

# İslam Hukukunda Evlilik Dışı İlişki Sonucu Dünyaya Gelen Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu

**Adnan KOŞUM\***

## **Abstract**

*The status of illegitimate child in the law systems has been discussed for long time. Because of social, legal and moral importance, every law system needed to discuss the subject. As illegitimate child can not inherit his biological father, we will discuss the situation of illegitimate child in Islamic law.*

**Key Words:** *Islamic law, illegitimate child, genealogy.*

## **A. Giriş**

Evlilik dışı çocukların hukukî durumları hukuk sistemlerinde öteden beri tartışılabilen bir olgudur. Meselenin sosyal, hukukî ve ahlâkî önemi sebebiyle hukuk sistemleri bu olguyu aile hukukunun bir konusu olarak tartışma ihtiyacını duymuştur. İslâm hukukuyla ilgili olarak da günümüzde çok sorulan ve tartışılan konulardan biri evlilik dışı çocukların mirastan mahrumiyeti meselesidir. Biz burada sorunu yalnızca zina ürünü çocukların babalarına mirasçılığı çerçevesinde ele alıp, karşılaştırma imkanı vermesi açısından konu ile ilgili tarihi gelişimi ve günümüz sistemlerini inceleyeceğiz. Çalışmamızda, günümüzde hararetle tartışılan ve güncelliğini koruyan bu meseleye<sup>1</sup> farklı bir boyut ve bakış açısı kazandırması ümidiyle İslâm hukukunun yaklaşımını ortaya koymaya gayret edeceğiz.

\* **Doç. Dr.**, S.D.Ü. İlahiyat Fakültesi, e-posta: akosum@ilahiyat.sdu.edu.tr

1 Konu ile ilgili olarak internet sitelerinin bile bulunması meselenin boyutlarını ve önemini göstermesi açısından anlamlıdır. Bkz. [www.evlilikdisicocuk.com](http://www.evlilikdisicocuk.com)

## B. Günümüz Hukuk Sistemlerindeki Düzenlemeler

Evlilik dışı çocukların miras durumlarının hukuki ve mali açıdan düzeltilmesi girişimi, XVIII. yüzyılda rasyonalizm akımı ile başlamış, evlilik birliği dışındaki bir doğum olayının kişinin hayatını etkileyen bir neden sayılmaması ve bu çocuklarla evlilik içi doğanlar arasında eşitlik sağlanması gerektiği savunulmuştur.

Batıda XIX. yüzyılın ortalarında sosyalist akımın savunucuları; burjuva düzeninin, evlilik dışı çocukları ve analarını yoksulluğa ve çaresizliğe sürüklediğini, burjuvaların kendi sınıf çıkarlarının sarsılmaması, babalık davaları ile karşılaşmaması, çalışan sınıftan aralarına sızmaların olmaması gibi nedenlerle mevcut düzenin sürmesini istediklerini, yasaları bu biçimde düzenlediklerini ileri sürmüşlerdir.

Kadınlara erkeklerle eşitlik sağlanması yolunda uğraş veren “feminist” hareket mensupları da, evlilik dışı ilişkilerin ürünü olan çocukların durumlarının düzeltilmesini istemişlerdir.

Nihayet, bir milletin dirliğinin ve geleceğinin sağlam yapılı nesillerin yetişmesine bağlı olduğunu, bütün çocukların fizik ve moral yönünden en iyi biçimde yetiştirilmesinin devletin önemli bir görevi olduğunu benimseyen akım da, evlilik dışı çocukların durumlarının iyileştirilmesinde ciddi bir etken olmuştur. Çocukların korunup bakılmasının, yalnız aileye ait bir iş değil, aynı zamanda milletçe üstlenilmesi gereken bir görev olduğu yolundaki görüşler ortadaki farklılığın giderilmesini sağlamada etkisini göstermiştir.<sup>2</sup>

Yüzyılımızda, gelişen hümanist (insancıl) düşüncelere paralel olarak evlilik dışı çocuğun, evlilikten bağımsız bir değer olarak korunması fikri güç kazanmış ve çağdaş Anayasalarda bu konuda hükümler getirilmiştir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra batıda başlatılan “Nesep hukuğu” alanındaki eşitlik hareketi Avrupa ülkelerinin çoğunda geniş bir kabul görmüştür.

Norveç, Danimarka, Sovyet Hukuk Sistemleri, evlilik dışı çocuklarla, sahipsiz çocuklar arasındaki farkı kaldırmışlar; bu alanda öncü olmuşlardır. Fransa, 1964, 1970 ve özellikle 1972 yıllarında çıkardığı yasalarla, evlilik dışı çocukların oldukça kötü olan durumlarını düzeltmiş, evlilik dışı çocuklarla, evlilik içi çocukların ana ve babalarıyla olan ilişkileri bakımından haklarda ve görevlerde eşit olduklarını açıkça kabul etmiştir

2 Anayasa mahkemesinin 1987/1 esas sayılı, 11/09/1987 tarihli, 1987/18 sayılı kararı.

(MK. md. 334). İtalya, 1975 yılında çıkardığı kanunla evlilik dışı çocukların hukuki durumunu evlilik içi çocuklarla eşit hale getirmiştir. 1949 tarihli Bonn Anayasası, getirdiği yeni kural ile, nesebi sahih çocuklarla, evlilik dışı çocuklar arasındaki büyük farkın giderilmesini öngörmüş, her iki tür çocuğun aynı şartlara sahip olmaları için yasal düzenlemenin yapılmasını istemiştir. Gerekli değişikliğin uzun süre gerçekleştirilmemesi üzerine; Alman Anayasa Mahkemesi, 1969 yılında verdiği bir kararla; gerekli reformun yapılmaması halinde, anayasa hükmünün doğrudan uygulanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bunun üzerine aynı yıl çıkarılıp 1970 yılında yürürlüğe giren bir kanunla, evlilik dışı çocuklar evlilik içi çocuklarla aynı hukukî düzeye gelmişlerdir. İngiltere ise, 1969 ve 1975 yıllarında çıkardığı reform yasaları ile evlilik dışı çocukların durumunu geniş ölçüde düzeltmiştir.

Avrupa ülkelerinde oluşan reform hareketleri, İsviçre'yi de etkilemiş, sonuçta, 15 Haziran 1976'da çıkarılan bir kanunla; Medenî Kanun'un evlilik dışı çocuklarla ilgili hükümleri hemen hemen tamamen değiştirilmiştir. Reform Yasasına göre; baba yönünden, evlilik içinde doğmuş çocuklarla, evlilik dışında doğan ancak tanıma veya babalık hükmü sonucu meydana gelen nesep arasındaki fark kalmamıştır. Böylece her iki çocuk arasında eşitlik sağlanmış, iki çeşit babalık davası sistemine son verilerek bir tek babalık tespit davası kabul edilmiştir (İsviçre MK. md. 252 ve 261).<sup>3</sup>

Türk Medeni Kanunu'nun nesebi sahih olmayan hısımlara mirasçılık hakkını vermeyen 443. Maddesi, Anayasa mahkemesi tarafından 29.3.1988 tarihli RG.'de yayımlanan kararla iptal edilmiş, nihayet 23.11.1990 tarihli ve 3678 Sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle, nesebi sahih olanlarla olmayanlar eşit hale getirilmiştir.<sup>4</sup>

T.C. Anayasası, 90/son maddesinde yöntemince yürürlüğe konulmuş bulunan Uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu kabul etmiş ve bunun ötesinde antlaşma hükümlerinin Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülemeyeceğini öngörmüştür. Bu çerçevede hemen şunu belirtelim ki, uyuşmazlık konusunun kişiliğe

3 Bu konuda bilgi için bkz. Makrohukuk@makrohukuk.com.tr; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, s. 76, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987; İmre, Zahit-Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, s. 30, Der Yay., İstanbul, 1995; Erman, Hasan, *Evlilik D Çocuğun Mirasçılığı*, s. 433-443, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 62, sy: 7-8-9, 1988; Oğuzman, Kemal, *Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı*, (İlhan Öztrak'a Armağan), s. 303-310, AÜSBFD, Ocak-Haziran, 1994.

4 Oğuzman, a.g.m., s. 303.

bağlı dokunulamaz, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlerle ilgili yönü tartışmasıdır. Herkesin babasını bilmek, onun soyadını taşımak, nüfusu-na yazılmak vatandaşlığını kazanmak ve yasal mirasçısı olmak, kısaca, baba ile hukuksal ilişki kurmak hakkı vardır.

Evlilik dışı çocuğun durumu çağımızdaki bildirge ve sözleşmelerde de yer almıştır. 1945 yılında kabul edilen Türkiye ve Birleşmiş Milletler'in ve tüm üyelerinin imzalayıp onayladığı "Birleşmiş Milletler Anayasası" gereğince oluşturulan "İnsan Hakları Komisyonun" hazırladığı ve Birleşmiş Milletler Kurulunca kabul edilip 10 Aralık 1948 tarihinde dünyaya ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin kimi maddelerinde özetle; temel hak ve özgürlüklere sahip olmak bakımından insanlar arasında, doğuş ayrımı ve ayrıcalığı olmadığı, her insanın hukuk kişiliğinin tanınmasını ve buna uyulmasını isteme hakkının bulunduğu, bütün çocukların evlilik içi veya dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın aynı sosyal korumadan yararlanması gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır (md. 25, f. 2).

### C. Türk Hukukundaki Tartışmalar

Zina mahsulü çocuk konusunda hukuk sistemleri değişik tutum ve tavır takınmışlardır. Bu hususta Türk hukuk doktrinindeki yaklaşımları iki temel kategoride toplamak mümkündür.

Bunlardan birincisi evlilik dışı çocuklara sahih nesepli çocukların hukukî konumunu tanımak istemeyen akımdır. Sözü konusu akım mensubu hukukçular aile kurumunun nüfuz ve otoritesini savunma iddiasındadır. Onlara göre, meşrû olmayan birleşmeleri önlemek, ahlakın bozulmamasını sağlamak amacı ile böylesi bir hukukî düzenleme zorunludur. Evlilik dışı birleşmelerin ürünü olan çocukların evlilik ürünü çocuklarla aynı haklara sahip tutulmaması, aksine bunlar arasında fark gözetilmesi inancında olanlar (meşrû olmayan birleşmeleri önlemek, genel ahlak kurallarının bozulmasına engel olmak ve evlilik kurumunun, kısaca ailenin toplumun temeli olduğu görüşüne gölge düşürmemek) düşüncesine dayanırlar.<sup>5</sup>

Gerçi çocuğun, evlilik içinde veya dışında bir birleşmenin ürünü olmak veya olmamak kendi elinde değildir; fakat eğer evlilik dışı çocuklara da, evlilik içi çocuklara tanınan hakların aynısı tanınırsa, bu günahı işleyen ana-babaların sayısının artacağından ve aile kurumuna karşı duyulan

5 Feyzioğlu, Necmeddin-Feyzi, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986, s. 521.

lan saygı ve ihtiyacın ortadan kalkacağından dolayısıyla evlenme ile serbest birleşme arasındaki sınırların ortadan kalkması gibi tehlikeli bir sonuca götüreceğinden şüphe etmemek lazımdır.

Bugün toplumda evlilik dışı ilişkilerden bir çekinme, hiç olmazsa çocuk yapmama konusunda ciddi bir gayret vardır; eğer toplumun onaylamadığı bu davranışın evlilikten farksız hükümlere tabi tutulduğu görülürse, o zaman bu çekinme ve gayretten ortada iz bile kalmaz. Böyle bir yaşamın sahiplerinin çoğunluğu teşkil ettiği bir toplumda ise “aile toplumun temelidir” sözü, fanteziden ve özentiden öte bir anlam ifade etmez.<sup>6</sup>

İkinci gruptaki hukukçuların yaklaşımı ise, evlilik dışı çocuğa hukukî açıdan sahih nesepli çocuk gibi muamele edilmesi gerektiğidir. Onlara göre bir çocuğun evlilik içi veya dışı bir ilişkinin ürünü oluşu kendi elinde olan bir şey değildir. Toplumun evlilik dışı ilişkileri hoş görmeyişi ve bunu evlilik kurumunu tahrip eden davranışlar olarak nitelendirilişi dahi, bu ilişkide hiç bir kusuru ve rolü olmayan çocukların farklı statüye ve farklı hükümlere tabi tutulmasını haklı kılmaz. Evlilik dışı çocuğun babasından hiç miras alamaması veya sahih nesepli çocuğa onun iki katı miras verilmesi adil bir çözüm sayılamaz.<sup>7</sup>

Aile birliğinin korunması iddiası konuyla doğrudan ilgili olmaması dolayısıyla haklı bir neden olarak ileri sürülemez. Bir grup çocuğu iterek, horlayarak, onları kimi temel haklardan yoksun bırakarak aile birliğinin korunacağını düşünmek, bu sosyal olguya, gerçekçi bir çözüm olamaz. Çünkü aile birliğini tehlikeye atan ve huzursuzluk yaratan bu tür çocuklara kimi temel hakların tanınması değil, bu duruma zemin hazırlayan normal olmayan kadın-erkek ilişkilerinin varolması ve sürmesidir. Çocuk bu tür ilişkilerin etkeni değil ancak bir ürünüdür. Toplum yaşamında önemli olan, bu tür ilişkilerin sonucu doğan çocuğu, toplum dışına iterek ve kimi haklardan yoksun kılarak cezalandırmak değil, onu ortaya çıkaran anormal ve toplumun değer yargıları açısından da ahlaklı davranış sayılmayan ilişkileri yok etmektir.<sup>8</sup>

Yine söz konusu görüşü savunanlara göre, zina ürünü çocukların babalarına hukukî olarak bağlanmalarının aile kurumu zararına serbest birleşmeleri artıracığı düşüncesinde de isabet bulunmamaktadır. Evlilik dışı çocukla babası arasında nesep bağının kurulmasına izin verilmesi, hiç

6 Feyzioğlu, a.g.e., s. 521.

7 Feyzioğlu, a.g.e., s. 519.

8 Anayasa mahkemesinin 1987/1 esas sayılı, 11/09/1987 tarihli, 1987/18 sayılı kararı, s. 9

kusuru ve katkısı olmaksızın toplumda güç duruma düşürülen çocuğun korunması ile ilgili bir önlem olup, bunun serbest birleşmeleri artırmaya yönelik bir yanı yoktur. Aksine, serbest birleşmeleri bir ölçüde önlediği savunulabilir. Zira evlilik dışı bir ilişkiden doğacak çocuğun mirasçısı olmayacağını bilen kişi hiç bir sorumluluk duymaksızın bu tür bir ilişkiye girebilir. Bu kişinin, doğacak çocuğun mali, sosyal ve hukukî sorumluluğunu taşıyacağını bilmesi kendisini daha dikkatli davranmaya itebilir.<sup>9</sup>

Öte yandan bu hüküm bir bakıma ceza niteliğindedir. Ceza suç işleyene verilir. Masum, her şeyden habersiz, kendi iradeleri dışında dünyaya gelmiş olan çocuklara ana ve babalarının günahları için ceza çektirilemez.<sup>10</sup> Zira, meşrû olmayan birleşmelerde çocuk bu eylemin ortağı değil, ürünüdür. Cezanın ona değil, ana babaya verilmesi hukuka uygundur. Bunun zıddını düşünmek insan hak ve duyguları ile telif edilemez.<sup>11</sup>

## **D. İslâm Hukukunda Zina Ürünü Çocukların Mirasçılığı**

### **a. Kavramsal İçerik**

İslâm hukukunda veled-i zinâ ve veled-i mülâane kavramlarının yerine Medeni Kanun'da evlilik dışı çocuk ya da nesebi gayri sahih kavramları kullanılmaktadır. Ancak bu kavramlara Medenî Kanun'un kabul etmediği dînî nikahla meydana gelmiş evlilik ürünü çocuklar da dahil edilmektedir. Medenî Hukukun öngördüğü şekil ve şartlar; medenî nikah zorunluluğu, evlenmenin, ancak evlendirme memuru önünde yapılması ve tek kadınla (monogamik) ve tek koca ile (monoandrik) evlenme zorunluluğudur. Dolayısıyla bu şartları taşımayan evlilik mahsulü çocuklar M.K. tarafından evlilik dışı kabul edilmekte ve İslâm hukuku açısından meşrû kabul edilen evlilikler, evlendirme memuru önünde yapılma şartını yerine getirmediüklerinden ve birden fazla evliliğe izin verilmediğinden M.K. tarafından gayri meşrû kabul edilmektedir.<sup>12</sup> Bu mülâhazayla İslâm hukukuna ilişkin kullanımlarda evlilik dışı çocuk veya nesebi sahih olmayan

9 Anayasa mahkemesinin 1990/15 esas sayılı, 28/02/1991 tarihli, 1991/5 sayılı kararı, s. 17-18.

10 Anayasa mahkemesinin 1987/1 esas sayılı, 11/09/1987 tarihli, 1987/18 sayılı kararı, s. 4.

11 Feyzioğlu, a.g.e., s. 520.

12 Mezkur şartlardan dolayı MK. yurt içinde doğan yaklaşık her iki çocuktan birini evlilik dışı saymaktadır. Hatemi, Hüseyin-Serozan Rona, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 373.

çocuk ifadelerini kullanmama tercih edilmiştir. Veled-i zina ve veled-i mülâane kavramlarının her ikisini de içermek üzere “zina ürünü çocuklar” tabirini kullanmanın daha isabetli olacağını düşünülmüştür.

Diğer taraftan İslam hukukunda zina kavramı da TCK. dan farklılık arz etmektedir. TCK, bekarların zinasını zaten suç kabul etmemektedir. Diğer yandan TCK’un evli erkeğin zinasını düzenleyen 441. maddesi 1996 yılında ve evli kadının zinasını düzenleyen 440 maddesi ise, 1998 yılında Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Kararın 13.3.1999 günlü, 23638 sayılı Resmi Gazete’de yürürlüğe girmesinden sonra karı ve koca için zina suç olmaktan çıkmıştır. Halbuki her iki fiil İslâm hukuku tarafından suç olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle konuyu İslâm hukuku açısından değerlendirirken, işaret ettiğimiz farklı yaklaşım tarzı her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

## b. Nesep Bağı

Nesep bağı, kişinin sosyal mensubiyetinin ilk ve önemli halkasını oluşturur. Fiili olduğu kadar psikolojik, sosyal ve ahlakî açılardan kişi için önemli olduğundan dolayı şahıs, aile ve miras hukukuyla da ilgili önemli sonuçlar taşır. Bu yüzden İslam hukukunda nesep bağına çok önem verilmiştir. Öte yandan Allah Teâlâ nesebi insana bir lütuf olarak verdiğini belirtmek üzere şöyle buyurmaktadır: “*Ve O sudan insanı yaratandır. Ondan nesep ve sıhriyyet yoluyla akrabalık kılmıştır. Rabb’in her şeye kadirdir.*”<sup>13</sup> “*Sur’a üflendiği zaman, o gün insanların arasında soylar yoktur ve onlar birbirine soylarını sormazlar (çünkü artık bunun bir fonksiyonu kalmadığını herkes anlamış olur)*”<sup>14</sup> Bu nedenle İslâm hukukunda nesep bağına korumaya yönelik tedbirler alınmış ve bu yöndeki düzenleme ve yaptırımlarla nesebi ve evlilik kurumunu koruma hedefi gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.<sup>15</sup>

Evlilik dışı bir ilişkinin ürünü olan çocukların annesi ile nesep bağı sadece onu doğurmuş olması maddi vâkiasına dayanır. Çocukla annesi arasında doğrudan doğruya bir hukuksal ilişki doğar; soyut doğum olayı ile çocuk annesine nispet olunur ve annesinin hısımlarıyla onun arasında hukuken kan hısımlığı gerçekleşir. Çocuğun babaya nispeti ise ancak dört

13 Furkân, 54.

14 el-Mü’minün, 23/101.

15 Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fikhiyye Kamusu*, III, İstanbul, t.y., s. 397.

durumda gerçekleşebilir. Sahih veya fasit evlilik, şüpheye dayalı birleşme ve erkeğin çocuğun nesebini kabul etmesi. İslâm hukuku, cahiliyye devrinde görülen, zina yoluyla doğan çocuğun nesebini erkeğe bağlama uygulamasını kaldırmıştır. Bu duruma göre meşru veya fasit evlilik yahut şüpheye dayalı cinsel birleşme dışındaki cinsel birleşme ürünü çocuklar “veled-i zina” gurubuna girerler. İslam hukuku ağır suç saydığı zina gibi bir fiil sonucu meydana gelen çocukların biyolojik baba ile olan ilişkilerine hukukî ve malî sonuçlar bağlamamıştır. Evlilik dışı bir ilişkinin ürünü olan çocuğun, doğal babası ile -başlangıçta- hiç bir nesep bağı yoktur. Gerçekte o erkeğin çocuğun hakiki babası olduğu herkesçe biliniyor olsa bile, o çocuğun -baba açısından- nesebi yoktur. Bu durumdaki çocuk nesepsizdir, halk deyimiyle piçtir.<sup>16</sup> Diğer taraftan günümüz hukuk sistemlerinde görüldüğü şekliyle babasının ikrar etmediği bir çocuğun nesebinin mahkeme kararıyla bir erkeğe bağlanması da mümkün değildir.

### c. Zina Ürünü Çocukların Mirasçılığı

İslâm hukukunda nesebi gayri sahih çocuklar iki kategoriye ayrılır. Birincisi teknik deyimle veled-i mülâane, ikincisi ise veled-i zinadır. Veled-i mülâane diye isimlendirilen hukukî müessese İslâm hukukuna özgü bir müessese olan liân'ın hukuki bir neticesidir. Karısının dünyaya getirdiği çocuğun kendi çocuğu olmadığını öne süren koca, bu iddiasını doğrulayacak delili yoksa karısını dolaylı olarak zina suçu ile itham etmiş olur. Bu durumda karı-koca arasında Kur'ân'da şekli belirlenmiş bir lanetleşme yapılır.<sup>17</sup> Özet olarak, koca iddiasının doğru olduğuna, eşi de kocasının yalan söylediğine dörder kere yemin ettikten sonra koca eğer kendisi yalancı ise, kadın da eğer kocası doğru söylüyorsa Allah'ın lanetinin kendi üzerine olmasını dilerler. Bu şekil yerine getirildikten sonra yargıç nikah akdini fesheder ve çocuğun nesebi ana tarafından sabit, fakat baba tarafından meçhul kabul edilir. Bu durumdaki çocuğa veled-i mülâane denir.

Veled-i mülâanenin annesine mirasçı olacağında, fakat annesiyle lanetleşme (liân) yapan kişiye babalık iddiasıyla mirasçı olamayacağında görüş birliği (icmâ) vardır.<sup>18</sup>

16 Bilmen, a.g.e., III, 406; Feyzioğlu, a.g.e., s. 518.

17 Nûr, 24/4-9.

18 Şevkanî, *Neylü'l-Evtâr*, VI, 66 (75); Ebû Zehrâ, Muhammed, *Ahkâmü't-Tarikât ve'l-Mevâ-ris*, Dârü'l-Fikri'l-Arabî, t.y., s. 261-2.



Veled-i zinâ ise bir kadının nikahsız veya nikah şüphesi<sup>19</sup> bulunmaksızın dünyaya getirdiği çocuktur. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre çocuğun nesebe konu olabilmesi ve bu bağlantıda mirasçı olabilmesi taraflar arasında hukuki ilişkinin varlığına bağlıdır. Nikahsız olarak dünyaya getirilmiş olan çocuğun babası bilinse dahi, zina mahsulü oluşu onun babasına mirasçı olmasına engeldir. Nesebin sübutu bir nimet telakki edildiğinden, İslam hukukunun suç saydığı zina fiili, nesep gibi bir nimet ve mirasçılık için sebep görülmemiştir.<sup>20</sup>

İbn Teymiye'ye göre çocuk, zina mahsulü olduğunu itirafla birlikte çocuğun kendisine ait olduğuna iddia eden erkeğe varis olur. Tabii başkasıyla evli olduğu halde veya boşandıktan sonra iddet beklerken bir kadının dünyaya getirdiği çocuk hakkında böyle bir iddianın hüküm ifade etmeyeceğinde ittifak vardır.<sup>21</sup>

İmâmiyye mezhebine göre veled-i mülâane anne tarafına mirasçı olur. Anne tarafından akrabaları da veled-i mülâaneye mirasçı olurlar. Ancak veled-i zina ne anne tarafına ne de baba tarafına mirasçı olabilir. Onlar da veled-i zina'ya mirasçı olamazlar. İmamiyye'nin gerekçesi, Ehl-i sünnet ile aynı paralelde olup onlara göre de zina fiilini işleyenler şer'an çocuğun ana-babası değildirler ve zina ürünü çocuk bir cerimenin (suç) mahsulüdür. Miras bir nimettir. Suç ise nimetin sebebi olamaz.<sup>22</sup>

İslâm hukukunda evlilik dışı ilişkilerden olan çocukların (veled-i zina, veled-i mülâane) babalarına mirasçı olamamalarına ilişkin yukarıda mezkur hükümlerin dayanağını hadisler teşkil etmektedir. Konu ile ilgili bir hadiste "Çocuk döşeğe aittir. Zina edene ise mahrumiyet vardır."<sup>23</sup> buyuru-

19 İslâm hukukuna ait bir kavram olan nikah şüphesi için bkz. Derdîr, Seydî Ahmed, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, II, 219, Dârü'l-Fikr, Beyrut, ts.

20 Hasen Hâlid-Adnan Necâ, *el-Mevâris fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, s. 282, Beyrut, ty; Ebû Zehrâ, a.g.e., s. 261.

21 Ebû Zehrâ, a.g.e., s. 264. Çoğunluğun bu görüşlerine rağmen İbn Rüşd, isimlerini vermemekle birlikte azınlığı teşkil eden bir grup alimin cumhur'dan ayrılarak zina mahsulü olan çocukların babalarına mirasçı olabilecekleri kanaatinde olduklarını belirtir. Bkz. İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktasid*, II, 300, Kahraman Yayınları, İstanbul 1985. Veled-i zina ve veled-i mülâane biyolojik babalarına mirasçı olamamakla birlikte anneye ve onun hısımlarına mirasçı olurlar.

22 El-Halebi, Hamza b. Zehre, *Ğunyetü'n-Nüzû' ilâ ilmi'l-Usûl ve'l-Furû*, XXII, 264, Mektebetü'n-Nûr, Kum, ty.; İclî, İbni İdris, *Es-Serâir el-Hâvi li Tahrîri'l-Fetâvâ*, XXII, 348, Mektebetü'n-Nûr, Kum, ty.; Aktan, Hamza, *Mukayeseli İslâm Miras Hukuku*, s. 60-61, İstanbul, 1991; Zühayli, Vehbe, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletühü*, VIII, 430-1, Dârü'l-Fikr, Dımaşk, 1989.

23 Bazı varyantlarla birlikte bkz. Buhârî, Hudûd 23, Ferâiz 18, 28, Buyû, 3, 100, Husû-

lur. Hadisteki “*el-veledü li'l-firâş*” ifadesine göre, çocuğun nesebi kural olarak anne ile meşru ilişkiye hak sahibi olan erkeğe aittir. Zina durumunda ise, nesep babaya nispet edilemeyeceği için çocuğa mirastan pay verilmez. Hz. Aişe'den gelen bir diğer rivayette şöyle bir olay anlatılır: “*Utbe Ibnu Ebi Vakkas, kardeşi Sa'd'a: “Zema'a'nın cariyesinden doğan oğlan bendendir, ona sahip çık” diye vasiyet etmişti. Fetih yılında, Sa'd onu yakalayıp: “Bu, kardeşimin oğludur, kardeşim onu bana vasiyet etmişti” dedi. Abd Ibn Zema'a da: “O, benim kardeşimdir ve babamın cariyesinin oğludur, onun yatağında doğmuştur!” dedi. Problemin halli için Rasûlullah'a koştu- lar. Sa'd “Ey Allah'ın Resûlü! Bu kardeşimin oğludur. Kardeşim onun hakkında bana vasiyette bulundu. Hele onun benzerliğine de bakın!” dedi. Abd: “O benim kardeşimdir ve babamın cariyesinin oğludur. Babamın yatağında doğdu!” dedi. Rasûlullah ona baktığında Utbe'ye açık bir benzerlik gördü. Sonra: “Bu sana aittir ey Abd Ibnu Zema'a. Çocuk yatağa aittir, zâni için de mahrumiyet vardır” buyurdu. Sonra da Sevde Bintu Zem'a'ya: “Bu(nu kardeşin bilme, ihtiyat et, ona karşı) örtün!” diye emretti. Bu emri, onun Utbe'ye olan benzerliği sebebiyle vermişti. O, kadını, vefatına kadar göremedi. Sevde, Rasûlullah'ın zevcesi idi.”<sup>24</sup>*

Yine Amr ibn Su'ayb'dan gelen bir rivayet: “*Bir adam kalkarak: “Ey Allah'ın Rasûlü! Falan benim çocuğumdur. Cahiliye devrinde ben annesiyle zina yapmıştım!” dedi. Rasûlullah şu cevabı verdi: “İslâm'da (neseb) iddiası yok. Cahiliye işi bitti artık. Çocuk yatağa aittir, zâniye de mahrumiyet vardır!”<sup>25</sup>* şeklindedir. Aynı sahabî'nin naklettiği bir diğer rivayet “*Resûlullah aleyhissalâtu vesselâm, varisler tarafından babaya nisbeti talep edilip de, (hayatında inkâr etmediği için) babanın ölümünden sonra nesebe dahil edilen bu çocuğun o babanın cima yaptığı gün mülkünde bulunan cariyeden doğmuş olması halinde, varislere ilhak edilmesine; ancak çocuğa, bu ilhaktan önce taksim edilen mirastan herhangi bir payın geçmeyeceğine; fakat taksim edilmeyen mirastan pay alacağına; çocuğun kendisine nisbet edildiği baba, şayet ölmezden önce çocuğun kendisinden olduğunu inkâr etmişse, bu*

mât, 6, Vasâyâ, 4, Meğâzî, 53, Ahkâm, 29; Müslim, Radâ', 36, 37; Ebû Dâvûd, Talak, 34; Tirmizî, Rada', 8, Vesâyâ, 5; Nesâî, Talak 48; İbn Mâce, Nikah, 59, Vesâyâ, 6; İmam Mâlik, Muvatt, Akdiye, 20. Şevkânî, *Neylül-Evtâr*, VI, 279. Çoğu şârihe göre buradaki döşekten kasıt kadındır. Bazen erkek ve kadının yatması hali de anlatılmak istenir. Şii kaynaklarından Serâir'de hadisteki döşekten kastın akit ve cinsel ilişki imkanı olduğu ifade edilmiştir. XXII, 348.

24 Buhârî, Vesâyâ 4, Buyu' 3, 100, Husûmât 6, Itk 8, Ferâiz 18, 28, Hudûd 23, Ahkâm 29; Müslim, Rada' 10, 36; Muvatta, Akdiye 20; Ebû Dâvûd, Talak 34; Nesâî, Talak 48, 49.

25 Ebû Dâvûd, Talak 34.

çocuğun o babaya ilhak edilemeyeceğine; eğer çocuk mülkünde olmayan bir cariye den veya kendisiyle zina yaptığı bir hür kadından ise, bu çocuğun da o babaya ilhak edilmeyeceğine ve o babaya varis olamayacağına, -hatta çocuk kendisine nisbet edilen şahsın bizzat kendisi, onun hür veya köle kadından edindiği veled-i zinası olduğunu itiraf etse bile- o çocuğun varis olmayacağına hükmetti.”<sup>26</sup> şeklindedir.

Bir başka hadiste “Hür veya cariye bir kadınla gayri meşrû ilişkiye giren kimsenin çocuğu veled-i zinadır. Ne mirasçı olabilir. Ne de kendisine mirasçı olunabilir.”<sup>27</sup> buyrulur. Ne var ki gerek hadîs-i şeriflerde, ne de hadîs-i şeriflerin yorumlandığı çoğu şerhlerde ve söz konusu hükümlerin yer aldığı fıkıh kaynaklarında bu hükümlerin gerekçesi ve felsefesi belirtilmemiştir.

Evlilik dışı ilişkilerden olan çocuklara miras payı verilmemesinin gerekçeleri olarak hukukî, sosyal, kriminolojik ve ahlâkî açılardan bakma mecburiyeti vardır. Tarihi süreçte de, konu aynı alanlarla iç içe değerlendirilmiştir.

Hukukî açıdan bakıldığında İslâm hukukunda zina, nesebin ispatı için uygun bir sebep olarak görülmemiştir.<sup>28</sup> Veledi zina babaya nispet edilemez. Zira nesebin sabit olması yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bir nimettir. Nimete kavuşmak masiyet değil Allah’a itaat, yani onun yasaklarından kaçınmak suretiyle olur. Onun yolu da nikahtan geçer.<sup>29</sup> Bu nedenle ikrarda bulunan kişi, ikrarında çocuğun kendisinden zina sebebiyle geldiğini açıkça ifade ederse ikrar batıl olur. Zira nesep bir nimet olduğundan, haram bir yol ile bu nimete nail olunamayacağı belirtilmiştir.<sup>30</sup> Böylesi bir normun konuluş amacına gelince: Bilindiği gibi bütün din, ahlak ve modern hukuk sistemleri insan neslinin beden ve ruh sağlığı bakımından önemi sebebiyle yakın kan bağı olanlar arasında evliliği ve evli olmayanlar arasında cinsel birleşmeyi yasaklamıştır. İşte nesep ilişkisi bu koruma amacının bir unsuru olup, miras hakkının da nesep ilişkisine bağlanması normun koruma amacını gerçekleştiren bir hüküm olarak kabul edilmelidir.

26 Ebû Dâvûd, Talak 30.

27 Ebû Dâvûd, Ferâiz, 9; Tirmizî, Ferâiz, 21; İbn Mâce, Ferâiz, 14; Dârimî, Ferâiz, 45; Şevkânî, *Neylül’-Evtâr*, VI, 66.

28 Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkühü’l-İslâmî ve Edilletühü*, VII, 673.

29 Şafîî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris, *Ahkâmu’l-Kur’ân*, II, 190, Dârü’l-Kütübü’l-İlmiyye, thk. Abdül-Ğani Abdül-Hâlik, Beyrut, 1400.

30 Zühaylî, a.g.e., VII, 692.

Zina fiilinin işlenmesi sonucu oluşan zarar kamuyu derinden etkilemekte, onarılması güç büyük zararlar vermektedir. Zina mahsulü çocuğa mirastan pay verildiği takdirde toplumdaki ahlâkî değerler bozulmakla karşı karşıya kalacak, zina fiiline ödün verilmiş olacak, toplumun çekirdeğini oluşturan ailenin bağları hafife alınacak, kısacası umumi bir zarar meydana gelecektir. Diğer taraftan zina mahsulü çocuk da mirastan mahrum bırakılmak suretiyle bizzat kendisi zarara uğrayacaktır. Esasen bu durum herkesin kendi fiilinden sorumlu olması, cezanın ancak suçu işleyene verilmesi<sup>31</sup> şeklinde ifade edilen cezanın şahsiliği ilkesine de aykırıdır. Ne var ki böyle durumlarda İslâm hukuku kamu yararını öne almış ve “zarar-ı âmmî def için zararı hâs ihtiyar olunur” kuralı getirilmiştir.<sup>32</sup> Toplumun temeli olan aileyi temelinden sarsan zinayı engellemek için sözü geçen gayr-ı meşrû fiilin meyvesi olan çocuk hukuki olarak miras açısından tanınmamıştır. “Çocuğun yararı” “kamu yararı” ikileminde ehemmiyetine binaen kamu yararı tercih edilmiştir.

Kamunun yararının kişilerin yararına üstün tutulacağı yolundaki ilkenin Medenî kanunda da göz önünde alındığını gösteren madde vardır. Nitekim Medenî kanununun 292. madde<sup>33</sup> sini yorumlayan bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “Evlenmeleri yasak olan yakın akrabaların birleşmelerinden meydana gelen çocuklara fücür mahsulü çocuk adı verilir. Gerçekte bu kişiler, tamamen kusursuz ve masum olmalarına rağmen, toplum onlara iyi gözle bakmamakta ve zaman zaman horlamakta, ana-babalarına duyulan hıncı onlardan almaya çalışmaktadır. İşte kendilerinin doğum olayında hiç bir kusur ve katkıları olmamasına rağmen sırf toplumu tatmin etmek için ve özellikle ammenin yararının, kişilerin yararına üstün tutulacağı yolundaki ilkeyi gözeten yasa koyucu, fücür mahsulü çocukların tanınmasını yasaklamıştır.”<sup>34</sup>

31 En'âm, 6, 164; Fâtır, 18, 35; Necm, 53, 38, 39; Zümer, 7; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 226-228, III, 479; Nesâî, *Tahrîmu'l-Kat*, 29; Dârimî, *Diyât*, s. 199; Ebu Dâvûd, *Diyât*, 2; İbn Mâce, *Diyât*, 26. Behnesi, Ahmed Fethî, *el-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Dâru's-Şürûk, Beyrut, 1983, s.48 vd, *Nazariyyât fi'l-Fikhi'l-Cinâiyyi'l-İslâmî dirâse fikhiyye mukârene*, Dâru's-Şürûk, Beyrut, 1986, s. 164; Ude, Abdülkadir, *et-Teşrîu'l-Cinâiyyü'l-İslâmî mukârenen bi'l-Kânûni'l-Vad'i*, Dâru İhyâit-Türâsî'l-Arabî, 4. baskı, Beyrut, Lübnan, 1985, I, 630.

32 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, s. 43, İstanbul, 1298; Mecelle md. 26.

33 MK. 292: Birbirleri ile evlenmeleri yasak olanlardan veya evli kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz.

34 Y. 2. H.D. 28. 4. 1987 27 37-3867.

Öte yandan, evliliği, nikahı devamlı surette teşvik eden,<sup>35</sup> evliliği kolaylaştırıcı önlemleri alan bir doktrinde, evlilik dışı ilişkinin ürünü olan çocukların tanınması ve onlara mirastan pay verilmesi halinde bir tutarsızlık, çelişki söz konusu olur. Evlilik kurumunun üstün tutulması ilkesi zedelenmiş olur.

Ancak ikrar (tanıma) kurumuna baktığımızda orada mümkün olduğunca toplumda nesepsiz çocukların azaltılmasına yönelik bir eğilim dikkati çekmektedir. Nitekim doktrine göre bir kimse nesebi meçhul bir şahıs için ikrarda bulunursa belli kayıt ve şartlar dahilinde (özellikle zina fiilini zikretmeksizin) ikrar geçerli olur ve nesep sübut bulur. İkrarın sebebi incelenmez. Bu duruma göre bir kimse evlenme vaadi ile veya böyle bir vaat olmayarak, evli olmayan bir kadınla münasebette bulunup, bu münasebetten bir çocuk olsa, bunun nesebini tanımak mümkündür. Yani tabii baba münasebetin sebebini söyleyerek, “bu çocuk benimdir” dese, çocuğun onun olduğuna hükmlenir. Hatta erkeğin evli veya bekar olması dikkate alınmaz. Ancak, kadın evli olup, kocası ile yaşıyorsa nesep kocaya ait olduğundan, ikrara itibar edilmez.<sup>36</sup>

Anlaşıyor ki bu içtihat ile güdülen maksat, insanların yaptıkları işleri, muamele ve davranışları mümkün olduğu kadar iyi yöne hamlederek, toplumda nesepsiz çocuk bırakmamaktır. Nesep ikrarı suretiyle çocuğun uğrayacağı hukukî ve malî kısıtlılık ortadan kaldırılmak istenmiştir. Gerçekten iki kişinin günah ve gafletinin cezasını, hayatı boyunca bir masum ve hatta bunun çocukların çektirmek, ne vicdanî duygu ve ne de toplum yararı ile bağdaşır. Bunun yanısıra zina mahsulü olduğunu açıklayarak yapılan ikrarın geçerli sayılmaması, genel ahlaka açıkça aykırı olmasından dolayı, toplumda genel ahlak düzenini koruma amacına yönelik bir hükümdür.<sup>37</sup>

Çocuğun mirastan mahrum bırakılması şeklindeki müeyyide, esas itibariyle zina eden taraflara yönelik, onları böylesine kötü sonuçlar doğuran bir eylemden caydırmak (sedd-i zerîa) amacına matuftur.<sup>38</sup> İtalyan cezacısı Garafalo'nun da isabetle belirttiği gibi “Suçluların çocukları, ba-

35 Nisâ, 12; Nûr, 32; Buhârî, Savm, 1, Nikah, 2, 3; Müslim, Nikah 1, 3; Ebû Davûd, Nikah, 1; İbn Mace, Nikah, 1.

36 Kâsânî, Alaüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi fî Tertîbi's-Şerâi'*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, ty., VI, 269.

37 Berki, Ali Himmet, *İslâm Hukukunda Ferâiz ve İntikal*, s. 121, DİB yay., Ankara, 1986; *Miras ve Tatbikat*, s. 95, Ankara ty.

38 Suyûtî, *Şerhu Sünen-i İbni Mâce*, I, 82, Kadim Kütüphane, Karaçi, ty.

balalarının suçundan dolayı cezalandırılmaz. Fakat bu çocukların doğmasına mani olunabilir”<sup>39</sup> Onlar dolayısıyla çocuk da böylesine bir eylemden zarar görmüş, başka bir ifadeyle anne ve babanın cezasını çocuk yüklenmiş olur. Ancak burada hemen ifade etmeliyiz ki, İslâm hukukunun ve led-i zinanın babaya mirasçı olamaması hakkındaki hükmü onun açıkta kalması, maddi imkanlardan yoksun kalacağı anlamına gelmez. Böyle bir çocuk, annesi de kendisine sahip çıkmadığı takdirde lakît hükmünde kabul edilerek devletin koruması altına alınır.<sup>40</sup>

Bilindiği üzere İslâm’ın korumayı hedeflediği bir toplum için vazgeçilmez saydığı zarurî unsurlardan bir tanesi de neslin korunmasıdır. Bu hedefe yönelik olarak evlilik meşrû kılınmış, zina yasaklanmış, zina edenler için cezâî hükümler konmuştur. İslâm hukuku zina fiilini ağır suçlardan kabul etmiş ve karşılığında hakikaten ağır cezalar koymuştur. Nitekim Kur’an-ı Kerim’de, zinanın çirkinliği “*Sakin zinaya yaklaşmayın. Doğrusu o, bir hayasızlıktır ve çok kötü bir yoldur.*”<sup>41</sup> âyetiyle dile getirilmektedir. Gerçekten zina, fert ve toplumu tehdit eden bir fiildir. Nesli korumak demek yeryüzünde her dünyaya gelen çocuğu anne ve babasının kucağında büyüyüp yetişecek ve kendisini himaye edecek bir aileye sahip olabilecek şekilde muhafaza ve koruma altına almak demektir. Bu da toplum içinde evlilik ilişkilerini bir düzene koymayı ve evlilik hayatına muhalif hareketlerin önüne geçmeyi, çeşidi ve niteliği ne olursa olsun her türlü gayri meşrû ilişkileri engellemeyi gerektirir. Bu nedenle genellikle tarih boyunca toplumlarda, zina kötü kabul edilmiş ve bu suç işleyen kişiler, toplum tarafından fiziki ve psikolojik baskı altında tutulmuştur. Nitekim günümüzde de, inancı ve yaşam tarzı ne olursa olsun toplumların genelinde zina, suç olarak kabul edilmektedir. Çünkü zina, daha önce de işaret ettiğimiz gibi sonucu itibariyle toplumun temelini oluşturan aile kurumunu zedelemekte hatta nice ailelerin yok olmasında temel faktörlerden biri olmaktadır. Bu gerçeği, günümüzde başka versiyonları ile daha da açık görebilmekteyiz. Kimsesiz çocuklar, hastalıklar, dökülen kanlar, intiharlar, ölümcül ve şifasız hastalıklar... hep zina vb. suçların sonucunda ortaya çıkmakta ve toplum hayatını tehdit eder boyutlara ulaşmakta-

39 Erem, Faruk, *Adalet Psikolojisi, Suçlu Psikolojisi, Usul Psikolojisi, Mahpusun Psikolojisi*, s. 170’ten naklen, Ankara, 1977.

40 Meydanî, *el-Lübâb fî Şerhi’l-Kitâb*, IV, 198; Zeylaî, *Tebyînü’l-Hakâik alâ Kenzi’d-Dekâik*, VI, 214, el-Emîriyye baskısı; İbn Kudame, *el-Muğni*, VI, 259, Kahire, 1970.

41 el-İsrâ, 17/32.

dır. Bu suçlar işlenişi itibarıyla, her ne kadar belirli kişiler arasında meydana gelse de doğurdıkları zararlar bakımından hiçbir zaman kişisel boyutta kalmamaktadır. Toplumun diğer fertlerini de çeşitli yönlerden etki altına almaktadır. Ortaya çıkardığı zararları dikkate aldığımızda, İslâm hukukunda, zina suçunun kamuya karşı işlenmiş bir suç olarak değerlendirilmesinin ne kadar da isabetli olduğunu anlamak hiç de zor değildir.

Cinsel istekleri gidermede, meşrû yol varken, meşrû olmayan bir yola başvurulması, hem de insanlık Medenîyetine zarar veren bir eylem olması nedeniyle zina, ceza gerektiren bir suç teşkil eder. İslâm'a göre insan neslinin korunması ve toplumun istikrarının bozulmaması için, kadın-erkek ilişkilerinin meşrû ve güvenilir temeller üzerine oturtulması gerekmektedir. Cinslerin, hiçbir sınır tanımayan arzuları doğrultusunda karışımına fırsat verilmesi durumunda, toplumun temelini oluşturan ailenin sağlıklı bir yapıda oluşması beklenemez.<sup>42</sup>

Toplumda zinanın yaygınlaşması gençlerin evlilikten uzaklaşmasına yol açmaktadır. Evlenmeye niyetlenen gençler ileri yaşlarda evlenmektedirler. Zira gençler arasında erken yaşta evlenip sorumluluğa katlanmak için ileri yaşlarda evlenip evliliğin getirdiği sorumluluklardan kaçmakta ve cinsel arzularını gayri meşrû yollarla tatmin etmektedirler.<sup>43</sup>

Zina mahsulü çocukların toplumda çoğalmasının manevî tehlikesine Hz. Peygamber tarafından da dikkat çekilmiştir. Nitekim Hz. Peygamber, "Ümmetim içlerinde veledi zina yaygınlaşmadıkça hayır içinde olmaya devam edecektir. Veledi zina yaygınlaştığında ise Allah onları bir azapla kaplar."<sup>44</sup> buyurmuştur.

Gayri meşrû ilişkinin ürünü olan çocuk kendi elinde olmamakla birlikte manevî bakımdan (hükmen) helak olmuş demektir. Zira veledi zina, kendisini terbiye edecek babadan yoksundur. Anne ise yalnız başına terbiyeye güç yetiremez. Bu nedenle çocuk kötü bir şekilde yetişir. Bazen

42 Serahsî, *Usûl*, I, 243; Bilmen, *a.g.e.*, III, 44-45; Yaşar, Ahmet, *İslâm Ceza Hukukunda İdamı Gerektiren Suçlar*, s. 63, İstanbul 1995; Desûkî, *a.g.e.*, s.188.

43 İlahî, Fadl, *et-Tedâbirü'l-Vâkıyye mine'z-Zinâ fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, s. 64, Mektebetü'l-Maârif, Riyâd, 1985; Adı geçen Anayasa Mahkemesi Kararı, s. 12. Zinanın yasaklanmadığı, zina ürünü çocukların sahipsiz çocuk gibi hukukî muameleye tabi tutulduğu Batı dünyasında, evlenmeksizin çiftlerin bir arada yaşaması tarzı ilişkilerin giderek arttığına dair bkz. Aktay, Yasin, *Modern Dünyada Ailenin Dönüşümü ve Muhtemel Geleceği*, *Fikir Dünyası*, Sayı: 2, Kış/2004, s. 74, ss.70-78.

44 Heysemî, Ali b. Ebî Bekr, *Mecmau'z-Zevâid*, VI, 257, Dârü'r-Reyyân li't-Türâs-Dârü'l-Kütüb'l-Arabî, Kâhire-Beyrut, 1407; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI, 333, Müessesetü Kurtuba, Mısır, ty.

sefih kimseler her ne kadar şer'an nesebi sabit olmasa bile, çocuktan yararlanmak için babalık iddiasında bulunabilirler ki bu durum da toplumda fitneye sebebiyet verir.<sup>45</sup> Bu da zinanın haram kılınmasına ve ürünü- nün yok sayılması hükmüne yol açmıştır.

Zina ürünü çocukların suç işlemeye yatkın ve meyilli oluşları da toplum için ayrıca büyük bir tehlike oluşturmaktadır. Gerçekten serbest birleşmeler ürünü nesebi sahih olmayan küçüklerin, büyük çoğunluğu itibariyle, suç işlemlerinin sebebini düzenli bir aileye mensup bulunmayışlarına yormakta hata olmaz. Çoklukla evlilik dışı çocuk kendisini koruyup büyütecek bir korucuya malik olamayacağı gibi toplum hayatı içinde de daima lekeli bir parya muamelesi görmek durumundadır. Hayatının her safhasında karşılaşmak durumuna düşeceği zorluk ve güçlükler onu bir çok hallerde suç işlemek, böylelikle hayatını temin ve sürdürmek zorunda bırakacaktır.<sup>46</sup>

Türkiye'de 1943 yılında Sulhi Dönmezer tarafından 124 suçlu çocuk üzerinde yapılan araştırmada, çocuklardan 22 tanesinin ana ve babalarının mevcut olmadığı, 16 tanesinin yalnız analarının ve 32 tanesinin de babalarının mevcut olmadığı tespit edilmiştir.<sup>47</sup>

Evlilik dışı çocukların suçluluğu konusunda Avrupa'da yapılan incelemelerde bu çocukların çok geniş oranda suçluluk gösterdikleri belirtilmektedir.<sup>48</sup>

Amerika'da fertleri evlilik dışı ilişki ürünü olan bir ailenin daha sonraki 709 ferdi üzerinde, Dugdale adlı bir araştırmacı tarafından yapılan incelemede, bu aileden Amerika'da 140 kişi suçlu, 300 gayri meşru çocuk, 7 kişi katil, 50 fahişe, 280 fakir veya dilenci, 440 kişi zührevi hastalıklı olarak çıkmıştır. Yine aynı aile üzerinde Dr. Estabrook tarafından 1915 yılında yapılan bir incelemede, bu ailenin fertlerinden 2094 kişiden 1258 kişinin hayatta bulunduğunu ve bunlardan 118'nin suçlu, 378 kişinin fahişe, 180 kişinin dengesiz, 80 kişinin genelev çalıştırıcısı, 170'inin dilenci ve 129 kişinin yardıma muhtaç fakir halde bulunduğunu tespit etmiştir.<sup>49</sup>

45 İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdulvâhid es-Sivâsi, *Fethu'l-Kadîr*, V, 264, Dârü'l-Fikr, Beyrut, ty.

46 Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji*, s. 312, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984; Gider, Hüsnü, *Genel Kriminoloji ve Adalet Psikolojisi*, s. 404-5, Devrim Matbaası, Ankara, 1961.

47 Dönmezer, a.g.e., s. 311; Gider, Hüsnü, a.g.e., s. 404.

48 Dönmezer, a.g.e., s. 312. Bu konuda yakın tarihlerde yapılmış bir araştırmaya rastlayamadık.

49 Gider, Hüsnü, a.g.e., s. 216; Dönmezer, a.g.e., s. 138.



Öte yandan zina mahsulü çocukları tanıyarak, evlilik dışı ilişkilere ödün verilmesi toplumda fertlerin sorumluluktan korkarak evlilikten soğuyup kaçınmasına ve bunun sonucunda nesepsiz çocukların artmasına neden olacaktır. Nitekim günümüzde evlilik dışı ilişkilerden doğan çocukları tanıyan ülkelerde nesepsiz çocukların sayısında hızlı bir artış gözlenmiştir. Sözgelimi İngiltere’de her yıl ortalama seksen bin kadın gayri meşrû çocuk dünyaya getirmektedir ki bu oran da meşrû ilişkilerin ürünü olan doğumların yaklaşık 1/3’ü kadarıdır.<sup>50</sup> İsveç’te 1972 yılında ¼ oranında, Fransa’da I. Ve II. Dünya savaşı arasında %50 oranına yaklaşmıştır.<sup>51</sup> Yunanistan da gayri meşrû çocukların, meşrû evlilikten doğan çocuk sayısı toplamına oranı 1980’de %14.6, 1987’de %21’e çıkmıştır.<sup>52</sup> Avrupa Birliği istatistik idaresi Eurostat’ın Avrupa ülkeleri ile ilgili olarak yayınladığı verilerdeki rakamlara göre, 1996 yılında doğan Avrupalıların dörtte biri evlenmemiş ana-babaların çocuğudur. Bazı ülkelerde bu oran çok daha yüksektir. Mesela İzlanda’da 1996’da doğanların yüzde 60.7’si 1997’de de yüzde 65.2’si evlenmemiş insanların çocuklarıdır.<sup>53</sup> ABD’de yıllara göre söz konusu artışı tablo halinde ve siyah-beyaz vatandaşlara göre sunacağız.

Yıl	Beyazlar arasında gayrimeşrû çocukların oranı	Siyahlar arasında gayrimeşrû çocukların oranı
1940	% 2	% 16,8
1945	% 2,4	% 17,9
1950	% 1,8	% 18,0
1955	% 1,9	% 20,2
1960	% 2,3	% 21,6
1965	% 4,0	% 26,3
1970	% 4,9	% 29,4

50 İlähî, Fadl, *et-Tedâbü’l-Vâkıyye mine’z-Zinâ fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*, s. 60, Mektebetü’l-Maârif, Riyâd, 1985.

51 İlähî, a.g.e., s. 59.

52 H. Symeonidou, *Avrupa Topluluğu Ülkelerinde Aile Politikası*, s. 98, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara, 1991.

53 16 Ağustos 1998 tarihli Hürriyet Gazetesi.

Tabloda görülen artışların çocuk doğmasını engelleyen bütün tedbirlerin alınmasına rağmen meydana geldiğini ayrıca belirtmeliyiz. Zenci vatandaşlar arasında artış oranının daha fazla olması onların korunma yöntemlerini bilmemelerinden ve kürtaj uygulamamalarından kaynaklanmaktadır. 06/09/1979 tarihli Chicago Tribün gazetesi 1978 yılında ABD’de zina ürünü çocukların sayısınının 780 bin olduğunu bildirmektedir.<sup>54</sup> 1996 yılına gelindiğinde bu oran yüzde 32.4’tür.<sup>55</sup> Bu rakamlar sadece çocukların oranını vermektedir. Evlilik dışı yaşayanların oranı bundan daha yüksektir. Bu acı tablo Batıda evliliğin rafa kaldırıldığı acı bir göstergesidir.

Burada netice olarak şunları söyleyebiliriz: Evli bir erkek ve kadın hakkında onun zinasından doğan çocuk için, babalığa hükmedilmeyeceği, mirastan kesinlikle pay alamayacağı inancı ve bilinci kesin olarak yerleşirse bu çocukların sayısı hayli azalacaktır. Bu çocuklara mirastan pay verildiği takdirde bu durum gelecek endişesini ortadan kaldıracığından gayri meşrû çocukların sayısı hızla artacak ve bunun yaratacağı ciddi sorunlar yanında, varlığına ve korunmasına bu kadar önem verilen “aile”lerin sarsılmasına da yol açmış olacaktır.

### Genel Değerlendirme ve Sonuç

İslâm hukukunda zina ürünü çocuklara mirastan pay verilmemesinin sosyolojik, ahlakî ve hukukî mülahazalara dayandığı görülmektedir.

İslâm hukuk felsefesi, furu’ kitaplarında ve hadis şerhlerinde meseleyi irdeleyen, ikna ve tatmin edici bir bilgiye bir kaç cümlede haricinde rastlayamadık. Ancak satır aralarından anlaşılan şu ki, veledi zinanın babaya mirasçı olabilmesi, sonucu itibarıyla ailede ve toplumda tamiri imkansız yaralar açmaktadır. İslâm hukuku da kötülüğe götüren yolların tıkanması (sedd-i zeria), ve (her ne kadar çocuk açısından bakıldığından zarar da olsa), zarar-i amm-ı def için zarar-ı has ihtiyar olunur şeklinde formüle edilen genel ilkelerden hareketle veled-i zinanın annesine mirasçı olabile de babasına mirasçı olamayacağı normunu vaz etmiştir.

Diğer taraftan evlilik dışı birleşmelere engel olmak için bu ilişkinin ürünü olan çocuğun mirastan mahrum bırakılması yerine hukukî ve cezaî başka yaptırım ve düzenlemeler alternatif bir çözüm yolu olarak önerile-

54 İlâhî, a.g.e., s. 60-61.

55 16 Ağustos 1998 tarihli Hürriyet Gazetesi.

bilir. Şunu ifade etmek gerekir ki, İslam hukuku evliliği teşvik etmenin ve bunu kolaylaştırıcı bir takım önlemleri almanın yanı sıra, anormal ve toplumun değer yargıları açısından da ahlaklı davranış sayılmayan evlilik dışı birleşmeleri suç sayıp cezalandırmak suretiyle daha baştan bu tür ilişkileri önleme yoluna gitmiştir. Zina ürünü çocuğun mirastan mahrumiyeti şeklindeki hüküm ise bu yöndeki sözü geçen cezaî yaptırımını tamamlayıcı hukukî bir düzenleme olarak görülebilir.

Kriminoloji ve hukuk sosyolojisini yakından ilgilendiren çalışmamızda vardığımız bir diğer sonuç da zinanın suç olmaktan çıkarıldığı, miras hukuku bakımından evlilik dışı çocukların evlilik içi çocuklarla aynı hukuki haklara sahip olduğu Avrupa ülkelerinde ve Amerika'da, istatistiki verilerde de görüldüğü üzere buna paralel olarak evlilik dışı çocuk sayısı ve suç oranları da artış göstermiştir.

Batılı ülkelerde evlilik dışı çocuklara ilişkin hukukî düzenlemeler fiilî durum karşısında ortaya çıkmıştır. Başka bir ifadeyle fiili durum hukuku zorlamıştır. Böyle bir durum, hukuku toplumsal ilişkilerin bir ürünü sayan anlayışın tabii bir sonucudur. Benzeri durumun vahiy temelli, kriterlerini toplumun, beşerî aklın değil nassların tespit ettiği İslam hukuku açısından varit olması mümkün görünmemektedir.

