

Türkiye’de Hukuk Alanında Yapılan İlk Doktora Tezi

Mehmet Akman*

The academic degrees in the western learning tradition have a history of more than eight centuries. The earliest doctoral dissertation recorded was submitted in Bologna University towards the middle of the twelfth century, which was in the field of civil law. Throughout the Middle Ages granting *licentia docendi* in the Western countries remained within the prerogative of Papacy. On the contrary, in the Islamic world “granting *İjaza*” continued as a “personal” matter between the master and his disciples without there being a formal procedure. In the nineteenth century the degree of “*alimiyya* (scholarship)” seemed to be used instead of doctorate degree. With the introduction of the law regulating the procedure of granting this degree, the task of the assessment of the students was not left to the professors; instead an examinational procedure in front of a body of scholars was adopted. In İstanbul, those who complete a four-year program of Darulfunun-i Sultani Hukuk Mektebi would have the right of receiving the title of “Doctor” after passing the required PhD examination. Rupen Ohannes Karakaşyan’s dissertation, which was submitted to the Galatasaray Medrese-i Hukuk-i Şahane, dated Ramazan 1298/July 1881, was, as far as we know, the first PhD dissertation in the field of law. The title of this dissertation, which was about the law of obligations, was “*Mecelle madde 804-832, Ariyetin Mîlel-i Muhtelifle ile Tatbiki-Mecelle Articles 804-832: The application of loans according to the various Nations*”. Since in Ottoman lands it was the first PhD dissertation in the modern sense in the field of law, it would be appropriate to put a latinized version of it to the academic world.

Key words: doctoral dissertation, alimiyya, İjaza, Darulfunun-i Sultani Hukuk Mektebi, Galatasaray Medrese-i Hukuk-i Şahane

Batıda akademik derecelendirmenin sekiz asırdan fazla bir geçmişe sahip olduğu görülmektedir. Kayıt altına alınan ilk doktora tezi on ikinci yüzyılın ortalarında İtalya’da, Bolonya Üniversitesi’nde medeni hukuk sahasında yapılmıştır. Bunu kanonik hukuk, ilahiyat, tıp, dil bilimi, mantık ve felsefe alanlarındaki doktora çalışmaları izlemiştir. İlk Avrupa üniversitelerinin çoğu papalık tarafından kurulmuş olup akademik unvanlar papanın temsilcileri tarafından ve onun verdiği yetkiye binâen tevcih olunmuştur. Akademik derecelendirme geleneği İtalya’dan diğer Avrupa ülkelerine, İspanya, Fransa ve İngiltere’den de bunların Amerika kıtasındaki sömürgelerine sıçramıştır. Orta Çağ boyunca doktor, master ve profesör unvanları eş anlamlı olarak kullanılmış ve sahiplerinin öğretme yet-

* Prof.Dr. M.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

kisini haiz oldukları anlamına gelmiştir. Doktor kelimesi öğretme anlamına gelen Latince *docere* kelimesinden türemiştir. Orta Çağ'da bu unvan genellikle önde gelen bilginlere mahsus olmuştur. Duns Scotus, Mahir Doktor (Subtle Doctor) namıyla tanınmış, Saint Thomas d'Aquino ise Melek Doktor (Angelic Doctor) lakabıyla meşhur olmuştur. Doktor unvanı bazen papa veya imparatorlar tarafından fahri olarak tevcih edilmiş, bunların sahiplerine *doctores bullati* denilmiştir. Emek sarfedilerek kazanılan doktora derecesi sahiplerine ise *doctores riti promoti* ismi verilmiştir. Bu unvanı alabilmek için aday Lâtince bir tez hazırlamalı ve mensup olduğu okulun hocalarından birine karşı, diğer adaylara ve kamuya açık olarak tezini savunmalıydı. Tezini başarıyla savunan adaydan hocalarına hediyeler alması ve arkadaşlarını eğlendirmesi beklenirdi¹.

Akademik derecelendirmeye vücut veren düşüncelerin İslâm dünyasında doğduğu, fıkıh meselelerinin tartışıldığı ders halkalarının bunun nüvesini oluşturduğu, batı üniversitelerinin temeli olan *college* ların büyük oranda medrese geleneğinden etkilendiği ileri sürülmüştür². George Makdisi tarafından savunulan bu tez üzerinde yeterince durulmadığı ve hak ettiği yaygınlığa kavuşmadığı belirtilmelidir. Makdisi'ye göre *licentia docendi* nin Orta Çağ Hristiyan üniversitelerinde görülmeye başlamasından çok önce bu kurum *icazetü't-tedris* veya *el-icaze bi't-tedris* adı altında İslam bilim çevresinde zaten mevcuttu. Üstelik batıda *licentia*, papa veya onun temsilcilerinden alınacak izin veya ruhsat anlamına gelirken İslam dünyasında *icazet* bu menfi anlamı içermemekte idi. Yine Makdisi'ye göre doktora geleneği tarih boyunca üç evreden geçmiştir. (1) Klâsik İslamdaki *icazetü't-tedris*, (2) Ortaçağ Hristiyanlığındaki *licentia docendi*, (3) Modern anlamdaki doktora. Birinci ve üçüncü devrelerde temel öğeler ortak iken Hristiyan-Lâtin Orta Çağında bu kurum bulunduğu yeni çevrenin şartlarına uyumuş ve değişmeye maruz kalmıştır³. Orta Çağ boyunca *licentia docendi* batı ülkelerinde papalığın denetiminde kalmıştır. Buna mukabil İslâm dünyasında *icazet verme* öğrenci ile müderris arasında "kişisel" bir mesele olmaya devam etmiş, resmi bir sistem devreye girmemiştir⁴. Esasen İslam dünyasında öğrencinin hangi medresede okuduğuna değil hangi hocalardan ders aldığına bakılırdı. Özellikle icâzetnâme-lerde hoca silsilesine vurgu yapılırdı⁵.

¹ The Encyclopedia of Education, New York 1971, c. 3, s. 26.

² George Makdisi, *The Rise of Colleges*, Edinburgh 1981. Bu önemli eser önce Arapça'ya (*Neş'e-tü'l-külliyât, Me'âhedü'l-ilm inde'l-müslimin ve fi'l-garb*, çev. M. Seyyid Muhammed, Cidde 1994), yakın zamanlarda da Türkçe'ye (*Ortaçağ'da Yüksek Öğretim, İslam Dünyası ve Hristiyan Batı*, çev. A.H. Çavuşoğlu, H.T. Başoğlu, İstanbul 2004) çevrilmiştir.

³ George Makdisi, *The Rise of Humanism in Classical Islam and the Christian West*, Edinburgh 1990, s. 27.

⁴ George Makdisi, "Madrasa and University in the Middle Ages", *Studia Islamica*, XXXII (1970), s. 260.

⁵ Mehmet İpşirli, "Medrese", *DİA*, c. XXVIII, s. 330.

Orhan Bey’in 1331’de İznik’de ilk Osmanlı medresesini kurması ile II. Mehmet’in tahta geçmesi arasındaki 120 senelik süreyi inceleyen İhsanoğlu, Türk-İslam medrese geleneğini tevarüs eden Osmanlı medreselerinin bu devrede Barkan’ın deyimiyle kolonizatör dervişler (fakılar) yetiştirmeyi amaç edinerek devletin batıya yayılmasının bir aracı olarak hizmet ettiğini ifade etmektedir⁶.

II. Mehmet devrinden itibaren medrese sistemi olgunlaşmış ve I. Süleyman’ın Süleymaniye Medreselerini yaptırmalarıyla tekamül seviyesine varmıştır. Meşhur teşkilat ve teşrifat kanunnamesiyle ulema ile ilgili hükümlere kamu-sallık kazandıran Fatih Sultan Mehmet’in medreseleri aşağıdan yukarıya şöyle sıralanır⁷: Hâşiye-i Tecrid Medreseleri, Miftah Medreseleri, Kırklı Medreseler, Hâric Medreseler, Dâhil Medreseler, Sahn-ı Semân Medreseleri, Altmışlı Medreseler. I. Süleyman’ın üç kademeli Süleymaniye medreselerini bitirdikten sonra Dârü’l-hadis medresesini de bitirerek öğrenimlerini tamamlarlardı.

İcazetini⁸ alan talebe yetkinliği konusunda müderrisini ikna edebilmiş ise *mu’id* olarak tayin olunur ve belirli bir süre mu’idlik yaptıktan sonra yine müderrisinin delaletiyle kendisine bir medrese verilir⁹. Ancak zamanla mezun sayısının artmasıyla *mülâzemet*¹⁰ denilen bir bekleme ve sıraya girme usulü getirilmiş, Rumeli ve Anadolu kazaskerlerinin matlab denilen defterine yazılıp beklemek zorunlu hale gelmişti¹¹. Yedi yıl olan mülazımlık süresini dolduranlar *ruûs* imtihanına girer, başarılı olurlarsa “iptida hariç ruûsu” ile müderris olarak atanırlardı¹². Mu’idlerin yanlarında onların yardımcıları olan gözde talebelere de *mûsta’id* denirdi. Akademik zincirin ilk halkasını bunların oluşturduğunu söylemek isabetsiz olmaz.

⁶ Ekmeleddin İhsanoğlu, “Osmanlı medrese geleneğinin doğuşu”, *Belleten*, c. LXVI, sayı 247 (2002), s. 849-903.

⁷ İ. Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Ankara 1965, s. 9 vd.

⁸ İcazetname/temessük ya da diploma konusunda geniş bilgi için bk. Hüseyin Atay, *Osmanlılarda Yüksek Din Eğitimi*, İstanbul 1983, s. 101-130; ayrıca bk. Cemil Akpınar, “İcazet”, *DİA*, c. XXI, s. 393-400.

⁹ Mustafa Bilge, *İlk Osmanlı Medreseleri*, İstanbul 1984, s. 28.

¹⁰ Mehmet İpşirli, “Osmanlı ilmiye teşkilatında mülazemet sisteminin önemi ve Rumeli Kadıaskeri Mehmed Efendi zamanına ait mülazemet kayıtları”, *Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi*, sayı 10-11 (İstanbul 1981/1982), s. 221-231.

¹¹ Câhid Baltacı, *XV-XVI. Asırlar Osmanlı Medreseleri*, İstanbul 1976, s. 34.

¹² D’Ohsson, ruûs karşılığı olarak “provisions d’un muderriss” tabirini kullanmıştır; *Tableau Generale de l’Empire Othoman*, Paris 1790, c. II, s. 254, 288. Ruûs geleneği Devlet’in son yıllarına kadar uygulanmıştır: “Ruûs imtihanından maksat icazet almış olan talebe-i ulûm efendilerin okumuş oldukları ulûm-i mütenevviadan ne derecelerde hissedar-ı feyz ve meleke bulunduklarını anlamaktır. Bilhassa müderrislik ruûs imtihanında aranılması lazım gelen bir cihet varsa o da tâlibin meleke-i ilmiyyesini kudret-i istinbat ve sûrat-i intikali, selaset-i takrir ve beyanını takdir ve temyiz etmektir.”, Berrî, “Ruûs imtihanı”, *Beyânü’l-hak*, ikinci sene, c. III, sayı 66 (1328), s. 1325-1326. Düstur’da bu imtihanla ilgili mevzuat için bk. “Mülâzemet ruûsu (bakalorya) imtihanları hakkında nizamnâme”, Düstur, II. Tertip, c. V, s. 498-501; (19 Cumâdelâhira 1331/26 Mayıs 1913); “Mülâzemet ruûsu (bakalorya) imtihanlarına mütedair

19. yüzyılda Ezher'de doktora pâyesi yerine *âlimiyye* unvanının kullanıldığı görülmektedir. Ezher Üniversitesi'nin verdiği en yüksek dereceli diploma olan *âlimiyye* diplomasının ve unvanının ilk olarak ne zaman verildiğine dair kesin bir bilgi olmadığı için 1872'de Hidiv İsmail Paşa döneminde bu konuda çıkarılan ilk kanunun tarihi bu unvanın resmîyet kazandığı ilk tarih sayılabilir. Bu kanunla, Ezher'de ders verebilmek için *âlimiyye* diplomasını almak şart koşulmuştur. Gene bu kanunla öğrencinin durumunun belirlenmesi klâsik dönemin aksine müderrise bırakılmamış, Ezher şeyhinin başkanlığında altı hocadan oluşan bir jüri önünde verilecek bir imtihana bağlanmıştı. 1895 ilâ 1936 yılları arasında söz konusu kanun bir çok değişikliğe uğradı. 1936 değişikliği ile iki seviyede *âlimiyye* diploması verilmeye başlandı. İlk master derecesine karşılık gelen kazâ, vaaz ve irşad icazetli *âlimiyye* diploması (şehâdetü'l-*âlimiyye* maa'l-icâze), ikincisi doktora mukabili olan ve diplomayı alan kimseye *üstâz* unvanı veren, ayrıca fakültelerde ders verme yetkisi tanıyan diploma idi (şehâdetü'l-*âlimiyye* maa dereceti *üstâz*)¹³.

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan beri itibarlı bir konuma sahip olan ve *iftâ-kazâ-tedris* faaliyetlerini bir bütünlük içinde sürdüren ulemaya II. Mahmut'tan itibaren farklı bir gözle bakılmaya başlanmıştır. Bu menfi bakışın temelde iki sebebi vardır. İlk ulemanın önceki dönemlerdeki kadar iyi yetişmemesi ve toplum içindeki saygınlığının aşınmasıdır. İkincisi ise Sultan II. Mahmud'un reform girişimlerine ulemanın ortaya koyduğu tavırdır¹⁴. Bu dönem ulemanın sahip olduğu bir çok imkanın ve nüfuz sahasının teker teker ellerinden alınmaya başlandığı dönemdir. Ulemaya indirilen en büyük darbe 1826'da Evkaf-ı Hümayun Nezareti'nin kurulup o zamana kadar ulemanın büyük ölçüde yararlandığı vakıf gelirlerinin tamamının devlet bütçesine alınması olmuştur¹⁵. Bu düzenlemeden vakıf gelirleriyle idare edilen medreseler büyük zarar görmüştür. Bundan sonra batı tarzı eğitim kurumları hayata geçirilmiştir.

Bir yandan da Osmanlı gençleri Avrupa'ya gönderilmiş ve özellikle müspet bilimlerde lisans düzeyinde eğitim görmeleri amaçlanmıştır. Tanzimat Fermanı ile Islahat Fermanı arasında Osmanlı hükûmeti tarafından kırk üç öğrenci Fransa'ya yollanmıştır¹⁶. 1856-1864 yılları arasında ise bu sayı yüz on biri bulmuştur¹⁷. Bu öğrencilerin büyük kısmı Osmanlı hükûmeti tarafından Paris'te kurulan

19 Cumâdelâhira 1331 tarihli nizamnâme müzeyyel mevâdd-ı nizamiye", Düstur, II. Tertip, c. VIII, s. 897, (12 Cumâdelâhira 1334/15 Nisan 1916).

¹³ Ekmeleddin İhsanoğlu, "Âlimiyye", *DİA*, c. 2, s. 464-465.

¹⁴ Uriel Heyd, "III. Selim ve II. Mahmud dönemlerinde batılâşma ve Osmanlı uleması", çev. Sami Erdem, *Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler*, haz. Ferhat Koca, Ankara 2002, s. 107-110, 114-116.

¹⁵ Mehmet İpşirli, "Osmanlı uleması", *Osmanlı*, Ankara 1999, c. 8, s. 77.

¹⁶ Adnan Şişman, *Tanzimat Döneminde Fransa'ya Gönderilen Osmanlı Öğrencileri (1839-1876)*, Ankara 2004, s. 12.

¹⁷ Şişman, s. 20-21.

Mekteb-i Osmanî’de ve bu mektebe bağlı olarak çalışan çeşitli Fransız eğitim kurumlarında tahsil görmüşlerdir¹⁸. 1864 ila 1876 yılları arasında Fransa’ya gönderilen Osmanlı öğrencilerinin sayısı elli beşi Müslüman, otuz sekizi gayrimüslim olmak üzere toplam doksan üçtür¹⁹.

1850 ila 1900 yılları arasında Türkiye’den üç öğrenci kimya alanında doktora yapmaları için Almanya’ya gönderilmiştir. Joseph Zanne (1854-1934) Heidelberg Üniversitesi’nde Robert Busen’in yanında 1876’da, Halil Edhem (Eldem, 1861-1938) Bonn Üniversitesi’nde 1885’te ve Mehmed Arif (1865-?) Halle Üniversitesi’nde Profesör Volhard’ın yanında 1891’de doktoralarını tamamlamışlardır²⁰.

Batı tarzı eğitim kurumlarından biri de Dârülfünûn-i Sultanî’dir. Dârülfünûn-i Sultanî bünyesinde hukuk, edebiyat ve mühendislik (Turuk ve Maâbir) fakülteleri bulunmaktadır. Dârülfünûn-i Sultanî Hukuk Mektebi 1874 yılında bir irade-i seniyye ile açıldığı halde nizamnamesinin hazırlanması 1876 yılında gerçekleşmiştir²¹. Bu okulun dört yıllık eğitimini tamamlayanlar doktora sınavına girerek doktor unvanını kazanabileceklerdi. Okulun nizamnamesine bakıldığında okul esas olarak doktora dereceli mezuniyet için planlanmıştır. Bu okul modern anlamda teşkilatlanmış ve mezun vermiş ilk hukuk fakültesidir²². Galatasaray Sultanisi de denilen okulun müdürü meşhur Sava Paşa 1875 senesinde îrad ettiği bir nutukta şöyle demektedir: “İşbu Hukuk Mektebi’yle Turuk ve Maâbir Mektebi’nin diğer sınıfları dahi tertip ve noksanları ikmal olunarak üç sene sonra doktor unvanıyla çıkarılacak talebenin Avrupa mekteplerinden çıkan talebeye rekabet ve belki müsabakat edebilecek derecede talim olunmaları arzu olunup ... şimdi bu bâbda lazım gelen tedâbir ve islahâta sarf-ı mesai olunuyor.”²³

¹⁸ Mekteb-i Osmanî, Osmanlı Devleti’nin yurt dışında açtığı ilk ve tek okuldur. Geniş bilgi için bk. Şişman, s. 24 vd. 1857’de Paris’te açılan Mekteb-i Osmanî’nin yapılan masraflara rağmen istenilen sonuçların elde edilememesinden dolayı 1864’te kapatılması ve sonraki yıllarda Avrupa’da bulunan öğrencilerin eğitim giderlerinin yüksek rakamlara ulaşması İstanbul’da daha az para sarfıyla daha çok öğrenci yetiştirecek bir okulun kurulması fikrini doğurmuştur. Bu düşüncelerle 1 Eylül 1868’de Galatasaray Mekteb-i Sultanîsi açılmıştır; a.mlf, *Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi’nin Kuruluşu ve İlk Eğitim Yılları*, İstanbul 1989, s. 11.

¹⁹ Şişman, s. 72.

²⁰ Emre Dölen, “XVIII. ve XIX. Yüzyıllarda Osmanlı Bilimsel Literatürü”, *Osmanlı*, Ankara 1999, c. 8, s. 66.

²¹ Mekteb-i Sultânî derûnunda küşâd olunan hukuk mektebi nizamnâmesi, 28 Zilhicce 1292, 13 Kânûn-ı sâni 1291. Serkez Karakoç, *Külliyyât-ı Kavânin*, no: 5357; *Düstûr*, I, c. 3, s. 439. Nizamnamenin Lâtin harfleriyle yayımı için bk. Gülnihal Bozkurt, “Türkiye’de hukuk eğitiminin tarihçesi”, *Hukuk Öğretimi Sempozyumu*, ed. Adnan Güriz, Ankara 1993, s. 57-60.

²² Mehmet Tefik Özcan, “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin kurumlaşmasının tarihçesi”, *İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c. LXI, sayı 1-2 (2003), s. 117.

²³ Mahmud Cevad İbnü’ş-Şeyh Nâfi’, *Maârif-i Umumiyye Nezaretî Tarihçe-i Teşkilat ve İcraatı*, İstanbul 1338, c. I, s. 155. (Bu kitap Lâtin harfleriyle de yayımlanmıştır: *Maârif-i Umûmiye Nezareti Târihçe-i Teşkilat ve İcraatı-XIX. Asır Osmanlı Maârif Tarihi*, haz. Taceddin Kayaoğlu, Ankara 2001)

Bahsedilen öğrencilerden birisi olan Rupen Ohannes Karakaşyan'ın Ramazan 1298/Temmuz 1881 tarihinde Galatasaray Medrese-i Hukuk-ı Şahanesinde takdim ettiği tez tespitlerimize göre Türkiye'de hukuk sahasında yapılan ilk doktora tezidir. Borçlar hukuku temelli bu çalışmanın adı *Mecelle madde 804-832, Ariyetin Mîlel-i Muhtelifi ile Tatbiki* dir. Ariyet sözleşmesinin ele alındığı eser aynı yıl İstanbul'da La Türki (la Turquie) Matbaası'nda basılmıştır. Küçük boy 34 sayfadan ibaret bu kitabın kapağında, kitap isminin hemen altında bunun bir "Doktora Risalesi" olduğu ayrıca belirtilmiştir²⁴.

Tez on iki kişiden oluşan bir heyet huzurunda savunulmuştur. Bunlardan yedisi, aralarında Mekteb-i Hukuk'un müdürünün de bulunduğu adı geçen okulun hocalarından oluşmakta ve tamamının gayrimüslim olduğu dikkati çekmektedir. Beş müslüman üyenin ikisi Maarif Nezareti'nden, birisi Temyiz Mahkemesinden, kalan ikisi ise Mekatib-i Aliyye idaresindendir. Bunların bir kısmının verdiği dersler şöyledir: Ahmed Hamdi Efendi usûl-i fıkıh ve Mecelle, Raûf Efendi Mecelle, Mösyö D'hollys ve Mösyö Miltiade Jakobo Roma hukuku, Mösyö Chevalier hukuk-ı umumîye, Mösyö Karo mukaddimat-ı ilm-i hukuk, Mösyö Borozzi (Baroçi) usûl-i muhakeme-i hukukiyye ve cezaiyye²⁵.

Tez müellifi Rupen Karakaşyan Efendi 1266/1850'de Üsküdar'da doğmuştur. Babası İstanbul tüccarından Ohannes'tir. Türkçe ve Fransızcaya vakıf olup İngilizce, Almanca, İtalyanca ve Latinceye de aşinalığı vardır. Recep 1290/Eylül 1873 tarihinde mülazemetle tahrirat-ı Hariciye kalemine dahil olmuş, burada çeşitli görevler üstlenerek gösterdiği üstün başarı neticesinde 1306/1889, 1313/1896, 1319/1901 tarihlerinde sırasıyla dördüncü, üçüncü ve ikinci rütbeden Mecîdî nişanıyla taltif edilmiş, 1318/1900'de gümüş liyakat madalyası almıştır. Ayrıca 1311/1894 tarihinde Japonya tarafından kendisine bir nişan verilmiştir. Receb 1323/Eylül 1905'te aynı kalemin müdür yardımcılığına atanmıştır. Sicill-i ahval kaydındaki bilgiler bu tarihten ileri gitmemektedir²⁶.

Bu makalenin konusu tabiatıyla adı geçen tezi tahlil etmek değildir. Yalnız tezin bilimsel düzeyinin çok yukarılarda olmadığı belirtilmeli, ayrıca bir çok gramer ve imla hatasıyla malûl olduğu da eklenmelidir. Bununla birlikte bu topraklarda yapılmış modern anlamda ilk hukuk doktora tezi olması dolayısıyla tezin tamamının Lâtin harfleriyle günümüz bilim adamlarına sunulmasında fayda görülmüştür.

²⁴ Tez aynı zamanda Fransızca olarak da yayımlanmıştır. Ergin, Türkçe basılmış kitabı görmediğini, 44 sayfa tutan Fransızca nüshayı gördüğünü, isminin *Du Commodat ou pret á usage* olduğunu ve İnkılap Müzesi Kütüphanesi'nin 1228 numarasında kayıtlı bulunduğunu ifade etmektedir. Bk. Osman Ergin, *Türkiye Maarif Tarihi*, İstanbul 1940, c. 2, s. 586. Adı geçen kütüphanenin bugünkü adı Atatürk Kütüphanesidir. Burada ve diğer kütüphanelerde yaptığımız taramada Ergin'in bahsettiği Fransızca nüshaya rastlanılamamıştır.

²⁵ Ergin, c. 2, s. 586.

²⁶ BOA, DH.SAİD..., 37/207. Ayrıca bkz. Y. G. Çark, *Türk Devleti Hizmetinde Ermeniler, 1453-1953*, İstanbul 1953, s. 147.

Türkiye’de Hukuk Alanında Yapılan İlk Doktora Tezi

Mekâtib-i Âliye-i Osmaniye

Zîr-i Hümâpâye-i Hazret-i Hilafetpenâhîde Bulunan
Medrese-i Hukuk-i Şahane (Galatasaray)

Mecelle Madde 804-832
ÂRİYETİN MİLEL-İ MUHTELİFE İLE TATBİKİ

Doktora Risalesi

Rupen Ohannes KARAKAŞYAN tarafından fî Gurre-i Ramazan
sene 1298 tarihinde takdim ve tavzih olunmuştur.

La Türki (la Turquie) Matbaasında tab’ olunmuştur.

Cemiyet-i ilmiye

Mekâtib-i aliyye müdürü saadetli İsmail Efendi hazretleri

Mekâtib-i aliyye müfettişi izzetli Aristoklis Efendi

Mahkeme-i Temyiz-i Cinayet azasından faziletli Rauf Efendi

Maarif Nezareti celilesi meclisi azasından faziletli Ahmed Hamdi Efendi

Maarif Nezareti celilesi meclisi azasından izzetli Mehmed Şükrü Efendi

Mösyö D'hollys, Mekteb-i Hukuk Amiri

Mösyö Chevalier, muallim

Mösyö Jakobo, muallim

Mösyö Borozzi (Baroçi), muallim

Mösyö Bardot, muallim

Mösyö Naom, muallim

Mösyö Karo, muallim

MUKADDEME

Nev-i beşere taayyüş için sa'y ü gayret etmek lazım ise de gerek hilkat-i manevî ve maddîsi aciz ve gerek tabiatın her bir mevkide insanın ref'-i zaruretime nâciz olduğundan her bir ihtiyacı mahvetmeye kâfi olmayarak kendi akran ve emsalinin medâr-ı himmet ve bezl-i muavenetine muhtaçtır. Muavenet ise muavazaten olduğu gibi bila ivaz dahi olacağı cümle fukaha-yı muârefmendân içinde müsellemler olup nâs beyninde ekser zamanda tedavül edegelen ukûdun mekasıd-ı aslî ve belki sebep-i inikadı ya zaruret-i insanı def için akdolunan bey ü icare ve saire misillü kâr ve fâide için vuku bulan, hibe ve sadaka ve iâre ve saire gibi sırf hayrûhevâhlıktan ibaret ukûd-ı bila ivazdan olduğunu kim inkar edebilir? Mevzu-ı bahs olacak akd-i iârenin ehemmiyeti ise bey ü şîra derecesinde ve ivaza muhtaç olmadığından belki ondan ziyade ekser zamanda câri ve gittikçe terakki-yi medeniyetle insanın meşguliyeti günden güne tezayüd ettiği haysiyetle bir şey imal için bir adam kâfi olmayarak kûşîşin taksimi lazım geldiğinden her bir şeye malik olup hiç bir vechile gayrın himmet-i teberruuna muhtaç olmak akla muhalif idiğünden her halde ve her zamanda mebhûs-ı anımız olan iârenin lüzumu cümle ilim-servet içinde bedîhîdir.

İÂRENİN İSTİHRACI

Her bir ahkâm-ı şer’î kitap ve sünnet ve icma-i ümmet ve kıyas-ı fukahadan sadır olduğu gibi iş bu âriyenin meşruiyeti dahi “yemne’üne’l-mâ’ûn” nass-ı celîli mücebince kitapta sabittir. Mâ’ûn olan nesne ve zekattır diye müfesserdir. Hak subhanehu ve teala hazretleri men-i mâ’ûn ki adem-i îâre üzere muânileri zem buyurmasıyla îâre mahmûd ve meşru olduğu sabit olup sünnet ile dahi sabit ve mütehakkıktır. İmam Buhari aleyhi rehmetü’l-bâri hazretlerinin rivayet buyurduğu gibi Resulullah teala aleyhi ve sellem’in Ebi Talha radiyellahu teâlâ indinde mendûb nam feres istiâre edip ve ona rukûbuyla îâreyi delaleten kabul eylemiştir ve icma ile sabittir ki ümmet-i merhume îârenin cevazına icma ve ittifak etmişlerdir diye Tahtâvî şerh etmiştir.

İÂRENİN TARİFİ

Âriyet, kavâid-i külliyyenin “Meşakkat teysiri celbeder” 17nci maddesi ahkâmından muhrec olarak teşdid-i yâ ile feliyye vezninde lugatta atıyye manasına olan ariyyeden veyahut müsteârı istemek ayıp olduğu cihetiyle ârdan veyahut müsteârdan ale’t-tariki’l-münâvebe istifade olduğundan tenâvüb manasına olan teâvürden me’huzdur demişler. Istilâh-ı fukahada bir ayn-ı mevcudun menfaatini bila bedel ahara vermektir. Bu surette îârenin makûd-i aleyhi bedelsiz ahara temlik-i menfaat olduğundan icareden tefrik olunur. “Hiye temlîkü menfaatihi bila bedelin” diye tarif olunmuştur. İâre sahih olmaz illa şu şeydeki, aynın bakasıyla kendisinden intifa mümkün ola, böyle olmazsa yani muârün bihin bakasıyla müntefeun bih olmazsa mesela muârün bih olan mal mekîlât ve mevzûnât ve madûdât gibi istihlake muhtaç olursa ona îâre denmez karz denir. Meğer ki müsteâr olan kimse o âriyeyi aldığı esnada intifalardan bir nevi tayin eylese ki o ayn-ı muârı ondan sonra aynıyla red ve iade edebilmek mümkün ola. O zamanda ariyet karz olmaz; mesela bir kimse ahara ayar için yahut dükkanını tezyin etmek üzere bir miktar gümüş verse bu akit sırf îâredir.

Roma ve Avrupa kavânininde îârenin tarifi şöyledir: Bir kimse diğer kimseden bir müddet istimal etmek için bir şey alıp ba’de’l-istimal hey’et-i asliyesiyle red eylese istiâre etmiş olur. Karz dahi bu nevi îâre addolunup ona îâre-i müstehlike derler zira akitte makûd-i aleyh îâre gibi istikraz olunarak ba’de’l-istihlak misliyyattan ona emsal bir şey mukriza i’tâ olunur.

RÜKN-İ İÂRE

Her bir akit bir rûkn ile mükellef olduğu gibi îârenin dahi iki rûknü olup bunlardan biri icap ve kabul ve diğeri kabzdır.

İâre Mecelle'nin 804ncü maddesinde beyan olunduğu gibi icap ve kabul ile veyahut teâtî suretiyle münakid olmak icap ve kabul ise sarahaten olduğu gibi delaleten dahi olur. Sarahaten icap ve kabul mesela bir kimse birine şu malımı sana iâre ettim yahut âriyet verdim deyip öbürü dahi kabul eyledim dese akd-i iâre sarahaten icap ve kabul ile münakid olmuş olur ve sarahaten icap ve kabulde ya lafz-ı hakiki ile yani zikrolunan misal ile inikad olunur veyahut lafz-ı mecazî ile mesela tarlamanın gâlesini sana it'am ettim ziraat ve istiğlal eyle demek gibi bu dahi (mahallin ismini hâle itlak kabilinden olarak mecazen sarihtir. Sarih usûliyyûn indinde "Mâ inkeşefe'l-murâdu minhu fî nesnetin" olduğundan mana-yı hakiki ile mecaza şamildir.) veyahut dârımı bir mâh sana meccanen icar ettim demekle iâre sahih olur. Kavaid-i külliyyenin ikinci maddesi mucibince (ukûdda itibar meânî ve mekasıdadır; elfaz ve mebânîye değildir) imdi bu misalde her ne kadar muîr icar demiş ise de meccanen lafzı ilavesiyle iâre etmek mak-sadı zahir olmuştur.

Delaleten icap ve kabul ile akdolunan iâreye misal, bir kimse bir şahsa şu malımı sana iâre ettim deyip şahs-ı merkûm dahi bir cevap vermeyerek kabz etse yahut bir kimse diğerine şu malı bana ariyet ver deyip o dahi verse iâre delaleten icap ve kabul ile münakit olur. Veyahut teâtî suretiyle icra olunan iâre ki tarafeyn-i muâkideyn hiç bir kelama âğaz etmeyerek münakit olur; mesela bir adam gidip diğerinin yanında duran aynasını alıp nazar etse aynanın sahibi bir şey söylemese akd-i iâre teâtî suretiyle inikad etmiş olur.

Fakat bir adam gidip kendi akranından istiâre etmek için icap ve sahib-i malın dahi sükut etse delaleten kabul hükmünde değildir. Zira evvela Mecelle'nin 805nci maddesinde sarahaten beyan olunduğu veçhile muîrin sukutu kabul sayılmaz. Sâniyen kavâid-i külliyyenin 67nci maddesi mucibince sâkite bir söz isnad olunmaz; yani sükut eden kimse şu sözünü söyledi denilmez. Yalnız ma'raz-ı hacette sükut beyandır. Fakat iârede muîrin sukutu ma'raz-ı hacet olmadığından bir kimse birinden bir şey istiâre edip de sahibi sükut etse gâsıp olur. İmdi Mecelle-i celfînin 805nci maddesi 804ncü maddeden şu vecihle tefrik olunur ki müsteîrin icabı üzere muîr sükut etmiş olsa artık müsteîr ayn-ı müsteâra vaz'-ı yed edemez; meğer ki gâsıp ola. Ama müsteîrin icabı akabinde muîr yine sükut ile işaret-i ma'hûde ile zımnen icazet verse veyahut ayn-ı müsteâri müsteîrin yedine vaz' ü ilka ile o dahi kabz edince iâre delaleten münakid olmuş olur. Veyahut müsteîrin şu atımı al sana iâre ettim deyip müsteîr dahi bir şey söylemeyip o ata binse gâsıp olmaz.

İârenin rûkn-i sânişi kabzdır. Mecelle'nin 810ncü maddesi mucibince ariyette kabz şart olup kable'l-kabz hükmü yoktur. Zira kavâid-i külliyyenin 57nci maddesi ahkâmınca teberru ancak kabz ile tamam olur; yani eğer bir adam birine teberruan bir şey hibe ve îdâ veyahut iâre eder ise kable'l-kabz akit tamam olmaz; zira teberru ancak müteberra-ı ileyhin kabziyla tamam olur. Meğer ki ayn-ı müsteâr

kable’l-akd sair cihetten dolayı müsteîrin yed-i kabzında bulunmuş ola. O vakit kabz-ı cedîde hacet kalmaksızın yalnız icab ve kabul ile münakit olur. Kabz meclis-i akitte olduğu gibi meclis-i akitten müfarakat ettikten sonra muîrin sarahaten izni ile olabilir; mesela muîr ahırda bulunan atımı sana iâre ettim var al dese müsteîr kabza izin almış olarak o atı ariyeten istimal edebilir.

Roma ve Avrupa kavanininde iâre icap ve kabul ile münakit olmayıp ancak kabz ile tamam olur. Vaat ile akit tamam olmaz; zira hiç bir kimse şu malı bana vaat etmiş idin niçin ifa ve icra etmiyorsun diyerek cebren istiâre edemez; bâhusus iâre ki sebep-i akd hayrûhevahlıktan ibarettir derler. Şu halde vaat ile inikad olan iâre kanun-i adaletnümûn-i Osmaniyânda olduğu gibi Roma ve Fransız kavanininde dahi batıldır.

İÂRENİN FESHİ BEYANINDADIR

Akd-i iâre diğer ukud-i lazime gibi terazi-yi tarafeyn ile feshe muhtaç olmayıp muîr müteberri olduğu için Mecelle-i celîlenin 806ncı maddesi mucibince istediği zamanda iâreyi feshedebileceği gibi müsteîr dahi istediği zamanda ayn-ı müsteârı muîre red ve iade ederek akdi fesh ve izale edebilir. Veyahut 808nci maddesi mantukunca muîr ve müsteîrden herhangi fevt olursa akd-i iâre münfesihi olur. Muârun bihin isti’malî müsteîrin varisine intikal etmez; zira evvela müsteîr muârun bihin yalnız menfaatine malik olup menfaat ise varise muntekil olmaz. Saniyen müsteîr muîrin emindir; emniyet ise hukuk-i şahsiyeden olup varise intikal etmez.

Roma ve Fransız kavanininde evvela muîr talep ettiği esnada iâreden rücu edemez; zira namûsait bir halde istirdad etmesinden müsteîr zarar-dîde olur. Bu babda Fransız hakimleri şu delili tecviz etmişlerdir. Muîr her ne kadar iâre etmeğe mecbur değilse de iâre edince zımnî bir müddet ayn-ı müsteârın menafiinden kendisinin mahrumiyetine kail olmuş addolunur. Ve Roma kanunîleri şu delili irâe etmişlerdir. Müsteîr muîrin ba’del’l-akd der-akab muârunbihi istirdad eyleyeceği zannıyla zâhib oldukda asla istiâre etmez idi.

Saniyen muîr ve müsteîrin fevti ile akit her halde münfesihi olmaz; yalnız eğer akit müsteîrin şahsına muzaf kılınmış ise o vakit müsteîrin vefatı iâreyi fesh eder idi; mesela muîr müsteîre tebdil-i hevâ için şu sahilhanemde biraz vakit ikamet et dese ve müsteîr dahi iskan etmekte iken fevt olsa o anda muîr müsteîrin veresini sahilhaneden tard eder; zira akd-i iâre o anda münfesihi olur. Ve eğer müsteîr hanenin tamiri için iki direk alıp hanenin fevkanîsi yukarı almak için istimal eder iken vefat etse müteveffanın veresinden o direği istirdad etmeğe muîrin salahiyeti yoktur. Zira o direk müsteîrin şahsına istimal için istiâre olunmamıştır. Fakat İngiliz kanunîleri bizim erbab-ı fukaha gibi iâreyi ukud-i şahsiyeden addedip varise intikal etmez derler.

ÂKİDEYNİN İKTİDAR VE SELAHİYETLERİ

Mecelle'nin 806ncı maddesinde beyan olunduğu vechile muîr ve müsteîr âkil ve mümeyyiz olmaları şarttır; bâliğ olmaları şart değildir. Binaenaleyh mecnun ile matuh ve sabiy-yi gayri mümeyyizin îâre ve istiâresi gayri sahih ve sabiy-yi mezunun îâre ve istiâresi caiz olur. Muîr ve müsteîr âkil ve mümeyyiz olmadıkları halde gerek tasarrufat-ı fiiliyyesi ve gerek tasarrufat-ı kavliyyesi sahih olmaz. Zira her ukudun ehil ve erbabından sadır olması lâzimedden olduğu suretiyle kanunen aciz addolunanların icap ve kabulü ve teslim ve kabz meşru değilse de îâre müsteîr hakkında nefi mahz olmaktan nâşi müsteîr gayr-i mezun olsa bile velisinin izin ve icazetine ihtiyaç-mes etmeksizin akit muteberdir. Ama muîr sağır olursa velisinin izin ve icazeti olsa bile muteber olmaz; zira 960ncı maddede beyan olduğu vechile daima her sağır kendisine nefi mahz olan akdi icra etse velisinin icazeti olmasa bile sahih olur. Ama zarar mahz oldukda velisinin icazeti olsa dahi sahih olmaz. Binaenaleyh îârede muîr daima müteberri olduğundan hin-i sibavette îâresi velisinin izni dahi olsa sahih olmaz. Ve bir sabi âkil ve bâliğ olan kimseden bir mal istiâre edip de amden ve kasden ayn-ı müstearı mahv ü ifsat etse 967nci maddesi mucibince kendi malından tazmin etmesi lazım gelir. Ve eğer malı yoksa hal-i yesrine intizar olunur yani sabi olduğu vechile amden ve kasden icra ettiği zarar ve ziyandan halas ve eğer amden ve kasden telef etmemiş ise o vakit zamin olmaz. Ve bir sabiy-yi mümeyyiz kendi gibi diğer sabiy-yi mümeyyizden bir şey istiâre edip muârün bihi telef etse fi'l-hal zamin olur.

Roma ve Fransız kavanininde âkideynin bâliğ olmaları şarttır; zira îda ve îâre bila ivaz ve bey ü icare ve saire ukud bilivaz kabilinden olması cihetiyle muîrin sağır ve sağıra veyahut matuh ve matuha veya bir kadın menkuha olduğu halde îâre ve istiâresi sahih olmaz. Ve bir sabiy-yi gayri mümeyyiz kasden ayn-ı müstearı telef etse o sabinin sinnine nazar olunur; eğer yedi yaşı mütecaviz ise zâmin olup vasisi tazmin etmeye mecburdur.

AYN-I MÜSTEÂRIN TAYİNİ BEYANINDADIR

Ayn-ı müsteâr eğer müteaddit ise müsteîr Mecelle-i mezkurenin 81 lnci maddesi ahkâmınca onlardan birini tefrik etmeye mecburdur. Mesela tayin ve tahyir olmaksızın iki beygirden biri istiâre olursa sahih olmayıp muîr hangisini îâre edecek ise tayin lazımdır; fakat her hangisini alır isen al diye müsteîre tahyir etse sahih olur. Mesela muîr şu kitaplardan hangisini ister isen istiâre et dese müsteîr dahi o kitaplardan birisini tayin eylemeğe mecburdur. Ve eğer muîr her hangi kitabını ister isen istiâre et diye tamim edip müsteîr dahi onlardan birisini bade't-tayin kabz eylese evvelki kabz ettiğini ba'dehu red ile başkasını kabz edemeyeceğinden bir başka kitap istiâre etmek arzusunda bulunur ise mezbur kitaplar ale'l-amiyyen bir müellifin bir cins eseri olsa bile yeniden icap ve kabul ve kabz lazımdır.

Roma ve Avrupa hukukunda bu kaideye asla riayet olunamaz. Müsteîr gerek safka-i vahide ve gerek safka-i müteferrika ile istiâre edebilir.

AYN-I MÜSTEÂRIN MÜNTEFEUN BÎH OLMASI BEYANINDADIR

Muârun bihin intifaa salih olması her halde lazım olup Mecelle’nin 808nci maddesi mantukunca firari hayvanın iâre ve istiâresi sahih değildir; zira her akitte makudun aleyhin mevcut ve makduru’t-teslim ve kabil-i intifa olması şarttır. Firari hayvan veyahut tayyar-ı mürğan mevcut ve makduru’t-teslim-olmaması ve binaenaleyh ma’dumiyeti hasebiyle iâre ve istiâresi sahih ve Tahtâvî’de mersum olduğu gibi hamr ve hıncır misilli şeyin müsellemler olan kimesne tarafından iâre ve istiâresi meşru olmaz.

Roma ve Fransız kavanininde dahi müsteârın faide-mend olması akdin rûknündendir; zira eğer müsteîr ayn-ı müsteârın menfaatine malik olmaz ise sahih olmayıp zımnen emanete tebdil olur.

ÂRİYETİN AHKÂMI BEYANINDADIR

Âriyetin ahkâmı iki esasa müstenid olup evvelkisi Mecelle’nin 816ncı maddesi mucibince müsteîr bila bedel âriyenin menfaatine malik olmasıdır. Binaenaleyh muîr ba’de’l-istimal müsteîrden ücret talep edemez. Muîrin ücret talep etmesi ancak icarede caiz olur. Halbuki iâre ukud-i muavazadan olmayıp teberruattandır. İkincisi 813ncü maddesi mucibince âriyet müsteîr yedinde emanet olduğundan müsteâr bila teaddi ve la taksir telef ve zayi veyahut kıymetine noksan ârız olsa zaman lazım gelmez; zira 868nci maddede beyan ve tasrih olunduğu veçhile emanet mazmun olmayıp eminin sun’ ve taksiri olmaksızın telef veya zayi olduğu takdirde zaman lazım gelmez.

Müsteîr yedinde muârun bih telef olup da muîr onu kasten istihlak etmiş diye dava etse müsteîr beyine ile müdafaaya muhtaç olmaksızın bir yemin ile halâs olur. Ve bila teaddi vela taksir ayn-ı müsteârın telefı halinde dahi müsteîrin zâmin olması şart olursa bile batıldır.

Roma ve Fransız kavanininde müsteîr bila bedel ariyetin menfaatine sahip olup muîr her halde müteberridir; fakat bazı kere gayri resmi surette kar ve faydası olması mütehammildir. Mesela Roma hukukunda Sisron şu misali irae eder; bir adam kendisine nişanlı olan kızı mesirelerde ğani ve servetli göstermek için ona ariyeten bir takım hıyat verip Fransız hukukunda dahi bu gibi emsal ile muîrin her halde müteberri olmadığı derece-i sübuta varmıştır.

İÂREDE MÜSTEİRE TERETTÜP EDECEK ZAMANÂT BEYANINDADIR

Mecelle-i mezburenin 814ncü maddesi mucibince müsteîrin bir guna teaddi ve taksiri sabit olup ariyet telef veya zayi olsa yahut kıymetine noksan gelse zâmin olur. Eğer müsteîr muârun bihi tayin olunan intifadan gayri bir suretle istimal ederse yani muîr hayvanıma yük tahmil etme, yalnız senin rukubun için iâre ettim dese müsteîr dahi bu şarta muhalif olarak o hayvanı arabaya koşsa teaddi ve taksir etmiş olup zâmin olur.

Eğer müsteîr ayn-ı müsteârı ale'l-ıtlak istiâre edip de usulü üzere istimal etmiş ise mesela müsteîr iki günde varılacak mahalle ariyet hayvan ile bir günde gitmek veyahut hayvanın su ve yemini vaktinde suyunu ve yemini vermemek veya nalı düşüp de nalsız kullanmak veyahut tahammül edemeyeceği yükü tahmilde zamin olur.

Eğer müsteîr ayn-ı müsteârı lazımı vech üzere hıfz etmez ise mesela hayvanı ahıra bağlamak yahut ahırın kapısını açık bırakmak gibi kayıtsızlıklar edip de hayvan firar ederek telef olsa müsteîr hıfzında teaddi ve taksir etmiş olur. Veyahut ariyet aldığı nesneyi karşısına vâz edip nâim olmakla zayi olursa o vakit nazar olunur; nevmi cûlus halinde ise muzi' addolunmakla zamin addolunamaz. Muztacıan vukubulursa o halde hıfzı terk etmiş olmakla zamin olur.

Bu babda Avrupa muallimleri bir evlad ü iyâl sahibi âkil ve fâtin bir zat kendi malını nasıl muhafaza eder ise ol veçhile müsteîr muârun bihi muhafaza edecektir derler.

AYN-I MÜSTEÂRA LAZIM GELEN MESARİF BEYANINDADIR

Ayn-ı müsteâr ya zî-ruh veya zî-ruhun gayri olup zî-ruh olursa mesela hayvanın istiâresinde nafakası 815nci maddesi mucibince müsteîre râcidir. Mesela ariyet olan hayvana müsteîr alef vermeyip de telef olsa zaman lazım gelir. Ama hayvanın çul ve yuları gibi infaka ait olmayan mesârifi müsteîr için olmayıp muârun bihin sahibine râci ve eğer muîrin ricasıyla müsteîr ayn-ı müsteârı istiâre etmiş ise o anda gerek nafaka-i yevmiyyesi ve gerek kisvesi muîre ait olduğu Fetevâ-yı Hindiyeye'de mersumdur.

Zî-ruh olmaz ise mesela hanenin istiâresi gibi buna vacip olan mesarifi müsteîr bila izin haraç eder ise Mecelle'nin 481nci maddesi mucibince muîrden istirdad edemez. Mesela hanenin duvarı münhedim olup da müsteîr kendi kendine tamir ederse müteberri olup mesarifat-ı vakiası muîrden ahz edemez. Muîrden izin alarak tamir eder ise hadd-i itidali tecavüz etmeksizin usuli daire-sinde sarf ettiği akçayı alır; yani lüzumundan ziyade sarf etmiş ise muîre tazmin ettiremez.

Avrupa kavanininde ancak istimalinde ayn-ı müsteâra lazım gelen mesarifi bila izin sarf etse bile muîrden istirdad ve mebalîğ-i musarrefenin hîn-i istifasına değin muârûn bihi hapis ve imsak edebilir. Ama müsteîr keyfe-mâ-yeşâ zâid akça sarf ederse o halde muîrden istirdad edemeyip hayvanın alefi vermek gibi veyahut ariyeten alınan arabanın dingili tamir etmek gibi mesarifât-ı cüziyye vakiasını muîrden istihsal edemez.

İÂRENİN ENVÂİ

îâre ya mutlak olur ya mukayyet. îâre-i mutlakada muîr zaman ve mekan ve nevi ile muârûn bihin intifainı takyit etmez. Bilakis muîr ayn-ı müsteara suret-i intifai takyit eder ise îâre-i mukayyede olur.

îâre-i Mutlaka

îâre-i mutlaka iki kısma münkasımdır. Kısım-ı evvel kavaid-i külliyyenin 36, 37 ve 45nci mevaddan muhrec olarak “Âdet muhakkemdir. Nâsın istimali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur. Örf ile tayin nas ile tayin gibidir”. mecelle-i mezkurenin 816ncı maddesinde münderiştir. İmdi îâre-i mutlakada müsteîr ayn-ı müsteârı dilediği zaman ve mekanda dilediği veçhile istimal eder. Fakat bu babda dahi örf ve adete riayet olunur. Mesela bir kimse beygirini mutlak olarak îâre ettikde müsteîr ona dilediği vakit biner ve dilediği mahalle gider; fakat alâ hilâfi’l-âdet sabahtan akşama kadar binemez veyahut iki saatte varılacak mahalle bir saatte gidemez.

Kısım-ı sâni kavaid-i külliyyenin 64ncü maddeden müstahreç olmakla “Mutlak ıtlakı üzere câri olur; eğer nassen veya delaleten takyit delili bulunmaz ise”. Mecelle-i celilenin 819ncü maddesinde müsberttir. Binaenaleyh eğer menfaati tayin etmeksizin mutlak olarak îâre etmiş ise müsteîr onu ıtlakı üzere istimalle selahiyeti vardır. Yani dilerse onu kendi istimal eder dilerse başkasına istimal ettirir. Muârûn bih gerek oda gibi müstamilinin ihtilafıyla muhtelif olmayan şeylerden olsun ve gerek binek atı gibi müstamilinin ihtilafıyla muhtelif olan şeylerden olsun. Mesela bir kimse şu odamı sana îâre ettim dese müsteîr dilerse onda kendi ikamet eder; dilerse başkasını iskan ettirir. Ve keza şu atı sana îâre ettim dediği surette müsteîr dilerse o ata kendi biner; dilerse başkasına bindirir.

Roma ve Avrupa kanunları bu babda bizim kanundan udûl etmeyip müsteîr akd-i mutlakta örf ve adete riayet ve delaleten muîrden izni olmayan şeyleri icradan mücânebet etmelidir derler.

İâre-i Mukayyede

Mecelle-i celilenin 817nci maddesinde muvazzah olduğu üzere iâre zaman ve mekan ile takyit olundukda kayıt muteber olup müsteîr ona muhalefet edemez. Mesela iki saat zarfında râkip olunmak üzere istiâre olunan hayvana üç saat râkip olunamaz. Ve bir mahalle gitmek için istiâre olunan hayvan ile başka bir mahalle gidilemez. Bu suretle bir eşyadan bir kaç türlü intifa etmek lazım gelir iken müsteîr mukayyet olunan suret-i intifadan başka bir vecihle istimal edemeyip mezun olduğu intifanın ma-fevkine tecavüz edemeyeceği ve fakat ona müsavi veya ondan ehven surette istimal ile muhalefet edebileceği Mecelle'nin 818nci maddesinde muharrerdur. Mesela buğday yükletmek için istiâre olunan hayvana demir veyahut taş yükletilemez. Ama buğdaya müsavi veya ondan ehaf bir yük tahmil olunabilir. Ve keza binmek için istiâre olunan hayvana yük yükletilemez. Ama yük için istiâre olunan hayvana binilebilir. Ve müsteîr takyit olunan kayıttan udûl ile daha ehven bir fiil icra eder iken kazara muârun bih telef veya zâyî olsa zâmin olmaz.

Avrupa kavanininde müsteîr şart-ı vâkiin hilafına muârun bihi istimal edemeyip ona müsavi veya ehven suretiyle istimal edebilir. Fakat akdın hîn-i inikadında mukayyet olan istimalden başka bir vecihle istimal etme diye muîr sarahaten nehy etmiş ise artık müsteîr suret-i mukayyetten udûl edemez.

MENFAATİN TAYİNİ HANGİ ŞEYLERDE CARİDİR ?

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 820nci maddesi mucibince menfaatin tayini müstamilinin ihtilafıyla muhtelif olan şeylerde muteberdir; muhtelif olmayan şeylerde gayri muteberdir.

Mesela bir adam kendi dükkanını bir şart ile iâre etse dükkan müstamilinin ihtilafıyla muhtelif olmayan eşyadan madud olmakla müsteîr muîrin şartına nazaretmeyip hilaf-ı mutad olmayarak ayn-ı müsteârı her veçhile istimal edebilir. Fakat muîr sarahaten onu başka adama verme diye nehy etmiş ise müsteîr o anda behemehal onu diğere veremez. Binâbirîn müstamilinin ihtilafıyla muhtelif olmayan şeylerde yalnız muîrin tayin-i menfaati kifayet etmez; sarahaten emri nehîsi lazım ve müstamilinin ihtilafıyla muhtelif olan şeylerde yalnız menfaatin tayini kafidir. Mesela senin rükubun için şu atı sana iâre ettim dediği surette müsteîr o ata başkasını irkâp edemez

Bu nevi intifai karar-gîr olan eşyada o nevide bir kaç türlü istimal kabil ise müsteîr en ehven nevi değilse de Mecelle'nin 821nci maddesi mucibince ona müsavi bir suretle istimal edebilir. Mesela bir mahall-i muayyen için hayvan istiâre olundukda yolları müteaddit olsa müsteîr adet üzere nâsın süluk ettiği yollardan her hangisiyle dilerse gidebilir. Ama mutad olmayan yoldan gidip de hayvan telef

olsa zâmin olur. Kezalik muîrin tayin ettiği yolun gayri yoldan gidip de hayvan telef olduk da eğer müsteîrin süluk ettiği yol daha uzak veya hilaf-ı mutad ise müsteîre zaman lazım gelir. Her halde müsteîr ayn-ı müsteârı hîn-i istimalinde kendi malı gibi vikaye etmeye mecburdur. Ama sefih olup da kendi malını hilaf-ı l-âdet istimal eder ise muârun bihi o surette istimal edemez; zira muîrin hakk-ı tasarrufu zâil olmayıp her halde ayn-ı müsteâra bir noksan vukubulur ise müsteîre tazmin lazım gelir.

Roma ve Fransız kavanininde bey ü şıraya salih olan cümle eşya yekdiğerinden hiçbir vecihle tefrik olunamaz. Mesela müstamilinin ihtilafıyla muhtelif olan veya olmayan kısımlara münkasım olmayıp âkıdeynin hîn-i akitte karar verdikleri şarta riayet etmeleri lazımdır.

MÜSTEÎRİN AYN-I MÜSTEÂRA OLAN HUKUKU

Müsteîr muârun bihi icareye veremez; verip de ayn-ı müsteâr helak olsa rabbü’l-mal müsteîr ile müste’cirin herhangisini isterse tazmin ettirir. Zira müsteîr ayn-ı müsteârı îcar etmekle müteaddî olmuş ve müste’cir ise gayrın malını bila izin kabz etmiştir. Fakat rabbü’l-mal müsteîre tazmin ettirirse o dahi müste’cire rücu edemez; zira müteaddî değildir. Ve eğer müsteârın sahibi müste’cire tazmin ettirirse müste’cir mûcir üzerine rücu edebilir. Ve müste’cir me’curun muârun bihi olduğunu bildiği takdirde tağrîr vukubulmuş olacağından bu akitten terettüp eden zararı mûcirden alır ama me’curun müsteâr olduğu malumu olsa tağrîr münadim olarak me’cura rücu edemez diye Mülteka’da mektup ve Mecelle’nin 832nci maddesinde tasrih olunduğu veçhile muîrin izni olmaksızın müsteîr ariyeti âhara îcar yahut rehin edemez. Ve bir beldede bulunan borca mukabil rehin etmek üzere istiâre eylediği malı âhar beldedeki borcuna rehin veremez. Verip de ariyet telef ya zâyı olsa zaman lazım gelir. Fakat müsteîr gayra îda edebilir; zira müste’vdi ayn-ı müsteârın yalnız hıfzına memur olup ahz ü istîfasına hak ve selahiyeti yoktur. Bu ise asla muîrin hukukuna zarar vermediğinden yed-i müste’vdiye bila teaddî vela taksir telef olsa zaman lazım gelmez. Ve Mecelle-i mezburenin 824ncü maddesi mucibince bir mahalle gidip gelmek üzere istiâre ettiği beygir ile oraya vardıkda beygir yorulup kalmakla orada birine îda ettikde beygir hatfe enfihi telef olsa zaman lazım gelmez; ama eğer müste’vdi onu istimal etmiş ise her ikisi de zâmin olurlar. Muîr dilerse müsteîrden hayvanın bahasını istirdad eder; dilerse müste’vdiden ahzeyler.

Roma ve Fransız kavanininde müsteîr ayn-ı müsteârı başkasına icare ve îare edebilir ve hîn-i rücuunda müsteîr müste’cirden veya müsteîr-i sânidan istirdad edip rabbü’l-mala red ve iade eder.

BİR MUAYYEN İŞ İÇİN İÂRE OLUNAN AKÏTTE CARİ OLAN BAZI AHKÂM BEYANINDADIR

Bir muayyen iş için istiâre olunan muârun bihi muîr an karib talep ettikde müsteîr Mecelle'nin 831nci maddesi mucibince ya zarar ve ziyanını hakim marifetiyle ister veyahut Mecelle-i mezburenin 832nci maddesi mucibince işin hitamına kadar mekseder.

831nci madde ebniye yapmak ve ağaç ğars etmek veya zer' için arazi istiâre etmek sahih olup muîr muârun bihi dilediği zamanda rücu ile istirdad zımında eşcarı mağruseyi ve inşa kılınan ebniyeyi kal' ve hedmettirebilir. Fakat ebniye ve eşcarın hedm ve kal' olunduğu zamandaki maktûan kıymeti ile inkıza-yı müddete kadar durmak üzere olan kıymeti beyninde tefavüt her ne ise onu muîr tazmin eder. Mesela ebniye ve eşcarın derhal kal' olunduğu takdirde maktûan kıymeti on iki altın ve inkıza-yı müddete kadar durmak üzere olan kıymeti yirmi altın olduğu halde muîr derhal kal' edecek olsa sekiz altın vermesi lazım gelir. Ve eğer muîr mebâliğ-i mezbureyi edadan muhalefet eder ise hakim muîri biraz vakit beklettirir ve bazı kere müsteîre ecrimisil lazım gelir. Mesela evladını irda' için bir mürdi' istiâre edip de çocuk ise onun memesinden gayri memeyi almadığı ve muîr dahi rücu eylediği takdirde iâre batıl olup müsteîrin ecrimisil tazmin etmesi lazım geleceği Hâniye'de mersumdur.

832nci madde gerek muvakkat ve gerek gayri muvakkat olarak zer' için iâre olunan araziye muîr vakt-i hasattan mukaddem iâreden rücu edip de müsteîrden istirdad edemez. Bu babda bâlâda muharrer ahkâm üzere muîr müsteîrin zarar ve ziyanını tazmin etse de rücu edemez; zira müsteîr arzdan iktisap edeceği mahsulatı malum olmaması ve hasılat-ı meçhulenin tazmini dahi batıl bulunması hasebiyle rücu edemeyeceği Feteva-yı Hindiyeye'de mezkurdur.

Fransız ve Avusturya ve Almanya kavanininde iâre-i muvakkatada veyahut bir muayyen iş için inikad olan iârede muîr kable'l-hululü'l-vade makudun aleyh olan ayn-ı müsteârı müsteîrden istirdad edemez. Roma ve İngiltere kavanininde muîr ayn-ı müsteârı her vakit istirdat eder.

İâre-i muvakkata ile veyahut muayyen iş için istiâre olunan malı müsteâr bade'l-istimal yedinde kalır ise Mecelle'nin 838nci maddesi mucibince yine başka bir işe istimal edemez. Zira hin-i istimalinde ayn-ı müsteâr olan mal-ı muârun bih ve bade'l-istimal vedia gibi olarak artık onu istimal ve meks-i mutaddan ziyade tevkif edemez. Edip de telef olsa zâmin olur. İmdi bir adam düğüne gitmek üzere bir yüzük istiâre etse düğünden avdetde parmağından çıkarıp sonra yine takamaz; veyahut o yüzüğü başka bir cemiyette dahi istimal edemez. Ve eğer aksi bir harekette bulunursa zâmin olur. İâre-i mutlakada müsteîr ne kadar isterse muârun bihi istimal edebilir. Yalnız muîrin talebinden sonra istimal etmeyerek red edecektir. Fakat iâre-i muvakkatada müsteîr muîrin talebine intizar etmeyerek muayyen olan vaktin hululunda red etmeye mecburdur.

Zeyl 2: Muîr îâre-i mutlakayı îâre-i muvakkataya tahvil edebildiği gibi bilakis îâre-i muvakkatayı îâre-i mutlakaya tebdil edebilir.

Zeyl 3: Bir muayyen iş için istiâre olunan mal istimal olmayarak telef olsa müsteîr zâmin olur. Mesela bir kimse bir mahalle gitmek için bir dâbbe istiâre ve hanesinde imsak etmekle helak olsa zâmin olur. Zira müsteâr râkip olmak için istiâre olunup imsak için değildir diye İştibâh’da mezkurdur. Avrupa kavanini bu babda sâmit ve sâkittirler.

MUÂRUN BİHİN TESLİMİ

Mecelle’nin 825nci maddesi mucibince muîr müsteârı talep ettikde müsteîrin hemen onu red ve teslimi lazım gelir. Eğer muîr bir hayli zaman talepten imtina ederse müsteîr dilerse muîrin talebine intizar etmeyerek red ve iade eder; dilerse yedinde emanet makamında hıfz eyler. Ve muîr talep edip de müsteîr bila sebeb-i meşru ayn-ı müsteârı bir müddet tevkifi hengâmında ariyet telef veya zâyı veyahut kıymetine noksan âriz olsa zâmin olur. Zira muîrin talebinden evvel muârun bih müsteîr yedinde emanet ve ba’de’t-talep mal-ı mağsup addolunur. Fakat 826ncı maddede beyan olduğu üzere nassen veya delaleten muvakkat olan ariyetin hitamında muîre reddi lazım ve meks-i mutad ma’fûvdür. Mesela filan vakt-i asra kadar istimal olunmak üzere istiâre olunan hıyatı o vaktin hululunde red ve iade lazımdır. Kezalik filanın düğününde kullanmak üzere istiâre olunan hıyatı o düğünün hitamında red ve iade iktiza eder. Fakat bunu red ve iade için mutad olan mertebe-i vaktin müruru ma’fûvdür. Roma ve Fransız hukuklarında dahi ariyetin hîn-i tesliminde meks-i mutad ma’fûv olduğu bedîhîdir.

MUÂRUN BİH KİMİN VASITASIYLA TESLİM OLUNMAK LAZIMDIR?

Mecelle’nin 828nci maddesi mucibince ariyeti müsteîr binefsihi yahut ümenasından birisi ile red etmeğe mecburdur. Mesela müsteîrin yanında ariyet olunan dâbbeyi kendi evlad ü iyâli veya ecîri veyahut şehri ve senevî icare ile muvazzaf olan hizmetkarı gibi erkân-ı haneden ma’dud bir kimse ile red ettikde muârun bih telef olsa müsteîre zaman terettüp etmez. Ama bir ecnebi ile yani ücret-i yevmiyye ile ecîr olan kimse veya kendi dost u iyâlınden addolunmadığı hasebiyle onlar ile teslim ile zamândan beri olmaz. Fakat 829ncu maddesi mucibince eşya-yı nefiseden olan ariyeti bizzat muîre teslim etmek lazımdır. Mesela cevher gibi zî-kıymet eşyayı abd ile malikinin dârına red etmek makbul değildir. Ve bir şahıs bir raculden bervech-i âriyet bir öküz talep etmekle yarınki gün sana vereyim diye vaat ettiğinden tâlip ertesi gün gelip bila izin alıp istimal etmekle öküz telef olsa üzerine zaman icap etmez. Lakin mücteba ve muteberât olursa zâmin olur diye Haniye’de mersumdur.

Roma ve Avrupa kavanini bu kaideye riayet etmezler yani muârun bih gerek eşya-yı nefise olsun ve gerek olmasın müsteîr bi'n-nefs veyahut emini ile red ve iade eder.

Muârun bihin sahibi olan muîr gaip olup da hayat ve mematı malum olmaz ise müsteîrin vefatı tebeyyün edinceye dek hıfz ve badehu inde'ş-şuhûdîn veresine eda ve teslim eder. Ve eğer muîrin veresesi dahi malum olmayıp veya gaip olur ve ayn-ı müsteâr durmakla bozulur eşyadan bulunur ise hakim in izniyle o muârun bihi satıp esmân-ı hasılasını nezdinde emanet kabilinden olarak ve hıfz ettiği halde artık o semeni istimal edemez.

MÜSTEÎRİN BERAET-İ ZİMMETİ BEYANINDADIR

Muîr ve müsteîr eğer şahs-ı vâhid iseler mesele bir müşkilat göstermez. Muîrin mutalebesinde müsteîr muârun bihi red ve iade eder ve eğer muîr vefat etmiş ise veresesine, veresesi meçhul ve muârun bih mütesâriü'l-fesad ise hakim marifetiyle ayn-ı müsteârı fûruht ile esmân-ı hâsılasını müsteîr emaneten hıfz eder.

Müsteîr müteaddit olup muîr ayn-ı müsteârı istirdad etmek isterse her bir müsteîr hissesini teslim ettikde kendi zimmetini berâ eder; fakat eğer muârun bih kabil-i taksim olmayan bir ayn-ı vâhid olur ise müsteîrlerden biri ve o müsteârı tamamen eda etmedikçe berâet-i zimmet edemezler. Mesela bir adam şu on beş tane koyunlarını sizlere iâre ettim her biriniz beşer tane alın deyip de her müsteîr beşer koyun alıp kabz ettikten sonra akit tamam olur. Ve her bir müsteîr âriyet aldığı beş adet koyunları iade ederek berâet-i zimmet eder. Ama eğer muîr şu evimi size iâre ettim üç karındaş biraz vakit oturun dese hane kâmilen red ve iade olunmadıkça hiç birisi tebriye-i zimmet edemez. Bu babda Avrupa kavanininde müsteâr gerek kabil-i taksim olsun ve gerek olmasın müsteîrler mean istiâre ettikleri için muîr mecmu-i müsteârı isterse birinden dilerse ayrı ayrı talep edebilir. Müsteâr cümleten iade olunmadıkça müsteîrlerin hiç birisi muîrin husumetinden halâs olamazlar.

Bu meselenin aksi olarak muîr müteaddit olup da müsteîr şahs-ı vâhid oldukda eğer muîrler şerik iseler müsteîr muîrlerin birisine ayn-ı müsteârı teslim ederse mutalebeden halâs olur. Ama şerik değilse o anda cümle muîrlerin huzuru şarttır. Ve eğer muîrlerin biri vefat etmiş veya gaip olmuş olsa vârisi, vasisi onun yerine kaim olur. Ve eğer vârisi malum değilse hakim marifetiyle bir vekil nasb olunur. Mesela üç kişi şu koyunlarımızı sana iâre ettik; sevdi sana mübah olsun diyerek verdikleri halde eğer o muîrler şerik iseler müsteîr muîrlerin birisine red ve iade eder ise mutalebeden halâs olur. Ve eğer şerik değilse o vakit her birinin huzuru lazımdır.

Avrupa kavanininde müsteîr muîrlerin birine red ve iade eder ise mutalebeden halâs olur.

ZAMÂNÂT BEYANINDADIR

Müsteârin her ne veçhile olursa olsun bir gûne teaddi ve taksiri tebeyyün ettikde zâmin olur. Müsteâr ise müstevdi gibi muîrin emini olup hın-i taksirinde Kitâbü'l-emânât'ta 803ncü maddesinde beyan olunduğu gibi muârun bihi tazmini lazım geldikde misliyattan ise mislini kıyemiyattan ise zamanı mucip olan şeyin yevm-i vukuundaki gibi kıymetini vermek lazım gelir*. Mesela müsteâr numune için bir fıçı yağ istiâre etse sonra o fıçı kendi taksiri ile kesr olursa o muârun bihi misliyle tazmin edecektir. Ama hayvan istiâre edip seviy-yi istimaliyle hayvan telef olsa telef olduğu gününün diyetini tazmin etmeğe mecburdur. Avrupa kavanininde müsteârin teaddi ve taksiri sabit olduğda zâmin olur; fakat ne vecihle zâmin olacağını mübeyyin bir bend-i mahsus yoktur.

MUÂRUN BİHİ RED VE İADE ETMEK İÇİN LAZIM GELEN MASRAF BEYANINDADIR

Mecelle'nin 830ncü maddesinde musarrah olduğu veçhile ayn-ı müsteârin muîre red ve iadesi zımnında lazım gelen mesârifat müsteâre aittir. Zira iâre muîre nef-i mahz olmamakla o akitten hâdis olan mesârifata dahi bi't-tab mesul değildir. Ve muârun bihi teslim etmek lazım geldikde eğer mutlak ise hın-i akitte ayn-ı müsteâr nerede idi ise yine orada teslimi iktiza eder. Mesela bir kimse Kadıkaryesi'nde bir eşya istiâre ettikde yine karye-i mezburede red ve iade etmek lazımdır. Ve eğer bir muayyen mahalde teslimi şart kılınmış ise müsteâr orada red ve iade etmeye müteahhittir. Mesela muîr al şu atımı kullan sonra götür çiftlik nazırına teslim et diye emrederse müsteâr ba'de'l-intifa muârun bihi çiftlik nazırına teslim etmeye mecburdur. Ve eğer müsteâr masraf etmekten imtina ile teslimi tehir etse muîr hakimın marifetiyle tazmin ettirir. Avrupa kavanininde dahi ayn-ı müsteârin red ve iadesinin meûnet ve masrafı müsteâre aittir.

MUÂRUN BİH MUÎRİN MÜLKÜ OLMASI LAZIMDIR

Muârun bih muîrin mülkü olması her halde lazımdır. Zira eğer muîr rabbü'l-mal olmaz ise evvela iâre sahih olmaz. Saniyen muârun bih yed-i müsteârde bila teaddi vela taksirin zâyı veya telef olsa zarar muîre avdet eder. 822nci madde bir kimse bir kadından zevcin mülkü olan bir şey âriyet isteyip o dahi bila izin verip de o şey zâyı olduğu surette eğer derûn-i hanede alî cerri'l-âdet zevcenin yedinde bulunan eşyadan ise gerek o kadına ve gerek müsteâre zaman lazım gelmez. Mesela at gibi kadınlar yedinde bulunmayan bir şeyi zevc dilerse zevcesine dilerse müsteâre tazmin ettirir.

* Bu babda ihtilaf vardır. İmam-ı Azam için muhasama ettikleri günde olan kıymeti zâmin olması lazım ve İmam-ı şâni kavlince zamanı mucip olan şeyin yevm-i vukuundaki kıymeti vermek vaciptir. Mecelle ise bu ikinci kavli tercih eylemiştir.

Roma ve Fransız kavanininde muîrın mal sahibi olması şart değildir. Müstevdi vediayı hatta sârik musrakun bihi iâre edebilir. Müsteîr müsteâr-ı mesrukayı rabbü'l-mala iade etmeye mecbur olmayıp yalnız ihtar edip istirdadı için bir müddet tayin eder eğer o müddette sahibü'l-mal dava etmez ise müsteîr muîr-i sânkâ red eder.

TERCİH-İ BEYYİNAT BEYANINDADIR

Akd-i iâreden dolayı bir dava zuhur ederse inde'l-muhakeme tarafeynden kimin beyyinesi evvel istima olunacaktır. Mesela bir kimse diğer kimsenin yedindeki malı ariyet vermiştim diye geri almak isteyip de o kimesne dahi sen o malı bana bey ve hibe etmiştin dese Mecelle-i celilenin 1762nci maddesi mucibince temlik beyyinesi ariyet beyyinesi üzerine tercih olunur. Niçin böyle olmalıdır?

Ba'dehu olan hakk-ı tasarruf ariyettekenden ziyadedir. Mesela müşteri mal-ı müşterâ-yı keyfemâyeşa tasarruf eder lakin müsteîr ayn-ı müsteârı hiç bir veçhile şahs-ı sâlise ferağ veyahut teslim edemez. Onun hakkı muârun bihin menâfiini ahz etmekten ibaret olup 1762 maddesi mucibince ziyade beyyinesi evlâdır.

Cem-i zamanda bey ü sıra çok ve ariyet nadir vuku bulup "en-Nadiru küllü mâdûn" fetvası mucibince nadir olan şeye itibar olunmayıp ekser zamanda cari olan akde itibar ederler.

Mutlak ve mukayyet beyyineleri tearuz ettikde kimin beyyinesi evlâdır? Mecelle'nin 1765nci maddesi mucibince ariyette itlak beyyinesi mukayyet beyyinesi üzerine ekvâdır. Mesela ariyet olan bir at müsteîr yedinde telef olup da muîr ben o atı sana dört gün kullanmak üzere iâre etmiştim sen ise dört gün mürrunda atı bana teslim etmeyip beşinci gün yedinde helak olmakla kıymetini zâmin ol diye dava ve müsteîr dahi sen öyle dört güne dek diye takyit etmeyip ale'l-ıtlak kullanmak üzere bana bana o atı iâre etmiştin diye müdafaa ettikde müsteîrin beyyinesi tercih ve beyyine ikame edemediği zamanda muîrin beyyinesi istima olunur. Ve eğer o dahi ispattan aciz olur ise müsteîr yeminle tasdik olarak ariyet ale'l-ıtlak inikad olmuş gibi addolunur. Zira müsteîr muîrin emini olduğundan "el-Emin yusaddeku bil yemin" fetvasına riayet olunur ve eğer ariyet-i mukayyede bir nevi ile ihtilaf olursa mesela müsteîr dese ki ben o yüzüğü her gün takmak için istiâre ettim ve muîr dahi ben yalnız pazar günleri kullanmak için iâre ettim dese söz mea'l-yemin müsteîrindir. Keza mekan ve vakit ve muayyen bir iş için istiârelerde ihtilaf olursa yine söz mea'l-yemin müsteîrindir ve muîrin hın-i rücuunda müsteîr iârenin inikadı sırf inkar etse veyahut an karib kazara telef olmasından bahs eylese bir yeminle halâs olur. Fakat tehâliften halâs için beyyine ikame edebilir

Roma ve Fransız kavanininde akıdeyn beyninde bir gûne münazaa zuhur ettikde Kavaid-i külliyeinin 76ncı maddesi mucibince "el-Beyyinetü ale'l-müddeî ve'l-yemînü alâ men enkerâ" fetvasınca amel ederler.