

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt : XX



Yayın Komisyonu:

Prof. Dr. Necati ÖNER (*Dekan*)

Prof. Muhammed TANCİ

Doç. Dr. İsmail CERRAHOĞLU

Doç. Dr. Talât KOÇYİĞİT

Doç. Dr. Gültekin ORANSAY

Doç. Dr. Esat COŞAN

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt : XX



ANKARA ÜNİVERSİTESİ

İLAHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLAHİYAT FAKÜLTESİ
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt : XX



ANKARA ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ.ANKARA-1975

İ Ç İ N D E K İ L E R

	Sayfa
Muhsin BALAKBABALAR, <i>Ord. Prof, Hilmi Ziya Ülken</i>	V
Muhsin BALAKBABALAR, <i>Mehmet Karasan</i>	XXIII
Muhsin BALAKBABALAR, <i>İki Dost</i>	XXVI
<i>Prof. Muhammed B. Muhammed Tavit Et-Tancı</i>	XXVIII
<i>Dr. Ragıp İmamoğlu</i>	XXXI
<i>Prof. Dr. Neşet ÇAĞATAY, Arkadaşım Muhammet Tancî</i> ..	XXXIII
<i>Prof. Dr. İbrahim Agâh ÇUBUKÇU, İnkârcılıktan Doğan</i> <i>Bunalımlar</i>	1
<i>Prof. Dr. İbrahim Agâh ÇUBUKÇU, İslam'da Ahlâk Mese-</i> <i>lesi</i>	13
<i>Prof. Dr. Cavit SUNAR, Madde ve Ruh Hakkında Birkaç</i> <i>Söz</i>	21
<i>Prof. Dr. Şakir BERKİ, İslâm Hukukunun Ana Hatları .</i>	53
<i>Prof. Dr. Mubahat Türker KÜYEL, Değer ve Fârâbî</i>	71
<i>Doç. Dr. İsmail CERRAHOĞLU, Kur'anda İnsanın Yaratılış</i> <i>Sahnesinin Düşündürdükleri</i>	85
<i>Doç. Dr. İsmail CERRAHOĞLU, Ye'cüc-Me'cüc ve Türkler .</i>	97
<i>Doç. Dr. Süleyman ATEŞ, Kur'ân-ı Kerim'e Göre Evrim</i> <i>Teorisi</i>	127
<i>Doç. Dr. Süleyman ATEŞ, İmamiyye Şiasının Tefsir An-</i> <i>layışı</i>	147
<i>Dr. Mustafa FAYDA, El-Huzâ'î'nin Tahric'inin Neşredilme-</i> <i>yen Son Bölümü</i>	173

	Sayfa
Dr. İsmet KAYAOĞLU, <i>İslâm Ülkelerinin Yakın Tarihi</i> . . .	199
Dr. Ethem Ruhi FIĞLALI, <i>Hâriciliğin Doğuşuna Tesir Eden Bazı Sebepler</i>	219
Hüseyin AYDIN, <i>Niçin İslâm Felsefesi Vardır?</i>	249
Mustafa SABRÎ-Prof. Dr. Hüseyin ATAY, <i>Vahdet'ül-Vucud</i>	257
Prof. Dr. M. Yusuf MUSA, <i>Tâbî'ilerin Fıkıh Anlayışları</i> (Çeviren: Dr. Abdulkadir ŞENER).	275
Fauzi M. NAJJAR, <i>Fârâbi'nin Siyasi Felsefesi ve Şiilik</i> (Çeviren: Mehmet DAĞ)	293
Abdu'l-Fettâh Ebû GUDDE, <i>Halk'ı Kur'an Meselesi</i> (Çeviren Mücteba UĞUR).	307
Jean DELAY-Pierre PİCHOT, <i>Psikolojinin Tanımları. Metodları ve Komşu Disiplinlerle İlgileri</i> (Çeviren Erdoğan FIRAT).	323

İSLÂM HUKUKUNUN ANA HATLARI

Prof. Dr. ŞAKİR BERKİ

(III)

Hz. Peygamber “ya sünnet de yoksa” diye sorunca, içtihadımla hükmederim” cevabını vermiş, Cenabı Peygamber memnun ve mesrur olarak kıymetli hâkimi vazifesine uğurlamıştır.

Burada dikkat edilecek cihet şudur: Hz. Peygamber “sünnet yoksa, kendi başına hükmetme, bana müracaat et öyle karar ver” şeklinde îmada bile bulunmamıştır. Bulunmazdı da; zira vâkıalarla karşı karşıya olan hâkimlerdir ve çünkü içtihad içtihad ile nakzedilmez¹.

Kur’ânı kerim prensipleriyle mevcut hadislere aykırı olmadıkça her içtihad muhteremdir ve muteberdir. İcma dahi cumhurun içtihadıdır. Yani içtihadın bir nev’idir. İcma, Tevhidi içtihad gibi bağlayıcıdır; Tevhidi içtihadından (İctihadı Birleştirme kararından) farkı, bu sonucuda kararın ekseriyetle verilmesinin kâfi gelmesine rağmen, İcmada reyde mutlak ittifak şarttır. Binnetice meşhur hukukculardan biri icma konusu olan ihtilâ’fda muhalif kalsa, icma teşekkül etmez ve hâkimi bağlamaz. Halbuki bu gün içtihadı birleştirme kararı bir rey farkla alınsa, hâkim bağlıdır.

3- Roma hukuku köleliği red etmemiş, berdevam olması için ancak hukukî esaslara bağlayarak bir müessese haline getirmiştir. İslâmiyet doğduğu zaman kölelik bütün dünyada şebekeleşmiş, hattâ eski devirlerin ileri kavimleri, meselâ Yunan ve Roma devletinde kölelik meşrû sayılmış, ilgası cihetine gidilmemişti. Çünkü efendiler gibi Allahın kulu olan kölelerin emeğinden ziraatde ve inşaatda gerek devlet gerek zenginler ücretsiz olarak faydalanmışlar, onların alın teri sayesinde ziraatden vesair istihsalatdan kazandıklarıyla debdebe, ve refah içinde yaşamaya alışmışlardı.

1 Mamafih, müşkil meselelerde hâkimlerin gayriresmî olarak Hz. Peygamberi istişare etmelerine de hiç bir engel yoktu. Esasen tam isâbet etmek isteyen bir hâkim ve hukukcu, Resulü Ekrem hayatta iken müşkil meselelerde onunla istişareyi ihmal etmezdi.

İslâm dini bu çirkin müesseseyi her vesile ile bertaraf etmek için azâd müessesesine fazlasiyle önem vermiştir. İslâm dininin ve hukukunun ilk kaynağı olan Kur'anı Kerimde azâda dâir fazla ve çeşitli hükümler vardır. Keza aynı kitabda "köleler sizin din kardeşlerinizdir" mealindeki âyeti celiyle ile köleliğin meşrû bir müessese olmadığı, Allah indinde efendinin de, kölenin de eşit şahsiyete sahip olduğu sarahate yakın bir delâletle ilan edilmiştir. Hz. Muhammed de köleliğin meşrû olamayacağını, insanların tabîi hukuk bakımından eşit olduklarını, terekesinde bir tek köle bırakmamak ve hayatlarında onlara evlâddan ayrı muamele yapmayıp, kendisine evlâd gibi bağlayan şefkatle muamele ederek ifade eylemişlerdir.

Yüce peygamber bir hadisleriyle kölelerin Allahın kulu ve efendiler ile Allah huzurunda eşit olduklarını ne güzel ifade ediyor: "Kölelerinle birlikte yemek yeyiniz, unutmayınız ki o yemeği ve sofrayı size hazırlayan onlardır". Yirminci asrın sosyal medeniyet seviyesinde bile, değil köle durumunda olanlarla, hizmetcilerle dahi ayrı yemek yenildiği nâdir görülmeyen ahvaldendir.

4- Romada evlâd edinme vardı ve evlâtlık evlâd edinenin adını alır ve ona mirasçı olurdu.¹ Evlâd edinmenin bu neticeleri Türk Medenî Kanununda da kabul edilmiştir². İslâm hukukunda evlâd edinme bahsinde dâima Tebennîden bahsedilir; akdî evlâd edinmeye eserlerde temas olunmaz. Halbuki, Tebennî ana babası belli olmayan³ bir kimseyi diğeri tarafından hakikî ve meşrû çocuğu olarak nüfusuna kayd ettirmektir. Tebennin manası bundan ibarettir. Tebennî suretiyle başkasının nüfusuna kayıtlı çocuğun hakikî ana babası sâbit olursa, tebennî sakıt olur. İslâm hukuku akdî evlâd edinmeye de muhalif değildir; ancak bu evlâd edinmenin neticeleri kur'anı kerimdeki hükümlere aykırı olamaz: Ezcümle, evlâd edinilen kimse, evlâd edinenin soy adını alamaz⁴ ve ona

1 Bu hususda bakınız: Şakir Berkî, Roma Hukuku, Ankara, 1949. sa:

2 Türk M.K.Md:257; İsviçre M.K.Md:268. Ancak İsviçre Medenî kanununun evlâd edinmeye âit hükümleri tamamiyle değişmiş bulunmaktadır. Bu hususda 1974-1975 yılında tarafımızdan "İsviçre ve Türk Medenî kanunları arasındaki farklar" adıyla verilmiş olup, Hukuk Fakültesi tarafından yayınlanacak olan "Doktora İhtisas kur'u"na bakınız.

3 Tebennî suretiyle evlâd olacak olan kimsenin mutlaka öksüz ve yetim olması da gerekmez. Ana babası bulunabilir, lâkin tebennî beyanına kadar henüz meçhuldürler.

4 Zira Kur'anı kerimdeki Ahzab suresinin 6. âyetinde "oğul edindiklerinizi hakikî ana basının adıyla çağırınız, başkalarının çocukları sizin çocuğunuz olamaz" mealinde hüküm mevcuttur.

kanunen mirasçı olamaz¹. Mamafih bir şahsı mukavele ile evlâdlığa alan kimsenin tasarruf nisabının tamamında veya bir cüz'ünde evlathğa muayyen mal vasiyetinde bulunması mümkündür².

Bu günki hukuk sistemlerinde ve Türk Medenî kanununda ise mukavele ile evlâd edinilen kimse, evlâd edinenin meşrû fûruu imiş gibi mirasçı olur³. Bir kimse ölüp yalnız ölmeden bir gün evvel bir şahsı, hattâ yabancı tâbiyyetindeki bir kimseyi evlâd edinmiş olsa, ana babası da hayatta olup fakruzaruret ummanında yüzse, tereke bilfarz 100 milyon lira olsa, bu paranın hepsi evlâthğa âit olur, ölenin ana babası terekeden hiç bir şey alamaz. İslâm miras sisteminde böyle mantıkla ve nasafetle bağdaşmayan miras intikali yoktur⁴.

5- Romada çocukların müstakil mamelekleri yoktu. Pekül müessesesi ile nisbî ve mahdut bir mamelek tanınmıştı. İslâm hukukunda ferdî mülkiyet esas olduğundan, hattâ kundaktaki çocuğun mameleki mevcuddu ve ana baba zaruret olmadıkça çocuğun mallarında kendi menfaatleri için tasarrufda bulunmazlardı. Romada çocukların pekül haricindeki kazançları Pater familiasın, yani aile reisinin mülkiyetine intikal ederdi.

6- Roma hukukunda hür insanlar, hattâ roma vatandaşları iki sınıfa ayrılmakta idi: Alieni Jurisler, Sui Jurisler. İslâm hukukunda hür insanlar sınıflara ayrılmış değildi. Hepsi hukuk yönünden eşit idiler. Pater familias hâkimiyetinde olan çocuklardan gelinler alieni Juris idiler ki, mamelek hukukunda sui Jurislerden aşağı mevkide idiler.

7- Roma hukukunda hürlerle köleler arasında bir insan grubu daha vardı: Kolonlar. Bunlar bir arazî sahibinin toprağına bağlı ve orada çalışmaya mahkûm ve mecbur insanlardı. Her ne kadar sonraları kaldırılmış idi ise de, islâm hukuku doğuşundan itibaren bu müesseseyi kabul etmediği gibi, aileni Juris, sui Juris tefrikini de nazara almamıştır.

1 Çünkü kur'anı kerimde mirasçılar tahdidî şekilde tesbit edilmiş veya bunlar arasında evlâdlık namıyla başka bir kimsenin mirasçılığından bahis yoktur.

2 İslâm hukukunda tasarruf nisabı dâima terekenin üçte biridir ve mansup mirasçılık mevcut olmayıp ancak muayyen mal vasiyeti söz konusudur.

3 Türk. M.K.Md: 257.

4 Bu hususta teferruat ve izahat için "Eski ve yeni miras sistemleri arasındaki farklar" adlı incelememize bakınız: Ank.H.Fak. Dergisi, c.29, s. 3-4, s. 133-158.

8- Romada azâd müessesesi vardı; lâkin azatlı kimse tam hürriyete sahip olamazdı: kendisini azâd eden efendisine ve bunun mirasçılarına karşı ölünceye kadar bazı vazifeleri vardı ki, ¹ yapmak mecburiyetinde idi. İslâm hukukunda azad müessesesi azâd edilene tam hürriyet bahşederdi.

9- Romada evlenme "Matrimonium cum Manu" ve "Matrimonium sine manu" adlarıyla iki çeşitti ve hüküm ve neticeleri ayrı idi. Birinci evlenmede kadın, kocasının Manusu, yani hâkimiyeti altında girerdi. İslâm hukukunda evlenme bir çeşiddi ve iki şahid huzurunda ve tarafların karşılıklı rızasıyla teessüs ederdi. Hoca nikâhı, İmam nikâhı denilen evlenme bundan ibaretti. Evli kadın kocasının hâkimiyeti altına girmezdi ve onun gibi hukukî ehliyete ve mameleke sahipti. İslâm ülkelerinde evli kadınlara bazı cahil müslüman kocalar tarafından yapılan fena muamelelere bakılarak, islâm hukukunda da keyfiyetin böyle olduğuna hükmedenler varsa da, bu çok yanlıştır. Evlilik birliğinin müşterek saadeti için Cenabı Hak kuranı kerimde erkeklerin de kadınların da vazifelerini, hak ve mükellefiyetlerini en genel prensipler şeklinde ifade buyurmuş ve kadına kocasına karşı saygılı olmasını emretmiştir. Erkeklerin de karılarına haksızlık ve zulüm yapmaktan kaçınmaları gerek genel prensipler bakımından ihtar olunmuş, gerek islâm dininin ve hukukunun ikinci kudsî kaynağı olan Hadislerle muhtelif şekillerde tavsiye edilmiştir. Hele keyfi boşama gibi, Rabbin ve resûlünün hoşnut olmayacağı boşanmalara cevaz verilmemiştir. Talak selâsenin keyfi boşanmayı asla ifade edemeyeceği ve bunun manâsının haksız yere karısını üç defa boşamış olan erkeğin o kadına bir daha sahip olamayacağı ve bu suretle evli kadınların fevrî ve haksız boşamalara karşı siyanetinden ibarettir. Bu meselenin burada uzun boylu izahına imkân olmadığından bu kadarla yetiniyoruz.

10- Roma hukukunda da bidayetlerde çok kadınla evlenme kabul edilmişti. Avrupanın bitaraf Romacılarının eserleri dikkatle tetkik edilirse, keyfiyeti anlamak güç değildir.

İslâm hukukunda da çok kadınla evlenmeye cevaz verilmiştir. Ancak ilâhî tavsiye monogamik evlenme ile yetinmekten ibarettir. Filhakika, Kur'anı kerimde, çok kadınla evlenebilmek için her kadına her bakımdan âdil olmak şartı derpiş olunmaktadır. Cenabı Allah ne kadar

1 Bu hususda etüdde adı geçen Roma hukuku eserlerine bakınız

gayret etseniz birden ziyade kadına müsavî hareket edemezsiniz bu ise adaletsizliktir. Allah âdil olmayanı sevmez; bu adaletsizliği işlemekten korkarsınız tek kadınla yetininiz» mealinde tavsiyede bulunmakla monogamik sistemi tavsiye buyurmuşlardır¹.

Peygamber hanımları müstesna² sâir dul kadınlarla evlenmek câizdi.

Mümkün olabilen en kısa şekilde kayd edilen bu farklara daha bazıları ilâve etmek zor değildir. Meselâ muamelatda Roma hukukunda koyu, sürekli ve sert bir şekilciliğe mukabil islâm hukukunda şekilcilik yoktu. Sahih rıza mevcut oldukça konusu Kur'anın âmir hükümlerine³. Hadislere, ve edeb ve ahlâk esaslarına aykırı olmayan her akit sözlü olarak yapılabilirdi. Bazı çok önemli akitlerin ve muamelelerin yazılı şekle tâbi olması, beyyine bakımından idi.

Şu farklar göstermektedir ki, islâm hukuku Roma hukukundan mülhem olmamış, hukuk tarihinde nev'i şahsına münhasır müstakil bir hukuk sistemi olarak yer almıştır. Her iki hukukda da bazı müşterek müessese ve esasların mevcudiyeti iddiayı cerh etmek için dermeyeran olunamaz. Çünkü, hukukun bazı müessese ve kaideleri vardır ki, bütün beşerde müşterektir. Müşterek aklı selim ve müşterek ihtiyaçlar bu benzerliklere tabîi hukuk ve müşterek aklı selim icadından olarak yer vermiştir. Meselâ mümeyyiz olmayanların ve bilfarz delillerle henüz temyiz kudreti teşekkül etmemiş küçüklerin en ibtidaî hukuk sistemlerinde bile hukukî tasarruf ve akit ehliyetleri kabul edilmemiştir. Keza evlenme, boşanma, satış, trampa, hizmet akdi neticesinde ücrete istihkak gibi hususlar hiç bir hukuk sisteminde meçhul değildir. Çünkü bunlar müşterek aklın ve tabîi hukukun neticeleridir.

Ş.2- Şahıs hukuku.

İslâm hukukunda her kes Allahın kulu olması dolayısıyla şahısdı. İslâm dininin ve hukukunun ihdas etmediği Külleikle ilgili bazı istis-

1 Nisâ suresi, Âyet: 127.

2 Ahzab Suresi, Âyet: 6.

3 Kur'anı kerimdeki hükümlerin hepsi âmir değildir. Meselâ borçlanıldığı zaman senede rapt edilmesi tavsiyesi (Bakara süresi, Âyet: 282); miras taksim edilirken hazır bulunup da mirasçı olmayan düşkünlere de terekeden bir şey, bir hisse verilmesi ilh. gibi hükümler âmir değildir. Yani riayet görmediği takdirde cezayı mücib olmaz. Lâkin bu gibi hükümler de Rabbin tavsiyeleri olduğu cihetle, onlara da itaat samimî iman ve islâmîyetin, Allaha tam kulluğun nişanesi olur.

nalar mahfuz, şahsiyet doğum anında kazanılırdı. Bu günki modern kanunlar da aynı esası kabul etmiştir¹.

Her şahıs medeni haklardan kaideten eşit olarak istifade eder; kaidenin Kur'ânı kerimle vaz edilmiş bazı istisnaları vardır: Mirasda kadınların erkeklerden az pay alması², bir erkek şâhîde karşı iki kadın şahid gerekmesi; müslüman erkeklerin başka dinden olan³, kadınlarla evlenebilmesi, buna mukabil müslüman kadınların ancak müslüman erkeklerle evlenmeye mecbur olmaları gibi bazı esaslar eşitliğin istisnalarıdır ki, bu gibi istisnalara modern hukukda da tesadüf edilebilir. Meselâ evin reisinin erkek (koca) olması; velâyetin kullanılmasında kocanın dediğinin geçerli sayılması, 40 yaşını dolduran kimselerin evlâdhk edinip, bu yaşı ikmal etmemiş olanların evlâd edinme müessesesinden faydalanamamaları; Kadınların vesâyet vazifesini kabule mecbur olmamalarına mukabil, erkeklerin bu vazifeyi kabule mecbur bulunmaları ilh. eşitliğin istisnalarıdır. Bazı kimseler, hattâ hukukcular ilâhî hukukun neden beşerî hukukdan bazı ayrılıkları olduğunu sorar ve bu ayrılıklar dolayısıyla beşerî hukuku esas alarak ilâhî hukuku tenkide kalkışır. Bu temayül yanlıştır. Elbetdeki ilâhî hukukla beşerî hukuk arasında bazı farklar olacaktır. Aksi halde hukukun ilâhî ve beşerî hukuk olarak ayrılmasının mânası kalmazdı. Birinde Kada evlenmek memnûdur. Bu memnuiyetleri beşerî hukuki evlenme ehliyetlerinde tesadüf olunmaz.

Medenî hakları kullanma ehliyeti islâm hukukunda da rüşd ve temyiz kudreru ile taayyün eder; mümeyyiz olmayan kimsenin ve meselâ bir deli ile, matuhun (akıl zafiyeti, malûliyetine müptela kimse) ve rüşde erişmemiş kimselerin bizzat hukukî muamele ve tasarrufda bulunmak ehliyetleri yoktur. keyfiyet beşerî hukuk sistemlerinde de farksızdır. Ancak değışen şey, rüşd yaşının azlık çokluğundadır, uzun veya kısa olarak tesbit olunmasındadır. Filhakika islâm hukukunda içtihad, rüşd için 15 yaşın ikmalini şart kılmıştır, Bu yaş dolduran⁴ ve

1 İsviçre M.K.Md: 31; Türk M.K.Md: 27.

2 Nisa Sûresi, Âyet: 10; Keza, 176.

3 Bu dinler de semavî din olacaktır: İsevî, müsevî ilh. gibi, yoksa, Allahı inkâr edip, hayvan veya yıldızları Allah yapan dinlere sâlik kadınlarla da evlenilmez; keza Allahsız kadınla evlenme memnûdur. Bu memnuiyetlere beşerî hukuk evlenme ehliyetlerinde tesadüf olunmaz.

4 Yaşın dolması şarttır. Yani bir kimse, 15 kere 12 ayı tamamen yaşamış olmadıkça reşid addolunmaz. Bu gün de böyledir. Meselâ İsviçre Medenî Kanununda rüşd yaşı 20 olarak kabul edilmiştir. Bu yaş dolacak, yani şahıs 21 yaşından bir gün olacaktır. Türk Medenî Kanununda rüşd yaşı, 18 olarak tesbit edilmiştir (M.K.Md: 11);

mümeyyiz de olan her kes kanunî temsile muhtaç olmaksızın her iltizâmî muameleyi yapar, akitlerde taraf ve bizzat âkit olabilir. Halbuki yalnız mümeyyiz olan, ve bu yaşa gelmemiş olanlar, kanunî mümessilleri tarafından temsil olunurlar¹.

1 Küçükler, yani 15 yaşını bitirmemiş olanlar (Sabî) ana babaları varsa babalarının velâyetine tâbidirler.² Yoksa, vasî marifetiyle temsil olunurlar. Şunu kayd edelim ki, islâm hukukunda küçüğü ana babası birlikte temsil etmez; velî babadır. Baba velâyeti kullanamayacak duruma gelirse, ana küçüğe vasî sıfatiyle mümessillik yapar, velî sıfatiyle temsil hakkı tanınmamıştır³. Bu kaide iştihadî olduğundan, münakaşaya mütehammildir. Bir kimseye velâyetden büyük farkı olmayan vesâyet suretiyle temsil hakkı verdikten sonra, velâyet hakkı vermemek şahsî kanaatimize münasib değildir. Esasen velâyet, ince bir tahlil yapılacak olursa, tabîi hukukun ihdas eylemiş olduğu ve kanunların da benimsemeye mecbur kaldığı vesâyetden ibarettir.

2 Akıl hastalığı, akıl zafiyeti ilh gibi sebeplerle temyiz kudretinin yok olması veya normal halden çıkması yüzünden reşitlere vasî teyin edilir. Kaide olarak kayd edilen sebeplerden dolayı hacredilen reşit kimseye vasî tâyin edilir. Mamafih, kâkim reşidin ana veya babasını temsile ehil gördüğü takdirde vasî tâyin etmez, mahcur, ana babasının velâyetine terk olunur. Kaide, islâm hukukunda böyle olduğu gibi, muasır medenî kanunlarda da böyledir⁴. İslâm hukukunda maheurun babası yoksa, anası vasî sıfatiyle onu temsil eder.

Genel ehliyet şartı olan rüşet yanında, özel ehliyet şartları da vardır. Meselâ vasiyet yapabilmek için 15 yaşını doldurmuş olmak aranmaz, temyiz kudreti ve bunun var olduğu kabul olunan bülûğ çağı kâfi gö-

1 Üç çeşit kanunî mümessillik vardır: Velâyet, Vesâyet ve Kayyımlık. Kayyımlık, münferit hukukî muameleler veya müteaddit ve fakat mahdut hukukî muamele ve tasarruflar için işleyen bir temsildir. Temsil olunanın şahsına itina ve takayyütle ilgisi yoktur.

2 İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında ana baba velâyeti birlikte kullanır. Yani bu kanunlarda ana da velîdir. Ancak velâyetin kullanılmasında uyumsuzluk çıktığı takdirde babanın rey'i nazara alınır. (İsv. M.K.Md: 274; Türk M.K.Md: 263). Bundan anlaşılır ki, bu kanunlarda da hakikati halde velî erkektir.

3 Baba ölümler veya velâyeti kullanamaz halde bulunursa, çocuğu anası vasî sıfatiyle temsil eder. Mamafih bu ayrılık içtihadîdir. Velâyet ve vesâyetde, velî veya vasî, temsil olunanın şahsına takayyüt, yetişmesine itina vazifesiyle mükelleftirler. Bu bakımdan velâyetle vesâyet arasında gaye itibariyle tam benzeyiş vardır.

4 İsv. M.K.Md: 273; Türk. M.K.Md: 262.

rülür. Bu günki Medenî kanunlarda ise vasiyet ehliyeti de özel ehliyet olmasına rağmen temyiz kudreti ve muayyen bir yaşla tahakkuk eder¹. İslâmdeki bülûğ çağı şartı da içtihadîdir. Binaenaleyh üzerinde konuşmaya cevaz vardır: Bülûğ çağı her kesde aynı zamanda tahakkuk etmeyeceğine göre her insan için vasiyet ehliyeti de muhtelif olabilir. Bu itibarla İslâm hukukunda da vasiyet ehliyeti için muayyen bir yaş kabul etmek münasib olurdu. Şu şüphesizdir ki, 15 yaşını bitirmiş olan ve mümeyyiz de bulunan bir kimsenin yapacağı vasiyet islâm hukukunda müteberdir; hükümsüz değildir².

İslâm hukukunda nafaka müessesesi de mevcuttur ki, bu müessese, en ince teferruatıyla incelenmiştir. Fıkıh kitaplarında bütün ayrıntılarıyla çok orijinal bir bahis olarak yer almış bulunmaktadır.

§.3- Aile Hukuku

I- Evlenme:

Evlenme ve boşanma bahisleri de Kur'anı Kerim ve Hadislerle fıkıh kitaplarında teferruatı ile yazılıdır. Burada kayd edilecek husus şudur: İslâm hukukunda evlenme ehliyeti bülûğ çağı ve temyiz kudreti ile tahakkuk eder ve taraflar ana baba baskısı ve zoru ile asla evlendirilemez. Ancak bu günki hukukda olduğu gibi ana babanın rızalarını almak da şarttır. Bu şart hem içtimâî, hem hukukîdir. İçtimâî ahlâk icabındandır çünkü, ana babanın çocuklarını evlilik hayatında mes'ut ve bahtiyar görmesi ana babalık gibi en tabîî temayülün gereğidir. Hukukîdir çünkü, evlenme yaşları genel rüşd yaşına nazaran daha az tutulmuş olduğundan bu yaşları doldurmuş olan erkek ve kız henüz kanun nazarında küçüktür; binnetice hukukî

1 İsv. M.K.Md: 467; Türk M.K.Md: 449. Mamafih, bu kanunlarda yaş ve temyiz kudreti şartlarına uyulmaksızın yapılmış olan vasiyetler kendiliğinden hükümsüz olmayıp, iptali mücibdir. Yani alâkahlar zamanaşımı içinde iptal davası açmazlarsa, 15 yaşından aşağı yaştaki bir küçüğün, hattâ temyiz kudretinden mahrum bir şahsın yaptığı vasiyet bile müteber olup tenfiz olunur. İslâm hukukunda ise, ehliyet şartlarına uyulmaksızın yapılan vasiyet kendiliğinden hükümsüzdür, iptal davası açmaya lüzum yoktur.

2 Vasiyet yaptığı zaman bülûğ çağında olup da temyiz kudretine de sahip olduğu anlaşılan kimsenin vasiyeti de 15 yaşını ikmal etmemiş olsa bile müteber addolunurdu. Vasiyet, insanın son arzusu olduğundan, islâm hukukcuları böyle bir inkâmı kabul etmekte beis görmemişlerdir. Esasen asıl mesele temyiz kudretine sahip olmaktır. Bu kudretin mevcudiyeti halinde tasarruf bahsinde akdî ehliyet şartı olan 15 yaşını ikmal nazara alınmamıştır.

muamelelerinde ana babalarının temsiline¹ muhtaçtırlar. Evlenme de hukukî muamele olduğundan, üstelik neticeleri çok önemli bulunduğundan ana babanın rızalarının alınması kabul edilmek lâzımdır².

Karı koca arasında mal ayrılığı vardır. Mamafî muamelât ehliyeti mal ortaklığı ilh gibi mal rejimlerinin kabulüne cevaz verir. Medeni kanunda kanuni mal rejimi mal ayrılığıdır yani islâm hukukundaki gibidir. İsviçrede ise kanuni mal rejimi mal birliğidir.

II- Boşanma.

İslâmda boşanma "Talâk" namıyla zikrolunmuş ve çeşitleri Kur'anı kerimde mevcut olup, ahkâmı ile neticelerinin bir kısmı içtihadî olarak tanzim edilmiştir. Bu hususda şunları kayıt etmek zaruridir:

1) Talâka gitmeden evvel sulh teşebbüsünde bulunmak lâzımdır. Bu cihet Kur'an kerimde genel ve boşanmaya âit özel hüküm olarak yer almıştır: "Sulhde hayır vardır"; "karı koca her gayrete rağmen müşterek hayatı devam ettiremeyecek hale gelirlerse, derhal boşanmaya gitmeden evvel âilenin yaşlıları tarafından sulhe yanaştırılmalıdırlar" mealindeki âyeti celileler keyfiyeti teyid eder. Cenabı Hak, Millet'in, câmianın temeli olan ailenin yıkılmaması için sulh teşebbüsünü ihtar eylemiştir. Keza boşanmanın islâmda en mühim sebebi³ zina olduğundan ve zina ithamlarıyla bir yuvanın kolay kolay yıkılmaması için dört görgü şahidi olmadıkça evli kadınlara yapılan zina isnatlarına iltifat edilmemesi lüzumu kur'anı kerimde çok açık olarak ifade buyrulmuştur. Bundan başka zina müstesna şirretlikleriyle hayatı âdeti zehir eden kadınlara düşmüş olan kocalara da "sabrediniz, belki hoşunuza gitmeyen kadınlardan Rabbiniz size hayırlı evlâtlar lutfeder" mealindeki tavsiyede bulunulmuştur.

Görülüyor ki, âilenin mümkün mertebe yıkılmaması için aklı ve mantığı tatmin eden her çare islâmın ve islâm hukukunun ilk kutsal

1 Kanunî temsil iki bakımdan tahakkuk eder: Direkt, Endirekt. Direkt temsilde ana baba velî sıfatıyla muameleyi bizzat yaparlar bu kabil temsil ancak mamelek hukukunda câiz olup, temsil âdilenin şahsına bağlı hukukla alâkalı değildir. Endirekt, yani dolayısıyla temsilde ise, hukukî muameleyi temsil edilen küçük veya mahcuz kanunî mümessilin izin veya icazetiyle bizzat yapar. Bu hususda; bakınız: Şakir Berki, "Medenî Hukuk", ikinci baskı Ankara; 1960, sa: 273-275.

2 Bunun içindir ki modern beşeri medenî kanunlarda da keyfiyet böyledir: İsviçre M.K. Md: 97,98; Türk. M.K. Md: 89,90.

3 Zina yapanlar ancak zina yapanlara lâyıktır mealindeki âyeti celile bunun delilidir.

kaynağı olan kur'anı kerimde yer almış bulunmaktadır. Muasır Anayasaların bazılarında âilenin Millete temel olan özelliği ilân edilmiş olduğuna¹ göre, Kur'anı kerimde âilenin bu kadar titizlikle neden siyanet edilmek istendiğinin sebebi hikmeti kolayca anlaşılır. Yüce peygamber bir hadislerinde "talâk vâki olurken arş titrer" demekle, Kur'anı kerimdeki bu siyanet tedbirlerinin itaat görmesi lüzumunu müminlere ihtar eylemişlerdir.

İslâmda muvakkat evlenme, karşılıklı rıza ile boşanma gibi hususlar zaman zaman kitaplarda söz konusu olmuş ise de bunlar hukukcuların münferit noktâ nazarlarıdır; Bizce kabule şâyan olamaz. Çünkü evlenme, cinsî münasebet mukavelesi, aşkî hayat sürme akdi değildir. Ve çünkü evlenmede yalnız karı kocanın değil, çocukların, Toplumun, Milletin ve devletin de hakkı vardır.

2) Talak, yani boşanma haksız yere ve sebebsiz olamaz. İlk sebep zinadır. Sâir içtihadî sebepler de ihdas olunabilir. Cana kasd gibi. Zinanın boşanma sebebi addedilmesi makuldür. Çünkü, eşi ile değil başkasıyla cinsî münasebete dadanmış olan karı veya kocanın zamanla yekdiğeriyle ilgisi kesilir; âile ocağı aş evi veya otel menzilesine iner ki, aile yalnız bu da değildir. Zina, karı koca arasında karşılıklı sadakat esasını hançerleyen ilk sebeptir. Bundan dolayı modern mevzuat da zinayı boşanma sebeplerinin başında saymışlardır.

İslâm hukukunda boşanma hakkı yalnız erkeğe de âit değildir. Kadının da boşanmaya hakkı vardır. Çünkü âile ocağını yıkan hareketleri yalnız kadınlar yapmaz, erkekler de yapabilir².

III - Mal rejimleri.

İslâm hukukunda mal rejimleri teferruatla hükme bağlanmış, yalnız mal ayrılığı ve Cihaz usulü tatbik edilmiştir. Mamafih muamelâtda serbestî mal birliği, mal ortaklığı gibi mal rejimlerinin kabul edilmesine de mâni değildir. Lakin tatbikatda buna tevessül olunmamış-

1 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da bu Anayasalardandır. 1961 Türk Anayasasının 35 inci maddesi sarıhtir: "Aile toplumun temelidir". Anayasadaki toplum, dar manâsiyle kullanıldığı gibi, geniş manâsiyle de kullanılmıştır. O halde "âile milletin temelidir" de denilebilir.

2 Kocanın kocalık vazifesini yapmaması, karısını mütemediyen dövmesi, zehirleyip öldürmeye kalkması ilh gibi hallerde elbetdeki kadının boşanma hakkı sâbit olur: Aksini savunmak evli kadınların zâlim ve cânî efendi hüviyetindeki kocaların kölesi olduğunu kabul etmek manâsına gelirdi.

tır. Modern medenî kanunlarda da mal rejimleri, yani karı koca mallarının nasıl idare edileceği ve müşterek mülkiyetmi ferdî mülkiyet esasını kabul olunacağı teferruatla hükme bağlanmıştır. İsviçre ve onu bu hususda da aynen kabul etmiş olan Türk Medenî kanununda bu meseleyle ilgili mebzûl maddeler vardır¹.

İsviçre kanunununda karı koca arasında kanunî mal rejimi "Mal birliği" dir². Türk Kanun vâzını, ferdî mülkiyet esasını benimsediğinden, kanunî mal rejiminin "mal ayrılığı" olduğunu kabul etmek suretiyle İsviçre Kanunundan ayrılmış, islâm hukukundaki prensibi devam ettirmiştir³.

§.4- Hükâmî şahıs.

I- Genel Bilgi.

İslâm hukukunda hükâmî şahıslar mevcuddu. Devlet hükâmî şahıs olduğu gibi, vakıf da özel hukuk hükâmî şahıslarındandı. Ancak hükâmî şahıs çeşitleri zamanımızdaki kadar fazla değildir. Zira bu şahısların artması sosyal, ticarî ve sınaî hayatın fazlalaşması başlangıcı olan 18 inci Asırdır.

II- Vakıf.

İslâmda vakıf hukuku başlı başına önemli ve halâ bu gün de tatbik edilen bir konudur. Türkiyede ve sair islâm memleketlerinde vaktiyle yapılmış olan vakıflar eski ahkâmla idare olunur. Vakıf, yalnız dinlerle ihdas edilmiş değildir; insanların eyilik yapma temayülünün neticesidir. Bu itibarla İslâmiyetten evvelki Türklerde de vakıflara tesadüf olmaktadır. Bu hususda Vakıflar Dergisinde çıkan incelemelerden faydalanılabilir. Vakıf bu gün de müteber bir müessesedir. İslâm hukuku vakıf müessesesini çok teşvik etmiş, Hz. Muhammed, kur'anı kerimdeki sadaka âyetlerine istinat ederek ammeye tasadduk demek olan vakıfları teşvik eden hadisler buyurmuşlardır. Yalnız teşvikle kalmamışlar kendileri de önemli vakıflar yaparak müslümanların bu hayrî işlerinde fiilen önderlik eylemişlerdir. Vakıf sahasında islâm hukukcuları meseleyi çok geniş şekilde ve teferruatla inceleyerek bu müessesenin âdeta sistemli kurucuları olmuşlardır. Keyfiyeti böyle anlamak

1 İsv. M.K.Md: 178-251; Türk M.K.Md: 170-240.

2 İsv. M.K.Md: 178.

3 Türk. M.K.Md: 170.

gerekir; yoksa islâm'dan evvel gerek Türklerde gerek başka kavimlerde vakıf bulunmadığı şeklinde mütalâa eylememek icab eder. Fakat islâm dininin insanlardaki vakıf temeyülünü mısillendirdiği de inkâr kabul etmez gerçeklerdendir.

Modern vakıf hukuku ile islâm vakıf hukuku arasında bazı enteresan farklar vardır ki burada kısaca belirtmek ve gerekli kıymet hükmünü vermek bu ilmî incelemenin ihmal edilmez faaliyeti olur:

1) İslâm hukukunda vakıf, tahsis edilen gayrimenkulün mülkiyetini muayyen bir gayeye, hayrî bir maksada ebediyyen terketmekle mümkündür. Menkuller müstakilen vakfedilemez; nakit bundan müstesnadır. Bütün bu hususlar içtihadîdir¹; binnetice tartışmaya mütehamildir.

Bu kayd edilen hususlar, vakfın gördüğü işin amme hizmetinden farksız mahiyetde bulunuşundandır. Bu bakımdan vakfın geçici, muayyen bir müddetle mahdut olmaması fikri ilmen müteberdir. Ancak, Vakıf-dan maksat ammeye teberrû¹ olduğundan, bir kimsenin gayrimenkulünün az çok uzun zaman için vakfetmesi, rakabenin kendisinde kalarak intifamı tahsis suretiyle cemiyete faydalı olabilmesi hususu da düşünülecek meselelerdendir. Yani vakıf için mutlaka gayrimenkulün rakabesini devretmeye lüzum olmayıp, bu gayrimenkulün intifamı terk etmek de islâm hukukunda mümkün olmalı idi. Keyfiyetin eyi anlaşılabilmesi için misal şartır:

Bir kimse apartmanın iki katının kira bedellerini 50 yıl süre ile mevcut bir cami veya mekteb, veya kütüphane vakfının ihtiyaçlarına tahsis etse, bu vakıf muteber olmak gerekir. Halbuki islâm müçtehitleri bunu kabul etmemektedir. Keza böyle bir vakıf bilfarz 30 yıl müddetle tesis edilse, yine müteber olmak gerekir².

1 Vakıfla teberrû arasında hukukî bakımdan fark şöyle özetlenir. Her vakıf teberrûdur; lâkin her teberrû vakıf değildir. Teberrû hukukda genel bir kavram (mefhum) dur ki, hibe, vasiyet ve vakıfla ibrayi ihtiva edebilir. Teberrû yapılacak olanlar belli ise, teberrû vakıf lafziyle vâki olsa bile, lafza bakılmaz, muamele lafza rağmen hibe, bağışlama veya alelittlak teberrû olur. Meselâ bir kimse filan meblâğın filan kimse tarafından ramazan aylarında bir şehirdeki tasarrufda adları belirtilen fakirlere verilmesini vasiyet etse, bu vakıf değildir. Zira bu tahsisten faydalananlar belli kimseler olup, amme addedilmez. Lâkin aynı kimse, aynı meblâğın isimleri belli olmayan alelittlak fakirlere verilmesini vasiyet etse bu vakıftır.

2 Bu hususda Vakıflar dergisinin X. sayısında "İmparatorluk ve Cumhuriyet vakıf hukukunda vakıf şartları" adıyla yayınlanmış olan etüdümüze bakınız.

2) İslâm hukukunda içtihad, menkullerin ancak gayrimenkul vakfında dahil olabileceğini, kabul etmiş, müstakillen vakıf konusu olamayacakları fikrinde bulunmuştur. Bizce menkullerin de müstakillen vakıf konusu olabilmeleri içtihad edilmeli idi. Meselâ bir kimsede iki bayram dolabı veya sahncağı vardır. Bu kimse bu iki sahncağı bayramlarda fakir çocuklarına parasız bindirilmek için vakfetse, bu vakıf neden müteber olmasın?. Keza iki otomobil vakfedilse, dolmuşda kullanılarak geliri fakirlere dağıtılmak şart olursa böyle bir vakfa hangi sebeble cevaz bulunmaz. Şunu hatırlatalım ki, islâm içtihadı vakfın amme hizmeti gördüğünü ve amme hizmetlerinin sürekliliğini nazara alarak vakfın da gayrimenkul olmasını ve vakfın sürekliliğini temin için söz konusu içtihadta aşağı yukarı müttefiktir. Bu mücib sebebe denilecek yoktur. Lâkin az çok uzun zaman sürecek olan menkulleri de müstakil vakıf konusu yapıp ammeyi mahdut bir zaman için olsa bile faydalandırmak maslahata daha muvafık düşmezmi idi?. Bizce cevab müsbettir. Bu günkü vakıf hukuku ile islâm vakıf hukukunda bu bakımdan da fark vardır ve biz şahsen menkullerin vakfını da tecviz eden bu günkü görüşe yukardaki gerekçe ile katılmaktayız.

§.5- Neseb.

İslâmda neseb hukukuna gelince, bu günkü bazı medenî kanunların sisteminden ayrılır: İslâmda babasına karşı nesebsiz çocuk yoktur. Nüfus kâğıdlarında ana ve baba hanesi de doludur. İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında ise, çocuklar meşrû nesebli, gayrimeşrû nesebli ve babalarına karşı nesebsiz olmak üzere üç zümreye ayrılır. Meşrû çocuk, evlilik içinde doğan veya nesebin tashihi ile meşrû nesebi kurulan çocuktur¹.

1 Evli olmayan bir erkekle bir kadından bir çocuk dünyaya gelse bunlar sonra evlenseler çocuk meşrû, olur: İsv. M.K.Md: 258; Türk. M.K.Md: 247. Keza yekdiğerine evlenme vaad eden bir erkekle bir kadının münasebetinden bir çocuk dünyaya gelse, fakat bunlardan birinin ölmesi veya dâimi surette akıl hastalığına müptelâ olması sebebiyle aralarında evlenme imkânı kalmasa, çocuğun nesebi hâkim hükmü ile tashihi olunur, yani çocuk mahkeme kararıyla meşru çocuk statüsüne nâil kılınır: İsv. M.K.Md: 260; Türk M.K.Md: 249. Ancak fücür mahsulü çocuklar, yani yekdiğeriyle evlenmeleri mümkün olmayan bir kadınla bir erkekten ve meselâ damatla kaim vâlide, yahut bir erkekle kız kardeşin cinsî münasebetinden doğan çocukların sonradan evlenme ile nesepleri düzeltilemez. Kaide budur. Fakat bunlar her nasılsa evlenme imkânı bulmuşlarsa, bu evlenme mutlak butlan kararına kadar aynen sahih evlenmenin hüküm ve neticelerini doğuracağından, çocuk ana babanın sonradan evlenmesi ile meşrû hale gelebilir. İslâm hukukunda neseb tashihi müessesesi yoktur. Bu müessesenin rojü, tebennî müessesesi ile temin edilebilirdi.

Modern mevzuatda evlilik haricinde doğan ve hattâ zina veya fücür mahsulü olan çocuk, doğduğu andan itibaren anasına karşı gayrisahih nesebe sahiptir. Yani bu çocuğun anasına karşı nesebe sahip olması için ananın çocuğu tanımaya veya anaya karşı nesebin kurulması için "anahlık davâsı" namıyla bir davâ açılmasına lüzum yoktur. Babaya karşı nesebin kurulabilmesi için ise, babanın çocuğu tanınması veya babaya karşı babalık davası ikamesine lüzum vardır. Aksi halde çocuk babasına karşı hısım değildir, zira baba cihetinden nesebe sahip bulunmaz. Lâkin usul fûrûluk münasebeti bâkidir. Binnetice bir baba, evlilik haricinde doğan tanınmamış veya babalık davası ile kendisine karşı nesebi tahakkuk etmemiş bulunan kızı ile evlenemez. Zira evlenme memnuiyeti yalnız usul-fûrûluğun mevcudiyeti ile söz konusu olup, nesebin teessüsü ile alâkahlı değildir.

Modern mevzuatın neseb hakkındaki bu kaidelerinin nüfus kayıtlarındaki neticeleri enteresandır: babasına karşı nesebi kurulmamış veya kurulmasına imkân olmayan¹ çocukların nüfuslarında yalnız anaları yazılıdır, baba haneleri boştur ki, istikbalde çocuk nüfus kâadından kendisinin gayrumeşru münasebet mahsulü olduğunu anlayarak teessüre kapılır ve cemiyetde aşağılık hissi taşımaya mahkûm olur. İslâm hukukcuları ise nüfus kâadlarının baba hanesine "Abdullah" yani "Allahın kulu" kaydının konulmasına cevaz vermekle gayrimeşrû münasebetden doğmuş olmakta hiç günahlı olmayan çocukların izzeti nefis ve şahsiyetini himaye yolunu tutmuşlardır ki, tensibinde elbet isabet vardır.

Ş.6- Miras hukuku.

İslâm miras sistemi çok orijinaldir. Orijinalliği, mirasçılardan ilâhî iradeyle tesbit edilmiş olmasından ileri gelmektedir. Burada islâm hukuna göre mirasçılardan kimler olduğunu ve hisselerini kayd etmeyeceğiz. Esasen bu mevzû tam bir ihtisas isteyen bir mevzudur². İslâm miras sistemini idare eden en genel esasların kaydedilmesi ile yetinilecektir:

1) İslâm hukukunda mirasda zümre sistemi, modern hukukta derece sistemi kabul edilmiştir. İslâm hukukunda ana baba müteveffanın fûruu olsa bile mirasa gelir. Keza hayatda kalan eşle bulunan ana baba yine mirasdan hisse alır. Bu gün ki miras sisteminde ise,

1 Evlilik haricinde doğup, zina veya fücür mahsulü olan çocuklar babaları tarafından tanınmaz ve bunların babaya karşı gayrisahih nesepleri babalık davası ile de kurulamaz: İsv. M.K.Md: 304; Türk M.K.Md: 292.

2 Bu hususda Ali Himmet Berkinin "Miras ve Tatbikat" adlı eserine bakılmaktadır.

birinci derecede mirascı, varken ikinci dereceye miras gitmez. Binnetice, mûrisin çocukları varken, ana babası hayatta olsa bile kanunen terkeden faydalanamaz. Çünkü ana baba ikinci derece mirascısı olarak kabul edilmiştir¹. Fakat mûris ana babayı tasarruf nisabı² nın tamamında veya bir kısmında mansup mirascı yapmış ise, ana baba birinci derece mirasçılar olan çocuklarla, yani torunlarıyla mansup mirascı³ sıfatıyla taksime iştirak edebilir.

Bu günki hukukda evlâtlık bile meşrû çocuk hükmündedir Binnetice, evlâtlık varken mûrisin ana babası hayatta olsa ve fakru zaruret içinde bulunsalar bile terekeden kanunen hiç bir şey alamazlar. Bir misalle keyfiyeti iyi anlatmak zarurîdir: Bir kimse ölmeyen bir gün evvel bir almanı veya bir İngilizini evlâd edinse, milyon lira miras bıraksa, bu paranın hepsi evlâd edinilene geçer, ana babanın bu miras üzerinde kanunen hakkı yoktur. İslâm hukukunda zamanımız hukukundaki gibi evlâd edinme esasen mevcut olmadığından, ve fakat mukavele ile evlâd edinmeye de hiç bir mâni bulunmadığından, fakat evlâtlık evlâd edinmenin mirascısı da olamayacağından, aradaki fark kendiliğinden meydana çıkmaktadır.

2) İslâm hukukunda dedelerin ve sonraki usulün de mahfuz hissesi vardır. Bu günki mevzuatda ve bilhassa İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında⁴ nine ve delerin ve daha uzak usulün mahfuz hissesi yoktur. Şu halde bu günki mevzuatda bir kimse bütün terekesini başkalarına vasiyet etse, ana ve baba tarafından dede ve nineleri hayatta bulursa, bunlar terekeden hiç bir şey alamazlar. İslâm hukukunda ise böyle bir neticeye imkân yoktur. Bu hukukda tasarruf nisabı dâima terekenin üçte biridir, mûris bunda tasarruf edebilir. Yani İslâm

1 İsv. M.K.Md: 458; Türk M.K.Md: 440.

2 Tasarruf nisabı demek mahfuz hisseli kanunî mirasçılardan mahfuz hissesinden arta kalan tereke cüz'ü demektir. Mûrisin mahfuz hisseli mirascısı yoksa, tasarruf nisabı, terekenin tamamıdır. Binaenaleyh, mûris bütün terekesini dilediği hakikî veya hükmî şahıslara vasiyet etmek hakkını hâizdir.

3 Modern miras sistemlerinde mansup mirascılık, yani mûrisin iradesiyle tayin edilen mirascılık mevcuttur. İslâm hukukunda bu mirascılık çeşidi yoktur. Ancak mûris tasarruf nisabından muayyen mal vasiyeti yapmak hakkını hâizdir. İslâm hukukunda mansup mirascılığa cevaz olmamasının sebebi için "Eski ve yeni hukukumuzda miras sistemleri arasındaki farklar" adlı incelememize bakınız (Ank. Hukuk Fak. Dergisi, c. 29, s. 3-4; s. 151.)

4 Bu kanunlarda mahfuz hisseli mirasçılar yalnız fûrû, ana baba, kardeş ve hayatta kalan eştir. İsv. M.K.Md: 471; Türk. M.K.Md: 453. Bunlar haricindeki mirasçılar, ve binnetice ana ve baba tarafından dede ve nineler ve bunların fûruu, yani hala amca, dayı, teyze ill. mahfuz hisse sahibi değildirler.

hukukunda mûris büyük ana büyük babayı ve bunların ana ve babalarını vasiyet suretiyle mirasdan uzaklaştırmak imkânına sahip değildir¹.

3) İslâm hukukunda erkek ve kadının mirasdaki payı eşit değildir. Modern hukukla islâm hukuku arasındaki göze çarpan en önemli farklardan biri de budur. Kadınların miras hakkı, yani kız çocuklarının mirasdaki payı erkeklerin payının yarı nisbetindedir. Bu günkü miras sistemlerinde ise paylarda eşitlik vardır².

Hiç şüphe yokki islâm hukukundaki esas aritmetik eşitliğe aykırıdır. Lâkin sosyal adâlete belki aykırı değildir. İlâhî teşrî, erkeklerin evlenerek karının ve çocukların iâşa ve ibatesinden mes'ul olacaklarını ve binnetice iktisadî durumlarının kadınlardan daha kuvvetli olmasına istinad edilerek taksim bu suretle icrasını münasib görmüştür³. Her ne kadar evlenmek insanların hakkı hiyarında olan bir şey ise de genel kaide evlenilmekte olduğudur. Kanunlar genel temayüllere göre hazırlanacağından bu esas ilâhî hukukda da revaçtadır. İstisnaî hallere göre müessese ve kaide ihdas olunmaz.

Nihayet kayd olunmalıdır ki kadınlara erkek arasındaki eşitsizliklere zamanımızın modern Medenî kanunlarında da raslanmaktadır⁴. Binnetice islâmdaki mirasda eşitsizliği nazara alarak bu miras sisteminin tenkidine kalkışmak bizce derhal katıliverilecek bir hareket değildir.

4) İslâm miras sisteminde tasarruf nisabı muayyendir. Mirasçıların payları değişikçe değişmez. Modern sistemde ise, tasarruf nisabı mütehavvildir. İslâm hukukunda mûris, mirasçı kim olursa olsun terekenin üçte birinde tasarruf etmek yetkisine sahiptir. Mirasçılar münferit olsun, fûrû, ana baba, hayatta kalan eş şeklinde içtima etsin hüküm aynıdır. Bu günkü miras sisteminde ise, bilhassa mirasçıların

1 Çünkü bunların muayyen sehimleri vardır.

2 İsv. M.K.Md: 457/2; Türk M.K.Md: 439/2.

3 Nisâ suresi, Âyet: 10, 33.

4 Meselâ, erkekler vesâyeti kabule mecbur oldukları halde kadınların bu medenî vazifeyi kabule mecbur edilmemiş olmaları (İs. M.K.Md: 382; Türk. M.K.Md: 366); Âilenin reisinin koca olmasına karşılık kadının âile reisiğine lâyük görülmemiş olduğu (İsv. M.K.Md: 160/1; Türk. M.K.Md: 152/1); Velâyetin icrasında karı koca arasında anaşmazlık çıktığı zaman kocanın rey'inin müteber olacağı (İsv. M.K.Md: 274; Türk. M.K.Md: 263). Modern kanunlardaki bütün bu eşitsizliklerin kabul sebepleri vardır. Binnetice bu kanunları erkekle kadın arasında eşitsizlik yaratmış oldukları için tenkidini etmek lâzımdır? Şüphesiz hayır. O kadar hayır ki, bir kanun âilenin reisi koca değil, kadındır diye bir hüküm getirirse, böyle bir hüküm evvelâ kadın fitretini red eyler.

içtimanda tasarruf nisabı değişir ve hesabı da güçleşir. İslâm hukukunda tasarruf nisabının hesabında güçlük yoktur. Bir kimse vefat etse, terekenin üçte birini vasiyet eylemiş olsa, tekfin, defin masrafları ve borçlar da tenzil edildikten sonra kalan terekenin üçte biri musaleyhe verilir; mütebaki mirascılar arasında sehimlerine göre taksim olunur.

5) İslâm hukukunda mirası red müessesesi yoktur. Çünkü buna lüzum hissedilmez; zira islâm miras sisteminde mirascıların tereke borçlarından mes'uliyeti namahdut değildir; ellerine geçenle mukayyet ve mahduttur. Bu günki hukukda ise keyfiyet aksinedir. Mirascının eline terkeden 1000 lira geçse, fakat mûrisin 10000 lira borcu olsa, mirascı bu borcu ödemekle ve şahsî mamelekenden 9000 lira tediye eylemekle mükelleftir¹.

6) İslâm hukuku miras sisteminde mansub mirascılık yoktur. Çünkü mirascılar ilâhî iradeyle tâyin olunmuştur. Ferdî irade ile bunlar arasına mirascı dahil etmek memnûdur. Lâkin tasarruf nisabında veya hiç miracı yoksa terekenin tamamında muayyen mal vasiyetinde bulunmak câizdir.

Vasiyet hukukunda islâm miras sistemi ile bu günki sistem arasında şu farklar vardır:

a) İslâm'da vârise vasiyet memnûdur. Bu cihet sahih bir hadisle müeyyettir². Meselâ bir baba iki çocuğundan birisine tasarruf nisabını vasiyet etse, bu çocukla lehine vasiyet edilmeyen çocuk arasında husumet başlar ve lehine vasiyet yapılmamış olan çocuğun müteveffa baba veya anasına karşı sevgi hissi azalır veya yok olur. Çünkü vasiyet yapmakla iki çocuk arasında mirasda adalet bozulmuştur; adâletsizliğe karşı her insanın nefret hissi, veya kırgınlığı değişmez ve inkâr edilmez bir vâkiadır. Keza islâm'da monogamik sistem ilâhî irade ile tavsiye buyrulmuş olmakla beraber, dörde kadar kadınla evlenmeye müsamaha keza ilâhî irade ile ve çetin şartlarla izhar buyurulmuştur³. En önemli şart müteaddit kadınlar arasında her bakımdan adâletle hareket etmektir; binneticce kadınlardan birine vasiyet edip diğerine etmemek, mirasda onlar arasındaki adaleti bozmak demek olacağından câiz değildir.

1 Bu hususta geniş bilgi için adı geçen makalemize bakınız.

2 Ali Himmet Berki, "250 Hadis" Ankara, 1972, s. 64.

3 Nisa Süresinin, 3 ve 5'inci Âyetine bakınız. Mealini özetleyelim: Karılarınız arasında âdil olunuz. Fakat ne kadar gayret etseniz yine âdil olamazsınız. Allah âdil olmayanları sevmez; o halde adâletsizlik yapmaktan korkuyorsanız bir kadınla iktifa ediniz.

Bu izahatdan anlaşılıyor ki, “vârise vasiyet yoktur” hadisi şerifinin maksadı¹ verilen izahatdaki sebeplerden ibarettir. Lâkin bu memnuiyet, kendilerine vasiyet yapılmamış olan mirasçılardan vasiyeti kabul etmeleri halinde câri değildir. Zira bu halde, vasiyete râzı olan mirasçılar, hakikati halde üzerinde kendilerinin de hissesi olan tasarruf nisabındaki hisselerinden lehine vasiyet edilen mirasçı menfaatine feragat etmişlerdir.

Vâki izahatdan çıkan ve “vârise vasiyet yoktur” şeklindeki memnuiyetin bir istisnasını teşkil eden netice şudur: Vârislerin mirasındaki hisseleri aynı olmadığı takdirde az hissesi olan vârise, mûrisin tasarruf nisabı üzerinden vasiyet yapması hadisi şerifin şumulüne girmemek lâzımdır. Meselâ bir kimse hayatta kalan eşine vasiyet yapsa, bundan olan çocuklarına yapmasa, bu vasiyet sebebiyle anaları ile çocuklar arasında husumet hâsıl olacağı kolay kolay düşünülmez. İşte bu gibi hallerde “vârise vasiyet yoktur,” esasının istisnaya tâbi tutulabileceğini şehsen benimsemek meylindeyiz. Çünkü değil yalnız Hadisleri, Kur’anı kerimi bile yalnız lafzı ile değil, ruhu ile tefsire tâbi tutmak müşterek hukukun, binnetice, ilâhî ve beşerî hukukun müşterek ve kat’î bir esasıdır. Bu gün de böyledir. Kanunlar yalnız lafızlarıyla değil, ruhlariyle de uygulanır².

b) İslâm hukukunda ehil olmayanın vasiyeti kendiliğinden hükümsüzdür. Yani bu vasiyetin hükümsüz olması için mirasçılardan iptal davası adıyla bir davâ açmaları gerekmez. Binnetice, islâm miras sisteminde hâkim, vasiyetin hükümsüzlüğünü re’sen nazara alarak tenfizinden içtinab etmek yetkisine sahiptir. Halbuki İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında ve bu kanunların miras sistemini kabul etmiş diğer kanunlarda hattâ bir deli tarafından yapılmış olan vasiyet, kendiliğinden hükümsüz değildir. İptal davası ile hükümsüz kılınmış olmak lazımdır. Aksi halde normal bir insanın, yani ölüme bağlı tasarruf ehliyetine sahip bir kimsenin vasiyetinden farksızdır. Hâkim, bu hukuk sistemlerinde, vasiyetin butlanını re’sen nazara da alamaz³.

(Devam edecek)

1 Hadis sahihtir. Zira Kur’anı Kerime de uygundur. Filhakika, Ahzab suresinin 6 ncı âyetinde “şu kadar ki husum olmayan dostlarınıza vasiyet ile iyilik edebilirsiniz” mealinde kayıt vardır. ayeti celilenin mefhumu muhalifinden mirasçıya vasiyet olmadığı anlaşılıyor.

2 İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının 1 nci maddeleri de keyfiyeti açıkca ilân etmiş bulunmaktadır. Bu maddeler şöyledir: “Kanun lafız veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer’idir...”

3 Gerekçeler ve teferruat için adı geçen makalemize bakınız.