

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt : XXII



Yayın Komisyonu:

Prof. Dr. Necati ÖNER (*Dekan*)
Prof. Dr. Hüseyin YURDAYDIN
Prof. Dr. İbrahim A. ÇUBUKÇU
Prof. Dr. Talat KOÇYİĞİT
Doç. Dr. Gültekin ORANSAY
Doç. Dr. Esat COŞAN

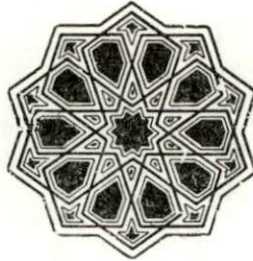
Makalelerin bilim ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt : XXII



ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

İLÂHİYAT FAKÜLTESİ

DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
YARATIMDA YILDA BİR ÇIKARILIR

ÇİFT / XVII



ANKARA ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ-ANKARA.1978

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
Prof. Dr. Şakir BERKİ, <i>İslâm Hukuku Miras Sistemi ile Medeni Kanunun Miras Sistemi Arasındaki Farklar</i>	1
Prof. Dr. İsmail CERRAHOĞLU, <i>Tefsir'de Atâ b. Ebî Rabâh ve İbn Abbâs'dan rivayet ettiği Garibü'l-Kur'anı</i>	17
Prof. Dr. Neşet ÇAĞATAY, <i>Eski Çağlardan bu yana zaman ölçümü ve takvim</i>	105
Prof. Dr. İbrahim Agâh ÇUBUKÇU, <i>Zamanımızda Ege Alevileri</i>	139
Prof. Dr. İbrahim Agâh ÇUBUKÇU, <i>İslâm'da Terbiyenin Önemi</i> ..	151
Prof. Dr. Cavit SUNAR, <i>Beynimizin Ruhsal Mu'cizeleri</i>	157
J. Heywood THOMAS, <i>Paul Tillich</i> , Çeviren : Doç. Dr. Mehmet DAĞ	201
Doç. Dr. Ethem Ruhi FIĞLALI, <i>Hariciliğin Doğuşu ve Fırkalara Ayrılışı</i>	245
Doç. Dr. Gültekin ORANSAY, <i>Türkiye'de Defter ve Dergi Biçiminde Fesül Yayınları</i>	277
Edward D. VOGT, <i>Din Sosyolojisi Araştırmalarında Objektiflik</i> , Çeviren: Dr. M. Rami AYAS	297
Dr. Mehmet AYDIN, <i>Gazâlî'nin "Kubb" Nazariyesinde "Allahın Sıfatlarının" Anlam ve Önemi</i>	307
Antoine VERGOTE, <i>Çocukta Din</i> , Çeviren : Erdoğan FIRAT .	315
Dr. Abdülkadir ŞENER, <i>İslâm Hukukunda Hacr</i>	331
İhsan TURGUT, <i>Platon'da Bilgi Türleri</i>	349
Dr. Günay TÜMER, <i>Bîrânî'nin Türkoloji ile İlgili Olarak Verdiği Bilgiler</i>	361
Dr. Ahmet UĞUR, <i>Selim - Nâmeler</i>	367

KİTAP TANITMA VE TENKİTLER

Doç. Dr. Gültekin ORANSAY, <i>Mevlevî Ayinleri</i>	381
Dr. Mustafa FAYDA, <i>Kitabu'l - Marife ve 't-Tarih</i>	383
Dr. Mustafa FAYDA, <i>el-Ahbaru'l - Muvaffakiyyat</i>	385
Dr. Mustafa FAYDA, <i>Fıkhü'l - Mulûk ve Miftahu'r - Ritâc el - Mur - sad alâ - Hızaneti Kitâbi'l - Harac</i>	389
Dr. İsmet KAYAOĞLU, <i>Kur'anda Tababet</i>	393
Dr. Günay TÜMER, <i>Bir Türkçe Kasas-ı Enbiyâ</i>	397

İSLÂM HUKUKU MİRAS SİSTEMİ İLE MEDENÎ KANUNUN MİRAS SİSTEMİ ARASINDAKİ FARKLAR

Prof. Dr. Şakir BERKİ

1- Giriş. 2. İki sistem arasındaki farklar : I) Kanunî miras bakımından farklar. II) Ölüme bağlı tasarruflar bakımından farklar.

1- Giriş:

İlâhî hukuk sistemi olması dolayısıyla İslâm hukuku miras sistemi ile beşerî modern miras sistemleri ve bu arada Türk Medenî Kanunu arasında çok enteresan ve kayde şayan ve teemmüle sevk edici çeşitli farklar vardır. Bu farkları genel olarak, yani prensipler ve bazı müesseseler bakımından tetkik etmenin üç bakımdan faydası vardır:

- 1- Mukayeseli hukuk bakımından,
- 2- Tatbikî yönden,
- 3- Devletler özel hukuku sahasında.

1- Mukayeseli hukuk bakımından:

Mukayeseli hukuk yalnız beşerî kanunlar arasındaki incelemeye inhisar etmez. İlâhî hukuk sistemleri de bu faaliyet sahasında önemli yer işgal eder. Bu husus münakaşa kabul etmeyecek derecede sarihîr İlâhî hukukun da mukayeseli hukuka konu olmasının iki sebebi vardır:

a) Her şeyden evvel beşerî hukuk, ilâhî hukuktan pek çok prensipler ve müesseseler almıştır. Hukuk tarihi tetkik olunur ve ilâhî hukukla hattâ bu günkü en modern beşerî hukuk sistemlerinin muhtevaları incelenirse keyfiyetin böyle olduğu görülür.

b) Sâniyen ilâhî hukuk sistemleri yalnız ilâhî irade eseri değildir; bu hukuk sistemlerinin esasları ilâhî irade mahsulüdür; teferruat ve değışen zamana göre ilâve edilen müessese ve kaideler, beşerî faaliyet,

yani hukukcuların faaliyeti eserdir. Filhakika, Kur'an-ı Kerim ancak prensipleri ve müesseseleri ifade eder, teferruatı beşer zekâsına ve çalışmasına terk eder. Böyle olmasa idi binlerce nüsha Kur'an mevcut olur ve hukuk tam manası ile kalıplaştırılmış bulunurdu. İslâm hukuku başta Kur'an-ı Kerim esasları olmak üzere, Hadisler, İcma ve dört meşhur mektebin orijinal görüşleriyle ve hatta münferid hukukçuların fikirleriyle alabildiğine gelişmiş ve bugünkü halini almıştır. İctihadın dikkat edeceği husus ilâhî hukuka yapacağı ilâvelerin Kur'an esaslarını ihlâl etmemesinden ibarettir. Beşerî hukuk sahasında da keyfiyet aynıdır. Devletlerin Anayasaları vardır; diğer kanunlar, tasarruf ve mahkeme içtihadları Anayasa esaslarını çiğneyemez. O halde, İslâm dinini tenkit etmek için Kur'an-ı Kerim'in mevcudiyetini ve ona muhalefet edilemeyeceği şartını bahane etmek yersizdir.

Kur'an-ı Kerim'de tatbikatda en çok geçen mirascılar ve meselâ evlâd yani fûrû, mûrisin ana babası, eş, erkek ve kız kardeş ve bunların fûrûları gibi kimselerin mirascılığı ve payları derpiş ve tesbit olunmuş¹, sair mirascıların ve paylarının tesbiti içtihadta, hukukcuların faaliyetlerine terk edilmiştir². Bundan anlaşılmalıdır ki, ilâhî hukuk, miras sahasında da beşerî faaliyetle birliktedir.

2- Tatbikî bakımdan:

İslâm hukukunun tatbikî bakımdan da faydası ve önemi halen mevcuttur. Filhakika, Mirasın taksimi mukavelesi ile mirascılar mirası diledikleri şekilde, diledikleri hukuk sistemi esaslarına uyarak ve binnetice, Kur'an'daki hisse ve taksim emirlerine itibar ederek de mirasın taksim olunmasını kabul edebilirler. Mirascılar isterlerse ve içtihadları ona yatıyorsa, mirası aralarında Roma hukukuna, Fransız hukukuna göre de taksimde muhtardırlar. Medenî kanun, mirasın mirascılar arasında bu suretlerle paylaşılmasına mâni değildir, bilâkis, taksim mukavelesini kabul etmekle bu şekil taksimi kabul etmiştir³.

1 Nisâ Suresi, Ayet: 6, 7, 10, 11;

2 Çeşitli mirascılıklar için: Ali Himmet Berki "Miras ve Tatbikat", Ankara, 1968.

3 Ancak, mirascılar mahkemeden mirasın medenî kanundaki taksimden başka türlü taksim edilmesini talep edemezler; meselâ mirasın İslâm hukukuna göre taksimi talebinde bulunamazlar. Hâkim, böyle bir taksimin ancak mirasın taksimi mukavelesiyle mümkün olabileceğini hatırlatabilir; fakat taraflar taksimin ille mahkeme marifetiyle yapılmasını isterlerse, hâkim, Medenî hukuk esaslarına göre taksim yapmak mecburiyetindedir.

Mirası İslâm hukukuna göre taksim etmek isteyenler, Kur'an'daki taksim esaslarını ve Fıkıhdaki çeşitli mirasçıları ve paylarını iyi anlamak ihtiyacını, ya mevcut eserler veya Müftülerin gösterdikleri sureti hallerle giderirler⁴.

Görülüyor ki, İslâm miras hukukunun bugün dahi tatbiki ehemmiyeti inkâr götürmez.

3- Devletler Özel hukuku bakımından:

Devletler Özel hukukunda başka kanunlara tâbi olan şahıslar yabancı bir Devletin mahkemesinde aralarındaki ihtilâfın halledilmesini istemeye yetkilidirler. Şu halde tatbik ettiği Kanun İslâm hukuku ile alâka ve münasebeti olmayan bir hâkim, bazen İslâm hukukunu ve İslâm miras sisteminin tatbiki zaruretiyle karşılaşabilir. Her ne kadar bazı Devletlerin kanunlarında yabancı hukukuna istinad eden tarafın istinad ettiği yabancı kanun maddesini hâkime göstermeleri şart ise de, hâkim İslâm hukukunun ana hatlarını yine bilmeye mecburdur. Zira kendisine gösterilen bir maddeyi iyi anlayabilmesi için o maddenin irtibatı olan hukuk sistemine hâkim olmadıkça tatbikatını da iyi yapamaz. Hattâ bazen maddeyi bile anlayamaz. Bu itibarla Hukuk Fakültelerinde Roma hukuku yanında İslâm hukukunun anahatlarını da öğretmek bir zarurettir ki, bu iddianın siyasetle değil, ancak ve münhasıran ilimle alâkası olduğu red edilemez.

Tatbikî önemi bu suretle ve ancak en kısa şekilde belirtilmiş olan inceleme konusunu, genel prensipler bakımından tetkik edeceğiz. Teferuat mevcut eserlerden öğrenilebilir.

2- İslâm miras sistemi ile Medeni Kanun miras sistemi arasındaki farklar:

I- Kanunî miras :

1. Kanunî mirasçıların iki kısma ayrılması,
2. Furuun ve mûrisin ana babasının birlikde mirasçılığı.
3. Erkek ve kız payları arasındaki eşitsizlik.

4 Müftüler İslâm Devletlerinde halka ücretsiz fikir veren Devlet memurlarıdır. Halkın dinde ve ona müstenit hukuk sahasında müşâvirleridir. Maaşlarını Devletten aırlar. İslâmın ilk Müftüsü, İfta sahibi makamı Hazreti Muhammed'dir. Şu halde İfta müessesesi islâmiyetin başladığı tarihten itibaren mevcut idi: Ali Himmet Berki, "İslâm Şeriatında Kaza", Ankara, 1962, sah: 81 ve dv.

4. Terekeden sadaka.
5. Mirası Red.
6. Mirasdan iskat.
7. Mirasdan feragat.
8. Tenkis davâsı.
9. Mirasçuların borçlardan mes'uliyeti.
10. Mirasda iade.

II- Ölüme bağlı Tasarruflar :

1. Tasarruf nisabı.
2. Mirasçı nasbı.
3. Mirasçıya vasiyet.
4. İptal davâsı.

1- Kanuni miras:

1. Kanunî mirasçuların iki sınıfa ayrılması :

İslâm hukuku miras sisteminde her mirasçının mahfuz hissesi (sehimi) vardır. Bu husus, mûrisin terekisinin üçte birinden fazlasında tasarruf edemeyeceği esası ile de teyid olunur. Sehimler, vasiyet suretiyle tecavüz edilemez. Aksi halde hâkim, payı tecavüz eden vasiyeti re'sen tenkis ederek, ancak onu tasarruf nisabı üzerinden tenfiz eylemek yetkisine sahiptir.

Bu günkü miras sistemlerinde ve meselâ İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında ise, mirasçılar mahfuz hissesi (saklı payı) olan ve mahfuz hissesi olmayan mirasçılar diye iki kısma ayrılmıştır⁵. Mûris, mahfuz hissesi olmayan mirasçuları, bütün terekeyi vasiyetle başkalarına nakletmek suretiyle mirasdan uzaklaştırabilmek hakkına sahiptir. Meselâ, sözü edilen kanunlarda mûrisin ana ve baba tarafından nine ve dedeleri kanunî mirasçısıdır. Fakat mahfuz hisseleri yoktur; binnetice mûris (miras bırakan), bütün mallarını vasiyet ederek nine ve dedelerinin mirasdan hiç bir şey alamamalarına sebep olabilir. Nine ve dedeler, yapılan vasiyete karşı tenkis davâsı açarak hisselerini kurtarmaya da haklı değildirler. Çünkü mahfuz hisseleri olmadığından tenkis davâsı açamazlar⁶.

5 İsv. M. K. Md: 471; Türk M. K. Md: 453.

6 Bu davayı ancak mahfuz hissesi olan, fûrû, a na baba, kardeş ve hayatda kalan eş açabilir. Çünkü ancak bunlar mahfuz hisseli mirasçılardır: Türk M. K. Md: 453.

Burada ifade edelim ki, bir kimseyi hem kanunen mirasçı saymak hem de onun mirasdaki mukadderatını mûrisin keyfine terk etmek⁷ “kanunî mirasçılık”la, bu tâbirin ciddiyeti ile asla kabili telif olamaz.

Mahfuz hisseli mirasçıların ise, mahfuz hisseleri ihlâl edildiği veya vasiyetle tamamen kaldırıldığı takdirde, hisselerini koruyabilmeleri için tenkis davâsı adıyla bir davâ⁸ açmaları zarurîdir. Bu davâ açılmaz veya davâ için kabul edilmiş olan zamanaşımı müddeti geçmiş olursa, bu mirasçılar da terekeden hiç bir şey alamazlar, bütün mallar ölüme bağlı tasarruftan faydalanacak olana kalır. İslâm hukukunda böyle bir tehlike yoktur. Çünkü hâkim, mahfuz hisseyi aşan vasiyetleri kendiliğinden tenkis etmek yetkisine sahiptir. Mirasçılar talep etmemiş olsalar bile bu, hâkimin vazifesidir.

2- Fûruun ve mûrisin ana babasının birlikte mirasçı olması :

İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında, fûrû, yani mûrisin çocukları ve bunların evvel ölmüş olması halinde, bunların fûruu, yani mûrisin her derecedeki torunları varken, mûrisin ana babası hayatta olsalar ve fakru zaruretde bulunsalar bile mirasdan hiç bir şey alamazlar. Miras derece sistemi ile intikal eder. Fûrû, birinci derece mirasçısı olduğundan⁹ mirasın hepsi bunlara intikal eder. Mûrisin ana ve babası ikinci derece mirasçısı olduğu¹⁰ ve evvel derecede mirasçı varken sonraki derecedekilerin mirasa gelmeleri mümkün olmadığı için ana baba kanunen pay almak imkânından mahrumdurlar.

İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında başkasının evlâdını evlâtlığa almış olan bir kimsenin ölümü halinde de keyfiyet aynıdır. Yani evlâdlık edinen bir şahıs ölse ve evlâthktan başka çocuğu ve torunları olmasa, tereke bir milyon lira olsa, bu bir milyon lira evlâthğin olur, mûrisin ana babası bu paradan hiç bir şey alamaz. Zira bu kanunlar evlâthğı mûrisin meşrû ve hakikî fûruu addetmiş ve miras hukukunda da birinci derece mirasçı yapmışlardır¹¹.

7 Mûrisin keyfine, diyoruz. Çünkü ortada hiç bir sebep, mirasdan iskat veya mirasdan mahrumiyet gibi mirasçılık sıfatının ortadan kaldırılmasına âit bir neden olmasa bile, mûris, keyfi isterse nine ve dedelerine mirasdan hiç bir şey vermemek kasdiyle bütün terekeyi vasiyet konusu yapsa, bu mirasçılar diyeneği hiç bir şey yoktur. Mirasçılıkları ortadan kalkmış olur.

8 İsv. M. K. Md: 522, 533; Türk. M.K.Md: 502, 513.

9 İsv. M. K. Md: 457; Türk, M.K. Md: 439

10 İsv. M. K. Md: 458; Türk, M. K. Md: 440.

11 İsv. M. K. Md: 465; Türk. M. K. Md: 447; 453.

İslâm hukukunda ise, mûrisin ana babası hayatda ise, mûrisin çocuklarıyla birlikte terekeden hisse alırlar¹².

Ana baba, vefat eden evlâtlarının yetişmesi, infak ve iâşesi için ömür boyu çile çeken, icabında kendileri yemeyip içmeyip, ona yedirip içiren, giymeyip giyinmeyip, onu geyindirip kuşatan, onun için her kahrı sineye çeken¹³ fedakâr insanlardır. Bu fedakârlığın karşılığı olarak evlâtlarının bıraktığı terekeden ilk derecede mirasçı olmaları mantık ve akl selim icabı olmaz mı idi? İşte Kur'an-ı Kerim onlara torunlarıyla birlikte mirasçı olmak hakkını bunun için, bu fedakârlığın karşılığı olmak üzere lutfetmiştir. Bu, aynı kutsî kitab'da ana baba hakkının üstünlüğünü ifade eden hükümlerle de muvazene halinde olan bir esastır. İlahî bir prensiptir, dinî bir miras kaidesidir diye aynı esasın modern miras sistemlerinde yer almış olması laiklik prensibini de ihlâl edici sayılmazdı¹⁴. Hele mûrisin hakikî fûruu olmayan, yalnız ona bir maukvele ile bağlı evlâthğı mevcut iken, ana babasına mirasdan hiç pay verilmesi tenkit edilecek şey değil hayret ettirici, şaşırtıcı bir hususdur. O evlâtlık ki, aynı zamanda hakikî ana babasından miras hakkını da zâyi etmiş değildir. Evlâthğa mirasda bu kadar rüçhanlı hak tanımının sebebi hikmetini sözü geçen kanunları yapan kanun koyucularının da izah edebilecekleri şüphelidir.

Miras; iktisadî, malî, sosyal ve hatta siyasî yönleri olan bir meseledir; derece sistemi kabul edilerek, alelâde amâli erbaa, basit hesap kaideleri ile halledilebilecek bir mesele değildir.

3- Erkek ve kız çocukların mirasda eşit olmaması :

İsviçre ve Türk miras sistemlerinde, fûrû erkek olsun kız olsun, aynı hisseyi alır. Yani kanunî miras payında eşitlik esası kabul edilmiştir. Her ikisi de evlâd olması itibariyle bu esasla hiç şüphe yokki genel adâlet prensibi ve hissi tatmin edilmiş bulunmaktadır. Fakat, biraz sonra görüleceği üzere, hukukda meseleler daima genel adalet temayülü

12 Ali Hîmmet Berki, a.g.e. sa: 32 ve devamı, Müellif, hisselerin muhtelif ihtimallere göre neden ibaret olduğunu misalleriyle belirtmektedir.

13 Ekser ana baba böyledir. İstisnalar bulunabilir. Kanunlar ekseriyete göre hazırlanır.

14 Çünkü laiklik Devletin dinî esaslara oturtulmaması ile alâkâhdır; diğer bir anlamıyla de yalnız din ve vicdan hürriyetine müdahale etmeyen devlet sistemi ile ilgili bir mefhumdur. Miras, ferdi menfaatlere taalluk ettiği için, Devletin esası ve temeli ile, siyasî yapısı ile irtibat halinde değildir. Nitekim Medenî kanun bile taksim mukavelesi kabul ederek mirasın İslâm sistemine göre kabulünü teeviz etmektedir.

içinde halledilmez, sosyal adalet denilen içtimaî adalet¹⁵ de nazara alınarak hükmedilir.

İslâm hukukunda ise, kız evlâd, erkek evlâd hissesinin yarısını alır¹⁶. Bu miras esası içtihadî değil, kanunîdir; yani Kur'an-ı Kerim'in emridir. İlâhî irade böyle münasip görmüş ve böyle hükmetmiştir.

Beşerî kanun hükümlerinin her birinin nasıl bir gerekçesi, mûcip sebebi varsa, ilâhî kanun hükümlerinin de bir mesnedi, bir mûcip sebebi vardır. Kur'an-ı Kerim'in kız çocuklarının payını erkek çocuklarından az tesbit etmiş olmasının da sebebi olacaktır. Düşündük, şu neticeye vardık: Erkekler, evlenip karı ve çocuklarının iâşe ve ibatesinden kendi mamelekleriyle mes'uldürler, karısının ve çocuklarının meskenini, giyeceklerini, yiyeceklerini kendi malî imkânlarıyla karşılamakla mükelleftirler. Bu itiraz kabul etmez makul esası, İsviçre ve Türk Medenî kanunları da kabule mecbur kalmışlardır¹⁷. Şu halde erkek malî bakımdan desteklenmeye, kadına nazaran daha elverişli hale getirilmeye muhtaç ve lâyiktir ki, içtimaî adalet hissi ve lüzumu bunu emretmektedir. İşte Kur'an-ı Kerim'in mirasda kadınla erkeğe eşit pay vermemiş olmasının sebebi bu olsa gerektir¹⁸.

Bu görüşe belki, bazı kimselerce, kimsenin evlenmeye mecbur olmadığı hakikati ileri sürülerek, itiraz etmek istenebilecektir. Fakat evlenme, tabii sevin ve sosyal nizamın gereği olan normal haldir. Bu

15 "Sosyal" fransızca bir kelimedir. İçtimaî, eski olsa bile türkçedir.

16 Nisa Suresi, Âyet: 10. Maamafih erkek çocuklar dilerlerse kız kardeşlerinin de kendileri gibi hisse almalarını sağlayabilirler. Bu hususta Kur'anı kerimde mâni yoktur. Zira, miras hakkı doğup hakkı mükteleb haline geldikten sonra peydan bir kısmının üçüncü şahıslara teberruu, hattâ hepsinin kız kardeşlere bırakılması mümkündür.

17 İsv. M. K. Md: 160; Türk. M. K. Md: 152/1,2.

18 Adalet başka, eşitlik başka mefhumdur. Hele sosyal adaletde eşitlik feda olunur. Meselâ her ikiside hukuktan mezun olmuş, biri evlenerek çocuklarada sahip bulunmuş iki hâkimden her birine aynı maaşı veya aynı durumdaki iki işçiden her ikisine de aynı ücreti reva görmek adaletsizliktir. İçtimaî adalet, hatta basit mantık ile bağdaşıcı adalet, evlilere daha fazla maaş ve ücret verilmesini gerektirir; keza maden ocaklarında havasız, güneşsiz çalışan buna mukabil temiz havada, güneşli ve dilediği gibi testiyi dikerek su içilebilen tarlada çalışan iki işçiden madende çalışana elbet fazla ücret verilecektir. Keza, uçağa binerek can pazarına çıkan, fakat ordunun piyade veya süvari kısmında böyle muhataradan uzak bulunan askerlere ve subaylara aynı maaş bahşetmek elbetde mantık emredeceği şey değildir. Missaller çoğaltılabilir. Bu misaller göstermektedir ki, içtimaî adaletde, eşitlik ilkesi feda olunur. Aksi halde içtimaî adaletden bahsolunamaz. Adalet, alelâde aritmetik kaideleriyle tesis edilecek basitlikte bir mefhum değildir; malî, ailevî, sıhhi, siyasi ilh.. yönleri olan çetin bir mevzudur.

halden uzak kalanlar istisna teşkil eder. Kanunlar istisnalar nazara alınarak değil, genellik gözönünde tutularak hazırlanır. İlahî kanunlarda da keyfiyet böyledir.

Şimdi Kur'an-ı Kerim'deki kadınla erkeğin mirasda müsavi olmaları esası ileri sürülerek ve bahane olunarak Kur'an-ı Kerim'in bu hükmü acaba yine İslâm dinini tenkidi için kullanılabilecek midir?. Zannetmeyiz. Çünkü, İsviçre ve Türk medenî kanunlarında da kadınla erkek arasında kadın aleyhine eşitsizlikler yer almıştır ki, bir tetkikimizde bunlara hayli mebzul misâller vermiştik: burada birkaçını hatırlatalım: Evin resisi erkektir; velâyetin kullanılmasında anlaşmazlık çıksa, kadının dediği değil, kocanın dediği, rey'i müteberdir; erkeğin hukukî ehliyeti tamdır, evli kadın ise bazı hukukî muameleleri hâkimin izni ile yapabilir; kadın, kocası onu normal şekilde iâşe ve ibate ettikçe kocasının müsadese olmaksızın dışarda çalışamaz¹⁹. ilh.. Bu eşitsizlikler her birinin makul sebepleri olan haklı eşitsizliklerdir. Sebeplerinin izahı sahifeler tutacağından, burada yalnız kayıtlı iktifa ediyoruz. Kanunlardaki bu kabil zarurî eşitsizlikleri bahane ederek kanunlara hücum etmek, onları beğenmemek, değerini azaltıcı tenkitlere kalkışmak nasıl mümkün değil ise, Kur'an-ı Kerim'in kadınla erkek arasında bazı istisnâî hususlarda eşitsizliğe yer vermiş olmasını da bu kutsî kitabın ve onun üzerinde yükselen İslâm dininin kıymetini düşürmeye çabalamak da tutarsız çalışmalardan ileriye gidemez. Bu satırları dinî taasup sevki ile değil, ilmen öyle düşündüğümüz, ilmi istiklâl ve hürriyet öyle zorladığı için yazmakta olduğumuz itiraz kabul etmez. Düşünülenlerin aksini savunmak ilimle değil, ancak siyasetle dostluk nişanesidir²⁰.

4- Terekeden sadaka :

Kur'an-ı Kerim "Miras paylaşılırken yanınızda bulunan ve mirascı

19 Bazı kimseler Anayasaya göre herkes hürdür; binaenaleyh, kadının dışarda çalışmasının kocasının iznine bağlı olması Anayasaya aykırıdır şeklinde görüşe sahiptirler. Bu görüş yanlıştır; çünkü aynı Anayasada hürriyetlerin özel kanunlarla takyit edilebilecekleri bütün hürriyet bahislerinde sarahatle yer almıştır. Kısımsız hürriyet dünyanın hiç bir yerinde yoktur. Hürriyetler millî menfaat, toplum düzeni aile refah ve saadeti için ilh. kısılabilir. Binnetice yukardaki fikre istinaden mahkemeye baş vurarak kocasının rızası hilâfına dışarda çalışmak müsadese almaya kalkan evli kadına mahkeme müsadese edemez. Edebileceği hal yalnız erkeğin gelirinün âilenin normal şekilde iâşe ve ibatesine yetişmediğinin sâbit olduğu haldir.

20 Hatta siyaset dahi ilmin ışığı altında çevrilmelidir. İlme siyaset sokulup, siyasete ilim sokulmayan yurtlarda Devlet işleri asla tatminkâr gidemez. Bu o kadar bedihidir ki, izahı dahi gerekmez.

olmayan akraba ve fıkara da terekeden bir şey veriniz”²¹ meâlindeki hükümle mirasçılarının veraset suretiyle iktisab ederek iktisadî ve malî refahlarının artmasına sebep olan maldan sadaka vermeleri tavsiye olunmaktadır. Allah’ın tavsiyeleri emirden farksızdır; bu itibarla o suretle hareket mümin için zarurîdir. Ancak, mirasçı mirasdan eline geçenle borçlarını ödeyecek bir meblâğa nail olmuş ise, bu tavsiye yerine getirilmez. Çünkü her şeyden evvel müslümanın borçlarını ödemesi, ondan sonra hayra yönelmesi lâzımdır.

Mirasla iktisab olunan malın zekâtı, yani vergisi de alınabilir. Bu günkü hukuk sistemlerinde veraset vergisi ihdas edilmiştir. Ancak modern miras sistemlerinde sadaka olarak terekeden paylaşma sırasında hazır bulunanlara bir şey verilmesi söz konusu değildir.

5- *Mirası red :*

İslâm hukuku miras sisteminde, mirasçılar, mûrisin bıraktığı borçlardan yalnız terekeden ellerine geçen kıymet nisbetinde sorumludurlar: tereken 500 lira alınsa, mûrisin borcu 1500 lira olsa, mirasçı yalnız 500 lira ödemekle mükelleftir. İsviçre ve Türk medenî kanunlarında ise, her mirasçı terekenin borcundan kendi mamelekiyle ve sınırsız şekilde mes’uldür²². Bu kanunlar İslâm hukukundaki sınırlı, mirasdan ele geçenle mes’uliyet esasını yalnız devletin mes’uliyetinde kabul etmişlerdir²³.

Şurada kayd edelim ki, mezkûr kanunların devletten başka mirasçıları hudutsuz mes’uliyete tâbi tutan mes’uliyet esasını ciddiyetden uzaktır. Bu ciheti bizzat bu kanunlar “Hükmi red”²⁴ müessesesini kabul etmekle teyid eylemektedirler: Terekenin borçları mevcudundan fazla ise, miras kanun koyucunun iradesiyle red edilmektedir. Şu halde hudutsuz mes’uliyet esasının sebebi hikmeti ve ciddiyeti kalmamaktadır.

İslâm hukukunda her mirasçı tereke borcundan ancak mirasdan etine geçen kıymet hududu içinde mes’ul olduğundan, “Mirasın reddi” müessesesine²⁵ lüzum yoktur. Bu itibarla İslâm miras sisteminde mirasın

21 Sure: Nisa Âyet: 7.

22 İsv. M. K. Md: 560; Türk M. K. Md: 539

23 İsv. M. K. Md: 592; Türk, M. K. Md: 571.

24 İsv. M.K.Md: 566/2; Türk. M.K. Md: 545.

25 Her iki kanun, mirasçılarının kendi iradeleriyle de mirasın reddedilebileceğini ifade ediyor: İsv. M. K. Md: 566/1; Türk. M. K. Md: 545, 547. “Hakikî Red” denilen bu red üç aylık müddete tâbidir; müddet geçince artık mirasçı mirası kendi arzusu ile red edemez; mirasdan eline az bir şey geçmişi olsa bile mûrisin bütün borçlarını ödemeye mecbur olur.

reddi müessesesi kabul olunmamıştır. İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında ise mirasçılar tereke borçlarının fazlalığını tahmin ederlerse, mirası red etmek suretiyle mes'uliyetden kutulabilirler.

6- *Mirasdan İskat :*

İslâm hukukunda mirasdan mahrumiyet müessesesi kabul edilmiş, iskat müessesesi kabul edilmemiştir²⁶. İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında ise, her iki müessese de kabul görmüştür²⁷.

İskatla mahrumiyet sebepleri aşağı yukarı aynı olduğu için İslâm hukukçuları iskata lüzum görmemişlerdir. Mamafih iskat müessesesinin kabul edilmeyişinin aslı gerekçesi şudur: Kanunî mirascılık ve bunların payları, ilâhî iradeyle ve ona aykırı olmayan Hadis, İcma ve içti-hadla tesbit ve tayin edildiğinden, mûrisin ferdi iradesiyle mirascılık sıfatının yok edilmesi tecviz olunmamıştır. Aksi hal, ferdi irade (mûrisin iradesi) ile ilâhî ve ma'şerî irade'nin yok edilmesi manâsına gelirdi ki, bu, kabul olunamaz. Mahrumiyet ise, amme intizamı ile ilgili sebebler dolayısıyla mirascılık sıfatının yine maşerî iradeyle izale edilmesi olduğundan, bu müessesesinin kabulünde mahzur olmadığı gibi, zaruret de vardır.

İskat ancak mahfuz hisseli mirasçılar için söz konusu olduğu halde, mahrumiyet veraset suretiyle menfaat temin edebilecek olan her alâkâ-lının bu menfaatine mâni teşkil eder: Kanunî mirasçı, mansup mirasçı ve muayyen mal vasiyeti musaleyhleri mahrumiyete tâbidirler.

İslâm hukukunda mansup mirascılık yoktur. Yalnız kanunî mirasçı ve muayyen mal vasiyeti musaleyhi vardır. Bu husus ilerde görülecektir. İslâm hukukunda her mirasçının mahfuz hissesi olduğuna göre, mirascılık sıfatını kaldıran her iki müesseseye, mahrumiyet yanında bir de iskata lüzum görülmemiştir.

İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında bir de mirascılık sıfatını kaldırmayan iskat çeşidi vardır: "Koruyucu iskat". Bu iskat çeşidi, tenkidî mülâhazalara mütehammil olmakla beraber, her iki kanun tarafından kabul edilebilmiştir. Haddi zatında "Koruyucu iskat" denilen müessese, mirasçıyı mirascılık sıfatından iskat etmez, ancak mirascılık payını azaltır. Zira bu suretle iskat olunan, mahfuz hissesinin yarısını yine al-

26 Ali Himmet Berki, a.g. eser, sah: 222.

27 İsv. M.K. Md: 495; Türk M.K.Md: 475.

maya, binnetice, taksime iştirâk etmek hakkına sahiptir. Mirascılık sıfatı zâil olmadığından diğer mirasçılardan sâir hukukundan faydalanmaya iskat edilen sahip olmaya devam eder. Öyle ise ortada iskattan bahsedilemez. Şu halde "Koruyucu iskat" tâbiri de yerinde sayılamaz. İslâm hukukunda böyle bir müesseseye de yer verilmemiştir.

7- Mirasdan feragat :

Miras açılmadan, yani mûrisin ölümü söz konusu olmadan miras hakkından bahsedilemez. Bundan başka kimin evvel öleceği, binnetice, kimin kime mirasçı olacağı evvelden belli olmaz. Zira ölüm ecel meselesidir; genç veya ihtiyara isâbet eder.

Bu itibarla henüz hakkın nüvesi bile düşünülemez. Mevcut olmayan bir haktan bahsedilemeyeceğine göre, öyle bir hakdan feragat etmek de imkân haricinde olduğundan, İslâm hukukçuları "Mirasdan feragat" adıyla bir müessese kabulüne yanaşmamışlardır²⁸.

İsviçre ve Türk miras sistemlerinde ise bu müessese kabul olunmuş²⁹ ve feragat eden evvel öldüğü takdirde mukaveleyi de hükümsüz saymak mecburiyeti hâsıl olmuştur. Bu halde, yani mirasdan feragat edenin mirasından feragat olunan şahısdan evvel ölmüş olması halinde feragat mukavelesinin hükümsüzlüğü neticesinde, feragat eden mirasdan feragata karşılık mûrisden ivaz almış idi ise³⁰, bu ivazı da iade etmeye mecburdur. Fakat ivazı sarf etmiş, elden çıkarmış ise, ivazın iade edilmemesinden mûrisin veya mirasçılarının hakları ihlâl edilmiş, olacaktır. Yani feragat mukavelesinin bu gibi mahzurları da vardır.

Mirasdan feragat mukavelesinin ahlâk ve adâba da uygun olduğu savunulamaz; çünkü bu mukavele ile bir şahıs diğerine "sen nasıl olsa öleceksin, ben de mirasçın olacağım; benim miras payım yerine sen hayat

28 Mirasdan feragat mukavelesi ivazlı veya ivazsız olabilir; İsv. M. K. Md: 497. Türk. M. K. Md: 475/2.

29 Ali Himmet Berki, a.g.e. sah: 494 ve dv.

30 Her ne kadar gerek Kur'an Kerim'in adalet prensipleri, gerek bu hususlardaki hadisler mücibince, bir kimse evlâtlarına işe ibate ve sevgide âdil olmakla mükellef ise de, mûris bu mükellefiyeti ihlâl etmeksizin de ölmeden evvel evlâdlarından bir veya bir kaçına *teberrûda* bulunabilir ve bu teberrû iade edilmez. Farz edelim ki bir babanın iki oğlu vardır; biri sakat ve akli melekesi normal doğmadığından okuyamamış ve kardeşi gibi refaha erişmemiş, mülk sahibi olmamıştır. Babanın bu bahtsız çocuğa ölmeden evvel *teberrûda* bulunması adalettir ve bu *teberrû* idadeye tâbi olamaz. Adalet mefhumunun eşit muamele yapmakla tahakkuk edeceği bir kaide değildir. Bu misalde eşit muamele yoktur, fakat tam b'r adalet vardır.

da iken bana şu kadar para ver, veya bir evini veya tarlanı bağışla, ben de senden gelecek mirasdan şimdiden feragat edeyim, miras payımı almayayım, mirascın olmayayım ilh.” manâsına gelen konuşma ve anlaşma yapar, ki, bunun ahlâk ve âdabı rencide edici olmadığı iddia edilemez.

8- *Mirasda İade :*

İslâm hukukunda mûrisin, evlâdlarından veya diğer mirasçılardan birine veya bazılarına ölmeden evvel yaptığı teberrularını, miras açıldıktan sonra terekeye verilmesi demek olan “mirasda iade” müessesesi kabul edilmemiştir³¹. Zira her şahıs vefatına kadar mallarında dilediği gibi tasarruf etmekte serbesttir³². Bu günkü hukuk sistemlerinde iade müessesesi kabul edilmiştir³³.

9- *Mirasçılardan borçlardan mes'uliyeti :*

Mirasın reddi bahsinde de temas ediliği üzere, İslâm miras sisteminde, mirascı mûrisin borçlarından ancak terekeden eline geçenle mes'uldür: terekeden 100 lira pay alsın, mûrisin borçları tutarı 10000 lira olsa, yalnız 100 lira borç öder. Daha evvel görüldüğü üzere, İsviçre ve Türk miras sistemlerinde ise, terekeden eline az bir şey geçse veya hiç bir şey geçmese, mirascı mûrisin bütün borçlarından mes'uldür.

İsviçre ve Türk medenî kanunları İslâm hukukunun tanıdığı sınırlı sorumluluğu ancak Devletin mirasçılığında kabul etmişlerdir³⁴. Bizce, aynı mes'uliyet esasının diğer bütün mirasçılar hakkında kabul edilmiş olmasında isabet olurdu. Sözü edilen kanunlar Devletden gayri mirasçılardan mahdud mes'uliyetini yalnız mirasın deftere göre kabulünde tensib etmektedirler³⁵. Fakat bu mes'uliyet dahi şahsîdir; yani sınırsız mes'uliyeti kaldırmakta ise de, mirascının kendi mamelekiyle mes'uliyetini bertaraf etmez. Bir misalle aydınlatmak lâzımdır: Mirascı, mirası defterler tutma mucibince kabul etse, deftere kayd edilen mevcut 1000

31 İsv. M. K. Md: 626; Türk M. K. Md: 603.

32 İsv. M. K. Md: 592; Türk. M. K. Md: 570.

33 İsv. M. K. Md: 591; Türk. M. K. Md: 568.

34 Al Himmet Berki, a.g.e. sah: 204; Keza “aym müellifin “250 Hadis” adlı eserinin sahifesine bakınız.

35 Mahfuz hisseli mirasçılar ve mahfuz hisseleri Türk M. Kanununun 453 üncü maddesinde belirtilmiştir.

lira olsa ve deftere beyan edilmiş olan mûrisin borçları 1250 lirayı bulsa, mirası deftere göre kabul eden mirascının eline terekeden hiç bir şey geçmemesine mukabil 250 lirayı kendi cebinden yani şahsî mamelekiyle ödemesi zarurîdir. İslâm hukukunda böyle mes'uliyet yoktur.

Mamafih tekrar edelim ki, mevzuubahis kanunların mirascıları bütün borçlardan mes'ul olacaklarını ilân eden hükmü, ciddiyetden ve ehemmiyetli olmaktan uzaktır. Çünkü bu kanunlar, terekenin borca batık olması halinde mirasın "hükmen red" edilmiş olduğunu da kabul etmektedirler. Yani bu halde miras kanun vâzının iradesiyle red edilmiş ve bu suretle mirascı mûrisin borçlarından mes'ul olmaktan kurtulmuş olur. Bu vaziyet gösteriyor ki, İsviçre ve Türk Kanun koyucuları girift yollara baş vurmamakla hem tezada düşmektedirler, hem muameleleri karıştırmış bulunmaktadırlar. İslâm hukukunda "külfet, nîmete göredir" esasından hareket edilerek, mirascı terekeden ne mikdar almış ise, mûrisin borçlarından da ancak o nisbet dahilinde sorumlu tutulmuştur ki, mantıkî olan hal de ancak budur. Hiç şüphe yok ki, terekeden az bir şey almış olsa bile, her mirascının mûrisinin bütün borçlarını ödemek istemesine de İslâm hukukunda hiç bir mâni yoktur.

§- 2- Ölümüne Bağlı Tasarruflar:

I - Tasarruf Nisabı :

Mûris, kanunî mirascıları olsa bile terekesinin bir kısmında ölümüne bağlı tasarrufla tasarrufda bulunarak, mallarının bir kısmını üçüncü şahıslara intikal ettirmeye hakkıdır. Bu kısma "Tasarruf nisabı" denir. İslâm miras sisteminde, mirascıların payları ne olursa olsun tasarruf nisabı terekenin daima üçte biridir³⁶.

İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında ise, tasarruf nisabı mahfûz hisselerine göre değişir; yani sâbit değildir³⁷.

II- Mirascı Nasbı :

İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında mirascılık kanunî ve iradî olmak üzere ikiye ayrılır. İradî, mûrisin vasiyetle veya miras mukavelesiyle bizzat tâyin ettiği mirascılardır ki, buna kanunda mansup mirascı denilmektedir. İslâm hukukunda mirascıları ilâhî irade tesbit etmiş olduğundan, mûrisin iradesiyle bunlar arasına başka mirascı dahil edilemez. Bu itibarla İslâm miras sisteminde mansup mirascılık yoktur.

36 Ancak diğer mirascılar vasiyeti kabul ederlerse, vârise vasiyet muteberdir.

37 Türk M. K. Md. 499; 501; İsv. M. K. Md. 519, 521.

Anacak mûris, tasarruf nisabında muayyen mal vasiyeti yapmakta serbesttir.

Modern sistemle İslâm miras sisteminde vasiyet hukuku bakımından şu önemli farka da işaret etmek lâzımdır: İslâm vasiyet hukukunda mirascıya vasiyet yapmak memnudur. İsviçre ve Türk miras sistemlerinde ise, mûris tam serbest addedilmiş ve binnetice mirascılara vasiyet de men'edilmemiştir: Bir baba içtimaî refahı aynı olan iki kızından veya oğlundan dilediğine tasarruf nisabını vasiyet ederek onun halini üstün kılabilir. Adalet mülâhazasından hareket ederek mirasda iadeyi kabul etmiş olan bu kanunların, evlâd arasında adaletsizlik neticesini doğuran, vârise vasiyet müessesesini de kabul etmemiş olması, İslâm hukukundaki esası benimsemiş bulunması gerekirdi. Üzerinde daha bazı kayıtlarda bulunulabilecek olan bu hususda burada fazla kayıt yapmayı münasib bulmuyoruz.

III- Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali :

İsviçre ve Türk vasiyet hukukunda kanuna, ahlâk ve adâba, vasiyet ehliyetine dâir olan şartlara riayet edilmeksizin yapılan vasiyetler kendiliğinden hükümsüz değildir. Tenfiz edilmemeleri için alâkadarların iptal davâsı açmaları lâzımdır. Tafsil edelim: Bu kanunlarda vasiyet ehliyeti yaşı 15 dir ve temyiz kudretininin mevcuduyeti şarttır. Fakat bilfarz 8 yaşındaki bir çocuk veya timarhanedeki bir deli vasiyet yapmış olsa, bu vasiyetler kendilkğinden geçersiz sayılmaz. Eğer alâkalılar iptal davâsı açmazlarsa, muteber vasiyet gibi tenfiz edilirler. Bundan başka, iptal davası mürurzamanla mukayyettir. Alâkalı iptal davâsı için, zamanaşımı müddetini kaçırdığı takdirde, açacağı davâ mürurzaman def'i ile red ettirilir ve vasiyet yine tenfiz edilir. Açıklamaya devamda, konunun eyce anlaşılması için fayda ve zaruret vardır: mûrisin nine ve dedeleri mahfuz hissesi olmayan mirascılardandır. Mûris sırf bunların mirasdan hiç bir şey alamamaları için bütün terekesini vasiyet edebilir. Mahfuz hisseli mirascı olmadıkları için nine ve dede tenkis davâsı açarak kanunen mirasçılıklarını muhafaza da edemezler. Yalnız iptal davâsı ile menfaat temin edebilirler. Bu davâyı açmamışlar veya mürurzaman müddeti geçmiş ise, bilfarz aklı malûliyeti olan, veya henüz 8 yaşında bulunan torunlarının bütün tereke üzerinden yapmış olduğu vasiyet muteber bir vasiyet gibi tenfiz edilir ve terekeden hiç bir şey alamazlar.

İslâm miras sisteminde, kanuna, ahlâka ve adâb ile vasiyet yapma ehliyetine aykırı olarak yapılmış olan vasiyetler kendiliğinden geçersiz

addolunmuş ve yukardaki garip ve haksız neticelere meydan verilmemiştir. Hâkim öyle vasiyetlerin hükümsüzlüğünü re'sen nazara alarak, vasiyeti tenfiz etmez. Hattâ tasarruf nisabı hududu içinde kalan vasiyet kısmı dahi muteber sayılıp tenfiz olunamaz. Zira vasiyetin muteberlik şartlarına, kanuna ve ahlâka aykırı olan vasiyet yapmak yasak edildikten sonra, buna rağmen yapılmış olan vasiyetleri mevcut addetmek hukuk mantığı ile bağdaştırılabilecek hususlardan değildir.

En genel hatlarıyla yapmaya çalıştığımız bu etüd, İslâm miras sistemi ile modern sistemler arasındaki farkları açık olarak belirtmektedir. Okuyanlar ve hukukcularla öğrenciler için küçük bir fayda temin ederse, maksad hâsıl olmuş demektir.