

ÖZEL HUKUK

ESKİ VE YENİ MEDENİ HUKUKUMUZDA MİRAS SİSTEMLERİ

Prof. Dr. Şakir BERKİ

Cumhuriyet miras sistemi ile İmparatorluk miras sistemi arasında kayda şayan ve hukukcuların bilmeleri gerekli çok enteresan farklar vardır. Bu farkları en özlü şekilde belirtmek hem hukuk tarihi bakımından, hem mukayeseli hukuk açısından elzemdir :

Farklar kayd olunduktan sonra hangi sistemde daha isabet olduğu hususunda kıymet hükmü de vermeye çalışacağız. Zira. bazılarının iddiası hilâfına, yalnız çeşitli hukuk sistemlerinin esaslarını kuru kuruya nakil ile yetinip, kıymet hükmü vermekten kaçınmak, mukayeseli hukukun gayesiyle bağdaşıcı olmaz. Öyle bir halde mukayeseli hukuk neticesiz ve faydasız bir hukuk faaliyeti teşkil eder ki, gâye bu değildir. Mukayeseli hukuk ilmi, hangi hukuk sistemindeki esas ve kurullarla müesseselerin, toplum ve insan hayatına daha uygun ve daha faydalı olduğu hususunda kıymet hükmü verilmesini gerektirir. Bu suretle mukayeseli hukuk hem hukuk kültürünü genişletir, hem muhakeme kabiliyetinin inkişafına hizmet eder.

Bu sebeplerle incelemeyi kayd edilen usule uyarak yapmayı münaşib bulduk.

- § 1 — Eski ve yeni miras sistemleri arasında aslı fark.
- § 2 — İki sistem arasındaki kanunî miras bakımından farklar.
- § 3 — İki sistem arasında ölüme bağlı tasarruflar bakımından farklar.

§ 1 — Eski ve yeni miras sistemimiz arasında aslı fark :

İstiklâl ve ehemmiyetini Kur'andaki esaslardan alan islâm hukuku miras sistemi, imparatorluk miras sistemi idi. Bu sistemde asıl olan, Kanunî miras olduğu halde, İsviçre Medenî Kanunundan mülhem olan Cumhuriyet miras sisteminde asıl olan kanunî miras değil, ölüme bağlı tasarruftur. Filhakika, Medenî kanunun miras sisteminde miras bira-

kan dilerse bütün terekeyi muayyen mal vasiyeti veya mansup mirascılık yoluyla mirascı olmayanlara devir edebilir. Mürisin mahfuz hisseli mirascıları¹ bulunsa bile Medenî kanun bu yetkiyi ona bahşetmiş bulunmaktadır. Mahfuz hisseli mirascılar dilerlerse, muayyen mal vasiyetine veya mansup mirascılık ihdas eden ölüme bağlı tasarrufa karşı mürruzaman müddeti içinde² tenkis davası açıp kanunî paylarını koruyabilirler. Halbuki İmparatorluk miras sisteminde asıl olan Kanunî mirasdır. Zira bu miras sisteminde Hâkim (Kadı: Kaazî)³ tasarruf nisabı olan terekenin üçte birini aşan vasiyetleri ancak bu tasarruf nisabı nispetinde infaz edip kanunî mirascıların paylarını muhafaza eylemeye yetkili idi. Bu günki miras sisteminde mahkemelerde bu yetki yoktur. Hâkim bütün tasarrufu tenfize mecburdur. Bean şart ki tenfiz sırasında mirascı mevcut olup Tenkis def'inde bulunmuş olmasın. Tenfiz sırasında usulen vâki araştırmalara rağmen mirascı çıkmaz ise, hâkim bütün ölüme bağlı tasarrufu lehine vasiyet yapılmış olan kimse lehine tenfiz etmeye mecburdur.

Hangi sistemde isabet olduğuna dair kanaatimiz şudur : İmparatorluk miras sisteminde isâbet vardır. Çünkü, bir kısım mirascıyı mahfuz hisseli kanunî mirascı olarak kabul etmek, diğer taraftan onların kanunî payının mukadderatını, miras bırakanın iradesine terk eylemek, kanunî mirascılık ve üstelik mahfuz hisseli kanunî mirascılık lafzı ile bağdaşıcı değildir. Bunun içindir ki, islâm miras sistemi, Medenî kanun miras sisteminin aksini kabul etmiş ve tatbik eylemiştir. Bu miras sistemindeki pratiklik âşikârken, tenkis davası ihdas edip muamelâtı ve hak arama imkânını güçleştirmek elbet mantıka uygun düşmez. Diğer cihetden, tenkis davası için kabul edilen zaman aşımı müddeti her nâsılsa geçirilmiş olsa, Medenî Kanununun miras sisteminde, mahfuz hisseli kanunî mirascı terekeden hiç bir şey alamaz, tâbiri âmiyanesiyle

¹ Eski miras sisteminde her mirascının az çok mahfuz hissesi olduğu halde, İsviçre'den alınmış olan Cumhuriyet miras sisteminde mahfuz hisseli mirascılar yalnız fûrû, ana, baba, hayatta kalan eş ve kardeşten ibarettir. İsv. M. K. Md. 470; Türk M. K. Md. 452.

² Tenkis dâvası mürruzamamı için bakınız : Türk M. K. Md. 513; İsv. M. K. Md. 533.

³ Kadı kelimesi yanlışdır; halk dilinde öyle kullanılmıştır ve böyle yerleşmiştir. İlmî ve doğru olan kelime (Kaazî) dir, yani icrayı kaza eden memur manâsına gelen ve bugün hâkim denilen kimseyi ifade eder. Kayınpeder, kayınbirader, kayınvalide ilh. de galattır. Aslı «Kaim peder», «kaim birader», «Kaim vâlîde» dir; yani baba, kardeş, ana yerine geçen kimse demektir.

mirasdan eline hiç bir şey geçmez. Halbuki, İmparatorluk hukukunda bu tehlike tahakkuk etmez.

§ 2 — Kanunî miras sistemleri arasındaki farklar :

I — Sâbık miras sistemimizde mirascılar “Mahfuz hisseli kanunî mirascı”, “mahfuz hissesi olmayan mirascı” diye ikiye ayrılmaz, her kanunî mirascının az çok mahfuz hissesi, saklı payı vardı. Zira tasarruf nisabı terekenin üçte biridir ve, ilerde görüleceği üzere, kanunî paylar ne olursa olsun, bu nisbet dâima sâbitti, mahfuz hisselerine göre değişmezdi. Şu halde hâkim bu nisbeti geçen ölüme bağlı tasarrufları tenfiz etmez ve bu suretle her kanunî mirascının payı muhafaza olunurdu. Şimdiki medenî hukuk sisteminde ise, mirascılar mahfuz hisseli ve mahfuz hissesi olmayan mirascı olmak üzere iki sınıfa ayrılmaktadır. Mahfuz hissesi olmayan kanunî mirascılar, mahfuz hissesi olanlardan çok fazladır. Zira 453 üncü madde, mahfuz hisseli mirascıları tahdidî şekilde saymış, bunlara dahil olmayan mirascıları da kanunî mirascı olarak kabul etmekle beraber, onlara kanunî pay, mahfuz hisse ayırmamıştır. Binnettece, fûrû, ana baba, hayatta kalan eş ve kardeş haricindeki mirascıların kanunî mirascılıklarını teminata bağlamamış, mirasdaki mukadderatlarını mûrisin arzusuna terk eylemiştir. Mûris, mirasdan iskat veya mahrumiyet sebebi olmasa bile mahfuz hisse sahibi olmayan her kanunî mirascıyı terekesinin tamamını başkalarına vasiyet etmek suretiyle mirasdan uzaklaştırmak yetkisine sahip kılınmıştır. Bu suretle “kanunî mirascılık” kavramının ciddiyet ve ehemmiyeti bertaraf olunmuştur. Eyi anlaşılacak için bir misal gerekmektedir: Mûris, ana ve baba tarafından dede ve ninelerini hiç bir sebep yok iken, sırf keyfi öyle istediği için, mirasdan uzaklaştırmak istese, bütün terekesini başkalarına vasiyet ediverir, nine ve dedeleri mirasdan hiç bir şey alamazlar. Terekenin tamamı, musaleyhe intikal eder. Dede ve nineler, mahfuz hisseli olmadıklarından Tenkis davâsı açmak suretiyle mirasdan faydalanmak şansına da sahip değildirlere. Halbuki İsviçre ve Türk Kanun koyucuları bunların hepsine “kanunî mirascı” vasfını vermiştir. Fakat mûrisin keyfi, bu vasfı izale etmeye kâfi gelmektedir. Şu halde kanunî mirascılığın ciddiyet ve önemi bu ferdî irade ile yok edilivermektedir. İmparatorluk miras sisteminde ise kanunen mirascı olanların mirasdaki mukadderatı mûrisin iradesine terk edilmemiş, kanunî mirascılık tâbirinin hakkı verilmiştir. İsviçre ve Türk miras sistemlerindeki hal, kanun yapma tekniği ile de bağdaştırılamaz. Zira hem insanları kanunen mirascı kabul etmek, hem de mirascılıklarını mûrisin keyfine terk

eylemek, ferdi iradenin kamu iradesine üstünlüğünü kabul etmek olur ki, tensib edilebilecek bir hal değildir.

II — İmparatorluk miras sisteminde, ana baba, mürisin fûruu ile birlikte mirasa iştirâk eder. Medenî Kanununun miras sisteminde ise, ana baba ikinci derece mirascısıdır, birinci derecede mirascı varken onlara hisse düşmez⁴. Bir evlâdın yetiştirilmesinde ana babanın göğüslediği çilenin ağırlığı nazara alınacak olursa, ana babayı evlâdlarının mirascısı yapmamak elden gelmez. Üzerinde çok yazı yazılabilecek olan bu meseleyi burada uzatmakta fayda yoktur. İşin garibi şudur ki, İsviçre ve Türk Medenî kanunlarının miras sisteminde, bir kimse ölmeden evvel bir evlâdlık edinse. terekese bilfarz bir milyar lira değerinde olsa, o şahsın ana babası mirasdan, bu milyar liradan bir kuruş dahi alamaz; bütün meblâğ mürisin ölmeden evvel edindiği evlâdlığa intikal eder. Mürisin ana babası fakru zaruret içinde olsalar bile netice değişmez. Mantık ve hissiyatı hakikaten rencide eden bu halin mutlaka değiştirilmesi yalnız milli medeni hukuk için değil her medenî hukuk için elzemdir.

III — İslâm miras sisteminde, kız çocukla erkek, mirasda eşit değildir. Kızlar erkeklere isabet eden payın yarısını alırlar. Kur'anı Kerim'de yer almış olan bu taksim⁵, ilk bakışta adaletsizlik gibi görünür ise de sebebine vukuf halinde sosyal adaletin tahakkuku gayesine matuf bulunduğu derhal anlaşılır. Özetleyelim. Kur'anı Kerim'de erkek evlenmekle evin reisi olacak, ve bu sıfatla gerek hanımının gerek çocukların infak, iâşe ve ibatesiyle mes'ul bulunacaktır⁶. Son kutsî kitabda yer almış olan bu esas İsviçre ve Türk Medenî kanunları tarafından da aynen benimsenmiş ve yer almıştır⁷. Malî ve iktisadî mes'uliyet erkek sırtında olduğundan Cenabı Hak mirasda erkeğe fazla hisse verilmesi, malî ve iktisadî bakımdan desteklenmesini tensib buyurmuştur. Amali erbaa kaideleriyle sosyal adalet tahakkuk edemez. Esasen "eşitlik" başka, "adalet" yine başka şeydir. Bunlar üzerlerinde sahifeler yazılacak olan hukukun temel kavramlarıdır. Burada uzatarak sâdet dışına çıkmak istemeyiz. Bu kayd edilen eşitsizliğe, herkesin evlenmeye mecbur olmadığı karşılığı verilerek belki itiraz etmek isteyenler çikabilecektir. Hiç evlenmeyen insanlar yok değildir. Bu bir gerçek.

⁴ İsv. M. K. Md. 457 - 458; Türk M. K. Md. 439 - 440.

⁵ Nisa Suresi, Âyet : 10.

⁶ Nisa Sûresi, Âyet : 33. Allah erkeği kadına müreccah kılmış onu (evin, âilenin) müdürü yapmıştır.

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

Fakat bunlar ekalliyetden ibarettir. Kanunlar ise umumiyet için yapılır. Normal hal evlenmektir.

IV — Osmanlı İmparatorluğu miras sisteminde evlâdlık kanunen mirascı değildir. Çünkü Kur'anı Kerim'in mirascıları gösteren âyetleri arasında mirascı olarak görülmemektedir. Cumhuriyet miras sisteminde ise evlâdlığa alınan şahıs evlâd edinen kimsenin meşrû çocuğu gibi mirascıdır⁸.

Burada bilvesiyle islâm hukukundaki Tebennî müessesesinden bahsetmek gerekmektedir. Bu müessese yanlış anlaşılakta ve yanlış anlatılmaktadır. Zira İslâm hukukunda evlâd edilmeden bahsedilince derhal "Tebenni" söz konusu yapılır, yani "Tebenni"ye islâm hukukunda evlâd edinme göziyle bakılır. Yanlıştır, çünkü, tebennî ile bir kimse ana babası belli olmayan bir kimseyi nüfusuna kendi öz evlâdı imiş gibi kaydettirir. Binnetice bu kimse, yani tebennî suretiyle nüfusa kaydedilen şahıs, nüfusuna kaydedildiği kimsenin fûruu gibi mirascı olur. Tebennî suretiyle öz evlâd haline gelen şahsın hakikî ana babası sâbit olursa, tebennî sakıt olur. Şu halde Tebenni'yi, bu günki manâda mukavelevî, akdî evlâd edinme gibi kabul etmek, ona benzetmek hatalıdır. Zira akdî evlâd edinme ile ana babası belli bir kimse de evlâd edinilebilir. Halbuki ana babası belli bir şahsı tebennî suretiyle başkasının nüfusuna hakikî fûru olarak kaydetmek imkânsızdır.

Şu hususu da önemle belirtelim: İmparatorluk hukuku, yani İslâm hukuku bu günki manâsında akdî evlâd edinmeye engel değildir. Ancak evlâd edinilen kimse evlâdlığın kanunî mirascısı olamaz⁹ ve evlâd edinenin soyadını alamaz. Çünkü, İslâm hukukunun temel taşı olan Kur'an-ı Kerim'de "başkalarına ait olan çocuklar, sizin evlâdınız olamaz" mealinde âyeti kerime, hüküm mevcuttur¹⁰.

Yukardaki şartlar mahfuz olmak üzere, İslâm ve binnetice İmparatorluk hukukunda akdî evlâd edinmeye hiç bir engel yoktur¹¹.

⁸ İsv. M. K. Md. 465; Türk M. K. Md. 447.

⁹ Lâkin Osmanlı Türkleri hukuk sisteminde, gerek evlâtlık, gerek evlâd edinen vasiyet suretiyle yekdiğerinin terekesinden faydalanabilir. Bunlar dilerlerse terekelerinin üçte birini yekdiğerine vasiyet eder ve bu suretle terekeden ekseriya kanunî mirascılardan da fazla istifade etmek imkânı da bulabilirler.

¹⁰ Ahzab Süresi, Âyet : 4, 5.

¹¹ Bir çocuğun fakruzaruretinden ve ana babasız oluşundan faydalanılarak besleme olarak alınması, İslâm hukukunun kabul ettiği hususlardan değildir. Allah rızası için bakılmak için eve alınan çocuk, âdeta öz çocuk gibi muamele görmedikçe, bu yardım Allah indinde tam makbul olamaz.

V — İmparatorluk miras hukukunda “Mirasdan iskat” yoktur. Sebepleri kamu düzeniyle alâkalı olduğundan “Mirasdan mahrumiyet” vardır. İskatın kabul edilmeyişinin sebebi, mirascıların ilâhi irade ile tâyin edilmiş olmasıdır. İlâhi iradenin mirascı kabul etmiş olduğu bir kimsenin mûrisin¹² ferdî iradesiyle mirascılık sıfatını izale etmek tensib olunamaz. Buna rağmen Cumhuriyet kanun vâzı, iskatı İsviçre Medenî kanununda mevcut olduğu için kabul etmiş bulunmaktadır. Türk kanun koyucusunun yapacağı şey hiç değilse, yalnız kısmî iskatı¹³ kabul etmek, tam iskatı red eylemek idi. Bu suretle hem mirascılık sıfatı izale edilmiş olmaz, hem mûrisin müstakbel vârisine miras yönünden medenî ceza vermek temayülü tatmin edilmiş olurdu.

VI — İmparatorluk hukukunda tenkis davâsına lüzum olmadığı için Tenkis davâsı mevcut değildir. Zira, evvelce de kaydlandığı gibi, İslâm miras sisteminde hâkim terekenin üçde birini tecavüz eden vasiyetleri tenfiz etmemek yetkisine sahip, hattâ bununla mükellefi. Cumhuriyet miras sisteminde asıl olan kanunî miras değil, ölüme bağlı tasarruf olduğundan, mûris, mahfuz hisseli mirascıları bulunsa bile bütün terekeyi vasiyet konusu yapabilir; mahfuz hisseli mirascılar tenkis davâsı için kabul edilmiş olan mürurzaman müddeti içinde bu davâyı açmaz veya mürurzamanı iyi hesap edemedikleri için zamanında açamaz iseler, terekeden hiç bir şey alamazlar, Hâkim onların mahfuz hisselerini muhafaza etmek vazifesiyle mükellef değildir. Bu husus, 1. nci paragrafta tafsil edilmiş olduğundan tekrara ihtiyaç yoktur.

VII — İptal davâsı Cumhuriyet miras sisteminde yer almış olduğu halde İmparatorluk miras hukukunda mevcut değildir. Hâkimin kanuna, ahlâk ve âdaba aykırı olan, ehliyet şartı olmadan yapılan vasiyetleri, hükümsüz olduklarından tenfiz etmemek yetkisi vardı. Medenî kanunun miras sisteminde ise hattâ bir deli veya 5 yaşındaki çocuk vasi-

¹² İskat edeninmi, iskat edileninmi daha evvel öleceği evvelden bilmemeyeceğinden, iskat müessesesi bu bakımdan da isabetli addolunmamak gerekir. Halbuki mahrumiyette ihtimali bir vaziyet yoktur. Zira mahrumiyette vefattan sonra sözkonusu olur, iskat ise, iskat edenin ölüme bağlı tasarrufla yapacağı bir muameledir. İskat tasarrufunu yapan belki iskat edilmek istenen mirasçıdan evvel ölecektir.

¹³ İsviçre Medenî Kanununda hısıra mirasçı, mirasdan tam iskata tâbidir; çünkü iskat edilen, 478. madde gereğince mirascılık sıfatını zâyi eder. Lâkin aynı kanun koruyucu iskat (Md. 480) müessesesi ile kısmî iskata da yer vermiştir. Şu halde, İsviçre Kanununun dahî mahfuz hisseli mirascılar hakkında tam iskatı tatbik eylemesinde bizce isabet yoktur. Gerekçeleri daha evvel ifade olundu.

yet yapsa¹⁴ bu vasiyetler, ilgililer tarafından iptal davâsı açılarak iptal ettirilmediği takdirde aynen ehil bir kimsenin yaptığı, kanuna ve ahlâka aykırı olmayan vasiyetler gibi tenfiz olunur. İşin garabeti bu verilen misallerle âşikâr olarak görülmektedir.

Bu günki sistemde şekle uygunsuzlukla mâlûl vasiyetler hakkında da hüküm aynıdır¹⁵.

VIII — Mirascıların mes'uliyeti, İmparatorluk hukukunda terekeden ellerine geçen kıymet nispetindedir. Cumhuriyet miras sisteminde ise, mirascılar mürisin bütün borçlarından hudutsuz ve şahsen mes'uldürler. Bundan başka mes'uliyet, müteselsildir. Mes'uliyette teselsülü de imparatorluk hukuku kabul etmez. Eyi anlaşılacak için kısa bir misal verelim: A, ölüp, 1000 liralık tereke ve bir çocuk bıraksa, 10000 lira da borcu olsa, mirascısı ancak 1000 liraya kadar borç öder, medenî kanun miras sisteminde ise, 10000 lirayı da ödemeye mecburdur. Çünkü İsviçre ve Türk miras sistemlerinde hudutsuz mes'uliyet esası kabul edilmiştir. Mamafih bu mes'uliyet kaidesi de ciddiyetden uzaktır; çünkü her iki kanun bu bizce gayrı âdil mes'uliyetden kurtulmanın çaresini de mirascıya göstermiş ve bu maksadla mirasın reddi müessesesini ihdas etmiştir¹⁶.

İslâm ve binnetice, imparatorluk miras sistemi bu bakımdan da Medenî kanun miras sistemine nazaran daha pratik ve âdildir. İsviçre ve Türk Medenî kanunları bu âdil sistemi yalnız Devletin borçlardan mes'uliyetinde kabul etmiştir¹⁷. Sair mirascılar için de aynı esası kabul etmiş olması gerekirdi.

İmparatorluk hukukunda borçlardan mes'uliyet mahdut, yani terekeden ele geçenle sınırlı olduğundan, Defter tutma ilh gibi muamelelere de lüzum görülmemekte idi. Şurada kayd edelim ki, İsviçre ve Türk Medenî kanunlarındaki defter tutma muamelesi ile mirascının mes'uliyeti yine terekeden eline geçenle sınırlanmış olmaz; zira defter tutma talebinde bulunan mirascılar, terekeden bilfarz 1000 lira iktisab etseler,

¹⁴ Halbuki vasiyet yapabilmek için muayyen bir yaştan doldurulmasını İsviçre ve Türk Medenî Kanunları aslı şart olarak ilân etmiş bulunmaktadırlar: İsv. M. K. Md. 467; Türk M. K. Md. 449.

¹⁵ İsv. M. K. Md. 520; Türk M. K. Md. 500. Bu maddeler şekle ait noksanı bulunan tasarrufların iptal olunabilirliğinden bahsetmektedir.

¹⁶ İsv. M. K. Md. 566; Türk M. K. Md. 545.

¹⁷ İsv. M. K. Md. 592; Türk M. K. Md. 571.

deftere daha fazla alacak kayd edilmiş bulunsa, bunun hepsini ödemekle mükellef olurlar.

Üzerinde daha bazı kayıtlar yapılmaya müsait olan bu konuda da yalnız sadetle, makale konusu ile ilgili noktayı belirtmekle yetiniyoruz.

IX — Mirasdan feragat, Osmanlı Türk İmparatorluğu hukukunda kabul edilmemiştir. Sebebi, henüz meydanda olmayan ve olması da meş-kük ve müphem bir haktan feragatin câiz olamayacağı hakikatidir. Sonra feragat edeninmi yoksa mirasından feragat olunan kimseninmi evvel öleceği belli olamayacağından işbu mukavele emniyet verici de değildir. Nihayet feragat ivazlı olur ve feragat eden peşin aldığı ivazı tamamen istihlâk eyledikten sonra, mirasından feragat edilenden evvel ölmüş olursa, bu ivazın istirdadı güçlüğü ve binnetice mirasdan feragatin bu yönden mahzuru da düşünülürse, İslâm hukukunun mirasdan feragat müessesesini kabul etmeyişinde isabet olup olmadığı kendiliğinden anlaşılır hale gelir.

Cumhuriyet Türkiye'sinin kanun koyucusu İsviçre kanunundaki bu mirasdan feragat müessesesini de aynen almış bulunmaktadır¹⁸. Bizce Türk kanun vâzını (kanun koyucu - kanun yapıcı) münhasıran ivazsız feragati kabul etmiş olsa idi yukardaki mahzur hâsıl olmazdı. Sadet, fazla teferruata kaçmaya engel olduğundan fazla kayıtdan sarfınazar ediyoruz.

X — İmparatorluk hukukunda mirasın Reddi müessesesinden hiç biri, yani hakikî ve hükmi red-denilen Redlere yer verilmiş değildir. Halbuki Türk Medenî Kanunu, İsviçre Medenî Kanunundaki mirasın reddinin iki şeklini de kabul etmiştir¹⁹. İmparatorluk hukukunda mirasın reddine lüzum yoktu. Çünkü mirasçılardan tereke borçlarından mes'uliyetleri sınırsız değildir, terekeden ele ne miktar geçmiş ise onunla sınırlıdır.

XI — İmparatorluk hukuku, halefiyet suretiyle mirascılığı kabul etmez. Mûrisin iki oğlu bulunsa, bunlardan biri dört çocuk bırakarak mûrisden evvel ölse, tereke 1000 liradan ibaret olsa, bu meblâğ yalnız hayatda kalan oğula, yani evvel ölenin çocuklarının amcalarına intikal eder, torunlar hiç bir şey alamaz. İsviçre ve Türk miras sistemlerinde ise, verilen misalde tereke ikiye bölünür, 500 lira evvel ölenin dört çocuğu arasında taksim edilir, diğer 500 lira da amcalarına isâbet eder.

¹⁸ İsv. M. K. Md. 495; Türk M. K. Md. 475.

¹⁹ İsv. M. K. Md. 566, 566; Türk M. K. Md. 545, 545. Her iki red şekli aynı maddededir.

Rahmetli peder hastayken merhum hocam Vasfi Raşid bey ziyaretine gelmiş ve kendisinden İslâm hukukunda neden Türk Medenî kanunundaki gibi halefiyet olmadığını, bunun adâlete uygun olup olmadığını ilh. sormuştu. Peder epey rahatsız olduğundan, yorulmamak için olacak, meseleyi uzatmadı başka mevzua geçildi. Bu mesele o zamandanberi üzerinde ehemmiyetle durduğum meselelerden biri olmuştur. O halde bu paragrafı rahmetli peder ile keza merhum hocam hâtırasına tahsis ederek izahata devam ediyorum :

İsviçre ve Türk Medenî kanunlarındaki halefiyet şekli, hukuka aykırıdır. Çünkü bir kimse mürisin ölümünde hayatta değil iken onun hakkında miras hakkı sâbit olmaz. Ortada hak olmayınca evvel ölenin bıraktığı çocuklar dedelerinden neyin halefi olabilirler? İşin garibi şudur ki sözü geçen iki kanun da yukarda kayd edilen mirasçı olabilmeyenin esasını, yani mirasçı olabilmek için mürisin ölümünde hayatta olmak şartını ilân etmektedirler²⁰. Keyfiyet böyle iken iki kanunun da evvel öleni ölmemiş gibi farz edip onu mirasçı addederek ona isabet edecek payı fûruu arasında taksim edici bir halefiyet kabul eylemesi, her iki Medenî Kanunun, mirasçılığın şartını ilân eden maddesi hükümlerine uygun düşmez. Bu iki kanundan ya bu hüküm kalkmalı veya Halefiyet yer almamalı idi. Hem mirasçı olabilmek için mürisin vefatında hayatta olmak şartını koymak, hem de Halefiyet müessesesi ile bu şartı iptal etmek bizce kanun yapma san'atına da uygun düşmez.

Keyfiyetin çok iyi anlaşılmasını temin için bir misalle izahatın devamı zarurîdir: Bir şahsın iki oğlu olsa, biri dört çocuk bırakarak evvel ölse, tereke bilfarz 1000 lira olsa, bu meblâğın hepsi İmparatorluk hukukunda mürisin hayatta kalan oğluna, yani evvel ölenin kardeşine, yani dede yetimi diye acındırılan²¹ mürisin torunlarının amcalarına intikal eder. Bunlara dedenin terekesinden hiç bir şey verilmez.

²⁰ İsv. M. K. Md. 542; Türk M. K. Md. 522 : «Mirasçı olabilmek için mürisin vefatında sağ olmak lâzımdır...».

²¹ Bazı kimseler, bunlara dede yetimi diyerek halkın acıma hissini çekerler. Halbuki acındırılmak istenilen bu torunlara dedelerinden de pay verilecek olursa, bunlar hem dede terekesinden, hem evvel ölen baba veya analarının terekesinden mirasçı olurlar ki bu da, bu rüçhanlı hal de tensib olunacak bir şey değildir. Çünkü hayatta kalan evlâdın çocukları da bulunabilir. O halde bu taksim esası evvel ölenin çocukları lehine, fakat hayatta kalanın çocukları aleyhine bir adaletsizlik teşkil ederdi. Çünkü her iki mirasçının fûruu da mürisin torunlarıdır. Bu torunlardan bir kısmı müris terekesinden faydalanılmaktadır, diğerleri ise aynı terekeден faydalanamamaktadırlar. O halde «dede yetimi» tâbirini kullanıp evvel ölenin fûruunun dede te-

İsviçre ve Türk miras sistemlerindeki halefiyet tatbik edilecek olursa, evvel ölenin dört çocuğu terekenin yarısı olan 500 lirayı taksim ederler ve amcalarına da ancak 500 lira isabet eder.

İslâm hukukunda, binnetice, İmparatorluk miras sisteminde de halefiyet vardı; ancak mürisin bütün çocukları evvel ölürse kabili tatbik olurdu. Yukardaki misalde mürisin her iki oğlu evvel vefat etseydi ve bilfarz birinin 8 diğerinin iki çocuğu hayatta kalsa idi, İsviçre ve Türk Medenî kanunlarının halefiyet sistemine göre evvel ölüp iki çocuk bırakanın bu iki çocuğu 500 lirayı müsavat üzere taksim ederler, her birinin eline 250 lira geçerdi. Evvel ölen diğer evladın 8 çocuğundan her birine ise, terekenin yarısı olan diğer 500 liranın sekizde biri isâbet ederdi ki, torunlar arasında dede mirasının paylaşılmasındaki adâletsizlik çok bâriz şekilde âşikârdır. Halbuki İslâm hukukunda dededen kalan tereke torunlar adedine taksim edilir ve her bir torun müsavat üzere hisse iktisab eder. Hangi sistemde adalet hissini tatmin edildiğini okuyucu elbet takdirde güçlük çekmez.

Özetleyerek son verelim : bir kimse evvel ölünce onun fûruunun ona isabet edecek miras payına halef olması hukukla bağdaşamaz. Çünkü evvel ölen kimse mirascılık sıfatını zâyi eder, binnetice payından ve binaenaleyh bu payda halefiyetden bahsetmek imkân haricinde kalır. İşte bunun için İmparatorluk miras sistemi İsviçre ve Türk Medenî kanunlarındaki adâletsiz halefiyeti red etmiş, buna mukabil doğrudan doğruya dededen eşit olmak üzere halefiyet sistemini uygulamış ve adâleti icra eylemiştir. Unutulmayacak şey şudur ki, imparatorluk sistemine göre bir kimsenin beş oğlundan dördü evvel ölse ve bunlardan her biri beşer fûrû bıraksa, mürisin vefatında yalnız bir oğlu kalsa bütün tereke ona intikal eder. Âmiyane vicdana aykırı gibi görünen bu intikal, hukuk ilmiyle tam mutabakat halinde olduğundan tenkidden vâreste kalır.

XII — İmparatorluk miras sistemi İade müessesesini de kabul etmemektedir. İsviçre ve Türk Medenî kanunları ise bu müesseseye yer vermişlerdir. İslâm hukukcularının bu müesseseyi red etmelerinin iki önemli sebebi vardır : Birincisi, kimin evvel öleceği belli değildir; ikincisi iade edilmek üzere kıymet iktisab eyleyen kimse aldığı kıymetleri is-

rekesinden hisse almayışlarını tenkit vesilesi yapmak, hukukî kıymeti olmayan görüşlerdendir ve adâletsizliği ve hukuka aykırılığı işbu incelemede açıkça ispatlanmış olan İsviçre ve Türk Medenî Kanunundaki halefiyet sistemini inatla müdafaa taktığından başka bir manâ ifade etmez.

tihlâk etse ve evvel vefat eylese, bu istihlâk edilen kıymetlerin istirdadının çok güç olacağıdır. Bu konuda fazla kayıta bulunmak sadedi aşmak olur. Bu kadarla yetinmek istedik.

§ 3 — İmparatorluk ve Cumhuriyet miras sistemlerinde ölüme bağlı tasarruf bahsindeki farklar :

I — İsviçre ve onun aynı olan Türk miras sisteminde mûris, mahfuz hisseli mirascısı olsa bile bütün terekesini tasarruf konusu yapabilir. Bu hususa daha evvel temas edildiğinden tafsile hacet yoktur. İmparatorluk hukukunda ise, mirascısı olan mûris ancak terekenin üçte birinde ölüme bağlı tasarruf, yani vasiyet yapabilir.

II — İsviçre ve Türk miras sistemlerinde tasarruf nisabı muayyen ve sâbit değildir. Mahfuz hisselerine²² göre değişir. İslâm hukukuna dayalı eski miras sistemimizde ise bu nisap sâbittir ve mirascıların payları ne olursa olsun daima terekenin üçte biridir²³. Mûris muhtardır : dilerse terekenin üçte birini tamamen vasiyet konusu yapabilir, dilerse tasarruf nisabının yalnız bir kısmını ölüme bağlı tasarrufa konu yapar.

III — Bu günkü miras sistemlerinde mansup mirascılık vardır. İmparatorluk hukukunda bu çeşit mirascılık kabul edilmemiş. bunun yerine üçüncü şahısların, yani mirascı olmayan kimselerin muayyen mal vasiyeti yoluyla terekeden faydalandırılmaları şıkkı tatbik sahası bulmuştur.

Filhakika muayyen mal vasiyeti kanalı ile terekeden faydalanmada borçlardan mes'uliyet yoktur. Mansup mirascılar ise aynen kanunî mirascılar gibi terekenin bütün borçlarından şahsen ve sınırsız şekilde mes'ul olurlar²⁴. Bu itibarla mansup mirascılık, mirascı nasb olunanın

²² İsv. M. K. Md. 471; Türk M. K. Md. 453. Bu maddeye 13.7.1967 gün ve 903 sayılı kanunla eklenmesi zaruri hale gelen üç fıkra, Türk hukukunda tasarruf nisabı hesabını iyice karıştırmış, zorluluğunu misillendirmiştir. Zorluk tenkide kuvvetmi kazandıracak gibi itirazların hemen yükseleceğine eminiz. Evet kazandırır. Çünkü elleme hukukçuları bile tasarruf nisabında güçlüğü sokan bir kanun karşısında okuma bilen bilmeyen halka hitap eden «Kanunu bilmemezlik mazeret sayılmaz» müeyyidesini uygulamaya kalkışmak tam insafsızlık numunesi olur. Halka kanunların müeyyidelerini tahmil eden bu esas, yalnız ceza sahasında değil her sahada aynı külfeti yükler. O halde her kanunun halkın anlayabileceği basitlik ve sadelikte yapılması kanun koyucuların ilk vazifesidir.

²³ Ali Himmet Berki, «Miras ve Tatbikat», Ankara, 1964, sah. 101.

²⁴ İsv. M. K. Md. 560; Türk M. K. Md. 539.

her zaman lehine olmayabilir, muayyen mal vasiyeti ile tevarüse işti-râkde ise tehlike yoktur, tam bir yardım zihniyeti hâkimdir.

Nihayet, mansup mirascılık İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında mahfuz hissesi olmayan bütün mirascıların mirasdan uzaklaştırılmalarını temin eden bir yol olarak da kullanılabilir. Meselâ bir kimsenin mü-teaddit kanunî fakat mahfuz hissesi olmayan mirascısı olsa, bu kimse sırf keyfi öyle istediği için bunların hiç birini mirasa iştirâk ettirmek istese, üçüncü bir şahsı mirascı nasbedivermekle gâyeye kanunen vâsıl olabilir. Bu ise kanuna karşı hileden başka bir manâ ifade etmez. Kanunen mirascı kabul edilmiş olan, fakat mahfuz hisseleri olmayan mirascıların, bu mirascı nasbını tazammun eden ölüme bağlı tasarrufa karşı Tenkis davâsı açmak hakları da yoktur. Bu suretle kanunî mirascılıkları mürisin ölüme bağlı tasarrufu ile yok edilebilmektedir. Bu ise, kanunî mirascılık vasfı ile bağdaştırılabilir bir husus değildir. Teferuata daha evvel yer verilmiş olduğundan burada hatırlatma kabilinden kayıtda bulunduk.

İmparatorluk hukukunda, kayd edilen neticelerin doğması imkân-sızdır. Bunun sebebini daha evvel belirtmiştik.

IV — İsviçre ve Türk miras sistemlerinde aslî ve şekli şartlara uyulmaksızın yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflar, gayrimevcut adde-dilmez, mevcut sayılır; ilgililer iptal davası²⁵ açarlarsa iptal ettirebilir-ler. Mürurzaman müddeti içinde iptal davası açılmadığı takdirde haki-kati halde müteber olmayan bu tasarruflar aynen muteber imiş gibi musaleyh menfaatine tenfiz olunur. İmparatorluk hukukunda ise söz konusu vasiyetler keenlemeyekûn, gayrimevcut olduğundan, hâkim bu vasiyetleri re'sen tenfiz etmemek yetkisine sahiptir. Cumhuriyet miras sisteminde hâkimlere bu yetki verilmemiş, iptal davası ihdas olunarak tasarrufun hükümsüzlüğü, ilgililerin iradesine terk edilmiştir²⁶.

V — İslâm hukukunda mirascıya vasiyet yapmak da red edilmiş-tir²⁷. Bu, içtihadî değil, hakikatde Kur'an'la ihdas ve ilân olunmuş bir

²⁵ İsv. M. K. Md. 519; Türk M. K. Md. 499. Burada kaydedelim ki, yalnız bir mirascı iptal dâvası açsa ve kazansa, neticeden diğerleri de faydalanırlar. Aynı olarak her birinin iptal dâvası açması gerekmez. Esasen iptal edilmiş bir tasarrufun tekrar iptalini istemek de abes olur. Tenkis dâvasında ise key-fiyet aksinedir: Her mahfuz hisseli mirascının ayrı ayrı dâva açması za-rurettir. Çünkü tenkis dâvasında dâvacı ancak kendi mahfuz hissesi nisbe-tinde tenkis talep edebilir.

²⁶ İsv. M. K. Md. 519/2; Türk M. K. Md. 499/2.

²⁷ Ali Himmət Berkî, age., sah. 101.

esastır. Meselâ bir kimse iki oğlundan veya iki kızından birine tasarruf nisabının tamamını veya bir kısmını vasiyet etse, diğerine etmese, kendisine vasiyet yapılmamış olan evlâd kabul etmedikçe bu vasiyet müteber sayılmaz. Bunun sebebi, mirascılar arasına husumet girmesine ve kendisine vasiyet yapılmamış olan evlâd veya sair mirascı ile, müteveffa arasındaki bağların zayıflamasına ve hattâ yok olmasına engel olmaktır. Hakikaten, bu gün bile, bir mûris, iki evlâdından birine tasarruf nisabını vasiyet edip diğerine etmese, kendisine az pay isabet eden, yani vasiyet yapılmamış olan evlâd "babam veya annem ilh." beni kardeşimden az seviyormuş diye teessür duyar ve onlarla olan manevî ilgisi azalır, belki de tamamen yok olur. Zira ortada adaletsizlik vardır ve adaletsizliğin girdiği yerde husumet başlar, ki, buna hiç kimse itiraza yeltenemez. İnsan fitretinin adaletsizlikden tiksindiği, adaletsizliğe kızdığı, adaletsiz hareketlere aksül'amel gösterdiği kadar hiç bir başka hareket yoktur.

İsviçre ve Türk Medenî kanunlarında²⁸ ise, İslâm hukukundaki bu adalet muhasebesi nazara alınmamış ve mûrisin, dilediği mirascıya vasiyet yaparak onun mirasdaki payını artırmasında beis görülmemiştir. Bu memleketlerin kanunlarında mûris, dilerse en hali vakti yerinde olan oğul veya kız lehine tasarruf nisabının bütünü vasiyet edebilir, fakru zaruretde yüzse bile diğer evlâdına vasiyet yapmayabilir. Yani keyfi nasıl emrederse tasarruf nisabını evlâdlarından birine veya bir kaçına vasiyet edebilir. İnsan fitretinin adaletsizliğe tepkisinin kat'iyeti gözden kaçırılmaksızın, hangi hukuk sisteminde isabet olup olmadığını okuyucunun iz'an ve muhakeme kabiliyetine terk ediyoruz.

En kısa şekilde belirtilmeye çalışılan bu farkları teyid etmek için öyle uzun boylu eserlere atıfda bulunmaya lüzum görmedik. Çünkü bu farkar, atfa lüzum göstermeyecek kadar ihtilâfsız ve İslâm hukukunda miras sahasında önbilgi, iptidai malûmat, miras sisteminin alfabesini teşkil eden kaidelerle ilgilidir. Buna mukabil, bu esasları ihtiva eden Kur'an hükümleriyle, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının maddelerine bol bol atıf yapmak usulüne çok ehemmiyet verdik. Zira, Ana kaynaklar bertaraf edilerek yapılan incelemeler, ekseriya, yapanların şahsî ve indî kanaatleriyle veya atıf yapılan eserlerdeki bu kabil görüşlerle

²⁸ Mamafih iki kanun arasında kayda değer bazı ayrılıklar da mevcuttur ki, bunları her nedense fakülte tarafından bastırılması mümkün olmamış bulunan «Mukayeseli Hukuk» adlı ders kitabında teferruatla belirtmiştik.

dolar. Mesele, müesseseleri ve kaideleri ana kaynaklarından incelemekten ibarettir.

Verilen kıymet hükümlerinin hemen hepsinde gerekçe mevcuttur. Buna rağmen bazı okuyucuların ve hattâ meslekdaşların bu kıymet hükümlerini acâib bulabileceklerini tahmin etmekteyiz. Bu kıymet hükümleri, ancak dayandırıldıkları gerekçelerin çürütülebilmesiyle tenkid edilebilir; yoksa “çağ dışı fikirler”, “gerici hükümler” ilh gibi ilim dışı tepkilerle tenkid edilmiş olamazlar. Zira İslâm hukuku, ekser esasları çağ içi (çağdaş) hukuk sistemlerinin hemen hepsinde benimsenmiş olan, cüz’i ayrılık bertaraf, hukuk devleti zihniyetine cevap veren hukuk müesseseleri ve esaslarıyla süslü bir hukuktan ibarettir. Çağ içi sistemlere de ışık tutucu mahiyettedir. Meselâ İslâm hukukunda gayrı sahih neseb red edilir; Avrupa, bu neseb sistemini asırlarca uygulamış, bazı çocukları ve şahısları nesebsizlikle damgalamak gafletinden son yıllarda uyanır olmuştur. Almanya ve İsviçre ve bunara uyan Avrupa kanunlarında gayrisahih nesebin kaldırılması ve yakın zamanda İsviçre’ye uyarak Türk Medenî Kanunundan da kaldırılacağı, iddiamızın taze misalleridir. İslâm hukukunun müstakil ve original bir hukuk manzumesi olduğu, dünya ilim adamlarınca da teslim edilmiş ve bu hukuk sistemine hukuk tedrisatında ve Mukayeseli Hukuk Enstitülerinde yer ayrılmıştır. Binaenaleyh, artık İslâm hukukuna ilgi duyanları ve o sahada araştırma ve tetkikata ehemmiyet verenleri, gericilik, yobazlık gibi ilim sahasında ancak çirkin denilebilecek kelimelerle damgalamaya inatla devam etmek arzu ve temayülleri, Çağdaş, yani asrımız ilim hürriyeti ve ahlâkının dışında kalan acâib ruh haletinden doğan bir taassubun neticesinden ibarettir. Eski hukuk sistemlerinin tarih itibariyle asrımıza en yakın olan ve diğer hukuk sistemlerinin hepsinden²⁹ müstakil hüviyeti bulunan İslâm Hukukundan bahsedilince “çağ dışı”, “gericilik”, “yobazlık” ilh gibi siyaset silâhlarını çekerek hücumla kalkışmak, veya mücerret bu acâib kelimeleri

²⁹ Fakültemizde talebenin not ihtiyacını gidermek maksadıyla hazırlayıp Dekanlığa vermiş olduğumuz «Mukayeseli Hukuk» adlı çalışmada da belirtilmiş olduğu üzere, İslâm Hukuku, Roma Hukukundan, sosyalist, bilhassa diktatoryal sosyalist hukuk sisteminden büyük ayrılıklar gösteren, buna mukabil, pek az fark müstesna olmak üzere, bugünkü Avrupa hukuk sistemine benzeyen bir hukuk sistemidir. Buna inanabilmek için bu iki hukuk sistemi arasındaki mukayeseyi aksettiren nâciz çalışmamızdaki paragrafa göz atmak kâfidir. Ancak Avrupa ve İslâm miras sistemleri tamamen başkadır ki, çok enteresan orijinalliği bulunan bu farkların en kısa şekilde yapılabilecek özetini bu makalemizde vermiş bulunuyoruz.

söyleyip işin içinden çıkıvermek için tenkid yapmış gibi görünmek, gerçek ilim adamlarının başvurmaya tenezzül edebilecekleri taktiklerden olamaz. Çok iyi bilmek lâzımdır ki, yaşadığımız çağda, her çeşit ilmin ve Hukuk ilminin inkişafı için gerçeklerin ortaya çıkarılabilmesi maksadıyla ilmin yüklediği çok ağır çileyi çekmek, kafa yormak ve zihin tüketmek bir zarurettir. Keza bilinmelidir ki, Hukuk ilminin, olması gerekli Hukuk ilminin, siyasete hiç ihtiyacı yoktur; fakat gerçek siyasetin hukuka ihtiyacı mutlak ve ebedidir.