

ÖZEL HUKUK

ESKİ VE YENİ HUKUKUMUZDA MİRAS SİSTEMLERİ ARASINDAKİ FARKLAR

Prof. Dr. Şakir BERKİ

Mukayeseli hukukun orijinalliği, doktrinal ve teşriî karihayı inkişaf ettirici, ve nihayet hukukcuya hukukî esas ve müesseselerin tarih seyirindeki inkişafını göstermesi hasebiyle hukuk tarihinin teknik yönünde de hukukcuya temin ettiği fayda, bu hukuku üzerine parmak basarak önemle tetkik etmiş, veya ârzî olsa bile alâka duymuş olanlarca derhal teslim edilir. Bu ehemmiyetine binaendir ki, mukayeseli hukuk ceryanına ekser ülkelerin hukuk çevresinde önem verilerek, Enstitüler kurularak hakkı verilmeye çalışılmaktadır. Keza Hukuk Fakültelerinde gerek vesiyle geldikçe her kürsünün müfredatında temas edilmesi ve son zamanlarda Fakültelerin programlarına seçimlik ders adıyla olsa bile alınmış bulunması, mukayeseli hukukun muasır hukuk ilmindeki ihmal edilemez kıymetini ifadeye kâfidir. Nihayet, Devletler arasında hiç değilse prensiplerde mevzuat birliğine yönelmiş olan çalışmaların bel kemiğini mukayeseli hukuk teşkil etmektedir. Bütün milletleri hiç değilse mânen tek bir dünya devleti halinde yaşatmaya gayret gösteren asrımızda her milletin hukuk sisteminden ilham alınarak müşterek bir hukuk yaratılması gayretlerinde isâbet bulunduğu kimsenin itirazı olmaz. Filhakika, başka türlü çeşitli milletler Devletler arası câmianın cüzüleri olarak yekdiğerine sağlam ve bağlayıcı esaslarla yanaştırılmazlar ve binnetice müşterek hayat esaslarıyla sulhde yaşamak imkânına sahip olamazlar. İnsan hakları Evrensel Beyanamesi, ve Birleşmiş Milletler Teşkilâtı Anayasası gibi müşterek ve bağlayıcı hukuk kurallarına bu sebeble ihtiyaç hissedilmiştir.

Mukayeseli hukukun gâyesine erişebilmesi için iki hususa dikkat bizce zarurîdir :

I — Bütün hukuk sistemlerinin mukayeseye mesnet teşkil etmesi lâzimesi.

II — Mukayeseli hukuk tetkikatında çeşitli hukuk sistemlerindeki kaide ve müesseseler arasında kıymet hükümleri verilmesi.

I — Bütün hukuk sistemleri mukayeseli hukukda ele alınmalıdır.

Mukayeseli hukuk, daha doğrusu, tahdîdî olmayan, genel anlamdaki mukayeseli hukuk, yalnız bir kaç hukuk sistemini ve meselâ yalnız, Alman, Fransız, İngiliz ilh. gibi mahdut milletlerin hukuk sistemlerini, yani kanunları arasındaki farkları araştırmakla yetinemez. Aksi halde böyle bir mukayeseli hukuk mahdutluktan, nisbîlikden, mevzîlikden kurtulamaz ve kifayetsiz olur. Zira sâir milletlerin kanun koyucuları ve hukukcularının da bazı görüşleri vardır ki, yalnız muhitlerinin ihtiyaçlarına değil, bütün insanlığın ihtiyacına uygun düşebilir. Her milletin hukuk sistemi mukayeseli hukuk tetkikatında hissedar edilecek olursa, bütün milletleri tatmin edici bir inceleme temin edilmiş olur. Daha başka türlü ifade edelim, dünya insanları ve milletleri yalnız üç dört hukuk sisteminin diktatoryasına terk edilmiş olmaz. Böyle bir diktatoryanın mahzuru şudur ki, hukuk sistemleri ve görüşleri mukayeseli hukuka alınmamış olan milletlerde, gerek teşriî, gerek doktrinal bakımdan inkişaf hâsıl olmaz. Halbuki gâye, bütün insanların düşünceleri mahsulünden beynelmilel bir fayda elde etmektir. İlmî milliyeti ve milleti yoktur diyenlere hak verilecektir.

Mukayeseli hukuk çalışmalarında yalnız beşerî hukuk sistemleriyle de yetinilemez. Zira bazı ilâhî hukuk sistemleri vardır ki, yanlış kanaatlere rağmen, farkında olmaksızın modern hukuk sistemlerinin teşekkülünde âmil olmuştur. Roma hukukunda hıristiyan İmparatorlarının yaptıkları yenilikler, adâlet, nasafet ve hürriyet mefhumlarına getirdikleri yeni ve makul esaslar hatırlanmalıdır. Bundan başka, hangi yeni hukuk ve hattâ kanun tetkik edilirse edilsin, bazı istisnalar bertaraf, muhtevalarının kaideten eski ve ilâhî hukuk sistemi muhtevalarından ayrı olmadığı görülür. Meselâ İslâm dininde, hırsızlık, sahtekârlık dolandırıcılık, yalan yere şahadet, yalan yere yemin, yol kesmek, adam öldürmek, Devlete hiyanet, akit ve muahedelere saygı, yani verilen sözde, yapılan akitlerde ve anlaşmalarda durmak (ahde vefa); evlenme, boşanma, kanunî mirascılık, ölüme bağlı tasarruf, mirasdan mahrumiyet, ana babanın çocukları terbiye hakkı; çocukların mallarını siyanet, nafaka, beyi, trampa, icar, hizmet akdi, istimlâk, istimval, velâyet ve vesâyet ilh.. gibi müesseseler vardır ve bunlar yeni mevzuatın hepsinde kabul edilmiş müesseselerdir. Şu halde kanun koyu-

cusu Allahdır diye ve laisizm vardır mülâhazasıyla muhtevası bu kadar zengin ve yeni kanunların muhtevasıyla esasta bir olan ilâhi hukuk sistemlerinin mukayeseli hukuk alanından atılmaları, en azından ilim severlikle bağdaşamaz. Nihayet ilâhi hukukla beşerî hukuk arasında bazı orijinal farklar vardır ki, mukayeseli hukuk bu farkların da ilmî açıdan belirtilmesine yardımcı olur. Yine ilâhi ve beşerî hukukun mukayesesi sayesinde ki, ilâhi hukukun kaynaklarına vâkıf olmayan bazı kimseler tarafından, ilâhî hukukla beşerî hukuk arasındaki basit ve doyurucu olmayan ve hattâ yanlışlarla dolu bulunan münferit beyan ve eserlerin kıymet derecesi hakkında fikir edinmek imkânına da sahip olunur.

Bütün bu kayıtlarla, mukayeseli hukukun tam gayesine erişebilmesi için hiç bir hukuk sisteminin ihmal edilemeyeceği zarureti izah ve teyid etmiş olduğumuzu zannediyoruz.

II — Mukayeseli hukukda kıymet hükmü verilmelidir.

Bazı iddialar hilâfına, mukayeseli hukuk mahdut bir kaç kanunun aynı meselelere taalluk eden maddelerini olduğu gibi kayd edip geçmek değildir. Bu, ancak çeşitli mevzuatdan belirli konularda hüküm aktarmaktan başka bir şey'i ifade etmez. Mukayeseli hukukun başlangıçta belirtmeye çalışılan gâyesine vâsıl olabilmesi için, mukayese edilen hükümlerden hangisinin beşer tab'ına ve ihtiyaçlarına daha uygun olduğunu gerekçelerle beyan ilmin zaruretidir.

Şunu da kayd etmelidir ki, mukayeseyi yapan dine bağlı olsa bile mukayesesini yaptığı ilâhî hukukun¹ tenkide şâyan gördüğü

¹ Laisizm, manâsı ekseriya tâyin edilmediğinden, hattâ her ferde kendine göre tarif ve anlama yetkisi veren bir mefhum halinden çıkmış değildir. Halbuki hukuk mefhumlarını iyi tarif ederek, sebep olacakları ihtilâfların önüne geçmek hukukcuların vazifesidir. Laisizm, kimsenin dinî inancına karışmamak, hiç kimseyi dine girmek için zorlamamak, dindarları inançları yüzünden kınamamak ve Devleti teokratik Devlet haline getirmemek, yani halkı beşerî kanunlarla idare etmesine muhalefet etmemekten ibarettir. Yoksa din işi ile devlet işinin asla karıştırılmaması şeklinde ki bir tarif tatmin edici değildir. Zira bazı memleketlerde ve bizde dinle devlet yekdiğerinden tam bir kesinlikle ayrılmış değildir. Bunun bir çok delilleri vardır ki, başlıcalarını kayıtlı yetineceğiz : Dinî bayramlarda amme hizmeti gören Devlet Daireleri kapatılmaktadır. Her iki iş bazen yekdiğerine karışmasa idi bu netice olmazdı. Milletın hakiki ilme dayanan dininin temini ve kontrolü için Devlet bütçesinden aylık alan memurlarla işleyen Diyanet işlerinin ihdas edilmiş olması; Devlet Radyolarında dinî konuşmalar yapılması, hattâ (Mevlûd) gibi ibadetlere yer verilmekte

noktalarını belirtmek mecburiyetindedir. Aksi takdirde taraf tutuyor demektir. İlimde ise taraf tutulamaz. Aksi hareket her ilim adamı için bir nakisedir; ilim için de zarardır. Malûm olan bu hususlarda fazla kayde lüzum yoktur. Binnetice, islâm hukuku ile, beşerî hukuk sistemleri arasında mukayese yaparken beşerî hukukun üstün tarafına samimiyetle şahit olunuyorsa bunu da gerekçe zikretmek kaydıyla ifade etmek ilim adamı için borçtur. Sırf islâm içtihadını müdafaa edeceğim diye düşüncesinin aksine fikir beyan etmek ilim namına çok üzücü ve düşürücü bir taraf tutmaktır. Esasen, kıymetlerinin azemetinden şüphe edilmeyen büyük islâm hukukçularından hiç birisi kendi fikirlerine körü körüne bağlı kalınması gereğini telmih dahi etmemişlerdir. Hele İmamı Âzam gibi, İslâm hukukunun temellerini atmış olan büyük bir hukukçu, böyle bir işareti değil, aksi işareti vermiştir.² Şu halde icab ediyorsa, bu gün islâm hukuku ile beşerî hukuku muakeyese eden kimse, ne kadar dindar olursa olsun ve İmamı Âzamı ne kadar beğenirse, beğensin onun kabul edemeyeceği bir görüş tarzına tesadüf edince bu görüş tarzına İmamın³ hatırı için iltihak etmeyecektir. Bilinsin ki,

olması; Orman ve İskân mevzuatında mektep inşası için olduğu kadar, câmi ve mescit yapılması için de Devlet ormanlarından parasız kereste verilmesi; İlahiyat Fakültesinin, İslâmî İlimler Fakültesi ile İmam Hatip Okullarının kurulması ve buradaki öğretim üyeleri ve müstahdemlere Devlet tarafından maaş ve ücret ödenmesi, Türkiyemizde de lâisizmin dinle devlet işlerinin kesin olarak ayrılmamış olduğunun net misalleridir.

² İmamı Âzamın ders takriri ve seminer usulü çok kayde şâyandır: meseleleri ortaya atar, talebelerinin fikirlerini sorar ve kâtibine kaydettirirdi. Kendisi de bu çeşitli fikirlerden birine gerekçe beyan ederek iltihak veya keza gerekçe zikrederek hiç birine iltihak etmeyerek kendi şahsî görüşünü izhar eyler ve bu da kâtibi tarafından kayd dilirdi. İşte islâmda fıkıh budur; yani çeşitli enteresan meseleler hakkındaki ayrı görüşleri aksettiren kitap; hukuk eseridir.

³ Keza bazı yanlış anlamalara rağmen, ilâhî hukuk yalnız din kitaplarında ki genel prensiplerle Peygamberlerin, din kitaplarının tefsiri mahiyetinde olan buyruklarından ibaret değildir. Hukukcuların içtihadı da ilâhî hukukun bir kolu olduğu gibi, örf ve âdet hukuku da ilâhî hukukun boşluklarını dolduran bir hukuktur. İslâm hukukunda da hal başka türlü değildir. Şu noktada ittifak vardır ki, gerek Kur'anı kerimdeki sarîh hükümler, gerek tereddüde mahal vermeyen hadisler, yani sahih hadisler üzerinde doktrin câiz değildir. Zira Kur'an ve sahih Hadisler, dinin olduğu kadar, esasda dine müstenit islâm hukukunun da ana kaynaklarıdır. Bunlara muhalefet, bu esasları beynemeyip görüş ve düşünce mahsulü başka esaslar ikame eylemeye kalkışmak, yani içhatla ana esasları rayından çıkarmaya çalışmak itikada aykırıdır. Bu gün de böyledir. Anyasalardaki esaslara, ana kanunlardaki hükümlerle onların tatbik şeklini gösteren Tüzüklere muhalefet edilemez. Edilse, mahkemeler bu muhalefet ile değil, kanun ve nizamname hükümleriyle karara varmak zorundadır.

bundan, büyük hukukcunun ruhu müteessir değil mesrur olur. Ancak, içihad ayrılığı yaratabilmek için her şeyden evvel Kur'an (Kelim) ve Hadis ilimlerini iyi bilmek lâzım olduğu gibi, islâm hukukçularının fıkıh kitaplarındaki noktai nazarlarını da okumuş olmak lâzımdır. Bu gün de böyledir; meseleyle ilgili kanun ve Tüzük hükümleri ile aynı meselede ihtilafli görüşlerin her birine vukuf olmadan içihad yaratmaya zamanımızda da kalkışılmaz. Çünkü kendi şahsî fikri zannedilen bir fikir, daha evvel başka biri tarafından beyan edilmiş olabilir.

Bu çok kısa girişe zaruret vardı; zira inceleme konusu, bir yandan mukayeseli hukuku, diğer yandan ilâhî ve beşerî hukuku yakından alâkadar eder. Mukayeseli hukukun lâzimleri anlaşılmalıdır. Yapacağımız incelemeden matlup hâsıl olmayacağı gibi, çalışma, okuyucuların taaccübünü de mücib olabilirdi.

Ş. 2 — ESKİ VE YENİ HUKUKUMUZDA MİRAS SİSTEMİ ARASINDAKİ FARKLAR

Medenî Kanundan evvelki hukuk, islâmî esaslara dayanmakta idi. Bununla beraber, beşer faaliyetlerinin de katkısına tâbi olmuştur; filhakika Türk müslüman hukukçularının özel doktrini, mahkeme içtihadları ve örfü âdet hukuku, eski hukukun temellerinden üçüncüsü idi. Miras hukukunda da bazı esaslar vardır ki, bunlar Kur'anı kerimde ve Hadislerde mevcut olmadığı halde, müçtehitlerin faaliyeti ile ihdas edilmiştir. Meselâ mirasdan feragat, mirasdan mahrumiyet ve benzeri hususlar içtihadidir.

İslâm ve beşerî miras hukuku arasındaki farklar, ciltler dolduracak kadar üzerinde durulacak farklardır. Biz teferruata girmeden bu farkların en çok göze batanını ve mukayeseli bir etüdde her şeyden evvel kayde şayan olanlarını işaretleyeceğiz.

I — İslâm miras sisteminde, her kanunî mirascının mutlaka mahfuz hissesi vardır ki, Kur'anı kerimde kayıtlıdır.⁴ Beşerî hukuk sistemlerinde ise, her kanunî mirascıya mahfuz hisse tanınmamıştır. Meselâ İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında hal böyledir.⁵ Bu kanunlarda mahfuz hisseli mirascılar tahdidi olarak zikredilmiş olduğundan, mûrisin mahfuz hisseli mirascısı bulunmadığı

⁴ Nisâ Sûresi, Âyet : 6, 7, 8, 10, 11, 18, 32, 176.

⁵ İsv. M. K. Md : 471; Türk. M. K. Md : 453. Bu maddelerden de anlaşılır ki, mezkûr kanunlarda mahfuz hissesi olan kanunî mirascılar yalnız fîrû, ana baba kardeş ve eşdir.

takdirde, bütün terekesini vasiyet ederek, daha geniş ifade ile, ölüme bağlı tasarruflarla devrederek, kanunun mirascısı kabul ettiği mirascıları miras harici bırakmaya hakkı vardır. Meselâ bir kimse- nin yalnız ana veya baba tarafından dedesi olsa, terekesi bir milyon liradan ibaret bulunsa, bu kimse bu meblâğı dilediğine intikal ettirebilir ve hayatdaki dedeleri fakru zaruret ummanında yüzse- ler bile, kanunî mirascılıklarından bir fayda göremezler. Zira, mahfuz hisseleri olmadığından, tasarrufa karşı tenkis davası aç- maya hakları yoktur. Devlet de Medenî Kanuna göre kanunî mi- rascıdır; fakat mahfuz hissesi bulunmayan mirascılardandır. Şu hal- de bir kimsenin hiç bir kanunî başka mirascısı olmasa, bu kimse- nin bilfarz bir milyar lirası bulunsa, ve terekesinde bir şahsı miras- cı nasb eylemiş olsa, Devlet bu milyar liralık terekeden kanunî mi- rascı sıfatıyla bir kuruş dahi alamaz.

İşte iki sistem arasında tatbikî neticesi kaydedildiği gibi olan farklardan biri budur. Şimdi bu iki sistemden hangisinde isabet olduğu meselesi üzerine eğilmek lâzımdır. Aşağıdaki gerekçelerden dolayı bizce ilâhî hukuk sisteminde isâbet vardır :

1) Her şeyden evvel, bir şahsı kanunen mirascı yapmak, fa- kat onun mirasdaki mukadderatını mûrisin iradesine terk etmek, zannımızca kanunî mirascılığın ciddiyetiyle kabili telif değildir. Tav- zih edelim : kanun vâzı hem bir kimseyi kanunen mirascı sayıyor, hem de mûrisin iradesine itibar ederek, bu teşriî kaideyi hüküm- süz kılıyor. Yani teşriî tasarruf, ferdî tasarrufla ref ettirilebili- yor. Bu, kanun yapma san'atına uygun değildir.⁶

2) Sözü edilen kanunlarda mûris, dede ve ninelerinden mah- fuz hisseli mirascı olarak tevarüs hakkına sahip kılınmıştır. Yani dede veya nine, (Ana ve habanın ana ve babası, torunu varken tere- kesinin tamamını ölüme bağlı tasarrufla başkasına intikal ettirse, torun, tenkis davası açarak mirasdaki payını alabilir. Yani dede ve nine, torunun onlar hakkında yaptığı gibi, torunlarını ölüme bağlı tasarrufla mirasdan uzaklaştırılmaz.

Bu adâletsiz sistemi acaba İsviçre ve Türk Medenî Kanunları neden kabul etmişlerdir. Hiç şüphesiz adâletsizliğe yer vermiş ol-

⁶ İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında mirasla ilgili olarak bu gibi tezatlı hallerden birine mirascıların mes'uliyeti bahsinde de raslanmaktadır : Her iki kanun hem mirascıları şahsen ve hudutsuz olarak ölenin borçlarınd- an mes'ul tutuyor, hem de bu borçdan kurtulmak için mirası red mües- sesesi gibi bir müesseseye ihdas ediyor, ki bu husus, borçlardan mes'uliyet- le ilgili mukayesede teferruatla görülecektir.

mak için ihtiyar eylemiş değildirler. Zannederiz, dede ve ninelerin muhtemelen hayatta kalan mirascı olarak tatbikatda fazla bulunmalarına imkân olmadığı düşüncesi hâkim olsa gerektir. Fakat evlenme yaşları nazara alınarak bir hesap yapılacak olursa, torunlarının ölümü anında hattâ 50 yaşını geçmeyen nine ve dedelerin hayatta bulunduğuna şahit olunabilir. Şu halde kanun vâzının bizce nazara aldığı ihtimalde hatâ mevcuttur ve bu sistem, yani dede ve ninenin torunlarının mahfuz hisseli mirascısı olamayacağı şeklinde kabul edilmiş olan kaide bu yanlış hesaba bina edilmiştir. Yoksa torunlar bunlardan mahfuz hisseli mirascı sıfatıyla hisse alırken, nine ve dedelerin torunlarından aynı sistem üzere mirascı olmamalarını kabul tam bir adâletsizliktir. Bu ikinci gerekçe üzerinde düşünürken akla başka sebep gelmiyor.

Binaenaleyh, hayatta kalan usule de dereceleri nazara alınarak çeşitli mahfuz hisseler tanımakda isâbet olacağı fikrindeyiz. Bu hisseler hukukda ille Kur'anla tâyin edilmiş hisselerin aynı olmak gerekmez. Zira, beşerî hukuk sistemi ile idare edilen memleketlerde, kitap hükümlerini mevzuata aynen almak laisizlikle bağdaşmaz görülmektedir; hiç değilse, dede ve ninelere beşer kanun vâzının münasip göreceği bir payı kabul etmek ise, laiklikle ilgili bir mesele değildir; alâkalı olduğu şey mantık ve adâlet mefhumlarından ibarettir.

II — Eski hukukda da, yeni hukukda da fûrû mahfuz hisseli mirascıdır. Ancak mahfuz hisselerde değişiklik vardır ki, fark, esasta değil, teferruatdadır.

İslâm miras sistemi ile beşerî miras sistemleri arasındaki göze batan fark, erkekle kadının, yani kız çocuğu ile erkek evlâdın müsavî paya sahip olmamasından ve bir de evlâtlığın kanunî mirascı olamayacağından ibarettir. Her ikisi de enteresan olan bu konularda durulacaktır :

1) İslâm hukukunda kız çocuğun erkek çocuklardan yarı hisse alacağı Kur'an kerimle sâbittir ki, ilâhî iradenin bu tezahürüne denilecek şey yoktur. Yani ilâhî teşrî mirasda kadınla erkeği bir tutmamıştır. Hiç şüphesiz Kur'andaki hükümlerin de sebebi hikmeti, insanların bazılarınca red, bazıları tarafından kabul edilen gerekçesi vardır. Bu müsavatsızlığın sebebinin kadının evlenerek iâşesinin kocasına mevdû bulunduğu keyfiyeti ile irtibatı olsa gerektir. Normal hal, erkek için de kadın için de sıhî sakınca ve ahlâkî mâni olmadıkça evlenmek, yani âile kurmaktır ki buna, devrin mantıkçıları ve sosyologları da itiraz etmez.

İslâm hukuku ile beşerî hukuk sistemlerinin mukayesesinde ortaya çıkan böyle farklar ele alınarak ilâhî hukuku derhal tenkide tâbi tutmak bizce münasip değildir; çünkü beşerî hukukda ve bu arada İsviçre ve Türk medenî kanunlarında da kadınla erkek arasında tam bir eşitlik bulunmadığını gösteren sarîh hükümler vardır. Bir kaçını kayd etmek keyfiyeti teyide kifayet eder : Ailenin reisi kocadır;⁷ Niçin kadın değildir? diye sorulacaktır. Elbetde hayır, çünkü bütün beşerî sistemlerde böyledir ve hattâ aksi kaide konulsa, buna evvelâ kadınlar şaşar. Her iki Medenî kanunda koca istemedikçe kadın dışarda çalışamaz; keza aynı kanunlarda erkekler vesâyeti kabule mecbur olduğu halde, kadınlar mecbur değildir.⁸ Bu da bir müsavatsızlıktır. Fakat tenkit gerekirmi? elbet gerekmez; zira, istisnalar mahfuz, ekseri kadınların işleri evdedir. Yani eve kadın bakar.⁹ Bu itibarla ve bu sebeble evin sürekli işlerinin inkıtaa uğramaması için modern kanunlar kadınla erkek arasında eşitliği bozan hükümlere bizzarur yer vermişlerdir. Daha bazı misaller vermek mümkündür.

2) Evlâd edinmeye gelince : Bazı kimseler islâm hukukunda Tebennîyi evlâd edinme mahiyetinde görmektedirler. Tebennî şudur : Ana babası belli olmayan bir çocuğu bir şahıs, (kadın, erkek olsun) kendi öz çocuğu olarak kabullenir ve nüfusuna kayd ettirirse, o çocuk onun meşrû çocuğundan farksızdır. Aksi sâbit olmadıkça, yani tebennî suretiyle nüfusa kayd ettirilmiş olan çocuğun hakikî ana babası veya yalnız bunlardan biri sâbit olmadıkça, o çocuk tebennîde bulunanın hakikî fûruu muamelesi görür. Binnetice meşrû çocuklar gibi mirascı olur. İşte islâm hukukunda tebennî budur. Şu husus kayd edilmelidir ki, islâm hukuku akdî evlâd edinmeye muarız değildir. Ancak bu evlâd edinmenin Kur'anı kerimin âmir hükümlerine aykırı olmaması şarttır. Bu hükümler şunlardır :

1) Evlâthğa alınan kimse, evlâd edinmenin adını taşıyamaz. Zira kur'anı kerim, evlâtlıklarınızı hakikî ana babalarının adıyla yâd ediniz, onlar sizin çocuklarınız değildir mealindedir.¹⁰

⁷ İsv. M. K. Md : 160; Türk M. K. Md : 152.

⁸ İsv. M. K. Md : 382; Türk M. K. Md : 366.

⁹ İsv. M. K. Md : 161; Türk M. K. Md : 153.

¹⁰ Ahzab Sûresi, Âyet : 4, 5.

Keza, velâyet de evlâdhğa alana geçmez. Bu hak da hakikî ana baba a kalır.

2) Evlâd edinilen çocuğun malları üzerinde evlâdlığa alanın idare hakkı da yoktur. Çocuğun mallarını idare ve ondan intifa hakkı ana babanıdır.

3) Evlâthk, evlâd edinenin mirascısı değildir. Zira kimlerin mirascı olacağını Kur'anı kerim tâdadî bir surette tâyin etmiştir. Ve bu mirascılar arasında evlâtlığın mirascılığından bahis yoktur. Cenabı Hakkın tahdidi' surette tâyin buyurduğu mirascılar arasına mukavele ile başka bir mirascı dahil etmek caiz olamaz; Zira aksi hal, diğerlerinin Allah iradesiyle tâyin edilmiş olan hisselerini tenzil neticesine müncer olur.

İslâm hukukunun reddettiği bu neticelerin hepsi beşerî kanunlarda kabul edilmiş bulunmaktadır. Keyfiyet İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında da aynıdır.¹¹ Mamafih, bu kanunlarda evlâdlığın evlâd edinene mirascı olmaması evlâd edinmeden önce yapılacak olan resmî senetle kabul edilebilir. Fakat diğer neticeler, yani 1 ve 2 No dakiler, mukavele ile kaldırılamayacağından, İslâm'da evlâd edinme ile muasır hukukda evlâd edinme arasında mukayeseye mesnet esaslı farklar mevcuttur.

IV — İslâm miras sisteminde ana baba fûrû ile birlikde mirasa gelir.¹² Beşerî kanunlarda ve bilhassa İsviçre ve Türk Medenî kanununda ana babaya bu imkân verilmemiştir. Zira mezkûr kanunlarda bir derecede mirascı varken daha uzak derecedeki mirascılara pay düşmez.¹³ Yani bu kanunlarda mirascılık derece sistemi üzerine tertip edilmiş, fakat ana babanın mûrise nazaran fûrû mevcut iken uzaklığı kabul edilmiş, miras bahsinde onunla bu suretle irtibatı kesilmiştir.

Hangi miras sisteminde isabet vardır? Üzerinde çok ve hareketle durmak istediğimiz bu meselede islâm miras sistemini aşağıdaki sebeplerden dolayı kabul etmekteyiz :

1) Her şeyden evvel ana baba bütün hayatları boyunca mûris için kendilerini kıyasıya harcamış olan kimselerdir. Bu itibarla ana babanın çocuklarının (mûris) bakılması, büyütülmesi, tahsil terbiyeleri, kederlerinde ve sevinçlerinde payları vardır. Yekdiğerine bu kadar kaynaşmış olan kimseleri derece sistemi kabul ederek mirasda ikinci dereceye atmak vâkıalara aykırı, mantığa muhaliftir. Evlâtları üzerinde karşılığı para ile ödenemeyecek derecede

¹¹ İsv. M. K. Md : 268; Türk M. K. Md : 257.

¹² Nisa Sûresi, Âyet : 9.

¹³ İsviçre M. K. Md : 457, 458, 442; Türk M. K. Md : 439, 440, 441/1.

hakları olan ana babaya mirasda muayyen bir pay tanımak onları en azından müteselli kılan bir keyfiyettir. Düşünülsün bir kere, bir çocuk ölüyor, bilfarz bir milyon lirası kalıyor ve bir tek çocuğu vardır; bütün tereke, yani milyon lira bu çocuğa intikal ediyor. Ölenin ana babası hayatta olsa ve fakru zaruretden ağızları koksa bile bunlar bu bir milyon liradan bir kuruş bile alamıyorlar. Keyfiyetin takdirini okuyucuların mantık ve nefasetine terk etmek yerinde olur.

İsviçre ve Türk Medenî kanunlarına göre mürise mukavele ile bağlı evlâdlığın mevcudiyeti halinde bile hüküm aynıdır. Misalle tavzih edelim : Bir kimsenin hakikî hiç bir fûruu yoktur; ana babası da hayattadır; o kimse ölmeden bir gün evvel her hangi bir şahsı ve meselâ bir alman veya İngiliz, yahut türk çocuğunu evlâd ediniyor. Bütün tereke âileye yabancı, hakikî hısımlıkla hiç ilgisi olmayan evlâtlığa kalır. Hiç değilse bu ihtimalde İsviçre ve Türk Medenî kanunlarının ana babaya hisse ayırması çok bâriz bir garabeti tahfif etmek olurdu. Medenî Kanunumuzda yapılması mevzu bahis olan değişiklik tahakkuk safhasına girebildiği takdirde bu önemli meselenin cesaretle ele alınmasını şahsen tavsiye ederiz. Kayd edelim ki, miras gibi mûdil meseleler amâli erbaa kaideleriyle halledilemez. Derece sistemi kabul edip ona istisnalar getirmemek de kanun yapma san'atının icabatından değildir.

2) Ana babaya fûrû ile mirasda içtima hakkı tanınmakla sosyal adâlet miras bahsinde daha eyi tahakkuk eder. Zira derece sisteminde tereke daha az, karışık sistemde¹⁴ ise, ahvale göre daha çok fert arasında paylaşılır; servet daha geniş taksim imkânı bulur.

3) Nihayet, bir evlâd ana babasının ilk derecedeki, en evvel gelen mirascısı iken, ana babayı evlâdın mirascılığında ikinci dereceye atmak da münasib görülemez.

Bütün bu sebeplerle ana babanın evlâdının mirascılığında ikinci dereceye alınmış olmasında isâbet olup olmadığını okuyucunun takdirine bırakarak fazla kayıtda bulunmamayı tercih ediyoruz.

V — Karı kocanın (hayatta kalan eşin) mirascılığı.

Karı koca yekdiğerinin hısımlı değildir. Zira hısımlık çeşitlerinden hiç birine girmemektedirler. Ne usul fûrû, ne civar, ne sıhrî

¹⁴ Karışık sitem deyişimzin sebebi, mukayeseli hukukdan faydalanılarak çeşitli hukuk sistemlerinden de istiane edilerek bir miras istemine mahal olabileceğini ifade etmektir.

hısımlıkda karı koca söz konusu değildir. Bunlar yekdiğerinin en yakı'ni (karibi), yani akrabasıdır.¹⁵ Halbuki hakikî şahıslar arasında mirascılık münasebeti hısımlığa dayanır. Lâkin karı kocanın hayat boyunca yekdiğerine acıda, kederde, çilede sevinç ve neş'ede müşterek bağları olduğundan, kanun bunları mirascı eddetmiş; öyle ki, bunlar derece mirascısı değil, her derecede mirascıdırlar. Keyfiyet İslâm miras sisteminde de böyledir. Demek ki, hayatta kalan eşin mirascılığında ilâhî hukukla beşerî hukuk arasında esasda iştirâk vardır. Lâkin aşağıdaki hallerde mukayese edilecek enteresan hususlar mevcuttur :

1) İslâm hukukunda tavsiye monogamik sistem ise de, ilâhî teşrî dörde kadar çok kadınla evlenmeyi tensib etmiştir.¹⁶ Şu halde, islâm miras sisteminde kadın bakımından hayatta kalan eş birden fazla olabilir. Bu halde her birine verilecek pay, kadına isabet eden miktardır. Yani kadının fazla olması halinde sehimleri değişmez.

Modern beşerî kanunlarda poligami açıkça red edilmiştir. Binnetice bu hukuk sistemlerinde hayatta kalan eş kaideten içtima etmez. Kaideten diyoruz; çünkü istisnası vardır. Zira, İsviçre ve Türk Medenî kanunlarının ilgili maddelerinde,¹⁷ bir evlenme mutlak butlan ile bâtil olsa bile butlan kararına kadar aynen sahîh evlenme gibi hüküm ve netice tevlit edeceği açıkça yazılıdır. Binaenaleyh aynı netice kendisini miras meselesinde de gösterecektir. O halde esasen evli bir erkek ikinci bir kadınla evlenme akd etmek imkânı bulsa, bu evlilik aynen birinci evlenme gibi sahîhtir. Hüküm tevlit etmemesi için iptal edilmesi yani butlan kararı verilmiş olmak lâzımdır.

Bu karar verilmeden evvel koca ölse, iki kadın da mirascısı olur. Yahut kadınlar ölse, koca her ikisinden de miras alır. Neti-

¹⁵ Halk lisanında (hısım akraba) tâbiri kullanılır ve her ikisinin bir olduğu kabul edilir ise de, hukuk ilminde hısım başka akraba yine başkadır. Evlenme mânileri ve mirascılık ile nafaka hısımlar arasında ve hısımlık dolayısıyla mevzubahistir. Akraba mefhumuna dahil olup da hısım olmayanların bu hususlarla ilgisi yoktur. Meselâ, bacanak, elti, akrabadan olup, hısım değildir.

¹⁶ Fazla kadınla evlenebilmenin önemli şartı erkeğin her bir kadına karşı her bakımdan âdil olmasıdır. Fakat Kur'anı kerimde ne kadar gayret göstererseniz bunlar arasında yine âdil olamazsınız, Allah ise adaletsizliği sevmeyiz, o halde bir kadınla iktifa ediniz, mealinde buyrulmakla, monogramik sistem tavsiye edilmiş bulunmaktadır : Nisâ sûresi, Âyet 3.

¹⁷ İsv. M. K. Md : 132; Türk M. K. Md : 124/2.

celeri miras bahsinde ancak bu olacak olan madde hükmü yalnız poligamide değil, poliandri de de kabili tatbiktir : Esasen evli olan bir kadın bir başka erkek ile ikinci bir evlilik yapmak imkânı bulsa,¹⁸ ve butlan kararından evvel ölse, her iki koca da hayatta kalan eş olarak mirasçı olur. Böyle bir netice, yani birden ziyade kocanın hayatta kalan eş olarak ölen kadının mirasçı olabilmesi İslâm miras sisteminde imkânsızdır. Zira Kur'anda ve İslâm hukukunda çok erkekle evlilik istisnâf olsa bile kabul edilmemiştir. Öyle evlenmeler mutlak butlanla bâtil olarak dahi mevcut değildir; hiç bir karara lüzum olmaksızın kendiliğinden hükümsüzdür.

Görülüyor ki İslâm hukuku ile beşerî hukuk arasında hayatta kalan eşin mirasçılığı bahsindeki farklar ilim muhipleri için alâka çekici mahiyettedir. Bahse son vermeden kayd edelim ki, Türkçe ve Fransızca olarak Fakülte dergilerinden birinde neşrettiğimiz bir yazı ile İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında sözü geçen maddedeki hükmün behemehal kaldırılması gerektiğini savunmuştuk. Bu temennî nazara alınmadıkça o hükümden yukarıda kayd edilmiş olan ve bu hukuk sistemleri aleyhine netice doğuran haller, istisnaen olsa bile vâki olmaya devam eyleyecektir.

2) İslâm hukukunda hayatta kalan eşle Devlet mirasda içtima edebilir. Beşerî miras sistemlerinde ve hassaten İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında Devletin hayatta kalan eşle içtimasına imkân yoktur. Zira, müris, yani eş, tasarruf nisabını ölüme bağlı tasarrufla intikal ettirmemiş olsa, bu nisab hayatta kalan eşe âit olur. İslâm hukukunda ise, tasarruf edilmemiş olan kısım, yani tasarruf nisabı, ki ileride görüleceği üzere dâima terekenin üçte biridir, hayatta kalan eşe âit olmayıp Devlete intikal eder. Bundan anlaşılıyor ki İslâm hukukunda Devlet, terekeye sahipsiz mal olarak el koymaz, mirasçı sıfatıyla sahip olur.¹⁹ İslâm hukukunda Devlet usul

¹⁸ Evliliğin nüfusda kayıtlı olmaması, veya kayıtlı iken Nüfus kayıtlarının ziyaa uğraması hallerinde bu gibi ikinci evlenmeler mümkün olabilir. Evlendirme memurunun birinci evliliğe vâkıf olmasına rağmen, ikinciyi her hangi bir sebeple akdetmiş olması da uzak olsa bile ihtimal dahilindedir. Bütün bu hallerde ikinci evlilik müteber olarak doğar; butlan kararı alınmaya kadar, güya bâtil değilmiş gibi sahih evliliğin bütün hükümlerini doğurur.

¹⁹ İsviçre ve Türk hukukunda da keyfiyetin başka türlü olmadığı kanaatindeyiz; zira her ik memleketin miras sisteminde, Devlet büyük ana babanın ana babalarıyla rakabe mirasçısı olarak içtima etmektedir : İsv. M. K. Md : 466; Türk M. K. Md : 448.

Her ne kadar bazı kanaatlere göre, intifa hakkı sahipleri tereke borçlarından mes'ul değil iseler de (Temyiz İçtihadı da bu merkezdedir) intifa

ile içtima edemez. Zira bu miras sisteminde tasarruf edilmemiş olan tasarruf nisabı usul ne derece uzak olursa olsun bunlara geçer. Bundan başka islâm miras sisteminde intifa hakkı sahibi mirasçı yoktur; hayatta kalan eşin rakabe veya intifa hakkı arasında seçim hakkı da yoktur; eş de öteki mirasçılar gibi rakabe mirasçısıdır.

VI — İslâm miras sisteminde mirasçılar mirasdan ellerine geçen kıymetle mes'uldürler; yani mes'uliyetleri mahduttur. İsviçre ve Türk Medenî kanunlarındaki miras sisteminde ise, her bir mirasçı, mûrisin borçlarından hudutsuz şekilde mes'uldür. Tavzih edelim: Bir kimse ölse, mirascısına terekeden bilfarz 10 lira isabet etse, mirasçı islâm hukukunda ölenin borçlarından ancak 10 lira ile mes'ul olur. Halbuki İsviçre ve Türk Medenî kanunlarına göre mirasçıya terekeden 10 lira isabet etse, ve ölenin bilfarz bir milyon borcu olsa, mirasçı bir milyon lirayı ödemek zorundadır.²⁰

Kıymet hükmü verilecek olursa, mahdut mes'uliyeti kabul etmiş olan miras sisteminde isabet bulunduğunu kayıt etmek lâzımdır. Esasen İsviçre ve Türk Medenî kanunları islâm miras sistemindeki mahdut mes'uliyeti, Devletin mûrisin borçlarından mes'uliyetinde kabul etmiştir,²¹ isâbetinde şüphe yoktur. Bundan başka, hudutsuz ve müteselsil mes'uliyetden kurtulmanın çaresi de aynı kanunlarda gösterilmektedir: Mirasın reddi.²²

İslâm miras sisteminde, mirasçı, mûrisin daha fazla borcunu ödeyebilir; ancak bu, mûrise saygı ve onu borçlu yatırmamak için mirasçının ona hürmeten yapacağı bir teberrû mahiyetindedir.

tevarüsü söz konusu olduğundan, intifa hakkına sahip olanlar mirascılık vasfını muhafaz ederler. Yani yalnız intifa hakkına sahip bulunmaları, onların mirascılık sıfatına engel değildir. Aksi olsa idi, rakabeyi değil intifayı seçen eşin de mirascılık sıfatının kalkmış olması, ve borçlardan mes'ul olmaması gerekirdi.

²⁰ Bu keyfiyetin nasafetle değil mantıkla bile irtibatı olduğunu zannetmeyiz. Bunun için olacaktır ki, söz konusu kanun vâzıları da keyfiyeti müdrik olarak mirası red müessesesini bu ağır mes'uliyeti tevdi ettiği mirasçının emrine âmâde kılmiştir.

²¹ İsv. M. K. Md : 592; Türk M. K. Md : 571.

²² İsviçre M. K. Md : 566, 603; Türk M. K. Md : 545, 582.

Her iki kanunda da bir de hükmî red vardır ki, kanun vâzının iradesiyle tahakkuk etmekte, ve mûrisin alacaklılarını zarara da sokmaktadır. İsv. M. K.Md : 466; Türk M. K. Md : 445.

İslâm miras sisteminde mes'uliyet terekeden ele geçen kıymetle mahdut olduğundan, mirasın eddi, defter tutma ilh. gibi mahkemeleri ve alâkalırları beyhude yere uğraştıran muamelelere de ihtiyaç duyulmuştur.

VI — Mirasdan iskat müessesesini islâm hukuku kabul etmemektedir. Çünkü islâm hukukunda her mirascının mahfuz hissesi vardır ve bu mahfuz hisse ilâhî irade ile tâyin edilmiştir. İskat ise, mûrisin ferdî iradesi ile Allahın mirasda hak tanıdığı kimselerin mirasdan uzaklaştırılmaları, bu haktan mahrum edilmeleri demektir ki, kabul edilmez. Diğer cihetden, iskatı mücib sebebler vukuunda başka meyyidelerin esasen tatbiki mevzuubahistir. Muzaaf ceza münasip değildir. Nihayet, mirascıya geçecek olan payda yalnız onun nafakası, rızkı değil onunla birlikte yaşayanların da rızkı az çok vardır. Modern beşerî miras sistemlerinde ise iskat kabul edilmiştir. İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında da keyfiyet böyledir.²³ Hattâ her iki kanunda bir de koruyucu İskat vardır ki, yalnız fûrû için söz konusudur ve aynı zamanda mûrisin alacaklılarının aleyhine bir müessesedir. Konumuz İsviçre ve Türk Medenî kanunlarının miras sistemlerindeki bazı kaide ve müesseseleri tenkit olmadığından, bir çok delillerle koruyucu iskatın mahzurlarının bulunduğunu isbat sadedinde bu yazıda uzun boylu kayıtda bulunmaya lüzum görülmemiştir. İslâm hukukunda bittabî koruyucu iskat adıyla de bir iskat çeşidi tanınmış değildir.

Mirasdan mahrumiyete gelince; bu, sebepleri itibariyle amme intizamı ile alâkalı olduğundan islâm içtihadında kabul edilmiştir. Fakat Kur'anı kerimde mirasdan mahrumiyet namiyle bir müessese de yoktur. Demekki, içtihadî olan mahrumiyetde islâm hukuku ile muasır beşerî miras sistemleri arasında esasda fark yoktur. O Teferruata âit farkların burada kaydı gerekmez. Şu kayd olunmalıdır ki, bir medenî ceza olması itibariyle ve cezaların gerek genel ceza kanununa dahil olanlarının, gerek medenî mahiyetde bulunanlarının şahsiliği islâm ceza hukukunda da münakaşa edilmez bir esas olduğundan, islâm hukukunda mirasdan mahrumiyetin, fûrûa, yani mirasdan mahrum edileni halefiyet suretiyle temsil edecek olanlara sâri olmadığı da bir hakikattir. Bu bakımdan da zamanımız beşerî miras sistemleriyle islâm hukuku arasında benzerlik vardır.

İskat hakkında kayd edilmiş olan sebebler nazara alınacak olursa, mirasdan mahrumiyete de lüzum olmadığı, fikrini savunmaya meyil mümkün ise de, amme intizamı ile ilgili olan hususlarda ferdî menfaatlerin feda edilebileceği, Kur'anı kerimin genel prensipleri icabından da olduğundan, islâmda mahrumiyet içtihadla te-

²³ İsv. M. K. Md : 477; Türk M. K. Md : 457.

sis edilmiştir ve bu içtihad islâm hukukunun kaynaklarına, yani Kur'an ve Hadislere aykırı değildir.

VII — Mirası red. İslâm hukukunda mirası red müessesesi yoktur. Kayd edildiği gibi, her mirasçı ancak terekeden eline geçen kıymetle mes'ul olduğundan, red müessesesine mahal kalmamıştır. Muasır beşerî miras sistemlerinde ise, bu müessese vardır; ve bunun devcudiyeti mirascıların şahsen ve namahdut suretde mes'uliyetlerinin ağırlığını kaldırmak içindir. Bu husus mirascıların borçlardan mes'uliyeti bahsinde incelenmiş olduğundan fazla kayda lüzum görmüyoruz.

VIII — Mirasdan feragat : İslâm hukukçuları mirasdan feragat müessesesini aşağıdaki sebeplerden dolayı kabul etmemişlerdir :

1) Her şeyden evvel henüz doğmamış hakdan feragat hukuk ilmi bakımından olduğu kadar mantık icabından olarak da imkân dahilinde değildir. Ortada bir hak yok iken ondan feragat düşünülemez.²⁴

2) Sâniyen, kimin evvel öleceği ve binnetice mirasından feragat edileninmi, mirasdan feragat edeninmi yekdiğerine mirasçı olacağı bilinmez. Eğer mirasdan feragat eden, mirasından feragat edileden evvel ölürse, feragat mukavelesinden, hele feragat ivazlı olup da ivaz peşin alınmış ise, mahzurları bertaraf edilmez haksızlıklar doğacaktır. Bu mahzurların da burada uzun boylu kaydı gerekmez.

Buna mukabil islâm hukukunda miras açılıp miras hakkı doğduktan sonra, dileyen mirascının diğer mirascılar lehine terekedeki hissesinden feragat etmesi mümkündür ki, asıl feragat zannımızca budur. Zira burada hak doğmuştur; meşkûk, mevcudiyeti kadere terk edilmiş, şansa bırakılmış bir hak değil, kemaliyle tekemmül etmiş bir hak söz konusudur.

IX — Ölüme bağlı tasarruflar.

Ölüme bağlı tasarruflar bahsinde de islâm miras sistemi ile beşerî miras sistemleri arasında kayde şayan enteresan farklar vardır ki, üzerlerinde durularak yapılacak teferruath etüd uzun süreceğinden önemli noktaları kayıtla iktifa ediyoruz :

²⁴ İsv. M. K. Md : 450; Türk M. K. Md : 520. Bu kanunlarda feragat ivazlı veya ivazsız olmak üzere ikiye ayrılır ve her ikisinin teşekkülü değil hükümleri arasında farklar vardır.

1) İslâm miras sisteminde tasarruf nisabı sâbittir. Yani hisseler (sehimlere) göre değişmez. Bu nisab, mirascının hissesi, yani ilâhî iradeyle tâyin edilmiş olan payı ne olursa olsun her zaman terekenin üçte biridir. Bu tasarruf nisabı ve sâbitliği içtihadî değil kanunîdir.²⁵

Modern beşerî kanunların miras sistemlerinde ve bu arada isviçre ve Türk Medeni kanunlarında²⁶ ise, muayyen ve sâbit bir tasarruf nisabı yoktur. Bu nisab mahfuz hisseler göre değişir. Bu hukuk sistemlerinde eş, fûrû ile veya ana baba veya sâir usul ile içtima etse, tasarruf nisabının hesabı her içtimada değişir. Bu hesap, miras hukukuyla ilgili olanlarca da teslim edileceği gibi, çok kolay değildir. Halbuki tasarruf nisabının sâbit olması, yani mahfuz hisseler göre değişmeyen bir nisbetden ibaret bulunması, müdil hesablara ve binnetice bu müdillikden doğması mümkün olan yanlışlıklara ve dolayısıyla taksimde adâletsizliklere mahal bırakmaz.

2) İslâm hukukunda her mirascının payı ilâhî irade ile tâyin edilmiş olduğundan, bir Hadise istinat edilerek vârise vasiyetin câiz olmaması kabul edilmiştir. Yani bu hukuk sisteminde meselâ bir baba oğullarından veya kızlarından birine tasarruf nisabının tamamını veya bir kısmını vasiyet edemez.

İslâm hukukundaki bu memnuiyete dâir Fıkıh kitaplarında ve devrin islâm hukukuyla ilgili eserlerinde ittifak var ise de, bazı mütalâa serdinin gerekeceği kanaatindeyiz :

Sözü geçen memnuiyetin sebebi hikmeti mûrisin mirascıları arasında ayırım yaparak mirasda adâletsizliğe mahal vermemektir. Aksi halde mirascılar arasında geçimsizlik ve hoşnutsuzluk doğacağı gibi, kendilerine vasiyet yapılmamış olan mirascıların mûrise husumeti de söz konusu olabilir. Beşer tab'î budur. Bir ana babanın çocukları arasında ayırım yapmaması, bunlardan bazılarını «anam veya babam, hepimizi aynı derecede sevmiyormuş» dedirtmemesi lâzımdır. Kur'an hükümleri ve aklı müşterek de adâlete ibadet gözüyle bakılmasını emrettiğine göre, artık konu üzerinde fazla kayde lüzum yoktur.

İslâm'da vârise vasiyet câiz olmadığı bir de hisseleri aynı olan mirascıları yekdiğerine üstün tutmuş olmamak içindir. Meselâ bir-

²⁵ Tasarruf nisabının terekenin üçte biri olması Hadisle ihdas edilmiş bir esastır. Bu Hadis için bakınız: Ali Himmət Berki, «250 Hadis» Ankara, 1972. sah : 64.

²⁶ İsv. M. K. Md : 462, 471; Türk M. K. Md : 453. Bu maddelerle 444 üncü maddelerdeki mahfuz hisseler göre tasarruf nisabı dâima değişir.

den ziyade karısı olan bir kimse ölse, normal olarak her bir kadına müsavi hisse düşer. Mütevaffa koca, karılarından birine tasarruf nisabının tamamını veya bir kısmını vasiyet ederek lehine vasiyet edilenin verasetdeki payını artırsa, yine adâletsizlik yapmış olur.²⁷

Mamafih, vârise vasiyet memnuiyeti, kendilerine vasiyet yapılmamış olan mirascıların vasiyeti kabul etmeleri halinde câri olmaz. Misalle tavzih gerekir : Bir baba üç oğlundan yalnız birine tasarruf nisabının tamamını vasiyet etmiş olsa, diğer çocuklar vasiyeti kabul etmedikçe tasarruf nisabı vasiyet edilmiş sayılmayacağından, terekeye avdet eder ve üç çocuk arasında müsavat üzere taksime tâbi olur. Fakat kendilerine vasiyet yapılamayan çocuklar, kardeşlerine ana veya babaları veya dedeleri tarafından, en geniş ifade ile, mûris tarafından yapılan vasiyete muhalefet etmezlerse, tasarruf nisabı vasiyete nâil olana intikal eder. Şurada kayd edelim ki, zannımızca, müşterek muvafakat gerekmez. Biri muvafakat edip diğeri etmese, muvafakat edene vasiyet hükümsüz olsa idi ne isabet edecek idi ise, vasiyet o nisbetde müteber olur. Misal zarurîdir : Bir baba ölüyor. Tereke 900 liradır. Üç oğul bırakmış ve bunlardan birine tasarruf nisabının tamamını vasiyet etmiştir. Vasiyet hükümsüz olsa idi terekenin üçte biri olan 300 lira, üç çocuk arasında 100'er lira²⁸ olmak üzere taksim edilecekti. Çocuklardan biri vasiyete itiraz etse, diğeri etmese, lehine vasiyet yapılmış olan tasarruf nisabından 200, muvafakat etmemiş olan 100 lira alır. Zira vasiyetin muteber olması için bütün mirascıların vasiyeti kabul etmiş olması gerekmez,²⁹

²⁷ Lâkin ana baba ile fûrû içtima etse, bunların payı arasında eşitlik olmadığından, ölenin ana babasına eşit şekilde tasarruf nisabından vasiyet yapması, mûrisin fûrûlariyle (mûrisin ana babasının torunları) ana babası arasında husumete mahal vermez. Kaldı ki Kur'anı kerimde, ana baba hakkının üstünlüğü ve bunlara ikram ve vasiyet suretiyle teberruun câiz olduğuna dâir hükümler mevcuttur. Yani bu halde mûrisin fûrûları istemese bile ana babaya tasarruf nisabında vasiyetin câiz olması icab edeceği kanaatini savunmak meylindeyiz.

²⁸ Çocuklardan bazılarının kız olması halinde taksimini ikili belirli olacağı dîsâm mîras sistemi icabındandır. Misalde taksim vârisloerinin hepsinin erkek evlâd olduğu nazara alınarak yapılmıştır.

²⁹ Şu noktaya işaret edelim ki, hakikati halde mirascıların vasiyeti kabul etmesi vasiyete sıhhat vermez; ince bir tahlil yapılacak olursa, hükümsüz olan vasiyet karşısında mirasın açılmasıyla kendilerine de hisse düşecek olan mirascılar, vasiyeti kabul ile, yani bu vasiyetin hükümsüzlüğünü dermeyan etmemek suretiyle, tahakkuk etmiş olan miras paylarından lehine vasiyet yapılmış olan mirascıya teberrû yapmış olmaktadırlar.

Modern miras sistemlerinde mûris, tasarruf nisabını dilediğine intikal ettirmek hakkını hâizdir. Binnetice bir baba tasarruf nisabının tamamını iki oğlundan birine vasiyet ederek onun mirasdaki durumunu lehine vasiyet yapılmamış olan oğluna nazaran eyileştirebilir. Meselâ bir baba ölse, tereke 1000 lira olsa, iki oğlu veya kızı kalsa, bunlardan birine tasarruf nisabının tamamını vasiyet etse, lehine vasiyet yapılmamış olanın eline 375, lehine vasiyet yapılanın eline 625 lira geçecektir. Bu intikale lehine vasiyet yapılmamış olan evlâd mâni olamaz.

İki ayrı sistemden hangisinde isabet olduğunun takdirini okuyuculara terk ediyoruz.

3 — İslâm miras sisteminde, mirascı varken, bütün terekenin vasiyet konusu yapılması imkânsızdır. Zira, mirascıların payları Allah tarafından yani, ilâhî kanun vâzı iradesiyle tâyin edilmiştir ki bütün terekede vasiyet, geniş manâsiyle ölüme bağlı tasarruf, bu paylara tecavüz demek olduğundan kabul edilemez. Tasarrufun paylara tecavüz eden kısmı, ilerde tenkis bahsinde görüleceği üzere, kendiliğinden hükmsüzdür ve vasiyet tasarruf nisabı nisbetinde, yani terekenin ancak üçte birinde müteberdir. Bu günkü miras sistemlerinde ve hasseten İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında, keyfiyet tamamıyla aksinedir. Bu kanunlara göre hattâ mahfuz hisseli mirascısı bulunan bir kimse bütün terekeyi gerek mirascı nasbı, gerek muayyen mal vasiyeti suretiyle başkalarına intikal ettirmeye mezun kılınmıştır. Yani böyle bir ölüme bağlı tasarruf kendiliğinden hükümsüz addedilemez. Ancak mahfuz hisseli mirascılar tenkis davâsını müddetinde açarlarsa, mahfuz hisselerini kurtarabilirler.³⁰ Mürurzaman geç olduğu takdirde vasiyet mahfuz hisselerine de şâmil olmak üzere tenfiz olunur. İslâm miras sistemi böyle bir neticeye, kayd edilen sebepten dolayı, müsaade etmemektedir.

İslâm miras sisteminde bütün mirascıların mahfuz hissesi olduğundan, terekenin tamamında vasiyet her zaman tasarruf nisabı haddi içinde müteberdir; yani böyle vasiyetler islâm miras sisteminde mutlaka mahfuz hisse nisbetinde tenzile tâbi olarak müteber olur. Bu günkü miras sistemlerinde ise, mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascılar da olduğundan³¹ mûrisin hiç mahfuz hisse-

³⁰ İsviçre ve Türk Medenî kanunlarının tenkisle ilgili hükümleri için bak : İsv. M. K. Md : 522, 533; Türk M. K. Md : 502, 515.

³¹ İsv. M. K. Md : 471; Türk M. K. Md : 453. Bu maddeler mahfuz hisseli mirascıları saydığına ve diğer mirascılar bu sayılanlar arasında bulunmadıklarına göre, mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascılar zümresindedirler.

li mirascısı olmasa ve mûris, bütün terekesini ölüme bağlı tasarrufla başkalarına intikal ettirse, ölüme bağlı işbu tasarruf tamamen müteberdir; yani kanunen mirascı olmalarına rağmen, bu mirascılar tenkis dâvası da açamazlar. Etüdde bilvesile bu hususla ilgili misal verilmişti. Mamafih hatırlatmak için kısaca zikrederim : Bir kimsenin nineleri ve dedeleri olsa, başka mirascısı olmasa, tereke bilfarz bir milyon lira olsa, ve terekenin hepsinde vasiyet yapılmış bulunsa, mûrisin ana ve baba tarafından nine ve dedeleri mirasdan hiç bir şey alamazlar. Çünkü mahfuz hisseli değildirler.³²

4 — İslâm hukukunun miras sisteminde mansub mirascılık yoktur. Bunun sebebi islâmda mirascıların ancak kur'anla tâyin edilmiş olması, ve ilâhî irade ile tesbit edilmiş mirascılar arasına beşerin (mûrisin) iradesiyle başka bir mirascı dahil edilmesinin teşrie aykırı bulunmasıdır. Diğer cihetden İslâm hukukunda her kanunî, yani kitapla tâyin edilmiş olan mirascının mahfuz hissesi olduğundan bunlar arasına başka mirascı sokmanın diğerlerinin ilâhî irade ile muayyen hisselerinde azaltmayı mucib olabilir. Beşerî miras sistemlerinde ve İsviçre kanunu ile Türk Medenî kçanunlarında ise, her mirascı mahfuz hisseli olmadığından, mûrisin bütün terekede veya cüz'ünde bir veya bir kaç mansup mirascı tâyin etmesine, iradesiyle, mirascı ihdas eylemesine imkân vardır.³³

Keyfiyet islâmda mansup mirascılığın yokluğu olmakla beraber, bu miras sisteminde mûrisin muayyen mal vasiyeti ile tasarruf nisabının tamamında veya bir kısmında vasiyet yapmak serbestisi kaldırılmış değildir. Bu serbestî, ancak «vârise vasiyet câiz değildir» şeklinde olup, şumultünü tâyine çalıştığımız esasla nisbeten takyid edilmiş sayılabilir.

5 — Tenkis :

Zamanımız hukukunda mahfuz hisseler aşılarak yapılmış olan vasiyetler, kendiliğinden hükümsüz olmayıp, tenkis davası açmakla tasarruf nisabına hasredilebilir. Yani mahfuz hisseli mirascıların mahfuz hissesini aşmış olan vasiyetler kendiliğinden hükümsüz değildir.; ancak mahfuz hisseli mirascılar tenkis davası açarak, vasiyeti, mahfuz hisseleri nisbetinde hükümsüz kılmak hakkına sa-

³² İsterse mirasdan mahrumiyet sebebi vasiyet ayıdır. Yani Kanun mûrise keyfi olarak dahi mahfuz hissesi olmayan mirascıları mirasdan uzaklaştırmak hakkını bahşetmiş bulunmaktadır.

³³ İsv. M. K. Md : 483; Türk M. K. Md : 463.

hiptirler. Mürurzaman müddeti içinde tenkis davâsı açılmamış olduğu takdirde, bütün terekeyi ihtiva eden mansup mirascılık muteber olur.³⁴ Bu günki hukukda ve İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında mahfuz hisseli mirascısı olmayan kimsenin bütün terekede yaptığı tasarruf ise, tenkis davâsına konu olamaz.³⁵

İslâm miras sisteminde payları tecavüz eden vasiyetler kendiliğinden hükümsüz olduğundan, tenkisi bizzat hâkim yapmaya yetkilidir; yani alâkalının tenkis def'inde bulunmasına bile lüzum yoktur. Zira ilâhî irade ile tâyin olunan hisselerin ferdî, beşerî irade ile tecavüz edilmiş olması, kur'ana, binnetice, amme intizamına aykırıdır. İşte İslâm miras sisteminde hâkimin tenkisi re'sen icra etme yetkisi buradan gelmektedir. Halbuki İsviçre ve Türk miras sistemlerinde tenkisi hâkim re'sen icra edemez. Tenkis için ya tenkis davâsı açılmak³⁶ veya tenkis def'inde bulunmak zarurîdir.

6 — İptal davâsı :

İslâm hukukunda vasiyetlerin iptali davâsına lüzum yoktur. Ehliyetin bulunmaması, kanuna aykırılık ilh. gibi sebeplerle yapılmış olan vasiyet kendiliğinden hükümsüzdür. Meselâ bir delinin, mümeyyiz olmayan bir kimsenin, bir çocuğun yaptığı vasiyet islâm hukukunda hükümsüzdür. İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında ise, vasiyet yaptığı zaman deliliği sâbit olan bir kimsenin, keza bilfarz 8 yaşındaki bir çocuğun vasiyeti muteberdir ve iptal edilmedikçe veya iptal için zamanaşımı geçtiği takdirde vasiyete ehil bir kimse tarafından yapılmış vasiyet gibi hüküm ve netice doğurur.

³⁴ Tenkis davâsı açan ancak kendi payını siyanet etmiş olur. Binnetice tenkis davâsı kazanılsa, bu davâdan hiseleri tecavüz edilmiş olan diğer mirascılar faydalanamazlar, her birinin ayrı ayrı tenkis davâsı açmaları zarurîdir. İptal davâsında ise, keyfiyet aksinedir. Yalnız bir alâkalının açmış olduğu iptal davâsı kazanılsa, iptal ile alâkalı herkes iptalden faydalanır; tekrar iptal davası açmaları gerekmez.

³⁵ Ancak bu kimse bütün terekesini miras mukavelesiyle başkasına devretmiş, ise, tek taraflı tasarrufla, yani vasiyetle terekesinin bir cüz'ünü dahi başkasına devredemez. Zira bu ihtimalde akdî mahfuz hisse diyebileceğimiz bir hisse söz konusudur. Akitden rücû mümkün olmadığından, vasiyet bu akde istinatla devredilen terekenin tasarrufuna vesile olamaz. Her ne kadar son tarihli vasiyet, sonraki tarihli vasiyeti iptal eder ise de bu kanunî esas vasiyetlerde câri olup, mukavelelere şâmil değildir.

³⁶ Tenkis davâsı, miras taksî medildikten sonra söz konusu olur. Tenkis def'i ise, henüz vasiyet tenfiz edilmeden, yani vasiyet konusu musaleyhe verilmeden mevzuubahistir.

Zira bu kanunların ilgili maddeleri³⁷ sırf müteveffanın iradesine hürmet olsun diye temyiz kudretine sahip olmayan şahsın vasiyetini bile bâtil addetmemiş, iptali mûcib addeylemiştir. Halbuki temyiz kudreti olmayan bir kimsede normal irâde, binnetice onun son arzusuna riayet endişesi söz konusu olmamak lâzımdır.

Bazı görüşler İsviçre ve Türk miras sisteminde usulüne ve şartlarına uygun olarak yapılmamış olan hiç bir vasiyetin kendiliğinden hükümsüz olmayacağı yolunda ise de, bu görüş muteber olamaz. Zira, yapıldığı andan itibaren hükümsüz olan vasiyetler de vardır. Bir kaç misal keyfiyeti teyid eder : eroın vasiyeti, iptali mûcib olmaksızın hükümsüzdür; başkasına âit bir malın vasiyeti veya ammeye tahsis edilmiş bir şey'in vasiyetinde de hüküm başka türlü değildir. Meselâ bir kimse hattâ bir köyün muhtarı köye tahsis edilen mer'ayı vasiyet etse, iptal davâsına lüzum olmaksızın bu vasiyet hüküm ifade etmez. Nihayet İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında yer almış olan bir hükümsüzlüğü de kayd etmek lâzımdır : Bir kimse sözlü vasiyet yapar, tehlike ortadan kalktığı, yani yazılı veya resmî şekilde vasiyet yapma imkânı hâsıl olduğu andan itibaren bir ay geçtikten sonra şifahî vasiyet kendiliğinden hükümsüz hale gelir.³⁸

Görülüyor ki, modern miras sistemlerinde de vasiyetin kendiliğinden hükümsüz olduğu haller vardır. Fakat bu haller kaidenin istisnasıdır; kaide ise, vasiyetlerin iptal davâsı ile hükümsüz hale gelebileceğidir. Halbuki islâm miras sisteminde kaide, şekil ve ehliyet şartlarına aykırı olarak yapılmış vasiyetlerin iptale lüzum kalmaksızın hükümsüzlüğünden ibarettir.

X — Halefiyet suretiyle miras.

Derece mirascılığında mevzuubahis olan halefiyet suretiyle mirascılığı islâm miras sistemi kabul etmemektedir. Modern miras sistemlerinde ise bu mirascılık mevcuttur.³⁹ Meselâ bir kimse bir oğul ile, kendisinden evvel ölen diğer oğlunun iki çocuğunu ve 1000 liradan ibaret tereke bıraksa, islâm miras sisteminde bu meğlâğ hayatda kalan çocuğa verilir; yoksa bu paranın yarısı evvel ölen çocu-

³⁷ İsviçre kanununun 519 uncu maddesi iptal sebeplerinden, 521 nci maddesi de iptal davâsı için mürurzamandan bahsetmektedir. Türk M. K. Md : 499, 501 maddeleri İsv. Kanununun zikredilen maddelerine tekabül etmektedir.

³⁸ İsv. M. K. Md : 508; Türk M. K. Md : 488.

³⁹ İsv. M. K. Md : 457, 458, 459; Türk M. K. Md : 439, 440, 441.

ğün fūrūu arasında taksim olunmaz. Bu günki miras sistemlerinde ise keyfiyet aksinedir; yani 500 lira hayatda kalan çocuğa ve 500 lira da evvel ölen çocuğun çocuklarına intikal eder.

İslâm miras sistemindeki halefiyet suretiyle tevarüs yokluğu içtihadîdir. Yani Kur'anı kerimdeki miras hükümleri arasında mevcut değildir. Kur'anı kerim her sahada en genel prensipleri vaz etmiş, teferruatı beşerî faaliyete terk eylemiştir. Halfiyet suretiyle tevarüs memnuiyeti içtihadî olduğuna göre bu mesele üzerinde imali fikir gerekmektedir. Fıkıh kitaplarında da kabul edilen halefiyet memnuiyetinin Sünnete dayandığı anlaşılmaktadır. Böyle bir Hadisin sahih olduğuna ilmî bakımdan inanmamak elden gelmez. Zira mirascı olan bir kimse mûrisden evvel ölmekle mirascılık sıfatını ve terekedeki hakkını zâyi eder. Şu halde mevcut olmayan bir paya halef olmak, hukuken olduğu kadar mantıken de mümkün değildir. Bu itibarla islâm miras sisteminde halefiyet suretiyle tevarüs memnuiyeti mesnetden uzak değildir. Binnetice sistemi tenkid de imkân haricinde görülmektedir. Her ne kadar keyfiyet insanın ferdî, şahsî adâlet görüşüne aykırı gelmekte ise de, ilmî hakikatler karşısında hissiyatla hüküm etmek usulden ve ilmin icabından sayılamaz. Bu ferdî adâlet görüşünü tatmin etmek için mûrisin yapabileceği tek şey, terekenin üçte birinde veya bunun cüz'ünde evvel ölen mirascısının fūrūunu vasiyet suretiyle tatminden ibarettir. Nitekim, Kur'anı kerim, mirascı olmayan hısımlara vasiyet suretiyle eyilik etmeyi tavsiye eylemektedir.⁴⁰

Bu mevzuda şunu kayd edelim ki, islâm miras sisteminde halefiyet suretiyle verasetin mevcut olmaması, mûrisin torunlarının veya kardeş çocuklarının ilh.. ondan mirascı olmasına mâni değildir. Meselâ bir kimse ölse, evvel ölen iki çocuğunun bilfarz üçer çocuğu hayatda kalsa, tereke bunlara intikal eder. Keza mûrisin bütün kardeşleri evvel ölererek fūrū bıraksa tereke islâm taksim esasları gereğince bunlara âit olur.

XI — Devletin mirascılığı.

İslâm miras sistemi ile zamanımız miras sistemleri arasında, benzerlik, mirascı bırakmaksızın ölenin terekesine devletin (Hazine : Beytülmal) el koyacağı hususudur. Bu iştirâke rağmen her iki miras sistemi arasında devletin mirascılığı konusunda kayde şayan mühim farklar vardır ki, bunları özlüce belirteceğiz :

⁴⁰ Ahzab Sûresi, Âyet : 6.

1) Bu günki miras sistemlerine ve İsviçre ve Türk medenî kanunlarına göre, mahfuz hisseli mirascısı bulunmayan bir kimse isterse sâir kanunî mirascıları hayatda olsun, bütün terekesinde Devleti mansup mirascı yapabilir. Bu halde bütün miras Devlete kalır. Terekeden kanunî mirascılar, ve meselâ dede, nine hiç bir şey alamaz. İslâm miras sisteminde her mirascının mahfuz hissesi olduğuna ve mansup mirascılık kabul edilmemiş bulunduğuna göre, tereke kanunî mirascı buldukca, mirascı sıfatıyla Hazineye intikal edemez. Ancak mûris terekenin üçte birinde Hazine lehine muayyen mal vasiyeti yapabilir.

2) Hayatda kalan eş modern miras sisteminde, başka hiç bir mirascı yoksa, bütün terekeye sahip olur.⁴¹ İslâm miras sisteminde vaziyet aşağıdaki gibidir :

A) Erkek ölse, hayatda kalan eşe terekenin dörtde biri verilir; dörtde üç Devlete intikal eder.

B) Kadın ölse, terekenin yarısı hayatda kalan kocaya, diğer yarısı Hazineye intikal eder.

İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında ise Devlet, hayatda kalan eşle kanunî mirascı olarak içtima edemeyeceği gibi, intifa hakkı sahibi mirascı olarak da birlikde bulunamaz. Ancak tasarruf nisabının tamamında veya cüz'ünde mirascı nasb edilmiş ise, mansup mirascı sıfatıyla taksime iştirâk edebilir.

Şunu kayd edelim ki, Devletin hayatda kalan eşle kanunî mirascı olarak içtima edebilmesi, mûrisin eşin sehiminden fazla kalan kısımda gerek eşe, gerek başka bir şahsa vasiyetde bulunmamış olmasına bağlıdır.

İslâm miras sistemindeki söz konusu içtima da içtihadîdir. Binaenaleyh üzerinde kıymet hükmü vermeye mahal vardır : Böyle bir içtima fikrimizce münasıptir. Zira eş hısım olmadığından,⁴² hısımlara tatbik edilen miras sistemini onun hakkında aynen tatbik etmeye de imkân olamaz.

Kaldı ki, eş derece mirascısı olmayıp her derecede, binnetice, rüçhanlı bir mirascıdır, yani fûrû ile, ana baba, büyük ana baba

⁴¹ İsv. M. K. Md : 462; Türk M. K. Md : 444/2.

⁴² Eşin, bacanak, ulti gibi kimselerin hısımlık mefhumuna değil, akrabalık mefhumuna dahil edilebileceğine muhtelif vesiyelerle işaret hısım değildir. Zira hısımlık çeşitlerinden hiç birine dahil edilemez. Hülâsa, her hısım akraba mefhumundandır; fakat her akraba hısım mefhumuna dahil değildir.

ilh. le içtima ederek mutlaka mirasa gelmektedir. Bu iki sebepten olacaktır ki, içtihad, ancak yapmış olduğumuz kayıtla, bütün terekenin hayatta kalan eşe verilemeyeceği, Devletin de mirasa geleceği şeklinde tecelli etmiştir.

3) İslâm miras sisteminde intifa hakkı sahibi mirasçı kabul edilmemiş olduğu halde, zamanımız miras sistemlerinde bazı mirasçılar yalnız intifa hakkı sahibi, bazıları da aynı zamanda hem intifa, hem rakabe tevarüsüne sahip kılınmışlardır. Filhakika İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında Devlet de aynen İslâm miras sisteminde olduğu gibi bazı hallerde mirasçı sıfatıyla ve başka mirasçı varken terekeye el koymaktadır. Mûrisin hayatta kalan büyük ana ve babalarının ana ve babaları usulden olduğu halde, sözü geçen kanunlara göre rakabe mirasına sahip kılınmış değildirler.⁴³ Devlet bunlarla mirasda içtima ettirilmiş ve tereke mallarının rekabesine vâris yapılmıştır. Sözü edilen intifa hakkı sahibi mirasçılar terekede hayatları süresince intifa ederler, vefatlarında tereke dahil mallar intifa ile birlikte Hazineye intikal eder.⁴⁴

4) Nihayet islâm hukukunda mirasda intifa hakkı veraseti kabul edilmemiştir. Modern mevzuatda ise, yalnız intifa hakkı mirasçılarını olarak kabul edildiği gibi, bazen aynı zamanda hem rakabe hem intifa verasetine sahip olan mirasçıya da yer verilmiştir. Hayatta kalan eşin mirasçılarla birlikte mirasa gelmesinde keyfiyet böyledir.⁴⁵

XII — İslâm miras sisteminde bir esas daha vardır ki, sâir miras sistemlerinin hiç birinde tesadüf olunmaz. Bu esas, Kur'anı

⁴³ İsv. M. K. Md : 460; Türk M. K. Md : 442.

⁴⁴ Devlet bu malları başkasına hibe, satış gibi yollarla kanuni intifa hakkı ile mukayyet olarak başkalarına devredebilir. İntifa hakkı sahibi buna itiraz edemez. Ancak yeni mâlik de intifa mirasçısı lehine mevzu bahis teminatı göstermekle mükellef olur.

⁴⁵ İsv. M. K. Md : 466; Türk M. K. Md : 448. Hayatta kalan eş mirasda müstakil kaldığı takdirde, intifa ve rakabe kendisine âit olmak üzere vâris olur. Bazen intifa hakkına bazen hem rakabe hem intifaya sahip mirasçılığı diğer mirasçılarla birlik vârisliğinde söz konusudur. Hayatta kalan eş, müteveffanın fûruu ile içtima ederse ya intifa veya rakabe mirasçılığını seçmeye mecburdur. İntifa mirasçılığını seçse, tereke borçlarından yine diğer mirasçılar gibi mes'ul olması lâzımdır. Aksi halde borçlardan mes'uliyetden kurtulmak için kanunun tanıdığı seçim hakkını kanuna karşı hile olarak kullanmak imkânına sahip olurdu. Fûrûdan başka mirasçılarla meselâ mûrisin ana baba veya kardeş yahut büyük ana babası ile içtima ettiği takdirde hem rekabe hem intifa mirasından faydalanır : İsv. M. K. Md : 462/2; Türk M. K. Md : 444/2.

kerimde Allahın tavsiyesi şeklinde ifade olunmuştur.⁴⁶ Âyeti kerime bütün mirasçılara, hattâ en geniş şekilde tefsir edilmeye de mütehammil bulunduğundan, verasetden vasiyet suretiyle faydalanma imkânına sahip musaleyhlere «Miras taksim edilirken yanınızda bulunan mirasçı olmayan hısımlara ve fakirlere de terekeden bir şey veriniz» mealindedir.

Bu hüküm mecburiyet ifade etmez ;, ancak Allahın mirasa konmak suretiyle mirasın taksimine şahit olan fakir ve mirasçı olmayan hısım akrabaya eğer muhtaç iseler sadaka kabilinden, miras dolasıyla sosyal yardım olmak üzere teberrû yapılmasına dâir bir tavsiyesidir. Bu suretle hareket edenler sadakanın ve bu ilâhî tavsiyeye uymanın ecrine nâil olurlar; uymayanlar ise, ceza görmez. Lâkin hakikî mümin, Allahı seven müslüman Cenabı Hakkın tavsiyesini dahi emir telekkî ederek hareket edendir.⁴⁷ Şu halde âyeti celile hükmü hâkim tarafından re'sen tatbik edilemez. Fakir ve mirasçı olmayıp da mirasın taksimi sırasında vârislerin mal iktisabını gören hısımlara taksimden evvel hisse ayrılmaz. Âyeti kerimeye uyarak her mirasçı miras sebebiyle mezkûr teberruu dilerse yapar.

Kayd edilen âyeti kerime hükmü aynı zamanda miras sebebiyle zenginleşenlere karşı bu zenginleşmeyi bizzat gören fakirlerin ve mirasçı olmayan keza muhtaç⁴⁸ durumdaki hısımların hasedini celb etmemek, hased hislerini izale etmek gâyesine de matuftur.

Bu etüdde iki miras sistemi arasındaki en genel farkları ancak genel prensipler şeklinde açıklamış oluyoruz. İslâmda miras sisteminin teferruata ve teknik yönüne dâir yapılacak inceleme kitaplarla mümkündür.⁴⁹ Ancak teferruata inebilmek için her şeyden evvel genel esaslara hâkim olmak lâzımdır.

İslâm miras sistemi ile zamanımız miras sistemi arasında mevcut olup en çok kayde şâyan olan farkların bilinmesi, hukuk tarihi

⁴⁶ Nisa Sûresi, Âyet : 7.

⁴⁷ Mamafih bazen bu teberrû yapılamaz. Meselâ mirasçı veya musaleyh de esasen fakir ve hattâ borca müstagrak olur; bu halde Cenabı Hakkın da tavsiyesi sözü kimselere iyi sözler söylemek, bilfarz «size de bir şey vermek isterdim fakat mirasdan aldığımı ancak borcumu vermek mecburiyetindeyim ilh..» tarzında hitabda bulunmaktan ibarettir : Nisa Sûresi, Âyet :7.

⁴⁸ Muhtaç olmayan hısım akraba esasen öyle bir teberruu kabul etmez ve mirasın paylaşılması sebebiyle mirasçılara karşı hased hissi taşımaz.

⁴⁹ Sâbık hukukda miras ve teferruatı için : Ali Himmet Berkinin «İrs ve intikal», «Miras ve Tatbikat» adlı eserlerine bakınız.

ile oğraşanlarla mukayeseli hukuka alâka duyanların ilgisini çekebilecek mahiyetde olduğu gibi, hukuk ilmindeki çeşitliliği aksettirmeleri bakımından doktrinal yönden de kıymeti hâizdir. Bu orjinal farklar açıkca göstermektedir ki eski ve ilâhi hukuk zümresinden olsa bile müstakil hüviyeti olan her hukuk sisteminin mukayeseli hukuk cereyanında bir mevkii, noksansız bir mukayeseli hukuk ilminin yaratılabilmesi için bir mevcudiyeti vardır. İşte incelemeyi bilhassa bu sayılan hususları nazara alarak yapmaya çalıştık. Okuyan az çok faydalanabilirse maksad hâsıl olmuş demektir.