

HUKUK REFORMU METİNLERİ 16:

MİŞON VENTURA'NIN KALEMİNDEN TÜRKİYE'DE ROMA HUKUKU ÖĞRETİMİ VE MUKAYESELİ HUKUKUN İŞLEVİ (1912)

Haz. Ali Adem Yörük* - Rıdvan Abdurrahman Demirtaş**

“Roma Hukukunun Memleketimizde Lüzum-ı Tedrisi ve Mecelle ile Hukuk-ı Garbiye Arasında Bazı Mukayesât” başlıklı bu yazı, Mişon Ventura’nın (1881-1961), Paris Hukuk Fakültesi’nde mezun (21 Mart 1912)¹ olup Türkiye’ye döndükten sonra yayımladığı ilk yazılardan biridir². Paris’teki tahsili sırasında edindiği ilgileri³ ve akademik yönelimini iyi

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

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

¹ Rifat Bali, *Devlet’in Yahudileri ve Öteki Yahudi*, İstanbul, İletişim Yay., 2004, s. 189.

² Mişon Ventura, “Roma Hukukunun Memleketimizde Lüzum-ı Tedrisi ve Mecelle ile Hukuk-ı Garbiye Arasında Bazı Mukayesât”, *Ceride-i Adliye*, sy. 68, 21 Eylül 1328 (4 Ekim 1912), s. 3288-3290; sy. 69, 5 Teşrinievvel 1328 (18 Ekim 1912), s. 3324-3328; sy. 70, 20 Teşrinievvel 1328 (2 Kasım 1912), s. 3366-3370. (Yardımlarından ötürü Doç. Dr. Abdurrahman Savaş’a teşekkür ederiz). Ayrıca bkz. Mişon Ventura, “İsviçre Kanun-ı Medenisinin Menşei ve Suret-i Tanzim ve Müzakeresi”, haz. Rıdvan Abdurrahman Demirtaş, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sayı 28, 2019 Güz s. 147-153; “Hukuk Reformu Metinleri 15: Mecelle’nin Tadiline Dair Mişon Ventura’nın Mektubu, Yusuf Ziya Özer’in Beyanâtı (Ekim 1920)”, haz. Mehmet Emir Bayraktar - Muammer Fatih Öztürk, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, bu sayı.

³ Selanik Vilayeti merkez İkinci Ceza Dairesi üyesi olduğu sırada, Selanik Hukuk Mektebi’nin kuruluşu aşamasında, Rumeli Vilâyât-ı Şâhânesi Müfettiş-i Umumiîliği’ne hitaben yazdığı 1 Ekim 1907 tarihli dilekçe, Paris’e gitmeden önceki ilgileri hakkında bilgiler içeriyor: “Kulları Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne’den mezun olup bu kerre sâye-i maarif-vâye-i cenâb-ı tâcidâr-ı ekremide Selanik’te bir Mekteb-i Hukuk’un tesis ve küşâd olunacağını istihbâr eylemiş ve çâkerleri öteden beri hukuk-ı idare ve hukuk-ı düvel derslerinin tettebbu ve tevaggülüyle fevkalâde mütelezzez bulunmaktan nâşi her daim bu bâbdaki kütüb ve âsar-ı ecnebiyeye müracaattan hâli kalmayarak tevs-i malumat zımnında gece gündüz bezl-i mâ-hasal-i gayret eylemekte bulunmuş olduğumdan lutfen mekteb-i âlf-i mezburda okutulacak olan *mukaddime-i hukuk* ve *hukuk-ı idare* ve *hukuk-ı düvel* dersleri muallimliklerinden bir ikisinin uhde-i kemterâneme tefvizi hususuna müsaade-i celile-i cenâb-ı fehâmet-penâhîlerinin râyegân buyurulması bâbında emr u ferman hazret-i men-lehül-emrindir. fi 18 Eylül sene 1323. Selanik merkez İkinci Ceza Dairesi azâsından Mişon. Bkz. COA, TFR.I.ŞKT., 128/12759.

bir şekilde yansıttığı gibi Darülfünun Hukuk Fakültesi'nde uzun yıllar deruhde edeceği *Roma hukuku* ve *mukayeseli hukuk-ı medeniye* derslerinin de habercisidir. Hukuk telakkisindeki değişimlere dair kritik metinleriyle öne çıkan hukukçulardan biri olan Mişon Ventura, bu yazıda, Roma hukuku öğretimine duyulan ihtiyacı vurguladıktan sonra mukayeseli hukukun Türkiye'de nasıl bir işlev görebileceğine cevap aramıştır. Roma hukuku birikiminden yararlanılarak Mecelle'nin tadiline duyulan ihtiyacın "*tefsir/yorum*" yoluyla giderilebileceğini öne sürmekte; ayrıca Roma hukukunun, Avrupa kanunlarının iktibas kaynağı olmak bakımından, mukayese için önemine işaret etmektedir. Hukuk Fakültesi'nde Code Civil'in de okutulması gerektiğini belirttikten sonra bu konuda da bazı mukayese örnekleri vermiştir. Ona göre ister uygunluk, isterse aykırılık sonucuna ulaşılsın Code Civil ile Mecelle mukayesesi de faydalı olacaktır: Hükümler birbirine uygunsa şer'î hükmün dayandığı sebepler daha iyi kavranacak, aykırılık halinde ise Mecelle'nin eksikleri anlaşılacaktır. Mişon Ventura'nın yaklaşımında yeni ekonomik şartlara merkezî bir önem verilmekte; bu bakımdan milli hukuk karşısında Fransız hukuku üstün kabul edilmekte; mukayesenin amacı olarak Mecelle'nin ıslahı öne çıkmaktadır⁴.

*

Çin ve Japon memâlikine varıncaya kadar hemân dünyanın her tarafından tedris edilmekte olan Roma hukukunun şimdiye kadar mekâtib-i hukukiyemizin programlarında bir yer bulamaması hukuk-ı mezkurenin fevâid-i tahsili bizde henüz hakıyla anlayamadığına delâlet eder. Binâberîn memleketimizde Roma hukukunun tedrisini icab eden esbâb ve fevâidden bahsetmek münasip olur. Evveleminde memleketimizde vaz'-ı kanun ile meşgul zevâtın hukuk-ı mezkûreyi gereği gibi bilmeleri lâ-büddür. Çünkü vâzı'-ı kanun evvel ü âhir bir memleketin ihtiyacâtını temin için ne gibi kavânîn vaz' olunduğunu ve tecârib-i vâkıya kavânîn-i mezkûrenin tatbikinden ne gibi fevâid ve mazarrat tevellüd ettiğini ve kanunların ezmine ve mahâll-i muhtelifede uğradıkları tebeddülâtın esbâb-ı mûcibesini bilmek ve malumat-ı mezkure ianesiyle ihtiyacât-ı umumiyeye muvafık ve hürmet ü mahabbet-i umumiyeye lâyük kavânîn tanzim eylemek mecburiyetindedir.

Bu maksadın hayyiz-i husûle îsâli için vâzı'-ı kanun akvâm-ı muhtelifenin tarih-i hukukunu ber-vech-i mukayese bilmek iktiza eder. Fakat Avrupa hukuk-şinâsânının ile'l-ân sebk eden ihtimamât ve mesai-i mütevâliyelerine rağmen henüz böyle bir tarih-i umumî-i hukuk ilm[i] vücûda getirilememiş olduğundan

⁴ *Mukayese-i Kavânîn-i Medeniye* adlı eseri çerçevesinde Mişon Ventura'nın mukayeseli hukuk anlayışının ayrıntılı tahlili için bkz. Sinan Okur, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Mukâyeseli Hukuk Disiplininin Başlangıç Evresine Eleştirel Bir Giriş: Bir Osmanlı Hukukçusu Mişon Ventura'nın Mukâyeseli Hukuk Düşüncesine Tahlilî Bir Yaklaşım", *Turkish Studies*, 10/6, Spring 2015, s. 689-706.

hiç olmazsa bir iki kavmin tarih-i hukukunu mütalaa ile o kavimde hukukun ne suretle tevellüd ve ne şerâit dairesinde terakki ve âkıbeten neden dolayı fena bulunduğu tedkiki zaruridir.

İşbu nukât-ı nazardan icra-yı tedkikata en ziyade müsait olan tarih-i hukuk ise Roma hukukudur. Zira Roma hükümeti evvelâ daire-i havzası Roma şehri ile mülhakâtına şâmil olmak üzere milad-ı İsa'dan sekiz asır evvel teessüs etmiş. Gittikçe tevsî-i fütûhât ederek bütün İtalya ve Fransa'yı yed-i zabt u istilasına geçirmiş, imparatorluk devrinde derece-i kusvâ-yı şevkete vâsıl olduktan sonra bazı esbâb-ı mahsusanın tesiriyle satvet ve şevketi tedenniye yüz tutarak en-nihâye miladın altıncı asrında âlem-i vücûda veda etmiştir.

Roma hükümetinin işbu on dört asır zarfında duçar olduğu inkılabât-ı mütevâliyenin Roma hukukuna aks-i tesir eylemesi tabî idi. Fî'l-hakika Roma hükümetinin ibtidâ-yı zuhurunda hukuk gayet mahdud ve yalnız Roma şehriyle mülhakâtında mütemekkin Romalılara münhasır iken hukuk-ı mezkure peyderpey feth edilen arazi sekenesinin hukuk ve âdâtıyla mezc olunarak fevkalâde vüs'at ve ehemmiyet peydâ etmiştir. Denilebilir ki Roma hukuku kadar kâffe-i safahâtı zamanımızda tamamen malum olan hiçbir tarih-i hukuk mevcut değildir. Çünkü Roma hukukuna tamamen ıttılâ husûlüne medâr olacak hemân kâffe-i senedât ve âsâr-ı hukukiye zamanımıza kadar vârid olmuştur.

Hukuk, bazen zannolunduğu üzere lâ-yetegayyer birtakım kavâid-i nazariye-iezeliyeden ibaret olmayıp bilakis ihtiyac-ı zaman ve mekânâ göre daimi tebeddülâta maruzdur. Bu düstur-ı esasîyi rehber bilen Roma vâzı'-ı kanunları, Romalıların zaten menfaat-perest ve hasîsü't-tab' ve binâenaleyh muamelat-ı âdiyelerinde bir faide-i ameliyeyi gayr-ı müntic nazariyat-ı mücerrededen katiyen müteneffir olduklarını nazar-ı itibara alarak bu bâbda Romalıların ihtiyacât ve âdâtına ve mizac u ahlâkına muvafık kanun tanziminde fevkalâde âsâr-ı liyâkat ü meharet isbat etmişlerdir. O derecede ki Roma hukukuna atf-ı nigâh-ı tedkik kılındıkta Romalıların kâffe-i hasâis-i milliyelerinin hukuk-ı mezkurede tamamıyla tecelli-sâz olduğu görülür. Bundan mâadâ kavânînin ihtiyacât ve ahvâl-i içtimaiye ile beraber tebeddül etmesi lüzumuna mukabil kavânînin sık sık değişmesi selâmet ve mahfuziyet-i hukuk nokta-i nazarından şâyân-ı istihsan olamayacağından bir kanunu mütemadiyen tadil etmekten ise kanun-ı hâzır-ı ihtiyacâta muvafık surette tefsir tarikini ihtiyar etmek daha münasip olur.

Bu hakikati en evvel idrâk eden Roma hükkâmı, kavânîn-i mevcûdeyi

ihtiyacât-ı mütebeddele ile telife harikulâde iktidar ve meharet göstermişlerdir. Zaten Romalılar tab'an muhafazakâr[dı] ve teceddüdden pek hazzetmezlerdi. Ondan dolayı Roma hükkâmı bu tarik-i tefsir ve ictihad ile kanunun ihtiyacâta muvafakatsizlik seyyiesini izâleye muvafık olurlar idi. Roma hukukunun memleketimizde lâıykıyla mütalaası bilhassa bu itibar ile şayeste-i tergibdir. Çünkü fikr-i dinî kanundan ayrılmadığı müddetçe muamelat-ı âdiyemizde mâ-bihi't-tatbik ittihaz olunmak üzere nass-ı şer'îye muhalif bir kanun-ı medenî vaz'ına imkân mefkûddur. Binâenaleyh nusûs-ı hâzıra-i kanuniyemizin ihtiyacât ve ahvâl-i içtimaiye-i hâzıramıza muvafık surette tefsiri esbâbı istikmâl olunursa Mecelle'nin tadilindeki zaruret-i mübreme kısmen mürtefi olmuş olur. Zaten ahkâm-ı şer'iyenin esası, kanunun ihtiyacâta muvafık surette tefsirine pek müsaittir. Bu meşgale-i mühimme-i içtihadıyede Roma hukukunun usul-i fıkıh kavâidine fevkalâde zahîr olacağına şüphe yoktur.

"*Praetor*" denilen Roma hükkâmı, ihtiyacât-ı hâzıraya muvafık gelmeyen mütûn-ı kanuniyeyi -tefsir vesilesiyle- mâ-sebak-lehlerinden insirâf ettirerek icab-ı maslahata muvafık bir tarzda tatbikine muvaffak olurlar idi. Bu bâbda Roma hukukunda birçok emsileye tesadüf olunur. Bunlardan biri Roma hukukunda "*mancipatio*" denilen ve bizde sığârın fekk-i hacr[ı] mânasındaki "izn-i" şer'îye bir dereceye kadar müşâbeheti bulunan muamele-i hukukiyedir. Romalılarda peder-i ailenin, kendi evladı üzerinde mâdâme'l-hayat kudret-i übüvveti câri idi. Bu kudret-i übüvvet icabınca evlad sinn-i rüşde vâsıl olsalar bile mutlaka pederlerinin zîr-i tahakkümünde yaşar, üserâ gibi [hakk-ı] şahsîlerine gayr-ı mâlik ve binâberîn tasarruf-ı emvâl hakkında mahrum ve hatta hayat ve memâtları pederlerinin keyf-i hod-serânelerine tâbi idi.

Roma cemiyeti, bidâyeten Roma ailelerinin hey'et-i mecmuasından müterekkib bir kitle-i vâhide-i siyasiye addolunduğundan ailelerinden her biri muhtariyet-i dahiliyeyi haiz birer cemiyet-i sağîre-i siyasiye teşkil ederdi. Bu cemiyet-i sağîrenin reisi bulunan peder, ailenin hem vâzı'-ı kanunu, hem hakimi, hem de reis-i ruhanîsi idi. Nitekim evladın nikâha müteallik olan sinn ve şerâit-i saire-i ehliyeti, peder tarafından tayin olunur; peder, aile efrâdı hakkında bir'l-muhakeme tensib ettiği cezayı tatbik ve ailenin âyin-i dinîsini icra ederdi. Peder-i aile, gerek makam-ı tedibde ve gerek semen-i mebî'den istifade etmek maksadıyla evladını dilediği kimseye fûruht etmek hakkını haiz idi. Mamafih ibtidâları Roma'da mevcut olan salâh-ı hal, gayet vâsi ve mutlak olan hukuk-ı mezkurenin suistimaline mâni idi. Bilahare ahlâk-ı umumiyeye fesad târî

olduğundan peder-i aile, evladını âhara fûruht etmek hakkını suistimale başladı. Bunun üzerine “La lor des 12 Tables” denilen 12 Levha Kanunu neşrolunarak evlad-ı zükûrunu üç ve evlad-ı inâsını bir defa satan âbâ-i ailenin cezaen o evlad üzerinde haiz oldukları kudret-i übüvvetlerinin ıskâtı karargîr olmuş idi. Sonraları kiber-i sinne vâsıl ve rüşdü muhakkak ve binâenaleyh her türlü vesayet ve himayeden müstağni kalan evlad üzerinde pederin haiz olduğu kudret-i mutlakanın devamı girân gelmeye başladı. Hatta bir aralık âbâ-i aile bile evlad-ı kebîrelerinin iktisab-ı hürriyet etmelerini cidden arzu etmişlerse de bu bâbdaki ahkâm-ı kanuniyenin evladın şahsiyet-i müstakillelerini katiyen tanımaması bir sedd-i Çin teşkil ediyordu.

İşte Roma'nın o fatîn hükkâmı bu müşkilâta çare-sâz olmak ümniyesiyle ânifü'l-beyân tarîk-i musîb-i tefsire sâlik olarak sâlifü'z-zıkr 12 Levha Kanunu'nun, evladını âhara fûruht hakkını suistimal eden pederin cezaen kudret-i übüvvetinin sukûtuna dair olan hükmünü mevâki'-i istifadeye vaz' ettiler ve evladının serbestîsini arzu eden bir pederin muvazaaten bir şahsa fûruht edebileceğini kararlaştırdılar ve bu suretle evladın hürriyet-i şahsiyelerini temine muvaffak oldular. Bunun gibi daha birçok mevâdd hakkında Roma hakimleri muvazaa tarîkine müracaat suretiyle ihtiyac-ı zamana uymayan menhiyât-ı kanuniyenin netâyic-i muzırasını akîm kıldılar.

Kezalik Roma kanununca “*res mancipi*” denilen kıymettar a'yândan gayrimenkul kısmının temliki katiyen caiz değildi. Çünkü tarla gibi ziraata sâlih emvâl-i gayrimenkule, ailenin ilelebed medâr-ı intî'âşını teşkil ederdi. Bilahare emval-i mezkurenin fûruhtuna ihtiyaç hâsıl olduğundan bu bâbdaki memnûiyet-i kanuniyeyi izâle için Roma hükkâmı yine muvazaa tarîkine tevessül ederek ihtiyac-ı mezburun çare-i indifâ'ını buldular. Şöyle ki: Emval-i gayrimenkulesini fûruht etmek isteyen kimse müşteri ile beraber huzur-ı hakime çıkar, müşteri mebî olan mal-i gayrimenkul hakkında muvazaaten istihkak davasında bulunur, bâyi istihkak davasına mukabil sükût eder, hakim bu sükûtu müddeînin davasını ikrar ederek bey'î maksud olan mal-i müddea-bihin müşteri-i müddea-aleyhin mülkü olduğuna karar verirdi. Ve'l-hâsıl sübût-ı veraset ve faiz gibi mesâilde bizde istimal edilen hiyel-i şer'îye, Roma hukukunda hayliden hayliye tevsî ve tashih olunarak bu suretle ihtiyac-ı zamana tevafuk etmeyen ahkâm-ı kanuniyenin fiilen tadili cihetine gidilirdi.

Roma hukukunun bizim için mûcib olduğu fevâiddan biri de kanunlarımızın Avrupa kavânîniyle mukayesesinde bir unsur-ı mühim teşkil etmesidir.

“El-umûru tenkeşifu bi-ezdâdihâ” [“Her iş zıddıyla daha iyi anlaşılır”] kaidesince hakikat ancak ezdâdın yek-diğeriyle mukayesesıyla zâhir olabileceğinden Kanun-ı Medenimizin muhassenât ve mehâzîrini meydana çıkarabilmek için mukayese-i kavânîne büyük ehemmiyet atfetmek iktiza eder. İmdi Avrupa kanunlarının ekseri Roma hukukundan iktibas-ı ahkâm ettiklerinden Kanun-ı Medenimizi, Avrupa kavânîn-i medeniye[si]nin esaslarından biri olan Roma hukukuyla mukayese etmek faide-i külliyyeyi dâîdir. Bu suretle ahkâm-ı şer’iye ile Roma hukuku arasında icra-yı mukayesâta ibtidâr edildikte bazı mesâilin müttehid ve bazılarının müteferrik olduğu görülür. Mesela Mecelle ahkâmınca bey’in tamamîyetinde teslim şart olmadığı halde bilakis eski Roma hukukunca teslim vukû bulmaksızın bey’ tamam olmaz, çünkü Romalılar tab’an maddiyât-perest olduklarından mücerred terâzî-i tarafeyn denilen bir emr-i mânevî ve bâtinî ile mülkiyetin bir şahıstan diğer bir şahsa intikal edebileceğine akıl erdirememişler ve nakl-i mülk husûle gelebilmek için bâyi’n her halde fiilen meb’î uhde-i tasarrufundan çıkararak müşterinin uhde-i tasarrufuna vaz’ etmeyi şart etmişlerdir. Fakat teslimin tamamîyet-i bey’de şart olup olmamasındaki ihtilaf-ı ahkâm teslimin şerâit ve keyfiyetinde câri değildir. Binâenaleyh Mecelle ahkâmınca teslimin sıhhatinde yeden bi-yedin vukûu gayr-ı lâzım ve müşterinin bilâ-mâni meb’î kabz etmesine bâyi’n izin vermesi kâfi olduğu gibi Roma hukukunca dahi teslimin bilfiil vukû bulması muktezi olmayıp müşterinin meb’î kabz etmesi esbâbını bâyi’n istikmâl etmesi kifâyet eder.

Vesayete müteallik ahkâm itibariyle dahi fark ve mümâselet mevcuttur. En eski Roma hukukunda bir peder-i aile vefat ettiği zaman hadd-i bülûğa vâsıl olmayan evladı kanunen “*agnat*” denilen akrabasının zîr-i vesayetinde idi. Roma hukukunda “*agnat*” denilen akraba aynı cedden neşet eden evlad ve ahfâdın kâffesine ıtlâk edilirdi. Binâenaleyh ahfâdü’l-ahfâd, ber-hayat bulunan cedd-i sahih-i müştereklerinin kudret-i übüvvetlerine tâbi idiler. Peder-i aile hayatta bulunduğu müddetçe bu tarz-ı karabetin hükmü zâhir değildiyse de vefatında işbu akraba arasında müteakabilen hukuk-ı irsiye câri idi. İmdi peder-i ailenin vefatı takdirinde vereseden olan sıgâr acz-i zâtîleri hasebiyle hisse-i irsiyelerini teşkil eden emvali heder edebileceklerinden ve bu suretle sağîrin âtiyen vefatı halinde emvâline vâris olmak hakkını haiz diğer akrabanın hukuk-ı irsiye-i müstakbeleleri zâyî olabileceğinden mahzâ işbu hukuk-ı müstakbelenin sıyânети mülâhazasıyla sıgâr, kanunen akrabasının zîr-i vesayetinde idi. Fakat bilahare

akrabanın işbu hukuk-ı mevhûmelerinden ziyade sağîrin vikaye-i hukuku lüzumu anlaşılaraq pederin veled-i sağîr için hayatında bir vasî tayin edebilmesi ve mezkur vasî-i muhtârın hukuk-ı müstakbelelerinden dolayı kanunen ihraz-ı vesayet eden akrabaya tercih olunması ve sonraları vasî-i muhtâr veya vasî-i kanunîsi olmayan sığâra taraf-ı hakimden vasî tayini karargîr olmuş idi. Daha sonra akrabanın vesayet-i kanuniyesi fiilen mer'iyetten sâkit olarak İmparator Jüstinyen zamanında resmen ilga edi[ldi]. Binâenaleyh Roma hukukunun safha-i ahîresinde vesayet, ahkâm-ı şer'iyede olduğu gibi vasî-i muhtâr ile vasî-i mansûba münhasır kalmıştır.

Sığârın ehliyet-i tasarrufiyeleri ile vasîlerin vezâif ve derece-i selâhiyetlerine müteallik olan ahkâm arasındaki farklar dahi şâyân-ı dikkattir. Mecelle ahkâmınca sağîr-i gayr-ı mümeyyizinin muamelatı ale'l-ıtlak bâtil olup fiilleri ile âhara ika etmiş oldukları zarar-ı malî emval-i zâtiyesinden istîfâ olunur. Sağîr-i mümeyyizinin ise zarar-ı mahz olan muamelatı bâtil, nef'-i mahz olan tasarrufâtı muteber, nef' ile zarar beyinde mütedâir tasarrufâtının muteberiyeti izn-i vasîye mevkûf ve bâliğin tasarrufâtı ale'l-ıtlak muteberdir. Roma hukukunda ise sığâr üç devreye taksim olunmuştur. Birinci devrede bulunan sığâr, tekellümden bi'l-küllîye âciz veya telaffuz ettikleri kelimâtın me'ânisini gayr-ı müdrik yedi yaşına kadar olan çocuklardır. Bunların hiçbir tasarrufu muteber olmadığı gibi âhara ika ettikleri zarar-ı malîden katıyen mesul değillerdir. İkinci devreye dahil olan sığâr dahi milki câlib muamelatı herhalde ve milki sâlib olan tasarrufâtı ancak vasîlerinin izniyle muteber olup âhara îrâs ettikleri hasarât-ı maliyeden dolayı dahi ahkâm-ı şer'iyeye muhalif olarak gayr-ı mesuldürler. Üçüncü devrede bulunan, yani hadd-i bülûğa takarrüb etmiş olan sığârın ehliyeti ikinci devredeki sığârın ehliyetine mümâsil olup yalnız ika ettikleri hasarât-ı maliyeden dolayı mesuldürler. Binâen-alâ-zalik ahkâm-ı şer'iyeye sağîr, mümeyyiz ve gayr-ı mümeyyiz kısımlarına münkasım olduğu halde Roma hukukunda üç kısma taksim olunmuştur.

Vasînin idare-i emvale müteallik olan derece-i selâhiyeti itibariyle dahi fark vardır. Eski Roma hukukunca vesayet, kanunen akrabaya ait bulunduğu zamanlarda vasî dilediği vechile icra-yı tasarrufa ve meselâ emvali tahrip veya bilâ-bedel âhara temlike kâdir idiler. Zira emval-i mezkure üzerinde âtiyen hukuk-ı irsiyeye sahip olacağından halen nev'amma kendi malında tasarruf eder addolunurdu. Fakat vesayet, menâfi'-i eytamın vikâyesi mülahazasına istinad ettirildiği ezmân-ı ahîrede bittabi vasînin selâhiyet-i tasarrufu tahdid

ve sağîr hakkındaki tasarrufâtı maslahata menût kılınmıştır. Hatta son zamanlarda vasî, sağîrin arazisini bile bey'den men' edilmişti. Vasînin işbu hudud-ı selâhiyeti ahkâm-ı şer'iyeye muvafıktır. Çünkü ahkâm-ı şer'iyeye dahi vasînin tasarrufâtı sağîr hakkında mûcib-i menfaat olmak şartıyla muteberdir. Ve kezalik bir vasî, zaruret-i deyn ve nafaka gibi mesûğât-ı şer'iyeye mevcut olmadıkça sağîrin emval-i gayrimenkulesini fûruht edemez. Ahkâm-ı şer'iyeye sığâr ve mecânîn tab'an mahcur ve sefihin mahcuriyeti hükm-i hakime muhtaç olduğu gibi Roma hukukunca dahi sağîr ve mecnun tab'an mahcur olup sefihin hacrı ve fekk-i hacrı hükm-i hakime muhtaçtır.

Roma hukukuna nazaran mücerred hadd-i bülûğa vâsıl olmakla kemâl-i akl hâsıl olamayacağından yirmi beş yaşından dûn olan bâliğin zarar-ı fahiş ile yapmış olduğu muamelatın bilahare feshini talebe hakkı vardır. Ve bu makûle bülûğ ashâbından olanlar diledikleri takdirde hakime bi'l-müracaa kendilerine, bi'l-cümle muamelatı hakkında icra-yı vesayet hakkını haiz olmak üzere bir vasî tayin ettirebilirler. Ve bu halde ehliyetleri hadd-i bülûğa vâsıl olmamış çocukları[n] ehliyet-i tasarrufu gibi nakıs idi. Ahkâm-ı şer'iyeye dahi gayr-ı reşid olarak bâliğ olanlar İmam-ı Azam'ın içtihadına göre yirmi beş yaşına kadar taht-ı vesayette ibka olunurlar.

Roma hukuku ile ahkâm-ı şer'iyeye arasında şâyân-ı mukayese mevâdd-ı mühimmeden biri dahi zilyetlik meselesidir. Roma hukukunca zilyetlik, hakk-ı mülkiyetin bilfiil istimali demektir ki bu da ya tasarruf-ı mellâk ile tasarruf etmek veya kasd-ı temellükle bir mala vâzı'u'l-yed olmağla hâsıl olur. Bu suretle vâzı'u'l-yed olan eşhâs, yedlerinde bulunan malın sahib-i hakikisi telakki olunarak hakları Roma hükkâmı tarafından halelden masun tutulmuştur. Bu makûle zilyetlerin himaye-i kanuniyeye mazhariyetleri ale'l-ıtlak mal sahiplerinin hukukunu muhafaza maksadına müsteniddir. Çünkü ekser-i ahvalde bir mal, sahibinin yedinde bulunup sahibinin gayrı bir şahsın yedinde bulunması nadiren vâki olduğundan zilyetleri himaye ile hakikaten maliklerin hukuku temin edilmiş olur. Ve keza hakkı gasp olunan malik, inde'l-hâce mülkiyetini ancak zilyetlikle isbata kâdir olur. Zira mülkiyet-i hakikiyenin isbatı müteassı[r]dir. Filhakika bir kimse bir malı bir şahıstan iştira ettiğini isbat etse bile o şahsın veya o şahsın bâyi'inin hakikaten malik olup olmadığı kestirilemez. Roma hukukuna göre vaz'-ı yed, kanunen şâyân-ı himaye addedilebilmek için fiilen vaz'-ı yed ve kasd-ı temellük gibi biri maddi, diğeri mânevi olmak üzere iki rükün mevcut olmak lâzımdır. Binaenaleyh kasd-ı temellüğe makrun olmayan

vaz'-ı yed, mülkiyete delil ittihaz olmayıp bu suretle zilyet olanlar himaye-i kanuniyeden müstefid olamazlar; müstevda' ve müstecirlerin vaz'-ı yedi gibi.

Ahkâm-ı Mecelle'ye göre ise zilyet, bir mala bilfiil vaz'-ı yed eden veya tasarruf-ı mellâk ile tasarrufu sâbit olan kimseye denilir. Tarif-i mezkurun şıkk-ı evveli menkulâta, şıkk-ı sânisî gayrimenkulâta râcî'dir. Şıkk-ı evvele göre menkulâta bilfiil vaz'-ı yed eden kimse zilyet olup vaz'-ı yedin kasd-ı temellûke müstenid olması şart değildir. Binâenaleyh bu hususta Roma hukukuyla ahkâm-ı şer'îye arasında mühimce bir fark mevcut demektir. Tarifin şıkk-ı sânisine gelince tasarruf mellâk ile tasarruf bittabi kasd-ı temellükü mutazammın olup bu suretle akar hakkında vâki olan vaz'-ı yed ahkâm-ı şer'îyece dahi delil-i milk addolunur. Nitekim Mecelle'nin Kitabü's-şehâdesinde görüldüğü vechile dava-yı milki isbat zımnında ikame olunan şühûd, yalnız müddeînin yedini muayene, yani tasarruf-ı mellâk ile tasarrufunu müşahade ve bununla müddeînin hakikaten malik olduğuna kanaat hâsıl eyleseler milke şahadet edebilirler.

İşte Roma hukukunun bizim için mûcib olduğu fevâid, ânifü'z-zikr teşrihât ile sâbit olup biraz da mekâtib-i hukukiyemizde Code Civil tedrisatının isabetini isbat zımnında lâzım gelen tafsilat itâ ve ahkâm-ı esasiye hakkında bazı mukayesât icra etmek faideden hâlî değildir.

Code Civil'in Mecelle ile mukayesesinde iki nev' faide mevcuttur. Birinci faide, netice-i mukayesede Code Civil'in ahkâm-ı şer'îyeye muvafakati tezahür eden nukâtta ahkâm-ı şer'îyenin istinad ettiği esbâb ve ilelin daha iyi anlaşılmasıdır. Meselâ rehnin şerâit-i tamamıyeti hakkındaki Code Civil ahkâmı ile Mecelle ahkâmı mukayese edildiği surette her ikisinin birbirine muvafık olduğu, yani her iki ahkâma göre rehnin tamamıyetinde kabzın şart olduğu görülür. İmdi rehnin kabz ile tamam olacağı hükmünü Mecelle'de isbat için ityân olunan delil-i aklîye bu bâbdaki Code Civil hükmünün istinad ettirildiği illet-i iktisadiye ilave olunursa rehnin kabz ile tamam olacağı hükmünün isabeti daha celî bir surette tahakkuk eder. Fi'l-hakika Mecelle'ye göre rehnin tamamıyetinde kabzın lüzumunu isbat için ityân edilen delil şu ki rehinde mürtehinin hakkı, r[â]hının zimmetine taalluk ettiği için mürtehinin merhûn üzerinde haiz olduğu hakk-ı hapis, bilâ-bedel kalır ve teberru teşkil eder, teberru ise kabz ile tamam olur. İşte Mecelle dersinde görülen işbu sebep-i aklîye Code Civil'de gösterilen sebep-i iktisadî inzimâm ederse hükm-i mezkurun isabeti teyyüd etmiş olur. İmdi Code Civil'de mârru'z-zikr hükmü

ta'lîl için dermeyan olunan sebab-i iktisadî şudur ki şayet rehnin tamamıyeti kabza mütevakkıf olmasa ve bu suretle merhûn ke-mâ-fi's-sâbık râhinin elinde kalacak olsa onunla icra-yı muamelat eden eşhâs, mal-i mezkurun merhum râhinin yedinde bulunmasından o mala kimsenin hakkı taalluk etmediğini bi'l-istidlâl o mala itibar ederek ikrazâtta bulunması veya müeccelen mal satması muhtemeldir. Mürtehin ise merhûnu sattırarak tamamen istîfâ-yı deyne kâdir olduğu cihetle râhinin sair ashâb-ı matlûbu mağbûn ve mutazarrır olmuş olur. Ashâb-ı matlûbun bu vechile aldanarak duçar-ı zarar olmaları ise selamet-i muamelatın mebna-aleyhi olan emniyet ve itibarın haleldâr olmasını mûcib olur.

Diğer bir misal: Mecelle ahkâmınca teberru kabz ile tamam olur. Code Civil'e göre dahi mücerred teberru kavli kâfi olmayıp bazı merasimin icrası lâzımdır. İşte teberruun yalnız kavlen tamam olmamasında her iki ahkâm müttehiddir. Mecelle'ye göre eğer teberru bilâ-kabz tamam olsa teberrua icbar vukû bulmak lâzım gelir, teberru kavli bir teberrudur, kabz ise diğer teberrudur. Eğer teberru kavli kâfi olsa mücerred bununla müteberri, kabza müteallik olan ikinci teberrua icbâr edilmiş olur. Code Civil'e göre ise teberruun tamamıyetinde akd-i mücerred kâfi olmamasının sebebi şu ki eğer teberru, bilâ-kabz da tamam olsa teberruât kesîren vâki olur. Çünkü mevhûbu teslim etmeksizin edilen hibede, vâhib mevhûbu henüz yedinden çıkarmadığı cihetle icra ettiği hibenin derece-i ehemmiyetini tamamıyla takdir etmemiş olur. Ve bu suretle bilâ-tefekkür icra ettiği teberruâtta bilahare nedâmet etse nedâmet-i vâkia müfîd olmaz. Çünkü hibe mücerred akd ile tamam olduğundan vâhib bilahare teslime mecbur tutulur.

İşte vâhibin icra ettiği hibenin derece-i ehemmiyeti hakkında nazar-ı dikkatini celb için Mecelle ahkâmınca teberruun tamamıyeti kabza vâbeste kılınmış ve Code Civil'e göre dahi bazı merasime tâbi kılınmıştır.

Code Civil'in Mecelle ile mukayesesinden mütehassıl olan ikinci faide dahi inde'l-mukayese iki nev' ahkâmın birbirine mübâyin olması halinde zâhir olup faide-i mezkure dahi Mecelle'nin nekâisinin anlaşılmasından ibaret bulunmuş olur.

Mecelle ile Fransa Code Civil'i arasında en ziyade şâyân-ı mukayese olan ahkâm meyânında bilhassa muamelatın ale'l-umum şerâit ve ahkâmıyla esbâb-ı sübûtiyelerine müteallik olan mesâil haiz-i ehemmiyettir. Mecelle ile Code Civil'in ale'l-umum muamelata dair olan ahkâmı mukayese olundukta

başlıca iki fark nazara çarpar. Evvelâ, bizde ukûd mahdûd olup tarafeyn Mecelle'de mûnderic ukûd haricinde bi't-terâzî hiçbir akid ihdas ve icrasına kâdir değillerdir. Fransa Kanunu'na göre ise tarafeyn kanunen muayyen olan ukûd haricinde asayiş ve âdâb-ı umumiyyeye mugayir olmamak şartıyla her nev' akdi yapabilir. Sâniyen, tarafeyn icra ettikleri ukûdda Mecelle'ce mevzû ahkâma mugayir şerâir vaz' edemezler. Yalnız İmam Ebu Yusuf'a isnad olunan bir rivayete nazaran nass-ı şer'î âdete müstenid olup da âdet-i mezkurece tebeddül vukûunda nass-ı şer'înin nazar-ı itibara alınmaması caizdir. Usul-i Muhakeme-i Hukukiyemizde tarafeynin yapmış oldukları mukavelâtın kanuna mugayir olmamaları lüzumunun mûnderic bulunması bu ciheti müeyyiddir. Fransa Kanunu'na göre ise tarafeyn icra edecekleri mukavelâtta asayiş ve âdâb-ı umumiyyeye mugayir olmayan her türlü şartı vaz' edebilirler; velev ki şart-ı mezkur kanuna mugayir olsun. İşte bu hikmete binâen Fransa Kanun-ı Medenîsi ahkâmı iki nev'dir. Birincisi, "*impératif*" olup hukuk-ı umumiyyeye taalluku cihetiyle tarafeyn-i âkideynce her halde mecburiyyü'r-riaye olan ve binâenaleyh hilâfını şart ittihaz etmek caiz olmayan ahkâmdır. İkincisi dahi hukuk-ı umumiye mülâhazasıyla mevzû olmayıp yalnız tarafeyn icra ettikleri akdin bazı şurût-ı netâyicini meskûtun-anh geçirdikleri takdirde nizâ'a mahal kalmamak için tasrih edilen ahkâmdır ki mahiyetleri tarafeynin mefrûz olan rızalarını beyân ve tefsirden ibaret olduğu için "*déclaratif*" tesmiye olunur. Binâberîn bu nev' şerâit-i kanuniyenin terâzî-i tarafeyn ile başka şerâite tebdili caizdir.

Ale'l-umum muamelatın şerâit-i in'ikâd ve sıhhatine gelince Fransa Code Civil'ine göre şerâit-i in'ikad ikidir: Biri, terâzî-i tarafeyn ve diğeri ma'kûdun-aleyhin meşru olması. Mecelle ahkâmınca dahi akid terâzî-i tarafeyn ile mün'akid olur. Şu kadar ki terâzî-i tarafeyn bir emr-i batınî olduğundan delil-i zâhirisini teşkil edecek kavil veya fiilin vücûdu lâzımdır. Kavlen in'ikâd eden ukûda ait olmak üzere Code Civil ile Mecelle arasında mühim bir fark mevcuttur. Mecelle'ye göre akd-i kavlide elfâz-ı mahsusanın istimali şarttır, Code Civil'e göre ise terâzîye delâlet eden her türlü elfâzın istimali caizdir. Yani her akid için ayrı ayrı elfâz istimalinden ve bazı evzâ'-ı muayyene irâesinden ibaret olan "*formalisme*" ("eşkâl-perestlik") Fransa Kanunu'nda kabul edil[me]miştir. Code Civil icabınca rızayı ma'dûm kılan esbâb; sığar, cünûn ve sarhoşluktan ibarettir. Binâenaleyh hîn-i akidde ahad-ı tarafeynin sekr-i hal olduğu tahakkuk ederse akid muteber olmaz. Mecelle'ye göre ise sarhoşluk tarîk-i mübah ile husûle

gelirse mâni'-i in'ikâd olup tarîk-i haram ile hâsıl olan sarhoşluk butlân-ı akdi müeddi olmaz. Ve keza Code Civil ahkâmınca ma'kûdun-aleyhin zâtına ait olan hata, rızayı ma'dûm kılmak itibariyle in'ikâda mâni addolunur. Gerçi Mecelle'de bu bâbda sarâhat-i mahsusa mevcut değilse de "hatası zâhir olan zanna itibar edil[me]mesi" kavâid-i külliyyeden olmakla beraber kabulün icabına muvafakati şart olup ma'kûdun-aleyhin cinsine ait hata vukûunda kabul, hakikat-i halde icaba gayr-ı muvafık olacağından bu misillü hata bizde dahi mâni'-i in'ikâd bir sebep teşkil eder demek olur. Hatta bu sebebe mebnidir ki "hâzırdaki vasıf lağv" olup fakat cinsin tesmiyesi muteber olduğundan elmas zannıyla alınan şey sırça çıksa bey' bâtıl olur. Code Civil'in in'ikâda müteallik olan şart-ı sânisî ma'kûdun-aleyhin meşru olması, yani kanunen memnu olmamasıdır. Mecelle ahkâmınca dahi in'ikâdın ma'kûdun-aleyhe ait şerâiti olduğundan her iki kanunda mûnderic şerâit-i in'ikâd esas itibariyle müttehid demektir.

Akdi ifsad eden esbâba gelince, Fransa Kanun-ı Medenîsine göre esbâb-ı mezkûre üçtür: 1. İkraha, 2. Ma'kûdun-aleyhin vafına ait hata, 3. Hile.

Mecelle'de ikrahın akdi müfsid olduğu mastûr ise de vaf-ı ma'kûdun-aleyhe ait hata ile hilenin akdi ifsad edeceklerine dair sarâhat mefkuddur. Fakat Mecelle'de görüldüğü vechile bey'-i fâsid, zaten mün'akid olup da evsâf-ı hariciye itibariyle gayr-ı mün'akid bey' demek olup ma'kûdun-aleyhin vafına müteallik hata vukûunda vaf-ı haricî itibariyle in'ikâd bulunamayacağından bu misillü hatalar bizde dahi akdi müfsid esbâbdan ma'dûd olmak iktiza eder. Hile bahsine gelince; gabn-i fâhiş ile müterâfik olan tağrir, mucib-i hiyârdır. Fakat tağririn gayrı bir hile vâki olduğu surette hile âkid-i diğeri hataya ilkâ ettiği cihetle hata nev'ine mülhak olarak akdi müfsid bulunmak iktiza eder. Tafsîlât-ı mezkûreden anlaşıldığı üzere Kanun-ı Medenimizle Fransa Kanunu'nda şerâit-i sıhhat-i ukûd hemân birbirlerinin aynıdır. Şurasını ilave etmek lâzımdır ki Mecelle ahkâmınca ale'l-umum temlikâtın şarta ta'likî caiz olmadığı halde Code Civil'e göre caizdir. Ukûd-ı fâsideye müterettib ahkâm itibariyle her iki kanun-ı medenî arasında mevcut olan fark şâyân-ı dikkattir. Ahkâm-ı Mecelle'ye göre akdin fesâdından dolayı feshi hakkı'ş-şer' olup esna-yı davada fâsid olduğu tahakkuk eden akdin mahkemece re'sen feshine karar verilmek lâzım gelir. Halbuki Fransa Kanun-ı Medenîsi'ne nazaran akdin fesâdından dolayı feshi, bir hakk-ı şahsî addolunduğundan ahad-i tarafeyn talep etmedikçe mahkeme feshe karar veremez. Kezalik fâsiden in'ikâd eden akdin bilahare sıhhate inkılabını Mecelle tecviz etmez. Akdin fesadı, ancak

meclis-i akidde kâbil-i izâle olur. Çünkü meclis dağıldıktan sonra fesâd takarrur etmiş addolunur. Yalnız bunun Mecelle'de bazı müstesniyâtı vardır. Şöyle ki: vakt-i hasad gibi cehalet-i yesîre ile meçhul bir ecel tesmiyesiyle akdolunan bey' fâsid olup ancak müşteri, vakt-i hasadın hulûlünden evvel eceli ıskât suretiyle bey'in fesâdını izâle edebilir. Halbuki Code Civil nazarında akdin fesâdından dolayı feshi bir hakk-ı şahsî addolunduğundan ba'de'l-akd men-lehü'l-hak olan kimse fesih hakkından feragat ederek akdi sıhhate kalb edebilir.

Ukûdun bi'l-vekâle icrasına müterettib olan ahkâm dahi farklıdır. Mecelle'nin Kitabü'l-Vekâlesinde muharrer olduğu üzere vekil bazı ahvâlde akdi müvekkiline izâfet etmeye mecbur ise de bazı ahvâlde dahi akdi dilerse nefesine, dilerse müvekkiline izâfet edebilir. Vekil, akdi eğer nefesine izâfet ederse hukuk-ı akd kendisine ve müvekkiline izâfet ederse hukuk-ı akd ona terettüb eder ve fakat her iki surette mülkiyet müvekkili için sâbit olur. Fransa Code Civil'i ise vekilin akdi nefesine izâfet etmesini tecviz etmez. Bunun bir istisnası varsa o da Ticaret Kanunnamesi'nde gösterilen komisyoncunun muameleyi nefesine izâfet edebilmesidir. Şu kadar var ki Mecelle icabınca hukuk-ı akd, akdi nefesine izâfet eden vekile râci olup bilahare vekil azlolunsa bile müvekkil, hukuk-ı akdi dava edebilmek için vekil tarafından tevkil olunmaya muhtaç olduğundan bu bâbda tahaddüsü melhuz olan müşkilâta çare-sâz olmak üzere bizde dahi vekilin akdi her halde müvekkiline izâfete mecbur tutulması suretiyle Kanun-ı Medenimizin tadili temenni olunur.

Mârru'z-zikr her iki kanun-ı medenin esbâb-ı sübûtiyeye ait olan mebâhisi dahi şâyân-ı mukayesedir. Fransa Kanun-ı Medenisi'nde esbâb-ı sübûtiye, şهادet-i hususî veya resmî beyyine-i tahririye, karine-i kâtıa, ikrar, yeminden ibarettir. Mecelle'ye göre nisâb-ı şهادet iki erkek veya bir erkek ile iki kadın olup şahidin adaleti tezkiye ile temin olunduğundan mahkeme şهادâtı takdir etmek selâhiyetini haiz olmayıp her halde davaya muvafık olan şهادâta binayı hüküm etmeye mecburdur. Fransa Code Civil'ine nazaran nisâb-ı şهادete itibar olunmayıp mahkeme kanaat husûle getirdiği takdirde -şهادetle isbat-ı dava caiz olan ahvâlde- bir tek şahidin ifadesi üzerine bile hüküm verebilir ve kezalik mahkeme kanaat hâsıl etmediği surette kesret-i şuhûd esbâb-ı hükümden addolunamaz. Bizde tezkiyenin şerâit-i icrası itibariyle şahidin adaleti mûcib-i iştibah olacağı gibi adaleti sâbit olan bir şahidin galat-ı rüyet veya sû-i tefehhüm sebebiyle şهادetinde hata etmesi melhuz olduğundan bu bâbdaki ahkâm-ı kanuniyenin âcilen tadili ile emr-i tezkiyenin bertaraf edilerek

hükkâma bu bâbda hakk-ı takrir itâsı münasip olur.

Fransa Kanunu'na göre resmî beyyine-i tahririye kâbil-i icra bir ilâm hükmündedir. Usul-i Muhakeme-i Hukukiyemize göre ise resmî beyyine-i tahririyenin meziyeti zîrine mevzû mühür veya imzanın inkâr olunamamasından ve tarihinin müsbet ve muhakkak addedilmesinden ibarettir. Code Civil'e göre şehadetle isbat-ı müddeâ caiz olan mevâdda, karine-i kâtia ile yani hadd-i yakîne bâliğ olan emâre ile hüküm caiz olur ki bu noktada her iki kanun-ı medeni müttehidü'l-ahkâm demektir. Fransa Kanunu'nca yüz elli franka kadar olan davalar şehadetle isbat olabilir. Usul-ı Muhakeme-i Hukukiyemize göre ise beş bin kuruşa kadar olan davalar şehadet ile isbat olunabilir. Bizde şehadât-ı kâzibenin mazarratını tahfif için, bizde dahi şehadetle isbat olunabilen davanın taalluk ettiği meblağ on lirayı tecavüz ettirilmemek lâzım gelir.

Her iki kanun-ı medeni arasındaki esbâb-ı sübûtiyeye müteallik olan farklar en ziyade ikrar ve yemin maddelerinde tecelli eder. Fransa Kanun-ı Medenisi icabınca müddeâ-aleyh müdafaasında, müddeînin iddiasını ikrar etmekle beraber ikrar-ı mezkurun hükmünü ref edecek ifadâtta bulunsa, meselâ müddeînin semen-i mebî'i dava etmesine mukabil müddeâ-aleyh mebî'i tesellüm ettiğini ikrar ve fakat semenini tediye eylediğini makam-ı defîde dermeyan eylese ifadât-ı mezkurenin mukırrun-aleyhe semen-i mebî'in edası isbat ettirilerek ikrar-ı vâkiin tecezziye uğratılması caiz değildir.

Fakat Mecelle icabınca bu takdirde müddeâ-aleyhin defi-i vâkii kendisine isbat ettirilir. Fikr-i kâsırâneme kalırsa Fransa Kanunu'ndaki ikrarın adem-i tecezzisi kaidesi hakkaniyete daha muvafıktır. Çünkü müddeâ-aleyh mahzâ hüsn-i niyet eseri olarak hakikat-ı hali yani esas-ı muameleyi ikrar eylemiş olmasından dolayı muhtî addolunamaz. Bu hükmün müci olduğı netice-i seyyie dahi müddeî, defi[yi] isbata muktedir olamayan müddeâ-aleyhin akd-i vâki hakkında tafsilata girişerek mahkemeyi tenvire medâr olacak malumatı vermekten sarf-ı nazar ile hâsılı inkâra mecbur bırakılmakta olmasından ibarettir. Zaten Mecelle'ye göre dahi müddeâ-aleyhin sebebi inkâra mecbur olmayıp da hâsılı inkâr ile iktifa edebilmesi, tediye-i deyn ettiği halde defîni isbattan âciz olan müddeâ-aleyhin vikâye-i hukuku maksadına müsteniddir. Binâenaleyh müddeâ-aleyhin ikrarı tecezzi ettirilmeyip de kendisine isbat-ı defi külfeti tahmil kılınmadığı takdirde hem müddeâ-aleyhin hukuku vikâye edilmiş olur, hem de müddeâ-aleyh mahkemeyi tenvir için müddeî ile aralarında sebk eden akdin esasını ve suret-i cereyanını tafsilde bir beis görmez. Zaten

müddea-aleyhin hâsıl-ı davayı inkâr etmesi suretinde sırf münkir addedilmesi ve esas-ı akdi ikrar ile defî dermeyeran ettiği surette, tediye defînin kendisine isbat ettirilmesi akıl ve mantığa mugayirdir. Çünkü müddea-aleyhin hâsıl-ı davayı inkâr etmesi tahlil olunursa netice-i müddeanın esas-ı davasını ikrar ve fakat tediye defîni dermeyeran etmek istediği tahakkuk eder. Çünkü eğer müddea-aleyh esasen akdin mesbûkiyetine itiraz etmek isteyeydi doğrudan doğruya sebep-i davayı inkâr şikkını iltizam ederdi. Sebeb-i davaya karşı bir cevap vermeyip de hâsıl-ı davayı ikrarda ısrar etmesi akdin asl-ı vukûunu mu'terif olduğunu gösterir. Binâenaleyh aynı manayı ifade eden iki tarz-ı müdafaanın -mücerred elfâzın tebeddülü vesilesiyle- ayrı ayrı ahkâma tâbi tutulmasını akl-ı selim kabul edemez.

Code Civil ile Mecelle arasındaki yemin meselesine müteallik farka gelince: Code Civil'e göre yemin, bir nev' an-inkarın sulhtur. Şöyle ki: Müddeî talib-i tahlif olmasıyla müddea-aleyhin yemini mukabilinde hukukunun terkine razı olmuş ve müddea-aleyh tarafından yemin teklifi kabul olunduğu takdirde akd-i sulh tamam olmuş olur. Yalnız bu nev' sulhun sulh-ı âdîden farkı şudur ki sulh-ı âdî, icab ve kabul ile mün'akid ve binâenaleyh taraf-ı kâbil, mûcibin icabını red ve kabulde muhtâr olduğu halde bu nev' sulhde müddea-aleyh yemini kabul ve icraya veyahut müddeîye redde mecbur olup aksi takdirde yeminden nûkûl etmiş addolunarak mahkum edilir. Ve keza sulh-ı âdîde bedel-i sulhun tesmiyesi şart olup bu nev' sulhde ise müddeî hakkını bilâ-bedel terk etmiş olur. Fransa Kanunu'na göre yeminin bir nev' sulh addolunmasına birçok ahkâm teferru eder. Evvelâ, husumete vekalet sulha vekaleti tazammun etmediğinden hasmına yemin teklifine sarâhaten mezun kılınmayan vekil, tâlib-i tahlif olamaz. Ahkâm-ı şer'iyeye göre yemin, recâ-yı nûkûl için olup sulh teklifi mânasını tazammun etmediğinden vekilin tahlife mezun olduğuna dair vekaletnamede sarâhat-i mahsusa bulunmaya lüzum yoktur. Binâberîn bizde vekilin tahlife dahi mezun olduğuna dair vekaletnelerde münderic kuyûd nâ-be-mahaldır. Ve keza Fransa Kanunu'nca ba'de'l-yemin müddeî, müddea-aleyhin yalan yere yemin ettiğini iddia edemez. Çünkü teklif olunan yemin, müddea-aleyh tarafından kabul ve icra olunmağla sulh tamam olur. Ba'de's-sulh ise tarafeyn davalarına rücû edemez. Ahkâm-ı şer'iyeye göre ise müddeî, ba'de'l-yemin müddea-aleyhin yalan yere yemin ettiğini dava edebilir. Yalnız müddea-aleyh, hâsıl-ı inkar ile yemin ettiği takdirde müddeî asl-ı akdin vukûunu isbat suretiyle müddea-aleyhin yalan yere yemin ettiğini iddia edemez. Çünkü hâsıla

yemin etmekle asl-ı akdin vukûu hakkında yalan yere yemin edilmiş olmak iktiza etmez.

Mecelle ile Code Civil arasında yemine ait olan farklardan biri dahi Fransa Kanunu'nca dava müddeî ile müddea-aleyh arasında mün'akid bir akiddan neşet ettiği surette müddea-aleyhin yemini müddeîye reddedebilmesidir. Mecelle'ye göre ise müddea-aleyh redd-i yemine mezun değildir. Fakat mezheb-i Şafii'ye göre redd-i yemin caizdir. Çünkü müddea-aleyh bazen yeminin taalluk ettiği akdin vâki olup olmadığını derhâtır etmesi muhtemel olduğu cihetle yalan yere yemin etmeye mecbur olmamak için müddeîye redd-i yemin selâhiyeti tecviz edilmiştir.

Fransa Kanun-ı Medenisi icabınca müddeînin müddea-aleyhe teklifine selâhiyetkar olduğu yeminden mâadâ hakim tarafından dahi re'sen iki halde yemin verilebilir. Birincisi müddeînin dermeyeran ettiği esbâb-ı sübûtiyenin adem-i kifâyeti halinde tetmin-i delâil için teklif olunan, diğeri müddeîye aynen iadesi mümkün olmadığı gibi hiçbir suretle takdir kıymeti mümkün olmadığı takdirde kıymetin mikdarı hakkında müddeîye verilen yemindir. Mecelle icabınca yemin, istizhâr esbâbından olan istihkak meselesinde müstahik davasını isbat ettikten sonra hakim tarafından müddeîye mal-i müddea-bihi hiçbir vechile silk-i milkinden çıkarmadığına dair taraf-ı hakimde re'sen yemin verilir. Çünkü davası, istihkakın bi'l-beyyine isbatıyla ayn-ı müddea-bihin fi'l-asl müstahikkin idüğü sübût bulur ise de bilahare ayn-ı mezkurun temlik edilmiş bulunması şüphesi mevcut olduğundan şüphe-i mezkureyi izâle için müddeîye yemin verilir. Demek ki bi'n-netice Mecelle ahkâmınca ahval-i hamsede verilen yemin-i istizhâr, tetmin-i delâil maksadına matuf olup binâenaleyh bu makûle yemin-i istizhârlar mahiyeten Fransa Kanunu'na göre hakim tarafından re'sen verilen yemine müşabih bulunmuş olur. Aralarındaki yegâne fark, Code Civil ahkâmınca davasını tamamen isbat edemeyen tarafa her zaman hakim tarafından yemin verilebildiği halde Mecelle'ye göre yemin-i istizhar yalnız ahvâl-i muayyene-i kanuniyede verilebilir. Telef olan mal-i müddea-bihin kıymeti bilenemediği takdirde kıymet-i mezkure hakkında Fransa Kanunu'nca müddeîye yemin verildiği gibi Mecelle'ce dahi yalnız bir halde müddeîye bu suretle yemin verilebilir. Şöyle ki: Kütüb-i fıkhiyede mastûr olduğu vechile dava edilen mal-i mağsub telef olup müddeî mikdar-ı kıymeti isbat edememekle beraber gâsıb dahi mal-i mağsubun kıymetini bilmediği ifadesinde ısrar eylese müddeîye dava ettiği aynın kıymeti hakkında re'sen yemin verilir.