

İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFEM (ISSN – 1303 – 4375) Hakemli Bir Dergidir.

Cilt: XX
Sayı: 1-4
Yıl: 1955

OSMANLI İMPARATORLUĞUNDA İSLÂM HUKUKUNUN
BİR KISMININ CODIFICATION'U

M E C E L L E

Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar

İslâm hukukunun gelişmesinde fukaha yani fıkıh ilmi mütehassısları denilen islâm hukuku âlimlerinin büyük bir tesiri olmuştur. Bu âlimlerin reyleri, içtihatları islâm hukukunun en geniş bir kaynağını teşkil eder; fakat mezheplere ayrılan ve cildler dolduran bu içtihatların bir kanun ve code şeklinde toplanması hususunda islâm âleminde büyük bir teşebbüs vaki olmamıştır. İslâm hukukunu aynı şekilde tatbik eden Osmanlı İmparatorluğunda bilhassa on beş ve on altıncı asırlarda yetişen Ebüssuut efendi, Ali efendi gibi büyük hukukçular muayyen meseleler hakkında verdikleri reyler ve fetvalarla bir kısım meseleleri toplamış ve tatbikatçılara yol göstermişlerdir. «Ebüssuut Efendi Fetvaları», «Ali Efendi Fetvaları» isimlerini taşıyan bu eserler bütün islâm âleminde büyük bir kıymet kazanmışlardır. Fakat bu hareketler bir codification şeklini almamış ve islâm hukukuna dayanan bir «code» ortaya çıkmamıştır. Osmanlı İmparatorluğunda islâm hukukuna dayanan böyle bir «code» ancak 19 uncu asırda tanzim edilmiştir. «Mecellei Ahkâmı Adliye» veya kısaca «Mecelle» adını taşıyan bu «Code» islâm hukukunun «codifier» edilmesi için mühim bir hareket teşkil eder. Bu code islâm hukuku bakımından muvaffak olmuş, Osmanlı İmparatorluğunun Türkiye Cumhuriyetine, inkılâbına ve Türk hukukunda lâiklik prensibinin kabulüne kadar yürürlükte kaldığı gibi bundan sonra Osmanlı İmparatorluğundan ayrılmış olan Suriye, Irak gibi arab devletlerinde de tatbik devam edilmiştir. Türk hukukçuları tarafından Mecellenin dayandığı esasları ve Mecelle hükümlerini şerh ve tefsir eden bir kaç mühim eser de yazılmıştır. Bunlardan bilhassa Ali Haydar efendinin dört büyük ciltlik eserile Atıf beyin, vefatiyle yarım kalan şerhi, tatbikat ve içtihatlarla da tesir etmiş, ilk zamanlarda ekseriyetini İstanbul Hukuk Fakültesi mezunlarının teşkil ettiği Suriye ve Irak hâkimleri de eski hocaları olan bu âlimlerin eserlerini kararlarında gözönünde tutmuşlardır.

Mecelle üzerinde mukayeseli hukuk bakımından yapılacak bir tetkik bir taraftan islâm hukukunun asılları ve teferruatı içinde yapılan bir codificationun verebileceği neticeler hakkında bir fikir verebileceği gibi bu hukukun ve buna dayanan bir «code» un Avrupa medenî hukukundan ayrıldığı esasları göstermek bakımından da faydalı olur.



Osmanlı İmparatorluğunda 1839 senesinde Gülhane hattıyla başlayan reform hareketleri hukuk sahasında da büyük değişiklikler husule getirmiş, garptan alınan idarî ve adlî bir çok müesseselerle beraber Avrupa kanunları da muhtelif sahalarda tatbik edilmeğe başlanılmıştır. Mecelle de imparatorluk müesseselerinin şarktan garba doğru istihalesi esnasında ortaya çıkan mühim bir eserdir.

Mecelle böylece imparatorluğun garplılaşma devrinde ve hareketleri sırasında ortaya çıkmış olmakla beraber garp hukukuyla ve kanunlarıyla doğrudan doğruya bir alâkası yoktur; tamamen islâm hukukuna ve hattâ onun bir tek mezhebine, Hanefî mezhebine dayanır ve o zamana kadar mevcut olmayan yeni hükümleri ihtiva eden bir kanun olmaktan ziyade esasen mevcut olan ve tatbik edilmekte bulunan islâm hukukuna dayanan Osmanlı İmparatorluğu medenî hukukunun bir kısmının bir compilation'u sayılır. Taşdığı isim de bunu göstermektedir: Mecelle kelimesi kanun veya hukuk mânasına gelmez, Mecelle bir takım meseleleri, fikirleri, mevzuları toplayan ufak hacimde bir kitap demektir; yani Mecelle compilation kitabı mânasına gelmektedir. Bu kitabın asıl adı (Mecellei Ahkâmı Adliye) dir ki, adliyeye taallük eden kaideleri ihtiva eden kitap demektir.

Bu kitabın mahiyetini daha iyi anlayabilmek için onun hangi ihtiyaçlarla ve nasıl toplandığını ve hazırlandığını, ne suretle ve nereden tatbik ve riayeti mecburî, bugünkü mânasıyla kanun hüküm ve kuvvetinde bir eser mahiyetini aldığını ve Osmanlı İmparatorluğu mevzuatı içindeki yerinin ve rolünün neden ibaret bulunduğunu araştırmak ve incelemek faydalı olur.

§ 1. MECELLENİN HAZIRLANMASI VE HUKUKÎ MAHİYETİ

Mecelle Osmanlı İmparatorluğunda «Tanzimat» diye adlandırılan devrin mahsulüdür. Bu devrin hukuk bakımından karakteri imparator-

lukta ayrı ayrı kaynaklardan gelen ve farklı mahiyette bulunan iki hukukun yürürlükte olması yani hukuk bakımından bir ikilik «dualisme» arzetmesidir. Bundan, yani 1839 dan evvel imparatorlukta sadece islâm hukuku câri idi. Gerçi bu hukukun yanında hükümdarın devlet işlerinde haiz olduğu ve tazir hakkına yani bu hususlarda idarî ve cezaî tedbirler ittihaz etmek kudretiyle ülkeye yeni ilhak edilen toprakların mülkiyetinin devlete ait olması dolayısıyla bu topraklardan istifade edenlerin hukukî vaziyetlerini tayin edebilmek salâhiyetine dayanarak koyduğu bir takım kaidelere de rastlanır; fakat bu kaideler islâm hukukunun ferdlere tanıdığı sübjektif hakları hiç bir zaman ihlâl edemez ve islâm hukuku esaslarına mugayir olmaz, aynı zamanda islâm hukukunun tanzim ettiği ferdi haklara ve ferdler arasındaki münasebetlere taallük edemez. Binaenaleyh imparatorluğun bu 1839 dan evvelki devirlerinde ana hukuk «Droit Commun» ve bilhassa hususî hukuk tamamıyla islâm hukukudur; halbuki 1839 dan sonra islâm hukukunun yanında aynı kuvvette ve müstakil bir hukuk kaidesi olarak Avrupadan iktibas edilen kanunlar da tatbik edilmektedir. Binaenaleyh bu devirde bir yandan menşei dinî ve ilâhî olan islâm hukuku ile menşeleri Avrupa ve bilhassa Fransa hukuku bulunan bir takım kanun ve nizamnameler de tatbik edilmeğe başlanılmış ve bu suretle hukuk sahasında bir ikilik «dualisme» husule gelmiştir.

Bu reformun ve ikiliğin sebepleri 1789 da Selim III devrinde duyulan ihtiyaçlarla izah edilir. Yeni bir çağ açmış ve dünyanın en büyük imparatorluklarından birini kurmuş bulunan Osmanlı Türkleri bu imparatorluğu devrinin en yüksek medeniyet seviyesine ulaştırmışlardı; fakat ancak bir, bir buçuk asır devam eden bu ihtişam ve yükseliş devrini evvelâ tevakkuf ve sonra da inhitat devirleri takip etmiş, Avrupa rönesanstan sonra sür'atle yükselirken Osmanlı İmparatorluğu olduğu yerde bile duramamış ve aynı sür'atle sukut etmekte devam etmiştir. İmparatorluğun bu düşkün durumundan istifade eden Ruslar imparatorluğa hücum başlamışlar; imparatorluk mütemadî mağlûbiyetlere uğramış ve bu felâketlerden kurtulmanın yolunu, kendisinden daha yüksek ve mütekâmil gördüğü Avrupa müesseselerini ve usullerini iktibas ve tatbik etmekte bulmuştur. Aynı zamanda imparatorluğun Avrupa devletleriyle münasebetlerinin artmakta olması da bu münasebetleri temin ve teshil edecek müessese ve usulleri ihdas etmesini zarurî kılmıştır.

İmparatorluktaki yenilik hareketleri evvelâ askerlik sahasında başlamış ve fakat şiddetli reaksiyonlarla karşılaşmış, Selim III ün ölümüyle neticelenmiş, buna rağmen 1826 Mahmut II devrinde tekrar canlanmış ve 1839 da Mecit I devrinde Tanzimat devrini açan Gülhane hattıyla tam şeklini almıştır.

İşte bu devirlerde 1850 tarihinde imparatorlukla Avrupa devletleri arasındaki ticarî münasebetleri temin etmek ve kolaylaştırmak için Fransa Ticaret Kanunu iktibas edilmiştir. Çünkü islâm hukuku kambiyo işleri, muhtelif şirket şekilleri, satış akdinin ticaret sahasında arzettiği muhtelif şekiller hakkında esasları ve hükümleri ihtiva etmemekte olduğu için bu sahalarda ve bilhassa ecnebilerle Türkler arasında çıkan ihtilâfların hallinde çok müşkülâta rastlanıyordu. Bundan sonra da Deniz Ticareti, muhakeme usulü; icra işleri hakkında kanunlar alındığı gibi Ceza ve Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunları da Avrupa kanunlarından iktibas edilmiştir.

Avrupa kanunlarından alınan bu yeni kanunların eskidenberi mevcut olan ve islâm hukuku hükümlerini tatbik etmekte bulunan şer'îye mahkemeleri tarafından tatbik edilemeyeceği de tabii idi. Bunun için de yeni bir takım kazaî teşkilâta ihtiyaç vardı.

İmparatorlukta yapılacak idarî ve adlî reformu hazırlamak üzere Gülhane hattından evvel 1837 de «Meclisi Valâyı Ahkâmı Adliye» isimli yüksek bir heyet ihdas edilmişti. Bu heyet hem yeni kanun ve nizamnameleri hazırlıyor ve hem de bunların tatbikine nezaret ediyordu.

1868 de bu heyet iki kısma ayrılmış, yeni kanun ve nizamnameleri hazırlamak ve tatbikatına nezaret etmek vazifesi «Şûrayı Devlet» adlı bir heyete bırakılmış ve yeni kanunları tatbik edecek yüksek bir mahkeme mahiyetinde olmak üzere de «Divanı Ahkâmı Adliye» adlı ikinci bir heyet kurulmuştu. Esasen 1840 tarihinden beri Avrupalı tüccarlarla yerli tüccarlar arasındaki ihtilâflara bakmak üzere bir ticaret mahkemesi mevcut bulunuyordu.

«Divanı Ahkâmı Adliye» şer'îye mahkemelerinin vazifesi dışında kalan ve Avrupadan iktibas edilen kanun ve nizamnamelerle halledilecek dâvalara bakan yüksek bir mahkeme vaziyetinde idi. 1871 de bir nizamname ile şer'îye mahkemelerinin yanında nizamiye mahkemeleri adında bir takım mahkemeler kurulmuş ve 1880 tarihli bir kanunla bu mahkemeler son ve mütekâmil şekillerini almışlardı.

Avrupadan alınan bu kanun ve nizamnamelerin tatbikinde ortaya mühim bir güçlük çıktı: ticaret kanunları gibi kanunların esas ve temelini medenî hukuk teşkil ediyordu; halbuki imparatorluğun bu kanunları Avrupadan alınmakla beraber medenî hukuku tamamen islâm hukukuna istinat etmekte idi; bu itibarla ana hukuk «Droit Commun» ile hususî kanunlar ayrı ayrı esaslara yani ana hukuk menşei dinî ve ilâhî olan islâm hukukuna, diğerleri Roma hukuku kaynağından gelen Avrupa hukukuna dayanmakta idiler. Bu suretle ana hukuk olan medenî hukukla bunun istisnâî kısımlarını teşkil eden ticaret kanunları ve bunlara benzer kanunlar meselâ icra kanunu arasında tam bir ahenk tesis edilemiyordu.

Mecelle cemiyetinin tanzim ettiği mucip sebepler mazbatasında bu güçlükler şöyle anlatılıyor: «Bu asırlarda ticarî muameleler pek ziyade genişlemiş olduğundan polîçe ve iflâs gibi pek çok hususlarda asıl kanundan müstesna hükümler konulmuş ve bunları ihtiva etmek üzere ayrı bir Ticaret Kanunu tanzim kılınmıştır ve ticarî hususlara tatbik edilmekte bulunmuştur. Ancak bunların dışında kalan sair hususlar da yine Medenî Kanuna müracaat olunmaktadır. Meselâ bir ticaret mahkemesinde Ticaret Kanunu hükmünce rüyet olunan bir dâvanın rehin, kefalet, vekâlet gibi bazı fer'i hususlarında asıl kanuna müracaat olunmak lâzım gelmektedir.»

İşte o zaman ortaya bir takım güçlükler çıkıyordu. Çünkü bu asli hükümler toplu bir kanun halinde değildi. Bunlar büyük islâm hukukçularının yazmış oldukları ciltler dolusu hukuk kitaplarının içinde bulunuyordu ve bu kitapların da ekserisi arabca idi; nizamiye mahkemelerinde çalışan ve Avrupa kanunlarını öğrenmiş olan hukukçular ise arabca bilmiyor ve bu kitaplara müracaat edemiyorlardı. İslâm hukukunu bilenler ise Avrupa kanunlarının esaslarını ve hükümlerini bilmiyorlardı. Esasen bunların bir çoğu da bukadar mütenevvi ve dağınık kitaplar içinden aradıkları meselelerin hükümlerini kolay kolay bulup çıkarıyorlardı.

Mecelle cemiyetinin mazbatasında bu güçlüklerden bahsedilmektedir: «İlmi fıkıhın — islâm hukuku ilmine «fıkıh ilmi» denilir — muamelât kısmı — çünkü fıkıhın bir de ibadet kısmı vardır. Yani fıkıh ilmi hem ibadete hem de insanlar arasındaki hukukî muamelelere ait hükümleri ihtiva etmektedir — bu hususta olan ihtiyaçlara kâfi isenizamiye mahkemeleri hâkimleri fıkıh meselelerini bilmediklerinden herkes bunların dâvaları istedikleri şekilde hallettiklerini zannederek fena düşüncelere kapılmaktadırlar.

Ticaret mahkemelerinde de Ticaret Kanunu tatbik edilmekte ise dâvanın ticarete taallük etmeyen teferruata ait hususlarında büyük müşkülâta rastlanmaktadır. Avrupa kanunlarına müracaat edilse bunlar padişahın iradesine iktiran etmiş kanunlar olmadıkları için Türk devleti mahkemelerinde medarî hüküm olamazlar, şer'îye mahkemelerine havale edilse bu mahkemeler teferruata ait bu hususları da esasından görmeğe mecbur olacaklar ve halbuki iki nevi mahkemenin usulleri de ayrı olduğundan yine güçlükler çıkacağından bu gibi işlerde şer'îye mahkemelerine de müracaat edilemeyecektir. Ticaret mahkemeleri azaları fıkıh kitaplarına müracaat etsinler denilse fıkıh ilmini bilmek ve anlamakta onlar da diğer nizamiye hâkimleri gibidirler.»

Mazbatada daha ileri gidilerek şer'îye hâkimlerinin de fıkıh kitaplarına müracaat edecek kudrette olmadıkları belirtiliyor: «Şimdi her tarafta şer'î ilimlerde maharetli zatlar azaldığından nizamiye mahkemelerinde icabında fıkıh kitaplarına müracaatla şüphelerini halledebilecek âza bulundurmamak şöyle dursun şer'îye mahkemelerine hâkim bulmakta bile güçlük çekilmektedir.»

Görülüyor ki 1839 dan sonra başlayan hukuk ikiliğinin neticesi olarak fer'î kanunlarla ana hukuk «droit commun» arasında bir ahenk tesis edilemediği gibi ana hukuku teşkil eden islâm hukuku da ciltler dolusu ve muhtelif içtihatları ihtiva eden kitaplar içinde dağılmış bulunduğundan bunlara müracaat ederek meseleleri halletmekte de büyük güçlüklerle karşılaşılıyordu.

İşte bu durum karşısında her şeyden evvel nizamiye hâkimlerine yardım edecek, onlara yol gösterecek bir Medenî Kanuna ihtiyaç vardı. Tanzimattan yani 1839 dan sonraki hukuk reformunda bu Medenî Kanun meselesi ehemmiyetli bir hal aldı: Bir kısım devlet adamları nizamiye mahkemelerinin Avrupa kanunlarından ve bilhassa Fransa kanunlarından iktibas edilmiş bulunan kanunları tatbik ettiklerini nazara alarak Fransız Medenî Kanununun iktibas edilmesine ve bunun imparatorluğun Medenî Kanunu olmasına taraftar idiler; nitekim Osmanlı İmparatorluğundan ayrılarak yarı müstakil bir idare kurmuş olan Mısır bu şekli ihtiyar etmişti. Bu cereyanın başında imparatorluğun büyük ve meşhur devlet adamlarından Âli Paşa bulunuyordu. Diğer bir kısım devlet adamları ise islâm hukukundan hattâ bunun muayyen bir doktrininden yani Hanefi mezhebinden alınacak hükümleri ihtiva edecek bir kitabın, Medenî Kanun vazifesini göreceğini ve bu ihtiyacı karşılayacağını iddia ediyorlar ve bu tezlerini şiddetle müdafaa ediyorlardı. Daha muhafazakâr ve dinî telâkkileri daha kuvvetli olan bu cereyanın başında da esas itibariyle medreseden yetişmiş bir ilim adamı olan ve sonradan da bir devlet adamı olarak muhtelif idare işlerinde ve nezaretlerde bulunan, aynı zamanda on iki ciltlik bir tarih kitabıyla de tarihçilikte de büyük bir şöhret kazanmış bulunan Cevdet Paşa bulunuyordu.

Cevdet Paşanın müdafaa ettiği fikir galebe etti ve Fransız Medenî Kanununun alınmasından vaz geçilerek Hanefi mezhebinden alınacak en uygun hükümleri ihtiva edecek bir kitap hazırlamak üzere 1869 tarihinde «Mecelle Cemiyeti» adlı resmî bir heyet teşkil edildi. Bu heyet 1888 senesine kadar resmî mevcudiyetini muhafaza ettikten sonra o tarihte vazifesi bitmiş sayılarak bir irade-i seniye ile lâğvedildi.

Mecelle tamam oluncaya kadar Mecelle Cemiyeti âzası arasında değişiklikler husule geldi. Reisi Cevdet Paşa da arada başka bir takım

vazifelere tayin edilerek heyetten ayrıldı, fakat bu muvakkat vazifelerden ayrıldıktan sonra tekrar gelerek Mecelle Cemiyetine riyasette devam etti ve bu suretle Mecellenin bütün kitaplarının hazırlanmasına iştirak eyledi; hattâ bir aralık kendisi başka bir vazifede iken hazırlanmış olan Vedia kitabı neşredilmişken Cevdet Paşanın avdetinde bu kitap toplatıldı ve bu kitaptaki bahisler yeniden hazırlanan ve vediadan maada âriyet bahsini de ihtiva eyliyen «Emanetler» kitabı yeniden yazıldı.

Mecellenin hazırlanmasında Cevdet Paşanın büyük bir rolü olmakla beraber tamamen kendi eseri sayılamaz, Mecellenin hazırlanmasında heyeti teşkil eden diğer âzaların da mühim hizmetleri vardır. Ancak en büyük iş Cevdet Paşaya düşmüş; nâzım rolünü oynamış, Mecellenin yazılışında ve üslûbunda Cevdet Paşanın büyük tesiri görülmüştür. Nitekim kendisi olmaksızın hazırlanıp sonradan toplanan vedia kitabının diğerlerinden çok farklı olması, kendisinin hazırlanmasına fazlaca iştirak edemediği rehin kitabındaki noksanlar Cevdet Paşanın Mecellenin hazırlanmasındaki rolünün ehemmiyetini göstermektedir.

Mecellenin ne maksatla ve ne suretle hazırlandığı yukarıda bahsettiğimiz Mecelle Cemiyeti mazbatasında Cevdet Paşayı şöyle anlatmaktadır: «İlmi fıkhıtan asrın ihtiyaçlarına göre her gün zuhur eden muamelelere tatbiki kâfi olabilecek bir eserin vücuda getirilmesi mühim işi âcizlerine havale buyurulmuş olduğundan irade mucibince Divanı Ahkâmı Adliye dairesinde içtima edilerek fıkıhın muamelât kısmından vukuu çok olan ve asrın muamelelerine göre lüzumu bedihi bulunan maddeler hakkında büyük hanefî hukukçularının muteber söz ve reyleri toplanarak müteaddit kitaplara taksim ve (Ahkâmı Adliye) ismi verilmek üzere bir Mecelle» tertip olunmuştur. Mecellenin muhtelif kitapları başka başka zamanlarda ve ayrı ayrı neşredilerek yürürlüğe konmuştur.

Mecellenin mukaddemesiyle bey' bahsini ihtiva eden ilk kitabı 1870 te ve 16 ncı ve son kitabı olan kaza kitabı ise 1877 de neşredildi. Mecelle Cemiyeti bundan sonra tatbikata ve usulü muhakemeye ait bazı şeylerin hazırlanmasıyla meşgul oldu, belki Medenî Kanunun aile, miras gibi diğer kitaplarını da hazırlayacaktı, fakat çok vehimli bir hükümdar olan Hamit II bu heyetten çekindi ve vazifesinin bittiğini bahane ederek 1888 de lâğvetti.

Mecelle bir kanun mudur?

Mecellenin kanun hüküm ve kuvvetinde olduğunda ve 1926 senesine kadar Türkiyede Medenî Kanun olarak tatbik edildiğinde şüphe yoktur. Fakat bu eser tam mânasıyla bir kanun sayılamaz: Bir kere bir insandan

veya insan grupundan ibaret bir kanun vazının rasyonel bir tarzda hazırladığı bir kanun değildir. Diğer taraftan yeni hükümleri de ihtiva etmemektedir: Mecelle menşei tamamen dini ve ilâhî olan fıkhıtan iktibas edilmiş bir eserdir. Yani teokratik bir esasa dayanmaktadır. Teşri fonksiyonunun neticesi değildir. Aynı zamanda Mecellenin ihtiva ettiği hükümler o güne kadar da imparatorlukta tatbik edilmekte bulunduğu için bir yenilik de husule getirmemiştir. Mecelle, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, bir kanun vazının eseri olmaktan ziyade esasen mer'î olan ve fakat muhtelif büyük kitapların içinde dağınık bulunan hükümlerden ihtiyaca en uygun ve en çok rastlanan hâdiselere tatbik edilebilecek olanlarını, kolay anlaşılır, açık bir tarzda yazarak tatbikatçıların eline vermek üzere mütehasıs bir ilim heyeti tarafından hazırlanmış bir ilmî eser mahiyetindedir.

O halde bu eserin bir kanun gibi riayeti mecburî olması ve bu suretle senelerce tatbik edilebilmesi nasıl mümkün olmuştur?

Bilindiği gibi islâm dininde ve bu arada islâm hukukunda bir takım doktrinler ve bu doktrinler içinde bir takım rey ve içtihatlar mevcuttur. Osmanlı İmparatorluğu bu mezheplerden Hanefî mezhebini kabul etmiş bulunuyordu. Fakat bu mezhep içinde de muhtelif içtihatlar vardı. İslâm âmme hukukuna göre böyle muhtelif içtihatlardan hükümdar hangisini muvafık görürse o riayeti mecburî bir kaide halini alır. İşte Mecelle de hükümdarın tasvibine arz edilerek iradesine alınmış olduğundan bu kitaptaki rey ve içtihatlar riayeti mecburî bir kaide halini almıştır. Mecelle Cemiyeti mazbatasında bu keyfiyet şu suretle belirtilmektedir:

«İçtihatlı meselelerde islâm hükümdarı hangi rey ile âmel edilmesini emrederse mucibince âmel olunmak vacip olduğundan arzettiğimiz hususlar tasvip edilirse iradesinin istihsal olunması...»

Mecellenin hazırlandığı devirlerde Osmanlı İmparatorluğunda meşrutî bir sistem ve kanun yapmakla mükellef bir parlâmento yoktu. Binaenaleyh bütün kanunlar padişahın iradesiyle tekemmül ederdi. Bu bakımdan Mecelle şeklen de bir kanuna benzer. Fakat bu da mutlak değildir. Çünkü 1908 den yani İkinci Meşrutiyetten sonra da yine menşei dinî olan kaidelerin teşri organından yani parlâmentodan geçmeksizin böyle riayeti mecburî bir hukuk kaidesi haline gelmesi usulü muhafaza edilmiştir. Nitekim 1914 - 1918 tarihleri arasında da aile hukukunu alâkalandıran bir takım hükümler, hattâ sadrazamın ve kabinenin reyine bile lüzum olmaksızın ve binaenaleyh parlâmentodan geçirilmeksizin doğrudan doğruya şeyhülislâm tarafından hükümdara arzedilmek suretiyle bir kanun gibi tatbik ve riayeti mecburî bir hale getirilmiştir.

Mecellenin ekseri kitapları kabineden geçmiş ve sadrazam vasıtasıyla padişaha arz edilmiş olmakla beraber bazı kitapları da doğrudan doğruya şeyhülislâm tarafından padişaha arz edilerek iradesi alınmıştır.

§ 2. MECELLENİN MUHTEVASI VE ŞEKLİ

Mecelle, Medenî Kanun vazifesini görmüş olmakla beraber medenî hukukun bütün hükümlerini ihtiva etmemekte ve kanun tekniği bakımından da diğer Avrupa Medenî Kanunlarına benzememektedir.

Mecelle bir mukaddeme ile on altı kitaptan mürekkeptir. Mecellenin ihtiva ettiği kitaplar sırasıyla şunlardır: Bey'; icare; kefalet; havale; rehin; emanat; hibe; gasp ve itlaf; hacir ve ikrah ve şüf'a; şirket; vekâlet; sulh ve ibra; ikrar; dâva; beyinat; kaza.

Bütün Mecelle 1851 maddeden ibarettir.

Mecellenin mukaddemesi vecizeler halinde bir takım prensipleri ihtiva etmektedir. Kavaid-i külliye adını taşıyan bu kaideler muayyen hâdiseleri doğrudan doğruya halletmek için değildir ve tek başlarına tatbik olunmazlar; bunlar Mecellenin diğer kitaplarındaki kaidelerin mucip sebepleri hükmündedir ve hâkime arzedilen meselelerin halinde, muhtelif maddelerin hâdiselere tatbikinde ona rehberlik edecek mantık düsturları halindedir. Bu külli kaideler hakkında bir fikir verebilmek için bunlardan bir kaç misal vermek ve bunlardan nasıl istifade edileceğini göstermek faydalı olur:

Meselâ 2 nci maddede «bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir» ve 3 üncü maddede «akitlerde itibar maksat ve mânalaradır, lâfz ve şekillere değildir» denilmektedir. Bu iki kaide hukukî tasarrufların ve mukavelelerin tefsirinde takip edilecek usulleri gösteren iki ehemmiyetli prensiptir. Bunlardan anlaşılıyor ki tefsir edilecek mukavelede tarafların doğru ve yanlış olarak kullandıkları kelimelerin şekil ve lâfızlarına bakılmıyarak maksatları aranacak ve bu hakikî maksada göre tatbik edilmesi lâzım gelen hüküm ne ise o tatbik edilecektir. Görülüyor ki bu iki maddedeki prensip bugünkü hukukun tefsir nazariyeleri arasından ekser Medenî Kanunlarda kabul edilmiş olan maksat ve irade nazariyesinin bir ifadesinden ibarettir.

5 inci maddede «bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır» ve 6 ncı maddede «kadim kıdemi üzere terk olunur», 10 uncu maddede «bir zamanda sabit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekasiyle hüküm olunur» denilmektedir. Bu maddelerdeki prensipler de aksi sabit olmıyan

fiilî vaziyetlerin hukukî bir esasa istinat ettiği faraziyesinin bir ifadesidir. Böyle malûm ve mevcut durumların aksi sabit oluncaya kadar meşru sayılacağını göstermektedir. Malûm olan halin bir hukukî hâdise ile değiştiği isbat edilmedikçe vaziyetin devam ettiği kabul edilmek icap etmektedir.

Bu küllî kaidelerden bazıları da zarar ve ziyan ve tazminat meselelerinde takip edilecek esasları göstermektedir: 7 nci maddede «zarar kadim olmaz»; 20 nci maddede «zarar izale olunur»; 25 inci maddede «bir zarar kendi mislile izale olunamaz»; 27 nci maddede «şiddetli zarar hafif zararla izale olunur»; 31 inci maddede «zarar imkânı kadar defî olunur» denilmek suretiyle zarar ve ziyanın tazmini hakkında direktif mahiyetinde bir takım prensipler konulmuştur. Bunlardan anlaşılacağı veçhile zararlı bir durum eskidenberi mevcut olsa da meşru sayılamaz, bir hak doğurmaz; yani zararlı vaziyetler yukarıda 5 ve 6 ncı maddelerde ifade edilen prensibe bir istisna teşkil eder ve mutlaka izale olunur. Ancak bir zararlı vaziyeti ortadan kaldırmak için aynı kuvvette diğer bir zararlı vaziyet ihdas edilemez daha hafif bir zararla ve imkân nisbetinde ortadan kaldırılır.

Bu küllî kaideler arasında 36 - 45 inci maddeler örf ve âdetin ehemmiyetini ve bunların hukukun mühim bir kaynağı olduğunu, bir takım hâdiselerin hallinde nazara alınmaları icap ettiğini, hattâ «âdetin delâletiyle hakikî mânanın terk olunacağı (madde 40) ve örf ve âdetin bu ehemmiyeti dolayısıyla zamanın değişmesiyle hükümlerin değişeceğini (madde 39); örfen malûm olan bir hususun, mukavelede zikredilmese bile, şart edilmiş sayılacağını (madde 43) ve nihayet örf ile tayin olunan bir şeyin Allahın emriyle tayin ve tesbit edilmiş gibi olacağını (madde 45) göstermektedir.

Bu küllî kaideler arasında çok orijinal bazı prensipler de vardır: Meselâ 55 inci maddede «iptidaen tecviz olunmayan şey bekaen tecviz olunabilir» 56 ncı maddede «beka iptidadan daha kolaydır» denilmektedir. Bu suretle Mecelle esasında caiz olmayan bir durum her nasılsa ortaya çıkmışsa, bu durum zararlı olmadıkça, iptidaen caiz olmadığı nazara alınmayarak devam ettirileceğini ve binaenaleyh herhangi bir vaziyetin devamının başlamasından daha kolay olduğunu göstermiştir.

Mecelle 55 inci maddedeki prensibe şöyle bir misal vermektedir: Şayi hissenin hibesi caiz değildir, çünkü 57 nci maddede söylendiği gibi «teberrü ancak kabz ile tamam olur» halbuki şayi hissenin kabzı kabil değildir. Halbuki hibe edilmiş bir malın hissei şayiasına müstahik çıksa ve zabt etse hibe batıl olmaz; hakikatte bu durumla malın tamamının

hibe edilmemiş olduğu, yalnız şayi hissenin hibe edilmiş bulunduğu anlaşılmaktadır. İptidaen böyle bir hibe caiz olmadığı halde bekaen caiz sayılmakta ve hibe muhafaza olunmaktadır. Bundan maksat ferdlerin muamelelerini büyük bir lüzum ve zaruret olmadıkça bozmamak, ferдин iradesine, iktisap ettiği duruma hürmet etmektir.

Küllî kaideler arasında ahlâkî esasların iktisadî düşüncelerin üstünde tutulacağını gösteren mühim bir kaide de vardır: 30 uncu maddede «fenalığın, haksızlığın def'i ve izalesi menfaat celbinden daha üstündür» denilmektedir. Bu hüküm haksız bir durumun muhafazasında iktisadî bir menfaat olsa bile bunun kaldırılması daha doğru ve faydalı sayılacağı için iktisadî menfaat feda edilerek o durumun kaldırılacağını göstermektedir. Meselâ haksız olarak başkasının arsasına yapılmış bir bina, yıkılması mal bakımından zararlı olsa da arsa malikinin talep ve arzusu üzerine yıkılacaktır. Böyle bir hükmün bugünkü millî servet hakkındaki itisadî esaslara ve düşüncelere uymıyacağı tabiidir.

Küllî kaideler arasındaki üç madde Avrupa hukukunda haksız fiillerden doğan tazminat meselelerinde kusur nazariyesinin yanında yeni gelişmekte olan hasar veya objektif mes'uliyet nazariyesinin esaslarını koymakta ve Mecellenin haksız fiillerden doğan mes'uliyet meselelerinde kusur nazariyesini değil objektif mes'uliyet esasını kabul ettiğini göstermektedir: 85 inci maddeye göre «bir şeyin nef'i zamanı mukabelesindedir»; 87 nci maddeye göre «mazarrat menfaat karşılığıdır» ve 88 inci maddeye göre de «külfet nimete ve nimet külfete göredir»; binaenaleyh bir şey veya bir fiil kime menfaat temin ediyorsa, menfaati kime aitse bundan husule gelecek zarar da ona ait olacak, bir şeyin nimetinden faydalanan kimse onun külfetine de katlanacaktır. Meselâ iktisadî bir teşebbüste bulunan, faraza bir fabrika veya diğer sınaî teşebbüs işleten, yahut bir harekette bulunan kimse işletmesinde veya hareketinde hiç bir kusuru olmasa bile teşebbüs ve hareketinin başkalarına iras ettiği zararları tazmine mecburdur. Halbuki Avrupa hukukunda, Roma hukukundan geleni hukukî mes'uliyet nazariyesi kusur esasına dayanır; zararlı netice failin kusurundan doğmuş olmazsa fail tazminat vermek mecburiyetinde kalmaz; yani tazminat fiilin değil kusurun neticesidir. Objektif mes'uliyet bazı istisnaî sahalarda tatbik edilmektedir. Halbuki Mecellede asıl olan objektif mes'uliyettir. .

Görülüyor ki Mecellenin mukaddemesini teşkil eden bu küllî kaideler onun nazariyelerini, felsefesini ihtiva etmekte; hükümlerin mucip sebeplerini göstermekte, hâkimlere zihnî muhakemelerini ve görüşlerini istinat ettirecekleri direktifleri vermektedir.

Mecellenin birinci kitabı bey' akdine tahsis edilmiştir. Bu kitap bir mukaddime ile yedi bab'a ve her bab da bir takım fasıllara ayrılmıştır. Mukaddimede bir çok hukukî lûgat ve terimlerin mâna ve tarifleri mevcuttur. 101 inci maddeden 166 ncı maddeye kadar olan bu kısım bütün kanunlarda olduğu gibi muayyen hâdiselere tatbik edilecek hükümleri ihtiva etmez. Sadece terimlerin mânalarını gösterir ve izah eder; meselâ 105 inci maddede bey' tarif edilmekte ve bunun «malı mala değışmek» olduğu söylendikten sonra diğer maddelerde de bey'in muhtelif vasıflarına göre neveleri sayılmakta ve bunların da tarifleri yapılmaktadır. 126 ncı maddede esasen iktisadî bir mefhum olan malın tarifi yapılmaktadır: «Mal; insanî tabiatın hakkında bir temayül ve arzu gösterdiği ve ihtiyaç zamanları için toplanıp saklanması mümkün olan şeydir» bundan sonra da malın taksimi yapılmakta, neveleri gösterilmektedir.

Bey' kitabında bundan sonra birinci babda bey' akdine; ikinci babda mebi'e yani satılan şeye; üçüncü babda semene, yani mebiin karşılığına, bedeline; dördüncü babda akidden sonra semen ve mebidde tasarrufa müteallik meselelere; beşinci babda semen ve mebiin çoğaltılıp azaltılmasına; beşinci babda teslim ve tesellüme; altıncı babda muhayyerliklere; yedinci babda bey'in nevelerine ve hükümlerine dair maddeler yer almışlardır.

İkinci kitap olan icare kitabı da bir mukaddime ile sekiz baba ayrılmıştır. Mukaddimede bey'ide olduğu gibi icareye müteallik terimlerin mânaları ve tarifleri yapılmış, icarenin muhtelif neveleri gösterilmiştir. Bundan sonra birinci babda icare akdine ait umumî kaideler; ikinci babda icar akdinin teşekkülüne müteallik hükümler; üçüncü babda ücrete; dördüncü babda kira müddetine; beşinci babda kira akdindeki muhayyerliklere; altıncı babda mecurun nevelerine meselâ akar, menkul, hayvan vesaire icarına; yedinci babda akidden sonra mucir ve müstecirlerin vazifelerine; sekizinci babda kiradan mütevellit tazminata dair hükümler vardır.

Mecellenin her kitabı bu suretle ilmî bir takım tarif ve tasnifleri, bundan sonra da akdin hususiyetlerine göre muayyen bablarda ve babların içinde fasıllarda hususî hükümleri ihtiva etmektedir.

Bazı kitaplarda bir insicam yoktur, muhtelif meseleler bir kitapta toplanmıştır; meselâ emanetler kitabında hem vedia ve hem âriyet hakkında; hacir, ikrah ve şüf'aya müteallik kitapta şahsa taallük eden hacir hükümlerinin yanında irade unsuruna taallük eden ikrah ve şahıs ile hiç alâkası olmayıp aynı haklara ve mülkiyete taallük eden şüf'a hükümleri mevcuttur. Şirket kitabında şirket; akit şirketi ve mülk şirketi olmak üzere ikiye ayrılmış ve şu suretle hem şirket akdine ve

hem de müşterek mülkiyete ve hattâ devlet ve cemiyete mahsus mallar üzerinde ferdlerin haiz oldukları haklara, irtifaklara ait hükümler toplanmıştır. Bu suretle bu kitap ta hem akidlere ve hem de aynı haklara taallük etmektedir.

Mecellenin son dört kitabı medenî hukuktan ziyade hukuk usulü muhakemelerine ait hükümleri ihtiva eder: İkrar kitabında hukuk dâvalarında mühim bir delil olan ikrara; dâva kitabında dâvanın şartlarına; def'e; husumete, müruruzamana; beyyineler kitabında şehadet, karine, yazılı deliller, yemin, zilyedliğin delil bakımından rolü ve hükmü, muhtelif beyyinelerin ikamesinde birinin diğerine tercihi bakımından takip edilecek usullere ve nihayet kaza kitabında da hâkimlik vasıf ve şartlarına, hâkimlerin ne suretle muhakemeleri idare edeceğine, hükme ve tahkime dair hükümler vardır.

Görülüyor ki Medenî Kanunlarda bulunan ve medenî hukukun mühim bir kısmını teşkil eden evlenme ve boşanma; nafaka ve nesep gibi aile hukukuna; şahsın hukukuna; miras ve vasiyete; vakfa taallük eden hükümler Mecellede mevcut değildir. Buna mukabil Medenî Kanunlarda yeri olmayan usulü muhakeme ve mahkeme teşkilâtına müteallik hükümler Mecellede yer almış bulunmaktadır. Binaenaleyh bir Medenî Kanun olmak itibarıyla Mecelle bir bakımdan noksan bir bakımdan fazla bir ölçüde hazırlanmıştır.

Mecellenin dışında kalan şahıs, aile ve miras meseleleri yine islâm hukukuna dayanmakta ve fakat tedvin edilmiş olmadıkları için doğrudan doğruya fıkıh kitaplarındaki hükümlere tâbi tutulmaktadır. Vakıflara taallük eden hükümler de aynı şekildedir. Mecelle cemiyetinin bunları da Mecellenin birer kitabı olarak hazırlayacağı ve fakat buna vakit ve imkân bulamadığı söylenmektedir. Bununla beraber daha ziyade statü personele taallük eden bu meselelerde islâm olmayanlara islâm statü personelinin tatbik edilmeyerek onlara bir serbesti tanınması için bunların Mecelleye alınmamış olduğu ve Mecellenin daha ziyade sadece muamelelere ve dolayısıyla herhangi bir din ve mezhepte bulunanlara tatbik edilebilecek mevzulara hasredildiği de söylenebilir. Nitekim Mecellenin mazbatasında evlenmede hem ibadet ve hem de muamele mahiyeti görüldüğü ve bu itibarla muhtelit bir tasarruf sayıldığı tasrih edilmektedir.

Mecellenin dışında kalan bu hükümlerin tatbiki Osmanlı İmparatorluğunda islâmlar için şer'îye mahkemelerinin, hıristiyanlar için de dinî ve ruhanî mercilerinin salâhiyeti dahilinde sayılmış ve böylece sırf statü personele taallük eden meseleler nizamiye mahkemelerinin salâhiyeti dışında bırakılmıştır.

Gayrimenkullerden mülk mahiyetinde olanlar Mecelle hükümlerine tâbi tutulmuş, bunlar miras bakımından da şer'î hükümlere tâbi kılınmıştır. Mülkiyeti devlete ait olan ve yalnız intifa ve istimal hakkı ferdlere bırakılan ve mirî arazi yahut memleket arazisi denilen topraklar hakkındaki hükümler ise Mecelleden daha evvel neşredilmiş bulunan Arazi Kanunu hükümlerine tâbi kılınmıştır. Bu nevi topraklarda toprağın maliki devlet olduğu ve istimal ve intifa sahibi bulunan ferdlerin bu salâhiyetleri devletten aldıkları müsaadeye istinat ettiği kabul edildiğinden bunların üzerinde ferdlerin haiz oldukları haklar akdî bir mahiyette farzedilmiş ve binaenaleyh bunlar hakkındaki tasarruf ve intikal hükümleri de şer'î esas ve hükümlerin dışında bırakılarak kanunlarla tanzim olunmuştur.

Mecelle kaynak bakımından islâm dininin sadece Hanefî mezhebine dayanmaktadır. Hükümler Hanefî fıkhından alınmış; Şafîî, Hanbelî ve Malikî mezheplerinden hiç bir hüküm alınmamıştır. Hattâ Hanefî mezhebinde büyük Hanefî hukukçuları arasında ihtilâflı olan meselelerde bile nisbeten az tanımlan hukukçuların reylerinin alınması müteassıp muhitlerde tenkide uğradığından ancak en tanınmış hukukçuların rey ve içtihatlarından istifade edilebilmiştir. Bu itibarla Mecellenin kaynakları çok dar, mahdut ve muayyendir.

Şekil bakımından da Mecelle, yukarıda söylediğimiz gibi, diğer Medenî Kanunlardan farklı bir durumdadır: Bütün fer'î meselelere tatbik edilecek umumî maddeler yoktur. Mukaddemeyi teşkil eden küllî kaideler böyle umumî mahiyette iseler de tatbikî kıymetleri azdır. Meselâ Avrupa Medenî Kanunlarında bütün akidlere tatbik edilecek, akidlerin umumî nazariyesi mahiyetinde hükümler mevcut olduğu ve artık bunlar her akidde tekrar edilmediği halde Mecellede bu mahiyette bir kısım olmadığı için her kitapta bahis mevzuu olan akdin in'ikat ve teşekkülüne, irade unsuruna ve buna benzer noktalara ait hususlar tekrar edilmektedir. İkrâh gibi doğrudan doğruya irade unsuruna taallük eden, akidlerin teşekkülüne mâni olan bir mesele akidlerin başında tedvin edilecek yerde hiç bir münasebeti olmayan ve doğrudan doğruya aynı haklara, mülkiyete taallük eden şuf'a kitabında yer almıştır.

Mecellenin bu suretle şekil bakımından kanun tekniğine uymaması bunun bir kanun olarak hazırlanmış olmasından ziyade birer ilmî eser olan fıkıh kitaplarından alınmış ve compilation olmasının neticesi sayılabilir: Her kitap fıkıhın müstakil bir bahsi olarak ve ekseriya bu kitapların şekli muhafaza edilmek suretiyle bunların birer hülâsası tarzında tedvin edilmiş ve bunların bir araya gelmelerile Mecelle ortaya çıkmıştır;

nitekim her kitapta kitabın mevzuunu teşkil eden akdın ve buna taallük eden terimlerin mânalarının ve tariflerinin gösterilmesi; bir takım ilmî tasnifler yapılması Mecelleye ve içindeki kitaplara bir kanundan ziyade bir ilim kitabı şekli vermektedir.

Mecellenin arabca ve rumca tercümeleri olduğu gibi bir İngiliz tarafından yapılmış çok mükemmel ve tanınmış bir tercümesi de vardır; bu G. Young'un Corps de droit Ottoman adlı külliyyatının 6 ncı cildinin 169 : 446 ncı sahifelerindedir.

§ 3. MECELLENİN ESASLARI

Mecellenin esaslarını, akidler, mülkiyet, haksız fiiller ve sebepsiz iktisap ve bir de usul-ü-muhakeme mevzuları etrafında toplamağa ve bu bakımlardan Mecellenin karakteristik noktalarını göstermeğe çalışacağız.

a — *Mecellenin akidler hakkında kabul ettiği esaslar:*

Mecelle akidler bahsinde bugünkü garp medenî hukukunun müşterek esaslarından ayrı esaslara istinat etmektedir: Mecellenin umumî heyetinin tetkiki bunun bugünkü iktisadî ve ticarî münasebetlere hâkim olan esaslardan ziyade muayyen bir ahlâk telâkkisinin prensiplerine dayandığını göstermektedir. Bu telâkki bilhassa akidlerde görülür: Mecelle bugünkü Avrupa ve Amerika hukukuna hâkim olan mukavele serbestisini kabul etmemiştir; bilâkis bir mukavelede bir tarafın şu veya bu bakımdan haiz olduğu üstün kuvvete dayanarak kendi lehine ve diğer tarafın aleyhine bir takım şartlar dermeyeran ederek âkidler arasında kurulmasını iltizam ettiği âdil muvazeneyi bozmasına mâni olmak istemiş ve şu suretle mukavelelerde iktisadî menfaatlerden ziyade bir hak ve adalet muvazenesinin hâkim olmasını iltizam etmiştir.

Bugünkü medenî hukuk mukavele serbestisini ancak umumî âdap ve âmme intizamı mefhumlarıyla takyid etmiş ve bunun haricinde tarafların diledikleri şartları dermeyeran etmelerine müsaade eylemiştir; halbuki Mecelle, mukavelelerde dermeyeran edilebilecek şartları itina ile tâyin ve tahdit eylemiştir. Şart hakkında konulan bu hükümler bey' akidinde tedvin edilmiştir.

Mecellenin mazbatasında bu meseleden şu suretle bahsedilmektedir: «Zamanımızda cereyan eden alış verişler ekseriya bazı şartlara bağlıdır; halbuki Hanefi mezhebinde ise akdın içinde dermeyeran edilen

şart nevilerinin ekserisi bey'i ifsat eder, bu bakımdan şartlı bey'i bahsi heyetimizde bir çok münakaşaları mucip oldu.» Bundan sonra bu mesele hakkında muhtelif büyük islâm hukukçularının reyleri izah edildikten sonra şu neticeye varılmaktadır: «Binaenaleyh Hanefî mezhebinde ortalama bir yol tutularak bey'in şartları caiz, müfsid ve lağiv diye üç kısma ayrılmıştır; şöyle ki bey' akdinin muktezasından icabından olmayan yahut akdın muktezasını teyid etmeyip âkidlerden birine faydası olan şart müfsit (yani bozucu) ve ona bağlı bey' fasit (yani feshi kabil) olur ve bir tarafa nef'i olmayan şartla bey' sahih ve şart lâğvidir (yani varlığı ile yokluğu müsavi, yok gibidir) zira alım ve satımdan maksat temlik ve temellük hususu yani mânisiz ve zahmetsiz müşterinin mebie ve bayiin semene malik olmasıdır; halbuki bir tarafa faydalı şartın icrasını o taraf ister diğer tarafta ondan kaçır ve neticede münazaa çıkar, bu surette ise bey' akdi tamam olmamış olur, fakat örf ve âdet münazaayı halledebileceğinden örfen kabul edilmiş olan şartla bey' caiz görülmüştür» bu suretle «Hanefî mezhebi üzere bey'i müfsit olmayan şartların beyaniyle iktifa olunmuştur.»

Bu esastan hareket eden Mecelle bey' kitabının birinci babının dördüncü faslını (şartla bey) e tahsis etmiş ve bu fasılda caiz olan şartları göstermiştir. 186 ncı maddeye göre «bey'in muktezasından olan şartla bey' sahih ve şart muteber olur» Mecelleye göre bayiin semeni kabzedinceye kadar mebiî hapis etmek hususunda dermeyan edeceği şart bey'e zarar vermeyip akdın muktezasından sayılmış ve muteber olarak kabul edilmiştir. Aynı suretle 187 nci maddeye nazaran «akdın muktezasını teyit eden şartla bey' sahih ve şart muteberdir» Mecelle buna misal olarak bir şeyi rehin vermek yahut filân kimseyi kefil göstermek şartıyla yapılan bey'ileri göstermiştir. Zira bu şartlar akdın muktezası olan semenin ödenmesini teyit eyler. 188 inci maddeye göre de «mahallî örf ve âdetin tanıdığı şartla bey' dahi sahih ve şart muteberdir» buna misal olarak da Mecelle kilidi yerine mihlamak şartıyla satmağı göstermiştir. Nihayet 189 uncu maddeye göre de «âkidlerden birinin menfaati olmayan şartla bey' sahih olup ancak şart fasittir» buna misal de başkasına satmamak veyahut mer'aya salıvermek şartıyla bir hayvanı satmaktır. Bu halde «bey' sahih ve muteber ve fakat şart hükümsüzdür».

İşte Mecellenin bey' akdinde muteber saydığı şartlar bunlardır. Bunların dışında kalan ve âkidlerden bir tarafın menfaatine olan şartların hem kendileri muteber değildir ve hem de içine girdikleri bey' akdini sahih olmayan bir bey' haline koyarlar.

Mecelle diğer kitaplarında şart hakkındaki bu hükümleri tekrar etmemekle beraber bazı şartların muteber olmayacağını gösteren hükümlere rastlanır. Meselâ icare kitabında 421 inci madde mesken için kullanılan binalarda başkasına kiraya verilemeyeceğine dair dermeyan edilen şartın muteber olmadığı tasrih edilmiştir. Bundan başka Mecelle her akdin sıhhati ve muhtelif ihtimaller hakkında teferrüata kadar hükümler koyduğu için mukavele serbestisini fiilen bu akidlerde de kaldırmış bulunmaktadır.

Mecellenin muhtelif kitaplarında ve muhtelif akidler vesilesiyle koyduğu hükümlerde daima kendi adalet ve hakkaniyet ölçüsü dahilinde bir muvazene kurmak ve haksız bir menfaat teminine meydan bırakmamak temayülü vardır; aynı zamanda her meseleyi teferruatına kadar tanzim ederek ihtilâflara, indî ve keyfi olabilecek takdirlere yer bırakmamak arzu ve temayülü her kitapta görülüyor. Bu itibarla Mecellede bugün Avrupa Medenî Kanunlarında görülmiyen teferruata ait hükümler vardır ve bunlar tefsirî hükümler mahiyetinde olmayıp âmir hükümlerdir. taraflar hilâfına mukavele yapamazlar.

Bu esastan hareket eden Mecelle her akdin sahih olabilmesi için lüzumlu gördüğü şartları tarafların takdirine bırakmıyarak kendi bakımından teferrüata kadar ve riayeti mecburî olarak koymuş bulunmaktadır. Meselâ icar akdinde 449 uncu maddeye göre «mecurun tayini lâzım» olduğundan «iki dükkândan biri tayin veya alâkalı seçmekte muhayyer bırakılmaksızın icar edilse icare sahih olmaz»; yani hâkime hal ve vaziyeti nazara alarak akdi tefsir ve tatbik salâhiyeti tanımamış doğrudan doğruya akdin sahih olmayacağı kabul edilmiştir. Aynı suretle 455 inci maddeye göre bir san'atkâr çalıştırılmak üzere tutulsa bu bir kiradır ve bu kiranın sahih olabilmesi için «menfaatin malûmiyeti» lâzımdır bu da «işin beyaniyle yani ne yapacağını ve nasıl yapacağını tayin ile olur» meselâ «esvap boyatılacaksa esvabın boyacıya gösterilmesi veya kalınlık veya inceliğinin ve renginin bildirilmesi lâzımdır» aksi takdirde akit sahih değildir.

Sahihi olmayan bir icarenin hükmü yerine getirilse icare sahih olmadığı için tarafların aralarında kararlaştırdıkları ücretin ödenmesi lâzım gelmez; kiralanan şeyin mahkemece takdir edilecek karşılığı verilir, yani akdi ücret yerine o şeyin emsali nazara alınarak takdir edilecek bir ücret verilir ve bu ücret akdi ücretin üstünde olamaz.

Mecellede mukavele serbestisini kaldıran hususlardan biri de akdin mevzuunu ve maddesini tayin edecek şeyleri de teferruatıyla tayin etmesi ve bu noktada alâkalılara bir serbestlik tanımamasıdır; bunun en mühimmi yine bey' akdinde görülür :

105 inci maddeye göre «beyî malı mala değişmektir». Binaenaleyh bey'in mevzuu bir «mal» olacaktır; mal ise 126 ncı maddede tarif edildiği gibi «insan tabiatının hoşuna gidecek ve ihtiyaç zamanı için toplanabilecek şeydir»; bir de dinen kullanılması caiz olmayan şeyler de maldan sayılmaz. Şu halde hayvan ölüleri, süprüntü ve buna benzer insanı iğrendirecek şeyler, elektrik vesaire gibi maddî mevcudiyeti olmayan ve binaenaleyh ihtiyaç zamanı için saklanması mümkün bulunmayan şeyler ve nihayet şarap, domuz eti gibi islâm dininin kullanılmasını caiz saymadığı eşya mal sayılmayacak ve bir bey' akdine mevzu olamayacaktır. 210 uncu maddede böyle mal olmayan şeyin satılması veya onunla bir mal satın alınması batıl olduğu tasrih edilmekte ve buna misal olarak da hayvan ölüsünün satılması batıl olduğu gösterilmektedir. Mecelle iktisadî bir mefhum olan malı iktisadî olmayan bir bakımdan tarif etmekle bir çok husuları bey' akdinin dışında bırakmış, Mecellenin iktisadî hayatın seyrini takip etmesine mâni olmuş, bu bakımdan ihtiyaçları çok takyit eylemiştir. Bugün ve Mecellenin yürürlükte olduğu günlerde snai hayatta süprüntü, hayvan ölüsü ve hattâ insan ve hayvan ifrazatı gibi şeylerin iktisadî bir kıymeti haiz olduğu ve bunlar üzerinde satışlar yapıldığı nazara alınırca Mecellenin bu hükmünün hayatın realitelerinden ne kadar uzak olduğu görülür. Mecellede maddî mevcudiyeti olmayan şeylerin mal sayılmaması ve kıymetlendirilmemesi de itibar üzerine müstenit muameleleri güçleştirmiş ve bu bakımdan da tenkitleri mucip olmuştur.

Mecellenin mukavele serbestisini güçleştiren hükümlerinden biri de bey' akdinde satılan şey hakkında koyduğu hükümlerdir: 197 nci maddede göre «mebiin mevcut», 198 inci maddeye göre «teslimi mümkün» ve 199 uncu maddeye göre «ihraz edilmiş ve kullanılması dinen caiz» olması lâzımdır. 205 inci maddede «madumun — yani mevcut olmayan şeyin — bey'i batıldır» denilmekte ve buna misal olmak üzere bir ağacın henüz belirmemiş meyvasının satılması gösterilmekte ve böyle bir bey'in hükümsüz olduğu tasrih olunmaktadır. Mecelle bu sert kaideye ufak bir istisna olarak meyva ve sebze gibi şeylerin bir miktarı belirlediği halde onlara teb'an diğerlerinin de henüz belirmeden satılmalarını kabul etmiştir.

b — *Mecellenin mülkiyet hususunda kabul ettiği esaslar:*

Mecellenin mülkiyet hakkındaki telâkkileri bugün mülkiyet hakkını kabul etmiş olan devletlerin Medenî Kanunlarının aynıdır: 1192 nci maddeye göre malikin tasarruf hakkı mutlaktır, ancak başka bir

kimsenin aynı bir hakkının taallûku bu mutlak tasarruf hakkını takyit eder. 1194 üncü maddeye göre de mülkiyet hakkı mülkün üstüne ve altına da mutlak surette şâmil olur. Bu itibarla Mecelle bugün havanın ve arzın altının âmme emlâki sayılması ve ferdî mülkiyetin dışında kalması hakkındaki telâkkiyi ve bugünkü Türk Medenî Kanunu ile İsviçre Medenî Kanununun mülkün alt ve üstündeki mülkiyetin şumulünü «istimalde fayda» ile takyit etmesi hakkındaki hükmü tanınamakta ve altta ve üstte malike mutlak bir tasarruf hakkı bahşetmektedir.

Bu salâhiyet başkasının mülkiyet hakkı ile mahduttur: 1195 inci maddeye göre bir kimse evinin saçağını komşusunun evinin üzerine uzatamaz. Uzatırsa o kısım kesilebilir. 1196 ncı maddeye göre de bir kimsenin bahçesinin ağaçları komşusunun bahçesine tecavüz ederse komşu bunları ya geriye çektirir veya kestirir. 1197 nci maddeye göre hiç kimse mülkünde tasarruftan menolunamaz. Ancak bu tasarruf başkasına büyük bir zarar verdiği takdirde menolunur.

Buna mukabil Mecelle komşuluk münasebetlerine ve hukukuna büyük bir ehemmiyet vermiş ve bu münasebetleri tanzim edecek hükümler koymuştur. Bu hükümler 15 maddeye balığ olmaktadır. Mecelle şirket kitabının üçüncü babının 1213 üncü madde ile başlayan üçüncü faslında bunlar hakkında hükümler koymuştur.

Mecellenin şirket kitabında dördüncü bab olarak kolektiviteye ait olan ve umumun istifade edebileceği mallardan bahsedilmektedir. Mecelle umumun bu şeylerdeki istifadelerini bir şirket şeklinde mütalâa etmiştir, fakat bu şirket madde üzerinde iştiraki tazammun eden bir şirket olmayıp mücerred, mânevi bir şeydir, yani istifadede iştirak mânâsıdır. Umumun bu suretle istifade edebileceği şeyler su, ot ve ateştir ve insanlar, hangi din ve mezhepte olurlarsa olsunlar bunlardan istifadede şirket halindedirler. Binaenaleyh 1235 inci maddeye göre yer altında cereyan eden sular; 1236 ncı maddeye göre bir şahsın çalışması neticesinde açılmış olmayıp mevcut bulunan ve ötedenberi herkes tarafından kullanılan kuyular; 1237 nci maddeye göre denizler ve büyük göller; devlet de dahil olduğu halde, hiç kimsenin mülküne giremeyen ve umumun istimal ve istifadesine mahsus olan eşyalardır. Nehirlere gelince bunlar mülkiyet dışı kalan nehirler ve mülkiyete giren nehirler olmak üzere ikiye ayrılır: mülkiyet dışı olan nehirler bir ferdin veya bir cemaatin mülkü olan mecralara dahil olmayan nehirlerdir. Mecelle bunlara misal olmak üzere Nil, Fırat, Tuna ve Tunca nehirlerini göstermektedir. Bunlar da denizler ve büyük göller gibi mülkiyet dışında kalır ve bütün insanlar tarafından istifade edilir. İkinci kısım mülkiyete girebilen nehirlerdir ki bunlar da

iki nevidir. Bunlar esas itibariyle bir ferдин veya cemaatin mülkü sahasına girebilir. Birinci nevi şeriklerin arazisinde tükenmeyip bakiyesi kırlara akar, ikincisi ise şeriklerin arazisinde tükenir ve harice akmaz, bu tefrikin umumî faydası şudur: İkinciler üzerinde iştiraki olan yani bunlardan su alan veya hayvanlarını sulayan mülkler arasında şuf'a hakkı cereyan eder, yani bu iştirakte malikleri yabancı kimselerden korumak için, Mecelle bunlardan birisi mülkünü sattığı takdirde diğerine tercihan onu satın alabilmek hakkını tanımıştır.

Mecellenin bu husustaki hükümlerinden ve bunların istinat ettiği nazariyelerden Mecelle ve Arazi Kanunu bakımından Osmanlı İmparatorluğunda bu kolektiviteye ait malları Roma hukukunda ve bugünkü Avrupa hukukunda olduğu gibi res publica ve res nullius kısımlarına ayırmak mümkün olduğu anlaşılmaktadır. İkinciler ihraz suretiyle bir ferдин mülkiyet sahasına girerler ferdler ya bunlara maddeten el koymak veya elde etmek sebeplerini hazırlamak suretiyle malik olurlar. Bu ihraz sebeplerinden birisi de sahipsiz toprakları işleyip imar etmek suretiyle ona sahip olmaktır. Mecellenin şirket kitabınının 1234 üncü maddede başlayıp 1307 nci maddede biten ve 7 faslı ihtiva eden dördüncü babı bu insanlar arasında müşterek olan mallardan, bunlar üzerinde müştereken tasarruftan, bunların muhtelif suretlerle iktisabından bahsetmekte ve bu meseleleri en ince teferruatına kadar halleylemektedir.

Mecellenin komşuluğa verdiği ehemmiyetin tesiri, şuf'a meselesinde de görülür: 1008 inci maddeye göre şuf'a sebebi üçtür; yani üç durumda bir gayrimenkul maliki satılmakta olan gayrimenkülü tercihen satın alabilir, bu sebeplerden birincisi satılan şeyin mülkiyetinde iştiraktır, yani müşterek mülkte maliklerden biri hissesini satacak olursa diğer hissedarın şuf'a hakkı vardır, bedelini ve önce o hisseyi tercihan kendisi satın alabilir. İkincisi satılan şeyin diğer bir şey üzerinde haiz olduğu irtifak hakkı, servitud nev'inden haklarda iştiraktır, meselâ aynı yerden su almak veya aynı gayrimenkulden geçmek hakkını haiz olan iki gayrimenkulden birisi satıldığı takdirde diğer gayrimenkul malikinın şuf'a hakkı vardır. Mecelle burada servitud dolayısıyla temas halinde bulunan malikleri istemedikleri fena bir kimse ile iştirak mecburiyetinde kalmaktan korumak istemiş aynı «fond servent» üzerinde hak sahibi olan maliklere şuf'a hakkı tanımıştır. Üçüncü şuf'a sebebi de bitişik komşu olmaktır; bu sebepte yine maliki istemediği fena komşudan korumak düşüncesine dayanmaktadır. Avrupa Medenî Kanunlarında şuf'a sebeplerinin bu kadar geniş olmadığı malûmdur.

Mecelle 1009 uncu maddesinde muhtelif sebeplerden dolayı şuf'a hakkını haiz olanlar arasındaki sırayı 1010 uncu maddesinde bunların

ne zaman haklarını kullanabileceklerini, 1011 ve 1012 nci maddelerde de ne gibi hallerin bitişik komşuluk sayılacağını tayin etmektedir. Mecelle şuf'anın şartlarına, kullanma tarzına çok ehemmiyet vermiş ve şuf'a meselesine 36 maddelik dört faslı ihtiva eden bir bab tahsis eylemiştir.

Mülkiyet hakkına ve maliklerin her türlü menfaat ve hattâ arzularına çok sıkı surette riayet eden Mecelle bu hakka ancak diğer maliklerin hakları ve bir de âmme menfaati bakımından takyidler koymuştur. Âmme menfaati bakımından kullanılan en mühim takyit mülkün devlet tarafından istimlâk edilebilmesidir. Ancak Mecelle devlete bu istimlâk hakkını sadece yol zarureti yani yolu yapmak veya genişletmek ihtiyacı bakımından tanımış ve mülkün kıymetinin verilmesini ve bunun peşinen ödenmesini şart koşmuş «semen ödenmedikçe mülkün elden alınamıyacağı» 1216 ncı maddesinde tasrih eylemiştir.

Mecelle müşterek mülklerde hissedarlar arasındaki münasebetleri de ehemmiyetle tanzime çalışmış ve bu hususta da dikkate değer hükümler koymuştur: Şirket kitabının beşinci babı bu meseleye tahsis edilmiştir ve 20 maddeyi ihtiva eden iki faslı ihtiva etmektedir: 1308 inci maddeye göre müşterek mülkün tamirine şerikler hisseleri nisbetinde iştirak etmelidirler. Eğer şeriklerden birisi mülkün tamamını tamir ederse diğer hissedarın izni olduğu takdirde o iş için sarfedilmesi lâzım gelen miktardan o hissedarın hissesine isabet eden kısmını alabilir; yani müşterek mülkün tamamını tamir eden hissedar sarfettiği parayı değil sarfedilmesi lâzım gelen normal masrafı ve o hissedarın da izni olmak şartıyla alabilir. Müşterek mülkün hissedarlarından kaybolanlar varsa tamir etmek isteyenlerin hâkimden izin almaları lâzımdır, yani hissedar bulunmadığı takdirde hâkimin izni hissedarın izni yerine kaim olur, (madde 1310). Fakat bu suretle hissedardan veya hâkimden izin almaksızın veya hissedarın muhalefetine rağmen mülkün tamamını tamir ettiren hissedar yaptığı masrafları diğerinden alamaz; hattâ böyle bir imtina halinde hâkime müracaat etse, yani müşterek mülkü harabiyetten kurtarmak için tamire müsaade edilmesini ve hissedarın borçlandırılmasını hâkimden istese hâkim dahi buna müsaade edemez; Mecelle 1312 nci maddesinin ikinci fıkrasında bu hükmü koyduktan sonra bunun sebebi olarak külli kaidelerin 25 inci maddesindeki «bir zarar kendi misli ile izale olunamaz» prensibini göstermiştir. Bu takdirde malik için müşterek mülkün taksimini istemekten başka çare yoktur. Ancak 1313 üncü maddeye göre taksimi kabil olmıyan müşterek mülkler bu kaideden istisna edilir; bunlarda hissedarlardan biri tamir etmek isteyip de şeriki imtina ederse hâkimin izniyle ve normal masrafla tamir ettirebilir ve tamir masrafı şerikinden alacağı olur.

Mecelle bu babın ikinci faslını nehir ve mecraların temizlenmesine tahsis etmiştir. 1321 inci madde mülk olmayan yani âmme emlâkinden sayılan nehirlerin temizlenmesi hakkında dikkate değer bir hükmü ihtiva eder: Bu gibi nehirlerin temizlenmesi devlete ait bir vazifedir, ancak devletin malî durumu bu işe müsaade etmiyorsa nehri temizlemek ferdler için bir mecburiyet teşkil eder, yani cebren halka temizlettirilir.

c — Haksız fiillerden ve sebepsiz iktisaptan doğan borçlar hakkında Mecellenin koyduğu esaslar:

Mecellenin haksız fiil hakkındaki hükümleri 8 inci kitabında ve ve sebepsiz iktisap hükümleri de dağınık şekilde ve muhtelif vesilelerle muhtelif kitaplarda mevcuttur.

Mecellenin bu kitabında haksız fiil olarak gasp ve itlâftan bahsedilmektedir. 881 inci maddeye göre gasp bir kimsenin izni olmaksızın malını almak ve zapt etmektir. İtlâf ise iki kısma ayrılmaktadır: Doğrudan doğruya telef etmek (887), bir şeyin telefine sebep olmak (888).

Gasbın hükmü gasbedilen şey aynen mevcutsa gasbedildiği yerde sahibine iade mecburiyetidir (890). Şayet gâsıp o şeyi telef etmişse işbu telef hâdisesinde kusuru olsa da olmasa da o şeyin misli varsa mislini yoksa gasbedildiği yerdeki kıymetini öder (891). Gasbedilen şey mevcut olmakla beraber hali değişmişse sahibi isterse bu halile kabul eder isterse telef olmuş gibi tazmin ettirir (897). Şayet gasp eden kimse ona kendi malından bir şey ilâve ederek bazı vasıflarını değiştirmişse sahibi isterse tazmin ettirir, isterse aynen alır ve fakat ilâve edilen ziyadenin kıymetini gâsıba öder (898). Gasptan sonra gasbedilen şeyin kıymeti kendiliğinden azalmışsa sahibi yine kabule mecburdur. Fakat gasbedenin kullanmasıyla kıymeti azalmış bulunursa o zaman gâsıp bu kıymet tenakusunu ödemek mecburiyetinde kalır (900). Mecelle emanetin inkârı halini de gasp saymaktadır (901).

Gayrimenkullerin gasbı halinde de gâsıp onu değiştirmeden sahibine iade etmek mecburiyetindedir; şayet kendi fiilile o gayrimenkulün kıymetine noksan gelirse bu kıymet noksanını tazmin eder (905). Gasbedilen arazi üzerine bina yaptırılır veya ağaç dikilirse gâsıp bunları yıkıp kaldırarak araziyi iade etmek mecburiyetindedir. Eğer yapılan binaların veya dikilen ağaçların kaldırılması arza zarar veriyorsa arz sahibi bunların enkaz kıymetinden yıktırma masrafını da tenzil ettikten sonra mütebaki bedeli vererek onları zaptedebilir (906). Görülüyor ki Mecelle bina veya ağaç sahibinden ziyade toprak sahibini himaye etmekte, binanın veya ağaçların kaldırılmasından husule gelebilecek zararı esas itibariyle

nazara almamakta, ancak zarar toprak sahibine terettüb ediyorsa o zaman bina veya ağaçları yerinde bırakmaktadır. Bu da Mecellenin gâsıplara karşı çok sert davrandığını göstermektedir. Bu kaidenin bir istisnası aynı maddenin son fıkrasında beyan edilmektedir: bina veya ağaçların kıymeti arzun kıymetinden fazla ise ve bunları yapan kimse hüsnüniyet ile yani bir hakkının mevcut olduğunu farzederek yapmış bulunuyorsa o zaman bina veya ağaç sahibi toprağın bedelini vererek toprağa temellük eder.

Haksız fiilin diğer nev'i olan itlâfta Mecelle Avrupa medenî huku-kundan ayrılmış ve tazmin için failin kusurunu aramamıştır. 912 nci maddeye göre bir kimse diğerinin malını ister kasden isterse kasdî olmaksızın telef etse tazmin etmek mecburiyetindedir. 913 üncü maddeye göre birinin ayağı kayıpta düşerek başkasının malını telef etse, 916 ncı maddeye nazaran bir küçük diğerinin malını telef etse tazmin mecburiyetindedir. Bu hallerde kusur ve hattâ ehliyet aranmamakta, tazmin borcu kusurun değil otomatik bir surette fiilin neticesi sayılmaktadır. Bu prensibin tabii bir neticesi iki tarafın da yani zararı ika eden ile zarara uğrayanın fiilleri birlikte olan hallerde tazmin borcunun yarıya inmesidir: 915 inci madde bu prensibin bir neticesidir; bu maddeye göre bir kimse diğerinin elbisesini çekip yırtsa tamam kıymetini öder, fakat elbiseyi tutsa ve diğeri kurtarmak için çekip yırtsa veyahut bir kimse diğerinin elbisesinin eteğine otursa ve elbise sahibinin kalkmasıyle elbise yırtılsa ancak elbisenin kıymetinin yarısı tazmin edilir.

İtlâfın ikinci kısmını teşkil eden bir şeyin telefine sebep olmak halinde de sebep olanlar için tazmin mecburiyeti vardır; ancak bir şeyin telefine sebep olanlar hakkında tazmin hükmü verilebilmesi için onların kasden hareket etmiş ve fiillerini haksız olarak işlemiş bulunmaları şarttır (924). Yani doğrudan doğruya itlâfta aranmayan kast ve kusur itlâfa sebep olmak halinde aranılır. Bir de zararın husulünde hem doğrudan doğruya fail ve hem de o zarara sebebiyet veren bir kimse bulunsa tazmin borcu faile düşer; sebep olana mes'uliyet terettüb etmez (925).

Eşya veya hayvandan husule gelen zararlar da tazmin borcunun doğması için o şey veya hayvanın sahibine evvelce ihtarda bulunulmuş olmak lâzımdır. Böyle mukaddem bir ihtar mevcut olmadıkça zararın tazmini icap etmez.

Sebepsiz iktisap neticesi tazmin Mecellede kabul edilmemiştir. Yukarıda müşterek mülkiyet dolayısıyla de söylendiği gibi bir kimse diğerinin emir veya izni olmaksızın onun menfaatine bir şey yapsa meselâ bir müşterek mülkü tamir etse bu bir teberrü sayılır ve istifade etmiş olan kimse bunun mukabilinde bir şey ödemek mecburiyetinde kalmaz.

đ — *Mecellenin usulü muhakemeye taallük eden prensipleri:*

Mecellenin usulü muhakemeye ait bir kısım hükümleri de ihtiva ettiğini söylemiştik. Bunlar usulü muhakemenin sistematik bir şekilde tedvin ve izahı sayılamaz: on üçüncü kitap ikrar, on dördüncü kitap dâva ve on beşinci kitap beyineler tahsis edilerek on altıncı ve son kitapta da doğrudan doğruya kaza fonksiyonunu ve hâkimi alâkalandıran hükümler tedvin edilmiş bulunmaktadır.

İkrar kitabında Mecelle ikrarın muteber olması için lâzım gelen şartları koymuştur: İkrarın muteber olması için ikrar edenin reşit olması; mahcur bulunmaması; ikrarda rızası yani ikrarın rıza ile vaki olması ve görünen hal ve vaziyetlerin ikrar edilen şeyi tekzip etmemesi şarttır (1572 : 1578).

Mecelle ikrarın mevcut ve muteber olması için lâzım gelen yukarıda hülâsa ettiğimiz şartlardan sonra ikrarın sahih olması için de bir takım şartlar koymuş ve nihayet ikrar kitabının üçüncü babında ikrarın hükümlerini göstermiştir: 1587 nci maddeye göre; ikrar edenin aleyhine delil olur; ancak hâkimin hükmiyle ikrar tekzip olunursa hükümsüz kalır. Mecelle buna misal olarak şöyle demektedir: Bir kimsenin satın alıp da elinde bulunan bir şeye bir başkası müstahik çıkarak onu iddia etmesi üzerine muhakeme esnasında ve dâvalı bu mal filân adamın idi bana sattı dediği ve şu suretle o malın bayie ait olduğunu ikrar eylediği halde müstahik dâvasını kazansa dâvalı bayie rücu ederek bedeli isteyebilir. O malın bayie ait olduğunu ikrar etmiş olması bayiden dâvasına mâni olmaz, çünkü hâkimin müstahik lehine verdiği hükümde ikrar tekzip edilmiş ve ortadan kalkmış bulunmaktadır. Başkasının hakkı taallük eden bir meselede ikrardan rücu sahih olmaz (1588). Ancak bir kimse vuku bulan ikrarının doğru olmadığını iddia etse bunu isbata hakkı olmayıp ancak lehine ikrar vaki olan kimseye ikrar edenin ikrarının doğru olduğuna dair yemin teveccüh eder; meselâ bir kimse borcu olduğuna dair bir senet verdiği ve şu suretle borcu ikrar eylemiş bulunduğu halde bu ikrarının doğru olmadığını iddia ederse ikrar lehine vaki olan alacaklıya yemin düşer (1589).

1591 inci maddeye göre bir kimsenin nefesine muzaf olarak bir ikrar yapması meselâ elimde olan bütün mallarım ve eşyam falan kimsenindir demesi bir ikrar mahiyetinde olmayıp hibe mahiyetindedir ve binaenaleyh teslim ve kabz olmadıkça tamam olmaz.

Mecelle ikrar kitabının ikrar hükümlerine dair olan üçüncü babının üçüncü faslını hastaların ikrarına tahsis etmiş ve hastanın hangi halindeki ikrarın hastalık tesir ve korkusu sayılarak hükümsüz sayılacağı ve

hangi hallerde böyle bir ikrarın vasiyet mahiyeti alacağı hakkında hükümler koymuştur.

İkrar kitabının dördüncü babında yazılı ikrarlardan dolayısıyla senetlerden bahsedilmektedir. Mecelle bu arada 1608 inci maddesinde tüccarların defterlerindeki kayıtların da yazılı ikrar mahiyetinde olduğunu tasrih etmektedir.

Mecelle dāvaya tahsis ettiği on dördüncü kitabında dāva esası ve şartlarıyla müruruzaman hakkında hükümler koymuştur. 1613 üncü maddeye göre dāva bir kimsenin diğerinden hâkim huzurunda hakkını talep etmesidir. Dāvanın sahih olması için gerek dāvacının ve gerek dāvalının mümeyyiz olmaları, aksi takdirde dāvanın veli veya vasileri tarafından açılmış bulunması; dāvalının ve dāva edilen şeyin malûm bulunması şarttır (1617, 1619).

Mecelle 1618 inci maddesinde dāvada hasmın huzuru lâzım olduğunu söylemekte ve şu suretle esas itibariyle gıyabî dāvayı kabul etmemektedir. Şayet dāvahı mahkemeye gelmekten veya vekil göndermekten imtina ederse ve cebren getirilmesi de mümkün olmazsa kaza kitabındaki 1834 üncü maddeye göre dāvahıya ayrı ayrı günlerde üç davetiye gönderildikten sonra hâkim o kimse için bir vekil tayin ederek dāvayı o vekilin huzurunda rüyet eder. Şu suretle dāvahı mahkemede temsil ve müdafaa edilmiş olur.

Dāva kitabının birinci babının ikinci faslında defi hakkında hükümler konduktan sonra üçüncü faslında bir dāvada kimlerin hasım olabileceğine dair hükümler konmuştur. Bu hükümlerin esasını ikrar teşkil etmektedir: Bir dāvada dāvahı ancak ikrar ettiği takdirde ikrarına bir hüküm terettüp edebilecek kimsedir. Eğer dāva, ikrarına hüküm terettüp etmeyecek bir kimse aleyhine açılmışsa dāvanın husumet bakımından reddi lâzım gelir, ancak veli ve vasilerle vakıfların mütevellileri bu hükümden müstesnadır; bunların ikrarlarına bir hüküm terettüp etmez; bunlar ancak kendi yaptıkları akidleri ikrar edebilirler; buna rağmen husumetleri muteberdir (1634). Â.ın dāvalarında ise hasım ancak zil-yedir (1635).

Mecellede hükmî şahıslardan ve hükmî şahıslar namına dāvacı veya dāvahı kim olacağından bahsedilmemekle beraber bu noktayı alâkalandıran iki madde vardır: Ahalisi yüz kişiden fazla olan bir köy ahalisi namına onlardan biri veya bir kaç köyün müşterek işleri veya malları için dāva edebilirler veya bir dāvada hasım olabilirler; fakat nüfusu yüzden aşağı olan yerlerde dāva köy halkının bütünü tarafından veya bütünü aleyhine açılmak lâzımdır (1645, 1646).

Mecelle menfaati umuma ait olan yerler hakkında da orijinal bir hükmü ihtiva eder: 1644 üncü maddeye nazaran «umumî yollar gibi menfaati umuma ait olan yerlerin dâvasında âmmeden yalnız birisi dâvacı» olabilir.

Dâva kitabının ikinci babında müruruzamandan bahsedilmektedir. Mecelle müruruzaman için iki müddet kabul etmiştir: Umumî müruruzaman on beş senedir; bir vakfın aslına taallûk eden dâvalarda ise müruruzaman 36 senedir (1660 : 1661). Müruruzamanın mebde'i dâva edilen şeyi dâvaya salâhiyet geldiği tarihtir; binaenaleyh müeccel olan bir alacakta müruruzamanın mebdei alacağın doğum tarihi değil vadenin hulûlü ve binaenaleyh dâvaya salâhiyet geldiği tarihtir. Müruruzamanın mahiyeti hakkında Mecellenin kabul ettiği esas Avrupa medenî hukukundaki esasın aynıdır: 1674 üncü maddeye göre zaman geçmekle hak sakit olmaz, yalnız mutalebeye imkân kalmaz. Binaenaleyh dâvalı hâkim huzurunda hakkın mevcudiyetini ikrar etse artık müruruzaman def'inde bulunamaz. Binaenaleyh müruruzaman yalnız dâvanın iptidaen dinlenmesine mânidir.

Mecelle müruruzamanın dâvanın istimama mâni olması için müddetin mazeretsiz geçmesini şart koymuş ve müruruzamanı tatil edecek sebepler kabul etmiştir. 1663 üncü maddeden anlaşıldığına göre müruruzamanı tatil eden sebepler dâvacının küçüklük, matuhluk veya cinnet gibi bir sebeple mümeyyiz olmaması; Mecellenin tayin ettiği bir mesafede uzakta bulunması; hasmın mütegalibeden olması yani dâvaya mâni olacak nüfuzlu bir durumda bulunması gibi sebeplerdir.

1666 ncı maddeye göre her dâva ikamesi müruruzamanı kateder, fakat hâkim huzurunda olmayan iddia ve talepler müruruzamanı katetmez.

1675 inci maddeye göre «umumî yol ve nehir ve mer'a gibi menafii umuma ait olan yerlerin dâvasında müruruzamana itibar olunmaz.»

Beyyinelere taallûk eden on beşinci kitapta Mecellenin kabul ettiği beyyinelere şahadet, tevatür gibi şahsî deliller; yazılı deliller; kuvvetli karine ve yemindir. Mecelle deliller arasında şahadete büyük bir yer vermekte ve şahadeti takdirî bir delil saymıyarak kanunî ve kat'î deliller arasına koymaktadır. Şahadetin bu kuvvetli hükmüne mukabil Mecelle şahadetin muteber olması için bir çok şartlar koymuştur. Şahadetin nisabı iki erkek veya bir erkekle iki kadındır; ancak erkeklerin ittulâ edemeyeceği hususlarda kadınların şahadeti kâfi görülüyor, bundan az nisaptaki şahitlerin, dilsiz ve körlerin şahadetleri makbul değildir (1685 : 1686).

Şehadetin muteber olması için şahitlerin şahadet ettikleri hususu bizzat görmüş olmaları şarttır, işitmiş olmağa müsteniden şahadet muteber değildir; yalnız velâyet, ölüm ve nesep hususlarında işitmeğe müstenit şahadet kabul edilir (1687 : 1688). Mecellenin şahitlerin şahsa ve şahadetin şekline dair hükümler koymuş ve şahadetin dâvaya mutabık olmasını ve şahitlerin ifadelerinin birbirine uymasını esaslı bir şart saymıştır.

Şehadetin kabul edilebilmesi için şahadetten sonra hâkim şahitlerin şahısları hakkında tahkikat yapar ve bu tahkikat müsbet netice verirse şahadeti kabul eder. Birinci babın altıncı faslı bu tahkikat hakkındaki hükümleri ihtiva etmektedir.

Tevatür şahadetten farklıdır; tevatür yalan üzerine birleşmeleri aklen caiz olmayan bir kalabalığın verdiği haberdır. Tevatür şahadet gibi sayı ile mahdut değildir, şahadetteki mutabakat şartları tevatürde yoktur. Buna mukabil tevatür takdiri bir delildir, birinci babın altıncı faslı tevatüre ait hükümleri ihtiva eder.

Deliller kitabının ikinci babının birinci faslında yazılı delillerden bahsedilmekte ve bunların muteber olabilmesi için tezvîr ve tasnî şüphesinden salim olması şart ittihaz olunmaktadır. İkinci faslında kesin karineden bahsedilmekte ve bunun da hükme medar olacağı kabul olunmaktadır. Mecellenin 1741 inci maddesine göre kesin karine yakın derecesine varan emaredir. Mecelle buna misal olarak henüz öldürülmüş bir adamın bulunduğu yerden elinde kanlı bir bıçakla ve telâş içinde bir adamın çıkmakta olmasını göstermektedir. Adamın elindeki bıçak, hal ve vaziyet katil olduğuna kesin karinedir.

Deliller kitabının dördüncü babında muhtelif beyyinelerin tercihinde takip edilecek hükümleri koymaktadır. Bu babın dördüncü faslında mevcut fiilî vaziyetlerin beyyine bakımından rolü ve mevkii gösterilmektedir.

Mecellenin son kitabı olan on altıncı kitabı hâkimden ve kaza fonksiyonundan bahsetmektedir. Hâkim şer'i hükümler dahilinde insanlar arasındaki dâvaları görmek üzere hükümdar tarafından tayin edilen zattır (1785). Hâkim anlayışlı, doğru, kendisine emniyet edilir ve metanetli (1792); fıkıh ilmine ve usulü muhakemeye vâkîf ve dâvayı görmeğe muktedir (1793) ve tam bir temyiz kudretine malik (1794) olmalıdır. Hâkim icrayı muhakeme ve hüküm hususunda hükümdarın vekilidir (1800) yani alelâde bir hükümet memuru olmayıp hükümdar namına hareket eden bir vekil durumundadır. Hâkim muhakemeyi alenen icra eder, fakat hükümden evvel dâvanın neticesini ve ne suretle hüküm vereceğini bildirmez (1815).

Mecelle tahkimi de kabul etmiş dördüncü babda tahkime dair meseleleri toplamıştır. Mecellenin usulü muhakemeye ait hükümlerinden hâkime geniş bir takdir hakkı tanımak istemediği, her ihtimali evvelden gözönünde tutarak hükümler koymak sistemini tercih ettiği anlaşıl-maktadır.

§ 4. MECELLENİN TADİLİ TEŞEBBÜSLERİ VE YÜRÜRLÜKTEN KALKMASI

Mecellenin çok kuvvetli esasları ihtiva ettiğinde ve Osmanlı İmpa-ratorluğunun Medenî Kanun ihtiyaçlarını uzun müddet karşıladığında şüphe edilemez. Bilhassa tarifleri, teferrüata ait hükümleri ihtiva etmesi, gerek alâkalıların ve gerekse hâkimin takdir salâhiyetlerini çok takyit eylemesi bugünkü hukuk tekniği ve medenî hukuka hâkim olan prensipler bakımından mahzurlu görülmekle beraber ilim ve hukuk seviyesinin ve ahlâkın düşkün olduğu inhitat devirlerinde bu kayıtlar faydalı olmuş ve cemiyetin o zamanki bünyesine uymuştur.

Mecellenin üslûbundaki ve hükümlerindeki vüzuh ve kat'iyet te ona mevzuat arasında iyi bir yer vermiştir. Mecelle arab memleketlerinde ve arab âlimleri arasında da iyi karşılanmıştır.

Bununla beraber Mecellenin tekâmül halinde bulunan bir cemiyetin ihtiyaçlarına uymasına imkân yoktu. Onun değişmez dinî esaslara istinat etmesi; tedvininde kullanılan kaidelerin cemiyetin değişen ihtiyaçla-rından ziyade değişmez esaslara, nakillere istinat ettirilmek mecburiyeti daha doğuşunda, bazı noktalarda cemiyetin yaşayan durumundan ve ihtiyaçlarından hariç kalmasını intaç etmiştir. Mecelle heyetini teşkil edenler ihtiyaçlara en uygun reyleri aramışlarsa da mahdut esasların dışına çıkmamaları bu arzularının tahakkukuna mâni olmuştur. Yukarıda da beyan ettiğimiz gibi Mecelle Hanefî mezhebinin en tanınmış hukuk-çularının reylerine istinat eder. Diğer mezheplerden istifade edilemediği gibi Hanefî mezhebinin nisbeten zayıf sayılan âlimlerinin reylerinden bile faydalanılamamıştır.

Mecellenin darlığı bilhassa ticaret sahasında hissedildi: Mecellenin mal telâkkisi, şart hakkında koyduğu takyitler, akitlerin inikat ve sıhhat şartları hakkındaki sıkı hükümleri mukavele serbestisine istinat eden ticaret âleminin ihtiyaçlarına uymuyor, ihtilâfların hallinde bir çok güçlükler doğuruyordu.

1908 İkinci Meşrutiyetten sonra Mecelle hakkındaki tenkitler çoğaldı; fakat Mecellenin tadili çok güç ve şer'î hükümlerden ayrılmak biraz da

tehlikeli sayılıyordu. Bilindiği gibi imparatorlukta, Mecellenin usulü muhakeme hükümleri dışında Avrupa kanunlarından ve bilhassa Fransadan iktibas edilmiş bir Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu vardı. 30 Nisan 1914 tarihli bir kanunla bu Usulü Muhakeme Kanununun 64 üncü maddesi tadil edildi ve bu muaddel 64 üncü madde ile Mecellenin mukavele serbestisini takyit eden hükümleri kaldırılarak aksi prensip kabul olundu; 64 üncü madde yerine kaım olan kanunun birinci fıkrası mukavele serbestisi prensibini koyuyor, ikinci fıkra da mal tarif edilmek suretiyle Mecellenin dar mal telâkkisinden ayrılıyor ve üçüncü fıkrada taraflar mukavelenin esaslı noktalarında anlaşmaları takdirde muteber olacağı ve diğer noktalarını hâkimin halledeceği tasrih edilerek mukavelelerin sıhhat şartlarının Mecellenin dar çerçevesinden kurtarılmasına çalışılıyordu.

1920 - 1921 senelerinde mütehassıs bir heyet marifetiyle Mecellede tadiller yapılmağa teşebbüs edildi. Bu heyet islâm hukukuyla mukayyet olmakla beraber sadece Hanefî mezhebi ile iktifa etmiyerek diğer mezheplere müracaat edebilecekti. Bu heyet bey' ve icare kitaplarında tadiler yaptı ve lüzum gördüğü yerlerde Şafii, Hanbeli, Malikî mezheplerinden de faydalandı; fakat bu tadiller kanun halini alarak yürürlüğe girmedi.

1323 te daha geniş salâhiyetli bir komisyon kuruldu. Bu komisyon ilk içtimamı 3 Mayıs 1923 tarihinde İstanbulda yaptı ve dört mezheple beraber bütün dünya Medenî Kanunlarından da faydalanarak yeni bir Medenî Kanun tanzimine başladı.

Bu komisyonun da mesaisi sona eremedi, 1926 senesinde İsviçre Medenî Kanuniyle Borçlar Kanunundan iktibas edilen Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ile Medenî Kanunun mer'iyet şekli hakkında bir kanun neşredildi ve bu suretle Mecelle ile bu Medenî Kanuna ve Borçlar Kanununa muhalif tekmil hükümler yürürlükten kalktı.

Dr. Sıddık Sami Onar