

50.



# İSLÂM HUKUKUNUN ANA HATLARI

## II \*

PROF. DR. ŞAKİR BERKİ

2- İslâm hukukunun müstakil bir hukuk sistemi olduğu ve Roma Hukukundan farkı.

I- İslâm hukukunun müstakil bir hukuk sistemi olduğu.

II- İslâm Hukukunun Roma hukukundan farkı.

I- İslâm hukukunun müstakil bir hukuk sistemi olduğu. İslâm hukuk mazumesi, modern beşerî mevzuata nazaran mütakil, yani zamanımız beşerî hukuk sistemlerinden oijinal farklarla ayrılan bir hukuk sistemidir. Bu husus iki bakımdan doğrulanır:

1- İslâm hukuku ilâhî cephesi gâlip bir hukuk sistemidir. Zira bu hukukun esasları ilâhî bir irade mahsulü olan<sup>1</sup> Kur'anı kerim ve Hadislerden ibarettir.<sup>2</sup> Hadislerin bir kısmı kutsîdir; Kutsî olmayan hadisler dahi aynen kutsiler gibi riayete lâyıktır.<sup>3</sup> Binnetice aslî iki önemli kaynağı ilâhî ve kutsî olan bir hukuk sisteminin, aslî kaynakları beşerî irade mahsulü olan muasır hukuk sistemlerinden orijinalliklerle farkları olacaktır. Biraz sonra kayd edilecek olan bu farklar yadırganmamalı ve ilâhî hukuk aleyhine delil olarak kullanılmamalıdır. Zira,

\* I. Kısım Dergimizin XVII. cildinin 169 - 186. sahifelerinde çıkmıştır.

1 Zira Kur'anın Hz. Peygamberin beşerî iradesi mahsulü kabul etmemekteyiz; çünkü âyetlerle ve burada uzun boylu kayde lüzum görmediğimiz muknî çeşitli delillerle sâbittir ki, Kur'an Cibril vâsıtasıyla nakledilen ilâhî irade mahsulü olan ahkâmıdan ibarettir. Hz. Peygamber ancak bu ilâhî hükümleri kendisine nakledildiği şekilde insanlara duyuran bir vâsıtedir.

2 Kur'anı Kerimde "Ey insanlar Allaha ve Resulüne itaat ediniz" âyeti kerimesi gereğince Hz. Muhammed'in hukuk sahasında söylemiş oldukları da kutsî kaynak olarak riayet görecektir. Hadisler kutsî hadis zünresinden olmasa bile hüküm aynıdır.

3 İslâm hukuku tamamıyla ilâhî de değildir. Kur'an ve Hadislerde hüküm olmayan hallerde hukukçuların beşerî faaliyetiyle (içtihad) genişletilmiş ve ikiyeşilmiştir. Çünkü, Kur'an ve Hadisler teferruatla değil genel prensiplerle iştilgal eder, teferruat içtihadı terk edilmiştir. Böyle olmasa idi İslâm dini ve hukukunda içtihad kapısı kapalı olur ve medeniyet yolunda ilerlemeden söz edilemezdi. İslâm hukukunda beşer mahsulü olan örf hukuku da nazara alınrsa, İslâm hukukunun artık yüzde yüz ilâhî hukuk olduğunu iddia mümkün olmaz.

en modern devletlerin kanunları ve binnetice hukuk sistemleri arasında bile farklar vardır. Hattâ öyle ki, İsviçre, Almanya, Fransa ve İtalya gibi yekdiğerrine komşu olan Avrupa Devletlerinin kanunları bile her hususda yekdiğerrinin aynı değildir. Mukayeseli hukuk ilmi keyfiyeti doğrulamaya kâfidir. Bu hale bakarak nasıl bu medenî devletlerin hukuk sistemlerini ve kanunlarını diğerrine nazaran kıymetsiz ve iptidai olarak mütalâa etmek mümkün değil ise, islâm hukuk sistemi ile modern beşerî kanunlar arasındaki farkları ele alarak islâm hukukunu mücerret ve gerekçesiz tenkit suretiyle bu hukuk sisteminin nev'i şahsına münhasır değerini yok etmek, mukayeseli hukuk sisteminin de red edeceği bir hakikattir.

Kaldı ki ilâhî hukukla beşerî hukuk arasındaki farklar, bazı kimselerce, bilhassa ilâhî hukuku ve bu arada islâm hukukunu gereği gibi tetkik etmediğinden hakkiyle bilmeyenlerce iddia olunduğu gibi, fazla ve derin de değildir. Ancak bazı kaideler ve müesseseler bakımından tezahür etmektedir. İslâm hukuku ile beşerî muasır hukuk sistemleri arasındaki bu farkları belirtmeden evvel her iki hukuk sisteminin muhteva itibariyle aşağı yukarı aynı olduğunu bilhassa belirtmek lâzımdır: İslâm hukukunda nişan, evlenme akdi; şahıs hukuku, hukukda ehliyet; rüşd; temyiz kudreti; boşanma; evliler arasında karşılıklı vazifeler; ikametgâh; gâiplik; aynı haklar ve mülkiyet; borçlar hukuku ve bu hukukla ilgili akitler; haksız fiil ve haksız iktisab; beyi, kira; âriyet, emanet, hizmet, trampa, vekâlet, kefalet ilh gibi akitlerin hepsi bulunduğu gibi; ceza sahasında da muasır ceza kanunlarının suç saydığı fiillerin suç sayılmış olduğu da gözden uzak tutulamaz; filhakika, Kur'anı kerimde, zina, hırsızlık yol kesmek, adam kaldırmak ve kaçırmak, kız kaçırmak, meşrû müdafaa haricinde adam öldürmek, rüşvet, sahtekârlık, dolandırıcılık, ırza geçmek, ihtilâs, hakaret, yalan yere yemin ve şahadet memnûdur. Bütü bu fiillerin medenî hukuk sistemlerinin istisnasız hepsinde suç olarak kabul edilmiş bulduklarını bilhassa kay etmek lâzımdır. O halde görülüyor ki, islâm dininin iki ana kaynağı olan Kur'an ve Hadislere müstenit islâm hukuk sistemi ile beşerî irade mahsulü olan muasır hukuk sistemleri arasında tam bir benzerlik vardır. Ayrırlıklar ancak bazı noktalardadır ki, bu ayrırlıklar her iki hukuk manzumesinin kanun koyucularının ayrı olmasından doğmaktadır.

İlâhî hukukla beşerî hukuk sistemleri arasındaki bu çok bâriz benzerlik ve yanaşmayı gördükten sonra, şimdi islâm hukuku ile muasır beşerî hukuk sistemleri arasındaki farklara en kısa şekilde temas edelim:

1- İslâm hukukunda erkekle kadın mutlak surette eşit değildir. Meselâ bir erkek şâhit yerine iki kadın şâhit gösterilmesi Müslüman erkeğin gayrimüslim, fakat semavî dinlerden birine sahip kadınla evlenme hakkına sahip olmasına mukabil, müslüman kadının semavî dinlerden birine sahip olsa bile gayrimüslim erkekle evlenememesi;<sup>1</sup> babanın rüşde erişmemiş küçük üzerinde velâyet hakkına mukabil, ananın ancak vesâyet hakkının kabul edilmiş olması kadınla erkek arasında kaideten mevcut eşitliğin ilâhî irade tarafından vaz edilmiş olan istisnalarına en tipik misallerdir. Kadınla erkek arasındaki, eşitlik esasının istisnalarına modern beşerî kanunlarda şahit olunmaktadır: Evli kadın kocasının riyasetine tâbidir. Zira hiç bir modern beşerî kanunda âile reisinin kadın olduğu kabul edilmiş değildir. Koca bu sıfatla rey üstünlüğüne de sahiptir ki, İsviçre ve Türk Medenî Kanunları keyfiyeti açık olarak ilân etmiş bulunmaktadır.<sup>2</sup> Keza aynı kanunlarda vesâyet vazifesinin erkekler tarafından kabulü mecburiyeti olduğu halde kadının bu vazifeyi kabulü mecburî addedilmemiş, kadınla erkek arasında kanunî genel temsil mevzuunda fark gözetilmiştir.<sup>3</sup> Bu, ve buna benzer bazı farkların tenkidi de gerekmez; asıl mesele prensibde eşitliği kabuldür ki, hukuk medeniyetinin temeli de bundan ibarettir. Bazı içtimaî zaruretler gerek ilâhî hukukda gerek beşerî mevzuatda bu eşitlik esasının kadın aleyhine kısmen istisnaya uğramasını zorlamıştır ki, bu istisnaların sevkine âmil olan içtimaî felsefe ve sebepleri bu kısa yazıda özlü olarak belirtmek bile mümkün değildir. Her biri ayrı ve müstakil etüd konusudur.

İlâhî hukukla beşerî hukuk arasında ceza sahasında da bazı farklar vardır: İslâm ceza hukukunda hırsızın elinin kesilmesine mukabil, beşerî kanunlarda hırsızlığın daha hafif cezalarla müeyyidelenmiş olması tipik farklar zümresindedir.<sup>4</sup>

Anayasa hukuku bakımından islâm hukuku ile beşerî hukuk arasında fark da şudur: İlâhî Anayasa olan Kur'an esasları zamanla değişmez; halbuki be-

1 Semavî olmayan, yani gerçek olmayan dine sahip kadınla veya dinsiz kadınla erkek de evlenemez.

2 İsv. M. K. Md. : 274; Türk. M. K. Md : 263.

3 İsv. M. K. Md : 382; Türk. M. K. Md : 866.

4 Burada kayd edelim ki Kur'anı Kerimdeki bu ceza, hakkında Cenabı Hak "Bu cezanın hikmetini biz biliriz," mealinde buyurmaktadır. Diğer cihetden aynı kutsî kitapda zaruretlerin memnu olan şeyi mubah kılacağı da ifade edilmektedir. Şu halde hiç kimse ve Devlet de bakmadığı, hiç bir hayır cemiyeti el uzatmadığı taktirde sırf ölmek için hırsızlık yapanın elini bu gene l kaide muibince kesmeye imkân yoktur. Nitekim adâleti ile meşhur. Hz. Ömer halifelîği (Devlet reislîği) zamanında kıtlık devirlerinde vâki hırsızlıklara el kesme cezasından başka cezalar ter-tip ederdi;

şerî anayasaların sık sık değiştirildiği hattâ topyekûn ilga edildiği izaha muhtaç olmayan hakikatlerdendir. İlahî hukuk Anayasası olan kutsî kitap prensipleri ise, yalnız kanun vâzu olan Allah tarafından değiştirilir veya tashih ve ikmal olunur. Dinler tarihinin tetkiki keyfiyeti teyide kâfidir. Son kutsî kitap Kur'anı kerimin en son dinin Anayasası, olduğu bizzat bu kitapda beyan buyrulduğuna ve aynı kitapda Hz. Peygamber de dahil, hiç bir beşerin bu kitaba bir virgöl, bir lâhika dahi koymaya mezun olmadığı da açıkça yazılıdır. Binnetice, milletlere ve fertlere hitap eden Kur'an beşeri irade ile değişikliğe uğrayamaz. Fakat genel esaslarından hükümler çıkarılarak gelişen medeniyete de mâni değildir. Bilâkis burada kısa olarak dahi ifadesine imkân olmayan çeşitli hükümleriyle insanların her sahada medenileşmelerini ve çünkü dâima çalışmak lâzım geldiğini, zamanın boş ve abes şeylerle geçirilmemesi gerektiğini belirten âyetler vardır; keza, islâm dininin ve hukukunun ikinci kutsî kaynağı olan hadislerde de aynı hususları teyid eden emirler yer almıştır. Meselâ Hz. Muhammed'in "iki günü aynı geçen insan ziyandadır" mealindeki Hadisi iddiayı ne kadar kuvvetle teyid eylemektedir. Kur'an ilâhî irade mahsulü olduğundan, beşer iradesiyle değişmeyeceğinden ve Kur'anı kerimle de sâbit olduğuna cihetle en son ve ondan başka bir kutsî kitaba yerini terk etmeyecek muhtevası geniş ve zengin bir hayat anayasası teşkil eylediğinden, Kur'an hükümlerinin zamana göre rayından çıkarılması ve binnetice, beşeri irade ile hükümlerinde değişiklikler yaparak reforme edilmesi muhaldir, Kısaca diyelim ki ilâhî irade beşerî iradeye inkıyat etmez, bilâkis cenabı Hak Kur'anı kerimde beşeri iradenin ilâhî iradeye inkıyat etmekle mükellef olduğunu tekrar tekrar ilân eyler. Kur'anı kerimde cenabı Hak bu kitabın eksiksiz ve hükümlerinin birbiriyle bağdaşıcı olduğunu da ifade buyurmakla Kur'anı ankâmında reform namıyla en ufak bir beşeri müdahaleye müsade olunmamıştır. Allah yalnız âyetlerini ve bu âyetlerdeki emir ve nehiyleri ilân etmiştir. Kimseyi onlara itaate de mecbur eylememiştir. Bu cihet "dinde zorlama yoktur" mealindeki âyeti celiyle ile de teyid edilir. O halde Allah'ın emirlerine, resulünün tavsiyelerine uyup uymamakta kullar bilhassa uhrevî neticelerine katlanmak şartıyla muhtardırlar.

Kayde şâyandır ki, Kur'andaki emirler ideal, Allah indinde en mükemmel insanın nasıl olması gerektiğini ifade buyuran emirlerdir; diğer yandan hakikatir ki her insan Rabbin huzuruna aynı mükemmellikte de gidemez. Binnetice, günâhları, hatâları çok affedici Allah indinde Kur'an emirlerine gücün yettiği kadar itaat de makbuldür. Kur'anı kerimdeki "Ey insanlar Allahın emirlerine gücünüzün yettiği kadar itaat ediniz" mealindeki âyeti celile üzerinde durmak ve uzun uzun düşünmek lâzımdır. Bu düşüncenin mhsulü şu olacaktır ki, eğer

Kur'anı kerimde beş vakit namaz emredilmiş ve bazı insanlar bu beş vakiti ifa edemiyorlarsa, Kur'anı kerimin namazın beş vait olduğuna dâir emrinde reform gerekmez. Dileyen sabah akşam namazı kılabiliyorsa devam etsin; Allah'a daha yakın olmak isteyen daha iradeli kullar beş vakti de ifa ediyorlarsa, edecekler ve bunun ecrine nâil olmayı umacaklardır.<sup>1</sup>

Hülâsa Hz. Muhammed bile Kur'anı kerimin bir harfinde değişiklik yapmaya mezun kılınmamıştır.<sup>2</sup>

İslâm miras sistemi ile bu günki beşerî miras sistemleri arasında da farklar vardır ve bu farklar derin ve orijinaldir, ki en kısa şekilde kaydediyoruz:

1 - Beşerî miras sistemlerinin ekserisinde kanunî mirasçılar, mahfuz hissesi olan ve mahfuz hissesi olmayan kanunî mirasçı olmak üzere ayırılmışlardır.<sup>3</sup> Meselâ bu miras sistemlerinde dede ve nine kanunî mirasçı olduğu halde mahfuz hissesi olmayan mirasçılar zümresindedir. Binnetice, yalnız dede ve nineleri bulunan kimse, ölmeden evvel bilfarz bir milyon lira mevcudunu yabancı bir kimseye vasiyet etse veya terekesinin tamamında hakikî veya hükmi bir şahsı mirasçı nasbeylese, dede ve nine bu bir milyon liralık terekeden bir kuruş dahi almak hakkına sahip değildir. Görülüyor ki mûris, yani miras bırakan kimse bazı kanunî mirasçıların bu sıfatlarını kendi iradesiyle ve hattâ hiç bir sebeb yok iken, keyfi olarak bertaraf edebilmektedir. Mûrisin bu mutlak hakkı, mahfuz hissesi olmayan her kanunî mirasçıya şâmilidir. kanunen mirasçı kabul edilmiş olan Devlet de mûrisin bu iradesi ile terekeden uzaklaştırılabilir. Bir misal verelim: Bir şahsın hiç mirasçısı olmasa, bu halde devlet kanunen mirasçısıdır.<sup>4</sup> Fakat, Devlete beşerî modern miras sistemlerinde mahfuz hisse tanınmamış olduğundan, misaldeki mûris bütün servetini muayyen mal vasiyeti yaparak veya mansup mirasçı tâyin ederek başkasına nak-

1 Ancak yalnız namaz insanı Allahına yaklaştırmaz; namaz kılmakla beş vakit Allahla irtibat halinde olunur ona âdeta "Yarab senin Kur'anı Kerimindeki emirlerin veçhile itiaati sana vadediyorum ilh." demek istenir. Bunun içindir ki Kur'anı Kerimde müminlere "Namazı dosdoğru kılınız" mealinde çeşitli âyetler mevcuttur. Namaz kılıp da, adaletsizlik yapmak, yetim hakkı yemek, hasetlik etmek, cemiyette fesad ve fitne çıkarmak, insanların aralarını açmak ve bozmak; fakirlere acıyıp ilâhî içtimâî yardıma yanaşmamak; cimrilikle vakit geçirmek namazın manası ile bağdaşıcı haller değildir.

2 Elhakka sûresi, Âyet: 45-46: "Eğer o elçi bize karşı bir takım sözler uydursa idi onu sağ elimizle yakalar, kalbinin damarlarını koparırdık".

3 İsviçre M. K. Md.; Türk M. K. Md: 453. Bu maddeye göre mahfuz hissesi olan mirasçılar yalnız fûrû (ölenin çocukları ve torunları), ana baba, hayatta kalan eş (karı veya koca) ve kardeşlerdir.

4 İsviçre M. K. Md: 466; Türk. M. K. Md: 448.

ledebilir; ve devletin terekeden bir kuruluş bile almasına müsaade etmemiş olur. Mürisin bu mutlak iradesinin, yani hiç bir sebep göstermeksizin kanun vâzılarının kanunî mirascı yapmış olduğu fertleri ve devleti mirasdan uzaklaştırması kanunî mirascılık terimi ve ciddiyeti ile bizce bağdaşıcı değildir.<sup>1</sup>

İslâm miras sisteminde ise, her kanunî mirascının, yani Kur'ânı kerimde mirascı olarak zikredilmiş ve sayılmış olan her mirascının bir payı (sehimi) vardır ki, ilâhî irade ile tesbit edilmiş olduğundan, mürsin iradesi ile yok edilemez. Aksi hareket kul iradesinin Allah iradesine, başka tâbirle fert iradesinin kanun vâzı iradesine üstünlüğü manâsına gelirdi ki, tensibi imkânsızdır.

2- İslâm hukukunda mansup mirascılık yoktur. Yani, müris vasiyet veya miras mukavelesiyle hiç kimseye mirascılık vasfı izafe ve bahşedemez. Çünkü İslâm hukukunda kimlerin mirascı olduğunu cenabı Allah tâyin buyurmuştur. Halbuki muasır beşerî miras sistemlerinde mansup mirascılık namıyla bir mirascılık çeşidi kabul edilmiştir.<sup>2</sup> Buna göre bir kimse mahfuz hisseli kanunî mirascıları varsa yalnız tasarruf nisabını<sup>3</sup> veya bir kısmını, mahfuz hisseli kanunî mirascısı bulunmadığı zaman bütün terekisini veya bir kısmını kendi iradesiyle mirası yapacağı bir şahsa veya şahıslara intikal ettirebilir. İslâm miras sistemi böyle bir mirascılığı kabul etmemektedir; fakat muayyen mal vasiyeti suretiyle miras bırakanın tasarruf nisabının tamamını veya bir kısmını mirascı olmayanlara intikal ettirebileceğini kabul etmiştir.

3- İslâm miras hukukunda tasarruf nisabı, mahfuz hisselerle göre değişmeyip, dâima, yani mirascı kim olursa olsun ve sehimi (miras payı) neden ibaret bulunursa bulunsun, terekenin üçde biridir. Modern beşerî miras sistemlerinde ise, tasarruf nisabı, böyle sâbit olmayıp, çeşitli hisselerle göre azalıp çoğalabilir, yani mütehavvildir.

4- İslâm miras sisteminde mirasdan iskat müessesesi kabul edilmemiştir. Çünkü, bu müessese, mirascıyı, kanun vâzı tarafından tesbit ve takdir edilmiş olan paydan mahrum eder ve onun mirascılık sıfatını kaldırır. Muasır beşerî

1 Filhakika bazı şahısları hem kanunen mirascı ilân etmek hem de bunların bu sıfatını hiç bir muhik sebep yok iken mürisin iradesiyle ortadan kaldırmaya râzı olmak, kanunî mirascılık terminin ciddiyeti ile bağdaşamayacağı gibi, tek bir şahsın iradesinin kanun vâzı iradesinden üstünlüğü neticesini verir.

2 İsviçre M. K. Md: 483; Türk M. K. Md: 474.

3 Tasarruf nisabı mahfuz hisseden arta kalan tereke kısmıdır. Mahfuz hisseli mirascı yoksa, terekenin tamamıdır. Bu esas, mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascı zümresi tamyan modern miras sistemlerinde mevzuubahistir. İslâm hukukunda her mirascı mahfuz hisselidir. Binnetice mirascı varken terekenin tamamı tasarruf nisabı olamaz.

miras sistemlerinde ise iskat kabul edilmiştir.<sup>1</sup> Fakat islâm miras sisteminde de mirasdan mahrumiyet müessesesine<sup>2</sup> yer verilmiştir.

5- İslâm hukukunda ana baba da birinci derecede mirascıdırlar; yani bunlar mûrisin çocukları ile terekeyi birlikde paylaşırlar. Modern beşerî miras sisteminde ana baba ancak mûrisin çocukları veya torunları bulunmadığı takdirde kanunî mirascıdır.<sup>3</sup> Bu hukuk sistemlerine göre miras bırakanın çocuğu veya bunların fûruu, yani mûrisin torunları varken, ana baba fakru zaruretdede olsalar bile terekeden hiç bir şey alamazlar. İslâm hukuku, ana babanın çocukları için (Mûris) ömür boyunca katlandıkları fedakârlığın karşılığı olarak onları evlâtlarının ölümünde torunları ile birlikde mirascı kabul etmiştir. Kayda şâyandır ki, modern beşerî miras sistemlerinde ana baba, ölenin evlâtlığı ile bile içtima edemez. Yani bir ana baba ölen çocukları evlâtlık bırakmış ise, bütün miras evlâtlığa gider, ana babaya terekeden hiç bir şey verilmez. Meselâ bir kimse, ölmeden bir gün evvel bir şahsı evlâd edinse, tereke olarak bir milyon lira bıraksa, ana babası hayatda olup, fakru zaruret ummanında yüzse, bir milyonluk tereke evlâtlığa âit olur, ana baba hiç bir şey alamaz. Keyfiyet İsviçre ve onu bu hususda da aynen takip etmiş olan Türk Medeni kanununda da aynıdır.<sup>4</sup> Şurada açıkça ifade gerekir ki, her iki kanunun izâfi, yani hükmen, sözde, bir evlâdı kanunen mirascı addetmesine karşılık hakikî ana babayı bununla birlikde bile evlâdının mirascısı addetmemesi tam manasiyle tenkide şâyan hususlardandır.<sup>5</sup> Kaldı ki, evlâtlık hakikî ana babasındaki mirascılık hakkını da zâyi etmez.<sup>6</sup> Bu kadar imtiyazlı evlâdlıkla evlâd edinenin ana babasını mirasda içtima ettirmemek hakikaten kolaylıkla kabul edilebilecek hususlardan değildir.

5- İslâm mirâs sisteminde, mirascılar ölenin borçlarından ancak terekeden ellerine geçen kıymet nisbetinde mes'ul oldukları halde, modern beşerî miras sistemlerinde mirascının terekeden ellerine ne kadar az kıymet geçmiş olursa olsun, bütün mirascılar ölenin bütün borçlarından namahdud, şahsen ve müteselsilen mes'uldürler. Bir misalle aydınlatmak gerekir: islâm hukukunda mirascının

1 İsviçre M. K. Md: 477; Türk. M. K. Md: 457

2 İsviçre M. K. Md: 540; Türk M. K. Md: 520.

3 İsviçre M. K. Md: 458; Türk M. K. Md: 440

4 Zira, İsviçre M. K. Md.: 465; Türk M. K. Md: 447. Evlâtlığı aynen meşrû çocuk gibi birinci derece mirascısı kabul etmiştir.

5 Türk Medeni Kanununun değiştirilmesi zaruri olan hükümlerinden başta geleni bizce evlâd edinmeyle ilgili olan bazı hükümlerdir.

6 İsviçre M. K. Md: 268; Türk M. K. Md: 257



eline taksim neticesinde 100 lira geçse, bu mirasçı ölenin (müris) bir milyonluk borcundan ancak 100 lirasını ödemeye zorlanabilir. Halbuki aynı mirasçı, modern beşerî miras kanunlarında terekeden hisse olarak aldığı 100 lira karşılığında bir milyon lirayı ödemeye mecburdur.<sup>1</sup>

Modern miras sistemi, islâm miras sisteminin esasını yalnız Devletin mirasçılığından kabul etmiştir. Zira İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında Devlet kanunî mirasçıdır, fakat diğer kanunî mirasçılardan farklı olarak terekenin borçlarından yalnız tereke mevcudiyle, yani eline geçenle mes'uldür.<sup>2</sup>

İslâm miras sisteminde "nimet külfete, göredir" esasına göre bütün mirasçıların mes'uliyeti terekeden ellerine geçen kıymetle mahduttur. Modern sistemlerin kabul ettiği namahdut mes'uliyet haksız ve hatta mantıksızdır. Bunun içindir ki bu mes'uliyet esasını kabul etmiş olan İsviçre ve Türk Medenî kanunları "Mirasın hakikî ve hükmen reddi" namıyla müesseseler de kabul ederek, mirasçılara bu ağır mes'uliyetden kurtulmanın çarelerini bizzat göstermek mecburiyetini hissetmişlerdir.<sup>3</sup> Hele aynı kanunlar borca batık terekenin kendiliğinden reddedilmiş sayılacağını ilân etmiş olmakla, koydukları mes'uliyet esasının ciddiyetini bertaraf etmek zorunda kalmışlardır.<sup>4</sup>

6- İslâm mirs sisteminde vârise vasiyet memnûdur. Bu husus Kur'anı Kerim ve Hadislerle teyid olunmuştur. Ancak birlikte mirasçı olanlar vasiyeti kabul ettikleri takdirde, memnuniyet câri olmaz: Bir şahıs iki çocuğundan birine tasarruf nisabı olan terekenin üçde birini veya bu nisabın yarısından fazlasını vasiyet etse, diğer çocuk rıza göstermiş olmadıkça bu vasiyet tenfiz olunamaz. Memnuniyetin sebebi ihdası, vârisler arasında adâleti bozarak geçimsizliğe, düşmanlığa meydan vermemekten ibarettir. Bundan başka, kendilerine vasiyet yapılmamış olan mirasçıların mürise olan bağılıklarını zayıflatmamak gibi sebepler de zikredilmelidir. Modern beşerî miras sistemlerinde ise, mirasçaya vasiyet câizdir; birlikte mirasçılar kabul etmeseler bile hüküm aynıdır.<sup>5</sup>

1 İsviçre M. K. Md: 560; Türk M. K. Md: 539

2 İsviçre M. K. Md: 592; Türk M. K. Md: 571

3 İsviçre M. K. Md: 566; Türk M. K. Md: 545:

4 Şurada kayd edilmelidir ki, kanun vâzının mirasçıların mümessili imiş gibi, borca batık terekenin red edilmiş sayılmasını kabul etmekle, mirasçıların terekeden pay almalarına mâni olması doğru değildir. Zira, belki mürisin alacaklıları borçdan vaz geçecek veya alacakları zamanışımına uğrayarak mirasçı terekenin borçlarını ödemek mecburiyetinde kalmayabilecektir. Bu çok teknik meseleye burada bu kadarla işareti kâfi görüyoruz. Borca batık terekenin borçlarından mes'ul olmak istemeyen mirasçı hakikî red ile bu neticeyi temin etmek imkânına esasen sahiptir.

5 İsviçre M. K. Md: 483; Türk M. K. Md: 463 Bu maddeler mürisin tasarruf nisabında serbestçe tasarrufunu kabul etmektedir. Binnetice miras bırakan dilerse, tasarruf nisabının tamamını çocuklarından birine vasiyet edebilir. Hangi hukuk sisteminde isâbet bulunduğunu takdir okuyanlara terk edilir.

7- İslâm miras sisteminde Tenkis ve iptal davası yoktur. Çünkü mirasçının hisseleri ilâhî irade ile tâyin edilmiştir. Bu itibarla bu hisseler mürisin ölüme bağlı tasarrufu ile aşılabilir; aşılması ise, aşılma nisbetinde vasiyet tenfiz edilemez. Binnetice, miras payı (hisse: sehîm) vasiyetle tecavüz edilmiş olan mirasçının bu payı koruması için tenkis davası namıyla bir dâva açmasına lüzum yoktur. Modern beşerî miras sistemlerinde ise, keyfiyet aksinedir: payı aşılma, yani mahfuz hissesi vasiyetle yahut sair ölüme bağlı tasarrufla tecavüz edilmiş olan mirasçı tenkis davasını zamanışımı dolmadan açmasa<sup>1</sup> veya taksim sırasında tenkis fef'inde bulunmasa terekeden ya hiç bir şey alamaz veya eksilen payını elde edemez. Müris bütün terekeyi vasiyet etmiş ise mahfuz hisseli mirasçı tenkis davası açmamış ise, terekeden hiç bir şey alamaz.

İslâm miras sisteminde ölüme bağlı tasarrufların ve hususiyle vasiyetin iptali davası da mevcut değildir. Çünkü bu hukukda ahlâka, âdaba ve Kur'an ve hadislere, yani mevzuata<sup>2</sup> aykırı olan vasiyetlerle ehliyet şartı tahakkuk etmeden yapılmış olan vasiyetler iptali mücib olarak mevcut vasiyetler değil, yapıldığı andan itibaren gayrimevcut, hukuk nazarında yok ve binnetice kenlemeyekûn, hükümsüz vasiyetlerdir. Bu itibarla böyle vasiyetlerle terekeden tasarrufa mâni olmak için mirasçının vasiyeti iptal davası açmaları gerekmez. Halbuki, modern beşerî miras sistemlerinde vasiyet aksinedir; o kadar ki bir çocuğun, daha doğrusu vasiyet ehliyeti yaşı olan 15 yaşını doldurmamış olan bir kimsenin ve hatta bir delinin vasiyeti bile kendiliğinden hükümsüz olmayıp, iptal edilmek lâzımdır.<sup>3</sup> iptal davası için kabul edilmiş olan mürur-

1 İsviçre M. K. Md: 522, 533; Türk M. K. Md: 502; 513.

2 İslâm hukukunda mevzuat, başta Kur'anı Kerim ve Hadislerdir. Mamafih bunlar ilâhî ve kutsî mevzuattır. Beşerî mevzuat da söz konusu olabilir; Yani Kur'anı Kerimle hadislerin mevcudiyeti Müslüman devletlerin beşerî faaliyetle kanun yapmalarına engel değildir. Dikkat edilecek şey, bu kanunların Kur'an ve Hadislerdeki âmir hükümlere aykırı düşmemeleridir. Burada önemle kayd edelim ki, Kur'anı Kerimdeki her hüküm saygıya lâyıktır. Fakat bazıları âmir değildir. Bir iki misalle yetiniyoruz: Miras dağıtılırken dağıtma zamanında mirasçılar yanında fakirler de bulunduğu takdirde onlara da terekeden bir şey verilmesi tavsiyesi; keza, kısas hak olduğu halde, Cenabı Allah kısasdan vaz geçmeyi tavsiye etmektedir. Fakat vaz geçmek âmir hüküm değildir. kayd olunmak icab eder ki, hakikî, imanı bütün, Rabbi tam manâsıyla seven kul, Allahın âmir olmayan hükümlerini de yerine getirendir. Cenabı Hak kısası hak olarak teslim buyurmuştur; fakat kendi rızası için vaz geçilmesi halinde de günahların bağışlanacağını ve ek mükâfatlar da bahşolunacağını buyurmaktadır. Buna rağmen kısasda ısrar etmek, Rabbe tam bağlılık sayılmaz. Kuvvetli iman, Allahın tasdik ettiği hakkı, yine Allahın tavsiyesine uyarak kullanmaktan vaz geçebilmek irade ve faziletini göstermektir. Bu uzun ve çok nazik meselelerde müstakil etideller yapmak gerektiğinden, burada bu kadar kayıtlı yetiniyoruz.

3 İsviçre M. K. Md: 519, 521; Türk M. K. Md: 499; 501.

zaman müddeti içinde<sup>1</sup> iptal davası açılmadığı takdirde, ahlâka, kanuna ve ehliyet şartlarına aykırı olarak yapılmış olan vasiyet tenfiz edilir.

8 İslâm miras sisteminde evlâdlığa alınan kimse<sup>2</sup> evlâd edinenin mirasçısı olamaz. Zira islâmda evlâd edinme Kur'anı kerimdeki "Başkalarının evlâtları sizin çocuğunuz değildir, onları babalarının adıyla çağırınız."<sup>3</sup> mealindeki âyeti kerime mûcibince modern beşerî kanunların bazıları tarafından kabul edilmiş olan<sup>4</sup> evlâd edinmeye benzemez. Şurada önemle kayd edelim ki, "Tebenni" de lafzî mânada evlâd edinme ise de, hukuk istılahı olarak tam ve hakikî manâsiyle evlâd edinme olmayıp, ana babası belli olmayan bir çocuğun kadın veya erkek tarafından hakikî fûrû olarak iddia edilmesi ve bu suretle nüfusa kayd olunmasından ibarettir. Bu itibarla tebennî (ibn: evlâd edinme) neticesinde evlâd edinilen evlâd edinenin hakikî fûrû addolunur ve evlâd edinen onun üzerinde hakikî meşrû fûruun hak ve vazifelerine sahip olur.

İslâm hukukunda iki taraflı, yani ahdi, mukavelevî evlâd edinme de mümkündür ki, asıl evlâd edinme budur. Zira islâm hukukunda aynen bu günkü gibi, ahlâka, âdâba ve kanuna aykırı olmayan her akit müteberdir. Kanundan maksat evveleminde Kur'anı kerim ve Hadislerdir. Bilâhare bunlara aykırı düşmeksizin yapılan ve beşerî irade mahsulü olan her çeşit mevzuat söz konusudur.<sup>5</sup> Kur'anı kerimde, evlâtlığı evlâd edinenin kanunî mirasçısı yapan, evlâd edinene evlâtlık üzerinde velâyet veren ve evlâtlığı evlâd edinenin soy adını taşımaya mecbur kılan evlâd edinme yoktur. Binnetice bu neticeler olmaksızın islâm dini ve hukuku hakikî manâsiyle akdi evlâd edinmeye mâni değildir; bilâkis içtimai yardımlaşmaya ve yetim ve fakirlere yardıma çok ehemmiyet verdiğiinden böyle bir müesseseyi teşvik edici bir din ve hukuktur. İslâm hukuku

1 İsviçre M. K. Md: 533; Türk M. K. Md: 501.

2 Evlâdlığa alınacak olan şahsın mutlaka küçük olması gerekmez; Bugün de böyledir. Hatâ 90 yaşındaki bir kimse evlâd edinilebilir. Fakat tatbikatta daha çok çocuklar evlâd edinilmektedir ki doğrusu da budur; Zira evlâd edinme müessesesinin ilk gâyesi ana babasız veya ana babası olup, da fakir çocukları himâyeye almak ve onlara sosyal yardımda bulunmaktan ibarettir.

3 Ahzab sûresi, Âyet: 3 4.

4 İtalya gibi bazı memleket kanunlarında iki çeşit evlâd edinme vardır ki, biri İslâmî akdi evlâd edinmeye benzer; yani evlâtlık evlâd edinenin mirasçısı olmaz ve onun soy adını taşımaz. Buna mukabil, İsviçre ve Türk Medenî Kanunları evlâd edinilen kimseyi evlâdlığa alınan aynen meşrû çocuğu imiş gibi kanunî mirasçısı kabul ettiği gibi evlâtlıktan hakikî ana babanın velâyetini alır, evlâd edinene devreder; ve evlâtlığın evlâd edinenin soy adını taşıyacağını ilân eyler. Bu kanunların ilgili maddeleri tetkik edilmelidir.

5 Keyfiyet bu günkü medenî memleketlerde de böyledir: evvelâ Anayasa, sonra saâir kanunlar gelmektedir. Ve bu kanunlar da Anayasaya aykırı olamaz.

evlâdlığın evlâd edinmenin ve bunun evlâtlığın kanunî mirasçısı olamayacağını<sup>1</sup> kabul etmekle beraber, bunların yekdiğerine terekenin üçte birinde, yani tassarruf nisabında veya bunun cüz'ünde vasiyet yapmalarına engel değildir. Bunlar arasında tevarüs, kanunî mirasçılık yoluyla değil, vasiyetle mümkündür.<sup>2</sup> İslâm hukukunda akdî evlâd edinme başlı başına bir mevzû olduğundan burada ancak esasları kayd etmekle yetiniyoruz. Üzerinde durulması gereken cihet, tebennînin akdî evlâd edinme ile ilgisi olmadığı hususudur. Tebennî neticesinde meşrû ve hakiki fûrû olarak nüfusa kaydettirilen kimsenin hakiki ana babası çıkar ve tebennî suretiyle nüfusa kaydettirilenin kendi fûrû olduğunu isbat ederse, tebennî hükümden düşer. Yani neseb davâsı neticesinde tebennî sakit olur.<sup>3</sup>

Kayd edilen bu farklar İslâm hukuk sisteminin modern beşerî hukuk sistemlerinden müstakil bir hukuk sistemi olduğunu belirtmeye kâfidir. Şimdi aynı hukuk sistemi ile Roma Hukuku arasındaki farkları özlüce belirtmeye çalışacağız.

## II- Roma hukuku ile islâm hukuku arasındaki farklar.

1- Roma hukuku, başlangıçta örf hukuku olarak belirmiş, sonraları oniki Levha Kanunları ile yazılı hale getirilmiştir. Bu kanunlara imparatorların ferdin yaptırdıkları bazı özel kanunlarla Justinyen devrinde Jüstinyen müdevvenatı ile sonraki bazı kodifikasyon hareketi, yani mevzuatı tesbit işi eklenmelidir. İslâm hukuku ise, başladığı andan itibaren yazılı bir hukuktur. Çünkü Kur'anı kerim vahiy suretiyle geldikçe yazılırdı. Bu 23 senede tamamlandı. Çünkü, Kur'an bu müddet içinde vahyolundu. Böyle cihanşumul ve bütün insanlara hitab eden zengin muhtevalı bir ilâhî kanunun 23 sene gibi uzun sayılacak bir müddet içinde bitmiş olması, ihtiyaca göre ahkâm nazil olmasındandır. Yoksa Allah Kur'anı top yekûn de indirebilirdi. Filhakika kur'anı kerimde "Biz bir şey'e ol deyince, o oluverir biter; bu bizim için zor bir iş değildir." mealinde cenabı Hakkın kudretini ifade eden âyeti celile mevcuttur. Kur'anın Hz. Muhammed'in Resullüğünden itibaren 23 yılda peyder pey nâzil olmasının muhtelif sebepleri vardır ki, burada bunları uzun boyulu yazmaya mevzu müsâit olmadığı gibi, konu ile ilgisi de fazla değildir. Mesele, İslâm hukukunun Roma hukukuna nazaran doğduğu andan itibaren yazılı bir hukuk olarak başlamış olması-

1 Zira Kur'anı Kerimin mirasçısı gösteren hükümleri (Nisa sûresi, Âyet: 6, 7, 10; 11; 18) arasında evlâtlığın evlâtlığa alanın kanunî mirasçısı olarak yer aldığı görülmektedir.

2 Bugün de bu imkân vardır; yani bu günkü beşerî miras sistemleri de her ikisinin yekdiğerine vasiyet yapmasına ve hattâ mansup mirasçısı nasbetmesine müsâittir.

3 İslâm Hukukunda evlâd edinme için, bu dergi de çıkacak olan "İslâm'da evlâd edinme ve çeşitleri" adlı yazımıza bakınız.

nı kayıttan ibarettir. Kur'anı kerim ahkâmının tefsiri Hz. Muhammed tarafından yapıldı. Zira Peygamber hayatda iken bir başka müslümana müracaat ederek tefsir talebinde bulunmak, Kur'anı kerimdeki "Ey insanlar Allaha ve Resûlüne itaat ediniz" mealindeki âyeti kerimenin mânası ile bağdaşamaz. Böyle olmakla beraber biraz sonra görüleceği üzere, Hz. Peygamberin hayatda bulunuşu, devrinin hâkimlerinden içtihad yetkisini kaldırmamakta idi ki, bu, çok önemli bir noktadır.

2- Roma hukukunda hâkimler içtihadlarıyla hükmedemezler, ancak kendilerine verilen formüle göre hükmederlerdi. İmparatorluk devrinde ve hattâ Jüstinyen Kanunlarında hâkimlere içtihadlarıyla hükmetmek yetkisi veren bir metne de tesadüf edilmediği yaptığımız tetkiklerden ve Roma Hukukçularına vâki soruşturmalarımızdan anlaşılmıştır. Roma hâkimi, mevzuatda hüküm bulunmayan hallerde keyfiyeti İmpratora arz eder, ondan fetvaya tekabül eden cevaba göre hükmederdi. Yani Roma hukukunda hâkimlerin, modern beşeri kanunların kabul ettiği<sup>1</sup> kanun vâzı imiş gibi hareket etmek yetkileri yoktu. Buna mukabil, islâm hukukunda hâkim (Kadı), Kur'anda ve Hadislerde hüküm bulunmayan hallerde önelerine gelen ihtilâfı halletmek için Hz. Peygambere müracaat etmek mecburiyetinde değil idiler. Aynen bu günkü modern Medenî Kanunlarda olduğu gibi, kendileri kanun vâzı olsalar idi nasıl hükmeder idi iseler öyle hükmetmek selâhiyetine sahiptiler. Bu husus, Hz. Peygamberin Muaz bin Cebeli vali<sup>2</sup> tayin ederken aralarında geçen konuşma ile sâbittir: Cenabı Peygamber, "ey Muaz neyle hükmedeceksin" diye sormuş, Muaz "Allahın kitabındaki hükümlerle" cevabını vermiş; peygamber "ya onda hüküm bulamazsan"<sup>3</sup> diye sorunca "Resûlün sünneti ile" diye mukabele etmiştir.

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

2 O vakitler vâliler aynı zamanda hâkimlik (kadılık) de yaparlardı.

3 Kur'anı Kerimde ancak genel prensipler mevcuttur. Bu genel prensiplere istinaden hayatın her sahadaki inkişafı temin edilir. Teferruat insanların zekâsına ve çalışmasına terkolunmuştur. Aksi olsa idi, İslâm dini o vakit terekkiye mâni, donmuş ve içtihadı kaldırmış bir din olarak tezahür ederdi. Meselâ Kur'anı Kerimde çek. poliçe, trafik ilh. hukuku yoktur. Fakat aynı kutsî kitabın hiç bir yerinde bu sahalarda hukuk yaratmak ve kanun yapmak men edilmiş değildir. Bu itibarla Hz. Muhammedin Muaz bin Cebel'e "Ya Kur'and hüküm bulamazsan" tarzındaki sualini yadırgamamak lâzımdır. Ancak şuna önemle işaret gerekir ki, beşeri kanunlarda olduğu gibi, İlahî kanunda da hükümler daima sarîh olmaz; zammî hükümler de vardır ki, bunlardan netice çıkarmak müfessirlerin ve bilhassa Kur'an ve hadis ilimlerini tam manasıyla öğrenmiş âlimlerin yapacağı iştir. İmam Âzam, İmam Mâlik, Şâfii ve Hanbeli ve onların yetiştirdikleri derya talebeleri bu kabil âlimlerdendir ki, İslâmî ilimlerde, İslâm hukukunda isâbetli hükmedebilmek için bunların eserlerine de mutlaka müracaat etmek lâzımdır. Yoksa, Hadis ilmini ve bu âlimlerin çeşitli mevzularda kılı kırk yaran eserlerini bir kenara bırakıp, yalnız Kur'anı Kerimdeki lafızlara, yani sarîh bazı hükümlere bakarak içtihad yaratmaya kalkışmak mümkün olamaz. Bu kesin ifademizi, muasır beşeri Medenî kanunlar da teyit etmektedir. Filhakika İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının birinci maddesi "İçtihadlarıyla hükmetmek zorunda kalmış olan hâkimlerin doktrine de müracaat etmeleri" tavsiye olunmaktadır ki, isâbetinden şüphe olunamaz.