

T. C.
DİCLE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti

(DOKTORA TEZİ)

HAZIRLAYAN : AHMET BİLGİN

DANIŞMAN : PROF. DR. HALİL CİN

T. C. DİCLE ÜNİVERSİTESİ KÜTÜPHANESİ	
Denetim No.	1997/2-6
Tasnif No.	297.14
	BİL

1989

DIYARBAKIR — 1989

ÖNSÖZ

Günümüz hukuk dünyasının yakın ilgisini çeken, uluslararası hukuki toplantıların gündemini işgal eden ve hukukun tarihi seyir içinde kaydettiği gelişmeleri ortaya koyan "Mukayeseli Hukuk İlmî", ülkemizde gerektiği gibi bir ilgi ile karşılaşmamıştır. Hele, dünya coğrafyasının önemli bir kesiminde onüç asır kadar uygulanmış ve bir çok toplumlara ve dönemlere damgasını vurmuş İslam Hukuku'nun, incelenip modern hukuk anlayışına sunulması çok az hukuk adamlarımızın aklına gelebilmiştir. Oysa, hukuki düşüncenin temelini atan ve muhakeme fikrinin nüvelerini hukuk dünyasına kazandıran bu sistemin egemen olduğu devirlerde ecdadımız, çeşitli dallarda ölmez eserler vermek suretiyle İslam Hukuk hazinesini ilmi servetleriyle daha da zenginleştirmişlerdir. Bu itibarla, hukukun objektif olarak araştırılmasının mecburiyeti bir yana bırakılsa bile, Türk kültür tarihine maya oluşturması yönünden de olsa; İslam Hukukunun ihmal edilmemesi gerekir. Özünde tarihimizden ve kültürümüzden kopmamız tehlikesini taşıyan ve mazi ile geleceğin irtibatını koparan bu ihmal, modern Türk Hukuku sahasında büyük bir eksiklik olarak görülmektedir.

Klasik fıkıh eserlerinin metoduyla kaleme alınmış eserler ve sübjektif bir takım hükümlerden ibaret olan kitaplar bir yana bırakılırsa, günümüz hukukçusuna hitap eden ilmi bir tedkik bir elin parmaklarından azdır. Nitekim, bu durum yeni neslin anılan hukuk sistemine karşı ilgisini azaltmış, modern toplumun ihtiyaçlarına cevap veremeyeceği kanısını uyandırmış ve "kişi bilmediğinin düşmanıdır" vecizesi gereğince birçok insanın kafasında düşmanlık tohumunu ekmiştir. Halbuki, asrımız sosyal konuların kökenine inerek doğruyu araştırma asrıdır. Bu nedenle, İslam Hukuku'nun, ana kaynaklardan süzülerek ilmi çerçevede tahlil edilmesi ve hukuk ilmine yaptığı katkıların bilimsel bir perspektifle çağdaş hukuk anlayışına sunulması zamanı gelmiş ve geçmiştir. Bu vadede ciddi çalışmaların yapılması halinde, kültür bütünlüğümüzün sağlanması yönünde bir adım atılmış, genç neslin atalarıyla olan zorunlu bağı kurulmuş ve çağdaş Türk Hukuku'nun inkişaf ederek zenginleşmesine katkıda bulunmuş olacaktır.

Hemen vurgulamak gerekir ki, her alanda olduğu gibi İslam Hukukunun çağdaş hukuk görüşü ile incelenip modern sistematığe adapte edilmesi hususunda da Avrupa bizden önce davranmıştır. Böylelikle, petro, maden ve tarımsal hammaddeler gibi ekonomik değerlerimizden sonra, kültürel değerlerimize de sahip çıkmışlar ve tarihi varlıklarımızın değerlendirilmesinde önümüze geçmişlerdir. Konuyu tam bir objektiflik duhu içinde ve salt hukuk mantalitesi dürbünüyle süzen Avrupalı ilim adamları olduğu gibi, sayıları az da olsa batı bağına kapılan araştırmacılar da çıkmıştır. Hüsniyet ile hareket edenlere misal teşkil etmek düşüncesiyle aşağıda bir kaç örneğe temas etmek istiyoruz:

1927 yılında Hollanda'nın Lahey şehrinde toplanan ve Ezher Üniversitesinden katılan delegelerin, "İslam Hukukunda Cezai Sorumluluk" ile "İslam Hukuku ile Roma Hukuku'nun İlişkisi" konularında tebliğ sunduğu Mukayeseli Hukuk Kongresi şu kararları almıştır:

1 – İslam Hukuku genel hukuk kaynaklarından biri olarak kabul edilmiştir.

2 – İslam Hukuku gelişmeye elverişli dinamik bir hukuk sistemidir.

3 – Bu hukuk başka hukuk sistemleriyle ilgisi olmayan ve kendine yeterli bağımsız bir sistemdir.

4 – Bu kongre ile gelecek kongrelerde arapçanın kullanılabilmesi kabul edilmiştir.

Yine, 1932 yılında aynı şehirde toplanan adigeçen kongrede konuşan Fransız hukuk profesörü Lambert'in İslam Hukukunu takdir edici sözleri büyük bir yankı uyandırmıştır.

1948 yılında Lahey'de düzenlenen ve elliüç devletin temsilcilerinin katıldığı Uluslararası Avukatlar Kongresi de yukarıdaki maddelere atfen şu hususu karar altına almıştır:

"İslam Hukuk'unun önemine ve gelişmeye elverişli olduğuna binaen, bu hukuku mukayeseli bir şekilde etüd etmek ve teşvik etmek Beynelmül Avukatlar Cemiyeti'nin önemli bir görevidir"

Uluslararası Mukayeseli Hukuk Kurumunun Doğu Hukuku Şubesi de 1951 yılında Paris Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörü Monsieur Milliot'nun başkanlığında ve "İslam Hukuku Haftası" adı altında bir seminer tertip etmiştir. Avrupa ve İslam ülkelerinden çok sayıda ilim adamlarının katıldığı bu kongrede, özellikle İslam Hukukunda mülkiyet, kamu yararı için istimlak, cezai sorumluluk, mezheplerin birbirlerine etkisi ve faiz gibi konular işlenmiştir. Tartışmalar esnasında Paris barosu başkanı "Şu anda duymakta olduğum isbatlı deliller sayesinde, daha önce anlatılan İslam Hukukunun donukluğu ve moderr. toplumun ihtiyaçlarına cevap verememesi gibi iddiaların asılsız olduğunu öğreniyorum" demekten kendisini alamamıştır. Seminer sonunda ise şu karara varılmıştır.

1 – İslam Hukukunun ilkeleri değerli teşrii bir niteliğe sahiptir.

2 – Fıkıh mezheplerinin görüş ayrılıkları metodolojik kuralların ve kavram zenginliğinin doğmasına vesile olmuştur.

Öte yandan, devlet umumi hukuku mensupları, Hanefi hukukçu Muhammed Bin Hasan Eş Şeybani'yi bu ilim dalının babası olarak tanımlamışlar ve onun adını taşıyan bir cemiyetin kurulmasını kararlaştırmışlardır.

Bütün bunlar gösteriyor ki, zengin bir hukuk hazinesi olan İslam Hukuku'nu, Türk hukuk araştırmacısının keşfetmesi ve bu uçsuz deryaya geniş kulaçlarla açılması gerekir. Ki bu sayede, bir karış toz kapmış ve kütüphanelerimizin loş köşelerinde mahzun bekleyen ciltler dolusu eserlerin değeri su yüzüne çıkacaktır.

İşte bütün bunların idraki içinde, bana doktora tezi olarak tevdi edilen "İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti" konulu çalışmaya başlama cesaretini gösterdim. Ehliyetin, kişiler hukukunun esası ve hatta bel kemiği olduğu açıktır. Haklara sahip olmak ve kullanma yeteneği demek olan ehliyet, bir bakıma, kişiye tekabül etmektedir. Kişi ise, hukuk ilminin nirengi noktasını oluşturmaktadır. Esasen, hukuk kurallarının konuluş amacı da kişilerin ilişkilerini düzenlemektir. Bu bakımdan, Kişiler Hukukunun önemi büyüktür. Kişiler Hukuku alanındaki ilke ve kurallar, Kişiler Hukuku dışındaki öteki hukuk alanlarında da geçerli olan temel ilke ve kurallar niteliğindedir. Bu özelliği nedeniyle, Kişiler Hukukunun, Özel Hukukun ve belirli oranda da kamu hukukunun temelini oluşturan ilke ve kurallardan oluştuğu söylenebilir.

Bu mütevazî çalışmamız bir giriş, üç bölüm ve sonuçtan ibarettir. Giriş kısmında, İslam Hukukunun iki ana dalı olan fıkıh ve usul-ul fıkıh hakkında kısa bir bilgi verilmiştir. Çünkü, bu iki dalın mahiyeti ve tarihi gelişimi gereği gibi kavranırsa yapılan çalışma da daha kolay anlaşılacak ve İslam Hukukunun temel prensipleriyle mukayese imkânı daha güzel sağlanacaktır. Birinci bölümde ise, ehliyetle çok sıkı ilgisi olan kişi üzerinde durulmuştur. Burada, kişi ve kişilik kavramları, Kişiler Hukukunun önemi, kişiliğin başlangıcı ve sonu gibi konular etraflıca izah edilmiştir. Bu meyanda bu konunun ilgi alanına giren kölelik, gaiplik ve tüzel kişilere ilişkin bilgiler srgilenmiştir. En geniş bölüm olan ikinci bölüm de bütünüyle ehliyetin mahiyeti ve çeşitlerine ayrılmıştır. Buna bağlı olarak ehliyetin tanımı, kapsamı, önemi ve diğer yakın kavramlar ile olan farkı anlatıldıktan sonra, hak ehliyeti ile fiil ehliyeti geniş olarak açıklanmıştır. Yine, bu bölümde zimmet terimi üzerinde durulmuş ve ehliyet aşamaları (cenin, küçüklük, mümeyyiz çocuk, bulug ve rüşd dönemleri) birer birer incelenmiştir. Üçüncü bölüm tamamiyle ehliyeti ortadan kaldıran haller (ehliyet engelleri) konusuna inhisar etmiş ve semavi engeller ile müktesep engeller sıra ile izah edilmiştir. Nihayet, sonuç bölümü eserin muhassalasını kısa bir şekilde yaparak konuların kafada daha iyi şekillenmesini sağlamıştır.

Yukarıda belirttiğimiz plan ve sistemin oluşturulması kolay olmamış ve bir hayli zaman almıştır. Çünkü, bu çalışmamız bu konuda yazılan ilk eser ünvanına sahiptir. Gerçekten, İslam Hukukunda ehliyet konusunu bağımsız olarak inceleyen bir eser ne arap dünyasında, ne Türkiye'de, ne diğer İslam ülkelerinde ve ne de batıda mevcuttur. Batıdaki İslam Hukuku araştırmacıları, başka konular vesilesiyle değindikleri heliyet konusunu birkaç satırla anlatmakla yetinmişlerdir. Arapça eserlerde ise bu konu bir kaç sayfayı geçmemektedir. Zaten, bu eserler birbirlerinin kopyası gibi görünürler. Kaldı ki, bu eserlerde inceleme konusu olan ehliyet, ilintili olduğu başka konular vesilesiyle tali derecede ele alınmıştır. Örneğin, ehliyete ilişkin hükümler kimi eserlerde "mahkumun aleyh", kimisinde akitler ve kimisinde de "velâyet" konularıyla birlikte işlenmiştir. Bununla birlikte, usulcüler (özellikle Hanefî usulcüler) konuyu daha derli toplu inceleme yoluna gitmişlerdir. Uygulamalı fıkıh kitapları ise, ehliyet mevzuuna, bir başlık altında değil, çeşitli bölümlerde dağınık bir şekilde değinmiştir. Bunları bir araya getirip sistemleştirmek yoğun bir çalışmayı gerektirmiştir. Öte yandan, modern İslam Hukukçuları bir çok konuda orijinal yaklaşımlara sahip olup modern yöntemleri geliştirdikleri halde, ehliyet konusunda bütünüyle klasik usulcülerin üslubuna sadık kalmayı ve adeta onları taklit etmeyi yeğlemişlerdir. Bununla birlikte, gerek klasik ve gerekse modern İslam hukukçularının orijinal fikirleri yakalanarak tahlile tabi tutulmuş ve böylelikle hukuki düşüncenin zenginleştirilmesine çalışılmıştır.

Çalışmamızın incelenmesinde görüleceği üzere, belli bir ekolün görüşüne bağlı kalınmamış; dört ünlü ekolün görüşüne de mümkün mertebede yer verilmiştir. Hatta, zaman zaman Zahiri ekolü ile münferit müctehitlerin görüşlerine de değinilmiştir. Bu arada, önemli gördüğümüz konudaki mezhepler arası görüş ayrılıklarının nedenleri tartışılmış ve her bir mezhebin dayandığı deliller, özetle anlatılmıştır. Bu suretle, İslam hukukçularının geniş boyutlu hukuki düşünceleri ve muhakeme ufukları gösterilmeye çalışılmıştır. Gerekli gördüğümüz noktalarda da desteklediğimiz görüşün belirtilmesinde sakınca görülmemiştir. Görüşlerin dayanağını teşkil eden ayet ve hadislere az yer verilmiş ve ancak lüzumlu addeldilen zamanlarda bu yola gidilmiştir. Bu meyanda, İslamın ana kaynakları ve yüzlerce arapça ve türkçe eserler taranmıştır.

Diğer yandan, konuların ele alınışının çağdaş hukuk anlayışına uygun olmasına özen gösterilmiş ve fakat İslam Hukukunun orijinalitesinin kaybolmamasına azami derecede dikkat edilmiştir. Kullanılan dil de mümkün olduğunca sade ve anlaşılır biçimde olmasına çalışılmıştır. Ancak, bu durum, özellikle tanımlamalarda, bazen mümkün olmamıştır. Bunlardan başka, hemen hemen her konuda çağdaş hukukla mukayese yapılması ihmal edilmemiş ve Roma Hukuku dahil, bir çok hukuk sistemlerinin görüşleri zaman zaman belirtilmiştir. Bu ameliye sayesinde çeşitli hukuk sistemlerinin yaklaşımları arasında bir karşılaştırma imkanı doğmuştur.

İncelememizin başından sonuna kadar bana güç ve bilgi kaynağı olan değerli mesailerini ilmi faaliyetler için esirgemeyen, değerli ilmi çalışmalarıyla şerefli bir konum kazanan danışmanım ve ders hocam Prof. Dr. Halil CİN'e teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Yine, çalışmamızın önemli bir bölümünü gözden geçirme zahmetine katlanarak kıymetli mütalaalarını bahşeden değerli ilim adamı ve A.Ü. Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Mehmet ÜNAL'a teşekkür ve saygılarımı ifade etmek isterim.

Ayrıca, Hartum Üniversitesinin yeni yayınlarından istifade etmemizi sağlayan Dr. Abdülaziz Bayındır'a, Küveyt'ten çok sayıda eserleri göndere İslam Hukuku Ansiklopedisi kurul başkanı Dr. Abdüssettar Ebu Gudde'ye, Suriye'den bu konudaki değerli yayımları temin eden Şeyh Alvan Hakkı'ya ve yararlı telkin ve yardımlarıyla eserin meydana gelmesine katkıda bulunan Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü Doç. Dr. Sacit AKÇAY'a . . . şükranlarımı takdim etmeyi bir borç bilirim.

Ahmet BİLGİN

GİRİŞ

	Sayfa
I. FIKIH	1
a) MAHİYETİ	1
b) TARİHİ GELİŞİMİ	3
aa) Hz. Peygamber Dönemi	3
bb) Dört Halife Ve Sahabiler Dönemi	5
cc) Fıkhın Derlendiği Ve Ekollerin Kurulduğu Dönem	8
dd) Ekol Taassubu Ve Taklit Dönemi	10
ee) Kanunlaştırma Hareketleri Dönemi	11
II. FIKIH USULÜ (USUL-U FIKIH)	13
a) MAHİYETİ	13
b) TARİHİ GELİŞİMİ	14
aa) Şafîilerin Yöntemi	18
bb) Hanefîilerin Yöntemi	18

I. BÖLÜM

İSLAM KİŞİLER HUKUKU

	Sayfa
I. KİŞİLİK HUKUKUNUN ÖNEMİ	19
a) GENEL OLARAK	19
b) İSLAM HUKUKUNDA	20
II KİŞİLİK HUKUKUNUN KONUSU	21
III KİŞİ VE KİŞİLİK KAVRAMLARI	23
a- KİŞİ	23
aa- MODERN VE ROMA HUKUKUNA GÖRE	23
bb- İSLAM HUKUKUNA GÖRE	25
b- KİŞİLİK	27
IV KİŞİLERİN ÇEŞİTLERİ	27
I GERÇEK KİŞİLER	28
a- Roma Hukukunda Kölelik	31
aa- KÖLELERİN TOPLUMSAL DURUMU	30
bb- KÖLELİĞİN NEDENLERİ	31
aaa. Doğuştan Kölelik	31
bbb. Özgürlüğün kaybolması sebebiyle kölelik	31

	Sayfa
1- Savaş esirliği	32
2- Ağır ceza sonucu özgürlüğün kaybolması	32
3- Özgürlüğün kaybolmasını doğuran diğer nedenler	32
cc- KÖLELİĞİN SON BULMASI	33
aaa- Değnekle azat etme	33
bbb- Sayım yolu ile azat etme	33
ccc- Vasiyetname ile azat etme	33
ddd- Kilisede azat etme	34
eee- Dostlar önünde azat etme	34
fff- Mektupla azat etme	34
ggg- Sofrada azat etme	34
hhh- Hürriyetin kazanıldığı başka durumlar	34
b- İSLAM HUKUKUNDA KÖLELİK	34
aa- KÖLELİĞİN NEDENLERİ	35
aaa. Savaş esirliği	35
bbb. Doğumdan	37
bb- KÖLELERİN TOPLUMSAL DURUMU	37
cc- KÖLELİĞİN SON BULMASI	38
aaa. Azat etmek işlemi ile	38
bbb. Akitle	39
ccc. Vasiyetle	40
ddd. Dişi kölenin azat olma şekli	40
B. GERÇEK KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI VE SONU	40
a. KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI	40
aa. DOĞUMUN TAMAMLANMASI	43
bb. ÇOCUĞUN SAĞ OLARAK DOĞMASI	44
cc. SAĞDOĞUMA İLİŞKİN ÇEŞİTLİ HALLER	45
b. GERÇEK KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ	45
aa. ÖLÜM	45
bb. GAİPLİK	47
aaa. Genel Olarak	47
bbb. Gaip (Mefkudı) ile ilgili hükümler	48
2 TÜZEL KİŞİLER	50
A- ROMA HUKUKUNDA	51
B- ÇAĞDAŞ HUKUKTA	51
a- TÜZEL KİŞİLİK FİKRİNİN GELİŞMESİ	52
b- MODERN HUKUKTA TÜZEL KİŞİLİK	53
aa- Kamu hukuku tüzel kişileri	53
bb- Özel Hukuku tüzel kişileri	54

	Sayfa
C- İSLAM HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK	54
a- DEVLET	56
aa- Harici Bakımdan	56
bb- Dahili Bakımdan	57
cc- Mali Bakımdan	57
b- DEVLET HAZINESİ	58
c- VAKIF	58
d- ŞİRKET	59
aa- Sermaye Şirketi	59
bb- İş Şirketi	59
cc- İtibar Şirketi	60

II. BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA EHLİYET

	Sayfa
I. GENEL BAKIŞ	62
II. EHLİYETİN İSLAM HUKUNDAKİ YERİ	65
III. EHLİYET KAVRAMI	68
a) Tanım	68
b) Kapsam	71
IV. EHLİYETİN DİĞER DEYİMLERLE İLİŞKİSİ	72
a) Ehliyet ve Salahiyet (Yeterlilik)	72
b) Ehliyet ve Kudret (yapabilirlik)	73
1) Kudret-i Mümeckine (mümkün kılan güç)	73
3) Kudret-i Müessire (etkin güç)	73
V. EHLİYETİN ÇEŞİTLERİ	74
A) HAK EHLİYETİ (Vücup Ehliyeti)	74
a) Kavram	74
b) Kapsam ve Dayanak	76
1) Genellik	77
2) Eşitlik	77
c) Hak Ehliyetinin Türleri	79
aa) Eksik Hak Ehliyeti (Nakıs Vücup Ehliyeti)	79
bb) Tam Hak Ehliyeti (kamil Vacup Ehliyeti)	81
d) Zimmet	81
aa) Mahiyeti	81
bb) Zimmetin Gerekliliği	84

	Sayfa
cc) Özellikleri	85
dd) Sona Ermesi	87
ee) Modern Hukukta Zimmet	89
B) FİİL EHLİYETİ (EDA EHLİYETİ)	90
a) Kavram	90
b) Kapsam	92
c) Dayanak	94
d) Çeşitleri	97
aa) Eksik Fiil Ehliyeti (Nakıs Eda Ehliyeti)	97
bb) Tam Fiil Ehliyeti (kamil Eda Ehliyeti)	98
C) İNSAN HAYATININ DEVRELERİNE GÖRE EHLİYET AŞAMALARI	99
a) Cenin Dönemi	99
1) Nesep Bağının Kurulması	100
2) Miras Hakkı	100
3) Lehine Vasiyeti Hak kazanması	100
4) Lehine Vakfın Geçerli Olması	101
5) Azat Olma Hakkı	101
b) Küçüklük Dönemi	102
aa) Allah Hakkı (Kamu Hakkı) Yönünden	103
1. Din Seçimi ve Bedeni İbadetler	103
2) Mali İbadetler	104
3. Küçüğün Öldürdüğü Kimseye Mirasçı Olması	105
bb) Kul Hakkı (Özel Hak) Yönünden	106
1. Haksız Fiil Sorumluluğu	106
2. Yakınların Nafakası	106
3. Tasarruf Yetkisi	107
c) Temyiz Dönemi	107
aa) Kavram	107
bb) Ehliyete Etkisi	108
aaa) Dini Fiil Ehliyeti	109
bbb) Medeni Fiil Ehliyeti	110
d) Ergenlik–Yetişkinlik (Bülüğ Dönemi)	112
e) Rüşt (Ergenlik) Dönemi	114
aa) Kavram	114
bb) Rüştün Belirlenmesi	115
cc) Günümüz Hukukundaki Durum	116

III. BÖLÜM

EHLİYET ENGELLERİ – EHLİYETİ KISITLAYAN NEDENLER (AVARİZ–I EHLİYET)

	Sayfa
I. GENEL BAKIŞ	118
II. TERİM	120
III. EHLİYET ENGELLERİNİN SINIFLANDIRILMASI	121
A) SEMAVİ ENGELLER (AVARİZ–I SEMAVİYE)	121
a) AKIL HASTALIĞI (CÜNUN)	121
ı) Devamlı Akıl Hastalığı (Cünun–ı Mutbık)	122
b) YAŞ KÜÇÜLKÜĞÜ (SIGAR) ^{2) Devamlı Olmayan Akıl Hastalığı}	126
aa) Gayr-ı Mümeyyiz Küçük	126
bb) Mümeyyiz Küçük	127
c) AKIL ZAYIFLIĞI – BUNAKLIK (ATEH)	128
d) BAYGINLIK (İĞMA)	131
e) UNUTMA (NİSYAN)	132
f) UYKU HALİ (NEVM)	134
g) ÖLÜMLE SONUÇLANAN HASTALIK (MARAZ–UL ME VT)	135
aa) Alacaklılar Yönünden	137
bb) Mirasçılar Yönünden	137
h) AY HALİ VE LOHUSALIK (HAYIZ VE NİFAS)	138
i) ÖLÜM (MEVT)	139
B) MÜKTESEP ENGELLER (AVARİZ–I MÜKTESEBE)	141
a) BİLMEMEK (Cehalet)	141
aa) Sahibi İçin Mazeret Sayılmayan Cehalet	141
bb) Bazı konuların yorumunu bilmemekten veya değişik yorumlamaktan doğan cehalet	142
cc) Şüphe, Hata ve Yetersiz Araştırmadan Kaynaklanan Cehalet	142
dd) Dini Yükümlülüklerden haklı bir nedenle haberdar olmamaktan Meydana Gelen Cehalet	143
b) SARHOŞLUK (SÜKR)	143
aa) Meşru Sarhoşluk	144
bb) Yasak Sarhoşluk	144
c) SEFAHET (SEFEH)	146
aa) Kavram	146
bb) Sefihin Durumu	147
aaa) Ergenlik Çağından önce Başlayan Sefihlik	147
bbb) Ergenlik Çağından Sonra Başlayan Sefihlik	148

	Sayfa
cc) Diğer Hukuk Sistemlerinde Durum	151
d) BORÇLULUK – İFLAS (MEDYUNİYET)	152
e) SEYAHAT (SEFER)	154
f) CİDDİYETSİZLİK (HEZL)	156
aa) İhbari Tasarruflar (Açıklayıcı İşlemler)	156
bb) İnanç ile İlgili Sözler	157
cc) İnşai Tasarruflar (Kurucu İşlemler)	157
g) HATA	158
aa) Mahiyeti	158
bb) Niteliği	159
aaa) İbadetler Yönünden	159
bbb) Cezai Sorumluluk Yönünden	160
ccc) Kul Hakkı (Özel Hukuku) Yönünden	160
cc) Çeşitleri	161
aaa) Fiilde Hata	161
bbb) Kasıttaki Hata	161
ccc) Takdirde Hata	162
dd) Diğer Hukuk Sistemlerinde Durum	162
h) İKRAH (ZORLAMA)	163
aa) Mahiyeti	163
bb) Çeşitleri	165
aaa) Tam İkrahi (İkrahi-1 Mülci)	165
bbb) Eksik İkrahi (İkrahi-1 Mülci)	166
cc) Hukuki Yönden Etkisi	167
aaa) Sözel İşlemlerde (Kavli Tasarruflarda)	167
bbb) Eylemsel İşlemlerde (Fiilli tasarruflarda)	170
SONUÇ	172

GİRİŞ

Bilindiği üzere, İslam Hukuku iki ana daldan meydana gelmektedir. Birincisi kişinin bütün davranışlarını ilahi emir ve yasaklar çerçevesinde detaylı bir şekilde ele alan ve meseleleri pratik olarak inceleyip hukuki hüküm ve müeyyidelere bağlayan daldır ki buna FIKIH denilmiştir. Fıkıh hakkında yazılan eserler, soyut normlardan çok, pratikteki meseleleri ve terettüp eden hükümleri kapsamaktadır. İkinci dal ise, söz konusu fıkhi hükümlerin elde edilmesine ilişkin yöntemleri, hukuki yorumun metodlarını ve pratik meseleler ile ana kaynaklar arasındaki hukuki münasebeti belirtmektedir. İslam Hukuku terminolojisinde bu dala FIKIH USULÜ (USUL-UL FIKH) denilmiştir. Bunlar iki ayrı dal sayılmakla beraber fonksiyon itibariyle öylesine girift bir hal almışlardır ki, ayrı ayrı mütalaa edilemezler. Bir yerde fıkhi kazuistik kanunlara, fıkıh usulünü de hukuk metodolojisine benzetebiliriz. (1)

Bu çalışmamız, en çok fıkıh usulü kapsamına giriyor ise de sağlıklı bir yargıya kavuşmak için hemen hemen her fırsatta fıkıh kurallarına başvurmamız gerekmektedir. Zaten herhangi bir ilke veya kural, fıkıhtaki uygulamasına değinilmedikçe yeterince anlaşılabilir. O halde, çalışmamızın temelini oluşturan bu iki branş hakkında kısa da olsa bilgi vermek yararlı olur. Ancak, bu konuda çok yazılıp söylendiği için, biz farklı bir yaklaşımla konuyu incelemek istiyoruz. Fıkıh ve fıkıh usulü hakkında ya hiç yazılmamış, ya da çok az yazılmış hususlara değinmeyi yeğliyoruz.

I – FIKIH

a) Mahiyeti :

Fıkıh sözcüğünün arap dilindeki anlamı bilmek, kavramak, bir hususu derinlemesine idrak etmek ve bir şeyin künhüne vakıf olmaktır.(2) Fıkıhın bu anlamı bir çok ayet ve hadiste de geçmektedir. "Onların kalpleri var, fakat onunla anlamazlar (fıkıh etmezler) (3) şeklindeki ayet ve "Allah kiime hayır dilerse ona, dinde ince anlayış (fıkıh) verir." (4) mealindeki hadis örnek

-
- (1) MEDKUR, Muhammed Selam, *El Medhal lil Fikh-il İslami*, Mısır 1966, sh. 163 vd.; HALLAF, Abdulvahhab, *İlm-u Usul-i Fıkıh*, İstanbul, 1984, sh. 9. vd.; Ebu ZEHRE, Muhammed *Usul-ul Fıkıh*, Mısır 1957, sh. 6 vd.; DÖNDÜREN, Hamdi, *Dellilleriyle İslam Hukuku*, Konya 1977, sh. 13 vd.
- (2) MUSTAFA, İbrahim – EZ ZEYYAT, Ahmed Hasan – ABDULKADİR, Hamit – EN NECCAR, Muhammed Ali, *jl Mu'cem-ul Vastyt*, Tahran 1974, cilt 2, sh. 705; EL MAKKARİ, Anmed Bin Muhammed, *El Misbah-ul Müinir Fi Garib-iş Şerh-il Kebir*, Mısır tarihsiz, "FKH" maddesi.
- (3) *El Araf Suresi*, ayet: 179
- (4) EL BUHARİ, Muhammed, *El Cami-us Sahih*, Mısır tarihsiz, *Kitab-ul İlim*, bap: 10.

olarak söylenebilir. Terim anlamına gelince, fıkıh için verilen şu tanım hukukçuların çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir. "fıkıh, delillerden elde edilmiş pratik şer'i (dini) hükümleri bilmektir. (1) İanefi ekolünün kurucusu Ebu Hanife ise, "fıkıh insanın leh vealeyindeki şeyleri bilmesidir" (2) gibi bir tanım vererek fıkıhın başka bir cephesini yansıtmıştır. Mecelle de Ebu Hanife'nin tanımını benimsemiştir. (3) Her iki tanıma da bakıldığında fıkıhın kapsamına itikadi ve ahlaki meseleler yanında dine ilişkin daha bir çok konular girer. Nitekim, ilk zamanlarda bu anlayış hakim olmuş ve bütün dini konular fıkıh adı altında incelenmiştir. Ancak, daha sonra bu anlayış bırakılmış ve yalnız hukuki nitelik taşıyan konulara inhisar etmiştir. Fıkıh konusunda yeterli bilgi ile donanmış kişiye yani fıkıh bilgisine "FAKİH" denilir. Fakih sayılabilmek için kişinin şer'i hükümlere ilişkin delilleri bilmesi ve kaynaklar hakkında yeterli bilgiye sahip olması gerekmektedir. İlk fıkıh bilgileri olarak Hz. Ömer, Hz. Ali, Abdullah Bin Mes'ud, Abdullah bin Ömer, Abdullan bin Abbas, Zeyd Bin Sabit ve Hz. Peygamberin eşi Hz. Ayşe kabul edilmektedir. Hz. Peygamber ise fıkıh bilginin sayılmamaktadır. Çünkü o, fıkıh bilgisine sahip bir kişi sıfatıyla değil, Allah'ın vahy aracılığıyla kendisine tevdi edilmiş emirleri bir elçi olarak insanlara aktarmıştır. (4)

Fıkıh çeşitli yönlerden tasnife tabi tutulmuştur. Fıkıh kuralları, düzenledikleri ilişkiler bakımından iki kategoriye ayrılmaktadır :

- a) Allah ile kişi arasındaki ilişkileri düzenleyen fıkıh kuralları: Bu kuralların amacı Allah'ın kişiden hoşnut kalmasını sağlamaktır. Tamamen dini nitelikte olan bu kurallar, emir veya yasak biçiminde ifade edildiğinden, nedenleri araştırılmaksızın zorunlu bir itaati gerektirirler. Bunlar zaman ve şartların değişmesiyle hiç bir değişikliğe uğramayan statik hükümlerdir. Bu grubun en canlı örnekleri namaz, oruç, zekat, hac vb. gibi ibadetlerdir. Evlenme, boşanma, nesep ve mirasa ilişkin kısım düzenlemeler de kişiler arası ilişkiler olmakla beraber, sabit (değişmeyen) hükümleri içerdikleri için bu kategoride mütalaa edilmiştir. İslam Hukuku, bu kategoriye giren kurullarla pozitif hukuktan ayrılmaktadır. Çünkü, anılan hukukta, kişi ile Allah arasındaki ilişkiler gözetilmemekte ve kuralların değişmezliği prensibi kabul edilmemektedir. (5)
- b) İnsanların diğer insanlar ile olan ilişkilerini düzenleyen fıkıh kuralları: Bunlar, fert ve toplumun dirlik ve düzenini sağlamaya yönelik hükümleri içerirler. Neden ve amaçlarını anlamak

- (1) İBN-İ MELEK, Abdullatif, *Şerh-ul Menar*, Mısır 1973, cilt 1, sh. 19; EL GAZALİ, Muhammed, *El Mustasfa min İlm-il Usul*, Mısır 1322, cilt 1, sh. 4; EL ANSARİ, Abdul Ula Muhammed, Mısır 1322, cilt 1, sh. 20; EL AMİDİ, Seyfeddin Ali, *El İhkam Fi Usul-il Ahkam*, Mısır 1387, cilt 5, sh. 127; EL KASANİ, Alaaddin Ebu Bekr, *Bedayi-us Sanayi'Fi Tertib-iş Şerayi*, Mısır tarihsiz, cilt 1, sh.2
- (2) BİLMEN, Ömen Nasuhi, *Hukuk-i İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, 1967, cilt 1, sh. 14; DÖNDÜREN, Hamdi, age. sh. 13-14.
- (3) *Mecelle*, Madde : 1
- (4) İBN-İ KAYYİM, Muhammed Bin Ebu Bekr, *İlam-ul Muvahhuyn*, Mısır 1961, cilt 2, sh. 264, EL ENSARİ, Abdullah Muhammed, age, cilt 1, sh. 10; İBN-İ MELİK, Abdullatif, age, sh. 732; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 38; EL GAZALİ, Muhammed, age, cilt 1, sh. 4 vd,
- (5) *İslam Ansiklopedisi*, fıkıh maddesi; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 47-48; ayrıca bkz; KARAMAN, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1974, cilt 1, sh. 29 vd.; HALLAF, Abdulvahhab, age. sh. 9 vd.

güç değildir. diğer yandan, bu kuralların önemli bir kısmı prensip olarak zaman ve şartlara göre değişebilirler. Bunların çoğu ana kaynak Kitap ve Sünnet'te genel ve soyut olarak ifade edildiği için, icthah veya devlet yetkililerinin takdiri ile değişebilmektedirler. İdari ve mali konulara ilişkin düzenlemeler bu kategoriye girerler. Ancak, bu kuralların kesin bir emirle ifade edilmiş olanların değişmeye konu olamazlar. Bu bakımdan, kesin emirlerle belirlenmiş had cezaları ve özel hukuk çerçevesine giren işlemlerle ilgili kurallar açık ve kesin olduklarından değiştirilemezler. (1)

Bununla birlikte, fıkıh kurallarının dini nitelikte bir hukuk sistemi olduğunu unutmamak gerekir. Çünkü, yasama gücü bütünüyle Allah'a aittir. İnsanların katkısı onun müsaade ettiği ölçüde olabilir. Bu nedenle, İslam Hukukçuları fıkıh ilmini dini ilimler kategorisine almışlardır. (2)

b) Tarihi Gelişimi :

Fıkıh ilminin tarihi gelişimini iyice anlamak için geçirdiği dönemleri teker teker ele almak gerekir.

aa) Hz. Peygamber Dönemi :

Yeni bir din ve yeni bir hukuk sistemini getiren Hz. Peygamberin bütün konularda tek otorite olması doğaldı. Bu itibarla yasama, yürütme ve yargının kaynağı Hz. Peygamberden başkası olamazdı. Cenab-ı Allah Yasa koyucu kabul edilmekle birlikte, onun iradesi peygamber tarafından aktarıldığı için ikinci yasama kaynağı Hz. Peygamber sayılır. Bu dönemde her konunun mercii Peygamber olduğu için fıkıh kavramı çok geniş tutularak inanç ve ahlak ile ilgili tüm konular onun kapsamına girmiştir. Hatta, dini literatürde fıkıh ilim kelimeleri eş anlamı olarak anlaşılmıştır. (3)

Mekke döneminde temel inanç ve putçulukla mücadeleye yönelik kurallara ağırlık verilirken, Mjdine döneminde hukuki düzenlemeler ağırlıkta olmuştur. Bu dönemde ihtisas düşüncesi ve kaynaklardan hüküm elde etme fikri olmayınca yapılacak tek iş Kur'anı ezberlemek ya da Hz Peygamberi bol bol dinlemek olmuştur. Ancak, bu görev gereği gibi yerine getiriliyor, ezberlenen ayetler özümlemlercesine uygulanıyordu. On kadar ayeti ezberleyen sahabilerin, bunların anlamını kavramadığı ve uygulamadığı sürece diğer ayetleri ezberlemeye yeltenmedikleri rivayet edilmektedir. (4) Diğer yandan, Medine'de ilk İslam devletinin çekirdeği oluşmakla hukuki kurallarla ilgili emirler peyderpey inmeye başlamıştır. Namazların farz olmasında ve içkinin yasaklanma-

- (1) EL KURTUBİ, Muhammed Bin Ahmed, *El Cami'l Ahkam-il Kur'an*, Mısır, 1966, cilt 6, sh. 184; İBN-İ KUDAME Abdullah, *El Muğni* Mısır tarihsiz, cilt 8, sh. 400; KUTUP Seyyid, *El Adalet-ul Ictimaiyye* cilt 1, Mısır 1964, sh. 28 vd.; EŞ ŞİRBİNİ, Muhammed, *Muğn-il Muhtaç Şerh-ul Minhaç*, Mısır 1958, cilt 4, sh. 238.
- (2) EŞ ŞATIBİ, Muhammed, *Muvafakat*, Mısır 1956, cilt 2, sh. 221; EL GAZALİ, Muhammed, *age*, cilt 1, sh. 5; İBN-İ KAYYİM, Muhammed, *age*, cilt 2, sh. 264.
- (3) EZ ZERKA, Muhammed Ahmed, *El Fıkh-ul İslami Fi Sevbih-il Cedid*, Şam 1968, cilt 1, sh. 148, DÖNDÜREN, Hamdi, *age*, sh. 14-15; İBN-İ KUTEYBE, Muhammed, *El Maarif*, Mısır tarihsiz, sh. 66 vd.
- (4) İBN-İ KESİR, İsmail Eb-ül Fida, *Tefsir-ul Kur'an-il Azim*, Mısır 1955, cilt 1, sh. 3

sındaki tedricilik bunun sayısız örneklerinden sadece bir ikisidir. Bu durum, insanlara kolaylık sağlanması düşüncesine dayanır. Kur'anın "Allah size kolaylık diler. Size güçlük dilemez" (1) mealindeki ayeti bu düşünceyi vurgulamaktadır. Öte taraftan, bazı kurallar sonradan gelen düzenlemelerle hükümsüz bırakılmıştır. "Nesih" diye anılan bu ameliyeye hem Kur'an ve hem de sünnet'te sayıları az da olsa rastlanmaktadır. Kur'anda nesih sayısının yirmi bir kadar olduğu bilinmektedir.(2)

Hz. Peygamber, sahabilere fıkıhın tedvin edildiği bir eser bırakmamıştır. Bunun yanında Kur'an ve Sünnette serpiştirilmiş olarak bir çok ilke ve esaslar bırakılmıştır. Genellik, soyutluk, esneklik ve uygulanabilirlik yönünden son derece elverişli olan bu kurallar sayesinde sorunlar cevapsız kalmamış ve büyük bir fıkıh hazinesi doğmuştur. Hele, "Kimse kimsenin suçunu yüklenemez"(3) mealindeki ayette öngörülen cezanın şahsiliği prensibi ve "Ameller niyet ile dir"(4) hadisinden çıkan niyet müessesesi gibi genel prensipler hukuk dünyasına sunulmuştur. Hz.Peygamberin vahy dışında icthah yaparak kural koyma yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır.Eş'ari ve mutezile gibi akait ekolleri, Hz.Peygamberi, Allah'ın sadece elçisi olduğundan hareketle vahy olmadan hüküm koyamaması gerektiğini savunurlar. İslam Hukukçularının çoğunluğu ise, Hz. Peygamberin, olgun zekaya ve sağlam düşünceye sahip bir insan olması hasebiyle, vahy dışında da icthah yapabileceğini ve herkes gibi icthahında yanılabilceğini savunur.(5) Bunun örnekleri ise Peygamberin hayatında mevcuttur. Mesela, Hz.Peygamber Bedir savaşında yakalanan seirlerin durumunu sahabilere danıştıktan sonra, Hz.Ebubekir'in görüşüne uymuş; ancak bunun üzerine inen ayette bu görüşten vazgeçilmesi emredilmiştir.(6) Yine, Tebuk savaşına katılmamak için mazeret uyduran münafıklara verilen izin üzerine inen ayet-i kerime de, Hz.Peygamberin bu davranışını uygun görmemiştir.(7) İlginç bir durum da Salebe kızı Havle'nin olayında olmuştur. Kocası Sâmit oğlu Evs'in "Sen yanımda annemin sırtı gibisin" şeklindeki sözünü Resullah'a ileten ve ayrılmaları gerektiği cevabını alan Havle, kocasını sevdiği, çocuğu olduğu için ayrılmak istemediğini ve bu tedirginliğini Allah'a havale ettiğini söyler. Bunun üzerine inen Ayet-i Kerimede Peygamber tarafından verilen ayrılık kararından dönülmesi gerektiği, bu olayın boşama değil "Zihar" statüsüne girdiği ve keffaret (köleyi azat etmek gibi) ile eski hale gelebileceğini bildirmiştir.(8) Hemen uygulamak gerekir ki, Hz.Peygamberin koymuş olduğu bütün hükümler, Cenam-ı Allah'ın tasvibinden geçmiştir. Çünkü, biraz önceki istisnalardan da anlaşılacağı üzere, Hz.Peygamberin ufak bir yanlışlığının düzeltilmesi dahi Allah tarafından garanti edilmiştir.(9)

(1) Karş. El Bakara Suresi, ayet: 185

(2) Bakara Suresinin 228. ayetinin, El Ahzap Suresinin 49. ayeti ile hükümsüz kalması Kur'andaki neshe ve "sizi kabirleri ziyaret etmekten men etmişim. Bundan böyle ziyaret ediniz." mealindeki hadis de Sünnetteki neshe örnektir. Es SUYUTİ, Abdurrahman Cemaleddin, El İtkan, Mısır tarihsiz, sh. 28; EL CASSAS, Ahmed Bin Ali, Ahkamul Kur'an, Beyrut tarihsiz, cilt 1, sh. 59 vd. BİLMEN, Ömer Nasuhi, age, cilt 1, sh. 98 vd.

(3) El İsra suresi, ayet: 15

(4) EL-BUHARİ, Muhammed age, Kitab-ul İman; EL KUŞEYRİ, Müslüm El-Cami-us Sahih, Mısır, Kitabul İman-Salat; Et TIRMİZİ, Muhammed Bin İsa, Es Sünen, Mısır 1952, Kitab-ul Cihad.

(5) Bkz.El ÂMİDİ, Seyfeddin, age, cilt 4, sh. 222; MEDKUR, Muhammed Selam, age, 63-65.

(6) El Enfal Suresi, ayet: 67-68; İBN-İ HANBEL, Ahmed, El Müsned, Mısır 1946, cilt 10, sh. 244.

(7) Et Teube Suresi, ayet: 42-43.

(8) El Mücadele Suresi, ayet: 1

(9) Geniş Bilgi için bkz. Ez ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 1, sh. 149 vd.; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 63. vd.; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 14 vd.

bb) Dört Halife ve Sahabe, Dönemi :

Hız. Peygamberin vefatında İslam Devleti Arap Yarımadasının sınırlarını henüz aşmamış idi. Dört halife döneminde ise, Kuzey Afrika'dan Kafkasya'ya kadar uzanan bir Coğrafi bölgeyi içine almıştı. Bu arada ırk, kültür ve gelenekleri değişik olan çeşitli milletler İslam'a girmişti. Bu çeşitliliğin de etkisiyle artan hukuki sorunların çözümünün İslam'dan ve onu temsil eden sahabelerden istenmesi doğaldı. Yine üçüncü Halife Hz. Osman'ın öldürülmesiyle körüklenen, Hz. Ali-Hz. Muaviye arasındaki kanlı mücadele ile sürüp giden ve sahabelerin bölünmesiyle sonuçlanan fitneler de bir çok konuda İslam Hukukunun görüşünün berraklaşmasını gerektiriyordu. Her konuda tek merci durumunda olan Hz. Peygamberin bulunmadığı bu dönemde halife ve sahabelerin hareket tarzı çok önem kazanıyordu. İşte bu dönemde İslamın karşısına çıkan yeni hadise ve problemlerin çözümü için sahabelerin, önce Kitaba (Kur'an'a), onda çözüm bulunamazsa sünnete ve onda da tatmin edici bir hüküm yoksa kendi görüşlerine (içtihatlarına) başvurdukları, tesbit edilmiştir. Bütün sahabelerin birleştiği görüş (icma) ise kesin bir hüküm sayılmıştır. Bu davranışın dayanağı ise Hz. Peygamberin bir hadisidir. Yemen'e görevli gönderdiği Cebel oğlu Muaz'a, Hz. Peygamber, nasıl hüküm verceğini sorduğunda Muaz, Allah'ın kitabıyla, sonra Resulullah'ın sünneti ile ve sonra da kendi görüşü ile hükmedeceğini söylemiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber, "Rasülünün elçisini, Peygamberinin razı olduğu şekilde muvaffak kılan Allah'a hamd olsun" (1) diyerek memnuniyetini belirtmiştir. (2)

İslami miras alan halife ve sahabeler, hukuk alanında görüş belirtmek konusunda başlangıçta son derece çekinden davranmışlardır. Hata yapma korkusu onları içtihat yapmaktan alıkoymuyordu, ama zorunluluk karşısında içtihat yapmaya gitmişler ve bu içtihatların, kitap ve sünnetin ruhuna uygun olmasına azami dikkat göstermişlerdir. Ayrıca, sahabelerin bağnaz olmadıkları ve karşı görüşlere saygılı davrandıkları da gözlemlenmiştir. Hz. Ebubekir'in "Bu benim görüşümdür. Eğer doğru ise Allah'tandır, yok eğer yanlışsa şüphesiz benderdir ve Allah'tan af dilerim" (3) ve Hz. Ömer'in "Gerçeği bulup bulmadığımı bilmiyorum. Ancak bütün gücümü sarfettiğimi söyleyebilirim" (4) şeklindeki ifadeleri bunun açık örnekleridir. Yine "Hz. Ali ve Halife Hz. Ömer'in bir mesele için önerdikleri hüküm, farklılık gösterince Hz. Ömer şöyle demiştir: "Eğer kitap ve sünnete göre çözseydim bunu yapardım. Fakat ben de kendi görüşüme göre mütalaa edeceğim. Görüşler ise eşit olup hangisinin daha isabetli olduğunu bilmiyorum." (5) Sahabi içtihadı ya ana kaynak kitap ve sünneti açıklamak ve yorumlanak, ya problemleri kitap ve sünnette belirtilen olaylara kıyaslamak veyahut da kişisel hukuki görüşünü açıklamak suretiyle ortaya çıkmıştır. (6)

- (1) Eş ŞAFİİ, Muhammed Bin İdris, *El Ümm*, Mısır 1329, cilt 7, sh. 273; İBN-İ HANBEL, Ahmed, *age*, cilt 5, sh. 23; TİRMİZİ, İsmail, *age*, cilt 3, sh. 616.
- (2) Geniş bilgi için bkz. EMİN Ahmed, *Fecr-ul İslam*, Mısır 1964, sh. 106; İBN-İ KAYYİM, Muhammed Bin Ebubekir, *age*, cilt 1, sh. 61 vd.; MEDKUR, Muhammed Selam, *age*, sh. 69 vd.; İBN-İ HAZM, Ali, *El İhkam Fi Usul-il Ahkam*, Mısır tarihsiz, sh. 783.
- (3) *İn-i Kayyim*, Muhammed Bin Ebubekir, *age*, cilt 8, sh. 63.
- (4) MEDKUR, Muhammed Selam, *age*, sh. 72.
- (5) Et TABERİ, Muhammed Bin Cerir, *Cami-ul Beyân Fi Tefsil-il Kur'an*, Mısır 1954, cilt 1, sh. 9
- (6) Bkz. Ed. Devalibi, Maruf, *El Medhal Li Usul-il fıkh*, Mısır 1961, sh. 26; Ez ZERKA, Mustafa Ahmed, *age*, cilt 1, sh. 157 vd.; İBN-İ KAYYİM, Muhammed, Bin Ebubekir, *age*, cilt 1, sh. 63.

Kur'anın derlenip kitap haline getirildiği ve hadislerin hafızalarda saklandığı bu dönemde hadis rivayetine karşı oldukça ihtiyatlı davranılmıştır. Hz.Ebubekir, ninenin mirasçılığı konusunda Kur'an ve hadislerde bir kayda rastlamadığını ifade edince Şube oğlu Muğire, Hz.Peygamber tarafından nine için altıda bir hissenin belirlendiğini rivayet etmiştir. Tek kişinin rivayeti ile yetinmeyen Hz.Ebubekir, Muhammed Bin Mesleme'nin bu rivayeti desteklemesinden sonra tatmin olmuştur.Hz.Ömer de hadis nakleden kişi ile beraber başka rivayelerin de bulunmasını istemiştir. Yine Hz.Ali'nin, hadis rivayet eden kişilere yemin verdirdiği bilinmektedir.(1) Hemen kaydedelim ki, bütün sahabiler içtihat ve fetva vermeye yanaşmamışlardır. Bu fonksiyonu fıkıh bilgisine sahip olanlar görmüştür.

İçtihat ve görüş bildirmedeki çekingenliğe rağmen bu dönemde ana kaynakları bile zorlayan cesur içtihatların yapıldığı görülmektedir. Bu konuda bir fikir sahibi olmak için sahibelerin fıkhi çözümlerinden bir kaç örnek vermeyi uygun buluyoruz :

1 – Hz. Ebubekir'in Halifeliği sırasında zekat ödemekten kaçınan bazı müslümanların durumu tartışılmış ve bazı sahabilerin karşı çıkmasına rağmen onlara savaş ilen edilmesi kararı verilmiştir. Hz. Ömer'in itirazı üzerine ise Hz. Ebubekir, kesin kararlılığını şu şekilde ifade etmiştir : "Allah'a yemin ederim ki, Resulullah'a vermekte oldukları deveyi bağlayan ipi dahi vermeden kaçınırlarsa onlarla savaşacağım" (2)

2 – Geride Dede ile kardeşlerini bırakan bir ölünün mirasının dağıtılması hususunda, kitap ve sünnette açık kayıt olmadığı için, sahabiler arasında görüş ayrılığı çıkmıştır. Hz. Ebubekir, Hz.Ömer ve Abdullah bin Abbas dedenin baba gibi kardeşleri mirastan mahrum edebileceğini savunurken Hz.Ali ile Sabit oğlu Zeyd ise bunların beraber mirasçı olabileceklerini ileri sürmüşlerdir.(3)

3 – Hz.Ömer, Hz.Ebubekir'i de ikna ederek yeni müslüman olanlara zekattan ayrılan tahsisatın kesilmesini sağlamıştır. Gerekçesi artık bu gibileri islama ısındırmaya siyasi yönden ihtiyacın kalmamış olmasıdır. Oysa, bu uygulama Hz. Peygamber ve kısmen de Hz. Ebubekir döneminde devam etmiştir. (4)

4 – Hz.Ömer'in hilafetine kadar bir defada vuku bulan üçlü boşanma ifadesi bir boşama hükmünde iken adı geçen halifenin döneminde, suistimali önlemek amacıyla, üç boşama sayılması öngörülmüştür. Nitekim, dört fıkhi ekol de bu görüşü paylaşmıştır. (5)

5 – Hz. Ebubekir döneminde, savaşta alınan malların Medineli Ensar ve Mekkeli muhacir-

(1) Bkz. *El Hudari, Muhammed, Tarih-ut Teşri-il İslami (islam Hukuku Tarihi), Terc. Hatipoğlu, Haydar, İstanbul 1974, sh. 135 vd.*; *DÖNDÜREN, Hamdi, 7e, sh. 20 vd.*; *MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh.80*

(2) *El Buhari, Muhammed, age, cilt 2, sh. 105*

(3) *El HUDARİ, Muhammed, age, sh. 149.*

(4) *İBN-İ HÜMMAM, Muhammed Kemaleddin, Feth-ul Kadiyr. Mısır 1315, cilt 2, sh. 215; İBN-İ KAYYİM Muhammed Bin Ebubekir, age, cilt 1, sh. 176; YAZIR, Muhammed Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili İstanbul 1962, cilt 3, sh. 22;*

(5) *DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 22*

ler arasında eşit olarak dağıtılması yönüne gidildiğinde, Hz. Ömer muhacirlere daha fazla pay ayrılması gerektiğini savunmuştur. Nitekim, kendi halifelik döneminde bu görüşünü uygulamıştır. (1)

6 – Arazi dahil savaşta ele geçirilen malların beşte dördünün savaşçılar arasında dağıtılması İslamın bir hükmü ve Hz. Peygamberin tatbikatı iken, Hz. Ömer, Irak'ın fethi sırasında ele geçen toprakların savaşçılara değil, alınacak haraç karşılığında eski sahiplerine verilmesinin daha uygun olduğuna karar vermiştir. Abdurrahman Bin Avf'ın karşı çıktığı bu görüşü Hz. Ali ve Hz. Osman başta olmak üzere bir çok sahabe benimsemiştir. (2)

7 – Hz. Ömer zamanında Sahibi bilinmeyen develer beslenir, korunur ve onlara dokunulmazdı. Hz. Osman halife seçilince bu gibi develerin durumunun ilan edilmesi, sahipleri çıkmayınca satılması ve bedellerinin sonradan sahiplerine teslim edilmesi emrini vermiştir. (3)

8 – Üç boşamayla ayrılmış kadının nafaka ve barınmasının bekleme süresi boyunca kocaya yüklenilmesi Hz. Ömer tarafından öngörülmüştür. Bazı sahabiler ise bu görüşü Hz. Peygamberin, Kays'ın kızı Fatma hakkında verdiği hükme aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. (4)

9 – Hz. Ömer, kıtlık yılında açlığı bir zaruret hali sayarak hırsızlara uygulanan el kesme cezasının uygulanmasını durdurmuş ve bunun yerine daha hafif olan tazir cezasını uygulamıştır. (5)

Bunlardan ve daha başka örneklerden de anlaşıldığı gibi, sahabe uygulamasında cesur görüşler ve zaman zaman içtihat ayrılıkları göze çarpmaktadır. Görüş ayrılığı en çok kitap ile sünnetin farklı yorumlanmasından, ve yetişilen çevrenin özelliklerinden kaynaklanmıştır. Bu arada farklı coğrafi bölgelerin bazen değişik uygulamalara sahne olduğunu söylemek yanlış olmaz. Mesela, Medine'de kimi davalarda tek şahit ile hak sahibinin yemini yeterli görülürken Mısır, Irak ve Suriye'de iki şahidin olması gerekli görülmüştür. Yine, Medine halkı yağışlı günlerde akşam ile yatsı namazını birleştirdiği halde, yağışı daha bol olan diğer bölgelerde böyle bir uygulamaya gidilmemiştir. Ancak, tekrar belirtmek gerekir ki, görüş ayrılıkları temel konularda olmayıp tali meselelerde meydana gelmiştir. Sonra, bu dönemde sahabilerin görüş birliği demek olan icma faktörü sayesinde görüş ayrılığı azalmıştır. (9)

(1) MEDKUR Muhammed Selam, age, sh. 74

(2) EBU UBEYD, Kasım Bin Selam, Kitabul Emval, Mısır 1968, sh. 397; EBU YUSUF, Yakup Bin İbrahim, Kitab-ul Haraç, Mısır 1352, sh. 24 vd.; İBN-İ HANBEL, Ahmed, age, cilt 1, sh. 276.

(3) EL HUDARİ, Muhammed, age, sh. 150

(4) EL HUDARİ, Muhammed, age, sh. 148; ayrıca bkz. Kur'an-ı Kerim, ayet: 1 ve 6

(5) El BACİ, Suleyman Bin Halef, El Münteka, Mısır 1912, cilt 6, sh. 64; Ez ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 1, sh. 160

(6) ZEYDAN, Abdulherim, El Medhal Li Diraset-iş Şeriat-il İslamiyye, Bağdat 1969, sh. 128 vd.; İBN-İ Hazm, Ali, age, cilt 2. sh. 785; İBN-İ KAYYİM, Muhammed Bin Ebubekir, age, cilt 1, sh. 9; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 75-77.

cc) Fıkıhın Derlendiği ve Ekollerin Kurulduğu Dönem :

Hız. Osman'dan itibaren sahabilerin değişik bölgelere gidip yerleştiğine biraz önce değinmiştik. Bu bölgelere yerleşen Sahabiler hukuki problemler için başvurulan yegane merciler idi. Sahabiden sonraki nesil (Tabiin), bölgelerinde fıkıh konusunda yetkin olan sahabilerden yararlanmışlar ve fıkhi miraslarını elde etmişlerdir. Nitekim, Abdullah Bin Mes'udun Irak'ta, Zeyd Bin Sabit'in Medine'de, Hz. Ali'nin Kufe'de ve Abdullah bin Abbas'ın Mekke'de zengin bir fıkıh mirası ve önemli bir talebe kitlesi bıraktıkları bilinmektedir. Sonuçta çeşitli bölgelerde tabiin kuşağından bir çok fıkıh otoritelerinin yetiştiği müşahede edilmiştir. Örneğin, Medine'de Said Bin Müseyyeb, Mekke'de Ata Bin Ebi Rahab, Kufe'de İbrahim En Nehâi, Basra'da Hasan El Basri, Şam'da Mekhul ve Yemen'de Tavus gibi bilginler fıkıh ilminin bağımsızlaşmasında büyük rol oynamışlardır. Yine, geniş İslam toprakları üzerinde yaşayan ve Arap olmayan milletler, dini vecibelerini ve kendilerinde egemen olan gelenekler hakkındaki İslami hükmü öğrenmek için çaba harcamışlar ve sonuçta arapların dışında fıkıh ilmine damgasını vuran bir çok bilgin yetişmiştir. "Mevali" diye anılan ve arap olmayan bu bilginlerin her biri, ilimlerini o zamanın ünlü sahâbi veya Tabiilerinden elde etmişlerdir. Messe'de Abdullah Bin Abbas'ın mevlası İkrime, Medine'de Abdullah Bin Ömer'in mevlası Nafi, Enes Bin Malik'in mevlası İbn-i Sirin ve Rabia Er Rey, Ebu Hureyre'nin mevlası Abdullah Bin Hürmüz, Kufe'de Beni Valiyeh'in mevlası Sait Bin Cübeyr, Basra'da Zeyd Bin Sabit'in mevlası Hasan Bin Yesar ve Hasan El Basri, Şam'da Mekhul Bin Abdullah ve Mısır'da Yezid Bin Habip en meşhurlarıdır. (2)

Bu dönemin ilk başlarında hadisler derlenmediği için hadis rivayetleri ağızdan ağıza aktarılmıştır. Gerek bu durum ve gerekse bilginlerin birbirlerinden uzak bölgelerde yaşamaları fıkıh konularında bir çok görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Hac mevsiminde ve bilginlerin karşılıklı ziyaretlerinde gerçekleşen görüş alış veriş, camilerde yapılan münazaralar, kurulan ders halkaları ve karşılıklı mekutplaşmalar söz konusu ayrılıkları azaltmış ise de yine de devasa bir İslam imparatorluğunda değişik fetva ve fıkhi hükümlerin önünü almak mümkün olmamıştır. Öte yandan, birbirine zıt hadislerin rivayet edilmesi ve hele uydurma hadislerin ortaya çıkması bu ayrılıkları körüklemiştir. Bunun yanısıra Sahabi döneminde başlayan siyasi çekişme ve bölünme Tabiilerin devrinde de sürmüş ve harici, Şia ve Ehl-i Sünnet gibi grupların ihtilafı fıkıha da yansımıştır.(3)

Bununla birlikte, fıkıh bilginleri artık sadece pratik meselelerle değil, akla gelecek her problemi fıkıh mihengine vurmak suretiyle farazi olan meseleler için dahi çözüm aramışlardır. Nihayet, Halife Ömer Bin Abdulaziz'in emri ve İbn-i Şihab Ez Zuhri'nin öncülüğü ile hadislerin

- (1) Daha geniş bilgi için bkz. ABDULKADİR, Ali Hasan, *Nazratun Ammetün Fi Tarih-il Fıkıh, Mısır tarihsiz, sh. 108*; ZEYDAN, Abdulkerim, *age, sh. 134 vd*; EI HUDARİ, Muhammed, *age, sh. 164-165*; EMİN, Ahmed, *Duhal İslam, Mısır tarihsiz, cilt 1, sh. 3*; Es Sâyiis, Muhammed, *Tarih-ul İslami, Mısır tarihsiz, sh. 80*
- (2) MEDKUR, Muhammed Selam, *age, sh. 89*; İBN-İ KAYYİM, Muhammed Bin Ebubekir, *age, cilt 1, sh. 17 cd.*
- (3) KARAMAN, Hayrettin, *İslam Hukuk Tarihi. İstanbul 1975, sh. 58 vd.*; EI HUDARİ; Muhammed, *age, sh. 160*; İbn- KAYYİM, Muhammed Bin Ebubekir, *age, cilt 1, sh. 17 vd.*; BİLMEN, Ömer Nasuhi, *age, cilt 1, sh. 320 vd.*

derlenmesine başlanınca fıkıhın ikinci kaynağı olan sünnetten daha fazla yararlanma imkanı doğmuştur. Bu arada, kaynaklardan hüküm çıkarılması konusunda iki okulun geliştiği görülmektedir. Bunlara Hicaz ve Irak veya Medine ve Kufe okulları denilmiştir. Hicaz okulu mensupları "Ehl-i Hadis (hadis grubu)", Irak okulu mensupları da "Ehl-i rey (kıyas grubu) diye anılmıştır.

(1)

Hadis ehli, hüküm verirken yanılma ihtimali korkusuyla kıyasa önem vermemiş ve kesin nasları aramışlardır. Bu okul, en çok Medine ve Hicaz bölgesinde taraflar bulmuştur. Rey ehli ise, kitap ve sünnetin yanında akıl faktörünü de devreye sokarak meselelere cevap aramışlardır ve kıyasa başvurmadan çekinmemişlerdir. Hadis ehlinin en çok Medine'de ve rey ehlinin Kufe'de yetişmesinin denelerini özetlersek, Medine'de reye eğilim göstermeyen Abdullah Bin Ömer gibi Sahabi fakihlerin olduğunu, Kufe'de ise rey (kıyas) taraftarı Abdullah Bin Mes'ud gibi büyük bir hukukçunun izlendiğini söyleyebiliriz. Sonra, Medine vahyin merkezi, sahabelerin karargahı ve hadis ile fıkıhın hazinesi olduğu için reye fazla ihtiyaç duyulmamıştır. Kufe'de bu imkan olmadığından ve hadis uydurmacılığı yaygın bir hal aldığından reye önem verilmesi kaçınılmaz olmuştur. Ayrıca, Medine'de hayat basit olduğu için reyi gerektirecek fazla mesele ve olay baş göstermemiş; Irak'ta ise eski köklü medeniyetler ve çeşitli milletler sinesinde barındırıldığı için çözüm isteyen değişik ve girift olaylarla karşılaşmıştır. Bu da hukukçuları reye başvurmaya zorlamıştır. Fakat bunun istisnaları da mevcuttur. Örneğin, Medine'nin ünlü fıkıhçılarından Rabia Bin Abdurrahman rey taraftarı, Kufe'nin meşhur hukukçusu Amir Bin Şerahil Eş Şa'bi de hadis taraftarı olmuştur. (2)

Tabiin neslinden sonra gelen kuşak fıkıh ilminin altın çağını yaşatmıştır. Fıkıhın tedvini bu döneme rasladığı gibi en ünlü fıkıh bilginleri de bu kuşaktan yetişmiştir. Bu dönemde fıkıhı detaylı olarak inceleyen eserler yazılmış, fıkıh usulüne ilişkin kurallar belirlenmiş, kaynaklardan hüküm elde etme yöntemleri tesbit edilmiş ve bir kısmı zamanımıza kadar süren çeşitli fıkıh ekolleri (mezhepler) kurulmuştur. Bu ortamı hazırlayan faktörleri şöylece sıralayabiliriz:

1 – Emevilerden iktidarı devralan Abbasi hükümdarları ilme ve ilim adamlarına değer vererek ilmi çalışmaları teşvik etmişlerdir. Mesela, ilk Abbasi halifesi Mansur'un, bilginleri hediyelerle sürekli taltif ettiği bilinmektedir. Mehdi ise, din düşmanlarına karşı ilmi mücadele yapan bilginlere destek vermiştir. Ünlü halife Harun Reşit de çalışmaları takdir etmekle kalmamış; bilginlere olan saygısını her defasında açıkça göstermiş ve bunun örneği olarak fıkıh bilginlerinden Ebu Muaviye El Darir'in eline su dökmüştür. Yine, aynı hükümdar meşhur hukukçu Ebu Yusuf'u kadı tayin etmiş ve devletin mali işlerini düzenleyecek bir İslami kanun yazmasını istemiştir. Ebu Yusuf bu isteğe uyarak "El Haraç" adlı ünlü eserini kaleme almıştır. Aynı halife Malik Bin Enes'i Bağdat'a getiremeyince oğulları Emin ve Memun'u Medine'ye göndererek Malik'in ders halkalarına katılmalarını sağlamıştır. Halife Memun da ilim adamlarını sürekli bir araya getirip aralarında ilmi tartışma yaptırmayı bir zevk ve görev kabul etmiştir. Bu dönemde ilim adamlarına gösterilen iltifat ve takdir, kapsamlı araştırma ve verimli çalışmalar için teşvik kamçısı olmuştur. (3)

(1) Ez ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 1, sh. 167; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 25-26; EL HUDARİ, Muhammed age, sh. 165; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 136.

(2) İBN-İ HALDUN Abdurrahman, age, sh. 440, ES SAYİS, Muhammed Ali, age, sh. 77; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 236 vd.; BİLMEN, Ömer Nasuhi, age, cilt 1, sh. 167; EL HUDARİ, Muhammed, age, sh. 165.

(3) İBN-İ RÜŞT, Muhammed Bin Ahmed, Bidâyet-ül Müctehid, Mısır tarihsiz, cilt 2, sh. 49.; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 87; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 142; Ez ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 1, sh. 173; EMİN, Ahmed, Duhal İslam, age, cilt 1, sh. 21 vd.; EL CASSAS, Ahmed Bin Ali, age, cilt 3, sh. 94, vd.

2 – İspanya'dan Çin'e kadar uzanan İslam İmparatorluğunun sınırları içinde yaşayan çeşitli milletler değişik kültür ve geleneklere sahip idi. Adet ve yaşayışlarını İslama uydurmak durumunda olan halk kitleleri, fıkhi hükümü öğrenmek için başvurdukları bilginleri araştırmaya ve ana kaynaklardan hüküm elde etmeye sevk etmiştir. (1)

3 – Bu dönemde hadislerin derlenmesi, fıkhıdaki gelişmeyi hızlandırmıştır. Gerçi, Hz. Peygamber, sahabeler ve Tabiiilerin ilk devirlerinde derlenmeyen hadislerin tedvin hareketine Hz. Ömer girişmek istemiş; ama her nedense başlayamamıştı. Bunun sonucu olarak özellikle tabiiilerin devrinde hadis rivayeti tam bir keşmekeşlik sergilemiştir. Ağızdan ağıza dolaşan uydurma hadisler hukukçular arasındaki görüş ayrılığını körüklemiştir. Nihayet, Halife Ömer bin Abdülaziz'in Medine valisi Ebubekir Bin Hazm'e verdiği emir üzerine başlayan hadis tedvini, Abbasilerin döneminde büyük mesafe katetmiştir. Kufe'de Süfyan Es Sevri, Mısır'da Leys Bin Sa'd ve Medine'de Malik Bin Enes bu alanda değerli çalışmalar yapmışlar ve bu çalışmalar hicretin üçüncü yüzyılında doruğa ulaşmıştır. (2)

4 – Tabiiinden sonraki kuşakta diğer üç faktörün de katkısıyla büyük ilim adamları ve müctehitler yetişmekle hukuki düşünce ve tükenmez bir fıkıh servetinin temeli atılmıştır. Ancak fıkıh ilmi bitmeyen bir hazine gibi araştırmacıların tedkikine açılmış, orijinal bir çok eser yazılmış ve Fıkha ait terimler kökleşmiştir. (3)

Bunların sonucu olarak fıkıh ilmi akademik bir nitelik kazanmıştır. Böylece bütün bölgelerde kurulan medreselerde detaylı bir şekilde fıkıh tahsili yapılmış ve seçkin kitaplar yazılmıştır. Muhammed Bin Hasan Eş Şeybani'nin yazdığı kitaplar, Malik Bin Enes'in "El Muvatta" adlı eseri ve Muhammed Bin İdris Eş Şafii'nin "El Ümm" adlı kitabı o devrin orijinal eserleridir. Bu arada fıkıh usulü ilminin bağımsız olarak ortaya çıkması, içtihatları ve fıkhi incelemeleri yoğunlaştırmıştır. Böylelikle bu dönemde çeşitli fıkıh ekolleri (mezhepler) meydana çıkmış ve her birini yaymak isteyen öğrenci grubu ile taraftar kitlesi etrafa yayılmıştır. Şu anda İslam dünyasında taraftarları olan Hanefi, Maliki, Şafii ve Hanbeli gibi ekoller bu dönemin ürünleridir. Bu dört ekol kadar şanslı olmayan bir çok ekol gelişmemiş ve başladıkları yerde sönmüştür. El Evzâi, Süfyan Es Sevri, Muhammed Et Taberi, Davud Ez Zahiri Süfyan Bin Uyeyne, Abdurrahman Bin Ebu Leyla, Hasan El Basri, Leys Bin Sa'd vb. gibi ekoller devam edememiştir. (4)

dd) Ekol Taassubu ve Taklit Dönemi :

Onuncu yüzyıldan itibaren Abbasi İmparatorluğu, merkezi otoritenin zayıflamasıyla bölük pörçük olmaya yüz tutmuştur. İmparatorluk içinde Büveyhoğulları, Hamdanoğulları, İhşidler, Fatimiler, Endülüs Emevileri, Samanoğulları ve Karmatiler gibi küçük devletler oluşmuştur. Diğer taraftan Moğol ve Tatar istilası, Selçuklu-Büveyhoğulları mücadelesi, haclı seferleri ve siyasi birliği bozan diğer olaylar İslam alemini oldukça sarsmıştır. Bu boyuta varan siyasi keşmekeşlik tabiatıyla ilmi çalışmayı olumsuz yönde etkilemiştir. Nitekim, bu dönemde ilmi çalışmaların donduğu, serbest düşünme fikrinin zayıfladığı, daha önce kurulmuş ekollerin taklit edildiği, ve bir yerde icthad kapısına kilit vurulduğu müşahhede edilmiştir. Mezhep kurucuları ve öğ-

(1) ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 142; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 85; BİLMEN, Ömer Nasuhi, age, cilt 1 sh. 320

(2) Ez ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 1, sh. 174; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 142-143; EL HUDARİ, Muhammed age, sh. 161-162

(3) İBN-İ RÜŞT Muhammed Bin Ahmed, age cilt 2, sh. 50; EL HUDARİ, Muhammed, age, sh. 164 vd.; DÖNDÜREN, Hamdi age, sh. 25.

(4) Geniş bilgi için bkz. KESKİOĞLU, Osman, İslam Dünyası, Ankara 1964, sh. 28 vd; ER RÂZİ, Ebubekir, age, cilt 3, sh. 230 vd; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 92 vd.; BİLMEN, Ömer Nasuhi, age, cilt 1, sh. 320 vd.; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 142 vd.

rencilerinden kalan fıkı mirası hazır bulan bilginler yeni yöntem arayışı yerine bunları geliştirmeyi yeğlemişlerdir. Yine, önceleri müçtehidlerden seçilmesine özen gösterilen kadılar, birliği sağlamak amacıyla çoğunlukla hükümdarın benimsediği mezhep taraftarlarından seçilmiştir. Bu da takliden yaygınlaşması sonucunu doğurmuştur. Ayrıca ekollerin iyice kökleşmesi hukukçuları ekoller dışı icthatlardan alıkoymuştur. Bunlardan başka, belli bir ekole bağlanmak uygulamada kolaylık sağlandığından taklide başvurulması daha pratik görülmüştür. (1)

Bununla birlikte, bu dönemde ekoller içinde ilmi çalışmalar sürmüş ve ekollerin sistemleştirilmesi sağlanmıştır. Ortaya çıkan yeni problemler dahi ekollerin öngördüğü metodlar ışığında çözüme bağlanmış ve orijinal eserlerin kaleme alınmasıyla hukuki muhakeme zenginleştirilmiştir. Ekol içi ilmi faaliyetlerin bir parçası olarak, ekolün görüşlerini ve delillerini derinlemesine inceleyen hukukçular (Ashab-üt Tahriç) ve Mezheplerdeki görüşler arasında tercih yeteneği olan bilginler (Ashab-üt Tercih) yetişmiştir. Bu arada metin, şerh ve haşiye şeklinde ciltler dolusu eserler yazılmıştır. Hemen vurgulamak gerekir ki, bu dönemde dahi az da olsa bir kısım bilginlerin, taklide ve icthadın donmasına karşı çıktıkları görülmektedir. İbn-i Teymiyye, İbn-i Kayyim, Gazali ve Kaffal gibi hukukçular bunların başında gelirler. Bu dönemin belki de en ilginç yönü ekol bağınazlığı yüzünden ekoller arasında büyük bir mücadele ve tartışmanın sürmesidir. Bu devrin en ünlü hukukçuları arasında El Halvani, Ed Debbusi, Es Serahsi, El Kasani, El Kerhi, Et Tahavi, Er Razi, El Pezdevi, El Bacı, İbn-i Rüşt, El Maverdi, Gazali, En Nevevi, Eş Şirazi, Es Suyuti, Ed Düsuki, İbn-i Teymiyye, İbn-i Kudame, İbn-i Kayyim ve İbn-i Hazm'i sayabiliriz. (2)

Osmanlı döneminde hilafetin merkezi İstanbula gelince ilmi çalışmaların bir kısmı da buraya kaymıştır. Bunların döneminde dört ekol devam etmişse de imparatorluğun resmi mezhebi Hanefi olduğundan bu ekolün gelişmesi grafiği daha yüksek olmuştur. Osmanlı tatbikatının İslam Hukukuna uygun olması için, 28 yıllık şeyhülislamlığı süresince çaba harcayan Ebussuuf Efendi takdire değer bir çalışma göstermiştir. Osmanlı Devrinin özelliği İslam Hukukuna uygun kanunnamelere ve fetva derlemelerine önem verilmesidir. Akkoyunlular, Beylikler ve Mumluklar zamanında kanunnameler çıkarılmış ise de, bunların en tipik örnekleri Osmanlılar devrinde çıkarılmış ve ilki Fatih döneminde olmak üzere Kanunu, İkinci Selim, Birinci Ahmet ve Dördüncü Murat zamanında meydana getirilmiştir. Değişik zamanlarda sorulan sorulara verilmiş cevap niteliğini taşıyan fetvalar da derlenmiş ve Osmanlı döneminde bir kaynak olarak değerlendirilmiştir. Seksen dokuz kadar fetva kitapları Bursalı Tahir Bey tarafından tesbit edilmiş; Zembilli Ali Efendi, İbn-i Kemal ve Ebussuuf gibi bilginlerin fetvalarıyla birlikte doksan biri bulmuştur. Hindistan Hükümdarı Muhammed Evrenk Zıp'ın, Şeyh Nizamettin'in başkanlığındaki heyete hazırlattığı fetva kitabı (Feteva-yı Hindiye) de başvuru kaynaklardan sayılmıştır. (3)

ee) Kanunlaştırma Hareketleri Dönemi

Bilindiği gibi, İslam fıkını tek bir yasa halinde derleyip bütün İslam dünyasında uygulanabilir duruma getirme fikri Hicretin İkinci yüzyılında başlamıştır. Büyük hukukçu İbn-i Mukaffa, Abbasi halifesi Mansur'a başvurarak İslam İmparatorluğunun her tarafından tatbik edilecek bir kanun hazırlanmasını önermiştir. Taklide prim veren bu öneri hukukçularca reddedilince

- (1) İSN—ÜL ESİR, Ali Bin Muhammed, *El Kamil Fit Tarih*, Beyrut 1965, cilt 8, sh. 106; EBU ZEHRE, Muhammed, *El Mülkiyye ve Nazariyyet-ul Ahd Fiş Şeriat-il İslamiyye*, Mısır 1961, sh. 38; İBN—İ KAYYİM, Muhammed, *age*, cilt 2, sh. 301 vd.; Ez ZERKA, Mustafa Ahmed, *age*, cilt 1, sh. 176 vd.
- (2) EL KERHİ, Ubeydullah Bin Hüseyin, *Er Risale*, İstanbul tarihsiz, sh. 84; İBN—İ HALDUN, Abdurrahman, *age*, cilt, sh. 72; İBN—İ ABİDİN, Muhammed Emin, *Radd-ul Muhtar Ala Şerh-i Dürr-il Muhtar*, Mısır 1307, cilt 1, sh. 57; MEDKUR, Muhammed Selam, *age*, sh. 96 vd.
- (3) *İslam Ansiklopedisi*, "Kanunname" maddesi; BİLMEN, Ömer Nasuhi, *age*, cilt 1, sh. 246; KARAMAN, Hayrettin, *age*, sh. 140; DÖNDÜREN, Hamdi, *age*, sh. 40 vd.; Ez ZERKA, Mustafa Ahmed, *age*, cilt 1, sh. 190; MEHMED TAHİR Bey, *Osmanlı Müellifleri*, İstanbul 1915; sh. 61 vd.

adigeçen hukukçunun girişimi sonuçsuz kalmıştır. Yine, Hicretin 148. ve 163. yıllarında hacca giden Halife Mansur, İmam-Malik'ten böyle bir çalışma yapmasını istemiş ise de İmam, bu teklife yanaşmamıştır. Halife Harun Reşit, halifelîği sırasında bu öneriyi tekrarlayınca İmam Malik, "Rasulullah'ın ashabi meselelerde ihtilafa düşmüş ve çeşitli ülkelere dağılmışlardır. Bunların her biri görüşünde isabet etmiştir." şeklinde cevap vermiştir. (1) Hicretin onbirinci yüzyılında Hindistan hükümdarı Muhammed Alemgir'in, Hanefî mezhebine göre hazırlattığı "Fetavay-ı Hindiyeye" adlı derleme ise bir yasa olmaktan uzak idi. Çünkü kadı ve Müftülerin bunu uygulama zorunluluğu yok idi. (2)

İslam esaslarına uygun olmasına özen gösterilen Osmanlı kanunnameleri dahi fıkıhın kanunlaştırılması sayılmaz. Çünkü, bunlar fıkıhın ana konularını değil, sadece devletin işlevine ilişkin bir takım idari ve cezai düzenlemeleri kapsamıştır. Abbasi ve Osmanlı dönemlerinde Hanefî, Endülüste Maliki ve Fatimiler'in Mısır'ında Şii mezhepleri resmi mezhep kabul edilmişlerdir.

Eyyübiler devrinde ise dört mezhebin fıkıh kitapları resmi hüküm mercii sayılmıştır. Yüzyıllarca süren taklit olayına karşı 19. yüzyılın ortalarından itibaren bazı hareketlerin sahneye çıktığı görülmektedir. Arap Yarımadasından Muhammed Bin Abdulvahab'ın başlattığı Vahabi hareketi, Kuzey Afrika'da Muhammed Bin Senusi'nin benzer girişimleri ve Sudanda tutunan mehdi hareketi bunların başında yer alır. Mısır'da Cemalettin Afgani ve Muhammed Abduh'un çabaları ise belki de en çok yankısı olan bir harekettir. (3)

Kanunlaştırma hareketinin ilk örneği Mecelle'dir. Tanzimattan sonra başlayan düzenlemeler, içte ve dışta artan ekonomik ilişkiler, Komisyonculuk, sigorta vs. gibi batıdan öğrenilen yeni kurumlar, fıkıhî bilginlerinin her konuda görülen görüş ayrılığı, devletin özellikle işlemler hususunda kontrol mekanizmasını kurma isteği, eskisi gibi fıkıh dahilerinin yetişmemesi ve daha bir çok mali, hukuki ve siyasi gerekçelerle Medeni hukuk alanında İslami bir kanunun hazırlanması istenmiştir. Padişahın irade-i seniyesiyle zamanın adalet bakanı Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında oluşturulan Mecelle Komisyonu, çalışmalarına 1869 yılında başlayıp 1876 yılında bitirmiş ve 16 bölüm halinde 1851 maddelik bir yasa hazırlamıştır. "Mecelle-i Ahkam-ı Adliye" diye adlandırılan bu yasa, fıkıhın şahıs, aile, miras, ayni haklarını ve akitler gibi konuları içermektedir. Mecellenin özelliği baştan sona kadar Hanefî mezhebinin esas alınmasıdır. Şu var ki bu mezhepte zayıf olarak bilinen bazı görüşler, çağın gerçeklerine daha uygun olduğu gerekçesiyle tercih edilmiştir. Bir esbab-ı mucibe layihası ve mukaddime ile sunulan mecelle. Mısır hariç Osmanlı İmparatorluğunun her tarafında yarım asır kadar tatbik edilmiştir. (4)

Mısır'ın bağımsızlığı için çalışan Hidiv İsmail, İslam Hukukunun kanunlaştırılmaya elverişli olmadığı gerekçesiyle Mecelle'ye karşı çıkmış ve Napolyon kanunlarına yönelmiştir. Kamu oyunda tepki gören bu tezin doğru olmadığı uzun uzun tartışılmıştır. Bu arada büyük İslam Hukukçusu Kadri Paşa, çoğunluğunu İslam Borçlar Hukukunun oluşturduğu "Mürşid-ül Hayran" adını taşıyan ve 1890 yılında basılan 541 maddelik bir kanun metni yazmıştır. Kadri Paşa, ayrıca vakıflar ve ahval-ı şahsiye ile ilgili 646 ve 647 maddelik kanun metinleri yazmıştır. Hanefî mezhebine göre hazırlanan bunlar, devletin resmi uygulama alanına girmemiş ise de bu alandaki çalışmaların ilk örnekleri olduklarından büyük bir önemi haizdir. (5)

2) İBN-İ KUTEYBE, *İl İmam Ves Siyaset, Mısır tarihsiz, cilt 2, sh. 150, 159; MADKÛR, Muhammed Selam, age, sh., 107-108.*

(2) *Bkz. sh.*

(3) *ES SIBÂÎ, Mustafa, Şerh-u Kanunn-il Ahval-iş Şahsiyye, Şam 1963 cilt 1, sh. 8-11; ZEYDAN, Abdulkarim, El Medhal, Sh. 152; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 46-47.*

(4) *ÖZTÜRK, Osman, Osmanlı Hukuk Sisteminde Mecelle, İstanbul 1973, sh. 15 vd.; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 1, sh. 197-198; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 48-49.*

(5) *ARNOS, Muhammed, age, sh. 103 vd.; MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 110-111*

Bu denemelerden sonra kanunlaştırmanın en güzel örneği Osmanlı egemenliğinin son zamanlarında çıkarılan "Hukuk-u Aile Kararnamesi" dir. 1917 yılında çıkarılan bu kanun, mecele ve Kadri Paşanın kodlamalarının aksine, Hanefi Mezhebine bağlı kalmadan diğer ekol ve müctehitlerin görüşlerine de yer vermiştir. Örneğin, Şafii ekolünün kabul ettiği "zorlananın evlenme ve boşanmanın geçersiz olması" ve Maliklerin "tahkim yolu ile kadının boşanmayı isteme hakkı" ve "gaip eşten dört yıl sonra ayrılmayı talep hakkı" gibi görüşleri bu cümledendir. Bu tarihten itibaren bir çok İslam ülkelerinde İslam fıkıhı esas alınarak Medeni Hukuk alanında bazı kanunların çıkarıldığı gözlemlenmiştir. Mısır'da 1920 ve 1929 yıllarında çıkarılan kanunlar, 1943 tarihli miras kanunu ile 1946 tarihli vakıflar kanunu, Irak'ta 1959, Tunus'ta 1956, Marakeş'te 1957 ve Suriye'de 1953 tarihli Ahvalı Şahsiye kanunları ve Ürdün'de 1951 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk-u Aile Kanunu örnek olarak sayılabilir. Bu kanunların içerdiği hükümler, tek bir mezhebe değil, bir çok ekol ve müctehitlerin görüşlerine dayanmaktadır. (1)

Günümüzde İslam Hukukunun akademik düzeyde araştırılması, modern hukuk ile karşılaş-tırılmalı olarak incelenmesi sürmekte ve İslam Hukukunun açtığı çığırklar hukuk dünyasına sunul-maktadır. Kanaatimiz odur ki, çağdaş anlayış, İslam Hukuku hakkında ne kadar fazla bilgiye sahip olursa onun değerini de o derecede kavramış olacaktır.

II. FIKIH USULÜ (USUL-U FIKIH)

a) MAHİYETİ

Fıkıh sözcüğünün lügat ve terim anlamları yukarıda izah edilmişti. Usul sözcüğü ise asl'in çoğulu olup temel ve esas demektir. Bir isim tamlaması olan usul-u fıkıh ise, etimolojik olarak fıkıhın esasları (ana kuralları) anlamındadır. İslam Hukuku terminolojisinde fıkıh usulü şu şekilde tanımlanmıştır: "Pratik şer'i hükümlerin kaynaklardan elde edilmesini sağlayan kurallar bütünü". Başka bir deyimle, fıkıh usulü, fıkıh hükümlerini delillerden çıkarma yolunu gösteren ve araştırma yöntemlerini belirleyen kurallardır. Günümüzde hukuk metodolojisi diye anılan bu kurallar sayesinde, fıkıh bilgini, şer'i delillerden hüküm elde ederken yanılma ihtimalini azaltmış olacaktır. Bir örnek olarak fıkıhın birinci kaynağı Kur'an'ı ele alalım: Kur'an'da hükümlerle ilgili teşrii ayetler değişik ifadelerle yer almıştır. Emir kipi ile olanın yanında nehiy şeklinde bildirileni de vardır. Yine, bazı hükümlerin, genellik ve açıklık ifade etmesine karşılık, bazısında da özel bir durum ve kapalılık göze çarpar. İşte böylesi girift bir durumun tahlili Usul-u fıkıhın belirlediği metodlar aracılığıyla yapılabilmektedir. Mesela, emir kipinin vacip statüsünü ve nehiy kipinin de kesin yasak hükmünü Fıkıh Usulünden öğrendiğimiz için "Namazı kılınız." (2) ayetindeki ifadeden namazın vacip (farz) olduğunu ve "Ey iman edenler faiz yemeyin." (3) ayetindeki nehiy siygasından da faizin kesin olarak yasalanmış olduğunu anlıyoruz. (4)

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, fıkıh Usulünün konusu, pratikte uygulanacak fıkhi hükümleri ana kaynaklardan elde etme yöntemleridir. Şu halde, bu bir nevi ilmi inceleme ve ihtisaslaşma işi olduğundan, tamamiyle ilim adamlarını ve hukuk uzmanlarını ilgilendirmektedir. Çünkü, bu ilim kolu sayesinde müctehit, tek tek meselelerle uğraşmaktan çok, İslam Hukuk mantığını ve olaylara genel olarak bakış açısını belirler. Nitekim, fıkıh usulünün belirlemiş ol-

(1) *ES SİBÂİ*, Mustafa, age, cilt 1, sh. 11 vd.; *EZ ZERKA*, Mustafa Ahmed, age, cilt 1, sh. 208 vd.; *MEDKÜR*, Muhammed Selam, age, sh. 111 cd.; *ZEYDAN*, Abdulkerim, age, sh. 153.

(2) *Nur Suresi*, ayet; 56

(3)

(4) *EL BEYZÂVİ*, Abdullah, *Munhacul Vusul*, Mısır tarihsiz, sh. 22; ayrıca bkz. *Mustafa İbrahim EZ-ZEY-YAT*, Ahmed Hasan —*ABDULKADİR*, Hamit, — *EN NECCAR*, Muhammed Ali, age, cilt 1, sh. 20; *HAL-LAF*, Abdulvahhab, age, sh. 10 vd.; *EBU ZEHRE*, Muhammed, age, sh. 6-7; *MEDKÜR* Muhammed Selam age, sh. 193

duğu esaslar, İslam Hukukuna bir orijinallik kazandırdığı gibi yüzyıllarca tatbik edilebilmesini sağlayan bir esneklik de vermiştir. İslam Hukuk kaynaklarını, zanni ve kat'i delilleri, yorumlama şekillerini, kıyas ve icthadın ilkelerini, mezhepler arasındaki ihtilafların nedenlerini, İslam Hukukunun esnek ve rijid (bükülmez) normlarını ve daha bir çok genel ve soyut kuralları fıkıh usulünün koyduğu esaslar yardımıyla öğreniyoruz. (1)

Burada, fıkıh usulü ile uygulamadaki fıkıh kaideleri arasındaki farka işaret etmek gerekir. Çünkü, kişinin gayesi de şer'i hükümlere ulaşmaktır. Ancak, daha önce de izah edildiği gibi, fıkıh usulü sözü edilen hükümlere ulaşmanın metodlarını ve hüküm çıkarmanın yollarını açıklarken, fıkıhın görevi usul ilminin çizdiği metodlar ışığında ve tesbit ettiği kuralları uygulayarak hükümlere ulaşmaktır. Fıkıhın esas gayesi kişilerin fiil ve sözlerine uygulanacak şer'i hükümleri belirlemek olduğuna göre, kadı (hakim) hükmünü verirken ve Müftü fetvasını söylerken fıkıh kaidelerine başvurmak durumundadır. Hatta, şer'i hükümleri öğrenmek için her mükellef kişinin müracaat edeceği yer fıkıh usulü değil, fıkıh kaideleridir. Yani, bir yerde fıkıh kaideleri günümüzdeki kaun metinlerine benzerler. Çünkü, pratikteki meselelerin çözümü bunlar vasıtasıyla olur. Şafii ekolüne mensup İzzeddin Bin Abdusselam'ın yazdığı "Kavaid-ul Ahkam", Hanefi Hukukçu İbn-i Necim'in kaleme aldığı "El Eşbah Ven Nazair", Maliki Fıkıh Bilgini El Karrafi'nin meydana getirdiği El Furuk ve Hanbeli Hukukçu İbn-i Recep'in yazdığı "Kavaid" adlı eserler söz konusu fıkhi kaideleri daha düzenli ve soyut şekilde derlemişlerdir.(2)

Öte yandan, fıkıh usulünün özellikle müctehidlere ve hukuk uzmanlarına yol gösterme niteliği taşıdığını ileri sürerek içtihadı başvurulmadığı günümüzde, bu ilim dalının pek önem taşımadığını iddia etmek fevkalade yanlıştır. Çünkü, kıyamete dek içtihat kapısının açık olduğu görüşü İslam hukukçularınca benimsenmektedir. Mezhep imamları dahi, kendilerinin bile körü körüne taklit edilmemeleri gerektiğini her fırsatta açıklamışlardır. Kaldı ki, ehil olmayan kimselerin içtihat yapacağı endişesiyle içtihat kapısının kapanması gerektiğini savunmak da bir nevi içtihatdır. Şu halde, şartların gerçekleşmesi kaydıyla içtihat amelisi devam edeceğinden, fıkıh usulünün önemi de aynı şekilde devam edecektir. (3)

b) TARİHİ GELİŞİMİ

Bilindiği gibi, hukuk beşeriyetin tarihi ile beraber başlar. Dünyanın hemen hemen her yerinde çok eski devirlerden beri hukukun izlerine raslanır. Babil Kralı Hammurabi'nin kanunları herkesçe bilinmektedir. Hint Brahmanlarının Purana, Veda ve Simitri adlı kanun metinleri günümüze kadar saklanmıştır. Çinli Konfüçyüs'ün Şu—King gibi hukuki kitapları meşurdur. İranlılar Avesta'ya ve Firavunların Mısırı da eski bir hukuka sahip idiler. Eski Yunanlılarda Likurg ve Solon kanunları ile Oniki Levha Kanunları mevcuttu. Eski Romalılarda da On İki Levha Kanunlarından başka birçok hukuki vesikayı biliyoruz. Yine Roma Hukukçusu Gaius'un ve Bizans İmparatoru Justinien'in hukuk müdevvenatı zamanımıza intikal etmiştir. İslamdan önceki döneme ait bütün bu eserler, kıymetli birer mevkiye sahip olmakla beraber, sadece kanun metinlerinden ibaret idiler. Başka bir deyişle, bunlar usul'a değil, furu'a dair düzenlemeler idiler. Bunların hiçbirinde hukuki yöntemlere, muhakeme üslubuna ve yorumlama biçimlerine ilişkin soyut kurallara ve hukuk doktrinlerine raslanamaz. Batıda Jurisprudence ve bizde hukuk metodolojisi diye adlandırılan sırf hukuk ilmine ait bir eseri İslam'dan önceki dönemde aramak beyhudedir. Gerçekten, mücerret olarak hukuk ilminden bahseden bir eser, Latinler de dahil olmak üzere ne do-

(1) ES SENHURİ, Abdurrazık, Müzekkiratün Fi Tarihi-il Fıkıh, Mısır 1954, sh. 4; Ebu Zehre, Muhammed, age, sh. 8-9; HALLAF, Abdulvehhab, age, sh. 12-13; ZEYDAN, Abdulkerim, Usul-ul fıkıh sh. 33 vd.

(2) İBN-İ NUCEYM, Zeyneddin, Feth-ul Gaffar, Mısır 1938, sh. 7; ÖZCAN Ruhi, age, sh. 34; ZEYDAN: Abdulkerim age, sh. 33 vd.; EBU ZEHRE, Muhammed, age, sh. 10;

(3) MEDKÜR, Muhammed Selam, age, sh. 194; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 34; ZEYDAN, Abdulkerim age, sh. 33 vd.

ğu ve ne de batı toplumlarında meydana getirilmiş değildir. Bu şekildeki ilk eser, büyük İslam Hukukçusu Muhammed Bin İdris Eş Şafii tarafından kaleme alınmıştır.(1)

Fıkıh Usulünün İmam Şafii ile bağımsız bir dal haline geldiğine biraz önce işaret ettik. Konunun iyice anlaşılması için Şafii'den önceki devreye göz atmak gerekir. Hz. Peygamberin döneminde fıkıh usulünün söz konusu olmaması doğal idi. Çünkü, fıkıhın kaynağı olan Peygamber her konuda başvurulan tek kişi idi. Bu nedenle, bir normdan hüküm elde etme ameliyesine onun hayatı boyunca gerek duyulmamıştır. Sahabi döneminde ise, fıkıh usulüne ilişkin eserlerin, kalıplaşmış yöntemlerin ve izlenecek kuralların belirlenmemiş olması bunların tamamen uygulanmamış olması anlamına gelmemelidir. Çünkü, sahabeler fıkhi konularda içtihat yaparken zaman zaman bazı ölçülere ve kaidelere önem vermişlerdir. Söz konusu kurallar açıkça ifade edilmemekle beraber tatbikattaki uygulamadan bunlara önem verildiği sonucu çıkmaktadır. Hz. Ali, içki içenin cezasını açıklarken içki içenin saçmalayacağını, saçmalayınca da başkasına zina iftirasında bulunabileceğini ve bu nedenle zina iftirası cezası ile (seksen değnek) cezalandırılması gerektiğini söylemiştir. Burada Hz. Ali açık olarak belirtmemekle beraber, "Kötülüğe giden yolu kapatmak (sedd-i Zerayi)" şeklindeki önemli bir fıkıh usulü kuralını uygulamıştır. Yine, Abdullah Bin Mes'ud, gebe kadının bekleme süresinin doğumla sona erdiğine hükmederken, Bakar suresinden sonra indirilen Talak suresindeki ayete dayandığını belirtmiştir. Burada da zimnen de olsa "Sonraki düzenleme öncekini hükümsüz kılar" biçimindeki önemli bir usul-ül fıkıh kuralı vurgulanmıştır.(2)

Sahabiden sonra Tabiin döneminde artan hukuki problemlere cevap aranırken kaynaklardan hüküm elde etme işlevi (istinbat) daha fazla önem kazanmıştır. Medine'de Sait Bin Müseyyeb ve Irak'ta Alkame ile İbrahim En Nehâi gibi hukukçuların fetvaları, belli yöntemlerin izlendiğini göstermektedir. Bu arada Hicaz Bölgesinde hadis yönteminin, Irak'ta ise kıyas yönteminin ağırlıkta olduğunu hatırlatmak gerekir. Bu dönemde fıkıh usulüne dair kuralların biraz daha netleştiği ve fıkıhın fûru' kısmının usul kurallarıyla beraber mütalaa edildiği görülmektedir. Ancak, bu dönemde fıkıh okullarının ve müctehit hukukçuların ayrı ayrı yöntemlere sahip olduğundan bahsetmek yanlış olmaz. Fıkıh usulünün derlenip kitaplara geçirilmesi ise bu dönemde beklemek hayaldir.(3)

Tabiin döneminden sonra İslam fıkıhının altın çağını yaşadığı ve bir çok fıkıh otoritelerinin yetiştiği bilinmektedir. Müctehid imamlar dönemi de diyebileceğimiz bu döneme yetkin hukukçular ve ekol imamları damgasını vurmuştur. Bu gelişmeye paralel olarak fıkıh usulünde de bariz bir ilerleme gözlemlenmiştir. Çünkü, müctehitler kaynaklardan hüküm çıkarmak için izledikleri yol ve yöntemleri açıkça ifade etmişlerdir. Mesela, İmam Ebu Hanife Bir Hukuki hükmün elde edilmesinde sıra ile kitap, sünnet ve sahabi sözünü esas almıştır. Sahabilerin ihtilafı durumunda ise bir tarafı tercih etme yoluna gitmiştir. Tabiinlerin görüşlerine ise hiç eğilim göstermemiş ve kendisinin de onlar kadar bu işte ehil olduğunu ileri sürmüştür. İmam Malik de ki-

- (1) HAMİDULLAH, Muhammed, *İslam Hukuku Etüdleri, tercüme, Dr. Fuat SEZGİN, İstanbul, 1984, sh. 49-51; HALLAF, Abdulvahap, age, sh. 15 vd.; EBU ZEİRE, Muhammed, age, sh. 11. vd.; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 194 vd. Bu faaliyet belki de müslümanların hukuk alanında gerçekleştirdiği en büyük hizmettir. Ancak ifa ettikleri diğer hizmetleri de azımsamamak gerekir. Örneğin ilk yazılı anayasa müslümanların eseridir. Devletler Umumi Hukukunun müslümanlarca bağımsız bir hukuk dalı olarak ele alındığını da ilk defa İmam Muhammed Eş Şeybani'nin bu konuda eser yazmasından anlıyoruz. Yine, hukuk ilmine yaptıkları hizmetler arasında niyet müessesini hukuk dünyasına kazandırmalarını da sayabiliriz.*
- (2) EL BAĞDADİ, Ali Bir Muhammed, *Lübâb-üt Te'vil Fi Maanit Tenzil, Mısır 1320, cilt 6, sh. 290; EL BEYZÂVİ, Abdullah Bin Ömen, Envan-üt Tenzil ve Esrar-üt Te'vil, Mısır 1320, cilt 6, sh. 290; EBU ZEİRE, Muhammed, age, sh. 11; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 194; EN NESEFİ, Abdullah Bin Ahmed, Medârik-üt Tenzil ve Hakayik-ut Te'vil, Mısır 1320, cilt 6, sh. 290*
- (3) EBU ZEİRE, Muhammed age, sh. 13-14; HALLAF, Abdulvahap, age, sh. 15.
- (4) İBN-İ HALLİKAN, Ahmed, *Vesfeyat-ul Ayan Li Enbai Ebnaiz Zaman, Mısır 1299, cilt 2, sh. 402; HAMİDULLAH, Muhammed, age, sh. 52-53; EBU ZEİRE, Muhammed age, sh. 12; MEDKÜR, Muhammed Selam, age, sh. 194 vd.*

tap ve sünnetten sonra Medine halkının uygulamasına önem vermiş ve hadisleri titizlikle incelemiştir. Bir çok meşhur hadisin rivayetini reddetmesi, onun inceleme süzgecinin ne denli sağlam olduğunu göstermektedir. Yine, Ebu Hanife "istihsan", Malik ise "istislah" prensibini uygulamıştır. Ebu Yusuf, Evzai ve o dönemin diğer müçtehitleri de belli yöntemleri izlemişlerdir. Ancak, bu dönemde dahi fıkıh usulüne dair bir eserin meydana getirilmediğini görüyoruz. Tatbik edilen yöntem sadece müctehidin kafasında kalıyor veya ders sırasında öğrencisine aktarılıyordu. Gerçi, bu devirde Ebu Hanife'nin ünlü öğrencileri Ebu Yusuf ve Muhammed Eş Şeybani tarafından usul-ul fıkha dair iki eserin yazıldığı iddia edilmektedir. Fakat, iddia edelin be userler elimize geçmediği için fıkıh usulü tarihinde faydalanılabilen eserlerden sayılmamıştır. (1)

Bu durum Muhammed Bin İdris Eş Şafii'nin zamanına kadar devam etmiştir. Bu büyük hukukçu, Sahabilerden beri gelişmekte olan büyük ilmi serveti değerlendirerek ünlü hukuk otoritelerinin görüşlerini de süzmek ve ihtilaf noktalarını tesbit etmek suretiyle metodolojik bir çalışma yapmıştır. Esasen, Şafii bu işe yeltenmek için gerekli şartlara sahip idi. Çünkü, Şafii hukuk tahsilini Mekke'nin önemli üstadları yanında yapmış ve daha sonra, Medine'ye geçerek İmam Malik'ten uzun uzun ders almıştır. Sadece hukuk değil, hadis bilgisini de derinleştirmek için devrinin bir ilim merkezi olan Bağdat'a koşan bu hukukçu, Sahabi hukukçu Hz. Abdullah Bin Mes'ut'tan Ebu Hanife'ye kadar nesilden nesile geçen rivayetlerle de tanışmış ve Ebu Hanife'nin öğrencisi Muhammed Bin Hasan Eş Şeybani'nin ilim meclislerine katılmıştır. Hicaz ve Irak Okullarını böylece hallettikten sonra, bu kez Mısır'a yönelip Sahabi hukukçu Hz. Abdullah Bin Amr Bin AS'm rivayetlerini tevarüs eden Şafii, üçüncü bir İslam hukuk okulu ile tanışmıştır. Bunlardan ayrı olarak Arap dilini iletirmek için bir kaç yıl bedevilerle beraber dolaşmıştır. (2)

Hukukta, hadiste, şiirde, dilde, ve edebiyatta üstün bir paye elde eden İmam Şafii, daha önce var olan usul ile ilgili unsurlara kendi görüşlerini de katarak "Er Risale" adlı ünlü eserini meydana getirmiştir. Bu eser, İslam Hukuk kaynakları, hüküm çıkarma metodu, delillerin keyfiyeti ve yorumlama biçimleri gibi usule ilişkin konuları ilk defa hukuk dünyasına kazandırmıştır. Bu nedenle, İmam Şafii'ye fıkıh usulü'nün babası denilmektedir. Görülüyor ki, fıkıh usulü fıkıhın derlenmesinden sonra ortaya çıkmıştır. Aslında bunu olağan görmemiz gerekir. Çünkü gramer ilmi toplumda konuşulan ortak dilden çok sonra ortaya çıkmıştır. Halil Bin Ahmed aruz kurallarını yazmadan önce dahi bu stilde şiirler yazılmıştır. Yine, Aristo mantık ilmini derlemeden önce de düşünce ve mücadele yöntemleri uygulanıyordu. (3)

Şiilerin, usulu fıkıhın ilk kurucusunun Muhammed El Bakır ve oğul Cafer Es Sadık oldukları şeklindeki görüşlerine katılmıyoruz. Büyük Şii Hukukçu Ayetullah Hasan Es Sadr'ın, anılan iki imamın, fıkıh usulüne dair kuralları ilk defa öğrencilerine yazdırdıkları ve daha sonra bu öğrenciler tarafından düzenli olarak sıraya konduğu biçiminde özetlenen iddiası taşırma götürmektedir. Bir kere, ders esnasında öğrencilerin bu iki amamca söylenip yazdırılan fıkıh usulüne ilişkin kuralları kaydetmeleri üzerinde durmuyoruz. Çünkü, daha önce de açıklandığı üzere, Şafii'den önce de bu kuralların bir kısmı yazılmadan hukukçularca tatbik edilmiştir. Şafii'ye düşün kendi görüşleri ile birlikte bunları derleyip bir araya getirmek olmuştur. Üzerinde durduğumuz husus, bu alanda ilk eserin kimin tarafından telif edilmesi durumudur. Öğrencilerin ders esnasında bir takım kuralları yazıp kaydetmeleri bir telif sayılmadığına göre, Şafii'nin ilk telif sahibi olmasında Ayetullah Es Sadr'ın da şüphelenmesi gerekir. (4)

Öte yandan, Şafii döneminde dini etüd sahasında üç disiplin bulunuyordu. Bunlar Hadis taraftarlarının saf akideciliği (Ashabul eser), hukukçuların liberalizmi (Ashab-ur rey) ve Mutezile'nin rasyonalizmidir. Bu üç bilgin grubu arasında birleştirici bir vasıta yoktu. Şafii'nin bu önemli

(1) Bkz. sh. 120 vd.

(2) Bkz. sh. 99 vd.

(3) EL BAĞDADİ, Hatib, Tarih-ul Bağdadi, Mısır tarihsiz, cilt 2, sh. 68-69; İBN-İ HACER, Ahmed, Tavalı-ut Te'sis, Mısır tarihsiz, sh. 76; HAMİDULLAH, Muhammed, age, sh. 54 vd; HALLAF, Abdulvahab, age, sh. 16-17

(4) EBU ZEHRE, Muhammed, age, sh. 14 vd.; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 39 vd.

adımı sayesinde hukukçularla muhaddisler arasındaki ihtilaf minimum noktaya inmiş ve artık bu iki ilmin yanyana yürüebilmesi sağlanmıştır. Yeni müslüman olanların da etkisiyle Mutezile grubu, aradaki uçurumu daha da derinleştirerek ehli sünnete karşı ifrat derecesinde tahriklere ve kanlı hareketlere girişmişlerdir. Nihayet, Halife Me'mun ve ondan sonraki halifeler sadece Mutezileleri İslam aleminden silmekle yetinmemiş yazdıkları bütün kitapları da yok ettirmişlerdir. Mutezile'nin ileri gelenlerinden Ebu Ali El Cübai ve oğlu Ebu Haşim, Şafiinin ölümünden sonra onun doktrinlerini reddedebilmek için önemli eserler ortaya koymuşlardır. Daha sonra, mutezilenin fıkıh usulü hakkındaki görüşlerini en iyi yansıtan "El Umad" adlı eser, Abdulcebbar isimli bilgin tarafından kaleme alınmıştır. Fakat ne bu eser ve ne de diğer önemli eserlerin tamamına yakını elimizde yoktur. (1)

Şafiiden sonra bir çok İslam Hukukçusu fıkıh usulü hakkında kıymetli eserler vermişlerdir. Hanbeli ekolünün kurucusu Ahmet Bin Hanbel bu konuda ilk yazan hukukçulardandır. Şafii'nin eserini inceleyen hukukçuların büyük bir bölümü, Şafii'nin görüşlerini olduğu gibi kabul edip konuları anlaşılır bir biçime sokmaya ve mübhem noktaları açıklamaya önem vermişlerdir. Kimileri ise, görüşlerin büyük bir bölümünü kabul etmekle beraber bazı noktalarda muhalefet etmişlerdir. Hanefi ve Maliki hukukçular bu kategoriye girmektedirler. Bunlar ana konularda Şafii ile beraber iken bir çok tali hususlarda değişik görüşleri ileri sürmüşlerdir. Mesela İslam Hukuku asli kaynaklarının Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas olduğunda Şafii'nin görüşleri tartışmasız kabul edilirken Hanefiler fer'i kaynak olarak istihsan ile örf ve adeti, Malikiler ise, istislah ve sedd-i zerayi'i öngörmüşlerdir. (2)

Biraz önce de ifade edildiği üzere, fıkıh usulü Şafii'den itibaren ayrı bir ilim dalı olarak ortaya çıkmıştır. Usulcülerin büyük bir kısmı fıkıh otoriteleri arasından çıkmışsa da ihtisaslarını bu dala hasredenler de az değildir. Bununla birlikte, İslam filozoflarının (mütekellimin) bazılarının da fıkıh usulü ile ilgilendiklerini görüyoruz. Örneğin, İslam inanç felsefesinden bir ekol başlatan Semerkanlı Matüridi, fıkıh usulüne dair eser vermiştir. Bu ünlü bilginin daşdaşı olan Ebu-bekir Er Razi de üç ciltlik bir eser telif etmiştir. Bu iki hukukçu tarafından başlatılan orta Asya mektebi, Ebu Zeyd Ed Debbusi adlı ünlü usulcü tarafından sürdürülmüştür. Takvimul Edille ve diğer eserlerinde Debbusi, bir meseleyi ele alırken fakihlere ait görüşleri ve bakış açılarını da belirtmiştir. Debbusi'nin görüşlerinin, Endüslü Hukukçu İbn-i Rüşt için ilham kaynağı olduğu ve Bağdat 'ı ziyareti sırasında bu eserleri kopya ettiği söylenir. Mansur Es Sem'ani ise, "El İ. tisam" adlı eseri ile Debbusi'nin görüşlerini bir bir çürütmeye çalışmıştır. Nihayet, beşinci yüzyılda bu alanda güçlü bir sima olan Es Serahsi, yazdığı kitaplarla bu ilim dalının zenginleştirilmesinde katkıda bulunmuştur. Onun "Usul-ul fıkıh" isimli eseri şu anda bile müracaat edilen önemli kaynaklardan biridir. Serahsi ile aynı çağda yaşayan Pezdevi kardeşlerin, fıkıh usulüne ilişkin güzide eserleriyle bu dalda eşsiz bir mevki işgal ettiklerini söylemek yanlış olmaz. Aynı dönemde yaşamış olan Abdülmelik El Cüveyni ve onun talebesi Muhammed El Gazali de onlardan geri kalmamışlardır. Keza, Fahreddin er Razi Seyfettin El Amidi, Sa:dettin Et Teftazani ve Kadı El Beyzavi'yi saymak gerekir. Ceveyni'nin "El Burhan", Gazzali'nin "El Mustasfa", Razi'nin "El Mahsul" ve Amidi'nin "El İhkam" adlı telifleri fıkıh usulünün en kapsamlı eserleridir. Bu kuşaktan sonra İmb-i Hümmam, İbn-i Sübki, Eş Şevkani, El Hudari ve El Mehlavi gibi hukukçuların hizmeti azımsanmamalıdır. Son yüzyılda ise, bu dalda özellikle modern hukukla karşılaştırmalı olarak eser yazan birçok hukukçu yetişmiştir. Muhammed Ebu Zehre, Abdülkerim Zeydan, Ahmet Ez Zerka, Ahdurrazık Es Senhuri, Abdulvahhab Hallaf ve Muhammed Selam Medkür gibi hukukçular bunların başında gelirler. (3)

(1) HAMİDULLAN, Muhammed, age, sh. 61.; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 35 vd.

(2) ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 38; EBU ZEHRE, Muhammed, age, sh. 19-20; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 34 vd.; MEDKÜR, Muhammed Selam, age, sh. 195.

(3) Bkz. HALLAF, Abdulvahhab, age, sh. 17-18; HAMİDULLAH, Muhammed, age, sh. 67 vd.; ZEYDAN, Abdülkerim, Usul-ul Fıkıh, sh. 39 vd.; MEDKÜR, Muhammed Selam, age, sh. 194-195; EBU ZEHRE, Muhammed, age, sh. 17-18

Fıkıh usulü hakkında kaleme alınmış olan eserler incelendiğinde Şafii ve Hanefi ekolüne mensup hukukçuların farklı yöntemleri geliştirdikleri görülmektedir. Bunları kısaca belirtmenin yararlı olacağı kanısındayız:

1- Şafiiilerin Yöntemi: Bu yöntem, herhangi bir mezhebin tesbit ettiği fıkhın fer'i meseleleri dikkate alınmaksızın teorik olarak soyut kuralların belirlenmesi esasına dayanır. Diğer bir ifade ile, fıkıh usulüne dair genel ve soyut kurallar belirlenirken pratikteki fıkıh meselelere uygun olup olmadıklarına bakılmamaktadır. Bu bakımdan, aynı ekole mensup usulcülerin zaman zaman farklı kuralları benimsedikleri görülmüştür. Mesela, İmam Şafii süküti icma kavramına ilgi duymadığı halde, aynı ekolden Seyfeddin El Amidi bunu normal icma gibi kabul etmiştir. Mezhep taassubunun bir kenara itildiği bu yöntem, Şafii'lerin dışında Kelamcılar (İslam filozofları) ve mütezile grubu tarafından da uygulanmıştır. Caferi ekolü de önceleri bu yöntemi tatbik etmiştir. Bu yönetime göre yazılmış eserlerin başında Abdülmelik El Cüveyni'nin yazdığı "El Burhan", İmam-ı Gazeli'nin kaleme aldığı "El Mustasfa", Seyfeddin El Amidi'nin telif ettiği "El İhkam" ve mütezili hukukçu Muhammed El Basri'nin meydana getirdiği "El Mutemed" adlı eserler yer almaktadır. (1)

2- Hanefilerin Yöntemi : Bu yöntem, diğerinin aksine, mezhep imam ve müçtehitlerinin münferit meseleler için verdikleri hükmün ışığında kuralları tesbit etmeyi öngörür. Başka bir deyimle, hukuçular tarafından fer'i mesel'elere dair daha önce verilen hükmün etkisinde kalınarak ve bu hükümlerin haklılığını ispat etmek gayesiyle soyut kuralları belirlenmiştir. Dikkat edilecek olursa bu yöntemin bir amacı da ekole mensup hukukçuların görüşlerini savunmak ve güçlü delillere bağlamaktır. Öbür yöntem gibi bu yöntemin de yararlı yönleri vardır. Her şeyden önce, bu yöntem daha pratik olup soyut kurallar ile tatbikattaki fer'i meseleler beraber düşünülebilmektedir. Bu sayede teori ile pratik arasındaki ihtilaf son derece azalmaktadır. Bu yol ile yazılmış eserler olarak El Kerhi, El Cassas, Ed Debbusi, El Pezdevi ve Es Serahsi gibi Hanefi hukukçuların telifleri gösterebiliriz. Ayrıca Maliki Hukukçu El Karraffi, Şafii Hukukçu El Esnevi ve diğer bazı hukukçular bu yönetime göre eser yazmışlardır.(2)

Bununla birlikte, yukarıdaki iki yöntemi birleştirerek karma bir yöntemi uygulayan hukukçular az değildir. Hanefilerden Ahmed Bin Ali Es Saâti, Abdullah Bin Mes'ud El Buhari, İbni Mümmam ve Şafiiilerden Abdulvahab Es Sübki Muhibbullah El Hindi, Sadettin Et Taffazani ve Molla Hüseyin en ünlüleri sayılmaktadır.(3)

(1) EL ÂMİDİ, Seyfeddin Ali, age, cilt 1, sh. 265, 219; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 39; HALLAF, Abdulvahab, age, sh. 17

(2) İBN-İ HALDUN, age, sh. 455, EBU ZEHRE, Muhammed, age, sh. 21 vd.; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 39-40

(3) EBU ZEHRE, Muhammed, age, sh. 24; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 40-41.

I. BÖLÜM

İSLAM KİŞİLİK HUKUKU

Bir hakka sahip olma ve kullanma yeteneği demek olan ehliyet, ancak kişiliği haiz bir varlık için düşünülebilmektedir. Başka bir deyişle, her hak mutlak surette bir kişiye aittir; bir kişi için söz konusu olabilir. Hakk'ın bel kemiğini hak sahibinin, yani kişinin (şahsın) oluşturduğuna ve bu sebeple araştırmakta olduğumuz ehliyet konusu ile çok sıkı ilgisi bulunduğuna göre, bu kavram üzerinde önemle durmak gerekir. Ayrıca, kişiler hukuku ve kişilerin çeşitleri hakkında kısa da olsa bilgi verilmesi, çalışmamıza yapacağı katkı bakımından yararlı görülmektedir. Bu nedenle, tezimizin I. bölümünü İslam Kişiler Hukukuna ayırmanın uygun olacağı düşünülmektedir. Çünkü, kişilik kavramı gerektiği gibi açıklanırsa ehliyetin mahiyeti de daha iyi anlaşılacaktır.

I. KİŞİLİK HUKUKUNUN ÖNEMİ

a – GENEL OLARAK

Bilindiği üzere, diğer Sosyal İlimler gibi Hukuk İlminin de nirengi noktası kişilerdir. Esasen, hukuk kurallarının konuluş amacı da kişilerin ilişkilerini düzenlemektir. Gerçekten gerek aile, gerek miras, eşya ve borç ilişkilerinde daima hareket noktası kişidir. Bu çeşitli ilişkiler, genellikle kişiyi esas almakta ve kişi olmadan bu gibi ilişkilerin varlığından söz açılmamaktadır. Kaldı ki, toplumun nüvesini teşkil eden en küçük canlı birim de kişidir. Medeni Haklar ise kişilerin varlığı ile kaimdir. Kişiden yoksun bir hak düşünülemez. Bu bakımdan, kişilik hukukunun önemi büyüktür. Başka bir deyimle, kişinin durumlarını inceleme konusu yapan bağımsız bir Kişiler Hukukunun önemi ortadadır. Göz ardı edilemeyen bu önemi sebebiyle birinci kodifikasyon döneminin bütün Medeni Kanunları, kişinin hukukuna yer vermekle kalmamış, aynı zamanda başa geçirmişlerdir (1)

Roma Hukuku da Kişinin Hukukuna başlarda olmak üzere yer vermiş bulunmaktadır. Nitekim, Gaius'un *institutiones* adlı eserinde ve Justinianus'un C.I.C. derlemesinin *Institutiones*'lerinde durum böyledir. (2) Prusya Devletleri için çıkarılan Genel Land Kanununda (ALR), Fransız Medeni Kanununda (Code Civil), Avusturya Medeni Kanununda (ABGB) ve İtalyan Medeni Kanununda Kişinin Hukukuna Aile Hukuku da ithal olunarak ikisi bir kitap haline getirilmiştir. (3) Alman Medeni Kanununun durumu ise bunlardan farklıdır.

(1) Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*. Rado tarafından çeviri, İstanbul, 1965, sh. 28 vd.

(2) VELİDEDEOĞLU, H. Veldet, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esaslar*, cilt 1, cüz 1, İstanbul, 1968, sh. 50-51; KÖPRÜLÜ, Bülent, *Medeni Hukuku (Genel Prensipler-Kişiler Hukuku)*, 1984, İstanbul sh. 181

(3) Nitekim, *Code Civil*'de "Kişiler Hakkında" başlığını taşıyan birinci kitap, dar anlamda "Kişiler Hukuku" içinde yer alan hak ehliyeti, konut, kayıplık vb. gibi kavramların yanında, "Aile Hukuku"na ilişkin kavramlar olarak bilinen evlenme, boşanma, nesep, evlat edinme ve velayeti de içermektedir.

Bu kanunda müstakil "Kişiler Hukuku" kitabı yoktur. Kişiler Hukukuna ilişkin sorunlar BGB'nin Genel Bölümünde ele alınmışlardır. (1) (2).

İsviçre—Türk Medeni Kanunları ise, modern pandektler sistemine uygun ve Fransız, Avusturya ve İtalyan Medeni Kanunlarından farklı olarak, Kişiler Hukukuna Aile Hukukunu ithal etmemiş ve ona bağımsız bir varlık tanımışlardır. Her ne kadar Aile Hukuku ilişkileri, kişiler için söz konusu ise de, bu ilişkiler sadece bir evlilik statüsüne girenler hakkında uygulama alanı bulabilmektedir. Diğer bir ifade ile, bir çok insanlar ikişi oldukları halde evlilik statüsüne giremediklerinden, Aile Hukuku ilişkileri dışında kalmaktadır. (3) Bu nedenle, mehaz İsviçre kanununa uygun olarak Türk Medeni Kanununun Kişiler Hukuku ile Aile Hukukunu ayrı bir tarzda düzenlemesindeki isabet payı büyüktür.

Türk Medeni Kanununun 7 maddelik başlangıç kısmından hemen sonra yer alan Birinci Kitabını "Şahsın Hukuku" oluşturmaktadır. Burada Birinci Bap Gerçek Kişilere (Hakiki Şahıslar), İkinci Bap da tüzel kişilere (Hükmi Şahıslar) ilişkindir. Gerçek kişilere ait Birinci Bap iki fasla ayrılmıştır. Birinci fasıl, kişilik hakları biçiminde anladığımız "Şahsiyet" başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında gerçek kişilere ait çeşitli sorunlar ele alınmaktadır. Hak ehliyeti, fiil ehliyeti, hısımlık, konut, ad üzerindeki haklar ve kişiliğin korunması gibi konular bunların cümlesindedir. İkinci fasıl ise, kişisel durumların sicillerine ilişkindir. Burada, genel olarak kişisel durumların sicillerine, bunların yürütülmesine, kütüklerdeki görevlilerin sorumluluğuna, kütüklerin etkilerine ve bunlara yapılan kayıtlara ilişkin hükümler yer alır (4).

b) İSLAM HUKUKUNDA

İslam Hukukunun, tamamen farklı bir yapıya sahip bulunduğu ve kendine has bir sistemi geliştirdiği bilinen bir gerçektir. Bu itibarla bağımsız bir kişiler hukukuna, birer uygulama eseri durumunu taşıyan klasik fıkıh kitaplarında yer verilmemiştir. Ancak bu durum, kişiler hukukuna ilişkin esasların bütünüyle ihmal edildiği veya hukuki boşluklara yol açacak derecede bu alana ilişkin sorunların cevapsız kaldığı anlamına gelmemelidir. Tam tersine, kişiliğe ilişkin esaslar, kazuistik—mücerret diyebileceğimiz bir yöntemle kaleme alınmış fıkıh kitaplarında serpiştirilmiş biçimde mevcuttur. Hatta, zaman zaman modern hukukun da öne geçerek farazi ve hayali problemler ortaya konmuş ve onlara cevaplar aranmıştır. Kişi hukuku ile ilgili hükümlere bu tür fıkıh kitaplarının Nikah, Nafaka, Boşanma, Hacir, Vasiyet ve benzerleri bölümlerde raslamak mümkündür. Klasik İslam Hukuk eserleri her konuda olduğu gibi, buarda da ana normları koymaktan çok, münferit meselelerin çözümü ile ilgilenmiştir. Ancak, bu münferit çözümlerden belli kurallara varmak müm-

(1) "Genel Bölüm" ün birinci kesimi kişilere ilişkindir. Burada önce "Doğal Kişiler (1-12)"; sonra da "Tüzel Kişiler (21-89) düzenlenmiştir.

(2) ÖZSUNAY, Ergun. Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979, sh. 3-4; KÖPRÜLÜ, Bülent, Age, sh. 181

(3) KÖPRÜLÜ, Bülent, age, sh. 182; ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 4

(4) ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 3

kündür. Diğer yandan, İslam Hukuku bilginleri (fakihler), klasik fıkhi eserleri telif ederken şahıs kavramından hareket etmemişlerdir. Teliflerin sistemini belirlemede kişiyi temel kıstas almayan bu hukukçular, başka ölçüleri kabul etmeyi yeğlemişlerdir.(1) O kadar ki, hukuk ekollerinin (mezheplerin) ve bazen de aynı ekole mensup hukuk bilginlerinin, farklı ölçü ve sistemleri uyguladığını görmekteyiz.

Bununla birlikte, fıkhi hükümlerin kaynak ve delillerden elde edilmesi yollarını işleyerek hukuki düşüncenin metodlarını belirleyen ve bu arada İslam Hukukunun genel esaslarını konu alan fıkıh usulü (Usul-ul Fıkh) dâhım, kişiler hukukuna ilişkin ilke ve esaslara yer verdiği gözlenmektedir. Usul bilginleri, İslam Hukukunun dört öğeden meydana geldiğini öngörmüşlerdir. Bunlar hüküm (Hüküm-i Şer'i), hükmü koyan (Hâkim), hükmün konusu (Mahkum-un fih) ve hakkında hüküm verilen (Mahkum-un aleyh) dir. "Hakkında Hüküm Verilen" konusu incelenirken ehliyet ile ilgili meselelerin detaylı bir şekilde ele alındığını görmekteyiz. Son dönem usulcülerinin konuyu daha derli toplu işlediği göze çarpmaktadır. Kişiler Hukukuna giren ehliyet dışındaki konular ise, normal fıkıh kitaplarına havale edilmiştir (2)

Kişiler Hukukunu, modern anlayışa uygun olarak ilk defa İslam Hukuku Literatürüne kazandıran Mısırlı İslam Hukukçusu Kadri Paşa olmuştur. "El Ahkamuş Şer'iyye Fi Ahvaliş Şahsiyye" adlı eseri ile şahsın hukukunu, birbirini takip eden maddeler halinde bağımsız olarak tertipleyen adigeçen hukukçu, Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) sistemini göz önünde bulundurmuştur. Diğer bir ifade ile, bu eserde kişiler hukukuna, aile hukuku da ithal edilmiş ve birlikte incelenmiştir. Bu metod, evlenme, boşanma ve bunlarla ilgili konuların, klasik fıkıh eserlerinde ibadetler ile işlemler (muamelat) arasında bağımsız bir bölüm olarak, tedvin edildiği anlayışına dayanmaktadır (3). Bu şekildeki tedvinin nedeni, bu mevzuların, haram ve helal yönü ile Allah hakkına (kamu hakkı) benzemesi; dolayısıyla ibadetler kategorisine yaklaşması ve tarafların karşılıklı sorumluluklarının söz konusu olması yönü ile de kul hakkına ve bu münasebetle işlemlere benzerlik göstermesidir. (4)

Kadri Paşa'yı örnek alan son yüzyılın bazı İslam Hukukçuları aynı adı taşıyan ve kişiler hukuku ile ilgili olan eserleri telif etmişlerdir. Suriyeli İslam Hukukçusu Mustafa Sibai ile Mısırlı ünlü İslam Hukuk bilgini Muhammed Ebü Zehra örnek olarak gösterilebilir.

II. KİŞİLİK HUKUKUNUN KONUSU

Kişiler Hukukunun konusunu, kişi (şahıs) diye adlandırılan varlıkların çeşitli hukuki

- (1) KARAMAN, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1984, sh. 172; DÖNDÜREN, Hamdi, *Delilleriyle İslam Hukuku*, Konya 1977, sh. 53
- (2) ŞABAN Zekiyy-üd Din, *Uslu-l Fıkh-ul İslami*, Mısır 1964, sh. 213; ABDULLAH, Ahmet Ali, *Eş Şahsiyet-ül İtibariyye Fil Fıkh-ul İslami*, Hartum 1983, sh. 117; Gazali, Ebu Hamid Muhammed, *El Mustasfa*, Kahire tarihsiz, sh. 55 vd.
- (3) Bu tedvin tarzı Hanefi ekolüne mensup fıkıh bilgilerinin uyguladığı metoddur. Başta Şafiiiler olmak üzere diğer ekollerin hukukçuları değişik metodları uygulamışlardır.
- (4) EZ ZERKA, Musafa Ahmed, *El fıkh-ul İslami Fi Sevbih-il Cedid*, Dimaşk (Şam) 1958, cilt 2, sh. 271; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 53

ilişkileri oluşturur. Toplumsal hayatın kaçınılmaz bir gereği olarak kişiler, birbirleriyle olduğu kadar toplumla ve eşyalarla sürekli ilişkiler içindedirler. Bu çeşitli ilişkilerin önemli bir bölümü Medeni Hukukun düzenleme alanına girer. Gerçekten Medeni Hukuk, kişilerin,

toplumun en küçük birimi olan aile içindeki ilişkilerinden başlayarak, giderek daha büyü-
yüp yaygınlaşan insan toplulukları içindeki münasebetlerinin çoğunu düzenlemektedir. Yi-
ne, kişilerin eşyalarla olan ilişkilerinin büyük bir Bölümü de Medeni Hukukun kapsamına
girer. Şu var ki, Medeni Hukukun kapsamına girdiği belirtilen bu ilişkilerin tümü kişilerle
ilgili olduğu halde, hepsi Kişiler Hukukunun konusuna girmez. Kişiler Hukukunun düzen-
leme alanına bu ilişkilerin tümü değil, sadece kişilerin kişilik ile ilgili olanları girer.(1)

Kişiler Hukukunun konusu belirlenirken, kimi hukukçular, "Kişiler Hukukunun Ko-
nusu Kişilerdir" tarzında bir tanımlama vermiştir.(2) Bu şekildeki tanımlama Kişiler Hu-
kununun sınırlarını çizmekten uzaktır. Çünkü, biraz önce de ifade edildiği gibi, ilişkilerin
tümü de kişiler ile ilgili olduğu halde Kişiler Hukukunun düzenleme alanına girmez. Oysa,
biraz önce verilen tanımlama kabul edilirse, tüm bu ilişkilerin Kişiler Hukukunun konusuna
girdiği kanaati uyanabilir. Diğer yandan, Kişiler Hukuku Terminolojisinde kişi deyimi, hak
ehliyetinin karşılığı olarak bilinmektedir. Oysa, kişiler hukuku bu ehliyetin dışında kalan
diğer bir takım sorun ve ilişkileri de düzenlemektedir. Bu bakımdan, yukarıda verilen ta-
nımlama eksik kalmaktadır.(3)

Yukarıda verilen tanımlamanın yetersizliği karşısında daha uygun bir tanımlama ya-
pılması gereği açıktır. Bu nedenle, bazı hukukçular kişiler hukukunun konusunu, sadece
kişilerin kişilik alanına giren ilişkilerinin, ya da kişi olmanın doğurduğu bazı sorunların
oluşturduğunu söylemektedirler.(4)

Bu son tanımlama şeklinin daha uygun olduğu kabul edilmelidir. Türk Medeni Kanu-
nunun düzenleme biçimini de bu görüşü destekler niteliktedir. Gerçekten Medeni Kanunu-
muzun Kişiler Hukuku kitabında, kişilerin hak ve fiil ehliyetleri (8-16), hısımlık (17-18),
konut ile ilgili sorunlar (19-22), kişilik alanına giren hakların korunması (23-24), ad ve
adın korunması (25-26), kişiliğin başlangıcı ve sonu (27-34) ve kütüklere ilişkin hususlar
(35-44) gibi sorunlar düzenlenmektedir. Bu sayılanların dışında kalan ilişkiler ise Medeni
Kanunun öteki kitaplarında düzenlenmiştir.(5)

Akılda tutulması gereken, kişiler hukuku kitabında yer alan bazı kural ve düzenleme-
lerin, medeni hukukun öteki dallarını ve hatta kamu hukukunun bazı dallarını da ilgilendirebilmesidir.(6)

(1) ZEVKLİLER, Aydın, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, Ankara 1981 sh. 3

(2) DURAL, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, İstanbul 1977 sh. 3; ATAAY, Aytekin, *Şahıslar Hukuku Giriş-Hakiki Şahıslar*, İstanbul 1978, sh. 17

(3) ZEVKLİLER, Aydın, *age*, sh. 1-2

(4) TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, İstanbul 1978, sh. 202; ZEVKLİLER, Aydın, *age*, sh. 2

(5) *Türk Medeni Kanununun ilgili maddeleri*; ZEVKLİLER, Aydın, *age*, sh. 2

(6) *Hak ve Hukuki İşlem Ehliyeti ile konuta ilişkin düzenlemeler buna örnek gösterilebilir*; ZEVKLİLER, Aydın, *age*, sh. 2

Daha önce de belirtildiği üzere, İslam Hukukunda kişiler hukuku ile ilgili bağımsız bir bölüm bulunmadığı ve yine kişilerin hukuki ilişkileri incelenirken kişi kavramından hareket edilmediği için, kişiler hukukunun konusu gibi bir kavram da doğal olarak İslam Hukukçularının ilgi alanına girmemiştir. Ancak, özellikle evlenme, boşanma vb. gibi kişilik ile ilgili hukuki durumların içerdiği görülen "Ahval-ı şahsiyye"ye ilişkin eserleri yazan modern İslam Hukukçularının hareket noktası kişiler olduğundan, bu konu ile doğal olarak ilgilenmişlerdir. Mamafih, anılan hukukçular Fransız sistemini benimseyerek kişiler hukuku ile aile hukukunu mezcettikleri için, kişilik hukukunun konusuna, yukarıda açıklanan Türk Medeni Kanununun mantığından bakmamışlardır. Bunlar, kişiler hukukunun konusunu, hem kişinin kişilik alanına giren konulara ve hem de aile hukuku alanına giren ilişkilere teşmil ettirmişlerdir.(1)

III. KİŞİ (ŞAHİS) VE KİŞİLİK (ŞAHSİYET) KAVRAMLARI

a – KİŞİ (ŞAHİS)

Her hakkın bir hak sahibine ait olduğunu, hiç bir hakkın boşlukta sahihsiz düşünülmiyeceğini ve bu hakka sahip olan varlıklara kişi (şahıs) dendiğini yukarıda görmüştük.(2) Kişiler Hukukunun temel direği kişi olduğundan, önce bu kavram üzerinde durulması gerekmektedir.

aa) – Modern ve Roma Hukukuna Göre

Hukuk dilinde kişi (şahıs), "person, personne" deyimlerinin karşılığı olarak kullanılır. Kişi kavramının dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır.

Dar anlamda kişi, hak ehliyetine sahip bulunan varlık anlamına girer. Hak ehliyetine sahip olmak ise, haklara ve borçlara sahip olabilmek demektir. O halde pandektist görüşe uygun olarak yapılan bu tanım, bizi, "Kişi, hak ve borçlara sahip olabilen varlıklardır" biçimindeki yargıya götürür. Ünlü Alman Hukukçusu Savigny'nin, Hak ehliyetini, "Kişilerin özel hukuk ilişkilerine katılabilmeleri için gerekli olan ehliyetir" şeklinde tanımlaması, yine verdiğimiz tanımın desteklemektedir. Çünkü sözü edilen ilişkiler, hak ve borç edinmeye yönelik olduğundan, sonuçta hak ehliyeti hak ve borçlar edinebilme olgusunu belirler. (3)

- (1) KARŞ, Ebu Zehre, Muhammed, *El Ahkam-üş Şer'iyye fi Ahval-iş Şahsiyye*, Mısır 1952, sh. 36 vd.; *Es Sibâi*, Mustafa Kitab-ul Ahval-iş Şahsiyye, Şam tarihsiz, sh. 27 vd.
- (2) KARŞ, Abdullah, Ahmet Ali, age, sh. 23; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 171; KEYRE, Hasan, *Usul-ul Kanun*, Mısır 1960, sh. 692
- (3) KÖPRÜLÜ, Bülent, age, sh. 362; ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 9; öte yandan, "Kişilerin Özel Hukuk ilişkilerine katılabilmeleri için gerekli olan yeteneğe hak ehliyeti denir" biçimindeki geleneksel tanımlama başta savigny olmak üzere çağdaş hukukçular tarafından eleştirilmiştir. Çünkü, bu tanımlamaya göre, irade sahibi olmayan (küçük çocuklar, akıl hastaları gibi) ve hukuki ehliyeti olmayan kişilerin hak ve borçlara sahip olamadıkları kanısı uyanır. Bu nedenle, sahip olmaktan çok, sahip olabilmeyi temel almak gerekir. KOSCHAKER —Ayiter, Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1971, sh. 77 vd.; ZEVKLİLER Aydın, age, sh. 4

Bu tanımdan kişinin iki ayrı yönü ortaya çıkmaktadır. Biri kişinin olumlu (aktif) yönüdür ki, bu, onun hak sahibi olabilmesidir; öteki ise olumsuz (pasif) yönüdür ki, bu da borçlar edinebilmesi durumudur. Bunlar birbirinden ayrılamayan ve hak ehliyetinin bütünlüğünü birlikte oluşturan öğelerdir. (1)

Kişi kavramının geniş anlamına gelince; bu yaklaşıma göre kişi, sadece hak ehliyetine sahip olan kimse değil, fakat aynı zamanda hukuki koruma sağlanan değerlerden (şeref, haysiyet, özgürlük vb.) oluşan bir varlık olarak anlaşılır. (2)

Türk Medeni Kanununun Kişiler Hukuku kitabında kişinin tanımı resen yapılmamakla birlikte, 8. maddenin ibaresinden çıkarmak mümkündür. Söz konusu maddede bütün şahısların medeni haklardan yararlandığı ve kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta eşit olduğu ifade edilmektedir. Bu düzenlemeden kişinin, hak ve borçlara sahip olabilen bir varlık olduğu dolayısıyla çıkarılabilmektedir. (3)

Öte yandan, hak sahiplerinin sadece fiziksel, biyolojik nitelik taşıyan insanlardan ibaret bulunmadığını burada hatırlatmalıyız. Bu nedenle, bütün çağdaş hukuk düzenleri ve bu arada Türk Medeni Kanunu, insanlar tarafından kurulan ve onlardan ayrı olarak, bağımsız bir kişilik taşıyan varlıkların da hak sahibi olduklarını ve dolayısıyla kişi kavramının kapsamına girdiğini kabul etmişlerdir. (4) Öz ifade ile, bir takım insan toplulukları ile mal toplulukları, hukukun öngördüğü şartların gerçekleştirildiği durumlarda insanlardan ayrı olarak hukuken kişi sayılmışlar, haklara ve borçlara ehil kabul edilmişlerdir. Hak ve borçlara sahip olabilenlerden insan olanlar Gerçek Kişiler (Hakiki Şahıslar), diğerleri ise Tüzel kişiler (Hükmi Şahıslar) diye adlandırılmaktadır. (5) İleride kişilerin çeşitleri hakkında bilgi verilirken bu konu üzerinde yeterince durulacaktır.

Kişi (Şahıs) kavramının, hukuki anlamda haklara ve borçlara ehil olan, yani hak sahibi olabilen ya da borç altına girebilen varlıkları ifade ettiğini Roma Hukukunda da görmek mümkündür. Roma Hukukçusu Gaius, *Institutiones* adlı eserinde şahıs kavramını bu açıdan ele almıştır. Justinianus'un C.I.C. derlemesinin "*Institutiones*" bölümünün ilk kitapları da bu anlamda kişiyi konu olarak almışlardır. (6) Ancak, hükmi şahıs (tüzel kişi) diye nitelendirildiğini belirttiğimiz, hukuken şahsiyet tanınan, yani hak ehliyetine sahip bulunan insan ya da mal toplulukları gibi varlıklardan söz edilmemiştir. Gerçekten, fiilen varlıklarını kabul ettirmeleri nedeniyle, hukuken tanınan ve bugün tüzel kişi dediğimiz varlıklara

(1) AKİPEK, *Jale, Türk Medeni Hukuku — Şahsın Hukuku*, Ankara 1961. sh. 2; ZEVKLİLER, *Aydın, age, sh. 3*

(2) ATAAY, *Aytemin, age, sh. 17*; ÖZSUNAY, *Ergun, age, sh. 9*

(3) *TMK.m.8*; ZEVKLİLER, *Aydın, age, sh. 3*

(4) Nitekim, *TMK'nun Şahsın Hukukuna ilişkin I. Kitabının 1. babında (Mad. 8—44) hakiki şahıslar, 8. babında (Mad. 45—81) ise, hükmi şahıslarla ilgili hükümler yer alır.*

(5) KÖPRÜLÜ, *Bülent, age, sh. 262—263*; KÖPRÜLÜ, *Bülent, Tüzel Kişiler, İstanbul 1978, sh. 9 vd.*; ÖZSUNAY, *Ergun, Medeni Hukukumuzda tüzel Kişiler, İstanbul 1982, sh. 67 vd.*; KARADENİZ, *Özcan, age, sh. 125*

(6) KARADENİZ, *Özcan, age, sh. 124.*

ilişkin olarak Klasik Roma Hukuku kaynaklarında "Persone (Kişi)" terimine raslanmamaktadır.(1) İleride Tüzel Kişiliğin Roma Hukukundaki durumu ayrıca ele alınacaktır.

bb – İslam Hukukuna Göre :

Türkçemize de geçmiş bulunan şahıs sözcüğünün arapçada etimolojik anlamı bir kim-
senin hayatı, varlığı demektir ve genellikle hayatta olan insan karşılığı olarak kullanılmak-
tadır.(2) Uygulama fıkıh eserleri ile fetva kitaplarında şahıs sözcüğü bu anlamda sık sık kul-
lanılmıştır.(3) Ancak, bu sözcük klasik İslam Hukuk eserlerinde terim olarak yerleşmemiş-
tir. Daha önce de bahsedildiği gibi, İslam Hukukçuları, şer'i hükümler için öngördükleri
öğeleri sıralarken "Mahkûmun Aleyh (Hakkında hüküm verilen kimse) diye bir terim gelişt-
tirmişlerdir.(4) Mahkumun Aleyh deyimini ile insan amaçlandığından, Şahıs ile ilgili huku-

ki durumlar bu kavram adı altında deatyl olarak incelenmiştir.

Bilindiği gibi İslam Hukukunda dini görünüm egemendir. Daha açık bir deyimle, bütün
hukuki kural ve düzenlemeler, ilahi emir ve yasaklar perspektifinden incelemeye tabi tutu-
lurlar. Bu nedenle, gerek hukuk sistematığının ve gerekse hukuk terminolojisinin, bu temel
düşünceye uygun olarak tesbitine son derece özen gösterilmiştir. Müelliflerin, insan kavra-
mını ifade etmek için "Mahkum-un Aleyh" terimini kullanması, insanın, Allah tarafından
fillerine göre muhakeme edilerek hakkında hüküm verilmesi itibariyledir. Binaenaleyh, in-
sanın işlediği fiillerin, Allah'ın koyduğu normlara uygun olması gerekmektedir. Böylelikle,
Mahkumun aleyh olan insanlar, eylemlerine göre farklı hukuki hükümlere konu olurlar. (5)

Öte yandan, İslam Hukukunda, modern hukukta kişi (Şahıs) diye nitelendirilen kav-
rama çok yakın bir terim daha yerleşmiştir. "Mükellef (Yükümlü)" diye anılan bu deyim,
Mahkum-ün aleyh teriminin özünü ifade etmekte, ve muşahhas yönünü yansıtmaktadır. Lü-
gat anlamı yüklenmiş olan kimse demek olan bu deyim, fıkıh terminolojisindeki anlamı,
ilahi emir ve yasaklara muhatap iken bunları yerine getirmemekten dolayı sorumlu tutu-
labilen insanlar demektir. Bir bakıma bu, insanın, emir ve nehiylerden ibaret bulunan yük
mesabesindeki şer'i vebeleri yüklenmiş olduğu anlayışından kaynaklanmaktadır.(6)
(7) Bu açıklamalardan anlaşılabilir ki, mükellef olabilmek için insan olmak lazımdır. Hat-

-
- (1) UMUR, Ziya, *Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi*, age, sh. 35; KARADENİZ, Özcan, age, sh. 126
(2) MUSTAFA, İbrahim—Ez Zeyyat, Hasan Ahmet—Abdülkadir, Hamit—En Neccar, Muhammed Ali—
Abdulkadir, Hamid, *El Mucam—ul Vasit*, Tahran 1972, Cilt 1, sh. 478; MEYDAN Larousse "Şahıs"
maddesi; LUIS, Ma'luf, *El Müncid "ŞHS" maddesi*,
(3) *Meseleci Metodu Uygulayan fıkıh eserleri ve fetva kitaplarında fıkhi hükme konu olacak herhangi bir
kişi, ya zeyd—amr ya da şahıs diye ifade edilmiştir.*
(4) MEDKÛR, Muhammed Selam, *Mebâhis—ül Hükm İnd-el Usulüyyin*, Kahire Tarihsiz, sh. 46; Ayrıca
bk. yukarıda sh. 21
(5) SAVA Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, Ankara 1955, Cilt 2, sh. 314
(6)
(7) EBU Zehra, Muhammed, *Usul-ul Fıkıh*, Mısır 1957, sh. 327; SAVA Paşa, age, Cilt 2, sh. 314

ta, daha da ötesi, bu insanın sorumlu tutulmayı sağlayacak akî ve zihnî olgunluğa da sahip olması gerekir. Binaenaleyh, ölümler ve cansız varlıklar mükellef kavramının dışında mütalaa edilmektedir. Çünkü, Allahın koyduğu hükümleri cansız varlıklara ve ölümlere tatbik imkanı bulunmamaktadır.(1)

Görülüyor ki, Şahıs (kişi) deyimi İslam Hukukunda terim olarak yerleşmediği halde, ifade ettiği hukuki anlam ve ilgili esaslar çeşitli vesilelerle incelenmiştir. Ancak, tüzel kişi (hükmi şahıs) diye adlandırdığımız insan ve mal toplulukları, şahıs yerine kullanılan "Mahkum-un aleyh" veya "Mükellef" kavramlarının içinde mütalaa edilmemiştir. Çünkü, daha önce de işaret edildiği vechile anılan terimlerin kapsamına sadece hayatta olan insanlar girebilmektedir.

Bununla birlikte, tüzel kişi (Hakiki şahıs) kavramı bağımsız bir konu olarak işlenmediği halde, uygulama fıkıh kitaplarında çeşitli vesilelerle ona değinilmiş ve bu kategoriye giren müessese veya topluluklar hakkındaki hükümler gerektiği gibi izah edilmiştir. Çağdaş İslam Hukuk bilginleri ise, şahıs (kişi) kavramına, hem hakiki şahısları ve hem de hükmi şahısları içine alacak bir içerik ve kapsam zenginliğini kazandırmaktadırlar.(2) İleride bu konu daha geniş olarak izah edilecektir.

b – KİŞİLİK (ŞAHSİYET)

Çağdaş hukuk dortrininde kişilik kavramı, kişi kavramından farklı olup ondan çok daha geniş kapsamlı bir anlam ifade etmektedir. Kişi kavramı, hak ve borçlar edinebilen varlıkları ifade ederken kişilik kavramı, kişiyi ve onun bu nitelikle sahip olduğu bütün hakları, kişiliğe ilişkin durumları ve hukukça korunan tüm kişisel değerleri de kapsamaktadır. (3) Bu duruma göre, kişilik kavramının dar ve geniş olmak üzere iki ayrı anlamının bulunduğundan söz etmek yanlış olmaz. Dar anlamda kişilik denilince, hak ve borçlara ehil varlıkların; geniş anlamda kişilik denilince de kişi kavramını da içine alan ve bunun dışında, kişiliğe giren tüm değerler ile kişisel durumları ve hakları (Toplum hayatının özel kişiliği, bilimsel, meslek ve sanat kişiliği, siyasal ve ekonomik kişilik gibi) kapsayan bir kavramın anlaşıldığı belirtilir. Kişiliğin bu çeşitli anlamları günümüzde hayli önemli addolunmakta ve gerekli müeyyidelerle de korunmuş bulunmaktadır. Görülüyor ki kişilik, kişinin varlığı ve bu varlığın gereği olarak sahip olduğu bedenî, cismanî hayatı ve manevî değerlerinin tümünü ifade etmektedir.(4)

(1) ÂMİDİ, İbnu Hasan Ali, *El İhkam Fi Ahkamil Kur'an*, Mısır 1914, Cilt 1, sh. 115, 216; SAVA Paşa, *age*, Cilt 1, sh. 161

(2) MURSI, Muhammed Kamil—Mustafa Seyid, *Usul-ul Kavanin*; Mısır 1923, sh. 408; ABDULLAH, Ahmet Ali, *age*, sh. 117 vd.; ŞABAN Zekiy-yüd Din, *age*, sh. 213 vd.

(3) ARSEBÜK, Esat, *Medeni Hukuk*, Cilt 1, İstanbul 1938, sh. 171; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı, *age*, sh. 100; ÖZSUNAY, Ergun, *age*, sn. 9

(4) KILIÇOĞLU, Şeref, *Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, Ankara 1982, sh. 4 vd.; TEKİNAY Selahattin, *age*, sh. 203 vd.; KÖPRÜLÜ, Bülent, *age*, sh. 263. Burada, hukuki anlamda kişilik kavramı ile psikolojik anlamdaki kişiliğin birbirleriyle karıştırılması gereğine işaret etmekte yarar vardır.

Öte yandan, bu iki kavramın birbirine karıştırılmamasını sağlamak için, doktrinde, hak ve borçlara ehil varlıkları belirtmek üzere kişi deyimini kullanılması uygun görülmüştür. Buna karşılık kişinin yetenekleri, kişilik alanına giren değerleri ve kişisel durumlarından oluşan bütünü belirtmek üzere de kişilik kavramının kullanılmasını yararlı olacağı kanatı yerleşmiştir.(1)

Türk Medeni Kanununun düzenleme şekli de yukarıdaki açıklamaları teyit etmektedir. Çünkü, "Şahsiyet" olarak belirtilen 1. faslın başlığı altında hak ehliyeti (M. 8-46), hukuki işlem ehliyeti (M. 9-47), kişilik alanına giren ve hukukça korunan beden tümlüğü, yaşam, sağlık, onur, özgürlük, ad ve resim üzerindeki haklar (M. 23-26), kişiliğin başlangıç ve sonu (M. 27-34) gibi sorunlara yer verilmiştir.(2) Demek oluyor ki, kişilik, kişinin ehliyetleri, kişilik alanına giren değerleri ve kişisel durumlardan oluşan bir bütünü ifade eden geniş kapsamlı bir kavramdır.

Kişilik (şahsiyet) deyimini, tıpkı kişi (şahıs) deyimini gibi ne Roma Hukuku, ne de İslam Hukuku terminolojisinde alışılmış bir kavram değildir. Bu deyimini ifade ettiği anlam ve muhteva başka deyimlerle ve değişik açılardan incelenmiştir. İslam Hukukunda alışılan bir terim olan "Mükellefiyet" ve "Zimmet" tabirleri, kişilik kapsamına giren durumların önemli bir bölümünü içermişlerdir.(3) Kişi kavramı açıklanırken bu konuda detaylı bilgi verildiğinden, burada tekrar edilmesine ihtiyaç duyulmamaktadır.(4)

IV. KİŞİLERİN ÇEŞİTLERİ

Kişi (şahıs) deyiminin, insanın sadece fizik varlığını değil, sosyal hayattaki rolünü ve hukuki anlamda onun hak sahipliği sıfatını ifade ettiği yukarıda gerektiği gibi izah edilmişti. Şimdi ise, hangi varlıkların kişi sayılacağı, dolayısıyla hangi varlıkların hak ve borçlara sahip olabileceği sorusuna cevap aramak durumundayız.

Kişi (Şahıs deyince ilk akla gelen insanlardır. Çünkü insan cinsinin her ferdi, doğal ve bağımsız bir şahsiyete sahip bulunmakla hak ve borçlara ehil durumundadır. Bu anlayış sonucunda hukuk düzenleri, insanları kişi olarak kabul etmiş ve onları gerçek kişiler, doğal kişiler veya fizik kişiler deyimlerini kullanmak suretiyle belirtmişlerdir.(5) Ancak, kişilik kavramı ile ilgili hukuki düşüncede meydana gelen gelişme, kişi olgusunu bu

(1) AKİPEK, *Jale, age, sh. 4*; ZEVKLİLER, *Aydın, age, sh. 7-8*

(2) TMK'nun ilgili maddeleri; EGGER/ÇERNİS, *İsviçre Medeni Kanunu Şerhi-Kişinin Hukuku, Ankara 1948, sh. 153*; AKİPEK, *Jale, age, sh. 5*

(3) KARŞ, *Umur, Ziya, age, sh. 35 vd.*; KARADENİZ, *Özcan, age sh. 125-126*; EZ Zerka, *Mustafa Ahmed, age, Cilt 3, sh. 236*; ABDULLAH, *Ahmed Ali, age, sh. 23 vd.*; SAVA Paşa, *age, Cilt, 1, sh. 161 ve Cilt 2, sh. 314*

(4) *Bak. Yukarıda sh.*

(5) *Türk Medeni Kanunu (mad. 8 vd) "Gerçek Kişiler", Mehaz İsviçre Kanununun almanca metni, "Doğal Kişiler (Natürlich Personen)" ve Fransızca metni ise "Fizik Kişiler (Personnes Physique)" deyimlerini kullanmıştır.*

dar ve tabii sınırdan uzaklaştırmış ve ona daha geniş bir çerçeve kazandırmıştır. Dini kurumlar başta olmak üzere, tek kişiye bağlı olmayan ve kamu yararına tahsis edilmiş bulunan yerlerin eski dönemlerden beri var olduğu ve fonksiyonlarını sürdürebilmek gayesiyle ihtiyaçlarını giderecek mali kaynaklara sahip bulunduğu; hatta adına akitler ve hukuki işlemlere girişildiği bilinmektedir. Bu nedenlerle, kişi kavramına insan olmayan ve fakat insan gibi hak sahibi olabilen bazı toplulukların da ithal edilmesi gereği hasıl olmuştur. (1) İnsanlardan ayrı olarak bağımsız bir kişiliği olan bu topluluklar dini, ahlaki ve bilimsel amaçlarla oluşturulabildiği gibi (ibadethane, dernek, vakıf vb. gibi), ticari kâr gütmek amacıyla da meydana getirilebilir (Şirketler gibi). Çağdaş hukukta, hak sahibi şahıs olmak bakımından insanlara "Gerçek Kişi", insan ve mal topluluklarına da "Tüzel Kişi (Hükmi Şahıs)" denilmiştir. (2)

Tüzel Kişilik deyimini bir hukuki terim olarak, Roma Hukuku ile İslam Hukukunda yerleşmediği halde, kavram ve muhteva olarak her iki hukuk sisteminde de işlenmiştir. İleride geniş olarak inceleneceği gibi, modern İslam Hukukçuları bu kavram üzerinde çok durmuşlar ve deyim olarak "Eş Şahsiyyet-ül itibariyye"yi seçme yoluna gitmişlerdir. (3)

Bu açıklamalardan sonra, kişinin çeşitlerini yeni anlayış ışığında ele almak ve önce gerçek kişileri, sonra da tüzel kişileri incelemek daha uygun görülmektedir.

1 – GERÇEK KİŞİLER

Kişilik (Şahsiyet) kaynağının ve üzerinde bina edilecek ana temelin insan olduğuna az önce işaret etmiştik. Gerçekten, kişi ve kişilik denilince akla hemen insan gelir. Bu gün, hemen hemen bütün medeni milletlerin hukuk düzenlemelerinde, insan olarak doğmuş bulunmak, kişi sayılmak ve dolayısıyla haklardan yararlanmak için yeterli görülmektedir. (4) Aslında hangi varlıkların kişi sayılması gerektiği yasa koyucunun güttüğü hukuk politikasına göre belirlenir. Çünkü insanın insan olmak sıfatıyla kişi (Şahıs) olarak kabul edilmesi insanlık tarihi açısından çok eski olmayan bir olgudur. Bu açıdan bakıldığında zaman, eski devirlerde insanların (özellikle köle ve kadınların) bile zaman zaman kişi sayılmadıklarına şahit olunmaktadır. Örneğin, Roma Hukukunda köleler, insan olmalarına rağmen kişi sayılmazlar, dolayısıyla hak ve borçlar edinemezler ve ancak hakların konusunu oluşturabilirlerdi. Başka bir deyimle, bunlar bir nesne, bir mal değerinde idiler. Böylece köle her çeşit hukuki muameleye konu olabiliyor, satılıp kiralanabiliyor ve efendisi tarafından öldürül-

(1) Ebu Talip, Sufi Hasan, *Mebâdi-ü Tarih-il Kanun, Mısır 1971, Cilt 2, sh. 298*; Er Zerka, Mustafa Ahmed, *age, cilt 3, sh. 236*; ÖZSUNAY, Ergun, *age, sh. 11*; DÖNDÜREN, Hamdi, *age, sh. 54*; KARŞ. Senhuri, Abdurrazık—Ebu Süteyt, Ahmed Haşmet, *Usul-ul Kanun, Mısır 1938, Cilt 2, sh. 297*

(2) Bkz, ÖZSUNAY, Ergun, *age, sh. 28 vd.*; KÖPRÜLÜ, Bülent *age, sh. 272 vd.*

(3) Bak. *sh. 50 vd.* Ayrıca Karş, Ez Zerka, Mustafa Ahmet, *age, Cilt 3, sh. 237*; ABDULLAH Ahmet Ali, *age, sh. 25 vd.*

(4) VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Vjldet, *age, sh. 57–58*; KARAMAN, Hayrettin, *age, sh. 173*; ÖZSUNAY, Ergun, *age, sh. 10*; DÖNDÜREN Hamdi, *age sh. 54*; ZEVKLİLER, Aydın, *age, sh. 4*

mesine bile izin veriliyordu. Eski Yunan, İran ve Cahiliyye dönemi arapların kölelere bakışı bundan farklı değildi. Hatta, Medeni Avrupa Devletlerinin sömürgelerindeki zenci kölelerin durumu da aynı idi. (1)

İslam Hukuku, o dönemin icapları gözününde bulundurularak kölelik müessesesini tamamiyle kaldırma yoluna gitmemiş; ancak köleliği doğuran nedenleri Savaş esirliği ile köle kadından doğmuş olmak gibi iki kaynağa indirgemıştır. Bunun yanında, İslam Hukuku kölelere ailedeki çocuklara benzer bir statü ile şefkat göstermeyi kurallaştırmış ve ilk defa bazı insani hakları tanımanın yanında hürriyete kavuşturulma imkanlarını genişletmiştir. (2) İslam Hukukunun öngördüğü bu çözüm, insanlık tarafından çok geç anlaşılmış; nihayet insanların alın-satımı geçtiğimiz yüzyılın sonlarına doğru yasaklanabilmiş ve kölelik kurumu da tarihe gömülmüştür. (2) Bu gün, İslam Ülkeleri başta olmak üzere dünyanın hiç bir yerinde köle ve kölelik mevcut değildir.

Şunu vurgulamak gerekir ki, kişilik kavramı insan denilen yaratığın mayasında gizlidir. İnsan olmak ile haklara sahip olmak arasında çok sıkı bir bağıllık mevcuttur. Yani, her insanın kişi sayılması zorunluluğu aklın gereğidir. Tüm insanlar bu konuda birbirine eşittir. Nitekim, günümüzde, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin ve ona paralel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. maddelerinde benimsenmiş olan temel ilkeler geçerlidir. Artık, bugün için insanların kişi sayılması ve bunda birbirleriyle eşit kabul edilmesi anayasaların teminatı altına girmiştir. (4) Bu yönden, İnsanlar arasında ayırım gözeten bir hukuk düzenine artık günümüzde raslamak zordur.

Diğer Yandan, kişi sayılmayı engelleyen kölelik, insanlık tarihinde uzun süre devam ederek kurumlaşma sürecini tamamladığı ve tarihi gelişim itibariyle bir çok devirlere ve hukuk sistemlerine damgasını vurduğu için burada izah edilmesinde yarar görülmektedir. Kölelik müessesesinin durumunu, en güzel biçimde Roma Hukuku ile İslam Hukuku yansıttığı için, bu iki sistemdeki yerini öncelikle belirtmek ve İslam Hukukunun bu alandaki reformuna işaret etmek kanaatimizce isabetli olur. İslam hukukçuları, köleliği bir ehliyet engeli sayarak ehliyet ile ilgili bölümde incelerken, kişiliğe gölge düşürücü niteliğini de belirt-

- (1) MARZO, Salvatore, *Roma Hukuku*, İstanbul 1954, sh. 30 vd.; Koschaker, P., *Modern Hususi Hukuka Giriş olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, Ankara 1975, sh. 76 vd.; Akipek, Jale, age, sh. 9; KARADENİZ, Özcan, age, sh. 129 vd. Yakın tarihte bile insan olduğu halde, bazı hukuk düzenlerinde kişi sayılmayan varlıkların bulunduğuna şahit olmaktayız. Örneğin, Nasyonel Sosyalizm Almanyasında, belirli ırk ve soydan gelenlere kişilik tanınmadığı ya da sınırlı kişilik tanındığı izlenmiştir. ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 99.; ZEVKLİLER, Aydın, age, sh. 4
- (2) LAHHABİ, M. Aziz, *İslam Şahsiyetçiliği (Terc. İ. Hakkı Akın)*, İstanbul, 1972, sh. 100 vd.; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 54; ayrıca bak. sh. ...
- (3) YALÇINTAŞ, Nevzat, age, sh. 47 vd. Örneğin, Amerika'da son zenci köleler mücadelesi 1865'de sona ermiştir. Osmanlı İmparatorluğunda da Abdülmecit tarafından zenci ticareti yasaklanmış olmakla birlikte, kölelik ve cariyeleşimin 19. yüzyılın sonlarına kadar varlıklarını sürdürdüğü kabul edilmektedir.
- (4) T.C. Anayasası (madde 2), Saymen, Ferit Hakkı, *Türk Medeni Hukuku Umumi Prensipler*, İstanbul 1956, Cilt 1, sh. 363 vd.; İMRE Zahit, *Mjdeni Hukuka Giriş*, İstanbul 1980, sh. 240; ATAAY, Aytekin, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul, 1980, sh. 363 vd.

mişlerdir. Bu nedenle, biz kişiliğe olumsuz yansımından dolayı köleliği önce Roma ve sonra İslam Hukukuna göre ele almayı uygun bulduk.

a – ROMA HUKUKUNDA KÖLELİK :

Bilindiği gibi, eski çağlarda kölelik bütün kavimlerde ortak bir kavram idi. Hatta kölesiz bir toplum düşünülemezdi. Gerçi, bütün insanların eşit olduğu düşüncesini temsil eden tabii hukuk fikri köleliği kıymıyor, eleştiriyor ve insanca hakların dışında kabul ediyordu. Ancak, bu fikrin savunucuları bile köleliğin kaldırılması değil, sadece onlara iyi davranılması gerektiği sonucuna varmışlardır. Nitekim, insanî nitelikleri üstün olan Hıristiyanlık dini bile sadece kölelere iyi davranılmasını salık vermekten öteye geçmemiştir.(1)

Öte yandan, o zamanki toplumların ekonomik hayatı için köle çok yararlı, hatta vazgeçilmez bir öge idi. Toplumun bütün maddî ihtiyaçlarını köleler giderir, ev işi görür, tarlalarda çalışırlardı. Özellikle, eski çağların çeşitli sanayi dallarında köle işgücü egemendi. Bugün saygın meslekler kabul edilen doktorluk ve avukatlık gibi hizmetleri bile köleler görürlerdi. Çünkü, bu tür hizmetleri özgür kişilerin para karşılığında görmesi o dönemin gelenegine göre ayıp sayılırdı.(2)

Roma tarihi boyunca varlıkları sürdürülen kölelerin toplumsal durumları, farklı siyasi ve ekonomik nedenler ve düşünce akımlarının etkisiyle farklılık göstermiş; ancak temel nitelikler değişmemiştir. O halde, bunları ana hatlarıyla görelim :

aa – Kölelerin Toplumsal Durumu :

Hukuki yönden hakkın süresi değil, hakkın konusu olarak görülen köleler gene de insan oldukları için "Persona (Kişi)" kavramı içinde düşünülmüş ve hukuki durumları personalara ilişkin hukukun kapsamı içinde düzenlenmiştir. Toplumsal açıdan kölelerin durumu ilk zamanlarda biraz daha iyi idi. Ailenin bir ferdi sayılan kölelere aynı baba hakimiyeti (Patria Potestas) altında bulunan özgür kişilerden çok farklı davranılmıyordu. O dönemde Roma'nın tarıma dayanan ekonomisi ailenin sınırlarını aşmadığından, köleler de öteki aile fertleriyle birlikte ailenin ekonomik faaliyetlerine katılıyor, ailenin bütün yaşamını bölüşüyorlardı.(3)

Öte yandan, ilk köleler, Roma'nın, komşularıyla yaptığı savaşlarda alınan esirler idi. Bunlar, Romalılar soyundan olup dil ve dinleri aynı olduğundan, Roma aileleriyle kaynaşmaları kolay oluyordu. Sayılarının azlığı nedeniyle fiatları yükseliyor ve bu durum onlara iyi davranılması, değer verilmesi sonucunu doğuruyordu. Artan savaşlar sonunda Roma'nın köle yığınlarıyla dolması, kölelerin yukarıda belirtilen toplumsal durumlarını değiştiri-

(1) KOSCAKAR, Paul, age, sh. 76 vd.; KARADENİZ: Özcan, age, sh. 129-130

(2) KARADENİZ, Özcan, age, sh. 130

(3) UMUR, Ziya Tarihi Giriş ve Kaynaklar, İstanbul, 1967, sh. 31 vd.

rerek aile içindeki yaşama şeklini kötüleştirdi. Tanınmayan uzak ülkelerden gelen yeni kölelerin dilleri, dinleri ve geleneklerinin farklı olması sebebiyle onlara karşı davranış biçimini olumsuz yönde etkiledi. Artık, köle deyince soğuk ve sevimsiz bir yaratık akla gelir oldu.
(1)

Şehir hayatının gelişmesi sonucu iki tip köle ortaya çıktı. Birinci tipi oluşturan köleler köylerde yaşıyor ve şehirde ikamet eden efendilerinin çiftliklerinde çalışıyorlardı. Kâhyaların insafına terkedilen bu kölelere çok kötü davranılıyordu. Bu köleler, son imparatorluk döneminde, üzerinde çalıştıkları tarlaların birer parçasıymış gibi toprakla birlikte alınıp satılıyordu. Bu hal, "Colonus (toprak köleliği)" kavramının doğmasına yol açtı. İkinci tip köleler ise şehirlerde, efendilerinin hizmetinde ve sosyal yönden oldukça iyi şartlar altında yaşıyorlardı. M.Ö. 2. Yüzyıldan itibaren, Romalılarda lüks, zevk ve eğlenceye düşkünlük artınca, artık köleler bir bakıma eğlence aracı durumuna geldiler. Bununla birlikte, yetenekleri ve bilgileri ile sivrilen bir kısım köleler, efendilerinin işlerini yürütmeye ve onlar adına hukuki işlemler yapmaya başladılar. Bu nedenle, kölelerin hukuki durumlarını belirleyen düzenlemelere ihtiyaç duyuldu.(2)

bb – Köleliğin Nedenleri

Roma Hukukuna göre köle olmak için ya köle olarak doğmak, ya da özgürlüğünü bazı nedenlerle kaybetmek gerekir idi.

aaa) Doğuştan Kölelik :

Roma'da gerek köleler, gerekse köleler ile özgürler arasındaki birleşmelerden doğan çocuklar, özgür olmak bakımından babaya değil, anaya tabi idiler. Böylece, köle bir kadının ister köle, ister hür bir erkekle ilişkisinden olsun, doğan çocukları köle sayılıyorlardı. Özgür bir kadının köle bir erkekten doğan çocuğu da aynı kurala göre özgür kabul ediliyordu. Klasik Hukuk Döneminde özgürlük konusunda kadının doğum sırasındaki statüsü önem taşıyordu. Kadın o anda hür ise çocuk da hür, köle ise çocuk da köle oluyordu. Daha sonra gebelik esnasında bir an bile kadının hür olması, çocuğun hür olarak doğması için yeterli görülürmüştür.(3)

bbb) Özgürlüğün Kaybolması Sebebiyle Kölelik :

Roma Hukukunda özgürlüğün yitirilmesine "Capitis Deminutio Maxima" deyimi kullanılırdı. Bu, çeşitli nedenlerden ileri gelebilirdi. Başlıcalarını şöylece sarılayabiliriz :

(1) KARADENİZ, Özcan, age, sh. 131

(2) KARADENİZ, Özcan, age, sh. 131

(3) MARZO Salvatore, age, sh. 32 vd.; KARADENİZ, Özcan, age, sh. 132

1 – Savaş Esirliği (Captivitas)

Savaş tutsaklığı (esirliği) Romalılarda en eski kölelik nedenidir. Savaşta yakalanan esire "Captivitas" denirdi. Bunlar sadece karşı tarafta savaşanlar değildi. Savaş sırasında yakalanan tüm düşman halkı diğer mallarla birlikte ganimet sayılır ve savaş esiri gibi muamele görürdü. Savaş esiri tereddütsüz öldürülebilirdi; fakat öldürülmeğe, hizmetinden yararlanmanın ya da satılıp para kazanmanın, daha kârlı bir yöntem olduğu kabul edilmiştir. Köle, satıldığı kimseye (efendiye) artık bağlı kalıyordu. Romalılardan da düşmana esir düşen, köle oluyordu. Ancak, esir düşüp köle olan Romalı, Roma'ya veya Roma ile dost olan başka bir ülkeye ayak bastığı an hukuk gereği (İpso Jure) hürriyete kavuşmuş olurdu. Roma Hukukunda bu olava "Postliminium" denirdi.(1)

2 – Ağır Ceza Sonucu Özgürlüğün Kaybolması

Bazı ağır cezalara çarptırılmış olmak özgürlüğünü yitirme ve köle durumuna düşme sonucunu doğuruyordu. Örneğin, bir kamu suçundan dolayı çarımha gerilmek, ya da kırılıkla ölüm cezasına çarptırılmak suretiyle cezalandırılan kimseler, köle durumuna düşüyorlardı. Keza, madenlerde ömür boyu çalışmaya, ya da gladyatörlerle dövüşmeye mahkum edilmiş kişiler de köle telakki ediliyordu. "Servus Poenae" adı verilen bunlar, kişilerin değil, çarptırıldıkları cezaların kölesi sayılıyordu.(2)

3 – Özgürlüğün Kaybolmasını Doğuran Diğer Nedenler

Borçlarını ödememekten dolayı mahkum olan Roma yurttaşları da belli şartlar altında köle durumuna düşüyorlardı. Bu durum, 12. Levha Kanununda gerektiği gibi düzenlenmişti. Praetor önünde süren mahkemede alacaklı, borçlusunu dilerse öldürebilir, dilerse onu köle olarak satabilirdi.(3)

Bir aile babası (Pater Familias) da egemenliği altında bulunan hür bir aile evladını Tiber nehrinin öte yakasında satarak köle durumuna düşürebilirdi.(4) Yine, askerlik görevinden bile kaçan kimseler (Indelectus) de Roma yurttaşı olmaktan çıkıp hak ehliyetini yitirir; böylece köle durumuna düşerlerdi.

Yirmi yaşını geçkin özgür bir Roma yurttaşı, kendisini köle gibi sattırırsa köle olarak kalırdı. Bu türden muvazaalı durumları önlemek gayesiyle, şakadan kendisini sattıran kimseye ceza olarak onun köle olması kabul edilmişti.(5)

(1) UMUR, Ziya, age, sh. 31 vd.

(2) KARADENİZ, Özcan, age, sh. 133

(3) KARADENİZ, Özcan, age, sh. 134

(4) TİBER Nehri, Roma Devletinin o zamanki sınırını teşkil ediyordu.

(5) Aslında Jus civile, bu tür özgürlüğün yitirilmesi şeklini tanımıyordu. Ancak, praetor bu yönde kararlar aldı. Senatus kararı da bu durumu onayladı. Justinianus ise çıkardığı bir emirname ile buna hukuki dayanak kazandırdı. KARADENİZ Özcan, age, sh. 134

Bunlardan başka, Klasik Sonrası Dönemde azat edilmiş bir kölenin, kendisini azat eden efendisine (Patronus) karşı nankörlük etmesi durumunda yeniden eski efendisinin kölesi olacağı kuralı kondu. Bu kural, Justinianus tarafından da onaylandı. (1)

cc – Köleliğin Son Bulması :

Bir kölenin, hürriyetini kazanıp hukuken kişi durumuna gelmesini sağlayan işleme "Manumisso (azat etme)" denirdi. Bu işlemle köle, hem efendisine tabi olmaktan kurtulur, hem de haklara ehil duruma gelirdi. Aynı zamanda Roma yurttaşlığını da kazanırdı. Efendinin, köle üzerindeki hakkından vaz geçmesi manumisso sayılmazdı. Çünkü bu, bir terk sayılır; isteyen kişi onu ele geçirmekle köle üzerinde mülkiyet hakkı kazanırdı. Oysa, manumisso işlemi, kölenin hukuki durumunu değiştiren bir işlem idi. Köleyi ancak efendisi azat edebilirdi. Ortak mal köleler ise bir veya bir kaç ortağın azat etmesi ile azat olamazdı. Onların hissesi de diğerlerine geçerdi. (2)

Azat etmenin çeşitli şekilleri var idi. Bunları aşağıda şöylece sıralayabiliriz :

aaa) Değnekle Azat Etme (Manumissio Vindicta)

Bu şekil, farazi bir özgürlük davası biçiminde olurdu. Köleyi azat etmek isteyen kişi, bir arkadaşı ile birlikte magistra önünde tıpkı gerçek bir özgürlük davası imiş gibi, değnekle kölenin başına dokunarak "Bu kişinin hür olmasını iddia ediyorum" derdi. Elinde de bir değnek olan efendi ise, ya susarak bu iddiayı zimmen kabul eder, ya da açıkça kölenin azat olmasını istediğini belirtirdi. Burada değnek egemenlik sembolü idi. Magistra da bu işlemi onaylar, böylece köle, özgürlüğüne kavuşurdu.

bbb) Sayım Yoluyla Azat Etme (Manumissio Censu)

Censor adı verilen magistraların, beş yılda bir yaptıkları sayımda efendinin rızasıyla özgürlerin listesine kaydedilen köle de, azat edilmiş sayılırdı. Ancak, bu işlem Censor'un köleyi layık bulmasına bağlı idi.

ccc) Vasiyetname ile Azat Etme (Manumissio Testamentu)

Efendi, vasiyetnamesinde ölümünden geçerli olmak üzere kölesinin azat olmasını belirtibilirdi. Bu azat etme şeklinin geçerli olması için, kölenin hem vasiyet sırasında ve hem de ölüm anında vasiyetname sahibine ait olması gerekirdi. Bu şekildeki azat etme şartı da bağlanabilirdi.

(1) Karadeniz, Özcan, sh. 134

(2) JUSTİNİA Nus zamanında bu gibi durumlarda diğer ortaklar hisselerini satarak kölenin azat edilmesine imkân sağlamak zorunda bırakıldılar; D. Marzo, Salvatore, age, sh. 32 vd.; KARADENİZ, Özcan age, sh. 140-141

ddd) Kilisede Azat Etme (Manumissio in Ecclesia)

Bu usule göre kölesini azat etmek isteyen efendi, bir kilisede veya din adamlarının önünde bu isteğini beyan ederdi. Böylece köle özgür olurdu. Genellikle bu azat etmeyi ispat için de bir de belge düzenlenirdi.(1)

eee) Dostlar Önünde Azat Etme (Manumissio Inter Amicos)

Bir kimse arkadaşlarının yanında, yani şahitler huzurunda kölesini azat ettiğini beyan ederse praetor bu köleyi özgür olarak kabul ederdi.

fff) Mektupla Azat Etme (Manumissio Per Epistulam)

Efendi, kölesine bir mektup yazarak onu azat ettiğini bildirirse, mektubun köleye ulaştığı anda praetor hukukuna göre köle, özgür duruma geçiyordu.

ggg) Sofrada Azat Etme (Manumissio Per Mensam)

Bir kimse, kölesini sofraya kendisiyle birlikte yemek yemeğe çağırırsa, bu çağrı kölenin azat olması sonucunu doğuruyordu. Çünkü, bir efendi kölesi ile yemek yiyemezdi.(2)

hhh) Hürriyetin Kazanıldığı Başka Durumlar

Bazı durumlarda azat etme işlemine gerek kalmaksızın kölenin özgür hale gelmesi mümkündür. Örneğin, efendisi tarafından terkedilen sakat köle, efendisi tarafından insanlık dışı davranışlara maruz kalan köle ve bir asker kaçağını ihbar etmek, ya da efendisini öldüren köleyi yakalamak gibi iyi bir davranışta bulunan köle de özgür sayılırdı.(3)

b – İSLAM HUKUKUNDA KÖLELİK :

Daha önce de işaret edildiği gibi, İslam Hukuku bulunduğu dönemin gereklerine uyarak köleliği kökten kaldırma yoluna gitmemiş; ancak tedrici olarak kalkmasını sağlayacak bir dizi tedbirler öngörmüştür. O dönemin ekonomik varlığı kölelerin iş gücüne dayandığından, köleliğin hemen kalkmasıyla bir ekonomik bunalımın ve sosyal huzursuzluğun doğması ihtimali uzak değildi. Diğer yandan, İslam düşmanlarının, ele geçirdikleri müslümanları köle yapmaları, karşı tarafı da böyle bir tedbiri almaya zorluyordu (mukabele-i bilmi-sil). Zaten, İslam Hukukuna genel olarak baktığımız zaman, bünyesine uymayan İslam'dan önceki müesseseleri ya tamamıyla kaldırmış (evlat edinme gibi), ya da ıslah etmek suretiyle zararlarını minimum noktaya indirgemıştır. Kölelik kurumu bu ikinci kısma sokulabilir.

(1) KARADENİZ, Özcan, age, sh. 148 vd.

(2) MARZO Salvatore, age, sh. 38 vd.; UMUR, Ziya, age, sh. 149 vd.

(3) UMUR, Ziya, age, sh; 35 vd.; KARADENİZ, Özcan, age, sh. 149 vd.

Ayrıca, İslam Hukukunun, kölelik statüsüne kazandırdığı insanca muamele şartı ve köleliği doğuran nedenleri büyük ölçüde sınırlaması gibi önemli adımlar burada kaydedilmeğe değer.(1)

Kölelerin Roma hukuk sistemi ile İslam Hukuk sistemine göre mukayesesinin daha iyi yapılabilmesi için, biraz önce Roma Hukukuna göre ele aldığımız köleliğin nedenleri, toplumsal durumu ve köleliğin son bulması gibi konuları burada da işlemekte yarar vardır.

aa) Köleliğin Nedenleri :

Roma Hukuku ile kıyaslandığı zaman İslam Hukukunun, köleliğin kaynaklarını büyük ölçüde azaltarak ikiye indirdiğini görmekteyiz. Hatta, köleliği doğuran iki nedenden köle olarak doğma şeklinin pratik değerinin olmadığını gözönünde bulundurursak, tek neden olarak savaş esirliği kaldığını söylemek mümkündür. Yine, biz iki nedeni de açıklamaya çalışacağız.

aa) Savaş Esirliği

İnsanlık tarihi ile birlikte savaşların sürüp gitmesi bilinen bir gerçektir. Müslümanlar ile İslam olmayanların da sürekli savaş durumunda sayıldıkları yine herkesçe bilinmektedir. İşte böyle bir savaş sırasında yakalanan esirler hakkında İslam Devlet Başkanının alabileceği alternatif kararlar mevcuttur. Bu alternatiflerden, İslam Devletinin yararına uygun olanının tercih edilmesi gereği doğaldır. Ancak, İslam Hukuk Ekolleri devlet başkanının seçmeye yetkili kıldığı bu alternatifler üzerinde görüş birliğine varmadıkları gözlenmektedir. O halde, bu ekollerin görüşlerini teker teker sergilemekte yarar mulahaza edilmektedir.

Hanefi ekolünün kurucusu Ebu Hanife'ye göre, savaş esirlerine aşağıdaki iki şıktan birisi uygulanır :

- 1 – Öldürme.
- 2 – Köle edinme

Bu Hukukçuya göre, eserlerin bir lütuf olarak salıverilmeleri nassa (İslam Hukuk kaynaklarının kesin hükmüne) aykırı olduğundan mümkün değildir. Hukukçuya göre, bu anlamda düşmanın gücünün artmasına katkı kabul edilmekte ve savaşan müslümanların hakkına da bir tecavüz sayılmaktadır. Hatta, esirleri para karşılığı azat etmenin dahi sakıncalı olduğu Hanefi ekolü tarafından ileri sürülmüştür. Çünkü düşmanın gücünün artmasına sebebiyet verilmesi şeklindeki malhuzur bu durumda da söz konusudur. Şu var ki, bu ekolün önemli simalarından İmam Muhammed, müslümanların mala, ya da paraya ihtiyaç duydu-

(1) Bkz. *EL Cassas, Ebu Bekir Ahmet Bin Ali Er Razi Ahkâmul Kur'an, Beyrut tarihsiz, cilt 5, sh. 269 vd.*; *LEHHABİ, M. Aziz, age, sh. 100 vd.*; *UÇOK, Coşkun—Mumeu, Ahmet age, sh. 77 vd.*; *YÜKSEL, Sadrettin, Dini ve İlmî İncelemeler, İstanbul, 1974, sh. 47 vd.*

ğu bir sırada, esirlerin, para veya mal karşılığında salıverilmesinde bir sakınca olmadığını belirtmiştir. Düşman esirleri müslüman esirlerle mübadele etmeye gelince, Hanefi ekolünde egemen olan görüşe göre mümkün görülebilmektedir.(1)

Şafii ekolünün görüşüne göre ise; İslam Devlet Başkanı veya onun adına komutan, aşağıda belirtilen dört husustan birini seçmekte serbesttir :

- 1 – Öldürme,
- 2 – Köle edinme,
- 3 – Mal karşılığı veya esir mübadelesi suretiyle serbest bırakma,
- 4 – Fiydesiz salıverme

İslamı kabul etmesi halinde esirin öldürtülmesi imkânsız hale geleceğinden böyle bir durumda, diğer üç alternatiften biri tercih edilir.(2) Görülüyorki, Şafii ekolü esirlere karşı takınılacak tavrın alanını daha da genişletmeş bulunmaktadır.

Maliki ekolünün kurucusu İmam Malik'e gelince, komutanın şu üç husustan birini seçmekte serbest olduğunu söylemiştir :

- 1 – Öldürme,
- 2 – Köle edinme,
- 3 – Esirlerle mübadele etme

Esirlerin karşılıksız salıverilmesi bu ekole göre caiz görülmemektedir. (3)

Savaş sırasında esir alınan kadınlar ile çocukların durumu farklıdır. "seby" denilen kadınlar ve "Zerari" adı verilen çocukların öldürülmesi, bütün İslam Hukukçularının oy birliğiyle caiz görülmemiştir. Bunlar hakkında uygulanacak en kötü ihtimal köle yapılmalıdır.(4)

Kısaca bu durumlarını belirttiğimiz savaş esirleri, hükümdar tarafından köle olarak ilan edilirse, bunların beşte bir miktarı "beyt-ül mal" denilen devlet hazinesine ayrılır. Geri kalan kısım ise savaşanlar arasında hisselerine göre bölüştürülür.(5)

- (1) *EL Mâverdi, Ali Bin Muhammed, El Ahkamüs Sultaniyye Vel Velayet-üd Diniyye, Mısır 1969, sh. 145; BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul 1967, Cilt, 3, sh. 399; El Haskefi, Alaaddin Muhammed, age, Cilt 4, sh. 138-140*
- (2) *Şirbinî, Muhammed El Hatip, Muğn-il Muhtaç, Mısır 1958, Cilt 4, sh. 227 vd.; ERDEBİLİ, Yusuf, age, Cilt 2, sh. 359; Nevevi, Muhyeddin Yahya, El Minhac, Mısır 1958, Cilt 4, sh. 228*
- (3) *DÖNDÜREN Hamdi, age, sh. 55; EL Mavardi, Ali Bin Muhammed, age, sh. 146*
- (4) *İbn-i Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 4, sh. 139; EL Cassas, Ebubekir Ahmed, age, cilt 5, sh. 272; NEVEVİ, Muhyeddin Yahya, age, cilt 4, sh. 230*
- (5) *EL Erbili, Yusuf age, Cilt 2, s0. 359.*

bbb) Doğumdan :

Dişi köle (cariye) nin doğurduğu çocuğun babası, efendisinden başka birisi ise, doğan çocuk köle olarak devam eder. Başka bir deyimle, dişi köle zina mahsulu bir çocuk doğurur veya habersiz bir birleşme ya da erkek köle ile evlenme sonucu çocuk dünyaya getirirse bu çocuk, köle olarak doğar. Daha önce de belirtildiği üzere, Roma Hukukuna göre ister efendisinden, ister başkasından olsun, dişi köleden doğan bütün çocuklar behemehal köle kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, İslam Hukuku köleliğin bu nedenini iyice daraltmış ve pratikte çok az raslanan bir şekle sokmuştur. Böylece, köleliğin nedeninin sadece savaş esirliğine inhisar ettiğini söyleyebiliriz. (1)

Öte yandan, Roma'da ve diğer ilkel toplumlarda olduğu gibi, insanın yoksulluktan ötürü kendi kendini satması, babası veya velisi tarafından satılması, askerlik yapmaktan dolayı köle yapılması alacaklının borcunu ödememekten dolayı satılması veya 19. yüzyıl Amerikasında olduğu gibi insanların ticaret amacıyla ve zorla satılması suretiyle meydana gelen kölelik şekilleri İslam Hukukunca tanınmamış; üstelik şiddetle karşı çıkmıştır. (2)

bb) Kölelerin Toplumsal Durumu :

İslam Hukukçuları, kölelik statüsünün gerekçesini, küfüre, yani İslam düşmanlığına verilen ceza biçiminde izah etmişlerdir. Yoksa, insanın mal olarak telakki edilmesi İslam düşüncesiyle bağdaşmamaktadır. Aslında İslam hukukunda köle, tam anlamıyla mal sayılmamaktadır. Kölenin miras yolu ile intikali düşünülürse maldan farksız olduğu görülür; ancak hukuki bakımdan efendi, kölenin maliki değil, koruyucusu sayılır.

İslam Hukukunu inceleyip iki çiltlik eser meydana getiren Fransız araştırmacı Sava Paşa, bu hususta şöyle der : "Her şeyden önce şurasını zikretmek lazımdır ki, köle İslamiyette bir mal olarak telakki edilmemektedir. Kölelik, İslamiyette hali harpte esarete düşen gayri müslimin, İslamiyeti kabul etmemesi dolayısıyla vücuda gelmiş hususi bir vaziyeti ictimaiyeden ibarettir." (3) Bu görüş, tüm insanların Allah önünde eşit oldukları anlayışından kaynaklanmaktadır. Bu düşünce sebebiyle, İslam Toplumunda kölelerin sosyal ve toplumsal durumu diğer ilkel kavimlerdekinden çok daha değişik bir konumda seyretmiştir.

İslam Hukukuna göre köle, efendisinin himayesinde sayıldığı için aile fertlerinden biri olarak addedilmektedir. Bundan ötürü efendi, kölesini ayırık tutamaz, haksızlık yapamaz ve hiç bir şekilde işkence veremez. Köleyi de ancak çocuklarını azarlayabildiği ve dövebil-

(1) ÜÇÖK, *Coşkun—Mumcu, Ahmet, age, sh. 78*; SAVA Paşa, *age, cilt 2, sh. 339 vd.*; YÜKSEL, *Sadrettin, age, sh. 48*; LEHHABİ, *M. Aziz, age, sh. 104*

(2) Karş, *KARADENÖZ, Özcan, age, sh. 132—135*; MUR, *Ziya, age, sh. 35 vd.*; ŞİRBİNİ Muhammed El Hatıyb, *age, cilt 4, sh. 491 vd.*; EL Haskafî, *Alaaddin Muhammed, age, cilt 4, sh. 146 vd.*; DÖN-DÜREN, *Hamdi, age, sh. 54*.

(3) SAVA Paşa, *age, cilt 2, sh. 339—340*

diği durumlarda azalır ya da döver. Yine efendinin, kölesinin giyimini, yemeğini, ibatesini ve diğer zaruri ihtiyaçlarını mutadın dışında ihmal etmeye hakkı yoktur. Böyle bir durumun ortaya çıkmasında mahkeme yolu açıktır. şekilde köleye gücünün düşünde bir iş yüklemek de yasaktır. Kısaca, insan olmak sıfatıyla köle, insanlık dışı hiç bir işleme maruz bırakılamaz.(1)

Kölenin maddi haklarının olmamasına karşılık, manevi hakları mevcuttur. Mesela, onuruna karşı vukubulan saldırıyı deffetmek amacıyla mahkemeye davacı olarak başvurabilir.

Keza, bir ceza hukuku davasında da hakkını mahkeme nezdinde savunabilir. Hukuk davalarında ise köle, davacı ve davalı olarak bulunabilirse de bu husustaki kazanç ve kayıp efendiye aittir. Diğer yandan, kanının bedelini alma hakkı da köleye tanınmıştır. Demek oluyor ki, kölenin beden tümlüğü diğer insanlar gibi saygı görmekte ve her türlü saldırıdan korunmuş bulunmaktadır. Bu konuda en ilginç nokta, efendinin, sahip olduğu köleyi kasden öldürdüğünü itiraf etmesi halinde, efendinin de kısas cezası ile öldürülmesinin gerekli olduğudur.(2)

Köle, bazı haklarının kısıtlı olmasına karşılık, dini yükümlülüklerin bir kısmından bağışık tutulmuştur. Örneğin, kölenin Cuma namazı ile Bayram namazına gitmesi zorunlu değildir. Yine, ceza hukuku kurallarının öngördüğü bazı cezaların ancak yarısı köleye uygulanabilir. Böylelikle İslam Hukukunda kölenin kaybettiği ve kazandığı haklar arasında bir denge sağlanmaya çalışılmıştır.(3)

Efendisinden çocuğu olan ve "Ümm-ül veled" adı verilen dışı kölelerin durumu daha iyi bir durumdadır. Örneğin, bu dışı kölelerin satılması yasaktır. Ayrıca efendilerinin ölümü ile bunlar, başka bir işleme gerek olmadan hukuk gereği (ipso jure) özgürlüğe kavuşurlar. (4)

cc) Köleliğin Son Bulması :

İslam Hukununun, kölelerin sosyal durumunu düzeltmekle yetinmeyip köleliğin yavaş yavaş ortadan kalkması için bir zemin oluşturduğunu yukarıda söylemiştik. Şimdi ise, köleliğin sena ermesi için öngörülmüş şekilleri sıra ile görelim :

aaa) Azat Etmek İşlemi ile :

Kölenin, özgürlüğe kavuşması için en esaslı ve yaygın olan şekil, kölenin azat edilme-

- (1) *İslam tarihi, kölelere iyi davranıldığını gösteren örnekler ile doludur. Hz. Ömer'in , beraber yolculuk yaptığı kölesi ile münavebe suretiyle ata binmesi bu örneklerden biridir. Ayrıca bkz. Nevevi, Muhyeddin Yahya, age, cilt 4, sh. 238; LEHHABİ, M. Aziz, age, sh. 104 vd.*
- (2) *Molla Hüseyin, Mir'at-ul Usul, İstanbul, 1313, Cilt, 2, sh. 441 vd.; HÜSEMİ, İbn-i Hacer Ahmed Tuhfet-ul Muhtaç, Mısır cilt 10, sh. 414, SAVA PAŞA, age, cilt 2, sh. 340*
- (3) *İZMİRİ, Muhammad, Haşiyet-u Mir'at-ul Usul, İstanbul, 1313, cilt 2, sh. 441 vd.; Şirbinî, Muhammed El Hatıyb, age, cilt 1 ve 4, sh. 130 ve 427 vd.; ERDEBİLİ, Yusuf, age, cilt 2, sh. 359 vd.*
- (4) *UÇOK, Coşkun-Mumcu, Ahmet, ga, sh. 79; ŞİRBİNİ, Muhammed El Hatıyb, age, cilt 4, sh. 241 vd.*

sidir. Azat etme işlemi üç biçimde ortaya çıkabilir :

1) Efendi, kendi rızasıyla ve bir maddi karşılık beklemezsizin kölesini azat edebilir. Efendinin bir irade beyanı ile bu işlem tamamlanmış olur. Kölenin azat edilmesi, dini bakımdan çok hayırlı ve manevi sevap kazandıran bir hareket kabul edildiği için, İslam toplumunun sık sık başvurduğu bir ameliye olmuştur. Burada efendinin, kölesini azat etmekten güttüğü amaç, sadece Allahın rızasına kavuşmaktır. (1)

2) Herhangi bir kimse istediği bir köleyi para mukabili azat ettirebilir. Bu şekle göre kişi, efendiyi para veya mal karşılığında ikna ederek köleyi özgürlüğe kavuşturur. Bu davranışın altında yatan, birincisinde olduğu gibi azat etmenin manevi sevabına erme düşüncesidir. (2)

3) Köleyi azat etme ameliyesinin zorunlu olduğu durumlar da mevcuttur. İslam Hukukunca yasak olan bazı fiillerin vukuu halinde, failin, bir köleyi azat etme işlemine başvurması, dini yönden kaçınılmaz olur. Örneğin, yalan yere yemin eden orucunu özürsüz bozan karısını mahremlerinden birine benzetme sözünü söyleyen ve adam öldüren kimse, mutlaka bir köleyi özgürlüğe kavuşturmak durumundadır. Bu zorunlu işleme, günahattan temizlenmek anlamına gelen "keffaret" adı verilmektedir. Görülüyor ki, ilk iki şekil ihtiyari olduğu ve bütünüyle kişilerin isteklerine bağlı bulunduğu halde, bu son şekil mecburi olup bir vecibe olarak kişiye yüklenmektedir. (3)

bbb) Akitle:

Efendi ile köle arasında yapılacak bir akit sonucunda da köle özgürlüğüne kavuşabilir. Bu akde "akd-ı mükâtebe" denilmektedir. Söz konusu akit gereğince, köle kendisine bir değer biçtirir ve bu değerde parayı kazanıp ödemeyi taahhüt eder; efendisi de anılan para ödendiğinde onu azat etmeye söz verir. Bu sözleşmeden itibaren köle, taahhüt ettiği miktarı getirip ödeyinceye kadar kendi hesabına çalışır. Başka bir ifade ile, kazancı efendisine değil, kendisine ait olur. "Esnaf-ı Semâniye" diye bilinen zekatın verildiği sekiz gruptan biri de, efendisine borçlu durumda olup özgürlük beklentisi içinde bulunan bu şekildeki kölelerdir. (4)

-
- (1) ÜÇOK, *Coşkun—Mumcu, Ahmet, age, sh. 78; İBN—İ Abidiyn Muhammed Emin, age, cilt 4, sh. 139 vd.; BİLMEN, Ömer Nasuhi, age, cilt 3, sh. 399 vd.; EL PEZDEVI, Ali, Mirkat-ul Vusu, İstanbul 1313, cilt 2, sh. 442 vd.*
- (2) *EL Mâverdi, Ali Bin Muhammed, age, sh. 145 vd.; EL Haskefi Alaaddin Muhammed, age, cilt 4, sh. 138 vd.; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 340; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 443*
- (3) *EL Erdebili, Yusuf, age, cilt 2, sh. 280 ve 359; HEYSEMİ, İbn-ı Hacer, Ahmed, age, cilt 7 ve 10, sh. 160 ve 416; LEHHABİ, M. Aziz, age, sh. 105*
- (4) *ER Remli, Muhammed, Nihayet-ul Muhtaç, Mısır tarihsiz, cilt 8, sh. 352; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 341; ÜÇOK, coşkun—Mumcu Ahmet, age, sh. 140—141; İZMİRİ, Muhammed, age, cilt 2, sh. 442; ŞİRBİNİ, Muhammed El Hatip, age, cilt 4, sh. 429*

ccc) Vasiyet ile;

Bir kimse vafatından sonra kölesinin azat olmasını vasiyet edebilir. Böyle bir durumda efendinin vasiyeti geçerli olup ölümü anında köle, hukuk gereği özgürlüğe kavuşur. Özgürlüğü ölüme bağlanmış bu köleye İslam Hukukunda "müdebber" denilmektedir. (1)

ddd) Efendisinden çocuğu olan dişi kölelerin, efendinin ölümü ile özgür hale geldiğine yukarıda işaret edilmişti. Gerçekten, bunu da köleliğin son bulması şekillerinden saymak mümkündür. Bu hususun dayanağı Hz.Ömer'in, bu yöndeki görüşünü beyan etmesidir. İlk bu konuda uzun tartışmalar çıkmışsa da, sonunda bütün hukukçularca kabul edilmiş ve dört ekolün de tasvibini almıştır.(2)

B – GERÇEK KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI VE SONU

Her canlı varlık gibi insanın da bir başlangıcının ve sonunun olması doğaldır. Hukuk düzeni, insanın fizik varlığının ortaya çıktığı an ile sona erdiği an arasındaki zaman kesiti içinde onu kişi olarak tanımlar ve bu alandaki münasebetlerini düzenler. Bu bakımdan, Roma Hukukundan başlayarak zamanımıza kadar gelen bütün hukuk sistemleri, kişiliğin ne zaman başladığını ve ne zaman sona erdiğini belirleyen kesin kuralları koymak zorunluğunu duymuşlardır.

a) Kişiliğin (Şahsiyetin) Başlangıcı:

Modern İslam Hukukçuları hukuki anlamda kişiliğin, sağ doğması şartıyla çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren başladığını söylemektedirler. Anılan hukukçular, klasik İslam hukuku eserlerinde, Ceninin, tıpkı sağ bir insan gibi bir takım hakları elde edebileceğinin zikredildiğini göz önünde bulundurarak böyle bir yargıya vardıklarını söylemektedirler. (3) Bilindiği gibi, cenin ana karnında doğuma yönelik gelişme halinde olan ve henüz doğmamış olan varlıktır. Ehliyet bölümünde de etraflıca anlatılacağı üzere, modern hukukta olduğu gibi İslam Hukukunda da, cenini korumaya yönelik tedbirler meyanında ona bazı haklar tınmıştır. Ceninin mirasçı olabilmesi, lehine vasiyet veya borç ikrarı yapılabimesi ya da vakıf kurulabilmesi gibi işlemler bu haklar cümlesindedir. Unutmamak gerekir ki, bu hakların elde edilmesi, bir an bile olsa, çocuğun sağ doğması gibi geciktirici bir şarta bağlıdır. Aksi takdirde, cenin yok hükmünde sayılarak herhangi bir hüküm terettüp ettirmez. Darp, cinayet ve benzeri müdahaleler ile ölü doğan cenin, sağ olarak takdir edilir ve sağ ol

-
- (1) BİLMEN, Ömer Nasuhi, *age*, cilt 3, sh. 399; EL Cassas Ebubekir Ahmed, *age*, cilt 5, sh. 272, Nevevi, Muhyeddin Yahya *age*, cilt 4, sh. 438; EL Haskefi, Alaaddin Muhammed, *age*, cilt 4, sh. 146
- (2) ÜÇOK, Coşkun-mumcu, Ahmed, *age*, sh. 141; EL Maverdi, Ali Bin Muhammed, *age*, sh. 146 vd.; İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, *age*, cilt 4, sh. 147; EL Heysemi, İbn-i Hacer Yahya, *age*, cilt 10, sh. 420
- (3) EL Kurdi, Ahmed El Haci, *El Ahualüš Şahsiyye, Dimaşk (Şam) 1986*, sh. 14; EZ Zerka, Mustafa Ahmet, *age*, cilt 3, sh. 240; KARAMAN, Hayrettin, *age*, sh. 174; ZEVKLİLER, Aydın, *age*, sh. 23

ması varsayımına dayanılarak miras kuralları uygulanır. Diğer yandan, ceninin muhtemelen sahip olacağı bütün mallar doğum anına kadar bekletilmek durumundadır. (1)

Az önce belirtilen bu hakların, cenine daha ana rahminde iken tanındığını gözönünde bulunduran çağdaş İslam Hukukçuları, tabii hukuk yandaşlarına ve Fransız Hukukuna uyararak kişiliğin başlangıcını cenin dönemine kadar götürmüşlerdir. (2) Bu görüşün taraftarlarından ünlü İslam Hukukçusu Mustafa Ahmet Ez Zerka, bu fikri savunurken: ". Sözü edilen hakların varlığına hükmedilmesi, cenin için bir kişiliğin mevcut olduğunu gerektirmektedir. Kişilik olmasaydı bu hakların varlığından da söz edilemezdi. Nitekim pozitif hukuk ile bütün çağdaş Medeni Kanunlar bu hakların cenine tanınmasında ittifak halindedir. Mısır ve Suriye medeni kanunlarının 31. maddeleri ve Irak medeni kanununun ilgili maddesi kişiliğin, tam ve sağ doğumla başladığı ilkesini getirmesi çelişkili bir durum arzietmekte ve söz konusu haklar ile bağdaşmamaktadır. Çünkü, kişilik olmadan haklardan nasıl söz edilebilmektedir? Belki de bu kanunlar, doğum olayının, hakların kaderini çizdiği noktastan hareket etmiş olabilirler. Fakat doğumla meydana geldiğini kabul ettiğimiz kişilik, geriye yürümekte ve gebeliğin ilk anına kadar dayanmaktadır. Hatta Fransız kanunu, kişiliği doğum anına bağlayan ilk düzenlemeyi değiştirerek yerine, cenin döneminin, kişiliğin başlamasına esas olduğunu içeren hükmü getirmiştir. Zaten, Roma Hukukundaki baskın görüş de bu yöndedir. Şu halde, adı geçen İslam Ülkelerinin Medeni Kanunlarında da kişiliğin, gebe kaldığı anda başladığı ilkesi yer alsaydı, hem İslam Hukukuna ve hem de modern yabancı hukuklara uygunluk bakımından daha iyi olurdu" (3) şeklinde beyan etmektedir.

İslam Hukukunda kişiliğin, günümüz İslam Hukuk bilginlerinin iddia ettiği şekilde, gebeliğin ilk anından itibaren başladığı fikrine şu gerekçelerle katılmıyoruz:

1- Bilindiği gibi, gerçek kişilik ancak insan için söz konusu olabilir. Oysa, henüz bir nutfe (damla) olan spermanın, insan olduğunu söylemek hem tıbben ve hem de hukuken mümkün görülmemektedir. Kaldı ki, bu varlık, akibeti meçhul bir yaratık görünümündedir. Ne olduğu ve ne olacağı belli olmayan bir nesneye kişilik tanımak ise hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır. (4)

2- Klasik İslam hukukçuları, hak ve borçlara sahip olma yeteneği demek olan hak ehliyeti (vücup ehliyeti) için eşdeğer bir kavram geliştirmişlerdir. "Zimmet" diye bilinen

-
- (1) *EL Erdebili, Yusuf, el Anvar 1'i A'mal-il Ebrar, Mısır tarihsiz, cilt 2, sh. 7-13; EBU Zehra, Muhammed, age, sh. 331; Döndüren Hamdi, age, sh. 56; ayrıca bak. sh.*
- (2) *EGGER/ÇERNİS, age, sh. 339-340; VELİDEDEOĞLU, Hifzı Veldet, age, sh. 31; Ayrıca bak, Akipek, Jale, age, sh. 14*
- (3) *EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, sh. 241-242; ayrıca karş. EL Berâzi, Muhsin, Kitab-ul Hukuk-il Medeniyye-l Fransiyye, Mısır 1931, cilt 1, sh. 56-57*
- (4) *Karş. Mardin, Şerif, Şahsın Hukuku Dersleri, kısım 1, İstanbul 1932, sh. 232 vd.; ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 17 vd.; AKİPEK, Jale, age, sh. 14*

bu deyim, ileride izah edileceği üzere, kişinin leh ve aleyhinde hak yaratabilmesi yetkisini veren ve her insanda mevcut kabul edilen itibari (takdiri) bir özelliktir. Bu nedenle, Zimmet'in söz konusu olmadığı yerde hak ehliyetinden (dolayısıyla kişilikten) söz edilemez. Oysa, bütün İslam hukukçuları, cenin için zimmet olgusundan bahsedilemeyeceğini sarahaten ifade etmişlerdir. Böylece, ceninin de kişi olmadığı kolayca ortaya çıkmaktadır. (1)

3- İddia sahipleri, belki de kişilik ile hak ehliyeti (vücut ehliyeti) kavramlarını muhteva bakımından aynı kabul etmekten hareket etmişlerdir. Çünkü kişi demek, hak ehliyetine sahip olan varlık demektir. Hak ehliyetinin ise, haklara sahip olmak ve borçları kabul etmek gibi iki yönü bulunmaktadır. Bu anlayış sonunda, anılan bilgiler, ileride de görüleceği gibi, cenin için, sadece hakları elde edebilmesi yönünü gözönünde bulundurarak, eksik vücut ehliyetini öngörmüşlerdir. Bu eksik ehliyetin varlığından da kişiliğin mevcut bulunduğu sonucunu çıkarmışlardır. (2)

Kanımızca bu yaklaşım da bir zorlamadan ibarettir. Çünkü, İslam Hukukuna göre vücut ehliyeti kavramının eksik veya tam olarak gerçekleşmesinden söz etmek mümkün olduğu halde, kişiliğin bölünmesinden söz açmak bize göre imkansızdır. Yani, soyut bir kavram olan kişilik, hak ehliyeti (vücut ehliyeti)'nin bütününden ibarettir; dolayısıyla, kişilik ya vardır ya da yoktur; eksik veya tam olması düşünülemez. Yani, tam veya eksik olma durumu kişilik için değil, ancak ehliyet için düşünülebilir. Diğer yandan, cenin hak ehliyeti kapsamına girenler hakların tümü değil, sadece bir kısmıdır. Örneğin Vasiyet, Vakıf, İkrar ve Miras gibi haklar cenin tarafından elde edilebilirken, bağışlama ve lehine alım-satım gibi diğer hakların elde edilmesinden söz edilememektedir. Oysa, kişiliğin tanınması durumunda bütün bu haklardan yararlanılması gerekecektir.

4- Klasik Fıkıh eserlerinin çoğunda; ceninin ölü doğması halinde, söz konusu hakkın tekrar bunu bahşedene veya mirasçısına döneceği ifade edilmektedir. Buna neden olarak da ceninin ehliyete (dolayısıyla kişiliğe) sahip bulunmadığı bu eserlerde açıkça zikredilmektedir. (3)

5- Öte yandan, insan yapısında şekillenmiş bir ceninin ölü olarak düşmesine, cinayet ve benzer yollarla sebep olan kimseye, "Gurre" adı verilen bir mali ceza (tazminat) terettüp etmektedir. Gurrenin miktarı 1500 gram gümüş civarındadır. Oysa ceninin insan şekline henüz girmemiş olduğu aşamalarda böyle bir ceza gerekmemektedir. Öte yandan, sağ olarak doğan cenin, çok kası bir süre sonra bile olsa önceki darp sebebiyle ölürse tam bir insa-

(1) ES Serahsi, Ebu Bekr Muhammed, Usul-us Serahsi, Beyrut tarihsiz, cüz 2, sh. 333; EL Cebbûri, Salih Cum'a Hasan, El Vjlayetü Ala-n Nefs, Fiş Şeriatü-l İslammiyye, Şam 1979, sh. 19; HAFİF, Şeyh Ali, El Hak vez Zimmet, Mısır Tarihsiz, I. Basım, sh. 86

(2) EL Cebbûri, Salih Cum'a Hasan, age, sh. 19 vd.; ZUHAYLİ, Vehbe, age, 4. cüz, sh. 117 vd.; EZ Zerkha, Mustafa Ahmet, age, cilt 2, sh. 747 vd.

(3) EL Haskefi, Muhammed Alaaddin, Dürr-ul Muhtar, Mısır 1966, cilt 5, sh. 599-600; İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, Redd-ul Muhtar, Mısır 1966, cilt 5, sh. 600

nın diyeti icap eder.(1) Bu farklı durumları cenine kişilik tanıma olayı ile bağdaştırmak imkansızdır. Çünkü, İslam Hukukuna göre çocuğun ana rahmine düştüğü zamandan insan şeklini alacak ana kadar geçen diğer aşamalar için herhangi bir hüküm yer almamıştır. Eğer kişilik kabul edilseydi herhalde ona dair bir kayıt da yer alırdı. Oysa, sağ olarak doğan cenine karşı yapılan cinayetin cezası tam bir insan diyetine yükselmektedir.

Bütün bu açıklamalardan çıkan sonuç şu ki, ceninin ana karnına düşmesi anında hak ehliyetinin sonuçları (dolayısıyla kişilik), işlemeye başlamaz ve ancak ileride çocuğun sağ doğması şartıyla işlemeye başlar. Sonra, cenine bir takım hakların tanınması, ona kişilik verildiğinden değildir. O düzenlemenin temelinde, ceninin haklarını ve çıkarlarını koruma amacı yatmaktadır. Bu koruma geciktirici şarta bağlı bir korumadır. (2)

Demek oluyor ki, cenin nev-i şahsına münhasır bir statüye sahiptir. Bu özel durumu nedeniyle bir kısım hakları insani mulahazalarla koruma altına alınmıştır. İslam Hukukunda, kişiliğin başlangıcı fikrimize göre doğumla başlamaktadır. Türk-İsviçre Medeni Kanunları başta olmak üzere bir çok çağdaş hukuk sistemleri de bu esası benimsemişlerdir. (3)

Kişiliğin doğumla kazanılmasının da iki şartı vardır:

aa) Doğumun Tamamlanması:

Kişiliğin başlayabilmesi için çocuğun tam doğmuş olması gerekir. Bu hususta İslam Hukuku ile Çağdaş hukuk arasında bir fark göze çarpmaktadır. İslam Hukukuna göre doğumun tam sayılabilmesi, çocuğun tümüyle ayrılmasına ve bağımsız bir varlık kazanmasına bağlı değildir. Çocuk bedeninin yarısından fazla bölümünün çıkmış olması, kişiliğin başlaması için yeterli görülmektedir. Bunun temelinde "Çoğa verilen hüküm aza da geçerlidir" kuralı yatmaktadır. (4)

Çağdaş hukuka ve özellikle Türk-İsviçre Medeni Kanunlarına göre ise, çocuğun tam doğmuş sayılabilmesi için ana bedeninden tümüyle ayrılmış ve bağımsız bir varlık kazanmış olması lazımdır. Ancak, bu görüşe göre dahi, göbek bağının kesilmiş bulunması ve "Plasenta" denilen çocuk eşinin de ana bedeninden ayrılması zorunlu değildir. Ayrıca doğumun doğal yoldan olması ile hekim müdahalesiyle (sezeryan) olması arasında da bir fark

(1) EL Erdebili, Yusuf, *El Anvar, Li Amal-il Ebrar*, age, cilt 2, sh. 294—295; DÖNDÜREN Hamdi, age, sh. 56; Ez Zerka, Mustafa Ahmed age, cilt 2 sh. 750—751; İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emir, age, cilt 6, sh. 377—378

(2) Karş. Velidedeoğlu, *Hıfzı Veldet*, age, sh. 31

(3) Bak. Saymen Ferit Hakkı, age, cilt 2, sh. 27; İMRE, Zahit, age, sh. 332; KÖPRÜLÜ, Bülent, age, sh. 232 vd.

(4) MEDKÜR, Muhammed Selam, *El medhal Fil Fıkhı-l İslami*, Kahire 1966, 3. basım, sh. 436—437 Zuhayli, Vehbe, age, 4. cüz, sh. 119; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, sh. 240; SAYMEN, Ferit Hakkı, age, cilt 2, sh. 27

bulunmamaktadır. (1)

bb) Çocuğun Sağ Olarak Doğması

Kişiliğin başlamış sayılabilmesi için yalnızca tam doğum yeterli olmayıp çocuğun ana bedeninden sağ ayrılmış olması da zorunludur. Sağ doğmak, çocuğun ana bedeninden yaşayarak ayrılması ve bir an yaşamış olması anlamına gelir. Hem İslam Hukukuna ve hem de modern hukukdaki egemen görüşe göre doğan çocuk ana bedeninden ayrıldıktan bir kaç dakika sonra ölse bile, yaşadığı o kısa zaman içinde kişilik kazanmış sayılır. Bunun hukuki önemi, çocuğun annesinden ayrıldığı an ile öldüğü an arasındaki birtakım hakları ve borçları kazanması sonucunda kendisini gösterir. Örneğin, o kısa dönemde kendisine miras bırakacak kişilerin ölümü ile çocuk, mirastan doğan hak ve borçları kazanacağı gibi kendisine yapılan bağışları da kazanır. (2)

İslam Hukuku sağ doğumdan söz edilebilmesi için sınırlı belli ölçüleri öngörmemiştir. Bu şartın gerçekleşmesi bakımından, belirli hayat belirtilerine üstünlük tanınması İslam Hukukçularınca kabul edilmiştir. Örneğin, doğan çocuğun soluk alması, ağlaması, kalbinin atışları veya hareket etmesi onun doğal yaşayışının belirtileri sayılır. Bunlar ve bunlara benzer diğer belirtiler yoksa, çocuk hukuk açısından ölü doğmuş sayılır. (3)

Çağdaş hukuk da bu konuda İslam hukukundan farklı düşünmemekte ve hayat emaresi sayılan her belirtiyi sağ doğum için yeterli görmektedir. Ancak, bu konunun tıp bilimine yollanmasını gerekli bulanlar olduğu gibi, çocuğun mide ve bağırsaklarının çalışmış olmasına göre belirleneceği görüşünde olanlar da vardır. Bununla beraber, 1950 yılında toplanan Dünya Sağlık Örgütü (WHO), soluk alıp verme ve kalp atışları gibi belirtileri ana ölçü olarak kabul etmiştir. (4)

Çocuğun sağ, ya da ölü olduğuna ilişkin iddialarda ispat yükü İslam Hukukuna göre olsun, Türk Medeni Kanununda olsun, bunu iddia eden tarafa aittir. Bu yöndeki iddianın tesbitinde başvurulabilecek delillerin başında doğum ve ölüm sicilleri gelmektedir. Bunlar da gerçek durumu yansıtmayacaksa, delil sınırlaması söz konusu olmayıp herhangi bir yolla ispatlanabilir. Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) ile 1950 tarihli Çekoslovak Medeni Kanunu, İspat yükünü, ölü olduğunu ileri süren tarafa yüklemiştir. (5)

- (1) *TMK. Mad. 27; Mısır Miras Kanunu Mad. 43; Mısır Medeni Kanunu Mad. 31; ARSEBÜK, Esat, Medeni Hukuk—Başlangıç ve şahsın Hukuku, İstanbul 1938, cilt 1, sh. 171; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, age, sh. 207; ATAAY, AYTEKİN, age, sh. 38*
- (2) *KADRİ Paşa, El Ahvalüş Şahsiyye, Mısır 1942, Mad. 540, 631; EL CEBBURİ, Salih Com'a Hasan, age, sh. 20; EGGER/ÇERNİS, age, sh. 337-338; DURAL, Mustafa, age, sh. 17; AKİPEK, Jale, age, sh. 13*
- (3) *İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 227; EL KURDİ, Ahmed El Hacci, age, sh. 16-17; ES SERAHSİ, Ebu Bekr Muhammed age, cilt 2, sh. 333 vd.*
- (4) *KÖPRÜLÜ, Bülent, age, sh. 234-235 5; ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 14-15; DURAL, Mustafa, age, sh. 16*
- (5) *TMK. Mad. 28,29; HUMK. Mad. 36; Nüfus K. Mad. 16-21; ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 13-14; ZEVKLİLER, Aydın, age, sh. 19*

cc) Sağ Doğuma İlişkin Çeşitli Haller

1- Yukarıda açıklandığı üzere İslam Hukukuna göre, çocuğun sağ olarak doğması yeterli olup ayrıca yaşama yeteneğine sahip olması gerekmez. Türk-İsviçre hukuku, Alman Hukuku ve bir çok modern kanunlar da bu ilkeyi benimsemiştir. Oysa, Fransız Medeni Kanunu, kişiliğin var sayılabilmesi için çocuğun yaşama yeteneğine sahip olması gerektiğini düzenlemiştir; fakat, ne kadar yaşaması gerektiğini belirtmemiştir. İspanyon Mjdeni Kanunu ise, da da ileri giderek çocuğun en az 24 saat yaşamış olması gerektiği şartını getirmiştir. (1)

2- İslam Hukukuna göre, yalnızca insan soyundan gelmiş olmak yeterli olmayıp, doğan çocuğun insan yapısına ve biçimine sahip olması; başka bir deyimle, en azından insan şekline benzemesi de gerekir. Böyle olunca, hilkat garibesi olup insana benzeyen tarafı olmayan varlıklar kişi sayılmaz. Prusya Devletleri için Genel Land Kanunu (ALR) ile Saksonya Krallığı Medeni Kanununun, bu çözümü kabul etmelerine karşılık, Alman Medeni Kanunu ile Türk-İsviçre Medeni Kanunları bu görüşe karşı çıkmışlardır. (2)

3- Pandekt Hukukunun egemen olduğu dönemde savunulan ve Pandekt Hukuku sonrasında da etkisi görülen bir görüşe göre ise, çocukta hem yaşama yeteneği ve hem de insan biçiminde olma şartları birlikte aranmıştır. İspanyol Medeni Kanunu bu görüşü tamamiyle benimsemiş görünmektedir. Alman Hukukunda bir süre kabul edilen bu görüş, daha sonra terk edilmiştir. (3)

b) GERÇEK KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ

Bir canlı varlık olması hasebiyle insanın da bir sonunun olacağına ve böylece sahip bulunduğu kişiliğin de sona ermesi gerektiğine yukarıda işaret etmiştik. Kişi, ölümle beraber hak sahibi olmaktan çıkar ve kişiliğe bağlı tüm haklar da son bulur. Çünkü, ölüm olayı ile insan, toplumunun bir üyesi sayılmadığından, hak kavramı üzerinde herhangi bir paa sahip değildir.

Ölümün gerçekleşmesi iki şekilde olur. Birin i şekil kişinin, hayatını kaybedip gerçekten ölmesi; ikinci şekli ise, ölüm kesin olarak bilinmemekle beraber hakim bu yönde karar vermesidir.

aa) Ölüm (Gerçek Ölüm):

İslam Hukuku, ölümün tesbiti üzerinde fazla durmayarak bir insanın yaşadığını göste-

(1) ATAAY, *Aytekın*, age, sh. 39; ÇERNİS—EGGER, age, sh. 339.

(2) VELİDEDEOĞLU, *Hıfzı Veldet*, age, sh. 30; DURAL, *Mustafa*, age, sh. 19—20; AKİPEK, *Jale*, age, sh. 12; KÖPRÜLÜ, *Bülent*, age, sh. 234 vd.; ATAAY, *Aytekın*, age, sh. 39

(3) EGGER—ÇERNİS, age, sh. 339

ren belirtilerin kaybolması durumunda ölümün varlığını kabul eder. Genellikle bu, ruhun bedenden ayrılması şeklinde nitelendirilmektedir. Modern hukuk doktrini ise, ölümün tesbiti işini tıp bilimine bırakmıştır ki, bu konuda iki anlayış gelişmiştir. Birincisi biyolojik ölüm anlayışıdır ki, buna göre hayat belirtisi olan kalp atışlarının durması veya solunumun kesilmesi halinde ölümden söz edilir. İsviçre'de Federal İstatistik Bürosu ile 1950 yılında toplanan Dünya Sağlık Teşkilatı (World Health organization) bu anlayışı benimsemişlerdir. Beyinsel ölüm anlayışı adı verilen ikinci anlayışa gelince, buna göre, ölüm beyin hücrelerinin ölmüşi ile başlar ve yavaş yavaş gerçekleşir. Onun akabinde de diğer organların harap olması izlenmektedir. Fransa Bakanlar Kurulunun 1947 tarihli kararı ile İngiliz organ Aktarması Derneğinin kararları bu görüşü desteklemektedir, Aynı görüşün Hollan'da ve Alman Cerrahi Derneği tarafından da kabul edildiğini görüyoruz.(1) Türkiye'de ise yasal bir düzenleme olmamakla beraber, Türk Tabipler Birliğinin 18.4.1949 tarihli kararından ve yargıtayın 1972 tarihli kararından bu iki şartın birlikte arandığı anlaşılmaktadır.(2)

Ölüm olayının her zaman görülebilir şekilde ve maddi bir sonuçla tesbitine imkan yoktur. Bazı durumlarda ölenin cesedi bulunmayabilir. Modern hukuk, ölümüne kesin gözle bakılabilecek şartlarda ve olaylarda kaybolup, cesedi de bulunmayan kişiyi hakimın kararı gerekmesizin ölü saymaktadır. Böylece ölümün sonuçları yasa gereği kendiliğinden doğar. İslam Hukukunun üç ekolüne göre, böyle bir durumda bile, tıpkı gaiplikte olduğu gibi hakimın ölüm ile ilgili karar vermesi gerekmektedir. Hanbeli ekolünün görüşü ise modern hukuka biraz daha yakındır. Öte yandan, birlikte ölüm karinesini, hem İslam Hukuku ve hem de Çağdaş Hukuk farksız bir şekilde kabul etmektedirler. frneğin, zincirleme trafik kazası, uçak kazası, gemi batması ve deprem gibi olaylarda ölenlerden hangisinin diğerlerinden önce öldüğünün tesbiti oldukça zordur. Böyle durumlarda adı geçen karine gereğince ikisinin birlikte öldüğü kabul edilir ve birbirlerine mirasçı olamayacaklarına hükmedilir. Bu bir karine olduğundan, tersi de isbat edilebilir; yani onlardan birinin daha önce veya sonra öldüğü kanıtlanabilir.(3)

Ölüm, kişilerin miras, aile, eşya ve borçlar hukuku ile ilgili ilişkilerinde önemli sonuçlar doğurur. Bunlar ehliyeti kısıtlayan sebepler bölümünde inceleneceği için, burada çok kısa bir işaret ile yetinilmesi daha yararlı olacaktır.

Kişiliğin ölümle sona ermesi doğaldır. Ancak, zimmet ve ehliyetin bütün etkilerini hemmen yok etmez. Çünkü, hayatta iken yapılan işlerle ilgisi olan haklar bakımından, ehliyet

- (1) *EL Haskefi, Muhammed Alaaddin, age, cilt 2, sh. 189; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 32-33; DÖNDÜREN Hamdi, age, sh. 57, Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, sh. 188-189; DÜRAL: Mustafa, age, sh. 26*
- (2) *Yargıtay 1. Cd. 11.8.1972, E. 2697, K. 3634; İBD, 1972 sayı 9-10, sh. 978-979; BİLGİN, Arif, Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, İBD, Eylül Ekim 1968 eki-1, İstanbul, 1968; Ayrıca bak. Akipek, Jale, age, sh. 216 vd.*
- (3) *EDİS, Seyfullah, Medeni Hukukun başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, sh. 370 vd.; TMK. Mad. 28, 29; Nüfus K. Mad. 37; Y. 2. HD. E. 78/4913, K. 78/4975 sayılı ve 20.6.1978 tarihli kararı; Yasa Hukuk Dergisi, Ağustos 1978, sh. 1415; İBNİ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 4, sh. 295; EL Erdebili, Yusuf, age, cilt 2, sh. 6 Köprülü, Bülent, age, sh. 244 vd.*

ve zimmet'in, kısa da olsa ölümden sonra devam ettiğini söyleyebiliriz. Örneğin, ölümden önce kurulan oltaya, sahibinin ölümünden sonra balık takılırsa, bu balıklar ölenin mülkü sayılır. Buna karşılık, lehine vasiyet ve hibe mümkün değildir. Ölen kişinin borçları bakımından ise iki görüş bulunmaktadır. Bunları ileride ilgili bölümde izah etmeye çalışacağız.
(1)

bb) Gaiplik (Takdiri, Ölüm—Hakimin Kararıyla Ölüm)

aaa) Genel Olarak

Gaiplik, yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen, fakat ölmesi pek muhtemel olan bir kişinin halidir. Aslında, İslam Hukuku terminolojisine göre, kaybolan ve hem yeri, hem de yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen kimseye "Mefkud" adı verilmektedir. Buna karşılık, yaşadığı bilinmekle beraber nerede olduğu bilinmiyorsa o takdirde "Gaip" deyiimi itlak olunur. Böylece gaiplik terimi, Türk Hukuk Sisteminde değişik bir anlamda kullanılmaktadır. Biz yine Türk Hukuk Literatüründeki şekli ile kullanalım.(2) Gaibin durumunu çözmeye çalışan hukuk sistemleri üç gruba ayrılmaktadır :

1 – Birinci sisteme göre, gaip olan kişi için aranan şartların gerçekleşmesi halinde gaipliğine değil, ölümüne karar verilmektedir. Alman hukukunda uygulanmakta olan bu sistem, gaip hakkında ölmüş bulunma halini esas almaktadır. İsviçre Medeni Kanunu yürürlüğe girmeden önce bu memleketteki kantonların çoğu bu sistemi uygulamıştır.(3)

2 – Diğer bir sistem ise Fransız Hukuku sistemidir. Bu sistemde ölüm kararı diye bir şey tanınmadığı gibi, gaip olan kişi hakkında ne ölü, ne de sağ olduğu konusunda herhangi bir karine aranmamaktadır. Bu sistem yalnız bir kanıt kuralına dayanır. Bu sistemde ilk aşamada kişinin mal varlığının korunması için mahkemeden önlem istenir ve bir temsilci seçilir. Gaip gelmezse ikinci aşama başlar, gaipliğe karar verilir ve belli bir süre geçmekle mirasçılar mirasa geçici olarak el koyabilirler. Uzun bir sürenin geçmesi ve artık gaibin yaşadığı ihtimalinin zayıflaması sonunda ise, üçüncü aşama başlar ki, bu takdirde mirasçılar mala kesin olarak el koyabilirler. İsviçrede Medeni Kanundan önce, İtalyan ve Fransız kantonları bu sisteme tabi idi.(4)

-
- (1) EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 242; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 33; EL Haskefi, Muhammed Alaaddin, age, cilt 4, sh. 292 vd.
(2) MUSTAFA, İbrahim—Ez Zeyyat, Ahmed Hasan—Abdulkadir, Hamid—en Naccar, Muhammed Ali, age, cilt 2, sh. 703; KARAMAN Hayrettin age, sh. 175—176; EGGER—ÇERNİS, age, sh. 351 vd.
(3) SAYMEN, Ferit Hakkı, age, sh. 37 vd.; DURAL, Mustafa, age, sh. 30 vd.
(4) KÖPRÜLÜ, Bülent, age, sh. 251—252; ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 223—224; ZEVKLİLER, Aydın, age, sh. 400—402
cilt 3, sh.

3 – İslam Hukukunda uygulanan ve bu iki sistemin karması olan bir üçüncü sistem daha vardır. İslam Hukuku, hem Fransız sisteminde olduğu gibi gaibin mallarının mahkemece koruma altına alınarak bir temsilci seçilmesini ve bir süre sonra da mallara geçici olarak el konmasını öngörür ve hem de belli şartların gerçekleşmesiyle hakimın ölüm kararı vermesi ile ölüm sonuçlarının uygulanmasını düzenler. Türk-İsviçre hukuku da bu sisteme daha yakın olmakla birlikte, İslam Hukukundan farklı olarak ölüm yerine, gaiplik kararının istenebileceğini düzenlemektedir.(2)

bbb) Gaip (Mefkud) İle İlgili Hükümler

Kaybolduktan sonra uzun süre kendisinden haber alınamayan, yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen ve Türk Hukukunda gaip diye anılan kimseye İslam Hukukunda "Mefkud" dendiğini yukarıda söylemiştik. Mefkud ile ilgili hükümler, İslam Hukukunun hem usul ile ilgili, hem de uygulamaya ilişkin eserlerinde geniş ölçüde yer almaktadır. İslam Hukukunun, gaibin (mefkudun) durumunu düzenleyen kurallardan yoksun olduğu iddiası bütünüyle yersizdir.(1) İslam Hukukunu inceleyen kimse, gaiplik ile ilgili hükümlere geniş biçimde yer verildiğini anlamakta güçlük çekmelidir. İslam Hukukunun gaibe ilişkin bazı hükümlerini şöylece sıralayabiliriz :

1 – Gaip (Mefkud), kendisine ait eski haklar açısından sağ imiş gibi işlem görür. Diğer bir ifadeyle, daha önce kazandığı haklar kendisine ait olmakta devam eder ve ölümüne hükmedilmedikçe kimseye intikal etmez. Bu kural gereği, karısı evlenemeyeceği gibi malları da mirasçılarca hemen bölüştürülemez. İslam Hukukuna göre tarafların ölmesiyle kira sözleşmesinin sona ermesi gerektiği bilinmekte ve fakat bu kural burada uygulama alanı bulmamaktadır. Çünkü gaibin (mefkudun) öldüğü henüz kesinleşmemiştir.(2)

2 – Gaip, başkasından kazanacağı yeni haklar açısından ise ölü mesabesinde. Bu nedenle, başkasına mirasçı alamaz ve lehine yapılan vasiyete hemen hak kazanamaz. Ancak payına düşen kısım ve kazandığı diğer haklar, onun hakkında verilecek hükme kadar bekletilecektir. Sağ olarak denmesi halinde ise, bunları alabilmesi tartışılmamalıdır.

3 – Mefkudun mallarını korumak ve alacaklarını teslim almak maksadıyla, gerekirse bir temsilci hakim tarafından atanır. Bu temsilcinin yetkisi, malları korumaya ve hakları

(1) Bak. Velidedeoğlu, *Hıfzı Veldet*, age. cilt 1, sh. 120

(2) İBN-ÜL Hümmam, *Kemalüd Din Muhammed Bin Abd-ul Vahit, Feth-ül Kadiyr, Bulak (Mısır) 1315 cilt 4, sh. 444-445; KADRİ Paşa, El Ahval-uş Şahsiyye, Mad. 570-581; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 875-176*

teslim almaya inhisar ettiğinden, gaibin leh ve aleyhinde açılacak davalarda taraf olmasına yetmemektedir.(1)

4 – Hakim veya temsilci, gaibin, nafakasını ödemek zorunda olduğu yakınlarının nafakasını ödeyecektir. Temsilci, nafakaya yetecek miktarı gaibin malından ayıracaktır.

5 – Mefkud'un ölümüne karar verilmesi, ancak onun akrabası (yaşatları) göçüp gittikten sonra mümkün olabilir. Akrabalarının tesbit edilmesi mümkün değilse, bu takdirde, gaip doksan yaşına ulaşınca ölümü mahkemecé kararlaştırılabilir.(2)

6 – Ölüm tehlikesi içinde kaybolan mefkud hakkında verilecek ölüm kararı tamamiyle hakimnin takdirine bırakılmıştır. Ölüm ihtimalinin yüksek olduğu bu durumlarda hakim, öldüğüne kesin göz ile bakılabilecek uygun bir sürenin geçmesinden sonra, ölümüne karar verecektir.(3)

7 – Maliki ekolü, gaibin karısı ile ilgili olarak daha ilginç bir görüşe sahiptir. Bu ekole göre, gaipten dört yıl haber alınmaması halinde, hakim tarafından nikâhın feshi yoluna gidilebilir. İmam Şafii'nin ilk görüşü de bu yönde olmuş; ancak sonradan fikrinden dönmüştür. 1917 tarihinde çıkarılan Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi de bu ekolün anılan görüşünü benimsemiştir. Söz konusu kararname, savaşta kaybolunması durumunda arkadaşlarının dönüşünden bir yıl sonra, fesih hakkının doğduğunu ayrıca derpiş etmektedir.(4)

Türk Medeni Kanunumuza göre ise, ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde, ölüm tehlikesinin üzerinden bir yıl geçtikten sonra, hakimden gaiplik kararının verilmesi istenebilir. Uzun süreden beri haber alınmama nedeniyle meydana gelen gaiplik durumunda ise, son haber tarihinden itibaren beş yıl geçtikten sonra hakime başvurulabilmektedir. Türk Medeni Kanununun İslam Hukukundan bir farkı da gaiplik kararının, gaibin evliliğini ortadan kaldırmadığıdır. Medeni Kanun, eşin, mahkemedeki ya gaiplik davası ile birlikte, ya da ayrı olarak evliliğin iptalini istemesi gerekir. Oysa, İslam Hukukuna göre ölüme karar verilmele, evliliğin iptali dahil, bütün sonuçlar kendiliğinden doğar. Diğer bir fark da şurada kendi-

(1) *EL Haskefi, Muhammed Alaaddin, age, cilt 4, sh. 292 vd.; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, sh. 253 vd., Döndüren, Hamdi, age, sh. 57-58*

(2) *EL Erdebili, Yusuf, age, cilt 2, sh. 6; İBN-L Hümmam Kemal-üd Din Muhammed Bin Abdul Vahit, age, cilt 4, sh. 445;*

(3) *İBN-İ Abdiyn, Muhammed Emin, age, cilt 4 sh. 297; EL Erdebili, Yusuf, age, cilt 2, sh. 6; Ayrıca bak. El Cebburi, Salih Com'a Hasan, age, sh. 193 vd.*

(4) *Hukuk-ı Aile Kararnamesi Mad. 128-129; İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 4, sh. 295; İBNÜL Hümmam, Kemalüd Din Muhammed, age, cilt 4 sh. 440-444; KADRİ Paşa Kodu, Mad. 571-581*

ni göstermektedir: Medeni Kanuna göre, gaiplik kararı ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumu için verilmişse, bu tehlike tarihinden, uzun süreden beri haber alınmama sebebiyle verilmişse son haber tarihinden itibaren hükümlerini doğurur. Halbuki İslam Hukukunda durum değişiktir. Kendi malları bakımından ölüm kararı, hükmün verildiği andan itibaren geçerlidir. Örneğin, gaibin malları hükmün verildiği anda mirasçı olanlarca bölüştürülür. Hükümden önce ölenlere bir şey yoktur. Başkasının malı bakımından ise, karar geriye yürüterek kaybolma anına kadar gitmektedir. Örneğin, gaibe vakfedilmiş olan mallar gaibin mirasçılara değil, vakfedenin öldüğü andaki mirasçılara verilecektir.(1)

2. TÜZEL KİŞİLER

Hangi varlıkların kişi sayılacaklarını belirlemenin bir hukuk politikası meselesi olduğuna ve bu işin yasa koyucuya düştüğüne yukarılarda değinmiştik. Bu nedenle, hukuk düzenleri, ait olduğu toplumda geçerli olan siyasi, ekonomik, kültürel, ahlaki ve hatta dini inançların sonucu olan genel düşünce akımlarına bağlı olarak daha geniş veya daha dar bir gruba hukuki anlamda kişi (şahıs) kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle, günlük hayatın bazı gerçekleri gözönünde tutularak insanlar dışındaki bazı varlıklara da kişilik tanınmıştır.(2)

Bilindiği üzere, insanların tek tek belirli bir amaca ulaşmasının çok güç olduğu çoğu durumlarda, birden çok kişinin güçlerini birleştirerek birlik ve dayanışma yoluyla bu amaca ulaşmaları daha kolay olur. İşte ortak bir amaç çevresinde toplanarak bir araya gelen kişilerin oluşturdukları bu topluluğa, o kişilerden bağımsız bir kişilik tanınmıştır ki, buna tüzel kişilik (Hükmi Şahsiyet) deyiimi uygun görülmüştür. Diğer yandan, bir kişinin, belirli mallarını sürekli bir amaca tahsis etmesi durumunda da bir tüzel kişilik söz konusudur. İster şahıs topluluklarından, ister mal topluluklarından oluşsun, bir tüzel kişi, gerçek kişilerden daha uzun süren bir yaşama sahiptir. Bu açıklamalar ışığında tüzel kişileri şu şekilde tanımlamak mümkündür: "Kendisini oluşturan insan ve mal topluluğundan bağımsız olarak ve belirli bir amaca yönelik biçimde, başlı başına bir varlığı olmak üzere ortaya çıkan insan ve mal topluluklarına tüzel kişiler denilir"(3)

- (1) DURAL, Mustafa, *age*, sh. 35 vd.; EGGER-ÇERNİS, *age*, sh. 353 vd.; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, *age*, cilt 3, sh. 254-255; BAYRAKTAR, Köksal, *age*, sh. 188 vd.; İBNÜL Humam, Kemal-üd Din Muhammed Bin Abdul Vahid, *age*, cilt 4, sh. 445; İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, *age*, cilt 4, sh. 297; VELİDEDİOĞLU, Hıfzı Veldet, *age*, cilt 1, sh. 120 vd.; EL cebburi, Salih Cum'a Hasan, *age*, sh. 194 vd.; Hukuk-ı Aile Kararnamesinin ilgili maddeleri; KADRİ Paşa Kodunun ilgili maddeleri; DÖNDÜREN, Hamdi, *age*, sh. 58; EL Erdebili, Yusuf, *age*, cilt 2, sh. 6; SAYMEN, Ferit Hakkı, *age*, sh. 37 vd.
- (2) HATEMİ, Hüseyin, *Medeni Hukuk—Tüzel Kişiler*, İstanbul, 1979, Cilt 1, sh. 2; KARADENİZ, Özcan, *age*, sh. 178; DÖNDÜREN, Hamdi *age*, sh. 78
- (3) TMK. m. 45; AKİPEK, Jale, *age*, sh. 217; HATEMİ, Hüseyin, *age*, sh. 6; KARAMAN, Hayrettin, *age*, sh. 201; ÖZSUNAY, Ergun, *age*, sh.

Tüzel kişilik kavramı çeşitli hukuk sistemlerinde farklı biçimlerde ortaya çıktığı için, Tüzel kişilerin durumunu Roma, Modern ve İslam Hukuk sistemlerine göre ayrı ayrı ve özet olarak ele almanın daha doğru bir yaklaşım olacağı düşüncesindeyiz.

A – ROMA HUKUKUNDA :

Roma Hukukunda "bütün hukuk insanlar içindir" kuralının benimsenmesi karşısında, ilk bakışta insandan başka varlıkların kişiliğe sahip olmadıkları düşünülebilir. Nitekim, tüzel kişilik kavramını karşılayan bir deyim Roma Hukuk literatüründe rastlanmamaktadır (1) Ancak, Roma'da da belli amaçlara ulaşabilmek için bir grup insanın faaliyetlerine başvurmak zorunluğu duyulmuştur. Yine, bazen bir mal topluluğunun belli bir amaca hizmet edecek biçimde tahsis edilerek kişiden daha geniş ve daha uzun süre etkin olması, toplum yararına görülmüştür. Bu ihtiyaçlar sonucu ortaya çıkan bazı kuruluşlara Roma'da da kişilik (şahsiyet) tanıma zorunluğu doğmuştur.(2)

Roma'da kendilerine kişilik tanınmış insan topluluklarının en eskisi "Populus Romanus" denen Roma devletidir. Roma'da ilk devlet örgütü olarak civitas (örgütlenmiş kavim) görülür. Hukuki bakımdan yurttaşlardan ayrı bir kişiliğin olduğu kabul edilen civitas'ın ilk yönetim biçimi krallık idi. Kralın mutlak egemen olduğu bu yönetimde Roma yurttaşlarından oluşan civitas, bir kişi (şahıs) olarak görülmüyordu. Cumhuriyete geçilmesiyle egemenlik halka geçince, Roma halkı hem yöneten hem de yönetilen durumuna geçmiştir. Bu devlet biçimine "Res Publica" denirdi. Principatus döneminde ise Populus Romanus'un yerine "Senatus Populusque Romanus" geçmiştir.(3) Bu suretle, Roma devletinin, kendisini oluşturan Roma bireyleri dışında hukuki bir kişi olarak haklara ve borçlara ehil olduğu kabul edilmiştir.

Bu kamu tüzel kişisinin yanısıra Roma'da özel hukuk alanında faaliyet gösteren ve kişilik tanınan bir takım şahıs topluluklarına da raslanmaktadır. Daha Oniki Levha Kanunu'nda iki cemiyet tipinden söz edildiği görülmektedir. Esnaf, zanaatçı ve tüccarların kurduğu birinci tip, Collegium'lardı. Kurulmaları izne bağlı olan bunlar, belli bir zanaat veya ekonomi kesiminde karşılıklı yardımlaşmayı amaçlardı. Öbür tip dernekler ise dini mahi-

(1) EBU Talip, Sufi Hasan, *Mebâdi-ü Tarih-ül Kanun*, Mısır 1971, cilt 2, sh. 298; ABDULAH, Ahmet Ali, *age*, sh. 29; Tüzel Kişilik yerine Corpus (müstekil şahsiyet), *Universitas (topluluk) Collegia (toplum) ve Piae Causa (Genel hayır kurumu) gibi deyimler yaygın olarak kullanılmıştır*; MURSİ, Muhammed -KAMİL, Mustafa, *age*, sh. 460 vd.

(2) EBU Süteyt-Senhuri Paşa, *Usul-ül Kanun*, *age*, cilt 2, sh. 303; KARADENİZ, Özcan, *age*, sh. 180; ABDULLAH, Ahmet Ali, *age*, sh. 30

(3) MURSİ, Muhammed-Kamil, Mustafa, *Seyyid, Usul-ül Kanun*, Mısır 1923, sh. 462; ABDULLAH, Ahmet Ali, *age*, sh. 31; EBU Talip, Sufi Hasan, *age*, cilt 2, sh. 298

yette olup tanrılar için tören düzenlemek, bayramları kutlamak v.b. gibi amaçlara yöneliktir. Bunlara da *sodalitas* denirdi. (1)

Roma'da vakıf kurumu olmamakla beraber, bazı mallara ait gelirlerin hayır işleri gibi belli amaçlara ayırmak gayesiyle bu mamelek, belli bir kişiye yediemin (güvenilir kişi) olarak bırakılırdı. Yediemin genellikle tapınak, belediye vb. gibi bir tüzel kişi olurdu. Dini amaçla yapılan bağış ve vasiyetlerin yönetimleri, daha önce piskopos ve papazlara ait iken daha sonra bunlara kişilik tanınmış ve sadece denetleme işi kilise, ya da piskoposa bırakılmıştır. (2)

Bunlardan ayrı olarak, *princeps*'e bağlı olan hazine tipleri (*fiscus*) ile *sanatus*'un idare ettiği hazine tipleri (*aerarium*) birleşince "*Fiscus*" adını almış ve gerek hukuk alanında gerek imparator emirnamelerinde bir kişilik kazandığı görülmüştür. (3)

B – ÇAĞDAŞ HUKUKTA :

Çağdaş hukukun tüzel kişilik ile ilgili hükümlerine geçmeden önce tüzel kişiliğin geçirdiği aşamalar hakkında biraz bilgi verilmesi iyi olur kanısındayız.

A – TÜZEL KİŞİLİK FİKRİNİN GELİŞMESİ

Ortaçağ Cermen hukukunda gelişen iki tip kurumun tüzel kişilere çok yakın olduğunu görmekteyiz. Birincisi Zenaat teşekkülleridir ki, bunlar ortak bir amaç için bir araya gelmiş kişiler oluşturdukları meslekî nitelikte olan kuruluşlardır. Bunların varlıkları kurucularından bağımsız olarak mevcut idi. İkinci tip ise, iştirak halinde mülkiyet kurumlarıdır. Bunlar da birden fazla kişilerin (örneğin mirasçılarını) ortak olduğu, el birliği halinde işlettiği ve her ortağın aynı anda o malın bütününe sahip kabul edildiği müesseselerdir. Sonradan bu kurumların gelişmesi ticari şirket fikrinin doğmasına neden olmuştur. (4)

Şahıs ve mal topluluklarından oluşan bazı kurumların Roma'dan Fransa'ya da geçtiğini görüyoruz. Bu kuruluşların meydana gelmesi Fransız İhtilaline kadar izne bağlı iken ihtilalden sonra izin şartı kaldırılmıştır. Bu serbestlik kötüye kullanılıp devleti tehdit edecek

(1) *SANHURİ Paşa—Ebu Süteyt, Ahmed Haşmet, age, cilt 2, sh. 304; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 202; KARADENİZ, Özcan, age, sh. 182—183;*

(2) *ABDULLAH, Ahmed Ali, age, sh. 31; KARADENİZ, Özcan, age, sh. 183; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 78 vd.; EBU Talip, Sufi Hasan, c 7e, cilt 2, sh. 299*

(3) *KARADENİZ, Özcan, age, sh. 184*

(4) *ABDULLAH, Ahmed Ali, age, sh. 31; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 202; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 70; Ayrıca bak. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, age, sh. 219 vd.*

boyutlara ulaşınca Napolyon zamanında tekrar izin sistemine geçilmiştir. Ancak izin, sadece cemiyetler için öngörülmüş olup ticari şirketleri kapsamamıştır. 19. Yüzyılın ikinci yarısında tüzel kişilik fikri artık Fransız Hukukunun bir parçası durumuna geçmiş; 1867, 1884 ve 1901 tarihlerinde çıkarılan kanunlarla bu olay kesin çözüme kavuşmuştur.(1) Mısır Cumhuriyetinin 1923 yılında çıkarılan kanunla Fransız sistemini kabul ettiğini söyleyebiliriz. (2)

Tüzel kişilik fikrinin en erken geliştiği ülke belki de İngilteredir. Çünkü, İngiliz Hukuku 14. yüzyıldan beri tüzel kişiliği kabul etmiş görünüyordu. Bu hukuk sistemi devleti bir tüzel kişi kabul etmekte, onu temsil eden krala da "Taç (The Crown)" deyimini kullanmakta idi. Taç'ın iki tür kişiliği söz konusu idi. Birisi toplumun bir bireyi olarak sahip olduğu gerçek kişilik, diğeri ise devleti temsil eden manevi (tüzel) kişilik idi. Bu tür tüzel kişilik, daha sonra dini ve genel amaçlarla kurulan cemiyet ve kurumlara (public bodies) da verilmiştir. 16. yüzyılda İngiliz deniz ticaret filolarının güçlenmesi sonunda, ticari kuruluşlara, Taç (kral)ın izni ile tüzel kişilik kazandırılması esası benimsenmiştir. Nihayet, 1843, 1837 ve 1844 tarihli kanunlarla bu günkü anlamda tüzel kişiliği tanıyan hükümler getirilmiştir.(3)

b) Modern Hukukta Tüzel Kişilik Çeşitleri

Günümüzün bütün Medeni Hukuklarında tüzel kişiler iki kategoriye toplanmaktadır :

aa) Kamu hukuku tüzel kişileri. Bunlar, kamu hukuku hak ve yetkilerine sahip tüzel kişiler olup varlıklarını ve örgütlerini kamu hukukuna borçludurlar. Görevleri bakımından da kamu otoritesini temsil ederler. Kamu tüzel kişiliği ancak kanunla, ya da kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulabilir. Kamu tüzel kişileri iki tip altında geliştirilmiştir. Birinci tip, kamu yönetimleri (amme idareleri)dir ki, bunlar kamu otoritesini temsil eden birimlerdir. Bunların başında devlet ve onun fonksiyonunu yürüten idari kısımlar (bakanlıklar, valilikler, belediyeler ve bağlı kuruluşlar gibi) yer almaktadır. İkinci tip ise, kamu kurumları olup kamunun yarar ve ihtiyaçları için oluşturulmuş birimlerdir. Üniversiteler, hastahaneler, radyo idareleri ve benzeri yerler örnek olarak gösterilebilir.(4)

(1) MARKOS, Süleyman, *Şerh-ul Kanun-ül Medeni*, Mısır 1952, sh. 529; KEYRE, Hasan, *El Medhal*, Mısır 1971, sh. 621; Keyre, Hasan, *Usul-ul Kanun*, Kahire 1960, sh. 867

(2) SENHURİ, Abdurrazık—Ebu Süteyt, Ahmed Haşmet, *age*, cilt 2, sh. 304; ABDULLAH, Ali, *age*, sh. 34

(3) ABDULLAH, Ahmet Ali, *age*, sh. 36—41; KAYRE Hasan, *El Medhal* sh. 621 vd.; MURŞİ, Muhammed Kamil—Mustafa Seyyit *Usul-ul Kavanin*, Kahire 1923, sh. 461

(4) ÖZSUNAY, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1978, sh. 2; ÖZSUNAY, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul, 1979, sh. 70 vd.; Ayrıca bk. Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul, 1967, cilt 2, sh. 1031 vd.

bb) Özel Hukuk Tüzel Kisileri : Bunlar özel hukukta türeyen ve kamu otoritesine sahip bulunmayan tüzel kişilerdir. Özel hukuk tüzel kişileri de izledikleri amaç bakımından başlıca iki gruba ayrılırlar. Birinci grup kazanç paylaşma amacı güden özel hukuk tüzel kişileri olup en bariz örneği ticari ortaklıklardır. Ekonomik amaç güden, yani kazançla yönelik olan şirketlerin kuruluş, işleyiş ve sona erişleri tamamiyle ticaret kanununu ilgilendirmektedir. Kazanç paylaşma amacı gütmeyen ikinci grup özel hukuk tüzel kişilerinin tipik örnekleri ise, dernekler ve vakıflardır. Dernekler, ilmî, edebî, sosyal ve siyasî bir amacı gerçekleştirmek için kurulmuş olup kazanç paylaşma amacı izlemeyen, yada ekonomik amaç gütmeyen kişi topluluklarıdır. Vakıflar ise, belli bir amaca tahsis edilen, tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.(1)

C – İSLAM HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK :

Daha önce de temas edildiği gibi, klasik İslam Hukuku eserlerinde tüzel kişilik (Hükmi Şahsiyet) deyimini terim olarak yerleşmemekle beraber, tüzel kişiliğe sahip bir takım kuruluşların, bu hukuk sisteminde varlıklarını sürdürdüğü ve bunlarla ilgili bir çok hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Modern hukukun tüzel kişi tanıdığı bazı kuruluşlar için, İslam Hukukunda aynı tarzda tüzel kişilik hükümlerinin kabul edildiği gerçeği karşısında, İslam Hukukunda tüzel kişiliğe yer verilmediği iddiasının yersiz ve dayanaksız olduğunu rahatça söyleyebiliriz.(2)

Bununla birlikte, sorunu biraz daha basite indirgemekte yarar vardır. Konunun İslam Hukukundaki durumu incelenirken günümüzün hukuk literatürüne egemen olan kavram ve terimlerin araştırılmasından ziyade, böyle bir konunun, özü itibariyle İslam Hukukunda herhangi bir surette uygulama imkanına sahip olup olmadığı noktasından hareket edilmesi gerekir. Diğer taraftan, insanlardan başka varlıkların İslam Hukukunda kişi sayılıp sayılmayacağına, yani hak ve borçlara ehil olma hususunun, insanların dışında diğer bazı varlıklara verilip verilmediğine açıklık getirmek lazımdır. İşte, bu noktalarda incelememizi yoğunlaştırdığımızda olumlu bir sonuç elde edebileceğimizi görürüz.(3)

(1) KÖPRÜLÜ, Bülent, *age*, sh. 400—401; ÖZSUNAY, Ergun *age*, sh. 3 vd.; KARADENİZ, Özcan, *age*, sh. 179—180; KARAMAN, Hayrettin, *age*, sh. 203—204

(2) Örneğiş Prof. Şakir Ansay, "İslam Hukuku hükmi şahsiyet mefhumu ile meşgul olmamıştır. Şirket, cemiyet gibi başlı başına müesseseler halinde kurumlar İslam'da tanınmamıştır" demektedir. Prof. Velidedeoğlu, ise "Gerek Roma ve Cermen hukuklarında ve gerek İslam ve kilise hukuklarında hükmi şahsiyet mefhumuna açık ve kapalı bir şekilde raslanmamaktadır" şeklinde kesin bir hükümü ortaya koymaktadır.; ANSAY, Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukukku*, Ankara 1958, sh. 63; VELİDEDE-OĞLU, H. Veldet, *age*, cilt 1 sh. 219

(3) ŞABAN, Zekiyy-üd Din, *age*, sh. 231, 249, 267; Abdullah, Ahmet Ali, *age*, sh. 117; EZ Zerka, *age*, cilt 3, sh. 256 vd.

Bir kere, kişilerin oluşturduğu bir topluluğun, bu kişilerden ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahip olduğu fikrini şu hadis-i şeriften çıkarmak mümkündür: "Müslümanların kanları birbirlerine eşittir. En alt derecede bulunanları dahi (toplum adına) eman verebilir. Onlar kendilerinden başkalarına karşı el gibidirler" (1) Bu hadisin ikinci cümlesinden anlaşılıyor ki, müslümanlardan herhangi biri savaş sırasında güven dileyen düşmana güven teminatı verirse, bu teminat toplum adına verilmiş olduğu kabul edilir ve bundan dolayı bütün müslümanlar için bağlayıcı olur. Bu hükmün sonucu, olarak, teminat veren kişinin resmi yetkilerle donatılmadığı gerekçesiyle teminat verilen düşman kişiye savaş açılmaz. Ancak, İslam toplumunun yararına olmadığına inanan hükümdarın, ilan etmek şartıyla bu teminatı kaldırmağa ve teminat veren, cezalandırmağa yetkili olduğu unutulmamalıdır. Görülüyor ki, bu olayda bütün İslam toplumu bir tüzel kişi kabul edilerek her bireye onu temsil yetkisi verilmiştir. (2)

Yine, İslam Hukukunun klasik eserlerinde, toplumu genel olarak ilgilendiren konularda, herkesin bağımsız olarak ilgilenebilmesi, davacı olabilmesi veya açılan davada hasım kabul edilebilmesi kaydedilmektedir. Örneğin, had cezalarının tesbit ve uygulamasında ve hisbe teşkilatının görev alanına giren konularda durum böyledir. Bu hususta ilgilenecek kişinin, söz konusu işte yarar veya zararının olmasına gerek yoktur. Şu halde, böyle bir durumda da toplumun sahip olduğu hükmi şahsiyet, herhangi bir kişi ile temsil edilebilmektedir. (3)

Öte yandan, İslam Hukukuna göre, vakıf mütevellisinin vakıf adına yaptığı alım-satım, kira sözleşmesi ve benzeri işlemlerden elde edilen kazanç ve zararlar mütevelliyeye değil, bizzat vakfa aittir. Yani, gerçek anlamda işlemi yapan vakıftır. Oysa, vakıf müessesesine kişilik (haklara ve borçlara sahip olma) durumu verilmediği takdirde, bu tür işlemlerin yapılamaması gerekir. Aynı durumu beyt-ül mal ve devlete de teşmil ettirebiliriz. Bunlara tüzel kişilik verilmediği takdirde, devletin yaptığı harcamalar ile görevlilere verilen maaşlar için meşru bir dayanak bulunamaz. (4)

- (1) Bu hadis'i Ebu Davud, Nesai ve İbn-i Mace rivayet etmiştir; Et Tebrizi, Muhammed Bin Abdullah El Hatiyp, Mişkat-ül Mesabiyh, Dimaşk (Şam) 1961, cilt 2, sh. 264
- (2) ET Teftazani, Sadettin Mesut, Şerh-ut Telviyh, Kahire 1351, cilt 2, sh. 161; MUHAMMED Emin, Hüseyin, Teysiyr-ut Tahrir, Mısır 1328, cilt 2, sh. 249; Hatta İslam tarihinde bir köle tarafından verilen teminat dahi geçerli sayılmıştır. Nitekim, İran'ın fethi sırasında kuşatılan bir şehrin, savaştan vaz geçtiği görülünce olay incelenir ve bir kölenin o şehre teminat verdiği anlaşılır. Komutan, bu teminatı tanımak istemeyince, olay zamanın halifesi Hz. Ömer'e intikal eder. Hz. Ömer "Müslüman köle tarafından verilen barış teminatı diğer müslümanlarınki kadar geçerlidir" diyerek olayı çözümler; DOĞRUL, Ömer Rıza, İslam Tarihi, İstanbul, 1940, cilt 7, sh. 192
- (3) EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 257; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 206, Döndüre, Hamdi, age, sh. 78
- (4) HAFİF, Şeyh Ali, Kitab-ul Hak Vez Zimme, Mısır 1979, sh. 96-102; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 267 vd.

Bunlara ilaveten, Şafii ve Maliki ekollerinin bu konudaki görüşlerinin daha net olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, Şafii ekolüne mensup ünlü hukukçu Er Remli, Cami ve onun gibi kuruluşlar lehine yapılan vasiyetin geçerli olduğunu açıkladıktan sonra "... temlik niyeti ile de olsa geçerlidir. Çünkü, Cami mülk edinebilen hür bir şahıs gibi kabul edilmektedir" (1) şeklinde açıkça söylemektedir. Malikiler de lehine vakıf yapılacak kimsenin ya yoksullar gibi hak elde edebilen gerçek kişiler veya köprü, cami gibi hükmen hak sahibi sayılan varlıklar olması gerektiğini açık bir şekilde izah etmektedirler. Hanefî ekolünün, söz konusu kurumların temellük yeteneğinden yoksun bulunduğunu söylemelerinden amaç, her halde bu varlıkların gerçek kişilikten yoksun bulunduğunu anlatmak içindir. Bu itibarla, hükmi şahsiyetin (tüzel kişiliğin) İslam Hukukunca benimsendiğinde, bütün ekollerin görüş birliği içinde olduklarını rahatça söyleyebiliriz.(2)

İslam Hukukunda tüzel kişiliğin hukuki anlamda mevcut olduğu bilindikten sonra, bu hukuk sisteminde tüzel kişi kabul edilen kurumları çok kısa da olsa gözden geçirilmesi yararlı görülmektedir :

a – DEVLET

İslam Hukukunda devlet başkanı ve onun adına hareket eden kişinin yapacağı işlemlerin geçerli kabul edilmesi, bizi devletin bir tüzel kişiliğe sahip bulunduğu sonucuna götürür. Devlete bu özellik verilmediği takdirde, yapılan tasarruflara hukuki yönden bir dayanak verilememektedir. Devlet adına hareket edilerek yapılan bu tasarrufları üç yönden inceleyelim :

aa) Harici Bakımdan : Dış siyaset yönünden devletin başı veya onun vekili sıfatıyla komutanın imzaladığı barış ve anlaşmalar, devlet adına geçerli olup bütün toplumu bağlamaktadır. Anlaşmanın Süresi bitmeyinceye, veya anlaşmanın iptalinin istendiği karşı tarafa bildirilmeyinceye kadar geçerlilik durumu devam eder. Ancak karşı tarafın, öngörülen şartları ihlal ettiği tesbit edilirse, o anlaşmanın bağlayıcılığı herkes için sözkonusu olmaktan çıkar.(3) Öte yandan, savaş açılmadan teslim olmayı kabullenmiş bir bölgeye

(1) ER Remli, Muhammed, age, cilt 3 ve 6, sh. 116 ve 46;

(2) HAFİF, Şeyh Ali, age, sh. 96 vd.; Ez Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 270—271

(3) Nitekim bir savaşta esir düşen İran hükümdarı Hürmüzan'ın durumu ilginçtir. Bu komutan Hz. Ömer'e getirilince Hz. Ömer, ona "konuş" der. Hürmüzan "Sağ gibi mi, yoksa ölü gibi konuşayım?" diye sorunca Hz. Ömer, "Sağ gibi konuş" cevabını verir. Hürmüzan devamla "Cahiliyye döneminde millet olarak ikimizin de dini yoktu. Ama biz sizi ancak köpek yerine koyardık. Allah size bir din bahşedince peygamberini de sizden seçti. Onun için size itaat etmeyiz" şeklinde söyleyerek Hz. Ömer'i sınırlendirdi. Hz. Ömer "elimizde esir iken nasıl söyleyebilirsin bunu? Haydi öldürün onu" der demez Hürmüzan, "güven teminatını verdiğiniz eserin öldürülmeyeceğini sizin peygamberiniz öğmemiş miydi?" diye çıkarır Hz. Ömer, "Ne zaman sana teminat verdim?" diye sorar. Hürmüzan "Hani, sen sağ gibi konuş dememiş miydin? Varlığı tehlikede olan kimse sağ gibi konuşabilir mi?" deyince Hz. Ömer, "Allah belasını versin, haberim olmadan benden güven teminatını bile almıştır" şeklinde söyleyerek Hürmüzan'ı öldürtmekten vaz geçer; EŞ Şeybânî, Muhammed Bin Hasan, Şerh-u Kitabı Siyer-il Kebiyer, Mısır 1917, sh. 132—189

karşı, hükümdarın barışık bir vaziyette olması doğaldır. Bu şekildeki oluşan bir barışa herkes saygı duymak zorundadır. Hatta, bu bağlayıcılık, sonra gelen hükümdar ve komutanlar için de sözkonusudur. Yine, hükümdarın, cizredenilen bir tür vergi karşılığında, müslüman olmayanların İslam ülkesinde yaşamaya devam edebilmesini sağlayan bir anlaşmaya gitmesi de aynı derecede bağlayıcıdır.(1)

Bütün bunların anlamı şudur: Devlet, dış siyaset bakımından bir tüzel kişiliğe sahiptir. Bu kişiliğin devlet başkanı veya vekili temsil etmekte ve onun adına hareket etmektedir.

bb) Dahili Bakımdan : İslam devletinin başı olan hükümdarın atadığı memurların görevleri, hükümdarın ölmesi ile son bulmamaktadır. İslam hukukunda buna "adem-i in'izal" denir. Hatta, hükümdarın emri ile göreve atanan hakim, kendisine naip olarak ikinci bir kişiyi seçerse, bu ikinci kişi dahi doğrudan doğruya hükümdarın naibi kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, esas hakimin ölümü ile veya seçtiği naibin görevine son vermek istemesi ile naibin görevi son bulmaz. Hakim ve naibinin görevi hükümdarın ölümü veya devrilmesi ile de sona ermemektedir. İkisinin de görevi, ancak hükümdarın açık emri ile azledilmeleri sonunda son bulabilmektedir. Oysa, eğer normal vekalet kuralları geçerli olsaydı, naibin görevinin yukarıda izah edilen durumlarda sona ermesi gerekirdi. Burada hakim, hükümdarın temsil ettiği toplumun bütününe vekalet etmekte olduğundan, seçtiği naip de aynı yetkiye sahip kılınmaktadır. Yani o da toplum tüzel kişisinin vekili durumundadır.(2)

Bu hükümlerden anlaşılın, İslam Hukukunda müslüman toplumunun bir tüzel kişilik sayıldığı, hükümdar ve onun adına hareket eden memurların da anılan toplumun temsilcileri olduğudur.

cc) Mali Bakımdan : İslam toplumunun bir tüzel kişi olarak sayıldığını mali bakımdan da tesbit etmek mümkündür. Burada bir tek örnekle yetinerek diğer örnekleri fıkıh kitaplarına havale edelim. Bilindiği üzere, İslam Hukukunda, kamu hukukuna ilişkin hükümler "Allah Hakkı (Hukukullah)" diye anılmaktadır. İşte böyle bir hakkı ilgilendiren olayın yargılanması sonucu, hakim, telafisi mümkün olmayan bir kazai hata yaparsa (örneğin, hırsız diye bir masumun elini kestirirse), hakimin kendi malından diyet ödeme zorunluğu yoktur. Söz konusu diyet, devlet hazinesinden karşılanacaktır. Çünkü hakim, toplumun (devletin)

(1) *EL Maverdi, Ali Bin Muhammed, age, sh. 15; ES Sâvi, Ahmed Bin Muhammed, Bulğat-us Salik Li Akrah-il Mesâlik, Mısır 1952, cilt 2, 297; EZ Zerka, Mustafa Ahmed age, cilt 3, sh. 261-262; ABDULLAH, Ahmet Ali, age, sh. 138 vd.*

(2) *EL Kâsani, Ebubekir Bin Mes'ud, Bedâi-us Sanayi'Fi Tertibiş Şerai, Kahire 1910, cilt 7, (Kitab-ul Kaza) sh. 16; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 262; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 79*

hükmi şahsiyetini temsil etmektedir.(1)

b – DEVLET HAZİNESİ (Beyt-ül Mal) :

İslam Hukuku devlet hazinesinden ibaret olan beyt-ul mal'a ait malları devlet başkanının özel mallarından ayırmış ve ona bağımsız bir hukuki varlık tanımıştır. Milletın malı olarak değerlendirilen beyt-ul mal, bir tüzel kişi sıfatıyla alacaklı ve borçlu olabilir, mülk edinebilir, mirasçısı olmayan terekelerin mirasçısı olur ve hatta davalarda taraf olabilir. Bütün bu işlemleri, devlet başkanının naibi sıfatıyla beyt-ul mal'ın yöneticisi yerine getirmektedir. Devlet başkanının, devlet hazinesinden aldığı maaştan başka hiç bir hakkı yoktur. Meşru ve hukuki nedenler dışında hiç bir harcamaya emir veremez. Hz. Ömer'in, "Müslmanlara ait beyt-ul mal karşısındaki durumum, yetim için seçilen vasi'nin durumundan farksızdır." şeklindeki sözü bu olayı daha da somut bir şekle getirmiştir. Öte yandan, beyt-ul malın her şubesi de bağımsız bir tüzel kişiliğe sahiptir. Her birinin hak ve borçları ayrı ayrı hesaplanmaktadır.(2)

C – VAKIF :

İslam Hukukunda tüzel kişiliğin tipik örneği vakıf müesseselerinde bariz bir tarzda görülebilmektedir. Vakıf uygulaması Hz. Peygamber zamanından itibaren başlamış, gerek o ve gerekse ashabı en değerli mülklerini vakıf haline getirmişlerdir. Vakıflarla ilgili hükümler de işte bu ilk uygulamadan çıkmış ve gelişmiştir.

Vakfın, başkasına devredilmeyecek, bağışlanamayacak ve mirasa konu olamayacak bir mülkü bulunmaktadır. Vakıf, haklara sahip olduğu gibi borç altına da girebilir; her türlü hukuki işlemleri yapabilir. Bütün bu işlemlerde vakfı temsil eden bir yetkili bulunmaktadır. Bu yetkiliye İslam Hukukunda "kayyım", "nâzır" veya "müteveii" denmektedir. Vakıf mütevellisi vakfın mallarını korumaktan sorumludur. Mütevellî'nin alım-satım ve benzeri işlemlerden elde ettiği kazanç, vakfa gelir olarak kaydedilir. Borçluluk durumunda da yine borçlu olan mütevellî değil, vakfın kendisidir. Vakfın gelirine "galle" denmektedir.(3)

-
- (1) *EL Haskefi, Alaaddin Muhammed, age, cilt 6, sh. 173; MUSA, Muhammed Yusuf, El Emval ve Nazariyyet-ul Akd, Fil fikh-ul İslami, Kahire 1952, sh. 318 vd. Ayrıca bkz. Karaman, Hayrettin, age, sh. 209*
- (2) *İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 3, sh. 280-282; KARAMAN Hayrettin, age, sh. 207; EL Maverdi, Ebu Hasan Ali, age, sh. 199-215; Ayrıca bkz. Abdullah, Ahmet Ali, age, sh. 155-156; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, sh. 258-259*
- (3) *İBN-İ Kudame, Abdullah Bin Ahmed, El Muğni, Kahire 1970, cilt 6, sh. 185 vd.; ES Serahsi, Muhammed Bin Ahmed, El Mabsut, Mısır 1331, cilt 12, sh. 89 vd.; EŞ Şevkânî, Muhammed Bin Ali, Fjth-ul Kadiyr, Mısır 1351, cilt 6, sh. 25 vd.; EL Heysemi, Ahmet Bin Hacer, age, cilt 6, sh. 272 vd.*

İslam Hukukçuları, vakıf için öngördükleri tüzel kişiliğin sınırlarını geniş boyutlara var-
dırmışlardır. Bu cümleden olmak üzere, vakfın sahip olduğu kişilik ile vakfı yapanın sahip
bulunduğu kişilik birbirlerinden tamamiyle ayrılmıştır. O kadar ki, vakfı yapan kişinin va-
kıf mütevellisi olduğu durumlarda; vakıf mallarında suistimal yapıldığı, iyi idare edilmediği
veya vakıf şartlarına uyulmadığı tesbit edilirse, mütevellî, vakfı meydana getirmiş olmasına
rağmen, vakfın başından uzaklaştırılacaktır. Dahası, vakfın uğradığı zararlar da kendisine
tazmin ettirilecektir.(1)

Demek oluyor ki, vakıflar hem vakfı oluşturan ve hem de mütevellî'den ayrı olarak
bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip bulunmakta ve bu konuda modern hukuktan hemen hemen
farkı bulunmamaktadır.

D – ŞİRKET :

İslam Hukukçularının incelemesine en çok konu olan hususların başında belki de şir-
ketler gelmektedir. Şirketlerin tasnifi ve hukuki geçerliliği konusunda, hukuk ekollerinin,
farklı görüşleri sergilediklerini görmekteyiz. Hatta, aynı ekol içindeki hukuk bilginlerinin,
görüş birliği içinde olduğunu beklemek dahi iyimserlik sayılır. Örneğin, Hanbelî ekolü,
şirketleri beş sınıfa ayırırken, Maliki ve Şafiîler dört, Hanefîler ise üç sınıfa ayırmaktadır.
(1) Şirketler, konumuzu sadece tüzel kişilik açısından ilgilendirdiği için, sınıfları ve kuru-
luşu üzerinde durmayarak Hanefî ekolünün öngördüğü tasnife işaret edip konuyu bağlamak
istiyoruz.

Hanefîler şirketleri aşağıdaki gibi üç sınıfa ayırmışlardır :

aa) sermaye şirketi (Şirket-ı Emval) : Bu şirket türü, ortakların, ortaya birer miktar
sermaye koyarak bununla yapacakları ticaretten elde edecekleri kazancı aralarında paylaş-
maları esasına dayanır. Görüldüğü üzere, bu ortaklık şeklinin temeli ortakların ortaya koy-
duğu belirli miktardaki mallardır.

bb) İş Şirket (Şirket-ı Ebdan) : Bu şirket çeşidinin temelinde, ortakların vereceği

-
- (1) EŞ Şirazi, Ebu İshak İbrahim, *El Mühezzeb*, cilt 1, sh. 482 vd. İbn-i Abidiyn, Muhammed Emin, *age*, cilt 3, sh. 384; EZ Zerka Mustafa Ahmed, *age*, cilt 3, sh. 259-260; Ayrıca bkz. Abdullah, Ahmed Ali, *age*, sh. 173 vd.
- (2) İBN-İ Rüşd, Ebul Velid Muhammed, *Bidâyet-ul Müctehid ve Nihâyet-ul Muktasid*, İstanbul, 1333, cilt 2, sh. 275; EŞ Şirvani, Abdulhamid, *Haşiyet-u Tuhfet-il Muhtaç*, Mısır 1310; cilt 5, sh. 282-283; İBN-İ Kudame, Abdullah Bin Ahmet, *age*, cilt 5, sh. 3 vd.; EL Kâsani, Ebubekir Bin Mes'ud, *age*, cilt 6, sh. 56-57; Ayrıca bkz. İbn-i Murtaza, Ahmed, *El Bahrüz Zahhar*, Mısır tarihsiz, cilt 4, sh. 91-94

herhangi bir sermaye mevcut olmayıp sadece ortak kimselerin iş ve çalışmalarını birleştirmek suretiyle müşterek kazanç elde etme fikri yatmaktadır. Bu, daha çok sanatkarların (örneğin, terzi, berber, demirci vb. gibi) rağbet ettiği bir şirket türüdür.

cc) İtibar Şirketi (Şirket-ı Vücut) : Bu da sermayeleri olmadığı halde, toplumdaki itibar ve onurlarına güvenerek, mal alıp satmak suretiyle elde edecekleri kazancı paylaşmak üzere bir araya gelen kişilerin kurduğu bir şirket çeşididir.(1)

Yukarıdaki üç şirket türünde ortaklar, kar ve zarar ortaklığını kararlaştırıp birbirlerine karşı hem vekil ve hem de kefil durumunu taşırlarsa, yani her biri diğerinin yaptığı işten sorumlu ise buna "mufavaza" denir. Yok eğer, ortaklar arasında şirket bağından başka bir sorumluluk zinciri yok ise buna da "İnan" adı verilir.(2)

Bu tasnifin dışında günümüzdeki ortaklıklara daha çok benzeyen bir şirket türü daha vardır. Buna "Mudaraba Şirketi" adı verilir ki, özelliği, bir taraftan belirli miktarda sermaye, diğer taraftan da iş ve çalışmanın taahhüt edilmiştir. Kazanç ise aralarında paylaşılacaktır. Bu gün yarıcılık diye bildiğimiz ve tarımsal alanda yaygın olan ortaklık şekli de İslam Hukukçularının ilgi alanına girmiş; ancak bu tasnifin dışında kabul edilerek bağımsız bir akit türü olarak benimsenmiştir. Buna İslam Hukukunda "Müzaraa" denilmektedir (3)

Bütün bu açıklamalardan anlaşılan odur ki, İslam Hukukunda incelemeye tabi tutulan ortaklık çeşitlerinin tamamı, bu günkü anlamda adi ortaklık niteliğini taşıdıklarından, bunlar için tüzel kişiliğin varlığından söz edilememektedir. O zamanın ekonomik ve sosyal şartları, günümüzde yaygın bir biçimde ticari hayatın bir parçası durumuna geçmiş olan anonim, komandit, limited vb. gibi tüzel kişiliği haiz ortaklık türlerinin gelişmesi için uygun değildi. Binaenaleyh, bu tür ortaklıklar, İslam Hukuk doktrininde inceleme inkânı bulamamıştır. Dönemin ticari, sanai ve zirai yöntemlerinden doğan basit ortaklık çeşitlerine ise, biraz önce de ifade edildiği gibi İslam Hukukçularınca haklı olarak tüzel kişilik tanınmamıştır.

Bununla beraber, İslam Hukukunun şirketlere ilişkin genel hükümleri, modern anlam-

- (1) *Mecelle Mad. 1332; ES Serahsi, Muhammed Bin Ahmed, El Mebsut, cilt 11, sh. 151 vd.; İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 3, sh. 347 vd.; EŞ Şevkânî, Muhammed Bin Ali, age, cilt 5, sh. 299 vd.*
- (2) *EL Haskefi, Alaaddin Muhammed, age, cilt 3, sh. 348; EZ ZERka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 278; Ayrıca Mecelle'nin 1331, 1333 ve 1334 maddeleri*
- (3) *Şunu da belirtmek gerekir ki, müzaraa akdi zirai alanda kurulun bir ortaklıktır. Meyve ağaçlarının ortaklığa konu edildiği akit türüne ise "müsaakat" denilmektedir; Mecelle Mad. 1404-1430, 1431-1440 ve 1441-1448; EL Kâsani, Ebubekir Bin Mes'ud, age, cilt 6, sh. 9 vd.; EŞ Şirbini, Muhammed El Hatıyb, age, cilt 2, sh. 211 ve 322 Ayrıca geniş bilgi için bkz. Abdullah, Ahmed Ali, age, sh. 206 vd.*

da kurulan ve tüzel kişiliğe sahip bulunan büyük şirketlerin oluşturulmasına kanaatimizce aykırılık teşkil etmemektedir. Bu nedenle, günümüz ticaretinin ayrılmaz bir parçası olan çok ortaklı şirketlere, İslam Hukukunun, tüzel kişiliği tanımakta olduğunu söylemek, yadırganmamalıdır. Çünkü, İslam hukukçuları kendi çağlarında bu gibi şirketlere raslamış olsalardı, behemehal onlara kişilik tanıma fikrini benimseyeceklerdi. Sebebine gelince, bu kuruluşların meydana gelmesi, İslam hukukunun ruhuna aykırı bir durum yaratmıyor ve prensip olarak ortaklık için belirlenen kurallara ters görünmüyor. Nitekim, daha önce de görüldüğü üzere, beyt-ul ma, devlet ve vakıf gibi müesseselere, İslam Hukukçularınca tüzel kişilik tanınmış ve bu konuda bir örnek teşkil etmiştir. Bu itibarla, büyük şirketleri ve hatta dernekleri adigeçen kurumlardan farksız sayarak bunları da tüzel kişi saymak kanaatimizce İslam Hukukunun ruhuna aykırılık teşkil etmemektedir.(1)

(1) Gniş bilgi için bkz. Abdullah, Ahmed Ali, age, sh. 209 vd.; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 279

II. BÖLÜM

GERÇEK KİŞİLERİN EHLİYETİ

I. GENEL BAKIŞ :

Giriş bölümümüzde de etraflıca açıkladığı üzere, fıkhi hükümlerin dayanaklarını belirten ve bu hükümlerin ana kaynaklardan elde edilmesine ilişkin yöntemleri belirleyen ilim dalına, İslam Hukuk literatüründe "Fıkıh Usulü (Ulul-ul Fıkh)" diye bilinir. Bu dalda yazılmış olan eserler, günümüzde hukuk doktrini alanında yazılan eserlerin benzerini oluştururlar. Yani, bir bakıma bunlar birer doktrin kitabı sayılmaktadır. İslam hukuk tarihinde ve hatta dünya hukuk tarihinde bu branşta yazılan ilk temel eserin, şafii hukuk ekolünün kurucusu Muhammed Bin İdris Eş Şafii'nin Hicri 2. yüzyılda yazdığı "Er Risale" adlı telifi olduğunu ve onu izleyen İslam Hukukçularının bu dalda yüzlerce eser meydana getirdiğini uzun uzun açıklamıştık.

Söz konusu klasik usul eserlerini incelediğimizde, bunların, Birinci Bölüm'de de işaret edildiği gibi, hukuki meseleleri dört ana başlıkta topladıklarını, yani bu eserlerin dört bölümden oluştuğunu görürüz. Bu ana konular veya bölümler şunlardır : 1 – Hüküm (Hükm-ı Şeri), 2 – Hükmü Koyan (Hakim), 3 – Hükmün konusu olan fiil veya olay (Mahkum-un Fih), 4 – Hakkında hüküm verilen kimse (Mahkum-un Aleyh)'dir. Hüküm, yasa koyucu sıfatıyla Allah'ın, insanların işlediği fiiller için uygun gördüğü niteliklerdir. Başka bir deyimle, Allah'ın, yapmayı, yapmamayı veya yapıp yapmamakta muhayyer kalmayı uygun gördüğü davranışlara terettüp ettirdiği sonuca hüküm denir. Farz, vacip, haram, mekruh, caiz vb. gibi kavramlar bu bölümün incelediği başlıca konulardır. Hâkim ise, insanların işlediği fiillere verilecek hükümleri belirleme yetkisini tek olarak elinde bulunduran C. Allah'ı ifade etmektedir. Bu bölüm içinde, Allah'ın, hüküm koyucu nitelikteki emirleri çeşitli yönlerden tahlil edilmekte ve Kur'an başta olmak üzere, İslam Hukukunun asli ve fer'î kaynakları gerektiği gibi açıklanmaktadır. Mahkum-ün Fih ise, Şer'i hükümlerin konusu olan olaylardan ibarettir. Bu bölümde, Kamu Hukuku (Allah Hakkı) ile Özel Hukuka (Kul Hakkına) giren konulara yer verilmektedir. Mahkum-ün Aleyh'e gelince, bu da yaşamı boyunca yaptığı her iş ve eylemden sorumlu olan ve şer'i hükmün terettüp ettiği insanlardır.

Diğer bir ifade ile, Allah katından verilen emirlere muhatap olmak sebebiyle şer'i vecibeleri yüklenmiş olan ve bunun sonucu olarak bütün fiil ve davranışları ilahi buyruklara uyup uymama yönünden kontrol edilen kimselere mahkum-ün aleyh ya da "mükellef (yükümlenmiş) denmektedir. İşte bu bölümde de çalışmamızın konusu olan ehliyet ile ilgili hususlar izah edilmektedir.(1)

Biraz önce de işaret edildiği üzere, Fıkıh Usulü terminolojisinde, hakkında hüküm verilen kimse (Mahkûm-un aleyh) için aynı zamanda "Mükellef" deyimini kullanılmaktadır. Denilebilir ki, bu terim diğerlerinden çok daha yaygındır. Çünkü mükellef tabiri, daha geniş bir kavram olup Fıkıh Usulü dışında uygulamalı fıkıh, Akait, Kelam ve diğer İslami ilim dallarında da yerleşmiş bulunmaktadır. Oysa, Mahkum-ün aleyh deyimini mükellefin aksine, sadece fıkıh usulündeki klasik tasnif sözkonusu olduğu zaman kullanılabilir. (2) Mükellef sözcüğünün etimolojik anlamı yüklenmiş ve yükümlülük altına girmiş olan kişi demektir. Terim anlamı ise, insanın yaratacısı olan Allah'ın yönettiği emir ve tekliflere muhatap olan ve bu sebeple söz konusu ilahi emirleri yerine getirmeyi yükümlenmiş bulunan insanoğlunu ifade eder. Bu itibarla, insan hayatı boyunca yapılan fiil ve davranışların tümü bir nevi kontrol altındadır. Çünkü bu fiillerin Allah katında kabul ya da ret görmesi, diğer bir ifade ile emirler veya yasaklar dairesine girmesi ihtimali mevcuttur (3)

Öte yandan, insanın ilahi teklife muhatap sayılması iki şarta bağlıdır. Bu şartların gerçekleşmediği insanlar hukuki ve gerçek anlamda mükellef kabul edilmemektedirler. Bu iki şart şunlardır :

1 – Birinci şart mükellef olmaya aday olan insanın ilahi teklif ve emirleri anlama yeteneğine sahip olması, yani, Allah tarafından yöneltilen buyrukları algılayacak kapasitede bulunmasıdır. Bunun yanında, bu kişinin teklif edilen emirler ile ilgili delilleri de kavrayabilmesi gerekir. Söz konusu kavrayış ve idrak gücünün bulunmaması halinde, bu emir ve tekliflerin yerine getirilmesinin istenmesi düşünülemediği gibi bunların ifa edilmemesi durumunda öngörülen yaptırımın uyulanması söz konusu olmamaktadır. Anlama ve kavrama kabiliyetinin kaynağı ise akıldır. İnsan denen varlığın davranış ve düşüncesi akıl melekesi ile yönlendirebilmektedir. Akıl tarafından yönetilmeyen insan iradesi, boşlukta yüzen bir nesne hükmünde olup yararlı bir sonuç elde etme şansından yoksundur. Akıl melekesinden

-
- (1) EL Hallaf, Abdulvehhab, *İlm-u Usul-il Fıkıh*, İstanbul, 1984, sh. 154 vd.; ŞABAN, Zekiyy-ud Din, age, sh. 213, 249 ve 267; GAZALİ Ebu Hamid, Muhammed, age, cilt 1, sh. 55 vd.; MEDKÛR, Muhammed Selam, *Mebahis-ül Hükm İnd-el Usuliyine*, Kahire 1957, sh. 140 vd.; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 6, 8, 25, 69, 315 ve 327; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 314
- (2) Karş. Molla Hüseyin, age, cilt 2, sh.; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 327; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 6 ve 327
- (3) EL Hallaf, Abdulvehhab, age, sh. 154; MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 154; MA'LUF, Louis, age, KLF maddesi *Meydan Larousse*, *Mükellef maddesi*

yoksun böyle bir insanın ilahi tekliflere muhatap olması ise, mümkün görülmemektedir. Çünkü, aklı ve zihni gelişmemiş olan bir insan, ilahi hitap açısından bir nevi cansız varlıklar gibi değerlendirilmektedir. Cansız varlıklar veya hayvanlar için sorumluluk yükleyecek teklifleri düşünmek birle fazla görülmektedir.(1)

Bununla beraber, akıl ile zihni^â olgunluğun, soyut (gözle görülüp elle tutulmayan) kavramlar oldukları ve dolayısıyla var olup olmadıklarının tesbitini somut delillere bağlamakta güçlük bulunduğu içindir ki, yasa koyucu, mükellefiyet olgusunu aklın varlığını çağrıştıracak bir somut olaya bağlamıştır. Bu olay insanın belli bir yaş limitine ulaşması, yani erginlik çağına kavuşması durumudur. Erginliğe kavuşan bir insan, akıl^â melekede sonradan meydana gelen herhangi bir arıza belirtisi olmamak kaydıyla, ilahi emirlere muhatap olacak duruma gelmiş ve dini vecibeleri yüklenmeyi sağlayıcı "mükellef" ünvanını kazanmış kabul edilir. Bu açıklamaların sonucu olarak, akıl hastaları ile çocukluk yaşındaki kimsele-
rin mükellef olmaları söz konusu değildir. Çünkü bunlar, dini yükümlülükleri yüklenebilecek bir akıl^â olgunluğa sahip olmaktan uzaktırlar. Aynı şekilde uykuda olan, baygınlık geçiren ve sarnoş olan kimselerin de, bu halleri devam ettiği sürece, aynı gerekçe ile mükellef sayılmamaları doğal sayılmalıdır. Hz. Peygamber'in buyurduğu "Uyanıncaya kadar uykuda olanlardan, erginliğe ulaşmıncaya kadar çocuktan ve akıllanıncaya kadar akıl hastasından

(dini sorumluluk kalkmıştır"(2) mealindeki hadisten bunu açıkça öğrenmekteyiz. Hemen vurgulamak gerekir ki, adı geçen sınıfların, zekat, yakınlarının nafakası ve mali tazminat gibi ödemeleri yapmak durumunda olmaları bu kurala aykırılık teşkil etmemektedir. Çünkü bu durum, kendilerinin mükellef kabul edilmelerinden değil, başka gerekçelerden kaynaklanmaktadır. İleride bu konu daha geniş bir şekilde ele alınacaktır.(3)

Şimdiye kadar verilen izahtan aşağıdaki sonuçları çıkarabiliriz :

a) Mükellef olabilmenin temel kaynağı akıldır. Çünkü mükellef olan kimse ilahi emirlerin muhatabı durumundadır. Hitabın ise, ancak idrak sahibi ve akıl yetkisine malik kimselere yapılabileceği açıktır.

b) Akıl, peyderpey gelişen ve küçüklük çağından itibaren olgunluğa doğru seyreden bir nesnedir. Mükellefiyet konus ancak olgunluk döneminde gündeme gelebilir.

(1) AMİDİ, Seyleddin Ali, *El İhkam Fi Usul-il Ahkam, Mısır, cilt 1 sh. 115, 216; MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 154; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 430; EBU Zehre, age, sh. 327; EL Hallaf, Abdulvehhab, age, sh. 154.*

(2) *EL Buhari, Muhammed, age, cilt 15, sh. 131; EBU Davud, Süleyman, age, cilt 2, sh. 451; İBN-İ Hanbel, Ahmed, age, cilt 6, sh. 100; ED Darimî, Abdullah, Es Sünen, Mısır tarihsiz, cilt 2, sh. 658*

(3) *MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 154-155; EL Hallaf, Abdulvehhab, age, sh. 15 vd.; SA VA Paşa, age, cilt 1, sh. 81 vd.*

c) Akıl yetisi, soyut bir nesne olduğu için var olması veya olgunluk kazanması görünmeyen bir olaydır. Bu nedenle, yasa koyucu olan Allah, bunu bir kurala bağlamak istemiş ve erginlik çağını, akli olgunluğun kazanıldığı zaman kesiti olarak belirlemiştir. (1)

Japonya, Filipin, Sibiryaya ve bunlar gibi din kültüründen uzak yörelerde yaşayanların mükellefiyet durumu ise, açıklanmağa değer bir konudur. Çünkü bunlar, ilahi emirleri ana kaynaklardan çıkaracak derecede bir dini eğitime sahip değildir. Kaldı ki, bunların bir kısmı din kültüründen o denli uzaktır ki, Allah ile kul arasındaki ilişkiden büsbütün habersizdir. Bu gibi grupların sorumluluğundan, dolayısıyla mükellef olmalarından söz edebilmek için, ya bunların arapça öğrenip dini metinlerden ilgili emirleri derlemeleri, ya da bu emirlerin kendi dillerine tercüme edilerek istifadelerine sunulması veyahut da bunların dillerini öğrenecek bir din bilginleri grubunun kendilerine kadar gitmek suretiyle gerekli dini vecibeleri öğretmeleri lazımdır. Kanaatimizce bu son şekil en rasyonel ve İslami esaslara en uygun olan yoldur. Nitekim, Hz. Peygamber veda haccında irad ettiği hutbede, hazır bulunan müslümanların, orada bulunamayanlara, söylenenleri bildirmeleri gerektiğini açıkça belirtmiştir. Burada, hazır bulunan ve bulunamayan deyinlerini geniş anlamda almanın mümkün olduğunu sanıyoruz. Hazır olandan maksat, dinî hükümlere aşına ve ilahi emirlere dair geniş bilgisi olan kişiler olduğunu söyleyebiliriz. Hazır olmayan ise, yukarıda belirtilen bölgelerde yaşayan ve dini tebliğin yetişmediği kimseler olarak alınabilir. Bunlar kendi hallerine bırakılır ve az önce belirtilen üç alternatiften hiç biri yapılmazsa o kimselerin mükellef olmamaları daha akılcı ve İslam Hukukunun ruhuna daha uygun bir görüştür. (2) Çünkü Allah'ın, insana gücünü aşan sorumluluğu yüklemesi düşünülemez. (3)

2 – Mükellef olmanın ikinci şartı ise, insanın, Allah katından verilen emirlere muhatap olmaya ehil olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, mükellef sayılabilmek için akli melekeye sahip olmanın yanında, araştırmamızın konusunu oluşturan ehliyet vasfını ortadan kaldıran engellerin de bulunmaması gerekir. (4)

II. EHLİYETİN İSLAM HUKUKUNDAKİ YERİ

Fıkıh Usulü'nün başlıca konuları arasında yer alan ehliyet, en çok Hanefi usulcülerin ilgisini çekmiş ve bağımsız bir bölüm halinde geniş bir hukuki perspektifle incelenmiştir. Bu inceleme sonunda ehliyet kavramı, İslam Hukukunun bütün hükümlerini kapsayacak biçimde soyut bir kural ve hukuki bir mihenk olarak yerleşmiştir. Böylece hukuki olay ve

(1) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 328

(2) HALLAF, Abdulvahhab, age, sh. 156; MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 158

(3) Bkz. Bakara Suresi Ayet :

(4) MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 156; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 5 vd.

problemler ehliyet mihengine vurulduktan sonra çözüme bağlanmıştır. Diğer hukuk ekollerine mensup usul bilginleri ise, ehliyet meselesini bu denli geniş almamakla beraber, yine bunlar da ehliyetin, temel bir kural olarak bütün hukuki konuları ilgilendirdiğini ve verecek şey'i hükümler için ölçü teşkil ettiğini öngörmüşlerdir. (1)

Daha çok münferit meselelere yer veren ve İslam Hukuku'nun temel kaynak eserleri durumunda olan uygulamalı fıkıh kitapları ise, birinci bölümde de açıklandığı gibi, bunlar ehliyeti bağımsız bir bölüm olarak almak yerine, ele aldıkları her mevzunun ehliyeti ilgilendiren yanlarını geniş olarak izah etmeyi yeğlemişlerdir. Bütün ekollerin ve müelliflerin aynı presipte birleştiklerini söylemek yanlış olmasa gerektir. Örnek verilecek olursa, akitlerin her biri anlatılırken, bu akitlerin sağlıklı olarak kurulabilmeleri için, akdi yapan tarafların ehliyete sahip olmaları gerektiği kaydedilmiş ve ehliyete ilişkin hükümler uzun uzadıya anlatılmıştır. Yine, İslam Özel Hukukunda uygulanabilen yaptırımlar arasında "butlan" a yer verilirken, bunun nedenleri arasında yer aldığı belirtilen ehliyetsizlik konusuna değinilmiş ve gerekli ehliyetten yoksun olan akıl hastası ile mümeyyiz olmayan küçüğün durumları bu vesile ile anlatılmıştır.(2)

Mahkeme önünde hak talep etme, başkasının lehine hak itirafında bulunma (ikrar), hak ihtilafında şahitlik yapma vb. gibi geçerlik ve geçersizlik müeyyidesinden söz edilebilen işlemlerin geçerli olması, ehliyetin mevcut olmasına bağlıdır. aksi takdirde, bu işlemler bütünüyle geçersizdir.(3)

Namaz, oruç ve benzerleri gibi dini ibadetlerde dahi, ehliyetin, önemli bir faktör olduğu göze çarpmaktadır. Klasik fıkıh kitapları, ibadetlerde kendisini hissettiren ehliyetin iki yönden ortaya çıktığından bahsederler. Birincisi ibadetleri ifa etmek zorunluluğu bakımından ortaya çıkar ki, bu tür ehliyeti taşıyan kimse, ibadetleri yerine getirmekten kaçınmaz. Çünkü bu durumda olan kişi, ibadetler açısından mükellef sayılmakta ve ibadeti terketmekten dolayı dinî bir sorumluluk ile karşı karşıya bulunmaktadır. İkincisi ise, ibadetlerin ifa şeklinin geçerli olması için gerekli olan ehliyettir. Burada, mükellefiyet ve dini sorumluluğun söz konusu olmadığı kimselerin ibadetlerinin geçerli olması için, sahip olmaları gereken bir ehliyet anlaşılmaktadır. Örneğin, ergin olmayan bir küçüğün ibadet etmesi gibi. (4)

(1) GAZALİ, Ebu Hamid Muhammed, *age*, cilt 1, sh. 55 ve 84; ABDULLAH, Ahmed Ali, *age*, sh. 118; İBN-ÜL Hümmam, Kemal-ud Din, *El Tahrir Fi Usul-il Fıkh*, Mısır 1351, sh. 207

(2) ZUHAYLİ, Vehbe, *age*, cilt 4, sh. 114; EZ Zerka, Mustafa Ahmed *age*, cilt 2, sh. 734-735; İBN-ÜL Humman, *el Tahrir*, sh. 207 vd.

(3) EZ Zerka, Mustafa Ahmed, *age*, cilt 2, sh. 735

(4) EBU Zehra, Muhammed, *age*, sh. 8 vd.; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, *age*, cilt 2, sh. 736 vd.

Ceza Hukuku alanında da benzer durum bulunduğu için, fıkhi eserler bu sahadaki ehliyetin durumunu da incelemişlerdir. Çünkü diğer hukuk sistemleri gibi İslam Hukuku da, suç işleyen kişinin, cezai sorumluluğu yüklenebilecek nitelikte bulunması; dolayısıyla cezai ehliyete sahip olması gerektiğini öngörmektedir. Bu nedenle akıl hastası veya küçük gibi bu tür ehliyetten yoksun olan suçluların cezalandırılması istenmemektedir. (1)

Görülüyorki insan, eylem ve işlemlerinde attığı her adımda ehliyetle tanışmaktadır. İslam Hukuku bütün bu eylem ve işlemleri çeşitli açılardan incelediğine göre, ehliyet konusu bu hukuk sisteminin her alanında kendini hissettirmektedir. Fıkıh bilginlerinin, ehliyeti müteaddit yerlerde incelemesi de bundan kaynaklanmaktadır.

Şimdiye kadar verilen izahlardan aşağıdaki sonuçları çıkarabiliriz :

a) Ehliyet, yasa koyucunun, kişide bulunmasını gerekli gördüğü bir takım niteliklerin var olmasına esasına dayanmaktadır. Bu nitelikleri taşımayan kimseler hakkında şerh hükümler ve hukuki sorumluluk düşünülmemektedir. Bunların yaptığı işlemler de geçersiz sayıldığından, giriştikleri muamelelerin hukuki sonuç doğurmasından söz edilememektedir.

b) Kişide bulunması gereken nitelikler, konuların ve işlemlerin özelliğine göre değişebilmektedir. Yani, bazı eylem ve işlemler için yasa koyucu tarafından istenen ehliyetin sınırı, diğer bazıları için istenenden daha geniş veya dar olabilmektedir. Başka bir deyimle, bu niteliklerin hepsi bütün konular için aynı derecede gerekmemekte; kimisi için az bir kısmının mevcut bulunması ile yetinilirken, kimisi için de niteliklerin tamamının bulunması istenmektedir. Örneğin, başkasının verdiği hediye ve bağışlamayı kabul etmek için aranan nitelik, kendi malını başkasına karşılıksız vermek için gerekli olan nitelikten çok daha farklıdır. Yeri geldikçe bunların izahı yapılacaktır. (2)

(1) EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 736; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 314 vd.

(2) EL Cebburi, Salih Com'a, Hasan, age, sh. 10 vd.; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 116; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 746; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 389

III. EHLİYET KAVRAMI

a) TANIM

Ehliyet sözcüğünün arap dilindeki lügat anlamı, bir şeye hak kazanmak veya layık olmaktır. Örneğin, falan adam başkanlığa veya ikrama ehildir ya da ehliyetlidir deyince, o kişinin başkanlığa layık ve ikram edilmeye değer olduğu ve bu makamın bir nevi hakkı olduğu kastedilmek istenir. Ayrıca ehliyet, konuşma dilinde kişinin herhangi bir işi yapmakta yetkin olması anlamına da gelir. Herhangi birinin bir işe ehil olduğu şeklindeki ifadede, o kişinin söz konusu işi yapmak hususundaki yeterliği ve yetkinliği anlaşılmaktadır. Bu sözcük, yukarıdaki her iki anlamıyla türkçeye de geçmiştir. Bunlardan başka ehliyetin, arap dilinde ikamet etme veya vatan edinme anlamlarına da geldiğini görüyoruz. Örneğin, "falan şahıs şu ülkenin veya bu şehrin ehliyettendir" denildiği zaman, o kişinin anılan ülke ya da şehrin sakinlerinden olduğu belirtilmek istenmektedir(1).

İslam hukuk doktrininde ehliyetin tanımı çeşitli şekillerde yapılmıştır. Bu tanımların her biri ehliyetin ayrı ayrı özelliklerini açıkladığından ve onun değişik cephelerini yansıttığından, hepsi de geçerli ve doğrudur. Kaldı ki, kimi hukukçular ehliyeti bağımsız olarak tanımlamaktan sarfı nazar ederek doğrudan doğruya ehliyetin çeşitlerine geçmeyi ve bunların tanımını ayrı ayrı yapmayı yeğlemişlerdir(2). Bununla beraber, klasik hukuk eserlerinin bir kısmında genel anlamdaki ehliyet ile ehliyetin çeşitlerinden olan hak ehliyeti (vucüp ehliyeti) aynı tarif ile tanımlanmıştır. Ancak, bu tarzdaki görüşün amacını anlamının güç olduğunu belirtmekte yarar vardır(3). Ehliyete verilen tanımların bir kaçını örnek olarak burada zikretmenin isabetli olduğu kanısındayız.

Bazı hukukçular, ehliyeti "Kişinin, leyh ve aleyhinde hakların sabit olması ve yaptığı tasarrufların geçerli olması için sahip olduğu yetkidir."(4) şeklinde tanımlarken, diğer bazıları "Kişiyi hak elde etmek ve bu hakları kullanmak için yetki veren bir yeterliliklerdir."

- (1) İBN-İ Manzur, *Muhammed Cemaleddin, Lisan-ul Arab, Mısır 1968, EHL maddesi; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 11; MA'LUF, Lois, age, EHL maddesi, Meydan Larouse, ehliyet maddesi; MUSTAFA, İbrahim—Ez Zeyyat, Ahmed Hasan—Abdulkadir, Hamid—En Neccar, Muhammed Ali, age, cilt 1, EHL maddesi.*
- (2) Bkz. Emir Padişah, *Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 249; MOLLA Hüseyin, age, cilt 2, sh. 434; EL Hallaf, Abdulvehap, age, sh. 156; EL Pezdevi, Fahr-ul İslam Ali, age, cilt 4, sh. 237 vd.; ABDULLAH, Ahmed Ali, age, sh. 118; EL Cebburi, Salih Cum'a Hasan, age, sh. 12*
- (3) *EL Buhari, Abdulaziz, Keşf-ul Esrar, cilt 4, sh. 237*
- (4) *ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 117*

(1) tarzında bir tarif vermiştir. Görüldüğü gibi, bu tanımlama örneklerinde, ehliyetin çeşitleri olan hak ve fiil ehliyetlerinin nitelikleri birleştirilerek bir tanım şekline ulaşılmıştır. Ünlü modern İslam Hukukçusu Muhammed Ebu Zehre ise, bu tanımı daha da kısaltarak "ehliyet kişinin, kendisini ve başkasını hak açısından bağlayan bir yetkiye sahip olmasıdır." biçimine sokmuştur. Burada ifade edilmek istenen, kişinin, başkasından hak talep etme yetkisine (hak ehliyeti) ve başkasına ait bir hakkı taahhüt etme yetkisine (fiil ehliyeti) sahip olmasıdır (2) "Ehliyet, insanın, kendisine hüküm terettüp edecek bir durumda olmasıdır." (3) tarzındaki tarif ise, ehliyetin bir başka cephesini göstermeye çalışmakta ve bu kavramı daha çok genel ve soyut bir mefhum olarak değerlendirmektedir.

Çağdaş İslam Hukukçularından Ez Zerka ile Ahmed El Kurdi, ehliyetin İslam Hukukundaki kapsamını gözönünde bulundurarak şöyle bir tanımlama benimsemişlerdir: "Ehliyet, yasa koyucunun, kişide var kabul ettiği bir nitelik olup bununla kişi, teşriî hitaba konu kılınmaktadır." (4) Bu tarif ile ehliyetin kapsamına dinî ve ahlakî yükümlülükler ile cezaî ehliyet de girmektedir. Çünkü bunlar da teşriî hitap cümlesinden sayılmaktadır.

Bu tanımlama şekilleri ve daha önce verilen izahlar ışığında aşağıda belirteceğimiz notalara varmak mümkündür :

1— Kişilerin sahip olduğu ehliyet, insanlarda peyderpey gelişen bir niteliktir. Bu gelişme, insanların akıl ve beden yönünden geçirdiği gelişme aşamalarını izlemektedir. Daha açık bir ifadeyle, ehliyetteki gelişme insanın zihni ve bedeni gelişmesine paralellik arz etmektedir (5) İnsan ömrünün her bir döneminde ehliyetin değişik aşamaları karşımıza çıkmaktadır. Cenin döneminden insan hayatının sonuna kadar süren zaman kesitinde, ehliyet şu merhalelerden geçmektedir; Kişi önce sadece haklardan yararlanır (cenin dönemi), sonra aleyhinde haklar meydana gelebilir (küçüklük dönemi). Bu aşamaları bazı işlemleri yapabileceği devre izler (temyiz dönemi) ve nihayet yaptığı her işten sorumluluk yüklenebileceği devre gelir ki, artık ehliyet son aşamaya kavuşmuş olur. Demek oluyor ki, ehliyet

(1) EN Mâhi, Selahaddin Abdullatif, age, sh. 64

(2) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 329

(4) EL Ansârî, M. Nizam-ud Din, Fevâih-ur Rahamut, Mısır 1332, cilt 1, sh. 156

(4) EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 11 (EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 737

(1) Yani, ehliyetin varlığı ve gelişmesi sadece akla değil, bedendeki gelişmeye de bağlıdır. Çünkü İslam Hukukunun kimi pratik hükümleri, akıl faktörü yanında bedeni gücü de gerektirmektedir. Örneğin, namaz, oruç vb. gibi ibadetler bu kabildendir. Toplumsal bir görev olan cihad (düşmanla savaş)'ı da bu çeşitten sayabiliriz. Bunlarda ehliyet ve dolayısıyla yükümlülüğün söz edebilmek için, zihni gelişme unsuru ile birlikte bunların ifasını sağlayacak bedeni iktidar da aranmaktadır. Ez Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 737

insandaki tedrici tekamülü bir gölge gibi takip eden ve ondan ayrılmayan bir yeteneştir (1)

2- İnsandaki bu yeteneğin varlığını takdir etmek ve kişideki gelişme temposuna uygun olarak derecelerini belirlemek tamamiyle yasa koyucuya aittir. Çünkü insanların hareket tarzını tayin etme, fert ve toplumun haklarını korumaya yönelik esasları koyma ve bu amaçla insanlara emir ve nehiyleri yöneltme yetkisi münhasıran yasa koyucunundur. Son tanımda "yasa koyucunun var kabul ettiği nitelik" deyiminin yer alması bu noktayı ifade etmeye yöneliktir. Hemen belirtelim ki, İslam Hukukuna göre yasa koyucu yalnızca Allah' dır. (2)

3- Tanımda geçen "teşriî hitap" deyiminden maksat şer'i hükümler (İslam Hukukunun amir esasları) dır. Fıkıh terminolojisinde bu iki terim birbirinin yerine kullanılabilir. Şu halde, ister dini ibadetlerin ifasına, ister mülkiyet, akitler vb. gibi özel hukuka, ister aile hukukundaki yükümlülüklerle ve isterse ceza hukuku ile ilgili esaslara ilişkin olsun, yasa koyucunun koyduğu hükümler hem şer'i hüküm ve hem de teşriî hitap diye nitelendirilmektedir. Şer'i hüküm denilmesinin nedeni bu esaslara, insanların uygulamak durumunda olduğuna dair yasa koyucu tarafından bir hükmün verilmiş olmasıdır. Teşriî hitap diye adlandırılması ise, yasa koyucu sıfatıyla Allah'ın, insana yönelttiği emir ve nehiylere onu muhatap kılması anlayışından kaynaklanmaktadır. Teşriî hitabın keyfiyeti ve sınırı kişilerin sahip olduğu ehliyet durumuna göre değişmekte olduğundan, bununla ilgili detaylı bilgiler, ehliyetin insan hayatında geçirdiği aşamalar bölümünde sergilenecektir. (3)

Çağdaş Hukuk doktrininde soyut olarak ehliyet kavramı üzerinde fazla durulmayarak bir kısım İslam hukukçuları gibi doğrudan doğruya hak ehliyeti ile fiil ehliyetine el atılmıştır. Modern anlayışın temel felsefesi, kişinin bir hak sahibi olması niteliği ile bu hakları kullanması durumunun birbirinden farklı hususlar ve değişik konular olduğu; dolayısıyla bunların birbirleriyle karıştırılmaması gerektiğidir. Bununla birlikte, kimi hukukçular yukarıda işaret edilen bazı İslam müellifleri gibi, ehliyetin her iki çeşidinin özelliklerini mezcederek ehliyet için bir tanım bulma yolunu seçmişlerdir. Bunlara göre ehliyet, "kişinin gerek haklar karşısındaki durumunu, gerek onları kullanması konusundaki yeteneği"

- (1) EN Nâhi, Selahaddin Abdullatif, age, sh. 64 vd.; EMİR Padişah, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 250 vd.; EL Gazali, Ebu Hamid, Muhammed, age, cilt 1, sh. 84 vd.
- (2) ZUHAYLİ, Vehbe, El Vasit Fi Usul-il fikh, Dimaşh (Şam) 1979, sh. 170 vd.; ZUHAYLİ, Vehbe, El Fikh-ul İslami, cilt 4, sh. 115 vd. Ez Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 738
- (3) EL Hudari, Muhammed, Usul-ul Fikh, Kahire 1939, sh. 21; İBN-İ Hümmân, Kemaleddin, Abdulvahit, age, sh. 207; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 738; EN Nâhi, Selahaddin Abdullatif, age, sh. 64 vd.

ifade etmektedir (1) Birbirlerinden önemli farklarla ayrılan ve ehliyet deyimi ile ifade olunan bu iki özellik, kişinin Medeni Hukuktaki medeni ehliyetini tayin eder (2)

b) KAPSAM

Daha önce de işaret edildiği üzere, İslam Hukukunda dini ve dünyevi hayat iç içe girmiş bulunmaktadır. Bu özelliği gereği, anılan hukuk sistemi, kişinin hem dünya'daki yaşamını ilgilendiren hükümleri ve hem de dünya ötesi hayatına ilişkin manevi durumları beraber işlemektedir. Dahası, İslam Hukuku insanın yaşamı boyunca seçeceği hareket tarzının, yasa koyucu olan Cenab-ı Allah'ın emir ve direktifleri doğrultusunda olmasını istemiştir. Aksi takdirde manevi, daha doğrusu uhrevi (ahirete ait) sorumluluğu söz konusu olur. (3)

Bu sistemin hukukçularına göre insanın yaratıcısı olan Allah, yaşadığı süre içinde karşılaşacağı problemleri çözmek, geçimini en kolay bir şekilde temin etmek, dünya hayatını güzel bir tarzda düzenlemek ve bu arada ahirete yönelik dini görevlerini sağlıklı olarak yerine getirmek gibi görevleri kişiye yüklemiş bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün sonucu olarak kişi, aklı aracılığıyla, yasa koyucunun yararlı ve zararlı saydığı davranışları ayırmak durumundadır. Doğal olarak, biraz önce anılan yarar ve zarar çemberine akitler, muameleler ve diğer tasarruflar da girmektedir. Binaenaleyh, kuruluşu için İslam hukukunca gerekli kabul edilmiş şartları taşıyan akit veya işlemler yararlı, bu şartlardan yoksun bulunanlar ise zararlı addedilmektedir. Nitekim, işlemlerin geçerli veya geçersiz olması durumu bu düşüncenin sonucudur. O halde kişi, girişmek istediği akitlerin şartlarını, sonuçlarını ve diğer durumlarını aklı sayesinde tahlil edecek; böylece hayatını pürüzsüz ve ideal bir seyirde sürdürme yolunu arayacaktır (4)

Ancak, kimi insanların yukarıda zikredilen özellikleri taşımadıkları görülmektedir. Bir çok insanlar, psikolojik ve diğer nedenlerle bedenî ve akîl yeterlilikten yoksun bulunmaktadır. Dolayısıyla, bunlar ne dünya hayatının gereklerini anlayabilmekte, ne işlemler ile akitlerin sonuçlarını düşünebilmekte ve ne de dinî yükümlülük ile ahiret sorumluluğunu

(1) KÖPRÜLÜ, Bülent, *age*, sh. 187

(2) Karş, ÖZSUNAY: *Ergun*, *age*, sh. 25; ZEVKLİLER, Aydın, *age*, sh. 33;

(3) EL Hıllaf, Abdulvehap, *age*, sh. 156; SAVA Paşa, *age*, cilt 2, sh. 315 vd.; ABDULLAH, Ahmet Ali, *age*, sh. 118 vd.; Ayrıca bkz. Mola Hüsvrev, *age*, cilt 2, sh. 435

(4) MOLLA Hüsvrev, *age*, cilt 2, sh. 435; SAVA Paşa, *age*, cilt 2, sh. 316; ZUHA YLİ, Vehbe, *age*, cilt 4, sh. 116; ŞABAN, Zekiyy-üd Din, *age*, sh. 213 vd.

kavrayabilmektedirler. Diğer insanların yardımlarına terkedilen bunlardan şuurlu bir hareket tarzı beklenemediğinden, sorumlu olmalarından söz edilemez. Hemen vurgulamak gerekir ki, sözünü ettiğimiz sorumlu olmama durumu, akıl melekesindeki bozukluk ile orantılıdır. Akıl yetisindeki bozukluk az ise sorumsuzluk da o oranda azdır. Yani böyle birisi, sonucunu düşünebildiği alanlarda sorumlu, diğer alanlarda ise sorumsuz kabul edilir. Akıl hastası, akıl zayıfı ve küçüğün oluşturduğu bu tipteki kişilerin sorumluluk ile ilgili durumları, ileride etraflıca ele alınacaktır.(1)

İşte, bütün bu açıklamalar bizi ehliyet kavramına götürmektedir. Akıl ve beden tüm-lüğüne sahip olan kişiler ehliyetli olarak nitelendirilmektedir. Akıl yetisi ve değerlendirme gücü bakımından yetkin sayılan bu grup, yaptığı her işin sonucunda sorumlu oldukları gibi, dini görevleri de ifa etmek mecburiyetindedirler. Bunun yanında, her türlü akit ve işlemleri yapma yeteneğini de haizdirler. Demek oluyor ki, İslam Hukukunda ehliyet deyimini-nin kapsamı daha geniş olup ahlaki ve uhrevi alanlara kadar yayılmaktadır. Akıl melekesi gelişmemiş veya az gelişmiş ikinci kategoriye giren kişiler ise, ehliyetsiz (bir kısmı ise eksik ehliyetli) olarak anılmaktadır(2).

IV. EHLİYETİN DİĞER DEYİMLERLE İLİŞKİSİ

a) Ehliyet ve Selahiyet (Yeterlik):

Kişiyeye yüklenen vecibelerin yerine getirilmesi ve sorumluluğun meydana gelmesi konusunda İslam Hukuk bilginlerince "salahiyet" diye bir terim daha geliştirilmiştir. Salahiyet, kişinin haklara sahip olmak ve onları kullanmak için maddi ve cismani yönden elverişli olması durumudur. Böylece Salahiyet, vecibelerin yerine getirilmesi için gerekli olan yeterliğin ilk derecesidir. Bu ilk dereceden itibaren insan, vecibelerini ifaya elverişli sayılmaya devam eder. Denilebilir ki, Salahiyet, ehliyetin varlığını hazırlayan uygun bir zemini oluşturmaktadır. Çünkü, salahiyet olmadıkça ehliyetten söz etmek imkânsızdır. Ancak salahiyetle sıkı sıkıya bağlı olduğunu belirttiğimiz bu ehliyet, fiil ehliyeti (eda ehliyeti) dir. Hak ehliyetinin varlığı ise, yeri geldiğinde de açıklanacağı gibi, insan olarak var olmağa bağlı bulunmakta ve bundan başka hiçbir şart aranmamaktadır. Buna göre, salahiyete sahip olmayarak doğan kimselerde fiil ehliyetinin inkişafı vücut bulmamaktadır. Doğuştan sğır-dilsiz, ebleh ve akıl hastası olanlar, sözünü ettiğimiz salahiyetten yoksun bulunmaktadır. Salahiyeti zedeleyen bu arızalar devam eder ve rüşet yaşına kadar sürecek olursa, artık bu

(1) Bkz. sh. 120 vd.

(2) Bkz. sh. 99 vd.

kimsenin, haklarını kullanma yetkisi demek olan fiil ehliyetinden söz edilemez. Demek oluyor ki, salahiyet, fiil ehliyetini ilgilendirmekte ve bu ehliyet için gerekli olan bedeni ve maddi yeterliğin mevcut olması halinde ifade etmektedir. Bununla birlikte, salahiyet deyimii ehliyetin eş anlamlısı olarak kabul eden İslam Hukukçuları da bulunmaktadır(1).

b) Ehliyet ve Kudret (yapabilirlik):

Kudret sözcüğünün etimolojik anlamı güç demektir. İslam Hukuk Literatüründe ise, itibar¹ bir kavram olup kişiye yasa koyucu tarafından yükletilen görevlerin ifa edilmesi için, lüzumlu olan kuvvet miktarını ifade etmektedir. Görüldüğü gibi, kudret kavramı da sadece fiil ehliyetini yakından ilgilendirmektedir. Kudret mefhumu iki derecede, dolayısıyla iki tür olarak mütalaa edilebilir :

1– Kudret–i Mümekkine (mümkün kılan güç): Bu deyim kişinin, haklarını kullanmayı ve diğer yükümlülükleri ifa etmeyi mümkün hale getiren bir ortama kavuşması durumunu ifade etmektedir. Kişi, bu pozisyonuyla istediği fiili meydana getirmek için gerekli olan şartlara, araçlara ve her türlü maddi sebeplere sahip bulunmakta ve o fiilin meydana gelmesine engel olacak tüm dış engelleri de giderebilmektedir. Binaenaleyh, o fiilin meydana gelip gelmemesi bütünüyle kişinin serbest iradesine bağlı hale gelir. Böyle bir durumda olan kimse, hakları kullanabildiği gibi, dini yükümlülükleri de yerine getirmeye mecbur kınılmaktadır. Örneğin, hacca gitmek için hali, vakti ve sıhhati yerinde olan ve seyahat etmeye engel bir durumu bulunmayan kimsenin, hac ibadeti için Kudret–i Mükkineye sahip olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu ibadetin ifası ile yükümlü kınılmaktadır (2)

2– Kudret–i müessire (etkin güç): Bu da, Kudret–i Mümekkineye sahip olan kimsenin, istediği fiili yapması ve onu meydana getirmesi olayıdır. Daha öz bir ifadeyle, kudret-i mümekkine'nin vücuda getirdiği fiil, kudret-i müessirenin eseridir. Şu halde, bu iki kudret türünü, enerjinin potansiyel ve kinetik diye bilinen iki türüne benzetebiliriz. Hatta, potansiyel kudret ve kinetik kudret diye de nitelendirmek mümkündür. Çünkü, depolanmış gücün ve hazırlıkların mevcut olmasına rağmen henüz harekete geçmemiş olan durgun kudret (kudret-i mümekkine), tamamiyle potansiyel enerjiyi andırmaktadır. Mevcut olan kudretin harekete geçirelerek bir eylemin meydana gelmesi ise, bu durgun kudretin kinetik kudrete dönüşmesi olayından başka bir şey değildir (3)

(1) SAVA Paşa, age, cilt 1, sh. 162 ve cilt 2, sh. 315

(2) Ayrıca bkz. Sava Paşa, age, cilt 2, sh. 317

(3) Bkz. Sava Paşa, age, cilt 2, sh. 318

V – EHLİYETİN ÇEŞİTLERİ

Ehliyetin, yasa koyucunun koyduğu kurallara muhatap olunması için kişide var olduğu kabul edilen bir yeterlik vasfı olduğunu yukarıda görmüştük. Ancak, insanın ana karnına düşmesi anından hayatın sonuna dek devam eden bu nitelik, insan yaşamının çeşitli dönemlerinde değişiklik göstermekte ve bedenî ve zihni gelişmeye paralel olarak kabuk değiştirmektedir. Bu nedenle, İslam Hukukçuları ehliyeti önce iki büyük kategoriye ayırmışlardır. Daha sonra bu iki kategori de, kendi içinde kısımlara bölünmüştür. Birinci kategori günümüzde yaygın adıyla hak ehliyeti diye bilinen "vücûp ehliyeti", diğeri ise fiil ehliyeti'ne tekabül eden "eda ehliyeti" dir. Hemen şu noktaya işaret etmek gerekir ki, ehliyetin tabii olduğu bu tasnifi hukuk literatürüne İslam Hukukçuları kazandırmıştır. Her ne kadar muhteva ve uygulama olarak Roma hukukunda rastlanır ise de bu alanda yerleşmiş terimler tamamiyle İslam Hukukunun buluşudur. Modern hukuk ise, anılan tasnif ve terimleri olduğu gibi kabul etmiş görünmektedir (1)

Biz bu tasnifi İslam Hukukuna göre incelemeyi, ve gerekli görüldüğü yerlerde çağdaş hukukun benimsediği esaslara değinmeyi uygun görmekteyiz.

A – HAK EHLİYETİ (VÜCÛP EHLİYETİ)

a) KAVRAM :

Hak ehliyeti (vucup ehliyeti), İslam Hukukunda kalıplaşmış bir tarif ile kişinin, ilzam (borçlandırma) ve iltizam'a (borçlanmaya) elverişli olmasıdır, diye tanımlanmıştır. (2) İlzam'dan amaç haklara sahip olmaktır. Örneğin, mala verilen zararın karşılığını almak, alım-satım veya ödünç suretiyle intikal eden mülkiyet, başkasına yüklenen nafaka, terekeden elde edilen miras vb. gibi haklar bu kapsama girmektedir. İltizam ise, kişinin aleyhine başkasına ait hakların meydana gelmesi anlamına gelir. Kişinin, satın aldığı malın bedelini ödemesi, ödünç aldığı meblağ kadar iade etmesi, yoksul yakın akrabaların nafakasını temin etmesi vb. gibi yükümlülükler buna örnek olarak gösterilebilir. Kimi bilgiler hak ehliyetini tıpkı çağdaş hukukçular gibi, kişinin leh ve aleyhinde hakların meydana gelebil-

-
- (1) *ET Termanani, Abd-üs Selam, age, sh. 242 vd.; EL Kurdi, Ahmet El Hacci, age, sh. 12; EMİR Padişah, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 249 vd.; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 316*
- (2) *ZUHAYLİ, Vehbe, El Fıkh-ul İslami, cilt 4, sh. 117; ZUHAYLİ, Vehbe, El vasiyet, sh. 171; EZ Zerkah, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 739; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 329; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 12*

mesidir, şeklinde tanımlamışlardır (1) Hak sahibi olabilme ve borç yüklenebilme anlamında alınan vucûp ehliyeti, kişinin doğal bir tamamlayıcısı ve onun varlığının bir parçasıdır. Hatta, bir bakıma kişi terimini karşılayan bir içerik taşımakta ve onun eş anlamlısı kabul edilmektedir(2)

Vücûp ehliyetinin bu şekilde tanımlanmasından, bu ehliyet çeşidinin içeriğinin iki yönlü olduğu, dolayısıyla şu iki unsura sahip bulunduğu ortaya çıkmaktadır:

1- Birinci unsur haklara sahip olabilmek (ilzam)dır. Bu unsur, vucûp ehliyetinin olumlu (aktif) yönünü oluşturmaktadır. Bu unsurla kişi, lehine bir takım hakları kazanıp elde edebilmekte, yani başkasına karşı alacaklı durumuna geçebilmektedir. Kişi, doğmadan önce de bazı hakları elde ettiği için, bu unsur o aşamada dahi söz konusu olabilmektedir.

2- İkinci unsur ise borç altına girebilmek (iltizam) dir. Başka bir anlatımla, aleyhte hakların meydana gelebilmesidir. Kendi eylem ve iradesiyle hak yaratabilmek ise, bu ehliyet türünün kapsamı dışında kalmaktadır. Bu faktör, hak ehliyetinin olumsuz (pasif) yönünü teşkil eder. Kişinin sağ doğması ile bu unsur hemen ortaya çıkar. Bu iki ayrı yön vucûp ehliyetini birlikte oluşturduklarından, bunlardan biri yoksa, hak ehliyeti tam olarak vucut bulmaz. Çünkü, hak ehliyeti bir tümü, bir statüyü yansıtır. Ancak modern hukuk anlayışının aksine, İslam Hukuku, hak ehliyeti kavramının bölünebildiğini kabul ederek anılan unsurlardan birinin noksan olması halinde, eksik hak ehliyeti kavramından söz edilebileceği sonucuna varmıştır. Hak ehliyetinin türleri bölümünde bu konuya tekrar dönülecektir(3)

Kişinin borçlanabilmesi diye nitelendirdiğimiz ikinci unsur, beraberinde bir kavramı daha getirmiştir. "Zimmet" diye bilinen ve İslam Hukukunda üzerinde çok durulan bu kavramın lügat anlamı söz vermek, taahhüt etmek ve uhdeye geçirmek demektir. Anlaşma sonucu güven sözü verilen İslam Ülkelerindeki gayri müslimlere zimmi denilmesi buradan kaynaklanmaktadır. Terminolojik anlamı ise, borçlanabilmek ve yükümlülük kabul etmek için kişide varsayılan itibari bir yetenektir. Bu yetenek sayesinde kişinin, başkasına karşı borçlu kılınabilmesi sağlanmaktadır. Şu halde zimmet, her insanda yaratılış gereği var olan

(1) *EL Cebburi, Salih Cum'a Hasan, age, sh. 12; ABDULLAH, Ahmed Ali, age, sh. 118; EN Nahi, Selahaddin Abdullatif, age, sh. 64; EL Hallaf, Abdulvehhap, age, sh. 156*

(2) *Bkz. Es Sarraf, Abbas-Hazban, George, age, sh. 152; KÖPRÜLÜ, Bülent, age, sh. 188*

(3) *EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 329; ZUHAYLİ, age, cilt 4, sh. 117; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 741; ZEVKLİLER, Aydın, age, sh. 35*

fitri¹ bir nitelik. O kadar ki, bu nitelik kişiden ayrılmamakta ve hukuk bilginlerinin deyi-
miyle yük kabına benzer bir yükümlenme kapasitesini andırmaktadır. Buna göre, herhan-
gi bir kişinin zimmetinde şu kadar borç olduğundan söz edilirse, söz konusu şahsın yüküm-
lenme kabının o meblağda bir borç ile dolu bulunduğu tarzında anlaşılmalıdır. Bir kısım
İslam Hukukçularının, zimmet sözcüğünü vucûp ehliyetinin eşanlamlısı olarak belirtmeleri,
çoğunluğun görüşüne ters düştüğünden, kanaatimizce bir zühul eseridir. Çünkü, hak ehliye-
tinin birinci unsurunu oluşturan hak sahibi olabilme keyfiyeti, zimmetin var olup olmaması
ile kesin olarak ilintili bulunmamaktadır. Zaten, hak sahibi açısından bir yükümlenme du-
rumunun söz konusu olması düşünülemez(1). Zimmet konusu bağımsız olarak etraflıca ele
alınacağı için burada bu kadarına değinmenin yeterli olduğunu sanıyoruz.

Öte yandan, vucûp ehliyeti kişiye yüklenen vecibeyi bilfiil değil, bilkuve vücuda ge-
tirmektedir. Öz ifadeyle bu ehliyet, kişinin yasa koyucu olan Cenab-ı Allah'a karşı sorum-
lu olma yolunu açan ilk basamak durumundadır. Yani, vecibelerin (yükümlülüklerin) insana
yönelmesi için, bu ehliyet türü bir zemin hazırlamaktadır. Vecibe, akıl ve duygularımızın
yeteneği oranında Cenab-ı Allah'a, kendimize ve başka kimselere karşı yapmak durumunda
olduğumuz davranışlar bütünüdür. Bu davranışları yerine getirmek için vicdanımızda duy-
duğumuz mecburiyet hissi de bunun bir ürünüdür(2)

b) KAPSAM VE DAYANAK :

İslam Hukukuna göre hak ehliyeti (vucûp ehliyeti)'nin dayanağı insan olmaktır. İn-
sanlık vasfına sahip olarak doğan her varlığın hak ehliyetine sahip bulunduğu kabul edil-
mektedir. Hak ehliyetinden yoksun bir insan kesinlikle düşünülemez. Çünkü insan olmak,
kendiliğinden bu ehliyet türünün bulunmasını gerektirmektedir. Yaş, akıl, erginlik vb. gibi
ölçüler burada aranmadığı için, cenin-çocuk, küçük-büyük, kadın-erkek, deli-akıllı ve
hasta-sağlam farkı gözetilmeksizin herkes, hak ehliyetine sahip bulunmaktadır. Hatta, bu
ehliyete sahip olunmasında köle ile özgür arasında bile temelde bir fark yoktur. Roma Hu-
kukunun aksine İslam Hukuku, köleliğe yer vermekle birlikte köleleri prensip olarak hak
ehliyetinin maliki olarak tanımaktadır. Çünkü, insan olmaları sıfatıyla bunlar da zimmete
sahiptir. Ancak, kölelik durumu geçici bir kısıtlayıcı neden olarak görülmekte ve 1. bölüm-

(1) *EL Teftazani, Sadeddin Mesut, age, cilt 2, sh. 161; EL Pezdevi, Fahr-ul İslam Ali, age, cilt 4, sh. 237; MOLLA Hüseyin, age, cilt 2, sh. 434; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 179-180; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 117; İBN-İ Manzur, Muhammed, age, 2 mm maddesi; MEDKÜR, Muhammed Selam, age, sh. 440*

(2) *SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 316; EL Pezdevi, Fahr-ul İslam Ali, age, cilt 4, sh. 238*

de açıklandığı üzere kişilik üzerine düşen bir gölge olarak bilinmektedir. Bununla beraber sözünü ettiğimiz grupların hak ehliyeti açısından dereceleri farklı bulunmaktadır. İleride görüleceği üzere, kimisinin hak ehliyeti tam, kimisinin de eksik olarak ortaya çıkmaktadır (1)

Şimdiye kadar verilen izahlardan hak ehliyetinin iki temel ilkeye sahip olduğu ortaya çıkmaktadır:

1- Genellik : Irk, dil, renk, memleket vb. gibi ayrımlar yapılmaksızın ve yine güçlü, zayıf, küçük, hasta, deli ve zeki gibi niteliklere bakılmaksızın her insanın, hak ehliyetine malik addedilmesi genellik ilkesini ortaya çıkarmaktadır. Bu ilkenin aynen çağdaş hukuk sistemlerine de geçtiğini söylemekte sakınca görülmemektedir. Çünkü, modern hukuka göre hak ehliyeti, kişiliğin elde edilmesi ile eşdeğer kabul edilmektedir. Binaenaleyh kişi sayılan herkes hak ehliyetine sahip bulunmaktadır (2) İslam Hukuku ise, Birinci Bölümde de etraflıca açıklandığı gibi, "kişilik" kavramını fazla işlemediğinden, hak ehliyetini, bu kavrama çok yakın olan "zimmet" vasfına bağlamıştır. Hak ehliyetindeki genellik ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine bile geçmiştir (3) Her ne kadar fiil ehliyetinden yoksun bulunanların, bir takım hakları elde edemedikleri için hak ehliyetine de sahip olmadıkları gerektiği savunulmuş ise de, bu savunma yersizdir. Çünkü, fiil ehliyeti olmayan kişiler dahi veli ve vasi gibi yasal temsilcileri aracılığıyla hak ve borçlar edinebilirler (4)

2- Eşitlik : İslam Hukuku, hak ehliyetinin kişilere tanınması hususunda temelde eşitlik ilkesini öngörmüştür. Eşitlik ilkesi gereğince, hak sahibi olabilme bakımından aynı pozisyondaki kişiler arasında hiçbir fark gözetilmez. Bu nedenle ırkı, dili, toplumsal kökeni, uyrukluğu ve cinsiyeti ne olursa olsun, herkes hak ehliyetine kural olarak sahiptir. Eşitlik ilkesi, hak ehliyeti taşıyan kişiler arasında farklılık durumunun giderilmesini öngördüğünden, genellik ilkesinin en esaslı özelliğini teşkil etmektedir. Esasen, bu iki ilkeyi büsbütün birbirinden ayıran kalın bir çizgi bulunmamaktadır (5)

(1) ET Termanini, Abdüs Selam, age, sh. 243; EL Hallaf, Abdulvehhab, age, sh. 156-157; EBU Zehre Muhammed, age, sh. 64; DÖNDÜREN, Hamdi age, sh. 59; İZMİRİ, Muhammed, age, cilt 4, sh. 434-435

(2) TMK Mad. 8; Her ne kadar Alman, Fransız ve diğer modern hukuk sistemlerinde, hak ehliyetinin genellik niteliği doğal olarak kabul edilirse de, anılan ülkelerin medeni kanunlarında bu temel özelliği Türk-İsviçre Medeni kanunlarında olduğu gibi açıkça yansıtan bir deyim kullanılmamıştır. Türk İsviçre Medeni Kanunu "Herkes" deyiimiyle bunu en açık bir tarzda belirtmiştir; ZEVKLİLER, Aydın, age, sh. 35

(3) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi mad. 6

(4) SADR-UŞ Şeria, Ubeydullah Bin Mes'ud, age, cilt 3, sh. 152; EL Hudari, age, sh. 99; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 12; ABDULLAH, Ahmet Ali, age, sh. 119; ZEVKLİLER, Aydın, age, sh. 36; ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 35

(5) EL Cebhuri, Salih Cum'a Hasan, age, sh. 13; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 117; EMİR Padişah, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 259 vd.; KÖPRÜLÜ, Bülent, age, sh. 192-192; T.C. Anayasası madde 10

Genellik ve eşitlik hak yeteneğinin temel niteliklerini oluşturmakla birlikte, bunlar mutlak bir nitelik taşımazlar. Çünkü bir takım eylem, yapı, sağlık ve çevre farklılıkları nedeniyle insanlar arasında hak ehliyeti yönünden İslam Hukukunda farklı düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz. Ancak, bu düzeltmeler hak ehliyetini ortadan kaldırmış değildir. Yalnızca o kişilerin belirli bir süre için, ya da belirli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak hak ehliyetinden doğan bazı haklara sahip olamayacakları belirtilmek istenmiştir. Diğer yandan, hukuki eşitlik deyince hiç bir zaman mutlak bir eşitlik akla gelmemelidir. Hukuki eşitlik nisbi bir kavram olup benzer durumdakiler arasında geçerli olan eşitlik anlaşılmalıdır. O halde, Üçüncü Bölüm'de daha geniş olarak sergileneceği gibi küçüklerin, kadınların, kölelerin ve zimmilerin (İslam Ülkesinde kalmasına izin verilen gayri müslimlerin) bir kısım hakları elde edememeleri bu iki temel ilkeye gölge düşürmemektedir(1).

İslam Hukukunda tüzel kişiler açısından hak ehliyetinin durumu ilginç bir manzara sergilemektedir. Hak ehliyetinin, zimmet diye itibari bir niteliğe bağlandığı ve bu niteliğin, insanların dışındaki varlıklar için düşünülmediği gerçeklerine bakılırsa, tüzel kişi diye tanıyan varlıkların hak ehliyetini taşımamaları ve dolayısıyla kişi sayılmamaları gerektiği sonucuna varılır. Ancak, uygulama fıkıh eserlerinde sergilenen bir çok hükümlerin, bu kural ile

bağdaşmadığını görmekteyiz. Nitekim, beytülmal ve devlet ile ilgili hükümler, vakıfların statüsünü belirleyen kurallar, kurumlara vasiyet ve hibe yapılabileceğini öngören hükümler ve bunlara benzer düzenlemeler insanlardan başka bir takım varlıkların dahi hak sahibi olabileceğini açıkça göstermektedir. Bu konu 1. Bölüm'de yeterince ele alındığı için burada şunu söylemekle yetinelim : İslam hukukçularının, insanların dışındaki varlıklara tanımadıkları kişilik ve zimmet kavramlarından gerçek ve doğal olan kişilik ve zimmeti kastedmişlerdir. Hükmi şahsiyet ve itibari zimmeti reddetmediklerine ve hatta bunların mevcut bulunduğu çeşitli düzenleyici hükümlerle işaret ettikleri konusunda artık tartışma yapılmaması gerekir. O halde, İslam Hukukunda tüzel kişi sayılan varlıklar da kendilerine özgü hak ehliyetine sahip bulunmaktadır.(2)

Modern İslam Hukukçularından Mısırlı M. Selam Medkur'un, insanların dışında bir kısım hayvanlara bile İslam hukukunda hak ehliyetinin kısmen tanıdığı şeklindeki iddiasına kesinlikle katılmıyoruz. Anılan hukukçuya göre, hayvana eziyet verilmemesi, gücü dı-

(1) İBN-UL Hümman, *Kemal-ud Din, Et Tahrir*, sh. 205 vd.; *EL Teffazanî, Sadettin, Mes'ud*, age, cilt 2, sh. 162 vd.; *EZ Zerka, Mustafa Ahmed*, age, cilt 2, sh. 740-741; *AKİPEK, Jale*, age, sh. 40-41; *KÖPRÜLÜ, Bülent*, age, sh. 191-192

(2) *ES Senhuri, Faraç, Şerh-u Kanun-ı Vakf, Mısır 1942*, sh. 821; *MEDKÛR, Muhammed Selam*, age, sh. 441-443; *ABDULLAH, Ahmed, Ali*, age, sh. 129 vd.; Ayrıca 1. Bölüm'deki ilgili kısma bakınız.

şında yük yükletilmemesi, bakımı hususunda normal kuralların dışına çıkılmaması gerektiği ve bunlara aykırı davranan kimselerin mahkemeye sevkedilebilecekleri gerçeği göz önünde bulundurularak, hayvanlara sınırlı da olsa hak ehliyetini tanımak gerekir. Biz ise, hayvanlara karşı takılması gereken bu tavırların tamamıyla dini ve ahlaki bir mahiyet taşıdığını, mahkeme yolunun açık olmasının da kamu vicdanını rahatsız etmekten kaynaklandığını ve bu sebeble konuyu hak ehliyetinin kapsamına sokmaya mahal bulunmadığını görmekteyiz.(1)

c) HAK EHLİYETİNİN TÜRLERİ :

Hak ehliyetinin iki yönlü olduğu ve iki faktörün birleşmesinden meydana geldiği yukarıda belirtilmişti. Haklara sahip olma ve borçlu olabilme diye sıraladığımız bu iki faktörden sadece bir tanesinin mevcut olması durumunda, hak ehliyetinin bölünebileceği İslam Hukuku doktrininde kabul edilmiştir. Oysa, daha önce de değinildiği gibi, çağdaş hukuk doktrinine göre sözü edilen iki faktörden biri yoksa, hak ehliyetinden söz edilemez ve bunların birbirlerinden ayrılmaları düşünülemez. Bu nedenle, çağdaş hukuk hak ehliyetinin bölünmesini ve türlere ayrılmasını öngörmemiştir. Biz burada tüm İslam hukukçularının sahip olduğu ortak görüşe uyarak hak ehliyeti için yaptıkları tansifi aynen almayı uygun görmekteyiz :

aa) Eksik hak ehliyeti (Nakıs Vucûp Ehliyeti) : Bu tür hak ehliyetini, kişinin hak sahibi olabilmesini sağlayan yetki olarak tanımlayabiliriz. Tanımdan da anlaşıldığı üzere bu tür ehliyet, sadece kişinin lehine hakların kazanılması yetkisini vermekte ve fakat aleyhte hakların meydana gelmesine elverişlilik sağlamamaktadır. Öz ifade ile, hak ehliyetinin unsurlarından "ilzam (alacaklı olabilme)" faktörü burada mevcut iken, "iltizam (borçlu olabilme)" faktörü bulunmamaktadır. Zaten, bu hak ehliyetine eksik denilmesinin nedeni de buradan kaynaklanmaktadır. Hemen hatırlatmalıyız ki, eksik hak ehliyetinde ilzam faktörü; başka bir deyimle haklara sahip olabilme unsuru bile tam değildir. Tek örneğini ceninde görebildiğimiz eksik hak ehliyeti, ileride etraflıca açıklanacağı gibi sadece sınırlı bazı hakları elde etmeyi sağlamaktadır. (2)

Eksik hak ehliyetinin tek örneğinin, ceninin sahip olduğu ehliyette ortaya çıktığını biraz önce söylemiştik. İslam hukukçularının vardığı bu sonucun hareket noktası şudur:

-
- (1) *EL Buhari, Abdullaziz, age, cilt 4, sh. 239 vd.; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 442-443; İBN-İ Kudame, Abdullah Bin Ahmed, age, cilt 7, sh. 634-635; İBN-UL Hümam, Kemalüddin, Feth-ul Kadıyr, Mısır 1315, cilt 3, sh. 256*
- (2) *ES Sarraf, Abbas-Hazbon, George, age, sh. 152-153; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 118; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 230-231*

Anne karnına düşen cenin, düştüğü andan doğum anına kadar annesinin bir parçası görünümündedir. Çünkü, gıdalanmasına varıncaya kadar her şeyi annesine bağlıdır. Bu durumla ceninin bağımsız bir varlık oluşundan söz edilemeyeceği için, aleyhine hakların meydana gelmesi, yani borç yüklenebilmesi düşünülememektedir. Böylece hak ehliyetinin unsurlarından biri olan iltizam (borçlanabilme) faktörü gerçekleşmemektedir. Diğer taraftan ceninin, kuvvede insan olduğu, her an beşer toplumunun bir ferdi olmaya namzet bulunduğu ve doğuma yönelik bir hazırlık içine girdiği göz önünde bulundurularak, bir takım hakları elde edebilmesi kaçınılmaz görülmüştür. Çünkü bu, aynı zamanda adalet ve hakkaniyetin de gereğidir. İşte bundan ötürü, İslam Hukukunda ceninin hak ehliyetinden söz edilmiş; ancak ilzam (alacaklı olabilme) faktörü gereğince, yalnızca sınırlı olarak bazı haklara sahip olduğundan, söz konusu ehliyet eksik kabul edilmiştir. Cenin lehine vasiyet, lehine vakıf, nesep ve miras diye belirtebileceğimiz bu haklar, geciktirici bir şarta, yani sağ olarak doğum olayına bağlanmıştır.(1) Ceninin sahip olduğu bu haklar ve cenine ait diğer durumlar ile ilgili geniş açıklamalar "cenin döneminde ehliyet" bölümünde daha geniş olarak verilecektir.

Öte yandan, bir çok İslam Hukukçusu hak ehliyeti (vucüp ehliyeti)'nin dayanağını "zimmet" olarak belirlemiştir. Yani, hak ehliyetini taşumayı kişinin zimmete sahip bulunmasına bağlamıştır.(2) Tıpkı modern hukukun hak ehliyetini kişiliğe bağlı kılması gibi. Zimmet ise, ancak hayatta olan insanlar için söz konusu olabileceği bilinmektedir. Bu hükmün sonucu olarak, ölü kimselerin zimmet nitelikleri mevcut değildir. Anne rahmindeki cenin ise henüz insan sayılmadığına göre, tıpkı ölmüş kimseler gibi zimmetden yoksun kabul edilmelidir. Durum böyle olunca ceninin, eksik de olsa hak ehliyetine sahip olmasının izahı güçtür. İslam Hukukçuları bu soruyu şu şekilde cevaplandırmışlardır: Hak ehliyetinin, zimmet niteliğinin mevcut bulunması şartına bağlı olduğu doğrudur. Ancak, şart olarak tayin edilen bir hususun hemen var olması gerekli değildir. İleride gerçekleşmesi mümkün olan bir şart da geçerli ve şart olma vasfını haiz bulunmaktadır. Ceninin durumu da bundan farksızdır. Çünkü, onun hak sahibi olmas ilerde gerçekleşme imkanı olan sağ doğum şartına bağlı kılınmıştır. Doğumdan önce herhangi bir hakkın elde edilmesi söz konusu değildir. Burada bir bakıma eksik bir zimmet husule gelmektedir. Eksik zimmet de beraberinde eksik hak ehliyetini getirmektedir.(3) Büyük Hukukçu Gazali, bu konuyu işlerken şunları yazmıştır:

(1) *ED Darir, Sıddık Muhammed, El Ehliyyet-u Ve Avarızuha, Sudan Daktilo yazısı, sh. 2-3; ET Tef-tazâni, Sadettin Me'sud, age, cilt 2, sh. 163; EL Pezdevi, Ali, age, cilt 4, sh. 839 vd.; MOLLA Hüsvrev, age, cilt 2, sh. 434; EN Nâhi, Selahaddin Abdullatif, age, sh. 64-65; EL Hallaf, Abdulvehab, age, sh. 157.*

(2) *Zimmet konusu işlenirken bu görüş eleştirilecektir.*

(3) *ES Senhuri, Faraç, age, sh. 822; EMİR Padişah, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 250; ABDULLAH, Ahmed Ali, age, sh. 122; ED Darir Sıddık Muhammed, age, sh. 3; MEDKÜR, Muhammed Selam, age, sh. 445-446*

"Vucûp ehliyeti ve zimmet, insanlık vasfı sayesinde elde edilmektedir. İnsanlık, Allah'ın emrlerini anlama gücünü veren akıl melekesinin ilk şartıdır. Ne fiilde ve ne de kuvvede bu buyrukları anlama yeteneği olmayan hayvanlar için zimmet ve ehliyetten söz edilemez. Şart olarak belirtilen bir husus ya o anda mevcut olmalı, ya da yakında gerçekleşmesi imkanı bulunmalıdır. İkinci durumda, söz konusu şartın kuvvede var olduğu kabul edilmektedir. Zimmet ve ehliyetin bağlı kılındığı insanlık vasfı da hayat (sağ bulunmak) şartına bağlanmıştır. Kadının rahmindeki damla (nufte, cenin) ise, filen hayat sahibi olmamakla beraber miras ve lehine vasiyet gibi haklardan yararlanabilmektedir. Çünkü bu cenin hayata doğru yol aldığından kuvvede hayata sahip bulunduğu varsayılmaktadır. Bundan ötürü de ceninin nisbi (görelî) bir zimmete malik bulunduğu sonucuna varılmaktadır."(1)

bb) Tam Hak Ehliyeti (Kamil Vucûp Ehliyeti) : Bu tür ehliyet kısaca hak ehliyeti diye anılmakta olup daha önce hak ehliyeti için verdiğimiz tanımın aynısı burada geçerlidir. Başka bir ifadeyle kişinin, hak sahibi olabilmesi ve borç yüklenebilmesi yetkisine tam hak ehliyeti veya kısaca hak ehliyeti denilmektedir. Bu ehliyetin ölçüsünün insan olmak olduğunu daha önce belirtmiştik. Tam hak ehliyeti sağ doğumla başlar; kişinin ölüm anına kadar devam eder. Hak ehliyetini açıklarken belirttiğimiz hususlar burada da geçerli olduğu için tekrar etmeye gerek görülmemektedir.

d) ZİMMET :

Daha önce de belirtildiği gibi, İslam Hukukçularının büyük bir kısmı hak ehliyetini, kişide var olduğu kabul edilen zimmet olayına bağlamışlardır. Daha açık bir deyimle, kişinin borçlanabilme kabiliyeti her insanda mevcut olduğu var sayılan ve zimmet diye deyimlenen bir manevi niteliğe bağlıdır. Bu münasebetle, zimmet'in İslam Hukukundaki yerini belirtmek ve gerçek mahiyetini yakından incelemek konumuz açısından yararlı görülmektedir.

aa) Mahiyeti :

Zimmet sözcüğünün arap dilindeki esas anlamı taahhüt etmek, sözleşmek, güven sözü vermek veya kısaca güven demektir. Hak, itibar ve antlaşma anlamlarına da geldiği vakidir.(2) Zimmet kelimesinin az önce belirtilen anlamlarda kullanıldığına Kur'an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde de raslamak mümkündür. İslam düşümanlarının hainliğinden söz eden "Müşriklerle nasıl sözleşme olabilir ki, aleyhinize bir fırsat geçse, hakkınızda ne bir yemin ne de bir zimmet (Sözleşme, güven sözü) gözetmezler"(3) mealindeki ayet-i kerim

(1) GAZALİ, Muhammed Ebu Hamid, age, cilt 1, sh. 84

(2) EL Feyruzabâdi, Muhammed El Kamus-ul Muhiyt, Mısır tarihsiz cilt 4, sh. 115; İBNİ Manzur, Muhammed, Lisan-ul Arab, "Z.M.M." maddesi El Kamus-ul İslami, "Zimmet" madd.; MA'LUF, Louis, El Müncid, ZMM madd.;

(3) Tevbe Suresi ayet: 8

me'de geçen zimmet sözcüğü sözleşme veya güven sözü anlamında kullanılmıştır. "Bir mümin hakkında ne bir yemin gözetirler, ne de bir zimmet (antlaşma)"(1) mealindeki ayette ise antlaşma karşılığı olarak zikredilmiştir. Ayrıca Kur'an-ı yorumlayan tefsir bilgileri, ayetlerde geçen zimmet deyimini, yerine getirmediği takdirde kınamayı gerektiren vaad (taahhüt) veya hak olarak açıklamışlardır.(2) Hadis Bilginleri, "..... müslümanların zimmeti (sözleşmesi, güven sözü vermesi) tektir. Kim ki herhangi bir müslümana karşı bunu bozarsa, onun üzerine Allahın, meleklerin ve bütün insanların laneti olsun"(3) şeklindeki hadiste geçen bu deyim, taahhüt veya antlaşma karşılığı olarak anlaşılmıştır. Yine, "Müslümanların zimmeti (Taahhüdü) tektir. En alt seviyedeki kişi dahi verebilir" ve "Müslümanların kanları eşittir. En alt seviyedeki de zimmetlerini verebilir"(4) mealindeki hadislerde yer alan bu deyim aynı anlamda yorumlanmıştır. Hz. Peygamber'in, yolcu duasını açıkladığı "..... biz evimize (ailemize) zimmet ile döndür."(5) mealindeki hadis-i şerifte ise zimmet kelimesi güven anlamında kullanılmıştır. İslam ülkesinde yaşama-larına izin verilen gayri müslimlere zimmi denilmesi bu anlam itibariyledir. Yani, zimmiler müslümanların taahhüdüne giren ve güven verilen kimseler demektir. Hatta, kimi hukukçular bunlar için ihl-i zimmet deyimini kullanmayı yeğlemişlerdir. (6)

İslam hukuku terminolojisinde zimmet'in tanımı değişik şekillerde yapılmıştır. Ancak bu tanımları incelediğimizde sonuç itibariyle hepsinin aynı kapıya vardığını söyleyebiliriz. Klasik tanımlardan iki şekline burada yer vererek tahlil etmeyi uygun görmekteyiz. Zimmet için verilen tanımlamalardan biri "insanı leh ve aleyhindeki haklara ehil kılan Şer'î (hukuki) nitelik"(7) biçimindedir. Diğer bir tanım şeklinde ise "kişiye bağlama ve bağlanma yetkisini veren ve her insanda bulunduğu varsayılan şer'î (hukuki) bir durum"(8) olarak ifade edilmektedir. Bunun anlamı, yasa koyucunun her insanda var kabul ettiği bir nitelik sayesinde kişi, kendi lehine hak kazanabilme ve yine kendi aleyhine başkasına hak kazandırabilme kabiliyetini elde eder. Öz ifadeyle, zimmet vasfı sayesinde kişinin leh ve aleyhinde haklar meydana gelebilir.

Biraz önceki izah şekline baktığımızda bu tanım şekillerinin, zimmet'i, ehliyetin

(1) Tevbe Suresi ayet: 10

(2) Et Taberi, İbn-i Cerir, age, cilt 14, sh. 145; EL Kurtubi, Muhammed, age, cilt 8, sh. 75-80; İBN-İ Kesir, İsmail, age, cilt 2, sh. 338; EL Beyzâvi, Ömer, Envar-ut Tenzil ve Esrar-ut Te'vil, Beyrut, Tarihsiz, sh. 339; EL Hâzin, Abdullah, age, cilt 2, sh. 203; EN Nesefî, Ömer age, cilt 1, sh. 117-118

(3) EL Buhari, Muhammed, age, cilt 2, sh. 202; EL Kermani, Muhammed, age, cilt 2, sh. 201

(4) EŞ Şevkani, Muhammed Bin Ali, Neyl-ul Evtar, Mısır 1962, cilt 8, sh. 30; İBN-İ Kayyim, Muhammed, Zad-ul Mead, Mısır tarihsiz, cilt 3, sh. 223

(5) İBN-İ Manzur, Muhammed, age, "ZMM" maddesi

(6) EL Feyruz Âbadi, Muhammed, age, cilt 4, sh. 115

(7) SADR-UŞ Şeria, Ubeydullah Bin Mes'ud, age, cilt 3, sh. 152

(8) EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 182

alanına indirdiğini ve özellikle hak ehliyetine yaklaştırarak neredeyse eş anlamlı bir duruma soktuğunu görürüz (1) Çünkü hak ehliyeti, daha önceki izahlardan da öğrendiğimiz gibi kişinin leh ve aleyhinde hakların meydana gelebilmesi; yani, kişinin ilzam (başkasını bağmala) ve iltizama (bağlanmaya) yetkili bulunmasıdır. Aynı tanım zimmet için de öngörülünce görünürde iki deyim arasında hiç bir fark kalmamaktadır. Fakat, dikkatle incelendiğinde bu iki terimin aynı olmadığı ve aralarında bir kalın çizginin bulunduğu görülür. Çünkü, hak ehliyeti, ilzam (kendi lehine hak elde etme) ve iltizam (başkası lehine hakkın meydana gelmesi) diye iki unsura sahiptir. Birinci unsurun gerçekleşmesinin zimmetin mevcut olmasına bağlı olmadığı bilinmektedir. Zimmet niteliği bulunmayan anne karnındaki ceninin bile, bir takım haklara sahip olabileceğine yukarılarda değinilmişti. Zimmet vasfının bulunması mecburiyeti ancak hak ehliyetinin ikinci unsuru için söz konusudur. Yani, kişi üzerinde başkasına ait bir haktan söz edebilmek için, bu kişinin zimmet niteliği ile donanmış olması gerekir. Demek oluyor ki, zimmet kavramı hak ehliyetinin bütününe değil, sadece bir parçasını ilgilendirmekte ve böylece hak ehliyetine nazaran daha dar bir sınırdadır. Kaldı ki, bu iki kavram iltizam konusunun değişik cephelerini yansıtmaktadırlar. Hak ehliyetindeki iltizam, kişinin borç yüklenme kabiliyetinden (borçlu olabilme durumundan) ibarettir. Oysa, zimmet insan kişiliğinden tamamen ayrı ve hakların yerleşebileceği itibarı (takdir) bir kabı ifade etmektedir. Borçlu olabilme keyfiyeti bu takdirde kaba bağlı olduğundan, İslam hukukçuları hak ehliyetinin varlığını zimmetin mevcut olmasına bağlamışlardır.(2)

Hak ehliyeti ile zimmet terimlerinin ayrı anlamları ifade ettikleri yönünde sergilenen görüşün benimsendiğini klasik İslam hukukçularının ifadelerinden de çıkarabiliriz. Her ne kadar yukarıda belirttiğimiz klasik tanımlama biçimleri tercih edilmiş ise de anılan bilgilerin açıklamaları ve yaptıkları yorumlar görüşümüz doğrultusundadır. Her şeyden önce bunlar zimmet'i bir kaba, hakları ise bu kabı dolduran maddelere benzetmişlerdir. Onun için, "falanın zimmeti şu haklarla doludur"(3) gibi sözlere sık sık raslamak mümkündür. Ayrıca "Borç, kişinin zimmetinde yerleşik bir vasıftır"(4) biçimindeki yargı bütün bilgilerin ortak görüşünü oluşturmaktadır. Bundan da anlaşılıyor ki, zimmet hak ehliyetinin tıpa tıp kendisi değildir. Çünkü, hak ehliyeti daha önce de söylediğimiz gibi salt bir kabiliyeti ifade etmektedir. Bu nedenle, borcun ehliyeti doldurması veya işgal etmesi biçiminde herhangi bir ifadeye raslanmamaktadır.(5) Büyük Hanefi Hukukçusu Pezdevi, "İnsan, hakları elde etmeye elverişli bir zimmete sahip olarak doğar. Bunda bütün bilgiler görüş birliği halindedir. Hak ehliyeti ise, Zimmet'in var olması esasına dayanmaktadır. Yani zim-

(1) *EL Hafif, Ali, El Hak Vez Zimmet, Mısır tarihsiz, 1. Bas. sh. 86*

(2) *EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age., cilt 3, sh. 183-184*

(3) *EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 183*

(4) *EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 184*

(5) *EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 184-185*

met olmadan bu ehliyet çeşidi meydana gelmez. Çünkü zimmet hakların yerleştiği mahaldir." (1) demek suretiyle konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Bu ifadenin hemen ardında doğum olayı ile kişinin hak ehliyetini elde ettiği, doğumdan önce ise zimmet'ten söz edilemeyeceği için hak ehliyetinin tam olmadığı ve sadece bir kısım istisnaî hakları elde edebileceği belirtilmektedir. Hukukçunun, zimmet olmadan hak ehliyetinden söz edilemeyeceğini ifade etmesi, hak ehliyetinin, ancak onu oluşturan her iki unsurun bulunmasından sonra meydana gelebileceği fikrinden kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte, kimi İslam müellifleri zimmet için belirgin bir tanım yapmamakta ve çelişki meydana getirebilecek çeşitli kavramlarda kullanılmaktadırlar. Örneğin Osmanlı hukukçusu Molla Hüsrev, bir yandan, hak ehliyetinin, zimmetin varlığına bağlı olduğunu söylemek suretiyle ayrı kavramlar olduklarını öngörmüş, diğer yandan insanın sahip bulunduğu zimmet sayesinde aleyhinde hakların meydana gelebileceğini belirtmek suretiyle hak ehliyeti anlamında ele almıştır. Aynı Hukukçu bir başka yerde de zimmetin hak ehliyetini besleyici bir güç ve özellik olduğunu açıklamıştır. (2) Maliki Hukukçu El Karrafî ise, daha da tuhaf bir davranış göstererek zimmeti fiil ehliyeti biçiminde değerlendirmiştir. Bu hukukçunun, "Zimmet erginlik ve rüşt gibi durumların ortaya çıkması sonucu meydana gelir. Kim ergin iken bunar veya hacredilirse zimmetini kaybeder" (3) tarzındaki ifadelerini anlamak güçtür. Çünkü, defalarca belirttiğimiz gibi, her insanın doğum anından itibaren zimmete sahip bulunduğu görüşünü bütün hukukçular ittifakla kabul etmiştir.

Modern İslam hukukçuları, daha doğru denilecek bir yaklaşımla zimmet terimini, kişiye yüklenen borçları içinde barındıran itibarî (varsayılan) bir kap olarak tanımlamışlar ve bu şekli ile hak ehliyetinin sadece ikinci unsurunu (iltizamı) ilgilendirdiği gerçeğini ortaya koymuşlardır. (4)

bb) Zimmet'in Gerekliği

Zimmet'i tanımlarken verdiğimiz izahlardan, onun, kişide bulunduğu var sayılan bütünüyle takdirî bir durum olduğunu öğrenmiştik. Hukuk alanında bu gibi teorik ve itibarî kavramların bulunması yadırganacak bir husus değildir. Bununla beraber kimi Usul bilgileri, bu hayali pozisyondan kurtarmak düşüncesiyle zimmet'ten insan nefsinin kasdetmişler

(1) *EL Pezdevi, Fahr-ul İslam Ali, age, cilt 4, sh. 238; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 238*

(2) *MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 321*

(3) *EL Karrafî, Muhammed., El Furuk, Mısır tarihsiz, cilt 3, sh. 226*

(4) *Ez ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 187*

ve taahhüt yeteneğinin insan nefesine ait olduğunu ileri sürmüşlerdir.(1) Bu yorumun amacı az önce işaret ettiğimiz gibi zimmet'i manevi pozisyonundan kurtarıp maddî bir hüviyete büründürmektir. Bu sayede Şer'i hükümlerin, ortada olmayan hayali dayanaklar üzerinde kurulduğu şeklindeki itirazlar bertaraf edilmiş olur. Şu var ki, bu son yorum şekli dahi söz konusu itirazı kaldıracı güç te değildir. Çünkü, borç veya yükümlülüklerin zimmet yerine insan nefesine bağlanması olayı da itibarî ve takdirî bir durumdan başka bir şey değildir.(2)

Zimmet kavramının takdir edilmesine gerek olmadığı, ve bunun bir vehim veya hayalden ibaret bulunduğu ileri sürülmüş ise de, bu fikir hemen hemen bütün İslam hukukçularınca bir çırpıda reddedilmiştir. Bahse konu takdir işleminin bir yerde hukuk mantığının gereği olduğu ve birçok hakların varlığından söz edebilmek için kaçınılmaz bulunduğu aşığıdaki açıklamalardan daha iyi anlaşılabilir.

A) Zimmet durumu sayesinde kişi, servetine ve mali gücüne bakılmaksızın bir çok borç veya yükümlülüklerin altına girebilmektedir. Keza, tüm servetini kapsayacak borçlara rağmen mali tasarruflara girişebilmektedir. Çünkü aleyhteki haklar malların kendisine değil, zimmet denilen ayrı bir nesneye bağlanmıştır. Bunun sonucu olarak da kişi, kendi mallarında işlem yapmakta serbest kalmaktadır. Eğer zimmet olayı olmasa idi, borç ve yükümlülüklerin bizzat kişinin mallarına ilişmesi söz konusu olur, böylece ekonomik faaliyetleri ve hareket serbestisi kısıtlanmış olurdu. Ayrıca bu borç, malların belirli bir kısmına bağlanmayıp bütün servete aynı anda ilişeceğinden kişinin az bile olsa hiç bir tasarrufta bulunamaması gerekecekti. Bu sonucun hukuk mantığı ile bağdaşmadığı ise bir gerçektir. (3)

B) Birinci bölümde açıklandığı üzere, insanların dışında bir takım şahıs ve mal toplulukları (vakıf, dernek vs. gibi), tıpkı gerçek kişiler gibi bir kişiliğe sahip olup leh ve aleyhlerinde haklar meydana gelebilir. Ancak, gerçek kişilerin dışında olan bu varlıkların kişiliği takdiri ve farazi nitelikte olduğu için bunlara tüzel (hükmi) kişiler denilmiştir. Bu tür cansız varlıklar için kişilik niteliğinin takdir edilmesinden söz edilebilirse, borçların ilişeceği bir kap hükmündeki zimmet vasfının insanlar için takdir edilmesinden haydi haydi söz edilebilmelidir. Tüzel kişilik (hükmi şahsiyet), ilgili kurumlardan ayrı bir varlığa sahip olmakla hayalî bir durum olmadığı gerçeğini ortaya koynuşsa zimmetin de hayal olmayıp insandan soyutlanmış ayrı bir pozisyona sahip bulunduğu kabul edilmelidir. (4)

cc) özellikleri

Şimdiye kadar yapılan açıklamalara bakılırsa zimmet'in özelliklerini aşağıdaki gibi

(1) *El Buhari, Abdülaziz, age., cilt 4, sh. 239; EL PEZDEVİ, Fahr-ul İslam, Ali, age. sh.*

(2) *Ebu Zehre, Muhammed, age. sh. 330; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age. cilt 3. sh. 188*

(3) *El Hafif, Ali, age., sh. 89-90*

(4) *Abdullah Ahmet Ali, age, sh. 122; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age. cilt 3, sh. 189-190*

sıralayabiliriz :

1 – Zimmet, ancak bağımsızlığına kavuşmuş bir insan için söz konusu olabilir. Buna göre hayvanlar için zimmet'in varlığından söz edilemez. Ehliyet ise bunlar için zaten mevcut değildir. Başka bir deyişle, hayvanların ne lehinde ne de aleyhinde haklar meydana gelmez. Çünkü bunların kişi olma nitelikleri yoktur. O halde, hayvanların lehine vasiyet yapılması veya vakıf kurulması geçerli değildir. Ancak hayvana verilmek üzere bir miktar yem vasiyet edildiğinde durum farklıdır. Bu çeşit vasiyetin, hayvan sahibine yapıldığının kabul edilmesi hanefî ve Şafî ekollerinin ortak görüşünü yansıtmaktadır. Şu farkla ki Hanefîler, söz konusu yem vasiyetnamede belirtilen hayvanların dışına da vermekte hayvan sahibinin serbest olduğu görüşündedirler. Ancak şafî hukukçular, vasiyet edenin iradesine saygılı olmak gerekçesine dayanarak vasiyet edilen yemin bizzat söz konusu hayvana verilmesi gerektiği görüşünü savunurlar.(2)

Öte yandan, bağımsız bir varlığı olmayan ve tamamiyle annesine bağlı olan ceninin de zimmeti yoktur. Her ne kadar bazı hakları elde edebilirse de, borç yüklenemediğinden zimmet vasfını elde edemez. Çünkü zimmet hak ehliyetinin ikinci unsurunu (borç yüklenebilmeyi) ilgilendirmektedir. Ceninin sahip olduğu haklar ise, hak ehliyetinin birinci unsuruna (hak elde edebilme) girmektedir.(1)

2 – Zimmet vasfını haiz olmayan hiç bir kişi düşünülmez. Bu durumda zimmet, kişiliğin icaplarından biridir. Bilindiği üzere kişilik, hak ehliyetine sahip olmağa tekabül etmekte ve her insan doğum anından itibaren ikisini de elde etmektedir. Hak ehliyetinden söz edebilmek için zimmetin varlığı gerektiğine göre, kişilikten de bahsedebilmemiz için o oranda gerekmektedir. Burada kişi deyince akla hem gerçek ve hem de tüzel kişiler gelmelidir. Tüzel kişilerin doğum anı ise bunların yasal olarak kuruluş varlıklarının başladığı andır.(2)

3 – Zimmet, niteliği gereği sınırsızdır. Bunun anlamı zimmete ilişkin haklar açısından herhangi bir sınırlamanın tanınmamasıdır. Başka bir ifadeyle, itibarî bir kap telakki edilen zimmete, nitelik ve niceliğe bakılmaksızın her türlü hak bağlanabilmektedir.(3)

4 – Bir kişinin ancak bir zimmetinden söz edilebilir. Her kişi için yalnız bir kişilik öngörüldüğüne göre, zimmetin de tek olması gerekir. Kaldı ki, bir önceki maddede ifade edildiği üzere, zimmet sınırsız olunca ikinci zimmetin varlığı için anlam kalmamaktadır.(1)

(1) İbn-ı Abidiyn, Muhammed Emin, age. cilt 4, sh. 128; EL HAFİF, Ali, age. sh. 96

(2) Bkz. El Hamevi, Muhammed age. cilt 3, sh. 202; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age. cilt 3, sh. 191-192

(3) EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age. cilt 3, sh. 192-193

(4) ZER ZERKA, Mustafa Ahmed, age. cilt 3, sh. 193

(5) EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age. cilt 3, sh. 193

5 – Zimmet'te birden fazla kişilerin ortaklığı mümkün değildir. Çünkü her kişi için kişilik gereği bağımsız bir zimmetin bulunması gerekir. Birden fazla kişinin bir zimmet'te ortak olduğunu varsaydığımızda, hiç birinin zimmet'e sahip bulunmadığı sonucu çıkmaktadır. Bu ise kişilik ile bağdaşmamaktadır.(1)

6 – Zimmet, tüm borçlar için bir garanti oluşturup borçlunun tasarruf yetkisinin serbest kalmasını sağlamaktadır. Sahibinden bağımsız bir varlığı olan zimmet'in kapsamı sınırsız olmakla kişiye yüklenmiş borçlar arasında genelde bir öncelik hakkı söz konusu değildir. Kişinin zimmetine geçen borçlar, belirli bir bölüm yerine, tüm servete ilişmiş olduğundan, saygınlık bakımından eşit kabul edilmektedirler. Aksi takdirde toplumdaki ticari muamele büyük ölçüde aksamış olur. Çünkü borçlu ile muameleye girişen kişinin, daha önceki borçların öncelik derecesini bilmesi gerekir ki, bu da oldukça güçtür. Bununla birlikte, az olmakla beraber bir kısım alacaklar, şer'i imtiyazları olduğu için ifa hususunda bir önceliğe sahiptirler.(2)

Diğer yandan, bazı durumlarda önceki alacaklara bir tercih durumu gözetildiği için borçluya başka borçların yüklenmesinin önlenmesi yönüne gidilir. Bunun en bariz örneği ölüm hastalığına yakalanmış kişinin durumudur. Bu durumda olan borçlu, hacredilmiş sayıldığından yeni borçları yükletecek işlemlere girişemez.(3) Bu konuyu kitabımızın üçüncü bölümünde etraflıca inceleyeceğiz.

dd) Sona Ermesi :

Daha önce de açıklandığı üzere zimmet, doğum anında başlar ve insan hayatı boyunca devam eder. Ancak, ölüm olayı ile sona erdiği kabul edilen zimmetin, ölümün hangi safhasında tamamiyle son bulduğu üzerinde İslam hukukçularının görüş birliği mevcut değildir. Bu husustaki fikhî fetihathlar şu üç görüş etrafında yoğunlaşmıştır :

1) Birinci görüş, zimmet'in ölüm anında tamamiyle sona erdiğini öngörmektedir. Bu görüş taraftarlarının dayanağı şudur : zimmet, canlı kişilerin özelliklerinden sayılmakla ancak sağ olanlar için söz konusu olabilir. Ölüm ise bu özelliği bir çırpıda ortadan kaldırmaktadır. Kaldı ki, zimmet'ten beklenen en tabii sonuç, bu itibarıyla kaba ilişen alacakların zimmet sahibinden istenilebilmesidir. Ölülerin bu tür isteklere maruz kalması fiilen mümkün görülmediğine göre, zimmet'ten beklenen amacın gerçekleşmeyeceği ve bunun ölümle kendiliğinden sona ereceği sonucuna varılır. Bu görüşü kabul ettiğimizde borçlu bir kimse,

(1) EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 193

(2) EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 193

(3) İbn-ı Abidin, Muhammed Emin, age, cilt 3, sh. 395; EL HASKEFİ, Muhammed Alaaddin, age, cilt 3, sh. 395; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 193-194-195

geride hiç bir servet bırakmadan ölürse bütün borçları düşer ve alacaklılar bu sonuca katlanmak durumundadırlar. Eğer geride mal bırakmışsa bu takdirde alacaklar mallara ilişmiş kabul edilir Hanbeli ekolünün büyük çoğunluğu bu görüşü benimsemiştir.(1)

2 – Zimmer'in, ölümden sonra bile belli bir zamana kadar varlığını sürdürdüğünü kabul eden ikinci görüş, Safii hukukçularca ileri sürülmüştür. Maliki ekolü ile Hanbelilerin bir kısmı da bu görüşü benimsemişlerdir. Buna göre, ölüm olayı ile zimmet hemen sona ermez. Ancak borçlar kapatıldıktan ve tereke tasfiye edildikten sonra son bulduğu kabul edilir. Bu görüş savunucularının en güçlü delili "Ölünün zimmeti, ödeninceye kadar borçlarıyla bağlantılıdır" mealindeki hadistir.(2) Bunlara göre ölüden herhangi bir şeyin istenememesi, zimmetine borçların ilişmemesini de gerektirmektedir. Öte yandan, ölünün üzerindeki borçlara verilen kefaletin geçerli olduğu hadislerde rivayet edilmektedir.(3)

Bütün bunlar gösteriyor ki, zimmet ölümden sonra bile devam edebilmektedir. Hatta, ölümden önceki nedene bağlı olarak yeni bir borcun oluşmasından dahi söz edilebilir. Örneğin, satıcının ölümünden sonra satılan malın ayıplı olduğu gerekçesiyle iade edilmesi halinde, bedelin geri verilmesi gerekir. Yine umumi yolda kazılan bir çukura, kazıcının ölümünden sonra bir hayvan düşer ölürse bu hayvanın bedeli çukuru kazanın terekesinden ödettirilir.(4) Bu görüşe göre, kişinin zimmeti ölümden sonra dahi varlığını sürdürmektedir. Başka bir deyimle, hak ehliyetinin ikinci unsuru olan iltizam yeteneği ölümden sonra bile söz konusu olabilmektedir. Hatta malikî ekolü, hak ehliyetinin birinci unsuru olan iltizam niteliğinden bile ölümden sonra söz edilebileceğini savunurlar. Bu ekolü, ölü lehine yapılan vasiyetin geçerli olduğu ve terekeye katılması gerektiği görüşündedir (5)

3) Üçüncü bir görüş ise, diğer iki görüşün arasında yer alarak ölümün, zimmeti, tamamen kaldırmamakla beraber hayat halindeki durumundan çok daha zayıf bir pozisyona düşürdüğünü kabul etmektedir. Bu görüş, hakların adaletle dağıtımının sağlanması amacıyla ölümden sonra ehliyet ve zimmete sınırlı bir ölçüde yer vermektedir. Ölüm hastalığı anın-

(1) *Ibn-ı Recep, age, sh. 193*

(2) *EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 196*

(3) *Abdullah oğlu Cabir'in rivayet ettiği hadis şöyledir: "Allahın Resulu borcu ödenmeyen ölümlerin cenaze namazını kıldırmazdı. Bir defasında (ölü namazı kılınmak üzere) bir ölü getirildi. Peygamber, üzerinde borç olup olmadığını sorunca "evet iki dinar" diye cevap verdiler. "(O zaman) arkadaşımın namazını siz kılın" dedi. Ebu katade El Ansari, "bunları ödemek bana ait olsun ey Allahın Resulu" deyince peygamber namazını kıldırdı", Ez Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 243; ayrıca bkz. El Buhari, Abdülaziz age, cilt 4, sh. 314*

(4) *ER REMLİ, Muhamed, Haşiyetür Remli Ala Esnel Metalib, Mısır, Tarihsiz, cilt 1, sh. 235*

(5) *İbn-ı Kudame, Abdullah, age, cilt 6, sh. 436*

dan itibaren başlayan bu zayıf durum sebebiyle, kişinin zimmetine yerleşmiş bütün borçlar bu kez onun mallarına ilişmiş kabul edilir. Hanefi ekolü bu görüşü savunur.(1)

Netice itibariyle diyebiliriz ki, ölüm olayı ile zimmet ve ehliyetin sona ermesi asıldır. Ancak istisnai durumlarda ve dar sınırlar içinde ölümden sonra da devam etmesi mümkündür. Ancak, zimmetin devamı, yeni hükümlerin konması şeklinde değil, daha önceki hükümlerin sonuçlarının tasfiyesi biçiminde kendini gösterir. Daha önce işaret ettiğimiz kazılmış çukura düşen hayvanın tazmin edilmesi ve satıcının ölümünden sonra ayıplı malın geri verilebilmesi gibi örnekler bu kabildendir. Bu iki örnekle sorumluluğu söz konusu olabilen ölmüş kimsenin bazı durumlarda hak elde etmesi de gündeme gelebilir. Örneğin, avcının kurduğu oltaya, ölümünden sonra balık takılırsa bu av ölünün olur ve terekeye katılacaktır. Ancak, bu ekolün taraftarlarına göre ölü lehine vasiyet veya bağışlama kesinlikle geçerli değildir.(2)

ee) Modern Hukukta Zimmet :

Çağdaş hukuk sistemlerinde, İslam Hukukundaki anlamıyla zimmet kavramına yer verilmemiştir. Ancak batı hukukunda patrimuan adıyla benzer bir kavram geliştirilmiştir. Patrimuan, itibarî bir kavram olup kişinin elde ettiği veya elde edeceği malların bütünü ifade etmektedir. Bu kavramın kapsamına hem aktifler (haklar) ve hem de pasifler (yükümlülükler, borçlar) girmektedir. Buna malî zimmet de denilebilir. Malî zimmet, kişiden bağımsız bir varlığa sahip olmakla İslam Hukukundaki zimmet terimine biraz daha yaklaşmaktadır. Örneğin, hiç malî bulunmayan yeni doğan bir çocuk da malî zimmete sahip kabul edilmektedir.(3)

Modern doktrinde patrimuan (malî zimmet) için şu özellikler sıralanmıştır :

1 – Malî zimmet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bulunmaktadır. Malî zimmeti bulunmayan özel veya tüzel kişi düşünülemediği gibi, kişi olmadan da malî zimmet'ten söz edilemez. İslam Hukukundaki zimmet'ten farklı olarak malî zimmet, anne karnında bulunan cenin için de söz konusudur.

2 – Kişinin ancak bir tek malî zimmet'inden söz edilebilir. Yani, malî zimmet tek olup taaddüt etmez.

3 – Malî zimmet, kanunun takdir ettiği bir mal grubu olup onu meydana getiren bö-

(1) ER ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 197

(2) El Hafif, Ali, age, bp, 93-95; EL BUHARİ, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 315; EL PEZDEVİ, Ali age, cilt 4, sh. 315

(3) EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 199-200

lüm ve parçalardan tamamen bağımsızdır. Bu nedenle, malî zimmet takdiri bir kavram olarak hiç malî olmayan kişiler için de söz konusudur.

4 – Malî zimmet, alacaklıların, haklarına kavuşmalarını temin eden bir nevi sigortadır. Bütün alacaklılar, rehin veya diğer öncelikli haklar olmadığı takdirde bu ortak garantiden yararlanmakta eşittirler.

5 – Malî zimmet ölümden sonra da varlığını sürdürerek tasfiye edilinceye kadar tereke adı altında devam eder.(1)

Bu özellikler ışığında İslam hukukundaki zimmet kavramı ile çağdaş hukukta öngörülen malî zimmet kavramını karşılaştırdığımızda bunların benzeyen ve ayrılan yönlerini tespit etmek mümkündür. Malî zimmet de İslam Hukukundaki zimmet gibi varsayılan takdirî bir kavramdır. Belli maddi bir kısma inhisar etmediğinden, bütün borçlar, takdir edilen malî zimmet'e ilişirler. Borçlar bizzat mallara bağlanmadığı için, borçlunun, kendi mallarında işlemlere girişmesine engel bulunmamaktadır. Böyle bir durum olmasaydı, borçlunun tasarruf yetkisi kayıtları ve sonuçta ekonomik ve ticari hayat büyük ölçüde aksardı.(2)

İslam ve çağdaş hukukları, zimmet'in itibarî bir kavram olduğu düşüncesinde birleşirken bu kavramın mahiyetinin tayininde değişik bakış açılarına sahiptirler. Çağdaş batı hukuku, zimmet'i, borçların ödenmesini garantilemek amacıyla kişi için varsayılan takdirî bir mal bütünlüğü şeklinde görmektedir. Oysa, İslam hukuku zimmeti, kişi için borçların yerleşebileceği manevî bir kap biçiminde düşünmektedir. Yani, zimmet düşüncesinin dayandığı temel modern hukukta bütünüyle maddî olup mallar için söz konusu iken, İslam hukukunda ise tamamiyle itibarî olup mala değil, kişiye ilişmektedir. Zaten, borçların, borçluya ait mal ve servetin belli bir kısmına ilişmesiyle ekonomik hareketin aksayacağı problemi fark edildikten sonradır ki, modern hukuk malî zimmet'e bir itibarî nitelik vermiştir. Ancak burada, aynı konuda maddi ve itibarî düşüncelerin birlikte yer alması biçiminde ortaya çıkan çelişkiye cevap verememiştir. Bu nedenle, İslam Hukunun öngördüğü düşünce tarzının hukuk mantığına daha uygun olduğunu söylemek yadırganmamalıdır.(3)

B) FİİL EHLİYETİ (EDA EHLİYETİ)

a) KAVRAM :

İslam Hukuk dortrininde fiil ehliyeti için çeşitli tanımlar yapılmış ise de en yaygın

(1) *EL MURŞİ, Muhammed Kamil, Kitab-ul Emval, Mısır tarihsiz, sh. 3-4*

(2) *EL MURŞİ, Muhammed Kamil, age. sh. 3; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 201-202*

(3) *EL MURŞİ, Muhammed Kamil, age, sh. 4; ayrıca bkz. EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 3, sh. 802-204*

tanım şekli "Hukuken geçerli sayılan fiilleri yapabilme yetkisi" biçimindedir.(1) Ancak, fiil ehliyetinin kapsam ve özellikleri gözönünde bulundurulursa bu tanımın yetersiz olduğu görülebilir. Çünkü, fiil ehliyetinin kapsamına, kişinin, hukukî sonuç doğuran ifadeleri de girebilmelidir. Hatta, İslam Hukununa göre dini yükümlülükler, ibadetlerin ifası ve kısaca yasa koyucu Allah'ın emirlerine muhatap olabilme durumu da fiil ehliyeti içinde mütalaa edilmektedir. Yani, fiil ehliyeti olmadan bunların söz konusu olması mümkün değildir. Oysa, yukarıda belirtilen tanım şekli esas alındığında sözünü ettiğimiz bu özellikler fiil ehliyetinin dışında kalabilir. Bununla birlikte, hukukçuların çoğunun verdiği bu tanımın geniş yorumlanması suretiyle, sözü edilen yetersizlik itirazını bertaraf etmek mümkündür. Tanımda geçen fiil sözcüğünü tasarruf (kavîf ve fiilî tasarruflar) anlamında aldığımız ve geçerlilik deyimini de dini yükümlülüğe (ibadetlere) teşmil ettirdiğimiz zaman anılan itirazlara yer kalmamaktadır.(2)

Kimi hukukçular da fiil ehliyetinin dayandığı akıl veya idrak özelliğini esas tutarak bir tanım yapmayı yeğlemişlerdir. Örneğin "Fiil ehliyeti, şer'i geçerliği aklın varlığına bağlı olan işlemleri bizzat yapma yetkisidir" (3) şeklindeki tanıma da raslamaktayız. Bazı modern İslam hukukçularının, fiil ehliyeti kavramının muamele ehliyetine tekabül ettiği ve hatta buna muamele ehliyeti denilebileceği biçiminde özetlenen görüşlerine katılmıyoruz.(4) Çünkü, biraz önce de belirttiğimiz gibi, bu takdirde dinî yükümlülüklerle ve Allah'ın emirlerine muhatap olma yeteneği bu ehliyetin dışında kalacaktır. Haksız fiilden sorumlu olma yetkisi ise modern hukuk anlayışının aksine, İslam Hukukunda daha sonra da açıklanacağı üzere hak ehliyeti ile yakından ilgilidir. Küçük ile akıl hastasının haksız fiillerinden doğan malî sorumlulukları, bu bölümün sonunda açıklanacaktır. Fakat, modern hukuk doktrini fiil ehliyetini muamele ehliyeti ve haksız fiilden sorumlu olma ehliyeti biçiminde bir tasnife tabi tutmuştur.(5)

Diğer yandan, hak ehliyetinin (vücup ehliyeti), pasif bir ehliyet türü olup kişinin bir

-
- (1) *El Mevsuat-ul Fikhiyye*, cilt 7, ehliyet maddesi; *Et Teftazani*, Ömer, age, cilt 3, sh. 152; *MEDKÛR*, Muhammed Selam, age, sh. 447; *MOLLA Hüsrev*, age, cilt 2, sh. 434; *ZUHAYLÎ*, Vehbe, age, cilt 4, sh. 121; ayrıca bkz. İbrahim Ahmed, *Mecellet-ul Kanun Vel İktisad*, Mısır tarihsiz, sh. 352; *ŞAHHA-TE*, Şefik, age, sh. 70; *SENHURÎ*, Abdurrazık, age, sh. 81
 - (2) Bkz. *El Kebiysi*, Mahmud Mecid, age, sh. 99-100; *İBN-İ HEMMAM*, Kemal-ud Din, age, cilt 2, sh. 249; *Emir Padişah*, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 249
 - (3) *EBU ZEHRE*, Muhammed, age, sh. 332-333; *KARAMAN*, Hayrettin, age, sh. 180; *EZ ZERKA*, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 742
 - (4) Bkz. *MEDKÛR*, Muhammed Selam, age, sh. 447; *EBU ZEHRE*, Muhammed, age, sh. 332; *EL ARCAVÎ*, Mustafa, age, sh. 179
 - (5) Bkz. *ATAAY*, Aytakin, age, sh. 87; *AKİPEK*, Jole, age, sh. 53; *ÖZSUNAY*, Ergun, age, sh. 31 vd.; *ZEVKLİLER*, Aydın, age, sh. 46 vd.

hakka sahip olmasını veya başkasına karşı bir yükümlülüğe girmesini sağlamaktan ibaret olduğunu biliyoruz. Bu nedenle de bu ehliyet türü, her insanda doğum anından itibaren başlayan ve bir anlamda tabii sayılan hukuki bir niteliktir. Hak ve borçları meydana getirme yetkisi ise, bu ehliyetin sınırını aşmakta ve başka bir hukuki vasfın bulunmasını gerektirmektedir. İşte bu fonksiyonu fiil ehliyeti (eda ehliyeti) görmektedir. Yukarıda verdiğimiz tanımlardan da anlaşıldığı üzere fiil ehliyeti, aktif bir ehliyet olup kişinin bir eylemde bulunarak hak ve borçlar edinmesi ve dinî yükümlülüklerle muhatap olması durumunu ifade etmektedir. Kişinin geçerli bir irade beyanına sahip olması fiil ehliyetinin bel kemiğini oluşturmaktadır. Tabii bir vasf olmayan bu ehliyet, doğumla beraber meydana gelmez ve bazı şartlara (akıl, temyiz gücü vs. gibi) bağlı olarak sonradan kazanılır. Başka bir deyimle, fiil ehliyeti, kişiliğin kazanılması ile hemen meydana gelmez; bunun yanında kişinin belirli akıl ve psikolojik olgunlukla birlikte, belirli bir bedeni olgunluğa da ulaşması gerekir. Diğer yandan, kişilerin sözü edilen olgunluklara erişme dereceleri farklı bulunduğu için, fiil ehliyeti yönünden, kişiler arasında, hak ehliyetinden farklı olarak, eşitlikten söz edilememektedir. Fiil ehliyetini engelleyen veya daraltan durumlar ve bunlara maruz kalan kişilerin hukuki durumları 3. bölümde ele alınacaktır.(1)

Çağdaş hukuk doktrini de İslam Hukukundan esinlenerek fiil ehliyeti için benzer bir tanım vermiştir. Örneğin İsviçre-Türk hukuk doktrininde yaygın olan tanım "Bir kimse- nin kendi fiili ile haklar kurabilmesi ve mükellefiyetler altına girebilmesidir"(2) tarzındadır. Bunu, bir kişinin kendi eylemi ile lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratabilmesi biçiminde kısaltmak mümkündür. Bu ehliyetin etki alanı da dikkate alınarak "bir kişinin kendi iradesi ile hak kurabilme, borç altına girebilme ve haksız fiillerinden sorumlu tutulabilme ehliyeti- dir." şeklindeki tanıma da raslamaktayız.(3) Bu tanımlamaların İslam Hukukunun öngör- düğü tanımdan farklı yanı, bunlarda dini yükümlülüklerin ehliyetin kapsamına alınmamış olmasıdır.

b) KAPSAM :

Yukarıda verdiğimiz izahlardan, fiil ehliyetinin geniş kapsamlı bir ehliyet olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamın alanını belirlemek için, kişi tarafından icra edilen ve çeşitlilik

-
- (1) VEHİBE, Muhammed, *En Nazariyyel Amme Lil İllizamat*, Mısır 1936, sh. 59; EL ARCAVİ, Musafa, age, sh. 178 vd.; KEYRE, Hasan, age, sh. 572. ES SARRAF, Abbas-Hazban, George, age, sh. 154; MEDKÜR, Muhammed Sami, age, sh. 82; GANİM, İsmail, age, sh. 188; EL BEDRAVİ, Abdul Mun'im, age, sh. 264; EL ATTAR, Abdunnasır, age, sh. 335
- (2) BUNCHEER, Eugen, age, sh. 12-19; TOUR/SCHYNDER, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zurich 1969, sh. 8; ÖZSUNAY Ergun, age, sh. 30; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, age, cüz 2, sh. 52
- (3) VON TUHR, A., *Der Allgemeine Teil Des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1910 sh. 27 vd.; GROSSEN, Jacques, *La protection de la personallité en droit prive*, ZSR 1960, sh. 312; KÖP- RÜLÜ, Bülent, age, sh. 199-200

arzeden eylemlere göz atmak gerekir. Kişinin fiil ehliyeti çerçevesinde yaptığı fiiller aşağıda belirtilen üç sınıfta toplanabilir:

1 – Hukukî bir sonuç doğurması kişinin irade açıklamasına bağlı olan fiiller. Bu kategoriye giren fiillerde, kişinin hak sahibi olması veya borç altına girmesi tamamiyle onun iradesinin bir sonucudur. Örneğin, bir alım-satım sözleşmesinde, satılanın alıcıya intikali ve satıcının bedele ha kazanması ile beliren hukuki durum, her iki tarafın iradelerinin bir sonucudur. Bu tür fiil veya işlemlere "Hukukî muamele" denilmektedir. Bu işlemler, malvarlığına yaptıkları etki bakımından ya borçlandırıcı ya da kazandırıcı bir nitelik taşırlar. Borçlandırıcı işlem, malvarlığının aktifine dokunmadan pasifini arttıran, yani kişiyi borç altına sokan bir işlemdir. Sözleşmeler (alım-satım, kira, rehin vs. gibi) bu kategoriye girmektedir. Kazandırıcı işlem ise, malvarlığının aktifini doğrudan doğruya etkileyici bir nitelik taşır. Bu tür işlemler kişinin hakları üzerinde etkiler doğurarak malvarlığının aktifinin azalması sonucunu sağlamaktadır. Malvarlığıyla ilgisi bulunmayan ve fakat hukukî muamele cümlesinden sayılan bir takım işlemler daha vardır. Daha çok aile hukuku işlemlerine giren bu gruba örnek olarak nişanlanma ve evlenme gibi durumlar gösterilebilir. (1) Saydığımız bütün bu işlemleri yapabilme yetkisine "Hukukî Muamele Ehliyeti" de denilebilmektedir.

2 – Kişinin, haksız bir eylem ile bir başkasına zarar vermesi sonucunda sorumlu tutulabilmesini gerektiren fiiller. Bu fiiller, kişinin bilerek veya bilmeyerek yaptığı maddî hareketlerden ibaret olup iradeye bakılmaksızın onun borç altına girmesine yol açmaktadır. Ancak, bu fiiller kapsamına giren bazı davranışlar, kişinin iradesi sonucunda meydana gelir, ama sorumluluk veya borç altına girme durumu kişinin iradesinin dışındadır. Hatta, kişi hiç bir zaman sorumluluğu istememektedir. Örneğin, yolda yürüyen bir kişiye çarpıp ona zarar tevhit eden araba sürücüsü, burada bir fiil işlemiştir. Söz konusu fiil, mağdura zarar vermiş bulunduğundan, araba sürücüsü, verilen zararı tazmin etmekle, yani bir anlamda bir borç altına girmekle yükümlenmektedir. Ancak, bu hukukî sonuç, araba sürücüsünün iradesinden kaynaklanmamakta ve tamamiyle zarar doğuran ve hukuka aykırı olan davranıştan kediliğinden ortaya çıkmaktadır. Biraz önce de işaret edildiği gibi kişi, sorumlu olmaktan ve borç altına girmekten doğal olarak kaçınmaktadır. Şu halde, hasar verici davranışlar sonucunda meydana gelen yükümlülük ve sorumluluklar, kişinin iradesi ile ilintili olmayıp hukukun amir kurallarının bir sonucudur. Fiil ehliyeti kapsamında yer alır gibi gözükken bu niteliğine yaygın bir deyimle "Haksız Fiil Ehliyeti" denilmektedir. Modern hukuk doktri-

(1) *Et Türkmani, Adnan, Hazariyyetal Akd Fil Fıkhil İslami, Mısır 1962, sh. 82-83; FARAC, Hasan Tevfik, age, 627-628; EL ATTAR, Abdünnasır, age, sh. 335; EL BEDRAVİ, Abdul Mun'im, age, sh. 376-377; MEDKÖR, Muhammed Sami, age, sh. 82-83; ayrıca bkz. İNAN, Ali Naim Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1979, sh. 73 vd.; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul 1979, sh. 48-49*

ninde buna "Kusur Ehliyeti", "Sorumluluk Ehliyeti", "İsnat Ehliyeti" vb. gibi terimler de kullanılmıştır.(1) Bununla birlikte, modern İslam hukukçuları bu kategoriye giren eylemleri fiil ehliyeti çerçevesinde değil, hak ehliyetinin kapsamında düşünmektedirler. Bu düşünce şekli, akıl ya da irade faktörünü aramadan fiiller ile bu fiillerin doğurduğu sonuçlar arasında maddî bir irtibatın bulunmasını yeterli görmektedir. Onun için, fiil ehliyetini haiz olmayan kimselerin (küçük, akıl hastası vb. gibi) haksız fiillerden sorumlu olmaları İslam Hukukuna benimsenmiştir.(2) İleride bu konu daha geniş olarak ele alınacaktır.

3 – Kişinin fiil ehliyeti çerçevesinde yapması öngörülen ve üçüncü grubu oluşturan fiiller ibadetler ile dinî vecibelerdir. Daha önce de genişçe açıklandığı üzere modern hukuktan farklı olarak İslam Hukuku, ehliyetle donanmış kişilerin, hukuki işlemleri yapma ve haksız fiillerden sorumlu olma yeteneğine sahip olmaları yanında, birtakım dinî yükümlülüklerle de muhatap olma yeteğini öngörmüştür. İlahî emirlere muhatap olma ehliyeti diyebileceğimiz bu nitelik, İslam hukukçularınca "Teveccüh-i Hitap" veya "mükellefiyet" deyimleriyle belirtilmiştir.

Hukuki neticeler doğuran iradeyi kullanma yeteneği şeklinde de özetlenen fiil ehliyetinin kapsamına ilk bakışta velâyet hakkı da girer. Çünkü, velâyet de kişiye hukuki sonuç meydana getiren birtakım işleri yapabilme yetkisini vermektedir. Ancak, tanımlamadaki benzerliğe rağmen bu iki terim tamamiyle farklı şeylerdir. Bu iki terimin farklılığını gösteren en bariz faktör, fiil ehliyetinin, kişiye kendi adına ve lehine hak kullanma yetkisini veren bir yetenek olduğu, velayetin ise başka bir kişi adına birtakım hakları kullanma yetkisinden ibaret bulunduğudür. Daha açık bir ifadeyle, velâyet, fiil ehliyetine sahip olmayan kimselerin hukuki sonuç doğuran iradelerinin başkaları tarafından kullanılmasıdır. Bu nedenle, babamın küçük çocuğunun mallarında yaptığı tasarrufta olduğu gibi, velâyet sahibinin yaptığı işlem sonucu itibariyle velâyet altındaki kişiye ait olmaktadır.(3)

c) DAYANAK :

Fiil ehliyetinin temeli ve dayandığı esas akıl melekesidir. Fiil ehliyetinden söz edebilmek için, kişinin, aklın göstergesi veya görüntüsü durumunda olan idrak ve temyiz kabiliyetine sahip olması gerekmektedir. İdrak ve temyiz yetenekleri, kişinin kullandığı serbest irade ile ortaya çıktığına göre, fiil ehliyetini, kişinin sağlam ve bağımsız iradesinin varlığı-

-
- (1) El Arcavi, Mustafa, age, sh. 181-182; ABDULBAKİ, Abdulfettah, age, sh. 246; Ganim, İsmail, age, 188; KEYRE, Hasan, age, sh. 572-573; ayrıca bkz. ŞAHHALE, Şefik, age, sh. 84; AKİPEK, Jale, age, sh. 53; ÜZSUNAY, Ergun, age, sh. 33; ZEVKLİLER, Aydın, age, sh. 49
- (2) Bkz. İbn-i Necim, Abdullah, age, cilt 2, sh. 145; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 744
- (3) KEYRE, Hasan, age, sh. 573-574; EL BEDRAVİ, Abd-ul Mun'im, age, sh. 378; EL ARCAVİ Mustafa, age, sh. 184-185; ABDÜLBAKİ, Abdül Fettah, age, sh. 247 vd.

na bağlamak yanlış olmamalıdır. Bununla birlikte, klasik ve modern İslam hukuku eserlerinin bir kısmı, fiil ehliyetini, aklın varlığına, diğer bir kısmı iradeye dayandırmışlardır. Zaten, bunlar birbirine çok yakın ve bağlı kavramlar oldukları için, birbirlerinin yerine kullanılmaları alışılmış bir kuraldır.(1) Aslında, akıl melekelerini temel kabul etmek ve diğer kavramları da onun yansıyan tezahürleri ve özellikleri olduğunu kabul etmek kanaatimizce daha doğru bir yaklaşımdır.(2)

Akıl veya idrakin varlığına bağlı olan fiil ehliyetinin, hak ehliyeti gibi her insanda kendiliğinden meydana gelmediği, tam tersine yaş ve bedenî olgunluğa paralel olarak tedricen ortaya çıktığı kabul edilmelidir. Bunu, bazı şartlara bağlı olarak sonradan kazanılan "müktesep bir vasıf" olarak nitelersek yanlış sayılmaz. Zaman içinde peyderpey gelişme durumunda olduğunu belirttiğimiz fiil ehliyeti, dağal olarak bazı aşamalardan geçecektir. Yani, zayıftan mükemmele doğru bir seyir izleyecektir. Nitekim, yeri geldiğinde daha iyi açıklanacağı gibi, fiil ehliyeti önce eksik olarak kendisini göstermekte ve nihayet gerekli şartların tamamlanmasıyla eksiksiz olarak ortaya çıkmaktadır.(3)

İslam Hukukçuları ve özellikle İslam filozofları, fiil ehliyetinin dayanağı olarak tesbit ettikleri akli, gördüğü fonksiyon itibarıyla dört dereceye ayırmışlar ve fiil ehliyetinin hangi derece ile sıkı sıkıya bağlı olduğunu isbata çalışmışlardır. Bilginin elde edilmesinde ruhun sahip olduğu bir güç diye tanımladıkları akıl, başlangıçta hiç bir şeyi algılayamamaktadır. Çünkü dış dünya ile ilgili nesnelere bu aşamadaki akılda şekillenmezler. Aklın bu aşamasına "heyulanî (ilkel, başlangıç) akıl" denilmiştir. Yeni doğan çocuğun yazı yazma yeteneği bunun örneği olarak kabul edilmiştir. Bedihî şeyleri kavramaya başlayan akıl, ikinci merhalede teoriyi pratiğe çevirme yeteğine sahip olur. Yazı yazmaya alışmamış bir cahil kişinin, yazıyı öğrenebilmek konusundaki istidadı bu aşamadaki akla örnektir. Bu tür akıl için de "meleke akıl" deyimini kullanılmıştır. Teoriği istediği anda pratiğe çevirebilen akıl derecesine ise "Fiilî akıl" denilir ki, şu anda yazı yazmayan bir okur-yazar sahip olduğu akıldır. Teorinin fiilen pratiğe dönüştüğü son aşamadaki akla da "Yararlanılan akıl" denilmektedir. İslam hukukçularına göre, fiil ehliyetinin dayanağı ikinci aşamadaki akıldır. Çünkü bu aşamada insan artık diğer cansızlardan farklı bir duruma geçer ve beşerî bir kimlik kazanır.(4)

- (1) *Es Senhuri*, Abdurrazık, age, cilt 1, sh. 268; *FARAÇ*, Tevfik Hasan, age, sh. 629; ayrıca bkz. *ZUHAYLİ*, Hehbe, age, cilt 4, sh. 121; *EL PEZDEVİ*, Ali Bin Muhammed, age, cilt 4, sh. 248; *MEDKÜR*, Muhammet Selam, age, sh. 448
- (2) Bkz. *El Hallaf*, Abdulvehap, age, sh. 158; ayrıca krş. *ABDULLAH*, Ahmed Ali, age, sh. 126; *KARAMAN*, Hayrettin, age, sh. 180
- (3) *Ebu Zehre*, Muhammed, age, sh. 333; *DÖNDÜREN*, Hamdi, age, sh. 60; *EL ARCAVİ*, Mustafa, age, sh. 185; *EL KEBİSİ*, Mahmut Mecit, age, sh. 101
- (4) *Molla Hüsvrev*, age, cilt 2, sh. 432; *ET TEFFAZANİ*, Mesut, age, cilt 4, sh. 215; ayrıca bkz. *EL PEZDEVİ*, Fahr-ul İslam Ali, age, cilt 4, sh. 348 vd.

Modern Hukukçuların fiil ehliyeti hakkında verdiği izahlar, İslam Hukukçularının söylediklerinin tekrar ve teyidinden ibarettir. Çağdaş hukukçulara göre de fiil ehliyetinin dayanağı akıl ve temyiz gücüdür. Çünkü temyiz gücü olmayan kimsenin sözlerinin, hukuki sonuç doğurması düşünülemez. Davranış ve işlemlerin sonucunu kavramaktan aciz olanın, leh ve aleyhinde hak meydana getirmesi her iki hukuk sisteminde de söz konusu olamaz. Ancak modern hukukta, özellikle haksız fiil sorumluluğuna karar verebilmek amacıyla küçüğün temyiz gücünün belirlenmesi hususu bütünüyle doktor raporuna bırakılırken İslam Hukukunda daha keskin ve belli ölçüler öngörülmüştür.(1) İleride bu konuya tekrar dönülecektir.

Kişilerin bazı işlemleri yapmaları konusunda getirilen sınırlamalar, fiil ehliyetinin akıl ve temyiz gücüne dayandığı biçimindeki kurala aykırılık teşkil etmemektedir. Bu sınırlamalar, vakıf ve kamu mallarında olduğu gibi ister genel bir kayıtlama olsun, ister (hakimlerin, çelişkili malları satınalamaması ve vekilin, vekalet ettiği konuda aynı zamanda karşı taraf olamaması durumunda olduğu gibi) özel bir mahiyet taşıyın, fiil ehliyetini ilgilendirmemektedir. Çünkü, anılan sınırlamalar fiil ehliyeti yönünden değil, tamamiyle başka düşüncelerle ortaya konmuştur. Mesela, az önce örneğini belirttiğimiz sınırlamalar kamu yararının korunması, yargı makamının ve tarafsızlığının zedelenmemesi ve vekilin güvenilirliğinin yitirmemesi amacına yöneliktir. Bu itibarla, söz konusu sınırlamalar getirilirken fiil ehliyetinin eksik veya tam olup olmadığı noktasından hareket edilmemiş ve ancak toplum yararı ve hukuk düzeninin sağlanması gibi düşünceler ön planda tutulmuştur.(2)

Hukukçular, fiil ehliyeti yönünden kişinin yapacağı işlemleri üç grupta toplamıştır. Birinci grup, kişiye sadece yarar sağlayan işlemlerdir. Diğer bir ifadeyle, bu tür işlemlerle kişinin pasifinde bir değişiklik olmadan aktifinde bir artış meydana gelir. Kişinin lehine yapılan bağışlamayı, vasiyeti ve alacak için verilen kefaleti kabul etmesi bunun en güzel örnekleridir. Çağdaş hukukta buna "Zenginleşme ehliyeti" denilmektedir. Çünkü, herhangi bir karşılık verilmeden kişinin haklarında bir artış söz konusudur.(3)

Kişiyeye sadece zarar sağlamaktan ibaret olan ikinci grup işlemler birinci grubun zıddını

- (1) Zeydan, Abdülkemi, age, sh. 313; ET TÜRKMANI, Adnan, age, sh. 83; EL HAFİF, Ali, age, sh. 84; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, age, cilt 2, sh. 75; EL ARCAVI, Mustafa, age, sh. 186-187; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 180; EBU ZEHRE, Muhammed, El Mülkiyye ve Nazariyyet-ul Akd, Mısır tarihsiz, sh. 16
- (2) Şahhate, Şefik, age, sh. 72; KEYRE, Hasan, age, sh. 575; ES SENHURİ, Abdurrezzak, age, cilt 1, sh. 269; MEDKÛR, Muhammed Sami, age, sh. 88; EL ARCAVI, Mustafa, age, sh. 188-189; ABDULBAKİ, Abdulfettah, age, sh. 245; EL BEDRAVİ, Abdülmün'im, age, sh. 268
- (3) El Cebburi, Salih Cum'a Hasan, age, sh. 17-18; FARAÇ, Tüfrik Hasan, age, sh. 628; ES SENHORİ, Abdurrezzak, age, sh. 268; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 743-744; HALLAF, Ubduvehhap, age, sh. 159

oluşturur. Bunlar kişinin aktifinde herhangi bir değişiklik yapmadan sadece pasifini arttı-
rılar. Mal bağışlama, vasiyet etme, başkasındaki haktan vaz geçme ve başkasının alacağına
kefil olma örneklerinde görüldüğü üzere kişi, hiç bir karşılık ve kazanç elde etmeden sadece
zarara katlanmaktadır. Çağdaş hukukta buna "Fakirleşme hürriyeti" de denilmektedir.(1)
Üçüncü grup iş, yarar ve zararın muhtemel olduğu işlemlerdir. Başka bir deyimle, bu gibi
işlemlerde kişi, bir şeyi vermek karşılığında bir hak elde etmektedir. Kişi, verdiği mukai-
bil maddi bir yararı sağlayabildiği gibi (alım-satım gibi) maddî olmayan bir menfaat de elde
etmek isteyebilir (kiralama gibi). İşlemlerin önemli bölümünü bu grup oluşturur.(2)

d) ÇEŞİTLERİ

Fiil ehliyetinin dayanak ve ölçüsünün akıl, idrak veya temyiz gücü olduğu yukarıdan
beri anlatılmaktadır. Çıkan sonuca göre, bu ehliyet türünün varlığı ile yokluğu ya da eksik
veya tam olması bu ölçüye göre tayin edilir. Daha açık bir ifade ile, kişide idrak olmadığı
zaman fiil ehliyetinden söz edilmemesi ve idrakin eksik olması durumunda ise fiil ehliyeti-
nin de eksik olması gerekir. Eksiksiz bir fiil ehliyetine sahip olmak ise, kişinin akıl ve tem-
yiz unsurlarını tam olarak haiz olmasını gerektirmektedir.(3) Bu gerçeği gözden kaçırma-
yan İslam Hukukçuları fiil ehliyetini eksik ve tam diye iki kısma ayırmışlardır:

aa) Eksik Fiil ehliyeti (Nakıs Edâ Ehliyeti)

Bilindiği üzere, fiil ehliyeti kişideki akli ve bedeni olgunluğa bağlanmıştır. İnsan, ilk
anlarında her iki olgunluktan da yoksundur, ama bunların peyderpey gelişerek tamamlan-
ması için elverişli bir yapı ve yaratılıştadır. İşte gelişme halinde bulunan bu olgunlukların
eksik olduğu aşamalarda eksik fiil ehliyetinden söz edilir. Hem akf ve hem de bedenî
eksikliğin bariz misali mümeyyiz küçüklerdir. Sadece akf eksikliğin bulunduğu örnek ise
ergin bunaklardır.(4) Mümeyyiz olmayan küçük, adı geçen olgunlukların hiç birine sahip
olmadığından, fiil ehliyetinden bütünüyle mahrumdur. Daha önce de anlatıldığı gibi bunun
için sadece hak ehliyeti söz konusu olabilir.

- (1) *Molla Hüseyin, age, cilt 2, sh. 437; EL CEBBURİ, Salih Cum'a Hasan, age, sh. 18; ABDULBAKİ, Abdulfettah, age, sh. 248; FARAÇ, Tüfrik Hasan, age, sh. 628; HALLAF, Abdulvehhap, age, sh. 159 vd.*
- (2) *Keyre, Hasan, age, sh. 576; EL BEDRAVİ, Abdulmun'im, age, sh. 384; MEDKÜR, Muhammed Sami, age, sh. 91; EL ARCAVİ, Mustafa, age, sh. 190-191*
- (3) *Es Sarraf, Abbas-Hazbon, George, age, sh. 155; MEDKÜR, Muhammed Selam, age, sh. 449; ET TEFTAZANİ, Mesud, age, cilt 2, sh. 158; EL PEZDEVİ, Ali Bin Muhammet, age, cilt 4, sh. 248; ABDULBAKİ, Abdulfettah, age, sh. 249; EL BEDRAVİ, Abdulmun'im, age, sh. 378*
- (4) *El Mevsual-ul Fıkhiyye, age, "Ehliyet" mad., cilt 7, sh. 153; GÂNİM, İsmail, age, sh. 191; KEYRE, Hasan, age, sh. 574; EL CEBBURİ, Salih Cum'a Hasan, age, sh. 15; EL KURDİ, Ahmed El Hacci, age, sh. 12*

Mümeyyiz küçük ve bunaklarda ise, eksik fiil ehliyeti söz konusudur. Bunun gereği olarak, bunların bir kısım hukukî tasarrufları geçerlidir. Diğer bir kısım işlemler ise tam fiil ehliyetini gerektirdiği için geçersizdir. Temyiz gücüne sahip küçüğün hangi hukuki işlemleri resen yapabileceği, hangilerini hiç bir şekilde yapamayacağı ve hangilerine velisinin izni ile girişebileceği ile ilgili açıklama ileride etraflıca yapılacaktır. Bu grupların idabet ve dinî yükümlülükleri ise ileride izah edilecektir. Ancak, burada bir iki noktaya değinmekte yarar vardır. Her şeyden önce mümeyyiz küçük ve bunakların namaz, oruç vb. gibi ibadetleri yerine getirme sorumluluğu bulunmaktadır. Çünük fiil ehliyetleri tam olmayınca "mükellef" sayılmamakta ve bu nedenle dini emirlerden başışık tutulmaktadırlar. Ancak, fiil ehliyetleri olmadığı halde ifa ettikleri ibadetler geçerlidir. Oysa, fiil ehliyeti hiç bulunmayan gayri mümeyyiz küçük ile akıl hastasının ibadetleri geçersizdir. Burada bunakların durumunu da ayırmak gerekir. Çünkü, bunlar pasif iradeye sahip, gel-git akıllı kimseler olduklarından bazen akıl hastaları gibi kabul edilir ve fiil ehliyetini tamamiyle yitirirler. O halde, bunaklar hal ve davranışlarına mümeyyiz küçük gibi hareket ederlerse eksik ehliyetli, yok eğer temyiz gücünü kaybetmişlerse tıpkı akıl hastası gibi ehliyetsiz sayılırlar.(8)

Şafîî hukuk ekolüne mensup hukukçular, fiil ehliyetini bir bütün kabul ederek tam ve eksik ayırımına yer vermemektedirler. Bunlara göre mümeyyiz küçüğün resen veya velisinin izni ile yaptığı bütün işlemler geçersizdir. Geçerli olabilmesi için erginlik ve rüş t şartlarının gerçekleşmesi gerekir.(2)

bb) Tam Fiil Ehliyeti (Kâmil Edâ Ehliyeti)

Aklî ve bedenî olgunlukların tamamlandığı aşamada fiil ehliyeti de tam olur. Bu aşama, kişinin erginlik ve rüş t çağına erişmesiyle elde edilir. Söz konusu olgunlukların gerçekleşmesi her insanda farklı bulunduğu içindir ki, İslam Hukuku en rasyonel ölçü olan yaş kıstasına en çok önem vermiştir. Bu konuya ileride geniş bir yer verileceğinden burada kısa kesiyoruz. Tam fiil ehliyetinin elde edilmesiyle kişi, lehine ve aleyhine bütün hukuki işlemleri bizzat yapabilir duruma gelir. Sözel (kavlî) ve eylemsel (fiilî) bütün işlemleri geçerli ve bağlayıcıdır. Bunları yaparken hiç kimsenin ön iznine veya sonradan icazetine ihtiyaç duyulmamaktadır. Öte yandan, fiil ehliyetleri tam olanlar, dinî emirlere muhatap olduklarını-

-
- (1) *El Buhari, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 249; ZUHAYLİ, Vehbi, age, cilt 4, sh. 121; EN NAHİ, Selahaddin Abdullatif, age, sh. 65; EL MEVSUAL-ul Fıkhiyye, "ehliyet" mad; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 61-62; EBU ZEHRE, Muhammed, age, sh. 333; ayrıca bkz. ES SERAHSİ, Muhammed Bin Ahmed, age, sh. 341; EL ARCAVİ, Mustafa, age, sh. 193 vd. EL PEZDEVİ, Ali Bin Muhammed, age cilt 4, sh. 248 vd.; SADR-UŞ SERİA, Abdullah, Bin Mes'ud, age, cilt 3, sh. 158*
- (2) *Bkz. Amidi, Seyfeddin, age, cilt 1, sh. 150; GAZALİ, Muhammed Ebu Hamid, age, cilt 1, sh. 83-84; EL KEBİSİ, Mahmud Mecid, age, sh. 103*

dan, Allah'ın buyurduğu ibadetleri ifa etmekle yükümlüdürler.(1)

C) İNSAN HAYATININ DEVRELERİNE GÖRE EHLİYET AŞAMALARI

Şimdiye kadar sergilenen izahlardan da anlaşılacağı üzere, ehliyet, insanın anne rahmine düşmesi anından itibaren erginlik ve rüşt çağına kadar tekâmül yolunu izlerken birtakım aşamalardan geçmektedir. İnsanın fizyolojik ve zihinsel gelişmesi zaman içinde sürekli devam edince ehliyet de buna paralel olarak sürekli gelişme göstermektedir. Gelişme çizgisi ilk önce eksik hak ehliyetinden (nakıs vücup ehliyetinden) başlar ve tam fiil ehliyetinde (kamîl eda ehliyetinde) noktalanır. Çünkü, ehliyet önce insanlık olgusundan beslenir ve nihayet akıl yeteneği sayesinde gelişmenin doruğuna tırmanır. Her yıl, her ay ve hatta her gün kaydedilebilen bedenî ve akîf gelişmenin aksine, ehliyetle düşünülen gelişme bu denli hızlı değildir. Ehliyet aşamaları insan hayatının keskin dönemlerine ve ana istasyonlarına göre belirlenmiştir. Kaldı ki, her an meydana gelen seri değişme ve hızlı gelişmenin ehliyete kazandırdığı artış, çok cüz'î olduğundan, ehliyet merhalelerinin bu nisbî artışlara göre değil, daha keskin çizgilerle tayin edilmesi doğaldır. Zaten, nisbî artışlara göre belirlemenin pratik bir değerinin olamayacağı ortadadır.(2) Bu düşünce tarzını benimseyen İslam Hukukçuları ehliyet aşamalarını 1- Cenin Dönemi, 2- Küçüklük Dönemi, 3- Temyiz Dönemi, 4- Ergenlik (bülûğ) Dönemi, 5- Rüşt Dönemi olmak üzere beşe ayırmışlardır.

a) CENİN DÖNEMİ:

Cenin'in sözlük anlamı gizli, örtülü demektir. Terminolojide ise anne karnında doğuma yönelik gelişme sürecinde olan döl anlamındadır.(3) Cenin dönemi nutfenin anne rahmine düştüğü andan başlar, çocuğun doğum zamanına dek sürer. İslam Hukuku, anılan dönemi yaşayan çocuk için eksik hak ehliyeti tanımıştır. Başka bir anlatımla, bu hukuk sistemi, ana rahmindeki cenin lehine sınırlı bazı haklar tanımış; aleyhinde ise hiç bir hakkın meydana gelebileceğini öngörmüştür.(4) Hukukçular, hak ehliyetinin eksik olmasının nedenini şu şekilde açıklamaktadırlar: Ceninin, anneye tabi, onun bir parçası olduğu ve gıdasıyla

(1) İbn-i Melek, *Muhammed*, age, sh. 940; SADR-UŞ ŞERİAH, *Abdullah Bin Mes'ud*, age, cilt 4, sh. 248; EL CEZİRİ, *Abdurrahman*, age, cilt 2, sh. 350 vd.; HALLAF, *Abdulvahhab*, age, sh. 159; ayrıca bkz. EL KÂSANİ, *Alaadin*, age, cilt 7, sh. 172; mecelle mad. 978 vd.; MOLLA HÜSREV, age, cilt 2, sh. 435-436.

(2) Bkz. *El Mevsuat-ul Fıkhiyye*, age, "Ehliyet" mad, cilt, 7, sh. 154; EZ ZERKA, *Mustafa Ahmed*, age, cilt 2, sh. 746-747; KARAMAN, *Hayrettin*, age, sh. 182; DÖNDÜREN, *Hamdi*, age, sh. 63; ZUHAYLİ, *VEHBE*, age, cilt 4, sh. 123

(3) *Mustafa, İbrahim-Ez Zeyyat, Ahmed Hasan, Abdulkadir Hamdi - En Naccar, Muhammed Ali*, age, cilt 1, sh. 141, "CNN" mad.; İBN-İ Bekir, *Muhammed*, age, "CNN" mad; EL KALYUBİ, *İsmail*, age, cilt 4, sh. 159

(4) *Et Türkmani, Adnan*, age, sh. 78; MEDKÛR, *Muhammed Sami*, age, sh. 42; MUHAMMED SELAN, age, sh. 443

beslendiği gerçeğine bakıldığında, onun bağımsız bir varlığa sahip olmadığına; dolayısıyla zimmet vasfını elde etmediğine hükmedilir. Zimmet olmayınca tam hak ehliyetinden söz edilememesi daha önce belirtilmişti. Gebe hayvanın satılmasında karnındaki yavrunun da beraber satılmış sayılması ve gebe bir cariyenin azat edilmesi durumunda ceninin de azat edilmiş kabul edilmesi bu düşünceyi teyit etmektedir. Diğer yandan, aynı ceninin özel bir yaşama şekline sahip olması ve bir süre sonra annesinden tamamiyle ayrılmaya ve bağımsız bir insan olmaya aday bulunması, onu müstakil bir varlık olmaya yaklaştırır. Bu haklı gerekçeler karşısında, İslam Hukuku orta bir yol yeğleyerek ceninin aleyhine hakların doğmasını öngörmemiş, sadece lehine bazı hakların meydana gelebileceğini uygun görmüştür. Meyada gelebilecek haklar, kişinin bunları kabul ettiğini belirtmesine gerek duyulmayan haklardır.(4) İslam hukukçuları sınırlı olan bu hakları aşağıdaki gibi sıralamışlardır;

1- Nesap Bağının Kurulması : Cenin, annesi, babası ve bunlar aracılığı ile diğer kimseler (Dedesı, ninesi, vs.) ile soy bağının kurulması hakkına sahiptir. Bu hak, bir yerde tabii bir haktır. Modern İslam Hukukçuları, Nesap hakkına tabiiyet hakkını da kıyaslayarak ceninin, babasının tabi olduğu ülke vatandaşlığını kazanabilmesini, İslam Hukukuna uygun olarak mütalaa etmişlerdir.(2)

2- Miras Hakkı : Bu hak birinci maddede derpiş edilen nesep hakkının doğal bir sonucudur. Bu itibarla, henüz doğmamış ana rahmindeki çocuk, mirasçı olabileceği bir yakınının ölmesi halinde, kendi payına düşen kısma hak kazanır. Hatta, İslam miras sistemi erkeğe daha fazla pay ayırdığından, ceninin erkek kabul edilerek kendisine düşen hissenin doğum anına kadar bekletilmesi gerekir.(3)

3- Lehine vasiyet edilen şeye hak kazanması : Cenin, lehine vasiyet edilen mala doğu-

-
- (1) *İbni Recep, Abdurrahman, age, kaide No, 84, sh. 177; EL BUHARİ, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 239; ET TEFTAZANİ, Sadettin Mesut, age, cilt 2, sh. 163; EL ARCAVİ, Mustafa, age, sh. 136; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 182; EN NAHİ, Selahattin Abdullatif, age, sh. 67*
- (2) *İbn Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 67; İBN-İ HEMMAM, Kemalettin Muhammed, age, cilt 8, sh. 324 vd.; EL ARCAVİ, Mustafa, age, sh. 137; MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 443-444*
- (3) *Kalyubi, İsmail, age, cilt 3, sh. 157; EL MEVSUAT-UL Fıkhiyye, age, cilt 7, "Ehliyet" mad., 155; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 63; Ceninin mirastan düşen payının bekletilmesi konusunda İslam Hukukçuları arasında görüş ayrılığı vardır. Kimis, koğumun ikiz erkek olması ihtimali karşısında dört kişilik payın ayrılması gerektiğini savunurken çoğunluk, bu durumun az raslanır hadise olduğunu kabul ederek iki payın yeterli olacağını öngörmektedir. Hemen belirtelim ki, doğumun, ikiz erkek olarak gerçekleşmesi halinde, eksik kalan paylar mirasçılardan geri alınır. Bununla birlikte, eğer ceninin kız olarak doğması mirastan daha fazla pay ayrılmasını sonuçlandırırsa bu takdirde cenin kız kabul edilecektir. Ölenin karısı, babası, anası ve kızından başka, hamile olan oğlunun karısı geride kalmışsa durum böyledir. Es Siraciyye; EL BUHARİ, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 239; EL HAMA Vİ, age, sh. 202*

mun gerçekleşmesini müteakip sahip olur. Bu hususta bütün İslam Hukuk ekolleri ve hukukçuları görüş birliği içindedirler.(1)

4- Lehine yapılan vakfın geçerli olması : Hanefî ve Malikî ekolleri, vasiyeti örnek göstererek cenin lehine vakf edilebileceği görüşünü paylaşmaktadır. Şafii ekolü ise, vasiyet ile vakfın kıyaslanamayacağını şu gerekçe ile ileri sürmektedirler: Vasiyet, ölüme bağlı bir tasarruf olmakla sonucu daha sonra gerçekleşir. Vakfın doğurduğu mülkiyet intikali ise hemen gerçekleşmektedir. Bu sebeple anılan ekol, cenin lehine vakıf yapılamayacağı görüşündedir. Hanbeliler ise, cenine resen yapılan vakfı geçersiz saymışlar, ancak ceninin de aralarında bulunduğu bir topluluğa yapılan vakfı geçerli görmüşlerdir.(2)

5- Azat olma hakkı : Cenin doğmadan önce efendi tarafından azat edilirse bu işlem geçerlidir. Başka bir deyimle, annesi azat edilmeden sadece kendisinin azat edildiğini içeren ifade efendiyi bağlar ve doğum anında sonuç verir.(3)

Sayıdığımız bu haklar dışında İslam Hukukunda cenin için başka hiç bir hak tanınmamıştır. Görüldüğü üzere, sözü geçen haklar, ilgili kişinin kabul ettiğini tasrih etmesine gerek olmayan haklardır. Kabulün tasrih edilmesinin gerekli olduğu haklar ise, cenin için söz konusu olamaz. Örneğin, cenin lehine bağışlama, alım-satım vs. yapılamaz. Çünkü ceninin kabul etme durumu fiilen mümkün görülmemektedir. Kaldı ki, cenin için zimmet niteliğinden söz edilemeyeceği için borçlanma yeteneği (iltizam) mevcut değildir.(4)

Şunu da unutmamak gerekir ki, cenin,, lehine ayrılan miras, vasiyet ve vakıf malları üzerinde hemen mülkiyet hakkını elde etmez. Söz konusu haklar sağ doğum şartına bağlı bulduklarından, o zamana kadar bekletilecektir. Ölü doğduğu takdirde bu işlemler hiç olmamış gibi (keenlem yekün) değerlendirilecek ve dondurulmuş bu mallar sahiplerine geri verilecektir. Sağ doğum halinde ise, mülkiyet hakkı işlemin yapıldığı andan itibaren başlayacaktır. Bu arada Hanefî Hukukcular, cenin için bekleme sürecine giren malların bir yed-i emine teslim edilmesini öngörmüşlerdir. Anılan kişilerin görevi, sadece bu malları korumaktır. İşletmek veya nemalandırmak gibi yetkileri kesinlikle yoktur.(5) Dışarıdan

(1) Molla Hüsrev, *age*, cilt 2 sh. 434; HALLAF, *Abdulvahhab*, *age*, sh. 157; EL PEZDEVİ, *Ali Bin Muhammed*, *age*, cilt 4, sh. 237; KARAMAN, *Hayrettin*, *age*, sh. 183

(2) "Ehliyet" *mad. sh. 156*; EZ ZERKA, *Mustafa Ahmed*, *age*, cilt 2, sh. 749; DÖNDÜREN Hamdi, *age*, sh. 63; ES SERAHSİ, *Ebubekir Muhammed*, *age*, sh. 333

(3) *Es Serahsi, Ebubekir Muhammed*, *age*, sh. 333; EL ARCAVİ, *Mustafa*, *age*, sh. 139

(4) *Zuhalyi, Vehbe*, *age*, cilt 4, sh. 119; EZ ZERKA, *Mustafa Ahmed*, *age*, cilt 2, sh. 749; EL BEDRAVİ *Abdulmun'in*, *age*, sh. 330; Ancak Maliki ekoline mensup bazı hukukcular, cenin lehine bağışlama yapılabileceği görüşünü ileri sürmüşlerdir; MEDKÛR, *Muhammed Selam*, *age*, sh. 444

(5) *Ebu Zehre, Muhammed*, *age*, sh. 331; ES SARRAF, *Abbas-Hazbon, George*, *age*, sh. 153; EZ ZERKA, *Mustafa, Ahmed*, *age*, cilt 2, sh. 750; MEDKÛR, *Muhammed Selam*, *age*, sh. 444

bir müdahale sonucu ceninin ölü doğmasından dolayı ödenmesi gereken kan bedeline (gurre'ye) ilişkin bilgiler için birinci bölüme müracaat edilmesi uygun olur.

Modern Hukukun, cenin lehine hakların tanınmasında belki de aşırı denebilecek daha ileri bir aşamada olduğunu söylemek mümkündür. Türk-İsviçre Hukuku, ceninin medenî haklardan yararlanılabileceğini açıklamaktan başka miras ve aile hukuku alanında da buna ilişkin düzenlemelere gitmiştir.(1) Alman ve Fransız Hukukunda açık hükümler olmamakla birlikte, serpiştirilmiş durumdaki düzenlemelerden benzer sonuçlar çıkarılabilmektedir.(2) Ceza kanunlarında da cenini korumaya yönelik düzenlemelerin yer aldığını görmekteyiz (3) Çağdaş Hukukun cenin için kabul ettiği haklar, yukarıda sergilenen beş maddeyi aşarak çok daha geniş bir alan çizmektedir. Örneğin, Türk Yargıtayında ve Türk Hukuk doktrininde egemen olan görüşe göre cenin ve hatta ana rahmine düşmemiş bir kimse lehine yapılan bağışlar ve akidler dahi geçerlidir.(4) Mısır ve Kuvvyt Medenî Kanunları ise daha yumuşak bir tavır içine girerek İslam Hukunun cenin lehine kabul etmediği bağışlamayı öngörmüş; ancak cenini borç altına sokacak işlemleri geçerli saymamıştır. Bununla beraber, konu adı geçen ülkelerin hukukçuları arasında ihtilafli olmakta devam ediyor. (5) Bize göre, yaşayıp yaşamayacağı henüz belli olmayan bir varlığa hak tanımakta sınırlı davranılması hukuk mantığını daha iyi yansıtmaktadır.

b) KÜÇÜKLÜK DÖNEMİ:

Doğum olayı ile dünyaya ayak basan cenin, elde ettiği hayat ve yetenekler yönünden şüphesiz çok farklı bir döneme girmiş sayılmaktadır. Çünkü, anasına tabi ve bir parçası sayıldığı dar bir yaşam ortamından kurtulmak bağımsız bir varlığı elde etmekte ve bir takım yetenekleri kazandığı bir alana oturmaktadır. Artık insanlık niteliğini garantileyen küçüğün ehliyet ufku, biraz daha genişlemiş ve öncesine oranla daha gelişmiş bir aşamaya girmiştir. Ancak, bu gelişme sadece hak ehliyeti çerçevesinde gerçekleşmiştir. Özetle, doğumun tamamlanmasıyla birlikte, çocuk tam hak ehliyetini elde ederek yeni bir döneme girmiştir. Bu dönem çocuğun temyiz çağına kadar sürer. Gayri mümmeviz (mümeyyiz olmayan) çocuk dönemi de diyebileceğimiz bu aşama için "Küçüklük Dönemi" deyimini kullanmayı

(1) *TMK Mad. 27, F. 2; ayrıca bkz. TMK 524, 525, 298, 377 ve 296. maddeleri; ŞENER, Esat, Miras Hukuku, Ankara 1977, cilt 1; sh. 178 vd.*

(2) *Alman Medeni Kanununun 331, 844, 912, 1913. paragrafları; CODE Civil Art 725, 906; AKİPEK, Jale, age, sh. 14*

(3) *TCK 468, 472. MADDELERİ; WOLFF, Naujkos, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, Frankfurt am Main 1955, sh. 132*

(4) *4. HD., 3.2.1959, E. 3274, K. 1565; OLGAC, Senayi, age, sh. 47; ZEVKLİLER, Aydın, age, sh. 26*

(5) *Mısır Medeni Kanunu, mad. 28-29; Kuveyt Medeni Kanunu, mad. 10; ŞAHATE, Şefik, age, sh. 48; SELAMET, Ahmet, Nazariyyetül Hak Fil Kanunil Medeni, Mısır 1949, sh. 167*

yeğledik.(1) Bu çeşit küçükler, alış verişin ve kâr ile zararın ne olduğunu bilemeyecek durumdadırlar. Hak ehliyetine sahip ve fakat fiil ehliyetinden tamamiyle yoksun bulunan küçüğün (gayri mümeyyiz çocuğun) ehliyet açısından durumunu incelemek gerekir. O halde, bunu hem Allah hakkı (kamu hukuku) ve hem de kul hakkı (Özel Hukuk) yönünden ayrı ayrı ele almakta yarar vardır.

aa) Allah Hakkı (Kamu Hakkı) Yönünden:

Bilindiği üzere, kamu yararının söz konusu olduğu haklar İslâm Hukuk terminolojisiinde Allah Hakkı diye anılmaktadır. Küçüğün bu haklar karşısındaki durumunu şöylece sıralayabiliriz:

1 – Din Seçimi ve Bedeni İbadetler : Bütün ekoller mümeyyiz olmayan küçüğün din seçimine muhatap olamayacağı görüşü üzerinde birleşmişlerdir. Çünkü, yasa koyucu olan Allahın mükelleflere yönelik hitabı, buna yönelmemektedir. Hatta, müslüman olduğuna veya başka bir dine mensup bulunduğu dair beyanı geçersizdir. Temyiz gücünün olmaması, din, iman ve benzer kavramları idrak etmesine engel teşkil ettiğinden, bu yöndeki ifadelerine itibar edilemez. Ancak, dünyadaki durumu gözönünde tutularak babasının müslüman olması halinde kendisinin de islamlığın kabul edileceğini tüm ekoller öngörmüştür. Malikî dışındaki diğer üç ekol, müslümanlık konusunda küçüğün anaya da tabi olması gerektiğini savunurlar(2).

Diğer yandan, mümeyyiz olan ve olmayan küçüklerin namaz ve oruç gibi bedeni ibadetleri ifa yükümlülükleri yoktur. Bunların, yasa koyucu Allah'ın buyruklarından varestede tutuldukları görüşünü bütün ekoller paylaşmaktadırlar. Sonra, bu tür ibadetler insanları dinen sınama amacını güttüğü için, çocuklar akıl ve bünyeleri gereği, bu sınava hazır değildirler. Öte yandan, onların yerine velilerin ifa etmesi de mümkün görülmemektedir. Çünkü, velinin niyeti çocuğun niyeti yerine geçemez. Hemen vurgulamak gerekir ki, yükümlülük bulunmamasına rağmen mümeyyiz çocuğun namaz ve orucu geçerli iken, mümeyyiz olmayan küçüğün ise geçerli değildir(3).

-
- (1) *El Buhuti*, Mansur Bin Yunus, *Keşşaf-ul Kunnâ, Riyat* 1978, cilt 4, sh. 249; *EL KALYUBİ*, Ahmed Haşiyet-u Kalyubi Ala Şerh-il Cemel, Mısır 1956, cilt 3, sh. 125; *EZ ZERKA*, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 752; *ZEYDAN*, Abdülkerim, age, sh. 314; *ET TÜRKMÂNİ*, Adnan, age, sh. 79
- (2) *El Haraşi*, Muhammed Ebu Abdullah, *Beirut tarihsiz*, cilt 8, sh. 69; *EN NEVEVÎ*, Muhyeddin, *Ravzatut, Talibiyn*, Mısır 1937, cilt 10, sh. 77; *EL MERGİNANİ*, Ali Bin Ebi Bekr, age, cilt 3, sh. 418; *EZ ZEYLÂİ*, Fahrettin, Osman, *Tebyinul Hakaik*, Beirut 2. Bası, cilt 2, sh. 173; *İBN KUDAME*, Ebu Muhammed, Abdullah, age, cilt 9, sh. 18
- (3) *Eş Şerenbelani*, Hasan Bin Ammar, *Merak-il Felah*, Mısır 1970, Sw. 138; *EL HEYSEMÎ*, Ahmed Bin Hacer, age, cilt 1, sh. 445, 448; *EL BUHARÎ*, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 241; *EL KEBÎSÎ*, Mahmud Mecit, age, sh. 125; *KADRÎ Paşa*, age, Mad. 488; *MOLLA Hüsrev*, age, cilt 2, sh. 436

2) Mañ İbadetler: Bunların ise en açık örnekleri zekât ve fitir sadakasıdır. Mümeyyiz olmayan küçüğün malına zekat düşüp düşmemesi konusunda aralarında bazı nüanslar olan beş görüş mevcuttur. Biz bunları ikiye indirmeyi daha pratik buluyoruz. Aralarında Ebu Hanife, Hasan Basri ve Kadı Şurayh'ın da bulunduğu bir çok hukukçunun savunduğu birinci görüşe göre, küçüğün malına zekât düşmemektedir. İleri sürdükleri delillere kısaca değinirsek, bunlar, "onların mallarından bir sadaka (zekât) al ki, onunla hem kendilerini (günahtan) temizlersin hem de bereketlendirmiş olursun"(1) Meâlindeki ayette geçen günahtan temizlenme olgusunun çocuk için söz konusu olamayacağından hareket ederek, zekât'ın düşmeyeceğini söylerler. Gerçekten, çocuğun günahı yoktur ki, zekât ile temizlenme gereği duyulsun. Yine, dinen hesaba çekilmeyecek üç sınıftan birinin, küçükler olduğunu belirten hadis-i şerifin bu düşüncüyü teyid ettiğine kanidirlir (2)

Ayrıca, "İslam şu beş temel üzerine kurulmuştur: Allahtan başka bir ilah olmadığına ve Muhammed'in onun elçisi olduğuna Şahadet etmek, Namaz kılmak, Zekat vermek, Hacctmek ve Ramazan orucunu tutmaktır." (3) Hadisinde Zekat, diğer ibadetler gibi İslamın rüknü sayılmıştır. Çocuğa Namaz, Hac ve Oruç yüklenemediğine göre Zekatın da yüklenememesi İslami mantığın gereği olduğu belirtilmiştir. Nihayet bunlar, zekâtın bir ibadet olması dolayısıyla niyeti gerektirdiğini; oysa, çocuğun geçerli bir niyete sahip olmadığını ve bu sebeple zekatı vermek durumunda olmadığını iddia ederler (4)

Diğer üç ekol ve çoğunluğun görüşüne göre, küçüğün malından zekâtın çıkarılması gerekir. Delillerini şöylece sıralayabiliriz: Bir kere, zekatın ödenmesini içeren yüzlerce ayet ve hadis bir defa dahi olsa çocuğu istisna etmemiştir. Hazreti Muaz'ı yemene gönderirken Peygamberimiz, Zenginlerden alınıp fakirlere dağıtılacak olan zekâtın farz olduğunu halka iletmesini istemiş ve böyle bir ayırımı yer vermemiştir (5) Kaldı ki, "Yetimlerin mallarını ticaretle koruyun ki, zekat onu yiyip bitirmesin" (6) mealindeki hadis konuyu daha açık

(1) *Kur'an-ı Kerim, Tevbe Suresi, ayet : 103*

(2) *El Buhari, Muhammed, age, cilt 4, sh. 310; EL AKSALANİ, Şehabeddin, Feth-ul Bari, Mısır 1959, cilt 15, sh. 131; EBU DAVUT, Süleyman, Es Sünen, Mısır 1952, cilt 2, sh. 451*

(3) *El Kuşeyri, Müslim, El Cami-us Sahih, Kahire 1383, cilt 1, sh. 34; EL BUHARİ, Muhammed, age, cilt 1, sh. 55*

(4) *Şeltut, Mahmut, Mukaranat-ul Mezahib Fil Fıkh, Mısır 1953, sh. 48; EL KÂSANİ, Alaaddin, age, cilt 2, sh. 810; İBN-UL LEMMAM, Kemaleddin, age, cilt 2, sh. 157; EN NEVEVİ, Muhyeddin, El Mecmu, cilt 5, sh. 197-198; SADR-UŞ ŞERİAH, Ubeydullah, age, cilt 3, sh. 858; EZ ZEYLAI, Fahrettin, age, cilt 1, sh. 252*

(5) *El Buhari, Muhammed, age, cilt 4, sh. 3; EL KUŞEYRİ: Müslim, age, cilt 1, sh. 38; EL KEBİSİ, Mahmut, Mecid, age, sh. 135*

(6) *Eş Şafî, Muhammed Bin İdris, El Ümm, Beyrut 1973, cilt 2, sh. 29; EY BEYHAKİ, Ebubekir Ahmed, Es Sünen-ül Kübra, Haydarabad tarihsiz, cilt 4, sh. 107; EN NEVEVİ, Muhyeddin, El Mecmu, cilt 5, sh. 229*

hale getirmiştir. Yine, Hz. Ebubekir'in oğlu Kasım, kendileri, ablaları olan Hz. Ayşe'nin nezdinde yetim iken mallarından zekâtın ayrıldığını nakletmiştir (1)

Zekâtın, çocuğun malından da çıkarılması gerektiğini savunan görüşün daha güçlü olduğunu sanıyoruz. Çünkü, zekât ibadetten öte, Sosyal Adaleti sağlayan bir vergi görünümündedir. Belki de ibadet niteliğine büründürülmesi, insandaki cimrilik duygusunu asgariye indirmek içindir. Zekâtın devlet eliyle toplanması bu düşüncelerimizi desteklemektedir. "Mallarında dilenci ve mahrum olanlar için bir hak vardır." (2) mealindeki ayet, kanımızca zekâtın mala ilişmiş bir vergi olduğuna işaret etmektedir. Hz. Ebubekir'in, "Namaz ile zekat arasında ayırım yapanlarla savaşıcağım. Çünkü zekat malın hakkıdır." (3) şeklindeki sözü ise artık kül bırakmamıştır. Sonra, zekâtın düşmediğini iddia eden bilginlerin, aşağıdaki paragrafta da anlatılacağı üzere, fitir sadakası ve öşürün verilmesi gerektiğine inanmalarından doğan çelişkiyi izah etmek güçtür (4)

Bütün ekoller küçüğün malından fitir sadakasının çıkarılması gerektiği fikrinde ittifak etmişlerdir. Malı olmadığı takdirde velisinin ödemesi gerekir. Hanefî ekolünden İmam Muhammed ile Züfer'in, fitir sadakasının, çocuğun malından değil, velinin malından çıkarılması gerektiği şeklindeki görüşleri taraftar bulmamıştır. Çünkü bu konuya ilişkin sarıh hadisler nakledilmiştir (5). Öşür ve Haraç vergileri de bütün ekollerce fitir sadakası gibi düşünülmüştür. Günümüzde uygulanan bina, gelir ve gümrük vergileri de buna kıyaslanabilir (6) Hem bedenî ve hem de malî bir ibadet görüntüsünü veren Hac ibadetine gelince, bunun da küçüğe yüklenememesinde bütün hukukçular birleşmişlerdir. Çocuğun yaptığı hac, farzı kaldırmayacağı için erginlik çağına eriştikten sonra tekrar edilmesi gerekir (7)

3 – Küçüğün, öldürdüğü kimseye mirasçı olması. Hanefilerin dışındaki ekoller, mirasçı olabileceği bir yakınına kâsen öldüren küçüğü, mirastan yoksun bırakırlar. Bunların delili "Öldüren mirasçı olamaz" (8) mealindeki hadistir. Hanefî ekolü, bu görüşe karşı

-
- (1) *İbn-i Hazm, Ali Bin Ahmed, El Mualla, Mısır 1970, cilt 5, sh. 306; EŞ ŞAFİİ, Muhammed, age, cilt 2, sh. 28; EL BEYHAKİ Ebubekir, age, cilt 4, sh. 108*
 - (2) *Zariyât suresi, ayet 19*
 - (3) *El Buhari, Muhammed, age, cilt 4, sh. 8*
 - (4) *Ayrıca bkz. El Kardavi, Yusuf, age, cilt 1 sh. 105; ŞELTUT, Mahmut, age, sh. 49; ER REMLİ, Muhammed, age, cilt 1, sh. 338 ud.*
 - (5) *Bkz. El Buhari, Muhammed, age, cilt 4, sh. 1; EL KUŞAYRİ, Müslim, age, cilt 3, sh. 69; EZ ZEYLAİ, Fahrettin, age, cilt 2, sh. 412*
 - (6) *Bkz. El Kebisi, Mahmut Mecid, age, sh. 129 ud.; EL KASANİ, Alaaddin, age cilt 2, sh. 814; EZ ZERKA, Mustafa, age, cilt 2, sh. 757*
 - (7) *El Mergindni, Ali, age, cilt 2, sh. 423; İbn-ı Kudame, Muhammed, age cilt 3, sh. 213; ED DİRDİR, Ahmed, İş Şerh-ul Kebir, Beprut Tarihsiz, cilt 3, sh. 3; ER REMLİ, Muhammed, age, cilt 3, sh. 239*
 - (8) *El Kebisi, Mahmut, age, sh. 163*

çıkarak, bunun bir ceza niteliği taşıdığını, oysa küçüğe hiç bir cezanın uygulanamayacağı ilkesinin herkesçe kabul edildiğini ve bu nedenle öldüren küçüğün de mirasçı olabileceğini ileri sürmüştür (1) Kanaatimizce bu düşünce daha isabetli görülmektedir.

bb) Kul Hakkı (Özel Hukuk) Yönünden:

Kişinin diğer insanlarla olan ilişkisinden doğan hakların İslam Hukukunda kul hakkı adını aldığı bilinmektedir. Mümeyyiz olmayan küçüğün bu çerçeveye giren durumunu şöylece özetleyebiliriz:

1 – Haksız Fiil Sorumluluğu: İslam Hukukunda mümeyyiz ve gayri mümeyyiz ayrımı yapılmaksızın çocuğun haksız fiil sorumluluğu tamdır. Çünkü, malî olan bu sorumluluk hak ehliyetinin bir sonucudur. Küçüğün hak ehliyeti tam olunca sözü edilen sorumluluğa sahip olmaması için bir neden yoktur. Buna göre, başkasına ait bir mala haksız olarak zarar veren çocuk, bunu tazmin etmekle yükümlüdür (2) Ancak, küçüğün haksız fiili işlediğine dair itirafı geçersizdir. Günümüz hukuku, mümeyyiz küçüğün haksız fiil sorumluluğunu kural olarak tanımaz; ancak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda yargıca bunu tanıma yetkisi vermiştir (3) Şu halde, İslam Hukukunun bu konuya daha ileri bir zaviyeden baktığını kabul etmek gerekir.

2 – Yakınlarmın Nafakası: Malikîlerin dışındaki ekollere göre, evli olan gayri mümeyyiz küçük, eşinin nafakasını vermek durumundadır. Bilindiği gibi, İslam Aile Hukukuna göre evlenme yaşı için bir sınır bulunmamakta ve mümeyyiz olmayan küçüğün, velisi aracılığı ile evlenmesinde sakınca görülmemektedir. Diğer yandan, zengin erginden nafaka isteme hakkına sahip olan yakın akrabalar, zengin küçükten de bunu isteme hakkını haizdir (4)

Öte yandan, hata ile adam öldüren kimsenin yakını olan gayri mümeyyiz çocuk, diyet (kanlık) ödemek zorunda değildir. Bilindiği gibi İslam ceza hukukuna göre hata ile adam

-
- (1) *El Buhuti, Mansur, age, cilt 4, sh. 492; EŞ ŞİRBİNİ, Muhammed, age, cilt 3 sh. 25; NAZZAM, Şeyh, age, cilt 6, sh. 454; EL BUHARİ, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 148*
- (2) *Es Savi, Ahmed, Bulgatus Salik, Mısır tarihsiz, cilt 2, sh. 298; EŞ ŞİRAZİ, Abraham, age, cilt 1, sh. 359; EL MAHALLİ, Cjlaledin, Şerh-ul Mahallî, Mısır 1956, cilt 4, sh. 79; EL BUHUTİ, Mansur, age, cilt 3, sh. 442; EL BA'Lİ, Ahmed, er Raudun, Nedi, Mısır tarihsiz, cilt 2 sh. 203; İBN-İ ABİ-DİYN, Muhammed Emin, age, cilt 6, sh. 146; ALİ Haydar, age, cilt 3 sh. 29*
- (3) *Bkz. Tmk.Mad. 54; KARAHASAN, Mustafa Raşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981, sh. 310 vd; İMRE, Zahit, Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, sh. 103*
- (4) *İbn-i Rüşt, Muhammed Bin Ahmet, Bidayet-ul Müctehid, Mısır tarihsiz, cilt 2, sh. 57; EBUL BERE-KAT, Muhyeddin, El Muharrer, Mısır 1950, cilt 3, sh. 115; EL HARAŞİ, Muhammed, age, cilt 4, sh. 202; ET TEFTEZANİ, Sadettin Mesud age, cilt 3, sh. 156*

öldürme durumunda verilecek diyet (kanlık), öldürenin yakınlarına ödettirilir(1).

3 – Tasarruf Yetkisi: Daha önce de işaret ettiğimiz gibi, bu tür küçükler hak ehliyetleri gereği hem alacaklı ve hem de borçlu olabilirler. Bu itibarla, lehlerine yapılan hibe, vasiyet ve vakıf gibi tüm İvazsız işlemler geçerlidir. Ancak, kendisini borç ve yükümlülük altına sokan hukukî işlemlere girişmesine imkan verilmemektedir. Bu tür işlemler ancak veli veya vasi tarafından yapılabilir. Hatta, lehine yapılan bağışlama ve sadakayı dahi onun adına veli ya da vasi kabul edecektir. Yine, küçüğün söze bağlı işlemleri velinin izin ve icazeti ile geçerli hale gelmez. Kısaca, fiil ehliyeti ile donanmayan mümeyyiz olmayan çocuğun tüm işlemleri mutlak butlan ile sakattır(2). O halde, çocuk adına veli veya vasi tarafından satın alınan bir mal satıcı tarafından çocuğa teslim edilemez. Teslim edilir ve çocuğun elinde telef olursa satıcının kesesinden gider. Çünkü, tesellüm olayı yerine gelmemiş sayılır. Keza, çocuğa ait malı gasb eden kişi, bunu çocuğa geri verir ve çocuk bunu kaybeder ya da bozarsa, bu malın tazmini gasp edene düşer. Çünkü burada da teslim edenin sorumluluğu söz konusudur. Eğer teslim olayı gerçekleşmeyip küçük, kendiliğinden bu malları alır yok ederse bu kez haksız fiil sorumluluğundan söz edilir ve küçük bunları tazmin etmekle yükümlü olur (3)

c) TEMYİZ DÖNEMİ:

Çocuğun mümeyyiz vasfını taşıdığı andan bedenî ve aklî olgunluk (bülûğ) aşamasına kadar süren bu köprü döneminin, insanın yaşam zincirinde önemli bir yeri vardır. Önemli olan bu konuyu genişçe ele almak gerekir.

aa) Kavram :

Temyiz sözcüğünün lügat anlamı ayırmak, ayırt etmek, seçmek, tefrik etmek ve soyutlamak demektir(4). Hukuk terminolojisinde İslam Hukukçularınca yaygın olan tanım ise "Güzel ile çirkini, iyi ile kötüyü ve yararlı ile zararlıyı birbirinden ayırt edebilecek zihni bir güce sahip olmak" biçimindedir. Aklın ışık saçmaya başladığı bu dönem, çocuk yönün-

-
- (1) *El Merginani, Ali, age, cilt 10, sh. 395; ER REMLİ, Muhammed, age, cilt 7, sh. 354; EZ ZEYLAI, Osman, age, cilt 6, sh. 177*
- (2) *Mecelle mad. 966; KADRİ Paşa, age, mad. 483; ALİ Haydar, age, cilt 3, sh. 29-36; EZ ZERKEŞİ, Beddettin Muhammed, Kuveyt 1982, cilt 2, sh. 301*
- (3) *Ez Zerka, Mustafa, age, cilt 2, sh. 752-753; El Mevsuat-ul Fikiyye, age, cilt 7, sh. 157; KADRİ Paşa, age, mad. 488*
- (4) *Meydan Larouss, "Temyiz" mad.; MUSTAFA, İbrahim-Ez Zeyad, Ahmed-Abdulkadir, Hamid-En Neccaer, Muhammed, age, "ZMM" mad.*

den olgunluk kazanmak için bir hazırlık ve ısınma aşamasıdır. Çünkü artık sağduyu feneri yanmaya başlamış ve idrak fonksiyonu daha serbest bir ortama girmiştir. Ancak, bu önemli durağa gelinmesine rağmen akıl melekesinde halâ eksiklik ve pişmemişlik sürmektedir. Nitekim, bu eksiklik ehliyete de yansımış ve bu dönemi yaşayan küçüğün, tam hak ehliyeti yanında, ancak eksik fiil ehliyetini elde etmesine yol açmıştır(1).

Temyizin başlangıç noktasını gösteren ne doğal bir alamet ve ne de belirli bir yaş mevcut değildir. Varlığı bütünüyle beyinsel gelişmeye, psikolojik ve biyolojik yapıya bağlı olarak geç veya erken gerçekleşebilir. Sonra, bu aniden meydana gelmez; zaman içinde peyderpey ortaya çıkar. İslam Hukukunun iki ana kaynağı Kur'an ve Sünnet'te temyiz başlama çağını açıkça ifade eden hükümlere rastlayamamız bu durumun bir sonucudur. Bununla birlikte, her olayda olayın özelliklerini ve çocuğun içinde bulunduğu durumu ayrı ayrı gözönünde tutarak temyiz var olup olmadığını tesbit etmek oldukça zordur. Bu, aynı zamanda pratik olmadığı için hakimi de kıyasıya yorar. Bu zorluğu farkederek İslam Hukukçuları, pratikte bir kolaylık sağlamak amacıyla normal bir insandaki tedricî zihnî gelişmeyi de ölçü alarak 7 yaş temyiz çağının başlangıç noktası olarak kabul etmişlerdir. Ayrıca, bu tesbite, "yedi yaşında iken çocuklarınıza namaz kılmalarını emrediniz"(2) Meâlindeki hadis dayanak gösterilmiştir. Yedi yaşın bitiminde çocukların namaza emredilmeleri bu yaşta kişilerde temyiz oluştuğuna işaret sayılmıştır. Ama, bu kesin olmayıp insandan insana değişebileceği için aksini isbat etmek mümkündür(3).

Günümüz hukuku, temyiz tanımı ve başlama çağının belirlenmesi konusunda tıpkı İslam Hukukunun kopyasıdır. Kural olarak, temyiz çağı için kesin bir yaş sınırı gösterilemez ama uygulamadaki zorunluluklar karşısında bazı ülke medenî hukukları böyle bir yaş sınırını getirmiştir. Türk-İsviçre Medeni Kanunları böyle bir kayda yer vermedikleri halde, Alman ve Avusturya Medeni Kanunları 7 yaş sınırını benimsemişlerdir. Yine Yunanistan 10, Çekoslavakya 6, Macaristan 12 ve Sovyetler Birliği 15 yaş sınırını getirmişlerdir(4). Uygulamada insicamı sağlayabilmek için yaş sınırını öngören görüş kanaatimizce daha isabetlidir.

bb) Ehliyete Etkisi :

Yukarıda yaptığımız izahlardan da anlaşıldığı gibi, temyiz çağı insan hayatında

- (1) *Ez Zerka, Mustafa, age, cilt 2, sh. 759; El Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7 sh. 157; EL ARCAI, Mustafa, age, sh. 141 vd.*
- (2) *İbn-i Hanbel, Ahmed, El Müsned, Beyrut tarihsiz, cilt 10, sh. 165; EBU DAVUT Süleyman, age, cilt 1, sh. 115; ET TİRMİZİ, Muhammed Bin İsa, Mısır 1937, cilt 2, sh. 259*
- (3) *Ayrıca bkz. El Haskefi, Muhammed Alaadin, age, cilt 1, sh. 352; EL MAHALLİ, Celaledin, age, cilt 1, sh. 121; EL BUHUTİ, Mansur, age, cilt 1, sh. 225; KARAMAN, Hayerettin, age, sh. 185*
- (4) *Pienitz, E., Der Minderjährige im Haftpflichtrecht, Frankfurt am Main 1970, sh. 116; ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 36; ZEVKLİLER, Aydın, age, sh. 56*

küçüklük ile ergenlik (bülûğ) arasında bir köprü dönemidir. Belli bir seviyede yetenekleri gelişen çocuk, artık bir çok işleri yapabilecek çağıdadır. Bu nedenle, sınırlı da olsa tasarruf yetkisinin alanı, biraz daha genişletilmelidir. Çünkü, bir nevi alıştırma niteliğinde olan bu dönemdeki faaliyetler gelecek için deneyim kazandıracaktır. Ancak akıl melekesi henüz olgunlaşmadığından, haklarını korumak düşüncesiyle, sahip olduğu yetki alanı sınırlı bir genişlikte tutulmuştur. Bunu gözardı etmeyen İslam Hukuku, mümeyyiz çocuğa eksik fiil ehliyeti tanımıştır. Elde ettiği bu eksik fiil ehliyeti de dinî fiil ehliyeti ve medenî fiil ehliyeti biçiminde iki grupta incelenmiştir(1).

aaa) Dinî Fiil Ehliyeti :

Mümeyyiz çocuğun Allahın varlığına, birliğine ve İslam dinine inanmak zorunda olup olmadığı konusunda ekoller arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefî ekolü, her insanın kavramakta güçlük çekmediği bu gibi bedihî şeylere çocuğun inanması gerektiği yönünde görüş sergilemiştir. İnanmadığı takdirde, dinî ve uhrevî sorumluluğundan söz edilir(2). Diğer ekoller, akıl melekesinde hâla devam eden eksikliğin, bu sorumluluğa engel olduğunu belirtmişlerdir(3) Mümeyyiz küçüklerin dinden dönmesi (irtidat) ise, Şafî dışındaki üç ekol tarafından geçerli görülmuş; böylece din değiştirmenin doğurduğu mirastan mahrumiyet, nikâhın bozulması ve ölününün yıkanmaması gibi sonuçları çocuk için de söz konusu olduğu belirtilmiştir. Ancak, ölüm tehdidi ile İslam'a çağrılması hükmü ergenlik (bülûğ) çağına kadar bekletilir. Şafî ekolü ve Hanefîlerden Ebu Yusuf bu görüşe karşı çıkmışlardır(4).

Bütün ekoller, mümeyyiz küçüğün tıpkı gayri mümeyyiz gibi bedenî ibadetleri (oruç ve namazı) yerine getirmek mecburiyetinde bulunmadığı görüşünde birleşmişlerdir. Şu farkla ki, mümeyyiz olmayanların bu tür ibadetleri ifası geçersiz sayılırken mümeyyizlerin ki geçerli kabul edilmiştir. Malî ibadetlere (zekat, fitir sadakası, hac gibi) gelince, mümeyyizin bunlar karşısındaki durumu, daha önce açıkladığımız gibi, tıpkı mümeyyiz olmayan çocuğun durumu gibidir(5).

- (1) Zuhayri, Vehbe, age, sh. 121; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 761; EL ARCAVİ, Mustafa, age, sh. 141 vd.; KARAMAN, Hayerettin, age, sh. 185
- (2) İbn-i Melik, Abdullatif, age, sh. 932; EMİRPADİŞAH, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 151; ES SERAHSİ, Şemseddin, age sh. 339
- (3) Es Suyutî, Celaleddin, El Eşbah Ven Nazair, Mısır tarihsiz, sh. 221; EL HARAŞİ, Muhammed age, cilt 8, sh. 69; EL BUHUTİ, Mansur, age, cilt 6 sh. 175; İbn-i Hacer, Ahmed, age, cilt 6, sh. 335.
- (4) El Kasani, Alaaddin, age, cilt 9, sh. 383; EL MERGİNANİ, Abî, age, cilt 6, sh. 94; EL KABİSİ, Mahmut, age, sh. 208-209; ER REMLİ, Muhammed, cilt 7, sh. 417
- (5) Eş Şerenbelani, Hasan, age, sh. 138; EL HEYSEMİ, Ahmed, age, cilt 2, sh. 413; ED DİRDİR, Ahmed, age, cilt 1, sh. 186; İBN-U KUDAME, Abdullah, age, cilt 1, sh. 289

bbb) Medenî Fiil Ehliyeti :

Tasarruf ehliyeti de diyebileceğimiz bu ehliyet türü yukarıda da belirtildiği üzere, mümeyyiz için eksik olarak doğmaktadır. Çocuğun tasarruf ehliyeti çerçevesinde yapacağı işlemler üç kategoride toplandığı için, biz, bunları ayrı ayrı belirtmeyi yararlı görüyoruz.

1 – Tamamen Zararına Olan Hukukî İşlemler : Bunlar karşılıksız olarak bir mal veya menfaatin elden çıkmasına yol açan işlemlerdir. Bağışlama, sadaka, hediye, vakıf, iare, ibra (alacaktan aklama), borca kefalet, boşama, ödünç verme, köle azat etme ve borç ikramı örneklerinde görülen ve salt zarar niteliğinde olan işlemlere mümeyyiz çocuğun girişmemesi bütün hukukçularca kabul edilmiştir. Bu tür hukukî işlemleri çocuk yapamadığı gibi veli ya da vasi dahi bunları çocuk adına yapamaz. Bu itibarla, adı geçen işlemlere kanuni temsilcilerin izin vermesi veya sonradan icazeti, bu hukuki işlemlerin geçersizliğini kaldırmamaktadır(1) Hakimin, anasız-babasız çocuğun malını zayi olmaktan kurtarmak amacıyla, onun adına başkasına ödünç vermesi bu kuralın istisnası sayılmıştır. Çünkü, ödünç vermek emanet olarak vermektен çocuk açısından daha yararlıdır. Öyle ki, emanetçi kusuru dışında meydana gelen zarardan sorumlu değildir. Ödünç ise, bütün hallerde sahibine geri verilecektir(2).

Mümeyyiz küçüğün vasiyet yapma konusu, hukukçular arasında görüş ayrılığına yol açmıştır. Malikî ve Hanbelî ekolleri ile bir çok bağımsız mücahitler vasiyetin hayırlı dinî bir gelenek olduğu ve ileri sürülen zarar tehlikesinin hemen değil, ölümden sonra gerçekleşeceği gerekçesiyle on yaşını dolduran çocuğun vasiyetini geçerli görmüşlerdir. Ayrıca bunlar Hz. Ömer'in o yöndeki uygulamalarını örnek göstermişlerdir. Hanefî ve Şafîîler ise, vasiyetin, sevap kazanma amacını taşıyan bir işlem olduğuna ve çocuğa yararı olmayıp mirasçuların zararına işlediğine bakarak çocuğun vasiyetini geçersiz saymışlardır (3)

2 – Tamamen Yararlı Sayılan Hukuki İşlemler : Karşılığında herhangi bir şey verilmeden bir mal veya menfaat kazandıran işlemler bu gruba girerler. Bunlara örnek olarak lehine yapılan bağışlama, sadaka, hediye, vasiyet, alacağa kefalet ve vakıf gösterilebilir.

- (1) *Mecelle mad. 967; EL MEVSUT-UL Fıkhiyye, age, cilt 6, sh. 159; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 115; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 188; Hallaf, Abdulvahap, age, sh. 159*
- (2) *Bkz. İbn-ı Abdiyn, Muhammed Emin, age, cilt 4, sh. 341; EŞ ŞİRBİNİ, Muhammed, age, cilt 2, sh. 397; ER REMLİ, Muhammed, age, cilt 4, sh. 224; EL BUHUTİ, Mansur, age, cilt 3, sh. 313*
- (3) *El Beyhaki, Ahmed, age, cilt 6, sh. 282; İBN-İ KUDAME, Abdullah, age, cilt 6, sh. 215; EL HARAŞİ, Muhammed, age, cilt 5, sh. 294; EŞ ŞİRAZİ, İbrahim, age, cilt 1, sh. 450; EL KASANİ, Alaaddin, age, cilt 10, sh. 847; Büyük hukukçu Mustafa EZ ZERKA'nın, Şafîi ekolünün, çocuğun vasiyetten cevaz verdiği biçimindeki ifadelerini bir zühul eseri olarak görüyoruz. Çünkü, az önce de belirttiğimiz gibi Şafîi hukukçular bu konuda Hanefîlerden farklı düşünmemektedirler; bkz. EZ ZERKA, Mustafa, age, cilt 2, sh. 765*

Keza avlama, serbest bölgelerden odun ve ot toplama ve sahihsiz bir malı işgal ya da ihraz etmek de bu kategoriye girerler. Mümeyyiz çocuk, bütün bunlara hak kazanabilir ve veli ile vasinin izin veya icazetine ihtiyaç olmadan kabul edebilir(1). Çünkü bu işlemler salt yarardan ibaret bulunduğundan, çocuğun menfaatinin korunmasını amaçlayan sınırlamanın sürdürülmesi anlamsız görülmektedir. Bununla birlikte Şafiiler, hukuki işlem yapmak konusunda çocuğu kısıtlı (mahcur) kabul ettiklerinden, lehine yapılan bağışlamayı veli ya da vasinin onun adına kabul etmesini gerekli görmüşlerdir(2). Mümeyyiz küçüğün başkasına vekalet etmesi ise ihtilaflıdır. Hanefi ve Malikiler, doğacak zararın çocuk yerine vekile ait olacağı gerekçesiyle mümeyyiz küçüğün vekil olmasında sakınca görmemişlerdir. Bunlara göre, verilecek vekâlet bir egzersiz niteliğini taşıdığı için, o sayede çocuk geleceğini kazanacaktır. Şafiiler, daha önce belirttiğimiz gerekçeyle vekalet işlemine de karşı çıkmışlardır. Ancak kapıyı açan ve hediye getiren mümeyyiz küçüğe itimat edilebileceğine hükmetmişlerdir. Hanbeliler ise, çocuğun, çocuk olarak yapabildiği konularda sadece vekâlet alabildiğini söylemişlerdir(3).

3 – Yarar ve Zararın Muhtemel Olduğu Hukuki İşlemler : Bu gibi işlemler kâr ve zararlarla sonuçlanması eşit derecede muhtemel olan sözleşmelerde kendilerini gösterirler. Alım-satım, kira, yarıcılık, ortaklık çeşitleri ve benzer işlemler bunlardandır. Rehin de bu gruptan sayılmıştır Mümeyyiz küçük, eksik fiil ehliyeti olduğu için, sözü edilen hukuki işlemleri kanuni temsilcilerinin uygun görmesi şartıyla yapabilir. Temsilcinin uygun görmesi ya önceden izin vermek, yahut da sonradan icazet etmek şeklinde ortaya çıkar. Önceden verilen izine dayanılarak yapılan işlemler akit tarihinden itibaren geçerli ve bağlayıcıdır. İzinsiz yapılanlar ise veli ile vasinin icazet anına kadar bekletilir. İcazet verilirse yine akit tarihinden itibaren geçerlilik kazanır; icazet verilmediği takdirde ise geçersiz sayılır(4). Bu arada Şafiiler'in, çocukların işlem yapmalarını hiç bir şekilde bağlayıcı görmediklerini tekrar hatırlatmakta yarar vardır(5).

- (1) Sava Paşa, age, cilt 2, sh. 168; KALYUBİ, Ahmed, age, cilt 2, sh. 300; KARAMAN Hayrettin, age, sh. 186; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 777; EL MEVSUATUL Fıkhıyye, age, cilt 7, sh. 160; medkur, Muhammed Selam, age, sh. 451; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 66; EN NAHİ, Selahaddin, age, sh. 69 vd.
- (2) Müslim, Ebu Hasan, age, "Cihad" bölümü; EBU DAVUD, Süleyman, age, "Cihad" bölümü; ET TİR—MİZİ, Muhammed, age, "Siyer" bölümü; ED DARAMİ, Abdullah, age, "Siyer" bölümü; İBN—İ HANBEL, Ahmed, age, cilt 4, sh. 252
- (3) İbn-i Rüşd, Muhammed, age, cilt 6, sh. 108; ED DÜŞUKİ, Muhammed, Haşiyet-ud Düsukı, Beyrut tarihsiz, cilt 3, sh. 419; EŞ ŞİRBİNİ, Muhammed, age, cilt 2, sh. 218; EL KEBİSİ, Mahmut, age, sh. 310-313
- (4) Mecelle, mad. 967; MOLLA HÜSREV, age, cilt 2, sh. 437; NAZZAM, Eş Şeyh, age, cilt 1, sh. 353; EL MERGİNANİ, Ali age, cilt 9, sh. 312
- (5) Bkz. En Nevevi, Muhyeddin, El Mecmu, cilt 9, sh. 166

Kanuni temsilci tarafından ticaret yapmasına izin verilen çocuk, üçüncü gruba giren bu işlemleri yapabilecek duruma gelir. Ancak izin almamış mümeyyiz ile yapılan akde dayanılarak teslim edilen mal, çocuğun elinde telef olursa ihtilafli bir konu ortaya çıkar. Ebu Hanife, teslim edenin bu sonuca katlanmayı göze almış sayıldığını ileri sürerek çocuğa tazmin ettirilemeyeceğini söylemiştir. Ebu Yusuf ise, olayı haksız fiil sorumluluğuna kıyas ederek tazmin edilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir. Hanefiler, verilecek iznin sınırlı tutulamayacağını söylerken, Hanbeli ve Malikiler yer, zaman ve nicelik yönünden sınırlanabileceğine inanırlar. İzin açık olduğu gibi zimnen (kapalı) de olabilir (1).

İslam Hukukunun, mümeyyiz küçüklerin hukuki işlemleri yapmalarına ilişkin öngördüğü hükümler, çağdaş hukukta da aynen korunmuş gözükmektedir. Anılan hukuk sisteminde de küçüğün yapacağı hukuki işlemler, üç gruba ayrılmış; küçüğün salt yararlı olanları resen yapabileceği, salt zararlı olanları hiç bir surette yapamayacağı ve zarar ile yararı muhtemel olanları temsilcisinin izni ile yapabileceği belirtilmiştir(2).

d) ERGENLİK–YETİŞKİNLİK (BÜLÜĞ) DÖNEMİ:

Ergenlik çağı, insan hayatının geçtiği çok önemli bir aşamadır. Çünkü bu aşamada kişi, artık çocukluk boyunduruğundan bütünüyle kurtulmaktadır. Bu kurtulma ile birlikte, onun omuzuna Şerî yükümlülükler ve sorumluluklar binmektedir. Bülûğ olayı ile kişinin, dinî vecibeleri yüklenecek bir bedenî güce ve iyi ile kötüyü ayırdedebilecek bir zihnî olgunluğa kavuştuğu gözlenmektedir. Ancak her insanın yapısı değişik olduğundan, sözünü ettiğimiz olgunluğun, kimi insanlarda asgari düzeyde kaldığı görülür. Bu gibi kişilerde ehliyet maratonunun sonuna gelinmediği anlaşılmaktadır. Daha açık bir deyimle, bülûğ aşamasında olan bir kimse, eğer aranan bedenî ve zihnî olgunluğa kavuşmuşsa bu aynı zamanda reşit kabul edilir ve ehliyet'in doruğuna tırmanır. Yok, eğer bu olgunluk eksik kalmışsa, o kişinin henüz ehliyet maratonunu bitirmediği ve rüşd çağını beklemesi gerektiği kabul edilir (3).

Bilindiği üzere, normal durumlarda insanın biyolojik gelişmesi ile psikolojik gelişmesi paralellik arzeder. Ergenlik (Bülûğ), biyolojik gelişmenin objektif ve açık belirtisidir. Bu da doğal alemetlerin ortaya çıkmasıyla anlaşılır. Bu doğal belirtilerin meydana çıkması, ki-

- (1) *Es Semerkandi, Alaaddin, Tuhfet-ul Fukaha, Şam.1958, cilt 3, sh. 483 vd. Mecelle, mad. 969, 67; KADRÎ PAŞA, age, mad. 487-488; ET TUSALÎ, Ebu Hüseyin, El Behce Şerh-ut Tuhfe, Mısır 1951, cilt 2, sh. 2; EL KASANÎ, Alaaddin, age, cilt 10, sh. 529*
- (2) *Fazla bilgi için bkz. ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 59 vd.; TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku, Ankara 1974, cilt 1, sh. 275; EGGER, A., age, cilt 1, sh. 19; İMRE, Zahit, age, sh. 381*
- (3) *Sava Paşa, age, cilt 1, sh. 168; EBU ZEHRE, Muhammed, age, sh. 337; NİZAM, Eş Şeyh, age, cilt 5, sh. 56; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 778; DÖNDÜREN Mandî, age, sh. 66; ZU-HAYLÎ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 125*

şinin anatomik yapısına ve yaşadığı iklim faktörüne göre değişebilir. İslam Hukukçuları, ergenliğin göstergesi olarak beş ölçü belirlemişlerdir. Bu ölçülerin üçü hem kadın ve hem de erkek için ortak iken, ikisi, özellikleri gereği, sadece kadın için söz konusu olabilir. Ölçülerden biri kişinin, ihtilam dediğimiz spermanın teşekkülü olayıdır. Diğer bir ölçü de cinsel organların çevresinde kıl bitmesidir. Çünkü, Hz. Peygamber'in Medine'deki Yahudi kabilelerinden Beni Kureyza ile yaptığı savaşta, esirlere nasıl muamele edileceği hususunda Muaz Oğlu Sad yetkili kılınmış ve yetişkinlik (bülüğ) konusunda bu son ölçü kabul edilmiştir(1). Hukukçuların tecrübelerine dayalı tesbitlerine göre, bu iki ölçü kadınlarda 9, erkeklerde ise 12 yaşından itibaren gerçekleşebilir. Bu iki ölçünün gerçekleşmediği kimseler için yaş ölçüsü tesbit edilmiştir. Hukukçuların çoğunluğu bunu 15 yaş olarak öngörmüştür. Ebu Hanife 18 yaş limitini savunurken Mecelle, hukukçuların çoğunluğuna uymuştur. Sadece kadınları ilgilendiren diğer iki ölçüye gelince, bunlar adet görme ile hamile kalma durumudur. Bu iki hali yaşayan kadın ergen (baliğ) sayılmaktadır(2).

İslam Hukukuna göre, bulüğ (ergenlik) çağına erişen kişi, reşit olsun veya olmasın, dinî fiil ehliyetini elde eder. Bu itibarla, din seçme, iman etme ve zorunlu ibadetleri yerine getirme konularında yasa koyucu Allah'ın buyruklarına muhatap olur. Keza, günah diye bilinen davranışlardan sakınmak, iyiliği emredip kötülüğü önlemek, din yolunda savaşmak (cihad) ve İslam toplumu yararına gereken mali ve bedeni katkıları esirgememek de baliğ (ergen) kimsenin yapmak durumunda olduğu işler cümlesindedir. Bülüğ niteliğinin kazanılmasıyla kişinin ceza ehliyeti tam olur. Bu nedenle, bütün had ve tazir cezalarının uygulanmaması için bir neden yoktur. Ayrıca, iç güvenliğin korunması ve toplumun huzuru için yetkili makamlarca şer'î esaslar çerçevesinde konulan kurallara uyulması gerekir. Uyulmadığı takdirde cezaî yaptırım uygulanır. Medenî fiil ehliyeti ise, reşit olmadan elde edilmeyeceği için, sadece bülüğ (ergenlik) yaşına erişmekle söz konusu olmaz. Bununla beraber, bulüğ ile birlikte rüşdün de aynı anda gerçekleştiği kimselerin bu ehliyeti tam olur. Öte yandan, reşit olmayan bâliğ, kendisini borç altına sokan hukukî işlemlere girişmez(3)

-
- (1) *Ez Zemahşeri, Muhammed, Esas-ül Belagat, Beyrut 1965, "RŞD" mad.; İBN-İ MANZUR, Muhammed, Lisan-ul Arab, Beyrut 1955, "RŞD" mad.; EL MAKARRİ Ahmed, El Mısbah-ul Münir, Mısır tarihsiz. "RŞD" mad.; MEYDAN LAROUSSE, age, "Rüş" Mad.; cilt 2, sh. 105; MECELLE, mad. 946-947; EL KEBİYSİ, Mahmud, age, sh. 350-351*
- (2) *Bkz. El Ceziri, Abdurrahman, age, cilt 3, sh. 350; EL HARAŞİ, Ali age, cilt 5 sh. 291; ET TÜRK-MANİ, Adnan, age, sh. 90-93; İBN-İ KUDAME, Abdullah, age, cilt 4, sh. 509; ER REMLİ, Muhammed, age, cilt 4, sh. 357; İBN-İ Abidiyn, cilt 3, sh. 444; MECELLE, mad. 985-989*
- (3) *Mecelle, mad. 967; SADR-ÜŞ ŞERİA, Ubeydullah, age, cilt 3, sh. 159; EL BUHARİ, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 254; EL HACC, İbn-ı Emir, Et Takrir Vet Tahbir, Mısır 1. bası, cilt 2, sh. 170*

e) RÜŞT (ERGİNLİK) DÖNEMİ:

aa) Kavram :

Rüşd'ün sözlük anlamı doğru yolu bulmak, ölçülü davranmak, akıllıca hareket etmek veya sapıklığa düşmemek demektir. Terim anlamı ise, Mecelle'nin de tanımladığı gibi, "Malını korumak hususunda özen gösterip israftan ve boş harcamalardan kaçman kimsenin durumu" dur. Bu niteliği taşıyan kişi, reşit diye adlandırılmıştır. Reşit, malını boş yere harcamaktan çekinmeyen sefih (saf, budala) deyiminin karşıtıdır. Demek oluyor ki, rüşt, kişinin elde ettiği bir malı feraset sayesinde mallarını rasyonel bir biçimde değerlendirmesi yeteneğidir. Kişinin dinî yönünün eksik olmasının, rüşdü kazanmasına engel teşkil etmemesi, Şafiilerin dışındaki ekollerce benimsenmiştir(1).

Görüldüğü üzere, rüşt, bülûğ çağına girilmesiyle kişiyi dinî vecibelere ve ilahi emirlere muhatap kılan asgari bir akıl nisabının üstünde, bir malî kavrayış ve bir pratik deneyim gerektirmektedir. Çoğu kez, kişi, kendisini dini emirlere konu kılan ve cezaî sorumluluk doğuran asgari bir akıl melekeseine sahip olduğu halde, mallarını iyi yönetemediği için reşit kabul edilmemekte ve dolayısıyla kısıtlı (mahcur) statüsüne girmektedir(2).

Mali rüşt diye de anılan bu nitelik, bülûğ çağı ile beraber ortaya çıkabileceği gibi, daha sonra da meydana gelebilir. Bu, tamamiyle kişinin yaratılış özelliğine ve daha önceki tecrübe ve egzersizlerine bağlıdır. Şu halde, bâliğ (ergen) olan kimse, aynı zamanda rüşt niteliğini de elde etmişse, ehliyet konusunda hiç bir problem kalmamakta ve fiil ehliyeti tam olduğu için bütün hukuki işlemlere girişebilmektedir. Bu durumda olan kişiye, velayet ve vesayet zincirinden kurtulduğu için, bütün mallar teslim edilir. Yok, eğer bulûğ ile birlikte reşit vasfını elde etmemişse, fiil ehliyeti tam olmadığından velayet durumu devam eder ve malların yönetimi kesinlikle eline verilemez. Kur'an-ı Kerim'in "Yetimleri, nikâh çağına erinceye kadargözetip deneyin. Rüşde erdiklerini yakinen anladığımız takdirde hemen mallarını kendilerine teslim ediniz."(3) Mealindeki ayeti, bizi bu sonuca götürmektedir. Bazı İslam Hukuku eserlerinde, kişinin, bülûğa ermekle velayetten kurtulduğu ve tam fiil ehliyetine kavuştuğu biçiminde geçen ifadeler, bulûğ ile rüşdün aynı anda gerçekleş-

(1) Eş Şirvani, *Abdulhamid, Haşiyet-ut Tuhfe, Beyrut tarihsiz, cilt 6, sh. 300*; EŞ ŞÜBRAMELESİ, Ali, *Haşiyet-un Nihaye, Mısır 1967, cilt 5, sh. 408*; EN NEVEVİ, Muhyeddin, *age, cilt 9, sh. 166*; HANBELİLER, *de çocuğun bağışlamayı kabul etmesi için veli veya vasinin iznini aramışlardır. Bu konuda bkz. El Merdavi, Ali, El Ensaf, Mısır 1955, cilt 4, sh. 269*

(2) Ed Derdir, *Ahmed, age, cilt 2, sh. 122*; ET TÛSÛLİ, Ebu Hüseyin, *age, cilt 2, sh. 293-294*; İBN-İ Abidiyn, *Muhammed Emin, age, cilt 6, sh. 150*; EL BUHUTİ, Mansur, *age, cilt 3, sh. 444*; İBN-İ KUDAME, *Abdullah, El Kafî, Şam 1963, cilt 2, sh. 194*

(3) *Nisa Suresi, ayet: 6*

mesi ihtimaline dayanmaktadır. Hal böyle iken, Prof.H.V. Velidedeoğlu'nun, "Bizde Medeni Kanundan önce rüşt, bülûğ ile hülul ederdi" şeklindeki sözleri eksik görülmekte ve İslam Hukukunun bu konudaki hükmün yeterince incelenmediğini göstermektedir (1).

bb) Rüşdün Belirlenmesi :

Rüşdün belirlenmesi, küçüklükten kaynaklanan tabii kısıtlılığın sona ereceği ve fiil ehliyetinin eksiksiz elde edileceği bir yaş limitinin tayini anlamını taşır. İşte, İslam Hukuku bu anlamda bir yaş limitine yer vermemiştir. Çünkü, rüşdün kazanılacağı çağ, kişinin yaratılış özelliğine, yetiştiği çevreye, sosyal ve ekonomik durumuna, gördüğü eğitime ve yaşadığı gelenek ve kültüre göre değişebilir. Ancak hemen vurgulamak gerekir ki, rüşdün bülûğ çağından önce gerçekleşmemesi bütün ekollerin temel görüşünü oluşturmaktadır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, rüşdün, bülûğ olayı ile beraber meydana gelmesi mümkün olduğu gibi, çok daha sonra da ortaya çıkması mümkündür. Az önce, belirttiğimiz Kur'an-ı Kerim'in ilgili ayetini yorumlayan tefsir bilgileri de aynı görüşe sahiptirler(2).

İslam Hukuku'nun, rüşt yaşını belirleme yetkisini Ülke yöneticilerine verdiğini söylemek yanlış olmaz. Yöneticiler, zamanın gereklerine ve değişen şartlara göre rüşt yaşını belirleyebilirler. Ancak, bülûğ ile rüşdün ilişkisine bağlı olarak hukukçuların birtakım görüşleri mevcuttur. Çocuğun bülûğ ile rüşde aynı anda kavuşması durumunda, malikilerin dışındaki ekollere göre, kısıtlılık (hacir), hakimin kararına gerek duyulmadan kendiliğinden kalkar. Malikler ise, erkek ve kadın arasında ayırım yapma yönüne gitmişlerdir (3) Bülûğ esnasında rüşt gerçekleşmemiş ise hukukçuların çoğunluğuna göre kısıtlılık devam eder. Ancak kısıtlılık burada nitelik değiştirir. Daha önce küçüklük nedeniyle uygulanan kısıtlılık, bu kez sefihlik (budalalık) sebebine dayalı olarak sürmektedir. Buna göre, reşit oluncaya kadar bu kişinin hukuki işlemleri geçersizdir ve malların yönetimi eline verilemeyeceğinden, velayet ya da vésayet altında kalmağa devam eder. Hanefî ekolünün kurucusu Ebu Hanife, bülûğ çağına erişmekle velayet ve kısıtlılığın kalktığını ve fakat 25 yaşına basıncaya kadar mallarının teslim edilemeyeceğini söyler. Yirmibeş yaşından sonra rüşt

- (1) Velidedeoğlu, H. Veldet, age, cilt 1, sh. 84; ayrıca bkz. Er Remli, Muhammed, age, cilt 4, sh. 365; EL KARAFİ, Ahmed, age, cilt 5, sh. 294; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 783-785; MECELLE, mad. 981, 982, 983, 984 ve 989; EL HARAŞİ, Muhammed, age, cilt 5, sh. 294
- (2) El Kurtubi, Muhammed, El Cami Li Ahkâm-ul Kur'an, Mısır 1966, cilt 2, sh. 607; EŞŞ ŞEVKANİ, Muhammed, Feth-ul Kadiry, Beyrut tarihsiz cilt 1, sh. 426; Bursalı, İsmail Hakkı, Ruh-ul Beyan, Beyrut 1985, cilt 2, sh. 166; KUTUP, Seyyit Fi Zilal-il Kur'an, Beyrut 1978, cilt 1, sh. 586; ES SABUNİ, Muhammed Ali, Beyrut, sh. 80; EL ARACAVİ, Mustafa age, sh. 232 vd.
- (3) İbn-ı Cezi, Muhammed, Kavaniyn-ul Ahkamış Şeriyye, Beyrut 1974, sh. 349; EL MAHALLİ, Celaluddin, age, cilt 2, sh. 302; EL KARAFİ, Ahmed, age, cilt 5, sh. 294; İBN-İ ARABİ, Muhammed, Ahkam-ul Kur'an, Mısır tarihsiz, cilt 1, sh. 322; İBN-İ KUDAME, Abdullah, age, cilt 4, sh. 343; İBRAHİM, Ahmed, age, sh. 21

kazanılmazsa bile malların teslimini gerekli görür. Bu hukukçuya göre, akıl hastalığı ve bunama dışındaki nedenlerle uygulanacak kısıtlılık insan onurunu zedeleyen bir sonuçtur. Bu ekolün güçlü isimlerinden Ebü`Yusuf ile Muhammed, Ebu Hanefenin değil, çoğunluğun fikrini desteklemişlerdir. Mecellenin de bunlara uyduğunu görüyoruz (1)

cc) Günümüz Hukukundaki Durumu :

Günümüz hukukundaki duruma geçmeden önce rüşdün diğer sistemlerde nasıl bir seyir izlediğine kısaca değinelim. Roma Hukukunda rüşt yaşı önceleri bülûğ yaşına denk kabul edilir ve ondört yaşını bitirmiş erkek ile on iki yaşını bitirmiş kadınlar reşit sayılırdı. Bu durumun yetişen gençlerin haklarının korunmasını güçleştirdiği farkedildikten sonra Praetor tarafından erkek ve kadın için rüşt yaşı yirmibeşe çıkarılmıştır. Eski Cermenlerde de çok kez, gençlerin, mızrağı savurmaya ve düşmanı öldürmeye muktedir olup olmaması, rüşdü kazanabilmesinin ölçüsü sayılırdı(2).

Osmanlı devrinde çıkarılan 1288 tarihli bir Padişah fermanı, o günün şartları dikkate alınarak, yirmi yaşını doldurmamış kimselerin rüşdüne karar verilmesine ilişkin açılan davaların dinlenemeyeceğini öngörmüştür. Bu fermanın 1293 tarihinde yürürlüğe giren mecelle ise, adı geçen irade-ı seniye'nin mezkûr hükmünü kaldırmış ve yukarıda izah ettiğimiz gibi rüşt yaşının bülûğ ile birlikte ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Bülûğ çağında meydana gelmeyen rüşdün hangi yaşta gerçekleşeceği konusunda ise herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Nihayet, yetim mallarını düzenleyen 1324 tarihli Nizamnamenin 59. maddesi, Şerh Mahkemenin, 20 yaşını doldurmuş yetimlere gerekli işlemlerden sonra mallarının teslim edileceğine karar verebileceğini içermektedir. Bu da gösteriyor ki, rüşt çağı zaman, mekan ve kişinin durumuna göre değişebilecektir(3)

Çağdaş hukuk, İslam Hukukundan farklı olarak, temyiz dönemi ile rüşt dönemi arasında bülûğ (ergenlik) aşamasına yer vermemektedir. Bülûğ ile rüşdün aynı anda gerçekleşmesi modern düşüncenin temelini oluşturur. Bu hukuk sisteminde yaş erginliği ve erken erginlik diye iki çeşit rüşt'den söz edilir. Yaş erginliği belli bir yaşın doldurulmasıyla kazanılır. Bu yaş sınırı her ülkenin coğrafi durumu, bölgesel özelliği ve toplumsal gelenekleri

(1) *El Merginani, Ali Bin Ebubekir, age, cilt 9, sh. 263; EL CASSAS, Ahmed Bin Ali Er Razi, Ahkam-ul Kur'an, Beyrut tarihsiz, cilt 2, sh. 63; ER REMLİ, Muhammed, age, cilt 4, sh. 365; EBU ZEHRİ, Muhammed, El Mülkiye, sh. 314; EZ ZERKA, Mustafa, age, cilt 2, sh. 788-789; EL BUHARİ, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 371 vd.; MECELLE, mad. 958, 981-84*

(2) *Et Termanini, Abdüsselam, age, sh. 244; KARADENİZ, Özcan, age, sh. 208; ÖZSUNAY, Ergun, age, sh. 41; KÖPRÜLÜ, Bülent, age, sh. 210*

(3) *Ali Haydar, age, 980. maddenin Şerhi; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 790-793; KARAMAN Hayrettin, age, sh. 188; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 68*

gözönünde tutularak belirlenir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu rüşt yaşını 18 olarak belirlerken mehz İsviçre Medeni Kanunu 20 yaşın tamamlanmasını gerekli bulmuştur. Yine Federal Almanya, Bulgaristan, Çekoslavakya, Demokratik Alman Cumhuriyeti, Fransa, İngiltere, İrlanda, İskoçya, İtalya, Macaristan, Polonya, Romanya, Sovyetler Birliği ve Yugoslavya 18; Avusturya 19; Danimarka, Finlandiya, İsveç ve Norveç 20; Belçika, Amerika Birleşik Devletleri, Hollanda, İspanya, Kanada, Lüksemburg, Portekiz ve Yunanistan 21 yaş olarak kabul etmişlerdir (1).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 19.3.1972 gün ve 29 sayılı kararında tüm üye devletlerde rüşt yaşının 18'e indirilmesini tavsiye etmiştir(2).

Erken rüşt ise, belirlenmiş yaş sınırına erişmeden kişinin reşit sayılmasına imkan veren bir erginlik şeklidir. Günümüz hukukunda bu ya evlenme ya da hakim kararda ortaya çıkar. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesi, evlenen kişilerin başka bir işleme gerek kalmadan kendiliğinden reşit kabul edildiklerini öngörür. Fransa, İtalya, İspanya, Çekoslavakya ve Macaristan aynı hükmü benimserken Alman ve Avusturya Medeni Ka-

nunları böyle bir imkanı tanımamıştır. Evlenme olayı dışında bazı sosyal ve ekonomik gerekler karşısında belirli bir yaşa gelmiş ve fakat rüşt yaşına varmamış küçüklerin hakim kararıyla reşit kılınabileceği kabul edilmiştir. TMK'nun 12. maddesi de böyle bir kayda yer vererek 15 yaşını tamamlamış erkek ve kız çocuklar için bu hakkı tanımıştır (3)

-
- (1) Özsunay, Ergun, *age*, sh. 42-43; ZEVKLİLER, Aydın, *age*, sh. 69-70; AKİPEK, Jalı, *age*, sh. 62; VELİDEDEOĞLU, Hefzı Veldet, *cilt 1*, sh. 55; KÖPRÜLÜ, Bülent, *age*, sh. 208-209; TMK. mad. 11/1
- (2) Council of Europe, *Lowering of the Age of Full Legal Capacity*, Strasbourg 1973, sh. 5 vd.
- (3) TMK.mad. 11, 12; ATAAY, Aytakin, *age*, sh. 57; SAYMEN, Ferit Hakkı, *age*, *cilt 2*, sh. 92; EGGER-ÇERNİS; *age*, sh. 171; İMRE, Zahit, *age*, sh. 349; TEKİNAY, Selahattin, *age*, sh. 240

III. BÖLÜM

EHLİYET ENGELLERİ – EHLİYETİ KISITLAYAN NEDENLER (AVARİZ–I EHLİYET)

I – GENEL BAKIŞ :

İkinci bölümde sergilenen geniş açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, hak ehliyeti (vücup ehliyeti), kişiler için hayatın cenin safhasında eksik olarak başlamakta ve doğum olayı ile tekemmül etmektedir. Kazanılan bu ehliyet türü hayatın sonuna dek devam eder. Fül ehliyeti (edâ ehliyeti) ne gelince, cenin için söz konusu olmadığı gibi, doğumdan sonra da hemen başlamaz. Hatta, temyiz çağına kadar bu ehliyet çeşidi varlık gösteremez. Temyiz gücünün kazanılması ile eksik doğan edâ ehliyeti, erginlik ve akıl olgunluktan sonra tekemmül eder. Şu halde, edâ ehliyetinin dayandığı temel akıl olgunluğudur. Akli melekenin noksan olduğu yerde eksik eda ehliyetinin ve akıl yetisinin tam olduğu yerde de tam eda ehliyetinin var olması kuralı akıldan çıkarılmamalıdır. Bu konuda önemli olan, çıkacak arızanın, akıl dengesini ne denli etkileyebilmesi durumudur(1).

Ehliyetleri ve kişinin gelişmesine paralel olarak gelişen aşamaları açıklarken hep tabii seyri izleyen normal bir insanı gözönüne almıştık. Oysa, kişilerin bedeni veya akıl bütünlüğünü bozucu nitelikte sonradan meydana gelen arızalar, ehliyetin durumunu da etkilemektedirler. Ancak hemen söyleyelim ki, bu tür bozukluklar sadece fiil ehliyetini etkileyerek onu ya daraltır ya da tamamıyla ortadan kaldırırlar. Hak ehliyeti ise, insan olarak var olma esasına dayandığından, çıkacak arızalardan hiç bir şekilde etkilenmez. Çünkü, bu arızalar varlığını sürdüren kişiye peyda olurlar(2).

Şu hususu da tebâruz ettirmek gerekir ki, İslam Hukukçuları, akıl melekesini ilgilendirmede modern hukuk anlayışınca benimsenen bir takım halleri (ikrah, hata, kölelik, hayız vs. gibi) ehliyet arızaları arasında zikretmiş ve görünürde yukarıda bahsedilen ana kuralın insicamını bozmuştur. Çünkü bunlar akıl yetisi ile değil, iradenin mevcut bulunup

(1) Bu konunun geniş izahı için ikinci bölümün ilgili yerlerine bakınız.

(2) Bkz. Abdulbaki, Abdulfettah, age, sh. 268; EL ARCAVİ, Mustafa, age, sh. 257; EL BEDRAVİ, Abdul Mun'im, age, sh. 397; MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 454; EL CEBBURİ, Salih Cum'a Hasan, age, sh. 21; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 127

bulunmaması ile yakından ilgilidir. Ancak İslam hukuk bilginlerinin, eserleri iyice incelendiğinde görülür ki, arızalar arasında sayılan söz konusu haller, ehliyeti direkt değil, dolaylı olarak ilgilendirmekte ve bu suretle konunun içinde yer almaktadırlar. Bununla beraber, İslam hukukçuları bu halleri zikrettikleri zaman, bunların ehliyet meselesi ile doğrudan doğruya değil, endirikt olarak alakalı bulunduğunu beyan etmekten geri kalmamışlardır. Günümüzün büyük İslam Hukukçularından biri olarak bilinen Muhammed Ebu Zehre, "İkrah" maddesini açıklarken bu hususa gereği gibi değinmektedir. Osmanlı Hukukçusu Molla Hüsrev de ehliyet arızaları arasında saydığı ikrah, uyku hali, şaka vs. gibi hususları açıklarken, bunların ehliyeti etkilemediğini ve sadece iradeyi yok ettiğinden tasarrufları geçersiz kıldığını açıkça belirtmiştir. Teftazarî de bu yoldan hareket ederek serbest iradenin kullanımını engelleyici nitelikte olan bahse konu hallerin, ehliyeti kısıtlayan nedenler arasında tali derecede de olsa yer alması durumunu benimsememiş ve "O halde icap ve kabul için öngörülmuş tüm şartları ehliyet arızaları arasında saymak gerekir" biçiminde açık bir ifade kullanmak suretiyle bu durumu aydınlatmıştır(1).

Demek oluyor ki, İslam Hukukçuları ehliyeti kısıtlayıcı durumları sergilerken, hukukî işlemlerin kurulması için gerekli görülen ve iradenin kullanımına olumsuz yönde etki yapan bir takım halleri de zikretmişlerdir. Ancak, bu haller ehliyet açısından incelendiğinde, bunların ehliyeti dolaylı yoldan etkilediklerini ve bu yüzden konunun içinde yer aldıklarını açıklamışlardır. Diğer yandan, günümüz hukukunun ve bu arada Türk Medeni Kanununun, irade fesadı halleri arasında kabul ettiği ikrah, hata, hile gibi durumlar, İslam Hukukunda hem ehliyet bahsinde ve hem de muhtelif akitlerin her birinde ayrı ayrı incelenmiştir. Denilebilir ki, bu durum, İslam Hukukunun zengin olmayışından veya olaylara cevap veremezliğinden ziyade, sistem çeşitliliğinin ve üslûp kalabalıklığının bir sonucudur. Çünkü, İslam Hukukundaki doktrin alanı o kadar geniştir ki, her ekol (bazen de her müellif) kendine has bir sistem kurmuş ve geliştirmiştir(2).

Bilindiği üzere, İslam Hukuku ehliyet kavramının kapsamını genişleterek hem hukukî ve hem de cezaî ehliyete teşmil etmiştir. Yine, ibadetlerin ifası, dinî yükümlülük ve ilahî emir ve yasaklara muhatap olma durumu da ehliyetin içerdiği konuların içinde mütalaa edilmiştir (3) Binaenaleyh, ehliyet engelleri sıralanırken paralellik arzeden bu konulara da kısaca değinilecektir.

(1) Ebu Zehre, Muhammed, *age*, sh. 358; MOLLA HÜSREV, *age*, cilt 2, sh. 438 vd.; ET TEFTAZANİ, Mesud, *age*, cilt 2, sh. 165 vd.; EL BUHARİ, Abdulaziz, *age*, cilt 4, sh. 263 vd.; ZEYDAN, Abdulkerim, *age*, sh. 71

(2) Ayrıca bkz. Hallaf, Abdulvahap, *age*, sh. 160 vd.; ES Sarraf, Abbas-Hazbon, George, *age*, sh. 156 vd.; EL Attar, Abdunnasır, *age*, sh. 1345; EL Arcavi, Mustafa, *age*, sh. 259 vd.; EL Mevsuatul Fıkhye, *age*, cilt 7, sh. 161 vd.

(3) Bu konu ile ilgili olarak ikinci bölüme müracaat ediniz.

Çağdaş hukuk doktrininde ise ehliyet arızaları kavramlarına yer verilmemiştir. Anılan hukuk sistemine göre fiil ehliyeti açısından kişiler, tam ehliyetli, tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetli ve sınırlı ehliyetsiz şeklinde dört sınıfa ayrılmış ve bu sınıfların kapsamına giren insan gruplarının ehliyet durumu izah edilmiştir(1)

II – Terim :

İslam Hukuku eserlerinin tümünde ehliyet engelleri için "Avâriz-ı ehliyet" deyimini geçmektedir. Avâriz, arıza sözcüğünün çoğulu olup etimolojik anlamı, herhangi bir nesneye sonradan peyda olan eksiklik veya bütünlüğünü bozan hadise demektir. Arap dilinde bulut anlamında da kullanıldığı bilinmektedir(2). İslam Hukuku terminolojisinde ise, kişilerin sahip olduğu fiil ehliyetini büsbütün ortadan kaldıran veya önemli derecede eksilten veya hüt da ehliyetin bütünlüğünü zedelemeksizin sadece ona terettüp eden hükümlerde köklü bir değişiklik yapan durumlar olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyimle, gerçek şahısların hakları kullanma statülerini olumsuz yönde etkileyen ve bu alandaki tabî durumlarında sakatlık meydana getiren olaylardır(3). Modern hukuk terminolojisinde arıza deyimini yadrganabilir. Ancak, ehliyet kavramı soyut olarak düşünülürse, kişilerin sahip olduğu ehliyetin bütünlüğünü zedeleyen veya sonuçlarında köklü değişiklikler yaratan birtakım sınırlayıcı faktörlerin, birer sakatlık ve arıza görünümünde olduğu kolayca anlaşılmaktadır.

Biz ise, tam karşılığı olmamakla birlikte, "ehliyet engelleri" deyimini kullanmayı yeğledik. Gerçi, ilk bakışta engel deyince herhangi bir şeyin ortaya çıkmasını önleyen nesne olarak anlaşılır ve sonradan meydana gelen bozukluk demek olan arıza sözcüğünden farklı bilinir, ama engel sözcüğünü geniş anlamak suretiyle, bu farklılık giderilebilir.

Yukarıda da değinildiği gibi ehliyet arızaları hak ehliyetine dokunmamaktadır. Çünkü bu ehliyet çeşidi kişinin var olmasına bağlıdır. Kişi hayatta bulduğukça, haklardan yararlanma yeteneğinden ibaret olan bu ehliyet türü de devam edecektir. Çünkü akıl melekesinde vuku bulacak arızalar kişiyi insan olarak var olma niteliğinden soyutlayamamaktadır. O halde, ehliyet engelleri fiil ehliyeti için söz konusudur. Fiil ehliyetinin hareket noktası akıl olduğundan, akıl dengesinde sonradan ortaya çıkacak bozukluk ölçüsüne göre bu ehliyette kısıtlanma meydana gelecektir. Diğer bir ifadeyle, fiil ehliyetindeki kısıtlanma akıl

-
- (1) Mür. TEKİNAY, Selahattin, age, sh. 224 vd.; DURAL, Mustafa, age, sh. 68 vd.; KÖPRÜLÜ, Bülent, age, sh. 211 vd.; ATAAY, AYTEKİN, age, sh. 78 vd.; SAYMEN, Ferit Hakkı, age, sh. 326 vd.
- (2) EL Cevheri, İsmail, Es Sıhah, Mısır tarihsiz, ARZ maddesi; EL Cebburi, Salih Com'a Hasan, age, sh. 22; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 262
- (3) El Hac, İbn-i Emir, age, cilt 2, sh. 172; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 161; Gânum, İsmail, age, sh. 209; Keyre, Hasan, age, sh. 584; FARAÇ, Tevfik Hasan, age, sh. 649

melekesinde meydana gelecek bozukluk ile orantılıdır. Bu itibarla, kimi bozukluklar fiil ehliyetini tamamiyle kaldırıcı (akıl hastalığı gibi), kimisi de sadece sahasını daraltıcı (ölümle sonuçlanan hastalık gibi) niteliktedir. Bozuklukların ehliyete yaptıkları etki oranına ilişkin olarak hukukçularca bir kural belirlenmiştir. Fiil ehliyetini bütünüyle ortadan kaldırıcı sakatlıklar kişiyi gayri mümeyyiz çocuğun durumuna indirir. Ehliyeti daraltıcı nitelikte olan bozukluklar ise kişiyi, mümeyyiz çocuğun pozisyonuna getirir (1)

III – EHLİYET ENGELLERİNİN SINIFLANDIRILMASI:

İslam Hukukunda öngörülmüş ve hukukçuların inceleme alanına girmiş olan bütün ehliyet arızalarını ele aldığımız zaman, bunların iki büyük kategoriye ayrılabileceğini görmekteyiz. Birinci grup "Semavî arızalar" dır. Bu kısım arızalar, insanın fiil veya ihmalden doğmamış, bütünüyle insanın elinde olmayan nedenlerden ya da kendiliğinden ortaya çıkmıştır. İnsan iradesinin sözkonusu olmadığı bu sakatlıkların ortaya çıkmasının tamamiyle yaratana bağlı olduğu görüşünden hareket eden İslam hukukçuları, bu çeşit engeller için semâvi (göğe ait, Allah'a ait) arızalar deyimini kullanmışlardır. Çünkü, insanın güç ve irade alanının dışında cereyan eden olayların, göğe yani Cenab-ı Allah'a bağlı olduğu, İslam inancının gereğidir. Semâvi arızalar diye nitelediğimiz ehliyet engellerinin bozukluk derecesi daha fazla olduğundan, fiil ehliyetine olan etkisi de o denli fazladır. Bu kısım arızalara örnek olarak akıl hastalığı, akıl zayıflığı, yaş küçüklüğü, ölümle sonuçlanan hastalık vs. gösterilebilir (2)

İkinci grup ise, insan fiil veya ihmalinin sebep olduğu arızalardır. Diğer bir ifade ile, bunlar insanın, ya bizzat isteği ile bunları kazanması veya izale etmek için herhangi bir tedbir almaması suretiyle meydana gelirler. Bu grup arızalara "Muktesep Arızalar" tabiri kullanılmıştır. Diğer yandan, bu tür arızalar ya kişinin kendi fiilinin sonucu olarak belirirler (cahillik, sarhoşluk, budalalık vs. gibi); ya da başka bir kişinin eylem ve kusurundan doğarlar (ikrah gibi). Şimdi biz bunları sıra ile göreceğiz ve her gruptaki arızaların (engellerin) spesifik özelliklerini belirteceğiz (3).

A) SEMÂVÎ ENGELLER (AVÂRİZ–İ SEMÂVİYE)

a – AKIL HASTALIĞI (CÜNÛN) : Akıl hastalığının tanımını yapmak tıp biliminin

- (1) *EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 22; ET Teftazani, Mesud, age, cilt 2, sh. 167; EL Arcavi, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 799 vd.*
- (2) *HALLAF, Abdulvahab, age, sh.160; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 438; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 189; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 127; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 316–317*
- (3) *ET Türkmani, Adnan, age, sh. 95–96; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 68; EL Arcavi, Mustafa, age, sh. 257; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 339; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 799–800, EL Buhari, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 262–263*

görev alanına girse bile, usul bilginleri bunu, söz ve eylemlerin normal bir çizgide yürümesine engel olan akî melekedeki bozukluk biçiminde tanımlanmışlardır(1). Kimileri de, güzel ile çirkini ayırt etme ve olayların sonucunu idrak edebilme gücünün fesada uğraması olarak tarif etmişlerdir(2). Tanımı nasıl yapılırsa yapılsın, önemli olan bu bozukluğun insanın düşünme yeteneğini sağlayan beyne bulaşmasıdır. Beynin dışındaki organların sakatlıktan pay alıp almamasının önemi yoktur. Sözü edilen bozukluk ya yaratılıştan gelen beyindeki bir noksanlıktan, ya da arızî bir etki ile beynin fonksiyonunun yitirilmesinden veyahut da aşırı korku ya da aşırı sevinçten doğan hayal keşmekeşliğinin akli zedelemesinden peyda olur. Hatta, bunlardan başka şeytan, cin veya kötü ruhların kişiyi korkutması sonucu zihnin ve aklın dağılması olayı da hukukçularca ileri sürülmüştür(3).

Unutmamak gerekir ki, akıl hastalığının tesbitinde tıp ilminden yararlanmak gerekir. Çünkü, bu hastalık, sinir sistemindeki organik rahatsızlıklara bağlı psikozlardan (epidemik ansefalit, menenjit, kuduz vs. gibi) doğabildiği gibi, genel organik nedenlere bağlı psikozlardan da (Tifo, sıtma, pnömöni nöbeti vs. gibi) ileri gelebilir. Bunlar ise, tıbbî teşhisleri ve doktor muayenesini gerektirmektedir. Bununla beraber, tıp ilminin akıl hastalığı olarak kabul ettiği her hastalığı, ehliyet açısından da kesinkes akıl hastalığı saymak doğru değildir. Buradaki ölçü, söz konusu hastalığın temyiz gücünü giderip gidermemesidir. Oysa ki, her akıl hastalığı temyiz kudretini ortadan kaldıracı nitelikte değildir. Modern hukuk doktrini ile İslam hukukçularının sahip olduğu görüşün bu konuda benzerlik arzettiğini söylemek yanlış olmaz(4)

Ehliyete etkisi yönünden akıl hastalığı iki kısma ayrılmıştır :

(ا د اا) Devamlı Akıl Hastalığı (Cünûn-i Mutbık) : Bu tür akıl hastalığı, yakaladığı kimse- nin tüm vakitlerini kaplayan hastalıktır(5). Sözü edilen tüm vakitlerden maksat, bütün ömrün veya hastalığın baş göstermesinden sonra kalan ömrün bütün zamanları demek değildir. Nitekim hukukçular devamlı akıl hastalığı (mutbık cünûn) nı belirlemek için bir zaman öl-

- (1) ALİ Haydar, *age*, cilt 3, sh. 10; EL Arcavi, *Mustafa*, *age*, sh. 261; EN Naccar *Abdulaziz*, *age*, cilt 4, sh. 262;
- (2) EL Cebberi, *Salih Cum'a Hasan*, *age*, sh. 22; EL Kurdi, *Ahmed El Hacci*, *age*, sh. 24; mOLLA Hüsvrev, *age*, cilt 2, sh. 438
- (3) Bkz. Ebu Zehre, *Muhammed, El Velayet Alen Nefs, Beyrut tarihsiz*, sh. 37 vd.; EBU Zehre, *Muhammed*, *age*, sh. 339; EL Buhari, *Abdulaziz*, *age*, cilt 4, sh. 263; ZUHAYLİ, *Vehbe*, *age*, cilt 4, sh. 217; MOLLA Hüsvrev, *age*, cilt 2, sh. 438; SAVA Paşa, *age*, cilt 2, sh. 321; EL Mevsuatul Fikhiyye, *age*, cilt 7, sh. 161
- (4) Bkz. Zevkliler, *Aydın*, *age*, sh. 58; EBU Zehre, *Muhammed, El Velâyet*, sh. 38—39; ZEYDAN, *Abdulkerim*, *age*, sh. 317; ÖZSUNAY, *Ergun*, *age*, sh. 36—37; EL Hac, *İbn-i Emir*, *age*, cilt 2, sh. 173
- (5) *Mecelle*, *mad.* 944; MOLLA Hüsvrev, *age*, cilt 2, sh. 438; KARAMAN, *Hayrettin*, *age*, sh. 191; Zuhayli, *Vehbe* *age*, cilt 4, sh. 128;

çüşünü getirmişlerdir. Hukukçular arasında farklı bir biçimde tesbit edilen bu limit kimilerine göre bir yıl, kimisine göre bir ay ve kimisine göre de 24 saat olarak belirlenmiştir (1) Aşağıda da görüleceği üzere, bu görüş farklılığına, her ibadetin ifa zorunluluğu için akıl hastası yönünden değişik zaman ölçülerinin benimsenmiş olması yol açmaktadır.

Birinci görüşe göre cünûn-i mutbık bir yıl devam eden akıl hastalığıdır. Çünkü, akıl hastası üzerinden dört mevsim geçtiği halde iyileşme belirtisi görülmemiş ise bunun hastalığı kesinlik ve süreklilik kazanmış demektir. Nitekim, akıl hastasının hukukî işlem yapabilmesi ve zekât ile hac ibadetleri ile yükümlü kılınması bakımından bu bir yıllık süre ölçü olarak benimsenmiştir. İkinci görüşe göre ise, bir aylık müddetin hastalıkla geçmesinin cünûn-i mutbık sayılmaya yeterli olduğu doğrudur. Ramazan orucunun farziyetine ilişkin öngörülen sürenin bir ay olarak kabul edilmesi bu görüş taraftarlarının hareket noktasını oluşturmuştur. Üçüncü görüşe gelince, 24 saatin hastalıkla geçmesini, mutbık cünûn kabul edilmesi için yeterli görmektedir. Bu görüşü savunanların dayanağı, namaz kılma mükellefiyeti için öngörülen sürenin 24 saat olmasıdır (2) Bununla birlikte, çoğunluk devamlı akıl hastalığı sayılması için bir yıllık sürenin hastalıkla geçmesini öngörmüş; ancak ibadetlerin ifası zorunluluğu hususunda bunların özellikleri gözönünde bulundurularak değişik limitler kabul edilmiştir. Örneğin, yukarıda da belirtildiği gibi zekatın farziyeti için bir yıl, oruç'un farz olmasında bir ay ve namazın vücubiyeti için 24 saat limitleri tesbit edilmiştir(4).

bbb) Devamlı Olmayan Akıl Hastalığı (Cünûn-i Gayri Mutbık): Bu çeşit akıl hastalığı, gelip geçici bir rahatsızlık şeklidir. Başka bir ifade ile, bazı devrelerde şuurun kaybolmasına rağmen, aklın başta bulunduğu devreleri de olan rahatsızlıktır(3).

Bu iki tür hastalık da ya aslî, yahut da arızî olur. Aslî demekten maksat, rahatsızlığın, kişinin doğumu ile beraber ortaya çıkması veya doğuştan olmamakla birlikte ergenlik (bülûğ) çağından önce meydana gelmesi demektir. Arızî akıl hastalığı ise, sağlam ve normal bir insanın, ergenlik (bülûğ) çağından sonra dîçar olduğu rahatsızlıktır(4).

(1) ALİ Haydar, *age*, cilt 3, sh. 10—11; MEDKÛR, *Muhammed Selam*, *age*, sh. 454; EL Cēbburi, *Salih Cuma Hasan*, *age*, sh. 23

(2) EN Neccari, *Abdulaziz*, *age*, cilt 4, sh. 263; EBU Zehre, *Muhammed*, *El Velayet*, sh. 38 vd.; EBU Zehre, *Muhammed*, *Usulul fikh*, sh. 339

(3) Ayrıca *Es Sibâi*, *Mustafa*, *age*, cilt 2, sh. 13; ZEYDAN, *Abdulkerim*, *age*, sh. 317; ALİ Haydar, *age*, cilt 3, sh. 11; DÖNDÜREN, *Hamdi*, *age*, sh. 69

(4) *Mecelle*, *Mad. 944*; *Meydan Larousse*, "Ehliyet" *Mad.*; EL Pezdevi, *Fahrul İslam*, *age*, cilt 4, sh. 263

Yukarıdaki ayırımların önemi ibadetlerin farz olup olmamasında kendini iyice göstermektedir. Örneğin, devamlı akıl hastalığına (mutbık Cünûna) yakalanmış olan kimseye hiç bir ibadet farz değildir. Bu hastalık ister aslî (ergenlikten önce), ister arızî (ergenlik çağından sonra) olsun, mutbık (devamlılık) vasfını taşıdığı sürece durum değişmez. Sürekli olmayan akıl hastalığı (cünûn-î gayri mutbık) na gelince, eğer ergenlik çağından sonra meydana gelmişse bütün hukuk bilginlerinin ittifakıyla farziyet kalkmaz. Ergenlik döneminden önce başgöstermesi durumunda ise, mükellefiyetin kalkıp kalkmaması hususu İslam hukukçuları arasında ihtilafıdır. Hanefî ekolünün ünlü hukukçusu Ebu Yusuf, farziyetin kalktığı iddiasını taşıyanlara öncülük etmekte, aynı ekoldan İmam Muhammed ise mükellefiyetin devam ettiğini savunanların safında yer almaktadır(1).

Tekrar hatırlatalım ki, akıl hastalığının her iki türü de hak ehliyetini (vücûp ehliyetini) etkilemez. Çünkü, bu çeşit ehliyeti elde etmenin, zimmetin varlığına veya diğer bir tabirle kişiliğin var olmasına bağlı olduğunu daha önce öğrenmiştik. Akıl hastalığının vuku bulunmasında hayat devam ettiğine göre, hak ehliyeti açısından herhangi bir engel bulunmamaktadır. Akıl hastalığının münhasıran olumsuz yönden tesir ettiği ehliyet fiil ehliyeti (eda ehliyeti) dir. Bu nedenle cünûn (akıl hastalığı) edâ ehliyetini tamamen giderir. Zira, edâ ehliyetinin söz konusu olabilmesi akıl ve temyiz gücüne bağlıdır. Akıl hastasında ise, ne akıl ve ne de onun sonucu olan temyiz kudreti bulunmamaktadır. Şu halde, akıl hastası bütün eylem ve işlemlerinde tıpkı gayri mümeyyiz çocuk hükmündedir (2)

Devamlı akıl hastası (mecnûn-î mutbık) gayri mümeyyiz çocuk hükmünde olduğu için, söze bağlı işlemleri (kavlî tasarrufları) asla geçerli değildir(3). İster bu işlemler bağış yapmak gibi mameleke zarar verici tasarruflar olsun, ister bağış kabul etmek gibi salt menfaatler olsun durum değişmez. Örneğin, akıl hastası bir malı satsa veya satılsa, bu muamele, fiil ehliyetinin bulunmaması sebebiyle mutlak butlan ile sakattır. Veli ya da vasinin yapılan bu işleme sonradan icazet vermesi geçersizlik hükmünü değiştirememektedir(4).

Devamlı olmayan akıl hastası (mecnun-î gayri mutbık) ise, akli başında olduğu zamanlarda yaptığı bütün işlemler tıpkı normal bir insanınki gibi geçerlidir. Yani, bu tasarruflar velisinin izin veya sonradan icazet etmesine gerek yoktur(5). Zaten, bu durumda olan

(1) ET Teftazani, *Sadettin Mes'ud*, age, cilt 2, sh. 167; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 438; ALİ Haydar, age, sh. 11 vd.; EN Neccari, *Abdulaziz*, age, cilt 4, sh. 264 vd.

(2) EL Mevsuatul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 162; ZUHAYLİ, *Vehbe*, age, cilt 4, sh. 128; ZEYDAN, *Abdulkerim*, age, sh. 317; EL Hacc, *İbn-î Emir*, age, cilt 2, sh. 174

(3) Mecelle, mad. 979; EL Kudri, *Ahmed El Hacci*, age, sh. 25; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 321

(4) ALİ Haydar, age, cilt 3, sh. 69; ER Remli, *Muhammed*, age, cilt 4, sh. 356; ED Düsukî, *Muhammed Bin Arefe*, age, cilt 3, sh. 260 vd.

(5) Mecelle, mad. 69; EL Kurdi, *Ahmed El Hacci*, age, sh. 25; EŞ Şirazi, *Ibrahim Ebi İshak*, age, cilt 1, sh. 328 vd.; EL Buhuti, *Mansur*, age, cilt 3, sh. 451 vd.

ergin kişinin fiil ehliyeti tam olduğu için vesayet altına konmasına da gerek yoktur. Çünkü ehliyeti ve dolayısıyla işlemlere girişebilmeyi engelleyen hastalık ortadan kalkınca sözkonusu yasak da kendiliğinden düşer. Böylece bu kişinin yapacağı ikrar, rehin, icare vb. gibi bütün işlemler geçerli hale gelir. Devamlı olmayan akıl hastasının hastalık halindeki tasarruflarına gelince, bu da, aynen devamlı akıl hastası gibi hiç bir kavî (sözel) muamelelere gireriz. Zaten, yasak sebebi aynı olduğu için terettüp eden hüküm de aynı olacaktır(1).

Mecnûn'ür (akıl hastasının) haksız fiil ehliyeti ise devam etmektedir. Daha açık bir deyimle akıl hastası, hukuka aykırı eyleminden dolayı malen sorumludur. Bu itibarla, delinin fiillerinden doğan zarar ve ziyanlar onun servetinden tazmin ettirilir(2). Bu zarar ve ziyan, başkasına ait olan malı telef etmek şeklinde ortaya çıkabildiği gibi, herhangi birini öldürmek veya bir üyesine zarar vermek tarzında gerçekleşebilir. Şu var ki, adı geçen sorumluluk, demin de işaret edildiği üzere mala inhisar etmekte ve had gibi ceza müeyyideleri gerektirmemektedir. Çünkü, akıl hastasının tıpkı mümeyyiz olmayan çocuk gibi ceza ehliyeti yoktur. Öte yandan, akıl hastasının hukuka aykırı fiilinden doğan malî sorumluluk delilik halinin kalkmasına veya hacir (kısıtlılık) statüsünün kaldırılmasına kadar bekletilemez(3). İslam Hukukunun akıl hastasına terettüp ettirdiği haksız fiilden malî sorumluluk biçimindeki hüküm, amir hükümdür. Binaenaleyh, bu sorumluluk modern hukukun ve Türk Borçlar Kanununun 54. maddesinin aksine, hakiminkin takdirine bırakılamaz(4).

Akıl hastası kendiliğinden kısıtlı (mahcur) kabul edildiğinden, hakiminkin vereceği hacir kararı yenilik doğurmayan ve sadece durumu açıklayan bir karar görünümündedir. Türk ve Irak Medeni Kanunlarının (Mad. 94-108) aynı prensibi benimsemelerine karşılık, Mısır Medeni Kanunu (Mad. 45, 113, 114), akıl hastası için mahkemece verilecek kısıtlılık (hacir) kararının yenilik doğuran bir karar olduğunu kabul etmiştir. Hatta, adı geçen kanuna göre, hacir kararından önce akıl hastasının yaptığı tüm tasarruflar geçerli sayılmaktadır(5). Mısır Medeni Kanununda daha önce olmadığı halde, sonradan getirilen bu yeni düzenleme geri bir adım olarak nitelendirilmelidir.

-
- (1) EMİR Padişah, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 362 vd.; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 339; EL Bedravi, Abdul Mun'im, age, sh. 398 vd.
 - (2) Mecelle, mad. 960; EŞ Şirbini, Muhammed El Hatib, age, cilt 2, sh. 166; Molla Hüseyin, age, cilt 2, sh. 438; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 191
 - (3) ALİ Haydar, age, cilt 3, sh. 28; EL Cebburi, Salih Com'a Hasan, age, sh. 23; ET Türkman; Adnan, age, sh. 96
 - (4) TBK mad. 54; Ayrıca bkz. Özsunay, Ergun, age, sh. 52 vd.; ATAAY, AYTEKİN, age, sh. 81 vd.; Veliçedeoğlu, Hıfzı Veldet, age, sh. 65 vd.
 - (5) TMK, Mad 15, 355; Irak Medeni Kanunu, mad. 94, 108; Mısır Medeni Kanunu, mad. 45, 113, 114; Ayrıca bkz. Zeydan, Abdülkerim, age, sh. 318

b – YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ (SİĞAR)

Yaş küçüklüğünün arızalar arasında sayılmasına haklı olarak itiraz edilebilir. Çünkü, arızanın sonradan meydana gelen aksaklık ve sakatlığı ifade ettiği daha önce belirtilmişti. Halbuki, yaş küçüklüğü insan hayatının asf evrelerinden biri olup bir bütünlüğün aksamaması biçiminde düşünülememektedir. Ancak, bu itirazı İslam Hukukçuları (Fukahâ) şu şekilde bertaraf etmişlerdir: Ehliyet konusu soyut bir kavram olarak ele alındığından, insandaki gelişme temposu nazar-ı itibara alınmamıştır. Daha açık bir deyimle, yaş küçüklüğü insanda sonradan baş gösterecek sakatlıktan ziyade, bir bütün olarak düşünülen soyut ehliyetin bir arızası olarak kabul edilir. Sonra, insan deyince akla her yönüyle olgun ve yetişmiş kişi gelmektedir. Küçüklük ise bu ideal tip için bir kusur ve eksiklik şeklinde düşünülebilir(1).

Yaş küçüklüğü iki döneme ayrılmaktadır. Birinci dönüm doğumdan itibaren başlayan ve temyiz gücünün kazanılmasına kadar süren devreyi kapsar. Bu dönemdeki küçük için, gayr-ı mümeyyiz (mümeyyiz olmayan) küçük deyimini kullanılmıştır. İkinci dönem ise, temyiz kazanıldığı andan ergenlik (bülûğ) çağına kadar süren devredir. Bu merhaleyi yaşayan küçük de mümeyyiz küçük şeklinde deyimlenmiştir. Her iki dönemle ilgili durumlar ve bu iki çeşit küçüğe ilişkin hükümler, 2. Bölüm'de ehliyet aşamaları başlığı altında enine boyuna açıklanmıştır. Tekrardan kaçınmak için, burada sadece özet bir hatırlatma yapmayı uygun buluyoruz(2).

aa) Gayrı mümeyyiz küçük: Bunlar alışverişin ve kâr ile zararın ne olduğunu bilemeyecek derecede küçük yaştakilerdir(3). Bunların hak ehliyetinin tam olmasına karşılık fiil ehliyetleri yoktur. Hak ehliyetinin gereği olarak bunlar lehine yapılan hibe, vasiyet, vakıf gibi ıvazsız işlemler geçerlidir. Çocuğu borç ve yükümlülük altına sokan hukuki işlemler ise, ancak veli veya vasi tarafından yapılabilir. Yine, gayr-i mümeyyiz çocuğun söze bağlı tasarrufları asla geçerli değildir. Velisinin sonradan icazet vermesi dahi durumu değiştirmez(4). Bu küçüğün ceza ehliyeti olmadığı halde haksız fiilden malen sorumlu olma ehliyeti tamdır. Ancak onun haksız fiili yaptığına dair itirafı dinlenemez(5).

(1) *ET Teftazani, Sadettin Mes'ud, age, cilt 2, sh. 168; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 439; En Neccari, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 263*

(2) *İkinci bölümün ilgili yerlerine bakınız*

(3) *Mecelle, Mad. 943; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 156; EL Kalyubi, İsmail, age, cilt 3, sh. 125; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 751*

(4) *Mecelle, mad. 966; Ali Haydar, age, cilt 3, sh. 36; EL Arcavi, Mustafa, age, sh. 193; GÂNİM, İsmail, age, sh. 191; Keyre, Hasan age, sh. 577 vd.; MEDKÛR, Muhammed Sami, age, sh. 90 vd.*

(5) *ALİ Haydar, age, cilt 3, sh. 36; EN Nevevi, Muhyeddin, El Mecmu cilt 9, sh. 165; EL Buhuti, Mansur, age, cilt 3, sh. 442; İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 6, sh. 146 vd.*

Zengin olan gayri mümeyyiz küçük, fakir akrabasına nafaka vermekle yükümlüdür. Zekâtı ödemekle sorumlu olup olmaması ise ihtilaflıdır. Hanefilere göre zekât bir ibadet sayıldığından küçüğe yükletilemez. Çünkü mümeyyiz olmayan küçük, ibadetlerin ifası ile yükümlü değildir. Diğer üç ekol ise zekâtı sosyal adaleti sağlayan bir vergi olarak kabul ettiklerinden, küçüğe ait malın bundan bağışık tutulamıyacağını ileri sürmektedirler(1).

bb) Mümeyyiz Küçük : Bu tür küçük, iyi ile kötüyü, hayır ile şerri ve faydalı ile zararlıyı birbirinden ayırd eden kimse olarak tanımlanmıştır. Temyiz çağının tahdidî belli bir yaş sınırının islamın iki ana kaynağı olan Kur'an ve sünnet'te açıkça belirlenmediği ve fakat uygulamada kolaylığın sağlanması amacıyla, hukukçularca 7 yaşın temyiz çağının başlangıcı olarak benimsendiği İkinci Bölüm'de gereği gibi açıklanmıştır(1)

Mümeyyiz küçük, tam hak ehliyeti yanında eksik fiil ehliyetine de sahiptir. Çünkü temyiz gücünün bulunması, küçüğün akıl ve hareket seyrinde bir olumlu değişiklik meydana getirmektedir. Bu nedenle, küçüğün tamamen menfaatine olan bağışlama, hediye vb. gibi işlemler, velinin icazetine bağlı olmaksızın geçerlidir. Çünkü küçüğün yaptığı işlemlerin geçersizlik gerekçesi zarar ihtimaline dayanıyordu. Örneğini gördüğümüz işlemler için böyle bir ihtimal olmayınca geçerlilik hükmü tartışmasız kabul edilmiştir(3).

Mümeyyiz küçük hibe, sadaka, vakıf, ibra vs. gibi tamamen zararlı olan hukuki işlemlere ne resen ve ne de velinin izin ya da icazeti ile girişemez. Hatta, bu salt zararlı işlemleri yapabilme yetkisi veliye dahi verilmemiştir. Vasiyet yapma konusu ise hukukçular arasında görüş ayrılığına neden olmuştur. Hanefiler'in karşı çıkmasına rağmen Şafîî ekolü, ölüme bağlı olmakla, vasiyet'in, küçük için zararlı sayılmadığı ve ayrıca hayırlı bir sonuca yönelik bulunduğu düşüncesiyle geçerliliğini savunmuşlardır.(4)

Mümeyyiz çocuğun yaptığı alım-satım, icare, rehin vb. gibi hem kâr ve hem de zarar ihtimali bulunan işlemlerin geçerliliği, velinin izin veya icazetine bağlıdır. Veli izin verip vermemekte serbesttir. Küçüğe yararlı görülen işlemlere icazet verilmesi ise zorunludur.

(1) Bkz. *El Merginani, Ali Bin Ebubekir, age, cilt 4, sh. 385; EL Mahalli, Celaledin, age, cilt 4, sh. 79; İBN-İ Rüşd, Muhammed, age, cilt 2, sh. 57 vd.; İBN-İ Hacer, Ahmed, age, cilt 1, sh. 445; İBN-İ Kudame, Abdullah, age, cilt 9, sh. 18*

(2) *EL Kebiysi, Mahmud Mecit, age, sh. 33-34; EZ Zeylâi, Osman, age, cilt 5, sh. 191; ED Derdir, Ahmed, age, cilt 2, sh. 3; EL Haraşi, Muhammed, age, cilt 2, sh. 882; ES Serahsi, Şemseddin, El Mebsut, cilt 10; sh. 121*

(3) *Mecelle, mad. 967 ve 1458; ES Senhuri, Abdurrazık, El Vesiyyet sh. 268; MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 449; EL Cebburi, Salih Cuma Hasan, age, sh. 17-18; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 65*

(4) *Mecelle, mad. 967; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 315; EL Hafif, Ali, age, sh. 87; EL Ceziri, Muhammed, age, cilt 3, sh. 294; EL Bedravi, Abdul Mun'im, age, sh. 384; FARAÇ, Tevfik, age, sh. 933-934; HALLAF, Abdulvahhab, age, sh. 159*

İzin verilen küçüğün, malını aşırı zararlarla satması geçerli iken, izin alınmadan aşırı zararlar yapılan alım-satım işlemine veli tarafından icazet verilmesi geçersizdir(1).

Mümeyyiz küçüğün, müslüman olduğunu ilan etmesi geçerli olup müslüman olmayan ana-babasının velâyetinden çıkmasına yol açar. Yine, Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre dinden dönme (irtidat) kararı da geçerlilik kazanıp nikâhın feshini ve diğer sonuçları hemen doğurur. Ebu Yusuf ise, dinden dönmeyi aleyhte bir işlem sayarak küçük için geçerli görmemektedir. Şafîî ekolüne gelince, bunlar küçüğün din seçimi ve dinden dönmeye ilişkin beyanının hiç bir hüküm ifade etmediğini ve bu konuda bütünüyle ana-babaya uyruk olduğunu savunmuşlardır. (2)

c – AKIL ZAYIFLIĞI – BUNAKLIK (ATEH)

İslam Hukukçuları, bunaklığı, kişiyi kıt anlayışlı, kötü tedbirli, karışık sözlü ve tutarsız davranışlı yapacak derecede akılda meydana gelen bozukluk veya eksiklik olarak tanımlamışlardır. Bu bozukluk, zekâ ve aklî durumun doğuştan beri yeteri kadar gelişmemiş olmasından kaynaklandığı gibi, çeşitli nedenlerle sonradan da ortaya çıkabilir(3). Bunaklar (matuhlar) gel-git akıllı kimselerdir. Söz ve hareketleri yönünden bazen akıllı, bazen de akıl hastası olan kimselere benzerler. Bu açıklamalardan da anlaşılıyor ki, akıl zayıflığı (ateh) akıl hastalığının bir çeşidi, ya da bir derecesi olmayıp ondan farklı bir bozukluktur. Çünkü, bunaklık halinde aklın temeli mevcuttur; ancak normal seyrine girmesini önleyen psikolojik engeller bulunmaktadır. Şu halde, bunaklık kişide doğuştan var olan ya da sonradan baş gösteren aklî fonksiyondaki bir yetersizlik, bir az gelişmişlik, bir duraklama, ya da gerileme durumunu ifade eder. Biz, akıl zayıflığı deyimini kullanmayı tercih ettik. Bu sebeple, bunaklığa benzeyen aptallık, delilik ve budalalık (idyö, embesil, debil) gibi durumlar da bu kapsama rahatça girebilmektedir(4).

Akıl zayıflığı (ateh), tıp bilimi açısından akıl hastalığı kavramı içinde ele alınabilirse de hukuk açısından bu iki kavram arasında fark vardır. Akıl hastalığı ile akıl zayıflığını

- (1) *EL Arcavi, Mustafa, age, sh. 199; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 186; ABDULBAKİ, Abdulfettah, age, sh. 250; EL Kâsani, Alaaddin, age, cilt 6; sh. 3022; EN Nevevi, Muhyeddin, age, cilt 9, sh. 164-165; Mecelle, mad. 967; ALİ Haydar, age, cilt 3, sh. 41*
- (2) *Bkz. El Merrâğî, Abdullah Mustafa, El Fethul Mubiyn, Beyrut 1974, cilt 1, sh. 182; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 2, sh. 165 vd.; Et Teftazani, Sadettin, age, cilt 2, sh. 168 vd.; Molla Hüsrev, age, cilt 2, sh. 439; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 271 vd.; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 762; ES Suyuti, Celaledin, age, sh. 221;*
- (3) *Mecelle, mad. 945; EZ Zeylâi, Fahreddin Osman, age, cilt 5, sh. 191; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 440; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 274; MEKDÛR, Muhammed Selam, age, sh. 456*
- (4) *İBRAHİM, Ahmed, age, sh. 356; EL Hacc, İbn-i Emir, age, cilt 2, sh. 176; EL Mevsuat-ul Fikhiyye, age, cilt 7, sh. 162; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 128; Ayrıca bkz. İMRE, Zahit, age, sh. 355; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, age, sh. 53*

birbirinden ayırtetmede hukukî bakımdan bir zorunluluk vardır. Çünkü ikisinde de akıl dengesizlik sözkonusu ise de, matuh olanlarda çoğunlukla temyiz gücünün bulunmasına karşılık, akıl hastalarında temyizden kesinlikle söz edilemez. Bunun içindir ki, İslam Hukuku, bunakları (matuhları) temyiz gücüne sahip olan ve olmayan diye ik gruba ayırmıştır. Temyiz yeteneği olmayan bunakları akıl hastaları kategorisine sokan İslam Hukuku, sadece mümeyyiz olan akıl zayıflarını bunak (matuh) kabul etmiştir(1).

Akıl hastalığı yanında akıl zayıflığı (ateh) kavranına yer veren İslam Hukukundan bir çok modern hukuk sistemlerinin esinlendiğini söyleyebiliriz. Başta Türk-İsviçre Medenî Kanunu olmak üzere Alman ve Avusturya Medeni kanunlarını sayabiliriz. Fransız Medenî Kanununda ise, açıkça akıl zayıflığından söz edilmemiş olmakla birlikte, bu hukuk sisteminde de akıl hastalığı ile akıl zayıflığı arasındaki farkın kabul edildiğini söylemek mümkündür(2).

Sağır-dilsiz ve körler akıl zayıfı grubuna girmemektedir. Çünkü bu organik bozukluklar kişinin akıl zayıfı sayılmasını gerektirecek derecede ağır durumlar değildir. Kaldı ki, bunların günlük hayatında beceri yönünden bir eksiklik göze çarpsa da akli melekeleri ve dolayısıyla ehliyet durumları tamdır. Sava Paşa'nın, İslam Hukukunda sağır-dilsizlik ile körlüğün ehliyet arızaları arasında sayıldığı şeklindeki tesbitine kesinlikle katılmıyoruz. Hem İslam hukukunda ve hem de modern hukukta, bu gibi kişileri korumak için öngörülen tedbirler ehliyet engelleri boyutuna varmamaktadır(3).

Biraz önce de değinildiği gibi, akıl zayıfı (matuh) eğer temyiz gücüne sahip değilse ehliyet açısından tamamen akıl hastası gibi düşünülmektedir. Yani bu durumdaki kişinin hak ehliyeti mevcut iken fiil ehliyetinden söz edilemez. Zaten, böyle birini bunak (matuh) saymak yerine, akıl hastası (mecnun) kabul etmek daha doğru bir yaklaşımdır. Yok, eğer temyiz gücü var ise, bu takdirde bahse konu olan bunak (matuh) söz konusudur. Esasen matuh deyince temyiz gücüne sahip, akıl zayıfı hatıra gelmelidir. Bundan sonra bunak (matuh) veya akıl zayıfı tabirlerini kullandığımızda hep mümeyyiz bunak olarak anlaşılmalıdır(4).

-
- (1) ZEYDAN, Abdülkerim, *age*, sh. 318; EL CEZUYYE, İbn-i Kayyim, *İlamul Muvakkiyin*, Mısır 1955 cilt 4, sh. 42; ŞABAN, Zekiyy-ud Din, *age*, sh. 103; ZEVLİLER, Aydın, *age*, sh. 62; EGGER-ÇERNİS, *age*, sh. 183
 - (2) TMK, Mad. 13; ZGB, mad. 16; BGB, mad. 114; ABGB, mad. 21; Ayrıca bkz. İMRE, Zahit, *age*, sh. 350 vd.; Zevkliler, Aydın, *age*, sh. 62-63
 - (3) Bkz. VOGEL, Hermann, *Verschollenheitsrecht*, Berlin/Frankfurt am Main 1949, sh. 16; SAVA Paşa, *age*, cilt 2, sh. 322; ES Sarraf, Abbas-Hazbon, George, *age*, sh. 158; ÖZSUNAY, Ergun, *age*, sh. 37; KEYRE, Hasan, *age*, sh. 593-594
 - (4) EL Kurdi, Ahmed El Hacci, *age*, sh. 25; EL Buhari, Abdülaziz, *age*, cilt 4, sh. 275; ABDULLAH, Ömer, *Süllemul Vusul, Li İlmil Usul*, Mısır tarihsiz, sh. 103

Matuhlar (bunaklar), temyiz kabiliyetini haiz olmakla mümeyyiz küçük statüsünde kabul edilirler. Başka bir anlatımla, bunların hak ehliyeti tam olup, fiil ehliyetleri eksiktir. Bunun sonucu olarak, bunakların ibadetleri ifa etme yükümlülükleri yoktur. Aynı şekilde ceza ehliyetlerinden de söz edilemez. Hukuki işlemlere girişebilme konusu da tıpkı mümeyyiz küçüklerinkine benzer. Bu nedenle, 2. Bölüm'de izah edilen mümeyyiz küçüğe ilişkin hükümlere bakmak yararlı olur. O halde, matuh hakkında tamamiyle menfaat sayılan hibe ve sadakayı kabul etmek gibi tasarruflar, velinin izni veya icazeti olmasa bile geçerlidir. Başkasına sadaka veya hibe etmek gibi salt zararlı işlemler ise, velinin izin veya icazeti olsa bile batıldır. Zarar ve yarar ihtimalinin eşit olduğu alım-satım, kira vb. gibi muamelelere gelince, bunların geçerliliği velinin ön iznine veya sonradan vereceği icazete bağlıdır (1)

Bunaklar İslam Hukukuna göre kendiliğinden mahcurdur. Bir çok ülkenin medenî kanunlarına göre de bu durum aynıdır. Ancak çoğu modern medenî kanunlarında İslam hukukçularının isabetle yaptığı ayırma yer verilmemiş ve Irak Medenî Kanununda (Mad. 49, 107) olduğu gibi, mümeyyiz olan ve olmayan matuhlar aynı statüye sokulmuştur. Mısır Medenî Kanunu ise (Md. 45, 113, 114) çağdışı bir anlayışla şu veya bu bunak çeşidi arasında ayırım yapmadan bütün akıl zayıflarını akıl hastası gibi düşünmüştür. Buna dayanarak da akıl hastalığında olduğu gibi, akıl zayıflığında da hacrin sözkonusu olabilmesi için mahkeme kararının gerekli olduğunu tasrih etmiştir(2). Çoğu zaman mümeyyiz olan matuhun akıl hastası gibi telakki edilmesini öngören adı geçen kanunun değişmesini temenni ederiz.

Biraz önce de belirttiğimiz gibi, bunaklar bedenî ibadetlerle mükellef değildirler. Ancak, bir kısım bilginler, ihtiyat ölçüsünü ileri sürerek bedenî ibadetleri yerine getirmelerini gerekli görmüşlerdir. İslam hukukçularının çoğunluğu (Cumhur-î Fukaha) ise, akıl zayıflığının bir sakatlık olduğunu ve üstelik şer'î teklifleri kaldırıcı bir hastalık niteliğini taşıdığını ifade ederek bu görüşü reddetmişlerdir(3). Diğer yandan, bunağın mümeyyiz çocuğa benzerliği tartışmaya konu olmanmaktadır. O halde, akli olgunluğu elde etmediği gerekçeyle mümeyyiz çocuğu ibadet yükümlülüğünden muaf sayan hükmün, aynı pozisyona sahip olan matuha verilmemesini izah etmek güçtür.

Matuh, ergenlik (büluğ) çağına erdiğinde ateh (bunaklık) durumu sürerse velisinin (meselâ babasının) velayet hakkı kendiliğinden devam eder. Bu nedenle, bunağın işlemleri ile ilgili olarak velinin izin ve icazeti kendiliğinden hüküm ifade eder. Bu görüşte bütün

-
- (1) *Mecelle, mad. 978; ALİ Haydar, age, cilt 3, sh. 68; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 69; HALLAF, Abdulvahhab, age, sh. MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 440*
- (2) *ZEYDAN, Abdulkarim, age, sh. 319; EL Attar, Abdünnasır, age, sh. 345; EL Mehdi, Muhammed, age, sh. 139; ES Senhuri, Abdurrazık, age, sh. 280*
- (3) *EL Buhari, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 275; EL Areavi, Mustafa, age, sh. 264; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 440*

İslam Hukukçuları ittifak etmiştir. Buna karşılık, bunaklık bülûğ çağından sonra baş göstermişse, velayet hakkının avdet edip etmemesi hususunda hukukçular arasında ihtilaf bulunmaktadır. İmam Ebu Yusuf'a göre, velâyet hakkı babaya veya dedeye avdet etmeyip hakime ait olur ve izin verme yetkisi munhasıran mahkemeye aittir. İmam Muhammed ise, bu durumda dahi velayet hakkının kendiliğinden veliye avdet edeceğini müdafaa etmiştir. Her birine ait deliller fıkıh kitaplarında uzun uzun zikredilmiştir(1).

d – BAYGINLIK (İGMÂ)

Baygınlık, kişinin idrak gücünü ve hareket serbestisini gidererek aklını çalıştırmasını önleyen ve doğal olmayan geçici bir uyuşukluktur(2). Bunun ehliyete olumsuz yönden etkisi tam değildir. Çünkü tanımdan da anlaşıldığı gibi, bayılma halinde akıl bütünüyle kaybolmuş, ancak vaki olan bir arızadan dolayı çalıştırılması zorlaşmıştır. Bayılma şiddetli bir hastalık sonucu veya sinir sistemindeki bozukluktan doğar. Bayılma durumu son bulunca kişi tabîî haline hemen döner. Bu nedenle, baygın olan kişinin gerek hak ehliyeti ve gerekse fiil ehliyeti sağlamdır. Ancak fiil ehliyeti zorunlu olarak belli bir süre için tatile uğramıştır. Tatil biter bitmez normal hale dönülmüş olur. Baygınlık hali devam ettiği sürece kavî (söze bağlı) tasarruflar geçersizdir. Çünkü akıl ve iradeden yoksun olan sözler bağlayıcı olmaktan uzaktır. Buna göre, baygınlık geçirmekte olan kişi hanımını boşasa, dinden döndüğünü beyan etse veya alım-satım ya da başka bir sözleşmeye ilişkin açıklama yapsa bunların hepsi geçersizdir. Diğer yandan, bayılma, kural olarak Allah hakkının (kamu hakkının) söz konusu olduğu durumların gerektirdiği sorumluluğu kaldırdığı halde, kul hakkını (özel hakkı) hiç bir zaman bertaraf etmez. Bu hükmün sonucu olarak, baygın durumda olan kimse ibadet mükellefiyetinden tamamıyla bağışık tutulmuştur. Buna karşılık, işlediği haksız fiil neticesinde başkasına verdiği zarar ve ziyadan sorumludur(3). Daha öncekilerde de gördüğümüz gibi buradaki sorumluluk da malî niteliktedir. Demek oluyor ki, yirmidört saatin tamamını baygın bir şekilde geçiren kimsenin, o süre içinde namaz kılma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zaten, bayılma aynı zamanda abdesti de bozmaktadır. Hemen belirtelim ki, oruç, zekât ve hac'ın farziyeti bayılma sebebiyle kalkmaz. Çünkü, bayılma süresinin bir yıl veya bir ay uzaması nâdirdir. Baygınlık esnasında başkasına ait malın üzerine düşülmesi suretiyle doğan zararlar, biraz önce de deği-

-
- (1) *EZ Zeylai, Fahreddin Osman, age, cilt 5, sh. 18 vd.; ET Teftazani, Sadettin Mesu'd, age, cilt 2, sh. 174; ABDURRAHMAN, Hamdi, age, sh. 221; GÂNİM: İsmail, age, sh. 211; MEDKÜR, Muhammed Sami, age, sh. 101*
 - (2) *EL Makarri, Ahmed Bin Muhammed, age, "GMY" maddesi; Molla Hüsvrev, age, cilt 2, sh. 481; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 128; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 27*
 - (3) *ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 319-320; EL Hacc, İbn-ı Emîr, age, cilt 2, sh. 179; EL Mevsuatul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 163*

nildiği üzere, baygın olana tazmin ettirilir. Çünkü İslam Hukuku kul hakkına yönelik herhangi bir tecavüze tolerans tanımamaktadır(1).

Bayılmanın ceza ehliyetine olan etkisi mevcuttur. Nadir de olsa, baygın iken işlenen suça had veya tazir cezaları uygulanamaz. Çünkü, işlenen suça karşı cezanın verilmesi İslam Hukukuna göre Allah hakkıdır. O halde, baygın adamın bu baygınlığı sırasında zina işlediği ya da içki içtiği varsayılsa had cezası uygulanamaz. Buna mukabil, baygın bir kimse- nin başkasını öldürmesi veya eşyasını çalması durumunda, Allah hakkını ilgilendiren kısas ve had cezalarının uygulanmamasına karşılık, kul hakkı kategorisine giren diyet (kanlık) ve malf cezanın ödenmesi gerekir(2).

e – UNUTMA (NİSYAN)

Usul bilginleri unutmayı, dış dünyadaki nesnelere akılda şekillenemeyişinden, kişinin bunlara kayıtsız kalması ve gerektiği halde bunları hatırlayamaması biçiminde tanımlamışlardır. Kimi hukukçular da, bunu kişinin iradesi dışında hafızaya peyda olan geçici bir durgunluk şeklinde daha kısa bir tarif vermiştir(3).

Demek oluyor ki, unutma hafıza yetisinin geçici olarak durgunluğa uğraması ve aklın dış dünyayı tanıma penceresi olan zihin melekesi üzerine bir anlamda perde çekilmesi demektir. Bu nedenle, unutma kişinin akıl, beden veya hukukî durumuna peyda olan bir hastalık, ya da patolojik bir bozukluk değildir. Bir yerde tabii karşılanabilen bu unutma nedeniyle kişi, yasa koyucu tarafından yükümlü kılındığı görevleri geçici olarak hatırlayamamakta veya yapmak durumunda olduğu ibadeti, ya da herhangi bir vecibeyi zihni durgunluk sebebiyle ifa edememektedir(4).

Unutma, aslında ehliyetleri etkilememektedir. Sadece, bir takım dinî gereklerin yerine getirilmemesinden veya ihmal edilmesinden doğan sorumluluğu kaldırıcı nitelikte bir hukukî mazerettir(5).

İslam Hukukuna göre, unutma durumunun mazeret oluşturup oluşturmaması bakı-

- (1) *EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 280-281; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 128; EL Arcavi, Mustafa, age, sh. 263 vd.; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 69-70*
- (2) *İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 5, sh. 100; ET Teftazani, Sadettin Mes'ud, cilt 2, sh. 168; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 341-342; HALLAF, Abdulvahhab, age, sh. 160-161*
- (3) *EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 812; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 276; EL Hacc, İbn-i Emir, age, cilt 2, sh. 176; EL Makarri, Ahmed Bin Muhammed, age, "NYS" maddesi*
- (4) *Bkz. SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 323; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 162; HALLAF, Abdulvahhab, age, sh. 160-161*
- (5) *MOLLA Hüseyin, age, cilt 2, sh. 440; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 812*

ından, haklar bir ayırma tabi tutulmuştur. Şöyle ki, Allah hakkı diye nitelediğimiz durumlarda (örneğin ibadetlerde olduğu gibi) söz konusu olan kişiyi o an için manevî sorumluluktan düşürür. Binaenaleyh, herhangi bir ibadeti zamanında yerine getirmeyi unutan kişi, günah dediğimiz manevî müeyyideden muaf kabul edilmektedir. Nitekim, "Uyku veya unutma sebebiyle namazı geçiren kimse hatırlayınca kılınsın" (1) mealindeki hadis-i şerif bu düşüncenin temelini teşkil etmektedir. Yine, ibadetlerin ifası sırasında yapılmaması gereken bir davranış, unutma sonucu yapılacak olsa, bu ibadetin geçerliliğine zarar vermemelidir. Çünkü unutmanın hukukî (şer'i) bir mazeret olduğunu yukarıda belirtmiştik. Hemen vurgulamak gerekir ki, belirttiğimiz son husus için hukukçular bir şart getirmişlerdir. O da unutma keyfiyetinin olağan karşılanabilen alanlarda olması gereğidir. Normal olarak herkesin hatırlayabildiği hususların unutulması mazeret desteğinden yararlanamaz. Örnek vermek gerekirse, namaz kılma esnasında unutulmuş su içilmesi halinde namaz bozulur ve jadesi gerekir. Çünkü namaz, normal olarak bu tarz unutmanın yadırgandığı bir pozisyona sahiptir. Buna karşılık, oruçlu olan kimse unutarak su içse, orucuna halel gelmemektedir. Çünkü, oruç ibadeti, bu kabil unutmaya müsait bir durumdadır (2)

Yukarıda da işaret edildiği gibi, unutma, ibadetleri dışındaki dinî yükümlülüklerde de meydana gelecek sorumu kaldıracı niteliktedir. Meselâ hayvanın boğazlanması sırasında getirilmesi gereken besmele unutulsa, günah işlenmiş sayılmadığı gibi, kesilen hayvanın etinin yenmesinde de dinen hiç bir sakınca görülmemektedir. Unutmanın bir mazeret teşkil ettiğini gösteren en güçlü delil Hz. Peygamber'in, "Ümmetimden hata, unutma ve zorlanmadan doğacak günahlar kaldırılmıştır" (3) mealindeki hadisidir.

Kul hakkını ilgilendiren konular unutmaya keyfiyetinden etkilenmemektedir. Daha açık bir deyimle, bu nevi haklarda unutma, mazeret olarak kabul edilmemektedir. Çünkü, bir çok kez belirtildiği üzere, İslam Hukuku kul hakkına saygılı olmayı başlı başına bir görev saydığı için unutmanın bu temel görevin önüne geçemeyeceğini vurgulamıştır (4). Buna göre, unutulmuş herhangi bir kimsenin malına zarar verilse, tazninden kurtulunmaz. Yine, ifası gereken bir borcun belirlenen vakitte ödenmesinin unutulması halinde söz konusu borç düşmez. Bu gibilerin unutma itirazını ileri sürmeleri dinlenemez. Meğer ki, unutma süreklilik kazanıp kişinin bariz bir özelliği haline alsın. Bu takdirde unutma şekil değiştirir-

(1) *ES Suyuti, Cemaleddin, El Cami-us Sahih, Mısır tarihsiz, Hadis No: 1809; EBU Davut, Süleyman, age, "Salat" bahsi; EN Nesai, Ebu Abdurrahman, age, "Mevakıyt" bahsi; ED Darimi, Abdullah, age, "Salat" bahsi*

(2) *EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 341; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 440; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 276; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 71; EL Kurdi, Ahmet El Hacci, age, sh. 26*

(3) *EL Menâvi, Abdür-rauf, Fayz-ul Kadiyr, Mısır 1938, cilt 6 sh. 7362; EL Hâkim, Muhammed, El Müstedrek, Riyat tarihsiz, cilt 2, sh. 198; EL Mevsuat-ul F5khiyye, age, cilt 7, sh. 162*

(4) *ET Teftazani, Sadettin Mesud, age, cilt 2, sh. 169; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 440; EL Hacc, İbn-i Emir age, cilt 2, sh. 176*

rek bunaklığa (atehe) dönüşür ve ehliyeti etkileyici bir nitelik taşıdığından dikkate değer bir durum ortaya çıkar(1).

f – UYKU HALİ (NEVM)

Uyku, akıl ve duyunun fonksiyon görmesini geçici olarak önleyen ve irade dışı olan tabii bir zihni durgunluğu ifade eder(2). Bu tanımlama şeklinin İslam Hukukçularınca benimsenmesiyle yakın kavranlar olarak sanılan sarhoşluk ve akıl hastalığı kapsam dışı kalmaktadırlar. Çünkü, sarhoşluk irade sonucu ortaya çıkan bir zihin bozukluğu iken akıl hastalığı da geçici olmayıp süreklilik arzeden patolojik bir rahatsızlıktır. Tanımdan da anlaşıldığı gibi, uyku hali, kişinin akıl ve iradesini kullanmasını geçici olarak engelleyen doğal bir durumdur. Bu itibarla, uyumakta olan kişide duyu yeteneği, irade ve hareket serbestisi bütünüyle rafa kaldırılmıştır(3). Belki de, uyku halinin en çok benzerlik gösterdiği kavram baygınlıktır. Çünkü ikisinde de şuur, anlama kabiliyeti ve iradî hareket belli bir süre için tatile uğramıştır. Hatta, bu ortak yanlarından dolayı kimi hukukçular, bu iki engeli bir başlık altında işlemişlerdir. Verdiğimiz tanımda geçen tabii olma keyfiyeti bu iki kavram arasında kalın bir çizgi oluşturmaya yeter. Çünkü, bayılma tabii bir hal olmayıp hastalık veya sinir sistemindeki bozukluk sonucu meydana gelir. Bununla beraber, terim farklılığına rağmen uyku ile bayılmanın hukuki sonuçları aşağıda da görüleceği üzere, hemen hemen aynıdır(4).

Bayılmayı anlatırken verdiğimiz izahlar, yani bayılmanın İslam hukukunca tabii olduğu hükümler uyku hali için de aynen geçerlidir. Bu nedenle, uyuyan kimsenin Allah hakkı diye bilinen dinî vecibelerden sorumlu tutulması düşünülemez. Kul hakkı diye anılan ve insanlara verilen zararlarda kendisini gösteren durumlardaki mali sorumluluk ise, şimdiye kadar anlatılanlarda olduğu gibi uyumakta olan kişi için de kaçınılmazdır. Aslında, uyku hali fiil ehliyetini geçici olarak yok ettiği için, bu ehliyete terettüp eden hükümler uyanırcaya dek bekletilir. Örneğin, uykuda iken geçirilen namazın kazası uyandıktan sonra yapılır. Uykuda iken yapılan söze bağlı tüm hukukî işlemler geçersizdir. Böylece uyuyan kişinin, alım-satım, kira, rehin vb. gibi akitlere ilişkin beyanı geçersiz olduğu gibi,

-
- (1) EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 26; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 341, Ez Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 812; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 323-324
 - (2) EL Makarri, Ahmed Bin Muhammed, age, "NVM" maddesi; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 440; EL evsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 162-163
 - (3) EL Hacc, İbn-ı Emir, age, cilt 2, sh. 177; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 27; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 70; KARAMAN, Hayrettin, age, sh. 192; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 128
 - (4) İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 5, sh. 101; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 278; ET Teftazani, Sadettin Mesu'd, age, cilt 2, sh. 169; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 319; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 440

gayr-ı müslimin İslamı seçmesi veya müslüman birinin din değiştirmesi (mürted olması) ile ilgili sözleri de hüküm ifade etmez. Ayrıca bayılma konusu anlatılırken belirtilen hükümler uyku hali için de aynen geçerli olduğundan orayı gözden geçirmek yararlı olur. Ancak, aralarında bulunan bir farkı belirtmeden geçmeyelim: Bayılma daha ağır bir durum sayılmakla namaz sırasında vukubulursa namazı bozar. Uyku ise bir çok fıkıh bilgilerine göre namazın sıhhatine zarar vermemektedir(1).

g – ÖLÜMLE SONUÇLANAN HASTALIK (MARUZ-UL MEVT)

Ölümlerle sonuçlanan hastalık çeşitli şekillerde tanımlanmış ise de, bu tanımların ortak özelliklerini bir araya getirip "kişiyi olağan işlerini yapmaktan alıkoyan, ölünceye kadar araya iyileşme girmeyen ve gitgide ağırlaşarak genellikle bir yıl içinde ölümü sonuçlandıran hastalıktır" biçiminde tarif etmek mümkündür.(2) Tanımdaki ifadeleri gözden geçirince bir hastalığın ölüm hastalığı sayılabilmesi aşağıdaki unsurların bulunmasına bağlıdır :

1 – Hastalığın belli bir şiddette olması gerekir. Bunun ölçüsü, erkek ise normalde erkeklere ait işleri yapamaması; kadın ise kadınlara mahsus ev işlerini göremeyecek durumda olması tarzında belirlenmiştir. Bu şiddette olmayan hastalık ölüm hastalığı kabul edilemez. Şu var ki, hastanın komalık olmaya yakın olmasına veya sürekli yatakta bulunmasına gerek yoktur.(3)

2 – En çok bir yıl içinde ölümü sonuçlandırmalıdır. Aynı seviyede seyredip ağırlaşma durumu artmayan rahatsızlık bu türden bir hastalık sayılamaz. Buna karşılık, gittikçe ağırlaşan hastalığın ölümü doğurması bir yıllık limitin dışına taşarsa yine ölüm hastalığı niteliğini alır. Öte yandan, bu bir yıllık süre içinde ölümün, hastalıktan değil de başka bir nedenle (örneğin trafik kazası, öldürülme vb. gibi) gerçekleşmesi, ölüm hastalığı vasfını kaldırmaz ve onun hükümleri uygulanır.(4)

3 – Hastalık ile ölümün arasına iyileşmenin girmemesi lazımdır. Şu halde, hasta söz konusu hastalıktan kurtulduktan sonra ölürse, ölümlerle sonuçlanan hastalık kapsamına gir-

-
- (1) Bkz. *Musa, Muhammed Yusuf, El Fıkh-ul İslami, Mısır tarihsiz, sh. 235; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 324; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 341-342; HALLAF, Abdolvahhab, age, sh. 160-161; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 162-163; SADR-u Şeria, Ubeydullah, age, cilt 2, sh. 169*
- (2) *Mecelle, Mad. 1595; ES Sarraf, Abbas-Hazban, George, age, sh. 160; Medkûr, Muhammed Selam, age, sh. 461; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 803*
- (3) *İBN-İ Melik, İzzeddin Abdullatif, age, sh. 961; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 446; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 133-134;*
- (4) *EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 29; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 803; Mecelle, mad, 1595; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 307*

mez. Çünkü araya sağlıklı bir dönemin girmesi illiyet bağı ve neden—sonuç ilişkisini kesmiştir.(1)

Hukukçular fırtınaya tutulup batma tehlikesi ile karşı karşıya bulunan gemideki yolcuların, esirleri genellikle öldüren ülkelerin eline esir düşenlerin, kızışan savaşın en tehlikeli cephesinde savaşmakta olanın, yangının çepçevre sardığı yerlerde mahsur kalanların ve asılmak üzere idam sehpasına götürülen kimselerin durumunu da ölümle sonuçlanan hastalık olarak değerlendirmişlerdir. Çünkü bunlarda da yaşama ümidi son derece zayıflamıştır. (2) Hatta, öldürücü bir bulaşıcı hastalığın (örneğin vebanın) kasıp kavurduğu şehirde yaşayan herkes ölüm hastalığına dâçar kabul edilmiştir.(3)

Kişiliğin ve ehliyetin son bulduğu ölüm hadisesinin bir habercisi gibi görünen ölüm hastalığı, aslında ne hak ehliyetini ve ne de fiil ehliyetini gidermemektedir. Çünkü henüz hayat devam ettiğine göre, hak ehliyetinin dayanağı olan zimmet mevcuttur. Ayrıca akıl durumunda herhangi bir bozukluk baş göstermediği için fiil ehliyeti yönünden de problem yoktur. Bununla birlikte, söz konusu hastalık kişinin hukukî işlem yapabilme alanını daraltarak bazı tasarruflarda bulunulmasını önler. Bu önlem, ilgili kişilerin haklarının korunmasını amaçlamaktadır. Bunlar alacaklılar ile mirasçılardır. Bilinen bir gerçek ki, hastalığının ucunda ölümü fark eden ve ecelinin yaklaştığına inanan kimse, dünyaya bakış açısı değişir ve bazı yakınlarına, ya da sevdiklerine daha cömert davranmak ister. İşte, hastanın bu son duygularının alacaklı ve mirasçıların haklarını zedeleyeceği endişesiyle tasarruf yetkisine bir sınırlama getirilmiştir. Hemen belirtelimki, sözü edilen sınırlama veya kısıtlılığın sonucu kendini ancak ölümden sonra gösterebilir. Mirasçı ve alacaklının hakkı terekeye bağlandığından, bu haklarının zedelendiğini ileri sürme yetkisi ölümden sonra doğar ve fakat etkisi hastalığın başlangıç anına kadar geriye yürür.(4)

Mirasçı ve alacaklıların haklarının terekeye bağlanması, ölümle sonuçlanacak rahatsızlığa yakalanmış kimsenin tasarruf yetkisinin adı geçenlerin hakları oranında, kısıtlanması (hacredilmiş) sonucunu doğurur. Alacaklılar yönünden kısıtlılık miktarı alacakların toplamı kadardır. Başka bir deyimle hasta, üzerindeki borç miktarı kadar kısıtlı olup aşan kısımda

- (1) *El Hafif, Ali, age, sh. 92; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 462; EL Hacc, İbn-i Emir, age, cilt 2, sh. 186*
- (2) *MUSA, Muhammed Yusuf, El Emval ve Nazariyyet-ul Akl, Mısır tarihsiz, sh. 340; EL Hafif, Ali, age, sh. 92; Zuhayli, Vehbe, age, cilt 4, sh. 134*
- (3) *İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 721; MEDKÜR, Muhammed Selam, age, sh. 462—463*
- (4) *ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 320; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 446; ET Teftazani, Sadettin Mes'ud, age, cilt 2, sh. 117; ES Sarraf, Abbas—Hazbon, George, age, sh. 159—160; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 804—805; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 163; EL Hacc, İbn-i Emir age, cilt 2, sh. 186; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 325—326*

tasarruf serbestliğine sahiptir. Mirasçılar yönünden ise, kısıtlılık durumu servetin üçte ikisine inhisar eder.(1) O halde, bu iki sınıfa göre hastanın kısıtlılık durumunu ayrı ayrı ele almakta yarar vardır :

aa) Alacaklılar Yönünden : Hastanın üzerindeki borçlar, eğer bütün servetini kaplamışsa bu durumda hibe, vasiyet, hediye, malını vakfetme vb. gibi karşılıksız hukuki işlemlerin geçerliliği alacaklıların rızasına bağlıdır. Hastanın ölümünü müteakip alacaklılar rıza göstermediklerini bildirdikleri takdirde, bu işlemler kurulduğu andan itibaren geçersizdir. Fiyatta gösterilen aşırı fedakârlık suretiyle yapılan alım-satım sözleşme ve bu kabilden sayılmıştır. Bahse konu işlemlerde alacaklıların hakları tehlikeye gireceği düşüncesiyle böyle bir tasarruf sınırlaması getirilmiştir. Borç miktarının servetten daha az olması halinde, hastanın tasarruf yetkisi, borç miktarının düşülmesinden sonra kalan kısmın üçte birine inhisar eder. Çünkü arta kalanın üçte ikisi mirasçılarının güdümünde olduğundan, onların rızası dışında hastanın tasarrufuna konu olamaz.(2)

bb) Mirasçılar Yönünden : Borçlu olmayan hastanın karşılıksız hukuki işlemleri yapma yetkisi, servetin üçte biri ile sınırlıdır. Üçte bir sınırın aşıldığı işlemlerin geçerliliği, mirasçılarının, hastanın ölümünden sonra kabul etmesine bağlıdır. Üçte birin altında olan işlemlere mirasçılarının hiç bir şekilde itiraz hakkı yoktur. Hasta tarafından mirasçılardan biri lehine yapılan karşılıksız bir işlem ise, miktarına bakılmaksızın diğer mirasçılarının onayına bağlı bulunmaktadır. Hz. Peygamber'in, "Şüphesiz Allah her hak sahibine hakkını vermiştir. Biliniz ki, mirasçı için vasiyet olamaz"(3) şeklindeki hadiste öngörülen vasiyete diğer karşılıksız işlemler de kayaslanmıştır.(4)

Ölümlle sonuçlanan hastalığın, ehliyetleri gidermediğini ve fakat mirasçı ile alacaklıların haklarını korumaya yönelik bir kısıtlılığa neden olduğunu yukarıda görmüştük. Buna göre, ilahi emirlere muhatap olma durumu, mali ve bedeni ibadetleri ifa yükümlülüğü, haksız fiil sorumluluğu ve ceza ehliyeti devam etmektedir. Diğer taraftan, zaruri sayılan birtakım harcamalar da hiç kimsenin rızasına bağlı olmadan yapılabilir. Yemek, giyim, barınma, yakınların nafakası, doktor ücreti, ilaç parası vs. gibi harcamalar bu cümleden sayılabilir. Yine, mirasçı ve alacaklıların haklarını zedeleyecek nitelikte olmayan bütün işlemler geçerlidir. Örneğin hastanın alım-satım, rehin, kira, ortaklık ve bunlara benzer akitleri yapması engellenemez. Çünkü şu ana kadar izahına çalıştığımız tasarruf sınırlaması, başka-

(1) İBN-İ Melik, İzzeddin Abdullatif, age, sh. 962; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 320;

(2) EL Kasani, Alaadden Bin Mes'ud, age, cilt 8, sh. 224; Zuhayli, Vjhbe, age, cilt 4, sh. 136; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 463-464

(3) NASIF, Mansur Ali, age, cilt 2, sh. 266

(4) EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 30; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 307; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 320-321; MOLLA Hüseyin, age, cilt 2, sh. 446

sının hakkını zayıf etme nedeninden kaynaklanıyordu. (1) Bundan başka, hastanın, mirasçılarının dışında herhangi biri lehine borç ikrarında bulunması da hiç kimsenin rızası aranmadan geçerlidir. Mirasçılardan biri lehine olan borç ikrarı ise diğer mirasçıların kabul etmesine bağlıdır. (2)

Ölüm hastalığına yakalanmış kimsenin evliliğine gelince, İslam hukukçularının çoğuna göre geçerlidir. Sadece maliki ekolünün kurucusu İmam Malik, geçersizliği savunmaktadır. Ancak, kadın için belirlenecek mehir miktarı emsalini geçmemelidir. Geçen kısım ise, haklarının zedelendiğini ileri sürece mirasçı ya da alacaklıların onayına sunulacaktır. Bu durumda evlenen çiftin birbirlerine mirasçı olması hukukçular arasında ihtilafli ise de, çoğunluğun görüşü mirastan pay alabilecekleri yönündedir. (3)

Bu tür hastalıklı kişilerin boşama işlemleri de geçerlidir. İslam Hukukuna göre boşama hakkının sadece erkeğe ait bir hak olduğu unutulmamalıdır. Fakat boşanan eşin mirastan pay alıp almayacağı meselesi, görüş ayrılıklarına sahne olmuştur. Şafiiler, boşanmanın kesinlik kazanmasıyla miras hakkından söz edilemeyeceğini iddia ederler. Diğer üç ekol, kötünietli eşlerin önüne geçmek için miras hakkını tanıma yolunu seçmişlerdir. Ancak, Hanefiler kadının bekleme müddetinin sona ermemesini, miras hakkının kazanılması için gerekli görürken, Hanbeli ekolü başkasıyla evlenilmediği sürece miras hakkının var olduğunu savunurlar. Malikiler ise, mirasçı olmak için hiç bir şartı öngörmemişlerdir. Caferiler de, evlenilmemesi kaydıyla bir yıla kadar ölümün vukubulması halinde, mirasçı olunabileceği görüşüne sahiptirler (4) 1959 tarihli Irak Medeni Kanunu sözü edilen boşamayı geçersiz sayan 1943 tarihli Mısır Miras Kanunu ise tamamen Hanefi ekolünün görüşüne uymuştur. (5)

H – AY HALİ ve LOHUSALIK (HAYIZ VE NİFAZ)

Ayhali (hayız), yetişkin kadının rahminden periyodik olarak akan kan olup herhangi bir hastalık veya bozukluktan kaynaklanmamaktadır. Lohusalık (Nifas) ise, kadının doğum yapmasından belli bir süre sonra devam eden kan akıntısıdır. (6) Klasik İslam hukukçuları

- (1) SAVA Paşa, *age*, cilt 2, sh. 326–330; EZ Zerka, *Mustafa Ahmed*, *age*, cilt 2, sh. 805; MUSA, *Muhammed Yusuf*, *age*, sh. 341; DÖNDÜREN, *Hamdi*, *age*, sh. 70
- (2) *Mecelle*, mad. 1601; ZUHAYLİ *Vehbe*, *age*, cilt 4, sh. 138
- (3) EŞ Şafii, *Muhammed Bin İdris*, *age*, cilt 3, sh. 31–32; İBN-İ Kudame, *Abdullah*, *age*, cilt 6, sh. 326; ZEYDAN, *Abdulkerim*, *age*, sh. 321
- (4) ET Tennuhi, *Sahnun*, *El Müdevvenet-ul Kübra*, *Mısır 1323*, cilt 2, sh. 132; ET Tusi, *Muhammed*, *El Hilaf*, *Mısır tarihsiz*, cilt 2, sh. 456; EL Merginani, *Ali*, *age*, cilt 3, sh. 150–153; İBN-İ Recep, *age*, sh. 320; ZEYDAN, *Abdulkerim*, *age*, sh. 321–322
- (5) *Irak Medeni Kanunu*, mad. 35; *Mısır Medeni Kanunu* mad. 11
- (6) EL Makarri, *Ahmed Bin Muhammed*, *age*, "HYZ-NFS" maddeleri; EL Buhari, *Abdülaziz*, *age*, cilt 4, sh. 312; EL Mevsuat-ul Fıkhıyye, *age*, cilt 7, sh. 164; EŞ Şirbini, *Muhammed*, *age*, cilt 1, sh. 112

nın, bu iki durumu ehliyet engelleri arasında saymalarını anlamak güçtür. Çünkü onlar dahil tek bir İslam hukukçusunun, bu iki durumun az da olsa ehliyete gölge düşürdüğünü söylediği varit değildir. Bilakis, her iki durumda da kadının yaşama, temyiz gücü ve akıl melekesi devam ettiğinden, ehliyetler açısından ideal bir ortam mevcuttur. Herhalde, hukukçuları bu durumları arızalar arasında saymaya sevkeden sebep, bu iki durumu yaşayan kadının bazı bedenî ibadetleri yapmaktan başışlanması veya sonraya bırakmak durumunda olmasıdır. Kanaatimizce bu da yeter sebep değildir. Hele Sava Paşanın, aybaşı ve lohusalık hallerinin İslam Hukukçularınca birer hastalık sayıldığını iddia etmesi gerçeği yansıtmamaktadır.(4) Burada söylenebilecek tek şey, aybaşı ve lohusalık, temizliğin şart olduğu bazı ibadetlerin farzietini kaldırdığından, hatırlatma kabilinden burada yer almıştır.(5)

Aybaşı hali (hayız) ile lohusalığa (nifasa) terettüp eden hükümleri şöylece özetleyebiliriz :

1 – Namazın farzietini kaldırır. Kadına bu haller süresince namaz düşmez. Hatta, bu şekilde namaz kılmak günah ve dinen sakıncalıdır. Namazın sonradan kazası da icap etmez.

2 – Bu hallerde oruç da tutulamaz. Ancak namazın aksine, tutulamayan Ramazan orucunun kaza edilmesi gerekir.

3 – Kur'an-ı Kerim'e el sürmek ve hatta ezberden okumak da dinen yasaklanmıştır. Bu hüküm, Kur'an'ın kutsallığına olan saygının bir sonucudur.

4 – Müslümanların ibadet yeri olan camiye girmeleri de sakıncalıdır. Bu da, bir önceki durumda olduğu gibi Caminin kutsallığına ve temizliğine gölge düşürülmesi ihtimaline dayanmaktadır.

5 – Bu durumdakilerin, eşleri ile cinsel temasta bulunmaları dinen sakıncalı görülmüştür. Nitekim modern tıp da bu hükmün çeşitli yönlerden isabetli olduğunu doğrulamıştır.(1)

İ – ÖLÜM (MEVT)

Ruhun bedenden ayrılması sonucu hayatın kesin şekilde sona ermesine ölüm denir.

(1) Bkz. SAVA Paşa, *age*, cilt 2, sh. 350

(2) Ayrıca bkz. El Kalyubi, İsmail, *age*, cilt 1, sh. 98; EL Hacc, İbn-ı Emir, *age*, cilt 2, sh. 188; ET Tef-tazani, Sadettin Mes'ud, *age*, cilt 2, sh. 176; MOLLA Hüsrev, *age*, cilt 2, sh. 446

(3) Bkz. El Kurdî, Ahmed El Hacci, *age*, sh. 31-32; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, cilt 2, sh. 812-813; DÖNDÜREN Hamdi, *age*, sh. 71

Ölüm, hadisesi, kişinin yaşama imkanını ortadan kaldırmakla sadece ehliyetleri değil, kişinin dünya ile ilişkisini de bir çarpıda keser. Hayatın noktalanmasına neden olan ölümün ehliyet arazaları arasında yer alması yadırganabilir. Çünkü, ölüm dolaylı olarak ehliyet engeli niteliğini almaktadır. Kitabımızın birinci bölümünde ele alındığı gibi, ölüm olayı kişiliği sona erdiren bir faktördür. Kişilik olmayınca ehliyetten de söz edilemeyeceği gerçeği, ölüm, İslam hukukçularınca arızalar arasında yer verilmesine neden olmuştur. (1) Kanaatimizce bu cevaptatmin edici olmaktan uzaktır. Çünkü kişiliğin yitirilmesinden dolayı ehliyetten söz edilememesi başka, yaşamakta olan kişinin ehliyetini olumsuz yönde etkileyen bir engel çıkması daha başkadır. Bu bölümde konu olması gereken tabiatıyla ikinci hususdur. Olsa olsa, ölüm de diğer bazı faktörler gibi konumuza teğet geçtiği için arızalar arasında yer almıştır. (2)

Ölümün gerçekleşmesiyle kişinin muhatap olduğu bütün dinî yükümlülüklerin kalkacağı açıktır. Buna karşılık, hayatta bulunduğu sırada ölenin servetine ilişmiş bütün haklar terekesinden karşılanacaktır. Meselâ sağlığında teslim alınmış olan vedialar veya başkasından gasbedilen mallar, sahiplerine teslim edilmek zorundadır. Ayrıca ölünün mülkeyet hakkı olmadığından ona bağışlanan hediye veya vasiyetler geçersizdir. Zaten bütün malları mirasçı ve varsa alacaklılarına kalmıştır. Ölenin hayatta iken attığı oltaya balık takılması ile ilgili istinsa için birinci bölüme bakmak yararlı olur. (3) Ölümden önce ödenmemiş olan zekâtın terekeden karşılanıp karşılanmayacağı hususu ise, İslam hukukçuları arasında ihtilafıdır. Hanefî ekolü, bunu dinî yükümlülük addederek ölümle bertaraf olduğunu kabul etmiştir. Şafî ekolü ise, zekâtın mala taalluk eden bir hak olduğu gerçeğinden hareketle, ölümden sonra bile terekeden çıkarılması gerektiği görüşüne sahiptir. (4)

Ölen kimsenin mallarının mirasçı veya diğer hak sahiplerine intikal ettiğini az önce belirttik. Ölen kişinin kalan bu malların bütününe denilir. Terekenin nasıl dağıtılacağı hakkında İslam Hukukunda belirlenmiş bir sıra esası mevcuttur. Buna göre, ilk sırada yer alan haklar karşılanmadan öbür sıralara geçilemeyecektir. Öngörülen sıralama şu şekildedir : 1 – Ölenin cenazesinin kaldırılması için yapılan harcamalar, 2 – Ölenin borçları, 3 – İlk ikisinden arta kalanın üçte birini geçmemek üzere ölenin vasiyetleri, 4 – Geri kalan bölümün mirasçılarca bölüşülmesi. (5)

(1) ET Teftazani, *Sadettin Mes'ud*, age, cilt 2, sh. 178; EL Hacc, *İbn-ı Emir*, age, cilt 2, sh. 189; KARAMAN, *Hayrettin*, age, csh. 190

(2) Geniş açıklama için bkz. El Buhari, *Abdülaziz*, age, cilt 4, sh. 313; EZ Zerka, *Mustafa Ahmed*, age, cilt 2, sh. 815

(3) MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 448; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 164; Ayrıca birinci bölümdeki ilgili yerlere bakınız.

(4) ZEYDAN, *Abdulkerim*, *Usul-ul Fıkıh*, sh. 86; ET Teftazani, *Sadettin Mes'ud*, age, cilt 2, sh. 178

(5) EŞ Şirbini, *Muhammed*, age, cilt 3, sh. 3-4; EN Nevevi *Muhyeddin*, *El Minhac*, sh. 110; EL Erdebili *Yusuf*, age, cilt 2, sh. 2; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 448

B) MÜKTESEP ENGELLER (AVARİZ-I MÜKTESEBE)

a – BİLMEK (CEHALET)

Bilmemek (cehalet), bilinmesi gereken veya mümkün olan konulara dair bilgi yoksunluğudur. Cehaletin, ehliyete doğrudan doğruya olumsuz yönde etki yapmadığı, sadece bazı vecibelerin yerine getirilmeyişi için mazeret oluşturduğu açıkça bilinmektedir. Çünkü, bir konunun cahili olmamak, kişinin ehliyet ve yeteneklerinden hiç bir şey eksiltmez. (1) Ancak, bir çok defa açıklandığı gibi, İslam hukuku, kişiler arası hukuki işlemleri ve kul ile yaradan arasındaki kulluk ilişkisinden doğan dinî yükümlülükleri fiil ehliyetinin kapsamı içinde aynı derecede mütalaa etmiş ve cehalet olgusunu, özellikle dinî sorumluluğu kaldırmaya da hafifletici bir mazeret biçiminde kabul etmiştir. Cehaletin ehliyet engelleri arasında zikredilmesi bu sebepten kaynaklanmaktadır.

Modern pozitif kanunların, kişilerin kanunları bilmek zorunda oldukları ve kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı kuralını benimsediği bilinmektedir. İslam hukuku, temelde bu kuralı benimsemenin yanında, bilgisizlik konusunu, mazeret oluşturmak bakımından bir ayırımı tabi tutmuştur. Bu meyanda, Şafii ekolünün kurucusu İmam Şafii, kişilerin bilmek durumunda olduğu konuları iki gruba ayırmaktadır. Birinci grup, toplumda yaşayan her bireyin öğrenip bilmek zorunda olduğu hususlardır. İstisnasız herkes bu bilgileri almak durumunda olduğundan, bunları bilmemek mazeret olarak dinlenmez. Meselâ namaz, oruç ve zekâtın farziyeti ile öldürme, zina, içki ve hırsızlık yasağı bu türdendir. İkinci grup bilgiler ise, ancak uzman kişilerin bilebileceği hususlardır ki, herkes öğrenmek mecburiyetinde değildir. Bunları öğrenme mecburiyeti olmadığından, bilgisizlikten herhangi bir sorumluluk söz konusu olamaz(2).

İslam hukukçuları, az önce işaret edilen değişik özellik ve etkileri nedeniyle cehaleti dört kısma ayırmışlardır :

aa) Sahibi İçin Mazeret Sayılmayan Cehalet : Herkesin bilmek durumunda olduğu bir konuyu bilmemek şeklinde ortaya çıkan bu cehalet türü, hiç bir kimse için mazeret sayılmaz. Kaldı ki, böyle bir konuyu öğrenmemek ağır bir manevi sorumluluk (günah) gerektirir. Çoğu kez bu cehalet çeşidi inat ve inkâr biçiminde meydana çıkar. Örneğin, bir

-
- (1) *EZ Zerkeşi, Bedreddin Muhammed, age, cilt 2, sh. 12-13, 23; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 814; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 164; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 1, sh. 190*
(2) *BİLMEN, Ömer Nasuhi, age, cilt 1, sh. 233-234; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 347-348; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 34; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 330 vd.; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 74*

müslümanın din değiştirmesinde ortaya çıkan cehalet bu kabildendir.(1) Yine Allah'ın varlığını ve birliğini bilmemek, Peygamberi inkâr etmek, dinin açıkça yasak kıldığı hususların (içki, kumar, zina v.s. gibi) haram olduğunu öğrenmemek mazeret sayılamayan cehalete birer örnektir. Şunu da tebârüz ettirmek gerekir ki, bu nevi cehalet felsefî anlamda bir cehalettir. Çünkü bu, tamamen aklın serkeşliğinden ve inançla ilgili delillerin kulak arđ edilmesinden kaynaklanmaktadır.(2)

b) Bazı Konuların Yorumunu Bilmemekten Veya Değişik Yorumlamaktan Doğan Cehalet: Bu cehalet türünün söz konusu olduğu hususlar girift ve derin konular olmakla araştırmayı gerektirdiği için, herkes tarafından beklenemez. Binaenaleyh, ancak o konu uzmanlarının bilebileceği yorumu öğrenmek mecburiyeti yoktur. Meselâ Allah'a ait sıfatların niteliğini veya öldükten sonra mezardaki hayatın keyfiyetini bilmemek bu kabildendir. Bu gibi yorumların mahiyetini öğrenmemek zorunlu olmadığı için sorumluluğu gerektirmektedir.(3)

Değişik yorumlama sonucunda mevcut iktidara silahlı karşı çıkan topluluğun durumu da, bu çeşit cehaletin kapsamı içinde düşünölmüştür. Ancak bunların sorumlu tutulmaması veya mazur sayılması bütünüyle manevî ve uhrevîdir. Dünyada kendilerine uygulanacak hükme gelince, bütün İslam hukukçuları, bu gibilerin, devlet tarafından ölüm cezasıyla beheimahal cezalandırılması gerektiğinde birleşmişlerdir (4).

c) Şüphe, Hata ve Yetersiz Araştırmadan Kaynaklanan Cehalet : Bu çeşit cehaleti hatanın kapsamına almanın daha doğru olacağı kanısındayız. Bu şekilde ortaya çıkan cehalet mazeret kabul edilmektedir. Bu nedenle, ne dini ve ne de hukukî sorumluluktan söz edilir. Hatta, bu tür cehaletin baş gösterdiği kişilerin ceza sorumluluğu da yoktur. Örneğin, bir kimsenin, aralarında evlenme yasağının olduğunu bilmediği biri ile evlenmesi ve üzüm suyu zannıyla içki içmesi gibi. İslama yeni girdiği için, süt kardeşliğinin evlenme yasağı oluşturduğu hususunu araştırmaya fırsat bulamadan böyle bir evlilik yapan kişi de, yetersiz araştırma dolayısıyla bu cehalet türüne bir örnektir(5)

-
- (1) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 349; EL Pezdevi, Fahr-ul İslam, ge, cilt 4, sh. 338; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 332
 - (2) MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 450; EZ Zerkeşi, Bedreddin Muhammed, age, cilt 2, sh. 15 vd.;
 - DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 74
 - (3) ET Teftazani, Sadettin Mesu'd, age, cilt 2, sh. 191 vd.; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 339; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 333
 - (4) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 350; EZ Zjrka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 814; BİLMEN, Ömer Nasuhi, age, cilt 1, sh. 234
 - (5) ET Teftazani, Sadettin Mes'ud, age, cilt 2, sh. 191; EZ Zerkeşi, Bedreddin Muhammed, age, cilt 2, sh. 16-17; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 333-334

d) Dini Yükümlülüklerden Haklı Bir Nedenle Haberdar Olamamaktan Dolayı Meydana Gelen Cehalet : Bu şekildeki cehalet, müslüman olmayan ülkelerde yaşayan ve dinî emirlerden gereği gibi haberi olmayan kimselerde göze çarpar. İslam ülkelerinde olduğu halde, araç kıtlığı dolayısıyla diyalog kurulamayan yörelerde bulunan ve dinî emirleri yeterli ölçüde duymayanların durumu da aynıdır. Namaz, oruç ve diğer ibadetleri ifa temeyen bu durumdaki şahısların dinî (manevi) sorumluluğu olmadığı gibi, hırsızlık, içki, zina vs. gibi yasakları işlemekten dolayı cezaî ve hukukî yaptırıma konu olması da düşünülemez. Bu çeşit cehalet mazeret olmaktan çok, dini yükümlülüklerle muhatap olmayı kaldırmaktadır. (1)

b – SARHOŞLUK (SÜKR)

Sarhoşluk, bazı maddelerin kullanılması sonucu aklın ve algılama gücünün geçici olarak yitirilmesidir. Başka bir deyimle, insan bedenine dıştan giren alkollü maddelerin yarattığı zehirlenme nedeniyle, kişinin irade ve temyiz yeteneğinin geçici bir süre için kaybolmasıdır. (2) Sarhoşluk sonucunun ortaya çıkması, alınan alkol miktarına veya sertlik derecesine göre tesbit edilemez. Çünkü, kişilerin bünyeleri alkole dayanıklılık yönünden değişmektedir. Bu yüzden, her olayın özelliğini hesaba katarak kişinin temyiz kabiliyetini yitirip yitirmediğine bakmak gerekir. Hanefî ekolünün kurucusu Ebu Hanife, erkek ve kadını birbirinden ayırdedemeyecek derecede şuurun kaybolmasını sarhoşluk ölçüsü olarak kabul etmiştir. Hukukçuların çoğunluğu ise, sarhoşluk halinde iradesini kontrol edemeyip ileri geri konuşmayı ve hezeyanları savurmayı ölçü olarak almışlardır. Kimisi de, sarhoşluk esnasında olup bitenleri iyileştikten sonra hatırlayamamaın, sarhoş sayılmaya yeterli olduğunu söylemiştir. (3) Günümüzde bu durumun tesbiti kandaki alkol miktarının ölçülmesi, konunun uzmanları ve çeşitli araçlar yoluyla yapılabilmektedir. Tanımdan da anlaşılıyor ki, sarhoş olan kimsede akıl melekesini tahrip edici sürekli bir bozukluk meydana gelmemiş; ancak görevlerini yerine getirebilmek için sahip olduğu kudreti kaybetmiştir. Bu nedenle, hak ehliyetine hiç bir gölge düşürmemektedir. Bunun yanında, fiil ehliyetine aşığıda etraflıca açıklanacağı üzere sınırlı olarak etkide bulunur. (4)

-
- (1) *EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 34; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 351; EZ Zerka, Mustafa Ahmed age, cilt 2, sh. 814; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 453; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 346*
- (2) *MUSTAFA, İbrahim—Ez Zeyyat, Hasan—Abdulkadir, Hamid—En Neccar, M. Ali, "SKR" maddesi; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 129; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 73; EL Pezdevi, Fahr-ul İslam, age, cilt 4, sh. 351;*
- (3) *EL Mevsuat-ul Fıkhıyye, age, cilt 7, sh. 165; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 331; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 344*
- (4) *SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 334; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 35; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 453; ET Teftazani, Sadettin Mesud, age, cilt 2, sh. 185; ZEVKLİLER, Aydın, ag, sh. 64*

İradeyi ve kişideki eylem kasdını yok eden sarhoşluk, dini yükümlülükleri kaldırmaktadır. Sözü edilen yükümlülükler, sarhoşluk anının bitiminden sonra yerine getirilmek durumundadır. Sarhoş olmanın cezai sorumluluğu ile yaptığı işlemlerin geçerlik durumu ise sarhoşluğun meydana geliş şekli bakımından İslam Hukukçuları tarafından bir ayırımı tabi tutulmuştur. Meşru ve meşru olmayan sarhoşluk diye bilinen bu iki şekli incelemek yararlı olur.

aa) Meşru Sarhoşluk :

Tedavi amacıyla veya tehditle zorlanarak veyahut da bilmeyerek kullanılan alkol ve benzeri maddelerden ortaya çıkan sarhoşluk meşru sarhoşluk olarak nitelendirilmektedir. Şüphesiz bu vasfı almasının nedeni, böylesi durumlarda kişiye dinî bir sorumluluğun yüklenmesi; yani, günah tuzağına düşülmediğinin kabul edilmesidir. Ölüme götürecekt derecedeki susamay, ancak alkolü bulup içmekle önleyen kişinin pozisyonu da bu kategoriye girer.(1)

Bu şekilde peyda olan sarhoşluk sebebiyle ceza ehliyeti kalkmaktadır. Yani, had kısas ve tazir cezaları bu tür sarhoşa uygulanamaz. Aynı şekilde söze bağlı bütün işlemleri (kavf tasarrufları) da geçersizdir. Ancak bu işlemlerin hüküm ifade etmesi, ayıldıktan sonra tekrar edilerek teyit edilmesine bağlıdır. Buna göre, sarhoş iken boşama, köle azat etme, ikrar, alım-satım, bağışlama vb. gibi işlemlere ilişkin söylenen sözler tamamıyla hükümsüzdür. Meşru sarhoşluk için öngörülen bu hükümler üzerinde bütün hukukçular görüş birliği içerisinde. Çünkü hukukçular, sarhoşluğun bu çeşidini bayılmaya (iğmaya) benzetmişler ve bayılmaya terettüp eden hükümlerin aynısını meşru sarhoşluk için kabul etmişlerdir. Aralarındaki fark, bayılmanın semavi, sarhoşluğun ise müktesep arızalardan olmasıdır. Bu münasebetle hemen hatırlatalım ki, meşru yolla sarhoş olan kişinin haksız fiil sorumluluğu tıpkı bayılmada olduğu gibi mevcuttur.(2)

bb) Yasak Sarhoşluk :

Sarhoş edici maddeleri zorlayıcı neden olmaksızın bilerek alarak sarhoş olmanın durumu bunun bariz örneğini oluşturmaktadır. Bu şekildeki sarhoşluğun ehliyeti etkilemesi konusunda hukukçuların çeşitli görüşleri mevcuttur. Bunları iki ana görüş etrafında toparlamak mümkündür:

- (1) İBN-İ Kayyim, Muhammed Bin Ebubekir, age, cilt 2, sh. 202-203; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 331; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 353; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 34-35; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 73; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 334-335
- (2) ET Tusi, Muhammed, age, cilt 2, sh. 454; İBN-İ Kayyim, Muhammed Bin Ebubekir, İlamul Mukaykiyn, Mısır 1955, cilt 4, sh. 40-42; İBN-İ Kudame, Abdullah, age, sh. 113-124; EŞ Şirazi, İbrahim, age, cilt 2, sh. 82; EL Mahalli, Cjtaledin, age, cilt 1, sh. 209-211; EL Kasani, Alaaddin, age, cilt 3, sh. 69; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 454; ED Derdiyir, Ahmed, age, cilt 2, sh. 265

1 – Birinci görüşe göre, bu tür sarhoşluğun meşru sarhoşluktan farkı bulunmayıp her türlü işlem geçersiz olduğu gibi, ceza ehliyeti de bahis konusu değildir. Zahiri ve Caferi ekolleri ile diğer ünlü dört ekolün bazı mensupları bu fikrin savunuculuğunu yapmışlardır. Gerçekçeleri, sarhoşluk süresince akıl ve iradenin kaybolmasının meşru yolla olup olmamasına bakılmaksızın bu sonucu doğurmasının gerekliliğidir. Çünkü, ayağını kasden kıran kişi ile ayağı kaza sonucu kırılan kişinin, oturarak namaz kılabilme kolaylığından yararlanmaları ne ise, buradaki durum da aynıdır. Yani, ayağını isteyerek kıranın bu haktan yararlanmasına itiraz edemiyorsa, yasak sarhoşluk halinde de böyle bir itirazın yapılamaması gerekir. (1) Nitekim, "Ey iman edenler sarhoş iken namaza yaklaşmayın. Ta ki ne söylediğinizi anlamcaya kadar"(2). mealindeki ayet-i kerimenin de bu fikri desteklediği iddiasındadırlar. (3)

2 – Hukukçuların çoğunluğunun savunduğu görüş ise, yasak sarhoşluğun, ceza ehliyetini kaldırmadığı ve fakat bütün sözel (kavlı) ve eylemsel (fiil) işlemlerinin geçerliliğine dokunmadığı şeklindedir. Hukukçuları bu görüşe sevkeden sebep, dinen yasak olan sarhoşluğu başka yönden de cezalandırma yönüne gitmektir. Öte yandan böyle bir hüküm olmadığı takdirde kişiler, sarhoş edici maddeleri kullanmaya teşvik edilmiş sayılırlar. Ayrıca sarhoşun işlediği suçun cezalandırılmaması halinde, "Suç suçu meşru kılmaz" kuralına aykırı hareket edilmiş olur.(4) O halde, bu tür sarhoş söz ve fiillerinden tam olarak sorumludur. Boşama, köle azat etme ve yaptığı bütün sözleşmeler hüküm ifade eder. Cinayet işlediği zaman kısas veya had cezası uygulanır. Özet olarak, sağlam insana terettüp eden hükümler buna da uygulanır. Çünkü böyle bir sarhoş ayık gibi değerlendirilmektedir. Bu çeşit sarhoşa verilen ceza, bir bakıma kişinin, mirasçı olabileceği bir kimseyi öldürmekten doğan cezaya benzer. Çünkü, öldüren kişi, ceza olarak, öldürülenin mirasında mahrum edilmektedir.(5)

Modern hukukta, böyle bir ayırımı gidilmeksizin akıl ve temyiz gücünü kaybettiren sarhoşluğun fiil ehliyetini geçici olarak giderdiği görüşü benimsenmiştir. Zaten, çağdaş hukuk mantığında yasak sarhoşluk kavramı yoktur. Buna göre, temyiz gücü olmayan kişinin girişmeyeceği eylemlere sarhoş da girişemez. Türk-İsviçre medeni kanunu ile Irak ve

(1) *ET Tahavi, Ahmed Bin Mahmud, Muhtasar-ut Tahavi, Mısır 1389 sh. 280; İBN-İ Teymiyye, Ahmed Bin Abdulhalim, Muhtasar-ul AFetava Mısır 1329, sh. 650; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 346; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 1, sh. 192; SADR-UŞ Şeria, Ubeydullah, Bin Mes'ud, age, cilt 2, sh. 185-186*

(2) *Bakara Süresi, ayet :*

(3) *ZUHAYLİ Vehbe, age, cilt 4, sh. 129; EL Hacc, İBN-İ Emir, age, cilt 2, sh. 193; ET Teftazani, Sadedtin Mes'ud, age, cilt 2, sh. 185-186; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 335*

(4) *EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 346; EL Pezdevi Fahr-ul İslam, age, cilt 4, sh. 355 vd.; MOLLA Hüseyin, age, cilt 2, sh. 454; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 74;*

(5) *ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 332-333; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 35; ED Derdiyr, Ahmed, age, cilt 3, sh. 5 ve cilt 2, sh. 265*

Mısır Ahval-ı Şahsiyye kanunlarında bu husus açık olarak belirtilmiştir.(1)

C – SEFAHET (SEFH)

aa – Kavram :

Sefahet veya sefeh sözcüklerinin sözlük anlamı hafiflik, ileriye görememe veya aşırı devede eğlence düşkünlüğü demektir. Terim anlamı ise, harcamalarda aklın ve dinin gerektirdiği özeni göstermeme durumudur.(2) Yani, malını yönetmekte normal bir insanın davranışını göstermeyip her an servetin kaybolması tehlikesi ile karşı karşıya bulunma durumu ifade eder. Bunun karşıtı rüşet niteliğidir. Bu nedenle, sefeh'i, rüşde sahip olmamaktır biçiminde kısa olarak tanımlamak da mümkündür. Tanımda geçen vasıflara sahip olan kişiye "Sefih" denir. Mecelle, sefihi özet olarak "malını boş yere dağıtarak ve harcamalarında istifa kaçarak servetini heder eden kimsedir. Budala ve saf olduğu için kâr yolunu bilmeyen ve alış verişinde hep aldatılabilen kimseler de sefih sayılır"(3) şeklinde tanımlamıştır. Bu tarife göre malını yersiz ve ölçüsüz harcayan kimseler ile saf ve ahmaklığı nedeniyle menfaatini koruyamayan ve kolayca aldatılabilen kimse de sefih sayılmaktadır. Bütün bunlardan anlaşılıyor ki, sefihin aklî durumunda herhangi bir bozukluk mevcut değildir. Ancak tedbirsizlik, yada bazı alışkanlıklar onu, malını har vurup harman savurma noktasına getirmiştir. Bundan dolayıdır ki, sefihlik müktesep arızalar kategorisine sokulmuştur. (4)

Öte yandan, safihlik ile bunaklık hiç bir zaman karıştırılmamalıdır. Çünkü, bunak olan söz ve davranışlarında akıl hastasına büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Sefih ise, aklının gereğini yapmayıp olayların sonucunu düşünmemekle kendi iradesi ile süreklilik arzeden ahmaklık girdabına düşmektedir.(5) Şunu vurgulamak gerekir ki, tanımlamalarda geçen israf, kötü yönetim, saflık vb. gibi deyimler, nisbî kavramlar olduklarından

- (1) *TMK. mad. 13; İsviçre Medeni Kanunu, mad. 16; Irak Ahval-ı Şahsiyye Kanunu, mad. 7 ve 35; Mısır Ahval-ı Şahsiyye Kanunu, mad. 25*
- (2) *İBN-İ Melik, Abdullatif, age, sh. 988; EL Makarri, Ahmed, age, "SFH" maddesi; ET Teftazani, Sa-dettin, age, cilt 2, sh. 191; EL Mevsuat-ul Fikhiyye, age, cilt 7, sh. 165; Ayrıca bkz. el Kurtubi, Mu-hammed Bin Ahmed, age, cilt 2, sh. 1193-1194; İBN-İ Kadı, Suade, Cami-ul Fusuleyn, Mısır 1300 cilt 2, sh. 303; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 2, sh. 240*
- (3) *Mecelle, mad. 964; Ayrıca bkz. El Hattap, Muhammed, Mevahibul Cjil, Libya tarihsiz, cilt 5, sh. 71 vd.; EL Cebburi, Salih Cum a, age, sh. 24; MEDKUR, Muhammed, Selam, age, sh. 457*
- (4) *ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 323; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 130; KARAMAN, Hayret-tin, age, cilt 2, sh. 115; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 72; EL Hirşi, Muhammed, age, cilt 6, sh. 88*
- (5) *EL Arcavi, Mustafa, age, sh. 267-268; EL Bedravi, Abdul Mun'im, age, sh. 401; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 458; EL Mevsuat-ul Fikhiyye, age, cilt 7, sh. 165; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 342*

kesin ölçülerle belirlenemezler. Bunlar kişinin diğer insanlarla olan sosyal ilişkisinden anlaşılabilir. Sonra, sefihliğin ölçüsü toplumda yerleşmiş ve alışlagelmiş din, ahlak ve akla adyalı kuralların bütünüdür. Bir kumarbazın sahip olduğu serveti kumarda bitirmesi, obur birinin malını aşırı derecede yemeğe vermesi ve bir serserinin ahlaksızlığı simgeleyen video bantlarını devamlı satın alınması sözü edilen kurallara aykırılık teşkil eden ve sefihliği sonuçlandıran örneklerdendir. Bir hayırseverin bütün malını hayır işlerine dağıtması (örneğin tüm servetini bir caminin yapımına tahsis etmesi) na gelince, Şafii ekolü dışında kalan hukukular bunu sefihlik nedeni kabul etmişlerdir. Şafiiiler bu yöndeki düşüncelerini "İsrafta hayır olmadığı gibi, hayırda da israf yoktur" kuralı ile açıklamışlardır.(1)

bb – Sefihin Durumu :

Sefihin aklı yapısında herhangi bir sakatlığın bulunmadığını ve sadece psikolojik ya da başka nedenlerle malını gereği gibi yönetemediğini az önce öğrenmiştik. Bu itibarla, sefihliğin temelde ehliyetin iki çeşidini de etkilemediği, ancak kişiyi korumak amacıyla birtıkmal mal tasarruflarının kısıtlandığı söylenebilir. O halde, sefih dinî emirlere muhatap olduğu için ibadetleri ifa etme ve yasaklardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün niteliği ve boyutu, reşit olmayan ergenin anlatıldığı ikinci bölümde açıklandığı için burada tekrar etmeye gerek yoktur. Sefihin haksız fiil sorumluluğu ile ehliyeti ise tam olup had, kısas veya tazir cezaları eksiksiz olarak uygulanır. Tabii ki bu hükümler, ergenliğe erişmiş sefih için söz konusudur. Ergenliğe kavuşmamış ise, bu kez sefihlik değil, küçüklük ile ilgili durumlar bahse konu olur.(2)

İslam Hukukçuları, sefihin hukuki işlemlere girişebilme durumunu sefihliğin başlama zamanına göre bir ayırma tabi tutmuşlardır :

aaa – Ergenlik (bülûğ) Çağından Önce Başlayan Sefihlik : İkinci Bölümde ergenlik dönemi anlatılırken verilen izahlardan da anlaşılacağı üzere, daha önce başlayan sefihlik bülûğa erişildiği esnada devam ediyorsa, bu kişiye malların teslim edilemeyeceği ve velayet altında kalmaya devam edeceği Zahiri ekolü dışında bütün hukukçularca kabul edilmiştir. (3) Zahiririler ise bülûğ ile birlikte rüşdün de kendiliğinden kazanıldığı görüşünü benimse-

- (1) ES Serahsi, Şemseddin, *El Mabsut*, cilt 24, sh. 157 vd.; Et Türkmani, Adnan, age, sh. 109–110; ABDULBAKİ, Abdulfettah, age, sh. 279; İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 5, sh. 141; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 2, sh. 168; EZ Zeylai, Osman, age, cilt 5, sh. 129; EL Cebburi, Salih Cum'a Hasan, age, sh. 24
- (2) ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 130; EL Kurdi, Ahmet El Hacci, age, sh. 37; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 342; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 458; EL Buhari, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 370; EL Mevsuat-ul Fikhiyye, age, cilt 7, sh. 165; SAVA Paşa, age, cilt 2, sh. 338
- (3) İBN-İ Kudame, Abdullah, age, cilt 5, sh. 456; ES Serahsi, Şemseddin, age, cilt 24, sh. 157–158; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 2, sh. 165–168; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 323

yerek mallarının hemen teslim edilmesi gerektiğini öngörmüşlerdir.(1) Bu tasarruf kısıtlamasının ne kadar süreceği hakkında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Ebu Hanife, rüşt kazanılmazsa bile bu kısıtlılığın hiç bir zaman yirmibeş yaşı geçemeyeceğini savunmuştur. Anılan hukukçuya göre sefihe uygulanan kısıtlama, onda tecrübe kazandırmak ve bilgi hazinesini genişletmek amacına yöneliktir. Oysa 25 yaşından sonra bu amaçların gerçekleşmesi beklenemez. Yine, kısıtlamanın, kişiyi tedip veya hakkını korumak maksadıyla konduğu savunulsa bile, bu yaştan sonra bu yönde bir olumlu sonucun meydana gelmesi şüphelidir. Kaldı ki, bu hukukçu biraz sonrada anlatılacağı üzere, sözünü ettiğimiz malın teslim edilmeyişini kısıtlılık değil, özel ve istisnai bir durum olarak değerlendirmektedir. Ebu Hanife, kısıtlama olayını kişi onurunu zedeleyici nitelikte bulduğu için, ona benzeyen bu durumun sürdürülmesine karşı çıkmıştır.(2) Diğer üç ekol ile Hanefilerden iki mimamın (İmam-meyn'in) da aralarında bulunduğu çoğunluk ise, 25 yaş sınırını reddederek rüşt niteliği kazanılıncaya (sefielik son buluncaya) kadar malların teslim edilemeyeceğini öngörmüştür. Sefihlik ölünceye dek devam etse bile, bu durumun da kısıtlılık (hacir) adı altında süreceğini söylemektedirler. Bunlara göre, sefielik sürdükçe malların korunması zorunluluğu da sürmektedir.(3) Ayrıca, "Allahın geçiminize medar kıldığı mallarımızı sefihlere vermeyin. Kendilerine bunlardan yedirin, giydirin ve onlara güzel söz söyleyin"(4) mealindeki ayetin bu görüşü desteklediği ileri sürülmüştür.

bbb – Ergenlik (Bülüğ) Çağından Sonra Ortaya Çıkan Sefihlik : Bülüğ çağına kavuştuktan sonra meydana gelen sefihliğin kısıtlılığa yol açıp açmayacağı konusu tartışmalıdır. Ebu Hanefi ve Zahiriler okul, temyiz ve hatta ehliyet durumunda sakatlık görmedikleri ergen kişinin sefihlikten asla etkilenmeyeceğini ve kısıtlılık (hacir) altına alınamayacağını ileri sürmüşlerdir. Görüşlerini dayandırdıkları delilleri şöylece özetleyebiliriz :

1 – Fiil ehliyetinin dayanağı akıldır. Ergen olan sefihin akıl melekesi tam olduğuna göre, bu ehliyetin kısıtlanmasına gidilmesi anılan kurala aykırılık teşkil etmektedir(5)

2 – Sefihin mükellef olduğu, yani ilahi emir ve yasaklara muhatap bulunduğu tartış-

(1) İBN-İ Hazm, Ali Bin Ahmed, age, cilt 8, sh. 286-287

(2) EL Pezdevi, Fahr-ul İslam, age, cilt 4, sh. 370; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 370; İBN-İ Melik, Abdullatif, age, sh. 989; MEDKÛR, Muhammed Selam, age, sh. 458; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 72

(3) EZ Zeylai, Osman, age, cilt 5, sh. 195; EL Merğınani, Ali, age, cilt 2, sh. 83; EL Haraşi, Muhammed, age, cilt 6, sh. 294; İBN-İ Kudame, Abdullah, age, cilt 4, sh. 518; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 2, sh. 170; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 325

(4) Nisa Suresi, ayet : 5

(5) İBN-İ Hazm, Ali Bin Ahmed, age, cilt 8, sh. 278; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 343; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 458

masız kabul edilmektedir. Kısıtlılık ise, "Ey iman edenler akitleri yerine getirin"(1) mealindeki ayette geçen ilahi emri kulak ardı etmeyi sonuçlandırmaktadır.

3 – Kişinin tasarruf yetkisini kısıtlamak onun insanlığını ve şahsiyetini hiç saymak demektir. Mallarının bu yolla korunabileceği iddiası da inandırıcı değildir. Çünkü, kişiliğin ve onurun korunması malın korunmasından daha önemlidir. İslam Hukuku ise, her zaman zararların en hafif olanını tercih etmektedir. (2)

4 – Kısıtlılığın, topluma da yarar getireceğini savunmak yersizdir. Çünkü, sefih kendi malında tasarruf yaptığı için başkasını ilgilendirmemektedir. Kaldı ki, kısıtlı olanların malları durgun su gibi olup üretime yönlendirilmemesi istisna bir durumdur. Oysa, tasarruf hakkının verilmesiyle bu mallar, daha iyi değerlendirilecek kimselerin eline geçer ve böylece topluma daha yararlı olur.(3)

5 – Hz. Peygamberin tatbikatından da bu görüşü destekleyen örnekleri göstermek mümkündür: Alış verişinde hep aldatılan Habban Bin Munkız'ın yakınları, Hz. Peygambere başvurarak kısıtlanmasını (hacredilmesini) istemişlerdir. Rasullah ise, hacretmeyerek kendisine "Bir şey sattığında aldatma yok ve bana üç günlük muhayyerlik hakkı var diye şöyle"(4) şeklinde buyurmuştur. Eğer kısıtlılık meşru olsaydı peygamberin bunu uygulaması gerekirdi.(5)

Diğer üç ekolün temsil ettiği çoğunluğun görüşüne gelince, sefihlik hangi aşamada ortaya çıkarsa çıksın kısıtlılığa gidilmesini gerektirmektedir. hanefi ekolünün iki güçlü ismi Ebu Yusuf ve Muhammed ile Caferi hukukçular da aynı görüşü benimsemişlerdir. (6) Bunların ileri sürdüğü delilleri kısaca şu şekilde sıralayabiliriz:

1 – Küçüğe hacir konmasının nedeni, israf ve kötü yönetimin yol açacağı malların zayı olması ihtimaline karşı küçüğü korumaktır. Sefihte aynı tehlike bulunduğu göre, ay-

(1) Maide Suresi, aeyt : 1

(2) EL Gunaymi, Abdulgani, El Lübab Şerh-ul Kitab, Mısır 1961, cilt 1, sh. 311; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 327; ES Serahsi, Şemseddin, El Mabsut, cilt 24, sh. 157; EL Kasani, Alaaddin, age, cilt 7, sh. 170

(3) MEDKÛR, Muhammed, Selam, age, sh. 458; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 130; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 73; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 115

(4) EL Buhari, Muhammed, age, bab: 48; EL Kuşeyri, Muslüm, age, kitab : El Büyu

(5) Bkz. El Cebbari, Salih Cum'a, age, sh. 26-28; SADR-UŞ Şeria, Ubeydullah, age, cilt 3, sh. 219; EL Merğınani, Ali, age, cilt 3, sh. 225

(6) EL Cassas, Ahmed Bin Ali Er Razi, age, cilt 1, sh. 478; ET Tusi, Muhammed, age, cilt 1, sh. 122-123; İBN-İ Melik, Abdullatif, age, sh. 989; Mecelle, mad. 990; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 458-459; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 37

nı hükme tabi kılınmamasına anlam verilmemektedir.(1)

2 – Sefihin tasarruflarının kısıtlanmaması halinde, hem kendisinin ve hem de toplumun zarar görmesi şüphe götürmemektedir. Malını har vurup harman savuran kimse, kısa sürede kendisini ve ailesini büyük sıkıntılara düşürecektir. Nafaka temin edemeyecek olan sefih, cemiyetin sırtında asalak olarak yaşayacağından devlet hazinesi (beytül mal) için de bir yükür. O halde, bütün bunların reçetesi sefihî kısıtlı kılmaktadır (2)

3 – Sahabi uygulaması da bu yöndedir. Çünkü Hz. Ali, zamanın halifesi Hz. Osman'a giderek savurgan olan yeğeni Cafer'in kısıtlılığına karar verilmesini istemiştir. Ancak Halife, Zübeyir gibi akıllı bir tüccarla ortaklık yapan bu kişiye hacir uygulamanın yersiz olacağını söylemiştir. Demek oluyor ki, eğer kısıtlılık meşru olmasaydı Hz. Ali'nin talep etmesi mümkün olmaz idi.(3)

4 – "Şayet borçlu bir sefih veya küçük veya kendisi söyleyip yazdıramayacak ise, velisi dosdoğru söyleyip yazdırsın"(4), "Allahın, idaresini size verdiği malları sefihlere vermeyin. Kendilerine bunlardan yedin, giydirin ve onlara güzel nasihat edin"(5) ve "Yetimleri nikah çağına ermelerine kadar gözetip deneyin. Rüşde erdiklerini yakinen anladığınız takdirde, hemen mallarını kendilerine teslim ediniz"(6) meallerindeki ayetler ise, mangalda kül bırakmayacak derecede açıktır.

Hukukî işlemlere girişebilmek yönünden kısıtlı sefihîn durumu, büyük ölçüde mümeyyiz çocuğun durumuna benzemektedir. Buna göre giriştiği salt zararlı işlemler behemehal geçersizdir. Salt yararlı olarak kabul edilen işlemler ise, kimsenin izin ya da icazetine gerek duyulmaksızın geçerlidir. Zarar ve yarar ihtimali bulunan işlemler de veli veya vasi'nin kabul etmesine bağlıdır. Mümeyyiz küçükten farklı olarak sefihîn evlenme, boşanma ve köle azadetme gibi ciddiyet ve kasdın şart olmadığı işlemleri geçerli sayılmıştır. Ancak evlenmede belirlenecek mehrin, emsalini geçmemesi gerekmektedir. Şafiiler evlenme için bile velinin iznini gerekli görmüşlerdir. Bundan başka, sefihîn vasiyet yapabileceği hukuk-

(1) ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 328; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 131; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 165

(2) İBN-İ Rüş, Muhammed Bin Ahmed, age, cilt 2, sh. 276-269; ED Derdiy, Ahmed, age, cilt 3, sh. 382; EL Cebburi, Salih Cuma age, sh. 25-26; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 343

(3) ES Serahsi, Şemseddin, age, cilt 24, sh. 157-158; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 371; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 326

(4) Bakara Süresi, ayet : 282

(5) Nisa süresi, ayet : 5

(6) Nisa süresi, ayet : 6

çularca uygun görülmüştür.(1) Diğer yandan, çocuk ve akıl hastasından farklı olarak sefih kendiliğinden değil, ancak hakim kararıyla kısıtlı (mahcur) olur. Kısıtlılığın kaldırılması da yine hakim tarafından sağlanır. Hakimin kısıtlılık kararı geçmişe şamil olmadığından, daha önce yapılan işlemlere ilişmez. Kısıtlılık kararının verilmesiyle ergen sefih üzerindeki velayet hakkı hakimindir. Ancak, hakim istediği kimseyi vasi tayin edebilir. Karar sırasında sefihin bulunması şart değildir. Fakat, kısıtlı sayılabilmesi için bu kararın kendisine bildirilmesi gerekir. Hanefî Hukukçu İmam Muhammed ise, Sefihin hacredilmesinden hakimi devreye sokmamış ve hacir sebebinin ortaya çıkmasından itibaren kısıtlılığın başladığını ileri sürmüştür.(2)

cc – Diğer Hukuk Sistemlerinde Durum :

Yaşı uygun olmasına rağmen bazı kimselerin, mallarını ölçsüz ve gereksiz bir şekilde deharçayarak har vurup harman savurmak suretiyle kendilerine ve yakınlarına zarar verdiği ve zaman zaman toplumu da zarara soktuğu bilinmektedir. Sözü edilen zararın önlenmesi için, bu tür kişilerin tasarruf yetkisinin kısıtlanması konusu eski zamanlardan beri gündeme gelmiş ve hukukçuları meşgul etmiştir. Örneğin, Romanın Oniki Levha Kanunlarına göre bunlar hacir altına alınır ve onlar adına işlemlerde bulunmak üzere bir kayyım (curator) tayin edilirdi.(3)

Çağdaş hukuk düzenlemelerinde farklı tutumlar göze çarpmaktadır. Örneğin, Alman Medeni Kanunu Sefihe hacrin uygulanmasını kabul etmiştir.(4) Buna karşılık İngiliz Hukuku, bülüğ çağına ermiş ve akıl sakatlığı olmayan sefihler için kısıtlılığın düşünülmeceğini hükme bağlamıştır. Fransız Medeni Kanunu ise, bu iki görüş ve uygulamanın arasında yer aldığı söylemek mümkündür. Adı geçen kanun, savurgan olanların menfaatini korumak amacıyla, önemli hukuki işlemlerde onlara yardım edip durumlarını kontrol edecek bir adli müşavir (Conseil Judiciaire) atanmasını öngörmüştür. Türk-İsviçre Medeni kanununa gelince, ayyaşlık, israf, kötü durum, kötü yönetim ve bir yılı aşan hapis cezasını zorunlu kısıtlılık sebepleri olarak kabul etmiştir.(5) Irak ve Mısır Medeni Kanunları da hemen he-

(1) *Mecelle, Mad. 993; Er Remli, Muhammed, age, cilt 4, sh. 356; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 372; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 131; KARAMAN, Hayrettin, age, cit 2, sh. 116; MOLLA Hüsvrev, age, cilt 2, sh. 458*

(2) *Mecelle, mad. 984, 990, 991 ve 997; MEDKUR, Muhammed, Selam, age, sh. 459-460; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 329; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 116; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 2, sh. 170-171; EL ARCAVİ: Mustafa, age, sh. 272; ABDULBAKİ, Abdülfettah, age, sh. 282*

(3) *EL Mahmasani, Subhi, En Nazariyyet-ul Amme Lil Mucibat Vel Ukud, Beyrut, 1948 ve 1972, sh. 120; Justinyen Kanunları mad. 3, 23; Karaman, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 114*

(4) *Alman Medeni Kanunu, mad. 6 ve 114*

(5) *TMK, mad. 356 ve 357*

men aynı düzenlemelere yer vermiştir.(1) Şu var ki, Türk Medeni Kanunu, ayrıca yaşlılık, sakatlık ve tecrübesizlik gerekçesiyle isteğe bağlı (ihyitari) kısıtlamaya da yer verilmiştir.(5)

d – BORÇLULUK – İFLAS (MEDYÜNİYYET)

İslam Hukukunda kabul edilen ana kurala göre borç, miktarı ne olursa olsun kişinin muayyen mallarına değil, zimmetine ilişmiş sayılmaktadır. Bu yüzden, borçlunun, kendine ait mallarda istediği gibi tasarruf edebilme hakkına sahip olması ilke olarak benimsenmiştir. Servetini aşmış bir borç batağına düşmüş olan kişi dahi, başarılı bir ekonomik faaliyet sayesinde iflas noktasından kurtularak büyük servet toplayabilir. Ancak, zamanla borçlu kişiler bu boşluktan yararlanarak alacaklılardan mallarını kaçırma yolunu tutmuşlardır. Bunlar, mallarını hayır kurumlarına vakfetmek yakınlarına ya da sevdiklerine bağışlamak veya alış verişte aşırı fedakârlık yapmak suretiyle alacaklıların hakkını tahsil etme imkanını ortadan kaldırmışlardır. İşte bu nedenle, İslam Hukukunda ihtilafli da olsa, borçlu (müflis) nun kısıtlanmasının istenebileceği kabul edilmiştir. Hatta, biraz sonra da belirtileceği üzere, kısıtlama istenilmese bile yapılan tasarrufların geçersiz olduğunu ileri süren hukukçular vardır.(3)

Aşırı harcamalar yapmak veya muvazaalı akitlere girişmek yolu ile alacaklılardan mal kaçırmak isteyen iflaslı borçlunun bu hareketine karşı hakuki tedbir almak kaçınılmazdır. Alacaklıların hakkını korumak amacıyla düşünülen tedbirlerden biri Ebu Hanifenin düşündüğü formüldür. Adı geçen hukukçu, sefih anlatırken açıklandığı gibi, kişinin haysiyetini zedeleyici bir davranış olarak düşündüğü kısıtlama olayına karşı çıkmıştır. Ayrıca, "alış veriş ancak karşılıklı rıza ile olur" ilkesinden hareketle borçluya ait malların hakim tarafından el konulup alacaklılara dağıtılmasına da karşı çıkmıştır. Anılan hukukçuya göre, bu durumdaki borçlu, kendi rızası ile mallarını tasfiye edip alacaklıların hakkını ödeyinceye kadar hakim tarafından hapse atılabilir. Zahiri ekolü de aynı görüşü paylaşmıştır.(4)

Diğer üç ekol ile Hanefilerden İmameyn (Ebu Yusuf ile Muhammed), iflas eden borç-

(1) *Irak Medeni Kanunu, mad. 10 ve 95; Mısır Medeni Kanunu, mad. 115 ve 119*

(2) *TMK. mad. 358; Ayrıca bkz. AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, Ankara 1978, sh. 383; ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 1979, sh. 497; EGGER—ÇERNİS, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi (Ve sayet I) Ankara 1952, sh. 102 vd.*

(3) *İBN—İ Hemmam, Kemaleddin, age, cilt 5, sh. 424; İBN—İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 3, sh. 395; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 807—808; KARAMAN Hayrettin, age, cilt 1, sh. 193; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 76*

(4) *ES Sibâi, Mustafa age, sh. 30; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 375; ES Serahsi, Şemseddin, age, cilt 24, sh. 163; KADIZADE Şemseddin, age, cilt 7, sh. 324; MEDKUR Muhammed Selam, sh. 460; İBN—İ Hazm, Muhammed, age, cilt 8, sh. 297*

İnün hacredilmesinin hakimden istenebileceği ve ona ait malların hakim tarafından satılarak alacakların kapatılabileceği görüşünü benimsemişlerdir. Hanefî ekolünü esas alan Mecelle, bu konuda iki İmamın görüşüne uymuştur. Çoğunluğun (Cümhur-ı Fukaha'nın) gerekçesi Hz. Peygamber ve Sahabilerin uygulamalarıdır. Örneğin, iflas durumuna düşen sahabi Hz. Muaz'ın bütün mallarını, peygamberimiz satmış ve alacaklılar arasında dağıtmıştır.

Hatta, satılan bu malların, borçların ancak yedide beşini ($\frac{5}{7}$) karşılayabildiği rivayet edil-

miştir.(1) Keza, Hz. Ömer, aynı uygulamayı Üseyfî adlı kişi hakkında yapmak istediğinde hiç bir sahibinin itiraz etmediği nakledilmiştir.(2) Çoğunluğa göre, kısıtlılık sadece ödeme zamanı gelmiş borçlar için konabilmektedir. Diğer yandan, kısıtlılık kararı geçmişe şamil değildir. Borçlunun serveti ile borçları eşit olduğu takdirde kısıtlılığın istenip istenemeyeceği hususu ihtilaflıdır. Hanefiler ve bu arada Mecelle, eşit olması durumunda da kısıtlılığın söz konusu olabileceğini söylemişlerdir. Diğer ekoller ise, borçların mutlaka serveti aşması gerektiğine hükmetmişlerdir. Ayrıca, Hanefiler borcunu ödeme gücü olduğu halde ödemekten kaçman kimsyi iflaslı borçlu gibi görerek kısıtlılığa konu olabileceğini iler sürmüşlerdi. Tabii ki, bu durumda malın tamamı değil, yalnızca borcu karşılayacak miktarı satılacaktır.(3)

Borçlunun kısıtlanması, ehliyetleri doğrudan doğruya etkilemediği ve sadece tasarruf yetkisini sınırladığı hatırdan çıkarılmamalıdır. Bu nedenle, ceza ehliyeti ile dini yükümlülüğü devam etmektedir. Yine, evlenme ve boşanma gibi hakları da bakidir. Hukuki işlem yapabilme konusunda ise, tıpkı ölümle sonuçlanan hastalığa düşen kimseye benzetilmektedir. Başka bir deyimle alacaklıların hakkını tehlikeye düşürebilen bütün işlemler (vakıf, bağışlamak, alım-satım vb. gibi), alacaklıların iznine bağlıdır. Bağışlamayı kabul etmek gibi salt menfaat sayılan işlemlerin geçerliği tartışılmamalıdır. Hemen kaydedelim ki sözü edilen tasarruf sınırlaması, hacir kararının alındığı zamanda mevcut olan mallara inhisar etmez. Hacir olayından sonra kazanılacak mallarda ise, ikinci bir hacir olmadığı sürece tasarruf serbestisi mevcuttur.(4)

(1) *EL Hakim, Muhammed Bin Abdullah, El Müstedrek, Riyad tarihsiz, "Kitabul Büyu"; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 2, sh. 146; SADR-UŞ Şeria, Ubeydullah, age, cilt 23, sh. 220*

(2) *EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 374-375*

(3) *Bkz. Mecelle, mad. 959, 961, 998 ve 991; EL Haraşi, Muhammed, age, cilt 4, sh. 173; ET Tenuhi, Sahnun, age, cilt 13, sh. 83; İBN-İ Rüşt Muhammed, age, cilt 2, sh. 280; EŞ Şirazi, İbrahim, age, cilt 1, sh. 320; EL Kasani, Alaaddin, age, cilt 7, sh. 169; ET Teffazani, Sadettin, age, cilt 3, sh. 220 vd.; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 121-123*

(4) *EŞ Şevkani, Muhammed Bin Ali, age, cilt 5, sh. 259 vd.; İBN-İ Kudame, Abdullah, age, cilt 4, sh. 488; İBN-İ Abidiyn, Muhammed, Emin, age, cilt 5, sh. 200 vd.; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 2, sh. 146 vd.; ZUHAYLİ, Vehbe, age, cilt 4, sh. 132-133*

Öte yandan, maliki ekolü ile Hanbelilerin son dönem hukukçuları, hacir olmazsa bile iflaslı borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlı olduğu ve alacaklıların kabul etmesine bağlı bulunduğunu iddia etmişlerdir. Hatta, Osmanlı Hukukçusu Ebüsuud bile bu görüşe uyarak bu yönde bir padişah fermanını çıkartmıştır.(1) Gerçi, bu yöndeki hüküm o zaman yaygın olan vakıf konusu için söz konusu olmuştur, fakat sonraki hukukçular, bu hükmü vakıf dışında alacağa zarar verici nitelikte olan bütün işlemlere teşmil ettirmişlerdir. Çünkü gerekçeler aynıdır. Bütün ekollerin farklı olarak, Şafiiler iflas etmiş borçluya kendi isteğine üzerine hakim tarafından kısıtlılığa karar verilebilir ve bu şekildeki kısıtlılık bahsedilen aynı suçları doğurur.(2)

Diğer hukuk sistemlerinin büyük bir bölümünde, tüccar olan ve tüccar olmayan borçlular arasında ayırım yapılarak iflas durumu ile ilgili özel kanunlar çıkarılmıştır. Fransız hukuku başta olmak üzere bir çok Avrupa ülkelerini ve bu arada Türk hukuk sistemini örnek olarak gösterebiliriz. Ürdün ve Irak başta olmak üzere İslam ülkelerinin çoğunda ayırım yapan hukuk sistemini tercih edenler arasındadır. İngiliz Hukuku ise, İslam Hukukunda olduğu gibi tüccar ve tüccar olmayan müflis borçlular arasında ayırım yönüne gitmemiştir.(3)

e – SEYAHAT (SEFER)

Sefer'in sözlük anlamı, yeryüzünün hareket edilen bir noktasından diğer noktasına ulaşmak için kat edilen mesafe demektir. Fıkıh'taki anlamı ise, kişinin, sürekli olarak ikamet etmekte olduğu yerden kalkarak normal yaya veya deve yürüyüşü ile asgari üç gün ve üç gece uzaklıkta bulunan başka bir yere varmasıdır. Şafililer, sefer'in limiti için iki gün ve iki gecelik uzaklığı yeterli görmüşlerdir.(4) Yapılan hesaplama göre bu uzaklık mesafesi yaklaşık olarak doksan kilometreye tekabül etmektedir. Bu şekilde seyahate çıkan kimseye seferi adı verilir. Seferi sayılabilmek için seyahate başlamış olmak şarttır. Ancak, seyahate çıkan kişi, bulunduğu şehir veya köyün kenarından itibaren seferi sayılmaya başlar ve bu seferilik durumu ikamet ettiği köy ya da şehrin kenarına tekrar dönünceye kadar devam eder. Hemen işaret etmek gerekir ki, seferi sayılmanın bir şartı da sefere çıkma kasdının bulunmasıdır. Belli bir hedefi olmayıp başıboş dolaşan veya farkında olmadan sersem sersem gezen kimseler, kat ettikleri mesafeler ne kadar olursa olsun, seferilik hükmünü elde

(1) Bkz. Karaman, hayrettin, age, cilt 1, sh. 194

(2) İBN-İ RECEP, Abdurrahman, age, sh. 14, Kaide No: 11; ER RAFİİ, Abdülkerim, Feth-ul Aziz, Mısır 1322, cilt 10, sh. 200 vd.; EZ ZERKA, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 808-810; MEDKUR, Muhammed Selam, age, sh. 461; EŞ ŞİRBİNİ, Muhammed, age, cilt 2, sh. 147

(3) EN NAHİ, Selahattin Abdullatif, Mecellet-u Nikabetul Muhamiyn "El Ebhas", Amman 1985, Ocak sayı, ek no, 19, sh. 122 vd.; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 121,

(4) SAVA PAŞA, age, cilt 2, sh. 338; EL KURDİ, Ahmet El Hacci, age, sh. 37; EL BUHARİ, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 376; EL MEVSUAT UL FIKHIYYE, age, cilt 7, sh. 165-166

edemezler. Diğer yandan, seferi olarak gelinen yerdeki seferilik durumu belli bir süre devam etmektedir. Hanefî ekolü, bu gibi yerlerde kalınan sürenin azami onbeş gününü seferi sayarlar. Şafîiler ise, seferi yerlerdeki ikametın dört günü aşması durumunda seferilikten çıkmayı gerektirdiğini ileri sürerler.(1)

Seferilik halinin, ehliyetlerin herhangi bir türünü olumsuz yönden etkilemesini düşünmek bile fazladır. Çünkü, ehliyeti ortadan kaldıracı ya da sakatlayıcı nitelikteki bozuklukların hiç biri sefer (seyahat) ile ilintisi bulunmamaktadır. Bununla beraber, seyahatin yapısından kaynaklanabilecek birtakım zorluklar gözönünde bulundurularak, ibadetlerin ifa edilmesinde, seferiliğin bazı kolaylıkları sağladığı İslam Hukukunda kabul edilmiştir. Usul bilgileri, belki de fiil ehliyeti kapsamına giren ibadetler için öngörülen bu kolaylıklar münasebetiyle sefer (seyahat) durumunu engeller cümlesinden saymışlardır.(2)

Seferiliğin, ibadetlerin yerine getirilmesinde sağladığı kolaylıklar şöylece sıralanabilir :

1 – Dört rekatlı farz namazlarının iki rekate indirilmesi. Öğle, ikindi ve yatsı gibi dört rek'at olarak kılınan farz namazlar seferilik süresince ikişer rek'at olarak kılınır. Hanefîler bu şekildeki kısaltmayı zorunlu görürken Şafîiler, bunun bir ruhsat (kolaylık) olduğunu; dolayısıyla bu kolaylıktan vazgeçilebileceğini ileri sürmüşlerdir.(3)

2 – Ramazan orucunun sonraya bırakılması. Seferi olan kimse, Ramazan orucunu seyahat sonrasına kadar geciktirme hakkına sahiptir. Ancak namazın kısaltılmasındaki durumun burada zorunluluk yoktur, ve bütünüyle isteğe bağlıdır. Fakat, seferde iken herhangi bir gün için oruca niyet edilirse o günün oruçlu olarak bitirilmesi zorunludur. Aksi takdirde kefaret müeyyidesi uygulanır. Keza, sefere çıkılan günün orucu da bozulmamalı ve akşama kadar sürdürülmelidir. (4)

3 – Mest üzerine meshetme süresinin uzaması. Bilindiği gibi, abdest alırken ayak yıkama yerine mest üzerine meshedilebilir. Meshetme süresi yirmidört saat olduğu için, bu süresinde ayaklar yıkanır ve bu süre tekrar işlemeye başlar. Seferilik durumunda ise meshedebilme süresi yetmişiki saate çıkmaktadır.(5)

(1) *EL Haskefi, Muhammed, age, cilt 2, sh. 121-122; İBN-İ Abidiyn, Muhammed, Emin, age, cilt 2, sh. 133; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 1, sh. 167 vd.*

(2) *EL Kurdi, Ahmed El Hacci, sh. 38; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 459; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 376*

(3) *EL İrbili, Muhammed Emin, age, sh. 172; EN Nevevi, Muhyeddin, age, sh. 62 vd.; EL Haskefi, Muhammed, age, cilt 2, sh. 123; EL Pezdevi, Ali Bin Muhammed, age, cilt 4, sh. 376*

(4) *MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 459; İBN-İ Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 2, sh. 421; EŞ Şirbini, Muhammed, age, cilt 1, sh.*

(5) *EL Erdebilyi, Yusuf, age, cilt 1, sh. 32; EL Kurdi, Ahmet El Hacci, age, sh. 38; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 376*

4 – Cuma ve bayram namazları ile kurban kesmekten bağışık kabul edilmesi. Seferin doğurabileceği zorluk ve imkânsızlıklar hesaba katıldığı için cuma ve bayram namazlarını eda etme zorunluluğu kaldırılmıştır. Yine, aynı düşünceden hareketle, kurban kesme mecburiyetide seferi olan kimseler için söz konusu olmamaktadır.(1)

F – CİDDİYETSİZLİK (HEZL)

Söylenen sözün gerçek anlamının kasedilmemesi, yapılan hareketin ciddiyetten uzak olması ya da şaka ile karışık olması biçiminde tanımlanan hezl, günümüz hukukunda muvazaa terimine tekabül etmektedir. Hezl'in söz konusu olduğu işlemlerde taraflar, işlemin dışarıya karşı gösterdikleri şeklin dışında gizli bir anlaşmaya varmışlardır. Bu anlaşma, işlemin temeline yönelik olduğu gibi şartlarına veya niteliklerine de ilişebilir. Başka bir deyimle, işlemin geçersizliği üzerinde taraflar anlaşmış halde dışarıya karşı böyle bir işlemin varlığını gösterebilirler. Veyahut yapılan geçerli işlemin şartlarından birini (örneğin bedel miktarını) kararlaştırıldıktan farklı bir şekilde açıklayabilirler. (2)

Ehliyetle uzaktan yakından ilgisi görülmeyen hezl'in, klasik usul eserlerinde engeller arasında yer alması yadırganır bir durumdur. Çünkü biraz önce de ifade edildiği üzere ciddiyetsizlik, ehliyeti etkileyecek herhangi bir arıza niteliğini taşımamaktadır. Ancak burada kişinin iradesi dışarıya farklı şekilde yansıtılmaktadır. Öyle ki, hezl yapan kişi, kendi rızası ile söylediği sözden normal olarak anlaşılacak anlamı değil, başka bir sonucu kasetmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, ehliyet engelleri arasında zikredilmiş olan hezl'in ehliyete hiç bir etkisinin olamayacağı klasik usul eserlerinin hepsinde sarahaten açıklanmaktadır.(3) Biz de İslam hukukçularına uyararak ehliyet dışında bazı hükümlere tesir eden hezl'in durumunu kısaca belirtmeyi uygun buluyoruz.

Hezl ile düşünülebilecek sözlü tasarruflar üç kategoriye girmektedir :

aa) İhbarı tasarruflar. Bir durumu açıklamaktan ibaret olan bu tür işlemlerin en bariz örneği ikrarlardır. Hezl ile yapılan ikrarlar büsbütün geçersizdir. Buna göre alım–satım, kira rehin vb. gibi işlemlerin yapılmış olduğunu bildiren ve fakat hezl (muvazaa) ile yapılan ikrar, hiç bir hukuki sonuç doğurmaz. Hatta, biraz sonra da açıklanacağı gibi, hezl'in, evlen-

-
- (1) *EL İrbili, Muhammed Emin, age, sh. 176; EL Haskefi, Muhammed, age, cilt 2, sh. 124; ET Teftazani, Sadettin Mesud, age, cilt 2, sh. 193; EL Buhuti, Mansur Bin Yunus, age, cilt 1, sh. 504*
- (2) *EL Makarri, Ahmed Bin Muhammed, age, "HZL" maddesi; El Hacc, İbn-ı Emir, age, cilt 2, sh. 194; EL Teftazani, sadettin, age, cilt 2, sh. 187; EL Mevsuat-ul Fikhiyye, age, cilt 7, sh. 165; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 76*
- (3) *ÖZCAN: Ruhi, age, sh. 151; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 35; MOLLA Hüseyin, age, cilt 2, sh. 456; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 76; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 2, sh. 815*

me ve boşama gibi işlemlerin geçerliliğine dokunmadığı halde, bu işlemlerin yapıldığına dair ikrar yine geçersiz sayılmıştır.(1)

bb) İnanç ile ilgili sözler. Kişinin dinî inanç konularında hezl suretiyle, başka bir deyişle şaka biçiminde sözler sarfetmesi, bu sözlerin etkisine ve sonuç doğurmasına engel değildir. Buna göre, kişi hezl yaparak islamı inkâr etse, onun gerçek niyetine bakılmaksızın dinden çıktığına (mürted olmasına) hükmedilir. Hukukçular bu hükmün böyle oluşunu, hezl (şaka) ile küfrü gerektirecek sözleri söylemenin islamı hafife almak anlamına geldiği ve islamı küçük düşürmenin de onu inkâr demek olduğu düşüncesine dayandırmışlardır. (2) Bu hüküm, "Şayet onlara sorsan, andolsun ki biz dalmış bulunuyor, şakalaşıyorduk derler. De ki, Allah ile, onun ayetleriyle onun Resulü ile mi eğleniyorsunuz? Özür dilemeye kalkmayın. Siz imandan sonra küfrettiniz"(3) mealindeki ayet-i kerimeden de açıkça anlaşılmaktadır.

cc) İnşai tasarruflar. Hukuki sonuç doğuran işlemlerin kurulmasını sağlayan tasarruflara inşai tasarruflar denildiği bilinmektedir. Hezl (şaka ya da muvazaa) durumundan etkilenmek yönünden bu işlemler iki çeşide ayrılmaktadır. Birinci türe giren tasarruflara hezlin hiç bir etkisi bulunmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle, bu gibi işlemler ister ciddi, ister hezl, yani gayri ciddi bir şekilde ortaya çıksın geçerliliğine gölge düşürülemez. Bu işlemlere örnek olarak evlenme, boşanma, azat etme, yemin ve adak gibi tasarrufları sayabiliriz.(4) Bu konuda en açık delil Hz. Peygamberin "Üç şey vardır ki, onların ciddi yapılması da ciddi, hezl (şaka) olarak yapılması da ciddi sonuç verir. Bunlar nikah, boşanma ve azat etmedir"(5) şeklindeki hadisidir.

Alım-satım, kiralama, ortaklık ve fesholunabilir diğer tasarrufların oluşturduğu ikinci nevi işlemler ise hezl'den etkilenirler. Kişilerarası mali tasarruf niteliğini taşıyan bunlar hezl ile geçersiz olur. Çünkü, bunlar karşılıklı rızaya bağlı bulunduğundan, hezl yapanın rızasının olmayışı hukukî sonucun doğmasına engel teşkil eder. İşlemin temeline yönelik olan hezlin, söz konusu işlemi geçersiz hale getirdiğinde hukukçular ittifak etmişlerdir. İşlemin temeline değil de şartlarından birine (örneğin bedel miktarına) ilişkin olan hezlin

(1) ZEYDAN, Abdulkerim, *El Vjeciyz*, sh. 112; *EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 357; ET Teftazani, Sadettin Mesud, age, cilt 2, sh. 187*

(2) *EL Pezdevi, Ali Bin Muhammed, age, cilt 4, sh. 369; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 152; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 455; ET Teftazani, sadettin Mesud, age, cilt 2, sh. 188*

(3) *Tevbe Suresi, ayet: 65 ve 66*

(4) *EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 36; ZEYDAN, Abdulkerim, El Veciyz, sh. 113, El Buhari, Abdülaziz age, cilt 4, sh. 365 vd.*

(5) *EL Abluni, İsmail Bin Muhammed, Keşf-ul Hafa, Mısır 1351, sh. 326*

durumu hukukçular arasında ihtilafıdır. Ebu Hanife açıklanan bedel miktarının geçerliliğini savunurken Ebu Yusuf ile Muhammed tarafların o gizli anlaşmış oldukları miktarın geçerli olduğunu savunmuşlardır.(1)

G – HATA

aa) Mahiyeti :

Hatanın lügat anlamı doğrunun karşıtı, kasdiliğin zıttı ve yanlışlık demektir.(2) Terim anlamı ise hukukçular tarafından değişik biçimlerde ele alınmıştır. Hata kavramının çeşitli özellikleri gözönüne alınınca tabiatıyla farklı tanımlama şekilleri ortaya çıkmıştır. Bu tanımların en yaygın olanı "kişinin, iradesinden farklı bir şekilde söz söylemesi veya fiil işlemesi"(3) şeklindedir. Buna yakın bir tanım şekli de "Kişinin kasdettiği eylemin dışında başka bir eylemin vukubulması"(4) biçimindedir. İslam hukukçuları, kişinin iradesine aykırı olarak gerçekleşen eylemin, bizzat kişinin kusurundan ve durumu yeterince tahkik etmemesinden kaynaklandığını hesaba katarak hatayı, "müktesep arızalar" dan saymışlardır. Her ne kadar psikolojik bir hal görünür ise de kişiyi patolojik bir pozisyona sokmaktan büsbütün uzaktır. Çünkü objektif bir dikkatin harcanmasıyla söz konusu yanlışlığın meydana gelmeyeceği kabul edilmektedir. Verilen tanımlarla hata, kendisine çok yakın görünen unutmama kavramından ayrılmaktadır. Çünkü, unutmada fiilin işlenmesine dair kasıt mevcut iken hatada kasıt olayından kesinlikle söz edilemez.(5)

Modern hukukta hata için verilen tanımlar ise değişiktir. Örneğin Fransız Hukukçu Salai, hatayı "gerçek irade ile açıklanan iradenin birbirine uymaması"(6) olarak tanımlamıştır. Bu tanımın yetersiz olduğu kanaatini taşıyoruz. Çünkü bu tanımın içine ikrah da girebilir. İkrahta da sözü edilen iradeler arasındaki uygunsuzluk söz konusudur. Türk hukuk doktrininde yaygın olan "Bir durum veya olay hakkında bilinçli olmayan yanlış veya eksik tasavvur"(7) tarzındaki tanımlama ise kanaatinizce hatayı bilgisizlik çizgisine fazla yaklaş-

(1) İBN-İ Nüceym, Zeynüddin, age, cilt 1, sh. 35; İBN-İ Kayyim, Muhammed, age, cilt 3, sh. 109 vd.; ET Tennuhi, Sahnun, age, cilt 2, sh. 161; MOLLA Hüseyin, age, cilt 2, sh. 455-456; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 36

(2) EL Makarri, Ahmed Bin Muhammed, age, "HTA" maddesi; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 148; EL Buhari, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 380

(3) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 353; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 149; DÖNDÜREN, Hamdi, age, sh. 75

(4) EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, cilt 7, sh. 166; ET Teftazani, Sadettin Mesud, age, cilt 2, sh. 195; MOLLA Hüseyin, age, cilt 2, sh. 460

(5) Bkz. Essibai, Mustafa, age, cilt 2, sh. 17; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 38; EN Nahi, Selahattin Abdullatif, age, sh. 80

(6) EN Nahi, Selahattin Abdullatif, age, sh. 80

(7) EREN, Fikret, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara 1986, cilt 2, sh. 33

tırmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hatanın değişik yönleri ele alındığında farklı tanımların ortaya çıkması doğaldır; ancak İslam hukukçularının verdiği tanım biçiminin daha kapsamlı olduğunu söyleyebiliriz.(1)

bb) Niteliği :

Yukarıda verilen izaha bakıldığında, hatanın kişinin aklî ve bedenî yapısında bir sakatlık durumunu taşımadığı anlaşılır. Bu nedenle, usul bilginleri hatanın ehliyetin her iki çeşidini de etkilemediğinde ve sadece iradeyi sakatlayıcı bir nitelik taşıdığına ittifak etmişlerdir. Ancak, engeller arasında zikredilmesi, ehliyetlere olumsuz etkisinden ziyade, hata konusunun açıklanabilmesi için uygun bir zemin arayışından doğmuştur. İrade fesadı halleri diye bilinen hata, hile ve ikrah uygulamalı fıkıh kitaplarında serpiştirilmiş durumda yer almıştır. Fıkıh usulü eserlerinde ise, bunlardan hata ve ikrah yakınlıkları düşüncesiyle ehliyet engelleri bölümünde incelenmiştir. Dikkat edilecek olursa iradeyi bozan bu hallerin subjektiflikten objektifliğe doğru sıralandıkları görülür. Kişinin içinde, bilgi ve duygusunda meydana gelen hata en subjektif olanıdır. İkinci sırada yer alan hilede ise ayrıca aldatma teşebbüsü yani bir dış faktör eklenmiştir. nihayet, objektifliğe en yakın olanı ikrah gelirken İslam hukukçuları en çok bununla ilgilenmişlerdir.(2)

Ehliyeti yok edici veya eksiltici rolü bulunmayan hatanın birtakım konularda sorumluluğu kaldırdığı veya özgür niteliğini aldığı İslam Hukukunda kabul edilmektedir. Hatadan etkilenme yönünden işlemler üç gruba ayrılmıştır :

aaa) İbadetler yönünden : Allah hakkı kategorisinde mütalaa edilen ibadetlerde meydana gelen hata bir özür teşkil eder Dini sorumluluğu tamamiyle kaldırır. Kibleyi bilmeyen kimsenin, kendi kanaatine göre kibleyi tayin ederken hata etmesi bunun en güzel örneğidir. Bu hususta en büyük dayanak Hz. Peygamberimizin "Hata, unutmaya ve zorlamadan doğacak sorumluluk ümmetinden kaldırılmıştır"(3) meâlindeki hadisidir. Ancak Hanefi ekolüne göre, hata burada sadece ahiretle ilgili sorumluluğu kaldırmakta, dünyadaki ibadet hükmünü değiştirmemektedir. Nitekim, bu ekole göre oruçlu kimsenin ağızına aldığı suyu yanlışlıkla

-
- (1) Geniş bilgi için bkz. *Es Senhuri, Abdurrazık, Mesadır-ul Hak, cilt 2, sh. 104; KOCAYUSAFPAŞA-OĞLU, Necip, Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, sh. 30; İNAN, Ali Naim, age, sh. 191*
- (2) Daha geniş bilgi için bkz. *El Pezdevi, Ali Bin Muhammed, age, cilt 4, sh. 382 vd.; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 124; ZEYDAN, Abdulkerim, El Medhal, sh. 354; ES Senhuri, Abdurrazık, age, cilt 2, sh. 104 ved; ES Senhuri, Abdurrazık, El Vasyt, sh. 975;*
- (3) *ES San'ani, Muhammed Bin İsmail, Sübül-üs Selam Şerh-u Büluğ-ıl Meram, Mısır 1960, cilt 3, sh. 237; EL Buhari, Muhammed age, bap: 11 ve 44*

boğazına kaçırması o günün kaza edilmesini gerektirir. Diğer ekoller ise, bu hareketin unutmaya olayına kıyaslanarak oruca herhangi bir zarar vermediğini savunmuşlardır.(1)

bbb) Cezai Sorumluluk Yönünden : Suç işleme hususunda baş gösteren hata cezai sorumluluğu kaldırır. Ancak, bu ceza bedeni ceyazı kapsar. Buna göre, hata sonucu meydana gelen öldürme ve zina suçları nedeniyle kısas ile had cezaları uygulanamaz. Çünkü kısas ve had cezalarına şüphenin katılmaması gerekir. Oysa, suçun hata ile işlenmesi şüphenin en çarpıcı örneğini oluşturur. Suçların doğurduğu mali cezalar ise hata ile bertaraf edilememektedir. Mali cezalar, bir yerde kul hakkını (özel hakkı) temsil ettiğinden biraz sonra da açıklanacağı gibi, sahibinin rızası olmadan infazından vazgeçilemez. O halde, hata ile öldürülen ya da yaralanan kimse için diyet (kanlık) ödenecektir. Bu husus, Kur'anın "Kim ki bir mümini hataen öldürürse mümin bir esiri azadetmesi ve ölenin varislerine bir diyet vermesi lazım gelir" (2) mealindeki ayeti ile de açıkça belirtilmiştir. Hukukçular mali cezadan bağışık tutulmamasını, toplumda sık sık ileri sürülecek hata iddialarının azaltılması ve saygın olan hayatın heder edilmesinin önlenmesi amacına bağlanmışlardır.(3)

ccc) Kul Hakkı (Özel Hak) Yönünden : Üçüncü kişilerin mali haklarının hatadan etkilenmemesi kural olarak benimsenmiştir. Buna göre başkasına ait bir mal hata ile telef edilirse o malın tazmini gerekir. Buradaki tazmin olayı bir fiilin karşılığı değil, bir malın bedelidir. Çünkü, İslam Hukuku mülkiyet hakkına saygı ve malın dokunulmazlığı prensiplerini kabul etmiştir.(4)

Hata ile yapılan hukuki işlemlere gelince, Hanefiler hatanın bir mazaret sayılmayacağı ve bunun sonucu olarak işlemin geçerliliğine ve bağlayıcılığına zarar vermeyeceği görüşünü savunurlar. Hatta, anılan ekol hata ile yapılan boşamayı da geçerli kabul etmektedir. Diğer ekoller ise buna şiddetle karşı çıkarak uykuda olan veya baygın kimseye kıyas etmek suretiyle hata ile hanımını boşayanın boşama işlemini geçersiz görmüşlerdir.(5) İslam Hukukçuları, hukuki işlemlere etkisi bakımından hatayı üç şekilde mutalaa etmişlerdir :

1 – Akdin geçerliliğine engel olan hatalar : Bu gibi hatalar iradeyi tamamiyle yok edici niteliktedir. Bu tür hatalar çoğunlukla işlemin mahiyetine ilişmiş hatalardır. Satıcının sat-

(1) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 353; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 38-39; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, cilt 7, sh. 166; MOLLA Hüsv, age, cilt 2, sh. 460

(2) Nisa suresi, ayet : 92

(3) EZ Zeylai, Fahrettin Osman, age, cilt 6, sh. 99; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 149; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 380-381; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 353-354

(4) EL Hac, İbn-ı Emir, age, cilt 2, sh. 404; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 353; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 149; EL Pezdevi, Ali Bin Muhammed, age, cilt 4, sh. 383

(5) Bkz. İbn-ı Hacer, Ahmed, age, cilt 3, sh. 366; İBN-İ Kayyim, Muhammed, age, cilt 3, sh. 55; MOLLA Hüsv, age, cilt 2, sh. 460

makta olduğu malın alıcı tarafından bağışlandığını sanması veya altın diye satılan yüzüğün bakır çıkması gibi olaylar örnek olarak gösterilebilir.

2 – Akdin geçerliliğini tarafların kabul etmesine bağlı kılan hatalar : Bu tür hatalar iradeyi bütünüyle gidermeyip sadece sakatlayıcı bir rol oynarlar. Örneğin, gece satılan kırmızı renkli bir mücevherin sonradan sarı olduğunun anlaşılması veya bol sütlü diye satın alınan bir ineğin çok az süt verdiğinin ortaya çıkması gibi.

3 – Akdin geçerliliğine hiç bir etkisi olmayan hatalar : Bu hata çeşidi ise iradeyle ilişkili olmayıp önemsiz tali derecedeki hususlarla ilgilidirler. Malın değerinde, işlemin yapılmasını sağlayan nedende ve hesap edilen rakamda yapılan hata bu kabildendir. Piyango-yu kazandığı zannıyla malını başkasına bağışlayanın durumu, Ahmet ile işlem yaptığını sanarken daha sonra Mehmet ile yaptığını farketmesi bunların en güzel örnekleridir. (1)

cc) Çeşitleri :

İslam Hukuk doktrin (usul) eserlerinde ve uygulamalı fıkıh kitaplarında hata için esaslı bir tasnifin yapılmadığını söylemek yanlış olmaz. Ancak çağdaş hukuk doktrininde yer

alan esaslı olan hata--esaslı olmayan hata ve açık hata--gizli hata ayırımlarının İslam Hukukunda da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Bu itibarla şahısta, vasıfta, rızada, kanunda ve saikte hata çeşitleri İslam Hukukunda örnek bulabilmektedir.(2) Biz burada büyük Hukukçu Ebu Zehre'nin yaptığı tasnife kısaca değinmek istiyoruz:

aaa) Fiilde Hata : Bu çeşit hata eylemin mahiyetinde meydana gelmektedir. Bir şeyi satmak isterken yanlışlıkla bağışlamak, silahı temizlemek isterken hata ile tetiğe basıp birini öldürmek veya yaralamak ve ağzını çalkalayan oruçlunun istemeyerek boğazına su kaçması gibi örnekler burada zikredilebilir.

bbb) Kasıtlı Hata : Buna amaçta hata da denilebilir. Örneğin, av hayvanı sanarak silah attığı bir insana zarar vermek gibi. Burada fiil işlemek istenmiş ancak hedef ve niyette yanılma başgöstermiştir.

(1) EN Nahi, Selahaddin Abdullatif, age, sh. 80–84; ZEYDAN, Abdulkerim, El Medhal, sh. 354; ZEYDAN, Abdulkerim, El Veciz sh. 150; EL Buhari, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 381; ET Teftazani, Sadedtin Mesud, age, cilt 2, sh. 196

(2) Bkz. İbn-ı Hammam, Kemaleddin, age, cilt 5, sh. 206; ES Serahsi, Şemseddin, age, cilt 13, sh. 12 vd.; ES Senhuri, Abdurrazık, age, cilt 2, sh. 117; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 125 vd.; EN Nafi, Selahattin Abdullatif, age, sh. 84 vd.; Mecelle Mad.: 208, 310 ve 312

Söylediğimiz bu iki hata çeşidi, mali sorumluluğu, diğer bir ifadeyle özel hakkı kaldırmamaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere sadece bedenî cezayı ve uhrevî sorumluluğu bertaraf etmektedir.(1)

ccc) Takdirde Hata : Bu tür hata genelde meslek erbabının icra ettiği mesleki faaliyetlerde ortaya çıkar. Örneğin bir doktorun hastaya yanlış ilaç yazması, gerekli olmadığı halde bir organını kesmesi veya yaptığı operasyonun başarısız olması sonucunda ölüme sebebiyet vermesi gibi. Doktorluk formasyonunu haiz kişinin gerekli özeni göstermek kaydıyla yaptığı bu eylemden sorumlu tutulmaması bütün hukuk ekollerince ittifakla kabul edilmiştir.(2)

dd) Diğer Hukuk Sistemlerindeki Durum :

Batı hukukunda hata, ehliyeti engelleyen bir durum değil, iradeyi sakatlayıcı sebeplerden kabul edilmiştir. Dar anlamda hata, gerçek hakkında bilinçli olmayan yanlış veya eksik tasavvurdur. Geniş anlamda hata ise, bir olay veya durum hakkında bilgisizliği de ihtiva eder. Fransız hukukunda hata, eski hata nazariyesine göre şu üç sınıfa ayrılıyordu : Akdın mahiyetindeki olan hata, akde konu olan şeyin maddesine ilişkin hata ve akdın ayrıncı vasıflarına taalluk etmeyen hata. Modern Fransız hukuku ve mahkeme içtihatları bu tasnifi benimsemeyerek yerine sübjektif bir ölçü getirmişler ve esaslı (önemli) hata ve esaslı olmayan hata tasnifine yer vermiştir.(3)

Cermen hukuku da esaslı hata formülünü benimsemiş; ancak onun belirlenmesinde hem objektif ve hem de sübjektif ölçüleri birlikte aramıştır. Buna göre, esaslı hatanın tesbiti için sadece tarafların telakkisi yeterli görülmeyip tarafların hüsnüniyeti ve akitle ilgili hal ve karineler de nazarı itibara alınmıştır.(4)

Türk-İsviçre hukuku ise, fesih hakkı verebilecek hatanın esaslı olmasını aramıştır. TBK, 23. maddede bunu açıkça belirtmiş ve 24. maddede de esaslı hataları saymıştır.

- (1) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 354; Ayrıca karş. Zeydan, Abdulkerim, El Medhal, sh. 354 vd.; ES Senhuri, Abdurrazık, El Vasıt, sh. 307 vd.
- (2) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 354-355; Ayrıca geniş bilgi için bkz. Udeh, Abdulkadir, age, cilt 1, sh. 302-305, 364-369; EN Nahi, Selahattin Abdullatif, age, sh. 86 vd.
- (3) VON Tuhr, Peter, Allgemeiner, Teil Des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1978, sh. 298 vd.; ESENER, Turhan, Borçlar Hukuku, Ankara 1969, cilt 1, sh. 123, Eren, Fikret, age, cilt 2, sh. 33 vd.; İNAN, Ali Naim, age, sh. 191
- (4) TEKİNAY-Akman-Burcuoğlu-Altıp, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) İstanbul, 1958, cilt 1, sh. 576 vd.; KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, age, sh. 30-31; ES Senhuri, Abdurrazık, age, cilt 2, sh. 104 vd.; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 139 vd.

Bu sisteme göre saik hatası esaslı hata kabul edilmemiştir. Ancak TBK. unun 28, 24 maddeleri ve vasiyetname ile ilgili düzenleme bu kuralın istisnaları derpiş etmektedir.(1)

Mısır, Irak, Ürdün ve Kuveyt Medeni Kanunları ise batı hukuku ile İslam hukukunu mezcetmiş bulunmaktadır.(2)

H – İKRAH (ZORLAMA)

aa) Mahiyeti :

İkrah kelimesi "KRH" kökünden türemiş olup sözlük anlamı kişinin, istemediği bir şeyi yapmaya zorlanmasıdır.(3) Terminolojide ise, ikrahın tanımı usulcüler tarafından, birbirine yakın olmakla birlikte değişik biçimlerde yapılmıştır. Örnek olarak burada bir kaçına yer vermeyi uygun buluyoruz. İrade ögesini ön planda tutan usulcüler, ikrahı "Bir kimşenin diğerine yaptığı öyle bir şeydir ki, bu sebeple ya şahsın rızası ortadan kalkar veya seçme hürriyeti (ihtiyarı) bozulur"(4) şeklinde tanımlanmışlardır. Bu tanım şekli aynı zamanda ileride anlatılacak ikrahın çeşitlerini de kapsayıcı ve onlara işaret edici bir nitelik taşımaktadır. Mecelle ise, "Bir kimseyi, korkutmakla rızası olmaksızın bir iş işlemek üzere haksız olarak icbar etmektir"(5) şeklinde bir tarif vererek daha çok ikrahı meydana getiren en önemli unsur olan tehdit faktörünü ön planda tutmuştur. Çoğunluğun kabul ettiği en kapsamlı tarif ise "Tehdit edebilecek durumda olan bir şahsın söz konusu tehditten etkilenecek olan bir başkasına istemediği bir işi haksız olarak yaptırması"(6) biçiminde verilmiştir.

Yukarıda verilen tanımlar ışığında, ikrahtan söz edilebilmesi için aşağıdaki unsurların gerçekleşmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır :

- (1) TBK madde : 23—27; BİRSEN, Kemalettin, *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1954, sh. 81 vd.; EREN, *Fikret*, age, sh. 34 vd.; EDİS, Seyfullah, *Türk—İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine göre Akdin lüzumlu Vasıflarından Hata*, Ankara 1973, sh. 37 vd.
- (2) Irak Medeni Kanunu, madde : 117—119; Mısır Medeni Kanunu, Madde, 154; Ürdün Medeni Kanunu madde: 154; EN Nahi, Selahattin Abdullatif, age, sh. 86—90
- (3) EL Makarri, Ahmed Bin Muhammed, age, "KRH" maddesi; MA'LUF, Luis, age, "KRH" maddesi; MUSTAFA, İbrahim—Ez Zeyyat, Ahmed Hasan—Abdulkadir, Hamid—En Neccar, Muhammed Ali, age, cilt 2, sh. 791
- (4) ES Serahsi, Şemseddin, age, cilt 27, sh. 38; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 149; Ayrıca bkz. Et Teftazani, Sadettin Mesud, age, cilt 2, sh. 196
- (5) Mecelle, mad. 948; EBU Zehre'nin de aynı tanım şeklini verdiğini görüyoruz. Mür. Ebu Zehre, Muhammed, age, sh. 355
- (6) EN Nahi, Abdullatif, Selahattin, age, sh. 75; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 360; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 175; EL Mevsuat-ul Fikhiyye, cilt 7, sh. 166; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 382; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 39

1) Korkutan kimsenin böyle bir korkuyu verebilecek pozisyonda olması lazımdır. Başka bir deyimle, zorlayan kişi mağduru tehdit ettiği zararı gerçekleştirebilecek güçte olmalıdır. Eğer zorlayanın tehdit ettiği şeye gücünün yetmeyeceği ve dolayısıyla zararı doğuramayacağı biliniyorsa ikrah gerçekleşmez. Bu itibarla, böyle bir tarzda yöneltilen tehdit boş bir laftan ibaret kalır.(1)

2) Tehdit ile mağdurun yaptığı iş arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir. daha açık bir ifadeyle, zorlanan kimsenin söz konusu tehditten etkilenerek istemediği bir hareketi bu korku neticesinde yaptığının anlaşılması lazımdır. Buna göre, tehdide konu olan kimse tehdit edilen hususun gerçekleşmeyeceğine inanıyor ve yöneltilen korkutmadan hiç etkilenmiyorsa ikrahtan söz edilemez.(2)

3) Korkunun belli bir şiddet ve ağırlıkta olması gerekir. Yani herhangi bir kişiyi istemediği bir işi yapmaya sevk etmek için yeterli bir korku ve ağır bir tehdidin oluşması gerekir. İkraha çeşitleri anlatılırken sözü edilen tehdidin niteliği ve niceliği üzerinde durulacak ve hukuk ekollerinin bu konudaki değişik görüşlerine yer verilecektir. Ancak, burada şunu vurgulamak gerekir ki, maruz kalınan tehdit kişinin canına, malına ya da kendince önemli bir şeye yönelik olmalıdır.(3)

4) Yapılan tehdidin haksız olarak yapılması lazımdır. Öz ifadeyle, yapılan tehdit kanunun (şeriatın) amir hükümlerine aykırı bulunmalıdır. Bundan çıkan sonuca göre, yapılan tehdit bir hakkın elde edilmesi için yapılıyor ve bu durum kanuna (şeriata) aykırılık teşkil etmiyorsa ikrahtan söz etmek imkansız olur.(4)

İkraha için verilen bu tanım ve açıklamalardan anlaşıldığı ve ileride daha geniş olarak açıklanacağı gibi, ikrah yalnız bir ehliyet engeli görülmemektedir. Zimmetin varlığına ve akıl melekesine ilişmediği için ehliyetlerin herhangi birini olumsuz yönden etkilemesi düşünülemez. İkraha, irade fesadı hallerinin başında yer aldığı ve ehliyet engelleri arasında hangi nedenlerle bulunduğu bu bölümün başlarında izah edilmiştir.(5) iradeyi abluka altına

(1) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 356; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 175; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 360

(2) EŞ Şirazi, İbrahim Bin Ali, age, cilt 2, sh. 83; İBN-İ Kudame, Abdullah, age, cilt 7, sh. 120

(3) İBN-İ Necim, Zeyneddin, El Bahr-ur Raik, Mısır tarihsiz, cilt 8, sh. 82; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 382-383; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 356,

(4) MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 460-461; EL Kalyubi, Ahmed, age, cilt 2, sh. 298; EZ Zeylâi, Osman, age, cilt 5, sh. 190

(5) Bkz. Sayfa : 121

almak suretiyle kişinin seçme hürriyetini yok etmekten ibaret olan ikrah, diğer hallerden daha fazla bir şekilde İslam hukukçularının ilgi alanına girmiştir.) O kadar ki, ikrah için bağımsız bölümler bile ayrılmış ve hukuk, ceza ve dini sorumluluk alanlarında doğurduğu sonuçlar üzerinde durulmuştur. İradenin serbest olarak ortaya çıkmasına gölge düşüren zorlama olayının, tasarrufları ne denli sakatlayabildiği ve ne gibi sonuçları doğurduğu ileride geniş olarak ele alınacaktır.(1)

Diğer yandan, çalışmamızın üçüncü bölümünün başında da belirtildiği gibi müktesep arızalar arasında yer alan ikrah, diğerlerinden büsbütün ayrı bir özelliğe sahiptir. Çünkü ikrahın dışında kalan bütün engeller, ehliyeti şu veya bu şekilde etkilerken kişinin bizzat kendi fiil ya da ihmalinin doğurduğu. Oysa ikrah, tamamen üçüncü bir kişinin eyleminden kaynaklanmakta ve ilgilinin isteğinin dışında oluşmaktadır (2)

bb) Çeşitleri :

Klasik İslam Hukukçuları ikrahı (zorlamayı) iki kısma ayırmışlardır.

aaa) Tam ikrah (İkrah-ı Mülci) : Buna zorlayıcı ve eksiksiz ikrah da denir. Günümüz hukukunda ise ağır zorlama diye deyimlenmektedir. Tam ikrah, kişinin canına ya da vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlikeyi içeren tehdit olarak tanımlanmıştır. Öldürme veya herhangi bir organa zarar verme tehdidi bu çeşit ikrahın en bariz örneğini oluşturur. Vucudun zarar göreceği ağır bir dövme tehdidi de tam ikrah kabul edilmektedir. Hukukçular, servetin bir kısmını değil, bütünü yok etmek şeklinde yapılan korkutmayı da bu tür ikrahın kapsamına almışlardır. Hatta, kişinin çok önem verdiği bir yakınının (örneğin baba, ana, çocuk vs. nin) canına veya herhangi bir uzvuna yöneltilen tehdit dahi, ihtilafı olmakla birlikte, çoğunluğun görüşüne göre tam ikrah olarak kabul edilmektedir.(3)

Bu çeşit ikraha tam (eksiksiz) denilmesi, bu tür zorlamaya konu olan kişi için hareket serbestisinin kalmadığı ve zorlayanın elinde bir araç durumuna düştüğü varsayımına dayanır. Tam ikrah durumunda irade gölgelenmiş ve seçme serbestliği yok olmuştur. İslam hu-

(1) EL Ansari, Abdullah Muhammed, *Fevatih-ur Rahamut, Şerh-u Müsellemis Sübut, Mısır 1322, cilt 1, sh. 1666*; ÖZCAN, Ruhi, *age, sh. 177*; EL Buhari, Abdülaziz, *age, cilt 4, sh. ;EZ Zerka, Ahmed, age, cilt 1, sh. 366 vd.*

(2) Bkz. Sayfa : 121

(3) EŞ Şirazi, Ebu İshak, *age, cilt 2, sh. 83*; İBN Kudame, Muhammed, *age, cilt 7, sh. 120*; ZEYDAN, Abdülkerim, *El Medhal, sh. 361*; MOLLA Hüseyin, *age, cilt 2, sh. 460*; EBU Zehre, Muhammed, *age, sh. 356*

kukçularının, ikraha ilişkin izahları sırasında yer verdikleri üç kavrama burada değinmek yararlı görülmektedir. Bunlar irade, ihtiyar (seçme serbestliği) ve rıza (razı olma) kavramlarıdır. İrade, bir eyleme yönelmeyi ve onu yapmaya azmetmeyi ifade eder. İhtiyar ise, bir işi yapıp yammamakta kişinin serbest olması halidir. Başka bir deyimle, kişinin, bir eyleme yönelmek veya yönelmemek hususunda tercih imkanına sahip olmasıdır. Rıza'ya gelince; bu da bir işi yapmaya istekli olmak yada yapılmasından hoşnut olmaktır. Hukukçulara göre tam ikrahta irade baskı altına alınarak ihtiyar (seçme hürriyeti) durumu sakatlanmış ve rıza (isteklilik) yok olmuştur. Bu ikrah çeşidine hukuki anlamda tam denilmesi bundan kaynaklanmaktadır. Şafii hukukçular başta olmak üzere bilginlerin çoğunluğu, ihtiyar ve rıza'yı eşanlamlı kabul ederek rızasız ihtiyar ve ihtiyarsız rızanın düşünülemediğini söylemektedirler(1)

bbb) Eksik İkraha (İkraha-ı Gayri Mülci) : Günümüzde yaygın olan deyimle hafif ikrah da diyebileceğimiz bu çeşit ikrah'ta kişinin maruz kaldığı tehdit, doğurduğu sonuç itibariyle daha hafiftir. Hukukçuların buna verdikleri örnekler, malın bir kısmına zarar verme, cana ve herhangi bir organa zarar vermeyecek derecede dövme, belli bir yere hapsedme ya da bağlama gibi tehditlerle kişiyi korkutmak suretiyle belli hareketleri yapmaya zorlamaktır. Eksik ikrahtaki tehdit unsuru tam ikrahtakine kıyasla daha hafif olduğundan, ve buna tahammül zor sayılmadığından, burada ihtiyar (seçme hürriyeti) durumunun var olduğu ve sadece rıza (isteklilik) pozisyonunun bulunmadığı İslam hukukçularınca kabul edilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, zorlanan kişi burada istemediği iki sonuçtan birini tercih etme durumuyla karşı karşıya bırakılmış ve ihtiyarını (seçme hürriyetini) belli bir yönde kullanmıştır.(2)

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere mülci ve mülci olmayan ikrah arasındaki fark birincisinde tehdit unsurunun daha ağır, ikincisinde ise daha hafif olmasıdır. İkraha'nın hukuki etkisi anlatılırken iyice sergileneceği gibi bu iki ikrah çeşidinin işlemlere tesiri aynı oranda değildir. Öte yandan, korkutma aracının ikraha meydana getirme ölçüsü herkes için aynı olmayıp kişinin durumuna ve hatta dayanma gücüne göre değişmektedir. Sağlam bir insan ile hasta bir insanın veya kadın ile erkeğin etkilendikleri tehdit aracı farklı olabilir. Şu halde, ikraha'nın gerçekleşip gerçekleşmediği konusu belirlenirken tehdihte konu olan kişinin bu

(1) *ET Teftazani, Sa'dettin Bin Mes'ud, age, cilt 2, sh. 196; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 356; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 149 vd.; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 166; EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 39 vd.*

(2) *ES Serahsi, Şemseddin, age, cilt 24, sh. 38 vd.; ZEYDAN, Abdulkerim, age, sh. 361-362, Molla Hüseyin, age, cilt 2, sh. 461, El Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 385 vd.; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 177; EZ Zerka, Ahmed Mustafa, age, cilt 1, sh. 369; EL Kasani, Alaaddin, age, cilt 7, sh. 175*

durumu gözönünde bulundurulmalıdır.(1)

İkrah için yapılan bu tasnifi incelediğimizde akla şöyle bir soru gelmektedir : Kişinin bir yakınına yahut önem verdiği birine, can ve beden tümlüğüne değil de eksik ikrahta kaydedilen benzer bir tehdit yönelirse ikrah gerçekleşmiş sayılır mı? Hanefilerin dışındaki ekoller yapılan tehdidin kişinin şahsına yönelmesini gerekli görmezler ve kişiye eziyet veren psikolojik ve duygusal böyle durumlarında ikrahın oluşması için yeterli kabul ederler. Çünkü bunlara göre ölçü, kişiyi korkutucu vasıfta bir tehdidin, onu istemediği bir hareketi yapmaya sevketmesidir. Bu itibarla, söz konusu tehdidin kişinin şahsına veya sevdiği bir insana uygulanması arasında fark gözetilmez. Pezdevi başta olmak üzere bir kısım Hanefiler yapılan tehdidin kişinin şahsına yönelmesi gerektiğini savunurken Sarahsi ve diğer bir kısım hukukçular da diğer ekollerden farksız düşünmektedirler.(2)

cc) Hukuki Yönden Etkisi :

İkrahın, zimmet ile-aklı dengeye olumsuz bir etkide bulunmadığı için gerçek anlamda bir ehliyet engeli sayılmadığına ve bu nedenle hak ve fiil ehliyetlerini kaldırıcı bir nitelik taşımadığına yukarıda işaret edilmişti. Ancak rızayı bozucu vasfı ile hukuki işlemlerde bir mazeret ve sorumluluğu kaldıran bir faktör olmakla ehliyet engellerine benzerlik gösterdiği için, İslam hukukçularınca bu kategoride ele alınmıştır. Biz de bu kurala uyararak ikrahın hukuki alanda yaptığı etkiyi belirtmeye çalışacağız.(3)

Bilindiği gibi ikraha maruz kalan kişi ya bir işi yapmaya zorlanır ya da hukuki sonuç doğuran bir sözü söylemesi için baskı yapılır. İkrahın kümünü bu iki kategoriye göre açıklamayı daha pratik bulduk.

aaa) Sözel İşlemlerde (kavli Tasarruflarda) : Zorlamanın hükmü yönünden sözlü tasarruflar da iki kısma ayrılır. Biz bu iki kısma göre ikrahın etkisini önce Hanefi ekolünün görüşünü incelemeyi, sonra da diğer görüşlere yer vermeyi uygun görüyoruz :

1 – Fesih ihtimali bulunmayan ve ciddiyetsizlik ile şaka durumlarında dahi geçerliliğinden söz edilebilen işlemler (örneğin boşanma, evlenme, dönülebilir boşanma, ant

(1) EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cit 1, sh. 370; İBN-I Abidiyn, Muhammed Emin, age, cilt 5, sh. 834-135; ES Serahsi, Şemsettin, age, cilt 24, sh. 43-50-68 ve 154

(2) EL Buhuti, Mansur, age, cilt 4, sh. 4; İBN-I Kudame, Abdullah, age, cilt 7, sh. 120; ES Senhuri, Abdurrazık, age, cilt 2, sh. 206 vd.; EL Kasani, Alaaddin, age, cilt 7, sh. 176 vd.; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 356-357; Zeydan, Abdulkarim, El Medhal, age, sh. 360

(3) Gjniş bilgi için bkz. El Ansari, Abdullah Muhammed, age, cilt 1, sh. 1666 vd.; El Buhari, Abdulaziz, age, cilt 4, sh. 383 vd.

içme, adak yapma vb. gibi), Hanefilere göre ikrahtan kesin olarak etkilenmezler. Diğer bir deyimle, sözü edilen sözlü işlemler zorlama sonucu da yapılırsa geçerli kabul edilmekte ve tıpkı hiç zorlanmamış serbet iradeli bir kişinin tasarrufu imiş gibi değerlendirilmektedir. Çünkü, bu ekole göre anılan işlemlerle ilgili sözlerin söylenmiş olması, hukuki sonuç doğurmasına ve geçerli olmasına yeter sebeftir. Öte yandan, bu işlemler gayri ciddi veya şaka olarak yapıldığında nasıl geçerli sayılırsa, ikrah halinde de geçerli addedilmelidir. Burada ikrahın tam veya eksik olmasının hiç bir önem taşımadığını belirtmekte yarar vardır. (1)

2 – Fesih ihtimali olan ve ciddiyetsizlik halinde geçerliliğinden söz edilemeyen kurucu sözlü işlemler (alım-satım, kiralama vb. gibi) ikrah neticesinde yapılsa Hanefilere göre batıl (geçersiz) değil, fasit'ir. Fasit ve batıl kavramlarının doğurdukları sonuç itibariyle farklı oldukları bilinmektedir. Ancak, söz konusu işlemler fasit olarak değerlendirildiği halde bu kavramın özelliğini aşarak sonradan zorlanan kişinin icazeti ile geçerli duruma gelebilmektedir. Bu nedenledir ki, Hanefilerden İmam Züfer, ikraha konu olan bu işlemleri fasit değil, mevkuf (ilgilinin icazetine kadar bekletilen) işlem olarak görmüştür. Züfer'in görüşü Hanefilerin buradaki sistematığına daha uygun gözükmektedir. Çünkü, sonradan verilen icazet ile geçerli hale gelmesi fasit'ten ziyade mevkuf işlemlerin özelliğidir. Nitekim, mecelle dahi İmam Züfer'in görüşüne uymuştur. (2)

Maliki ekolü, zorlanan kimsenin yaptığı bu işlemleri, bağlayıcı olmayan ve feshedilebilir işlemler şeklinde görür ve bu yönü ile ikrahı diğer fesat halleri olan hile ve hatadan farksız sayar. (3)

Şafii, Hanbeli ve Caferi ekollerinin görüşü Hanefilerden büsbütün farklıdır. Bunlar, zorlama sonucu yapılan bütün sözlü işlemleri geçersiz kabul ederler. Bu kesin hükmü öngörürken fesih ihtimali olan (alım-satım gibi) ve fesih ihtimali bulunmayan (boşanma gibi) işlemler arasında hiç bir fark gözetmezler. Buna göre zorlanan kimsenin boşanma, alım-satım ve benzer işlemlere ilişkin sözleri bağlayıcı olmaktan uzaktır ve boş bir laftan ibarettir. (4) Bu ekollerin ileri sürdüğü gerekçeleri şöylece özetleyebiliriz :

- (1) *EL Kasani, Alaaddin, age, cilt 7, sh. 182; EL Mevsuat-ul Fıkhiyye, age, cilt 7, sh. 167; EL Pezdevi, Ali, age, cilt 4, sh. 384; Özcan, Ruhi, age, sh. 179; Es Serahsi, Muhammed Bin Ahmed, age, cilt 24, sh. 41 vd.; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 1, sh. 371*
- (2) *EZ Zeylai, Fahreddin Osman, age, cilt 5, sh. 182; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 180; ZEYDAN, Abdülkerim, El Medhal, sh. 362; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 463 vd.; EL Kurdi, Ahmed El Hacci age, sh. 40; ET Teftazani, Sadettin Mes'ut, age, cilt 2, sh. 187; Mecelle, mad: 1006*
- (3) *ED Dusuki, Muhammed, Bin Ahmed, age, cilt 3, sh. 6; KARAMAN, Hayrettin, age, cilt 2, sh. 156; EBUZ Zehre, Mohammed, age, sh. 358 vd.*
- (4) *EŞ Şafii, Muhammed, Bin İdris, age, cilt 3, sh. 20; EL Hakim, Muhsin, age, cilt 2, sh. 182 vd.; İBN-İ Kudame, Abdullah Bin Ahmed, age, cilt 7, sh. 118; ET Tusi, Muhammed Bin Hüseyin age, cilt 2, sh. 453; EŞ Şirazi, Ebu İshak, age, cilt 2, sh. 83*

1 – Cenab-ı Allah'ın: "Kalbi iman üzere mutmain olduğu halde ikraha uğratılanlar müstesna olmak üzer..."(1) mealindeki ayette zorlanan kimseyi küfrü gerektiren sözlerden sorumlu tutmaması, ondan daha az önemli olan hususlarda hukuki sonuç doğurmamasını gerektirmektedir. Çünkü Kıyas ve hukuk mantığı bunu gerektirir.

2 – Hz. Peygamberin, "Allah ümmetimi hatayla, unutarak ve zorlanarak yaptıkları işlerden sorumlu tutmaz"(2) ve "Zor kullanılarak boşama olmaz"(3) meallerindeki hadisleri bu iddiayı açıkça desteklemektedir. Nitekim Hz. Ali'nin de "Zorlananın boşaması asla olmaz"(4) dediği rivayet edilmiştir.

3 – Bir işlemin geçerli olması, onu meydana getirenin kasıt ve iradesinin var olmasına bağlıdır. Akıl hastasının, küçüğün ve uyuyanın yaptıkları işlemlerin geçersiz olması, onlarda aranan kasdın mevcut bulunmayışındandır. Zorlanan kimse ise kasıt'tan yoksun olmak bakımından bu gruplardan farksızdır. Bu itibarla, zorlananın aynı hükme tabi olması hukukî insicamın bir gereğidir.(5)

Hanefiler bu deliller karşısında susmayarak itikadî konular ile hukukî meseleleri ayrı ayrı mütalaa edilmesi gerektiğini savunurlar. Bunlar, İslamın ilk yıllarında müslümanlara karşı artan baskılar karşısında Allah'ın özel bir lutuf olarak müslümanlara bir af ilan ettiğini ilerisürerler. Oysa, bu affın hukukî işlemleri kapsamı düşünülemez. İşlemler için kasıt (niyet) in gerekliliği kuralı ise, ciddiyetsizlik ve şaka ile söylenildiği halde hukukî sonucun doğduğu durumlar (boşanma, evlenme vb. gibi) ile bozulmaktadır. Öte yandan, Hanefiler diğer ekollerin ileri sürdüğü nasslar karşısında kendilerinin de nasslarının bulunduğunu savunurlar.(6)

Bize göre, Şafii ve diğer ekollerin savunduğu görüş, İslam Hukukunun mantığı açısından daha tutarlı gözükmektedir. Allah'ın "Ey iman edenler, mallarınızı haksız sebeplerle aranızda yemeyiniz. Ancak aranızda gönül hoşluğuyla yaptığınız ticaret başka"(7) şeklindeki emri ve Hz. Peygamberin, "Gönül rızası olmadan hiç bir müslüman kimsenin malı helal

(1) Kur'an-ı Kerim, Nahl suresi, ayet: 106

(2) İBN-İ Mace, Ebu Abdullah Muhammed, age, Talak bahsi, no: 16

(3) Zeydan, Abdulkerim, El Medhal, sh. 363

(4) ZEYDAN, Abdulkerim, El Medhal, sh. 363

(5) İBN-İ Kayyim, Muhammed Bin Ebi Bekr, Zad-ul Mead, cilt 2, sh. 200 vd.; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 181

(6) Bkz. ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 182 Zeydan, Abdulkerim, El Medhal, sh. 364; ZEYDAN, Abdulkerim, Usul-ul Fıkh, sh. 180 vd.

(7) Kur'an-ı Kerim, Nisa suresi, ayet: 29

olmaz"(1) tarzındaki sözü, işlemlerde kişinin rızasının aranmasını öngörmektedir. İkraha ise rıza faktörü büsbütün yok olmuştur. Sonra, şekli ne olursa olsun ikrah (zorlama) bir zulüm, dolayısıyla bir suçtur. Zorlama için bir hukuki sonuç tanımak bir suç adeta teşvik etmek ve meşrulaştırmak demektir. Yine, Hanefilerin, ikrah halini ciddiyetsizlik durumuna benzetmesi eksik bir benzetmedir. Çünkü, ciddiyetsizlikte kişi, anlamını bildiği bir sözü serbest olarak söylemektedir. Oysa, ikrahta zorlanan kimse tehditten kurtulmak amacıyla başkasının sözünü ve hatta iradesini aktarmaktadır. (2)

Zorlanan kişinin sözlü ikrarı ise, Hanefiler dahil bütün ekollerce geçersiz kabul edilmiştir.(3)

bbb) Eylemsel İlemlerde (Fiilî Tasarruflarda) : Sözlü işlemlerin tersine, ikraha konu olan fiillerin doğurduğu hukuki sonuç, tam ve eksik ikraha göre değişmektedir. Diğer bir ifade ile ikrahın her iki çeşidi, sözlerde ve sözlü işlemlerde aynı sorucu meydana getirir; fiillerde ise farklı neticeler doğururlar. İslam Hukukçuları, eksik ikrahın (ikrah-ı mülcî), fiillerde sorumluluğunu kaldırmadığı görüşünü paylaşmışlardır. Buna göre içki içmeye, veya başkasının malına tecavüz etmeye eksik ikrah ile zorlanan kimse, bu fiilleri işlediği zaman tıpkı normal insanlar gibi sorumlu olur. Bu hüküm, hafif olan buradaki ikrahtan doğacak eziyete dayanılabileceği, bu tür zorlamanın hukuka aykırı fiilleri işletecek ağırlıkta olmadığı ve bu nedenle bunlardan kaçınması gerektiğini esasına dayanır.(4) Bu itibarla, başkasının malına zarar vermeye eksik ikrah biçiminde bir zorlama olursa, zorlayan değil, o fiili yapan zorlanan sorumlu tutulur.

Tam ikrahın fiillerdeki etkisine gelince, bunun aşağıda izah edeceğimiz gibi üç şekilde gerçekleşmektedir :

1 – Bir kısım fiiller tam zorlama ile statü değiştirilerek yasaklı olmaktan çıkar ve hatta bazen yapılması zorunlu bir hal alır. Böylece bu fiillerin işlenmesinden beklenen dünyevi ve manevi cezalar düşer. İslam hukukunda buna verilen tipik örnekler kişinin ağır zorlama sonucu içki içmesi, domuz eti yemesi, ölü eti kullanması, kan ve sidik gibi pis maddeleri alması gibi yasaklı fiillerdir. Ağır zorlama bu gibi yasak eylemlerin statüsünü değiştirir ve meşru bir kılıf giydirir. Hatta, bu durumda kişinin bu yasak davranışları işlememesi dini so-

(1) *Ebu Zehre, Muhammed, age, sh. 359*

(2) *Ayrıca bkz. İbn-i Teymiye, Ahmed, age, sh. 155; EBU Zehre, , Muhammed, age, sh. 358 vd.; ZEYDAN, Abdülkerim, El Medhal, sh. 364*

(3) *EL Pezdevi, Fahr-ul-İslam, age, cilt 4, sh. 385; MOLLA Hüsrev, age, cilt 2, sh. 462; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 179*

(4) *EL Kurdi, Ahmed El Hacci, age, sh. 40; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 359; EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 384 vd.; EZ Zerka, Mustafa Ahmed, age, cilt 1, sh. 372 vd.*

rumluluk doğurur. Çünkü, kişinin can ve beden güvenliği bu yasak hareketlerden daha önemli sayılmaktadır.(1)

2 – Bazı fiiler de ağır ikrah sonucu işlendiğinde yasaklılık niteliğini yitirmez; fakat işleyenin sorumlu olmamasını sağlar. Yani, o fiiller yasaklı olma statüsünü korur; ancak ağır ikrah bunların işlenmesi için bir mazeret (ruhsat) oluşturur. Kişiyi küfre götüren hareketler ile başkasının malına yapılan tecavüz bu kabil fiillere girmektedir. Hatta, zorla yaptırılan hırsızlık ve kadının zinası da bu gruptan sayılır. Anılan fiiler zorlama ile meşru hale gelmediği halde işleyen için herhangi bir sorumluluk doğmaz. Zorlayan kişinin sorumluluğu ve cezai yaptırıma konu olması ise gayet doğaldır. Bu iki fiil grubu arasındaki fark, birincisinde yasaklılık kalkarak yapısal bir değişiklik meydana gelir; ikincisinde ise yasak olma durumu devam eder ve ancak ağır zorlama bir mazeret teşkil eder. Hatta, ikinci durumda zorlamaya rağmen fiilin işlenmemesi dini yönden tavsiye edilmektedir. Örneğin, peygamberin aleyhinde atıp putlara saygı göstermesi için ağır baskı uygulanan ve diretince müşriklerce öldürülen adı oğlu Habip hakkında Hz. Peygamber: "O şehitlerin en iyisidir ve cennete benimle birlikte olacaktır"(2) şeklinde memnuniyetini belirtmiştir.(3)

3 – Üçüncü grup fiiller ise ağır zorlamaya rağmen işlenemezler. Ağır ikrahın bile mazeret kabul edilmediği bu fiilleri irtikâp edenler hem dini ve hem de dünyevi (hukuki-cezai) sorumluluk ile karşı karşıya kalırlar. Çünkü bunların yasaklılığı o denli önemli ve kesindir ki ağır ikrah dahi onu sarsamaz. Bu fiil grubunun en tipik örneği suçsuz bir insanı öldürmek, bir organına zarar vermek veya canına ya da herhangi bir uzvuna zarar verecek derecede dövmeştir. Anne–babaya eziyet vermek de hukukçularca bu grupta düşünülmüştür. O halde, ağır ikrah sonucu suçsuz bir insan öldürülürse öldürülen kişi ikrah yok imiş gibi sorumlu olur. Kısas cezasının uygulanması, Hanefilerden büyük hukukçu Ebu Yusuf dışında bütün İslam Hukukçuları tarafından öngörülmektedir. Ancak kısas'ın kime uygulanacağı konusunda görüş ayrılığı mevcuttur. Maliki ve Hanbeli ekolleri, zorlayan ve zorlananın birlikte suçu işlediklerini öne sürerek her ikisine de kısas cezasının uygulanması gerektiğini söylemektedirler. Şafii ekolü ile Hanefilerin çoğu, zorlanam bir araç hükmünde gördüklerinden sadece zorlayanın kısas edilebileceği iddiasını taşırlar. Hanefilerden İmam Züfer ise, ancak suçu fiilen işleyen zorlananın kısas cezasına konu olabileceği görüşünü savunur.(4)

(1) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 360; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 184; ZEYDAN, Abdülkerim, Usulul fikh, sh. 160 vd.

(2) EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 361

(3) ZEYDAN, Abdülkerim, El Medhal, sh. 362 vd.; ZEYDAN, Abdülkerim, Usul-ul fikh, sh. 170 vd.; ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 184; EBU Zehre, Muhammed, age, sh. 360–362

(4) Bkz. EL Buhari, Abdülaziz, age, cilt 4, sh. 386; ZEYDAN, Abdülkerim, age, sh. 362, EBU Zehre Muhammed age, sh. 362, ÖZCAN, Ruhi, age, sh. 185,

SONUÇ

İslam Hukuku, Fıkıh ve Fıkıh Usulü diye iki ana daldan oluşmaktadır. Pratikteki meselelerin inceleme konusu yapıldığı fıkıh, uygulamada terettüp eden hükümleri geniş bir biçimde izah eder. Kısaca, "kişinin, leh ve aleyhindeki şeyleri bilmesi" olarak tanımlanan fıkıhın kapsamına, ilk zamanlarda itikadî, ahlakî ve diğer dinî konuların girdiğini biliyoruz. Fıkıh ilminin gelişmesinden sonra ise, bu kavram sadece hokukî nitelik taşıyan konulara inhisar etmiştir. Fıkıh kuralları, fert, toplum ve devleti ilgilendirmesi yönünden iki kategoriye ayrılmaktadır. Allah ile kişi arasındaki ilişkileri düzenleyici nitelikte olan birinci kategorideki kurallar, bütünüyle dinî bir yapıda olup emir ve yasak tarzında insanlara yönelmiştir. Bunlar, anlam ve nedenleri araştırılmaksızın mutlak ifayı gerektirirler. Bu nedenle, bu tür kuralların, zaman ve şartlar muvacehesinde değişmesi düşünülemez. Bunların en tipik örnekleri namaz, oruç, zekât, hac vb. gibi ibadetlerdir. İkinci kategoriye giren kurallar ise, fert ve toplumun düzenini sağlamaya yönelik hükümleri içerirler. Neden ve amaçları anlaşılabilen bu kurallar, prensip olarak zaman ve şartlara göre değişmeye müsaittirler. Bunların değişmesi imkânı, ilgili düzenlemelerin elverdiği ölçüde olmaktadır. Devletler arası münasebetler ile idari ve mali konulara ilişkin hükümler bu tür kuralların bariz örnekleridir. Bu arada, fıkıhın, dini bir hukuk sistemi olduğunu hatırlatmakta yarar vardır.

Fıkıhın tarihî gelişimine baktığımız zaman, beş önemli dönemi geçirdiğini görürüz. Hz. Peygamber dönemi diye anılan ilk dönem, fıkıhın emekleme devresidir. Yasa koyucu olan Allah'ın emirlerini insanlara aktarma görevini yerine getiren Peygamber, yasama, yürütme ve yargının yegane kaynağı idi. Her konuda müracaat edilen tek merci Hz. Peygamber olduğundan, bu dönemde, fıkıhın içeriği geniş tutulmuş ve ahlak ve inanç ile ilgili bütün konular onun kapsamına girmiştir. Hatta, bu dönemde ilim ve fıkıh kelimeleri eş anlamlı olarak kabul edilmiştir. Bu dönemin Mekke bölümünde inanç esaslarına, Medine Bölümünde ise hukuki kurallara ilişkin düzenlemeler ağırlıkta olmuştur. Bu dönemde ictihat ve ihtisaslaşma olmadığı için yapılan tek iş Kur'an ayetlerini özümlemircesine ezberlemek ve Hz. Peygamberi bol bol dinlemek olmuştur. Medine döneminde başlayan hukukî düzenlemelerde bir tedricilik esasının uygulandığı göze çarpmaktadır. Namazın farz olması ve içkinin yasaklanmasındaki tedricilik bunların iki örnekleridir. Bazen de sonradan inen bir ayet daha önceki ayetin hükmünü kaldırıcı mahiyette olmuştur. Bu duruma "nesih" denilmektedir. Kur'anda nesih saygısın yirmibir kadar olduğu söylenmektedir.

Hz. Peygamber, fıkıhın tedvin edildiği bir eseri bırakmamış; ancak, Kur'an ve sünnette serpiştirilmiş olarak bir çok ilke bırakmıştır. Soyut, genel ve esnek olan bu kurallar, sonradan oluşan fıkıh hazinesi için kaynak teşkil etmiştir. Vahy dışında Hz. Peygamber'in içtihat yaparak kural koyma yetkisinin olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Mütezile ve Eş'ari gibi akait ekolleri böyle bir yetkinin olmadığı, İslam hukukçularının çoğunluğu ise sağlam zekâyâ sahip olan Peygamberin de içtihat yapabileceği ve hatta içtihadında yanılabilceği görüşünü ileri sürerler. Örnek olarak ise, Bedir savaş esirlerine dair verilen hükmün sonradan inen ayetle kaldırılması ve Tebuk savaşına katılmayanların affedilmesinin Kur'an ayeti ile tasvip edilmediğinin bildirilmesi gösterilebilir. Salebe kızı Havle'nin, kocasıyla olan yemin hadisesi ise bu örneklerin en ilginçidir. Ancak, Peygamberce konmuş bütün kuralların az önceki istisnalar dışında, Allah tarafından tas-

vip edilmsi garantisinin mevcut olduğunu belirtmek gerekir.

Dört Halife ve Sahabi dönemi denilen ikinci dönem fıkıh ilminin doğması için bir hazırlık devresidir. Bu devrede Afrika'dan Kafkasya'ya kadar uzanan İslam coğrafyasında ırkı, kültürü ve geleneği değişik olan milletlerin yaşamaları ve halifelerin öldürülmesinden sonra sahabilerin bölünmesi gibi olaylar, bir çok konularda İslam hukuku görüşünün berraklaşmasını gerektirmiştir. Olayları çözümlenmek hususunda sahabilerin hareket tarzı, önce Kur'an'a, sonra sünnet'e ve nihayet Sahabilerin içtihatlarına başvurulması biçiminde kendisini göstermiştir. Bu davranışın temeli, Yemen'e görevli gönderilen Cebel oğlu Muaz'ın bu şekildeki ifadelerinin Hz. Peygamberce tasvip edilmesine dayanır. Bütün sahabilerin görüş birliği ise "icma" diye adlandırılmıştır.

Hukuk alanında görüş belirtmek konusunda hata işlemek korkusuyla başlangıçta çekingen davranan sahabiler, aile, hukukî işlemler, siyasi ve idarî konularda zorunluluk başgösterince içtihat yapmaya gitmişler ve bu içtihatların kitap ve sünnetin ruhuna uygun olmasına azami dikkat göstermişlerdir. Bu arada, sahabilerin karşı görüşlere son derece saygılı davrandıkları gözlemlenmiştir. Bunu, Hz. Ebubekir'in "Bu benim görüşümdür. Eğer doğru ise Allah'tandır, yok eğer yanlışsa şüphesiz bendendir ve Allah'tan af dilerim" ve Hz. Ömer'in "Gerçeği bulup bulmadığımı bilmiyorum. Ancak bütün gücümü sarfetmekte olduğumu söyleyebilirim" şeklindeki sözlerinden anlamak güç değildir. Sahabi icthadı, ana kaynak olan kitap ve sünnet'i açıklayıp yorumlamak, benzer hadiseleri kıyaslamak ve yeni olayları kişisel anlayışla çözümlenmek tarzında ortaya çıkmıştır. Varsayımlar üzerinde ise fazla durulmamıştır. Böylece istihvan ve istislah gibi ilkelerin tohumu bu dönemde atılmıştır. Bu bakımdan, sahabinin durumu günümüzde hakimin kanun karşısındaki durumuna benzetilebilir. Öte yandan, bu dönemde Kur'an derlendiği halde hadisler hafızalarda saklanmış ve rivayet etme hususunda ihtiyatlı davranılmıştır. Hz. Ebubekir'in, nine'nin mirasçılığı konusunda rivayet edilen hadis karşısındaki tavrı ve Hz. Ömer'in hadis rivayetinde şahit araması söz konusu ihtiyatın bariz örnekleridir. Hemen belirtmek gerekir ki, içtihat ve fetva ameliyesine bütün sahabiler değil, kitap ve sünnet'e en çok aşınâ olan sahabiler (Hz. Ömer, Hz. Ali, Hz. Ayşe, Sabit oğlu Zeyd, Abbas oğlu Abdullah, Mesud oğlu Abdullah gibi) baş vurmuşlardır.

Yukarıda belirtilen çekingenliğe rağmen bu dönemde bir çok önemli fetvaların cesaretle verildiği müşahade edilmiştir. Hz. Ebubekir'in zekat ödemeyenlere karşı savaş açması, dede ile kadeşlerin birlikte mirasçılığı konusundaki görüş ayrılığı, Hz. Ömer'in yeni müslüman olanlara zekattan ayrılan tahsisatı kesmesi, kıtlık yılında hırsızlara uygulanan el kesme cezasının durdurulması, üçlü boşama ifadesinin sonradan bir değil, üç boşama yerine sayılması ve bunlara benzer hükümler sahabinin orijinal içtihat örnekleridir. Görüş ayrılığı ise, talî meselelerde meydana gelmiş veya kitap ile sünnetin farklı yorumlanmasından ya da çevrenin özelliklerinden kaynaklanmıştır. Mesela, Medin'de yağışlı günlerde yatsı ile akşam namazları birleştirilirken, yağışı daha bol olan diğer bölgelerde bu uygulamaya gidilmemiştir.

Üçüncü dönem ise fıkıhın derlendiği ve ekollerin kurulduğu dönemdir. Hz. Osman devrinden itibaren çeşitli bölgelere yerleşen sahabiler, tabiin nesli için birer fıkıh kaynağı olmuşlardır. Küfede Hz. Ali, Medine'de Zeyd Bin Sabit, Mekke'de Abdullah Bin Abbas ve Irak'ta Abdullah Bin Mesud zengin bir fıkıh mirası bırakmışlardır. Bu suretle, tabiin kuşağından bir çok fıkıh otoriteleri yetişmiştir. Diğer taraftan, arap olmayan müslüman milletler de İslamı öğrenmek için kolları sıvamışlar ve kendilerinden birçok hukukçunun çıkmasına vesile olmuşlardır. Mevâli denilen bu bilginlerin başlıcaları İkrime, Nafi, İbn-i Şirin, İbn-i Hüzmü, İbn-i Cübeyr, Hasan El Basri ve Mekhul'dur. Bu dönemin ilk başlarında hadislerin derlenmemesi, uydurma hadislerin ortaklıkta dolaşması ve bilginlerin birbirlerine uzak bölgelerde yaşamaları gibi durumlar görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Hac mevsimi ve fıkıh binginlerinin karşılıklı ziyaretleri sayesinde bu ihtilaf- lar nisbeten azalmıştır. Hele, Hanefe, Ömer Bin Abdülaziz'in emri ve İbn-i Şihab Ez Zühri'nin öncülüğü ile hadislerin derlenmesine başlanınca fıkıhın ikinci kaynağı olan sünnet'ten de gereği

gibi yararlanma imkânı hasıl olmuştur. Bunun sonucunda da diğer iki kaynak icma ve kıyasın devreye girdiği görülmektedir.

Bu arada Hicaz (Medine) ve Irak (Küfe) diye iki hukuk ekolünün geliştiği gözlemlenmiştir. Hicaz ekolü taraftarlarına ehl-i hadis, Irak ekolü taraftarlarına da ehl-i rey denilmiştir. Hadis Ehli nasların dışına çıkmamayı prensip edinirken, Rey Ehli kitap ve sünnetin yanında akıl faktörüne de büyük önem vermişlerdir. Hadis ehlinin en çok Medine'de ve rey ehlinin Küfe'de yetişmesinin bir nedeni Medine'de reye karşı olan Abdullah Bin Ömer gibi sahabe hukukçuların izlenmesidir. Küfe'de ise rey (kıyas) taraftarı olan sahabe hukukçu Abdullah Bin Mes'ud'un etkisi olmuştur. Bundan başka, Medine vahyin merkezi ve sahabilerin karargahı olduğundan reye ihtiyaç duyulmamıştır. Küfe ise böyle bir imkâna sahip değil idi.

Tabiin'den sonraki kuşak, fıkıhın tedvinini ve zamanımıza dek süren ekollerin kurulmasını gerçekleştirmekle fıkıh ilminin altın çağını yaşatmıştır. Bunun bir çok nedenleri vardır. Bir kere, Emevilerden iktidarı devralan Abbasiler, bu alandaki çalışmalarını son derece teşvik etmişlerdir. Mansur, Mehdi, Harun Reşit ve Me'mun adlı halifelerin, bingünlere gösterdikleri saygı ile ilmi çalışmalara verdikleri önem dillere destan olmuştur. Yine, oldukça genişlemiş İslam topraklarında yaşayan çeşitli milletlerin, yeni olaylar hakkında fetva sormaları bingünlere araştırılmaya sevk etmiştir. Bu dönemde, biraz önce de değinildiği gibi, hadislerin derlenmesi fıkıh ilminin gelişmesine yardımcı olmuştur. Nihayet, bu devrede kıymetli eserler yazan büyük ilim adamları yetişmekle fikhî servet daha da zenginleşmiştir. Bu faktörlerin sonucu olarak, fıkıh bir akademik nitelik kazanmış, seçkin eserler yazılmış ve fıkıh ekolleri (mezhepler) kurulmuştur. Taraftarları aracılığıyla günümüze kadar gelebilen dört ekol yanında, taraftarları olmadığı için devam edemeyen çok sayıda ekoller ortaya çıkmıştır. El Evzaî, Es Sevrî, Et Taberî, Ez Zahîrî, Ebu Leyla ve Hasan El Basrî örnek olarak sayılabilir.

Taklit ve ekol taassubundan ibaret olan dördüncü dönem, Abbasi İmparatorluğunun merkezi otoritesinin zayıflayıp bölük pörçük olduğu çağa rastlamaktadır. İleri boyuta varan siyasi keşmekeşlik doğal olarak ilmi çalışmayı da etkilemiştir. Bu nedenle, araştırma şevki durmuş, serbest düşünme fikri zayıflamış ve kurulmuş ekollerin taklidi sürmüştür. Ayrıca, ekoller iyice sistemleştiği için, bu devrenin bilginleri yeni yöntem arayışı yerine bunları geliştirmeyi yeğlemişlerdir. Sonra, kadıların çoğunlukla hükümdarın mensup olduğu mezhep taraftarlarından seçilmesi, taklidi körüklemiştir. Bununla birlikte, ekoller içinde değerli çalışmalar yapılmış, hukukî muhakeme zenginleştirilmiş, metin, şerh ve haşiye adlarında kıymetli eserler yazılmıştır. Ancak, bu dönemde ekol bağınazlığı doruğa çıkmıştır. Dönemin en ünlü bilginleri arasında Gazali, İbn-i Teymiye, Serahsi, Pezdevi, Nevevi, İbn-i Kudame, İbn-i Hazm ve Kasani'yi sayabiliriz. Osmanlılar zamanında ise çalışmaların bir kısmı İstanbul'a kaymıştır. İmparatorluğun resmî mezhebi Hanefî olduğundan bunun gelişme grafiği daha yüksektir. Tatbikatın İslam Hukukuna uygun olması için, Ebussuut Efendi değerli bir çalışma yapmıştır. Akkoyunlular, Beylikler ve Memluklerden sonra Osmanlılar döneminde (özellikle, Fatih, Kanuni, İkinci Selim, Birinci Ahmet ve Dördüncü Murat zamanlarında) çeşitli kanunnameler çıkarılmıştır. Bursalı Tahir Bey, Zembilli Ali Efendi, İbn-i Kemal ve Ebussuut Efendi'nin toplam doksanbir kadar olan fetva kitapları da bir fıkıh (İslam Hukuku) kaynağı olarak kabul edilmiştir. Hindistan hükümdarı Muhammed Evrenk Zîp'in hazırlattığı fetva kitabı (Fetavây-i Hindiye) ise en çok kullanılanı olmuştur.

İslam Hukukunun geçirdiği son dönem ise kanunlaştırma hareketleri dönemidir. Bilindiği gibi, bu yöndeki ilk girişim hicretin ikinci yılında ünlü bilgin İbn-i Mukaffa tarafından yapılmış ve daha sonra Halife Mansur ile Harun Reşit de bu çabayı sürdürmüşlerdir. Ancak bunların girişimleri sonuç vermemiştir. Osmanlı kanunnameleri de fıkıhın kanunnameleri sayılmamıştır. Nitekim kanunlaştırma hareketinin ilk örneği mecelle'dir. 1876 yılında yürürlüğe giren ve 1851 maddeden ibaret olan bu yasa, fıkıhın şahıs, aile, miras, aynî haklar ve akitler gibi konularını

içermektedir. Daha sonra Mısırda Napolyon kanunlarına yönelen Hidiv İsmail'e tepki olarak, İslam Borçlar Hukukuna dair 541 maddelik bir kanun Kadri Paşa tarafından yazılmış ve 1890 yılında basılmıştır. Kanunlaştırmanın en güzel örneği 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesidir. Son zamanlarda ise bir çok İslam ülkesinde Medeni Hukuk sahasında İslam fıkıhı esas alınarak önemli miktarda kanunlar çıkarılmıştır.

İslam Hukukunun ikinci dalı olan fıkıh Usulün'ne gelince, hukukçular, bunu "Pratik Şer'i hükümlerin kaynaklardan elde edilmesini sağlayan kurallar bütünü" biçiminde tanımlanmışlardır. Tanımdan da anlaşıldığı üzere fıkıh usulünün konusu pratikte uygulanacak fikhî hükümlerin ana kaynaklardan elde etme yöntemlerinin öğrenilmesidir. Bu, bir ilmi inceleme ve ihtisasaşma işi olduğundan tamamiyle ilim adamlarını ve hukuk uzmanlarını ilgilendirmektedir. Fıkıh usulü ile fikhî kaideler arasındaki farka değinecek olursak, fıkıh usulü, az önce de belirtildiği gibi, şer'i hükümlere ulaşmanın metodlarını ve hüküm çıkarma yollarını açıklarken, fikhin görevi usul ilminin çizdiği metodlar ışığında ve tesbit ettiği kuralları uygulayarak hükümlere ulaşmaktır. Öte yandan, içtihat kapısının kıyamete dek açık olduğu düşüncesinden hareketle, fıkıh usulü dalının her dönemde büyük bir önemi haiz olduğunu söylemek gerekir.

Fıkıh Usulünün tarihî gelişimi fıkıha nazaran daha farklı bir manzara arz etmektedir. Bilinen odur ki, beşeriyetin tarihi ile beraber başlayan hukuka dünyanın her yerinde ve her devrinde rastlanmıştır. Brahmanların purana, veda ve simitri adlı kanun metinleri, Konjüçyüs'ün Şu-King ve İranlıların Avestası meşhurdur. Yine Mısır fravunlarının eski hukuku, Yunanlıların Likurg ve Solon kanunları, eski Romalıların On İki Levha Kanunları ve Gaius ile Justinianus'un hukuk müdevvenatı herkesçe bilinmektedir. İslamdan önceye ait bu eserler birer kanun metinleri olup usula ilişkin soyut kurallardan yoksun idi. Jurisprudence (Hakuk Metodolojisi) diye adlandırılan sırf hukuk ilmine ait bir eseri İslamdan önceki dönemde, aramak beyhudedir. İşte bu şekilde ilk eser büyük islam hukukçusu Muhammed Bin İdris Eş Şafii tarafından kaleme alınmıştır. Şafii'den önce ve Hz.Peygamber döneminde bu dalın söz konusu olmaması doğal idi. Çünkü, fikhin kaynağı olan peygamber her konuda tek yetkili olduğundan, normlardan hüküm elde etme işlemine gerek duyulmamıştır. Sahabi döneminde de böyle bir eseri görmemekle beraber bir takım usul kurallarının tatbik edildiği gözlemlenmiştir. Hz.Ömer, Hz.Ali ve Abdullah Bin Mesud başta olmak üzere bir çok sahabi bu kuralların bir kısmını zımnen de olsa uygulamışlardır. Tabii dönemde kaynaklardan hüküm çıkarma işlemi daha da önem kazanmış, Hicaz ve Irak ekoelleri yanında bir çok hukukçunun münferit yöntemleri sahneye çıkmıştır. Ancak, bu konuda eser yazılması bu döneme de nasip olmamıştır. Tabii döneminden sonra ve özellikle mezhep imamları döneminde fıkıh usulüne ilişkin kuralların yaygın biçimde kullanıldığı, tali delillere yer verildiği ve yöntemlerin farklılık arzettiği göze çarpmıştır. Ancak anılan hukukçuların yöntemleri yazıya dökülmeyip kafalarında kalmıştır. Nihayet, Hicaz ve Irak okullarını halleden, fıkıhla birlikte diğer branşlarda da deha gösteren, Mısırdaki rivayetleri tevarüs eden ve kendinden önceki imamların ilimlerini özümlemiş olan İmam Şafii, fıkıh usulüne dair "Er Risale" adlı ünlü eserini yazmıştır.

Şii hukukçu Es Sadr'ın, fıkıh usulü ilminin ilk kurucusunun Muhammed El Bakır ve oğlu Cafer Es Sadık olduklarına dair görüşü isbatlanamayan bir iddiadan ibarettir. Adı geçen iki hukukçunun usul kurallarını uygulanış olmaları mümkündür; fakat eser yazdıkları kesinlikle tesbit edilememiştir.

Şafii döneminde dini etüd sahasında hadis ehlinin saf akideciliği, hukukçuların liberalizmi ve Mutezile'nin rasyonalizmi olmak üzere üç disiplin bulunuyordu. Şafii'nin tedvin hareketi sayesinde hukukçularla hadisçiler arasındaki ihtilaf minimum noktaya inmiştir. Mutezile grubu ise uçurumu daha da derinleştirerek yazdıkları eserlerle ehl-i sünnete saldırmayı tek hedef kabul etmişlerdir.

Şafii'den itibaren fıkıh usulü ayrı bir ilim dalı olarak ortaya çıkmış ve bu branşta eser yazan değerli hukukçular yetişmiştir. Usuleülerin büyük bir bölümü fıkıh otoriteleri arasından çıkmış, bir kısmı ise ihtisaslarını sadece bu dala ayırmışlardır. Şafii'den sonraki usuleüler iki kategoriye ayrılmaktadırlar. Bunların bir kısmı Şafii'nin görüşlerini olduğu gibi kabul ederek sadece konuları anlaşılır bir biçime sokma ameliyesine girişmişlerdir. Kimileri ise bazı noktalarda görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Hanefi ve Maliki usul bilgileri bu kategoriye girerler.

Fıkıh Usulü hakkında kaleme alınmış eserler incelendiğinde Şafii ve Hanefi usuleülerin farklı yöntemleri geliştirdikleri görülür. Şafii'lerin yöntemi, herhangi bir mezhebin tesbit ettiği fıkhın fer'i meseleleri dikkate alınmaksızın soyut kuralların teorik olarak belirlenmesi esasına dayanır. Mezhep taassubunun bir kenara itildiği bu yöntem kelamecılar (İslam filozofları) ve Mutezile grubu tarafından da uygulanmıştır. Caferiler de başlangıçta bu yöntemin taraftarı idiler. Hanefi'lerin yöntemi ise mezhep imamının münferit meseleler için verdikleri hükmün ışığında kuralları tesbit etmeyi öngörür. Bu yöntemin amacı, bir bakıma, ekole mensup hukukçuların görüşlerini savunmak ve güçlü delillere bağlamaktır. Bu arada, her iki yöntemi mezc ederek karma bir yöntem uygulayan usuleüler de vardır. Es saâti, İbn-i Hümmam, Es Sübki, El Hindi ve Et Teftazani bunlardandır.

Bilindiği üzere, diğer sosyal ilimler gibi Hukuk ilminin de nirengi noktası kişilerdir. Gerçekten aile, miras, eşya ve borç ilişkilerinde daima hareket noktası kişidir. Kişiden yoksun bir hak düşünülemez. Bu bakımdan, kişilik hukukunun önemi büyüktür. Bu önemi dolayısıyla bütün hukuk sistemleri kişilik hukukuna yer vermiş, bulunmaktadır. Roma Hukuku, Justinianus ve Gaius'un Institutiones'leri, Prusyanın Genel Land Kanunu, Fransız Code Civile'i, Avusturya Medeni Kanunu ve İtalyan Medeni Kanunu kişilik hukuku ile aile hukukunu bir arada düzenlemiştir. İsviçre-Türk Medeni Kanunları ise kişilik hukukunu bağımsız olarak düzenlemiştir. Alman Medeni Kanunu ise, kişiler hukukuna ilişkin sorunları BGB'nin genel bölümünde ele almıştır.

Farklı bir yapıya sahip olan İslam Hukuku bağımsız bir kişiler hukukuna yer vermemiş ve buna ilişkin esaslar, kazuistik-mücerret denilebilecek bir metodu izleyen fıkıh kitaplarında serpiştirilmiş biçimde mevcuttur. Fıkıh eserlerini telif eden hukukçular şahıs kavramından hareket etmeyerek başka ölçüleri yeğlemişlerdir. Bununla birlikte, Fıkıh Usulü hakkında yazılmış eserlerde kişilik konusuna değinilmiş ve özellikle ehliyet kavramı üzerinde yeterince durulmuştur. Kişiler hukukunun modern anlayışa uygun olarak ilk defa İslam Hukuk literatürüne kazandıran Mısırlı İslam Hukukçusu Kadri Paşa olmuştur. Kadri Paşa'dan sonra bir kısım çağdaş İslam Hukukçuları (Ebu Zehre, Mustafa Sibai vs. gibi) İslam kişiler hukukuna dair kıymetli eserler yazmışlardır.

Kişiler Hukukunun konusunu kişi diye adlandırılan varlıkların çeşitli hukuki ilişkileri oluşturur. Ancak, kişilerle ilgili olan ilişkilerin tümü kişiler hukukunun konusuna girmez. Buna, sadece kişilerin kişilik alanına giren ilişkilerinin ya da kişi olmanın doğurduğu sorunlar (ehliyet, hısnlık, konut, ad vb. gibi) grimektedir. Biraz önce belirtildiği üzere İslam Hukuku kişi kavramından hareket etmediği için, kişiler hukuku kavramına doğal olarak yer vermemiştir. Modern İslam hukukçuları ise Fransız sistemini benimseyerek kişiler hukukunun kapsamına aile hukukunu da almışlardır.

Kişi kavramının dar ve geniş olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamda kişi hak ehliyetine sahip bulunan varlık anlamına gelir. Yani, haklara ve borçlara sahip olmak demektir. Geniş anlamı ise sadece hak ehliyetine sahip olan kimse değil, fakat aynı zamanda hukuki koruma sağlanan değerlerden (şeref, haysiyet, özgürlük vb. gibi) oluşan bir varlık demektir. İslam hukukunda kişi terim olarak yerleşmemiş, onun yerine mahkum-un aleyh (hakkında hüküm verilen kimse) diye bir terim gelişmiştir. Yine, bu hukuk sisteminde kişi kavramını ifade eden mükellef (yükümlenmiş) terimi de kullanılmıştır. gerek mahkumun aleyh ve gerekse mükellef kavramı tüzel kişileri değil, sadece gerçek kişileri ifade eder. Çünkü daha sonra anlatılacağı üzere İslam Hukuku kavram olarak tüzel kişiler ile ilgilenmemiştir.

Çağdaş hukuk doktrininde kişilik kavramı kişi kavramından çok daha geniş kapsamlı bir anlam ifade etmektedir. Kişi kavramı, az önce belirtildiği gibi, hak ve borçlar edinebilen varlıkları ifade ederken, kişilik kavramı kişiyi ve onun bu nitelikle sahip olduğu bütün hakları, kişiliğe ilişkin durumları ve hukukça korunan tüm kişisel değerleri de kapsamaktadır. Kişilik deyimini ne Roma ve ne de İslam hukukunda alışılmış bir kavram değildir. Bunun muhtevası İslam hukukunda "mükellefiyet" ve "zimmet" deyimleri ile kısmen karşılanmıştır.

Kişi deyince ilk akla gelen varlıklar insanlardır. Ancak kişilik kavramı ile ilgili hukuki düşüncede meydana gelen gelişme, daha geniş bir çerçevenin çizilerek bazı mal ve şahıs topluluklarını da bu kapsama girmesini sağlamıştır. Tüzel kişi diye bilinen bir kavram Roma ve İslam hukuk sistemlerinde terim olarak değil, muhteva olarak işlenmiştir. Bu açıklamaya göre kişi, gerçek kişi ve tüzel kişi diye iki gruba ayrılır. Gerçek kişi insanı, ifade etmektedir. Ancak, her insanın kişi sayılması prensibi modern dünyanın bir hediyesidir. Eski devirlerde kölelerin ve zaman zaman kadınların kişi sayılmadığı bilinmektedir. Günümüzde İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ve bütün ülkelerin anayasaları o eski uygulamayı tarihe gömmüştür.

Roma tarihi boyunca varlıkları sürdürülen köleler o zamanın ekonomik hayatının vazgeçilmez bir ögesi idi. Bunlar hakkın süjesi değil, hakkın konusu olarak görülürlerdi. Yunan, İran ve Cahiliyye araplarının kölelere bakışı bundan farklı değildi. Şehir hayatının gelişmesi sonucu iki tip köle ortaya çıkmıştır: Köylerde ve çiftliklerde kalan kölelerin durumu şehirlerde yaşayanlara kıyasla çok daha kötü idi. Bu dönemde köle anadan doğan her çocuk köle olarak doğardı. Doğum dışında da özgürlüğün kaybolması sonucu köle olunabilirdi. Savaş esirliği ve ağır bir ceza sebebiyle özgürlüğün kaybolması en tipik örneklerini oluştururdu. Yine borç ödememek, askerlikten kaçmak, kendisini köle gibi sattırmak ve aile babası (Pater Familias) tarafından köle ilan edilmek şekilleriyle de köle olunurdu. Kölenin hürriyet kazanması işlemine manumisso (azat etme) denirdi. Azat etmenin çeşitli şekilleri var idi. Değnekle azat etmek, sayım yoluyla azat etme vasiyetname ile azat etme, kilisede azat etme, dostlar önünde azat etme, mektupla azat etme ve sofrada azat etme şekilleri bunların başlıcalarıdır. Azat etme dışında terkedilmiş köle ile üstün bir fedakârlık örneği veren köle de özgürlüğüne kavuşturulabilirdi.

İslam Hukuku ise köleliği kökten kaldırma yoluna gitmemiş; ancak tedrici olarak kalkmasını sağlayacak bir dizi tedbirleri öngörmüştür. O zamanın ekonomik hayatına darbe vurmamak ve mukabele-i bilmissil ilkesini uygulamak gayesiyle köleliği kaldırma yerine, statüsünü iyileştirici esasları getirmiştir. Başta köleliğin nedenleri sadece savaş esirliğine inhisar ettirilmiştir. Bir defendiden başka birinden çocuk doğurtulursa bu takdirde de çocuk köle olur. Savaş esirlerinin köle yapılıp yapılmaması devlet başkanının isteğine bağlıdır. Mezheplere göre çeşitli alternatifler kabul edilebilir. İslam hukukçuları, kölelik statüsünün gerekçesini, küfre (İslam düşmanlığına) verilen ceza biçiminde izah etmişlerdir. Köle, efendisinin himayesinde sayıldığı için aile fertlerinden biri olarak addedilmektedir. Bu itibarla, efendi çocuğuna karşı yükümlü olduğu davranışları köleye karşı da göstermek durumundadır. Köle, onuruna karşı vukubulan saldırıyı defetmek için mahkemeye başvurabilir. Bu arada, köle cuma ve bayram namazlarından başışık tutulmuştur. Çocuk doğuran dişi köle efendisinin ölümü ile kendiliğinden azat olur. Köleliğin son bulması İslam Hukukunda oldukça kolaylaştırılmıştır. Bu ameliye azat etmek, köle ile yapılan akit sonucunu serbest bırakmak ve vasiyetnameye dercetmek tarzında olabilir. Ayrıca, azat etme işlemi İslamda sevap kazandıran yarı ibadet görünümünü kazanmıştır. Yine, yemin, adam öldürme ve zihar keffareti olarak köle azat edilmesi mecburiyeti getirilmiştir. Diğer şekiller ihtiyari iken bu şekil zaruri bir durumdur.

Modern İslam hukukçuları, Tabii hukuk yandaşları ile Fransız Hukukçular gibi, kişiliğin, sağ doğmak şartıyla çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren başladığını ileri sürerler. Bu

düşüncelerini, cenine, vakıf ve vasiyet gibi lehteki bazı hakları elde edebilmesi gerçeğine dayanmaktadır. Bize göre bu yargı İslam Hukuk mantığına uymamaktadır. Çünkü kişilik ancak bir insan için söz konusu olabilir. Oysa, henüz bir nutfe (damla) olan bir varlığın insan olduğunu söylemek ne tıbben ve ne de hukuken mümkün değildir. Sonra, İslam hukukunda hak ehliyetine eşdeğer olan zimmet kavramı vardır. Zimmetin cenin için söz konusu olamayacağı ise açıkça ifade edilmiştir. Yine, insan yapısında şekillenmiş bir ceninin ölü olarak düşmesine sebep olan kimseye "Gurre" adı verilen bir mali ceza terettüp eder. Halbuki insan şekline girmemiş ceninin diğer aşamalarında böyle bir ceza gerekmemektedir. Sağ olarak doğan cenin, çok kısa bir süre sonra olsa bile, önceki darp sebebiyle ölürse tam bir insanın diyeti icap eder. Öte yandan, cenine bazı hakların verilmesi ona kişilik tanıdığı için değildir. O düzenlemenin temelinde, ceninin bazı çıkarlarını koruma amacı yatmaktadır. Fikrimize göre İslam Hukukunda kişiliğin başlangıcı doğumla başlar. Türk-İsviçre Medeni Kanunları ile bir çok çağdaş hukuk sistemleri de bu esası benimsemişlerdir. Kişiliğin doğumla kazanılmasının iki şartı vardır. Birincisi tam doğum olayının gerçekleşmesidir. Modern hukukun aksine, İslam Hukuku çocuğun bedeninin yarıdan fazla bölümünün çıkmış olmasını yeterli görmektedir. İkincisi çocuğun sağ olarak doğmasıdır. Doğumdan sonra bir an yaşamış olması kafidir. Hem İslam hukuku ve hem de çağdaş hukuk hayat emaresi sayılan her belirtiyi sağ doğum için yeterli görmektedir. 1950 yılında toplanan Dünya Sağlık Örgütü, soluk verme ve kalp atışlarını ölçü olarak kabul etmiştir. Türk-İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarının aksine, İslam hukuku doğan çocuğun insan şeklinde olmasını istemiştir.

Gerçek kişiliğin sona ermesinin birinci şekli gerçek ölümdür. İslam Hukuku, ölümü, ruhun bedenden ayrılması şeklinde nitelendirmektedir. Modern hukuk doktrininde ise biyolojik ve beyinsel ölüm diye iki anlayış gelişmiştir. Çağdaş hukuk, ölümüne kesin gözle bakılacak olaylarda kaybolup cesedi de bulunmayan kişiyi kendiliğinden ölü saymaktadır. İslam Hukukunun Hanbeli dışındaki üç ekolü ise, bu durumda dahi hakimnin kararını gerekli görürler. Kişiliğin sona ermesinin ikinci şekli ise gaiplik (takdiri ölüm)dir. Gaiplik yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen, fakat ölmesi, muhtemel olan kişinin halidir. İslam Hukuku, Alman ve Fransız Hukuk sistemlerinin karması olup hem gaibin mallarının mahkemece koruma altına alınarak bir temsilci seçilmesini ve bir süre sonra mallara geçici olarak el konmasını öngörür ve hem de belli şartların gerçekleşmesiyle hakimnin ölüm kararını müteakip ölüm sonuçlarının uygulanmasını düzenler. İslam Hukukuna göre ölüme karar verilmekle, evliliğin iptali dahil, bütün sonuçlar kendiliğinden doğar. Oysa, Türk Medeni Kanununa göre gaiplik kararı evliliği ortadan kaldırmaz. Bunun için ya ayrı olarak ya da birlikte evliliğin iptalinin istenmesi gerekir.

Günümüzün hukuk düzenleri, günlük hayatın bazı gerçeklerini gözönünde tutarak insanlar dışındaki bazı varlıklara da kişilik tanımıştır. Şahıs veya mal topluluklarından ibaret olan bu varlıklara tüzel kişi (hükmi şahıs) deyimini uygun görülmüştür. Tüzel kişileri "kendisini oluşturan insan ve mal topluluğundan bağımsız olarak ve belirli bir amaca yönelik biçimde, başlı başına bir varlığı olmak üzere ortaya çıkan insan ve mal toplulukları" şeklinde tanımlamak mümkündür.

Roma Hukuku Literatüründe tüzel kişilik kavramını karşılayan bir deyim rastlanmamaktadır. Ancak, bu Roma Hukukunda tüzel kişiliğin hiç olmadığı anlamına gelmemelidir. Roma'da kendilerine kişilik tanınmış insan topluluklarının en eskisi "Populus Romanus" denen Roma devletidir. Bunun yanısıra, iki cemiyet tipine daha tüzel kişilik tanınmıştır. Esnaf ve tüccarların kurduğu birinci tip Colleqium'lardı. Sodalitas denilen ikinci tip dernekler ise dini mahiyette idiler.

Ortaçağ Cermen Hukukunda gelişen iki tip kurumun tüzel kişilere çok yakın olduğunu görmekteyiz. Birincisi Zenaat teşekkülleridir ki, bunlar meslekt nitelikte olan kuruluşlardır. İkinci tip ise, iştirak halinde mülkiyet kurumlarıdır. Tüzel kişilik fikrinin en erken geliştiği ülke İngiltere'dir. Çünkü, İngiliz Hukuku 14. yüzyıldan beri tüzel kişiliği kabul etmiştir. Bu konuda İngiltere'yi Fransa izlemiştir.

Günümüzün bütün Medeni Kanunlarında tüzel kişiler iki kategoriye ayrılmaktadır. Birinci kategoriye oluşturan Kamu hukuku tüzel kişileri, görevleri bakımından kamu otoritesini temsil ederler. Kamu yönetimleri ile üniversite ve hastaneler bunun örnekleridir. İkinci kategoriye ise özel hukuk tüzel kişileri oluştururlar. Bunlar ya ortaklıklar gibi kazanç amacı güderler ya da vakıf ve dernekler gibi kazançtan başka amaçları güderler.

İslam Hukukuna bakıldığı zaman tüzel kişiliği ifade eden herhangi bir terime rastlamadığımızı görürüz. Ancak, bu gün modern hukukun tüzel kişi tanıdığı bazı kuruluşlar için, İslâm Hukukunda aynı tarzda tüzel kişilik hükümlerinin kabul edildiğini görmemek mümkün değildir. Zaten, konuyu bu yönden incelerken bu günkü terimlerin kullanılıp kullanılmadığından ziyade, hangi ad altında olursa olsun, böyle bir uygulamanın olup olmadığına ve böyle bir muhtevanın İslam Hukukunun ruhuna uygun olup olmadığına bakmak gerekir. İşte bu noktada olumlu bir sonuç elde ettiğimizi söyleyebiliriz. Her şeyden önce "Müslümanların kanları birbirlerine eşittir. En alt derecedekiler dahi (toplum adına) güven verebilir. Onlar kendilerinden başkalarına karşı el gibidirler" şeklindeki hadis-i şerif, tüzel kişiliğin teorik olarak İslam Hukukunda mevcut olduğunu açıklamaktadır. Pratiğe gelince, İslam Hukukunda bazı kurumların tüzel kişi sıfatıyla varlıklarını sürdürdüğünü görürüz. Devlet, vakıf ve beytülmal gibi kurumlar tüzel kişiliği haiz olarak asırlarca fonksiyonlarını sürdürmüşlerdir.

Devletin dış siyaset, iç siyaset ve mali yönden tüzel kişiliğe sahip olduğunu gösteren hükümler fıkıh eserlerinde etraflıca açıklanmıştır. Çünkü devlet başkanı, bütün davranışlarında toplumu bütün olarak temsil etme mevkiinde kabul edilmiştir. Devlet hazinesi (beytülmal), devlet başkanının şahsî servetinden ayrı olduğu, alacaklı ve borçlu durumuna düşebileceği, davalarda taraf olduğu ve hatta mirasçı olabileceği için, tüzel kişi olarak kabul edilmektedir. İslam Hukukuna göre, vakıf müesseselerinin, vakfı oluşturdandan ve mütevelliden ayrı olarak bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip buldukları kabul edilmiş ve bu yöndeki uygulama çağdaş hukuktan farksız bir biçimde sürmüştür.

Şirketlerin tüzel kişi sayılıp sayılmaması konusu İslam Hukukunda üzerinde durulması gereken bir konudur. İslam hukukçuları en çok ilgi duydukları konulardan biri de şirketlerdir. Şirketler değişik açılardan tasnife tabi tutulmuşlar ve çeşitli yönlerden incelenmişlerdir. Ancak, şirketlerin tüzel kişiliğe sahip olduklarına dair bir kayda rastlanamamaktadır. Çünkü derpiş edilen şirket çeşitlerinin hepsi bu günkü anlamda adi ortaklıklardır. O dönemin literatürüne bugünkü anonim ve limited şirketler girmediğinden, tüzel kişilik ile ilgili hükümler gündeme gelmemiştir. O zamanın ekonomik ve sosyal şartları sadece adi ortaklıkların kurulmasına zemin hazırladığı için, tüzel kişiliğin tanınmaması haklı bir yaklaşımdır. Bununla birlikte, modern anlamda kurulan büyük şirketlere tüzel kişilik tanınması kanaatimizce İslam hukukuna aykırılık teşkil etmemektedir. Çünkü, eğer İslam hukukçuları kendi çağlarında bu gibi şirketlere rastlanmış olsalardı, tüzel kişilik fikrini benimseyeceklerdi. Az önce de belirtildiği gibi, devlet, beytülmal ve vakıf kurumlarına tüzel kişilik tanındığına göre, şirketlere de tanınmaması için bir neden yoktur.

Klasik usul eserleri incelendiğinde, bunların, hukuki konuları dört ana bölüm altında topladıkları görülür. Bunlar hüküm, hükmü koyan, hükmün konusu olan fiil ve hakkında hüküm verilen kimsedir. Tezimizin konusunu oluşturan ehliyet ile ilgili hususlar bu son bölümde incelenmiştir. Hakkında hüküm verilen kimse deyimine mümâsil olan mükellef terimi de anılan eserlerde yaygındır. Bu iki kavramın ifade ettiği anlam kişinin Allah katından gelen buyrukları yerine getirme durumudur. Söz konusu buyruklara muhatap olabilmek için, kişinin, bu emirleri algılayacak kapasitede olması; yani, belirli ölçüde aklî ve zihnî olgunluğa sahip olması gerekir. Bunun yanında da ehliyet vasfını ortadan kaldıran engellerin bulunmaması gerekir.

Ehliyet konusu usul kitaplarında, özellikle Hanefi usulcüler tarafından, gereği gibi incelenmiştir. Uygulamalı fıkıh eserlerinde ise, ehliyetle ilgisi olan bölümlerde serpiştirilmiş olarak ele alınmıştır. Örneğin, akitler, aile hukuku, ceza hukuku ve ibadetler gibi bölümlerde, ehliyetin bunlarla olan ilgisi çerçevesinde izah edilmiştir.

Arap dilinde hak kazanmak, layık olmak ve yetkin bulunmak anlamlarına gelen ehliyet, İslam hukukçularınca "Kişiye hak elde etmek ve bu hakları kullanmak için yetki veren bir yeterlidir" biçiminde tanımlanmak suretiyle hak ve fiil ehliyetinin nitelikleri birleştirilmiştir. Ehliyet, insanlarda peyderpey gelişen bir niteliktir. Bu gelişme, insanların akıl ve beden yönünden geçirdiği gelişme aşamalarını izlemektedir. Öte yandan, bu niteliğin varlığını takdir etme ve kişideki gelişme temposuna uygun olarak derecelerini belirleme yetkisi tamamiyle yasa koyucuya aittir. "Salahiyet", ehliyetin varlığını hazırlayan uygun bir zemini hazırlar. Çünkü, salahiyet kişinin, haklara sahip olmak ve onları kullanmak için maddi ve cismani yönden elverişli olması durumudur. "Kudret" ise, kişiye yükletilen görevlerin ifa edilmesi için lüzumlu olan kuvvet miktarı demektir. Bu tanımla kudret, fiil ehliyetini yakından ilgilendirmektedir.

Ehliyet, İslam Hukukunda Hak Ehliyeti (Vücup Ehliyeti) ve Fiil Ehliyeti (Eda Ehliyeti) şeklinde tasnife tabi tutulmuştur. Bu tasnif bütün modern hukuk sistemlerince benimsenmiş görülmektedir. Vücup ehliyeti İslam Hukukunda kalıplaşmış bir tarifile "Kişinin, ilzama (borçlandırılmaya) ve iltizama (borçlanmaya) elverişli olması" şeklinde tanımlanmıştır. Şu halde, hak ehliyeti haklara sahip olmak ve borç altına girebilmek gibi iki unsura sahiptir. Başka bir deyimle, bu ehliyet türü aktif ve pasif olmak üzere iki özelliği haizdir. Hak ehliyetinin ikinci unsuru ile yakından ilgisi olan "zimmet" terimi az sonra açıklanacaktır. Diğer taraftan, hak ehliyeti kişiye yüklenen vecibeyi bilfiil değil, bilkuvve vücuda getirmektedir. Yani, yasa koyucu tarafından yükümlülüklerin insana yönelmesi için, bu ehliyet türü bir zemin hazırlamaktadır.

Hak ehliyetinin dayanağı insan olmaktır. Hak ehliyetinden yoksun bir insan kesinlikle düşünülemez. Yaş, akıl, erginlik vb. gibi ölçüler burada aranmadığı için cenin-çocuk, küçük-büyük, kadın-erkek ve deli-akıllı farkı gözetilmeksizin herkes bu ehliyeti elde eder. Hatta, İslam Hukukunda köle bile hak ehliyetine sahip kabul edilmektedir. Çünkü, kölelik kişilik üzerine düşmüş geçici bir gölge biçiminde görülmektedir. Hak ehliyeti bu özelliği ile "genellik" ilkesine sahiptir. Hak sahibi olabilme bakımından aynı pozisyondaki kişiler arasında hiç bir farkın gözetilmemesi de "eşitlik" ilkesini temsil eder. Esasen, bu iki ilkeyi birbirinden ayıran kalın bir çizgi bulunmamaktadır. Fakat bu iki ilke mutlak bir nitelik taşımazlar. Çünkü bazı nedenlerle kimilerinin hak ehliyeti tam, kimilerinin de eksik olabilmektedir. İslam Hukukunda tüzel kişiler için zimmet vasfı düşünülemezse bile, bunlara da kendilerine özgü bir hak ehliyeti tanımak gerekir.

İslam Hukuku, hak ehliyetini tam ve eksik diye iki kısma ayırmıştır. Daha önce açıklanan ilzam (borçlandırma) ve iltizam (borçlanma) faktörlerinden biri eksik olunca eksik eda ehliyeti söz konusu olur. Tek örneğini ceninde görebildiğimiz eksik hak ehliyetini modern hukuk kabul etmemekte ve ehliyetin bölünmezliği prensibine inanmaktadır. Hak ehliyetinin dayanağını zimmet olarak gören İslam hukukçularının cenine eksik hak ehliyeti öngörmelerinin izahı zordur. Çünkü, ceninin zimmetinin bulunmadığında herkes ittifak halindedir. Ancak, kimileri ceninin durumunda olduğu gibi eksik zimmet kavramına yer vermiştir.

İslam hukukçularının büyük bir bölümü, hak ehliyetini, kişide var olduğu kabul edilen ve itibarî bir nitelik olan zimmet'e bağlamışlardır. Lügat anlamı taahhüt ve güven vermek anlamlarına gelen zimmet, "insanı leh ve aleyhindeki haklara ehil kılan ve her insanda bulunduğu var sayılan hukuki nitelik" olarak tanımlanmıştır. Tanıma bakılırsa zimmet ile hak ehliyeti neredeyse eş anlamlı olarak anlaşılır. Fakat, dikkatle incelendiğinde aralarında kalın çizginin bulunduğu görülür. Çünkü zimmet sadece iltizam (borçlanma) faktörü ile alakalıdır. Sadece ilzam faktörüne sahip olan cenin için zimmet söz konusu olmamaktadır. Modern İslam hukukçuları, zimmeti, kişiye yüklenen borçları içinde barındıran itibarî bir kap olarak tanımlamak suretiyle sadece iltizam unsuruna yer vermişler ve böylece tanım kargaşasına son vermişlerdir.

Zimmet niteliğinin takdir edilmesine gerek bulunmadığı ve bunun bir vehim ya da hayalden ibaret olduğu tarzında itiraz yapılmış ise de, bu itiraz hemen hemen bütün İslam hukukçularınca bir çırpıda reddedilmiştir. Bu hukukçulara göre zimmeti takdir etmenin bir çok yararı vardır.

Çünkü, zimmet sayesinde borçlar malların belirli kısmına ilişmemekte ve bu suretle borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmamaktadır. Bu açıklamalar ışığında diyebiliriz ki, zimmet ancak bağımsızlığına kavuşmuş bir kişi için söz konusu olabilir. Hayvanlar ve cenin için zimmetin varlığından söz edilemez. Bu arada, zimmet vasfını haiz olmayan hiç bir insanın düşünülmemeyeceğini hatırlatmak gerekir. Yani, zimmet kişiliğin icaplarındandır. İtibari bir kap olarak telakki edilen zimmete, nitelik ve niceliğe bakılmaksızın her türlü hak bağlanabilir. Yine, bir kişinin ancak bir zimmetinden söz edilebilir. Aynı şekilde zimmet'te birden fazla kişilerin ortaklığı mümkün değildir. Yukarıda da işaret edildiği gibi zimmetin en bariz özelliği, tüm borçlar için eşit olarak garanti oluşturup borçlunun tasarruf yetkisinin serbest kalmasını sağlamaktır.

Doğumla başlayan zimmet ölüm olayı ile, son bulur. Ancak ölümün hangi safhasında tamamıyla son bulduğu üzerinde İslam hukukçularının görüş birliği mevcut değildir. Hanbelilerin çoğunluğuna göre, zimmet niteliği ölüm anında tamamiyle sona erer. Şafii ve Maliki ekolleri ise, zimmet'in, ölümden sonra belli bir zamana kadar varlığını sürdürdüğü görüşünü benimsemektedirler. Hanefiler de bu iki görüşün arasında yer alarak ölümün, zimmeti tamamen kaldırılmakla beraber hayat halindeki durumundan daha zayıf bir pozisyona düşürdüğünü söylemektedirler. Sonuç itibariyle ölüm ile zimmetin sona ermesi asıldır. Ancak istisnai durumlarda ölümden sonra da devam edebilir.

Çağdaş hukukta zimmete benzer patrimuan diye bir kavram geliştirilmiştir. Patrimuan, itibari bir kavram olup kişinin elde ettiği veya elde edeceği malların bütününe ifade eder. Buna mali zimmet denebilir. Patrimuanı olmayan hiç bir gerçek ve tüzel kişi düşünülemez ve kişinin ancak tek mali zimmeti vardır. Mali zimmet, onu meydana getiren parçalardan bağımsız olup alacaklılar için bir nevi sigortadır. Sonra, patrimuan ölümden sonra da devam eder. Zimmetle olan bariz farkı bunun mala ilişmesi, zimmetin ise kişiye bağlanmasıdır.

Fiil ehliyeti için en yaygın tanım "Hukuken geçerli sayılan fiilleri yapabilme yetkisi" biçimindedir. Hak ehliyetinin aksine, fiil ehliyeti aktif bir ehliyet olup kişinin bir eylemde bulunarak hak ve borçlar edinmesi ve dini yükümlülüklerle muhatap olması durumunu ifade eder. Kişinin geçerli bir irade beyanına sahip olmasını gerektiren fiil ehliyeti, doğumla değil, bazı şartların gerçekleşmesi sonucu sonradan kazanılır. Olgunluklara erişme dereceleri farklı bulunduğundan, fiil ehliyetine sahip olma bakımından eşitlikten söz edilemez. Modern hukukun fiil ehliyetine bakışı İslam Hukukunun hemen hemen aynıdır.

Fiil ehliyeti çerçevesinde kişinin yaptığı fiiller üç kategoride toplanır. Bunlar ya hukuki sonuç doğurması kişinin irade açıklamasına bağlı olanlardır' (Alım-satım, rehin, kira vs. gibi) veya kişinin, haksız bir eylem ile bir başkasına zarar vermesi sonucunda sorumlu tutulmasını gerektirenlerdir (haksız fiiller gibi) veyahut da bütünüyle kul ile Allah ilişkisinden ibaret bulunanlardır (ibadetler ve dini vecibeler gibi).

Akıl meselesi fiil ehliyetinin temeli ve dayanağıdır. Başka bir deyimle, fiil ehliyetinden söz edebilmek için, kişinin akıl ve temyiz kabiliyetine sahip olması gerekir. İslam Filozofları ve hukukçuları akıllı, heyûlani (ilkel, başlangıç) akıl, meleke akıl, fiili akıl ve yararlanan akıl şeklinde zayıftan mükemmele doğru bir sıralamaya tabi tutmuşlardır. Hukukçulara göre, fiil ehliyetinin dayanağı ikinci aşamadaki akıldır (Meleke akıl). Fiil ehliyeti yönünden kişinin yapacağı işlemler üç grupta toplanmıştır. Birinci grup kişiye sadece yarar sağlayan işlemlerdir. Bunlarla kişinin pasifinde değişiklik olmadan aktifinde artış meydana gelir (vasiyet, bağışlamayı kabul etmek vb. gibi). İkinci grup ise birincinin tersine, sadece kişinin pasifini arttırmalar (mal bağışlama, vasiyet yapma, ibra vb. gibi). Üçüncü grup ise yarar ve zararın muhtemel olduğu işlemlerdir. Bu işlemler ile kişi bir şeyi vermek karşılığında bir hak elde etmektedir (alım-satım, kira vb. gibi)

Fiil ehliyetinin bağlı olduğu akıl ve idrak gücü her an gelişme seyrini çizen bir durum arz etmektedir. Bu nedenle, henüz gelişmemiş ve istenen kıvama ulaşmamış akla sahip olan kişinin

tam fiil ehliyetinden söz edilemez. Bu gerçek karşısında İslam hukukçuları fiil ehliyetini tam ve eksik diye iki kısma ayırmışlardır. İlk anlarında akli ve bedeni olgunluktan yoksun olan insan, bunlara peyderpey ulaşmaya elverişli bir yapı ve yaratılıştadır. İşte gelişme halinde bulunan bu olgunlukların eksik olduğu aşamalarda eksik fiil ehliyetinden söz edilir. Hem akli ve hem de bedeni eksikliğin bariz nüsali, mümeyyiz küçüklerdir. Sadece akli eksikliğin bulunduğu örnek ise ergin bunaklardır. Gayri mümeyyiz küçük bu olgunluklardan bütünüyle mahrum olduğundan, fiil ehliyetinden tamamiyle yoksundur. Akli ve bedeni olgunlukların tamamlandığı aşamada fiil ehliyeti de tam olur. Bu aşama, kişinin erginlik ve rüşt yaşına erişmesiyle elde edilir. Bunun gerçekleşmesi her insanda farklı bulunduğundan, İslam Hukuku yaş kistasına önem vermiştir.

İnsanın fizyolojik ve zihinsel gelişmesi zaman içinde sürekli devam edince ehliyet de buna paralel olarak sürekli gelişme göstermektedir. Gelişme çizgisi, eksik hak ehliyetinden başlar, tam fiil ehliyetinde noktalanır. İslam Hukukçuları ehliyet aşamalarını cenin, küçüklük, temyiz, ergenlik ve rüşt dönemlerine ayırmışlardır.

Cenin dönemi, nutfenin anne rahmine düştüğü andan başlar, doğum zamanına dek sürer. İslam Hukuku cenin için eksik hak ehliyeti tanıyarak lehine sınırlı bazı hakları kabul etmiştir. Aleyhinde ise hiç bir hak meydana gelmez. Çünkü, ceninin zimmet niteliği bulunmamaktadır. Elde ettiği haklar ise nesep bağı, miras hakkı, lehine vasiyet, lehine vakıf ve azat olma hakkıdır. Bu hakları elde etmek ceninin sağ olarak doğma şartına bağlanmıştır. Çağdaş hukuk, saydığımız bu haklardan başka hakları da tanımaktadır.

Küçüklük ya da gayri mümeyyiz çocuk dönemi, doğumla başlar, temyiz gücünün kazanılmasına kadar sürer. Bu tür küçüklerin hak ehliyetleri tam ve fakat fiil ehliyetleri yoktur. Allah hakkı diye deyimlenen kamu hakları karşısında gayri mümeyyiz küçüğün durumu önem arz etmektedir. Din seçimi ve ibadetlere muhatap olması düşünülemeyen küçüğün, zekatı verip vermemesi konusunda mezhepler arası görüş ayrılığı mevcuttur. Hanefilerin dışındaki üç ekol, küçüğün malından zekatın çıkarılması gerektiği görüşünü ileri sürerler. Ancak bütün ekoller, küçüğün fitir sadakası vermek mecburiyetinde olduğu görüşünü paylaşmaktadırlar. Küçük, ceza ehliyetinden yoksun kabul edildiği için hiç bir cezai kovuşturmayaya tabi tutulamaz. Küçüğün haksız fiil sorumluluğunun olması bütün İslam hukukçularının ortak görüşüdür. Maliki dışındaki ekoller, evli küçüğün, eşinin nafakasını ödemek zorunda olduğuna hükmetmişlerdir. Küçüğün kavli ve fiili tasarrufları ise geçersizdir. Ancak lehine yapılan hibe, vasiyet ve vakıf gibi ivazsız işlemler geçerlidir.

Temyiz dönemi, çocuğun mümeyyiz vasfını kazandığı andan ergenlik (bülûğ) çağına kadar devam eder. İslam hukukçuları, pratikte insicamın sağlanabilmesi amacıyla 7 yaş sınırını temyiz başlangıç çağı olarak kabul etmişlerdir. Mümeyyiz çocuğun bedeni ibadetleri yerine getirme zorunluğu yoktur; fakat kendiliğinden ifa ederse geçerlidir. Mali ibadeti (zekat, fitir gibi) ise tıpkı küçüğün ki gibi kabul edilmektedir. Mümeyyiz din değiştirmesi (irtidadı) şafiiler dışındaki mezheplerce geçerli sayılmıştır. Ayrıca Hanefiler, bunların, bedihi şeylere inanmaları gerektiğine inanırlar. Medeni fiil ehliyetine gelince, tamamiyle zararına olan hukuki işlemlere (hibe, boşama, ödünç verme, ibra vs. gibi) girişilememesi ittifakla kabul edilmiştir. Hatta veli veya vasi dahi bunları çocuk adına yapamaz. Vasiyet yapıp yapamayacağı konusu hukukçular arasında ihtilaflıdır. Tamamiyle yararına olan hukuki işlemler (lehine hibe, sadaka, hediye, vakıf vb. gibi) veli veya vasiye ihtiyaç kalmadan geçerlidir. Kâr ve zararın muhtemel olduğu alım-satım, rehin, kira vb. gibi işlemler, veli ya da vasinin izni veya icazeti ile yapılabilir. Çağdaş hukuk, bu konuda tıpkı İslam Hukuku gibi düşünmektedir. Şafiiler'in, hiç bir küçük türünün, izin veya icazetle de olsa üçüncü tipteki işlemleri yapamayacağı tarzındaki görüşünü burada hatırlatmak gerekir.

Temyiz döneminden sonra başlayan ergenlik (bülûğ) döneminin başlangıcı için ikisi kadınlara mahsus olmak üzere beş ölçü öngörülmüştür. Ortak ölçülerin birincisi ihtilamdır. İkinci ölçü ise

cinsel organların çevresinde kıl bitmesidir. Nihayet üçüncü ölçü yaş sınıridir. Hukukçuların çoğunluğu bunu 15 yaş olarak öngörmüşlerdir. Ebu Hanife 18 yaş limitini savunurken Mecelle çoğunluğa uymuştur. Kadınları ilgilendiren iki ölçüye gelince, bunlar adet görme ile gebe kalma durumlarıdır. Ergenlik (bülûğ) çağına erişen kişi, reşit olsun veya olmasın, dini fiil ehliyeti ile ceza ehliyetini elde eder. Medeni fiil ehliyeti ise, reşit olmadığı takdirde yoktur. Bu itibarla, kendisini borç altına sokan işlemlere girilemez.

İnsan hayatının son merhalesi rüşt dönemidir. Mecelle'nin tanımıyla rüşt, "malını korumak hususunda özen gösterip israftan ve boş harcamalardan kaçınan kimsenin durumu" dur. Bu niteliği taşıyan kişi reşit diye adlandırılır. Bu nitelik, bülûğ çağı ile birlikte ortaya çıkabileceği gibi, daha sonra da meydana gelebilir. Rüştün kazanılacağı çağ, kişinin yaratılış özelliğine, yetiştiği çevreye, sosyal ve ekonomik durumuna, gördüğü eğitim ve kültüre göre değiştiği için, İslam Hukuku bir yaş limitini belirlememiştir. Ancak, bülûğdan önce rüştün gerçekleşemeyeceği ittifakla kabul edilmiştir. Rüşt yaşını belirleme yetkisinin ülke yöneticilerinde olduğunu söylemek yanlış olmamalıdır. Yöneticiler, zamanın gereklerine göre rüşt yaşını belirleyebilirler. Rüşt kazanılmadığı sürece kişiye malları teslim edilmez. Malların teslim edilmemesi sefihlik nedenine bağlı olarak sürer. Ebu Hanife ise, yirmibeş yaşından sonra rüşt kazanılmazsa bile malların teslimini öngörür. Ebu Yusuf, Muhammed ve Mecelle çoğunluğun görüşüne uymuşlardır. Çağdaş hukuk, temyiz dönemi ile rüşt dönemi arasında bülûğ aşamasına yer vermemiştir. Bu hukuk sistemine göre yaş erginliği ve erken ergenlik diye iki çeşit rüşt'ten söz edilir. Yaş erginliği çoğu ülkelerde 18 yaşın ikmal ile elde edilir. Erken rüşt ise evlenme veya hakimin kararıyla ortaya çıkar.

İslam hukukçuları, usul eserlerinde ehliyeti ortadan kaldıran halleri (avarız-i ehliyet) incelemişlerdir. Ehliyet engeli de diyebileceğimiz bu haller doğaldır ki, fiil ehliyetini ilgilendirir. Hak ehliyetinin temeli insan olarak var olmaya dayandığından, hiçbir engelden etkilenemez. Söz konusu engellerin bir kısmı insanın elinde olmayan nedenlerden doğduğu için, bunlara semavi arızalar denilmiştir (küçüklük, akıl hastalığı, bunaklık vs. gibi). İnsan fiil ve ihmalinin sebep olduğu engeller ise müktesep arızalar diye adlandırılmıştır (sarhoşluk, bilgisizlik, hata, ikrah vb. gibi).

Semâvi engellerin birincisi akıl hastalığıdır. Söz ve eylemlerin normal bir çizgide yürütmesine engel olan akli melakedeki bozukluk biçiminde tanımlanan akıl hastalığı, devamlı ve devamlı olmayan türlere ayrılır. Devamlı akıl hastalığı (cünûn-i mutbık), buna dûçar olan kimsenin bütün vakitlerini kaplayan hastalıktır. Devamlılık ölçüsü kimine göre bir yıl, kimine göre bir ay ve kimisine göre de 24 saattir. Devamlı olmayan akıl hastalığı (Cünun-ı gayri mutbık) ise, gelip geçici bir rahatsızlık şeklidir. Bu hastalıklar doğumla beraber olabildiği gibi sonradan da peyda olabilir. Hak ehliyeti tam olan akıl hastasının fiil ehliyeti yoktur. Çünkü, fiil ehliyetinin dayandığı akıl ve temyiz gücü onun için söz konusu olmamaktadır. Şu halde, akıl hastası tıpkı gayri mümeyyiz çocuk hükmündedir. Bu itibarla, devamlı akıl hastasının hiç bir kavli ve fiili tasarrufu geçerli değildir. Veli ya da vasinin izin veya icazeti durumu değiştirmez. Devamlı olmayan akıl hastasının hastalık halindeki tasarrufları geçersiz, iyi olduğu zamanlardaki işlemleri ise tıpkı normal insanlar gibi geçerlidir. Akıl hastasının haksız fiil sorumluluğu mümeyyiz olan ve olmayan küçükler gibi devam etmektedir. Çünkü, bu sorumluluk mali sorumluluktur. Akıl hastasının ibadet yükümlülüğü olmadığı gibi ceza ehliyeti de bulunmamaktadır. Diğer yandan, akıl hastası kendiliğinden kısıtlı olup hakimin bu yöndeki kararı yenilik doğurmayan bir karardır.

Semavi engeller arasında yer alan yaş küçüklüğünün arıza kabul edilmesi nisbî bir durumdur. Yaş küçüklüğü iki devreye ayrılır. Birinci devre doğumdan temyiz çağına kadar süren dönemi kapsar. Bu dönemi yaşayan küçüğe gayri mümeyyiz çocuk deyimi uygun görülmüştür. Temyiz çağından bülûğ dönemine kadar süren aşamayı yaşayan küçük ise mümeyyiz çocuk diye anılmıştır. Her iki küçük türünün hak ehliyeti tam iken, gayri mümeyyiz çocuğun fiil ehliyeti bütünü bulunmamaktadır. Mümeyyiz çocuğun fiil ehliyeti ise eksiktir. Küçüklerin İslam Hukukundaki durumları daha önce gereği gibi açıklandığından, burada tekrar edilmesine gerek yoktur

Kişiyi kıt anlayışlı, kötü tedbirli, karışık sözlü ve tutarsız davranışlı yapacak derecede akılda meydana gelen bozukluk veya eksiklik demek olan bunaklık (ateh) de semavi engellerdendir. Gel-git akıllı bunaklar bazen akıllı ve bazen de akıl hastası gibi davranırlar. Bunakların, temyiz gücüne sahip oldukları kabul edilir. Zaten, mümeyyiz olmayan bunaklar akıl hastası olarak değerlendirilmelidir. Sağır ve dilsizler ile körler bunak (akıl zayıfı) grubuna girmemektedir. Çünkü, organik bozukluklar akıl dengesini etkilemediği sürece ehliyete ilişmemektedir. Temyiz gücüne sahip olan akıl zayıfı (bunak), bütün hükümlerde mümeyyiz küçük gibi telakki edilir. Mümeyyiz çocuk için verdiğimiz izahat bunak için de aynen geçerlidir. Eksik fiil ehliyeti bulunan bunaklar kendiliklerinden kısıtlıdır. Büluğ çağına eren bunağın bunaklık durumu sürerse velisinin velayet hakkı devam eder. Yok, eğer bunaklık büluğ çağından sonra baş göstermişse velâyet hakkının avdet edip etmeyeceği hususu İslam hukukçuları arasında ihtilaflıdır. İmam Muhammed avdet fikrini ileri sürerken Ebu Yusuf velayetin hakime ait olduğuna inanır.

Semavi arızalardan biri de baygınlık (iğma)dır. Baygınlık, kişinin idrak gücünü ve hareket serbestisini gidererek aklını çalıştırmasını önleyen ve doğal olmayan geçici bir uyuşukluktur. Baygınlık hali devam ettiği sürece kavli tasarruflar (sözel işlemler) tamamiyle geçersizdir. Haksız fiil sorumluluğu ise tamdır. Baygınlık süresince ibadet yükümlülüğü bulunmamakta ve nadir de olsa işlenen suçlardan dolayı cezai kovuşturma yapılamamaktadır.

Kişinin iradesi dışında hafızaya peyda olan geçici bir durgunluk demek olan unutmama (nışyan), aslında ehliyetleri etkilememekte ve sadece birtakım dini gereklerin yerine getirilmemesinden veya ihmal edilmesinden doğan sorumluluğu kaldırıcı bir nitelik taşımaktadır. Buna göre, unutmak neticesinde ifa edilemeyen ibadetten herhangi bir sorumluluk doğmaz. Hayvanın boğazlanması sırasında bismelenin unutulması da bu kabildendir. Unutan kimsenin haksız fiil sorumluluğu da tamdır. Eğer unutmama süreklilik kazanıp bunaklık derecesinde olursa bu takdirde bunakların hükümleri uygulanır.

Semavi engeller içinde zikredilmiş olan uyku hali (nevm), akıl ve duyuların fonksiyon görmesini geçici olarak önleyen ve irade dışı olan tabii bir zihni durgunluğu ifade eder. Uyku hali bayılmaya benzer bir durumdur. Ancak, bayılma hastalık veya sinir sistemindeki bozukluk sonucu ortaya çıktığı halde, uyku hali bütünüyle tabii bir durumdan ibarettir. Bayılmanın bütün hükümleri uyku hali içinde geçerlidir. Hatta, uyku hali daha hafif bir arıza kabul edilmektedir. Mesela, namaz esnasında vukubulan bayılma namazı bozarken, uyku namazın sıhhatine halel getirmemektedir.

Semavi engellerden ölümle sonuçlanan hastalık (maruz-ul mevt), "Kişiyi olağan işlerini yapmaktan alıkoyan, ölüncüye kadar araya iyileşme girmeyen ve bir yıl içinde ölümü sonuçlandıran hastalıktır" şeklinde tanımlanmıştır. Tanıma göre hastalığın belli bir şiddette olması, en çok bir yıl içinde ölümü sonuçlandırması ve hastalık ile ölümün arasına iyileşmenin girmemesi gerekir. Hukukçular, fırtınaya tutulmuş geminin yolcularını, esiri öldüren ülkelerdeki esirleri, kızırgan savaş cephesinde savaşanları, yangın içinde mahsur kalanları ve idam sehпасına götürülen kimse-leri de bu hastalığa duçar imiş gibi kabul etmişlerdir. Ölüm hastalığı aslında hak ve fiil ehliyetlerine halel getirmemekte ve ancak mirasçılar ile alacaklıların hakkını korumak amacıyla kişinin hukuki işlem yapabilme alanını daraltarak bazı tasarruflarda bulunmasını önlemektedir. Çünkü, ölümü ufukta gören kişinin, hayatta kalacak bazı yakınlarına karşı duygusu değişebilir ve bundan bazı mirasçılar ile alacaklılar zarar görebilir. Bu nedenle, alacaklılar yönünden kısıtlılık miktarı alacakların toplamı kadardır ve mirasçılar yönünden de servetin üçte ikisi kadardır. O halde, alacak miktarı ile servetin üçte ikisini aşan kısımda kısıtlılık söz konusu değildir. Bu tür hastaların evlenme ve boşanma işlemleri malikiler dışında bütün hukukçularca geçerli sayılmıştır. Ancak, kadına verilecek mehir emsalini geçemeyecektir. Boşanan kadının ölümüne namzet olan kocasına mirasçı olup olmayacağı konusu mezhepler arasında ihtilaflıdır. Şafiîler miras kesinkes reddederken diğer ekoller bazı şartlarla mirasçı olunabileceğini öngörmüşlerdir.

Yetişkin kadının rahminden periyodik olarak akan kan (hayız) ile kadının doğum yapmasından sonra belli bir süre devam eden kan akıntısı (nifas) ın, klasik usul eserlerinde ehliyet engelleri içinde yer almasını anlamak güçtür. Çünkü, usulcüler dahil, hiç bir İslam hukukçusunun, bu iki hali ehliyetleri giderici olarak gördüğünü tesbit etmek mümkün değildir. Yeter sebep olmazsa bile, belki de engeller arasında zikredildiklerinin nedeni, bu iki halin sürdüğü esnada bir takım ibadetlerden bağışık tutulmasıdır. Örneğin bu iki durum namazın farzietini kaldırır, orucun tehir edilmesini sağlar, Kur'an'a el sürmeyi ve okumayı yasaklar, cami'ye gitmeyi sakıncalı görür ve cinsel teması yasaklar.

Semavi arızaların son örneğini oluşturan ölüm (mevt), ruhun bedenden ayrılması sonucu hayatın kesin şekilde sona ermesi durumudur. Ölüm sadece ehliyetleri değil, kişiliği de ortadan kaldırır. Ölümün de ehliyet engelleri arasında bahsedilmesi yadırganabilir. Çünkü, kişiliğin sona erme durumları açıklanırken belirtildiği gibi ölüm, hayata son vermekle insanın varlığını ortadan kaldırır ve böylece ehliyet dahil insanın bütün fonksiyonlarını tatil eder. Ölenin geride bıraktığı mallara tereke denir. Terekenin dağıtılması için bir sıralama öngörülmüştür. Terekeden önce cenaze giderleri, ondan sonra ölenin borçları, kalanın üçte birinden ölenin vasiyetleri çıkarılır. Geri kalan bölüm ise mirasçılarca bölüştürülür.

Müktesep engellerden kabul edilen cehalet, bilinmesi gereken veya mümkün olan konulara dair bilgi yoksunluğudur. Cehalet kişinin ehliyetlerinden hiçbir şey eksiltmez; sadece bazı vecibelerin ifa edilmemesi için mazeret oluşturur. Cehaletin mazeret oluşturması konuların özelliğine göre değişmektedir. Mesela, her kesin bilmek durumunda olduğu bir konuyu (Allah varlığı, namazın farzietini, içki yasağı gibi) bilmemek mazeret sayılmaz. Uzman kişilerin bilebileceği hususların cahili olmak ise mazeret teşkil etmektedir. Buna örnek olarak ölümden sonraki hayatın niteliği ve Allah'a ait sıfatların keyfiyeti gösterilebilir. Şüphe ve hatadan doğan cehalet de mazeret kabul edilmektedir. Keza dini tebliğin ulaşmadığı kimselerin cehaleti de sorumluluğu kaldırmaktadır.

Alkolün yarattığı zehirlenme nedeniyle, kişinin irade ve temyiz yeteneğinin geçici bir süre için kaybolmasından ibaret olan sarhoşluk da müktesep arızalardandır. İslam Hukuku, doğurduğu sonuç bakımından sarhoşluğu meşru ve yasak diye iki kısma ayırmıştır. Tedavi için veya tehditle ya da bilmeden kullanılan alkolden meydana gelen sarhoşluk meşru sarhoşluktur. Bu tür sarhoşluk ceza ehliyetini kaldırdığı gibi kavli tasarrufları da geçersiz kılar. Çünkü, bu bir bakıma bayılma gibidir. Yasak sarhoşluk ise, zorlayıcı neden olmadan bilerek vukubulan sarhoşluktur. İslam Hukuku, bu tür sarhoşluğu "Suç suçu meşru kılmaz" kuralı gereği savunmamış ve bütün davranışlarını tıpkı normal bir insanınki gibi değerlendirmiştir.

Harcamalarda aklın ve dinin gerektirdiği özeni göstermeme durumuna sefahet denir. Böyle bir durumda olana da sefih deyimi kullanılır. Akli durumunda bozukluk olmadığı için müktesep engellerden sayılmıştır. Sefihlik bülûğ çağından önce başlamışsa baliğ olduğunda mallar teslim edilmez ve velayet altında kalmakta devam eder. Ebu Hanife'ye göre, yirmi beş yaş doldurulunca malların behemehal teslim edilmesi gerekir. Bülûğ çağından sonra başlayan sefihlik, hukukçuların çoğunluğuna göre kısıtlılığı gerektirir ve kişiyi mümeyyiz çocuk hükmüne sokar. Ebu Hanife ile Zahiri ekolü kısıtlılık düşüncesine şiddetle karşı çıkmışlardır. Sefihin mümeyyiz küçükten farkı bunun kısıtlılığının hakimnin kararıyla olmasıdır. Alman ve Türk-İsviçre hukuku kısıtlılığı öngörürken İngiliz Hukuku bunu kabul etmemiştir. Fransız Hukuku da bir müşavirin tayin edilmesini derpiş etmiştir.

İflas etmiş (borçları servetini aşmış) borçlunun ehliyetine hanel gelmemekle birlikte, alacaklıların hakkını korumak amacıyla bazı tasarrufları kısıtlanmıştır. Ebu Hanife ve Zahiriler, Sefih gibi müflisin de hacir altına alınamayacağını söylerken diğer hukukçular kısıtlı olunabileceği görüşüne sahiptirler. Müflisin yapacağı tasarrufların geçerliliği alacaklıların rızasına bağlıdır. Şafiiler, iflâş borçlunun, kendi isteği ile hacir altına alınması talebinde bulunabileceğini söyle-

mektedirler. Türk-İsviçre hukuku başta olmak üzere, bir çok modern hukuk sistemleri müflisin kısıtlılığı konusunda tüccar olan ve olmayan ayırımını yapmışlardır. İngiliz Hukuku ise ayırım yapmayan İslam Hukuku gibi düşünmektedir.

Müktesep arızalar içinde sıralanmış olan seyahat (sefer) halinin, ehliyetle ilgisinin olmadığı açıktır. Ancak seferilik durumu dini bir takım kolaylıkları sağlamaktadır. Bunlar dört rekatlı namazların iki rekate inmesi, Ramazan orucunun sonraya bırakılabilmesi, Abdest alırken mest üzerine meshetme süresinin 24 saatten 72 saate çıkması ve cuma ve bayram namazları ile kurban kesmekten muaf tutulmasıdır.

Söylenen sözün gerçek anlamının kastedilmemesi ya da şaka ile karışık olması demek olan ciddiyetsizlik (hezl)in, ehliyeti etkilemediği bilindiği halde müktesep engeller arasında açıklanması, herhalde iradenin dışarıya farklı yansımalarından dolayı bazı sözel tasarruflarda değişik sonuç doğurmasındandır. Hemen belirtelim ki, hezim ile yapılan ikrarlar tamamiyle geçersizdir. İnançlarla ilgili hezilli sözler, sonuç doğurmaya engel değildir. Örneğin, şaka ile dinden dönülürse, bu, gerçek bir irtidat kabul edilir. Kişiler arası mali tasarruflar (alım-satım, kira vs. gibi) hezilden etkilenir ve geçersizdir. Evlenme, boşanma, yemin ve azat etme gibi işlemler ise hezil ile de yapılsa geçerlidir.

Ehliyeti yok edici veya eksiltici rolü bulunmayan hata, "Kişinin kastedtiği eylemin dışında başka bir eylemin vukubulması" biçiminde tanımlanmıştır. Hata, iradeyi sakatlayıcı özelliğiyle müktesep engeller arasında sayılmıştır. İbadetlerde meydana gelen hata sorumluluğu kaldırır. Kibleyi tayin ederken hata etmek bunun en güzel örneğidir. Hata mali cezaların dışında bedeni cezaları da kaldırır. Örneğin, hata sonucu adam öldürülürse kısas uygulanmaz, ama diyet (kanlık) ödettilir. Haksız fiil sorumluluğu da hata ile bertaraf edilememektedir. Hata ile yapılan hukuki işlemler ise Hanefilerce geçerli görülürken çoğunluk, bunu reddetmiş ve akdin geçerliliğine engel olan ve olmayan hata ayırımını yapmıştır. İslam Hukuk eserlerinde hata için bir tasnif yapılmamış olmakla birlikte, çağdaş hukuktaki esaslı olan -esaslı olmayan, açık hata- gizli hata gibi ayırımın İslam Hukuku içinde geçerli olduğu söylenebilir. Modern İslam Hukukçuları ise fiilde hata, kasıttaki hata ve takdirde hata gibi bir tasnife gitmişlerdir.

Üçüncü bir kişinin eyleminden kaynaklanan ikrah, bir kimseyi, korkutmakla rızası olmaksızın bir iş işlemek üzere haksız olarak icbar etmektir. Kişinin canına ya da vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlikeyi içeren tehdide tam ikrah (ikrah-ı mülci), malın bir kısmına zarar verme, dövme veya hapsedme tehdidini içeren ikraha da eksik ikrah (ikrah-ı gayri mülci) denilmiştir. Ehliyete olumsuz etkisi olmayan ikrah, rızayı bozmakla bazı sorumlulukları kaldırır. Şafiiler ve Caferiler, ikrahın bütün sözlü işlemleri geçersiz kıldığını söylerken, Hanefiler bunların fasit olduğunu ileri sürerler. Fiili tasarruflar ise, tam ve eksik ikraha göre değişmektedir.

KISALTMALAR

ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanun)
age	: adı geçen eser
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanu)
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
CK	: Ceza Kanunu
C.I.C.	: Corpus Juris Civil
K.	: Kanun
k.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
H.	: Hicri
M.	: Miladi
md.	: Madde
Niz.	: Nizamname
s.	: Sayı (lı)
sh.	: Sahife
t.	: Tarih (li)
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
WHO	: World Health Organization (Dünya Sağlık Örgütü)
y.	: Yıl
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKÇA

– A –

- Abdullah Ahmed Ali, Eş Şahsiyet-ul İtibariyye Fil İslam, Sudan 1985
el-ACLUNİ : İsmâil b. Muhammed (v. 1162/1749), Keşfu-ul Hafa ve Müzil-ül Libas, Mısır 1351
AHMET EMİN : Fecr-ul İslam 6. Bask. Kahire 1964
AHMED : Ahmed b. Hanbel (v. 241/855), Müsned, Mısır 1313
AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, 3. bası, Ankara 1978.
AKİPEK, Jale, Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku, Ankara 1961.
ALİ el-HAFİF : El Hakku vez Zimme, Kahire 1957
ALİ HAYDAR : Ali Haydar Efendi (v. 1355/1936), Dürer-ul Hükkâm Min Şerhi Mecelletil Ahkam, İstanbul, 1338
ANSAY : Prof. Dr. Sabri Şâkir Ansay, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1958
ARSEBÜT : Prof. Dr. Esad Arsebük, Medeni Hukuk, İstanbul, 1938
el-ASKALANİ : Şihâbuddin Ahmed b. Hacer (v. 852/1447), Feth-ul Bari Fi Şerh-il Buhari, Kahire 1959
ATAAY, Aytakin, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş-Hakiki Şahıslar, İstanbul, 1978.
ATAAY, Aytakin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, İstanbul, 1980.
ARCAVİ, Mustafa Muhammed, Mecellet - ul Bühusil Fıkhiyye, Mısır 1984

– B –

- el-BELAZÜRİ : Ahmed b. Yahyâ (v. 279/892), Fütuh-ul Büldan, Mısır 1319
el-BEYHAOİ : Ahmed b. El-Huseyn (v. 458/1060), Es Sünen-ül Kübra, Hindistan 1355.
BİLMEN : Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul,
el-BUHARİ : Abdul'aziz b. Ahmed (v. 730/1330), Keşful Esrar, İstanbul, 1308.
el-BUHARİ : Ebu-Abdillah Muhammed b. İsmâ'il (v. 256/870), El Cami-us Sahih, İstanbul, 1325

– C –

- el-CESSAS : Ebu-Bekr Ahmed b. Ali er-Râzi (v. 370/980), Ahkâm-ul Kur'an, İstanbul, 1338
el - Cüveyni : Abdulmelik b. Abdillâh (v. 478/1085), El İrşad Fi Usul-il İtikad, Mısır 1950

– D –

- DURAL, Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1977.

— E —

- el-EŞ'ARİ : Ebu'l-Hasen Ali b. İsmâil (v. 324/936), Makalat-ul İslamiyyin, İstanbul, 1929
EDİS, Sıyfullah, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979.
EGGER/ÇERNİS, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, 2. bası, Ankara 1947 (Şahsın H.).
EGGER/ÇERNİŞ, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, Vesayet, 3. kısım, md. 346-396, Ankara 1952

— F —

- el-FERRA : Ebu-ya'lâ Muhammed b. el-Hüseyin (v. 458/1066), El Ahkamüs Sultaniyye, Kahire 1938
el-GAZZALI : Ebu-Hâmid Muhammed b. Muhammed (v. 505/1111), El Mustafasfa Fi İlmi-ül Usul, Mısır 1322

— G —

- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, Şahsın Hukuku, Ankara 1954.

— H —

- HAMİDULLAH : Prof. Dr. Muhammed Mamidullah,
İslâmda Devlet İdâresi, trc. K. Kuşçu, İst., 1963.
HAMİDULLAH: M.H.C.H. Bousquet, C.A. Nallino, İslam Hukuku ve Roma Hukuku, İstanbul, 1964
HEYET :
Mecelle-i Ahkâm-i Adliye.
Muqâranetü'l-mezâhib, Kahire, 1953.
HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuk, Tüzel Kişiler, I., Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakfılar, İstanbul: 1979.

— İ —

- İBN ABİDİN : Muhammed Emin b. Abidin (v. 1252/1836),
Raddu'l-muhtâr alâ şerhi d-Durri'l-muhtâr, I-V, Kahire, 1307.
İBN el-CEVZİ : Abdurrahman b. Ali (v. 597/1201), Siret-ü Ömer Bin El Hattab, Mısır 1331
İBN el-EŞİR : Ali b. Muhammed (v. 630/1233)
el-Kâmil fi't-târih, I-VII, Bulak, 1274; I-XIII, Beyrut, 1965-67
İBN HALDUN : Abdurrahman b. Haldun (v. 808/1405), Mukkadime, Beyrut 1879
İBN HAZM: Ebu-Muhammed Ali b. Hazm (v. 456/1063), El Muhalla, mısır 1347
İBN HİŞAM : Abdümelik b. Hişâm (v. 218/833), El Şir'atün Nebeviyye, Mısır 1955
İBN el-HÜMAM : Kemâlüddin Muhammed b. Abdilvâhid (v. 861/1457).
Fethu'l-Kadir, I-VI, Bulak, 1315-17
İBN el-KAYYİM: Muhammed b. Ebi-Bekr (v. 751/1350)
Zâdu'l-me'âd fi hedyi-Hayri'l-ibâd, I-II, Mısır, 1350.
İ'lâmu'l-muvakkir'in..., I-IV, Mısır, 1955.
İBN KUDAME : Abdullah b. Ahmed (v. 620/1223),
el-Muğni, I-X, Kahire, 1970
İBN MACE : Ebu-Abdillah Muhammed b. Yezid (v. 275/888), Es Sünen, Kahire 1349

İBN NÜCEYM : Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed (v. 970/1563), El Bahr-ur Raik, Kahire 1311
İBN RACEB: Abdurrahman b. Raceb (v. 795/1393), El Kavaid Fil Fıkıh, Mısır 1352
İBN SA'D : Muhammed b. Sa'd (v. 230/844), Et Tabakat-ul Kübra, Beyrut 1960
İBN TEYMİYYE: Takıyyuddin Ahmed b. Abdilhalim (v. 728/1328),
es-Siyâsetü's-şer'iyyeh, Bombay, 1306; Beyrut, 1966.
İMRE, Zahit, Hacir Sebebi Olması Açısından Akıl Bozuklukları Hakkında Türk Hukukuna ve Mukayeseli Huku-
ka İlişkin Bazı Düşünceler, KUBALI'ya Armağan, İstanbul, 1974, sh. 349-358 (KUBALIYA ARMAĞAN).
İBN RüşT : Ebul Velid Muhammed Bin Ahmed (V. 520/1126), Bidayet-ul Müçtehid, İstanbul 1333

— K —

KADRİ PAŞA : Muhammed Kadri Paşa (y. 1306/1888), El Ahkamuş Şer'iyye, Mısır 1329
el-KARAFI : Şihâbuddin Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdris (v. 684/1285),
el-İhkâm fi temyizi'l-fetâvâ anî'l-ahkâm..., Halep, 1967.
KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981
KARAMAN: Hayreddin Karaman,
Fıkıh Usulü, 5. B., İst., 1971.
el-KÂSANİ: Alâuddin Ebu-Bekr b. Mes'ud (v. 587/1191), Bedayi-us Sanayi, Mısır 1327
el-KETTANI : Abdulhays el-Fâsi (v. 1345/1926), Et Tertib-ul İdariyye, Rabat 1346
el-KEVSERİ : Muhammed Zâhid (v. 1371/1951), El İşfak, Mısır 1355

— L —

LEHBABI : M. Aziz, İslam Hukukunda Kölelik, Mısır Tarihsiz
LOUIS M.: Louis Milliot, Introduction a l'etude du droit Musulman, Paris 1953

— M —

el-MAHMASANI : Prof.Dr. Subhi el-Mehmasâni, Felsefetut Teşriil İslami, Beyrut 1952
MALİK : Mâlik b. Enes (v. 179/795), El Muvatta, Mısır 1951
el-MAKKARİ : Ahmed b. Muhammed (v. 1041/1631), Nefhut Tıyb, Mısır 1279
el-MAVERDİ : Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed (v. 450/1058), El, Ahkâmus Sultaniyye, Mısır 1960
MEDKÛR: Prof.Dr.M.Sellâm Medkur,
MÜSLİM : Ebu'l-Huseyn Müslim b. el-Haccâc (v. 216/831),

— N —

en-NESÂİ : Ahmed b. Şu'ayb (v. 279/892),

— O —

OĞUZOĞLU, Hüseyin Cahit, Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku, Ankara 1958.
OLGAÇ, Senal, Medeni Kanun Şerhi, Ankara 1975.

– Ö –

ÖMER HİLMİ : Ömer Hilmi Efendi (Karinâbâdlı, v. 1308/1890), İthaf-ul Ahlaf, İstanbul, 1307
ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 1979.

– P –

PAKALIN : M.Zeki Pâkalın, Osmanlı Tarih Deyimleri Sözlüğü, İstanbul, 1946
PIENITZ, E., Der Minderjahrige im Haftpflichtrecht, Frankfurt am Main 1970.

– R –

er–REMLİ : Şemsüddin Muhammed b. Ahmed (v. 1004/1595), Nihayet-ul Muhtaç, Mısır tarihsiz

– S –

SAVA P. : Sava Paşa, İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Etüdler, Ankara, 1955
SAYMEN ve ELBİR : Prof.Dr. Ferit Hakkı Saymen ve Prof. Dr. H. Kemâl Elbir,
SAYMEN, Ferit Hakkı, Türk Medeni Hukuku, C. II, Şahsın Hukuku, İstanbul 1948.
es–SENHURİ : Prof.Dr. Ahmed Ferac es–Senhuri, Maşadirul Hak, Mısır 1954
es–SERAHSİ : Muhammed b. Ahmed (v. 490/1097), El Mabsut, Mısır 1324
es–SİBA'I : Prof.Dr. Mustafa es-Sibâ'i,
Şerhu-Oânuni'l-ahvâli'ş-şahsiyye, I-II, Dimaşk, 1958.
SÜYÜTİ : Celâlüddin Abdurrahman b. Ebi-Bekr (v. 911/1505), Tarih-ul Hulefa, Kahire 1952

– Ş –

eş-ŞAFİ'Î : Muhammed, b. İdris (v. 204 El Ümm, Mısır 1329
eş-ŞEVKANÎ : Muhammed b. Ali (v. 1250/1832), Neyl-ul Evtar, Kahire 1952
eş-ŞİRAZÎ : Ebu-İshâk İbrâhim b. Ali (v. 476/1083), El Mühezzeb, Kahire 1959

– T –

et–TAHAVÎ : Ebu-Ca'fer Ahmed b. Muhammed (v. 328/933), Muhtasarut Tahavi, Kahire 1370
et–TEFTAZANÎ : Sa'düddin Mes'ud b. Ömer (v. 792/1390), Et Telvih, Mısır 1327
TEKİNAY, S. Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1978.
et–TİRMİZİ : Muhammed b. İsâ (v. 279/892), Es Sünen, Mısır 1350

– U –

ÜDEH : Abdulkadir Üdeh,
et-Teşri'u'l-cinâi el-islâmi muqâranen bi'l-qânuni'l-vad'i, I–II,

– V –

VELİDEDEOĞLU : Prof.Hıfzı Veldet Velidedeoğlu,
Medeni Hukuk, I – Şahsın Hukuku, 3. B., İst., 1948.
VOGEL, Hermann, Verschollenheitsrecht, Berlin/Frankfurt am Main 1949.

– W –

WOLFF/NAUJOKS, Anfang und Ende der Rechtsfahigkeit des Menschen, Frankfurt am Main 1955.

– Y –

YAVUZ : Yunus Vehbi Yavuz, İslamda Zekat Müessesesi, İstanbul, 1972
YÜKSEL : Sadrettin Yüksel, Dini ve İlmî İncelemeler, İstanbul 1974

– Z –

ez-ZERQA: Prof.Dr. Mustafa Ahmad ez-Zerqâ, El Fıkh-ul İslami Fi Sevbih-il Cedid, Şam 1959
ZEYDAN : Prof. Dr. Abdulkerim Zeydan,
el-Medhal li-dirâseti'ş-şeri'ati'l-islâmiyyeh, Bağdâd, 1969.
ez-ZEYLA'Î: Fehrüddin Osman b. Ali (v. 743/1342), Tebyin-ul Hakayik, Mısır 1313
ZEVKLİLER, Aydın Kişiler Hukuku – Gerçek Kişiler, Ankara 1981.