükte olup olmadığı hususunda açık bir söz gelmemişse de uygulamaya bakıldığında âyetin hükmünün yürürlükte olduğu görüşüne meylettikleri anlaşılmaktadır²¹⁷.

Zeyd b. Eslem, İbrahim en-Nehaî, İmam-ı A'zam, İmam Mâlik ve İmam Şâfi'î bu âyetin mensuh, yani yürürlükten kaldırılmış olduğunu düşünmektedir. Bu nesh, Hanefilere göre ancak müslümanlar için söz konusudur, zimmîler için hükmü halen yürürlükte. Diğer mezheplerde zimmîlerin birbirlerine de şâhitlikleri geçerli değildir²¹⁸. Gayrı-müslimlerin müslümanların vasiyetlerine şâhitlik edebilmelerini müm-kün görmeyenler, genellikle bu âyetin hükmünün, Kur'an-ı Kerim'in en son inen âyetlerinden bir başkasının hükmüyle nesh edildiğini, yani yürürlükten kaldırıldığını kabul etmektedir²¹⁹. Bu görüşte olanlar, nesh-olunan âyetteki gayrimüslim sözünden maksadın zimmîler olduğunu, İslamiyetin başlangıcında müslümanların sayıca azlığından dolayı za-rureten zimmîlerin bu hususta şâhitliklerinin kabul edildiğini, ancak sonradan bunun nesholunduğunu bildirmişlerdir²²⁰.

Ybn Ebi Leylâ, Evzâî, Sevrî, Ybn Meysere, Ebu Ubeydü'l-Kâsım b. Selâm gibi bu âyet hükmünün nesholunmadığı kabul eden hukuk-çular da vardır. Ahmed b. Hanbel de bunu tercih ederek yolculuktaki bir müslümanın kendi dininden kimse bulunmaması durumunda vasiyetine zimmî şâhit gösterebilmesine cevaz vermiştir. Bunlar, Mâide sûresinin, en son inen âyetleri içerdiğini söylemişlerdir²²¹. Halbuki neshi kabul edenlerin dayandığı Bekara sûresinin zikri geçen âyetlerinin son indirilen âyetlerden olduğu hususu daha doğrudur. Maide sûresinin ise tamamı değil, belki birkaç

²¹⁷ Cessâs, IV/161; Kurtubî, VI/349-350. Şa'bî nin nakline göre, yolculuktayken hastalanan bir müslüman, orada kendi dininden kimse bulunmadığı için riki gayrimüslim şâhit tutarak vasiyet etmiş, sonra da ölmüştü. Kufe kâdîsi Ebu Musa'l-Eş'arî önünde mürâfaa olduğunda "Bu iş Resulullah zamanında gerçekleşmiş ve bir daha da görülmemişti" diyerek gayrimüslimlerin şâhitliğini kabul etmiştir. Cessâs, IV/159.

²¹⁸ Kurtubî, VI/350-351.

²¹⁹ Bakara Suresi: 282. âyet (Müdâyene âyeti diye ünlüdür).

²²⁰ Kâdî Beydâvî: Envârü't-Tenzil ve Esranu't-Te'vil. Ýst. 1306. II/2-242-243; Peyhzade Muhammed b. Muslihüddin Mustafa el-Kocevî: Hâbiyetü Peyhzade alâ Tefsiri Kâdî Beydâvî. Ýst. 1306, II/242-243.

²²¹ Kurtubî VI/350-351. Hatta Kurtubî de bu görüştedir.

âyeti en son inen ayetlerdendir²²². Neshi kabul etmeyenlerden Zuhrî, İkrime gibi bazı hukukçular da, buradaki "sizden olmayan" tabirini başka kabile veya aileden kimse olarak tevil etmişler, bu sebeple neshi hükmetmeye hacet bulunmadığı²²³ bildirilmişlerdir.

Bazı hukukçular, neshi kabul etmeyenlerin görüşünü tercih yönünde birkaç dayanak ileri sürmektedir²²⁴. Buna göre bir defa, âyette hitab bütün müminlere olduğundan "sizden olmayan iki kişi" tabir-i müslümanlardan başkasına delâlet eder. Kaldı ki âyet hükmünün yolculukla kayıtlanması, burada müslümanların dâiminde kimselerin kasdolunduğunu gösterir, çünkü müslümanların şahitliği yolculuk dâiminde de geçerlidir. Şahitlere yemin ettirilmesi de bunu desteklemektedir. Ayrıca âyetin ruzul, yani iniş sebebi, hıristiyan dinine mensup iki kişinin, bir müslüman üzerine şahitliğidir. Öte yandan Hazret-i Peygamber'den sonra bu yolda uygulama gerçekleştirilmiş ve buna kimse itiraz etmediği için icma olmuştur²²⁵. Kaldı ki iş bir zaruret problemidir, yani yolculukta müslüman şahit bulunmadığı zaman gayrimüslimlerin şahitliği geçerli olmaktadır.

Yukarıda zikri geçen ayetlerde, bir de şüphe durumunda bu şahitlere namazdan sonra yemin verdirilmesi hususu geçmektedir. Prensipte itibariyle şahide yemin verdirilmez, yemin dâiminde münkere aittir. Burada da şahitler aynı zamanda dâiminde durumunda oldukları için kendilerine yemin verdirildiği bildirilmiştir. Söz konusu yeminin, âyetin ilk kısmında zikredilen müslüman şahitlere değil de, âyetin ikinci kısmında geçen gayrimüslim şahitlere verdirileceği anlaşılmaktadır²²⁶. Ancak buradan müslüman şahide yemin verdirilebileceği sonucunu çıkarmak da mümkündür, nitekim zamanla yalanın yayılması üzerine Hazret-i Ali'nin şahide de yemin verdirildiği görülmüştür²²⁷.

²²² Cessâs, IV/161.

²²³ Kurtubî, VI/350-351; Fâhru'r-Râzî, XII/115.

²²⁴ Fâhru'r-Râzî, XII / 115-116.

²²⁵ Ebu Musa'l Eb'arî'nin Kûfe kadısı iken verdiği ve yukarıda zikredilen hükme işaret olunmaktadır.

²²⁶ Kurtubî, VI/355-356; Cessâs.IV/165. Namazdan sonra yemin verdirilmesi hususu da çepitli tefsirlere tâbi tutulmuştur ve burada hâ-kim düşünce, bu namazın öyle veya ikinci namazı olduğudur. Hasen-i Basrî, o zaman Hicaz'da bu vakitte hükümet işlerinin görüldüğüne işaret etmektedir. Fâhru'r-Râzî, XII/117.

²²⁷ Elmalılı M. Hamdi Yazır: Hak Dini Kur'an Dili. İstanbul, 1992, III/357.

Yine bu âyetlerden ikincisinin hükmünce eğer vasiyete şahitlik edenlerin sonradan bu şahitliğe ehil, bir başka deyişle âdil olmadıkları geçerli bir delille anlaşılırsa, bu kez mûsîye hak sahibi olmak bakımından yakın bulunanlar onların yerine geçerek yemin ederler. Bunlar, da'vâcı durumundaki vârislerdir. Böylece başta aleyhlerine edilen yemin ile verilmiş hüküm, bunların yeminlerine göre düzeltilir²²⁸.

B. Şifahî İsbatın Yapılmadığı Durumlar

Müsâleh olduğu iddiasında bulunan kimse bu iddiasını veya mevcut bir vasiyetin geçerliliğini hukuken aranılan nitelikleri taşıyan iki şahit ile isbat edemez ise, bu durumda da'vâlıya (vasî veya vâris) hâkim tarafından da'vâcının isteği üzerine veya re'sen yemin verdirilir. Burada Mecelle'nin ilgili maddelerinde yazılı hususlar geçerli olur. Da'vâli yeminden nükûl ederse, yani kaçınırsa bu durum aleyhine delil oluşturur.

II.Vasiyetin Muharrer (Yazılı) İsbatı

Eski hukukumuzda akitler, tarafların birbirine uygun îcap ve kabulleriyle in'ikad ettiğinden, resmî ve yazılı şekil şartı aranmadığı yukarıda geçmişti. Ancak zamanın ilerlemesiyle şartların da değişmesi üzerine, kötü niyetli kimselerin yalan şahitlikte bulunmalarının artması, âdil şahitlere rastlanamaz olması gibi durumların ortaya çıkmasıyla insanlar vasiyet akdinin de resmî bir şekle bağlanması gereğini duymuşlardır. Bazı durumlarda da hükümetler mecburî olarak yazılı bir takım isbat şartları getirmişlerdir. Vasiyetin yazılı ispatı iki şekilde olmaktadır: Bunlardan biri vasiyetnâme, diğeri ise vasiyet hüccetidir.

A. Vasiyetin İhtivarî Yazılı İsbatı

I.Vasiyetnâme

²²⁸ Kurtubî, VI/358-359; Cessâs, IV/165-166. Bu âyet aym zamanda İslam hukukunda iâde-i muhakeme usulünün meşruluğuna da hukukî dayanak oluşturmaktadır. Elmalılı, III/358.

a.Vasiyetnâmenin İspat Vasıtası Olma Şartları

Vasiyetnâme, mûsînin vasiyet etmek istediği hususları kendi el yazısıyla (hatt-ı destiyle) kağıda geçirmesidir. Abdullah b. Ömer'in rivâyet ettiği "Malı olan bir kimsenin vasiyetini yazmadan iki gece geçirmesi bile uygun değildir" meâlindeki hadîs, yazılı vasiyetin cevazına delil oluşturur²²⁹. Bu vasiyetin isbat kudreti taşıyabilmesi için öncelikle mûsînin el yazısıyla düzenlenmesi şarttır. Bu, vasiyetnâmenin mûsîye âit olduğuna dâir bir karine oluşturur²³⁰. Nitekim bu bahiste üzerinde durulan husus vasiyetin ispatıdır, yoksa vasiyetin şekli sıhhatine dâir hususlar başka bir konudur. Mûsînin yazı yazmaktan da âciz olması halinde, eğer işi sağlama bağlamak istiyorsa, hâkime başvurarak şer'î hüccet alması gerekir.

El yazısı vasiyet sahih olmakla beraber Hanefilerde bunun isbatı için vasiyetin mündericâtına, yani içerdiği hususlara vâkıf iki şahit aranır. Mûsî vasiyeti yazıp sonra şahitlere okumadan "*şâhit olun*" dese, kendi bizzat yazmışsa, hatta vasiyetnâmeyi yazıp mühürledikten sonra buna şahitler tutsa Hanefilerin bir görüşüne göre câiz değildir²³¹. Ancak İmam Ebu Yusufun İmam-ı A'zam'dan rivâyetinde, bir kimsenin bizzat el yazısı vasiyette bulunup bunu kendilerine okumadığı kimseleri şahit tutması istisnânen câizdir, başkası yazmışsa değildir. Nitekim Ebu Nasru'd-Debûsî, hastalığında eliyle vasiyetini yazmış ve bunu okumadan şahitler tutmuştur²³².

Mâlikî mezhebine göre, mûsî el yazısıyla vasiyet hazırlayıp tenfiz edilmesi isteğini de bu metinde ifade etse, ama şahitler tutmasa bu vasiyet sonradan mûsinin rücu etmiş olabileceği ihtimaline binâen yerine getirilemez, halbuki vasiyeti okumadan "*bu benim vasiyetimdir*" diyerek şahitler tutsa bu muteberdir.²³³ Hatta Mâlikî

²²⁹ Zeynüddin Ahmed ez-Zebîdî: Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarih, Trc: Kâmil Miras, 8.b, Anlc. 1987; VIII/205.

²³⁰ Ömer Nasuhi Bilmen: Hukukî İslâmîyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, İst.1985, V/206.

²³¹ Hey'et: el-Fetâvâ'l-Hindiyye, Bulak 1310, VI/159. Nitekim Mecelle'nin 1736. maddesinde bu husus "*Yalnız hatt ve hatem ile amel olunmaz*", yani sadece yazı ve mühür geçerli kabul edilemez, şeklinde ifade edilmiştir.

²³² Fahrüddin Hasen b. Mensur b. Mahmud el-Üzcendî el-Ferğânî Kâdihân: Fetâvâ-yı Hâniyye, 2.b, Bulak 1310, (el-Fetâvâ'l-Hindiyye hâmişinde) III/493.

²³³ Ebu Abdullah eş-Şeyh Muhammed Ahmed Uleyş: Fethu'l-Aliyyi'l-Mâlik, Kâhire 1378/1958, II/368.

hukukçusu İbn Şu'be esasen hiç şâhit aramamaktadır. Mâlikîlerden, sonradan vasiyet mündericâtını bilmeyen şâhit tutmaya cevaz verenlerin delili şudur ki, Asım b. Ömer sefere giderken vasiyetini yazmış, mühürleyip buradakilerin kendi sözü olduğuna kardeşi Sâlim b. Ömer'i şâhit tutmuştur²³⁴. Nitekim bu, "*bu vasiyetnâmenin benden sahîh şekilde sâdir olduğuna Fâhit olun*" ma'nâsına gelmektedir (hikâyeten şahâdet), yoksa mündericâtına şâhit olun demek değildir, nitekim mündericâtında vasiyetin sıhhatine hâlel getiren başka bir husus varsa o takdirde vasiyet zaten yerine getirilemez, öte yandan bir kimse elyazısı vasiyetine şâhitler tutarak, bunlara belirli bir malını falana vasiyet ettiğini bildirirse, öldükten sonra o malı başkasına bıraktığı yazılı vasiyetinden anlaşılrsa, ikinci vasiyetin ilkinin neshettiği, yani yürürlükten kaldırdığı kabul olunur²³⁵. Ancak ünlü Mâlikî hukukçusu Molla Halil b. İshak el-Cündî nin Muhtasar adlı eserinde bildirdiği üzere, bu mezhep mensubu hukuk-çuların çoğuna göre, hiç şâhit tutmaksızın vasiyette bulunmak, mûsîn'in el yazısıyla da olsa yerine getirilemez, çünkü mûsîn'in bundan rücu etmiş olma ihtimali vardır²³⁶.

Hasen-i Basrî, Ebu Kılâbe ve Ebu Sevr gibi hukukçular ile Şâfi'îlerde çoğunluğun görüşüne göre, mûsî konuşmaya muktedir iken yazıyla vasiyette bulunup bu vasiyetin mündericâtını bilmeyen şâhitler tutsa vasiyetin in'ikad etmeyeceği hususu kaynaklarda yer almaktadır. Ancak şâfi'îlerden Mervezî in'ikad edeceği görüşündedir, çünkü Abdullah b. Ömer hadîsinde vasiyetin yazılmasından sözedilmektedir, şâhitlerden bahis yoktur²³⁷. Esasen şâhit vasiyetin in'ikad veya icabın sıhhat şartı olmayıp ancak bir isbat şartıdır. Bu sebeple buradaki "in'ikad etmez" sözünü "isbat edilemez" anlamında almak yerindedir, yoksa şâhidsiz vasiyet sahihtir, nikâh akdi dışında bütün akitler de böyledir.

Ahmed b. Hanbel'den gelen bir görüşe göre, el yazısı vasiyete itibar olunmaz, mühürlenmiş bir vasiyete de şâhit gösterilemez, meğer ki onlar vasiyetnâmenin mündericâtını mûsîden duymuş veya onlara

²³⁴ Muhammed Ebu Zehre: Şerhu Kanuni'l-Vasiyye, Kâhire 1398/1978, II; Mahmud Ali Ahmed İbrâhim: el-Vasiyye ve Ahkâmuha, Kâhire 1410/1990, 57.

²³⁵ Ebu Abdullah Muhammed b. Yusuf el-Mevvâk: et-Tâc ve'l-İklîl Şerhi Muhtasarı Halîl, Beyrut 1416/1995, VIII/552-553; İbrâhim, 58-59.

²³⁶ Mevvak, VIII/551-552; Uleyş, II/368.

²³⁷ Muhammed eş-Şirbînî: Muğni'l-Muhtâc, Kâhire 1377/1958, III/53; Abdülhamîd eş-Şirvânî: Hâşiyetü Şirvânî alâ Tılfeti'l-Muhtâc, Kâhire 1315; VII/36.

okunmuş olsun. Ancak Hanbelîlerin ünlü hukukçusu Hirakî'ye göre, mûsî vasiyeti yazar, ricuu bilinmez veya birisi vefat eder, yazılı vasiyeti bulunur, şâhit yoktur, ancak yazısı meşhur ve bilinen bir yazıdır, bu takdirde vasiyeti isbat yönünden geçerlidir. Hirakî'nin yanısıra, ileri gelen hukukçulardan Abdülmelîk b. Ya'lâ, Mekhûl, Numeyr b. İbrâhim, Leys, Evzâ'î, Muhammed b. Mesleme, Ebu Ubeyd ve İshak ile Mâlikîlerden İbn Şu'be, Şâfi'îlerden Mervezî ve Abbâdî de bu görüştedir. Bunun delili Hazret-i Peygamber ve halellerinin uygulamalarıdır. Nitekim Hazret-i Peygamber, emîrlere, âmillere, yani görevlendirdiği kimselere emir ve sünnetlerini mektup yazarak bildirir, Hulefâ-yı Râşidîn de böyle yapardı. Kaldı ki, Abdullah b. Ömer hadisinde yazılı vasiyetten bahsedilmektedir, şâhitten değil. Aynı zamanda Tâbi'inden büyük bir hukukçu olan Halife Abdümelik b. Mervan da Ömer b. Abdülaziz'i şâhitsiz ve mühürlü vasiyet ile istihlaf etmiş, yani öldükten sonra yerine geçirmiştir. Şu kadar ki, Hanbelî mezhebinde vasiyetini yazıp buna şâhitler tutmak müstehab ve ihtiyatlıdır²³⁸. Yine bu mezhepteki bir görüşe göre, mûsînin vasiyeti bizzat yazması da gerekmez, bir başkası yazıp mûsîye okusa ve o da imzalarsa yeterlidir²³⁹. Mısır Vasiyet Kanunu da bunu kabul etmiştir.

Sonuç itibariyle, mûsî vasiyet yazıp vefat etmiş ve yazısı da bilinen bir yazıysa (yani ondan sâdir olduğu sâbitse) Hanefî ve Şâfi'îlerin çoğunluğu ile Hanbelîlerin bir kısmı şâhitlerin bunun mündericatını bilmesini ararken, Mâlikîlerin çoğunluğu şâhit aramakla beraber bunların elyazısı vasiyetin mündericatına vâkîf olmalarını şart koşmamışlardır, Hanefîlerde de bu yolda görüşler vardır. Mâlikî, Şâfi'î ve Hanbelîlerin el yazısı vasiyeti geçerli tutan bir kısmı ise vasiyet mûsî tarafından mühürlenmişse şâhit aramamaktadırlar²⁴⁰.

b.Vasiyetnâmenin Unsurları

²³⁸ Şirbînî, VI/191; İbn Kudâme, VI/69-70; Ebu Zehre, 12; İbrâhim, 57.

²³⁹ İbrâhim, 61.

²⁴⁰ Abdülvehhab Şa'rânî: Mizanü'l Kübrâ, Trc: A. Faruk Meyan, İst.1980, II/531.

Vasiyetnâmelere genellikle şer'î hüccetlerde olduğu gibi Allah'a hamd ve Hazreti Peygambere medh ve senâ ifadeleriyle ve ölümün hakikat ve mukadderliğine dâir sözlerle başlanır. Vasiyetnâmede bulunması gereken diğer hususlar şunlardır²⁴¹ :

Mûsînin ismi, babasının ismi, künyesi ve ikâmetgâhının mahalli; terikenin üçte biriyle kime, nereye ve hangi şekilde vasiyette bulunduğu; vasiyeti tenfiz edecek bir vasî nasb ve tayin olunup bu vazifeyi kabul ettiğine dâir ibâre (vasiyette bu husus yer almıyorsa ya da nasb ve tayin olunan vasi bu vasiyetleri yerine getirmekten âciz ise hâkim bir vasi nasb ve tayin edeceğinden bu hususun vasiyette bulunmamasının tasarrufun geçerliliğine halel getirmeyeceği düşünülebilir); vasiyetin düzenlenme tarihiyle şâhitlerin isim, künye ve ikâmetgâh mahalleri.

Ölümü müteakip techiz, tekfin ve tedfin, yani cenaze ile ilgili masraflar aynılıp hemen ardından musînin borçları ödeneceği için bu hususların vasiyetnâmede yer alması mecburiyeti yoksa da uygulamada bunlar zikredilmiştir. Artan malların vârisler arasında nasıl taksim olunacağı da pratikte vasiyetnâmelerde yer almıştır.

2.Vasiyet Hücceti

Musî, yazılı vasiyette bulunma yoluna gitmemişse veya yazı yazmaya muktedir değilse ya da vasiyetin yerine getirilmesini güvence altına almak istiyorsa, şer'î mahkemeye başvurarak vasiyet hücceti düzenletirir. El yazısı vasiyetlerde pekçok sahtekârlık yapmanın mümkün ve kolay olduğu göz önüne alınırsa, bunun daha emin ve doğru bir yol oluşturduğu ortadadır.

Mahkemelerin nizâsız yargı sonucu verdiği ve hâkimin hükmünü içermeyen, bir başka deyişle mahkemenin hâkimlik değil de kâtib-i adillik (noterlik) sıfatının bir ürünü olan belgelere hüccet denilmektedir. Hüccetlerin bir nüshası şer'î mahkeme sicillerine kaydolunduğu için evrakta sahtekârlık ve kaybolma ihtimalini de ortadan kaldırırdı. Vasiyet hüccetinden Osmanlı Devleti zamanında yirmisi kâdi ve beşi de kâtibler için olmak üzere yirmibeş akçe resm-i kitâbet tahsil olundu²⁴². 4 Cemâzilevvel 1296/26.IV. 1879 tarihli Bilâ-beyyine Mazmunuyla Amel ve Hükm Câiz Olabilecek Surette

²⁴¹ Yakub b. Seyyid Ali: Mefâtihu'l-Cinân Şerhu Şirati'l-İslam, İst.1288, 560-561.

Senedât-ı Şer'iyenin Tanzimine Dâir Ta'limat mucibince vasiyet hüccetleri, vasiyete dâir da'vâlarda kesin delil niteliği taşır ve artık başkaca şâhit aranmazdı²⁴³.

Vasiyet hüccetinde vasiyetnâmede de olduğu gibi genellikle örnek bir metin vardır. Osmanlı Devleti'nde hukuk sisteminin tekâmülü ile son zamanlarda yetenekli kimselerin sakk ismi verilen örnek şer'î mahkeme i'lam ve hüccetlerini bir araya getirmesiyle, hâkiznlerin gereğinde bunlara göre kolayca i'lam ve hüccetleri kaleme aldirmalarına imkân doğurmuştur²⁴⁴.

Bir vasiyet hüccetinde şu hususların bulunması âdet halini almıştır: Vasiyette bulunan kişinin ismi, babasının ismi, varsa künye, meslek ve lakabı; vefatı müteakip techiz, tekfin ve tedfin masraflarının yapılması ve alacaklıların isimleri beyan edilerek borçların tediyeye olunması, yani ödenmesi talebi; terikenin üçte birinden çok olmamak üzere kime, nereye ve ne şekilde vasiyette bulunulduğu; artan malların vârisler arasında taksimi keyfiyeti; vasiyeti tenfiz memuru (vasî) nasb ve tayin olunan kimsenin ismi, künyesi, ikâmetgâh mahalli ile bu görevi kabul ettiğine dâir bilgi; vasiyet hüccetinin düzenlenme tarihi; düzenleme sırasında hâzır bulunan ve hukuken aranılan nitelikleri taşıdıkları hukuken sâbit olan şâhitlerin isimleri, künyeleri ve ikâmetgâh mahalleri.

B. Vasiyetin Mecburî Yazılı İsbatı

Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında, vasiyet konusu olan gayrimenkullerin intikali hususunda, menkuller için cârî olmayan bir usul konulmuştur. 6 Receb 1292/3.VIII/1875 tarihli bir nizamnâmenin 17. maddesi gereği hibe ve vasiyet yoluyla intikali istenen emlâk için ilam-ı şer'î (hüccet) aranılması esası getirilmiştir. Ancak buradaki hükümler 7 Safer 1278/B.VIII.1861 tarihli hıristiyan terikeleri hakkındaki emirnâme-i sâmideki²⁴⁵ hükümlerle çelişki doğurmuştur.

²⁴² Tevki'î Abdurrahman Paşa Kanunnâmesi, Millî Tetebbu'lar Mecmuası, İst.1331, I/541.

²⁴³ Düstur, I/4/79-84. Ayrıca 1336/1917 tarihli Usul-ü Muhakeme-i Şer'iyye Kararnâmesi'nin 25. maddesine göre senede müstenid da'vâlarda şâhid dinlenmez.

²⁴⁴ İsmail Hakkı Uzunçarşılı: Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı, 3.b, Ank. 1988,116-117.

²⁴⁵ Düstur I/1/298-300.

Bunun üzerine Defter-i Hâkânî Nezâreti'nden gönderilen tezkire ve Mahkeme-i Temyiz Hukuk Dâiresi ile Mecelle Cemiyeti'nden gönderilen müzekkereler Şurâyı Devlet'e hâvâle edilerek Adliye Nezâreti'nin 14 Rebiulevvel 1295/7 Mart 1294/19.III.1878 tarihinde yayınladığı bir mazbatada bu husus açıklığa kavuşturulmuştur²⁴⁶. Burada resmî şekil şartının, hîle ve fesad doğmasına engel olma maksadıyla arandığı açıklanmıştır. Şayet gayrimenkul, lonca odası senedi, köy ve mahalle ihtiyar meclisi ilmühaberi gibi bir belgeyle musînin vefatında musâlehin elinde ise, muamele-i nizâmiye bu vesikaya dayanarak yerine getirilecektir.

Buna benzer bir husus da 1947 tarihli Mısır Akar Kanunu'nun 9. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, gayrimenkullerde resmî tescil, mülkiyetin isbatı için gerekli görülmüştür. Halbuki menkuller için böyle bir şey söz konusu değildir²⁴⁷. İslam hukukuna aykırı olmayan bu uygulama, kazânın tahsisinin câiz olduğu prensibine dayanır²⁴⁸. Öte yandan akarda resmî tescil aranmasının Osmanlı hukukunun etkisiyle getirildiği açıktır. Kaldı ki, Mısır Vasiyet Kanunu da vasiyet ve bundan rücu da'vâlarının dinlenmesi için resmî belge veya tamamı musînin el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış vasiyetnâme ya da musî tarafından imzalanmış ve bu imzası onaylanmış vasiyetnâme ibrazını aramaktadır²⁴⁹.

Yine Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında, yabancı ülkelerdeki Osmanlı teb'asının vasiyetleri için de bir takım şekil şartlarının getirildiği görülmektedir. Bu husustaki hükümler 10 Safer 1301/29 Teşrinsani 1299/11.XII.1883 tarihli "Saltanat-ı Seniyye Şehbenderleri Tâlimat-nâmesi" nin ikinci kısmının yedinci faslında yer almaktadır²⁵⁰. Buna göre şehbenderler (konsoloslar), Osmanlı teb'asınca alenî veya hafî, yani açık veya gizli surette yapılan vasiyetnâmeleri kabul ederken, Osmanlı mevzuatını gözönünde tutacak, şifahî (sözlü) vasiyet bahis konusu ise tenfize teşebbüs etmeyip elçilik aracılığıyla durumu Hâriciye Nezâreti'ne beyan edecekler (86. bend), elyazısı vasiyetleri iki usulüne uygun şâhit huzurunda emânet suretiyle kabul edip bu hususta düzenlenecek zabtnâmeyi bizzat imzalayarak şâhitlere

²⁴⁶ Düstur I/4/371-372.

²⁴⁷ Ebu Zehre, 16.

²⁴⁸ Muhammed Mustafa Çelebi: Ahkâmu'l-Vesâyâ ve'l-Evkâf; 4.b, Beyrut 1402/1982, 32.

²⁴⁹ İbrâhim, 65-66.

²⁵⁰ Düstur, I/Zeyl 2/192 vd.

de imzalatacak (87 ve 88. bend), musî, düzenlettirdiği veya tevdi ettiği vasiyetnâme'yi geri almak isterse yine iki şahit huzurunda bir zabtnâme hazırlanacak (89. bend), ayrıca şehbenderler, kendilerine tevdi olunan veya bizzat düzenledikleri vasiyetlerin onaylı suretini Hâriciye Nezâreti'ne gönderecektir (90. bend).

C. Gayrimüslim Vasiyetlerinin İsbatı

Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde gayrimüslimlerin dâvâlarına şer'î mahkemeler bakmakta muhayyerdir. Şâfi'îlerde de bir görüş böyledir. Şâfi'îlerin diğer görüşüne göre ve Hanefilerde, zimmî ve müstemenlerin aralarındaki hukukî ihtilaflar, kural olarak şer'î mahkemeler önünde çözümlenir, ancak ahvâl-i şahsiyeye, yani şahıs, âile ve miras hukukuna ilişkin hususlarda kendi cemaat veya konsolosluk mahkemelerine de gidebilme hakkı verilebilir. Böyle bir imkân olduğu durumda bile, İmam-ı A'zam'a göre her iki tarafın rızâsıyla, İmameyn'e göre ise taraflardan birinin isteğiyle ihtilaf şer'î mahkemelere de götürülebilir²⁵¹. Osmanlı Devleti'nde Hanefi mezhebindeki bu ikinci içtihad uygulanmıştır. Yani gayrimüslimlere ahvâl-i şahsiyeye dâir da'vâlarını kendi cemaat mahkemelerine götürübilme, ayrıca isterlerse Osmanlı mahkemelerine de başvurabilme imkânı tanınmıştır²⁵². Öte yandan gayrimüslimlerin şer'î mahkemeye başvurabilmeleri hususunda ruhanî reislerinin iznine gerek yoktur, ancak Mâlikîlerde bir görüş bunun gerekli olduğu yönündedir²⁵³. Eğer zimmî ve müste'menler ahvâl-i şahsiyeye dâir da'vâlarda bile şer'î mahkemelere başvuruyu tercih etmişlerse İslam hukuku uygulanır, ancak buradaki hükümler müslümanlara uygulanan hükümlerden biraz farklıdır. Bir başka deyişle zimmî ve müste'menlerin vasiyetlerinin sahih olması için İslam hukukunun aradığı bazı şartlar vardır. Gayrimüslimler muamelat bakımından İslam hukukuna tâbi olduklarından, vasiyette âile hukukunda olduğu gibi geniş bir otonomi yoktur, nitekim şarab ve domuz eti gibi malları

²⁵¹ Abdülkerim Zeydan: Ahkâmü'z-Zimmiyyîn ve'l-Müste'menîn fi Dâri'l-İslam, Bağdad 1402/1982, 566-576; Ahmed Özel: İslam Hukukunda Ülke Kavramı, İst.1982, 203-208.

²⁵² Halil Cin/Ahmed Akgündüz: Türk Hukuk Tarihi, 3.b, İst. 1995, II/353; Gülnihal Bozkurt: Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Ank. 1989, 23; Bilal Eryılmaz: Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Teb'anın Yönetimi, İst. 1990, 41; M. Akif Aydın: Türk Hukuk Tarihi, 2.b, İst.1996,161-162.

²⁵³ Özel, 208.

vasiyete konu yapabilmelerine rağmen, üçte bire riâyet, vârise ve harbîlere vasiyet edememe mecburiyeti bunlar için de söz konusudur. Gerek şerî mahkemeler, gerekse cema'at mahkemeleri bu hususları gözönüne alacaktır²⁵⁴. Zaten cemaat mahkemelerinden verilen hükümlerin yerine getirilmeleri Osmanlı icra makamlarınca yapılmakta ve cemaat mahkemelerinin vasiyetin de dâhil olduğu bir takım kararlarına karşı Osmanlı mahkemeleri kanun yolu mercii olarak görev yapmaktadır²⁵⁵. Kısacası, İslam hukukuna aykırı hüküm içermeyen vasiyetnâmeler geçerli olup, bir vasiyetnâmenin geçerliliği metropolidhâne-nin ifadesiyle belirlenir²⁵⁶.

Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında gayrimüslim teb'a, vasiyetlerine İslam hukuku hükümlerinin uygulanması ve mahkemelerin İslam hukukundaki ferâiz hisselerine uymalarından dolayı şikâyetlerde bulunmuşlardır²⁵⁷. Yabancı devletlerin de müdahaleleri sonucu Osmanlı hükûmeti 11 Cemâzilâhir 1272/28.II.1856 tarihli Islahat Fermanı²⁵⁸ ile gayrimüslim teb'a arasındaki irsiyete dâir da'vâlara eğer taraflar isterlerse cemaat mahkemelerinde bakılacağını bildirmek gereğini duymuştur. Ancak bu fermana emlâke tasarruf hususunda aranan yükümlülük ve şartlar bakımından müslüman ve gayrimüslim teb'a arasında fark gözetilmeyeceği bildirilmiştir. Yine hıristiyan terikeleri hakkında 7 Safer 1278/B.VIII.IB61 tarihinde yayınlanan tahrirat-ı sâmiyye²⁵⁹ ile de şer'î mahkemelerin gayrimüslim teb'anın terikelerinin tahriri işine karışmayacağı, ancak müteveffânın vârislerinden birinin isteği varsa veya vârisler arasında müteveff'urun küçük çocuğu bulunuyorsa bu takdirde şer'î mahkeme tarafından terikenin tahrir edileceği ve küçük çocuğun haklarının kaybolmaması için mallarının emin velî veya vasîye teslim edilmesi hususu zikrolunmuştur. Bu tahrirat-ı sâmiyyede ayrıca şu da yer almaktadır: Bir gayrimüslim Osmanlı vatandaşının

²⁵⁴ İbrâhim el-Halebî: Mültekâ't-Ebhur, Kitâb-ı Mevkufât adıyla tre Mevkufâtî Mehmed Efendi, Derseâdet 1318, II/317; Zeydan, 496-497, 504-505.

²⁵⁵ Mehmed Şevkî: Ta'yin-i Mercî', 228-229. Nitekim Adliye Nezâreti'nin 4.IV.1299 ve 16.IV.1883 tarihli talimatıyla cemaat mahkemelerinin vasiyetnâmeye dâir verdikleri kararlara karşı umumî mahkemelerde itiraz imkânı getirilmiştir. Yorgaki/Şevket: Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye Kanun-u Muvakkati Şerhi, Kostantiniyye 1304, I/257.

²⁵⁶ Ahmet Reşit: Ekalliyetlerin Himayesi, İst.1933, 31.

²⁵⁷ Bozkurt 15-16.

²⁵⁸ Düstur I/1/7

²⁵⁹ Düstur, I/1/298-300.

sağlığında mensubu olduğu milletin muteber kişilerinden şahitler tutmak üzere malının üçte biriyle çeşitli cihetlere vasiyette bulunması ve vasiyetnâmesiyle mallarını vârisleri arasında taksim etmesi durumunda da bu vasiyetnâmenin geçerliliği sübut bulmuşsa, devlet bu terikelere taksim maksadıyla müdahale etmeyecektir. Burada vasiyet mevzuu gayrimenkuller arâzii mîriyye veya vakıf arâzi yahud musakkafattan ise özel kanunlarına uyulması gereği vardır.

Yine yukarıda da zikredildiği üzere 6 Receb 1292/3.VIII.1875 tarihli nizamnâmenin 17. maddesi gereği hibe ve vasiyet yoluyla intikali istenen emlak için i'lam-ı şer'î (hüccet) aranılması esası getirilmiş, ancak yukarıda da geçtiği üzere buradaki hükümler 7 Safer 1278/B.VIII.1861 tarihli hıristiyan terikeleri hakkındaki emirnâme-i sâmideki hükümlerle çelişki doğurunca, Adliye Nezâreti'nin 14 Rebiulevvel 1295/7 Mart 1294/19.III.1878 tarihinde yayınladığı bir mazbatayla²⁶⁰ vasiyet konusu gayrimenkul, lonca odası senedi, köy ve mahalle ihtiyar meclisi ilmühaberi gibi bir belgeyle musînin ölümünde musâlehin elinde ise, muamele-i nizâmiyenin bu belgeye göre yapılması hususu hükme bağlanmıştır.

Bu arada Bâbîâli, 13 Zilka'de 1292/29.XI.1875 tarihli Ferman-ı Adâlet²⁶¹ ile zimînîlerin vasiyetlerine karışılmayacağını, ancak istek olursa devletin himayesinin gündeme gelebileceğini teyiden i'lan etmiştir.

Müstemenler, hâiz oldukları adlî statü bakımından zimmî gibidir. Bunların İslam ülkesinde yapmış olduğu vasiyet, şekil itibariyle bulunduğu devletin hukukuna tâbidir²⁶². Dolayısıyla müste'menin kendi devletinin hukukuna göre sahih olmadığı halde, meselâ, vasiyetini eliyle veya başkasının marifetiyle yazsa ya da şifâhen birisine söylese ve bu da sübut bulsa yahud şer'î mahkemeden hüccet almış olsa bu vasiyeti sahihtir. Halbuki sözgelişi Fransız hukukuna göre vasiyet ya musînin eliyle yazılıp notere teslim edilmeli veya noter tarafından bizzat düzenlenip musî tarafından imzalanmalıdır. Bununla beraber müste'men kendi konsolosluğuna gidip vatandaşı olduğu devlet kanunlarının aradığı şekil şartlarına göre vasiyette de bulunabilir. Vasiyetinin esas itibariyle hangi hukuka tâbi olacağını

²⁶⁰ Düstur, I/4/371-372.

²⁶¹ Düstur, I/3/2.

²⁶² Alâüddin Ebu Bekr b. Mes'ud el-Kâsânî: Kitâbu Bedâ'iyi'u's-Sanâyi' fi Tertibi's-Şerâyi', Beyrut 1394/1974, VII/335.

müste'men musî bizzat belirlememişse, vatandaşı olduğu devlet hukuku uygulanır²⁶³.

Müste'menlerin menkullere dâir vasiyetlerinin esas bakımından tâbi olacağı hukuk, eğer kendileri tarafından bizzat belirlenmemişse zimmîlerinkinde olduğu gibi İslam hukukudur²⁶⁴. Gayrimenkuller bakımından ise, müste'menler esasen ilk zamanlar Osmanlı ülkesinde gayrimenkul iktisap ve tasarruf hakkını hâiz değildi. 1274/1858 tarihli Arâzi Kanunnâmesi, müslüman bile olsa yabancı devlet vatandaşlarının Osmanlı teb'asından arâzi temellüküne izin vermemiştir. Bu hak kendilerine ilk defa 1 Cemâzilevvel 1284/31.VIII.1B67 tarihli ecnebîlerin emlâk istimlâki hakkındaki kanun ile bahşolunmuştur²⁶⁵. Bu kanun gereğince yabancılar hukuken intikaline izin verilen emlâkı vasiyet edebilecektir (madde 4). Öte yandan yabancılar bu hususta Osmanlı teb'ası ile aynı hukukî yükümlülükleri hâiz olup, emlâke dâir bütün hukukî ihtilaflara iki taraf yabancı da olsa Osmanlı mahkemeleri bakacak, ancak burada milletlerarası anlaşmalarla yabancılar tanınmış muafiyetler mahkemece gözönüne alınacaktır (madde 2). 23 Temmuz 1291/1875 tarihli bir tezkire-i sâmiye ile de yabancılar tevârüs imkânı verildiği bildirilmiştir. Müste'menlerin vasiyetlerin serbestisine ise Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında gayrimenkuller bakımından bir istisnâ getirilmiştir. Buna göre müste'men Osmanlı ülkesindeki emlâkten sadece tamamına mâlik olduklarını vasiyet konusu yapabilir. Yoksa mutasarıfı bulunduğu mîrî arâzi ve icâreteynli vakıf arâzisi hakkında vasiyette bulunması İstimlâk-i Emlâk Kanunu'nun 4. maddesine göre mümkün görülmemektedir. Müste'men, memleket arâzisine dâhil bulunan emlâk-i sırfasını (tümüne mâlik bulunduğu gayrimenkulünü) bir başkasına vasiyet ettiğinde, Defter-i Hâkânî İdaresi, müslüman ve zimmî teb'adan sâdir vasiyetlerde olduğu gibi bu vasiyetnâmenin şer'î mahkemece tasdikini aramamaktadır. Zira Şurâ-yı Devlet, bir kararında müste'menin kendi konsolosluğunca tanzim ve tasdik edilmiş bulunan vasiyetnâmesinin hukuken geçerli olduğunu açıklamıştır. Bununla birlikte Defter-i Hâkânî İdaresi, bu vasiyetnâme mündericatında hukuka aykırı bir durum yoksa muamele icrasına başlar, ama bu hususta bir tereddüt doğarsa İstanbul'da Defter-i

²⁶³ Halil Cemâleddin/Hırand Asador: Ecânibin Memâlik-i Osmaniyyede Hâiz Bulunduklan İmtiyâzat-ı Adliyye, Derseadet 1331, 230.

²⁶⁴ Zeydan 511.

²⁶⁵ Düstur, I/1/230-236

Hâkâmî İdaresi Müdürü, taşralarda ise Meclis-i İdare'nin fikri alındıktan sonra vasiyetnâme şer'î mahkemeye tevdi olunur²⁶⁶. Daha evvel de zikrolunduğu üzere, Adliye Nezâreti'nin 14 Rebiulevvel 1295/7 Mart 1294/19.III.1878 tarihli bir mazbatasıyla hibe ve vasiyet yoluyla terkolunacak emlâk hakkında muamele yapılabilmesi için şer'î mahkeme i'lamı aranması şartı, müste'menler bakımından da söz konusudur²⁶⁷.

1330/1914 tarihli "İmtiyazat-ı Ecnebiyenin İlgâsı Üzerine Ecârib Hakkında İcra Olunacak Muameleye Dâir Ta'limatnâme"nin 21. ve 22. maddelerinde, ecnebîlerin menkul mallara dâir vasiyetlerine kendi mahkemelerinin bakacağını ve mahallî hukuklarının uygulanacağını, buna karşılık gayrimenkul mallara dâir vasiyetlerinin Osmanlı şer'î mahkemelerin görev alanına gireceği ve İslam hukukunun uygulanacağı açıklanmıştır²⁶⁸. Buna karşı çıkan Pellisier de Rausas, H. N. Chiha ve E. Salem gibi yabancı yazarlar, Osmanlı ülkesindeki yabancıların vasiyetnâmesi yok ise İslam hukuku, var veya bizzat İslam hukukunun uygulanmasını istememişse kendi şahsî hukukunun uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir²⁶⁹.

Gayrimüslimlerin vasiyetlerinin isbatında zimmî ve müste'menlerin vasiyetlerine zimmî şahit gösterilebilmesi Hanefilere göre câizdir, ancak müste'menlerin zimmî hakkındaki şahitliği kabul edilmemiştir. Yine gayrimüslimlerin şer'î mahkemeler önünde kendi dinlerine uygun şekilde yemin etmeleri geçerli sayılmıştır²⁷⁰.

Sonuç

İslam hukukunda vasiyet bir akit olduğundan tarafların karşılıklı birbirine uygun îcap ve kabul beyanıyla in'ikad eder, yani kurulur. Vasiyetin isbatı ise musînin sözle, yazıyla veya işâretle vâki olan îcabına iki şahidin şahitliği ile olur. Hatta bazı hukukçulara göre burada, diğer hukukî muamelelerin hilafına, müslümanların vasiyetlerine gayrimüslimlerin şahitlikleri bile kabul edilmiştir. Kaldı ki şahitlik vasiyetin in'ikad değil, isbat şartıdır. Şâhit olmasa da vasiyet

²⁶⁶ H. Cemâleddin/Asador, 232.

²⁶⁷ Düstur, 1/4/371-372.

²⁶⁸ Sicill-i Kavânin, IXISO4.

²⁶⁹ H. Cemâleddin/Asador, 235.

²⁷⁰ Zeydan, 577-586.

sahihtir, geçerlidir. Hatta yine bazı hukukçulara göre, vasiyet musinin el yazısıyla yazılmış, hatta başkası yazıp musî tarafından imzalanmış olsa bile şâhit aranmaksızın geçerlidir. Ancak zamanla bazı İslam hükümetleri, zamanın getirdiği zaruretler karşısında bir takım suistimallere engel olmak için gayrimenkuller hususunda yazılı şekil şartı getirmiştir. Vasiyetlerle ilgili da'vâlara Osmanlı Devleti'nde şer'î mahkemelerde bakılmıştır. Gayrimüslimlerin bu hususta adlî otonomileri vardır. Ancak isterlerse onlar da bu gibi da'vâlarını şer'î mahkemelere götürebilirler. Bunların vasiyetleri de şeklen İslam hukukuna tâbidir.

Görülüyor ki İslam hukuku hem vasiyetin in'ikadı için ağır formaliteler aramamış, hem de vasiyetin mümkün merteye geçerli tutulması prensibini getirmiştir. Batı hukuklarında *favor testamenti* adıyla bilinen bu prensip, Mecelle'nin "*kelâmın i'mâli ihmâlinden evlâdır*", yani bir sözün herhangi bir ma'nâyâ yorulması, ihmal edilmesinden daha iyidir, şeklindeki 60. maddesi hükmüne uygundur.

EKLER: Şer'î mâhkemelerden verilmiş vasiyyet hücceti örnekleri

I.Vasiyy nasbını hâvî vasiyet hücceti örneği

Mahmiyye-i İslambol'da Gedikpaşa kurbünde fûlan mahallesi ahâlisinden bezzâz Osman Efendi ibn felan bin filan meclis-i şer'-i enverde işbu bâisü'l-kitâb zenneci Ahmed Ağa ibn felan mahzarında ikrar ve takrir-i kelâm idüb ben biemrillahi teâlâ vefat eylediğimde cemi' terikem ve zimem-i nâsda olan hukukum ahz u kabz olunub evvelen kadr-i mâ ruf meblağ ile levâzım-ı techiz ü tekfinim görülüb sâniyen düyun-u müsbitem zuhr ider ise bâ de'l-edâ bâki kalan terikemin sülüsü bilifraz sülüs-ü mezkurun şu kadar guruşu ıskât-ı salât ve keffâret-i savm ve vemin ve nezurat-ı sâirem için vech-i şer'î üzre bâ de'd-devr fukarâ-yı müslimine virile ve şu kadar guruşu ile helva ve lokma tabh olunub it'am oluna ve şu kadar guruşu ile kabrim tâ mir ve termim oluna ve sülüs-ü mezkurdan her ne fazla kalur ise vasiy-yi muhtarım re'yiyle vücuh-u birr ve hayra harc ve sarf oluna deyu vasiyyet ve tenfizine mezbur Ahmed .-şğâ yı vasiy-yi muhtar nasb ve tâ yin eyledim dedikde ol dahi ber-vech-i muharrer vasiyyet-i merkumayı kabul ve hizmet-i lâzimesini kemâ yenbağiy edâya

taahhüd ve iltizam itmegin ma vâki' bi't-taleb kütüb imlâ olundu."
Şavuşzâde M. Aziz: Dünü's-Sukuk, İstanbul 1288, II/247.

2. Cârîye âzâdını hâvi hayr cihetine yapılmış vasiyet hücceti örneği

"Hilâl-i sûturda mestur hususun mahallinde kütüb ve tahririçün cânib-i şer'-i kaviyyü'l- esasdan me'zunen irsâl olunan molla seyyid Muhammed Halîm Efendi mahmiyye-i İslambol'da Aksaray kurbünde Muradpaşa mahallesinde vâki' şerîfe hacce Enîse hanım ibnete molla el-merhum Muhammed Ganim efendi ibne'l-merhum el-mebrur Osman Efendi'nin menziline varub zeyl-i kitabda muharrerül-esâmi müslimî huzurlarında akd-i meclis-i şer'-i âli itdikde zât-ı müslimun-u mezkurun tâ rifleriyle mâ rufe olan mumâileyhâ serife hacce Enîse hanım meclis-i mâ kud-u mezkurda umdete'l-mevvâliyyü'l-izâuş zübdet'l-fudalâ-yı'l-kirâm sâbıkan Yenişehir Fenâr kâdisi faziletlü Kalyonîzâde es-seyyid Muhammed Emin efendi mahzarında bi-taşıhâ ikrâr ve takrir-i kelâm idüb işbu meclis-i mezkurda hâzıratdan yedimde mülküm olan zenciye Halîme'yi hasbetillah malımdan tahrir ve ı'tak ve kayd-ı rıkkdan âzâd ve itlâk idüb ve yine cârîye-i memlukem olan çerkesü'l-asl müslimetü'l-mille mâ lumetü'l-evsaf Mahnev nam sağıre dahi fevtimden beş gün mukaddem malımdan âzâd ola deyu tedbir-i mukayyed ile eylediğimden sonra ben bi-emrihâlık türâb-ı memâtı zâik ve li-zât müştehiyat-ı dünyâdan kat'-ı alâyık eylediğimde bi'l-cümle terikem ahz u kabz olunub zât-ı zevc olmamla vech-i mesnun üzre kadr-ı mâ ruf meblağ ile techîz ve tekfnim ve levâzım-ı defnim görüldükden sonra yorğanî Ahmed ağaya bi't-temessük cihet-i karz-ı şer'iden ikiyüz guruş ve Fâtıma nâm hâtuna dahi kezâlık bi't-temessük cihet-i karz-ı şer'iden ikiyüz gümüş ki cem'an deynim olan beşyüzelli guruş ile sâir düyun-u müsbitem zuhr ider ise bâ de'l-edâ terike-i bâkiyemin sülüsü ifraz olunub sülüs-ü mezkurdan ikiyüzelli guruş iskât-ı salât-ı fâitem ve keşşâret-i savm ve yeminim için ber-nehc-i şer'î bâ de'd-devr fukârâ-yı müslimîne tasadduk oluna ve sülüs-ü mezkurdan babam merhum mumâileyhin mu'tıkalarından zenciye Selîme hâtuna beşyüz guruş virile ve sülüs-ü mezkurdan her biri ellişer guruşdan mecmu u ikiyüz guruş hediyelek dört mışaf ı şerif alınub tilâvet-i Kur'an-ı azîmu ş-şâna kâdir müstehikkındân bir kimesneye virile ve sülüs-ü mezkurdan yüzelli guruş ile münâsib ve muhtac olan mahalde bir bi'r-i mâ hafr oluna ve

sülüs-ü mezkurdan Feyziyye medresesi bewâbı Ali Efendi'ye alâ vechi's-sıla elli guruş virile ve sülüs-ü mezkurdan he ne fazla bâki kalur ise re'y-i vasiy ile vücuh-u hayra harc ve sarf oluna ve sülûsan-ı terikem verese-i ma'lumama teslim oluna deyu vasiyyet ve vesâyâ-yı mezkuremi tenfize mumâileyh es-seyyid Muhammed Emin efendiye vasiy-yi muhtar nasb ve tâyin ve ihtiyar eylediğimde ol dahi kabul merâsimini kemâ yenbağiy edâya teahhüd ve edâya iltizâm eyledi didikde ğâbut-tasdik-i şer'î vâki' hali mlla-yı merkum mahallinde kütb ve tahrir ve mâ a meb'us ümenâ-yı şerle meclis-i şer'e gelüb alâ vuku ihî inhâ ve takrir itmegin mâ hüve'l-bâki bi't-taleb kütb olundu." Ziyâüddin Efendi: Sakk-ı Cedîd, İstanbul 1284, 448- 449.

3. Vasiyetten ücu'u, vasiyyi azli ve başkasını vasiy nasbını hâvi hüccet örneği

"Husus-u âtiyü'l-beyân mahallinde kütb ve tahririyün bi'l-iltimas kıbeli's-şeri'at-ı ğarrâdan irsâl olunan molla Yısu efendi mahmiyye-i İslambol'da Müftiali mahallesinde vâki' Halil efendi ibn Abdullah'ın menziline vanıb zeyl-i vesikada muharrerü'l-esâmi müslimîn huzurlannda akd-i meclis-i nebevî itdikde menzil-i mezkurda sâkine ve zâtı fiilan ve felan tâ rıfleriyle mâ rufe olan bâisetü-hâzihi'l-vesika Hadice ibnete Abdullah mahzarında ikrar-ı tâm ve takrir-i kelâm idüb bundan akdem ben sülüm malımı vücuh-u hayrâta saifolunmak üzre bir kıt'a hüccet-i şer'iyye mantukunca vasiyyet ve tenfizine ğâibetü ani'l-meclis Zübeyde nâm hâtunu azl idüb müceddeden şöyle vasiyyet eyledim ki ben bi-emrillahi teâlâ vefat itdiğimde cem'i terikem ve zimem ve eyâdi-yi nâsda olan hukulım cem' ve tahsil ve ahz ve kabz olunub zât-ı zevc olmamla vech-i mesnun üzre kadr-ı mâ ruf u meblağ ile techîz ü tekfinim ve levâzım-ı defuim görölüb düyun-u müsbitem zuhr ider ise bâ de'l-edâ terike-yi bâkiyemin sülüsü ifraz ve sülüs-ü mezkurdan elli guruş iskât-ı salât-ı âitem ve keşaret-i savm ve yeminin için vech-i şer'î üzre bâ de'ddevr fukârâ-yı müslimîne tasadduk oluna ve sülüs-ü mezkurdan otuz guruş hediyyeli bir mîshaf ı şerîf alınub mahalle-i mezbure imamı Mustafa efendiye virile ve sülüs-ü mezkurdan yüz guruş ile münâsib ve muhtac olan mahalle bir bi'rr-i mâ hafr olunub ve sülüs-ü mezkurdan her ne fazla bâki kalur ise re'y-i vasiy ile vücuh-u hayra harc ve sarf oluna ve benim vâris ve vârisem olmayub benim için bi-mâ zâde ale's-sülüs vechi üzre vasiyyet şer'an câize olmağla sülüsân-ı terikemi dahi merkuma Hadice kadına

vasiyyet eyledim müsâlehâ olmak üzre bi-hükmi'l-vasiyye nefsiyçün ahz u kabz eyle deyüb vasiyyşt ve vesâyâ-yı mezkurem: tenfize merkume Hadice kadını vasiş,y-i muhtar nasb veş ihtiyar ve üzerine işbu hâzır bi'l-meclis merkume Hadice'nin hâlen zevci mezbur Halil efendiyi nâzır tâ yin eylediğimde anlar dahi ber-minvâl-i muharrer vesâyet ve nezâret-i merkumeyi kabul ve hizmet-i lâzımelerini vaktinde kemâ yenbağıy edâya teahhüd ve iltizam eylediler didikde ğâbü't-tasdiki'ş-şer'î vâki' hâli molla-yı mezbur mahallinde kütb ve tahrir ve mâ a-mürsel ümenâ-yı şer ile meclis-i şer'e gelüb alâ vuku ihi inhâ ve takrir itmegin mâ vâki' bi't-taleb kütb olundu. fı 19 Ramezan sene 1223." Ziyâüddin Efendi Sakk-ı Cedîd, 449-451.

4.Hıristiyan isbat-ı vesâyeti hücceti sureti

Medine-i Kayseriyye'de felan mahallesinde sâkin iken bundan akdem fevt olan devlet-i aliyye teb'asından ıum milletinden filan oğlu Yorgi veledd-i filanın verâseti zevce-i metrukesi Eleni bint filan ve liebeveyn er karındaşlan teb'a-yı merkumeden Nikola ve Aleksan'e münhasıra olduğu inde'ş-şer'i'l-enverde zâhir ve mütehakkık oldukdan sonra müteveâ-yı merkumun ber-vech-i âti vasiy-yi muhtan olduğunu iddia iden işbu bâisü'ssefer teb'a-yı merkumeden Kostandi veledd-i fiilan meclis-i şer-i hatîrde müteve â-yı merkumun terikesine bâ-verâse vaz ü yedleri mütehakkık olan merkumân Nikola ve Aleksane ve şahsı tâ rif i şer ile mâ rife olan merkuma Eleni muvâcehelerinde üzerlerine da'vâ ve takrır-i kelâm idüb müteveâ-yı merkum fiilan oğlu Yorgi veledd-i filan veledd-i felan sağlığıııda fevtinden üç sene mukaddem medine-i mezkureye tâbi' Germîr kayyesinde kâin teb'a-yı merkumeden ğâib anı l-meclis felanın menziline ben biemrillahi teâlâ fevt olduğumda cemi' terikem ve zimem-i nâsda olan hukukum ahz u kabz olunub kadr-ı mâ ruf u meblağ ile âyinimiz üzre masârif i hafrim görü:ılüb düyun-u müsbitem zuhr ider ise ba'de'l-edâ bâki kalan terikenin sülüsü ifrâz ve sülüs-ü mezkurdan şu kadar medine-yi mezkureye muzâfe Zencidere karyesinde vâki' fiilan keniseyi ve şu kadar guruş Cezâir-i Bahr-i Sefid'de Aynaroz adasında kâin felan kenisesi şu kadar guruş Deraliyye hâricinde kâin Balıklı kenisesi fıkârâlanına virile ve yine sülüs-ü mezkurdan şu kadar guruş harc ve sarfla mâru'l-beyân medine-i Kayseriyye'de felan mevzi'de vâki' mâ-i lezîz çeşmesi ta'mir ve termîm oluna ve sülüs-ü mezkurdan her ne fazla kalur ise vasiy-yi muhtarım re'yiyle millet-i merkuma fukârâları

beynlerinde tevzi' ve taksim olunub yedlerine virile deyu vasiyyet ve tenfizine muvâcehe-i hıristiyanda beni vasiy-yi muhtar nasb ve ta'yin eyledikde ben dahi vesâyet-i mezkureyi ba'de'l-kabul musırren alâ îsâihi merkurum Yorgi fevt olmağla verese-i merkurum Eleni ve ve Nikola ve Aleksane sual olunub murisleri müteveşa-yı merkurum terikesinin sülüsünü tenfiz ve vesâyâsiyçün ya ki teslime kıbel-i şey'den tenbih olunmak bi'l-vesâyâ muradımdır didikde ğabü's-sual anlar dahi cevablarında murisleri müteve â-yı merkurum terikesine bi'l-verâse vaz'ü-yedlerini ikrar lakin müddeî-yi merkurum maada müddeâsını inkâr itmeleriyle müddeî-yi merkurum Kostandi'den berminvâl-i muharrer müddeâsına mutâbık beyyine taleb olundukda teb'ayı merkurumadan filan veledd-i filan ve felan veledd-i filan li'ecliş-şahâde meclis-i şey'a hâzıran eserü'l-istişhad fi'l-hakika müteveflşâ-yı merkurum Yorgi veledd-i filan veledd-i filan sağlığında fevtinden üç sene mukaddem zikrolunan Germîr karyesinde kâin merkurum felanın menziline ben bi-emrillahi teâlâ fevt olduğumda cemi' terikem ve zimem-i nâsda olan hukukum ahz u kabz olunub kadr-ı mâ iuf u meblağ ile âyınimiz üzre masârif i hafrim göri.ilüb düyun-u müsbitem zuhr ider ise ba'de'l-edâ bâki kalan terikemin sülüsü ifrâz ve sülüs-ü mezkurdan şu kadar gunış Zencidere karyesinde vâki' felan kenisesi ve şu kadar gunış Aynaroz adasında kâin felan kenisesi ve şu kadar gunış Deraliyye hâricinde kâin Balıklı kenisesi fukârâlarına virile yine sülüs-ü mezkurdan şu kadar guruş harc ve sarfla medine-yi Kayseriyye'de filan mevzi'de vâki' mâ-i leziz çeşmesi tâ mir ve tennîm oluna ve sülüs-ü mezkurdan her ne fazla kalur ise vasiy-yi muhtarım re'yiyle millet-i merkuma fukârâlan beynlerinde tevzi' ve taksim oluna yedlerine virile deyu bizim muvâcehemizde vasiyyet ve tenfizine işbu müddeî-yi merkurum Kostandi'yi vasiy-yi muhtar nasb üşe ta'yir eylediğinde şî dahi biz bu hususa bircuh üzre şâhidlerit şahâdet dahi ideriz deyu her biri edâ-yı şahâdet-i şer'iyye eyledikde ğabü riâyet şerâiti l- kabul şahâdetleri hin-i kabulde vâkıa olmağın mucibiyle bâ de'l-hükm ve t-tenbih mâ vâki' bi't-taleb kütb olundu." Çavuşzâde M. Aziz, Dürru's-Sükük, İstanbul 1288, II/249-250.