

İSLÂM HUKUKUNDA ŞAHSİYET VE HAKİKİ ŞAHİS

Prof. Dr. Mustafa UZUNPOSTALCI

Personality and Nature Person in Islamic Law

Islamic Law recognized natural personality and legal personality and regulated many principles about legal personality. Islamic Lawyers explained the issues of the person and personal law in the fiqh and jurisprudence books in the related places. We may find out these issues explained under the person -"al-mahkûm alayh/mukallaf"- in jurisprudence books and hereby legal capacity issue explained; we find, person, legal capacity and related issues examined in fiqh books under the various title marriage, *mahr* (dower), *nafaq* (maintenance) divorce, incompetency (affecting legal capacity), bankruptcy, *wasyyah* (bequest) and law of succession etc. We may conclude that person and legal capacity is not explained in the same part in Islamic Law. Comtemporary uslim jurists explained the subject as a separate title and enumerated related issues as principles. Personality divided into the "natural personality" and "legal personality" as well as person divided into "nature person" and "legal person". In this paper we only examine "nature person" on the other hand we will make a little touch to the modern law in order to compare.

Key words: person, nature and legal person, personality, legal capacity, islamic law

GİRİŞ

Türkler tarihin ilk dönemlerinden bu yana yer yüzünde görülen bir topluluktur. Tarihin bize naklettiğine göre de bütün tarihi boyunca sürekli bir bayrak altında toplanıp bir millet olarak yaşama özelliği kazanmış bir topluluktur. Bu sebeple de o, tarihin her döneminde bir Devlet kurmuştur. Devlet olmak demek, tebaanın yönetilmesi, her türlü işlerin belli kurallara göre yürütülmesi ve dolayısı ile orada kendilerine uyma mecburiyeti bulunan bazı kuralların bulunması demektir. Bu kurallar, başlangıçta bir takım gelenek, görenek olarak ortaya çıkıp sonra da örf ve âdetler haline gelse bile, bunların zamanla kanun haline gelmiş olduğunu düşünmemiz hatalı olmaz. Bir devletin uyguladığı kendisine uyulması mecburi hale gelmiş ve herkes tarafından bu şekilde algılanmış kurallar/kanunlar da o devletin örf ve âdetinden kaynaklanır. Bugün Hukukta kabul edilen de örf ve âdetlerin hukukun kaynakları arasında yer aldığıdır.

Belli bir dönemden sonra Müslüman olan Türk milleti üzerinde, İslâm Dininin her yönden tesirinin olduğu da inkâr edilemez bir gerçektir. Gerek fert ve gerek bir devlet olarak Türk milletinin benimseyip inandığı, kuralları-

nı uyguladığı bu dinin, üzerlerinde müspet katkıları olmuş; kurdukları devletlerde uyguladıkları onun getirdiği hükümler onları olgunlaştırmış bulunmaktadır. Bu tesirleri, bugün bile, en ücra yerlerde yaşayan topluluklar üzerinde görmemiz mümkündür.

Yer yüzünün hür ve en büyük devleti olarak görünen milletimizin, kuruluş yıllarından itibaren süre gelen yıllarda, bazı milletlere göre bilim, fen ve teknik açıdan geri kalmış bulunduğu da bir gerçektir. Bir millet, geri kaldığını hissettiği ilim, fen ve tekniği kendilerinden ileride gördüğü millet ve topluluklardan alabilir; fakat o milletleri asla taklit edemez. Zira taklit, mukallit olan kişi ve toplulukları kendilerini taklit ettikleri kişi ve topluluklar seviyesine getirmez. Taklit bir geri kalmışlık alâmetidir. Hele böyle bir millet, Türk milleti gibi zeki, anlayışlı ve her yönü ile kabiliyetli olursa, bunların bir başka milleti taklit etmesi ve onlarda olanı aynen alması asla düşünülemez, düşünülmemesi gerekir. Türk milleti de zaten bunu kendisine yakıştıramaz, hazmedemez.

Diğer taraftan, bir milletin başka bazı milletlerden, bilim ve teknik açıdan geri kalmış olması ve diğer milletlerin bu yönlerden kendilerine olan üstünlüğü, o milletin tarihi boyunca ortaya koyup geliştirdiği medeniyetini, âdet ve kültürünü ortadan kaldırmaz. Türk milleti de asırların kendisine kazandırdığı tarihi tecrübe ve medeniyet ile İslâm Dininin kendilerine kazandırdığı güzel ahlâk ve fazilete sahip bir millettir. Milletimizin belli bir dönemde ilim ve teknik açıdan diğer milletlerden geri kalmış olması, onların kültürlerini, medeniyetlerini ve hukuklarını almalarını tabii ve meşru kılmaz. Çünkü Türk milleti olarak bizim, hem kendimize has kültürümüz, hem medeniyetimiz ve hem de yaşayışımıza uygun, kendi hukukumuz vardır.

Asırlardan beri uyguladıkları İslâm Hukuku Milletimize kendi özelliğini tezahür ettiren bir benlik kazandırmış ve bu hukuk onun ayrılmaz bir vasfı hâline gelen temel unsuru olmuştur.

Bugün pek çok ülkenin Hukuk Fakültelerinde okutulmakta olan hukuk sistemleri arasında İslâm Hukukunun da okutulmakta olduğunu görmekteyiz. Ancak 1926 yılında "İsviçre Medeni Kanunu"nu, olduğu gibi tercüme ederek almamız ve uygulamaya koymamızla birlikte o zamana kadar okutulmakta olan İslâm Hukuku artık Hukuk Fakültesinin programından da çıkarılmış, ders olarak okutulmaktan kaldırılmış bulunmaktadır. Sadece okutulmaktan kaldırılmakla kalınmamış, bu fakültede bir taraftan modern hukuk okutulurken, diğer taraftan da İslâm Hukukuna, hiçbir ilmilik özelliği taşımayan, yani bilimsel olmayan tenkitler yöneltilmesi de ihmal edilmemiştir. Böylece, asırlarca pek çok devlet tarafından uygulanmış ve uygulandığı her memlekette o milletin müspet hukuku olmuş, Türk milletinin benliğini oluşturmuş bu hukuk aleyhine, cehâlet ve bilgisizce bir düşmanlık doğmuştur. Yeni yetişen hukukçularımız da bu hukuktan tamamen uzak oldukları için, bu söylenenlerin doğru olduğunu kabul etmek durumunda kalmışlardır.

Bugün İslâm Hukukunun bazı Hukuk Fakültelerimizde seçmeli ders olarak okutulmakta olması onun tarihe terk edilemeyeceğinin bir işareti olarak kabul edilebilir. Bu sebeple biz de İslâm Hukukuna giriş niteliğinde "İslâm Hukukunda Şahsiyet Ve Hakiki Şahıs" konusuna bir göz atarak "Hakiki Şahıs" üzerinde durmak, konunun İslâm Hukuku açısından ne ifade ettiğini değerlendirmek istiyoruz. Durumu İslâm Hukuku açısından ele alırken, aynı zamanda bugünkü hukukun konuya nasıl baktığına da yer vereceğiz. Böylece konunun, ilgilenen kimseler açısından mukayeseli hale gelmiş olacağını düşünüyörüz. Ancak böyle bir inceleme önceki yıllara dayandığından, bugünkü hukukumuzla ilgili olarak vereceğimiz bilgiler ve atıfta bulunacağımız Medeni Kanun maddeleri, eski kanun maddeleri olacaktır. Buna da başlangıçta dikkat çekmek isteriz.

I - ŞAHSİYET

Hukuk söz konusu olduğu yerde önce akla insan gelir. Çünkü hukukla en yakın ilgisi olan insandır. Hukuk, bir şahıs olarak insanların birbirleri ile ve âmme ile karşılıklı münasebet ve menfaatlerini düzenleyen kuralların bütünüdür.¹

İslâm Dininin hem insanların birbirleri ile ve hem de Allah'la olan münasebetlerini tanzim edici olarak getirdiği esasları, İslâm Hukuku birer kural haline getirerek düzenlemiştir. Bu duruma göre her iki münasebette de insan, hukukun süjesi durumundadır.

Toplum halinde yaşayan insanı hukuk açısından iki yönden değerlendirmek mümkündür. Bunlardan birisi, insanın tek başına ele alınarak hukuki yönden incelenmesidir. İnsan tek başına ele alınınca, onun şahsiyeti ve şahsı ile ilgili olan hakları incelenebilir. Diğer de insanın, diğer insanlar ve hak sahipleri ile olan bağılılık ve münasebetleri yönünden ele alınıp incelenmesidir.²

Hukuki anlamda "şahıs", hak sahibi olabilen, haklardan yararlanabilen varlık demektir. Çünkü haklar şahıslar için vardır. Bir hakkın tasavvur edilebilmesi için onunla birlikte bu hak kendisine bağlanmış bulunan bir "şahıs"ın bulunması zaruridir. Hukukta her hakkın bir sahibi vardır. Sahipsiz, mücerret ve boşlukta duran bir hak tasavvur etmeye imkân yoktur. Hukusi Hukukta sahipsiz "şey" olabilir, fakat sahipsiz "hak" olamaz.³

İsviçre ve Türk Medeni Kanunları, şahsın manevi varlıkları üzerindeki hakların hepsini birden "şahsiyet hakları" olarak kabul etmiştir. Buna göre şahsiyet, insanın kendi mevcudiyetine bağlı fizik ve manevi, hukuki değer ve varlıklarının bütünüdür ifade eder.

¹ Birsen, Kemaleddin, *Medeni Hukuk Dersleri*, Beşinci baskı, İst., 1959, s.6.

² Birsen, a.g.e., 140.

³ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku*, İst., 1959, I., Cüz 1, s.252,253; cüz 2, s.19; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-II, İst., 1974, I, 171.

Ancak bu durum, yalnızca insana ait bir şey olmadığı için de Türk Medeni Kanunu "şahıs" tabiri ile hem tek ve fizik varlık olan insanı, hem de topluluk mahiyeti gösteren "hükmi şahıs"ları ifade etmektedir. Fransız ve Roma hukuklarında ise "şahıs" tabiri sadece insanı ifade eder.

İsviçre ve Türk Medeni Kanunları insan için, "hakiki şahıs" tabirini kullanarak onu, insandan ayrı bir şahsiyet varlığı bulunan "hükmi şahıs"tan ayırır. Çünkü "hakiki şahıs"lar tek kişidirler. Halbuki her hükmi şahısta bir topluluk mefhumu bulunmaktadır. Bu topluluk, derneklerde olduğu gibi, insan topluluğu; vakıf ve tesislerde olduğu gibi, mal topluluğu veya umumi olarak, ticari şirketlerde olduğu gibi, hem insan ve hem de mal topluluğu olabilir.⁴

Bu topluluk ve varlıklar ister şirketler, ister cemiyetler şeklinde olsun, kendilerini oluşturan şahıslardan ayrı birer şahsiyete sahiptirler. Bunlar da diğer insanlar yani "hakiki şahıs"lar gibi, kendi aralarında akitler yapabilir, daha önce gerçekleşmiş akitleri bozabilir, başkalarını borçlandırıp kendileri de borçlanabilirler ve mülkiyet hakları vardır. Bunlara bugünkü hukuk dilinde "itibari şahsiyet" veya "manevi şahsiyet" denir ki, "personnalité morale" karşılığıdır.

Hukukçular bu tür şahsiyetin mâhiyetinde ihtilâf etmişlerdir. Bu şahsiyet gerçek bir şahsiyet midir? Yoksa böyle bir şahsiyet farazî midir? Mevcudiyetinin ve muteber olmasının şartları nelerdir?... gibi hususlar hukukçular arasında münakaşa konusu olmuştur. Fakat bu münakaşalar onun varlığına ve sahip olduğu ehliyete tesir etmemiştir.

İslâm Hukuku da "hakiki şahsiyet"le birlikte "manevi şahsiyet"i de kabul etmiş ve "hükmi şahsiyet"le ilgili olarak pek çok hüküm açıklamıştır.⁵

İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında da "şahıs" tabirinden hem "hakiki şahıs" ve hem de "hükmi şahıs" anlaşılmaktadır. Hükmi şahıslarda aile münasebetleri bahis konusu değildir. Bundan dolayı İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında "şahsın hukuku" ile "aile hukuku" ayrı olarak ele alınmış, birleştirilmemiştir. Fakat buna mukabil Fransız Medeni Kanununda şahıs tabirinden yalnızca insan kastedildiği için, "şahsın hukuku" ile "aile hukuku" birleştirilmiştir.⁶

İslâm Hukukunda ise bu konu belli bir bölümde toplu olarak ele alınmamıştır. İslâm Hukukunun kendine has bir sistematiği vardır. Bundan dolayı İslâm hukukçuları "şahıs" ve "şahsın hukuku" ile ilgili konuları, işledikleri konunun gerektirdiği tarzda "Fıkıh" ve "Fıkıh Usûlü" ile ilgili eserlerin çeşitli konuları içinde değerlendirmişlerdir. Bu konuların "Fıkıh Usûlü" ile

⁴ Velidedeoğlu, a.g.e., cüz 2, s., 21, 27-28; Zerkâ', Mustafa Ahmed, *el-Fıkhu'l-İslâmî fî sevbihî'l-cedid*, I-III, Dımaşk, 1385/1965, III, 236 vd.

⁵ Zerkâ, a.g.e., III, 237-238.

⁶ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 21-22.

ilgili yazılan eserlerin "el-mahkumu aleyh/mükellef" başlığı altında ele alındığını ve burada ehliyet konusunun işlenmiş olduğunu; Fıkıhla ilgili eserlerin de nikâh, mehir, talâk, nafaka, hacir, iflâs, vasiyet ve ferâiz gibi bölümlerinde şahıs ile ehliyetin ve şahsın hakları ile yükümlülüklerinin ele alınarak incelenmiş olduğunu görmekteyiz. Durumu bir cümle ile ve genel olarak ifade edersek; İslâm Hukukunda şahıs ile ehliyet bir arada ele alınarak işlenmiştir.

Ancak, Asrımızda bu konuyu ele alan İslâm Hukukçularının onu müstakil bir başlık altında ele alarak incelediklerini ve konu ile ilgili hususları maddeler halinde değerlendirdiklerini görmekteyiz.

Bu açıklamalardan sonra görüyoruz ki, şahsiyet "hakiki şahsiyet" ve "hükmi şahsiyet" olarak ikiye ayrılmakta olduğu gibi, şahıs da "hakiki şahıs" ve "hükmi şahıs" olarak ikiye ayrılmaktadır. Biz bu incelememizde bunlardan yalnızca "hakiki şahıs"ı ele almak ve bunun üzerinde durmak istiyoruz. Böylece bir taraftan konuya İslâm Hukukunun nasıl baktığını tespit ederken, bir taraftan da bir mukayese imkânı doğsun diye, Medeni Hukukta konunun nasıl değerlendirildiğine de temas edeceğiz.

Haklar şahıslar için olduğuna göre, "şahıs" ve şahsiyet'in iyi tespit edilmesi gerekir. Aksi halde hakları, şahıs olmayan varlıklara da nispet etmek gibi bir gariplikle karşılaşabiliriz.

Diğer taraftan şahısların yaptıkları bir takım faaliyetler de vardır. Ancak bu faaliyetlerin hukuken geçerli olabilmesi, faaliyette bulunan şahısların hukukun koyduğu kurallara riayet etmelerine, yani kendi istek ve iradeleri ile ve yetkileri dahilinde bu faaliyetlerini sürdürmelerine bağlıdır. Diğer bir deyişle, yapılan bir işin hukuki bir netice doğurabilmesi veya hukuken geçerli olabilmesi için onu yapan kimsenin sadece şahıs olması yeterli değildir. Burada şahsiyetle "ehliyet" arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Bundan dolayı da ikisinin bir arada ele alınarak değerlendirilmesi önemlidir. Böyle yapmak aynı zamanda, konu ile ilgilenen kimselere topluca bir bilgi vermek demek olur. Ancak, biz bu makalemizde yalnızca "hakiki şahıs"ı ele almak ve "ehliyet" konusunu sonraki bir makaleye bırakmak istiyoruz.

II - HAKİKİ ŞAHIS

"Gerçek kişi" de dediğimiz "hakiki şahıs, ehliyet ve zimmet sahibi, hakları ve vecibeleri olan insanın kendisidir." Fakat bu yalnızca insanın vücut varlığını değil, aynı zamanda manevi varlığını da ifade eder.

Hak sahibi olmak için sadece insan olmak yeterlidir. Bütün çağdaş/medeni milletlerin hukukunda, hukuki manada şahıs sayılmak ve mede-

ni haklardan yararlanmak ehliyetini haiz olabilmek için, insan olarak dünyaya gelmiş olmak yeterli görülmüştür.⁷

Gerçi eski hukuklarda köle hak sahibi sayılmaz, o ancak hakka konu olurdu. Nitekim Roma ve İran'da, câhiliye dönemi Araplarında ve hatta medeni sayılan Avrupa devletlerinin sömürgelerinde bulunan köleler hiçbir zaman hak sahibi olmamış, tamamen bir eşya gibi ancak hakka konu olmuşlardır. Çünkü, haklara ehliyet konusunda umumilik prensibi, ancak köleliğin kaldırılmasından sonra ortaya çıkmıştır.⁸

İslâm Hukuku ise, köle yapma yollarını daraltmış, yalnızca harp neticesinde elde edilen esirlerle sınırlandırmış; buna mukabil köleleri hürriyetlerine kavuşturmayı çok sevaplı bir iş olarak değerlendirmiş ve bazı olaylarda kefaret kabul etmek suretiyle köle azat etme yollarını genişletmiştir. Böylece kölelik müessesesini kaldırmayı hedeflemiş, onlara şahsiyet vermiştir. Neticede medeni Avrupa'nın ancak geçen asırda gerçekleştirmeye çalıştığı bu konudaki başarıyı İslâm Hukuku asırlarca önce sağlamış bulunmaktadır.⁹

İslâm Hukukuna göre insan için asıl olan hürriyettir, eşitliktir. Yoksa esirlik ve kölelik değildir. Bazı işlerin özellikleri gereği olan durumlar istisna kabul edilirse, erkek ile kadın, halife/devlet başkanı ile basit bir işçi ve Arap ile Arap olmayan arasında hukuk yönünden tam bir eşitlik bulunmaktadır.¹⁰

Hakiki şahıs dediğimiz ve varlığını elle tutup gözle gördüğümüz, bütün faaliyetlerini müşahade ettiğimiz insan, bir uzviyet ve fizik varlık olduğuna göre onun şahsiyeti de bu vücut varlığının başladığı ve sona erdiği zaman arasında, hukuken bir mevcudiyet ifade eder. Bir başka deyişle, hukuk insanı bu süre içinde bir şahsiyet olarak tanır.

İnsanın, hayatı boyunca aynı durumda kalmadığı ve zaman içinde bir takım değişiklikler geçirdiği de bir gerçektir. İnsan doğduğu, yani dünyaya geldiği andan itibaren büyümeye, yaş almaya başlar. Yıllar ilerledikçe de bedeni ve fikri kabiliyetleri gelişir. Bu sebeple insan, fiil ve muamelelerinde hayatta kaldığı süre içinde hep aynı değildir. Bundan dolayı da hayatının farklı dönemlerinde, şahsiyeti icabı, haiz olabileceği haklar bakımından, yani ehliyeti açısından haklardan istifade etmesi ve hakları kullanması yönünden farklılıklar göstermesi de normaldir. Zaten başka türlü olması düşünülemez.¹¹ Bundan dolayı insanın ehliyetini, geçirdiği değişikliklere göre ele almak gerekir. Onun için bizim de evvela şahsiyetin başlangıç ve bitiş noktalarını tespit etmemiz gerekmektedir.

⁷ Zerkâ', a.g.e., III, 240; Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 21.

⁸ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 26; Ebû Zehra Muhammed, *Usûlü'l-Fıkıh*, Kahire, 1377/1957, s. 86; Karaman, a.g.e., I, 173.

⁹ Ebu Zehra, a.g.e., 86-87; Karaman, a.g.e., I, 173.

¹⁰ Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, İkinci baskı, Ankara, 1954, s. 70, 71.

¹¹ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 28; Birsan, a.g.e., 6.

Konuya önce bugünkü hukukta nasıl olduğuna bir göz atarak bakmak ve daha sonra da İslâm Hukukundaki durumunu, konumunu tespit etmek istiyoruz.

A) ŞAHSİYETİN BAŞLANGICI

Şahsiyetin başlangıcı, en az onun devam ettiği ve bittiği zaman kadar önemlidir. Çünkü hak ve borçlanmalar şahsiyetin varlığına bağlıdır. Bu bakımdan her şeyden önce bu konuyu ele almamız gerekmektedir.

1. Bugünkü Hukuka Göre Şahsiyetin Başlangıcı

İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında şahsiyetin başlangıcı şu şekilde belirlenmektedir: "Şahsiyet, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu andan başlar."¹²

Bundan şahsiyetin kazanabilmesi için, çocuğun tam olarak doğmuş olması, yani göbeği kesilmese bile, annesinden sağ bir şekilde tam ayrılması gerektiği anlaşılmaktadır. Aynı zamanda hayatını sürdürebilme gücünde olduğunu göstermese de bir an için dahi olsun, yaşamış olması çocuğun sağ olarak doğduğu anlamına gelecektir. Halbuki Fransız Medeni Kanununa göre, çocuğun haklardan faydalanabilmesi için, yalnızca sağ olarak doğmuş olması yeterli olmayıp hayat kabiliyetini de haiz olması gerekir.¹³

Ancak konu ile ilgili olarak yukarıda zikrettiğimiz maddenin ikinci kısmında: "Çocuk, sağ olarak doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren, medeni haklardan istifade eder"¹⁴ denmektedir.

Henüz Anne karnında bulunan ve bu durumda iken kendisine "cenin" denen çocuk için Medeni Kanunun bir çok maddesinde hükümler yer almaktadır. Bunlardan birisi de mirasla ilgilidir. Medeni Kanunda mirasla ilgili olarak şöyle denmektedir:

"Cenin sağ olarak doğarsa, mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz."¹⁵

Konu ile ilgili bir başka madde de şöyledir:

"Mirasçılar arasında cenin varsa taksim, doğmasına bırakılır."¹⁶

Bunlardan anlaşılmaktadır ki, Medeni Kanunda her ne kadar, şahsiyetin başlangıcı için, doğumun şart olduğu açıkça söylenmiş ise de, ceninin hak sahibi olduğunun belirtilmesi ile doğumdan önce de onun şahsiyet varlığı kabul edilmektedir. Çünkü onun miras hakkının varlığından söz etmek, onun bir şahsiyet varlığı olarak kabul edilmiş olması demektir.

¹² Medeni Kanun, Madde, 27/1.

¹³ Velidedeoğlu, a.g.e, I, cüz 2, s. 28-29; Zerkâ, a.g.e, III, 241.

¹⁴ Medeni Kanun, madde, 27/2.

¹⁵ Medeni Kanun, madde, 524.

¹⁶ Medeni Kanun, madde, 584.

Ancak Medeni Kanunun 525. maddesi bu konuda daha da dikkat çekicidir. Çünkü bu maddeye göre cenin daha ana rahmine düşmemiş olsa bile, ileride var olacağı göz önünde bulundurularak ona hak tanınmaktadır. Madde şöyledir:

"Miras açıldığı zaman, henüz mevcut olmayan bir kimseyi, terekenin tamamı veya terekeye dahil muayyen bir mal için namzet tayin etmek caizdir."¹⁷

Bu maddeye göre bir kimse, gelecekte olacak bir çocuk için bir vasiyette bulunabilir. Vasiyet yapıldığı sırada, isterse o çocuk henüz ana rahmine düşmemiş olsun, vasiyet geçerlidir; kanunen muteberdir. Eğer vasiyet yapıldığında çocuk ana rahminde mevcut ise, sağ olarak ve tamamen doğunca bu mala hak kazanır. Ancak vasiyet yapan ölmüş olsa ve o öldüğünde çocuk henüz ana rahmine düşmüş olmasa, yani anne karnında mevcut değilse, miras almaya önce kanuni vârisler hak kazanır. Ancak ileride böyle bir çocuk meydana gelirse, yukarda zikrettiğimiz madde mucibince, mirasa hak kazanan vârisler vasiyet edilen malı o çocuğa intikal ettirmekle mükelleftirler.¹⁸

Dikkat edilirse Medeni Kanunun şahsiyetin başlangıcını sağ olarak ve tamamen doğmaya bağlayan maddeleri ile cenine ve hatta henüz cenin bile olmayan mutasavver bir varlığa hak tanıyan bu maddeleri arasında açık bir tenakuz bulunduğu görülür. Çünkü Türk Medeni Kanunu, şahsiyet olarak kabul etmediği, bırakın ana rahminde olmayı, tamamen mutasavver bir varlık için hak tanımak suretiyle onu hak sahibi kabul etmektedir. Halbuki hak sahibi olmak şahsiyet olmayı gerektirir. Zira haklar ancak şahıslar için düşünülebilir; bu sebeple de şahsiyet nispet edilemeyen mutasavver bir varlığa hak tanınması gerekir.¹⁹

Bize göre bu çelişkili durum, şahsiyetin başlangıcını tamamen doğmaya değil, ceninin anne karnında bulunmasına, ana rahmine düşmüş olmaya bağlanmakla giderilebilir. Böylece şahsiyetin başlangıcı daha önceye çekilmiş, yalnızca şahsiyetini kazanmış bir varlığa hak tanınmış, böylece kanun da şahsiyet saymadığı bir varlığa hak tanımış olmaktan kurtarılmış olur.

2. İslâm Hukukuna Göre Şahsiyetin Başlangıcı

Şahsiyetin başlangıcını tespit hususunda bugünkü hukukun, özellikle de İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarının tespit ve değerlendirmelerini böylece verdikten sonra, şimdi de İslâm Hukukunun konuya bakışını tespit etmeye çalışalım.

Bu konuda hemen şunu söyleyebiliriz; İslâm Hukuku anne karnındaki çocuk/cenin için bazı haklar tanımıştır. Demek ki, İslâm Hukuku cenini bir şahsiyet varlık olarak görmektedir.

¹⁷ Medeni Kanun, madde, 525.

¹⁸ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 31.

¹⁹ Zerkâ, a.g.e., 241 vd.

Anne karnındaki çocuğa, yani cenine "haml" de denir.²⁰

Cenin anne karnında bulunduğu süre içinde, onun bir parçası durumunda olması sebebiyle, onun aleyhine hiçbir hak yüklenemez; o borçlandıramaz. Hiçbir yükümlülüğünün bulunmamasından dolayı o zimmet ve ehliyet sahibi de değildir. Fakat bir insan olması sebebiyle de müstakil bir fizik varlık olarak kabul edilmiştir. Çünkü o başlı başına bir hayata sahiptir ve annesinden ayrı bir şahıstır. Bu yüzden bakıldığında ise, lehine tahakkuk edecek bazı haklara sahip ve ehil olmalıdır ve öyledir. Nitekim onun "nesep", "vâris olma", "yapılan vasiyeti alma" ve adına yapılan bir "vakfin gelirinden istifade etme" hakları bulunmaktadır.²¹

Ayrıca bir kimse, vurmak suretiyle veya her hangi bir başka sebeple, anne karnındaki çocuğun düşmesine sebep olsa, ileride açıklayacağımız üzere, bu çocuk sağ doğmuş sayılır ve bundan dolayı, bu işi yapan kimse veya "âkile" dediğimiz yakın akrabası, çocuğun yakınlarına beş yüz dirhem gümmüş miktarı diyet ödemek mecburiyetindedir. Bu diyet, düşen çocuğun hayatta bulunan vârisleri arasında miras hisselerine göre pay edilir.²²

Düşürülen çocuğun yakınlarına diyet olarak ödenen bu tazminat, Roma Hukukundan ve bugünkü hukukumuzdan daha geniş bir tarzda "haml" in, yani anne karnındaki çocuğun mirasçılara intikal etmektedir.²³

Anne karnındaki çocuğu düşüren veya düşmesine sebep olan kimsenin ödediği bu diyete "gurre" denir. Bu miktar diyet, tam diyetin yirmide biridir. Bir kimse hâmile bir kadına, meselâ tekme ile vursa veya onu dövse veyahut bağırıp korkutsa da o kadın da bundan dolayı, başı, kolları, tırnağı, saçı gibi bazı uzuvları belli hale gelmiş, "müstebînü'l-hılka" olmuş çocuğunu düşürse, bu kimsenin bu diyeti ödemesi gerekir.

Hâmile bir kadın, kocasının izni olmaksızın, karnındaki çocuğu düşürmek için, meselâ ilâç yapıp, yukarda belirttiğimiz vasıfları bulunan çocuğunu düşürse onun da "gurre" dediğimiz diyeti ödemesi gerekir. Bu diyet, çocuğun vârisleri arasında taksim edilirken de eğer düşüren ve bu sebeple diyet ödeyen anne de hayatta olup vâris durumunda bulunuyorsa, o yokmuş gibi davranılır ve mirastan ona her hangi bir hisse verilmez.²⁴

Bir çocuk henüz anne karnında iken bazı haklar tanıyan İslâm Hukuku, bu hakların kendisine, sağ doğması şartıyla verileceğini bildirmektedir. Bu

²⁰ Seydişehrî, Mahmud Es'ad b. Emin, *Ferâidü'l-ferâiz*, İzmir, 1311, s. 30; Zerka, a.g.e., III, 242.

²¹ Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşrî'u'l-Cinâi'l-İslâmî*, İkinci baskı, I-II, Kahire, 1964, II, 292; Zerkâ, a.g.e., III, 740; Buhârî, Abdülaziz, *Keşfü'l-esrâr alâ Usûli'l-Bezdevî*, I-IV, İst., 1308, IV, 239.

²² İbnü Rüşd, Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî (el-Hafîd), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid* (Abdülhalim Muhammed Abdülhalim ve Abdurrahman Hasen Mahmud tashihi ile), I-II, Kahire, 1975, II, 479 vd.; İbnü Âbidîn, Muhammed Emin, *Reddü'l-muhtar ale'd-Dürri'l-muhtâr*, I-V, İstanbul, 1257, V, 517; ed-Dimeşki, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdurrahman, *Rahmetü'l-ümme fi'htilâfi'l-eimme*, Bulak, 1300, s. 137.

²³ Ansay, a.g.e., 69.

²⁴ Şâfi'i, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Umm*, I-VII, yy., 1388/1968, VI, 93-94; Müzenî, İsmail b. Yahya, *el-Muhtasar (el-Umm ile birlikte)*, V, 143; Seydişehrî, a.g.e., s. 28-29; Ayrıca farklı görüşler için bak. Şâfi'i, a.g.e., VII, 383 vd.

bakımdan çocuğun bu haklardan faydalanabilmesi için sağ olarak dünyaya gelmesinin önemi vardır. Onun için de önce bunu tespit etmemiz gerekmektedir.

Her şeyden önce şunu söyleyelim ki, her hangi bir tecavüz sonucu düşürülen cenin bu sırada sağ kabul edilir ve böyle hayata "takdiri hayat" denir. Yani cenin düşürüldüğünde sağ olarak doğmuş kabul edilir.²⁵

Normal olarak bir çocuk dokuz ayda doğar. Ancak bu süre bazen uzar ve bazen de kısa olabilir. Buna göre, bir çocuğun anne karnında azami ve asgari kalma sürelerinin belirlenmesi, hem onun hak sahibi olması ve hem de her hangi bir hakkının zayı olmaması açısından önemli ve gereklidir.

Bir ceninin anne karnında kalma süresi hakkında İslâm Hukukçuları arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Bu süre, her ne kadar rivayet zincirinde tanınmayan birisinin bulunduğu ve rivayetin yalan olduğu konularında tenkit edilmişse de²⁶ Hz. Âişe'den (v. 57/677) nakledilen bir esere dayanarak, Ona, Ebû Hanîfe (v. 150/767) ve genel olarak Hanefilere ve Hanbelilere göre azami iki yıl; Leys b. Sa'd'a (v. 175/794) göre üç yıl, İmâm Mâlik'in (v. 179/795) meşhur görüşüne göre ise beş yıldır.

Bir başka rivayette ise Hanefilerin dışında kalan diğer üç mezhep imama göre "haml"ın azami süresi dört yıldır. Ahmed b. Hanbel'den (v. 241/855) nakledilen diğer bir görüşe göre ise iki yıldır. İmam Sevrî (v. 161/778) ve Leys'in mezhepleri de böyledir. İmam Zührî'ye (v. 124/742) göre de haml altı, yedi yıl sürebilir.²⁷ Hz. Ömer ve İbn Hazm'a (v.456/1064) göre ise azami süre, normal doğum süresi olan dokuz aydır.

Bu konudaki değerlendirmelerin bu kadar farklı olmasının sebebi, bu konuda âyet ve hadislerde, üzerinde âlimlerin ittifak edebilecekleri, bir açıklamanın bulunmamasıdır. Bundan dolayı her müctehit, sahabe ve tâbiinden nakledilen kavillerden kendisine sahih olana veya çevresinden edindiği bilgi ve tecrübelerine göre hüküm vermiş bulunmaktadır. Ancak yaşanan hayatta bu kadar farklı zamanlarda doğumlar gerçekleşmişse bile, genelleştirmek yerine bunları ender olaylar olarak değerlendirmek gerekir. Zira hükümler nadir olana değil, mutat olana göre verilir.

Hamlin asgari süresi ise ihtilâfsız altı aydır. Hz. Ali de hamlin asgari süresinin altı ay olduğunu söylemiştir. Hamlin en az süresinin altı ay olduğunu söyleyenler, bu hükmü âyetlerden çıkarmaktadırlar. Nitekim bir âyette Allah (جمله و فضاله ثلاثون شهرا) "Onun (anne karnındaki çocuğun) taşınması ile sütten kesilmesi otuz ay sürer"²⁸ buyurulmuştur.

²⁵ Zerka, a.g.e., III, 240.

²⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 317.

²⁷ Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye Ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*, I-VI, İstanbul, 1950, II, 423; Ebû'l-Yakazan, *Atıyye el-Cebûrî, Hükümü'l-mîrâs fi ş-şer'i'ati'l-İslâmiyye*, Bağdad 1388/1969, s.179.

²⁸ el-Ahkâf, 46/15.

Buna göre çocuğun anne rahmine düşmesi ile onun sütten kesilmesi arasında otuz ay geçmektedir. Allah yine bir başka âyette de (والوالدات يرضعن) "Anneler çocuklarını, emzirmeyi tamamlamak isteyen baba için, tam iki yıl emzirirler"²⁹ buyurmuştur. Önceki âyette belirtilen, çocuğun anne üzerindeki hakkını beyan eden otuz aylık emzirme süresini çıkardığımızda, çocuğun anne karnında en az kalma süresini buluruz ki, o da altı ay eder.³⁰

Bu duruma göre bir cenin, nesebinin ölen babasından sabit olabilmesi ve ona vâris olabilmesi için, babasının ölümünden itibaren, yukarda belirttiğimiz âlimlerin farklı görüşlerine göre, süresi içinde ki, bu sürenin en kısıası olan iki yıla kadar doğması ve başkasına vâris olabilmesi veya kendi adına yapılacak bir vasiyeti kabul edebilmesi için de murisinin ölümünden veya kendisine vasiyet yapıldığı andan itibaren en geç altı aya kadar doğmuş olması gerekir. Çünkü hamlin en az süresi altı aydır. Böylece vasiyet yapıldığında veya vâris olması gereken, bir yakınının öldüğü zamanda anne rahminde olduğu kesinlik kazanmış olsun. Bu olaylar vuku bulduktan sonra anne rahmine düşmüş olma ihtimali ise ortadan kalkmış olur.³¹

Eğer çocuk âlimlerin ittifak ettikleri veya farklı olarak belirledikleri süreler içinde doğmayacak ve daha sonra doğacak olursa, kendisine ancak diğer vârisler kabul ettikleri takdirde miras verilebilir. Diğer vârisler bunu kabul ederlerse, bu onların, murisin ölümü sırasında çocuğun anne karnında bulunduğu tasdiki anlamına gelir.

Günümüz tıbbı, bir çocuğun bir güneş takvimi yılından, yani 365 günden fazla bir süre anne karnında kalabileceğini kabul etmemektedir³². Normal süreyi aşan durumlarda da suni doğum yaptırma yoluna gidilmektedir. Bugün tıp bilgileri anne karnındaki çocuğun kaç aylık, hatta kaç haftalık olduğunu tespit etme imkânı verdiği göre, durumunun belirlenmesine ihtiyaç duyulan bir kadının hem hâmile olup olmadığının tespitinde, hem de normal doğum süresini geçiren kadının hâmilelik durumu ile ilgili olarak bu bilgilerden faydalanmak yerinde olur. Bu bilgilere dayanarak fetva vermek ise, aynı zamanda, sadece ender görülecek durumlara göre değil, her türlü tecrübeden sonra, ilmin verilerine dayanarak ve mevcut fiili duruma göre fetva vermek demek olacaktır.

Bu arada şuna dikkat etmemiz gerekir; çocuğa miras veya adına yapılan vasiyeti verebilmemiz için, çocuk sağ olarak doğmuş olmalıdır. Bu da

²⁹ el-Bakara, 2/233.

³⁰ İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh, *Ahkâmü'l-Kur'ân* (Ali Muhammed el-Becâvî tahkiki), I-IV, İsâ'î-Bâbî'l-Halebî ve Şürekâh, 1387-88/1967-68, I, 202; III, 1096-1097; Seydişehrî, a.g.e., s. 35.

³¹ Şâfi'î, a.g.e., IV, 39; Ebû'l-Yakazân, a.g.e., s. 43; Seydişehrî, a.g.e., s. 36 vd.; Zerkâ', a.g.e., III, 240; Bilmen, a.g.e., IV, 629; Ansay, a.g.e., s. 70.

³² Zeydân, Abdülkerim, *el-Mufasssal fî ahkâmî'l-mer'e ve'l-Beyti'l-Müslim fî ş-şer'i'ati'l-İslâmiyye*, İkinci Baskı, Beyrut, 1415/1994, IX, 350; İbn Rüşd, a.g.e., II, 295; Bilmen, a.g.e., IV, 629.

çocuğun doğumu anında belirlenir. Yani çocuk doğduğu sırada canlı olmalıdır.

Daha önce de açıkladığımız gibi, belli vasıfları kazanmış bulunan, fakat düşürülen çocuk sağ doğmuş olarak kabul edilecektir.

Bir çocuğun doğum sırasında sağ ve canlı olduğu, çocuğun bağırması, ağlaması, gülmesi, aksırması veya bir uzvunu hareket ettirmesi/kımıldatması, emmesi... gibi hayat alâmetlerinden birisini göstermesi ile anlaşılır.³³

Yalnızca hareketi, yani kımıldamayı hayat belirtisi için kesin bir delil olarak görmeyen âlimler de bulunmaktadır. Çünkü mücerret hareket/kımıldama, dar yerden çıkmayı takip eden, cismin titremesinden ileri gelebilir. Bu bakımdan böyle düşünen kimselere göre çocuğun sağ doğduğunun kabul edilebilmesi ve böyle bir şüphenin giderilebilmesi için, çocuğun sağ olduğuna delâlet eden bir başka alâmet daha bulunmalıdır.³⁴

Eğer bu hayat belirtilerini gösterdiğinde çocuğun vücudunun çoğu çıkmış ise, çocuk sağ doğmuş kabul edilir. Fakat vücudunun az bir kısmı çıkmış iken bu alâmetlerden birini göstermiş ve ölmüş ise çocuk ölü olarak doğmuş sayılır. Az veya çoğunun çıkmış olduğunu gösteren ölçü ise, normal olarak doğan çocuklarda göğüstür; göğsün tamamı çıkmış iken hayat alâmetlerinden biri kendisinde görüldükten sonra ölenler sağ; göğsün tamamı çıkmadan bu alâmetlerden biri kendisinde görüldükten sonra ölenler ölü doğmuş kabul edilir.

Eğer doğum ters olur ve çocuk dünyaya ayak tarafından gelirse, bu durumda göbek ölçü olarak alınır; sağ iken göbeği çıkmış ise, çocuk sağ doğmuş, henüz göbeği çıkmadan ölenler de ölü olarak doğmuş kabul edilirler.³⁵

Yukardan beri izah etmeye çalıştığımız, İslâm Hukukçularının anne karnındaki çocuk için beyan ettikleri bu hükümler gösteriyor ki, İslâm Hukukuna göre şahsiyet, isterse takdirenn sağ sayılsın, sağ olarak doğmak şartı ile, çocuk daha anne rahmine düştüğü andan başlamaktadır.³⁶

Ayrıca İslâm Hukukçularının, ceninin anne karnında kalabileceği azami ve asgari süreleri tespit etmiş olmaları, ceninin sahip olabileceği sadece lehine olan haklar tahakkuk ettiğinde, mutlaka anne karnında bulunduğu-
nun bilinmesi gereğini ortaya koyarak ilerde doğabilecek çekişmelere/anlaşmazlıklara meydan vermemeye çalıştıklarını göstermektedir. Aynı zamanda bu durum, İslâm hukukunun "hak"ı şahsa tanımış olduğunu, şahıs olmayan, henüz şahsiyet kazanmamış, mutasavver bir varlığa hak tanımadığını da

³³ İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 295; Bilmen, *a.g.e.*, IV, 29.

³⁴ Üdeh, *a.g.e.*, II, 295.

³⁵ Zerkâ, *a.g.e.*, III, 240; Bilmen, *a.g.e.*, IV, 629; Berki, Ali Himmet, *İslâm Hukukunda Feraiz ve İntikal*, İstanbul, 1954, s. 17; Berki, Ali Himmet, *Miras ve Tatbikat*, Ankara, 1968, s. 18.

³⁶ Zerkâ, *a.g.e.*, III, 240; Karaman, *a.g.e.*, I, 174.

gösterir. Böylece İslâm Hukuku, "hak şahıslar içindir" prensibine uygun hareket etmiş olmaktadır.

B) ŞAHSİYETİN SONA ERMESİ

Hukuk açısından, şahsiyetin başlangıcı kadar, bitiş noktası da önemlidir. Çünkü hak ve vecibeler, şahsiyetin bulunmadığı dönemlerde söz konusu olamaz. Bu bakımdan hukuken şahsiyetin sona erdiği zamanın da bilinmesi gerekir. Acaba İslâm Hukukuna göre şahsiyet ne zaman sona ermektedir? Bunu tespit etmeye çalışırken, yine önce günümüz hukukunda durumun nasıl olduğuna bir bakalım; sonra da İslâm Hukukçularının bu konudaki, değerlendirmelerini tespit etmeye çalışalım.

1. Bugünkü Hukuka Göre Şahsiyetin Sona Ermesi

Eskiden "medeni ölüm" müessesesi denilen hukuki bir müessese vardı. Yani fiilen hayatta ve yaşamakta olan bir kimse, hukuken ölmüş sayılırdı. Böyle kabul edilen kimseler medeni haklardan faydalanma ehliyetlerini kaybettikleri için, bu duruma düşen kimselerin malları mirasçılara intikal eder, karıları da kendilerinden ayrılmış sayılır ve dul kabul edilirlerdi. Bu duruma düşen bir kimse aynı zamanda siyasi haklardan da mahrum olurdu. Ancak biyolojik varlıklarını devam ettirebilmeleri için yalnızca "ivazlı akitler" yapabilme hususunda kendilerine cüzi bir ehliyet tanınmıştı. Bu yolla bir mal iktisap etmişlerse, öldükleri zaman bu malları devlete kalırdı.

Eski Fransız hukukuna göre ruhban sınıfına intisap edenler, müebbet kürek, müebbet sürgün gibi bazı ceza alanlar kanunen medeni ölümün neticesine maruz kalırlardı.³⁷

Ancak bugünkü hukuk sistemleri içerisinde böyle hukuki bir müessese bulunmamaktadır.

Ölümün de doğum gibi hukuki bir olay olduğunda şüphe yoktur. Çünkü ölüm de hukuki neticeler doğurur. Zaten hukuki olay diye hukuki neticeler doğuran olaylara diyoruz.³⁸ Ancak sağ olan bir kimsenin, eskiden olduğu gibi, hukuki şahsiyetini kaybetmesine imkân yoktur.³⁹ Yani şahsiyetin sona ermesi hukuki bir duruma değil, doğrudan doğruya biyolojik ve fizik bir olay olan ölümle bağlıdır. Şahsiyet ölümle sona erer. Şartların mevcut olması halinde de mahkemece verilen, biraz sonra açıklayacak olduğumuz "kayıplık kararı" ölümün doğurduğu hukuki neticeleri doğurur.⁴⁰

Bu izahlardan açıkça anlaşılmaktadır ki, şahsiyet iki sebepten biri ile sona ermektedir; "ölüm" ve Mahkemece verilecek "kayıplık kararı."

³⁷ Velidedeoğlu, *a.g.e.*, I, cüz 2, s.26; Birsen, *a.g.e.*, s. 142.

³⁸ Velidedeoğlu, *a.g.e.*, I, 280.

³⁹ Velidedeoğlu, *a.g.e.*, I, cüz 2, s. 26; Birsen, *a.g.e.*, s. 193.

⁴⁰ Velidedeoğlu, *a.g.e.*, I, cüz 2, s. 143; Birsen, *a.g.e.*, s. 193.

Bunları ayrı ayrı ele alarak açıklamamız konunun tam olarak anlaşılmasını sağlayacaktır. Bu bakımdan önce ölümün ne demek olduğuna ve haklara hangi yönden ve ne şekilde tesir ettiğine bir göz atalım.

a) Ölüm Ve Haklara Tesiri

Bu başlık altında ilk olarak ele alacağımız konu "ölüm"dür. Sonra da ölümün doğuracağı neticeleri ele alacak ve değerlendirmeye çalışacağız.

aa- Ölüm

Bir kimsenin öldüğü, şahsi hal sicili dediğimiz nüfus sicillerinden veya şahitlerin beyanlarından anlaşılır. Bir kimsenin sağ olduğunu veya ölümünü iddia eden, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Nitekim konu ile ilgili olarak Türk Medeni Kanununda şöyle denmektedir:

"Bir hakkın kullanılması için, bir kimsenin vücudunu, yahut öldüğünü, yahut muayyen bir zamanda veya diğer bir şahsın vefatında sağ bulunduğu nu iddia eden kimse iddiasını ispata mecburdur."⁴¹

Bazen bir kimsenin cesedi bulunamaz veya toplu ölüm olaylarında hangisinin önce ölmüş olduğu bilinemez. İşte bu gibi durumlarda nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunda da Medeni Kanun şöyle demektedir:

"Ölüsü bulunamayan bir kimse, ölümüne muhakkak nazarıyla bakılmayı icap edecek ahval içinde kaybolmuş ise, o kimse hakikaten ölmüş addolunur."⁴²

Böyle bir durumla karşılaşan kimseler gerçekten ölmüş sayılırlar. Konu ile ilgili olarak Medeni Kanunun diğer bir maddesinde de şöyle denmektedir:

"Hangisinin önce veya sonra öldüğünü tayin mümkün olmaksızın ölenler, bir anda ölmüş sayılırlar."⁴³

Böyle bir durumda da, ölenler birbirlerine vâris olabilecek bir yakınlığa sahip bulunsalar bile, birbirlerine vâris yapılmaksızın, her birinin bunların dışındaki vârisleri kendilerine ayrı ayrı vâris olurlar.⁴⁴

ab- Ölümün Haklara Tesiri

Ölümünden sonra bir kişiden bütün mali ve bedeni teklifler düşer. Fakat başkalarının kendi üzerinde ve kendisinin başkaları üzerinde sabit ve mevcut olan hakları ve kendi ihtiyaçları hususunda şahsın zimmetinin ölümünden sonra da devam ettiği kabul edilir.

Bir şahsın ölümü ile birlikte, mal varlığı ile ilgili hakları, doğrudan doğruya mirasçılara intikal eder. Böyle bir intikal için menkul/taşınır mal-

⁴¹ Medeni Kanun madde, 28/1.

⁴² Medeni Kanun, madde, 30.

⁴³ Medeni Kanun, madde, 28/2.

⁴⁴ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 145-149; Birsen, a.g.e., s. 194.

larda teslim, gayrimenkul/taşınmaz mallarda tapu kayıtlarına tescil gibi bir takım şart ve muamelelere gerek yoktur.

Kişinin şahıs varlığı hakları da ölümle sona erer. Şahsiyet hakları, münhasıran şahsa bağlı olan haklar ve şahsi irtifak (gayrimenkul üzerinde bırakılan yararlanma) hakkı böyledir.⁴⁵

Fakat bir şahıs ölmeden bir vasiyet veya bir miras mukavelesi yapmış ise, bu şahıs ölünce, mirası kendi iradesi doğrultusunda taksim edilir. Bu durum gösteriyor ki, ölüme bağlı tasarruflarda, miras bırakanın sağlığında açıkladığı irade, onun ölümünden sonra da yürümektedir.⁴⁶

b) Mahkemece Verilen Kayıplık Kararı ve Hukuki Neticeleri

Ölümle ilgili olarak bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra, bir de mahkemece verilen kayıplık kararının hangi hallerde geçerli olduğuna, bir ölüm olayı gibi değerlendirilmesi gerektiğine ve bunun haklar üzerindeki tesirine bir göz atalım. Ancak her şeyden önce, kayıplık kararının mahkemece nasıl verildiğini kısaca anlatalım.

ba) Mahkemece Verilen Kayıplık Kararı

İnsanlar bazen ölüm tehlikesi bulunan bir yerde kaybolurlar veya böyle bir tehlike bahis konusu olmadığı halde, kendilerinden uzun zaman hiçbir haber alınamaz. Ölüm tehlikesi bulunan bir yerde kaybolma durumunda, kaybolan kimse hakkında, kayıplık kararı isteyebilmek için, kaybolma zamanından itibaren en az bir yıl geçmiş olması gerekir. Fakat tehlike mutlak ve kesin ise, o zaman kayıplık kararına lüzum kalmaz. Çünkü bu durumda o kimse gerçekten ölmüş sayılır.⁴⁷

Kendisinden uzun zaman hiçbir haber alınamayan bir kimse hakkında kayıplık kararı alabilmek için, kendisinden en son haber alma tarihinden itibaren en az beş yıl geçmiş olması gerekir.⁴⁸

Bununla birlikte bir kimse hakkında kayıplık kararı alabilmek için, yukarıdaki şartların tahakkuk etmesi halinde, hakları onun ölümüne bağlı kimşelerin, meselâ kayıp kimsenin karısı, kayıp karı ise kocasının, diğer kanuni mirasçılarının, ölüme bağlı bir tasarrufla kendisi tarafından nasbedilen mirasçılarının veya belli bir mal üzerinde hak sahibi başka kişilerin talepte bulunmaları gerekir. Böyle bir talepte bulunulduğu zaman hâkim, muayyen bir müddet içinde, kaybolan kimse hakkında, malumat verecek olanları usulüne uygun olarak ilân edilecek olan bir tebliğle mahkemeye davet eder. Bu müddet birinci, ilân tarihinden itibaren en az bir yıldır.⁴⁹

⁴⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., 1, cüz 2, s. 144; Berki, Ali Himmet, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, 1948, s. 124.

⁴⁶ Velidedeoğlu, a.g.e., 1, cüz 2, s. 144.

⁴⁷ Medeni Kanun, madde, 30.

⁴⁸ Medeni Kanun, madde, 32/1.

⁴⁹ Medeni Kanun, madde, 32.

Buna göre ölüm tehlikesinin bulunduğu yerde kaybolan bir kimse için kayıplık kararı, kaybolduğu andan itibaren en az iki, kendisinden uzun zaman her hangi bir haber alınamayan kimseler hakkında, en az altı yıl sonra alınabilecek demektir.

İlân süresi bitmeden kayıp kimse ortaya çıkar veya kendisinden kesin bir haber alınır veya veyahut ölmüş olup da ölüm tarihi bilinecek olursa, kayıplık kararı talebi düşer. Fakat bahsedilen süre içinde kendisi hakkında hiçbir bilgi alınamazsa, hakkında, hâkim tarafından "kayıplık kararı" verilir.⁵⁰

bb) Kayıplık Kararının Hukuki Neticeleri

Bir kimse hakkında "kayıplık kararı" alınınca, bu karar bazı hukuki neticeler doğurur. Kayıplık kararının, ölümden farklı olarak makabline de şümülü vardır. Nitekim bu konuda Medeni Kanunda şöyle denmektedir:

"Ölüm tehlikesinden, yahut son haber gününden itibaren hüküm ifade eder."⁵¹

Ölümde olduğu gibi, kayıplık kararı verildiğinde de kaybolan kimsenin şahıs varlığı hakları ortadan kalkar, fakat eşi dul kalmış olmaz; evlilikleri devam eder. Çünkü Medeni Kanunda konu ile ilgili olarak:

"Gaipliğine hükmedilen kimsenin kocası veya karısı, hâkim evliliğin feshine hükmetmedikçe, evlenemez. Gaibin karı veya kocası evliliğin feshini gaiplik davası ile birlikte talep edebileceği gibi, ayrıca da dava edebilir",⁵² denmektedir.

Hakkında "kayıplık kararı" verilen kişinin mal varlığı hakkı da bu kararlar kanuni mirasçılara geçer. Evliliğin feshine karar verilmediği durumlarda eş de, kanuni mirasçı sayıldığı için ve aralarında henüz evlilik bağı devam ettiğinden, miras alır.

Ancak bu şekilde eşin, hem kayıp hayatta imiş gibi, onunla evli kabul edilmesi, hem de ondan miras alması, hukuk yönünden garip bir durum arz etmektedir.⁵³

Miras kayıplık kararı verildikten sonra açılır ve taksim olunur. Yalnız mirasçılardan, kayıp kimsenin meydana çıkması halinde, mirası ona iade etmeyi garantiye almak için, bir teminat alınır. Bu teminat ölüm tehlikesinin bulunduğu durumlarda verilen kayıplık kararı için beş yıl, uzun süre kendisinden bir haber alamamaktan dolayı alınan "kayıplık kararı" için on beş yıldır.

Eğer kayıp kimse, bu kayıplığı esnasında başka birine vâris olmuş da mahkeme onun hissesini resmen idare etmiş ise, bu mal kayıp kimsenin mi-

⁵⁰ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 149-154.

⁵¹ Medeni Kanun, madde, 34.

⁵² Medeni Kanun, madde, 94.

⁵³ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 156.

rasçılarına değil de bu malı bırakan kimsenin ölümü halinde, kayıp hayatta olmasaydı, kimlere düşecek idi ise, o kimselere teminat karşılığında teslim olunur.⁵⁴

Kayıp kimse geri gelirse, aradan ne kadar zaman geçmiş olursa olsun, mirasa el koymuş olanlar bu mirası iade etmeye mecburdurlar.⁵⁵

2. İslâm Hukukuna Göre Şahsiyetin Sona Ermesi

Günümüz hukukuna göre ölüm ve bunun getirdiği hukuki neticeleri böylece tespit ettikten ve bu kadarla yetinmeyi yeterli bulduktan sonra, şimdi de İslâm Hukukuna göre, önce ölümün nasıl değerlendirilmiş olduğuna bir göz atalım.

a) Ölüm

İslâm Hukuku açısından üç türlü ölüm düşünülmüştür; "takdiri ölüm", "hükmi ölüm" ve "hakiki ölüm." Şimdi de bunları kısaca açıklamaya çalışalım.

aa- Takdiri Ölüm

Bunlardan takdiri ölüm, anne karnındaki çocuğun düşürülmek suretiyle meydana gelen ölüm şeklidir. "Cenin" dediğimiz anne karnındaki bu çocuğun, annenin karnına vurmak veya başka bir sebeple düşürülmesine sebep olan kimseye, daha önce izah ettiğimiz üzere, "gurre" denen 500 dirhem gümüş miktarı bir bedel/diyet ödeme cezası verilir. Böyle bir ceza verilmesi için, İslâm Hukukçularının çoğunluğuna göre, ceninin uzuvlarının teşekkül etmiş olması gerekir. Bilindiği gibi anne karnındaki çocuk takdireni sağ kabul edilmektedir. Bu sebeple cenin ölü olarak düştüğü için, hayatı gibi onun ölümü de takdiridir.

ab- Hükmi Ölüm

"Hükmi ölüm" de kayıp kimse hakkında hâkim tarafından verilecek hükümle belirlenecek ölüm durumudur. Kayıp kimseye "mekûd" denir. Mefkûd, nerede olduğu, ölü veya sağ olduğu bilinmeyen kimse demektir. Konunun özelliği bulunması sebebiyle, bu ölüm şekli üzerinde ayrıca durulacak ve hükümleri açıklanacaktır.

ac- Hakiki Ölüm

"Hakiki ölüm" dediğimiz, bir kimsenin gerçekten vefat etmesi ile ortaya çıkan ölüm şeklidir. Bu ölüm, konu ile ilgili kimselerin ikrarı ve bizzat görmek veya duymak suretiyle, yapılacak şahitliklerle sabit olur.⁵⁶

⁵⁴ Medeni Kanun, madde, 526, 528; Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 157.

⁵⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 157.

⁵⁶ Ebû'l-Yakazan, a.g.e., s. 41.

Kaybolan kimsenin ölümü ile ilgili olarak yapılacak şâhitlikle onun "hakiki ölüm"ü de sabit olur. Meselâ, kaybolan bir kimsenin vârisleri onun vefat etmiş olduğunu söyleyerek emanette bulunan bir malını veya bir alacağını almak için dava etseler, kendisinde emanet bulunan veya bu kaybolan kişiye borçlu olan kimseler de o şahsın ölmediğini söyleseler; vârislerin iki âdil şâhitle ölmüş olduğunu ispat etmiş olmaları halinde, bu kimsenin hakikaten ölmüş olduğu sabit olur. Böylece artık o kimse "mefkûd" olmaktan da çıkmış olur.

Böyle bir durumda mefkûdun ölümü hakkında ileri sürülen delil, hayatta olduğuna dair ileri sürülen delile tercih edilir. Meselâ, böyle bir kimsenin ölümü halinde ona vâris olabilecek birisi, onun ölmüş olduğunu; ona borçlu bulunan birisi de onun halen hayatta olduğunu iddia ederek, iddialarını ispat için karşılıklı olarak aynı derecede delil getirirler, bunlardan vârisin getirdiği delil tercih olunur.⁵⁷

b) Ölümün Getirdiği Hukuki Neticeler

İslâm Hukukuna göre "şahsiyet, isterse doğumun hemen akabinde vuku bulsun, ölümle sona erer." Fakat ölümle sona eren şahsiyet, onun eserlerinden olan "ehliyet" ve "zimmet"in de sona ermesini gerektirmemektedir.

Bir sonraki yazımızda daha geniş bir şekilde üzerinde duracağımız "ehliyet"in lügat anlamı, yeterli ve lâyük olmak; ıstılah anlamı da Şâri'in şahısta takdir ettiği, onu şer'î hitaba uygun bir mahal kılan vasıf demektir. "Zimmet" ise, korunması gereken ve kaybedilmesi kınanmayı gerektiren ahid, taahhhüd ve eman demektir. İstılah olarak da şahsın emir ve nehiylere muhatap olma, haklar ve borçlar edinme ehliyet ve kabiliyeti demektir. Yani zimmet, kişinin hukuken bir şahıs olmasını sağlayan veya bunu meydana getiren mümeyyiz vasıf; diğer bir deyişle, şahsın hak ve vazifeye, borçlanmaya ve borçlandırmaya ehil olmasıdır.⁵⁸ Bu duruma göre "vücub ehliyeti" ve "zimmet", şahsın ölümden önceki hayatıyla ilgili bazı işlere bağlı olan hakların tasfiyesine kadar devam eder. Meselâ, bir kimse ölmeden önce, umuma ait bir yolda, izinsiz olarak bir çukur kazsa da, ölümünden sonra buraya bir hayvan düşerek ölse, tazmin etmesi gereken bir işi bizzat yapmış olmasından dolayı o hayvanın kıymeti çukuru kazan kimsenin zimmetine taalluk eder ve hayvanın değeri bıraktığı terekesinden alınır. Yine ölmeden önce, avlanmak için kurduğu bir tuzağa ölümünden sonra düşen bir av da, henüz hayatta iken mülkiyetin sebebini bizzat işlemiş olmasından dolayı, onun malı olur ve bu av bıraktığı terekesine dahil edilir.

Ancak Ansay'a göre ölüm esas itibariyle "zimmet"e son verir.⁵⁹

⁵⁷ Seydişehri, a.g.e., s. 22 vd.

⁵⁸ Yazır, Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili Yeni Mealli Türkçe Tefsir*, I-IX, İstanbul, 1936, III, 2464-2465; Ansay, a.g.e., s. 69.

⁵⁹ Ansay, a.g.e., s. 75.

Her ne kadar konu ile ilgili hüküm, özet olarak böyle ise de "ehliyet" ve "zimmet" in ölümden sonra da devam ettiğinin kabul edilmesi istisnai bir durumdur. Bu, hakkında hüküm bulunmasından dolayı zaruretten dolayı böyle olmuştur. Yoksa "ehliyet" ve "zimmet" in ölümden sonra, yeni hükümler meydana getirmeye elverişli olması ve bunun devam etmesi bahis konusu değildir. Bundan dolayı meselâ, ölüye yapılacak bir vasiyet veya hibe sahih ve geçerli olmaz.⁶⁰

Bu görüş Hanefî âlimlerine ait olup bu konuda değişik daha başka ter-cihler de bulunmaktadır. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi, bu görüşlere "ehliyet" ve "zimmet" hakkında yeterli bilgi verdikten sonra ileride yer vermek istiyoruz.

c) Kayıp/Mefkûd/Gaip Kimse

Gerek hakkında hâkim tarafından bir karar verilmiş olsun, gerek verilmeden önceki duruma göre, hukuki yönden ele alınması gereken kimselerden birisi de "kayıp kimse"dir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi nerede olduğu, sağ olup olmadığı bilinmeyen kimseye "mekfûd" denir.⁶¹ Böyle bir kimseye "gaybet-i munkatîa ile gâib" de denir.⁶²

Eğer kaybolan kimsenin sağ olduğu biliniyor da nerede olduğu bilinmi-yorsa buna mefkûd değil, "gâib" denir.⁶³

Yukarıda müstakil bir başlık altında inceleyeceğimizi söylediğimiz "hükmi ölüm" kararı da böyle kimseler hakkında verilen bir karardır. Bu bakımdan bu konuyu biraz açıklamamız faydalı olacaktır.

Şahsiyeti sona erdiren olaylardan biri de hâkimin vereceği ölüm kararı ile tahakkuk edecek olan "hükmi ölüm"dür. Böyle bir hükmün nasıl verildiğine geçmeden önce "mekfûd" ile ilgili ne gibi hükümler düşünülmüş, onun hakkında ne gibi hükümlerin var olduğuna bir göz atmamız uygun olacaktır.

d) "Mefkûd"la İlgili Hükümler

Âlimler "mekfûd"la ilgili iki türlü hüküm olabileceğini düşünmüşlerdir. Bu hükümlerin neler olduğunu ele alarak değerlendirmeye çalışalım.

da) "Mefkûd"un Ölümüne Bağlı Bulunan Ve Kendisi İle İlgili Olan Hükümler

Mefkûd, kendisi ile ilgili hükümlerde sağ kabul edilir. Çünkü kaybolduğunda onun hayatta olduğu kesin olarak bilinmektedir. Zira, "bir şeyin bulunduğ u hal üzere kalması asıldır"⁶⁴ ve "bir zamanda sabit olan şeyin, hilâ-

⁶⁰ Zerkâ', a.g.e., III, 242; Karaman, a.g.e., I, 174, 175.

⁶¹ Ansay, a.g.e., s. 75.

⁶² Seydişehrî, a.g.e., s. 22.

⁶³ Zerkâ', a.g.e., III, 253.

⁶⁴ Mecelle, madde, 5.

fina delil olmadıkça, bekasıyla hükmolunur"⁶⁵ gibi külli kaideler bunu gerektirir. Binaenaleyh hakikaten veya hükmen aksi sabit oluncaya kadar, kaybolan kimsenin yaşadığı kabul edilir. Bundan dolayı ölümüne bağlı olan ve kendisiyle ilgili hükümlerde "mekûd" sağ sayılır. Buna göre mefkûd hakkında öldüğüne dair bir hüküm verilmeden önce, ona kimse vâris olamaz. Malları yakınları ve akrabaları arasında taksim edilemediği gibi, bu mallara hazine de müdahale edemez. Aksine onun mallarının idare ve muhafazası için mahkemece bir kayyım tayin edilir. Eğer daha önce bir vekil var idiyse, onu tayin eden kimse kaybolmakla bu vekil azledilmiş olmaz. Vekilin vekâleti devam eder.

Hakkında, hâkim tarafından, öldüğüne dair bir karar verilmeden "mekûd"un karısı da bir başkası ile evlenemez. Ancak Mâlikilere göre, aradan dört yıl geçtikten sonra, karısı isterse, hâkim, kadının kocası ile aralarını ayırır ve kadın gerekli iddetini de bekledikten sonra, bir başkası ile evlenebilir. Öldüğüne dair hüküm verildikten sonra, vârisleri arasında, malları da taksim edilebilir.

Mefkûd, hâkim tarafından, ölümüne dair hüküm verildikten sonra çıkagelse, karısı hakkında verilen ayrılma kararı bozulmaz. Malları eğer vârislerin ellerinde mevcut bulunuyorsa, bu mallar kendisine geri verilir. Fakat vârisler tarafından daha önce harcanmış, bir şekilde elden çıkarılmış ise, bu mallar ayrıca onlara ödettirilmez.⁶⁶

db) Mefkûdun Hayatına Bağlı Bulunan Başkası İle İlgili Hükümler

Mefkûd, hayatına bağlı bulunan ve başkası ile ilgili hükümlerde ölü sayılır. Gerçek ortaya çıkıncaya kadar da bütün hakları saklı tutulur.

Bu duruma göre kaybolmasından sonra, mefkûdun bir yakını vefat edecek olsa, ondan kendisine isabet eden miras hissesi ayrılıp bekletilir. Diğer vârislerde bu kimse kaybolmadan önce ne kadar hisse alacak idi iseler, kendilerine o kadar miras verilir. Kaybolan kimse hayatta iken, miras alamayacak durumda bulunanlar varsa onlara da miras verilmez.

Mirastan mefkûdun hissesine düşen miktar kayyım tarafından korunur. Eğer mefkûd daha sonra çıkar, gelir veya hayatta olduğu anlaşılırsa, ayrılan bu hisse kendisine verilir.

Kaybolan kimsenin ölmüş olduğu anlaşılır veya bekleme süresi dolduğu için hâkim, öldüğüne hüküm verirse, mefkûd kaybolduğu tarihte ölmüş sayılır. Bundan dolayı, o yokken kimlerin ne nispette vâris olmaları ve bunların ne kadar miras almaları gerekiyorsa, mefkûd için ayrılan hisse, bunlara o nispette taksim edilmek üzere geri verilir. Ayrıca bunun yokluğunda vâris olacak durumda bulunanlara da, almaları gereken hisse verilir.

⁶⁵ Mecelle, madde, 10.

⁶⁶ Seydişehri, a.g.e., s. 23; Zerkâ', a.g.e., III, 254; Ansay, a.g.e., s. 64, 75-76.

Böylece mefkûd, kaybolduğu zaman ile ölümüne dair hüküm verildiği zaman arasında ölen bir yakını bulunsa ona vâris olamaz.

Mefkûda bir şey vasiyet edildiğinde bu da onun adına bekletilir. Eğer hayatta olduğu anlaşılırsa vasiyet edilen bu mal kendisine verilir. Bekleme süresi sona erdiği için hâkim tarafından ölümüne hüküm verilince de vasiyet edilen şey, vasiyet eden kişi halen hayatta ise kendisine, eğer o bu hükümden daha önce ölmüşse, onun vârislerine geri verilir. Daha sonra da mallar vârisler arasında mirastaki hisseleri nispetinde taksim edilir.⁶⁷

İmâm Mâlik (v. 179/795) ve İmâm Şâfi'î'nin (v. 204/819) mefkûdun mirası ile ilgili hususlardaki görüşleri Hanefilerinki gibidir.⁶⁸

e) Mefkûdun Ölümü

Mefkûdla ilgili olarak hükümleri böylece sıraladıktan sonra, onun ölümü ile ilgili duruma da bir göz atalım.

Mefkûd hakkında biri "hakiki", diğeri de "hükmi" olmak üzere iki türlü ölüm hali düşünülebilir. Şimdi de bunları kısaca açıklamamız yerinde olacaktır.

ea) Mefkûdun Hakiki Ölümü

Mefkûd hakkında düşünülebilecek ölüm şekillerinden hakiki ölümün, bildiğimiz ölüm şekli olduğunu ve iki âdil şahidin şahitlikleri ile sabit olabileceğini yukarıda açıklamıştık. Burada onları yeniden tekrar etmemizin bir faydası olmayacağı için, diğer ölüm şeklinin nasıl olduğunu açıklamak istiyoruz.

eb) Mefkûdun Hükmi Ölümü

Mefkûdun hükmi ölümü, yeteri kadar bekleme süresi geçtikten sonra, hâkimin kaybolan kimse hakkında "öldü" hükmünü vermesi ile ortaya çıkan ölüm şeklidir.

Yeteri kadar bekleme süresi hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Bazılarına göre bu süre bütün beldelerde, bazılarına göre de kaybolan şahsın mensubu bulunduğu beldede bulunan yaşlılarından, hepsinin vefatlarına kadar geçecek süredir. Bu kadar bir süre geçtikten, yani yaşlılarından hayatta kimse kalmadıktan sonra, hâkim tarafından mefkûd hakkında "öldü" hükmü verilir.

Ebu Hanife (v. 150/767) den nakledilen bir rivayete göre kaybolan kimse 120 yaşına girince; İmam Muhammed'e (v. 189/804) göre 110; Ebû Yûsuf'a (182/798) göre de 105 (bir başka rivayete göre ise 100), bazılarına göre de 70 yaşına girince, hakkında ölümüne hüküm verilebilir. Bir kısım âlimlere

⁶⁷ Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâi'u's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, I-X, Kahire, 1971-1972, VIII, 3858; Seydişehrî, a.g.e., s. 23 vd.; Ansay, a.g.e., s. 76; Karaman, a.g.e., I, 175, 176.

⁶⁸ Kâsânî, a.g.e., VIII, 3858; Seydişehrî, a.g.e., s. 25, 26; Ebû'l-Yakazan, a.g.e., s. 171.

göre de kaç yaşına gelince hüküm verileceği konusu devlet başkanına bırakılmıştır; devlet başkanı kaç yaşına gelince hüküm verilmesi gerektiğine karar vermişse, mefkûd hakkında o yaşta öldüğüne hüküm verilir.

Tercih edilen görüşe göre ölüm hükmü, hâkim tarafından, mefkûdun doğumundan itibaren 90 yıl geçtikten sonra verilir.⁶⁹ Çünkü bu yaştan daha uzun bir müddet yaşama ender olduğundan yok hükmünde kabul edilir. Eğer bir kimse ölüm tehlikesinin çok veya muhakkak olduğu bir yerde kaybolmuşsa ve öldüğüne, neredeyse, kesin gözüyle bakılacak kadar bir zaman geçtikten sonra, hâkim tarafından ölümüne hüküm verilebilir. Harp sahasında kaybolma veya batan bir gemide bulunma, ölüm tehlikesinin muhakkak olduğu yerlerden sayılır.

İmâm Muhammede göre böyle bir yerde kaybolan kimsenin malı dört yıl sonra vârisleri arasında taksim edilir. Ayrıca karısı da vefat iddeti olan "dört ay on gün" bekledikten sonra bir başkası ile evlenebilir.⁷⁰

Osmanlı Hukuk-ı Aile Kanununda normal bir durumda kaybolan kimsenin, öldüğü veya hayatta olduğuna dair bir haber alınmasından itibaren, dört yıl bekledikten sonra karısı ile arasının hâkim tarafından tefrikine hüküm verileceği esas kabul edilmiştir. Buna göre bu konuda Mâlikilerin görüşünün tercih edilmiş olduğu anlaşılmaktadır.⁷¹

Mefkûdun karısı ile ilgili olarak "harbe iştirak etmiş olanlar memleketlerine döndükten sonra hâkim, karısı ile aralarının tefrikine hüküm verebilir"⁷² de denmiştir.

Nitekim birinci cihan harbi dolayısı ile verilmiş fetvalarda "harp meydanlarında kaybolup öldüğü veya hayatta olduğu bilinmeyen bir kimsenin kaybolması üzerinden, galip zan hasıl olacak kadar zaman geçtikten sonra, ölümüne dair hüküm verilebileceği ve ölümüne hüküm verildikten sonra, karısının bir başka erkekle evlenebileceği" beyan edildiği gibi, 1333 tarihli Hukuk-ı Aile Kanununun 129. maddesinde bu durum şu şekilde kabul edilmiştir:

"Birinci nikâhın feshine karar verilmeksizin, sadece ölüm hükmü üzerine yapılan ikinci evlenme, mefkûdun ortaya çıkması ile münfesihi olacağı gibi, eğer birinci nikâhın feshine karar verildi idiyse, mefkûdun zuhuru ile ikinci nikâh bâtil olmaz."⁷³

Kendisinden haber alma ümidi kesilen mefkûdun, dört yıl sonra karısından ayrılmış sayılacağı, yani karısının kocası ile arasının tefrik edilmiş olduğuna hâkim tarafından hüküm verilebileceği ve kadının iddetini tamam-

⁶⁹ Ansay, *a.g.e.*, s. 76.

⁷⁰ Seydişehrî, *a.g.e.*, s. 26; Ebû'l-Yakazan, *a.g.e.*, 172.

⁷¹ Hukuk-ı Aile Kanunu, madde, 127.

⁷² Zerkâ', *a.g.e.*, III, 254.

⁷³ Zerkâ', *a.g.e.*, III, 254; Ansay, *a.g.e.*, s. 76.

ladıkdan sonra da bir başkası ile evlenebileceği görüşü, aslında Mâlikilerin görüşü olup sonraki Hanefî âlimleri de bu görüşü benimsemişler ve ihtiyaç duyulduğunda bu yönde fetva vermişlerdir.

1953 tarihli "Suriye Ahvâl-i Şahsiye Kanunu" makbul bir özü olmadan kaybolan kimsenin, kaybolduğu tarihten itibaren bir yıl geçtikten sonra, karısının boşanmak üzere dava açabileceği hükmünü getirmiştir. Bu madde aynı zamanda, mefkûd için de geçerlidir.⁷⁴

Eğer kaybolma durumu ölüm tehlikesinin çok olduğu bir yerde değilse ve meselâ, bir kimse ticaret için veya sırf seyahat maksadı ile bir yere gittiğinde kaybolmuşsa, bu durumda, o kimse hakkında hüküm vermek için, doksan yaşını tamamlaması beklenmelidir.

Şu hususu ayrıca belirtelim ki, kaybolan kimse doksan yaşına girmiş olmakla ölmüş sayılmaz. O ancak hâkimin verdiği "öldü" hükmünden sonra "hükmen ölü" sayılır. Zaten bundan dolayı bu tür ölüme "hükmi ölüm" denmiştir. Bu karardan sonra da onun malları ancak bu hüküm sırasında hayatta bulunan vârisleri arasında taksim edilir. Hâkim, hakkında "öldü" hükmü verdiği ve bunun üzerine mirası taksim edilmiş bir mefkûd sonradan çıkagelse, yalnızca vârislerin ellerinde bulunan malları geri alabilir. Telef olan, harcanan malları tazmin ettiremez. Çünkü "cevaz-ı şer"î damâna münâfidir." Yani, İslâm Hukukunun caiz gördüğü bir konuda artık tazmin etmek olmaz.⁷⁵ Burada hâkimin verdiği hükme dayanılarak yapılan miras taksimi, İslâm Hukukunun o konuda cevaz vermiş olması demektir.

Böyle bir kimsenin, iddetini tamamlayarak bir başka erkekle evlenmiş bulunan karısının nikâhı da onun ortaya çıkması ile feshedilmez.⁷⁶

Bütün bu açıklama ve verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere İslâm Hukuku gerek sabit olacak, gerek zayi olacak haklar konusunda çok ciddi davranmış ve şahsa bağlı olan hakların ancak şahsiyetin ortadan kalkması halinde kalkabileceğini kabul etmiş, şahsiyet devam ederken hakların yok olmasını önlemiştir. Çünkü asıl olan, hakların şahıs için olması ve şahsiyetle birlikte var olmasıdır. Eğer şahsiyet sona ermişse, tabii olarak ona bağlı bulunan haklar da sona erecektir.

Fakat şahsiyetin varlığı ve devamı sırasında sebepleri bulunan bir hakkın, şahsiyetin sona ermesinden sonra ortaya çıkmış bulunması, şahsiyete bağlı olarak onun sabit olmasını gerektirmektedir. Böyle bir düşünce şüphesiz, şahsiyetin sona ermiş olmasına rağmen, hakkın sabit olması anlamına gelmez.

Yine görülmektedir ki, iddia edildiği gibi, kayıplık meselesine ilk eğilen ve konuyu teferruatlı kurallara bağlayan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu

⁷⁴ Zerkâ', a.g.e., III, 254, 255.

⁷⁵ Mecelle, madde, 90.

⁷⁶ Seydişehri, a.g.e., s. 26 vd.

değil, İslâm Hukukudur. Diğer bir deyişle "eski hukuklar kayıplık meselesine büyük önem vermemişlerdir"⁷⁷ sözü İslâm Hukuku için geçerli değildir; çünkü onun için söylenmiş olamaz. Aksi halde, bu boş ve kuru bir iddiadan öteye geçemez.⁷⁸

III – ŞAHSIYETLE İLGİLİ DİĞER HALLER

Şahsiyetle ilgili incelenecek konular yalnızca, şahsiyetin başlangıcı ve sona ermesinden ibaret değildir. Şahsiyetle ilgili bunlardan başka haller de bulunmaktadır. Burada onlara da bir atmamız yerinde olacaktır. Bu sebeple de bu hallere birkaç başlık altında temas etmek istiyoruz.

A) DOĞUM VE ÖLÜMLE İLGİLİ ŞAHSİ KAYITLAR

Şahısların doğum ve ölümleri, bir takım hakların sabit olması, kalkması veya intikali, evlenme ve boşanma, şahıslara tabi olan borçlanma ve borçlandırma, nesebin sabit olması veya diğer mühim olaylar yönünden, gerçekten çok önemli hukuki neticeler doğuran olaylardır.

Günümüz hukukunda, şahısların doğum ve ölüm kayıtları aleniyet esasına uygun bir şekilde devletin denetim ve gözetimi altında yapılmaktadır.

İslâm Hukukunda ise, bu gibi iş ve işlemler, zamanla ilgili görüldüğü ve her dönemde değişebileceği düşünüldüğü için, düzenlenmesi ve uygulanması "ülû'lemlr"e bırakıldığından fıkıh kitaplarında ayrı bir başlık altında ele alınıp işlenmemiştir. Bunların tespitinde siyasi, içtimai ve iktisadî olarak büyük faydaların bulunduğu muhakkaktır. Bütün bu işlerin bir kanun ve nizam dahilinde ele alınıp yürütülmesini sağlamak İslâm Hukukunda "mesalih-i mürsele" esasına dayanmaktadır.⁷⁹

Aynı zamanda istislah da denilen mesalih-i mürsele, her hangi bir kayda bağlı olmayan, salıverilmiş maslahatlar demektir. Mükellefler açısından, maslahat olan, kendisinde maslahat bulunan şeyi almak, bir işin maslahat yönünü tercih etmek anlamına gelir. Bir esas, bir kural olarak da "mesalih-i mürsele, hakkında "nas", "icma" ve "kıyas"a dayanan emredici veya yasaklayıcı şer'i bir delil bulunmayan ve İslâm'ın ruhuna uygun olan maslahatları almak" demektir. Bunun günümüz hukukundaki karşılığı "kamu yararına göre hüküm vermek veya davranmak" demektir.⁸⁰

Bizde eskiden doğum ve ölüm gibi olayları bir yere yazma, onların kayıtlarını tutma, böylece resmi bir sicil meydana getirme, gibi bir usul yoktu. Çoğu zaman babalar çocuklarının yaşlarını unutmamak için doğumlarını

⁷⁷ İleri sürülen bu iddialar için, Velidedeoğlu, *a.g.e.*, I, cüz 2, s. 149' a bakınız.

⁷⁸ Karaman, *a.g.e.*, I, 175.

⁷⁹ Zerkâ, *a.g.e.*, III, 244; Velidedeoğlu, *a.g.e.*, I, cüz 2, s. 159 vd.; Karaman, *a.g.e.*, I, 176, 177.

⁸⁰ Ebû Zehra, *a.g.e.*, s. 267; Ansay, *a.g.e.*, s. 45, 46; Şener, Abdülkadir, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, Istislah, Istislah*, Ankara, 1974, s. 137 vd.

Kur'ân-ı Kerim veya evde mevcut başka kitapların ön veya arka kapaklarına kaydederlerdi.⁸¹

Ancak 8 şevval 1298/2 eylül 1881 tarihinde yürürlüğe giren "Nüfus Nizamnamesi" ile nüfusun yazılması mecburiyeti getirildi; böylece halkın istatistiğini çıkarmak, askerlikle yükümlü bulunanların sayılarını tespit etmek gibi, işler nizama kondu.

Ayrıca yabancıların kayıtlarını düzenlemek için de 7 temmuz 1900 de bir nüfus nizamnamesi daha neşredildi. Sonra da 14 ağustos 1914 tarihinde "Sicilli Nüfus Kanunu" çıkarılıp yürürlüğe konuldu. Bu yıllardan sonra artık, konu ile ilgili bütün hususlar daha da geliştirildi ve neticede bugünkü durum ortaya çıktı.⁸²

Huzeyfe b. El-Yemân (v.36/656-657) bir sefer sırasında Hz. Peygamber (s.a.) Efendimizin "haydi, halktan 'müslümanım' diyenleri bana sayınız" buyurduğunu, bunun üzerine bir nüfus sayımı yapıldığını nakletmektedir. Buna dayanarak Mühelleb b. Ebî Sufra (v. 83/702) da nüfus sayımı yapılmasının sünnet olduğunu söylemiştir. Nüfus sayımı yapıldığına ve hakkında hükümler beyan edildiğine göre, bununla birlikte doğan ve ölenlerin kayıtlarını tutmakta bir beis olmadığı gibi, aksine bunun, devletin icraatını kolaylaştırma yönünden pek çok faydalar ve kolaylıklar sağladığı ve sağlayacağı da muhakkaktır.⁸³

B) SİCİL KAYITLARININ İSPAT GÜCÜ

Burada, her hangi bir olayla ilgili olarak tutulan sicil kayıtlarının ne derecede değer taşıdığını da zikretmemiz gerekmektedir. Eğer bu kayıtların bir fonksiyonu varsa, değer ifade eder; değeri yoksa böyle bir işlem yapmaya da gerek kalmaz.

Tescilin yapılabilmesi için verilen beyanlarda çeşitli sebeplerle yalan şüphesi bulunduğu düşüncesi ile bu tesciller, yapılacak resmi işlemler açısından, "Osmanlı Usûl-i Muhâkemat Kanunu"nda ve "Mecelle"de yazılı delillerden sayılmamıştır. Bundan dolayı kayıt sicilleri meselâ, mali haklarla ilgili konularda ispat gücüne sahip görülmemiştir. Fakat vasi tayin etmek, evlenmeye izin vermek gibi konular idari kaza salâhiyetine girdiği için bu konularda bahsedilen kayıtlar yeterli delil olarak kabul edilmiştir⁸⁴.

Bu konuda Mecellede şöyle denilmektedir:

"Yalnız hat ve hâtem ile amel olunmaz. Fakat şüphe-i tezvîr ve tasniden salim ise mamulün bih yani medâr-ı hüküm olur. Başka vecih ile sübuta

⁸¹ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 160.

⁸² Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 160 vd.

⁸³ Miras, Kâmil-Naim, Ahmed, *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi* (Zebîdinin aynı adlı eserinin tercümesi), I-XII, Ankara, 1970, VIII, 418-419.

⁸⁴ Zerkâ', a.g.e., III, 245; Karaman, a.g.e., I, 177.

hacet kalmaz."⁸⁵ Yani sadece yazı ve mühürle belirlenmiş bir şeyle muamele yapılamayacağı, ancak eğer yalan, dolan ve uydurma, düzmededen uzak ise onunla amel olunabileceği ve buna dayanılarak hüküm verilebileceği, bunun yanında başkaca bir şey aramanın gerekmeyeceği ifade edilmiştir.

Ayrıca yine Mecellede şöyle denmektedir:

"Berât-ı Sultânî ve kuyûd-ı defter-i hâkânî tezvirden emin olmakla mamulün bihtir."⁸⁶

Bu maddelerden anlaşıldığına göre yazı ve kayıtların hüccet sayılması ve kendileriyle yetinilmesi onların şüpheden uzak bulunmalarına bağlı kılınmıştır. Bunların delil sayılmaları da kendilerinde yalan şüphesi bulunmaması şartına bağlanmıştır.

Padişah fermanlarının ve resmen tutulan tapu ve kadastro kayıtlarının yalan dolandan uzak bulunmaları sebebi ile bunlara dayanılarak hüküm verilebileceği kabul edilmiştir. Nitekim Mecelleyi şerh edenlerden Ali Haydar Efendi (v. 1355/1936) bu maddelerin açıklamasında, mahkeme sicilleri ve itina ile hazırlanmış kayıtlarla amel olunması gerektiğini beyan ederek bunların muteber olduklarını söylemiştir.⁸⁷

Doğum için İmam Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre yalnızca ebenin şahitliği yeterlidir. Onun çocuğun ölü veya sağ olarak doğduğu konusunda vereceği bilgi doğrultusunda şahitliği kabul edilir. Çünkü doğum, âdet olarak erkeklerin muttali olamayacakları hallerdendir.

Ölümde de şahitlik için mutlaka ölen kimsenin yanında bulunmak gerekmez. Bu konuda duymak suretiyle yapılan şahitlikler yeterli olmaktadır. Bu bakımdan, ölüm haberini duyanlardan işitmek suretiyle ölüm için yapılacak şahitlikler de geçerlidir.⁸⁸

C) ŞAHSIN SOYU VE AKRABALARI İLE OLAN İLGİSİ

Şahsiyetle ilgili önemli konulardan biri de "neseb"tir. Çünkü nesebe bağlı olarak şahıs için bazı haklar doğmaktadır. Gerçi bizzat neseb de şahsın bir hakkıdır. Ancak, neseb sebebi ile ayrıca bazı haklar daha doğmaktadır. Bunlar "miras", "nafaka" ve aile otoritesinin doğurduğu "velâyet hakkı"dır.

Gerçekte insanın kendisini anne ve babasına ve onlar aracılığı ile de diğer akrabalarına bağlayan bir nesebi vardır. Bir kişinin nesebi sabit olunca artık bu değişmez ve bu durum akrabalarının hepsine sirayet eder.

⁸⁵ Mecelle, madde, 1736.

⁸⁶ Mecelle, madde, 1737.

⁸⁷ Ali Haydar, Hoca Emin Efendi Zade, *Düreru'l-hukâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, I-IV, İstanbul, 1330, IV, 551-554.

⁸⁸ Serahsî, Şemsü'l-Eimme, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *el-Mesûr*, I-XXX, İkinci Baskı, Beyrut, Tarih-siz, X, 217; Zerkâ', a.g.e., III, 245.

Nesebin sabit olmasında geçerli olan, bir hadiste belirtildiğine göre, "çocuğun yatağa ait olduğu"⁸⁹ umumi kaidesidir. Yani bir erkekle bir kadını birbirlerine helâl kılan meşru birleşme sonunda meydana gelen çocuğun nesebi o erkeğe ait olacaktır. Birleşme herkes tarafından bilinemeyeceği için, bunu belli eden nikâh birleşmenin olduğuna delil olarak kabul edilmiştir.⁹⁰

Nesebi bilinmeyen bir çocuk, erkek kendisinden olduğunu ikrar edip o çocuğun nesebini kendisine nispet etmedikçe, nesep yönünden zina eden erkeğe bağlanamaz. Ayrıca erkek, doğan çocuğun kendisinden olmadığını iddia ediyor veya bu durumu kesin olarak biliyorsa, çocuğun nesebinin kendisine ait olmadığını tespit ettirmek veya onunla nesep bağı koparabilmek için hâkim huzurunda "liân" yapar.

Nûr Sûresinde meşru kılınan ve yapılaş şekli açıklanan "liân", kocanın karısına zina isnat etmesi veya doğurduğu çocuğun kendisinden olmadığını söylemesi ile kadının bunu kabul etmeyerek mahkemeye müracaat etmesi neticesinde hâkim huzurunda yapılır. Liân yapacak erkek ve kadının akıllı, bâliğ, hür olmaları ve aynı zamanda daha önce, zina iftirası cezasına çarptırılmamış bulunmaları gerekir.

Konuyu açıklayan âyetler şöyledir: "Eşlerine zina isnadında bulunup da kendilerinden başka şahitleri olmayanlara gelince, onların her birinin şahitliği, kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ederek şahitlik etmesi, beşinci defa da, eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lânetinin kendi üzerine olmasını dilemesidir. Kadının, kocasının yalan söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ve şahitlik etmesi, beşinci defada, eğer (kocas) doğru söyleyenlerden ise, Allah'ın gazabının kendi üzerine olmasını dilemesi kendisinden cezayı kaldırır."⁹¹

Karısı hakkında böyle bir isnatta bulunduktan sonra koca, hâkim huzurunda yemin etmekten çekinir ve yemin etmek istemezse hapsedilir. Yok eğer, karısı hakkında ileri sürdüğü iddiasından vazgeçer ve yalan söylediğini kabul ederse, o zaman, kendisine, namusa iftira cezası (hadd-i kazif) olarak seksen değnek/celde vurulur.

Liân hâkim huzurunda ve şu şekilde yapılır; önce erkek karısına yapmış olduğu zina isnadında doğru söylediğini yeminle dört defa tekrar eder. Beşincisinde de, eğer bu konuda yalan söylüyorsa Allah'ın lânetinin kendi üzerine olmasını ister.

Koca yemin edince sıra kadına gelir. Kadın, kocasının kendisi hakkındaki iddiasını kabul ederse, şartları bulunduğu takdirde, kendisine zina cezası uygulanır.

⁸⁹ İmam Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, *es-Sahih*, I-VIII, İstanbul, 1257, "Kitabü'l-Megâzî", bab, 55.

⁹⁰ Kâsânî, *a.g.e.*, III, 1546-1547.

⁹¹ en-Nûr, 24/6-9.

Bu durumda kadın, ya yemin etmek veya kocasının, kendisi hakkında ileri sürdüğü iddiasının doğruluğunu kabul etmek durumundadır. Eğer yemin etmekten çekinir ve yemin etmezse kadın hapsedilir ve bu iki şıktan birini seçinceye kadar hapis cezası devam eder. Yemin etmeyi tercih ederse, yemini şu şekilde yapar; dört defa yeminle teyit ederek hakkında kocası tarafından ileri sürülen iddiaların iftira olduğunu, kocasının yalan söylediğini beyan eder ve beşincisinde, eğer kocası doğru söylüyorsa Allah'ın gazabının kendi üzerine olmasını ister.

Eğer karı ve koca arasında yapılan bu liân, çocuğun nesebini babadan nefiy, yani kocanın doğan çocuğun kendisinden olmadığı iddiası üzerine yapılmış ise, liândan sonra çocuğun nesebi nefyolunur. Çocuk nesep olarak artık o babaya bağlı olmaz.

Fakat böyle bir durumdan sonra bazı hükümler yönünden bu çocuk o kocanın çocuğu imiş gibi muamele görür. Bu ikisi arasında şu hükümler geçerlidir:

1. Adam zekâtını bu çocuğa veremez. 2. Eğer bu adam o çocuğu öldürecek olursa, çocuğun o adamın çocuğu olma şüphesi bulunduğu için, adama kısas cezası uygulanmaz. 3. Aralarında mahremlik devam eder. Yani nesebi nefyedilen kız ise, bu ikisi evlenemezler. 4. Birbirlerinin lehine yapacakları şahitlikler de câiz olmaz. 5. Bu çocuğun nesebi meçhul sayılmaz.⁹²

Liânın sonunda hâkim erkekle kadının arasını ayırır, yani aralarındaki nikâhı bağını kaldırır. Buna "tefrik" denir. Bu ikisinin bir daha evlenmeleri de câiz olmaz. Çocuğun nesebi de sadece annesine bağlıdır.

Aslında nesebe iki hal âriz olabilir. Birisi nesebin muteber olmaması, diğeri de nesebin bilinmemesidir. Nesebin muteber olmaması durumu, kadınlara erkeğin meşru bir yolla veya en azından meşruluk şüphesi bulunan bir yolla birleşmemelerinden meydana gelen çocuğun nesebi için düşünülebilir. Buna göre zina ile nesep sabit olmaz.

Ancak Hanefilere göre zina "hürmet-i musahere"yi, yani nikâhla meydana gelen evlenme yasağını gerektirdiği için, bir kimse zina mahsulü kızı ile veya zinadan olma çocuğunun başka bir erkekten olan çocuğu ile evlenemez.

Sihriyet, yani evlilikle doğan hısımlık sebebi ile nikâhı ebediyen haram olanlar şu dört sınıf kimselerdir: 1. Ne kadar yukarıda olursa olsun, aslının karıları. Anne ve baba tarafından dedelerinin karıları böyledir. 2. Ne kadar aşağıda olursa olsun, fûruunun karıları. Oğlunun ve oğlu veya kızının oğlunun karıları gibi. 3. Karısının asılları. 4. Karısının fûruları.

⁹² Serahsî, *a.g.e.*, VII, 40 vd.; Kâsânî, *a.g.e.*, V, 2139 vd.; Ebû Zehra, Muhammed, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, Kahire 1957, s. 368, 369.

Bunlardan ilk üçü ile bu kimse arasında hürmet-i musahere sabit olması için erkekle kadın arasında nikâh şart olmadığı halde, dördüncüsünde şarttır.⁹³

Nesebe âriz olan hallerden bir diğeri de nesebin bilinmemesidir. Bu da bir şahsın kendi memleketinde veya yaşadığı yerde meşru bir nesebinin bilinmemesi demektir. Böyle, doğduğu veya bulunduğu yerde meşru bir nesep sahibi olduğu bilinmeyen çocuğa "meçhûlû'n-nesep", yani "piç" denir.

Bu durumda bulunan bir kimse hakkında, uygun olan herkes babalık iddiasında bulunabilir. Ancak bu iddianın geçerli olabilmesi için, nesebi iddia edilen çocuk, ileri sürülen bu iddiayı kabul etmeli; görünüş de o kimseyi yalanlar durumda olmamalıdır. Meselâ, bir kimsenin kendi yaşıtı olan veya kendi yaşına yakın bulunan bir kimsenin, kendi çocuğu olduğunu iddia etmesi o kimseyi yalanlar.

Nesep iddia eden kimse, aynı zamanda, bu nesebi kendisine nispet etmelidir. Eğer nesebi bir başkasına isnat ederse, meselâ "meçhûlû'n-nesep" olan bir kimse için "bu benim kardeşimdir" derse bu olmaz. Böyle bir söz, nesebin sabit olmasında geçersiz olur. O zaman nesebi, üzerine isnat edilmiş durumda bulunan babası bunu kabul etmelidir. Aksi halde nesep sabit olmaz.⁹⁴

D) EVLÂT EDİNME

Şahsiyeti ilgilendiren konulardan bir de evlât edinmedir. Onun için, İslâm Hukuku açısından "evlât edinme"nin ne ifade ettiği hususuna da kısaca temas edelim.

Hemen söyleyelim ki, İslâm Hukukunda "evlât edinme" kurumu yoktur. Nitekim Kur'ân-ı Kerîmde Allah konu ile ilgili olarak şöyle buyurmaktadır: "Allah, insanın içine iki kalp koymamıştır. Allah eşlerinizi, zihar yapmanız suretiyle, anneleriniz gibi (kendinize haram saymanız için) yaratmamıştır. Evlâtlıklarınızı da öz oğullarınız gibi saymanızı meşru kılmamıştır. Bunlar sizin dillerinize doladığınız boş sözlerdir. Allah gerçeği söylemektedir, doğru yola o erdştirir. Evlâtlıkları babalarına nispet edin. Bu Allah katında en doğru olandır. Eğer babalarının kim olduğunu bilmiyorsanız, bu takdirde onları din kardeşi ve dostlarınız olarak kabul edin. İçinizden kastederek yaptıklarınız bir yana, yanılmalarınızda size bir sorumluluk yoktur."⁹⁵

Bu âyetlerden de açıkça anlaşılacağı üzere nesep ancak yukarıda izah ettiğimiz şekillerden birisiyle, yani ya kan ya da ikrarla; akrabalık da kan, sihiyet ve ikrarla sabit olmaktadır.

⁹³ Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 71.

⁹⁴ Zerka, *a.g.e.*, III, '48-249; Bilmen, *a.g.e.*, II, 424, 443; VI, 272 vd.; Karaman, *a.g.e.*, I, 197, 198.

⁹⁵ el-Ahzâb, 33/4, 5.

Günümüz hukuklarında da hısımlık; kan hısımlığı, sıhri yani evlenme ile meydana gelen hısımlık ve evlât edinme şekillerinden birisiyle tahakkuk etmektedir. Hısımlar arasındaki nesepler de "sahih" ve "gayri sahih" olabilir. Böyle farklı olma durumu meselâ miras taksiminde kendini gösterir. Sıhri hısımlık da evlenme ile meydana gelmekle beraber, evlenme sona erince sıhri hısımlık ortadan kalkmaz. Evlât edinme ise, bazı şartların tahakkuku halinde kabul edilmiştir.⁹⁶

E) ŞAHSIN YER İLE İLGİSİ

Yer yüzünde her ne kadar çeşitli devletler ve çeşitli idareler varsa da ve yer yüzünün her karış toprağı çeşitli devletler tarafından paylaşılmış bulunsa da her insan yer yüzünün bir parçasında doğar. İsterse bu doğum her hangi bir nakil aracında vuku bulsun; insanın mutlaka doğduğu bir yer olur. İnsanın doğduğu yerde nüfusa kayıtlı olması, ticari hayatını ve ikametgâhını aynı yerden seçmesi, mülkü ve ailesinin burada olması mümkün olduğu gibi, bunların her birinin yer yüzünün çeşitli bölgeleri ve ayrı devletlerin sahip oldukları topraklar üzerinde olması da mümkündür. Her ne olursa olsun, şahsın yer ile mutlaka bir ilgisi bulunmaktadır.

Şahsın bu yönlerini tespit eden ve haklarını koruyan hukuk dalları ise; "Anayasa", "Hususi Hukuk" ve "Devletler Hususi Hukuku" dallarıdır. Bugün bir kimsenin ikametgâhının bilinmesi kanuni ve yargı işleri ve işlemleri açısından büyük önem taşımaktadır.⁹⁷

İdare ve yargı ile ilgili konular, günümüz hukukunun usul kanunlarının tesisinden önce önemli bir hukuki netice doğurmadığı için, şahsın yer ile olan ilgisine "İslâm Hukuku"nda fazla bir yer verilmemiştir. Çünkü bu konunun araştırılmasının neticesi ancak ibadet ve muamelât yönünden mahdud işlere münhasır kalmaktadır.

İslâm Hukukunda hükümlerin taalluku bakımından ikametgâhın iki anlamı vardır; şahsın oturduğu mesken, yani ev ve şahsın oturduğu şehir, kasaba gibi yerler.

Mesken veya ev şahsın, devamlı olarak orada yaşamak maksadı bulunmadan, oturduğu yerdir. İkametgâh ise şahsın yerleşmek niyeti ile seçtiği ve oturduğu yerdir.⁹⁸

1. Mesken Veya Ev İle İlgili Hükümler

İslâm Hukukunda şahsı ilgilendiren mesken veya ev konusunda belirtilen hükümler, kişinin tamamen evlilik hayatı ile ilgili konular ele alınarak verilmiş olan hükümlerdir. Biz de bu konuyu iki başlık halinde ele alarak belirtilen hükümlere bir göz atmak istiyoruz.

⁹⁶ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 80 vd.; Birsen, a.g.e., 163 vd.

⁹⁷ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 88 vd.; Birsen, a.g.e., 174 vd.; Zerka, a.g.e., III, 250.

⁹⁸ Medeni Kanun, madde 19; Birsen, a.g.e., S. 175-176.

a) İddet Bekleyen Kadın Açısından Mesken/Ev

Bilindiği gibi boşanmış veya kocası ölen bir kadın bir başkası ile hemen evlenemez. Bir başkası ile evlenmek isterse, evlenmeden önce, belli bir süre beklemesi gerekir. Bu bekleme süresine "iddet" denmektedir.

Boşanmış veya kocası ölen kadın iddetini, evlilikle kurduğu yuvası olan meskende/evde geçirir ve orada tamamlar. Buraya kocasının seçmiş olduğu ev veya mesken de diyebiliriz. İddet beklemekte olan kadının, bir zaruret bulunmadıkça, buradan ayrılması caiz olmaz. Böyle davranma mecburiyetinin konulmasında, boşanma veya ölümle evlilik bağının koptuğu sırada anne karnında bulunması muhtemel ceninin nesebini ve kadının iffetini koruma gibi, güzellikler ve dini hikmetler bulunmaktadır.

Eğer kadın boşanmasının veya kocasının ölümünün akabinde evinden çıkar ve sonra da hâmile olduğunu iddia ederse, boşayan koca veya ölen kocasının varisleri bu hâmileliğin evlilik bağının kopmasından sonra meydana gelmiş olduğunu zannedebilirler. Bundan dolayı kadının dinen beklemesi gereken iddetini başka yere ayrılmadan evlilik yuvasında geçirmesi gerekir. Böylece kadın, aleyhine doğacak muhtemel şüphelerden ve her türlü iftiradan sakınmış ve dolayısı ile doğacak çocuğun nesebi de korunmuş olur.

b) Kadın Kocasının Gösterdiği Evde Oturur

Evlilik için hazırlanan meskene, kadın eğer "muaccel" yani peşin alması gereken mehrini önceden almış olursa, kocasına uyararak, onun seçmiş olduğu meskene/eve gidip oturması gerekir. Eğer o eve gitmez veya gittiği halde haksız olarak orayı terk ederse, kocasına karşı itaatsizlik etmiş sayılır ve bu durum devam ettiği sürece kocasından her hangi bir şekilde nafaka da alamaz.⁹⁹

2. Şahsın Oturduğu Yer/Şehir İle İlgili Hükümler

İslâm Hukukuna göre şahsın, oturduğu yer, yani oturmak üzere seçmiş olduğu şehirle de ilgisi bulunmaktadır. Bununla ilgili hükümler de beyan edilmiştir. Bu hükümleri de iki başlık altında ele alarak değerlendirmemiz mümkün olacaktır.

a) Kadının Oturmak Mecburiyetinde Bulunduğu Yer

Oturulacak yerle ilgili olan hükümlerden birisi, kadının oturmak mecburiyetinde bulunduğu yerin neresi olacağı konusudur.

Hanefilere göre kocanın gittiği yere karısı da gidecektir. Çünkü evlilik hayatının esası, kadının kocasının yaşadığı yerde yaşamasına dayanır.

⁹⁹ Zerkâ, a.g.e., III, 250, 251; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, s. 250.

Bu görüşte olanlar ilk Hanefî âlimlerdir. Bunlar bu hükmü şu âyetten almışlardır: (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) "Boşadığınız, fakat iddeti dolmamış kadınları, gücünüz ölçüsünde oturduğunuz yerin bir bölümünde oturtun."¹⁰⁰

Fakat sonra gelen Hanefî âlimler, zamanlarında insanların ahlâklarının bozulması sebebiyle, isterse mehrinin tamamını ödemiş olsun, kocanın evlendiği kadını başka yere götüremeyeceğini söylemişlerdir. Çünkü erkek, karısı kendi ailesinin yakınında bulunursa ona eziyet edemez, ama gurbette eziyet edebilir. Aksi halde yukarıdaki âyetin devamı olan (ولاتضاروهن لتضيقوا عليهن) "Onları (gitmelerini sağlamak için) sıkıştırıp kendilerine zarar vermeye kalkışmayın",¹⁰¹ hükmüne aykırı hareket edilmiş olunur, demektedirler.

25 ekim 1917 tarihinde yürürlüğe giren "Hukuk-ı Aile Kararnamesi/Kanunu"nın 71. maddesinde de mezhebin ilk âlimlerinin görüşlerine dönülmüştür. Buna göre:

1. Eğer kadın evlenirken, başka bir yere gitmemeyi şart koşmamışsa, 2. Kadın muaccel mehrini almışsa, 3. Hâkim de kadın için, yolculuğuna mani bir durum görmezse, kadının kocasına uyması gerekir¹⁰².

Bunları şu şekilde toparlamamız mümkündür:

Sefer, yani başka bir yere gitmek için, yapılacak yolculuk kadına zarar vermek için değil de, adamın işi, karısının memleketinde olmadığı için ise, yolculuk da kadın açısından her hangi bir tehlike teşkil etmiyorsa, kadın kocasının gittiği yere gitmekten imtina edemez. Böyle bir durumda kadın, gitmekten imtina ederse gitmemekle haksız davranmış ve haksız duruma düşmüş olur. Bu durumda koca oraya götürebilmek için, karısını mahkeme kanalıyla zorlayabilir. Kadın bahsedilen bu yere gitmediği sürece nafaka da alamaz.

Fakat gidilecek bu yere gitmek kadına zarar verecek ise, meselâ adamın işi şehirde olduğu ve orada da bir evi bulunduğu halde, karısını köyüne, çiftliğine veya kadını emniyet bulunmayan bir başka yere götürmek veya göndermek isterse, bu durumda kadın oralara gitmeyebilir ve gitmediği için nafaka hakkı da düşmez.¹⁰³

b) Çocuğun Bulunması Gereken Yer

Şahsın yerle olan ilişkisi açısından ikinci husus, çocuğun nerede bulunması gerektiği konusudur.

Bir kimse karısını boşamış ve çocuğunun da annesinin yanında bulunması gerekmiş olabilir. Bu durumda, boşanmış olan kadın, kendi terbiyesine bırakılmış çocuğu, babasının izni olmadan başka bir yere götürmeye

¹⁰⁰ et-Talâk, 65/6.

¹⁰¹ et-Talâk, 65/6.

¹⁰² Zerk â', a.g.e., III, 252.

¹⁰³ Ebû Zehra, el-Ahvâlü's-Şahsiyye, s. 249.

hakkı yoktur. Çocuğun başka bir yere götürülebilmesi için babasının izin vermiş olması gerekir. O izin vermeden annesi çocuğu bir yere götüremez. Kadının izin almadan götürebileceği tek yer, kocasının kendisi ile evlendiği yerdir.¹⁰⁴

F) MEDENİ HUKUKTA İKAMETGÂH MESELESİ

İslâm Hukukunda ikametgâhla ilgili hükümleri belirttikten sonra, kısaca bugünkü hukukta konu ile ilgili durumun nasıl olduğuna da bir göz atalım.

Bugünkü hukukta da iki türlü ikametgâh düşünülmektedir.

1. İhtiyari İkametgâh

Bu ikametgâh "mahcur" olmayan, "reşid ve mümeyyiz" kimselerin yerleşmek niyeti ile seçip oturdukları yerdir. Burası, kendisi fiilen oturmasa bile, şahsın kendisi ile ilgili gerekli tebligatın yapılacağı yerdir.

2. Kanuni Veya Mecburi İkametgâh

Bu da kanunun müstakil olmayan, bazı hususlarda kendi başlarına hareket edemeyen kimseler için ikametgâh saydığı yerdir. Evli kadınların, vilâyet altında bulunan çocukların veya vesayet altında bulunan kimselerin ikametgâhları bu tür ikametgâhlardandır.¹⁰⁵

NETİCE

Bütün bu izahlardan sonra diyebiliriz ki, İslâm Hukuku erkek, kadın, hür, köle diye bir ayırım yapmadan ve din ayrılığı gözetmeden hepsini birer şahsiyet olarak tanımış, insan oldukları için de hepsini birer "hakiki şahıs" kabul etmiştir. Bunun tabii bir neticesi olarak da hakları yalnızca şahıslara mahsus kılmuş, şahıs olamayanlara hak tanımamıştır. Bugünkü hukukta olduğu gibi, mutasavver bir varlık kabul ederek ona hak tanıma cihetine gitmemiştir. Hakların varlığını sadece şahıslar için kabul etmiş, henüz anne karnında bulunmayan, ileride olacağını düşünerek hayali bir varlık için hak tanınamaya özen göstermiştir.

Hakların zayi olmasını önlemek gayesi ile henüz anne karnında bulunan çocuğu şahıs olarak kabul etmiş ve bir şahsiyet olduğu için de namına bazı haklar tespit etmiştir. Bu şahsiyetin başlangıcını da ilerde sağ olarak doğmak şartıyla, anne karnına düştüğü zamanı kabul etmiştir. Fakat adına yapılan vasiyet ve vakfın gelirleri gibi mali haklara, ilerde sahip olabilmesi için, bunların yapılmasından itibaren en geç altı ay içinde doğmasını şart koşarak, asgari doğum müddeti tayin etmek suretiyle, bunlar yapıldığında henüz şahıs olmayanların hak sahibi olmalarının kesin olarak önüne geçmiştir. Bunun yanında normal doğum müddeti olan dokuz aydan daha sonra

¹⁰⁴ Zerkâ, a.g.e., III, 252.

¹⁰⁵ Velidedeoğlu, a.g.e., I, cüz 2, s. 93 vd.; Birsen, a.g.e., s. 177 vd.; Zerkâ', a.g.e., III, 252, 253.

doğabilme ihtimalini de göz önünde bulundurmuş ve böylece geç doğanların nesep hakkını kabul ederek, hem hakkın zayi olmasını önlemiş, hem de anneyi her türlü töhmetten korumuştur.

Diğer yönden şahsiyetin ölümle sona erdiğini belirterek ölümden sonra meydana gelecek hak ve borçlanmaların mümkün olmadığını kabul etmiştir. Ölümden önceki şahıs varlığını düşünerek de bu şahsiyetin doğurduğu, ölümden sonra meydana gelebilecek hak ve borçları, önceki duruma bağlı olarak, kabul etmiş ve böylece kimsenin zarar görmemesini sağlamıştır.

İslâm Hukuku "mefkûd"u da düşünmüş, onlar için de haklarına zarar gelmeyecek ve yakınlarının haklarını da ortadan kaldırmayacak tarzda hükümler getirmiştir.

Bütün bunların ötesinde, bugünkü hukukun kabul ettiği şahsiyetle ilgili diğer hususlarda kesin hükümler getirmeyip zamanın ve tatbikatın gerektirdiği şekilde tespit ve tanziminin yapılmasını zamana bırakarak en mükemmel hukuk örnek ve tatbikatını ortaya koymuştur.