

HUKUK REFORMU METİNLERİ 15:

MECELLE’NİN TADİLİNE DAİR MIŞON VENTURA’NIN MEKTUBU, YUSUF ZİYA ÖZER’İN BEYANATI (EKİM 1920)

Haz. Mehmet Emir Bayraktar* - Muammer Fatih Öztürk**

1920 yılında, Said Molla’nın Adliye Nezareti müsteşarlığı döneminde kurulan tadil komisyonları çalışmalarına başladıktan sonra *Vakit* gazetesi; kanunların nasıl tadil edilmesi gerektiği konusunda hukukçuların görüşlerini alarak haberleştirmiştir. Burada, Mecelle’nin tadili hakkında görüş bildiren Mişon Ventura’nın (1881-1961) mektubunu ve Yusuf Ziya Özer’in (1870-1947) beyanatını aktarıyoruz. Bu iki hukukçu Darülfünun Hukuk Fakültesi müderrisi, aynı zamanda Mecelle Tadil Komisyonu üyesidir. *Vakit*, “Kitab’ul-Büyû’dan itibaren Mecelle tadilatı başladı” haberinin ardından, Mişon Ventura’nın görüşlerini “Mecelle tadilatında netâyic-i mantikiyeden ziyade maslahata muvafık ahkâm nazar-ı dikkate alınmalı. Avrupa kavânîn-i medeniyesinde, mahkemelerinde mer’iyyü’t-tatbik olan ‘hüsn-i niyet’, ‘sigorta’, ‘tesanüd-i içtimaî’ ve ‘hakkın suistimali’ gibi esaslar kabul ve şerâit-i iktisadiyenin tebeddülünden dolayı zayıf ve âciz mevkiine düşenler himaye olunmalıdır” cümleleriyle; Yusuf Ziya Özer’in görüşlerini ise “Bazı ahkâm ilavesi ile Mecelle’nin tadiline imkân yoktur. Ahkâmı bir enkaz haline getirip yeniden yoğurmak ve tanzim etmek icab eder. Tadil-i kavâninde nazar-ı dikkate alınacak esaslı cihetler: Mecelle’yi mevcut mevâdda bazı ahkâm ilavesiyle tadil etmek kâbil değildir, yeniden tanzim etmek icab eder” şeklinde özetlemiştir¹.

Mişon Ventura, “Mecelle’nin hey’et-i umumiyesine hâkim olan esasât-ı evveliyeyi tespit ve bunları Avrupa kavânîn-i medeniyesi esasât-ı evveliyesi ile mukayese” ederek tadilin dayanması gereken esasları ortaya koymaya çalışmıştır. Ona göre Mecelle ahkâmıyla Avrupa kanunları arasında iki temel fark vardır: Birincisi, Mecelle’deki bazı hükümlerin

* Ar. Gör., Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

** Yüksek Lisans öğrencisi, İstanbul Üniversitesi SBE, Özel Hukuk ABD.

¹ “Kanun-ı Medenimiz Nasıl Tadil Olunmalıdır?”, *Vakit*, nr. 1018, 9 Teşrinievvel 1920, s. 2; “Mecelle Nasıl Tadil Edilmelidir?”, *Vakit*, nr. 1020, 11 Teşrinievvel 1920, s. 2.

“sırf esasât-ı mantikiyeye müstenid bulunmasıdır”. Mişon Ventura, bunun Hanefi fık- hından kaynaklandığını; hatta Hanefi fikhını hem diğer mezheplerden hem de Avrupa kanunlarından ayıran sebep olduğunu belirterek tezini örneklemiştir. İkincisi ise “ihtiyacât-ı iktisadiye ve içtimaiyenin tebeddül etmesi ve bunları tatmin edebilecek kavâid-i cedide-i hukukiyenin vaz’ına lüzum hâsıl olması keyfiyetidir”. Mişon Ventura, komisyonda çıkabilecek görüş ayrılıklarının önünü alabilmek için meselenin bu çerçevede ele alınması gerektiğini savunur. Zamanın ihtiyaçları ve (ideal) medeni kanun tasavvuru üzerinden Mecelle’yi sert bir şekilde eleştiren Yusuf Ziya Özer’in beyanatında, “ahkâmı bir enkaz haline getirip yeniden yağdırmak, yeniden tanzim etmek icab eder” ve “vukuât ve hadisâtın seyl-i hurûşânı, ister istemez bizi beynelmilel bir hayata sevk etmiştir... insaniyetin takip ettiği bir tarik-i umumî-i iktisad vardır. İster istemez biz de bu yolu takip mecburiyetindeyiz. Binâenaleyh gönlümüz istemese dahi bu kavânîn-i iktisadi- yenin zebûn-ı tahakkümüyüz” cümlelerinin altı çizilebilir. Komisyon üyelerinden biri, mukayeseli hukuktan yararlanarak² yeni esaslar koyulmasını; diğeri ise ahkâmı “enkaz” haline getirip yeniden yapma fikrini ileri sürmektedir ki son tahlilde ikisinin de tadil çerçevesini zorladıkları ve yeni bir sistem/bütünlük aradıkları söylenebilir³.

Mecelle Tadil Komisyonu üyesi ve Hukuk Fakültesi mensubu iki hukukçunun Mecelle’yle ilgili temel değerlendirme ve eleştirilerini içeren bu kısa metinlerin Mecelle literatürü bakımından başka bir hususiyeti daha vardır. Darülfünun Hukuk Fakültesi’nde *hukuk-ı medeniye*⁴; Süleymaniye Medresesi Fıkıh Şubesi ve Darülfünun’da *fıkıh usulü* müderrisliği yapmış, Darülhikmeti’l-İslâmiye üyesi Seyyid Nesib Efendi (1873-1930)⁵, bu münasebetle

² Mişon Ventura’nın mukayeseli hukuka dair erken bir metni için bkz. “Hukuk Reformu Metinleri 16: Mişon Ventura’nın Kaleminden Türkiye’de Roma Hukuku Öğretimi ve Mukayeseli Hukukun İşlevi (1912)”, haz. Ali Adem Yörük - Rıdvan Abdurrahman Demirtaş, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, bu sayı.

³ Adliye Nezareti müsteşarı Said Molla, burada sunduğumuz metinler çıkmadan birkaç gün önceki bir röportajında, “esasât-ı ısrarla vurgulayarak farklı bir değerlendirme yapmıştı: “Mecelle’ye gelince, bu da esasât-ı fıkhiyemize müracaatla, asrın ihtiyacâtına muvafık bir tarzda tadil edilecektir. Yoksa yeni bir mecelle vücûda getirilecek değildir. Mecellemiz, bundan evvel Mısır ve Kıbrıs’ta hüsn-i kabul görmüş bir kanundur. Bugün bir şeyi yıkmak kolay ise de yeni bir şey vücûda getirmek pek müşkil- dir. Teşkilatta da hep bu noktayı nazar-ı dikkate aldık. Bugün -misal ile gösterebilirim ki- Mecelle’de muamelat-ı asriyeye muvafık pek çok mesâil mevcut olduğu gibi müşkil görünen ve zaman ile müte- nasip olmadığı anlaşılan mevâdd, esasât-ı fıkhiyemize göre tadil edilebilecektir. Bu sebeple Mecelle’nin esasât-ı sâbıkamızı ihlal etmeksizin asrî bir mecmua-i kavânîn olacağını ümit etmekteyim”. Bkz. “Kanunlarımızın Tadili”, *Vakit*, nr. 1012, 3 Teşrinievvel 1920, s. 1.

⁴ Seyyid Nesib Efendi’nin, *hukuk-ı medeniye* müderrisliği sırasında, Mecelle’nin ıslahına dair yazdığı bir yazı için bkz. Seyyid Nesib, “Hukuk-ı Medeniye Tedkikatı: Mecellenin Islahına Doğru (Makale-i Ülâ)”, *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 4, Eylül 1332/1916, s. 404-425. Yazı dizisi olarak düşünülmüş olmasına rağmen devamı gelmemiştir.

⁵ Seyyid Nesib Efendi için bkz. Ali Adem Yörük, *Müderris ve Hukukçu Rizeli Hafız Kasım Efendi - II. Meş- rutiyet Dönemi Hukuk Eğitiminde Üslup Arayışları*, İstanbul, Dergah Yayınları, 2014, s. 81-82. Ailesi ve özellikle kardeşi Seyyid Haşim Bey hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmud Esad Kalıpçı, “Nağmesi Yarıda Susan Erganon: Son Dönem Osmanlı Hukukçularından Seyyid Haşim Bey”, *Türk Hukuk Tarihi*

Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı ve Kıyas ve Deyne Müteallik Mesâil adlı bir risale yazmış, özellikle Mişon Ventura'nın eleştirilerini cevaplamıştır⁶. Bu üç metni, Mecelle'nin tadili meselesinin belirli bir kesitinde üretilmiş metinler olarak birlikte mütalaa etmek gerekmektedir.

Ali Adem Yörük (ed.).

*

Tadil Komisyonu'ndan Mişon Ventura Efendi'nin Mütalaaları

Mecelle'nin tadili ile meşgul olmak üzere teşekkül etmiş olan komisyon Mecelle'nin Kitabı'l-büyû'unu madde be-madde okuyarak tadilat icrası suretiyle ifa-yı vazifeye başlamıştır. Mecelle'nin yani kanun-ı medenimizin tadili hepsinden ziyade haiz-i ehemmiyet olduğu için kanunlarımızın ne suretle tadil olunması lâzım geldiği hakkında icra ettiğimiz tedkikat meyânında, Mecelle Tadil Komisyonu azâsından ve Darülfünun *mukayeseli hukuk-ı medeniye* mualimi Mişon Ventura Efendi'ye müracaat ederek Mecelle'nin tadili hakkındaki mütalaasını istifsar etmiştik. Mumaileyh istifsarımıza cevap olarak bu husustaki nokta-i nazarını mübeyyin uzun bir mektup gönderdi. Mektubu ber-vech-i âti neşrediyoruz:

Mecelle'nin Esasları ve Esasların Mukayesesi

Mecelle'nin ne gibi esasâta binaen tadili lâzım geleceği bahsinde en ziyade haiz-i ehemmiyet olan keyfiyet Mecelle'nin hey'et-i umumiyesine hâkim olan esasât-ı evveliyeyi tespit ve bunları Avrupa kavânîn-i medeniyesi esasât-ı evveliyesi ile mukayese eylemekten ibarettir.

Malum olduğu üzere her kanunun istihdaf ettiği bazı gayeler vardır ki o kanunun hey'et-i umumiyesine hakim esasât-ı evveliyeyi teşkil edip bunlara binaen vücuda getirilecek esasât-ı tâliye o gayelerin vesâit-i hususiyesinden ma'duddur. Binâenaleyh biz de kanun-ı medenimizin emr-i tadilinde teminini arzu ettiğimiz gayeleri tayin ve tasrih edecek olursak hem esasât-ı kanuniyenin ve bunlara müteferri ahkâmın vaz'ında o gayelerden tebâ'ud etmemiş, hem de

Araştırmaları, sy. 10, 2010 (Güz), 77-105.

⁶ Seyyid Nesib (Darülhikmeti'l-İslâmiye azâsından), *Fıkh-ı Hanefî'nin Esasâtı ve Kıyas ve Deyne Müteallik Mesâil*, [İstanbul], Evkaf Matbaası, Darülhikmeti'l-İslâmiye Neşriyatı aded: 2, 1339/1337, 56+3 s. (Son sayfada 20 Kânunievvel 1336/Aralık 1920 tarihi yazılıdır). Bu mühim risalenin özenli bir neşrinin yapılması faydalı olacaktır.

bu esasât ile ahkâm-ı fer'îyesine dair Komisyon azası beyinde tekevvün edebilecek ihtilafât ve münakaşât sahasını tahdid etmiş oluruz.

Vaz'ı kavânîn maddesinde memâlik-i mütemeddeninin kâffesinde zaten takip edilmekte olan bu usule bizce de tebeaiyet etmekliğimizi icap ettiren esbâb-ı hususiye vardır. Şöyle ki: Mecelle Komisyonu'nun vazifesi Mecelle'nin tadilinden ibaret olunca evveleminde Kanun-i Medeni-i hâzırımızın müstenid olduğu esasât-ı evveliyeyi zahire çıkararak bunların yerine başka esasâtın vaz'ı lâzım gelip gelmeyeceğini kararlaştırmak iktiza eder.

Avrupa Kanunlarına Göre Fark Nereelerde

Bu nokta-i nazardan icra-yı tedkikat olunduğu surette Mecelle ahkâmıyla Avrupa kanunları ahkâmı beyindeki tefavütün başlıca iki sebepten ileri geldiği görülür. Bunlardan birincisi ahkâm-ı medeniyemizden bir kısmının sırf esasât-ı mantikiyeye müstenid bulunmasıdır. Ve bu sebep, kadîm olup Fıkh-ı Hanefînin mezâhib-i saire ahkâmıyla tefavüt etmesinin en mühim sebebi olduğu zannındayım. İkinci sebep de ihtiyacât-ı iktisadiye ve içtimaiyenin tebeddül etmesi ve bunları tatmin edebilecek kavâid-i cedide-i hukukiyenin vaz'ına lüzum hâsıl olması keyfiyetidir.

Birinci Sebep: [Ahkâm-ı Medeniyemizden Bir Kısmının Sırf Esasât-ı Mantikiyeye Müstenid Bulunması]

Ahkâm-ı medeniyemizin müstenid olduğu Fıkh-ı Hanefînin gerek sair mezâhibden ve gerek Avrupa kavânîn-i medeniyesi ahkâmından ayrıldığı bazı nukâtta adl ü hakkaniyet ve maslahat-ı âmme esaslarından ziyade kıyasât-ı mantikiyenin yer tuttuğu görülür. Adl ü hakkaniyet ve menâfi-i umumiye esaslarının ahkâm-ı Hanefiyede dahi mündemiç olduğu ve bu itibar ile mezkûr esasâtın eimme-i Hanefiye hazerâtınca dahi makbul tutulduğunda şüphe yok ise de ekser-i ahkâm-ı fer'îyede bu esasâtan tebâ'ud edilmiş ve bunlara yalnız mantık hakim kılınmıştır. Nitekim bu hakikat-ı ilmiye emsile-i âtiye ile tavazzuh eder:

1. "Düyûn emsâliyle kaza olunur, a'yânıyla eda olunmaz" kaidesine göre bizde tediye, zimmetin beraetini icap etmez. Gerçi deyni tediye eden bir kimsenin maksadı istihsâl-i beraet etmekten ibaret ve hakkaniyet bunu müstelzim ise de ânifü'z-zıkr kaide, edanın beraet-i kat'îye istihsaline müsait değildir; bu kaide

ise adl ü hakikat ve maslahat-ı âmme esaslarına değil, sırf mantıkî bir esasa müsteniddir ki o da deynin zimmette sâbit bir vasıf olup vasfın ise mevsûf ile kâim ve ancak mevsûfun zevâliyle zâil olabilmesidir. İşte bu esas-ı mantıkîye göre deyn eda ile sâkit olmaz. Deyn eda ile sâkit olmayınca medyûnun vefatına kadar hakkında sâbit kalacağına ve -deynin bekâsına rağmen- dâyinin medyûndan mükerreren istîfâ-yı matlûb edememesi, ancak ifa-yı deyn makamında kendisine verilen şeyin müteakabilen zimmetine müterettib diğer bir deyn tevliid etmesinden nâşi bulunduğuna nazaran dâyin, istîfâ-yı matlûb ettikten sonra medyûnun zimmetini ibra ettiği surette, medyûnun, evvelce tediye ettiği şeyi istirdâda salahiyettar olmak iktiza eder ki bu netice-i mantıkîyenin gerek maksad-ı tarafeyne, gerek icab-ı ma'delete mugâyir olduğu bedîhîdir.

2. Sâlifü'z-zikr esas-ı mantıkînin diğer bir neticesi olarak bizde -bazı müstesniyâtтан kat'a'n-nazar- deynin medyûndan mâadâsına temlikî caiz değildir; çünkü deyn medyûn ile dâyin beyninde mevcut şahsî bir rabîta-i hukukîye mahiyetini haiz olmak cihetiyle medyûnu ancak dâyinînin şahsına rabt ettiğinden dâyinînin, mezkûr rabîtada başkasını kendi makamına ikame etmesi mantıkan caiz değildir. Halbuki işbu kaide-i mantıkîye yerine menâfi-i umumiye esası nazar-ı itibara alınırsa deynin ahara temlikini tecviz etmek lâzım gelir.

Kıyas ve İstihsan

El-hâsıl ahkâm-ı Hanefîyenin bir çoğu "kıyasa muvafık" tabir edilerek mevzû bazı esasâtтан istihraç edilmiş netâic-i mantıkîye mahiyetinde olup ancak maslahat-ı âmmeye mugâyereî bedîhî görülmüş olan bazı netâic-i mantıkîye terk olunarak yerlerine "istihsanî" tabir olunan maslahata muvafık ahkâm vaz' olunmuştur. Avrupa kavânîn-i medeniyesi ahkâmı ise mücerred adl ü hakkaniyet ve menâfi-i âmme esasât-ı evvelîyesine müsteniddir. İşbu esasât-ı evvelîyeye müsteniden vaz' edilmiş diğer birtakım esasât-ı umumiye mevcuttur.

Hüsn-i Niyet Esası

Mesela hakkaniyet esas-ı evvelîsinden teşa'ub eden ve umumî mahiyeti haiz olan hüsn-i niyet esası vardır.

Hakkaniyet ve menâfi-i âmme, hüsn-i niyetle hareket eden eşhâsın himayesini istilzam eder. Bu esas zu'm-ı şer'î ile başkasının arsası üzerine inşa olunan

binanın kal' olunamayacağına dair bizde mevcut olan hükm-i şer'ide dahi mündemiç ise de sair memâlik-i mütemeddinede işbu hüsn-i niyet esasının saha-i tatbiki hayli tevsî edilmiştir. Mesela Avrupa kanun-ı medenilerine göre bir kimse, gayra ait olup da hüsn-i niyetle yani mâlik olduğu zannıyla vâzı'ul-yed bulunduğu bir malın semerâtını istihlâk etmiş ise tazmine mecbur olmaz, çünkü o kimse kendi malında vâki olan tasarrufundan dolayı başkasına hesap îtâsı mecburiyetinde olmadığını bilerek semerât-ı mezkûreyi belki de bilâlüzum istihlâk etmiş olabileceğinden bilahare bedelini tazmine mecbur tutulması gadrını mûcib olabilir.

Kezalik Avrupa kavânîn-i medeniyesine göre "hüsn-i niyet" esas, ukûdun kâffesine hakim olup bunun cümle-i netâyicinden olmak üzere, ahad-ı âkideyn diğerini tağrir etmemekle mükellef ve bu itibar ile tağrir, akdi ifsâd eden esbâbdan ma'dûddur. Bizde ise malum olduğu üzere tağririn hükmü, gabn-i fahişe makrûn olmadığı surette mûcib-i hıyâr olmaktan ve akd-i mu'âvaza zımnında bir kimse, âkid-i diğeri aldatırsa zararını tazmine mecbur olmaktan ibaret olup yoksa suret-i umumiyyede tağrir akdin fesadını mûcib olmaz. Avrupa kavânîn-i medeniyesi işbu hüsn-i niyet esasına hakkaniyete pek muvafık ahkâm tefrik etmişlerdir; binâenaleyh "hüsn-i niyet" esasını da esasât-ı umumiyyeden olmak üzere kabul iktiza eder.

[İkinci Sebep: İhtiyacât-ı İktisadiye ve İçtimaiyenin Tebeddül Etmesi] Sigorta Muamelatı

Ânifen arz olunduğu üzere Mecelle ahkâmıyla Avrupa kavânîn-i medeniyesi ahkâmı beyinde mevcut farkların bir kısmı ihtiyacât-ı cedîdenin ve efkâr-ı içtimaiyece vukû bulan tebeddülât-ı azimenin icabı olarak yeni kavaid-i hukukiye vaz'ına lüzum hâsıl olmasından neşet etmiştir. Bu esas-ı umumîye müteferri olarak zamanımızda hayli inkişaf eden ve ehemmiyet-i iktisadiyesi muhtac-ı beyan olmayan sigorta muamelatını ve hükümetin umur-ı nafiaya müteallik teşekkül eden şirketlerle icra ettiği mukavelat zımnında efrâd-ı ahalinin lehine olarak istihsal ettiği taahhüdâtın muteberiyetini izaha medâr olan "şahs-ı sâlisin lehine dermeyeran olunan şartın muteberiyeti" esas-ı mühimmini kabul etmiştir. Ahkâm-ı medeniyemize göre ise şahs-ı sâlise nâfi, fakat ahad-ı âkideyne nefî olmayan şartın muteber olmadığı, bey'de ahad-ı âkideyne nâfi olmayan şartın lağv addedilmesinden istidlal olunabilir.

Hakkın Suistimali

Avrupa kavânîn-i medeniyesinin kabul ettiği esasât-ı mühimme-i cedideden biri de tesanüd-i içtimaî esasıdır. Şöyle ki: Yukarıda söylediğimiz vechile kanun-ı medenin vazifesi, münasebât-ı beyne'l-efrâdda adl ü hakkaniyetle maslahat-ı âmme yani menâfi-i umumiye gayelerini temin edecek ahkâm vaz' etmekten ibarettir. "Menâfi-i umumiye"ye müteallik ahkâmdan maksat, âmme için azamî menâfi temin edebilecek ahkâmdır. Adalet ise münasebât-ı hususiyede efrâdın hayatını, malını ve bi'l-cümle hukukunu taarruzdan siyânet etmektir. Adalet, masuniyet-i hukukiye nokta-i nazarından herkesin nazar-ı kanunda müsavi add[edilmes]ini istilzam ettiği cihetle müsavat-ı hukukiye adalet esasıyla tev'emdir. Ancak müsavat-ı hukukiye fikrinin tarz-ı telakkisi zamanımızda mühim bir tebeddüle uğramıştır. Fi'l-hakika eskiden müsavat-ı hukukiye tabiriyle istihsal ve muhafaza-i hukuk nokta-i nazarından efrâdın yek-diğerine müsavi olmadığı kasdolunurken zamanımızda demokrasi cereyanının kesb-i kuvvet ve fikr-i ahlâkın ilm-i hukuka daha ziyade nüfuz etmesinin mahsulü olarak gayr-ı müsait şerâit-i iktisadiyeye maruz bulunmaları cihetle müsavat-ı hukukiyeden istifade edemedikleri görülen bazı eşhâsın himaye-i kanun altına vaz'ına ve bu suretle efrâdın menâfii beynindeki ahenk ve tevâzünün muhafazasına ihtiyaç hissölundu ki bu ihtiyaçtan tesanüd-i içtimaî esası husûle gelmiştir. Zaten devlet zu'afâ ve acezeyi himaye-i kanun altına vaz' etmezse "müsavat-ı hukukiye" esası, hakikatte ancak bir kısım halkın, yani sermaye sahibi olanların istifadesini mûcib olur. Nitekim muhtac-ı tedavi olup da tedavisine muavenet olunmayan bir hastaya nisbetle hakk-ı tedavinin ehemmiyeti ne derecede ise kanunen taht-ı himayeye alınmayan zu'afâ ve acezeye nisbetle "müsavat-ı hukukiye" o derece bir ehemmiyet-i nazariyeyi haizdir.

Hak Ferdin Değil Cemiyetindir

Ânifü'l-beyan tesanüd-i içtimaî esası mücebince hiçbir sınıf-ı halk veya hiçbir ferd haiz olduğu mevki-i iktisadîden istifade ederek diğerine tagallüb edemez. Yine bu sebeple eskiden ferdî bir mahiyeti haiz addolunan hukuk, el-yevm içtimaî bir mahiyeti ihraz etmiştir. Yani eskiden hukuk-ı ferdiye hukuk-ı tabiiyeden addolunduğu cihetle cemiyetin zararına olarak tevsi olunduğu halde zamanımızda bilakis hukukun ancak menâfi-i cemiyetin icabı olarak

efrâda bahş olunduğu fikri husûle gelmiş ve bu sebeple ferdin hakkı, cemiyetin menâfii lehine olarak tahdid olunmuştur. Bu babdaki tahdidât cümlesinden olarak eskiden bir kimse hakk-ı mülkiyetini hudud-ı muayyene-i kanuniye dahilinde suret-i müstebiddâne istimal edebildiği halde zamanımızda hakkın suistimali yani mücerred âharı ızrâr maksadıyla istimal edilmesi gayrimeşru addolunmuştur ki bu babdaki nazariyeye “hakkın suistimali nazariyesi” tesmiye olunur. Binâenaleyh Fransa’da ictihad-ı mehâkim ile takarrur eden ve Alman ve İsviçre kanun-ı medenilerinde münderiç bulunan mezkûr nazariyeyi hükkâmın hükm-i keyfisine mahal vermeyecek bazı şurût ve kuyûd tahtında olarak kabul etmek münasip görünür.

Ecîr ve Amele Hukuku

Zu’afâ ve acezenin himayesi lüzumundan tevellüd eden “tesanüd-i içtimaî” esası, “serbestî-i mukavelat” esasının tahdidini de mûcib bir mahiyettedir; binâenaleyh bir âkid şerâit-i akdi suret-i serbestânede münakaşa edemeyecek bir mevki-i iktisadîde bulunduğu surette onu taraf-ı diğere karşı himayeye medâr ve tarafeyn için mecburiyyü’r-riaye olacak ahkâm ve şurût-ı kanuniye vaz’ı lâ-büddür. Bizde bu gibi ahkâm-ı himaye-kârânenin fıkdanı sebebiyledir ki bir kimse senelerce nezdinde kemâl-i gayret ve istikametle hizmet eden bir ecîrini zarar ve ziyan itâsına mecbur olmaksızın keyfi olarak tard edebilir. Kezalik bir ticarethane veya daru’s-sinâ’anın sahibi amelenin bulunduğu mevki-i acz u ızdırarından bi’l-istifade istediği şerâit-i mukaveleyi tahmil ve mesela onları, gayet cüz’i bir ücret mukabilinde sıhhatlerini ihlal edecek ağır hizmette istihdam edebilir.

İşte bu tesanüd-i içtimaî esası, Fransa’da ictihad-ı mehâkim ile takarrur ettiği gibi Alman ve İsviçre kanun-ı medenilerinde de gayet vasi bir saha-ı tatbik bulmuştur. Ahkâm-ı şer’iyyeye göre sığâr ve sair acezenin hukukunu temin için bazı tedâbir mevcut olduğuna göre “ezmânın tebeddülü ile ahkâmın tebeddülü inkar olunamayacağı” kaidesi mücebince eskiden şer’an muhtac-ı siyanet adde-dilmediği halde muahharan şerâit-i iktisadiyenin tebeddülünden dolayı hâlen zayıf ve âciz mevkiine düşen eşhâsın himayesine medâr olan ahkâmın vaz’ı işbu kaide-i külliye mukteziyâtından bulunduğu mebni marrü’z-zıkr ahkâmın suret-i umumiye tatbiki lâ-büddür.

*

Hukuk Fakültesi Müderrislerinden Yusuf Ziya Bey'in Beyanâtı

Kanunlarımızın ne suretle tadili lâzım geldiği hakkında icra etmekte olduğumuz tedkikata devam ediyoruz. Geçen gün Hukuk Fakültesi müderrislerinden ve Tadil Komisyonu azasından Yusuf Ziya Bey'in re'yini istifsa ettik. Yusuf Ziya Bey, el-yevm dava vekâleti ile meşgul olup umur-i hukukiyede göstermiş olduğu vukuf ve ihatası ile meslektaşları arasında temeyyüz etmiştir. Mumaileyh Mecelle hakkındaki re'yini şu suretle hülâsa etmektedir:

Tadil-i kavâninde nazar-ı dikkate alınacak en esaslı cihet zamanın ihtiyacı- nı idrak ederek ona göre tedvin-i ahkâm etmektir. Fakat zamanın ihtiyacı tabiri o kadar âmm ve şümûllü bir tabirdir ki bunu tayin etmek pek uzun sürer. Her şeyden evvel bilinmesi lâzım gelen nokta neye muhtaç olduğumuzu anlamaktadır. Mesela ez-cümle kavânîn-i medeniye ve ticariye nokta-i nazarından nâsın muamelatını işkâl eden veya o muamelatın inkişafını teşvik etmeyen ne gibi ahval mevcuttur? Muamelat-ı cüz'îye nokta-i nazarından emniyet-i âmmeyi şiddetle muhafaza ile beraber emin ve sâlim bir adalete vâsıl olabilmek için ne yapılmalıdır? Bunları tayin edebilmek için kırk senelik tatbikat-ı adliye neticesinde hâkimlerimiz ve avukatlarımız kanunlarımızın bütün noksanlarını, bütün sükût ve ibhamlarını veya adalete münafı gibi görünen veya muamelat-ı nâsı işkâl eden bütün hükümlerini derece derece tespit etmeli idiler. Fakat maatteessüf ne hâkimlerimiz ve ne de dava vekillerimiz böyle bir vazifeyi ifa etmemişlerdir. "Bugün neye muhtacız?" diye sorulsa her kafadan bir nağme-i uhra çıkar. Şu kadar ki önümüzde mütemeddin milletlerin asırlarca mesaisinin mahsul-i güzini olan numuneler vardır. Bunlardan istifade etmek bizim için zaruri addolunmak lâzım gelir. İlk sualinize bu kadarcık cevaptan sonra Mecelle'nin tadil-i hakkındaki fikrimi söyleyeyim:

Bir kanun-ı medeni tanzimi büyük bir hadise-i medeniyedir. Bunda devleti terkib eden eşhâs ve eşyanın yek-diğeriyle münasebeti tanzim edilmiş olur. Bu kanun, nâsın ihtiyacına ve zamanın icabına ne derece tevafulk ederse o nispette münasebât-ı beşeriye teshil edilmiş ve hey'et-i içtimaiyenin inkişaf-ı iktisadî ve ailevîsi temin edilmiş olur. Bi'l-aks bu kanun, onun hüsn-i tanzimi demek ise hayat ve münesebât-ı efrâdda daima çetinlikler ve daima mücadeleler zuhur eder. Kanun-i medeni evveleminde eşhâsa ve eşhâsın yek-diğeri arasındaki ukûd ve muamelata ve nihayetle eşhâsın dâhil-i havza-i tasarrufu olacak emval ve emlake mütedair ahkâm vaz' eder. Halbuki bizim Mecelle, eşhâsa

dair asla bir hükmü muhtevi değildir. Sâniyen, eşhâsın yek-diğeri beyindeki münasebâtı da zamana göre tanzim edilmiş değildir. Sonra muamelatı tamamen ihtiva edememiştir. 1800 küsur maddelik Mecelle'nin ancak beş altı yüz maddesi kanun-i medeniye taalluk eder. Kısım-ı a'zamı kavaid-i külliye, tarifât ve ahkâm da tekerrürât ve nihayet usul-i muhakemeye taalluk eden delâil yani ikrar ve beyyinât ve kaza bahislerinden ibarettir. Bu beş altı yüz madde eğer muamelatın hey'et-i umumiyesine bir nazar-ı şamil atfedilmek suretiyle tanzim edilseydi belki de ukûda müteallik kısmı ihtiva edebilirdi. Halbuki bunun da çoğu bir hükm-i esasîyi muhtevi değil, emsile ve fûrû'âta hüküm suretindedir.

Mecelle'de ukûdun hey'et-i mecmuasına şamil bir hükm-i umumi mevcut değildir. Mecelle'nin en mühim kitabı olan Kitabu'l-büyû'unda öteye beriye bazı ahkâm serpiştirilmiş ve sair kitaplarında da ufak tefek ahkâm vaz' edilmiştir. Akdin hey'et-i umumiyesini bir nazar-ı şamil ile ihata ederek ahkâm-ı umumiye tedvini düşünülmemiştir. Bir kanun-ı medenin en büyük hassası, ahkâm da vuzuh ve tekerrürden tevakkidir. Bunun için akdin hey'et-i mecmuasına şamil olacak ahkâm, evveleminde ahkâm-ı umumiye ser-levhası altında cem' ve tertib edilmek iktiza eder. Bu ahkâm-ı umumiye, akdi, ehliyet ve şerâit-i akdi ve muhteviyat ve netâyic-i akdi ve nihayet fesih veya infisah-ı akdi ve icra-yı akdi ihtiva etmelidir. Bundan sonra da her akdin kendi hususiyetine göre ahkâm-ı mahsusa tertib edilmelidir.

Mecelle, ukûdu böyle suret-i umumiyede nazara almamış, her akdi kendi hususiyâtı nokta-i nazarından muhakeme ederek ahkâm tertib etmiştir. Bu tertibde ise umumi bir hükmün mevcut olmayışından dolayı büyük bir noksan ve sonra da ahkâmın her kitapta ayrı ayrı zikrinden mütevellid fazla tekerrürât mevcuttur.

Bu nasıl tadil olunabilir? Bence mevcut mevâdda bazı ahkâm ilavesi ile Mecelle'nin tadili imkânı yoktur. Ahkâmı bir enkaz haline getirip yeniden yoğurmak, yeniden tanzim etmek icab eder. Bunu yeniden tanzim ederken muamelat-ı efrâdı teshil edecek, nizaa meydan vermeyecek, iktisad-ı içtimâîyi inkişaf ettirecek tarzda ahkâm tertib edilmelidir. Bugün beşer cemiyetlerinin maziye doğru rücu edebilmelerine ve mesai-i mütarakime-i beşeriye ile tesis edilen gaye-i insaniyetten udûl edilmeye imkân yoktur. İnsan cemiyetleri içinde milletimizin medeniyet-girîz bir hayat-ı infirâdî sürmesine de imkân yoktur. Vukuât ve hadisâtın seyl-i hurûşânı, ister istemez bizi beynelmilel bir hayata sevk etmiştir. Zaten bundan tevakki etmek, hiçbir millet, hiçbir

kavim için, hatta Afrika sahralarında yaşayan akvâm için bile mümkün değildir. Binâenaleyh insaniyetin takip ettiği bir tarik-i umumî-i iktisad vardır. İster istemez biz de bu yolu takip mecburiyetindeyiz. Binâenaleyh gönlümüz istemese dahi bu kavânîn-i iktisadiyenin zebûn-ı tahakkümüyüz. Münasebât-i beşeri tanzim eden kavânîni işte bütün milletlerin takip ettiği gaye-i iktisadın kavânîn-i tabiiyesine tevfiğ edersek vazifemizi ifa etmiş oluruz. Yoksa ne vaz' edeceğimiz ahkâm pâydâr olur, ne de Mecelle mevâddının ötesine berisine bazı ilaveler ile maksat elde edilebilir.